



# NORGES HØYESTERETT

Den 12. november 2013 avsa Høyesterett dom i

**HR-2013-02382-A, (sak nr. 2013/376), sivil sak, anke over dom,**

I.

Brødrene Kiil AS

(advokat Are Hunskaar – til prøve)

mot

Narvik kommune

(advokat Hans Augun Parmann – til prøve)

II.

Narvik kommune

(advokat Hans Augun Parmann – til prøve)

mot

Brødrene Kiil AS

(advokat Are Hunskaar – til prøve)

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

- (1) Dommer **Bull:** Saken gjelder tvist i entrepriserforhold. Spørsmålet er om krav på vederlag er foreldet i den grad det gikk mer enn tre år fra entreprenøren krevde eller kunne ha krevd avdrag i form av såkalt fremdriftsbetaling, til foreldelsesfristen ble avbrutt.
- (2) Etter en åpen anbudskonkurrans som var utlyst av Narvik kommune, fikk Brødrene Kiil AS på forsommeren 2005 tilslaget på utføring av grunnarbeidene til Furumoen sykehjem. Arbeidet skulle utføres basert på en enhetspriskontrakt etter utførte mengder. Det fremgår av avtalen mellom kommunen og Brødrene Kiil at Norsk Standard 8405:2004 Norsk bygge- og anleggskontrakt – heretter NS 8405 – skulle regulere forholdet mellom partene. NS 8405 har i punkt 28.1 regler om entreprenørens rett til å kreve fremdriftsbetaling – avdrag – etter hvert som arbeidet utføres.

- (3) I april 2006 vedtok kommunen å utvide sykehjemmet med to nye fløyer i forhold til det som opprinnelig var planlagt. Brødrene Kiil og de fleste andre entreprenørene som allerede deltok i det som etter dette ble byggetrinn 1, utvidet sitt engasjement til det nye byggetrinn 2. På grunn av anskaffelsesregelverket hadde Narvik kommune satt som vilkår at entreprenørene skulle være villige til å delta i byggetrinn 2 med enhetspriser i henhold til kontrakten for byggetrinn 1, men regulert for lønns- og prisstigning.
- (4) Tidlig i prosjektperioden oppstod det uenighet mellom kommunen og Brødrene Kiil om mengdeoppgjøret. Da grunnarbeidene for byggetrinn 1 ble overtatt i november 2006, nektet kommunen å godta Brødrene Kiils grunnlag for sluttoppgjøret. Slutfakturaen for byggetrinn 1 på 1 617 450,94 kroner, som ble sendt 11. juni 2007, ble ikke betalt.
- (5) Også byggetrinn 2 førte til konflikt mellom Brødrene Kiil og kommunen. Foretaket mente at det i realiteten ikke var blitt inngått endelig avtale om vederlagsmodell fordi kommunen ikke hadde utarbeidet en beskrivende mengdefortegnelse. Som følge av dette mente foretaket seg berettiget til å kreve vederlag etter regning. Kommunen bestred dette. Det var også uenighet om Brødrene Kiil hadde gitt tilstrekkelig mengdedokumentasjon.
- (6) Konflikten førte til at kommunen ikke betalte avdragsfakturaene 2 og 3 og slutfakturaen for byggetrinn 2.
- (7) Avdragsfaktura 2 på 1 791 181,16 kroner var datert 17. september 2007 og gjaldt arbeid utført mellom 1. januar og 12. september 2007. Avdragsfaktura 3 på 572 000 kroner var datert 20. november 2007 og gjaldt asfaltarbeid utført av en underentreprenør i tiden 4. til 23. oktober 2007.
- (8) Byggetrinn 2 ble overtatt av kommunen 22. november 2007. Slutfakturaen ble sendt 21. januar 2008, og beløp seg til 1 017 799,98 kroner. Den gjaldt arbeid fra 7. juli 2006 til 31. desember 2007.
- (9) Brødrene Kiil tok ut stevning mot kommunen 22. november 2010.
- (10) Ofoten tingrett avsa 5. mars 2012 dom med slik domsslutning:
- "1. Narvik kommune frifinnes.**
  - 2. Brødrene Kiil AS dømmes til å betale til Narvik kommune saksomkostninger med kr. 571.370,-."**
- (11) Tingretten kom til at kravet etter slutfakturaen for byggetrinn 1 var foreldet. For byggetrinn 2 fant tingretten at det var avtalt vederlag basert på enhetspriser med regulerbare mengder, slik at foretaket ikke hadde rett til vederlag etter regning. Etter tingrettens syn hadde Brødrene Kiil krav på noe mindre enn det foretaket allerede hadde fått ved kommunens betaling av avdragsfaktura 1. Kommunen ble frifunnet på dette grunnlaget, uten at det var nødvendig for tingretten å gå inn på kommunens anførsel om at også kravene knyttet til byggetrinn 2 var foreldet.
- (12) Brødrene Kiil anket til lagmannsretten. Hålogaland lagmannsrett avsa 22. oktober 2012 dom med slik domsslutning:

