



NORGES HØYESTERETT

Den 20. mai 2014 avsa Høyesterett dom i

HR-2014-01021-A, (sak nr. 2013/2405), sivil sak, anke over dom,

Arendal kommune

(advokat Magne Olsen – til prøve)

mot

Repstad Anlegg AS

(advokat Are Hunskaar – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder tvist om oppgjøret under en enhetspriskontrakt om sanering av et vann- og avløpsanlegg. Spørsmålet er om en reduksjon i regulerbare mengder i forhold til det stipulerte kan gi grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406:2009 punkt 28.
- (2) Arendal kommune og Repstad Anlegg AS inngikk 7. oktober 2009 avtale om sanering av nærmere bestemte eldre vann- og avløpsledninger, herunder omkobling/retilkobling av eksisterende abonnenter og etablering av noe nytt anlegg. Arbeidene besto blant annet av om lag 900 meter vann- og avløpsgrøfter, 300 meter kabelgrøfter og gjenoppbygging av veier. Kontrakten var basert på NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt og kom i stand etter en åpen anbudskonkurranse. Kommunen var byggherre og Repstad Anlegg AS var utførende entreprenør. Kunnskapen om tilstanden til de eksisterende rørene og om grunnforholdene var på kontraktsstadiet begrenset.
- (3) Kontraktssummen var avtalt til 6 985 609 kroner eksklusiv merverdiavgift. Den besto i hovedsak av en rekke poster med regulerbare mengder, som skulle gjøres opp etter avtalte enhetspriser. Også et anslått beløp for regningsarbeider inngikk i kontraktssummen. Det var avtalt at entreprenøren ikke skulle foreta mengdekontroll i henhold til standardens punkt 23.2.
- (4) Det gikk med mindre mengder enn det som var anslått i anbudsgrunnlaget. Årsaken var blant annet at grunnforholdene og tilstanden på det eksisterende anlegget var annerledes enn forventet, og at det derfor ble behov for mindre masseutskiftning, sprengning mv. enn antatt. Avviket fordelte seg over en rekke ulike poster.

- (5) Entreprenørens samlede vederlag ble redusert med 22,3 prosent i forhold til kontraktssummen. En mindre del av reduksjonen skyldtes endringer etter NS 8406 punkt 19. Hovedårsaken til vederlagsreduksjonen var at de regulerbare mengdene ble lavere enn anslått. Partene er for Høyesterett enige om at det økonomiske tapet i form av tapt fortjeneste utgjør 193 200 kroner.
- (6) Repstad Anlegg AS fremmet 28. mai 2010 krav om avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 som følge av at det samlede vederlaget ble redusert med mer enn 15 prosent i forhold til kontraktssummen. Kravet ble avslått av Arendal kommune 15. juni 2010, og Repstad Anlegg AS tok deretter ut stevning.
- (7) Aust-Agder tingrett avsa 8. juni 2012 dom med slik domsslutning:
- "1. Arendal kommune frifinnes.**
 - 2. Repstad Anlegg AS dømmes til innen 2 – to – uker etter forkynnelse av denne dommen å betale 95 375 – nittifemtusentrehundreogsyttifem – kroner i sakskostnader."**
- (8) Tingretten kom til at Repstad Anlegg AS ikke var påført økonomisk tap, og den tok dermed ikke stilling til forståelsen av NS 8406 punkt 28.
- (9) Repstad Anlegg AS påanket tingrettens dom. Agder lagmannsrett avsa 25. oktober 2013 dom med slik domsslutning:
- "1. Arendal kommune dømmes til å betale Repstad Anlegg AS kroner 193.200 – etthundreognittitretusentohundre –, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. juni 2010 til betaling skjer.**
 - 2. Arendal kommune dømmes til å betale Repstad Anlegg AS kroner 256.401 – tohundreogfemtisekstusenfirehundreogen – i sakskostnader for lagmannsretten, og kroner 176.836 – etthundreogsyttisekstusenåttehundreogtrettiseks – i sakskostnader for tingretten.**
 - 3. Oppfyllelsesfristen for pengebetalingene er 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen."**
- (10) Lagmannsretten la til grunn at rett til erstatning etter NS 8406 punkt 28 inntreer når entreprenørens faktiske vederlag blir mer enn 15 prosent lavere enn kontraktssummen, også når årsaken er en reduksjon i regulerbare mengder i forhold til det stipulerte.
- (11) Arendal kommune har påanket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen. Høyesteretts ankeutvalg traff 4. februar 2014 slik beslutning:
- "Anken tillates fremmet for så vidt gjelder den generelle rettslige forståelsen av NS 8406 punkt 28. For øvrig tillates ikke anken fremmet."**
- (12) For Høyesterett er det fremlagt skriftlige innlegg fra Norsk Vann BA og Maskinentreprenørenes Forbund, jf. tvisteloven § 15-8.
- (13) Den ankende part – *Arendal kommune* – har i korte trekk anført:

- (14) Ved tolkningen av NS 8406 punkt 28 må kontraktstype og vederlagsmekanisme danne bakgrunnen. Kontrakten bygger her i det vesentligste på regulerbare – variable – mengder. Det ligger da innbakt i kontraktsmekanismen at faktisk medgåtte mengder vil avvike fra de stipulerte. Når avvik fra anslagene er normalsituasjonen, har det formodningen mot seg at en reduksjon i mengdene skal anses som avbestilling og gi grunnlag for erstatning.
- (15) Etter en naturlig språklig forståelse av punkt 28 tredje ledd er det bare reelle endringer etter punkt 19 som skal tas i betraktning ved vurderingen av om det foreligger en reduksjon på 15 prosent eller mer. Dette følger av passusen "etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider". Selve begrepet "avbestilling" passer ikke ved avvik i anslåtte mengder. I NS 3430 punkt 28.6 sto det bare "fradrag og tillegg", og det var utslag av et bevisst valg da tilføyelsen "ved endringsarbeider" ble gjort i de nye standardene 8405 og 8406. Kommunens syn har støtte i juridisk litteratur og i oppfatninger i bransjen. Systembetraktninger og andre reelle hensyn tilsier også at en reduksjon i regulerbare mengder i forhold til anslaget, ikke kan inngå som grunnlag for avbestillingserstatning.
- (16) Arendal kommune har lagt ned slik påstand:
- "1. Lagmannsrettens dom oppheves.**
 - 2. Arendal kommune tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."**
- (17) Ankemotparten – *Repstad Anlegg AS* – har i korte trekk anført:
- (18) NS 8406 punkt 28 tredje ledd legger etter en naturlig språklig forståelse opp til en sammenligning mellom kontraktssummen og den faktiske godtgjørelsen entreprenøren har fått. Årsaken til det reduserte vederlaget har ingen betydning – også en reduksjon i regulerbare mengder må tas i betraktning. Passusen "etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider" er tatt med av informasjonshensyn og for å få frem at det bare er en netto reduksjon som kan gi grunnlag for erstatning. Kommunens tolkning innebærer at begrepet "samlede vederlag" blir en fiktiv/teoretisk størrelse – ikke et uttrykk for den faktiske godtgjørelse som entreprenøren har mottatt. Anslaget over vederlag som skal avregnes etter enhetspriser, inngår etter standardens punkt 2 i kontraktssummen. Det blir da inkonsekvent om vederlagsreduksjon som følge av avvik i regulerbare mengder ikke skulle tas i betraktning ved vurderingen av det samlede vederlaget.
- (19) Også øvrige tolkningsmomenter støtter opp om det tolkningsresultat som kan utledes av ordlyden. Formålet med bestemmelsen er å gi entreprenøren kompensasjon for redusert omsetning, et formål som ikke oppnås hvis ikke også avvik i regulerbare mengder trekkes inn i vurderingen. Grunnleggende risikosynspunkter tilsier at entreprenøren får erstatning når byggherrens anslag viser seg å være så mye for høye at vederlaget reduseres med 15 prosent eller mer. Det gir også den retts teknisk enkleste regelen om alle avvik tas i betraktning etter punkt 28 tredje ledd, og det bidrar til å redusere antallet tvister.
- (20) *Repstad Anlegg AS* har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Repstad Anlegg AS tilkjennes saksomkostnader for Høyesterett."**

- (21) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (22) Spørsmålet i saken er om lagmannsretten har bygd på en korrekt rettslig forståelse av NS 8406:2009 punkt 28. Bestemmelsen lyder slik:

"28 Avbestilling

Byggherren har rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet.

Avbestilling skal foretas skriftlig i så god tid som mulig.

Dersom entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider reduseres med mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling.

Ved avbestilling har entreprenøren krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen.

Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører."

- (23) Tilsvarende bestemmelser finnes i NS 8405:2008 punkt 38.1 og NS 8407:2011 punkt 44. Som jeg kommer tilbake til, inneholdt også NS 3430 en lignende regel.
- (24) I denne saken skyldes vederlagsreduksjonen i det alt vesentligste at de regulerbare mengdene viste seg å ha et mindre omfang enn anslått. Lagmannsretten har bygd på at enhver slik reduksjon kan inngå i grunnlaget for avbestillingserstatning etter punkt 28. Før jeg går nærmere inn på mitt syn på dette spørsmålet, finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for den kontraktsmekanismen som partene har valgt.
- (25) Kontrakten mellom partene bygger på enhetspriser med regulerbare mengder, noe som er vanlig ved saneringsarbeider. I en slik kontrakt anslår byggherren hvor store masser/mengder som vil gå med til å utføre de forskjellige arbeidsoperasjonene. Entreprenøren gir en fast pris per enhet. Som regel omfatter enhetsprisene både materiell og arbeid, og det gis eksempelvis en pris per løpemeter ferdig lagt rør eller per kvadratmeter ferdig mur. I Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold, 1997 side 55-56 beskrives enhetspriskontraktene på følgende måte:

"I de egentlige enhetspriskontrakter følger det av avtalen at mengder og masser skal være variable. Kontraktens omfang er med andre ord ikke definert via målbare enheter, men oftest i form av en beskrivelse av det resultat som skal oppnås. Teknikken er svært vanlig ved anleggsarbeider, idet det eksempelvis kan være vanskelig på forhånd å angi de eksakte mengder av henholdsvis gravbare løsmasser og fjell som må sprenges. Det er derfor ofte hensiktsmessig at det avtales faste enhetspriser for henholdsvis graving og sprengning, og at vederlaget beror på hvilke mengder som faktisk påløper av det ene eller det andre. Her følger det av kontrakten at variasjoner i mengdene, sett i forhold til de volum partene *antok* ville påløpe ved kontraheringen, ikke utgjør endringsarbeider. Det ligger nettopp innenfor kontraktspliktene å grave eller sprengne de masser som må fjernes for at resultatet skal oppnås."

- (26) Med dette som bakgrunn går jeg over til forståelsen av NS 8406 punkt 28. Bestemmelser av denne karakter må fortolkes objektivt med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse. I Rt. 2010 side 961 avsnitt 44 heter det om fortolkningen av NS 3431:

"Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn."

- (27) Begge parter i saken har tatt ordlyden i standardens punkt 28 tredje ledd til inntekt for sitt syn. Slik jeg ser det, gir ikke en isolert lesning av dette leddet noen klare svar. Arendal kommune har på den ene side rett i at passusen "etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider" kan tilsi at bare reelle endringer etter punkt 19 kan tas i betraktning. Etter punkt 19.1 fjerde ledd utgjør "[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser" som hovedregel ingen endring. Unntak er gjort hvor "avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten".
- (28) Men som påpekt av ankemotparten, innebærer denne tolkningen samtidig at uttrykket "samlede vederlag" må gis et annet innhold enn det som er naturlig. Etter en språklig forståelse betyr dette den totale godtgjørelsen som entreprenøren faktisk har fått for det utførte arbeidet. Ved kommunens tolkning blir det samlede vederlaget i denne sammenheng en teoretisk størrelse, nemlig kontraktssummen fratrukket netto reduksjon som følge av fradrag og tillegg ved endringsarbeider.
- (29) En språklig forståelse må ta hensyn til at punkt 28 gjelder avbestilling, jf. overskriften. Det må vektlegges ved tolkningen av de enkelte ledd i punktet. Som jeg kommer tilbake til, er det ikke naturlig å karakterisere en reduksjon i regulerbare mengder som en "avbestilling". Av andre ledd følger dessuten at avbestilling skal foretas skriftlig, noe som indikerer at det er tale om en særskilt formalisert ordning.
- (30) Historikken har interesse ved tolkningen av punkt 28. Som jeg allerede har antydnet, hadde NS 3430 en tilsvarende bestemmelse i punkt 28.6. Der het det at det skulle anses som en delvis avbestilling "[d]ersom entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg reduseres med mer enn 15 % av kontraktssummen". I motsetning til i de gjeldende standardene, fantes altså ikke presiseringen "ved endringsarbeider".
- (31) I teorien var det uenighet om forståelsen av NS 3430 punkt 28.6. I Kolrud med flere, Kommentar til NS 3430, 1992 side 248 heter det at uttrykket "samlede vederlag etter fradrag og tillegg" må forstås som "det totale vederlag entreprenøren sitter igjen med når arbeidet med kontrakten er fullført". Forfatterne tilføyer at "også nedjusteringer av avtalt anslåtte mengder [skal] telle med her".
- (32) Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold, 1997 side 123 gir uttrykk for et annet syn. Her tas utgangspunkt i at bestemmelsen sto til slutt i endringskapitlet og dermed i forlengelsen av reglene om vederlag for endringer. I fortsettelsen heter det:

"Det må derfor kunne legges til grunn at det bare er netto vederlagsreduksjon forårsaket av endringsarbeider som skal regnes med. Eventuelle vederlagsendringer i forhold til 'kontraktssummen' som følge av variasjoner i avtalt anslåtte mengder eller masser, vil således ikke være av relevans, og må holdes utenfor vurderingen."

- (33) Forslag til nye standarder til erstatning for NS 3430 og 3408 ble sendt på høring i 2002. I punkt 39.4 i utkastet til norsk bygge- og anleggskontrakt og punkt 35.4 i utkastet til forenklet bygge- og anleggskontrakt var følgende bestemmelse tatt inn:
- "Dersom det samlede vederlag etter kontrakten ved sluttoppgjøret blir lavere enn den opprinnelige kontraktssummen, har entreprenøren krav på avbestillingsgebyr på 8 % av reduksjonen."**
- (34) Forslaget ble ikke vedtatt. I stedet ble bestemmelsen i NS 3430 punkt 28.6 videreført, men med tillegget "ved endringsarbeider". Det er nærliggende å anta at dette var utslag av et bevisst valg, og at man ønsket en regel som bare ga rett til erstatning ved vederlagsreduksjon som følge av reelle endringer.
- (35) Etter mitt syn er det sentralt at NS 8406 punkt 28 er en bestemmelse som skal gjelde nettopp ved avbestilling. Det er som nevnt unaturlig rent språklig å betegne en reduksjon i forhold til anslåtte mengder som en avbestilling. I enhetspriskontrakter av denne art ligger det innbakt i selve kontraktsmekanismen at faktisk medgåtte mengder vil avvike fra de stipulerte. Avvikene kan regelmessig være betydelige, noe som er vel kjent blant aktørene. En fremlagt oversikt over forskjellige anleggsarbeider utført etter oppdrag fra Arendal kommune er i så måte illustrerende. Faktisk vederlag har variert mellom 78 og 161 prosent av kontraktssummen i elleve prosjekter basert på enhetspris og regulerbare mengder. Større eller mindre avvik er med andre ord normalsituasjonen i slike kontrakter. Det tilsier at en reduksjon ikke bør ses under synsvinkelen avbestilling.
- (36) Jeg fremhever videre at punkt 28 må leses i sammenheng med bestemmelsen i punkt 19.1 om endringer. Fjerde ledd lyder:
- "Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelsene med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten."**
- (37) Avvik fra mengdeanslag under regulerbare poster skal altså som hovedregel ikke anses som endringer. Entreprenøren må finne seg i at mengdene blir større eller mindre uten å kunne påberope seg reglene som gjelder for endringsarbeider. Men punkt 19.1 fjerde ledd gjør unntak når avviket i vesentlig grad overstiger det som entreprenøren burde forvente. Jeg ser bestemmelsen som utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger, se Rt. 1999 side 922 Salhus flytebru på side 931.
- (38) Punkt 19.1 fjerde ledd fremstår som en spesialregel om entreprenørens rettigheter ved mengdeavvik i kontrakter med regulerbare mengder. Når vesentlighetskravet er tilfredsstillt, slår endringsreglene inn. Entreprenøren kan da kreve vederlagsjustering etter punkt 22.2. Om et slikt *vesentlig* avvik også kan inngå i vurderingen etter punkt 28, gir saken ikke foranledning til å ta stilling til. Repstad Anlegg AS har ikke gjort gjeldende at avviket i vesentlig grad overstiger det selskapet burde tatt i betraktning. På bakgrunn av bestemmelsen i punkt 19.1 fjerde ledd fremstår det i hvert fall som lite naturlig om *ethvert* mengdeavvik skulle telle med ved vurderingen av om det er grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28.
- (39) Repstad Anlegg AS har gjort et poeng av formuleringen "i forhold til disse bestemmelser" i punkt 19.1 fjerde ledd. Selskapet har anført at uttrykket begrenser rekkevidden av leddet

til å gjelde reglene om endringer, og at mengdeavvik dermed må kunne tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28. Rent språklig har dette noe for seg. Tilføyelsen finnes imidlertid ikke i de tilsvarende bestemmelsene i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og NS 8407 punkt 31.1 fjerde ledd. Det må være på det rene at standardene ikke kan forstås forskjellig på dette punktet. Jeg kan derfor ikke tillegge den aktuelle formuleringen noen vekt ved tolkningen av punkt 28.

- (40) Historikken bak regelverket og overordnede systembetraktninger peker altså etter mitt syn nokså klart i retning av at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd. Jeg kan ikke se at reelle hensyn rokker ved dette. Det er nok så at bestemmelsen er ment å beskytte entreprenørens forventning om fortjeneste. Men det ligger som nevnt i denne kontraktsmekanismens natur at entreprenøren ikke nødvendigvis kan forvente at mengdene – og dermed fortjenesten – blir helt som anslått. Dette må entreprenøren innenfor visse grenser ta høyde for. Den ene løsningen vil neppe være mer egnet til å forebygge tvister enn den annen. Jeg nevner i den forbindelse at ingen av partene har vist til avgjørelser eller praksis til konkret belysning av problemstillingen i saken.
- (41) Heller ikke risikosynspunkter kan føre til at ankemotpartens tolkning må legges til grunn. I utgangspunktet har entreprenøren risikoen for de kalkulerte enhetsprisene. Som nevnt må det her tas høyde for visse avvik sammenlignet med de anslåtte mengdene. For øvrig er det ikke anført at kommunen kan bebreides for at anslagene over mengder ble for høye.
- (42) Lagmannsretten har etter dette i sin dom bygd på en uriktig rettslig forståelse av punkt 28 i NS 8406. Dommen må dermed oppheves.
- (43) Arendal kommune har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på å få erstattet sakskostnadene for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Repstad Anlegg AS fikk imidlertid medhold i en enstemmig lagmannsrettsdom, samtidig som begge parter synes å ha sett behovet for en prinsippavgjørelse. Jeg har derfor kommet til at sakskostnader for Høyesterett ikke tilkjennes.
- (44) Jeg stemmer for slik

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (45) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (46) Dommar **Utgård:** Det same.
- (47) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (48) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (49) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes