



NOREGS HØGSTERETT

D O M

avsagt 24. april 2023 av Høgsterett i avdeling med

dommar Wilhelm Matheson
dommar Kristin Normann
dommar Wenche Elizabeth Arntzen
dommar Cecilie Østensen Berglund
konstituert dommar Magni Elsheim

HR-2023-766-A, (sak nr. 22-096894SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 29. april 2022

KF Entreprenør AS

(advokat Erlend Wallevik Holstrøm)

Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg
(EBA) (partshjelper)

(advokat Nils-Henrik Pettersson)

mot

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo
v/advokat Jostein Sæbø Fausa
– til prøve)

R Ø Y S T I N G

- (1) Konstituert dommar **Elsheim:**

Spørsmåla i saka og bakgrunnen for henne

- (2) Saka gjeld tvist om sluttoppgjer etter ein kontrakt om totalentreprise. Hovudspørsmålet i saka er om entreprenøren sine endringskrav om justering av vederlag og fristforlenging er tapte etter NS 8407 punkt 35.2 bokstav b, som set ein frist på åtte månader etter overtaking av kontraktgjenstanden for iverksetting av ordinær rettergang.
- (3) Etter ein offentleg anbodskonkurranse inngjekk KF Entreprenør AS (heretter entreprenøren) og Oslo kommune omsorgsbygg KF (heretter kommunen) i desember 2017 kontrakt om refundamentering og rehabilitering av ein barnehage i Oslo. Med nokre endringar og tillegg vart det avtalt at Norsk Standard (NS) 8407:2011 skulle gjelda for kontrakten.
- (4) For sluttfristen og to delfristar vart det avtalt dagmulkt. Sluttfristen vart sett til 6. mai 2019.
- (5) Kontrakten hadde ein fastpris på 68 300 468 kroner inklusive meirverdiavgift.
- (6) Under arbeidet sette entreprenøren fram fleire endringskrav. Krava gjaldt mellom anna ekstrakostnader knytt til arbeidet med refundamenteringa som følgje av avvik i grunntilhøva og bygget. Vidare var krava knytt til forseinkingar hjå kommunen sine leverandørar og andre tilhøve entreprenøren meinte kommunen hadde risikoen for.
- (7) Arbeidet vart forseinka i høve til dei avtalte fristane.
- (8) Etter ferdigstilling oppstod usemje om sluttoppgjeret.
- (9) Entreprenøren fremja krav mot kommunen på nærare 12 millionar kroner med tillegg av renter. Kravet knytte seg mellom anna til justering av vederlaget og fristforlenging som følgje av dei nemnte endringskrava.
- (10) Kommunen fremja motkrav og heldt attende deler av kontraktsummen i sluttoppgjeret med nærare 4,4 millionar kroner.
- (11) Dersom byggherren avslår entreprenøren sitt krav om justering av vederlaget eller fristforlenging, har entreprenøren etter NS 8407 punkt 35.2 bokstav b ein frist på åtte månader etter overtaking av kontraktgjenstanden for å «ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang». Fristen på åtte månader gjekk eigentleg ut 26. februar 2020, men vart avtalt forlenga til 26. mai 2020 slik det nemnde punktet gjev høve til.
- (12) Entreprenøren sendte forliksklage 24. april 2020. I korrigert forliksklage tre dagar seinare retta entreprenøren namnet på innklaga. Det er semje om at forliksklagen var sett fram innanfor den avtalte fristen.
- (13) Saka vart innstilt av forliksrådet i vedtak 22. juni 2020 med slik grunngjeving:

«Etter at tilsvar er mottatt fant forliksrådet at saksbehandlingen innstilles fordi det er lite sannsynlig at saken vil egne seg for videre behandling i forliksrådet, jf. tvisteloven § 6-11 første ledd.»

