



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 21.12.2018

Saksnr.: 16-059856ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Tingrettsdommer

Carl August Heilmann
Vincent Galtung
Rolf B. Merckoll

Ankende part

Mha Entreprenør AS

Advokat Per Gustav
Lilleaasen

Ankemotpart

Peab AS

Advokat Anders Myhre

Saken gjelder krav om oppgjør for tilleggsarbeider ved en underentrepriseavtale. Arbeidet knyttet seg til rehabilitering av en skole i Oslo. Et sentralt spørsmål er om kravene er prekludert, som følge av de ikke var nevnt i underentreprenørens slutfaktura.

Entreprenørfirmaet Peab AS - heretter stort sett kalt Peab - påtok seg i 2011 oppdraget med rehabilitering av daværende Grefsen skole i Oslo. Skolen heter i dag Morellbakken skole. Oppdragsgiver (byggherre) var Oslo kommune, ved Undervisningsbygg. Oppdraget gikk ut på å rehabilitere fem bygninger, samt oppføre ett nytt bygg.

Peab AS engasjerte en rekke underentreprenører, herunder firmaet Malermester Harald Askautrud AS - som senere skiftet navn til MHA Entreprenør AS. Firmaet omtales i det følgende stort sett som MHA.

Den 3. juli 2012 ble det inngått en underentrepriseavtale mellom Peab og MHA om malerarbeider. Den 10. september 2012 ble det inngått en lignende avtale om legging av gulvbelegg. Begge avtalene viser uttrykkelig til Norsk Standard 3433, om underentrepriseavtaler. Det er i begge avtalene enkelte særreguleringer i forhold til NS 3433. Disse særbestemmelsene er identiske i de to avtalene. Etter det opplyste var disse særbestemmelsene Peabs standardavtaler for underentrepriser, dvs. det var ikke inntatt individuelle avtaleklausuler som kun gjaldt overfor MHA.

I begge avtalene var Roar Haugholt og Patrick Sundelius, som var prosjektledere for henholdsvis Peab og MHA, angitt som partenenes representanter.

Både avtalen om malerarbeider og avtalen om legging av gulvbelegg var fastprisavtaler, med kontraktssummer på henholdsvis drøyt 1,1 millioner og snaut 1,0 millioner kroner - begge deler eksklusive merverdiavgift. Samlet kontraktssum var således ca. 2,1 millioner kroner, eksklusive merverdiavgift.

Det er ubestridt at MHA litt senere på høsten 2012 også påtok seg noe arbeid med gulvavretting, etter at et annet firma ikke utførte det arbeidet som dette var ment å skulle gjøre. Det ble ikke inngått noen formell avtale om disse arbeidene.

MHA påbegynte arbeidene i juli 2012. Etter kontraktene var arbeidene ment å skulle avsluttes henholdsvis i desember 2012 og i februar 2013. Hele rehabiliteringsprosjektet ble imidlertid betydelig forsinket, og arbeidene - herunder MHAs - varte frem til sommeren 2013, jf. nærmere nedenfor.

MHA innga underveis i prosjektet en rekke avviksmeldinger (endringsmeldinger) til Peab, stort sett under henvisning til at Peab hadde bedt om at det og det arbeidet ble utført. Endringsmeldingene innebar at MHA mente at dette var *tilleggsarbeider* - dvs. arbeid utover det som var angitt i kontrakten. Endringsmeldingene ble inngitt på anleggskontoret

på byggeplassen, til Peabs arbeidsleder (formann). Etter at det aktuelle arbeidet var utført ble det deretter inngitt «timelister» (oppgaver over medgåtte timer og materialer) - hvis det dreide seg om regningsarbeid. Disse timelistene ble inngitt på samme måte, til Peabs arbeidsleder på stedet. Etter det opplyste ble det inngitt stadig flere slike timelister utover høsten 2012. I begynnelsen ble disse attestert (godkjent) av Peabs arbeidsleder - ved undertegning nederst, på linjen for kundens underskrift. Etter hvert ble det så mange at Peabs arbeidsleder, Haavard Sørum, begynte å lure på om en del av dem egentlig gjaldt arbeid som var omfattet av kontrakten (kontraktsarbeid). Han fant det vanskelig å ta stilling til dette, samtidig som MHA ga uttrykk for at de ikke ville fortsette arbeidet om betalingen uteble over lengre tid. Peab besluttet da at Sørum deretter skulle sette «mottatt» på timelistene, i forbindelse med at han undertegnet. Denne påskriften og underskriften ble satt et par linjer ovenfor linjen for kundens underskrift. Avgjørelsen av om de skulle godtas eller ikke, skulle deretter tas av Sørums overordnede - produksjonsleder (anleggsleder) Glenn Svendsen eller den nevnte prosjektlederen Roar Haugholt. Fra ca. januar 2013 satte Sørum stort sett «mottatt» på alle timelistene han fikk inn fra MHA.

Det er omstridt hvorvidt MHA ble gjort kjent med hva Peab mente med å sette «mottatt» på timelistene.

MHA fakturerte fortløpende til Peab. Delvis gjaldt dette avdrag på kontraktssummen, delvis gjaldt det det som MHA anså som tilleggsarbeider - dvs. krav på grunnlag av endringsmeldingene og timelistene. Fakturaene knyttet til tilleggsarbeider ble bare i begrenset omfang betalt av Peab, i perioden etter årsskiftet 2012-2013.

Den 17. juni 2013 sendte KredittPartner AS, på vegne av MHA, inkassovarsel til Peab, for en del av de ubetalte fakturaene.

Etter det opplyste avsluttet MHA arbeidene ultimo juni 2013. Den 26. juli 2013 sendte Peab en faktura, faktura nr. 38238, benevnt «Slutfaktura». Fakturaen var på 413.300 kroner, eksklusive merverdiavgift, og med angitt forfall 9. september 2013. Fakturaen relaterte seg kun til kontraktsarbeidene. Kravene for tilleggsarbeider var ikke nevnt.

I forholdet mellom Peab og byggherren, Undervisningsbygg, fant overtakelse etter det opplyste sted 8. august 2013. I forholdet mellom Peab og MHA, derimot, ble det ikke avholdt overtakelsesforretning.

Peab ved produksjonsleder (anleggsleder) Glenn Svendsen sendte 11. september 2013 en e-post til MHA, med følgende tekst:

Har dere noe innspill til sluttoppgjør. Eller er dere fornøyd?

Senere samme dag sendte Svendsen en oppfølgende e-post til MHA, der det heter:

Skal dere sende forslag til sluttoppgjør. Eller skal vi møtes for å lage et sluttoppgjør sammen. Jeg tror den siste løsningen skal bli vanskelig.

Både den 19. september og den 24. september 2013 sendte MHA nye inkassovarsler til Peab, for en rekke av de ubetalte fakturaene.

Peab ved prosjektleder Roar Haugholt sendte 26. september 2013 en e-post til MHA, der det blant annet heter:

Dere har sendt en slutfaktura som er feil og inneholder ikke en total oppstilling av kontraktsarbeider og tilleggsarbeider...

Vi forventer å få en komplett oppstilling på kontraktsarbeid og tillegg/endringsarbeid...

Det ble deretter bedt om en nærmere spesifisert oppstilling. Avslutningsvis i e-posten heter det så:

Frist for sluttoppgjør vil for deres del være 49 dager fra 28 august 2013.

Det siste innebar en frist (tilleggsfrist) til 16. oktober 2013.

Det er uomstridt at e-posten var vedlagt et oppsett over ubetalte fakturaer, på det tidspunkt 26 stykker - med et samlet utestående beløp på ca. 2,4 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. I hovedsak gjaldt dette fakturaer for tilleggsarbeid.

MHA, ved daglig leder Marius Bergstrøm, besvarte e-posten samme dag. Her heter det, med henvisning til MHAs prosjektleder Patrick Sundelius:

Patrick har sendt sluttoppgjør for sine arbeider. Jeg har også gått gjennom hans *tillegg*. Disse er nøye beskrevet... Hvis dere har spørsmål til disse fakturaer ønsker jeg at dere innkaller Patrick til et møte... (lagmannsrettens utheving).

MHA sendte deretter - og innen fristen 16. oktober 2013 - ytterligere to fakturaer, begge datert 15. oktober 2013. Begge gjaldt tilleggsarbeid, og var på henholdsvis ca. 12.000 kroner og ca. 280.000 kroner eksklusive merverdiavgift

Etter det opplyste var det rundt 1. november 2013 et møte mellom produksjonsleder (anleggsleder) Glenn Svendsen i Peab og prosjektleder Patrick Sundelius i MHA, der man gjennomgikk MHAs fakturaer for tilleggsarbeid.

Den 6. november 2013 innga Peab sluttoppgjør til byggherren, Undervisningsbygg.

Den 11. november 2013 sendte Svendsen i Peab en e-post til Sundelius i MHA, der det heter:

Vil det komme et forslag til sluttoppgjør/sluttoppsett fra dere. Om det ikke kommer noe vil vi sette opp et oppsett for dere.

Sundelius svarte ved e-post av 13. november 2013, og viste til de innsendte fakturaene for tilleggsarbeid. Han ba om at partene tok et møte, for å avslutte prosjektet. Det ble deretter fastsatt at partene skulle møtes fredag 22. november 2013.

To dager før dette møtet skulle avholdes, dvs. 20. november 2013, sendte prosjektleder Roar Haugholt i Peab et brev til MHA. I brevet heter det, under henvisning til den inngitte slutfakturaen av 26. juli 2013:

Vi aksepterer deres slutfaktura... som fullt og endelig oppgjør iht. NS 3433 pkt. 31.1....

Brevet er inntatt i sin helhet i tingrettens dom, på s. 8.

Brevet innebar at Peab ikke ville betale de innsendte fakturaene for tilleggsarbeid. Derimot ble slutfakturaen av 26. juli 2013, på 413.300 kroner eksklusive merverdiavgift, betalt kort etter.

Dagen etter Peabs brev, dvs. 21. november 2013, sendte Glenn Svendsen i Peab en e-post til MHA, der han avlyste møtet som skulle ha vært holdt 22. november. MHA protesterte mot avlysningen av møtet, men møtet ble ikke avholdt.

MHA engasjerte deretter advokat. Det var noe kontakt, herunder møter, mellom partene utover i 2014. Det var også noe kontakt våren 2015, men fortsatt uten at man kom frem til noen minnelig ordning. Ved stevning av 5. oktober 2015 reiste MHA søksmål mot Peab, med krav om betaling av fakturaene for tilleggsarbeid.

Tingretten delte saken, etter tvisteloven § 16-1, slik at retten i første omgang kun behandlet spørsmålet om MHA hadde oversittet søksmålsfristen etter NS 3433 og spørsmålet om kravene for tilleggsarbeid var prekludert - idet de ikke var med i slutfakturaen av 26. juli 2013.

Oslo tingrett avsa 4. februar 2016 dom med slik domsslutning:

1. Peab AS frifinnes.
2. MHA Entreprenør AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale 200.000 – tohundretusen – kroner ekskl. mva til Peab AS i

sakskostnader.

Tingretten fant at søksmålsfristen ikke var oversittet, men at kravene for tilleggsarbeid var prekludert.

MHA Entreprenør AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Peab AS har tatt til motmæle. For lagmannsretten er det ikke anført at søksmålsfristen er oversittet.

Under ankeforberedelsen for lagmannsretten ble det besluttet at saken ikke skulle deles, men at de materielle kravene skulle behandles sammen med spørsmålet om preklusjon.

MHA Entreprenør AS gikk konkurs 5. mai 2017, og saken var som følge av dette stanset en periode, etter tvisteloven § 16-16. Etter begjæring fra konkursboet ble saken etter hvert brakt i gang igjen, med konkursboet som ankende part.

Kort tid før berammet ankeforhandling i oktober 2017 ble saken besluttet utsatt, på grunn av mangel på tilgjengelige dommere.

Ankeforhandling ble holdt 19. til 23. november 2018, over fem rettsdager, i Borgarting lagmannsretts hus. For konkursboet avga tidligere daglig leder i MHA Entreprenør AS, Marius Bergstrøm, forklaring. For Peab AS avga distriktssjef Flemming Braathen forklaring. I tillegg til disse ble det avhørt fem vitner. Videre ble det foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Den ankende part, MHA Entreprenør AS, dets konkursbo, har i korthet gjort gjeldende:

Det er ikke tvilsomt at partene, og i særdeleshet Peab, har tilsidesatt - fraveket - formalregimet etter NS 3433. Peab har blant annet fraveket reglene om skriftlig varsling av endringer (skriftlig endringspålegg) i NS punkt 28 samt reglene om overtakelsesforretning i NS punkt 30. For så vidt gjelder endringer (tilleggsarbeid), må det legges til grunn at Peab har bestilt alle de endringene som de aktuelle fakturaene avspeiler - men at bestillingene stort sett har skjedd på en uformell måte, dvs. enten muntlig eller pr. e-post. Dette - også bruk av e-post - er i strid med kravet om skriftlighet i NS punkt 39.

Peab var høsten 2013 vel kjent med at MHA gjorde gjeldende en rekke krav for tilleggsarbeider. Peab hadde på dette tidspunkt blant annet mottatt flere inkassovarsler for disse kravene.

Peab har oversittet fristene for å fremme innsigelser mot endringsmeldinger og timelister, etter NS 3433 punkt 28.3.3 og punkt 27.4 annet ledd.

Det ble i alt inngitt 35 *endringsmeldinger* fra MHA, alle skriftlige. For fire av dem foreligger det skriftlige avslag fra Peab, mens de øvrige er ubesvarte. Det er bare de siste som danner grunnlag for de krav MHA fremmer i saken. Videre har Peab heller ikke fremsatt innsigelser mot de inngitte *timelistene*. Det bestrides at påtegningen «mottatt» kan anses som noen «innsigelse» etter NS 3433 punkt 27.4 annet ledd. Tvert imot må også timelister med en slik påtegning anses som en attestasjon, dvs. en godkjennelse. Om Peab med påtegningen «mottatt» har ment at dette skulle bety det samme som et avslag, eller at det skulle vurderes senere, er dette i hvert fall ikke blitt formidlet til MHA.

Det er for øvrig bare fremsatt innsigelser mot noen få av selve *fakturaene*.

De fremsatte kravene for tilleggsarbeider er ikke prekludert etter reglene om sluttoppgjør i NS 3433 punkt 31.1, selv om de ikke var nevnt i den innsendte slutfakturaen av 26. juli 2013. For arbeidene som gjelder gulvavretting følger dette allerede av at det ikke ble inngått noen egen skriftlig kontrakt om disse, dvs. ingen kontrakt som henviste til NS 3433.

Videre kommer at krav som er «avgjort» ikke trenger å gjentas i en slutfaktura, jf. NS 3433 punkt 31.1 annet ledd annet punktum. Alle kravene for tilleggsarbeider er her å anse som «avgjort» i relasjon til denne bestemmelsen. På grunn av Peabs manglende innsigelser mot endringsmeldinger og timelister, er MHAs krav å anse som «akseptert» og «godkjente» etter NS-bestemmelsene punkt 28.3.3 og punkt 27.4 annet ledd, jf. foran. Da må kravene også anses som «avgjort» etter NS punkt 31.1 annet ledd.

Kravene for tilleggsarbeider må for øvrig anses som inkludert i sluttoppgjøret ved at Peab i sin reklamasjon i e-posten av 26. september 2013 vedla et oppsett der alle fakturaene var med. Uansett ble en eventuell mangel ved slutfakturaen av 26. juli 2013 *reparert* ved at Peab i denne e-posten ga MHA en ny frist for fullstendig sluttoppgjør. MHA svarte allerede senere samme dag, og viste til de fremsatte kravene for tilleggsarbeid. Peab ga for øvrig en ytterligere - uspesifisert - frist ved Glenn Svendsens e-post av 11. november 2013. Denne fristen kan ikke anses utløpt da Peab 20. november 2013 bestemte seg for ikke å ville betale.

Videre anføres at Peab ved konkludent adferd må anses å ha frafalt retten til å påberope preklusjon etter NS 3433 punkt 31.1. Det vises blant annet til Peabs e-poster av 26. september 2013 og 11. november 2013. Den omstendighet at Peab høsten 2013 ga seg inn på realitetsdrøftelser av fakturaene, tilsier også at retten til å påberope må anses frafalt.

Peabs brev av 20. november 2013 er uansett i strid med det grunnleggende prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. På dette tidspunkt var det også for sent å komme med innsigelser, både ut fra NS 3433 punkt 31.3 og ut fra lojalitetssynspunkter.

Peabs brev av 20. november 2013 kan forstås slik at Peab selv setter opp sluttoppgjøret her, sml. NS 3433 punkt 31.2 - eller i hvert fall at de samme lojalitetsprinsipper gjelder som ved et slikt sluttoppgjør. Peab har da plikt til å opptre objektivt, dvs. ta med de kravene som Peab var kjent med at MHA hadde fremmet.

Det bestrides at MHAs krav er tappt som følge av passivitet.

Det bestrides også at MHA har gjort seg skyldig i «urasjonell drift eller annet uforsvarlig forhold», slik at totalkostnadene er blitt unødvendig høye, jf. NS 3433 punkt 27.4 annet ledd siste punktum. Denne anførselen er ikke fremsatt før ved den rettslige behandlingen, og det er heller ikke materielt grunnlag for den. Prosjektet på Grefsen skole hadde betydelige utfordringer med hensyn til fremdrift m.v., men dette skyldtes ikke MHA - men blant annet at Peab selv hadde manglende styring av et stort og komplisert prosjekt. Kriteriet «uforsvarlig» innebærer for øvrig at det er en betydelig margin før karakteristikken er berettiget.

Det bestrides at det er grunnlag for noen motregning fra Peabs side.

Det er heller ikke grunnlag for Peabs anførsel om at faktura nr. 37626 (av 7. mars 2013) og faktura nr. 38524 (av 15. oktober 2013), er foreldet. Uansett om den første av disse ikke var nevnt i stevningen, er den med i anken av 4. mars 2016. Den andre fakturaen var klart nok med allerede i stevningen.

I alt kreves betaling av 27 fakturaer, inkludert de to «etterfølgende» fra 15. oktober 2013.

Konkursboet har lagt ned slik endelig påstand:

1. Peab AS dømmes til å betale MHA Entreprenør AS, dets konkursbo, et beløp oppad begrenset til NOK 2 085 821,20 med tillegg av mva., med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra de respektive fakturaers forfall til betaling skjer.
2. MHA Entreprenør AS, dets konkursbo, tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Peab AS, har i korthet gjort gjeldende:

Det bestrides at det er inngått en tredje - uformell - avtale mellom partene, om gulvavretting. Arbeidet med gulvavretting må bare anses som tilleggsarbeid i forhold til kontrakten om gulvbelegg, slik at også gulvavretting reguleres av NS 3433. Bestemmelsene om sluttoppgjør i NS 3433 punkt 31 kan ikke anses fraveket, selv om partene i adferd har fraveket andre bestemmelser i NS-en. Peab har heller ikke opptrådt slik at retten til å påberope preklusjon må anses frafalt.

MHA unnlot å ta med kravene for tilleggsarbeider i sin slutfaktura av 26. juli 2013, og valgte bevisst ikke å supplere denne i ettertid.

MHA kunne sende slutfaktura 26. juli 2013, idet arbeidene da var avsluttet. At det ikke var holdt formell overtakelsesforretning mellom Peab og MHA er i denne sammenheng uten betydning.

Krav som ikke er medtatt i sluttoppgjøret (slutfakturaen) er prekludert, etter NS 3433 punkt 31.1 annet og tredje ledd. MHAs krav for tilleggsarbeider var ikke «avgjort» etter bestemmelsens annet ledd. Med krav som er «avgjort» må bestemmelsen mene krav som er ubestridte. Det er ikke tilfelle her, hvor Peab har mange innsigelser mot de fremsatte kravene.

MHAs krav kan ikke anses som inkludert i sluttoppgjøret ved at Peab på sin side, i e-posten av 26. september 2013, vedla et oppsett over kravene. MHAs mangelfulle slutfaktura ble heller ikke reparert etter dette tidspunktet, selv om Peab i e-posten av 26. september 2013 ga MHA en frist for å supplere denne. Noen slik oppstilling kom imidlertid aldri.

Peabs brev av 20. november 2013 var en aksept av den inngitte slutfakturaen fra MHA, ikke et sluttoppgjør satt opp av Peab.

Subsidiært, hvis dette brevet skal anses som et sluttoppgjør satt opp av Peab, etter NS 3433 punkt 31.2, anføres at MHA uansett ikke har reklamert mot dette i tide. Brevet fra MHAs advokat av 29. november 2013 var for uspesifisert og for lite konkret til å kunne anses som en reklamasjon.

MHAs krav må uansett anses tapt som følge av passivitet. Partene var i dialog i godt over ett år etter at slutfakturaen var sendt 26. juli 2013, uten at MHA i løpet av denne perioden klargjorde grunnlaget for kravene og kravenes samlede omfang.

Videre er det ikke materielt grunnlag for de fremsatte kravene. MHA har inngitt en rekke endringsmeldinger underveis. Men med noen unntak dreier kravene i saken seg om kontraktsarbeider - ikke tilleggsarbeider. Peab har besvart endringsmeldingene. Dels skjedde dette - dvs. avslagene - skriftlig (ved påtegning på meldingene), dels skjedde det pr. e-post og dels i møter mellom partene.

Videre er de inngitte timelistene mangelfulle. Herunder ble det aldri fremlagt underbilag for medgåtte materialer. Påtegningen «mottatt» på timelistene betød ikke et avslag, men at de ikke var godkjent - dvs. at dette måtte vurderes senere. Dette ble meddelt til MHA. Påtegningen «mottatt» må være tilstrekkelig til å anses som en «innsigelse» etter NS 3433 pkt. 27.4 annet ledd.

Uansett er de totale kostnadene blitt unødvendig høye, på grunn av «urasjonell drift eller annet uforsvarlig forhold» fra MHAs side, jf. NS 3433 punkt 27.4 annet ledd siste punktum. MHA hadde manglende styring og kontroll over sitt arbeid på stedet.

Hvis MHA i større eller mindre grad får medhold i sine krav, gjøres det gjeldende motregning fra Peabs side. Peab har betalt ca. 814.000 kroner for mye til MHA i dette prosjektet, i forhold til kontraktssum og godkjente endringer.

Endelig anføres at to av de 27 fakturaene det nå kreves betaling for, er foreldet. Dette gjelder faktura nr. 37626 og faktura nr. 38524. Ingen av disse var med i stevningen, og foreldelse er følgelig ikke blitt avbrutt.

