



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 27.04.2021

Saksnr.: 20-105563ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer
Kst lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Terje Hoffmann
Leif Olav Haugen
Trond Christoffersen

Ankende part	Nordea Finance Equipment AS	Advokat Linn Elisabeth Drejer-Dølvik
Ankende part	Pro Landskap AS	Advokat Linn Elisabeth Drejer-Dølvik
Ankemotpart	Veidekke Entreprenør AS	Advokat Knut Solum

DOM

Saken gjelder preklusjon av innsigelser og motkrav mot sluttoppgjør etter NS 8417. Spørsmålet er om entreprenørens innsigelser mot sluttoppgjør fra underentreprenørens factoringpanthaver er fremsatt for sent og derved prekludert.

SG Finans AS («SG») og Pro Landskap AS, under konkurs («PL») tok 7. november 2019 ut stevning mot Veidekke Entreprenør AS («Veidekke» eller «VDE») for Nedre Romerike tingrett.

Forhandlingene for tingretten ble delt ved at saksøkernes påstandsgrunnlag om preklusjon ble behandlet særskilt, jf. tvisteloven § 16-1 andre ledd bokstav a.

Nedre Romerike tingrett avsa dom i saken 30. april 2020 med slik slutning:

1. SG Finans AS/Pro Landskap AS' anførsel om preklusjon i henhold til NS 8417 pkt 39.2 av Veidekke Entreprenør AS' innsigelser mot fremsatt sluttoppstilling av 12. juli 2018 og motkrav i anledning kontrakten med Pro Landskap AS, tas ikke til følge.
2. SG Finans AS/Pro Landskap AS dømmes til å betale saksomkostninger til Veidekke Entreprenør AS med kr. 227.737,50 – kronertohundreogtjuesjatusensjuhundreogtrettisjukommafemti – innen 14 – fjorten – dager fra forkynning av denne dom.

SG og PL har anket tingrettens dom til Eidsivating lagmannsrett. Veidekke har tatt til motmæle.

SG ble 2. oktober 2020 registrert med Nordea Finans Equipment AS («Nordea») som nytt foretaksnavn. I det følgende benyttes Nordea som felles betegnelse for SG og Nordea.

Forhandlingene for lagmannsretten har vært delt på samme måte som for tingretten. Ankeforhandling ble avholdt i Eidsivating lagmannsretts lokaler på Eidsvoll 16. og 17. mars 2021. Det ble foretatt slik bevisførsel som fremgår av rettsboken.

Framstilling av saken

Den faktiske fremstillingen i tingrettens dom legges ubestridt til grunn, jf. tvisteloven § 29-16 andre ledd:

«Pro Landskap AS (heretter PL) ble slått konkurs 16. mars 2018 etter oppbudsbegjæring samme dag. Selskapet var totalleverandør av grunn- og

utomhusarbeider og hadde ved konkursen en rekke pågående entrepriser, bl.a. på prosjekter der saksøkte Veidekke Entreprenør AS (heretter VDE) var totalentreprenør. Blant prosjektene var oppføring av leilighetsblokker i Rælingen, Borgensberget, hvor PL og VDE i 2017 inngikk avtale basert på NS 8417, totalunderentreprise. Ferdigstillelsesdato etter kontrakten var 1. mai 2019. Kontraktssummen var 20 MNOK eks mva. Ved konkursåpning hadde VDE betalt noe over 17 MNOK på kontraktsavregning og tidligere godkjente endringer.

PL hadde inngått factoringpantavtale med SG Finans AS (heretter SG). Avtalen gjaldt alle enkle pengekrav PL hadde og senere fikk i anledning virksomheten. VDE var notifisert om at betaling av PLs fakturaer skulle skje direkte til SG som factoringpanthaver. Av notifiseringen fremgikk bl.a. at eventuelle reklamasjoner og motregning skulle meddeles PL som VDEs kontraktspart, med kopi til SG som panthaver.

Konkursen var en fredag, og bostyrer sikret allerede samme dag boets maskiner etc som var på byggeplassene. Mandagen etter, 19. mars 2018, ble både styreleder i det konkursrammede PL, og bostyrer, kontaktet av VDEs partsrepresentant i det aktuelle prosjektet med forespørsel om boet ville tre inn i kontrakten og fullføre denne, og varslet fremdriftsmessige og økonomiske konsekvenser.

Ved epost til VDE samme dag opplyste bostyrer at boet ikke trådte inn i noen av avtalene. Det fremkom videre: *«Jeg ber om at det gjennomføres registreringsforretninger for å avklare hva som er utført av arbeid. Vi vet fortsatt ikke om vi har tilgjengelig mannskap å stille under de forskjellige registreringsforretningene, og må komme tilbake til dette.»*

Den 10. april 2018 ble VDEs representant varslet av bostyrer om at *«vi gjennomfører i dag ytterligere registreringsforretninger, og kan i den forbindelse komme til å besøke de aktive prosjektene deres for nærmere avklaring av om boet har ytterligere aktiva der.»* VDE besvarte dette samme dag som følger: *«Den er grei! Jeg har hatt en gjennomgang med Einar Ådalen, og vi har sammen gått igjennom hva som er utført, og hva som står igjen av arbeider på deres kontrakt. Så vi har relativt god kontroll. Vi lager et oppsett, som sendes samlet med de andre prosjektene fra Veidekke».*

Det er ikke opplysninger om at boets representanter fulgte opp eposten av 10. april 2018 for så vidt gjelder det aktuelle prosjektet.

Kort etter konkursen stiftet styremedlem i PL, Einar Ådalen, et nytt selskap, Oliva Park AS. Det var kontakt mellom han og VDEs partsrepresentant i begynnelsen av april 2018. Den 16. april 2018 sendte Ådalen på vegne av Oliva Park AS et tilbud til

VDEs partsrepresentant på resterende utomhusarbeider på prosjektet. Av eposten fremgår at dette ville bli gjennomgått av Ådalen på et møte dagen etter med VDE. Det er på det rene at VDE ikke kontraherte med Oliva Park AS for ferdigstillelsene av utomhusarbeidene på prosjektet.

VDE innga fordringsanmeldelse til konkursboet 21. april 2018. Det ble meldt krav knyttet til ferdigstillelse på to prosjekter, deriblant det denne saken gjelder, samt tatt forbehold om *«å komme tilbake med et endelig krav knyttet til alle prosjekter når Veidekke har fått full oversikt over merkostnadene som følge av konkursen. Kravene Veidekke har vil bli motregnet i eventuelle ubetalte fakturaer og eventuelt andre krav fra konkursboet.»*

Den 3. mai 2018 opphevet boet beslaget i PLs utestående fordringer, disse ble stilt til selskapets rådighet og SG som factoringpanthaver var forhåndsvarslet.

SG engasjerte ledelsen i PL til å sette opp sluttoppgjør for det enkelte prosjekt selskapet hadde hatt med VDE. På vegne av SG ble det 12. juli 2018 sendt krav til VDE om betaling for utført arbeid med til sammen kr. 6.797.716 inkl. mva i henhold til sluttoppgjørsoppstilling med vedlegg for i alt fire prosjekter. Utestående for Borgensberget var oppgitt til kr. 5.434.754 inkl. mva, deriblant ikke tidligere fakturerte endringsmeldinger på noe over 1,6 millioner kroner. Av oppstillingen var trukket ut fra kontraktssummen noe over 4,8 millioner kroner som *«avregnet gjenstående»*, og vist til en vedlagt, ikke undertegnet tabell med overskriften *«Resterende kontraktsarbeider Borgensberget»*.

SGs krav ble sendt til Veidekke Entreprenør AS Region Øst på postadresse Mo i Rana og hadde overskriften *«Pro Landskap – sluttoppgjør»*. Brevet ble ikke besvart. Ved purring til Veidekke Entreprenør AS' juridiske avdeling 27. september 2018, gjorde SG gjeldende at innsigelser mot kravet i henholdt til fremsendte sluttoppgjør var prekludert under henvisning til NS8417 pkt 39.2. Etter nok en purring med varsel om rettslige skritt fra SGs side oktober 2018, bestred VDE i brev 4. november 2018 at SG og PL under konkurs hadde rett til å sende sluttoppgjør. Det ble herunder vist til at når boet ikke trådte inn i kontraktene, var det et *«hevingsoppgjør, ikke et sluttoppgjør»*. Det ble gjort gjeldende at flere av PLs krav var bestridt, og at VDE hadde motkrav som ble varslet i motregning. Det ble videre foreslått et møte for gjennomgang av krav og innsigelser *«da det som er mottatt fra Pro Landskap blant annet inneholder dobbeltfaktureringer og for øvrig er nokså uoversiktlig»*. Innsigelser og motkrav ble ytterligere presisert i VDEs brev til SG 10. desember 2018. Den etterfølgende dialog mellom partene ga ikke resultat, og saksøkerne tok ut stevning 7. november 2019 med krav om betaling av kr. 5.434.755 prinsipielt til SG, subsidiært til PL. ...»

Partenes syn på saken

Ankende parter, Nordea Finans Equipment AS og Pro Landskap AS, under konkurs, har i det vesentlige anført:

Tingretten har feilaktig kommet til at Nordea ikke var berettiget til å sende sluttoppgjør til Veidekke.

Nordea har etter panteloven § 4-10, jf. § 4-6 rådigheten over PLs krav mot Veidekke i byggeprosjekt Borgensberget. Nordea har samme rett som PL har, jf. panteloven § 4-6 og gjeldsbrevloven § 25. Nordea kan følgelig påberope seg kontraktens bestemmelser om hvordan hevingsoppgjøret skal gjennomføres, herunder sluttoppgjørets preklusive virkning. Dersom Nordea ikke kan påberope seg kontraktens sluttoppgjørs mekanisme, vil PL kunne påberope seg denne.

Entreprisekontrakten ble *de facto* hevet da bostyrer valgte ikke å tre inn i kontrakten mellom Veidekke og PL, jf. dekningsloven § 7-7. Når en kontrakt heves skal det etter NS 8417 kapittel 46 gjennomføres et hevingsoppgjør. NS 8417 pkt. 39.1 og 39.2 om sluttoppgjør får anvendelse ved hevingsoppgjøret.

Det ble det utarbeidet et sluttoppgjør av PL på vegne av Nordea. Det er ikke et vilkår for å kunne sende sluttoppgjør at det foreligger en skriftlig hevingserklæring eller at det er foretatt registreringsforretning. Veidekkes gjennomgang med PL må uansett anses som en registreringsforretning. Det var for øvrig Veidekkes ansvar å sørge for at det ble avholdt registreringsforretning, jf. NS 8417 pkt. 46.7. En eventuell unnlattelse av å avholde registreringsforretning må gå derfor utover Veidekke. Under enhver omstendighet må Veidekke ved sin opptreden anses for å ha frafalt et eventuelt krav om registreringsforretning. Arbeidene ble også *de facto* overtatt av Veidekke, slik at sluttoppgjør kunne sendes.

Sluttoppgjør ble oversendt til Veidekke 12. juli 2018. Sluttoppgjøret ble sendt til korrekt adresse og er under enhver omstendighet mottatt av Veidekke. Det kom ingen innsigelser til sluttoppgjøret eller fremmet motkrav innen 2-måneders fristen i NS 8417 pkt. 39.2. Alle innsigelser og motkrav til sluttoppgjøret er derved bortfalt.

Verken dekningsloven § 7-8, § 8-1 eller alminnelige motregningsregler kan vekke kravet til livet igjen.

Det ble nedlagt slik påstand:

Veidekke Entreprenør AS' innsigelser og motkrav til sluttoppgjøret fra Nordea Finance Equipment AS/ Pro Landskap AS er prekludert etter NS 8417 pkt. 39.2.

Ankemotparten, Veidekke Entreprenør AS, har i det vesentlige anført:

Nordea har ikke rett til å påberope seg eller benytte seg av sluttoppgjørreglene i NS 8417 pkt. 39. Nordeas anførsel om preklusjon kan derfor ikke føre frem.

Det er kun PLs vederlagskrav som er pantsatt, ikke PLs kontraktposisjon(er) eller generelle rettigheter og plikter etter kontrakten med Veidekke. Retten og plikten til å sende sluttoppgjør, med mulig preklusiv virkning, er ikke knyttet til de enkelte vederlagskravene som Nordea har pant i, men til kontraktsforholdet mellom Veidekke og PL. Dette fremgår direkte av ordlyden av NS 8417 pkt. 37.4 og 39.1, som fastsetter at det er «totalunderentreprenøren» i kraft av sin kontraktposisjon, som skal sende sluttoppstilling til sin kontraktsmotpart, «totalentreprenøren».

Sluttoppgjørreglene får uansett ikke anvendelse fordi kontrakten ikke ble «hevet» på korrekt måte. Det foreligger ikke skriftlig hevingserklæring eller undertegnet protokoll fra registreringsforretning. Det vises til tingrettens begrunnelse om behovet for at det må foreligge klart definerte tidspunkter for beregning av eventuell frister med mulig preklusiv virkning. Etter NS 8417 pkt. 46 er det hevingserklæringen / registreringsforretningen som utløser hevingsvirkningene. En *de facto* heving gjennom konkurs og at nye entreprenører måtte inn for å fullføre arbeidene, endrer ikke dette.

Veidekke hadde ikke plikt til å heve eller å gjennomføre registreringsforretning. Manglende gjennomføring av disse tiltakene medfører ikke at Nordea ble berettiget til å sende sluttoppgjør.

Arbeidene kan ikke anses overtatt på en slik måte at sluttoppgjørreglene kommer til anvendelse. Overtagelse er en forutsetning for at NS 8417 pkt. 39 kommer til anvendelse. Overtagelse av PLs leveranse finner først sted etter gjennomført og godkjent overtagelse med byggherren samt levering av all dokumentasjon for kontraktarbeidet, jf. spesielle kontraktbestemmelser pkt. 4. Overtagelsen med byggherren fant sted på et langt senere tidspunkt.

NS 8417 pkt. 39.2 kommer uansett ikke til anvendelse som følge av at sluttoppgjøret ikke er sendt fra/til riktig adressat. Dersom sluttoppgjøret skal anses mottatt ved at en advokat i Veidekkes juridiske avdeling henvendte seg til Ro Sommernes advokatfirma 14. september 2018, innebærer dette at innsigelser til sluttoppgjøret er fremsatt i tide ved brev fra Veidekke 4. november 2018.

Det ble nedlagt slik påstand:

Anken forkastes.

Lagmannsrettens syn på saken

Lagmannsretten er kommet til at anken fører frem.

1. Generelt om standardiserte kontrakter og reglene om sluttoppgjør

Lagmannsretten finner det hensiktsmessig først å gi noen generelle betraktninger knyttet til de standardiserte kontraktene utarbeidet for byggenæringen av Norsk Standard (NS) og en redegjørelse av reglene om sluttoppgjør.

NS 8407 (som gjelder forholdet byggherre og totalentreprenør) og NS 8417 (som gjelder forholdet mellom totalentreprenør («TE») og totalunderentreprenør («TUE»)) er på vesentlige punkter like. Rettspraksis og juridisk teori knyttet til NS 8407 er derfor relevant også for forståelsen av NS 8417, som er kontraktstandarden som lå til grunn for avtalen mellom Veidekke og PL. Det vises til Henning Nordtvedt m.fl. Kommentarer til NS 8407 side 92 og HR-2020-228. Det samme gjelder i stor grad rettspraksis og juridisk teori knyttet til tidligere standardkontrakter med tilsvarende regulering og kontraktordlyd, eksempelvis NS 3430 og NS 3431.

Lagmannsretten er enige i tingrettens beskrivelse av det sentrale innholdet sluttoppgjør-reglene i NS 8417 pkt. 39.1 og 39.2:

«Sluttoppgjørreglene i pkt 39 i kontraktsstandarden er utarbeidet med sikte på den endelige fastsettelsen av vederlaget mellom partene etter avslutning av og overtakelse av kontraktsarbeidene. Den skal sikre en oversiktlig og transparent avslutning av ofte langvarig samarbeid, med klare rammer for diskusjoner om oppgjør. Dette er en oppgave og et ansvar som tilligger kontraktspartene, uavhengig av om de måtte ha pantsatt sine fordringer på hverandre.

Det følger av pkt 39.1 innen hvilken frist sluttoppgjør kan sendes, når fristen regnes fra, og hva det må inneholde. Av pkt 39.2. følger at TEs innsigelser mot sluttoppstillingen eller krav mot TUE i forbindelse med kontrakten, går tapt om ikke de fremsettes innen to måneder etter at sluttoppgjørsoppstilling med slutfaktura er mottatt. På samme måte som TUE må gjenta også allerede tidligere fremsatte krav, også de som er betalt, må TE innen tomånedersfristen gjenta allerede fremsatte innsigelser for at disse ikke skal gå tapt.»

At innsigelser og krav til sluttoppgjør som hovedregel må fremsettes innen betalingsfristen på to måneder følger av HR-2020-228 avsnitt 48 for likelydende bestemmelse i NS 8415 pkt. 33.2 tredje ledd:

«Rettsvirkningen er følgelig at innsigelsene som hovedregel går tapt – de blir prekludert, og at hovedentreprenøren må betale det underentreprenøren har krevd i sluttoppstillingen.»

Tilsvarende uttales hos Nordtvedt side 594 og Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthiniussen – NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommenter side 645-646.

I motsetning til tingretten er imidlertid lagmannsretten av den oppfatning at det er mottak av sluttoppstillingen / slutfakturaen som er den begivenhet som utløser svarfristen for totalentreprenøren etter NS 8417 pkt. 39.2 første og annet ledd:

«... skal totalentreprenøren ... betale innen to måneder regnet fra mottagelse av sluttoppstilling ...

... innsigelser totalentreprenøren har mot sluttoppstillingen eller krav han har mot TUE i forbindelse med kontrakten, fremsettes innen betalingsfristen.»

At det som utløser svarfristen for TE er mottak av sluttoppstillingen / slutfakturaen har også støtte i juridisk teori, se Nordtvedt side 593.

Etter lagmannsrettens syn kan det ut i fra en naturlig forståelse av kontraktens ordlyd ikke innfortolkes at det forut for fremsettelse av sluttoppgjør må foreligge en protokoll fra overtagelse / registreringsforretning, slik tingretten har lagt til grunn.

At det er en virkning av overtagelse etter NS 8417 pkt. 37.4 f) at TUE skal sende sluttoppstilling, innebærer etter lagmannsrettens oppfatning ikke at det er krav om at det må foreligge protokoll fra registreringsforretning før sluttoppgjør kan sendes. Et slikt krav har hverken støtte i kontraktens ordlyd, i sluttoppgjørsreglene eller i NS systemet for øvrig. Etter lagmannsrettens syn fremgår det av ordlyden, av sammenhengen i reglene og standardkontraktens oppbygging, at sluttoppgjørsreglene står på egne ben uavhengig av overtagelse og registreringsforretning. Dette gjelder i alle fall når man som her ender med en irregulær avslutning av kontraktarbeidene og konkurs hos TUE.

NS 8417 pkt. 39.2 første ledd siste setning gir også støtte for at det ikke er noen krav om forutgående registreringsforretning:

«Dersom registreringsforretning er avholdt ...»

Uttrykket «dersom» må forstås slik at registreringsforretning kun er et alternativ, og at anvendelsen av sluttoppgjørsreglene ikke er avhengig av forutgående registreringsforretning.

HR-2020-228 avsnitt 50 trekker i samme retning:

«For slike kontrakter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2010-1345 Oslo Vei avsnitt 59.»

Ytterligere til støtte for dette syn kommer det forhold at overtagelse kan skje på annen måte enn gjennom ordinær overtagelse etter pkt. 37. Overtagelse kan skje ved at TE tar i bruk arbeidene selv eller engasjerer en annen kontraktsmedhjelper til å fullføre arbeidene, se pkt. 38.1 første ledd annet punktum og pkt. 38.1 siste ledd:

«Som brukstakelse regnes ikke at totalentreprenøren selv eller hans kontraktsmedhjelpere utfører arbeid på kontraktsgjenstanden eller tar deler av kontraktsgjenstanden i bruk slik forutsatt i kontrakt eller fremdriftsplan.»

og

«Øvrige overtakelsesvirkninger inntreffer først ved overtakelsesforretning.»

Veidekke engasjerte nye entreprenører til å ferdigstille PLs arbeider. Etter lagmannsrettens oppfatning er ovennevnte vilkår for brukstakelse oppfylt i vår sak.

Bestemmelsene om bruksovertakelse sett i sammenheng med sluttoppgjørreglene, gir etter lagmannsrettens mening støtte for det syn at det ikke kan innfortolkes et krav om overtagelsesprotokoll eller registreringsprotokoll for å sende sluttoppgjør. Overtagelse kan følgelig skje uten overtagelsesforretning eller registreringsforretning.

2. Reglene om heving, hevingsoppgjør og krav til hevingserklæring for at sluttoppgjørreglene kommer til anvendelse

Dersom boet ikke trer inn i konkursdebitors avtale, kan den annen part heve avtalen, jf. dekningsloven § 7-7. Veidekke har også rett til å heve avtalen etter NS 8417 pkt. 46.1 annet avsnitt. Det er uomtvistet at kontrakten mellom Veidekke og PL *de facto* ble hevet og at boet ikke trådte inn i avtalen.

Når en kontrakt heves, skal det etter NS 8417 kapittel 46 gjennomføres et hevingsoppgjør. Det fremgår av pkt. 46.3 at PL har krav på vederlag for det arbeid som er utført, selv om avtalen er hevet.

Tingretten la til grunn at de alminnelige reglene om sluttoppgjør også skal kunne benyttes i en hevingssituasjon, og at manglende skriftlig hevingserklæring og undertegnet protokoll

fra registreringsforretning gjør at partene ikke kan benytte seg av disse reglene. Etter lagmannsrettens syn har en slik forståelse hverken støtte i kontraktordlyden i relevante bestemmelser i NS 8417, i juridisk teori eller i reelle hensyn.

I LA-2008-31977 ble det lagt til grunn at sluttoppgjørreglene i NS 3430 kommer til anvendelse ved hevning. Det ble i denne dommen fremhevet at det dreide seg om profesjonelle parter, og at vedkommende som bestred de preklusive virkningen av et sluttoppgjør som det var gjort innsigelser mot for sent, var representert ved advokat. De samme forhold gjør seg gjeldende her. Det er en kjensgjerning at en advokat fra Veidekke tok kontakt med Ro Sommernes advokatfirma i overkant av to måneder etter betalingsfristen. Først etter to purringer fra Ro Sommernes, 5 måneder etter at sluttoppgjøret ble sendt, fremmet Veidekke skriftlig innsigelser og motkrav. Lagmannsretten legger til grunn at Veidekke, som en meget profesjonell entreprenør, er godt kjent med at innsigelser og motkrav til sluttoppstilling/slutfaktura må fremsettes innen 2 måneder.

Lagmannsrettens finner ikke at det kan innfortolkes et krav om skriftlig hevingserklæring for at sluttoppgjørreglene kommer til anvendelse. Det er ingen sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. HR-2020-228 avsnitt 50.

Noe krav om at det må foreligge en hevingserklæring i en konkurssituasjon følger heller ikke av forarbeidene til dekningsloven § 7-7, jf. NOU 1972: 20 side 319:

«Hevningen kan skje ved en uttrykkelig erklæring fra medkontrahenten til boets vedkommende. Men ofte vil forholdene ligge slik an at hevning er det eneste fornuftige alternativ sett fra medkontrahentens synspunkt, i så fall vil man anse avtalen for hevet hvis ikke medkontrahenten innen rimelig tid sier fra at han ønsker å fastholde. Jfr. om det tilsvarende spørsmål ved hevning utenfor konkurs m.v. *Augdahl*, Obligasjonsrett s. 201.»

Det er heller ikke noe ubetinget krav om at de må foreliggende en skriftlig hevingserklæring utenfor konkurstilfellene, selv om det er vanlig. Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2. utgave på side 463 uttaler at:

«I prinsippet kan en hevingserklæring fremgå av konkludent adferd: Oppdragsgiveren ber en håndverker om «å ryke og reise», eller et hotell pakker gjestens ting og plasserer kofferten i resepsjonen mens han er ute av værelset.»

Tilsvarende Kåre Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett på side 303:

«I nokre tilfelle kan vi rekne kontrakten som heva utan at de har vore sagt noko direkte om det. ... Noko liknande har vi der debitor ikkje har oppfylt, og begge partar gjennom handling viser at de ikkje reknar med vidare oppfylling. Vi kan òg tenkje oss kontraktsvilkår som inneber at kontrakten skal reknast som heva ved nærmare fastsette hendingar.»

Juridisk teori gir etter lagmannsrettens syn støtte for at heving kan skje uten noen skriftlig erklæring. Etter PLs konkurs, ikke inntreden fra boet og Veidekkes engasjering av nye entreprenører til å fullføre PLs arbeider, var det klart at PL ikke ville oppfylle.

Etter lagmannsrettens oppfatning vil det være lite faktisk forskjell ved en *de facto* heving og en slik heving ved konkludent adferd som i vår sak. Det vil ofte kunne være tilfeldig om det blir sendt en formell hevingserklæring eller om heving skjer *de facto* ved konkludent adferd. At det er sammenfallende rettsvirkninger for disse former for heving, og at de skal behandles likt i spørsmålet knyttet til sluttoppgjør, har etter lagmannsretten oppfatning de beste grunner for seg.

Til støtte for lagmannsrettens standpunkt, at det i vår sak har skjedd en heving ved konkludent adferd, vises det til NS 8417 pkt. 38.1, annet ledd om brukstakelse:

«Dersom totalentreprenøren tar i bruk kontraktsgjenstanden i strid med første ledd, foreligger det et kontraktsbrudd.»

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det ikke er noe krav om hevningserklæring etter NS 8417 pkt. 39, og hvor utgangspunktet for 2-måneders fristen er mottagelse av sluttoppgjøret, jf. pkt. 39.2. første ledd første punktum.

3. Er sluttoppgjøret sendt til feil adresse?

Veidekke har anført at sluttoppgjøret er sendt til feil adressat. Det er i den sammenheng vist til Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 5 om «Partenes representanter og stedlig ledelse» og pkt. 7 om «Fakturerings- og betalingsbetingelser».

Lagmannsretten kan ikke se at pkt. 5 regulerer adressat for slutfaktura. Det er ingen postadresse under pkt. 5, og som nevnt over gir heller ikke ordlyden i denne bestemmelsen noen indikasjoner om at sluttoppstilling og slutfaktura skal sendes per e-post til vedkommende oppgitt der.

I pkt. 7 fremgår følgende:

«Fakturaene merkes med prosjektnummer 35336 og prosjektnavn, og sendes elektronisk (EHF eller E2Bformat) den 20. i hver måned, med mindre annet er avtalt.

Faktura kan alternativt sendes i PDF-format til veidekke@invoicecenter.net. Det må kun sendes en faktura pr. e-post.

Fakturaen stiles til:

Veidekke Entreprenør AS, org.nr. 984 024 290
Fakturamottak
Postboks 4162
8608 Mo i Rana

Slutfaktura betales ikke før all kontraktfestet dokumentasjon og samsvarserklæring foreligger.»

Når det som angitt over er avtalt at faktura «alternativt» kan sendes til veidekke@invoicecenter.net, kan ikke dette forstås som at denne e-postadressen er eneste korrekte adresse. Også det forhold at det kun skal sendes en faktura per e-post taler imot e-post forsendelse av sluttoppgjør per e-post som eneste alternativ, jf. bestemmelsene i sluttoppgjørreglene pkt. 39.1 annet ledd om at alle fakturerte krav skal spesifiseres i sluttoppstillingen. Det er vanlig praksis at alle fakturaer sendes på nytt som del av sluttoppgjøret, med tilhørende underliggende korrespondanse og innsigelser.

Etter lagmannsrettens oppfatning er det naturlig at sluttoppgjør alternativt kan sendes til angitte postadresse.

Sluttoppgjøret er sendt til: Veidekke Entreprenør AS, Region Øst
Postboks 4162
8406 Mo i Rana

Når det som her er oppgitt en postadresse i pkt. 7 «Fakturerings- og betalingsbetingelser», er det etter lagmannsrettens oppfatning naturlig at denne adressen kan benyttes for en slik omfattende forsendelse som en sluttoppstilling / slutfaktura er. Nordea opplyste at sluttoppstilling var en omfattende datamengde, og sluttoppstilling med oversendelsesbrev fra Ro Sommernes utgjør 132 sider. Å sende et sluttoppgjør per e-post med så stor datamengde er lite hensiktsmessig.

At det er anledning til å sende sluttoppgjør per post fremgår av Nordtvedt side 98:

«Med mindre avtalen om slike adresser bestemmer annerledes, må det antas at partene har rett til å kommunisere både med representanten og den avtalte adressat.»

Lagmannsretten er av den oppfatning at sluttoppgjøret (sluttoppstilling og slutfaktura) er sendt til avtalt adresse og at prosjektet er tilstrekkelig identifisert i oversendelsesbrevet og selve sluttoppstillingen. Unnlatelse av å påføre prosjektnummeret innebærer ikke at TUE har unnlatt å «sende ... sluttoppstilling med slutfaktura ...».

Det er uomtvistet at Veidekke har mottatt sluttoppgjøret. Etter lagmannsrettens syn følger det av alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold og systemet i NS kontraktene, at dersom sluttoppgjøret er mottatt og mottaker mener at det er sendt til feil adresse, så må mottaker komme med denne innsigelse til avsender snarest, og senest innen 2-måneders fristen når innsigelsen er knyttet til sluttoppgjør.

Etter lagmannsrettens oppfatning gjelder preklusjonsregelen i pkt. 39.2 både materielle og formelle/prosessuelle innsigelser. Formålet med reglene om at alle forhold skal opp på bordet og frem i lyset for å tas stilling til og løses, tilsier en slik løsning. Hensynet til at det kan være vanskelige å skille hvorvidt en innsigelse er materiell eller formell/prosessuell tilsier likebehandling, iallfall her hvor sluttoppgjøret ble mottatt av Veidekke.

Videre har Veidekke anført, med henvisning til de «Spesielle kontraktsbestemmelser» gjengitt over, at selskapet ikke hadde noen plikt til å betale slutfaktura før all kontraktsfestet dokumentasjon og samsvarserklæring foreligger.

Lagmannsretten vil først bemerke at kontraktsteksten i isolert sett ikke gjelder innsigelser, men kun betaling av slutfaktura. Videre kan ikke lagmannsretten se at denne bestemmelsen innebærer at de preklusive virkningene av et innsendt sluttoppgjør er satt til side, særlig ikke når det som her skjer en irregulær kontraktavvikling gjennom konkurs og heving, og således foreligger en situasjon der slik dokumentasjon ikke vil bli levert. Lagmannsretten kan heller ikke se at denne passusen i de Spesielle kontraktsbestemmelsene skal tilsidesette hele regelsettet knyttet til sluttoppgjøret som redegjort for over. Tilsidesettelse av et så sentralt regelsett som sluttoppgjør ville krevd langt tydeligere og klarere kontraktstekst som hadde gitt uttrykk for at det var nettopp dette partene hadde avtalt.

4. Kan factoringpanthaver sende sluttoppgjør?

Etter at kontrakten er hevet er det klart at TUE ikke lenger skal utføre kontraktarbeid fordi kontraktsforholdet er opphørt. Utbedringer, retting av mangler ol. er ikke aktuelt i en slik situasjon.

Likevel er det sentralt for TUE å sende sluttoppgjør for å få betalt ettersom det er en forutsetning for å avregne kontraktsummen at det settes opp et sluttoppgjør. Innestående beløp kan først faktureres i slutfakturaen, jf. NS 8417 pkt. 27.2.2 tredje punktum.

TUE må altså sende sluttoppgjør for å bringe til forfall sitt krav om ytterligere betaling.

Veidekkes resonnement er at det må foreligge en formell hevingserklæring og/eller registreringsforretning. Dette er to begivenheter som TE er herre over. Ved å unnlate

iverksette disse begivenheter vil TE kunne forhindre at sluttoppgjør blir sendt. En slik løsning vil kunne åpne for trenering. At TUE ikke kan sende sluttoppgjøret når arbeidene som her er overtatt, at TUE skal kunne komme med krav lenge etter at kontrakten er avviklet, og at det kan være vanskelig for TE å få oversikt slik at TE får videreført eventuelle krav til byggherren tidsnok, vil innebære at kontraktsforholdet ikke blir avviklet på en rasjonell måte, og vil være i strid med standardens system.

PL hadde løpende overdratt alle sine fordringer/enkle pengekrav til Nordea og rettsvern var sikret ved registrering i Løsøreregisteret. Videre var hver faktura påført notifisering til skyldner/debitor cessus om at frigjørende betaling bare kunne skje til Nordea. Pantsettelsen ihht. panteloven § 4-10, jf. § 4-6 innebar således at pantet var tiltrådt med en gang, slik at noen abandonering fra boets side ikke hadde noen virkning knyttet til PLs fordringer som skulle betales til Nordea. Veidekke hadde rutinemessig foretatt betalinger til Nordea av de fakturaer PL hadde sendt og fått godkjent.

Når det gjelder rådigheten til Nordea over de pantsatte krav følger det av panteloven § 4-6 første ledd at:

«... panthaveren [har] samme rett i forhold til skyldneren og samme rett til å disponere rettslig over pantsatt enkelt krav som pantsetteren selv hadde.»

Denne bestemmelsen får tilsvarende anvendelse ved factoring, jf. panteloven § 4-10 tredje ledd.

Tilsvarende følger av gjeldsbrevloven § 25:

«Når nokon avhender eit enkelt gjeldsbrev, får ikkje mottakaren betre rett enn avhendaren, om inkje anna fylgjer av serlege rettsreglar.»

Det vises videre til Skoghøy Factoringpant side 312 flg. hvor det fremgår at panthaver inndriver kravet og sørger for at det blir holdt ved like, og at det er panthaver som avbryter foreldelse og som går til søksmål om krav:

«I tilfeller hvor partene har fulgt hovedregelen i pantelovens § 4-6 første ledd og *panthaveren* allerede fra pantsettelsen av har overtatt alle kreditorbeføyelsene for de pantsatte krav, vil panthaveren fullt ut ha trådt inn i og ha overtatt pantsetterens posisjon som kreditor etter kravene. ...

Etter at panthaveren har overtatt kreditorbeføyelsene, vil pantsetteren f.eks. ikke kunne bruke pantsatte krav til *motregning* i gjeld til debitor cessus etter kravene. Fra dette tidspunkt må pantsetteren også være avskåret fra å *fremsette påkrav* eller på

annen måte bringe til forfall krav som forfaller ved oppsigelse. Heller ikke vil pantsetteren kunne *gi avkall* på pantsatte krav eller *inngå forlik* om dem. Pantsetteren må også - i forhold til panthaveren - være avskåret fra å *gi utsettelse med betaling* eller *avtale andre betalingsbetingelser* for krav som omfattes av pantsettelsen enn de som opprinnelig ble avtalt. ...

Etter at panthaveren har overtatt kreditorbeføyelsene for de pantsatte krav, må i det hele *søksmålskompetansen* for kravene - i mangel av annen avtale - helt og fullt ligge hos panthaveren.»

Dersom pantsetter etter NS 8417 har avtalt voldgift etter pkt. 50.4 må factoringpanthaver respektere og følge denne avtalte tvisteformen mellom pantsetter og debitor for søksmål knyttet til det pantsatte kravet. Dette følger av voldgiftsloven § 10 annet ledd og Borgar Høgetveit Berg (red), Voldgiftsloven med kommentar, side 145-146 med tilhørende henvisning til forarbeider og rettspraksis.

Videre til støtte for at factoringsselskapet og panthaver må følge de vilkår som fremgår av den underliggende avtale vises det til Rt-1998-1523. Av relevans for vår sak vises til at ett av spørsmålene for Høyesterett gjaldt avvikende foreldelsesfrist og rentesats. Høyesterett kom til på side 1530 at den særskilt avtalte foreldelsesfrist på 2 år også skulle gjelde rentefakturaer:

«Etter mitt syn er det imidlertid en så nær sammenheng mellom det opprinnelige avtaleforholdet IBM – Norsk Data Senter og forholdet factoringsselskapet – Norsk Data Senter at den avtalte kortere foreldelsesfristen må følge med også i dette forholdet, jf prinsippet i gjeldsbrevloven § 25.»

Lagmannsretten kan ikke se at en panthavers rett til å påberope seg pantsetters kontrakt, herunder sluttoppgjørreglene, stiller seg annerledes enn de beføyelser som er nevnt ovenfor hos Skoghøy.

Etter lagmannsrettens syn vil det medføre et komplisert system dersom panthaver skulle opptre annerledes. Dette vil kunne ha negative konsekvenser for kredittgivningen, skape uklarhet om i tilfelle hvilke frister og regelsett skulle da gjelde for utestående krav, og det vil også kunne stilles spørsmål om søksmålsfristen etter NS 8417 pkt. 35 om uenighet ved endringer ikke skulle gjelde.

Veidekkes anførsel om at det kun er kontraktpartene til NS 8417 som kan sende sluttoppgjør fordi det kun er TE og TUE som er nevnt i pkt. 39, kan følgelig ikke føre frem. Panthaver blir ikke part i kontrakten. Panthavers ansvar for inndrivelse må likevel følge kontrakten, og disse rettighetene (og pliktene) erverver panthaver ved pantsettelsen.

At også en factoringpanthaver skal kunne påberope seg og benytte sluttoppgjørsreglene har etter lagmannsrettens syn de beste grunner for seg. Det er også i TEs interesse at alle krav raskt kommer opp til behandling. I entrepriseforhold er det vanlig med back-to-back regulering på en slik måte at kontraktsforhold er regulert på samme måte høyere opp eller lavere ned i kontrakthierarkiet. At TE kan videreføre krav fra TUE til byggherren er i TEs interesse.

Med henvisning til panteloven § 4-6 og gjeldsbrevloven § 25, Skoghøys uttalelser i sin doktoravhandling, dom i Rt-1998-1523 ville tingrettens dom og Veidekkes anførsel innebære at panthaver ville fått en dårlige rett enn pantsetter.

Videre tilkommer det forhold at et konkursbo kan «gjøre gjeldende de rettigheter som var ervervet forut for konkursåpning» uten at konkursboet hadde trådt inn i kontraktsforholdet. Dette er forutsatt i Rt-1994-291 på side 295 nederst og 296 øverst. Tilsvarende LE-2014-99923 som uttaler øverst på side 8 følgende:

«Konkursboet har ikke trådt inn i kontrakten mellom Ceby AS og Kruse Smith Entreprenør AS. Lagmannsretten legger imidlertid – som tingretten – til grunn at tvisten reguleres av den avtalen Ceby AS og Kruse Smith Entreprenør AS inngikk, og som det er redegjort for ovenfor. Boet kan gjøre gjeldende de rettigheter Ceby AS hadde etter avtalen, og hvor NS 8415 inngår.»

De to refererte avgjørelsene viser at også Veidekkes anførsel om at det kun er kontraktspartene som kan påberope seg kontrakten, ikke kan føre frem.

I forhold til sluttoppgjørsreglene og de andre reglene i NS 8417 som lagmannsretten har redegjort for, har Nordea like rettigheter som PL overfor Veidekke.

5. Skal innsigelsesfristen først beregnes fra telefonhenvendelsen fra Veidekke advokat 14. september 2018?

Veidekke har anført at om mottak av sluttoppgjør er avgjørende, så er det telefonsamtalen 14. september 2018 fra juridisk avdeling i Veidekke som må være fristutgangspunktet, og ikke juli 2018 da sluttoppgjøret ble sendt til feil adresse. Veidekke har videre gjort gjeldende at innsigelse og motkrav ble fremsatt i tide i Veidekkes brev til Ro Sommernes advokatfirma 4. november 2018.

Veidekkes anførsel kan uansett ikke føre frem også dersom man ser bort ifra at det er mottak av sluttoppgjøret som utløser svarfristen på sluttoppgjøret.

Lagmannsretten er her enige med Nordeas i at brev 4. november 2018 fra Veidekke ikke tilfredsstillende de krav til innsigelser som NS 8417 setter, herunder at:

«Innsigelser og krav som totalentreprenøren har fremsatt tidligere skal gjentas innen fristen om de opprettholdes.»

Når det gjelder graden av konkretisering av innsigelser til sluttoppgjøret vises det til HR-2020-228 avsnitt 53 (se sitat nedenfor). I nevnte avgjørelse konkluderer Høyesterett i avsnitt 62 med at:

«... innsigelsene må identifisere hvilke deler av kravsbeløpet i sluttoppstillingen som bestrides, og dette må gjøres på en slik måte at en normalt forstandig underentreprenør kan forstå hvilke betalingskrav som ikke godtas.»

Med henvisning til HR-2020-228 og pkt. 39.1 om TUEs krav om at sluttoppstillingen skal inneholde en spesifikasjon over alle krav, er det lagmannsrettens oppfatning at følgende passusen i nevnte brev ikke er tilfredsstillende innsigelse, eller at andre deler av brevet inneholder slik tekst som kvalifiserer til tilfredsstillende innsigelse:

«Veidekke bestrider deler av kravene som er fremmet av Pro Landskap gjennom SG Finans. Videre fastholder Veidekke motregning i samtlige av Pro Landskaps krav mot Veidekke med samtlige krav Veidekke har mot Pro Landskap.»

Brevet gir dessuten støtte for at det er andre forhold enn innsigelser og motkrav som er tatt opp og at innsigelser skal komme senere, ved at det fremkommer:

«I tråd med det som ble sagt i telefonsamtalen 31. oktober, vil Veidekke innen kort tid oversende selskapets kommentarer/innsigelser til kravene som er fremsatt av Pro Landskap. Det kan som nevnt være hensiktsmessig med et møte for å gjennomgå krav, innsigelser og motkrav, da det som er mottatt fra Pro Landskap blant annet inneholder dobbeltfaktureringer og for øvrig er nokså uoversiktlig.»

Etter lagmannsrettens oppfatning kan Veidekkes anførsel om rettidig innsigelse til sluttoppgjøret således uansett ikke føre frem.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at Veidekke ikke har framsatt innsigelser eller motkrav i tide etter NS 8417 pkt. 39.

6. Rettsvirkningene av preklusjon

Rettsvirkningene av at fristen for innsigelser og krav er oversittet er regulert i NS 8417 pkt. 39.2 tredje ledd første punktum:

«Innsigelser og krav som ikke fremmes innen fristen, kan ikke fremsettes senere.»

Følgelig er rettsvirkningene at Veidekkes innsigelser, krav og motkrav er bortfalt, og Veidekke har således mistet sitt krav til å motregne.

At man ikke kan motregne med en prekludert fordring fremgår av Ørnulf Øyen, Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett, jf. TfR 1998 side 718:

«For å kunne motregne må man selvsagt ha en motfordring å motregne med. Man kan derfor i utgangspunktet ikke motregne der motfordringen er foreldet, prekludert eller bortfalt på grunn av manglende reklamasjon. Der fordringene er konnekse lempes dette vilkåret noe. En foreldet motfordring kan benyttes til motregning dersom den er konneks med hovedfordringen og ikke ble foreldet før hovedfordringen oppstod, jfr. fl. § 26 (b). Derimot gjelder det ingen særregler for konnekse krav der motfordringen er prekludert eller bortfalt på grunn av manglende reklamasjon.»

Lagmannsretten kan heller ikke se at Veidekkes fordringsanmeldelse endrer dette. Først og fremst er fordringsanmeldelsen til konkursboet ingen «innsigelse eller krav» etter pkt. 39.2. Veidekkes fordringsanmeldelse tilfredsstiller ikke de krav som er satt i pkt. 39.2 som nærmere utdypet i HR-2020-228 avsnitt 53 som gjelder tilsvarende bestemmelse i NS 8415:

«Når punkt 33.2 og 33.1 leses i sammenheng, fremgår det etter min mening at hovedentreprenørens innsigelser må identifisere hvilke deler av kravsbeløpet i sluttoppstillingen som bestrides. Det er opplyst i skranken at dette typisk kan gjøres ved talloppstillinger. Graden av konkretisering her kan neppe formuleres generelt, men siktemålet med underentreprenørens sluttoppstilling og hovedentreprenørens innsigelser «er å få avklart det totale mellomværendet mellom partene», jf. Rt-2010-961 avsnitt 45. Jeg viser her til at reglene om sluttoppgjør skal sørge for at det avdekkes hvilke krav partene er uenige om, og gjennom innsigelsene må underentreprenøren få beskjed om hvilke beløp hovedentreprenøren ikke vil betale.»

Lagmannsretten kan ikke se at fordringsanmeldelsen fra Veidekke 21. april 2018 inneholder en slik «Grad av konkretisering» at den kan «sørge for at det avdekkes hvilke krav partene er uenig om, og gjennom innsigelsene må underentreprenøren få beskjed om hvilke beløp hovedentreprenøren ikke vil betale.», jf. HR-2020-228 avsnitt 53.

Nordea og PL gis etter dette medhold i at Veidekkes innsigelser og motkrav mot sluttoppgjøret er prekludert.

7. Sakskostnader

Med dette er det avsagt deldom om spørsmålet om preklusjon av Veidekkes innsigelser og motkrav til sluttoppgjøret. Det gjenstår å ta stilling til Veidekkes øvrige innsigelser mot kravet. Saken om dette står fortsatt for Nedre Romerike tingrett. Sakskostnadsspørsmålet for tingrett og lagmannsrett skal da utsettes til den senere avgjørelsen som avslutter saken, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd og HR-2020-1237-U avsnitt 87.

Dommen er enstemmig.

Dommen er avsagt etter utløpet av fire-ukers fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd. Forsinkelsen skyldes annet pressende arbeid.

DOMSSLUTNING

1. Veidekke Entreprenør AS' innsigelser og motkrav til sluttoppgjøret fra Nordea Finance Equipment AS/ Pro Landskap AS, under konkurs er prekludert etter NS 8417 pkt. 39.2.
2. Avgjørelse av sakskostnadene for tingrett og lagmannsrett utsettes til senere avgjørelse som avslutter saken.

Terje Hoffmann

Leif Olav Haugen

Trond Christoffersen

Dokument i samsvar med original.
Marit Einang (*elektronisk signert*)