- (14) Den 22. desember 2020 tok entreprenøren ut stemning mot kommunen for Oslo tingrett. Kravet var på 11 986 588 kroner inklusive meirverdiavgift med tillegg av forseinkingsrente. Deler av kravet knytte seg til dei tidlegare nemnde endringskrava.
- (15) Tingretten avsa dom i saka 1. oktober 2021. Retten kom til at den delen av kravet som gjaldt justering av vederlag og fristforlenging knytt til endringskrava, var tapt, og at entreprenøren heller ikkje kunne motrekna med kravet om justering av vederlaget i kommunen sitt krav. Grunngevinga frå tingretten var at fristen på tre månader for å ta ut stemning etter tvistelova § 18-3 tredje ledd kom til bruk i saka og var gått ut før stemninga var innsendt. Tingretten fann vidare ikkje grunnlag for at krav som er tapt etter § 18-3 tredje ledd kan nyttast til motrekning.
- (16) Entreprenøren vart i tingretten tilkjent eit beløp på 2 103 679 kroner inklusive meirverdiavgift med tillegg av renter. Det tilkjente beløpet knytte seg til dei andre krava entreprenøren fremja i samband med sluttoppgjeret. Desse krava er ikkje er ein del av saka for Høgsterett.
- (17) Entreprenøren anka til Borgarting lagmannsrett. For lagmannsretten vart saka delt etter tvistelova § 16-1. Lagmannsretten skulle først avgjera om endringskrava frå entreprenøren om justering av vederlaget og fristforlenging var tapte etter NS 8407 punkt 35.2 bokstav b, og subsidiært om eventuelle tapte krav kunne nyttast til motrekning i kommunen sitt krav.
- (18) Lagmannsretten avsa dom i saka 29. april 2022. Dommen hadde slik domsslutning:
- «1. KF Entreprenør AS' endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er tapt.
 2. Avgjørelsen av sakskostnader for sakens del 1 utstår til samlet avgjørelse av sakskostnadsspørsmålet i lagmannsrettens dom i del 2 av saken.»
- (19) Lagmannsretten konkluderte som tingretten med at krava om justering av vederlaget og fristforlenging var tapte, og at kravet om justering av vederlaget ikkje kunne nyttast til motrekning i kommunen sitt krav. Grunngevinga var i det vesentlege den same som tingretten si.
- (20) Entreprenøren har anka til Høgsterett. Anken gjeld lagmannsretten sin lovbruk, og partane er samde om det faktum som lagmannsrett og tingrett har lagt til grunn.
- (21) Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (heretter EBA) har for Høgsterett erklært partshjelp til føremon for ankande part, jf. tvistelova § 15-7.
- (22) Saka står elles i same stilling som for lagmannsretten.

Partane sitt syn på saka

- (23) Ankande part – *KF Entreprenør AS* – har i korte trekk gjort gjeldande:
- (24) Endringskrava om justering av vederlag og fristforlenging som kommunen ikkje har godkjent, er i behald.
- (25) Vilkåret i NS 8407 punkt 35.2 bokstav b om å «ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang» var innfridd ved at entreprenøren sendte forliksklage innan den avtalte fristen. Kontraktar i næring mellom profesjonelle partar skal tolkast objektivt etter sin ordlyd. Etter ordlyden i punkt 35.2 bokstav b er det nok å iverksetja rettargang, det er ikkje noko krav om å fullføra eller følgja opp forliksklagen med stemning innanfor fristane i tvistelova § 18-3.
- (26) Tvistelova § 18-3 kan uansett ikkje medføra at krava har gått tapt.
- (27) Tvistelova §18-3 tredje ledd regulerer verknader etter annan lovgjeving av at søksmål er reist, i tilfelle der eit søksmål vert avvist, eller på anna vis endar utan dom. Fristen for å reisa søksmål etter tredje ledd er tre månader frå forkynning av orskurden. Ordlyden i § 18-3 tredje ledd passar ikkje der forliksrådet har innstilt ei sak. Verken førearbeida eller rettspraksis gjev haldepunkt for at regelen er meint brukt på ein avtalefesta frist. Det er heller ingen reelle omsyn som tilseier at § 18-3 tredje ledd bør gjelda.
- (28) Dersom tvistelova § 18-3 i det heile kjem til bruk, er det andre ledd som må nyttast. Andre ledd regulerer oppfølging av ein forliksklage som har avbrote forelding.
- (29) Det er høve til å avtala kortare foreldingsfristar enn etter foreldingslova, og NS 8407 punkt 35.2 bokstav b er ein slik frist. Reguleringa her har dei sentrale kjenneteikna på ein materiell foreldingsfrist. Etter rettspraksis stiller ikkje tvistelova § 18-3 andre ledd krav om at omgrepet forelding må vera nytta for at ein regel skal verta vurdert som ein regel om forelding.
- (30) Det er ikkje rett når lagmannsretten kom til at fristen har karakter av ein reklamasjonsfrist og grunngjevinga er ikkje haldbar.
- (31) Etter § 18-3 andre ledd er det nok å senda stemning eller ny forliksklage innan eit år frå forliksrådet innstilte handsaminga av saka. Stemninga i saka vart sendt innan denne fristen.
- (32) Krava som gjeld justering av vederlag, kan under alle omstende nyttast til motrekning i byggherren sitt krav sjølv om dei er tapte etter NS 8407 punkt 35.2.
- (33) Fristregelen i punkt 35.2 bokstav b har så stor likskap med ein foreldingsfrist at det må tolkast inn ein rett til motrekning med konnekse krav lik regelen i foreldingslova § 26 bokstav b. Utgangspunktet der er at konnekse krav kan motreknast sjølv om motkravet er forelda. Regelen er relevant bakgrunnsrett for tolkinga av standardkontraktar.
- (34) *KF Entreprenør AS* har lagt ned slik påstand:
- «1. *KF Entreprenør AS*' endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er ikke tapt.

2. Avgjørelsen av sakskostnadene utsettes til den senere avgjørelse som avslutter saken.»

- (35) Partshjelparen – *EBA* – har i korte trekk gjort gjeldande:
- (36) Ordlyden i NS 8407 punkt 35.2 bokstav b seier ikkje noko om oppfølging. Det er etter ordlyden ikkje grunnlag for å fylla ut dette punktet med ein regel som får store konsekvensar, og som det hadde vore nærliggjande å avtala. Det er heller ikkje naudsynt. Alternativet er å nytta dei vanlege foreldingsreglane, som er ei rimeleg og rettferdig løysing.
- (37) Dersom punkt 35.2 bokstav b skal fyllast ut, må det vera med ein frist på eit år som var gjeldande rett då NS 8407 vart forhandla fram. Det entrepriserettslege miljøet har lagt til grunn at det anten ikkje finst nokon frist for å følgja opp ein forliksklage, eller at fristen er eit år. Praksis har stort sett vore å halda seg til ein frist på eit år.
- (38) Dersom det gjeld eit krav om oppfølging, passar verken andre eller tredje ledd i tvistelova § 18-3. Ledda bør difor vurderast som alternativ.
- (39) Omgrepet «foreldelse» i § 18-3 andre ledd kan ikkje tolkast som forelding berre etter foreldingslova. Alle materielle foreldingsfristar er omfatta. Det følgjer av HR-2021-2404-A at andre ledd òg kan omfatta fristar utforma som søksmålsfristar.
- (40) Fristen i punkt 35.2 bokstav b har alle kjenneteikn på ein materiell foreldingsfrist. Fristen er ikkje ein prosessuell søksmålsfrist, som i så fall ville vore ugyldig, jf. HR-1999-493-K.
- (41) Når det gjeld §18-3 tredje ledd, støttar verken ordlyden eller førearbeida at den gjeld saker som er innstilte i forliksrådet eller for privat avtalte søksmålsfristar.
- (42) Spørsmålet om det kan motreknast med kravet på vederlag sjølv om det er tapt, må under alle omstende avgjerast etter ei konkret tolking av foreldingslova § 26 bokstav b og er ikkje avhengig av om kravet vert vurdert som ein foreldingsfrist etter tvistelova § 18-3 andre ledd.
- (43) I tillegg tilseier alminnelege rettsprinsipp ein utvida motrekningsrett for konnekse krav som er forelda eller tapte.
- (44) *EBA* har lagt ned slik påstand:
- «Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (*EBA*) tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (45) Ankemotparten – *Oslo kommune* – har i korte trekk gjort gjeldande:
- (46) Etter NS 8407 punkt 35.2 bokstav b var det ikkje tilstrekkeleg å ta ut forliksklage for å oppretthalda den fristavbrytande verknaden av forliksklagen. Ordlyden tilseier at entreprenøren måtte ta saka vidare i rettssystemet etter dei ordinære reglane om rettargang. Ei slik forståing inneber ikkje ei utfylling av kontrakten.

- (47) Ordinær rettgang inneber meir enn å få ei sak innstilt i forlikrådet. Føremålet med punkt 35.2 bokstav b er å setja i gang ein prosess som leiar til ei realitetsavgjerd. Punktet syner til punkt 50.4, der det kjem klårt fram at einkvar tvist mellom partane knytt til kontrakten skal avgjerast ved ordinær rettgang.
- (48) Reglane i tvistelova § 18-3 kjem til bruk på to grunnlag: Partane har avtalt ordinær rettgang som inkluderer reglane i tvistelova § 18-3. Dessutan følgjer det av regelen sjølv.
- (49) Omgrepet «annen lovgivning» i tvistelova § 18-3 første ledd kan ikkje tolkast berre som formell lov. Tvistelova § 18-3 er ei vidareføring av tvistemålslova § 66 og ein avtalt frist er innanfor det som var omfatta av «den borgerlige rett» etter § 66. Bransjen var dessutan samd om at fristen på eit år i tvistemålslova § 66 gjaldt for standardkontrakten. Tvistelova § 18-3 vidarefører regelen i tvistemålslova.
- (50) Dersom tvistelova § 18-3 ikkje kjem til bruk, får NS 8407 punkt 35.2 bokstav b svært liten sjølvstendig verdi. Det bryt dessutan med omsynet bak regelen som er å få ei relativt rask avklaring av det økonomiske oppgjeret.
- (51) Fristen på eit år i andre ledd i tvistelova § 18-3 gjeld berre ved forelding. Andre tilhøve er omfatta av tredje ledd.
- (52) Punkt 35.2 bokstav b er ikkje ein materiell foreldingsregel. Forelding må ha heimel i lov og det er berre høve til å avtala kortare foreldingsfristar enn i foreldingslova. Punktet er ikkje ein regel om kortare foreldingsfrist. Fristen der byrjar å løpa seinare enn fristen i foreldingslova § 3. Det inneber at eit krav kan vera forelda etter reglane i foreldingslova før fristen etter NS 8407 er ute.
- (53) Dei andre fristane i NS 8407 er heller ikkje foreldingsfristar og det bryt med standarden sitt system og føremål dersom punkt 35.2 skal tolkast annleis.
- (54) Reglane i foreldingslova §§ 26 og 27 som gjeld motrekning og panterett for forelda krav bryt òg med føremålet om rask avklaring.
- (55) Med omgrepet «foreldelse» i tvistelova § 18-3 andre ledd sikta tvistelovutvalet til forelding i foreldingslova si forstand.
- (56) Føremålet med tvistelova § 18-3 andre ledd var at partane skulle ha tid til å områ seg. Det let seg ikkje sameina med preklusive reglar i entrepriseretten at ein får eit år til å områ seg. Tre månader er nok.
- (57) Saka i HR-2021-2404-A er ikkje avgjerande for utfallet i denne saka, og premissane underbyggjer at fristen i 35.2 bokstav b ikkje er ein foreldingsfrist.
- (58) Det er tvistelova § 18-3 tredje ledd som kjem til bruk. Vilkåret etter tredje ledd er at ei sak endar utan dom. Det er tilhøvet når saka vert innstilt i forlikrådet.
- (59) Ordlyden i punkt 35.2 bokstav b utelukkar motrekning. Eit krav som er tapt kan ikkje nyttast til motrekning. Samanhengen og systemet i standarden tilseier òg at motrekning ikkje kan skje. NS 8407 punkt 35.2 kan ikkje stå i ein særstilling i høve til andre preklusive reglar.

- (60) Det eksisterer heller ikkje ein alminneleg motrekningsrett ved konnekse krav når motkravet har falt vekk. Foreldingslova § 26 bokstav b er ein unntaksregel.
- (61) Kommunen har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saka

Var det tilstrekkeleg å senda forliksklage?

Innleiing

- (62) Det første spørsmålet saka reiser er om det etter NS 8407 punkt 35.2 bokstav b var tilstrekkeleg at entreprenøren sendte forliksklage innan den avtalte fristen, eller om klagen måtte følgjast opp med vidare skritt for at krava ikkje skulle gå tapt.
- (63) NS 8407 punkt 35.2 lyder:
- «Dersom totalentreprenøren mottar avslag fra byggherren på et varsel etter 32.2 eller krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse, må han enten
- a) kreve spørsmålet avgjort av en oppmann etter 50.3, før overtakelsen, eller
 - b) ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang eller voldgift etter reglene 50.4, senest åtte måneder etter overtakelsen av hele kontraktsgjenstanden, med mindre partene blir enige om en lengre frist.
- Gjør totalentreprenøren ikke det, taper han sitt krav mot byggherren.»
- (64) Det går fram av punkt 17 i kontrakten mellom partane at alternativet i bokstav a gjekk ut slik at det berre var bokstav b som gjaldt.
- (65) Som nemnt er det ikkje omtvista at forliksklagen var sendt innan utløpet av den avtalte fristen. Svaret ligg difor i korleis ein tolkar vilkåret om at det må takast «nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang». Spørsmålet er kva krav til rettsleg aktivitet dette vilkåret stiller.

Det rettslege utgangspunktet

- (66) Det rettslege utgangspunktet er at kontraktar i næring mellom profesjonelle partar skal tolkast objektivt etter ordlyden. Objektiv tolking inneber likevel ikkje at standardkontraktar utelukkande skal tolkast ut frå ein naturleg språkleg forståing. Ordlyden må òg lesast i lys av føremålet den skal tena, og andre reelle omsyn. Eg syner til HR-2023-534-A avsnitt 56 som gjaldt tolking av NS 8417:

«Ved tolkingen av denne typen standarder må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, se HR-2020-228-A avsnitt 50 med videre henvisninger. Ordlyden er likevel ikke avgjørende alene. Som fremhevet i Rt-2010-961 avsnitt 44 må ordlyden blant annet leses i lys av de formålene bestemmelsen skal ivareta, og andre reelle hensyn.»

Konkret vurdering

- (67) Det er ikkje haldepunkt for at partane har hatt ei felles oppfatning av korleis punkt 35.2 bokstav b skal tolkast. Spørsmålet var ikkje særskilt drøfta under avtaleforhandlingane, bortsett frå semja om at punkt 35.2 bokstav a i standardkontrakten ikkje skulle gjelda.
- (68) Det naturlege utgangspunktet for tolkinga er då ordlyden i punkt 35.2 bokstav b.
- (69) Ankande part har framheva at ordet «iverksette» syner at det er tilstrekkeleg å ta ut forliksklage når partane – som her – er samde om at forliksklage var eit rett første steg i ein ordinær rettargang. Eg er ikkje samd i at det kan leggjast så mykje i bruken av ordet «iverksette». Det er like nærliggjande at avtaleteksten først og fremst vart utforma med tanke på å skilja ordinær rettargang frå valdgift, som er den alternative føreskrivne avgjerds måten, og frå forenkla rettargang. Når det gjeld det siste, syner eg til at kontrakten var utforma medan tvistemålslova fortsatt var i kraft. Den skilde mellom ordinær og forenkla rettargang. Den einsidige vektlegginga av ordet «iverksette» samsvarar heller ikkje godt med at alle tvistar mellom partane etter punkt 50.4 skal «avgjøres» ved ordinær rettargang, med mindre det er avtalt valdgift. Ei innstilling i forliksrådet avgjer ikkje tvisten.
- (70) Slik eg ser det er ordlyden i punkt 35.2 bokstav b ikkje eintydig, og eg går over til å sjå på føremålet med avtaleklausulen.
- (71) Systemet som er etablert for handtering og oppfølging av endringsordrar i NS 8407, tilseier at omsynet til å få avklart og avgjort tvistar er eit sentralt føremål med punkt 35.2 bokstav b. Til dømes har bokstav a eit system for oppmannsavgjerder som vert bindande om avgjerdene ikkje vert brakt inn for ein domstol eller valdgift innan ein sett frist – jf. punkt 50.3.2.
- (72) Omsynet til framdrift vart òg framheva som eit viktig føremål med punkt 35.2 bokstav b av EBA som representant for bransjeorganisasjonen. Føremålet om framdrift og avklaring tilseier at det ikkje er nok å senda forliksklage i ei sak som vert innstilt.
- (73) EBA har opplyst at bransjen i praksis har halde seg til at det gjeld ein frist på eit år for å følgja opp ei sak som er innstilt i forliksrådet. Dette vart sett i samheng med at forliksrådet etter tvistemålslova ikkje kunne innstilla saka, men visa den til retten. I slike tilfelle gjaldt ein generell frist på eit år for å ta ut stemning, jf. tvistemålslova § 66 andre ledd. Løysinga med å visa saka til retten vart ikkje vidareført i tvistelova, men det vart teke inn fristreglar i tvistelova § 18-3.
- (74) Ein frist på eit år vart òg fremja av EBA i LE-2014-177186. Saka gjaldt NS 3431 som har tilsvarande regulering som i punkt 35.2 i NS 8407. Med det som utgangspunkt kan det ikkje leggjast til grunn at det i bransjen er etablert praksis for at det etter punkt

35.2 bokstav b i standardkontrakten er tilstrekkeleg å senda forliksklage utan vidare oppfølging.

- (75) Kort samanfatta har eg etter dette kome til at sjølv om ordlyden ikkje er eintydig, tilseier forhistoria, føremålet bak reglane og praksis i bransjen at det ikkje var nok å senda forliksklage innan fristen i punkt 35.2 bokstav b for å behalda dei omtvista endringsordrekrava.
- (76) Eg nemner i forlenginga av dette at ei sak som er innstilt i forliksrådet, etter tvistelova § 6-11 femte ledd kan bringast inn for forliksrådet på nytt når det har gått eit år, motparten har samtykka eller nemndbehandling etter tvistelova § 6-2 andre ledd bokstav c er avslutta. I lys av det eg tidlegare har sagt om behovet for framdrift og avklaring, kan eg ikkje sjå at regelen inneber at punkt 35.2 bokstav b skal tolkast slik at det er tilstrekkeleg at det vert teke ut forliksklage. Det har heller ikkje vore synt til tvistelova § 6-11 femte ledd i saka.

Er stemning tatt ut i tide?

- (77) Eg går då over til spørsmålet om entreprenøren har tatt ut stemning i tide.
- (78) Avgjerande for om stemning er tatt ut i tide er tvistelova § 18-3 som lyder slik:

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

- (1) De virkninger som følger av annen lovgivning av at søksmål er reist, inntreer når prosesskrivet som reiser saken eller inndrar kravet, er sendt, slik at fristen er avbrutt etter domstoloven § 146. For krav som settes fram i rettsmøte, inntreer virkningen når kravet settes fram.
 - (2) Når foreldelse er avbrutt ved forliksklage, opphører denne virkningen dersom stevning, eller eventuelt forliksklage, ikke er sendt til retten innen ett år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken.
 - (3) Hvis søksmålet avvises eller ellers ender uten dom, og saksøkeren ikke er vesentlig å bebreide for dette, er virkningen etter første ledd fortsatt i kraft hvis kravet reises i nytt søksmål innen tre måneder fra kjennelsen ble forkynt for saksøkeren. Mot oversitting av tremånedersfristen kan det ikke gis oppfriskning.»
- (79) Det går fram her at fristen for å ta ut stemning ved tilhøve regulert i andre ledd, er eit år «fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken», medan den for tilhøve regulert i tredje ledd er tre månadar «fra kjennelsen ble forkynt for saksøkeren».

Generelt om tvistelova § 18-3 andre ledd

- (80) Eg ser først på andre ledd.
- (81) Ut frå ordlyden er tvistelova § 18-3 andre ledd ikkje avgrensa til forelding etter foreldingslova. Det er heller ikkje noko i førearbeida som tyder på at regelen skal tolkast så snevert. Det same er lagt til grunn i HR-2021-2404-A som nytta tvistelova § 18-3 andre

ledd på regelen om forelding i forsikringsavtalelova § 8-5 andre ledd. I avgjerda avsnitt 50 heiter det:

«Som drøftelsen så langt har vist, er forsikringsavtaleloven § 8-5 andre ledd en foreldelsesregel. I saken her er seksmånedersfristen avbrutt ved forliksklage. Virkningen av fristavbruddet reguleres da av tvisteloven § 18-3 andre ledd.»

- (82) Det er vidare ikkje noko i ordlyden som tyder på at regelen berre gjeld for lovfesta fristar og ikkje kan nyttast på avtaleregulerte foreldingsfristar. Ordlyden knyter verknaden til «foreldelse» generelt, og eg kan ikkje sjå at noko anna følgjer av førearbeida eller rettspraksis.
- (83) Eg legg etter dette til grunn at regelen i tvistelova § 18-3 andre ledd etter sin ordlyd òg omfattar avtalte foreldingsfristar.
- (84) Eit tema i rettspraksis har vore om andre ledd gjeld for søksmålsfristar eller berre kjem til bruk på materielle foreldingsfristar. I HR-2013-2179-U som gjaldt arvelova av 1972 § 19, syner ankeutvalet til at førearbeida var klare på at § 18-3 andre ledd var uttrykkeleg avgrensa til å gjelda forelding og ikkje kom til bruk på «andre søksmålsfrister».
- (85) Ankeutvalet kom til at den aktuelle søksmålsfristen var regulert av tredje ledd, sjølv om det ikkje samsvarer særleg godt med føresetnader i førearbeida og forhistoria til regelen, jf. avsnitt 20 der utvalet skriv:

«Ankeutvalget har kommet til at ettårsregelen i tvisteloven § 18-3 andre ledd må begrensas til avbrytelse av foreldelsesfrister i tilfeller hvor forliksrådet har innstilt behandlingen. Ved en motsatt løsning ville man sette til side en klar ordlyd som er uttrykkelig begrunnet i forarbeidene. For å unngå at forliksrådsbehandling skal kunne bli en felle for andre søksmålsfrister må man riktignok som en konsekvens av dette legge til grunn at tredje ledd får større praktisk betydning enn tvistemålsloven § 66 tredje ledd hadde. Men lovens ordlyd – ‘søksmålet avvises eller ellers ender uten dom’ – er ikke til hinder for denne løsningen. Den er dermed anvendelig på andre søksmålsfrister. Ankeutvalget kan ikke se at andre ledd tolket i samsvar med ordlyden representerer noen urimelig felle for saksøkerne. Det vises til at når en lov erstattes av ny lov, må man alltid være forberedt på at det kan ha skjedd realitetsendringer. Lovens ordlyd er dessuten klar. På denne bakgrunn må det være en lovgiveroppgave å avgjøre om tvisteloven § 18-3 andre ledd, i likhet med tvistemålsloven § 66 andre ledd, skal gjelde generelt for søksmålsfrister.»

- (86) Slik eg les avgjerda, var det ikkje omstridt at regelen i arvelova av 1972 § 19 ikkje var ein regel om forelding, men ein søksmålsfrist.
- (87) Eg legg etter dette til grunn at tvistelova § 18-3 andre ledd berre omfattar reglar som etter sitt innhald er foreldingsreglar medan søksmålsfristar fell utanfor.
- (88) Det følgjer av foreldingslova § 28 nr. 1 at «[s]kyldneren kan ikke bindende vedta at foreldelse ikke skal inntre i samsvar med reglene i denne lov». Partane er samde om at regelen ikkje hindrar avtalar om kortare foreldingsfristar enn det som følgjer av foreldingslova, slik det er gjort i saka her. Eg er samd i det og syner til førearbeida til foreldingslova, jf. Ot. prp. nr. 38 (1977-78) side 81 og Alex Borch, Norsk Lovkommentar, foreldingslova § 28 note 124, Rettsdata, revidert 26. januar 2022. Eg nemner at kommunen

har gjort gjeldande at fristen i punkt 35.2 bokstav b ikkje kan reknast som ein kortare foreldingsfrist enn fristen i foreldingslova, fordi eit krav kan vera forelda etter foreldingslova før den kontraktfesta fristen har byrja løpa. Då det siste ikkje er hevda å vera situasjonen her, ser eg ikkje grunn til å drøfta det nærare.

Er NS 8407 punkt 35.2 bokstav b omfatta av tvistelova § 18-3 andre ledd?

- (89) Det konkrete rettslege spørsmålet er etter dette om fristen i punkt 35.2 bokstav b er ein materiell foreldingsfrist.
- (90) I den tidlegare nemnte avgjerda i HR-2021-2404-A har Høgsterett gått nærare inn på kva som ligg i omgrepet foreldingsfrist i relasjon til tvistelova § 18-3 andre ledd, jf. avsnitta 40-42:
- «Spørsmålet er etter dette om seksmånedersfristen i forsikringsavtaleloven § 8-5 andre ledd er en foreldelsesfrist eller en annen type frist.
- Lovens ordlyd taler klart for at vi har med en foreldelsesregel å gjøre. I bestemmelsen heter det jo, som allerede flere ganger nevnt, at når fristen ikke avbrytes, ‘mister sikrede retten til erstatningen’. Sikrede taper altså kravet. Dette er en klassisk materiell foreldelsesvirkning.
- Virkningen av et manglende fristavbrudd er i § 8-5 andre ledd rett nok ikke beskrevet ved hjelp av begrepet ‘foreldelse’. Dette begrepet er heller ikke benyttet i paragrafens overskrift, hvor den i kortform er angitt som ‘frist for å gi melding om forsikringstilfellet og for å foreta rettslige skritt’. Man kan imidlertid ikke legge særlig mye i en overskrift. Den vil ha preg av stikkord og ofte kunne gi et ufullstendig og upresist bilde av innholdet i bestemmelsen, jf. Rt-1987-35 på side 37.»
- (91) Høgsterett peikar vidare på at det ut frå samanhengen i lovteksten og lovhistoria ikkje var tvil om at lovgjevar hadde meint at fristen i forsikringsavtalelova § 8-5 andre ledd var ein foreldingsfrist. Det vart òg vist til rettspraksis som støtta opp om det same.
- (92) Det følgjer av dette at spørsmålet om punkt 35.2 bokstav b er ein materiell foreldingsfrist, må avgjerast etter ei tolking der ordlyden står sentralt, men der andre relevante moment som kan kasta lys over meiningsinnhaldet òg kan vektleggjast.
- (93) Ordlyden i NS 8407 punkt 35.2 bokstav b er at entreprenøren «taper» kravet sitt mot byggherren ved overskriding av fristen. Det talar klårt for at meininga har vore å etablere ein materiell foreldingsfrist. Eg syner til at tap av kravet i HR-2021-2404-A avsnitt 41 er omtalt som «en klassisk materiell foreldelsesvirkning». Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, (4. utgåve), 2022 side 526 definerer òg foreldingsfristar som «frister som medfører at et krav faller bort». Når verknaden er så klårt formulert som her har det lita vekt at omgrepet forelding ikkje er nytta i teksten i kontrakten eller i overskrifter, jf. HR-2021-2404-A avsnitt 42 som eg har sitert tidlegare.
- (94) Forhistoria til standardkontrakten syner òg at punkt 35.2 bokstav b er omfatta av eittårsfristen i § 18-3 andre ledd. Eg syner til at då NS 3431 vart vedteken, sette tvistemålslova § 66 ein generell frist på eit år for å følgja opp «henviste» saker. Det er ikkje omstridt at dette var den gjeldande fristen i standardkontrakten. Det er etter mitt syn ikkje grunn til å tru at dei som forhandla fram NS 8407 tok høgde for at fristen i

mellomtida var endra med tvistelova. Eg syner til dei uklåre føresetnadene i førearbeida til tvistelova som det er gjort greie for i HR-2013-2179-U og som eg har referert frå tidlegare.

- (95) Tolkinga har dessutan støtte i kommentarutgåver til NS 8407 og NS 8405. Eg syner til Karl Marthinussen med fleire, *NS 8407 med kommentarer*, (1. utgåve), 2012 punkt 35.2 og *NS 8405 med kommentarer*, (4. utgåve), 2016 punkt 26.3.
- (96) Kommunen har gjort gjeldande at fristen har meir karakter av ein reklamasjonsfrist enn ein materiell foreldingsfrist, og lagmannsretten har i sin dom lagt vekt på det same. Omgrepet reklamasjon er i NS 8407 knytt til byggherren sine mangelskrav og kva fristar som gjeld for å gjera gjeldande slike krav, jf. punkt 42. Krava i vår sak har sitt opphav i regimet for endringsordre i kontrakten. Det er etter mitt syn ikkje naturleg å samanlikna desse krava med byggherren sine reklamasjonar over manglar og fristreglane knytt til det.
- (97) Kommunen har òg vist til ei rekke fristreglar i NS 8407 som kommunen ikkje oppfattar som foreldingsreglar og halde fram at punkt 35.2 bokstav b må vurderast på same viset. Eg kan ikkje sjå at spørsmålet om punkt 35.2 bokstav b er ein materiell foreldingsregel kan avgjerast ut frå ei slik overordna samanlikning. Spørsmålet må avgjerast etter ei tolking av den aktuelle regelen. Reglane kommunen viste til regulerer handlingsplikter av ulikt slag, og der konsekvensane av manglande handling er formulert på varierende vis. Det er vanskeleg å sjå at dette gjer noko avgjerande bidrag til korleis punkt 35.2 bokstav b skal tolkast.
- (98) Det er vidare argumentert med at punkt 35.2 bokstav b ikkje kan vera ein regel om forelding fordi den òg omfattar krav om fristforlenging og vist til at det er ein type krav som ikkje kan foreldast etter foreldingslova. Verkeområdet for foreldingslova er regulert i § 1 nr.1 der det går fram at «[f]ordring på pengar eller andre ytelser» vert forelda etter reglane i lova. Slik eg ser det utgjer kravet om fristforlenging under sluttoppgjæret eit motkrav i form av eit kronefrådrag i byggherren sitt krav om dagmulkt. Det vert då kunstig å vurderer kravet annleis enn andre pengekrav.
- (99) Eg har etter dette kome til at fristen i punkt 35.2 bokstav b etter sitt innhald må reknast som ein lovleg avtalt materiell foreldingsfrist. Regelen har kjenneteikna til ein materiell foreldingsregel, og både ordlyden og systematikken i standardkontrakten elles tilseier at den er ein foreldingsregel. Det same gjer forhistoria til kontrakten og praktiseringa av den.
- (100) Oppsummert har eg då kome til at punkt 35.2 bokstav b i NS 8407 er omfatta av tvistelova § 18-3 andre ledd.

Tilhøvet til tvistelova § 18-3 tredje ledd

- (101) Slik regelen i tvistelova § 18-3 er formulert, er det klårt at tilfelle som er regulert i andre ledd ikkje vil vera omfatta av tredje ledd. Andre ledd er ein spesialregel for tilhøve der forlikrådet innstiller ei sak, og der forelding er avbrote av forliksklagen. Tredje ledd er negativt definert i høve til andre ledd og gjeld alle andre tilhøve der ei sak «avvises eller ellers ender uten dom, og saksøkeren ikke er vesentlig å bebreide for dette». Det følgjer av dette at den kortare fristen på tre månader for å oppretthalda lovfesta verknader av søksmålet, ikkje kjem til bruk i denne saka. Det er då ikkje naudsynt for meg å gå nærare inn på vilkåra i tredje ledd.

Oppsummering

- (102) Entreprenøren måtte ta ut stemning innanfor fristen på eit år i tvistelova § 18-3 andre ledd for ikkje å tapa krava sine. Det er ikkje omstridt at stemninga var teke ut innanfor denne fristen.
- (103) Konklusjonen er då at entreprenøren ikkje har mista retten til å gjera gjeldande dei endringsordrekrava som går fram av entreprenøren sin påstand for Høgsterett.
- (104) Eg treng etter dette ikkje å gå inn på spørsmålet om motrekning.

Sakskostnader

- (105) Entreprenøren har lagt ned påstand om at avgjerda om sakskostnadane vert utsett til den seinare avgjerda som avsluttar saka. Saka vart delt etter tvistelova § 16-1 i samband med lagmannsretten si handsaming. Kostnadsavgjerda heng saman med utfallet av deler av saka som ikkje er avgjort og vert utsatt etter tvistelova § 20-8 tredje ledd.
- (106) EBA har kravd dekkja sakskostnadene sine for Høgsterett. Partshjelp skal etter tvistelova § 15-7 andre ledd krevjast og godtakast for kvar instans. I denne saka vart det ikkje erklært partshjelp før saka stod for Høgsterett. Grunngevinga for erklæringa var knytt til dei rettslege spørsmåla som er avgjort med denne avgjerda frå Høgsterett. Det er då ikkje grunnlag for å utsetja avgjerda om sakskostnader for partshjelparen etter tvistelova § 20-8.
- (107) Ut frå det resultatet eg har kome til har EBA som utgangspunkt krav på å få dekkja sakskostnadene sine, jf. tvistelova § 20-2 første ledd jf. § 20-1 tredje ledd. Sidan dei spørsmåla Høgsterett har teke stilling til er prinsipielle og av stor generell interesse for bransjen finn eg grunn til å nytta unntaket i tvistelova § 20-2 tredje ledd, jf. HR-2023-93-A avsnitt 77 og HR-2022-2251-A avsnitt 64. Partshjelparen må då bera sine eigne sakskostnader for Høgsterett.

Konklusjon

- (108) Eg røystar for slik

D O M :

1. KF Entreprenør AS sine endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er ikkje tapte.
2. Avgjerda av sakskostnadane mellom partane i saka vert utsett til den seinare avgjerda som avsluttar saka.
3. Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) vert ikkje tilkjent sakskostnadar for Høgsterett.

- (109) Dommer **Østensen Berglund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (110) Dommer **Normann:** Likeså.
- (111) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (112) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (113) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. KF Entreprenør AS sine endringsordrekrav EA 04, 08, 15, 16, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26 og 27 er ikkje tapte.
2. Avgjerda av sakskostnadane mellom partane i saka vert utsett til den seinare avgjerda som avsluttar saka.
3. Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) vert ikkje tilkjent sakskostnadar for Høgsterett.