



NORD-TROMS TINGRETT

DOM

Avsagt: 17.04.2012 i Nord-Troms tingrett, Tromsø.

Saksnr.: 11-106056TVI-NHER

Dommer: dommerfullmektig Eirik Birkelund m/alminnelig fullmakt

Saken gjelder: Kontraksforhold

Oterøen Søre AS

Advokat Stig Valhammer

mot

Alpha Entreprenør AS
Alpha Entreprenør AS Konkursbo

Advokat Bjørn August Krane
Advokat Bjørn August Krane

DOM

Saken gjelder oppgjør i henhold til en entreprisekontrakt.

1. Framstilling av saken

Bakgrunn for saken er en entreprisekontrakt av 2006 mellom ProAgito K2 AS (heretter "PAK2") og Oterøen Sør AS (heretter "Oterøen") for renovering av Oterøens eiendom i Vestregata 42 i Tromsø. PAK2 pantsatte vederlagskrav mot Oterøen til Alpha Entreprenør AS ("heretter *Alpha*"). Alpha gikk senere konkurs. Bostyreren i Alpha besluttet å iverksette inndrivelse av pantekravet. I Forliksrådet i Tromsøs fraværdsdom av 8.2.2011 ble Oterøen dømt til å betale Alpha/dets konkursbo totalt kr. 2 474 742. Foreliggende sak gjelder overprøving av forliksrådets fraværdsdom. Oterøen hevder å ha flere innsigelser mot vederlagskravet som danner grunnlag for den pantsatte fordring.

Oterøen kjøpte eiendommen i Vestregata 42 i 1998. Bygget bestod på dette tidspunkt av tre seksjoner. På et tidspunkt ble naboeiendommen på sørsiden av Vestregata 42 kjøpt av aktører som senere kom til å stå bak PAK2. Meningen var å renovere- og oppføre bebyggelse på eiendommen. I 2002 eller 2003 ble det opprettet kontakt mellom disse aktørene og Oterøen. Det ble diskutert at det kunne være en fordel om også Vestregata 42 ble renovert samtidig med renoveringen av naboeiendommen. Videre ble det diskutert å søke om tillatelse til å påbygge eiendommen i Vestregata 42 med nye etasjer samt å søke om bruksendring for seksjon 3. Oterøen søkte og fikk innvilget slik tillatelse.

Ved avtale datert 21.12.2004 ble tillatelsen og seksjon 3 overdratt fra Oterøen til Proago AS og Wawi Invest AS for kr. 2 800 000. Det ble iverksatt bygging i henhold til tillatelsen en gang i 2006. Etter byggestart ble det klart at Oterøens seksjon 1 og 2 ikke kunne benyttes i byggeperioden grunnet byggestøy og det oppsto tvist. Oterøen og aktørene bak PAK2, Proago AS og Wawi Invest AS forhandlet frem en omforent løsning. Løsningen innebar *for det første* at byggetillatelsene og seksjon 3 ble plassert i PAK2. *For det andre* inngikk Oterøen og PAK2 entreprisekontrakten som er tema i foreliggende sak. Avtalen er datert 28.9.2006. I henhold til kontrakten påtok PAK2 seg å renovere seksjon 1 og 2 i Vestregata 42. Avtalen inkorporerte vilkårene i NS3431. Partene avtalte en fastpris på kr. 1 850 000 inkl.mva. I tillegg hadde kontrakten en rekke opsjoner. Renoveringen av seksjon 1 og 2 skulle ifølge avtalen være ferdigstilt henholdsvis 15.1.2007 og 26.2.2007.

Kontraktarbeidet ble ikke ferdigstilt innen avtalens frister. Seksjon 1 ble overtatt 1.7. 2007. Seksjon 2 ble tatt i bruk av Oterøen 29.4.2008.

PAK2 fakturerte Oterøen for til sammen kr. 2 259 133 i faktura 07, 12, 14 og 15. Fakturaene ble utstedt i perioden 30.8.2006 - 28.9.2007. Oterøen betalte til sammen kr. 450 000 av dette.

Oterøen reklamerte 19.10.2007 på de tilsendte fakturaer, blant annet grunnet manglende dokumentasjon. Betaling ble holdt tilbake av samme grunn. Oterøen fremmet også en rekke erstatningskrav i desember 2007. Det oppsto deretter en fastlåst situasjon. Oterøen ønsket ikke å betale og PAK2 ønsket ikke å medvirke til overtakelse.

Ved transporterklæring datert 23.1.2007 pantsatte PAK2 utestående fordringer mot Oterøen til Alpha. Alpha var underentreprenør i prosjektet i Vestregata 42. Styreleder/majoritetsaksjonær i PAK2, Ørnulf Jensen, var også majoritetsaksjonær i Alpha. Ifølge pantsettelseserklæringen utgjorde fordringen til sammen kr. 1 974 280 på pantsettelsestidspunktet. Oterøen ble notifisert om pantsettelsen i brev fra Alpha til Oterøen datert 30.6.2008.

PAK2 ble slått konkurs 17.7.2007 og Alpha ble slått konkurs 24.6.2010. Pantsettelsen av fordringen mot Oterøen ble ikke omstøtt av boet til PAK2. I stedet ble boene etter henholdsvis PAK2 og Alpha enige om at sistnevnte skulle forsøke å inndrive kravet.

2. Saksøkerens påstandsgrunnlag

Oterøen kan rette enhver innsigelse som kunne vært rettet mot PAK2, mot Alpha. Oterøen har følgende innsigelser mot kravet som er lagt til grunn for Forlikrådet i Tromsøs fraværdsdom:

2.1. *Kravet er ikke reelt*

PAK2s fakturering tilfredsstiller ikke kravene til spesifikasjon i NS 3431 pkt. 32.2 og det er heller ikke utferdighet sluttoppgjør i henhold til NS 3431 pkt. 36.1. PAK2 har kun fakturert a-konto og det var således ikke mulig for Oterøen å etterprøve hva som faktisk var utført av arbeide. Oterøens betalingsplikt inntreffer først når det er utstedt slutfaktura og når fakturaene oppfyller avtalens krav til spesifikasjon.

Til tross for det er inngått en fastprisavtale, har PAK2 fakturert for et beløp som langt overstiger fastprisen. Arbeidene i tilleggsfakturaen av 28.9.2007 gjelder i det alt vesentlige poster som ikke er bestilt og som det således ikke er grunnlag for. I denne sammenheng bemerker saksøker at det har skjedd en betydelig fakturering i det underliggende forhold mellom totaleentreprenøren PAK2 og underentreprenøren Alpha, som ikke er reell. Det fremgår av borevisjonsrapporten fra PAK2s konkursbo at fakturaer fra underentreprenøren Alpha er angitt a-konto eller lignende, og at det ikke er mulig å fastsette hvorvidt de fakturerte beløp er i henhold til leverte ytelser. Det må antas at overfaktureringen i forholdet mellom Alpha og PAK2 har forplantet seg til forholdet mellom PAK2 og Oterøen. På den måten er Oterøen blant annet belastet for kostnader tilhørende hovedprosjektet i Vestregata 42.

Det bestrides at det er reklamert for sent. Bestemmelsene i NS 3431 pkt. 33.3.2, 36.3 og 31.4, som henvist til av saksøkte, er ikke anvendelige.

2.2. Kravet er helt eller delvis foreldet

Foreldelsesfristen løper fra det tidspunktet PAK2 tidligst hadde rett til å kreve oppfyllelse. Foreldelsesfristen ble avbrutt ved forlikssklage 19.05.2010. NS 3431 foreskriver at faktureringsperioder ikke skal være kortere enn fire uker og at betalingsfristen er 28 dager. Krav for arbeid utført før 21.04.2010 er således foreldet og retten må skjønnsmessig fastsette hvor mye av arbeidet som ble utført før denne datoen. Saksøkte må pålegges bevisbyrden med å dokumentere tidspunktet for når arbeidene på Oterøens seksjoner ble utført. Det foreligger ikke erkjennelse som avbryter foreldelse.

2.3. Kravet er gjort opp ved motregning

Oterøen har motkrav mot PAK2 som er brakt til motregning. Dette gjelder krav på erstatning for bortfall av leieinntekter i 18.5 måneder for 2. etasje og 3.5 måneder for 1. etasje. I tillegg kreves erstatning for leietapet Oterøen ble påført som følge av at lokalene ikke var mangelfull ved overtakelse og at leiekontrakter dermed måtte inngås til redusert pris. Ettersom lokalene ikke var i avtalt stand, og diverse andre forhold på PAK2s side, betalte ikke leietakerne avtalt leie. Erstatning for mangler ved leveransen gjelder kostnader og utlegg Oterøen har hatt i forbindelse med utbedring av fortau, rydding og siking av deler av bygeområdet, arbeid med avlåsning av bygg, installasjon av lys og innregulering av ventilasjonsanlegget.

Forsinkelser og mangler skyldes *forsettlig eller grov uaktsom* opptreden fra PAK2, jf. NS3431 pkt. 37.6, og avtalens ansvarsbegrensning kommer således ikke til anvendelse. PAK2 har aldri hatt til hensikt å ferdigstille bygget innen de fastsatte frister og manglende planlegging/prosjektering er grovt uaktsom.

Saksøkerens påstand:

Prinsipalt:

- 1. Oterøen Søe AS frifinnes.*
- 2. Alpha Entreprenør AS og Alpha Entreprenør AS Konkursbo dømmes in solidum til å betale sakens omkostninger.*

Subsidiært

- 1. Oterøen Søe AS frifinnes mot å betale et beløp fastsatt etter rettens skjønn.*
- 2. Alpha Entreprenør AS og Alpha Entreprenør AS Konkursbo dømmes in solidum til å betale sakens omkostninger.*

3. Saksøktes påstandsgrunnlag

PAK2s leveranse i henhold til kontrakt medfører betalingsplikt for Oterøen i henhold til fakturaer. Grunnet til at kravet ikke er betalt, er at Oterøen aldri har hatt finansieringen i

orden og derfor har nektet å betale med henvisning til uholdbare innsigelser og overdrevne erstatningskrav. Saksøkers innsigelser mot vederlagskravet bestrides som følger:

3.1. Kravet er ikke reelt

Saksøker synes *for det første* å anføre at kravet ikke er reelt ettersom total fakturering på kr. 2 277 847 overstiger fastprisen på kr. 1 850 000 inkl.mva. *Prinsipalt* anfører saksøkte at innsigelsen er meldt for sent. *Subsidiært* anføres det at arbeider er utført i henhold til kontrakt og overtatt. Saksøker er således forpliktet til å betale. Saksøker har *for det andre* anført at kravet ikke er reelt ettersom (1) det ikke er utferdighet sluttoppgjør i henhold til avtale og (2) fakturaene ikke oppfyller avtalens krav til spesifisering og dokumentasjon. Anførselene ble først fremsatt i prosesskriv av 18.08.2011 og må *prinsipalt* avskjæres som for sent fremsatt i henhold til NS3431 pkt. 36.3-36.5. *Subsidiært* avvises det at manglende slutfaktura/spesifisering fritar byggherre for betalingsplikt. Saksøker har *for det tredje* anført at det har skjedd ikke-reell fakturering i forholdet mellom PAK2 og Alpha, og at dette har betydning for faktureringen mellom PAK2 og Oterøen. Innsigelsen er for sent fremsatt, jf. NS3431 pkt. 36.3-36.5 og pkt. 37.8, og er uansett uholdbar.

3.2. Kravet er helt eller delvis foreldet

Prinsipalt anføres det at foreldelse i entrepriserforhold starter å løpe ved overtakelse og/eller sluttoppgjør/slutfaktura. *Subsidiært* anføres det uansett at arbeidet/leveransene som danner grunnlaget for faktura, er utført etter medio april 2007. Arbeidsbeskrivelser viser at hoveddelen av arbeidet ble utført sommeren 2007. *Atter subsidiært* ble foreldelse avbrutt ved at Oterøen avga løfte om å betale.

3.3. Kravet er gjort opp ved motregning

Det bestrides at PAK2 har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig. PAK2 prioriterte Oterøens kontrakt. Problemene som oppsto skyldtes Oterøens feilaktige prosjektering og etterfølgende trenering. Videre skyldes problemene andre uforutsette forhold som ikke kan henføres til PAK2s handlemåte, herunder lang saksbehandlingstid i kommunen og uforutsette feil med bærekonstruksjon i bygget.

Det er heller ikke riktig at det er tale om langvarige forsinkelser. Det følger uttrykkelig av punkt 8 i avtale datert 28.9.2006 at fristene for ferdigstilling forutsatte at Oterøen stilte bankgaranti innen en gitt frist. Ettersom Oterøen ikke overholdte fristen for bankgaranti, gjelder ikke de opprinnelige fristene. Partenes opptreden fra og med årsskiftet 2007/2008 viser at det var en felles forståelse om at fristene for ferdigstilling skulle skyves på. Det foreligger således bare en begrenset forsinkelse.

For øvrig er erstatningskravene for mangler ved leveransen for sent fremsatt, jf. NS3431 pkt. 37.7-37.8 første og andre ledd, eller NS3431 pkt. 36.3-36.5. *Subsidiært* anføres det at kravene knytter seg til forhold som gårdeier er ansvarlig for og som således faller utenfor entreprisavtalen. *Atter subsidiært* anføres det at kravene er udokumenterte.

Erstatningskravene for tapte husleieinntekter er for sent fremsatt, jf. NS3431 pkt. 36.3-36.5. *Subsidiært* anføres det at kravene ikke er reelle, at de påståtte tap for avledet eller upåregnelig, at Oterøen ikke har overholdt tapsbegrensningsplikten, at kravene ikke er dokumentert og at det ikke foreligger årsakssammenheng. *Atter subsidiært* er tapene uansett beregnet feil.

Saksøktes påstand:

Prinsipal

1. *Saksøkte frifinnes og dom av Tromsø forliksråd dat. 08.02.2011 i sak F2010-071614, blir stående.*

Subsidiær

2. *Oterøen Søe AS dømmes til å betale til saksøkte et beløp begrenset oppad til kr. 1 974 280,52 med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente i henhold til Lov om renter ved forsinket betaling § 3 fra forfall 20.12.2007 til betaling skjer.*

I begge tilfeller

3. *Saksøkte tilkjennes sine saksomkostninger med tillegg av 25 % mva. samt 8.75% p.a. forsinkelsesrenter i henhold til Lov om renter ved forsinket betaling § 3 fra 14 dager fra dommens forkynnelse og til betaling skjer.*

4. Rettens vurdering

Partene er enige om at PAK2 har pantsatt utestående fordringer mot Oterøen til Alpha, og at Oterøen kan gjøre gjeldende de samme innsigelser mot Alpha som de kunne gjort mot PAK2, jf. panteloven § 4-6.

4.1. Kravet er ikke reelt

Saksøkte har anført at innsigelsen må avskjæres som for sent fremsatt. Anførselen er *for det første* basert på NS 3431 pkt. 33.3.2. Dette kan ikke føre frem da nevnte bestemmelse kun regulerer frister i forbindelse med krav om endring.

For det andre er det anført at innsigelsen må avskjæres med hjemmel i NS 3431 pkt. 31-31.4. Heller ikke dette kan føre frem. Bestemmelsene regulerer frister for innsigelser i tilfeller hvor det er utarbeidet ukentlige spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader ved regningsarbeider, noe som ikke er tilfelle i foreliggende sak.

For det tredje er det anført at noen av saksøkers argumenter om at kravet ikke er reelt første gang ble fremsatt i prosesskriv til Nord-Troms tingrett 18.08 2011 og at de således må avskjæres etter NS 3431 pkt. 36.3, som lyder:

“Har byggherren innsigelser mot totalentreprenørens slutfaktura, skal disse gjøres gjeldende innen en frist beregnet etter 36.5 [70 dager i foreliggende sak] regnet fra mottak av slutfaktura.”

Heller ikke denne reklamasjonsinnsigelsen kan føre frem. Hvis det forutsettes at fakturaen av 25.9.2007 er en slutfaktura i avtalens forstand, er Oterøens reklamasjon av 19.10.2007 uansett rettidig. I reklamasjon avvises fakturaen dels grunnet manglende dokumentasjon av utført arbeide og dels fordi det ikke er grunnlag for kravene. Dette må være tilstrekkelige angivelser av innsigelsesgrunnlaget. At saksøkers advokat senere – i sin argumentasjon - har presisert innsigelsen med henvisninger til avtalens bestemmelser, gjør ikke argumentene til nye innsigelser.

Spørsmålet er så om Oterøen skal frifinnes grunnet manglende spesifikasjon og dokumentasjon av faktura. Ifølge NS 3431 pkt. 32.2 *“skal fakturaen spesifisere det arbeid som er utført.”* Videre skal *“Nødvendig dokumentasjon for kontroll av fakturgrunnlaget....vedlegges”*. I teorien er det antatt at manglende spesifikasjon – for eksempel uspesifiserte a-konto faktura – ikke utløser betalingsplikt for byggherre, selv om det er åpenbart at fakturaen har dekning i det utførte, jf. Martinussen m.fl., NS 8405 med kommentarer, 2010, s. 448. På bakgrunn av samme betraktninger er retten av den oppfatning at Oterøen ikke var forpliktet til å betale de uspesifiserte a-konto fakturaer når de ble utstedt, fordi det da ikke var mulig å kontrollere om fakturaene hadde grunnlag i utført arbeid.

I foreliggende sak er imidlertid sannsynliggjort at det – på et senere tidspunkt – ble klargjort at i hvert fall arbeide under fastpriskontrakten på kr. 1 850 000 faktisk var utført. Retten viser til at det er gjennomført status-/kontrollbefaringer 17.12.2007 og 7.4.2008, som begge viser at det alt vesentlige av arbeidet var utført. Oterøen bemerket kun mindre avvik, slik som malingssøl, manglende festing av deksel, etc. *For det andre* har Oterøen gjennomført overtakelsesforretning den 29.4.2008 uten at det er påpekt at andre merknader enn det som følger av statusbefaringene. Etter disse tidspunktene måtte det således være klart – også for Oterøen – at det alt vesentlige av arbeid beskrevet inkludert i fastprisen var utført. Etter rettens oppfatning vil det være urimelig avtalen skal tolkes slik at Oterøens betalingsplikt bortfaller grunnet formelle feil i faktura, når kontraktarbeidet er utført og overtatt uten betydelige innsigelser. En slik løsning har heller ikke direkte støtte i avtalens ordlyd. Hensynene som begrunner entreprenørens dokumentasjonsplikt treffer heller ikke like godt når begge parter – gjennom befaringer – er kjent med hva som er utført av arbeide, og kan sammenligne det med avtalegrunnlaget. Konklusjon er således at bestemmelsen i NS 3431 pkt. 32.2 ikke kan danne grunnlag for å frita Oterøen fra å betale avtalens fastpris på kr. 1 850 000 og at Oterøen – i utgangspunktet – er forpliktet til å betale.

Når det gjelder tilleggsfakturaen av 29.9.2007 pålydende kr 549 133 inkl.mva er det uomtvistet at Oterøen er forpliktet til å betale for punkt 2, 5, 9 og 15, tilsvarende et beløp på kr. 91329 inkl. mva. Retten er kommet til at Oterøen ikke er forpliktet til å betale resterende beløp på kr. 457 804. I reklamasjonen av 19.10.2007 avviste Oterøen at det var grunnlag for fakturaene. Etter rettens oppfatning er det ikke noe i den etterfølgende korrespondansen mellom partene viser at PAK2 hadde avtalegrunnlag for å fakturere disse punktene. Tidligere styreleder i PAK2, Ørnulf Jensen, hevdet at alle de omstridte postene var bestilt og således var rettmessige, mens styreleder i Oterøen, Finn Heggdal, nektet for at så var tilfelle. Det er ikke lagt frem dokumentasjon for at punktene er bestilt eller dokumentert hvilket avtalegrunnlag punktene eventuelt knytter seg til. Retten legger etter dette til grunn at det ikke er sannsynliggjort at PAK2 hadde rettslig grunnlag for å kreve betaling for de omtvistede postene. Retten bemerker i tillegg at Oterøen under ingen omstendigheter er forpliktet til å betale for punkt 14 og 17 i reklamasjon av 19.10.2007, ettersom PAK2 ikke etterkom Oterøens forespørsel om dokumentasjon, jf. NS 3431 pkt. 32.2 andre ledd. Konklusjonen er således at Oterøen er forpliktet til å betale kr 91329 inkl. mva. av tilleggsfakturaen.

Oterøens anførsel om at kravet ikke er reelt også begrunnet i at det ikke er utstedt slutfaktura i henhold til NS 3431 pkt. 36.1. Etter rettens oppfatning er det klart at manglende utstedelse av slutfaktura ikke kan medføre at betalingsplikten skal bortfalle. Selv om krav som ikke medtas i slutfaktura vil prekluderes, er det ingen holdepunkter i avtalen for at manglende slutfaktura skal medføre bortfall av krav som er fremsatt før en eventuell slutfaktura skulle vært utstedt. Oterøen har heller ikke fremsatt krav om slutfaktura etter NS 3431 pkt. 36.2 eller benyttet seg av adgangen til og selv sette opp sluttoppgjør.

4.2. *Kravet er helt eller delvis foreldet*

Fristavbrudd fra Alphas side skjedde ved forliksklage 19.05.2010. Den alminnelige foreldelsesfristen er 3 år, jf. foreldelsesloven § 2, og fristen løper *“fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse”*, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1. Spørsmålet er om og i hvilken utstrekning PAK2 kunne kreve oppfyllelse av utførte arbeider før 19.05.2007.

Spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av avtalen mellom partene. I kontraktsforholdet mellom PAK2 og Oterøen var det ikke utarbeidet faktureringsplan. Fakturering skal da skje i henhold til utført arbeid, jf. NS 3431 pkt. 32.2. Det fremgår av NS 3431 pkt. 30.2 at *“Faktureringsperiodene skal ikke være kortere enn fire uker.”*. Videre følger det at NS 3431 pkt. 29.1 at byggherre skal betale innen 28 dager etter mottak av faktura. Etter rettens oppfatning følger det av ovennevnte at PAK2 – fra medio april 2007 – kunne fakturert for arbeid utført før dette tidspunkt og krevd betaling innen 28 dager, dvs. før 19.05.2007. PAK2 utstedte riktignok ikke faktura i april 2007, men dette er ikke avgjørende da fristen løper fra det tidspunkt PAK2 tidligst hadde rett til å kreve å få oppfyllelse.

Avtalens forutsetter på den andre side at løpende avdrag er midlertidig og at det skal foretas endelig oppgjør ved utstedelse av slutfaktura. Dette kan imidlertid ikke innebære at utgangspunktet for foreldelsesfristen skal forskyves til tidspunktet for utstedelse av slutfaktura. Hvis en slik løsning skulle legges til grunn – som foreslått av Martinussen m.fl., *NS 8405 med kommentarer*, 2010, s. 553 – vil fordringer ikke foreldes med mindre det utstedes slutfaktura. Dette illustreres godt av foreliggende sak, hvor det ikke er utstedt slutfaktura. En slik løsning vil også stride mot sammenlignbar rettspraksis, jf. blant annet LB-2006-10593 og LB-2005-59310.

PAK2 fakturerte Oterøen for kr. 93 125 inkl.mva. med forfall 14.9.2006 og kr. 578 000 med forfall 16.3.2007. Oterøen betalte til sammen kr. 450 000 av dette i april 2007. Foreldelse for resterende – kr. 221 125 – inntraff senest 16.03.2010.

Spørsmålet i det videre er om krav utover kr. 221 125 er foreldet, noe som beror på hvor mye av kontraktarbeidet som rent faktisk ble utført før medio april 2007, og som PAK2 dermed kunne kreve oppfyllelse av før 19.05.2007.

Det er ikke mulig å fastsette nøyaktig når kontraktarbeidet for det resterende fakturabeløp er utført, ettersom (1) det ikke er fakturert regelmessig i perioden mars-september 2007 og (2) det ikke foreligger nøyaktige arbeidsbeskrivelser eller prosjektrengnskap som viser når arbeid er utført.

Ifølge Ørnulf Jensen var en vesentlig del av entreprisen utført i mars 2007 og ifølge Tom Jensen var seksjon 1 kommet til klargjøringsstadiet når han kom inn i prosjektet på forsommeren 2007. På samme tidspunkt var mye arbeid utført på seksjon 2. Fremlagte timelister gjelder perioden fra juni 2007 og viser at det i sommermånedene ble utført betydelige arbeider på Oterøens seksjoner. Fakturaer fra Alphas underentreprenører viser også at betydelige deler av arbeidet med seksjon 1 og 2 ble utført etter sommeren 2007. Selv om timelistene viser at fremdriften ble intensivert på starten av sommeren 2007 og mot september 2007, er det ikke noe som tyder på det var opphold i arbeidet i mars og april 2007. Retten legger derfor til grunn som sannsynlig at det var noe fremdrift og at arbeid av et omfang tilvarende kr. 100 000 inkl. mva.ble utført i perioden 01.3.2007 – medio april 2007. Vederlagskravet for dette arbeidet er foreldet da PAK2 kunne krevd betaling for dette arbeidet før 19.5.2007.

Følgelig er retten kommet til at totalt kr. 321 125 av entreprisekravet var foreldet når forlikssklage ble tatt ut 19.05.2010.

Oterøens forslag til mulige omforente løsninger er ikke en erkjennelse i foreldelseslovens forstand, jf. foreldelsesloven § 14.

4.3. Kravet er gjort opp ved motregning

Saksøker mener å ha erstatningskrav for mangler som ikke er utbedret og tapt husleie grunnet forsinket ferdigstillelse, og at erstatningskravene er brakt til motregning mot PAK2s vederlagskrav.

Innledningsvis bemerker retten det er uomstridt at de alminnelige vilkår for motregning er oppfylt. Gjeldsbrevloven § 26 stenger ikke for motregning. Erstatningskravene er heller ikke foreldet, jf. foreldelsesloven § 26 b.

Dersom *forsinkelse* eller mangel har sin årsak i *forsettlig eller grovt uaktsomt* forhold på totalentreprenørens side, kan byggherren kreve erstatning, jf. NS 25.2 sjette ledd og NS 3431 pkt. 37.6. Sterkt klandreverdige handlinger som representerer et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte kan etter omstendighetene anses som grovt uaktsomme, jf. Rt-1970-1235, Rt-1989-1318 og Martinussen m.fl., *NS 8405 med kommentarer*, 2010, s. 608.

Oterøen – som har bevisbyrden for at PAK2 handlet forsettlig eller grovt uaktsomt – mener forsinkelsens lengde i seg selv tyder på at PAK2 aldri har hatt til hensikt å oppfylle kontrakten. I punkt 7 i avtalen av 28.9.2006 følger det:

"Forutsatt at OSØ overholder tidsfristen etter foregående pkt.6 og ikke annet følger av NS 3431 om endringsarbeider, skal de bygningsmessige arbeider i plan 2 være ferdigstilt i innen 15. januar 2007.

Avtalte arbeider i plan 1 skal på samme vilkår være ferdigstilt innen 26. februar 2007. "

Partene er enige om at henvisningen til pkt. 6 er feil, da meningen var å henvise til avtalens pkt. 5, som blant annet gjelder frist for byggherres sikkerhetsstillelse. Partene er også enig om at Oterøen oversatt fristen for å stille sikkerhet. Etter rettens oppfatning kan imidlertid ikke ovennevnte avtalebestemmelse – som anført av saksøkte – tolkes dit at fristene for ferdigstillelse ikke bare suspenderes, men også bortfaller ved forsinket sikkerhetsstillelse. Avtalebestemmelsens taushet om virkningen av ikke-overholdelse av tidsfristen for bankgaranti, må utfylles og tolkes i lys av NS 3431s bestemmelser om fristforlengelse grunnet forhold på byggherres side, og kan i høyden innebære at PAK2 var berettiget til en fristforlengelse på et par uker, sml. NS 3431 pkt. 22.3 andre ledd.

Saksøkte har videre anført at Oterøen har akseptert forsinket ferdigstillelse. Saksøkers partsrepresentant, Finn Heggdal, forklarte at dette ikke stemmer. Retten legger Heggdals forklaring til grunn. Hans forklaring støttes av at det ikke er dokumentert at PAK2 har fremsatt noe ytterligere krav om fristforlengelse. Krav om fristforlengelse skal etter NS 3431 pkt. 22.5 fremsettes skriftlig.

Retten legger således til grunn at PAK2 ikke fikk innvilget fristforlengelse av vesentlig betydning og at kontraktens frister på ferdigstilling i januar/februar 2007 er utgangspunktet for å beregne forsinkelsens lengde. Seksjon ble ferdigstilt i juli 2007 og var således ca. 4-5 måneder forsinket. Seksjon 2 ble tidligst ferdigstilt i september 2009 og var minimum 8 måneder forsinket. Det foreligger således betydelig forsinkelser som kan tyde på at PAK2 opptrådte grovt uaktsomt når de påtok seg å ferdigstille entreprisen i januar / februar 2007.

Videre er det holdepunkter for at PAK2 påtok seg entreprisen uten å fatte nødvendige tiltak for å overholde fristene. Ørnulf Jensen, styreleder og majoritetsaksjonær i PAK2, ble i Nord-Troms tingretts dom (11-087363MED-NHER) straffet ulike forhold med tilknytning til prosjektet i Vestregata 42. På side 13 i dommen utaler retten:

"På grunnlag av den samlede bevisførsel under hovedforhandlingen, herunder også tiltaltes egen forklaring, har retten funnet det bevist at tiltalte, på vegne av PAK2 forsøkte å gjennomføre byggeprosjektene i henhold til de nevnte kontrakter uten tilstrekkelig planlegging, kontroll og oppfølging av fremdrift og kostnader. Det var manglende budsjettering og utilstrekkelige fremdriftsplaner. Prosjektene var preget av manglende realisme og kontroll."

En av kontraktene det henvises til i avsnittet ovenfor er kontrakten mellom Oterøen og PAK2.

Om kalkulering og budsjettering i tilknytning til kontrakten mellom Oterøen og PAK2 fremgår det følgende på side 14 i dommen:

"Retten viser i denne sammenheng også til tiltaltes egen forklaring om fremgangsmåten han benyttet da totalentreprisen med Oterøens Sør AS skulle prissettes. På spørsmål om han hadde kalkulert og budsjettert i relasjon til kostnadene ved utførelsen av kontrakts-arbeidene, tilkjennega han at kontraktsforhandlingene fra hans side, på grunn av den vanskelige kontraktsmotparten, ikke hadde slik forankring. Forhandlingene ble fra hans side ført med det utgangspunkt at PAK2 bare måtte forsøke å få det som var mulig å få fra denne kontraktsparten."

Videre fremgår det på side 15 i dommen at det ikke forelå tilstrekkelige fremdriftsplaner og tegningsgrunnlag:

"Retten viser også til vitneforklaringen fra Jarle Dalbakk som arbeidet som formann i Alpha. Han forklarte at det i begynnelsen forelå fremdriftsplaner, men at disse hadde ferdigstillingstidspunkter det ikke var mulig å overholde. Videre vises det til

vitneforklaringen fra Agnar Johansen i Nor-El AS. Han utførte arbeid i Vestregata 42 i perioden fra oktober 2006 til 6. desember 2007. Han forklarte at han i forbindelse med sitt arbeid på byggeplassen erfarte at det var manglende fremdriftsplaner og manglende tegningsgrunnlag, og at dette medførte at arbeiderne på byggeplassen i liten grad visste hva de skulle gjøre."

I sin forklaring i foreliggende sak tok Jensen avstand fra Nord-Troms tingretts straffedom. Straffedommen er også anket av Jensen og henvist til ankeforhandling i Hålogaland lagmannsrett. Retten finner likevel at beskrivelser av faktum i straffedommen er vektige bevismoment i foreliggende sak, særlig hensett til beviskravet i straffesaker.

I foreliggende sak forklarte vitnet Ronny Moan, som var involvert i borevisjon etter konkursen i PAK2, også at PAK2s prosjektering, prosjektstyring og økonomisk styring ikke var tilfredsstillende. For øvrig forklarte også Heggdal at formann på byggeplassen hadde tilkjennegitt at byggeplaner og frister ikke var realistiske eller laget for å overholdes.

Retten legger etter dette til grunn som sannsynliggjort at PAK2 har påtatt seg en forpliktelse uten å fatte de nødvendige minimumstiltak for å overholde forpliktelsen. I entrepriser må fremdriftsplaner, tegningsgrunnlag, planlegging, kontroll og styring anses som viktige virkemidler for å sørge for at byggearbeid blir levert i henhold til kontrakt. Ved å påta seg å levere entreprisearbeider innen en bestemt frist, uten å ta i bruk ovennevnte virkemidler, er retten av den oppfatning at PAK2 tatt en bevisst risiko for at leveransen ville bli betydelig forsinket. Den betydelige forsinkelsen som etter hvert oppsto underbygger dette.

Saksøkte har henvist til at forsinkelsen skyldes lang saksbehandlingstid i kommunen og vindskjevhet i bygget. Dette er noe som kunne og burde vært hensyntatt i planleggingen. Retten anser det videre helt usannsynlig at forsinkelsene skyldes Heggdals besøk på byggeplassen. Saksøkte har også anført at forsinkelser skyldes Oterøens feilaktige prosjektering av tillatelsen som Oterøen overdro til Proago AS og Wawi Invest AS i 2004, og som senere ble overtatt av PAK2. Retten har ikke grunnlag til å gå nærmere inn på dette, og ser heller ikke at det kan ha noen betydning i foreliggende, da det er et forhold som PAK2 i så tilfelle selv måtte ha gjort gjeldende overfor Oterøen.

Retten legger etter dette til grunn (1) at PAK2 v/Jensen har opptrådt på en måte som markert avviker fra normal forsvarlig handlemåte og (2) at denne klanderverdige handlemåten var årsaken til de betydelige *forsinkelsene* som oppsto. Det foreligger således ansvarsgrunnlag i form av grov uaktsomhet og avtalens ansvarsbegrensning gjelder derfor ikke for erstatningskrav knyttet til forsinket levering. Erstatningskrav knyttet til tap som skyldes *forsinket levering* vil derfor bli behandlet nedenfor.

4.3.1. Erstatning for tapt leieinntekt som følge av forsinkelse

Oterøen har krevd erstatning for tap i leieinntekt som følge av forsinkelsen. Kravene er ikke fremsatt for sent.

For seksjon 1 har Oterøen *for det første* krevd leietap som følge av at lokalet ikke kunne utleies i perioden fra avtalt ferdigstillelse i februar 2007 til overtakelse i juli 2007, altså for en periode på omtrent fire måneder. Årsaken til tapet er PAK2s grovt uaktsomme opptreden. Retten anser det videre som påregnelig at et selskap som driver utleie av eiendom vil tape leieinntekter ved forsinket levering. Kravet tas således til følge. Oterøens økonomiske tap utmåles i samsvar leieprisen som ble oppnådd fra og med 1.7.2007, dvs. kr. 24 000 eks.mva. per måned. Totalt tap settes etter dette til kr. 100 000 eks.mva.

For det andre har Oterøen krevd kr. 270 000 i erstatning for redusert leie i den første leiekontrakten på fem år, som følge av at lokalene ikke var ferdig til leie. Stipulert årlig markedsleie er i verditakst av 19.2.2008 satt til kr. 342 000 eks.mva. Oterøen inngikk imidlertid en femårskontrakt med årlig leie på kr. 288 000 eks.mva. Retten legger til grunn som mest sannsynlig at markedsleie er det beløp som ble oppnådd i kontrakten, og at Oterøen således ikke lidt noe husleietap. Et tap av denne art må etter rettens oppfatning uansett anses som en upåregnelig følge av forhold på PAK2s side. Kravet tas etter dette ikke til følge.

For det tredje har Oterøen krevd kr. 140 740 eks.mva i erstatning for tap som skyldes misligholdskrav fra Oterøens leietaker. Retten er kommet til at dette kravet ikke kan tas til følge. Oterøen kan bare kreve erstatning hvor det er årsakssammenheng mellom tap og den *grovt uaktsomme* opptreden fra PAK2 som gjør at avtalens ansvarsbegrensning ikke gjelder. Misligholdskravene fra Oterøens leietaker har ikke sammenheng de grovt uaktsomme forhold som medførte forsinkelse. Kravene har oppstått etter overtakelsen av seksjon 1 og skyldes i hovedsak at området rundt utleieobjektet fremsto som en byggeplass, på grunn av at byggearbeidene i etasjene ovenfor ikke var ferdigstilt. Kravet tas ikke til følge.

For seksjon 2 har Oterøen krevd erstatning for leietap som følge av at lokalet ikke kunne utleies i perioden fra avtalt ferdigstillelse i januar 2007 til august 2008. Uten merverdiavgift er tapet oppgitt til kr. 726 433 eks.mva, basert på verditakst med stipulert markedsleie på kr. 471 200 per år. Etter rettens oppfatning er tapsperioden for lang. På bakgrunn av bevisførselen må det legges til grunn at arbeidene med seksjon 2 rent faktisk ble ferdigstilt i slutten av september 2007. For forsinkelse frem til dette tidspunkt legger retten til grunn at årsaken er grovt uaktsom opptreden fra PAK2s side i forbindelse med prosjektering, etc. Forsinkelse utover september 2007 skyldes imidlertid ikke den klanderverdige opptreden PAK2 utviste på planleggingsstadiet, men derimot uenigheter mellom PAK2 og Oterøen vedrørende dokumentasjon, betaling, etc. Tap for denne perioden kan dermed ikke kreves erstattet da avtalen bare tillater erstatning for tap som har sin årsak i forsettlig eller grovt uaktsomme forhold. Retten er således kommet til at

Oterøen kun har krav på erstatning for leietap i seksjon 2 for perioden 15. januar 2007 til 30. september 2007. Tapet er påregnelig. I utmålingen legger retten til grunn den fremlagte verditakst. Erstatningskravet tilsvarer etter dette kr. 333 767 eks.mva.

Retten bemerker for ordens skyld at det neppe er riktig når saksøkersiden oppgir at erstatningsbeløpene for tapt husleieinntekt skal omfatte merverdiavgift, da det ikke har skjedd noen merverdiavgiftspliktig omsetning.

Konklusjonen er således at Oterøen har krav på kr. 433 767 i erstatning og at dette er brakt til motretning.

4.3.2. Erstatning for tap som følge av mangler ved leveransen

Oterøen har også krevd erstatning for diverse utlegg og kostnader som påløpte i forbindelse med at andre etasje ble tatt i bruk. Retten går ikke nærmere inn på dette da det må legges til grunn som mest sannsynlig at det ikke er reklamert på disse forholdene innen fristene i NS 3431 pkt. 37.7 – 37.8 første og annet ledd. Det er heller ikke sannsynliggjort at Oterøens tap på disse punktene har sin årsak i grovt uaktsomme forhold på PAK2s side.

Resultatet er etter dette at Oterøen må dømmes til å betale Alpha Entreprenør AS og Alpha Entreprenør AS Konkursbo kr. 738 436.

Beløpet tilsvarer kontraktsummen på kr. 1 850 000 inkl.mva. pluss de deler av tilleggsfakturaen Oterøen er forpliktet til å betale, tilsvarende 91329 inkl. mva , fratrukket (1) det betalte beløp på kr. 450 000, (2) beløpet på kr. 321 125 som etter rettens oppfatning er foreldet og (3) beløpet på kr. 433 767 som etter rettens oppfatning er brakt til motregning.

5. Forsinkelsesrenter

Alpha har krevd forsinkelsesrenter av kravet fra 20.12.2007 til betaling skjer. Datoen er forfallsdato på siste faktura. Som retten har redegjort for ovenfor skyldes noe av betalingsforsinkelsen forhold på PAK2s side, herunder manglende dokumentasjon, jf. forsinkelsesrenteloven § 2 andre ledd. Fra og med overtakelsesforretningen, den 29.04.2008, er det imidlertid ikke grunnlag for å tilskrive forsinket betaling PAK2s forhold. Retten finner derfor at rentekravet er berettiget fra dette tidspunkt og tar det til følge. Motparten har heller ikke reist innsigelser mot rentekravet.

6. Sakskostnader

Ingen av partene har vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2 (1). Begge partene har fått "*medhold av betydning*", men retten finner ikke – og det er ikke påberopt – at det foreligger "*tungtveiende grunner* " som kan gjøre det aktuelt og helt eller delvis å tilkjenne sakskostnader etter tvisteloven § 20-3. Partene bærer egne sakskostnader.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist grunnet høy arbeidsmengde.

DOMSSLUTNING

1. *Oterøen Søe AS dømmes til å betale Alpha Entreprenør AS og Alpha Entreprenør AS Konkursbo 738 436– sjuhundreogtrettiåttetusenfirehundreogtrettiseks – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra 29.04.2008 til betaling skjer.*
2. *Hver av partene bærer egne sakskostnader.*

Retten hevet

Eirik Birkelund

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankedomstolen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.