**"1. Narvik kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale til Brødrene Kiil AS 1 060 000 – enmillionogsekstitusen – kroner med tillegg av rente etter lov om forsinkelsesrente § 3 første ledd første punktum fra 21. februar 2008 til betaling skjer.**

**2. Hver av partene bærer egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten."**

- (13) I motsetning til tingretten mente lagmannsretten at kravet etter slutfakturaen for byggetrinn 1 ikke var foreldet i sin helhet: Den delen av kravet som gjaldt betaling for utført arbeid som i henhold til NS 8405 ikke kunne kreves inn gjennom avdragsfakturaene, det såkalte innestående, var etter lagmannsrettens syn blitt "besluttet videreført som sikkerhet i byggetrinn 2". Følgelig begynte foreldelsesfristen først å løpe to måneder etter overtakelsen av byggetrinn 2, og denne delen av kravet var dermed ikke foreldet, mente lagmannsretten.
- (14) Kravet etter avdragsfaktura 3 for byggetrinn 2 var heller ikke foreldet etter lagmannsrettens syn. Derimot mente retten at kravet i avdragsfaktura 2 for byggetrinn 2 var foreldet, og det samme gjaldt deler av kravet i slutfakturaen. Brødrene Kiil hadde da etter lagmannsrettens syn rett til å få oppfyllelse én måned etter at Brødrene Kiil den første i hver måned kunne sende avdragsfaktura for arbeidet i måneden forut, og dette dannet så grunnlag for en suksessiv foreldelse av foretakets krav.
- (15) Brødrene Kiil anket til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse, nærmere bestemt synet på foreldelsesfristens utgangspunkt når det gjelder kravene knyttet til byggetrinn 2.
- (16) Narvik kommune erklærte avledet anke over lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Rettsanvendelsesanken gjaldt for det første lagmannsrettens syn på friststarten for foreldelse med hensyn til både kravene knyttet til byggetrinn 2 og inneståendedelen av kravet i slutfakturaen for byggetrinn 1. For det annet gjaldt den lagmannsrettens prisgrunnlag for utmålingen av Brødrene Kiils vederlagskrav. Bevisanken knyttet seg dels til lagmannsrettens syn på utførelsestidspunktet for enkelte deler av arbeidet som ble fakturert i slutfakturaen for byggetrinn 2, og dels til lagmannsrettens mengdeberegninger.
- (17) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 7. mars 2013 å tillate anken og den avledede anken fremmet for så vidt gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse ved avgjørelsen av når foreldelse begynner å løpe. For øvrig ble den avledede anken nektet fremmet.
- (18) Den ankende part – *Brødrene Kiil AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (19) Etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 begynner foreldelsesfristen å løpe fra den dag fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse. Er ikke annet avtalt, blir dette dagen når påkrav tidligst kan fremsettes. Her er utgangspunktet ytelse mot ytelse, og det er sikker rett at realdebitor, i denne saken entreprenøren, må prestere sin ytelse først. Etter NS 8405 punkt 32.6 er det byggherrens overtakelse av hele kontraktarbeidet som gir entreprenøren rett til å kreve sluttoppgjør. Byggherrens overtakelse, tillagt avtalt betalingsfrist, må også gjelde som utgangspunkt for foreldelsesfristen for de deler av kontraktssummen som ble krevd betalt, eller kunne ha vært krevd betalt, i henhold til NS 8405 punkt 28.1 om rett til fremdriftsbetaling etter hvert som utførelsen skjer.

- (20) Slik fremdriftsbetaling adskiller seg fra andre typer avdragsbetaling, for eksempel avdrag på lån, eller knyttet til avtalte delleransers. Det dreier seg videre om en resultatforpliktelse, ikke om en omsorgs- eller innsatsforpliktelse som ved advokattjenester eller annet rådgivningsarbeid. Inntil overtakelse bærer entreprenøren etter punkt 32.6 første ledd bokstav b vederlagsrisikoen. Mangel foreligger etter punkt 36.1 dersom kontraktsarbeidet ved overtakelsen ikke holder den stand byggherren har krav på, og byggherren har inntil betalingsfristen for slutfakturaen adgang til å fremme innsigelser mot sluttoppstillingen. For byggherren løper ingen foreldelse før dette, og det samme må da gjelde for entreprenørens krav.
- (21) Det vil videre være svært vanskelig å avgjøre hva som er foreldet og hva som ikke er det, dersom foreldelsesfristen skal begynne å løpe etter hvert som entreprenøren kan kreve å få avdragsbetaling. Avdragsbetaling skal etter NS 8405 punkt 28.3 dokumenteres med målinger. Særlig ved grunnarbeid vil løpende målinger av fremdriften by på store måletekniske problemer. Enda vanskeligere vil det være å skulle fastslå i etterhånd hvor mye arbeid som var utført til enhver tid under arbeidets gang.
- (22) Ifølge punkt 33.1 skal entreprenørens sluttoppstilling blant annet inneholde alle fakturerte krav enten de er betalt eller ikke, og alle krav entreprenøren mener å ha som ennå ikke er betalt, herunder innestående beløp som omtalt i punkt 28.1 fjerde og femte ledd. Betaling av avdragskravene innebærer i henhold til punkt 28.1 tredje ledd ingen godkjenning av grunnlaget for vedkommende faktura. Inntil overtakelsen har altså alle krav som er fremsatt tidligere, en foreløpig og betinget karakter.
- (23) Juridisk teori spriker, men de forfatterne som går inn for suksessiv foreldelse, skiller ikke tilstrekkelig mellom fremdriftsbetaling i entrepriseforhold og andre former for delbetaling underveis i et kontraktsforhold.
- (24) Foreldelse kan altså ikke skje suksessivt fra tenkte fakturaer den første i hver måned knyttet til utført arbeid i måneden før, tillagt én måneds betalingsfrist i henhold til partenes særskilte avtalevilkår, slik lagmannsretten kom frem til. Enn mindre kan bestemmelsen om fremdriftsbetaling medføre at foreldelse i utgangspunktet skjer dag for dag, bare med forbehold for den "karenstid" som følger av bestemmelsen i punkt 28.1 annet ledd om månedlig fakturering, slik Narvik kommune hevder i sin avledede anke.
- (25) Narvik kommunes avledede anke rettet mot sluttoppgjøret for byggetrinn 1 forutsetter at det ikke forelå en avtale mellom partene om utskutt forfall for inneståendedelen av slutfakturaen. Lagmannsrettens dom må imidlertid forstås slik at den fant det bevist at det forelå en slik avtale, og da er lagmannsrettens rettsanvendelse riktig.
- (26) Brødrene Kiil AS har nedlagt slik påstand:

**"I anken:**

1. **Lagmannsrettens dom oppheves.**
2. **Brødrene Kiil AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett**

**I den avledede anke:**

1. **Lagmannsrettens dom stadfestes.**

**2. Brødrene Kiil tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**

- (27) Ankemotparten – *Narvik kommune* – har i det vesentligste gjort gjeldende:
- (28) Foreldelsesloven § 3 nr. 1 oppstiller et objektivt kriterium som tar utgangspunkt i når fordringshaveren tidligst hadde teoretisk mulighet til å kreve å få betaling. Slik mulighet har entreprenøren etter NS 8405 punkt 28.1 straks det arbeidet som kreves betalt, er utført. Når det er avtalt slik fremdriftsbetaling, skjer det følgelig suksessiv foreldelse av entreprenørens krav etter hvert som arbeidet utføres, ikke først fra forfall av slutfakturaen. Det er ikke et vilkår at kravet er uomstridt. Tilsvarende er det ikke et vilkår at kravets størrelse er bragt på det rene, dersom det er fordringshaveren som kan avklare dette. Det er tilfellet her. Foreldelsesloven § 3 nr. 1 skiller ikke mellom foreløpig og endelig betaling.
- (29) Risikoens overgang er irrelevant som kriterium for foreldelsesfristens startpunkt. Adgangen til avdragsbetaling er begrunnet i at byggherren etter hvert som arbeidet skrider frem, tilføres verdier som ikke kan reverseres. Bevishensyn og hensynet til klarhet og forutberegnelighet tilsier at foreldelse løper fra det tidspunkt slik betaling kan kreves. Hensynet til entreprenøren er ivaretatt gjennom fristens lengde, tilleggsfristen i § 10 og adgangen til å avtale fristutsettelse. Foreldelse vil normalt ikke være et tema ved byggherrens krav på tilbakebetaling, blant annet på grunn av motregningsretten.
- (30) Juridisk teori og lagmannsrettspraksis gir i det store og hele ikke støtte til synspunktet om at foreldelsesfristen for hele kontraktssummen først løper fra forfall av slutfakturaen.
- (31) Lagmannsrettens rettsanvendelse er feil når den tar utgangspunkt i tenkte avdrag den første i hver måned knyttet til utført arbeid i måneden før. Rett nok må man ta hensyn til bestemmelsen i NS 8405 punkt 28.1 annet ledd om at avdragsfaktura ikke kan sendes oftere enn hver måned når ikke annet er avtalt. Det innebærer at det ikke skjer noen foreldelse av krav knyttet til arbeid som utføres mens det ennå ikke har gått én måned siden forrige faktura ble sendt. Men man kan ikke av dette utlede et system der avdragsfaktura bare kan sendes den første dagen i hver i måned for arbeid utført i kalendermåneden før. Lagmannsrettens feilaktige rettsanvendelse har ført til at Brødrene Kiil er blitt tilkjent deler av kravene i avdragsfaktura 3 og slutfakturaen for byggetrinn 2 som er foreldet.
- (32) Videre har lagmannsretten feilaktig tilkjent Brødrene Kiil inneståendedelen av sluttoppgjøret for byggetrinn 1. Lagmannsrettens dom må forstås slik at det ikke foreligger noen avtale mellom partene om utskutt forfallstidspunkt, bare en ensidig meddelelse fra byggherrens side om at denne delen av sluttoppgjøret ikke ville bli utbetalt før overlevering av byggetrinn 2 hadde skjedd. Det er feil rettsanvendelse å anse forfall utskutt på et slikt grunnlag, og følgelig er også denne delen av entreprenørens krav foreldet.
- (33) Narvik kommune har nedlagt slik påstand:

**"Prinsipalt**

- 1. Lagmannsrettens dom oppheves.**
- 2. Narvik kommune tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.**

**Subsidiært**

1. **Lagmannsrettens dom stadfestes.**
2. **Narvik kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."**

(34) I motsetning til den ankende parts påstand omhandler ankemotpartens påstand anke og avledet anke under ett.

(35) *Mitt syn på saken*

(36) Om det ikke er avtalt annet, gjelder i kontraktsretten et prinsipp om ytelse mot ytelse. Det innebærer at den som skal prestere realytelsen, kan kreve vederlaget betalt straks realytelsen er erlagt. Er realytelsen slik at den tar tid å gjennomføre, er utgangspunktet at vederlaget først kan kreves utbetalt når ytelsen er fullført, jf. Haaskjold, Kontraktsforpliktelse side 587–588.

(37) I entrepriserforhold vil det gjerne ta tid for entreprenøren å slutføre sitt arbeid. Av denne grunn inneholder NS 8405 punkt 28.1 en regel om rett til å kreve avdrag underveis, såkalt fremdriftsbetaling. Punkt 28.1 har denne ordlyden:

**"Er ikke annet avtalt, kan entreprenøren etter hvert som utførelsen skjer, kreve avdrag av kontraktssummen. Avdrag kan kreves på grunnlag av det som er utført, og det som er tilført byggeplassen av materialer og varer for å innbygges. Verdien beregnes etter de priser som følger av kontrakten.**

**Er ikke annet avtalt, skal avdragsfaktura ikke sendes oftere enn hver måned.**

**Betaling av avdrag innebærer ingen godkjenning av grunnlaget for vedkommende faktura. Eventuelle innsigelser mot avdragsgrunnlaget skal være skriftlig og gi beskjed om de faktiske omstendigheter som innsigelsene bygger på.**

**Det skal trekkes 10 % av avdragsgrunnlaget for avdragsfakturaene. Restbeløpet utgjør fakturabeløpet. Fakturabeløpet tillegges merverdiavgift. Når samlet innestående beløp har nådd 5 % av kontraktssummen, skal senere fakturering gjøres uten fradrag for innestående.**

**Innestående beløp faktureres i slutfakturaen."**

(38) Punkt 29.1 oppstiller en betalingsfrist på 28 dager etter mottak av faktura, men i dette tilfellet inneholdt kontrakten mellom Brødrene Kiil og Narvik kommune en egen bestemmelse om at "Narvik kommune har fakturaforfall 1 kalendermåned etter innstemping av faktura".

(39) Spørsmålet i saken er foreldelsesfristens utgangspunkt for det som det er eller kunne ha vært krevd fremdriftsbetaling for.

(40) Foreldelsesloven § 3 nr. 1, som er lovens hovedregel om utgangspunktet for foreldelsesfristen, lyder slik:

**"1. Foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse."**

- (41) Som det fremgår av Ot.prp. nr. 38 (1977–78) side 52, betyr dette at dersom forfall beror på fordringshaverens påkrav, løper foreldelsesfristen i utgangspunktet fra den dagen fordringshaveren har rett til å fremsette påkrav. Når prinsippet om ytelse mot ytelse gjelder for det aktuelle kontraktsforholdet, innebærer det at foreldelsesfristen for realdebitors krav på godtgjørelse begynner å løpe den dagen realdebitor har prestert sin ytelse.
- (42) Dersom det er avtalt en betalingsfrist etter påkrav, starter imidlertid fristen først på den senere dagen da den avtalte betalingsfrist løper ut. Som nevnt har partene i denne saken avtalt en slik betalingsfrist.
- (43) Det følger videre av proposisjonen på side 52 og 53 at foreldelsesloven § 3 nr. 1 er en objektiv regel. Det erkjennes i proposisjonen at dette gir seg visse mindre rimelige utslag. Regelen innebærer blant annet at foreldelsesfristen kan begynne å løpe før fordringshaveren har kjennskap til fordringen eller av andre grunner er i stand til å gjøre den gjeldende.
- (44) Foreldelsesloven inneholder enkelte bestemmelser som tar brodden av de mer urimelige utslag § 3 nr. 1 ville gi i visse situasjoner, men disse bestemmelsene er ikke aktuelle i denne saken. Lovens system viser altså at foreldelse er undergitt en utpreget positivrettslig regulering, uten rom for mer frirettslige overveielser om hva som vil være et praktisk eller hensiktsmessig utgangspunkt i det enkelte kontraktsforhold.
- (45) Brødrene Kiil har anført at foreldelsesfristen for krav relatert til arbeid som det er eller kunne ha vært krevd fremdriftsbetaling for, først løper fra tidspunktet for byggherrens overtakelse av hele kontraktsarbeidet i henhold til NS 8405 punkt 32.6, tillagt den betalingsfrist som måtte gjelde for sluttoppgjøret mellom partene. Fremdriftsbetaling som skjer før dette tidspunktet har, anføres det, en betinget og foreløpig karakter, og det vil by på praktiske problemer å skulle fremsette stadige krav om fremdriftsbetaling etter hvert som arbeidet skrider frem.
- (46) Jeg innser at en foreldelsesfrist med utgangspunkt i overtakelsen, tillagt betalingsfristen for sluttfakturaen, nok kan by på praktiske fordeler. Men slik ordlyden er i foreldelsesloven § 3 nr. 1, og så absolutt som bestemmelsen i følge forarbeidene skal forstås, har jeg vanskelig for å se at dette kan være avgjørende. Det står fast at entreprenøren i henhold til NS 8405 punkt 28.1 har rett til å kreve avdragsbetaling for arbeid som alt er utført, før hele kontraktsarbeidet er avsluttet og skal overtas av byggherren. Blir kravet ikke betalt, inntreer – med forbehold for berettiget tilbakeholdelse etter punkt 29.3 – misligholdsvirkninger i form av forsinkelsesrente etter punkt 30.1 og eventuelt stansningsrett i henhold til punkt 30.2 og hevingsrett etter punkt 39.1.
- (47) At betaling av avdragskravet etter punkt 28.1 tredje ledd ikke innebærer noen godkjenning av grunnlaget for kravet fra byggherrens side, kan heller ikke være til hinder for at foreldelsesfristen allerede løper fra forfall for avdragskravet. I den grad disse innsigelsene fortsatt skulle ha betydning ved senere avregninger, kan de gjøres gjeldende da. Denne bestemmelsen innskrenker ikke byggherrens plikt til å betale avdraget.
- (48) Jeg kan ikke se at tidspunktet for risikoens overgang er relevant for friststartpunktet i henhold til foreldelsesloven § 3 nr. 1.

- (49) Når det gjelder byggherrens eventuelle mangelsinnsigelser i forbindelse med sluttoppgjøret holdt opp mot entreprenørens krav på betaling for utført arbeid som kunne ha vært fakturert tidligere, viser jeg til at foreldelsesloven § 26 i stor grad lar motregningsretten være uberørt av foreldelse.
- (50) Skal foreldelsesfristen ta til å løpe etter hvert som entreprenøren kan kreve fremdriftsbetaling for utført arbeid, er det riktignok en forutsetning at krav på slik betaling kan gi grunnlag for dom, slik at entreprenøren kan avbryte foreldelsesfristen ved søksmål, jf. foreldelsesloven § 15. Jeg kan imidlertid ikke skjønne annet enn at det er tilfellet. At det er tale om deloppfyllelse, kan i seg selv ikke være til hinder for søksmål, jf. Skoghøy, Tvisteløsning side 367–368. Retten til fremdriftsbetaling fremgår av kontrakten, som også gir regler om når det kan fremsettes og om beregning av kravets størrelse. Entreprenøren har et reelt behov for betalingen som dels er begrunnet i behovet for likviditet, dels i at betalingen vil dekke en ytelse som allerede er tilført byggherren og ikke kan reverseres.
- (51) Rettskraftvirkningene av en endelig dom om avdragskravet, der det er tatt stilling til innsigelser mot kravet, kan nok komplisere gjennomføringen av sluttoppgjøret. Jeg kan imidlertid ikke se at dette utgjør et formelt hinder for å la foreldelsesfristen for avdragskrav løpe fra et tidspunkt før sluttoppgjøret.
- (52) Med unntak av Marthinussen mfl., NS 8405 side 553, og til en viss grad Krüger, Foreldelse av erstatningskrav i kontraktsforhold – særlig om den "skjulte foreldelse", i Nybrott og odling, festskrift til Nils Nygaard side 138, synes juridisk teori å legge til grunn at avdragsbetaling i entrepriseforhold foreldes suksessivt etter hvert som retten til å kreve betaling oppstår. Jeg viser her til Skag, Starttidspunktet for foreldelsesfrister side 159–163, Kjørven mfl., Foreldelse av fordringer side 103–104 og Røed, Byggeleder- og konsulentavtaler side 374–375.
- (53) Jeg er etter dette kommet til at Brødrene Kiil ikke kan få medhold i at krav på fremdriftsbetaling i henhold til NS 8405 punkt 28.1 først foreldes fra det tidspunkt betalingsfristen går ut etter at entreprenøren kan kreve sluttoppgjør for hele sitt arbeid.
- (54) Spørsmålet er så hva som da gjelder.
- (55) Lagmannsretten har i sin vurdering tatt utgangspunkt i at entreprenøren kunne ha krevd avdragsbetaling etter utløpet av hver kalendermåned. Jeg kan imidlertid ikke se at det følger av punkt 28.1 annet ledd om faktura "ikke sendes oftere enn hver måned", at fakturaperiodene skal sammenfalle med kalendermånedene. Dette kan nok være praktisk, ikke minst av hensyn til indeksreguleringen som punkt 27.1 legger opp til, og som etter det opplyste må baseres på tall som beregnes for hver kalendermåned. Men punkt 28.1 kan ikke være til hinder for en annen periodisering, slik at perioden for eksempel går fra den 12. i en måned til den 12. i en annen måned. Slik er bestemmelsen forstått i Marthinussen mfl., NS 8405 side 442. Som det allerede har fremgått, har da Brødrene Kiil heller ikke synkronisert arbeidsperiodene i de omtvistede avdragsfakturaene med kalendermånedene.
- (56) Riktignok må bestemmelsen i NS 8405 punkt 28.1 annet ledd om at avdragsfaktura ikke skal sendes oftere enn hver måned, innebære at det ikke kan skje noen foreldelse før det er gått én måned siden siste faktura – altså slik at foreldelse for krav basert på arbeidet i



denne månedsperioden først skjer fra den dag man er "kommet ut av skyggen" av fakturaen. For øvrig må imidlertid foreldelsesloven § 3 nr. 1 etter mitt skjønn innebære at foreldelse skjer etter hvert som arbeidet utføres – og da med utgangspunkt i en dag for dag-betraktning siden foreldelseslovens fristsystem legger opp til nettopp det.

- (57) Slik jeg ser det, er det dermed ikke dekning i avtaleforholdet mellom Brødrene Kiil og Narvik kommune for den periodiseringen lagmannsretten har lagt opp til. Lagmannsrettens dom må da oppheves for så vidt gjelder foreldelsen av slutfakturaen og avdragsfaktura 3 for byggetrinn 2.
- (58) Narvik kommune har også angrepet lagmannsrettens rettsanvendelse med hensyn til inneståendedelen av slutfakturaen for byggetrinn 1. Som tidligere nevnt, er "innestående" en del av avdragsgrunnlaget ved fremdriftsbetaling som må holdes utenfor avdragsfakturaene, og som derfor inngår i slutfakturaen. For lagmannsretten var det også tvist om slutfakturakravet for byggetrinn 1 var foreldet, noe som berodde på om partene hadde avtalt endret forfallsdato fremover i tid eller avtalt utsatt foreldelse for sluttoppgjøret for byggetrinn 1.
- (59) Etter en gjennomgang av korrespondansen mellom partene kommer lagmannsretten til at dette ikke var tilfellet, men uttaler så at "[u]nntak må likevel gjøres for det innestående beløp på 199 262,90 kroner eksklusive merverdiavgift, som etter lagmannsrettens vurdering ble besluttet videreført som sikkerhet i byggetrinn 2". Lagmannsretten begrunner dette med å vise til et skjermbrev fra byggelederen til Brødrene Kiil hvor det ble uttalt at innestående beløp på slutfakturaen "ikke kan utbetales før overlevering trinn II er avholdt".
- (60) Selv om lagmannsretten ikke har vist til noen reaksjon på dette fra Brødrene Kiils side i form av en uttrykkelig aksept eller konkludent adferd, har jeg ut fra sammenhengen vanskelig for å forstå domspremissene annerledes enn at lagmannsretten er kommet til at det er inngått en avtale. Lagmannsrettens rettsanvendelse med hensyn til foreldesspørsmålet er da riktig, og Narvik kommunes avledede anke kan ikke føre frem på dette punktet.
- (61) Ingen av partene har etter dette fått fullt medhold, og for øvrig har spørsmålet om foreldelse for fakturaene knyttet til byggetrinn 2 budt på tvil. Hver av partene bør derfor bære egne sakskostnader for Høyesterett.
- (62) Jeg stemmer for denne

