



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 29.04.2022

Saksnr.: 21-174007ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Mette D. Trovik

Pål Morten Andreassen

Axel Slettebøe

Ankende part Kf Entreprenør AS

Advokat Andreas Alexander
Johansen

Ankemotpart Oslo kommune v/ordføreren

Advokat Tor Erling Nordstad

Saken gjelder tvist om sluttoppgjør etter totalentreprisekontrakt.

For lagmannsretten er behandlingen av saken delt. I denne første delen behandles alene spørsmålet om krav fra entreprenøren om vederlagsjustering og fristforlengelse framsatt under endringsanmodninger er tapt som følge av at kontraktens frist for å iverksette ordinær rettergang ikke er oppfylt. Dersom lagmannsretten kommer til at entreprenørens krav av denne grunn er tapt, må lagmannsretten ta stilling til kravene likevel kan benyttes for motregning.

Sakens bakgrunn

Sakens bakgrunn ble omtalt under ankeforhandlingen. Det er dessuten presisert at ingen av partene har hatt innvendinger til sakens bakgrunn slik denne er gjengitt i tingrettens dom. Lagmannsretten legger etter dette følgende til grunn:

Etter en offentlig anbudskonkurranse ble KF Entreprenør AS tildelt oppdrag for refundamentering og rehabilitering av Grønland barnehage i Nordbygata 1 i Oslo. Det ble inngått kontrakt mellom KF Entreprenør AS og Oslo kommune Omsorgsbygg KF (heretter også omtalt som kommunen). Avtaledokumentet ble signert av partene henholdsvis 20. og 22. desember 2017. Oppdraget skulle utføres som en totalentreprise etter reglene i Norsk Standard (NS) 8407:2011 Alminnelige kontraktbestemmelser for totalenterpriser, men med enkelte endringer og suppleringer som gikk fram av avtaledokumentet.

KF Entreprenør AS skulle både prosjektere og utføre arbeidene. Entreprisen var delt inn i tre faser; forprosjekt (fase 1), detaljprosjektering og bygging (fase 2) og idriftsettelse, prøvedrift og overtagelse (fase 3). Forprosjektfasen skulle ha en varighet fra uke 1 til uke 10 i 2018, og fase 2 skulle starte umiddelbart etter at kommunen hadde sendt bestilling/utløst opsjon for denne fasen. En slik bestilling omfattet også fase 3.

I kontrakten var det avtalt dagmulktbelagte frister. De to dagmulktbelagte delfristene knyttet seg til ferdigstilling av utomhus med frist 4. mars 2019 og mekanisk ferdigstilling med frist 5. mars 2019. Dagmulktbelagt sluttfrist var avtalt til 6. mai 2019.

Kontrakten ble inngått med fastpris hvor kontraktssummen var på 68 300 468 kroner inklusive merverdiavgift. Kontrakten inneholdt også en rekke opsjoner som kommunen kunne velge å utløse.

Fra og med uke 11 i 2018 satte KF Entreprenør AS i gang med tilrigging og deretter utførelse av arbeidet. Først ble det foretatt innvendig rivning slik at bare bygningskroppen sto tilbake, så ble bygget refundamentert før bygningsmessig innredning og teknisk ferdigstilling ble gjennomført. Utendørsarbeider ble utført til slutt.

Underveis i prosjektet sendte KF Entreprenør AS en rekke endringskrav. Endringskravene knyttet seg blant annet til at refundenteringen ble vesentlig mer kostbar og tidkrevende som følge av avvikende grunnforhold og avvik ved bygningen i forhold til hva som var forutsatt, forsinkelser hos kommunens leverandører og andre forhold KF Entreprenør AS mente kommunen hadde risikoen for.

Arbeidet ble forsinket i forhold til de avtalte fristene. Partene er også uenige om når arbeidet var ferdigstilt. KF Entreprenør AS mente at arbeidet var ferdig og klart til overtagelse 24. mai 2019, mens kommunen mente at arbeidet var ferdigstilt og ble overtatt 26. juni 2019.

Etter ferdigstilling av arbeidet, oppsto det uenighet mellom partene om sluttoppgjøret.

KF Entreprenør AS' krav er av tingretten angitt å være til sammen 11 977 011,77 kroner inklusive merverdiavgift med tillegg av forsinkelsesrenter. Beløpet knytter seg til endringskrav, betaling for arbeid som skal være bestilt og utført etter overtagelse, og betaling av beløp som kommunen holdt tilbake i sluttoppgjøret. Det ble også krevd fristforlengelse i forbindelse med de fleste endringskravene. Kommunen har bestridt dette.

Kommunen har fremmet motkrav og holdt tilbake deler av kontraktssummen i sluttoppgjøret på til sammen 4 376 588,02 kroner inklusive merverdiavgift. Beløpet knytter seg til krav på dagmulkt, dekning av kostnader til tredjepartskontroller og utbedring, sikkerhet for utbedringskostnader knyttet til mangelfullt gulv og feilfakturert opsjon.

KF Entreprenør AS sendte forliksklage 24. april 2020. Partsbenevnelsen i klagen ble rettet 27. april 2020. Forliksrådet i Oslo innstilte saken 22. juni 2020.

KF Entreprenør AS innga stevning til Oslo tingrett 22. desember 2020 med krav om at kommunen skulle betale 11 986 588 kroner inklusive merverdiavgift med tillegg av forsinkelsesrenter. I tilsvaret 28. januar 2021 påsto kommunen seg frifunnet.

Oslo tingrett avsa 1. oktober 2021 dom med slik domsslutning:

1. Oslo kommune v/ordføreren betaler til KF Entreprenør AS kr 2 103 679 – tomillionerettihundreogtrettusensekshundreogsyttini - inkl. mva. med tillegg av forsinkelsesrenter senest to uker etter forkynnelsen av denne dommen. For et beløp på kr 120 707 – etthundreogtjuetusensyvhundreogsyv - inkl. mva. regnes forsinkelsesrenten fra 22. juni 2020 til betaling skjer og for et beløp på kr 1 982 972 – enmillionnihundreogåttitotusenihundreogsyttito – inkl. mva. regnes forsinkelsesrenten fra 29. september 2019 til betaling skjer.
2. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader.

Tingretten kom til at krav om vederlagsjustering og fristforlengelse framsatt under endringskravene fra KF Entreprenør AS var tapt, og heller ikke kunne benyttes til motregning.

KF Entreprenør AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Under forberedelsen av ankesaken ble det besluttet at behandlingen skulle deles, og at lagmannsretten først skulle ta stilling til om krav fra KF Entreprenør AS om vederlagsjustering og fristforlengelse framsatt under endringskravene var bortfalt på grunn av manglende overholdelse av søksmålsfristen i avtalen, subsidiært om kravene kunne benyttes til motregning. Ankeforhandling om dette ble holdt 19. april 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Skriftlig materiale utgjorde en vesentlig del av avgjørelsesgrunnlaget for denne delen av ankesaken, og forhandlingen ble gjennomført etter tvisteloven § 9-15 tiende ledd. Om bevisføringen vises til rettsboken.

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

Den ankende part, KF Entreprenør AS, har i hovedtrekk anført:

Kontrakten gir ikke hjemmel til å anse kravene for tapt. Fristen i avtalen gir ikke hjemmel for en slik virkning. KF Entreprenør AS har gjort det avtalen krever. Endringsordrekravene er dermed ikke tapt.

Forliksklagen oppfyller vilkåret i avtalen om at entreprenøren må «iverksette ordinær rettergang» dersom han mottar avslag fra byggherren på et varsel etter punkt 32.2 eller krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse. Forliksklagen ble inngitt 24. april, og korrigert 27. april 2020. Det er uomstridt at dette ble gjort innen fristen. Partene er enige om at søksmålsfristen ble avtalt forlenget til 26. mai 2020. Å inngi forliksklage er å iverksette ordinær rettergang. Avtalen krever ikke at det tas ytterligere skritt for å opprettholde denne fristavbrytende virkningen. Kravene er derfor ikke tapt.

Tremånedersfristen i tvisteloven § 18-3 tredje ledd kommer ikke til anvendelse.

Det følger av ordlyden i § 18-3 tredje ledd at «virkningen etter første ledd» er i kraft i tre måneder etter at søksmålet ved kjennelse avvises eller ellers ender uten dom. Virkningen etter første ledd er en henvisning til virkninger «som følger av annen lovgivning av at søksmål er reist». I denne saken avbrøt ikke forliksklagen en lovbestemt frist, men en avtalt frist. En entrepriseavtale er ikke lovgivning. Det følger derfor klart av lovens ordlyd at tredje ledd ikke kommer til anvendelse. Den klare lovteksten må her tillegges stor vekt og gis forrang fremfor usikre slutninger av uttalelser i forarbeidene om opphevede lovbestemmelser. Det følger av alminnelig rettskildelære og rettspraksis, jf. blant annet Rt-

2008-1263. Borgerne må kunne forholde seg til lovens ordlyd, særlig gjelder det der utfallet ellers er tap av krav eller prosessadgang. Det vil skape en uholdbar situasjon for aktørene som skal forholde seg til tvisteloven § 18-3 tredje ledd, herunder ikke-jurister, dersom «lovgivning» skal forstås å inkludere også privatrettslige avtaler, slik en entrepriseavtale er. Det får derfor liten betydning at forarbeidene eventuelt kan tas til inntekt for å se hen til ordlyden i den tidligere loven der det ble vist til «borgerlige krav». I tillegg kommer at tredje ledd henviser til «kjennelse» om at saken «avvises eller ender uten dom». Forliksrådet traff i denne saken ikke en kjennelse. Det ble truffet en beslutning. Forarbeidene støtter også opp om at tredje ledd er ment for tilfeller der saksøker har gjort en feil, og at det derfor avgjøres i kjennelse at søksmålet avvises og ender uten dom. Det var her ingen feil at saken ble brakt inn for forliksrådet. Avgjørelsen i Rt-2013-1303 gjaldt frist i annen lovgivning, nemlig arveloven og det gjaldt en søksmålsfrist, ikke foreldelse. Den dommen gir slik sett støtte for at § 18-3 må forstås etter sin ordlyd.

Den avtalte virkningen av forliksklagen er på denne bakgrunn i kraft selv om nytt søksmål ikke reises innen tre måneder etter at forliksrådet besluttet å innstille saken.

Subsidiært, dersom avtalen krever et nytt søksmål for å beholde den fristavbrytende virkning av forliksklagen, er det ettårsfristen i tvisteloven § 18-3 andre ledd som kommer til anvendelse. Fristen er i så fall overholdt. Andre ledd gjelder foreldelse avbrutt ved forliksklage, slik det her ble gjort. Andre ledd omfatter ikke bare foreldelseslovens standardforeldelse, men også foreldelse som har blitt forkortet ved avtale.

Den avtalte fristen er her en avtalt forkorting av lovens foreldelse, fra tre år til åtte måneder. Kravet faller bort dersom søksmål ikke blir anlagt innen fristen. Dette er en avtalt materiell foreldelsesfrist. Det vises også til juridisk teori ved Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave. At ikke alle elementene direkte er en fordring på penger, endrer ikke dette. Også krav på fristforlengelse er i realiteten et krav om redusert dagmulkt, altså penger. Både i rettspraksis og teori er det lagt til grunn at en frist er en foreldelsesfrist trass i at fristen også innbefatter fristforlengelse. Den avtalte fristen er dessuten etter sitt innhold ikke en søksmålsfrist eller prosessforutsetning. Fristen er heller ikke reklamasjons- eller varslingsregel.

KF Entreprenør AS kan under enhver omstendighet motregne med tapte krav på vederlagsjustering i kommunens motkrav. Dette gjelder enten fristen som er avtalt anses som en materiell foreldelsesfrist eller en annen form for preklusiv frist. Hjemmel for motregning er de alminnelige regler om motregning med konnekse krav. Avtalen kan ikke forstås slik at også denne retten er tapt. Dette ville kreve en klar forankring i avtalen, noe som ikke foreligger her. Motregning med krav som er foreldet reguleres av foreldelsesloven § 26. Her er vilkårene i bokstav b) oppfylt. Selv om lagmannsretten legger til grunn at den avtalte fristen ikke er en foreldelsesfrist, gir foreldelsesloven § 26 bokstav b) uttrykk for gjeldende rett for tapte krav. KF Entreprenør AS erkjenner imidlertid at det

ikke kan motregnes med fristforlengelseskravet. Her er de alminnelige motregningsvilkår ikke oppfylt.

Det er nedlagt slik påstand:

1. KF Entreprenør AS' endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er ikke tapt.
2. Avgjørelse om sakskostnader for sakens del 1 utstår til samlet avgjørelse.

Ankemotparten, Oslo kommune v/ordføreren, har i hovedtrekk anført:

KF Entreprenør AS mottok avslag på endringsordrekravene. NS 8407 punkt 35.2 fastsetter i bokstav b at dersom totalentreprenøren mottar avslag fra byggherren på krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse, må han «ta de nødvendige skritt» for å «iverksette ordinær rettergang» eller voldgift etter reglene i 50.4 senest åtte måneder etter overtakelsen av hele kontraktsgjenstanden, med mindre partene blir enige om en lengre frist. Gjør totalentreprenøren ikke det, taper han sitt krav mot byggherren.

Fristen på åtte måneder utløp i utgangspunktet 26. februar 2020, men det er enighet om at fristen ble avtalt forlenget til 26. mai 2020. KF Entreprenør AS tok ut forlikrårdsklage den 27. april 2020. Saken for forliksrådet ble innstilt 22. juni 2020. Etter innstillingen i forliksrådet forfulgte KF Entreprenør AS sine krav ved stevning til Oslo tingrett først 22. desember 2020, det vil si seks måneder etter at forliksrådet innstilte behandlingen av saken. Det er ikke grunnlag for entreprenørens antitetiske slutninger. Partene har avtalt «ordinær rettergang». Tvistelovens regler kommer da til anvendelse, herunder bestemmelsen i kapittel 18 om virkninger av søksmål. KF Entreprenør AS iverksatte ordinær rettergang ved å ta ut forlikrårdsklage, og tvisteloven, herunder tvisteloven § 18-3, kommer da til anvendelse. Tvisteloven § 18-3 med de virkninger som denne bestemmelsen angir, må ikke være eksplisitt avtalt for å gjelde for et rettergangsskritt som er tatt for å avbryte fristen i NS 8407 punkt 35.2.

Bestemmelsene i tvisteloven kapittel 18 gjelder saksanlegg generelt. I § 18-1 og § 18-2 reguleres litispendens. I § 18-3 angir når andre virkninger av saksanlegg enn litispendens inntreffer. Bestemmelsene gjelder saksanlegg generelt herunder søksmål etter NR 8407 punkt 35.2. Bestemmelsen viderefører i det vesentlige tidligere tvistemålslov § 66. Det gjelder virkninger etter borgerlig rett og er ikke begrenset til virkninger nedfelt i lov. NS 8407 punkt 35.2 er en bestemmelse som angir en sivilrettslig (borgerlig) virkning av saksanlegg. Tvisteloven § 18-3 tredje ledd, jf. første ledd, kommer her til anvendelse. For at den fristavbrytende virkningen av forlikrårdsklagen skulle være i behold, måtte dermed søksmål ha blitt tatt ut innen tre måneder fra innstillingen av saken i forliksrådet.

Ettårsfristen i tvisteloven § 18-3 andre ledd kommer ikke til anvendelse. Bestemmelsen gjelder «foreldelse». NS 8407 punkt 35.2 er ikke en avtalt frist om «foreldelse». Det er etter loven adgang til å avtale en kortere foreldelsesfrist. Her er imidlertid fristens utgangspunkt ikke det samme som etter foreldelsesloven, og den avtalte fristen er ikke nødvendigvis en forkortelse av foreldelsesfristen. Det vises videre til at NS 8407 punkt 35.2 også gjelder for krav som ikke kan foreldes. Entreprenørens rett til fristforlengelse er ikke en fordring på noen ytelse fra byggherren. Fristens utgangspunkt, lengde og til dels hvordan den avbrytes er ulik ved NS 8407 punkt 35.2 og foreldelsesloven. NS 8407 punkt 35.2 inngår for øvrig i et sett med preklusive frister i kontrakten, og det er erkjent at de andre ikke er foreldelsesfrister. For alle avtalte preklusive frister gjelder imidlertid at fristoversittelse medfører tap av en materiell rett. At fristen etter NS 8407 punkt 35.2 avbrytes ved ordinær rettergang, gjør den ikke til en foreldelsesfrist.

Dersom lagmannsretten legger til grunn at en forliksklage som er tatt ut for å avbryte fristen i NS 8407 punkt 35.2, ikke må følges opp i tråd med tvisteloven § 18-3, anføres subsidiært at forliksklagen ikke kan anses å være et «nødvendig skritt for å iverksette ordinær rettergang» som avtalen krever. Vilkåret vil i så tilfellet først måtte anses oppfylt ved stevningen 22. desember 2020. KF Entreprenør AS har da under enhver omstendighet ikke avbrutt fristen i NS 8407 punkt 35.2 i tide. Kommunen blir i tilfelle å frifinne for KF Entreprenør AS' krav også av denne grunn.

Det er ikke grunnlag for KF Entreprenør AS' atter subsidiære anførsel om at en motregningsrett kan gjøres gjeldende. Den alminnelige motregningslære forutsetter at både hovedkrav og motkrav er i behold. Foreldelsesloven § 26 er en særregel ved foreldelse etter foreldelsesloven. Her er det, som behandlet foran, ikke en avtalt foreldelsesregel. Et krav på motregning ville dessuten gjøre kontraktens preklusive frister illusoriske. Kontaktens ordlyd om at kravet tapes er dessuten klar. Tingretten har korrekt lagt til grunn at motregningsrett måtte ha vært spesifikt avtalt mellom partene, eventuelt regulert i lov. KF Entreprenør AS' krav på fristforlengelse er under enhver omstendighet ikke noen fordring som kan motregnes mot kommunens krav.

Det er nedlagt slik påstand:

1. KF Entreprenør AS' endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er tapt.
2. Avgjørelsen av sakskostnader for sakens del 1 utstår til samlet avgjørelse av sakskostnadsspørsmålet i lagmannsrettens dom i del 2 av saken.

Lagmannsretten ser slik på saken:

1. Innledning

Lagmannsretten har som tingretten kommet til at krav fra KF Entreprenør AS om vederlagsjustering og fristforlengelse framsatt under endringsanmodninger er tapt som følge av at kontraktens frist for å ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang ikke er oppfylt. Det er da heller ikke anledning til å benytte kravene for motregning.

Lagmannsretten drøfter i det følgende først avtalens krav om å «ta de nødvendige skritt» for å «iverksette ordinær rettergang» innen en angitt frist dersom entreprenøren mottar avslag fra byggherren på krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse. Lagmannsretten tar stilling til om det etter avtalen er tilstrekkelig å sende saken til forliksrådet dersom saken blir innstilt der, og hvilke frister som etter avtalen må anses å gjelde for den videre oppfølgingen, herunder om fristene i tvisteloven § 18-13 kommer til anvendelse og i så fall om dette reguleres av andre eller tredje ledd. Avslutningsvis drøfter lagmannsretten ankende parts anførsel om at kravene uansett kan benyttes til motregning.

2. Frist for å «ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang»

I kontrakten om totalentreprisen for refundamentering og rehabilitering av Grønland barnehage, heretter også kalt kontrakten, heter det innledningsvis:

For denne kontrakten gjelder Norsk Standard (NS) 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, med nedenstående endringer og suppleringer.

Norsk Standard (NS) 8407:2011 punkt 35.2 lyder:

Dersom totalentreprenøren mottar avslag fra byggherren på et varsel etter 32.2 eller krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse, må han enten

- a) kreve spørsmålet avgjort av en oppmann etter 50.3, før overtakelsen, eller
- b) ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang eller voldgift etter reglene 50.4, senest åtte måneder etter overtakelsen av hele kontraktsgjenstanden, med mindre partene blir enige om en lengre frist.

Gjør totalentreprenøren ikke det, taper han sitt krav mot byggherren.

I kontrakten punkt 17 framgår at NS 8407 punkt 35.2 bokstav a) utgår.

Det er uomstridt at kommunen hadde avslått krav fra KF Entreprenør AS på vederlagsjustering og fristforlengelse, og at NS 8407 punkt 35.2 bokstav b) kom til

anvendelse. Fristen på åtte måneder utløp i utgangspunktet 26. februar 2020, men partene er enige om at fristen ble avtalt forlenget til 26. mai 2020.

Som angitt foran sendte KF Entreprenør AS forliksklage 24. april 2020, og partsbenevnelsen i forliksklagen ble rettet 27. april 2020. Forliksrådet i Oslo innstilte saken 22. juni 2020. Stevning for Oslo tingrett ble først tatt ut 22. desember 2020.

Det er etter dette på det rene at forliksklagen ble innsendt innen den fristen som var avtalt. Det er også uomstridt at det etter reglene for ordinær rettergang var riktig å starte denne saken med forliksklage. Det var et riktig første skritt. Forliksrådet innstilte imidlertid saken. Den var ikke egnet for behandling der, og det ble ikke truffet noen realitetsavgjørelse.

Kontrakten mellom KF Entreprenør AS og kommunen er en avtale mellom profesjonelle parter. Slike kontrakter skal etter sikker rett som utgangspunkt tolkes objektivt, og kontraktens ordlyd tillegges stor vekt, jf. eksempelvis Rt-2002-1155. Lagmannsretten anser det klart at etter en objektiv ordlydsfortolkning må saken bringes videre i rettssystemet og til en instans som fatter en realitetsavgjørelse for at «de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang» skal anses tatt. Sentralt for ordinær rettergang er at domstolen skal ta stilling til tvisten og fatte en realitetsavgjørelse. Det må derfor tas ut stevning etter at forliksrådet har innstilt saken. En objektiv ordlydsfortolkning er her også i overensstemmelse med formålet med avtaleklausulen; entreprenøren skal ta stilling til om han vil forfølge kravene rettslig. Det gjøres ikke ved en forliksklage som senere innstilles. Forliksklagen er et riktig første skritt, men «de nødvendige skritt» er ikke ved dette tatt.

Dersom det skulle vært tilstrekkelig å inngi forliksklage også der forliksrådet innstiller sin behandling, måtte dette kommet klart til uttrykk i kontraktens ordlyd. Det gjør det ikke her. Det er heller ingen subjektive fortolkningsmomenter som med styrke tilsier at partene har hatt en felles forståelse som ikke er nedfelt i kontraktens ordlyd.

Da forliksrådet innstilte saken, måtte KF Entreprenør AS derfor ta ut stevning for å tilfredsstille kontraktens krav om å ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang.

Spørsmålet for lagmannsretten blir etter dette hvilken frist som etter kontrakten gjelder for å følge opp forliksrådets avgjørelse og ta ut stevning for tingretten.

Det følger som nevnt av kontrakten at det skal «iverksette ordinær rettergang». Etter lagmannsrettens syn tilsier en objektiv forståelse av kontraktens ordlyd at partene med dette har avtalt at tvistelovens bestemmelser kommer til anvendelse, herunder tvistelovens bestemmelse som regulerer virkninger av søksmål, og de frister som gjelder for «å ta de nødvendige skritt».

Twisteloven kapittel 18 regulerer virkninger av søksmål. I §§ 18-1 og 18-2 reguleres litispendens. I tvisteloven 18-3 tredje ledd reguleres når andre virkninger av saksanlegg inntreer og opphører. Bestemmelsen lyder:

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

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

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

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

Lagmannsretten kan ikke se at § 18-3 etter kontrakten ikke kommer til anvendelse fordi det i første ledd, som også tredje ledd viser til, er angitt «de virkninger som følger av annen lovgivning». Det sentrale er etter lagmannsrettens syn at det er avtalen mellom partene som bringer tvisteloven § 18-3 til anvendelse. Lagmannsretten viser også til at det etter NS 8407 punkt 50.4 er avtalt at enhver tvist mellom partene om kontraktsforholdet «avgjøres ved ordinær rettergang». Dette tilsier også at det er avtalt at tvisteloven § 18-3 kommer til anvendelse. Dersom enkeltbestemmelser i tvisteloven ikke skulle komme til anvendelse, måtte dette vært særskilt avtalt.

Lagmannsretten viser for øvrig til at forarbeidene til tvisteloven § 18-3 gir klare holdepunkter for at fristene også gjelder for borgerlige krav generelt. Selv om det sentrale etter lagmannsrettens syn er at en objektiv tolkning av kontrakten mellom partene bringer fristene i tvisteloven § 18-3 til anvendelse, støtter tvistelovens forarbeider også at lovens ordlyd ikke gir grunnlag for å unnta denne bestemmelsen. Bestemmelsen er utformet også for borgerlige krav, der fristen avbrytes etter avtale og ikke etter «annen lovgivning». Det framgår av Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 39-40 at § 18-3 i det vesentlige viderefører tvistemålsloven § 66 som hadde regler om når «virkninger etter den borgerlige rett» inntreer ved saksanlegg. I NOU 2001:32 B heter det i spesialmerknadene:

Bestemmelsen viderefører i hovedtrekk tvistemålsloven § 66.

(1) viderefører tvistemålsloven § 66 første ledd. Det er ikke tilsiktet realitetsendringer, men bestemmelsen er forsøkt gitt en klarere og enklere utforming. Uttrykket «virkninger som følger av annen lovgivning» er ment å dekke det som ligger i uttrykket om virkninger etter den borgerlige rett i den nåværende § 66 første ledd, samt søksmålsfrister....

Når det i første ledd vises til «virkninger som følger av annen lovgivning», er dette derfor ment som en erstatning av henvisningen til «den borgerlige rett» i tvistemålsloven § 66 første ledd. Tvistelovens formulering fanger klarere opp at søksmålsfrister regnes med, jf. NOU B side 789 og prp. side 432.

Forarbeidene støtter ved dette at ordlyden i § 18-3 ikke gir grunn til å unnta bestemmelsen. Den er utformet også for borgerlige krav. NS 8407 punkt 35.2 er en avtalebestemmelse som angir en sivilrettslig – eller «borgerlig» – virkning av saksanlegg.

Spørsmålet er etter dette om tvisteloven § 18-3 tredje ledd eller andre ledd regulerer fristen.

Tvisteloven § 18-3 tredje ledd er den generelle regelen om frist for videre oppfølging hvis søksmålet ender uten dom. Det gjelder en frist på tre måneder. Den gjelder søksmålsfrister, men også andre frister. Den er ikke begrenset til prosessuelle søksmålsfrister.

Lagmannsretten anser at § 18-3 tredje ledd omfatter avgjørelse fra forliksrådet som innstiller saken. At dette gjøres ved beslutning og ikke kjennelse, slik det er angitt i loven får ikke betydning. Det vises blant annet til Rt-2013-1303 avsnitt 20 som gjaldt en sak som var innstilt fra forliksrådets side.

Tvisteloven § 18-3 andre ledd angir en lengre frist. Her er fristen ett år. Dette gjelder imidlertid bare når «foreldelse» er avbrutt ved forliksklage, jf. blant annet Rt-2013-1303 avsnitt 15 med videre henvisning til forarbeidene. Det vises også til Schei m.fl, Tvisteloven, Kommentartutgave, Juridika, ajour per 1. mars 2022.

Lagmannsretten anser det etter en objektiv tolkning ikke nærliggende å forstå fristen i punkt 35.2 bokstav b) som en avtalt frist om foreldelse. Den er en av flere bestemmelser i kontrakten der krav tapes dersom det ikke reageres innen en bestemt frist. Partene er enige om at ingen av de andre fristene er å anse som en materiell foreldelsesfrist. At det for å avbryte fristen i punkt 35.2 kreves at det iverksettes ordinær rettergang, kan lagmannsretten ikke se gjør at fristen her får en annen karakter. Kontrakten punkt 35.2 er en materiell regel om bortfall av krav, men har etter lagmannsrettens syn mer karakter av en reklamasjonsfrist enn en foreldelsesregel. En foreldet fordring vil ikke anses å være tapt, slik det uttrykkelig er avtalt er virkningen ved oversittelse av fristen etter NS punkt 35.2. Dersom skyldneren betaler trass i foreldelse, regnes dette som betaling av ordinær gjeld, jf. blant annet Bergsåker, Hva er foreldelse, Tfr, 2011/3-4, side 351-442. Normalt vil det ved fristavbrudd for foreldelse dessuten starte en ny frist. Lagmannsretten anser at det er lite naturlig å omtale regler som ikke følger dette prinsippet som foreldelsesregler.

Lagmannsretten viser også til at foreldelse må ha hjemmel i lov, jf. foreldelsesloven §§ 1 og 30. Det er begrenset avtalefrihet for foreldelse, jf. foreldelsesloven § 28 første ledd. Loven er ikke ansett å være til hindrer for at det avtales en kortere foreldelsesfrist. Et

unntak er angitt i § 28 tredje ledd, som her ikke er aktuelt. Lagmannsretten er imidlertid enig med kommunen at det ikke uten videre kan legges til grunn at NS 8407 punkt 35.2 er en kortere frist enn det som følger av foreldelsesloven.

Det er ulike reguleringer av utgangspunktet for fristen i NS 8407 punkt 35.2 og foreldelsesfristen i foreldelsesloven. Fristen i NS 8407 punkt 35.2 regnes fra «overtakelsen av hele kontraktsgjenstanden». Foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 begynner å løpe «fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å få oppfyllelse». Entreprenøren plikter å utføre arbeidet selv om arbeidet er omtvistet, jf. NS 8407 punkt 35 første ledd. Totalentreprenøren kan så kreve betaling, og bringe kravet til forfall, når det omtvistede endringsarbeidet er utført. Foreldelsesfristen begynner da å løpe. Ved store entrepriser som går over flere år, kan derfor foreldelsesfristen i foreldelsesloven for et krav være utløpt før fristen i NS 8407 punkt 35.2 begynner å løpe.

NS 8407 punkt 35.2 gjelder dessuten også krav som ikke kan foreldes. Foreldelsesloven gjelder fordring på penger eller andre ytelser, jf. § 1. Entreprenørens krav om fristforlengelse er ikke en fordring på noen ytelse fra byggherren. At det indirekte vil bety lavere dagmulkt, endrer ikke dette.

Lagmannsretten anser det etter en samlet vurdering klart at kravet i NS 8407 punkt 35.2, om at entreprenøren innen angitt frist må ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang, ikke er å anse som en foreldelsesregel etter tvisteloven § 18-3 andre ledd.

Fristen i NS 8407 punkt 35.2 er heller ikke en søksmålsfrist, men er altså å anse som en annen type frist. Når nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang må iverksettes, reguleres da av tvisteloven § 18-3 tredje ledd. Det betyr at det gjelder en frist på tre måneder etter at forliksrådets innstilling ble forkynt. Forliksrådet innstilte behandlingen 22. juni 2020, mens stevningen til Oslo tingrett fra KF Entreprenør AS som nevnt først ble inngitt 22. desember 2020. De nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang er da ikke tatt innen fristen avtalt i NS 8407 punkt 35.2. Mot oversittelse av tremånedersfristen kan det ikke gis oppreisning, jf. tredje ledd siste punktum.

Lagmannsretten er etter dette enig med tingretten i at KF Entreprenør AS har tapt krav om vederlagsjustering og fristforlengelse framsatt under endringsanmodninger.

3. Motregning

Lagmannsretten er også enig med tingretten i at kravene ikke kan benyttes til motregning.

Den alminnelige motregningsretten er forankret i sedvanerett og reguleres blant annet av ulovfestede regler. Det er flere kumulative vilkår.

Hovedkrav og motkrav må blant annet være likeartet. Det utelukker at det kan motregnes for krav om fristforlengelse. Det er altså her alene pengekravet som eventuelt kan være gjenstand for motregning. Dette er også erkjent av KF Entreprenør AS.

Kravet og motkrav må dessuten bestå mellom de samme parter. Kravene fra KF Entreprenør AS er imidlertid «tapt» etter NS 8407 punkt 35.2. En objektiv ordlydsfortolkning av siste punktum i punkt 35.2 tilsier at motregning er utelukket. Kravet består ikke, det er tapt.

Etter foreldelsesloven § 26 bokstav b) er det åpnet for å motregne med konnekse krav selv om motkravet er foreldet, slik det er framhevet av den ankende part. Lagmannsretten anser dette som en unntaksregel som gjelder foreldelse. Det er naturlig å knytte unntaket til foreldelse etter foreldelsesloven, og iallfall slik at dersom det var en foreldelse etter avtale, ville det vært nærliggende at unntaket for motregning også særskilt var avtalt, iallfall der avtalen var inngått mellom profesjonelle parter. Uansett er lagmannsretten, som det framgår foran, kommet til at NS 8407 punkt 35.2 ikke er å anse som en avtale om foreldelse. Under enhver omstendighet måtte det derfor være særskilt avtalt at motregningsretten var i behold etter at kravet var «tapt».

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at KF Entreprenør AS ikke har anledning til å motregne verken med krav om fristforlengelse eller med krav vederlagsjustering etter endringsanmodning.

Anken har etter dette ikke ført fram for de spørsmål lagmannsretten foreløpig har behandlet.

Lagmannsretten har utformet slutningen i tråd med de nedlagte påstandene. Partene er enige om hvilke krav denne delen av saken gjelder, og påstandene var på dette punkt likelydende. Slutningen utformes i tråd med det, og gir uttrykk for at de angitte kravene er å anse som tapt. Partene er enige om at slutningen ved dette også gir uttrykk for at kravene ikke kan benyttes til motregning.

4. Sakskostnader

Partene er enige om at dette skal utstå til den endelige avgjørelsen av saken. Lagmannsretten tar derfor ikke stilling til dette nå. Det er imidlertid på det rene at denne delen av ankesaken som lagmannsretten nå har behandlet er å anse som vunnet av kommunen.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. KF Entreprenør AS' endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er tapt.
2. Avgjørelsen av sakskostnader for sakens del 1 utstår til samlet avgjørelse av sakskostnadsspørsmålet i lagmannsrettens dom i del 2 av saken.

Mette D. Trovik

Pål Morten Andreassen

Axel Slettebøe

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Grethe Pedersen, signert elektronisk