



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 06.04.2020

Saksnr.: 19-013312ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer	Karl Otto Thorheim
Lagdommer	Carl August Heilmann
Ekstraordinær lagdommer	Anders Bøhn

Ankende part	PRE Utsikten AS	Advokat Morten Hugo Berger
Ankemotpart	Bkg AS	Advokat Joar Heide

Saken gjelder krav om erstatning for tapt fortjeneste for påstått brudd på en totalentreprisavtale.

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Fra tingrettens beskrivelse av sakens bakgrunn, som partene er enige om er dekkende, gjengis følgende (fra dommen side 2-3):

BKG AS («BKG», tidligere Bo Klokt AS eller BK) og PRE Utsikten AS («PRE») inngikk 12. september 2011 to avtaler vedrørende eiendommen Utsikten Bråtan, gnr. 100 bnr. 11 i Lier kommune («Utsikten»). Den første avtalen er en utviklingsavtale der BKG påtok seg ansvar for utvikling og prosjektering av boliger på Utsikten («Utviklingsavtalen»). Den andre avtalen gjelder oppføringer av boliger på Utsikten («Totalentrepriseavtalen»). Både Utviklingsavtalen og Totalentrepriseavtalen viser til et informasjonsmemorandum datert 22. august 2011 («IM») som bakgrunn for avtalene, og de to avtalene og IM må sees i sammenheng.

BKG er en entreprenør og eiendomsutvikler som bistår forskjellige byggherrer med utvikling av eiendommer. PRE er et eiendomsinvesterings- og single purpose selskap som ervervet Utsikten med tanke på utvikling av denne.

BKG utviklet i tråd med Utviklingsavtalen og IM et prosjekt der det skulle bygges 63 «eneboliger, tomannsboliger, kjedehus og/eller rekkehus». Bebyggelsen skulle etter planen være flatmarksboliger (dvs. uten kjeller, altså på bakkefundament) og bestå av ferdighus. Dette var i tråd med referanseprosjektet for avtalen, det tidligere gjennomførte prosjektet «Smedhagen». Detaljregulering skjedde kun for felt V og W på Utsikten, da planene for felt U ble stoppet grunnet naboklager. Foreliggende sak gjelder av denne grunn ikke felt U på Utsikten.

I løpet av 2013 og 2014 viste det seg at det ikke var stor interesse for å kjøpe boligene slik de da var ferdig prosjektert. Partene ble enige om at BKG skulle utarbeide et nytt prosjekt for feltene V og W. Reprosjekteringen kulminerte i at kommunen 15. april 2016 ga rammetillatelse for bygging av boligblokk med 22 leiligheter og parkeringskjeller, 16 rekkehusleiligheter med underetasjer i skrått terreng og 9 flatmarksboliger.

Det var uklart for partene hvilken konsekvens den endrede bebyggelsen skulle ha for blant annet den prisen partene hadde avtalt. I epost av 16. desember 2016 tilkjennegjorde PRE at de anså Totalentrepriseavtalen for bortfalt blant annet med henvisning til at prosjektet var vesentlig endret, at man ikke var kommet til enighet om pris, siden BKG ikke hadde den nødvendige kompetansen til å bistå med byggingen av den blokken som nå var planlagt, og siden prosjektet hadde trukket ut i tid. BKG fastholdt at det var inngått en bindende avtale.

BKG innga 15. februar 2017 begjæring om midlertidig forføyning til Oslo Byfogdembete, med påstand om at PRE skulle forbys å inngå kontrakt med en annen entreprenør frem til tvisten mellom PRE og BKG var avgjort gjennom avtale eller ved dom. Begjæringen ble i kjennelse av 24. mars 2017 ikke tatt til følge, med den begrunnelse at BKG i realiteten ønsket å oppnå naturaloppfyllelse. Etter dette har det ikke vært dialog av betydning mellom partene.

BKG og PRE er enige om at de forpliktelsene partene har etter Utviklingsavtalen er oppfylt. Tvisten mellom partene gjelder således kun Totalentrepriseavtalen, og

forståelsen av denne. Spørsmålet er hvorvidt det foreligger bindende avtale om at BKG skal stå for oppføringen av boligene på Utsikten, og eventuelt hva konsekvensene av dette blir når PRE senere inngikk en avtale med en annen entreprenør om oppføring [...].

BKP AS reiste søksmål mot PRE Utsikten AS (heretter også PRE) i april 2018 med krav om erstatning. Saksøkte påsto seg frifunnet.

Oslo tingrett avsa 7. november 2018 dom med slik domsslutning:

1. PRE Utsikten AS dømmes til å betale til BKG AS 8 000 000 – åttemillioner – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
2. I sakskostnader for tingretten betaler PRE Utsikten AS 255 500 – tohundreogfemtifemtusenfemhundre – kroner til BKG AS innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dommen.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

BKG AS er senere fusjonert inn i selskapet BKP AS, slik at BKP AS når er riktig partsbetegnelse.

PRE Utsikten AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 12. – 13. mars 2020 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Øystein Hjelseth, daglig leder i BKP AS, overvar ankeforhandlingen og avga forklaring på videolink grunnet karantene som følge av Corona. Det ble avhørt to vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, **PRE Utsikten AS**, har i hovedtrekk anført:

Det er ikke grunnlag for erstatning. Det foreligger ikke noen bindende avtale mellom partene om gjennomføringen av det aktuelle prosjektet. En eventuelt bindende avtale må uansett anses bortfalt som følge av bristende forutsetninger. Det foreligger heller ikke noe fortjenestetap. Subsidiært anføres at tingrettens utmåling av erstatningen er satt vesentlig for høyt.

BKPs hovedanførsel er at byggingen av blokken var en endringsbestilling som BKP hadde krav på å få utføre, og at dette følger av alminnelige entrepriserettslige prinsipper. Men dette er uriktig. Det totalentreprisekontrakten gikk ut på, var at BKP skulle bygge det som ble resultatet av endelig reguleringsplan. Blokken var en del av denne reguleringsplanen, og bygging av blokken innebar derfor ikke noen «endring». Entrepriserettens regler om endringsbestillinger og avbestillinger får dermed ingen betydning.

For det første anføres at det ikke foreligger noen bindende avtale mellom partene om gjennomføringen av prosjektet. Totalentrepriseavtalen som ble inngått 12. september 2011, var kun bindende mellom partene så langt den gjaldt.

Totalentrepriseavtalens prismekanisme, 15 500 kroner per kvadratmeter og 15 % påslag, var basert på avtalt oppføring av flatmarksboliger og referanseprosjektet i Smedhagen. Prosjektet «Utsikten» var imidlertid ikke ferdig prosjektert. Det forelå ingen rammetillatelse. Partene inngikk derfor en utviklingsavtale, hvor det ble avtalt at BKP skulle «ha ansvaret for og bekoste reguleringen og videreutviklingen av prosjektet til beste for investorene (optimalisere inntektene).» Det planlagte prosjektet med flatmarksboliger lot seg ikke gjennomføre på grunn av begrenset interesse i markedet. BKPs videreutvikling av eiendommen ledet frem til et prosjekt med 22 leiligheter i en fire-etasjers boligblokk med tilhørende parkeringskjeller samt 25 rekkehus.

Som følge av de vesentlige endringene i hva som skulle bygges, ble prismekanismen i totalentrepriseavtalen uanvendelig. På grunn av risikoen for at det ble utviklet noe annet under utviklingsavtalen enn det som var lagt til grunn i totalentrepriseavtalen, hadde partene inntatt et forbehold i totalentrepriseavtalens punkt 4: Ved endringer i kvalitet og standard må partene bli enige om pris «på forhånd». Dermed var det lagt opp til en tottrinns avtalem modell mellom partene som forutsatte enighet om pris før det forelå endelig avtalebinding. I tråd med denne avtaleforståelsen inngikk partene i forhandlinger om pris høsten 2016 og vinteren 2017. BKP fremsatte blant annet et tilbud på oppføringen av boligblokken, men det ble ikke oppnådd enighet idet tilbudet lå langt over markedsprisen. Når partene ikke ble enige om pris, foreligger det dermed ingen bindende avtale om oppføringer av boliger på eiendommen. PRE inngikk derfor en totalentrepriseavtale med en annen entreprenør.

For det annet, dersom lagmannsretten skulle komme til at partene har inngått en bindende totalentrepriseavtale knyttet til dette prosjektet, anføres det at avtalen må anses bortfalt på grunn av bristende forutsetninger. Forutsetningene for totalentreprisen er klart skissert i informasjonsmemorandumet som totalentrepriseavtalen henviser til. Dermed er det på det rene at BKP var klar over PREs forutsetninger med hensyn til bebyggelse, prisnivå, krav til erfaring/referanser hos entreprenør og fremdrift på kontraheringstidspunktet, herunder at prosjektet skulle realiseres i løpet av 2014. Sentralt i denne forbindelse er også forpliktelsen BKP hadde i utviklingsavtalen om å utvikle prosjektet til det beste for investorene. Denne forpliktelsen må innebære at PRE ikke var forpliktet til å gjennomføre et prosjekt som innebærer at investorene ville tapt penger ved at det ble inngått avtale med BKP. Prisen BKP krevde, var ikke markedsmessig. Denne forutsetningen var motiverende og synbar, og BKP er nærmest til å bære risikoen for denne forutsetningssvikten som følge av den forpliktelsen BKP hadde påtatt seg i utviklingsavtalen.

Subsidiært anføres det at det ikke er påvist noe erstatningsbetingende tap. Tingrettens utmåling blir feil idet den tar utgangspunkt i den planlagte småhusbebyggelsen, og ikke i det prosjektet som faktisk skulle bygges. I den grad det forelå en bindende avtale om å realisere prosjektet, må det i så fall innebære at BKP også var forpliktet til å oppføre blokken. I et slikt tilfelle må det tas utgangspunkt i prismekanismen i totalentreprisavtalen, og etter prisjustering og 15 % påslag utgjorde dette 20 930 kroner per kvm. BKP ga imidlertid under forhandlingene en prisindikasjon på 36 761 kroner per kvadratmeter, og dermed var BKPs egen selvkost cirka 32 000 kroner. Sammenholder man dette må det konkluderes med at BKP ville tapt penger dersom prisen på blokken fastsettes til markedspris – som anføres å være cirka 25 000 kroner per kvadratmeter før påslag, jf. den prisen PRE fikk med en annen entreprenør.

Uansett er erstatningen er satt vesentlig for høyt.

Det er nedlagt slik påstand:

1. PRE Utsikten AS frifinnes.
2. BKP AS dømmes til å erstatte PRE Utsikten AS' sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **BKP AS**, har i hovedtrekk anført:

Totalentreprisavtalen er en klar avtale om at BKP skulle utføre entreprisarbeidene i prosjektet. PRE har ensidig valgt å engasjere en annen entreprenør og derved reelt sett avbestilt arbeidet som skulle utføres av BKP. For dette må PRE betale en kompensasjon til BKP for den fortjeneste som ville ha vært oppnådd om arbeidet ikke hadde blitt avbestilt.

BKP legger til grunn at partene er enige om at totalentreprisavtalen var bindende for partene på avtaletidspunktet. For BKP er det noe uklart hva PRE mener når det anføres at avtalen kun var bindende «så langt den gjaldt». Vurderingen av om totalentreprisavtalen skal bortfalle eller ikke dersom partene ikke blir enige om vilkårene for endringer, må løses etter alminnelige tolkningsprinsipper.

Det er utvilsomt slik at partene var enige om den opprinnelige prisen på 15 500 kroner med 15 % påslag per kvadratmeter salgbart boligareal, jf. punkt 3. Partene var også innforstått med at det ville bli endringer i prosjektet, jf. punkt 2. Punkt 4, om at pris på endringer skal avtales på forhånd, er en naturlig og vanlig klausul på denne bakgrunn. Imidlertid er det intet i avtalens ordlyd som tilsier at manglende enighet her skulle medføre at avtalen som sådan skulle bortfalle. Byggherrens beslutning om å bygge en blokk i stedet for rekkehus var en endringsbestilling som ikke var avhengig av at partene ble enige om prisen for arbeidet, og da gjelder reglene om byggherrens rett til avbestilling mot kompensasjon. Det er i tråd med bakgrunnsretten at avtalen ikke bortfaller, men at BKP enten hadde utført

arbeidet på regning eller at PRE hadde avbestilt arbeidet. Partenes etterfølgende opptreden støtter BKP's forståelse av avtalen. Det er også slik at PRE hadde risikoen for de markedsmessige forhold som medførte at prosjektet ble endret på PREs initiativ. PRE kunne valgt å innta kommersielle forbehold i avtalen, men gjorde ikke det.

Totalentrepriseavtalen er heller ikke bortfalt som følge av bristende forutsetninger. De endringene som ble gjort i prosjektet og utformingen av bebyggelsen, ble foretatt ut fra kommersielle vurderinger som PRE bærer risikoen for. Bruk av småhusbebyggelse var heller ikke en motiverende forutsetning for PRE. Tilsvarende kan heller ikke det forhold at det tok noe lenger tid enn antatt å få på plass en godkjent reguleringsplan, utgjøre en bristende forutsetning. PREs anførsel om BKP's manglende kompetanse i relasjon til byggingen av blokken, er uten grunnlag.

BKP aksepterer at PRE hadde rett til å avbestille arbeidet mot full kompensasjon for den fortjenesten BKP dermed mistet. BKP's beregninger viser at tapet utgjør omkring 11 millioner kroner. Det må gjøres et fradrag for BKP's administrasjonskostnader. For lagmannsretten er kravet begrenset oppad til 8 millioner kroner ettersom det ikke er inngitt motanke.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. PRE Utsikten AS betaler sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens vurdering

Om avtaletolkningsspørsmålet – totalentrepriseavtalen 12. september 2011

PRE anfører at totalentrepriseavtalen 12. september 2011 forutsatte at partene ble enige om ny pris dersom det oppsto behov for endringer av den opprinnelige avtalen og dens prisfastsetting. Når partene ikke ble enige om ny pris, anføres det at totalentrepriseavtalen bortfalt. Dette er, slik lagmannsretten ser det, et spørsmål om tolking av avtalen, det vil si om totalentrepriseavtalen skal forstås slik at partene ikke hadde noen bindende avtale dersom det ikke ble oppnådd enighet om vederlagsjusteringen på grunn av endringer i prosjektet sammenlignet med den utbyggingen som var planlagt opprinnelig.

I partenes avtaler er det ikke vist til noen standarder, slik at avtaleforholdet må bedømmes ut fra vanlige tolkningsregler og alminnelige entrepriserettslige prinsipper.

I profesjonelle forhold har prinsippet om objektiv fortolkning av ordlyden særlig styrke, jf. blant annet Rt-2005-268 og Rt-2002-1155. Imidlertid vil også subjektive fortolkningsmomenter komme inn. Men det kreves et sterkt bevis for at det foreligger en

felles avtaleforståelse som avviker fra det som følger av en objektivt sett klar ordlyd, jf. avgjørelser i Rt-2005-268 (avsnitt 43), Rt-1994-581 og Rt-2002-1155.

Totalentrepriseavtalen av 12. september 2011 har følgende ordlyd i punktene 1-4:

1. BAKGRUNN

BH [byggherren] har inngått en avtale om erverv av ovennevnte eiendom og vil bruke BK som utvikler og til oppføring av boliger på Utsikten. Prosjektet er beskrevet i dokumentet "Forenklet Informasjonsmemorandum" datert 22. august 2011 ("IM") og utarbeidet av PRE Utsikten.

Partene skal signere en egen utviklingsavtale (Utviklingsavtalen) for prosjektet, i tillegg til en separat avtale om totalentreprise for prosjektet (denne avtalen, Totalentreprenøravtalen).

2. KONTRAKTENS OMFANG

Denne avtalen omhandler Totalentreprenør oppgaven for BK.

BK påtar seg å utføre de komplette arbeider fra fundament til nøkkelferdige boliger for BH slik det fremkommer på fremtidig godkjent reguleringsplan utarbeidet i samarbeid med BK og i samsvar med det som er avtalt i Utviklingsavtalen.

Leveransen har tilsvarende kvalitet og utforming (flatmarksboliger med en gjennomsnittsstørrelse på 110 m²).

3. KOSTNADER.

BK vil levere de nødvendige definerte arbeider og boliger i forhold til pkt 1 og 2 innenfor en ramme på

Kr 15 500,- inkl. mva.+ 15 % påslag pr. m² salgbart areal.

Beskrivelsen og prisen er basert på gjeldende forskrifter og indeks av mai 2011.

4. REGULERING OG OPPEFØLGING AV KOSTNADER.

Endringer på økt kvalitet og avvik fra standard benyttet i Smedhagen kan føre til regulering av m² prisen definert under pkt. 3. Begge parter er ansvarlige for å følge opp kostnadene ved hvert enkelt delfelt/utbyggingstrinn (dvs. godkjenne kalkyler med endringer). Det stilles krav til et tett samarbeid mellom BH og BK. Endringer i m² prisen skal avtales mellom BH og BK på forhånd.

Lagmannsretten bemerker her at hovedargumentasjonen fra BKPs side er at det som har skjedd i dette tilfellet, er at byggherren entrepriserettslig har foretatt en endringsmelding/endringsbestilling i form av at det skal bygges en blokk i stedet for rekkehus. Denne endringsbestillingen har entreprenøren krav på å få utføre som regningsarbeid hvis partene ikke blir enige om en pris. Alternativt kan byggherren avbestille de avtalte arbeidene mot full kompensasjon. Til dette har PRE anført at blokken ikke er noen endringsbestilling. Teoriens beskrivelser av generell entrepriserett når det gjelder endringer og avbestillinger, får derfor ikke noen betydning for saken her.

Her er lagmannsretten enig i PREs utgangspunkt: Byggherrens beslutning om at det skal bygges en blokk i stedet for rekkehus, er ikke noen endringsbestilling, men en del av den

ytelsen BKP har påtatt seg etter den opprinnelige totalentreprisekontrakten. Det BKP påtok seg å bygge, var etter avtalens punkt 2 komplette arbeider fra fundament til nøkkelferdige boliger «slik det fremkommer på fremtidig godkjent reguleringsplan». Godkjent reguleringsplan gikk ut på at det skal bygges en blokk på fire etasjer med 22 leiligheter og tilhørende parkeringsanlegg, 16 rekkehus med kjeller og 9 flatmarksboliger. Blokken var altså en del av reguleringsplanen, og den medførte ingen endring i forhold til det BKP hadde forpliktet seg til å bygge etter totalentrepriseavtalen. Når lagmannsretten nedenfor omtaler «endringer» i det som skulle bygges, siktes det altså ikke til endringsbestillinger i entrepriserettens forstand, men til de forandringene prosjektet gjennomgikk etter at den opprinnelige avtalen mellom partene ble inngått.

Det som derimot åpenbart måtte endres i avtaleforholdet, var den enhetsprisen per kvadratmeter som var avtalt i punkt 3. Det er enighet mellom partene om at denne prisen ikke kunne benyttes som betaling for byggingen av boligblokken, og PRE har ikke på noe tidspunkt anført at BKP var forpliktet til å bygge blokken for 15 500 kroner per kvadratmeter salgbart areal.

Hovedspørsmålet i saken er derfor om BKP var berettiget til å gjennomføre totalentreprisen, inkludert blokken, etter regning hvis partene ikke ble enige om pris, eller om PRE har rett i at avtalen bortfalt hvis prisen ikke ble avtalt «på forhånd», i hvert fall så lenge BKP ikke kom med et pristilbud som PRE måtte akseptere som «markedspris».

Som tingretten mener lagmannsretten at det ikke er holdepunkter for at totalentrepriseavtalen bortfalt av den grunn at partene ikke ble enige om en pris for byggingen av blokken.

Det følger av totalentrepriseavtalen at partene også inngikk en utviklingsavtale, som også er datert 12. september 2011. Under utviklingsavtalens punkt 2 er følgende regulert:

Denne avtalen omhandler utviklings-, prosjekterings- og prosjektlederoppgavene for BK.

Partene er enige om at BK skal ha ansvaret for og bekoste regulering og videreutvikling av prosjektet til beste for investorene (optimalisere inntektene). Offentlige gebyrer bekostes av BH.

Dette kan innebære at antall boliger som er illustrert i IM kan økes/reduseres, størrelse på boligene og type boliger endres, osv. for å øke prosjektets inntekspotensial.

BK kan benytte underleverandører etter nærmere avtale med og godkjenning av BH.

Lagmannsretten bemerker at partene ved dette reelt sett regulerte i to avtaler det som normalt sett anses og betegnes som en totalentreprise – ved at entreprenøren både skal

prosjektere og bygge. I utviklingsavtalen ligger prosjekteringsforpliktelsen, mens totalentrepriseavtalen regulerer byggeforpliktelsen. I utviklingsavtalen ligger også den forpliktelsen at BKP skulle videreutvikle prosjektet «til beste for investorene». Samtidig fremgår det tydelig at partene er innforstått med at både størrelsen på boligene og typer boliger kan endres som følge av den videre prosjekteringen. Det er videre avtalt at BKP kan benytte underleverandører etter avtale og godkjenning av PRE.

I totalentrepriseavtalens punkt 4 er det henvist til «Smedhagen». Dette var et prosjekt som BKP bygget og utviklet for PRE i 2009–2010, og som besto av kjedede boliger, tomannsboliger og rekkehus. Dette prosjektet ble benyttet som referanseprosjekt for Utsikten-prosjektet, slik det går frem av informasjonsmemorandumet av 22. august 2011.

Lagmannsretten bemerker videre at det synes uomtvistet at totalentrepriseavtalen av 12. september 2011 i utgangspunktet var bindende for partene. PRE har anført at avtalen kun var bindende «så langt den gjaldt». Slik lagmannsretten forstår anførselen, knytter dette seg til totalentrepriseavtalens punkt 4 hvor det fremgår at «[e]ndringer på økt kvalitet og avvik fra standard benyttet i Smedhagen» kan medføre endringer i den avtalte kvadratmeterprisen i punkt 3, samt at endringer i kvadratmeterprisen «skal avtales...på forhånd».

Etter en naturlig forståelse av ordlyden er det for det første slik at partene var innforstått med at det kunne skje endringer i prosjektet, jf. også punkt 2 om «slik det fremkommer på fremtidig godkjent reguleringsplan ...». Derneft gir ordlyden objektivt sett uttrykk for at eventuelle endringer i kvadratmeterprisen «skal» avtales «på forhånd». Imidlertid gir denne ordlyden etter lagmannsrettens mening ikke tilstrekkelige holdepunkter for at avtalen helt skal falle bort dersom slik enighet om prisjustering ikke oppnås. Tvert om gir totalentrepriseavtalen uttrykk for at den er endelig, og at det foreligger en bindende avtale om oppføring av boliger – nemlig det som vil fremgå av godkjent reguleringsplan. Det er verken i totalentrepriseavtalen eller utviklingsavtalen noen regulering som kan gi en forankring for den forståelsen at det i tilfelle av uenighet om prisjustering knyttet til endringer, må utarbeides en ny tredje avtale, og at det først er ved en slik ny avtaleinngåelse at det foreligger en endelig og bindende avtale om oppføring av prosjektets boliger. Etter lagmannsrettens vurdering må punkt 4, sett i sammenheng med den øvrige avtalen, forstås slik at partene skal søke å bli enige om prisjustering på forhånd dersom det lar seg gjøre, jf. også tingretten i dommen side 6 femte avsnitt.

Den tolkningen av totalentrepriseavtalens punkt 4 som PRE anfører, innebærer at partene ved denne avtalen har valgt en løsning som er kontrær til ulovfestede, alminnelige entrepriseregler. I Hagstrøm og Bruserud, Entrepriserett, 2014, side 148 omtales disse overordnede særtrekk ved entreprisekontrakter slik:

Et svært viktig trekk i denne sammenhengen er kontraktens dynamiske

karakter. Den har flere sider.

En side av kontraktenes dynamiske karakter ligger i byggherrens adgang til å endre innholdet av entreprenørens forpliktelser etter at kontrakt er sluttet. Stort sett «får byggherren det som han vil» til slutt, hva gjelder det som skal Produseres. Det viktigste i denne sammenhengen er byggherrens kompetanse til å pålegge endringer og tilleggsarbeid. Å nevne byggherrens rett til å avbestille hele eller deler av de kontraherte arbeidene hører også med i denne sammenhengen. Innholdet av entreprenørens plikter er dermed ikke «hugget i sten» ved kontraktsinngåelsen - verken hva gjelder innhold, omfang eller fremdrift - slik det vil være i en del andre kontraktsforhold. Kompetansen byggherren er tillagt, er langt fra noen formalitet. Både avbestillings- og endringskompetansen er høyst aktive elementer i entreprisekontrakter, og i mange kontrakter utnyttes endringskompetansen fullt ut, og den kan endog overskrides etter entreprenørens tilslutning.

Byggherrens utnyttelse av kompetansen er ikke «gratis», verken i et økonomisk perspektiv eller et fremdriftsperspektiv: Entreprenøren skal som utgangspunkt kompenseres fullt ut både økonomisk og tidsmessig for pålagte endringer og tilleggsarbeider, og byggherren må (normalt) betale erstatning for det tap entreprenøren blir påført ved en avbestilling.

Lagmannsretten legger til grunn at entreprisekontrakters dynamiske karakter er uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp, jf. også Hagstrøm og Bruserud i samme bok side 35. Lagmannsretten ser det slik at når PRE legger til grunn en slik subjektiv forståelse av totalentrepriseavtalens punkt 4 og dets rekkevidde, måtte PRE som profesjonell part sørget for at denne forståelsen tydelig fremkom overfor avtalemotparten. Dersom PRE mente at forutsetningen var at dersom det ikke ble oppnådd enighet på forhånd om vederlagsjustering som følge av endringer i prosjektet, ville det ha som konsekvens at ingen avtale forelå, måtte denne forutsetningen vært tatt inn i avtalen eller i hvert fall gjort klar for BKP. PRE har ikke godtgjort at partene hadde en slik felles avtaleoppfatning som avvek fra det som følger av en naturlig forståelse av ordlyden.

Lagmannsretten peker videre på at det fremstår som forståelig at partene gjennom totalentrepriseavtalens punkt 4 la opp til et «tett samarbeid», og at de anså det som ønskelig at man kunne bli enige om vederlagsjusteringer på forhånd. Det er nok ikke uvanlig at byggherren på grunn av større endringer i prosjektet ønsker å anvende en annen entreprenør enn den han opprinnelig inngikk avtale med. Imidlertid sikres entreprenøren her gjennom alminnelige entrepriserettslige prinsipper mot at byggherren ønsker «å skumme fløten» ved å velge en entreprenør som tilbyr lavere pris på det endelige prosjektet. Byggherren må i slike situasjoner benytte retten til avbestilling mot å dekke entreprenørens fortjenestetap, og kan ikke påberope seg bortfall av kontrakten uten ytterligere forpliktelser. Lagmannsretten viser her til Hagstrøm og Bruserud i ovenfor nevnte bok side 298–299:

Avbestillingen er som sagt vilkårsløs, så hvilke motiver byggherren har for avbestillingen, spiller i utgangspunktet ingen rolle. En byggherre kan derfor også fritt avbestille et arbeid fra en entreprenør fordi han etter avtaleslutningen har funnet en annen entreprenør som kan utføre arbeidene til en lavere pris. Dette kan imidlertid fremstå som et misbruk av reglene - og således en viss adgang for byggherren til å «skumme fløte». For å motvirke slikt «misbruk» har man i standardkontraktene tatt inn et forbud mot at byggherren lar andre entreprenører utføre slikt arbeid før overtakelsen er gjennomført. Det vil formodentlig gjøre at slikt «misbruk» blir vanskelig, eller i hvert fall kostbart, å gjennomføre fordi de aktuelle arbeidene har sammenheng med annet arbeid som skal utføres, og mest hensiktsmessig kan utføres sammen med disse. Problemstillingen vil formodentlig uansett sjelden komme på spissen, da en avbestilling medfører erstatningsansvar for byggherren overfor entreprenøren. Dette tapet må dermed dekkes inn av den lavere prisen den alternative entreprenøren kan tilby.

Etter lagmannsrettens vurdering er det ingen objektive holdepunkter i totalentreprisavtalen som gir grunnlag for å fastslå at partene ved avtalen har regulert bort disse entrepriserettslige prinsippene. Lagmannsretten ser det slik at PREs anførte tolkning av avtalen medfører at PRE er gitt en avbestillingsrett uten at denne behøver å følges opp med kompensasjon. Det er vanskelig å forstå at BKP skulle inngå en avtale med slikt innhold, og avtalens ordlyd gir heller ikke støtte for en slik forståelse.

PRE har pekt på at BKP hadde den sikkerheten at dersom selskapet tilbød markedspris for de aktuelle vederlagsjusteringene, ville PRE ut fra den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikt være forpliktet til å akseptere dette og stå ved avtaleforholdet med BKP. Lagmannsretten mener at PRE ved dette introduserer tilleggselementer i totalentreprisavtalens punkt 4 som det ikke er grunnlag for. Dersom avtalen skal tolkes slik at det måtte fremforhandles en vederlagsjustering som var «markedspris», ville en slik tolkning ikke gi BKP noen rett til erstatning dersom BKP ikke var villige til å akseptere PREs vederlagsforslag og pretenderte markedspris. Igjen bryter en slik tolkning av avtalen med de alminnelige prinsippene i entrepriseretten, og dersom PRE hadde denne forståelsen av avtalen, måtte denne klargjøres på en utvetydig måte i avtalen. Det er ikke tilfellet her. Ved uenighet om vederlagsberegningen er entrepriserettens praktiske og rettslige hovedregel at endringsarbeidet honoreres på regning. Uten annen dekning i kontrakten, slik som i dette tilfellet, ville BKP hatt krav på dekning av nødvendige kostnader med tillegg av påslag. Eventuell uenighet om entreprenørens krav måtte på vanlig måte løses i sluttoppgjøret, eventuelt som en rettstvist. Alternativet for byggherren er avbestilling.

PREs anførte tolkning av totalentreprisavtalens punkt 4 medfører at denne avtalen får preg av å være en intensjonsavtale. Dersom en ikke kom til enighet om vederlagsjusteringen, sto PRE fritt til å kunne velge en annen entreprenør på dette stadiet. Etter lagmannsrettens syn er det flere holdepunkter i avtalens ordlyd som klart tilsier at dette ikke er tilfellet. Dette underbygges blant annet ved at det i totalentreprisavtalens punkt 3 klart fremgår en angivelse av kvadratmeterpris, 15 500 kroner med 15 % påslag.

Prisen skal indeksreguleres. Lagmannsretten mener, slik som tingretten, at dette tilsier at partenes forhandling om pris i utgangspunktet var ferdig ved at man gjennom indeksreguleringen tok høyde for at det kunne medgå noe tid før prosjektet ble ferdigstilt. Under avtalens punkt 2 angis at «denne avtalen omhandler Totalentreprenøroppgaven for BK[P]». Dersom det, slik PRE anfører, ble inngått en avtale med en totrinnsmodell, ville det etter lagmannsrettens vurdering vært nærliggende og naturlig at dette fremkom enten under avtalens punkt 2, eller eventuelt under punkt 1 om bakgrunn.

Etter lagmannsrettens vurdering medfører også PREs tolkning av totalentreprisavtalens punkt 4 at det oppstår en rekke andre tolkningsspørsmål. PREs avtaleforståelse gir intet svar på om enhver endring som PRE ønsket, av kommersielle hensyn eller annet, skulle medføre bortfall av avtalen dersom en ikke kom til enighet om pris på forhånd, eventuelt slik at det i avtalen må innfortolkes at det kun er vesentlige endringer som kunne gi grunnlag for bortfall av avtalen dersom enighet om pris ikke ble oppnådd. PREs argumentasjon har også den svakhet at den ikke gir noe svar på hvorfor avtalen skulle falle bort i sin helhet, også for de rekkehusene mv. som det opprinnelig var gitt en pris for, når de aktuelle endringene, og uenigheten om prisen, kun relaterer seg til deler av avtalens ytelser. Lagmannsretten ser det slik at disse forholdene nødvendigvis måtte ha blitt regulert dersom avtalen skal undergis den forståelse som PRE anfører.

Lagmannsretten kan heller ikke se at utviklingsavtalens presisering av at BKP skal sørge for videreutvikling av prosjektet «til beste for investorene (optimalisere inntektene)», medfører at den objektive fortolkningen av totalentreprisavtalens ordlyd må fravikes. BKP oppfylte forpliktelsen om videreutvikling av prosjektet, blant annet ved endringen i form av en blokk, nettopp for å imøtekomme investorenes interesser om størst mulig salgbart boareal. Imidlertid kan ikke dette rukke ved den avtaleforpliktelsen PRE hadde påtatt seg overfor BKP gjennom totalentreprisavtalen.

Det er som nevnt enighet mellom partene om at den prisen som var angitt i totalentreprisavtalens punkt 4, ikke kunne benyttes når prosjektet ble så betydelig endret fra opprinnelig avtale frem til det som ble det endelige reguleringsresultatet ved at det nå skulle bygges en blokk på fire etasjer med 22 leiligheter og tilhørende parkeringsanlegg, 16 rekkehus med kjeller og 9 flatmarksboliger. Imidlertid kan lagmannsretten som nevnt ikke se at totalentreprisavtalens punkt 4 kan tolkes slik at disse endringene medførte at partene måtte inngå en ny avtale basert på enighet om ny pris, med den følgen at dersom det ikke ble oppnådd enighet, eventuelt at BKP ikke tilbød «markedspris», ville det ikke eksistere noen avtale lenger. Lagmannsretten konkluderer derfor foreløpig med at totalentreprisavtalens punkt 4 ikke kan forstås slik at avtaleforholdet bortfalt dersom partene ikke ble enige om vederlagsjusteringen opp mot de aktuelle endringene.

Lagmannsretten bemerker også at ordlyden i totalentreprisavtalens punkt 4 tilsier at den uansett ikke er anvendelig på de endringene som oppsto. Lagmannsretten sikter her til

passusen om at «endringer på økt kvalitet og avvik fra standard benyttet i Smedhagen kan føre til regulering av m2 prisen ...». I det foreliggende tilfellet var det ikke tale om endringer verken i kvalitet eller standard fra Smedhagen-prosjektet, men tale om en boligtype av en annen karakter i form av blokk. Den standard som kan utledes fra Smedhagen-prosjektet ble dermed reelt sett valgt bort av PRE ut fra kommersielle forhold og ønsket om størst mulig salgbart boligareal. Etter lagmannsrettens syn kan PREs syn på ordlydstolkningen dermed uansett ikke føre frem, idet totalentrepriseavtalens punkt 4 ikke kommer til anvendelse i hvert fall hva gjelder endringen opp mot blokkbebyggelsen.

Etter lagmannsrettens syn underbygger også øvrige tolkningsmomenter den avtaleforståelsen lagmannsretten her har gitt uttrykk for.

For det første peker lagmannsretten på partenes etterfølgende opptreden. Lagmannsretten viser her til tingrettens vurderinger i dommen side 7 annet og tredje avsnitt:

Partenes handlemåte i etterkant av kontrakten, tilsier etter rettens syn også at begge parter anså seg bundet av kontrakten. I e-post av 8. juli 2016 foreslo BKG en ny kontraktsmodell og tok initiativ til at partene skulle møtes for å diskutere det hele nærmere. Korrespondansen fortsatte over sommeren. Av møtereferat fra møte avholdt 30. november 2016, fremgår det at PRE ba BKG om å være klar til byggestart først 1. november 2016 og deretter 1. april 2017. I samme referat fremgår det at PRE opplyste på møtet at de mente å kunne gjennomføre byggearbeidene betydelig rimeligere ved å bruke en annen entreprenør. Det ble skissert to mulige løsninger for videre samarbeid: Som alternativ A) at PRE kjøpte seg fri fra den entreprisekontrakten som var inngått med BKG, og som alternativ B) at partene gikk videre og bearbeidet og optimaliserte det prosjektet de hadde. Frist for oppfølging ble satt til 15. desember 2016. Det neste som skjedde, var at PRE den 7. desember 2016 mottok tilbud fra en annen entreprenør, Johs. Granås AS, på utføringen av prosjektet på Utsikten. I e-post av 16. desember tilkjennegjorde så PRE at de anså avtalen for bortfalt.

Slik retten forstår partenes etterfølgende handlemåte etter inngåelsen av kontrakten, er det ingenting som tyder på at partene mente at kontrakten hadde falt bort før 30. november 2016. Selv på dette møtet fremstår det som om PRE mente seg bundet av kontrakten, all den tid det ble nevnt som et alternativ at de skulle *kjøre* seg fri fra den. Det er lite sannsynlig at PRE ville foreslå dette dersom de mente at avtalen mellom partene var bortfalt på dét tidspunktet. Også partenes handlemåte i etterkant av avtaleinngåelsen, tilsier følgelig at noen to-trinns avtalem modell ikke var ment avtalt.

Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurderinger.

PRE har for lagmannsretten, som for tingretten, vist til Rt-1992-1100 og anført at saksforholdet der og Høyesteretts vurderinger har stor overføringsverdi til vår sak. Tvisten i saken var om det var inngått bindende avtale om oppføring av en boligblokk med 39 eldreboliger. Mellom vedkommende boligbyggelag og entreprenøren var det inngått avtale

med bestemmelser om diverse konkrete arbeidsoppgaver og forpliktelser med sikte på å gjennomføre prosjektet. Prisen var imidlertid ikke avtalt, utover en regulering av at partene i prosjektet skulle etterstrebe «husbankfinansiering». De sentrale vurderingene fremkommer i dommen side 1114:

Som lagmannsretten ser jeg det slik at oktoberavtalen legger opp til et samarbeid mellom partene som er bindende så langt den rekker, idet avtalen langt på vei inneholder presise formuleringer om de plikter som partene påtar seg. Spørsmålet er imidlertid om avtaleteksten er så fullstendig at Stiansens er gitt et endelig oppdrag om oppføringen av eldreboligene, eller om det mangler for meget til at dette kan fastslås. Det gjenstår klart flere detaljer som det nok ville være naturlig å si bare trengte en nærmere utfylling som partene måtte være forpliktet til. Men når vi kommer til prisspørsmålet, som lagmannsretten har lagt avgjørende vekt på, er jeg som lagmannsretten kommet til at dette punkt i avtalen ikke kan være gjenstand for en slik utfylling.

I saken hadde partene ikke avtalt noen pris, noe Høyesterett altså anså som en så sentral del av avtaleforholdet at endelig avtale ikke kunne anses for å ha vært inngått. Saken her ligger annerledes an. Som det går frem ovenfor, er lagmannsretten kommet til at partene var enige om at BKP skulle utføre det arbeidet som fulgte av den endelige reguleringsplanen, og dermed også bygging av en blokk. Det er videre ikke uenighet mellom partene om at prisbestemmelsen i den opprinnelige avtalen ikke kunne benyttes i forbindelse med denne delen av oppdraget, og lagmannsretten har konkludert med at BKP etter vanlige entrepriserettslige prinsipper i denne situasjonen var berettiget til å utføre arbeidet på regning når man ikke kunne bli enige om prisen før byggingen skulle starte. Høyesteretts dom får ikke betydning for disse vurderingene og for forståelsen av avtalen i saken her.

Sammenfatningsvis konkluderer lagmannsretten med at det foreligger en bindende totalentrepriseavtale mellom partene. Denne avtalen er ikke bortfalt som følge av at partene ikke ble enige om pris på de betydelige endringer prosjektet undergikk. Avtalen kan ikke forstås slik at den forutsatte et tottrinns-avtaleopplegg – verken ordlyden eller andre tolkningsmomenter tilsier dette. Realiteten i saken er at PRE har foretatt en avbestilling av totalentreprisen, og at PRE derigjennom må erstatte det fortjenestetap som BKP har lidt.

Dette fordrer imidlertid at totalentrepriseavtalen ikke har falt bort grunnet bristende forutsetninger.

Om totalentrepriseavtalen 12. september 2011 er falt bort grunnet bristende forutsetninger

PRE har anført at totalentrepriseavtalen 12. september 2011 uansett er bortfalt på grunn av bristende forutsetninger.

Lagmannsretten ser først på de rettslige utgangspunkter for denne vurderingen. Vilklårene for forutsetningslårens anvendelse er sammenfattat slik av Høyesterett i Rt-2010-1345 avsnitt 63:

For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt-1999-922 på side 931.

Det er dermed tre vilkår som oppstilles: PRE må ha avgitt sitt løfte under en motiverende forutsetning, denne må ha vært synbar for BKP, og forutsetningen må etter en helhetsvurdering være relevant – det må være rimelig at forutsetningssvikten gir PRE rett til å si seg løst fra avtalen. Etter rettspraksis må også forutsetningssvikten være vesentlig.

Slik lagmannsretten forstår PRE, er det tre forhold som anføres som bristende forutsetninger – hva som skulle bygges og BKPs kompetanse i så henseende, pris og gjennomføringstid.

Lagmannsretten vurderer først om gjennomføringstiden kan anses som en vesentlig forutsetning som har sviktet.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i den avtalerettslige reguleringen av prosjektets fremdrift. I utviklingsavtalen heter det:

Begge parter har en intensjon om at det foreligger en godkjent reguleringsplan innen utgangen av 2012.

Det totale tidsaspektet knyttet til prosjektets fremdrift er uttrykt slik i totalentrepriseavtalens punkt 6:

Fremdriften følger salgsstatus og avtales nærmere i detalj. Målsetningen er at arbeidene og leveransene skal gjennomføres i løpet av en treårsperiode.

Etter lagmannsrettens syn gis det i avtalene ikke uttrykk for at de fastsatte tidsmål utgjør vesentlige forutsetninger fra PREs side. Lagmannsretten viser her til ordlyden – «intensjon» og «målsetning». Heller ikke bevisførselen for lagmannsretten underbygger at tidsmomentet sto sentralt for PRE som en synliggjort forutsetning overfor BKP. Begge parter var klar over at det lå et betydelig usikkerhetsmoment knyttet til hvor lang tid det ville ta å få regulert tomten. Dette usikkerhetsmomentet tas det også høyde for i utviklingsavtalens punkt 2, der følgende fremgår:

Dersom ikke prosjektet mottar nødvendige detaljregulering, rammetillatelser, etc. innenfor antatt tidsplan som beskrevet i IM er BK[P] forpliktet til å utføre sine oppgaver selv om kostnadsrammen beskrevet i pkt. 3 er brukt. Dersom uforutsette hendelser oppstår i forbindelse med de oppgaver BK[P] er forpliktet til å utføre, som for eksempel lengre behandlingsperiode for søknader og eventuelt økte kostnader, skal BH [PRE] og BK[P] avtale eventuell økning av BK[P]s honorarer.

Lagmannsretten kan vanskelig se at dette gir uttrykk for at fremdriften – innenfor den fastsatte tidsplan i utviklingsavtalen og totalentrepriseavtalen – etter dette fremstår som en vesentlig forutsetning som er motiverende og synbar overfor BKP. Tvert om gir utviklingsavtalens punkt 2 uttrykk for at PRE ikke kan ha ansett overholdelse av tidsplanen som en vesentlig faktor, all den tid BKP avtalerettslig var forpliktet til å selv bekoste ytterligere arbeid med utviklingen av prosjektet dersom tidsplanen ikke ble nådd. Lagmannsretten er enig med tingretten i at denne avtalereguleringen gir liten mening dersom manglende overholdelse av tidsplanen samtidig skal anses som en bristende forutsetning for PRE, se tingrettens dom side 10 fjerde avsnitt.

Lagmannsretten peker videre på at en hovedårsak til at tidsplanen ikke ble overholdt, var PREs ønske om å få inn et større salgbart boareal i prosjektet, slik at prosjektet dermed måtte videreutvikles med dette som formål. Lagmannsretten kan vanskelig se at denne tidsbruken, forårsaket av PREs kommersielle interesser, i ettertid skal kunne omfattes av en forutsetningssvikt fra PREs side som kunne gi grunnlag for å gå fra avtalen. Endelig gir møtereferatet 30. november 2016 klart uttrykk for at PRE ikke selv, i hvert fall ikke på det tidspunkt, anså den manglende fremdriften som en bristende forutsetning. Av møtereferatet fremkommer at PRE anser seg bundet av kontrakten, og at BKP skal være klar til byggestart 1. april 2017.

PRE har videre anført at den endrede bebyggelsen og BKPs manglende kompetanse opp mot denne, er å anse som en forutsetningssvikt som medfører at totalentrepriseavtalen er bortfalt.

Lagmannsretten ser først på om typen bebyggelse utgjorde en vesentlig forutsetning som var motiverende for PRE og synbar for BKP.

Det er på det rene at prosjektet har blitt betydelig endret i tiden fra avtalene ble inngått til endelig regulering forelå. I informasjonsmemorandumet 22. august 2011 er det klart at det nevnte Smedhagen-prosjektet med flatmarksboliger var referanseprosjektet. Samtidig står det i informasjonsmemorandumets punkt 3.2:

Prosjektet innbefatter salg, bygging/produksjon og overlevering av inntil 63 boenheter bygget i en kombinasjon av eneboliger, tomannsboliger, kjedehus, og/eller rekkehus på et tomteområde på til sammen ca. 31 mål [...].

Det tas i utgangspunktet sikte på å bygge minst to boligtyper; en rekkehusbolig på ca. 100 m2 BRA og en enebolig i kjede på ca. 140 m2 BRA. Den endelige kombinasjonen av boligtyper og boligstørrelser vil avhenge av hvilken type bolig markedet etterspør i Prosjektets levetid. Salgbart areal (BRA) vil derfor kunne avvike fra det som foreløpig er planlagt.

Etter lagmannsrettens syn fremgår det av dette at partene som et utgangspunkt la til grunn at prosjektet skulle bestå av standardboligene benyttet i Smedhagen-prosjektet. Imidlertid er det også klart forutsatt at prosjektet kunne undergå endringer, og at den endelige boligutformingen ville bero på kommersielle forhold. Denne fremhevingen av at prosjektet ville kunne endre karakter, er også fulgt opp i utviklingsavtalen, hvor det i punkt 2 blant annet fremkommer at «antall boliger...kan økes/reduseres, størrelse på boligene endres, osv.», og også her er dette knyttet opp til kommersielle forhold.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at PRE har hatt som en motiverende forutsetning at det utelukkede skulle kunne bygges standardboliger av den typen som var benyttet i Smedhagen-prosjektet. Etter lagmannsrettens vurdering er det slik at PREs hovedsakelige forutsetning var at de boligene som skulle bygges, uavhengig av type og størrelse, måtte være kommersielt salgbare. Det er også dette BKP fulgte opp i den videre utviklingen av prosjektet til det beste for investorene og på PREs initiativ.

I nær sammenheng med dette har PRE anført som en bristende forutsetning at BKP ikke hadde den nødvendige kompetansen til å gjennomføre prosjektet slik det endelig ble utformet. Dette argumentet var hovedbegrunnelsen for at PRE hevdet å være fri fra avtalen i e-posten til BPK 16. desember 2016. PRE har presisert anførselen slik at dette knytter seg til at BKP ikke var «rigget» til å håndtere byggingen av en fire etasjers blokk.

Lagmannsretten kan heller ikke se at denne anførselen kan føre frem. Om dette eventuelt var en motiverende forutsetning for PRE, har den uansett ikke vært synbar for BKP. Det fremgår av utviklingsavtalens punkt 2 at BKP kan anvende underentreprenører etter nærmere avtale med PRE. Slik bruk av underentreprenører, med den nødvendige kompetansen, er også meget utbredt i bransjen. I praksis vil det avgjørende normalt være om arbeidet – herunder de endringer som oppstår i prosjektet – rimeligvis kan sies å tilhøre samme «fag», jf. Hagstrøm og Bruserud i ovenfor nevnte bok side 283. Alene dette forhold er tilstrekkelig for at PRE i ettertid ikke kan høres med at det var en vesentlig forutsetning at BKP skulle være «rigget» til å håndtere hele prosjektet på egen hånd uten å benytte seg av underentreprenører. Det at det i informasjonsmemorandumet punkt 6.2.1 forutsettes at PRE vil «bestrebe seg for å benytte entreprenører med gode referanser fra tidligere lignende prosjekter», røkkes etter lagmannsrettens syn ikke ved dette. Ordlyden er generell, og kan også omfatte kvalifiserte underentreprenører med slikt referansegrunnlag. Lagmannsretten peker også på at det i informasjonsmemorandumets punkt 6.1.4, «Organisasjonsmessig risiko», ikke er fremhevet noe om det som PRE nå hevder har vært

en vesentlig forutsetning for engasjeringen av BKP. Anførselen må for øvrig også anses tilbakevist. Som nevnt kunne BKP benytte underentreprenører, og det må anses godtgjort at selskapet har betydelig erfaring og kompetanse når det gjelder å gjennomføre et prosjekt som dette. PRE etterspurte heller ikke noen dokumentasjon for slik kompetanse. Etter dette kan ikke lagmannsretten se at det forhold at BKP ikke var «rigget» til å bygge en fire etasjers blokk på egenhånd, utgjør noen relevant forutsetningssvikt.

PRE har endelig anført at prisnivået fra BKP opp mot vederlagsjusteringen utgjør en bristende forutsetning. Det er særlig vist til at BKP var forpliktet til å videreutvikle «prosjektet til beste for investorene (optimalisere inntektene)» i henhold til utviklingsavtalen. Lagmannsretten kan ikke se at det her foreligger en bristende forutsetning, og viser til tingrettens vurdering her (dommen side 11 annet–fjerde avsnitt):

Når det til slutt gjelder prisinivået, bemerker retten: Det fremstår for retten som om den eneste «forutsetningen» for PRE som reelt sett har «bristet», er *lønnsomheten* i prosjektet. Dette har selvfølgelig en side mot den *prisen* det ble inngått avtale om, men lønnsomhet er likevel noe annet enn pris i denne sammenheng. Det var først da det ikke ble solgt tilstrekkelig antall boliger i det opprinnelige prosjektet at problemene begynte å materialisere seg. Videre tyder hendelsesforløpet sett under ett på at det først var da PRE mottok et billigere tilbud fra Granås at det ble aktuelt for dem å gå bort fra kontrakten. Et billigere tilbud fra en annen entreprenør, kan etter rettens syn ikke medføre at det foreligger bristende forutsetninger i relasjon til prisnivået i den kontrakten som allerede er inngått. At PRE mente seg bundet av kontrakten, følger også av møtereferatet av 30. november 2016 der BKG ble bedt om å være klar til byggestart den 1. april 2017. I lys av referatet fremstår det som noe påfallende at PRE to uker senere skulle mene at forsinket fremdrift, BKGs kompetanse, endringer i bebyggelsen og prisnivå var en eller flere forutsetning(er) som medførte at avtalen var bortfalt.

At det ikke var tilstrekkelig etterspørsel i boligmarkedet etter de boligene som PRE opprinnelig la opp til, førte til omprosjektering, at tiden trakk ut, og at den prisen som PRE fikk av BKG i 2011 etter hvert kanskje ikke var så gunstig som det PRE håpet på. Omprosjekteringen fikk også den konsekvens at kostnadene på prosjektet økte betraktelig. Alene rentekostnadene på tomtelånet, er av under rettssaken opplyst å være på 3,5 millioner kroner hvert år. Konsekvensen ble at det var behov for mer salgbart areal for å få opp lønnsomheten på prosjektet, noe BKG også bidro til å utvikle planene for. Hendelsene førte altså til at lønnsomheten i prosjektet gikk ned, uavhengig av kostnadene på boligbyggingen isolert sett.

At vurderingen av lønnsomheten av det opprinnelige planlagte prosjektet slo feil, kan etter rettens syn ikke anses å være en bristende forutsetning i henhold til forutsetningslæren. Denne kommersielle siden av prosjektet var byggherrens – PREs – *risiko* ved prosjektet, og er ikke noe som PRE kan skyve over på BKG ved å vise til prisnivået når vurderingene ikke slår til. At det ikke var BKG som hadde den kommersielle risikoen, følger for så vidt også av IM pkt. 6.1.3.

Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene. Etter lagmannsrettens syn er det utvilsomt slik at PREs kommersielle forutsetninger ikke kan tilordnes BKP's risikofære, og langt mindre utgjøre en bristende forutsetning i relasjon til BKP.

Sammenfatningsvis konkluderer lagmannsretten etter dette med at det ikke er grunnlag for bortfall av totalentrepriseavtalen grunnet bristende forutsetninger. Lagmannsrettens syn er dermed at PRE reelt sett har foretatt en avbestilling av totalentrepriseavtalen, og at PRE derfor må erstatte det fortjenestetap BKP har lidt som følge av dette.

Om erstatningsutmålingen

Utgangspunktet for erstatningsutmålingen er at PRE skal dekke BKP's tap som følge av avbestillingen. Det er BKP's positive kontraktsinteresse som skal erstattes – det vil si at BKP skal stilles i samme økonomiske situasjon som om de avbestilte arbeidene kom til utførelse, og skal ha dekket tapt fortjeneste. En slik erstatningsutmåling må nødvendigvis bli noe skjønnspreget. Det må også gjøres fradrag for de administrasjonskostnader mv. som ville påløpt på BKP's hånd.

Tingretten fastsatte erstatningen til 8 millioner kroner. Lagmannsretten bemerker at BKP ikke har påanket erstatningsutmålingen, slik at dette beløpet danner en ramme for hva BKP nå kan tilkjennes i erstatning.

BKP har, som for tingretten, fremlagt beregninger av sitt fortjenestetap. Samlet er dette anført å være rundt 11 millioner kroner. Beregningene er foretatt med utgangspunkt i rammetillatelsen – 16 rekkehusleiligheter med underetasje, 9 flatmarksboliger og en fire etasjers boligblokk med 22 leiligheter og parkeringsanlegg. Fortjenesten for de 25 rekkehusene som er prosjektert på felt V og W (16 boliger på 120 kvadratmeter og 9 boliger på 80 kvadratmeter), inkludert påslaget på 15 %, er beregnet til omkring 8,4 millioner kroner. Når det gjelder blokken, har BKP i stedet for å beregne fortjeneste opp mot bygging av blokken, tatt utgangspunkt i det tap BKP mener å ha blitt påført dersom en hadde bygget de rekkehusene som opprinnelig var planlagt på den delen av tomten. Beregnet fortjeneste er her omkring 2,6 millioner kroner. Videre har BKP erkjent at det må gjøres et fradrag for diverse administrasjonskostnader i det samlede beløp på 11 millioner kroner. Hjelseth har i sin partsforklaring estimert fradraget til 1,5 millioner samlet sett.

PRE har anført at beregningen av fortjenesten må ta utgangspunkt i at det skulle bygges en blokk. Under henvisning til prisfastsettingen i totalentrepriseavtalen og den selvkost BKP selv la til grunn ved sine fremsatte prisindikasjoner under forhandlingene om vederlagsjusteringen, anføres det at BKP ville lidt et betydelig tap på å utføre boligbyggingen. Tilsvarende ville BKP lidt et betydelig tap dersom en legger til grunn markedsprisen. PRE har her vist til den prisen som ble avtalt med det entreprenørselskapet (Johs. Granås AS) selskapet inngikk avtale med. PRE har fremlagt sine egne beregninger

av BKPs tap. I tillegg har PRE anført at fradraget for administrasjonskostnader mv. må være større, og at BKPs fortjeneste uansett må justeres ned slik at det ikke gis tillegg for arealjusteringer mv.

Lagmannsretten mener at tingretten ikke har satt erstatningen for lavt, og at anken over utmålingen av erstatningsbeløpet må forkastes. Det vises til beregningene ovenfor.

Lagmannsretten kan ikke se at PRE har kunnet påvise at BKPs beregninger av hva selskapet ville oppnådd ved byggingen av flatmarksboliger og rekkehus i samsvar med opprinnelig plan, er uholdbare, og lagmannsretten mener man må bygge på disse tallene. Som nevnt var blokken en del av endelig reguleringsplan og dermed en del av det BKP som utgangspunkt var forpliktet til å bygge. Men her har BKP beregnet den positive kontraktsinteressen ut fra hva selskapet ville tjent på å bygge de ti rekkehusene som ifølge opprinnelig plan skulle bygges på den tomten som i stedet ble regulert til blokk. Lagmannsretten ser det slik at når byggherren valgte å trekke seg fra avtalen uten at det var grunnlag for det, altså en avbestilling, og ikke aksepterte den prisen entreprenøren tilbød for byggingen av blokken, må entreprenøren være berettiget til å beregne tapet ut fra det som ifølge den opprinnelige entrepriseavtalen skulle bygges. Anslaget over sparte kostnader for BKP tilsier ikke at samlet erstatning skal settes lavere enn 8 millioner kroner.

Lagmannsretten tilføyer at BKP som nevnt som utgangspunkt var berettiget til å utføre blokkbyggingen etter regning, det vil si ut fra faktiske kostnader, med påslag. Om disse faktiske kostnadene ville vært høyere enn det andre entreprenører ville gjort jobben for, er dermed av mindre betydning. Poenget med kompensasjon ved avbestilling er nettopp at en entreprenør som har oppnådd en god pris eller oppnådd å få utføre et arbeid etter regning med påslag, skal kompenseres for dette når byggherren velger å gå til en annen og billigere entreprenør. PREs henvisning til «markedspris» i form av avtalen med Johs. Granås AS kan ikke få noen betydning for erstatningsutmålingen. Etter det opplyste er det for øvrig kontraktvist mellom partene om betaling av over 10 millioner kroner.

Sakskostnader

Etter dette forkastes anken, også for så vidt gjelder tingrettens kostnadsavgjørelse, som det ikke er grunn til å endre. BKP har vunnet saken og tilkjennes i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 sakskostnader for lagmannsretten. Det er ikke grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen.

I samsvar med oppgave tilkjennes 257 400 kroner.

Dommen er enstemmig.

D O M S S L U T N I N G

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler PRE Utsikten AS 257 400 - tohundreogfemtisyvtusenfirehundre- kroner til BKP AS senest to uker etter forkynnelsen av denne dommen.

Karl Otto Thorheim

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 § 7 andre ledd.

Karl Otto Thorheim

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Signert elektronisk, Kristian Lorentzen