Peab AS har lagt ned slik endelig påstand:

1. Anken forkastes.
2. Peab AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten skal bemerke:

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at NS 3433 i dag er erstattet av NS 8415. Det er imidlertid NS 3433 som kommer til anvendelse i saken her.

Etter NS 3433 pkt. 28.2 skal hovedentreprenørens pålegg om endringsarbeid (tilleggsarbeid) - dvs. arbeid som ikke er en del av kontrakten - skje skriftlig. Hvis hovedentreprenøren krever et stykke arbeid utført som underentreprenøren mener er tilleggsarbeid, skal denne skriftlig be om at hovedentreprenøren utferdiger slikt endringspålegg, jf. punkt 28.3.1. Hovedentreprenøren kan da enten gjøre dette, eller gi et skriftlig avslag etter punkt 28.3.2 bokstav b.

Det er på det rene at Peab og MHA ikke forholdt seg strengt til disse skriftlighetskravene, men at Peab i stor utstrekning ga muntlige anmodninger om utføring av forskjellige arbeidsoppgaver - og uansett om Peab mente det lå innenfor eller utenfor kontraktsarbeidet.

MHA har i en lang rekke tilfeller ansett dette som tilleggsarbeid, men uten at firmaet etter punkt 28.3.1 krevet noe *skriftlig* pålegg fra Peab. Det MHA gjorde, var å utferdige såkalte avviksmeldinger (endringsmeldinger), jf. foran.

Lagmannsretten antar at partenes praksis her må sies å innebære at de har fraveket kravene i NS 3433 punkt 28.2 flg. om at pålegg om tilleggsarbeid - og uenighet om hvorvidt det foreligger tilleggsarbeid - skal skje på den angitte måten, herunder skriftlig.

Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta stilling til om partene også må sies å ha fraveket kravet om at eventuelle avslag fra hovedentreprenøren, etter punkt 28.3.2 bokstav b, må være skriftlige. Uansett kan ikke kravet om at avslag må gis «uten ugrunnet opphold» sees å være fraveket.

Det er anført av Peab at det ble gitt en rekke muntlige avslag på endringsmeldinger, på byggeplassen. Dette er bestridt av MHA. Lagmannsretten bemerker at den faktiske tvilen her må gå utover Peab. Lagmannsretten finner det ikke godtgjort at det ble gitt slike muntlige avslag - og dermed heller ikke at dette ble gjort «uten ugrunnet opphold».

Lagmannsretten finner det videre mest sannsynlig at MHAs endringsmeldinger hovedsakelig var foranlediget av henvendelser fra Peab om å utføre et gitt arbeid, dvs. bestillinger, jf. at det i endringsmeldingene stort sett heter at MHA er «bedt om» å utføre et gitt arbeid. Enkelte ganger har MHA inngitt endringsmeldinger uten noen forutgående henvendelse (bestilling) fra Peab, der det dreide seg om forhold MHA selv oppdaget. Lagmannsretten viser til forklaringen fra Patrick Sundelius i MHA om dette. For de endringsmeldingene som danner grunnlag for de fremsatte kravene i saken her finner lagmannsretten det mest sannsynlig, som forklart av vitnene fra MHA, at Peab da bestilte arbeidet - muntlig - i ettertid.

Konsekvensen av at Peab ikke «uten ugrunnet opphold» har gitt noe avslag på disse endringsmeldingene, blir at MHAs krav om at det er tilleggsarbeid «anses... akseptert», etter NS 3433 punkt 28.3.3. Hvorvidt bestemmelsen direkte kommer til anvendelse, eller om det er prinsippet i denne bestemmelsen som anvendes, er av underordnet betydning - og noe lagmannsretten ikke finner grunn til å gå nærmere inn på.

Tilleggsarbeidene dreide seg i hovedsak om regningsarbeid, og bestemmelsene i NS 3433 punkt 27 om regningsarbeid kommer til anvendelse. Det vises til punkt 27.1 første ledd i.f., om at bestemmelsene blant annet gjelder «...når endringer i utførelsen skal avregnes som regningsarbeid.»

Punkt 27.4 omhandler hovedentreprenørens kontroll av underentreprenørens inngitte oppgaver over arbeidstid og materialer. For enkelhets skyld omtales dette som «timelister», jf. foran. Punkt 27.4 annet ledd første punktum lyder slik:

Oppgavene over arbeidstid og materialforbruk anses som godkjente med mindre hovedentreprenøren skriftlig har fremsatt innsigelse innen 14 dager etter at han mottok dem.

Som det fremgår foran ble timelistene etter hvert, fra ca. januar 2013, påtegnet «mottatt» av Peabs arbeidsleder Haavard Sørum - på den måten som er beskrevet foran. MHA har anført at også dette må anses som en attestasjon, dvs. som en direkte godkjennelse - eller

i hvert fall at MHA måtte oppfatte det slik. Peab har anført at påtegningen «mottatt» fra Sørums betyr at timelistene *ikke* var godkjente - men at dette måtte vurderes senere, av Sørums overordnede (produksjonsleder Glenn Svendsen eller prosjektleder Roar Haugholt).

Etter lagmannsrettens oppfatning er uttrykket «mottatt» i seg selv - i denne sammenheng - ikke helt entydig. Lagmannsretten finner det uklart om - eller i hvilken grad - MHA ble gjort kjent med at Peab med «mottatt» mente at timelistene ikke var godkjente. Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette. Uansett om det legges til grunn at MHA var kjent med Peabs forståelse - at påtegningen «mottatt» betød at timelistene skulle vurderes senere - kan «mottatt», slik lagmannsretten ser det, ikke forstås som en «innsigelse» i den forstand ordet brukes i NS 3433 punkt 27.4 annet ledd første punktum. En utsettelse av vurderingen kan ikke likestilles med en innsigelse, dvs. en direkte innvending.

Fra påtegningen «mottatt» skjedde, hadde følgelig Peab - etter punkt 27.4 annet ledd første punktum - 14 dagers frist for fremsettelse av eventuelle innsigelser. Lagmannsretten bemerker her at uansett om også skriftlighetskravet i denne bestemmelsen anses fraveket, sml. foran, er selve fristen for innsigelser - 14 dager - ikke fraveket.

Det er i saken ikke spor av - og i hvert fall ikke godtgjort - at det skjedde noen slik «senere vurdering», i den forstand at det da ble fremsatt innsigelser/innvendinger. Det kan synes som om det her har skjedd en glipp i forhold til det systemet Peab hadde lagt opp til, og at timelistene ble liggende ubehandlet.

Når det således legges til grunn at det ikke ble fremsatt innsigelser innen 14-dagersfristen fra mottakelsen, blir konsekvensen at timelistene «anses som godkjente» etter punkt 27.4 annet ledd første punktum.

Videre finner lagmannsretten det mest sannsynlig at de *fakturaene* for tilleggsarbeid som MHA etter hvert sendte til Peab, korresponderer med de inngitte endringsmeldingene og timelistene, dvs. at det er samsvar her.

Konsekvensen av dette - dvs. at fakturaene bare avspeiler endringsmeldinger og timelister som må anses som akseptert/godkjent - er at det ville være for sent for Peab å protestere når selve fakturaene ble mottatt. Rent faktisk skjedde for øvrig slike protester (reklamsjoner) mot fakturaene i svært liten grad, som påpekt av MHA. Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvilke fakturaer dette dreide seg om, idet det - som nevnt - uansett var for sent. Lagmannsretten kommer imidlertid noe tilbake til spørsmålet nedenfor, i forbindelse med de to «etterfølgende» fakturaene av 15. oktober 2013.

Spørsmålet blir etter dette om fakturakravene (kravene for tilleggsarbeider) skulle ha vært med i *sluttoppgjøret*, etter NS 3433 punkt 31.

Punkt 31.1 om sluttoppgjør/slutfaktura lyder slik:

Underentreprenøren skal sende slutfaktura innen en frist beregnet etter 31.5 regnet fra overtagelse.

Slutfaktura skal omfatte alle underentreprenørens krav... Krav som tidligere er fremmet, men ikke avgjort eller betalt, skal gjentas i forbindelse med sluttoppgjøret dersom disse krav fremdeles opprettholdes. Hvis ikke skal kravene betraktes som frafalt.

Krav som ikke er fremsatt i sluttoppgjøret, kan ikke fremsettes senere...

Lagmannsretten legger til grunn at fristen etter punkt 31.5 her innebar en frist på 49 dager.

Det ble ikke holdt noen overtakelsesforretning i forholdet mellom Peab og MHA, jf. foran. Lagmannsretten antar da at fristen etter 31.5 må regnes fra *byggherrens* overtagelse, sml. for så vidt bestemmelsen i punkt 30.7 i.f. Som nevnt var dette 8. august 2013.

Som det fremgår foran ble MHAs faktura betegnet «Slutfaktura» sendt allerede 26. juli 2013, dvs. forut for den nevnte overtakelsen 8. august 2013. Lagmannsretten kan vanskelig se det annerledes enn at MHA allerede på dette tidspunktet, som var etter at arbeidene rent faktisk var avsluttet, hadde rett til å sende slutfaktura - selv om den nevnte fristen for dette ikke var begynt å løpe. At den nevnte slutfakturaen er sendt forut for fristens oppstart etter NS 3433 punkt 31.1 medfører således ikke at reglene i punkt 31 ikke kommer til anvendelse.

Lagmannsretten kan heller ikke se at den omstendighet at partene har fraveket reglene om endringsarbeid, jf. foran, innebærer at også reglene om sluttoppgjør i punkt 31 er fraveket. Hvordan man forholder seg underveis i en entreprise og hvordan man forholder seg ved det endelige oppgjøret etterpå, er to forskjellige problemstillinger.

Det følger av dette at de ubetalte kravene for tilleggsarbeid skulle ha vært med i slutfakturaen, hvis kravene ikke var «avgjort» - i den forstand dette uttrykket brukes i punkt 31.1 annet ledd. Lagmannsretten viser her til avgjørelsen i Rt. 2010 s. 961 (Florø Idretts-senter AS), der Høyesterett tok stilling til uttrykket «avgjort» i den likelydende bestemmelsen i NS 3431. NS 3431 gjaldt i forholdet mellom entreprenør og byggherre. I avsnitt 51 i dommen heter det:

Med krav som er «avgjort» må bestemmelsen mene krav som er akseptert eller som det er enighet om.

Som det fremgår foran var MHAs krav for tilleggsarbeider akseptert/godkjent i den forstand at Peab ikke hadde protestert i tide. Spørsmålet er om kravene da også kan anses som «avgjort» etter punkt 31.1 annet ledd, eller om «avgjort» innebærer at det må dreie

seg om helt *ubestridte* krav. Ordlyden kan tale for det første alternativet, hensynet til klarhet i sluttoppgjøret for det siste. Også bestemmelsen i NS 3433 punkt 27.4 annet ledd siste punktum - om at hovedentreprenøren også senere kan påberope seg at de totale kostnadene er blitt unødvendig høye på grunn av urasjonell drift m.v. - kan sies å trekke i retning av det siste tolkingsalternativet.

Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette tolkingsspørsmålet. Lagmannsretten ser det slik at selv om man legger til grunn at kravene for tilleggsarbeid skulle ha vært med i slutfakturaen av 26. juli 2013, ble dette *reparert* innen den fristen som Peab satte i e-posten av 26. september 2013, gjengitt foran. Som det fremgår ble e-posten besvart av MHA allerede senere samme dag, også pr. e-post, og i dette svaret er det uttrykkelig vist til fakturaene for tilleggsarbeid. Dette må være tilstrekkelig til at disse kravene anses «medtatt» i sluttoppgjøret, etter NS 3433 punkt 31.1 tredje ledd. Det vises herunder til Kolrud m.fl., Kommentar til NS 3430 (1992). NS 3430, som gjaldt i forholdet mellom entreprenør og byggherre, hadde i sitt punkt 31.1 en helt likelydende bestemmelse som punkt 31.1 i NS 3433. Det heter i den nevnte kommentarutgaven på s. 285:

Det kan neppe stilles store krav til at et krav faktisk er medtatt i sluttoppgjøret...
Har krav vært fremsatt tidligere, må en referanse... være tilstrekkelig...

Lagmannsretten tilføyer at det synes noe uklart hvorfor Peab i e-posten av 26. september 2013 satte en frist på 49 dager fra akkurat 28. august 2013. Det er mulig at det her har skjedd en forveksling med datoen 8. august 2013 - som var overleveringen til byggherren. Uansett *ble* det imidlertid gitt en tilleggsfrist, til 16. oktober 2013 (49 dager fra 28. august).

Dette innebærer også at de to fakturaene av 15. oktober 2013 (faktura nr. 38524 og faktura nr. 38535) må anses medtatt i sluttoppgjøret.

For disse to fakturaene fremsatte Peab 25. oktober 2013, dvs. kort etter, skriftlig reklamasjon. Som det fremgår foran er dette, etter lagmannsrettens syn, for sent - når det ikke var protestert mot de forutgående endringsmeldinger og timelister.

Lagmannsretten tilføyer for øvrig at de to nevnte e-postene fra produksjonsleder (anleggsleder) Glenn Svendsen av 11. september 2013 kan oppfattes som om Peab på dette tidspunktet ikke oppfattet MHAs slutfaktura av 26. juli som noe sluttoppgjør i egentlig forstand - dvs. at det ikke ble oppfattet som noe totaloppgjør, men bare som et oppgjør for kontraktsarbeidet. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

Lagmannsrettens konklusjon er således at ingen av MHAs krav for tilleggsarbeider er prekludert etter NS 3433 punkt 31.1, idet slutfakturaen av 26. juli 2013 uansett er reparert

- slik at kravene for tilleggsarbeider anses som «medtatt» i sluttoppgjøret. For lagmannsretten er det da ikke nødvendig å gå inn på MHAs andre innsigelser mot preklusjon etter NS 3433 punkt 31.1.

Peab har gjort gjeldende at MHAs krav uansett er tapt som følge av passivitet, dvs. ved angivelig mangelfull oppfølging høsten 2013 og fremover. Lagmannsretten bemerker til dette at det som nevnt var dialog mellom partene - etter Peabs brev av 20. november 2013 - utover i 2014 og inn i 2015, med sikte på å komme frem til en minnelig ordning. Dette lyktes ikke, og stevning ble så tatt ut 5. oktober 2015. Lagmannsretten finner det klart at anførselen om passivitet ikke kan føre frem.

Peab har også gjort gjeldende at de totale kostnadene uansett er blitt unødvendig høye, på grunn av «urasjonell drift eller annet uforsvarlig forhold» fra MHAs side, jf. NS 3433 punkt 27.4 annet ledd siste punktum.

Lagmannsretten bemerker her at denne innsigelsen ikke kan sees å være gjort gjeldende i forbindelse med sluttoppgjøret høsten 2013, og mye kan tale for at den da ikke kan fremsettes senere. Det finnes ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette, idet det faktiske grunnlag for en slik karakteristik uansett - etter lagmannsrettens syn - er langt fra å være sannsynliggjort. I denne sammenheng viser lagmannsretten til at det, som påpekt av MHA, skal mye til før noe kan betegnes som «uforsvarlig». Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de faktiske forhold her.

Peab har videre anført at det skal motregnes med ca. 814.000 kroner (eksklusive merverdiavgift), som det hevdes at Peab har betalt for mye. Av dette relaterer ca. 100. 000 kroner seg til kontraktsarbeid, mens ca. 700.000 kroner gjelder tilleggsarbeid.

Lagmannsretten legger til grunn at i MHAs påstandsbeløp på ca. 2.085.000 kroner (eksklusive merverdiavgift) er beløpet på ca. 100.000 kroner hensyntatt (kreditert). Motregning er således ikke aktuelt for dette beløpet. For så vidt gjelder beløpet på ca. 700.000 kroner (eksklusive merverdiavgift) for tilleggsarbeider, følger det langt på vei av det foranstående at Peab *ikke* har betalt for mye. Lagmannsretten peker videre på at motkrav måtte ha vært fremsatt som en innsigelse mot slutfakturaen, dvs. høsten 2013, jf. NS 3433 punkt 31.3. Dette ble ikke gjort. Etter det opplyste ble spørsmålet om mulig motregning fra Peab først tatt opp i et møte mellom partene 20. mars 2014. Motregning er dermed heller ikke aktuelt for beløpet på ca. 700.000 kroner.

Endelig har Peab anført at to av de 27 fakturaene som MHA krever betalt, er foreldet. Den ene er faktura nr. 37626, som er av 7. mars 2013 og lyder på ca. 274.000 kroner (eksklusive merverdiavgift). Den andre er faktura nr. 38524, som er en av de to fakturaene fra 15. oktober 2013, og som lyder på ca. 12.000 kroner (eksklusive merverdiavgift). Det

er anført fra Peab at ingen av disse var med i stevningen, og at foreldelse følgelig ikke ble avbrutt.

For så vidt gjelder den siste av de to fakturaene, faktura nr. 38524, peker lagmannsretten på at denne er omtalt i stevningen, på s. 8 i denne. I påstanden i stevningen, på stevningens s. 12, er denne fakturaen nr. 25. Her er den rett nok angitt med galt fakturanummer - men med riktig beløp og forfallsdato. Lagmannsretten ser det slik at denne fakturaen må anses medtatt i stevningen, til tross for skrivefeilen. Foreldelse ble følgelig avbrutt ved stevningen.

For så vidt gjelder faktura nr. 37626 er denne ikke omtalt i stevningen. Den er imidlertid omtalt i MHAs anke, av 4. mars 2016, jf. ankens s. 18. At den er falt ut av påstanden her (ankens s. 27 flg.) må antas å bero på en ren inkurie.

Anken er tatt ut innen foreldelsesfristen på tre år fra fakturaens forfallsdato i april 2013. Etter foreldelsesloven § 15 avbrytes foreldelse når det tas «rettslig skritt mot skyldneren for å få dom...». Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at å bringe et krav inn i en anke er å ta «rettslig skritt» i lovens forstand. Lagmannsretten finner således at heller ikke faktura nr. 37626 er foreldet.

En annen sak er det prosessuelle, dvs. at det ikke uten videre er adgang å bringe et nytt krav inn i en ankesak, jf. tvisteloven § 29-4 annet ledd. Lagmannsretten finner imidlertid at «tungtveiende hensyn» tilsier at dette kravet (faktura nr. 37626) bør tillates trukket inn i ankesaken, etter § 29-4 annet ledd bokstav d. Lagmannsretten viser her til at det må antas å bero på en ren glipp at kravet ikke var med i allerede i stevningen til tingretten, og at kravet henger meget tett sammen med øvrige kravene for tilleggsarbeid.

For ordens skyld bemerkes at det i relasjon til faktura nr. 37626 har skjedd en viss dobbeltfakturerings, men at dette er hensyntatt (kreditert) i MHAs påstandsbeløp på ca. 2.085.000 kroner.

Etter dette blir MHAs (konkursboets) påstand fullt ut å ta til følge, uten at det er nødvendig for lagmannsretten å gå ytterligere inn på hver enkelt av de 27 fakturaene som det kreves betaling for.

MHA har vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2 første og annet ledd, og blir i medhold av lovens hovedregel å tilkjenne saksomkostninger både for tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten kan ikke se at «tungtveiende grunner gjør det rimelig» å frita Peab fra omkostningsansvaret, etter bestemmelsens tredje ledd. Lagmannsretten bemerker herunder at selv om saken har reist mange og til dels tvilsomme spørsmål, kan resultatet - etter lagmannsrettens oppfatning - ikke betegnes som kvalifisert tvilsomt.

MHA har fremsatt krav av saksmkostninger med i alt 193.000 kroner (eksklusive merverdiavgift) for tingrettsbehandlingen.

Peab anførte for tingretten, slik lagmannsretten forstår tingrettens rettsbok, at omkostningskravet var for høyt.

Lagmannsretten kan ikke se at omkostningskravet var uakseptabelt høyt, og finner å kunne godta det etter tvisteloven § 20-5 første ledd. Lagmannsretten viser herunder til at Peabs eget omkostningskrav for tingretten var på noe over 300.000 kroner.

Lagmannsretten antar at det her ikke skal tillegges merverdiavgift, idet MHA - som ved tingrettsbehandlingen ikke var et konkursbo - hadde fradragsrett for merverdiavgift.

I tillegg kommer rettsgebyret for tingretten, med 6.880 kroner for en todagerssak. Samlet beløp for tingretten blir etter dette 199.880 kroner.

For ankebehandlingen har konkursboet fremsatt krav om saksmkostninger med i alt 1.144.900 kroner (eksklusive merverdiavgift). Av dette er 1.110.350 kroner salær til prosessfullmektigen, for 455 timers arbeid, det øvrige utlegg til vitner m.v.

Peab har også her anført at salærkravet er for høyt. Lagmannsretten peker på at ankesaken har vært omfattende, etter at det ble besluttet at også de materielle kravene skulle behandles. Dette har nødvendiggjort at partene har måttet gå inn på hver enkelt av de 27 fakturaene - samt forutgående endringsmeldinger og timelister - som saken gjelder. Lagmannsretten peker også på - som nevnt innledningsvis - at ankeforhandling opprinnelig var berammet til høsten 2017, men at denne kort tid i forveien ble utsatt av lagmannsretten, på grunn av mangel på tilgjengelige dommere. Det må antas at saken på dette tidspunkt langt på vei var ferdig forberedt av prosessfullmektigene.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten, om enn under noe tvil, å kunne godta omkostningskravet, etter tvisteloven § 20-5 første ledd.

Lagmannsretten legger til grunn at det skal tillegges merverdiavgift, idet et konkursbo ikke har fradragsrett for merverdiavgift. Inkludert merverdiavgift utgjør omkostningskravet 1.431.575 kroner.

I tillegg kommer ankegebyr med 36.900 kroner for en femdagerssak. Samlet beløp for lagmannsretten blir etter dette 1.468.475 kroner.

Dommen er enstemmig.

D o m s s l u t n i n g :

1. Peab AS betaler MHA Entreprenør AS, det konkursbo, 2.085.821 - tomillionerogåttifemtusenåttehundreogtjueen - kroner med tillegg av merverdiavgift, samt lovens forsinkelsesrenter fra den enkelte fakturas forfall og frem til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for tingretten betaler Peab AS til MHA AS, dets konkursbo, 199.880 - etthundreognittinitusenåttehundreogåtti - kroner.
3. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Peab AS til MHA AS, dets konkursbo, 1.468.475 - enmillionfirehundreogsekstiåttetusenfirehundreogsyttifem - kroner.
4. Forfall for de i punkt 1-3 angitte beløp er 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.

Carl August Heilmann

Vincent Galtung

Rolf B. Merckoll

Dokument i samsvar med undertegnet original
Ingunn Olsen (signert elektronisk)