#### DOM :

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder spørsmålet om foreldelse av avdragsfaktura 3 og slutfakturaen for byggetrinn 2.
2. For øvrig stadfestes lagmannsrettens dom så langt den er påanket.
3. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (63) Dommer **Matheson**: Jeg ser annerledes enn førstvoterende på spørsmålet om når foreldelsesfristen for betalingskrav etter Norsk Standard 8405:2004 punkt 28.1 første ledd starter å løpe. Etter mitt syn er slike avdragsnotaer rene å kontokrav. Denne type avregninger – og tilsvarende avregninger som entreprenøren har hatt adgang til å foreta – kan slik NS 8405 er innrettet, ikke danne grunnlag for foreldelse.
- (64) Ved vurderingen ser jeg først på den karakter som krav om "avdrag av kontraktssummen" etter mitt syn har etter kontrakten.
- (65) I entreprisoppdrag av noe størrelse vil entreprenøren av likviditetshensyn – og også av sikkerhetshensyn – ha behov for å få betalt underveis. Fremdriftsbetaling representerer langt på vei et unntak fra det kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse. Bestemmelsene i NS 8405 punkt 40 om eiendomsrettens suksessive overgang – som er resultat av en avveining av begge parters behov for sikkerhet for sine ytelser – er tilpasset dette, jf. Marthinussen mfl., NS 8405, side 616 flg. Ordningen med fremdriftsbetaling på grunnlag av det som er utført, kan imidlertid ikke likestilles med noen deloppfyllelse etter kontraktens punkt 32. Denne bestemmelsen slår fast at overtakelse skjer samlet for hele kontraksarbeidet med mindre delovertakelse er blitt særskilt avtalt og gjennomført i en egen overtakelsesforretning, jf. punkt 32.7.
- (66) NS 8405 punkt 28.1 første ledd bestemmer at entreprenøren "kan" kreve avdrag av kjøpesummen "etter hvert som utførelsen skjer". Begrepet "kan" innebærer at det er opp til entreprenøren om han vil fakturere underveis, det være seg jevnlig eller sporadisk, eller om han vil vente til sluttoppgjøret. Dette følger også av punkt 33.1 annet ledd bokstav d som bestemmer at "alle krav entreprenøren mener å ha som ennå ikke er fakturert", kan tas med i sluttoppgjøret.
- (67) Tolkningen er sikker rett, jf. blant annet Marthinussen mfl., NS 8405, side 482. Den legges også til grunn for forståelsen av andre lignende bestemmelser som i NF 05 (Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005) artikkel 20.4, jf. Kaasen, Petroleumskontrakter, side 511.
- (68) Det er dessuten sikker rett at avdrag etter punkt 28.1 ikke er ment å være et endelig uttrykk for størrelsen på det krav entreprenøren har på hvert enkelt tidspunkt. Avdragsfakturaen avskjærer altså ikke entreprenøren fra å fremme ytterligere krav for den aktuelle avdragsperiode eller for de arbeider som er avregnet i vedkommende faktura. Jeg viser her til Marthinussen mfl., NS 8405, side 396 og 442 og Kolrud, Kommentar til NS 8405, side 339. Det samme er også lagt til grunn for forståelsen av lignende bestemmelser på entrepriserettens område, jf. eksempelvis Sandvik, Kommentar til NS 3401, side 217 i merknad til punkt 24 om sluttoppgjør og Kaasen, Petroleumskontrakter, side 506 i merknad til NF 05, artikkel 20.2 om fakturering.
- (69) Selv om NS 8405 punkt 28.1 jf. punkt 28.3 krever at entreprenøren ved avregningen dokumenterer fremdriften, er det ingen mekanismer som skal sikre at avstemmingen er nøyaktig. Det er heller ingen mekanismer for å sikre en eventuell mangelsbedømmelse ved slik avregning. Dette vil uansett kunne være nokså upraktisk ettersom arbeid som fremstår som mangelfullt for byggherren, like gjerne kan være uferdig sett med entreprenørens øyne.
- (70) Motstykket til at entreprenøren ved fakturering av avdrag ikke behøver å fremme noe endelig krav, er at byggherren på sin side ikke har noen plikt til å kontrollere at beløpet

han kreves for er riktig. Kontraktens punkt 28.1 tredje ledd bestemmer i så måte at betaling av avdrag "innebærer ingen godkjenning av grunnlaget for vedkommende faktura". Byggherren kan eventuelt motregne i senere fakturaer eller foreta kontroll og avstemming av beløp og dokumentasjon i forbindelse med sluttoppgjøret.

- (71) Dersom byggherren foretar kontroll underveis og mener utførelsen ikke samsvarer med kontraktens spesifikasjoner slik at det kan kreves erstatning som følge av kontraktsbrudd, kan han fremme innsigelser og holde betaling tilbake etter punkt. 29.3 første ledd. I så fall følger det av punkt 29.3 annet ledd at byggherren bare plikter å betale uomtvistede krav innen de fastsatte betalingsfristene.
- (72) NS 8405 punkt 29.1 inneholder bestemmelse om frist for betaling etter mottak av faktura. En avdragsnota gir rett til forsinkelsesrenter ved manglende betaling av omtvistede krav som viser seg å være berettigede, jf. punkt 30.1. Det kan ved vesentlig mislighold også være grunnlag for stansing og heving, jf. punktene 30.2 og 39.
- (73) Forfallstidspunktet for fakturerte krav – det vil si faktureringstidspunktet med tillegg av betalingsfristen på én måned – kunne etter dette tenkes å danne utgangspunktet for foreldelsen av kravet. Det er imidlertid ikke dette som er foreldelseslovens løsning, og heller ikke kommunens anførsel. Denne lovens løsning er, slik førstvoterende har redegjort for, at foreldelsesfristen tar til å løpe når en kreditor "tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse". Spørsmålet er hvorledes dette forholder seg i situasjoner der avtalen mellom partene må forstås slik at det er opp til kreditor å kunne velge på hvilket tidspunkt han innenfor et angitt intervall vil kreve hel eller delvis betaling.
- (74) Det sier seg selv at det ikke kan gjelde en foreldelsesfrist for utført arbeid som ikke er fakturert, og en annen frist for arbeid det er krevd å kontobetaling for. I så fall ville fakturering foretatt lang tid etter at arbeidet er utført, avbryte en allerede påbegynt foreldelse og legge krav på vederlaget for dette arbeidet på ny alminnelig frist. For arbeid utført under kontrakten må det i så måte gjelde én regel, og ikke et to-sporet system, for når foreldelse tar til å løpe.
- (75) Den gjennomgangen jeg når har foretatt, viser at retten til fakturering av avdrag på kjøpesummen bygger på mekanismer som er uløselig knyttet opp mot rettigheter under sluttoppgjøret og dermed forfallstiden for sluttnotaen. Det er først på dette tidspunktet at entreprenørens rett til oppfyllelse av kjøpesummen etter mitt syn manifesterer seg i foreldelseslovens forstand.
- (76) Dersom rettsforholdet ikke er av en slik art at det kan danne grunnlag for å anlegge sak, jf. foreldelsesloven § 15, foreligger det etter mitt syn heller ikke noe krav som kan danne grunnlag for at foreldelsesfristen tar til å løpe etter § 3 nr. 1. Som jeg allerede har redegjort for, er et avdrag etter NS 8405 pkt. 28.1 etter sin natur helt foreløpig; det kan innenfor sluttoppgjørsfristen justeres og suppleres av entreprenøren. Spørsmålet er etter min oppfatning dermed om et å kontokrav etter NS 8405 punkt 28.1 – som ikke en gang behøver utgi seg for å være hva kreditor mener å ha endelig krav på – er et "rettskrav" som det etter tvisteloven § 1-3 kan reises sak om.
- (77) Særlig den rettskraftproblematikk som dom for betalingsplikt etter en foreløpig avdragsnota vil reise ved det senere sluttoppgjøret, taler under den aktuelle kontrakten mot en løsning med løpende foreldelse og tilsvarende behov for løpende fristavbrytelser.

Dersom entreprenøren for å unngå foreldelse har innledet prosess til pådømmelse av avdraget, sier det seg selv at oppjusteringer som entreprenøren måtte finne grunnlag for, og som ellers kunne vært fremmet som del av sluttoppgjøret etter kontraktens punkt 33.1, i tilfellet må fremmes for domstolene under behandlingen av avdragsnotaen og ikke i sluttoppgjøret. Det samme vil måtte gjelde byggherrens innsigelser etter punkt 33.2 til kravet som er påstevnet. En dom for en avdragsnota vil måtte ha rettskraft for den del av arbeidet som den omfatter. Adgang til separat søksmål og dom for et avdrag, vil derfor stille store og vanskelige krav til individualisering både i tid og omfang av hva som faktisk pådømmes.

- (78) Etter min oppfatning viser rettskraftproblematikken at kontraktens reguleringer knyttet til fremdriftsbetaling for å dekke et likviditetsbehov og sikre en effektiv kontraktsgjennomføring, ikke er forenlig med at foreldelse av kravet tar til å løpe allerede ved arbeidets utførelse. I sitt vesen vil et slikt fristutgangspunkt bryte opp grunnlaget for et sluttoppgjør etter punkt 33. Dette oppgjøret bygger på en helhetlig tilnærming der avdragsfakturaer skal avstemmes mot faktisk utført arbeid og eventuelle innsigelser. Dersom forpliktelser etter tidligere avdragsfakturaer allerede skulle være pådømt eller påstevnet og må holdes utenfor sluttoppgjøret, forsvinner eller forvanskes noe av den dynamikken som en slik oppgjørsform forutsetter. Bedømmelsen av på hvilket tidspunkt entreprenøren tidligst har rett til å få oppfyllelse, må tolkes i et slikt lys.
- (79) Jeg er etter dette enig med førstvoterende i hans forslag til domsslutning, likevel slik at jeg mener lagmannsrettens dom må oppheves også for avdragsnota 2 for byggetrinn 2.
- (80) Dommer **Bergsjø**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bull.
- (81) Dommer **Indreberg**: Likeså.
- (82) Dommar **Utgård**: Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med andrevoterande, dommar Matheson.
- (83) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

#### D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder spørsmålet om foreldelse av avdragsfaktura 3 og slutfakturaen for byggetrinn 2.
2. For øvrig stadfestes lagmannsrettens dom så langt den er påanket.
3. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: