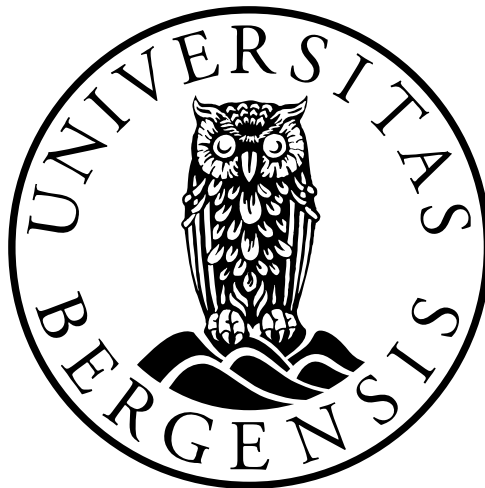


Foreldelse av entreprenørens vederlagskrav i entreprisekontrakter regulert av NS 8405

Kandidatnummer: 151

Antall ord: 14 839



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2015

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1. Problemstillingen	3
1.2. Begrepsavklaringer	4
1.3. Avgrensninger	4
1.4. Fremstillingen videre	5
2. Rettslig landskap - et overblikk	6
2.1. Foreldelsesloven	6
2.2. NS 8405	8
2.3. Om tolkning av standardkontrakter	9
2.4. Standardavtalens rekkevidde	10
3. Rt. 2013 s. 1476	11
3.1. Faktiske forhold og saksgang	11
3.2. Partenes anførsler for Høyesterett	12
3.2.1. <i>Entreprenøren</i>	12
3.2.2. <i>Byggherren</i>	13
3.3. Høyesteretts behandling	14
3.3.1. <i>Flertallets votum</i>	14
3.3.2. <i>Mindretallets votum</i>	15
3.4. Sammenligning og analyse	17
3.4.1. <i>Sammenligning av flertallets og mindretallets votum</i>	17
3.4.2. <i>Diskusjon i det juridiske miljøet etter publisering av dommen</i>	18
3.4.3. <i>Analyse av avgjørelsen</i>	20
4. Avdragskravets karakter: Vederlag eller à konto?	22
4.1. NS 8405 punkt 28.1	22
4.1.1. <i>Ordlyd</i>	22
4.1.2. <i>Virkeområde og behovet for bestemmelsen</i>	24
4.1.3. <i>Grunnlaget for avdragskravet</i>	25
4.1.4. <i>Om godkjenning av fakturagrunnlag og innsigelser</i>	29
4.1.5. <i>Innestående beløp</i>	30
4.2. Entrepriosekontraktens system og sammenheng	31

4.2.1. Forholdet til punkt 28.2 “Avregning av annet vederlag”	31
4.2.2. Forholdet til punkt 32 “Overtakelse”	33
4.2.3. Forholdet til punkt 33 “Sluttoppgjør”	36
4.2.4. Forholdet til punkt 40.1 “Eiendomsrettens overgang”	37
4.3. Entreprisekontraktens system i lys av foreldelseslovens formål	38
4.4. Entreprisekontraktens system i lys av prosessrettslige regler	39
4.5. Prosessøkonomiske hensyn	40
4.6. Praktiske hensyn	41
4.7. Synspunkter i juridisk teori	42
5. Konklusjon	48
5.1. Om avdragskravets karakter.....	48
5.2. Om avklaring av spørsmålet om foreldelse av vederlagskrav	49
6. Litteratur	51

1. Innledning

Oppgaven drøfter og analyserer følgende tema: Hvordan påvirkes foreldelsesfristens utgangspunkt for entreprenørens vederlagskrav av adgangen til å kreve avdragsbetaling i henhold til NS 8405¹ punkt 28.1, og i hvilken grad bidrar avgjørelsen i Rt. 2013 s. 1476 til å avklare dette spørsmålet?

Avgjørelsen fra Høyesterett inntatt i Rt. 2013 s. 1476 gjaldt foreldelse av vederlagskrav i et kontraktsforhold regulert av NS 8405.² Spørsmålet var om deler av entreprenørens vederlagskrav var falt bort som følge av foreldelse fordi det var gått mer enn tre år fra entreprenøren første gang kunne ha krevd avdragsbetaling i henhold til NS 8405 punkt 28.1, til foreldelsesfristen ble avbrutt. Høyesterett fastslo under dissens 3-2 at adgangen til å kreve avdragsbetaling innebærer at vederlagskravet foreldes suksessivt etter hvert som arbeidet utføres. Mindretallet mente at sluttoppgjøret danner utgangspunkt for foreldelse av vederlagskravet, fordi avdragskravene må anses som å kontokrav.

1.1. Problemstillingen

Den sentrale rettslige problemstillingen er hvordan foreldelsesfristens utgangspunkt i henhold til foreldelsesloven³ (fl.) § 3 nr.1 påvirkes av entreprenørens adgang til å kreve avdragsbetaling i henhold til NS 8405 punkt 28.1.

Spørsmålet om foreldelsesfristens utgangspunkt er praktisk viktig for hvordan entreprenøren må innrette seg i kontraktsperioden for å sikre sitt vederlagskrav. Fordi den alminnelige foreldelsesfristen i norsk rett er tre år, jf. fl § 2, er det sentralt om foreldelsesfristen løper suksessivt underveis i prosjektet eller fra sluttoppgjøret. Dersom fristen løper suksessivt kan entreprenøren risikere at deler av vederlagskravet er foreldet allerede når kontraktsarbeidet overtas av byggherren.

¹ Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

² Partenes avtale i saken i Rt. 2013 s. 1476 ble inngått før revisjonen av NS 8405 i 2008, og sitater fra dommen henviser derfor til NS 8405:2004. Punkt 28.1 er likelydende som før revisjonen. Endringene ved revisjonen har ingen betydning for oppgavens tema eller analyser, som knytter seg til NS 8405:2008.

³ Lov om foreldelse av fordringer, lov av 18.05.1979 nr. 18.

Oppgaven redegjør for og analyserer dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1476. For nærmere å belyse gjeldende rett gjøres det også en analyse av avdragskravets karakter i lys av hvilke hensyn og formål som ligger bak NS 8405 punkt 28.1, kontraktens system, og forholdet til rettssystemet forøvrig. Oppgaven konkluderes med en vurdering av i hvilken grad Høyesteretts avgjørelse i denne saken avklarer spørsmålet om når foreldelsesfristen for entreprenørens vederlagskrav begynner å løpe.

1.2. Begrepsavklaringer

De viktigste begrepene å skille fra hverandre er vederlagskrav og å kontokrav, ettersom sontringen mellom disse er sentral for oppgavens rettslige problemstilling.

“Vederlagskrav” betegner retten til å få økonomisk oppgjør. Uttrykkene “krav på vederlag” sikter til det samme.

“Å kontokrav” betegner retten til å motta betaling før et vederlagskrav er oppgjørsmødent. Uttrykkene “krav på å kontobetaling” og “å kontooppgjør” sikter til det samme.

Forholdet mellom disse kravstypene er at utbetalinger à konto ikke er avgjørende for det totale vederlagskravet, men senere avregnes mot vederlag i et endelig oppgjør.

“Avdragskrav” betegner de krav entreprenøren kan fremme i henhold til NS 8405 punkt 28.1. Denne retten kan også betegnes som “adgang til å kreve avdragsbetaling” eller “fremdriftsbetaling”. Avdragskrav kan ikke likestilles med verken vederlagskrav eller å kontokrav.

Andre uttrykk eller begrep vil bli avklart underveis i oppgaven ved behov.

1.3. Avgrensninger

Standarden NS 8405 er ment å regulere forholdet mellom profesjonelle parter. I kontraktsforhold der den ene part er forbruker “vil en rekke av bestemmelsene komme i strid

med de ufravikelige bestemmelsene i håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova”.⁴ Oppgaven avgrenser derfor mot forbrukerentreprise.

Temaet for oppgaven er begrenset til foreldelse av den opprinnelig avtalte kontraktssum, og andre krav i kontraktsforholdet faller dermed utenfor. Dette er typisk krav på dagmulkt og krav om prisavslag eller erstatning som følge av mangler eller forsinkelse. Også krav på vederlag som følge av endringsarbeider faller utenfor.

Det avgrenses videre mot reglene om endringer i NS 8405 kapittel IV og om overtakelse og sluttoppgjør i kapittel VI, men momenter fra disse emnene kan likevel komme inn som bidrag til analyse og drøftelse.

Momenter og argumenter i en vurdering av når entreprenørens ytelse er levert i kontraktsrettslig forstand kan være relevant som bidrag til drøftelse av oppgavens rettslige problemstilling, men spørsmålet vil ikke bli selvstendig behandlet eller besvart.

Spørsmålet i oppgaven er videre begrenset til hvilken betydning adgangen til avdragsbetaling har for foreldelsesfristens utgangspunkt etter regelen i fl. § 3 nr. 1. Andre regler om fristutgangspunkt, samt regler om fristforlengelse og fristavbrudd, faller utenfor.

Endelig avgrenses det mot andre regelsett som gir samme rettsvirkning som foreldelse; ulovfestede regler om passivitet og oversittelse av relative og absolutte reklamasjonsfrister i NS 8405 og kontraktsretten forøvrig.

1.4. Fremstillingen videre

I det videre gis det i kapittel 2 et overblikk over rettskilder og metode som er relevant for oppgavens rettslige problemstilling.

Deretter, i kapittel 3, redegjøres det for Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s. 1476. Det foretas en analyse av dommen, og oppgavens sentrale rettslige problemstilling presiseres i lys av denne.

⁴ Marthinussen m.fl. s. 58.

I kapittel 4 gjøres det en tolkning av avdragskravets innhold og karakter som enten å kontokrav eller vederlagskrav, som er det sentrale for å vurdere gjeldende rett om hvilken betydning avdragskrav har for foreldelse av vederlag. Herunder vurderes bestemmelsen i NS 8405 punkt 28.1. etter sin ordlyd, sammenheng og system i kontrakten, forholdet til foreldelseslovens formål, prosessregler, prosessøkonomiske hensyn, praktiske hensyn, og synspunkter i juridisk teori.

Avslutningsvis i kapittel 5 gis en konklusjon om oppgavens tema og rettslige problemstilling.

2. Rettslig landskap - et overblikk

2.1. Foreldelsesloven

Foreldelseslovens anvendelsesområde følger av § 1, som i nr. 1 angir hva som er gjenstand for foreldelse etter loven:

“Fordring på penger eller andre ytelser foreldes etter reglene i denne lov når ikke annet er lovbestemt.”

Pengekrav er særskilt nevnt fordi dette er den typiske fordring, men gitt henvisningen også til andre ytelser kan det sluttet av lovens ordlyd at alle fordringer faller inn under lovens virkeområde.⁵ Begrepet fordring er ikke nærmere presisert i loven, men det er gitt ulike definisjoner i teorien. Kai Krüger definerer en fordring som “debitors forpliktelse overfor kreditor til å gjøre noe, unnlate å gjøre noe - eller tåle en interessekrenkelse som uten fordringen ville vært et rettsbrudd”.⁶

Den alminnelige foreldelsesfrist fremgår av fl. §§ 2 og 3 om fristens lengde og utgangspunkt. Etter § 2 er fristens lengde 3 år, og § 3 nr. 1 lyder:

⁵ Se også Røed s. 114.

⁶ Røed s. 115 med videre henvisning.

“Foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse.”

Det ligger i ordlyden “rett til” at det er tilstrekkelig at fordringshaver har en juridisk begrunnet rett til å kreve en fordring oppfylt. Etter loven er det ikke et vilkår for fristens start at fordringshaver kjenner til sin rett eller omfanget av den. Det er også presisert i forarbeidene at foreldelsesfristens utgangspunkt er objektivt bestemt, og at det er uten betydning om fordringshaver er forhindret fra å gjøre fordringen gjeldende.⁷

Bakgrunnen for regelens utforming er ifølge forarbeidene at i de tilfeller der forfall beror på fordringshavers påkrav, er det fordringshaver selv som bestemmer forfallstiden, og debitor kunne dermed “risikere at fordringen i prinsippet ble holdt løpende i ubegrenset tid” dersom forfall skulle danne utgangspunkt for fristen.⁸ Et av hovedhensynene bak foreldelsesinstituttet er “nettopp å sørge for normal avvikling av fordringer”.⁹ Det ville vært lite i tråd med dette hensynet dersom kreditor stadig kunne utsette oppgjøret ved å vente med å fremsette påkrav.

For gjensidig bebyrdende kontrakter bygger hovedregelen om når en fordringshaver kan kreve oppfyllelse på prinsippet om ytelse mot ytelse, som går ut på at partene skal yte samtidig.¹⁰ Ved realytelser vil fordringshaver ha rett til oppfyllelse av motytelse når hans ytelse er overlevert.¹¹ Han har da “rett til å kreve å få oppfyllelse”, jf. fl. § 3 nr. 1, og tidspunktet for levering blir utgangspunktet for kravets foreldelsesfrist. Også når ytelsen tar tid å prestere, er utgangspunktet at vederlaget først kan kreves når ytelsen er fullført.¹² Dette er likevel bare et utgangspunkt. I tråd med den grunnleggende avtalefriheten står kontraktsparter fritt til å avtale når oppgjør av vederlag kan kreves. Tidspunktet for når kreditor tidligst kan kreve oppfyllelse av vederlagskravet vil derfor bero på en konkret tolkning av stiftelsesgrunnlaget for fordringen.¹³

⁷ Ot.prp.nr.38 (1977-1978) Om Lov om forelding av fordringer s. 53.

⁸ Ot.prp.nr.38 s. 52.

⁹ Røed s. 51.

¹⁰ Prinsippet er et alminnelige obligasjonsrettslig prinsipp, og kommer til uttrykk i blant annet kjøpsloven §§ 10 og 49, avhendingslova § 5-5 og håndverkertjenesteloven § 37. Se også eksempelvis Giertsen, s. 12.

¹¹ Røed s. 157.

¹² Rt. 2013 s 1476 avsnitt 36 med videre henvisning.

¹³ Røed s. 148.

Når foreldelse inntreffer, faller fordringshavers rett på oppfyllelse bort, jf. fl. § 24. Hva man mister retten til oppfyllelse av beror på innholdet av den fordringen som er gjenstand for foreldelse. Hva som er fordringens innhold bygger på partenes avtale, og vil dermed fremgå av en tolkning av stiftelsesgrunnlaget.

2.2. NS 8405

Oppgavens utgangspunkt er en situasjon der NS 8405 regulerer forholdet mellom partene. Standarden er dermed stiftelsesgrunnlag for entreprenørens krav på vederlag, og hans krav på avdragsbetaling. Retten til avdragsbetaling fremgår av punkt 28 “Fremdriftsbetaling” som “fastlegger hvilken rett entreprenøren har til å foreta avdragsfakturerer underveis i prosjektet, på hvilket grunnlag dette kan gjøres, hvordan det skal gjøres og når det skal gjøres”.¹⁴ Punkt 28.1 lyder i sin helhet som følger:

“28.1. Avregning av kontraktssum og innestående

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 fakturabeløp et. 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.”

¹⁴ Marthinussen m.fl. s. 435.

2.3. Om tolkning av standardkontrakter

Avtaler skal som utgangspunkt tolkes i tråd med hva som er den mest rimelige eller nærliggende forståelsen, alle forhold tatt i betraktning.¹⁵ Som Høyesterett har formulert det, er “[d]et primære formål ved all kontraktstolking (...) å finne ut hva partene har ment”.¹⁶ Dersom det kan påvises en felles forståelse mellom partene, vil denne alltid være avgjørende.¹⁷

Ved tolkning av standardavtaler vil tolkning i tråd med partenes felles forståelse kunne by på vanskeligheter, fordi det sjelden vil “være tilfelle at partene har hatt noen bestemt og felles oppfatning av de ord og uttrykk som er benyttet”.¹⁸ Partene vil også typisk ha et fjernere forhold til avtaleteksten når en på forhånd utformet standardavtale vedtas å gjelde i sin helhet.¹⁹

Woxholth uttaler om tolkning av standardkontrakter at han “tror at det i praksis vil vise seg at det ofte vil være riktig å tolke standardvilkår objektivt med stor vekt på formålet og reelle hensyn”.²⁰ Dette finner støtte i en generell uttalelse fra mindretallet i Vegsalt-dommen, som gjaldt tolkning av forgjengeren til NS 8405, NS 3430²¹, hvor det sies at:

“Ved tolking av standardkontrakter, vil det være mindre rom for individuelle tolkingsmomenter, og jeg er enig i at det vil være nærliggende å legge stor vekt på ordlyden.”²²

Kaasen viser til et generelt problem når det gjelder utforming av standardkontrakter:

“Det er vanskelig å holde et konsistent grep om komplekse temaer - i diskusjonene dukker det opp isolert sett gode løsninger av enkeltelementer som ikke ivaretar helheten. Dette problemet er riktignok neppe mindre om kontrakten skulle forhandles

¹⁵ Giertsen s. 116.

¹⁶ Rt. 1993 s. 564 på s. 569.

¹⁷ Woxholth s. 403.

¹⁸ Hov s. 149.

¹⁹ Hov s. 174.

²⁰ Woxholth s. 439.

²¹ Marthinussen m.fl. s. 45.

²² Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 75.

*individuell. Men i standarddiskusjonene kompliseres det ytterligere ved at behovet for å finne kompromisser gjerne er ytterligere fremtredende og styrende. Det øker faren for en fragmentert tilnærming til sammenhengende problemstillinger.*²³

Kaasen uttaler også at:

*“God kontraktsjus kan hevdes å være den funksjonelle kontraktsjus - den som hjelper partene til deres mål med færrest mulig problemer.”*²⁴

Av dette kan det sluttet at fordi de enkelte problemstillinger i komplekse standardkontrakter inngår i en større sammenheng, bør de enkelte spørsmål også tolkes i lys av det systemet de inngår i for å sikre en løsning som gjør at kontrakten som helhet er funksjonell og best yter sitt formål.

2.4. Standardavtalens rekkevidde

Standardavtaler antas ofte å gi uttrykk for deklarasjonsrett på et område, og spesielt gjelder dette standardavtaler som er forhandlet frem mellom representanter for alle de berørte parter (“agreed documents”).²⁵ Standardavtaler kan sees som “privat lovgivningsvirksomhet”.²⁶ Som eksempel ble NS 3430 langt på vei ansett som uttrykk for deklarasjonsrett som kunne ha gjennomslagskraft også når en avtale mellom to parter ikke uttrykkelig var inngått i henhold til standarden.²⁷ Domstolenes vurdering av tolkningsproblemer i en standardavtale kan derfor få betydning for en hel bransje, og tydelige avklaringer i enkeltsaker vil være viktig for en langt bredere krets enn kun partene i saken.

²³ Kaasen s. 688.

²⁴ Kaasen s. 689.

²⁵ Hov 57 og Hov/Høgberg note 58 på s. 62.

²⁶ Hov s. 174.

²⁷ Hov/Høgberg note 58 på s. 62.

3. Rt. 2013 s. 1476

3.1. Faktiske forhold og saksgang

I juni 2006 ble det inngått avtale mellom Narvik kommune (kommunen) og Brødrene Kiil AS (Kiil) om at Kiil skulle utføre grunnarbeider for bygging av et nytt sykehjem. Det ble avtalt at NS 8405 skulle regulere forholdet partene imellom, og arbeidet skulle utføres basert på en enhetspriskontrakt.

I enhetspriskontrakter beregnes vederlaget ut fra en avtalt pris pr. mengdeenhet multiplisert med faktisk utførte mengder.²⁸ Betaling etter regning innebærer at entreprenøren skal ha "betalt for nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste", jf. NS 8405 punkt 31.1. I fastsumkontrakter er vederlaget fastsatt til en bestemt sum som inkluderer alt arbeid som skal utføres.²⁹ I praksis vil entreprisekontrakter inneholde elementer fra alle prinsipper for vederlagsberegning, og det er derfor sjeldent at vederlagskravet vil være endelig fastsatt selv om det skulle oppstå endringer som gir grunnlag for justeringer av vederlaget.³⁰

I april 2006 vedtok kommunen å utvide prosjektet med et byggetrinn 2 med to nye fløyer i sykehjemmet, og Kiil utvidet sitt engasjement til det nye byggetrinnet. Grunnarbeidene for byggetrinn 1 ble overtatt av kommunen i november 2006. Slutfaktura³¹ for dette byggetrinnet ble ikke betalt grunnet uenighet om mengdeoppjøret.

Grunnet uenighet om vederlagsmodell samt dokumentasjon for byggetrinn 2, unnløt kommunen også å betale to av tre avdragsfakturaer og slutfaktura for byggetrinn 2. Byggetrinn 2 ble overtatt av kommunen 22. november 2007. Kiil tok ut stevning mot kommunen 22. november 2010, akkurat tre år etter at byggetrinn 2 ble overtatt.

Kommunen ble frikjent og tilkjent saksomkostninger av Ofoten tingrett. Tingretten tok ikke stilling til spørsmålet om foreldelse av avdragskravene for byggetrinn 2, da de fant at Kiil hadde fått dekket sitt totale krav gjennom tidligere betaling.

²⁸ Marthinussen m.fl. s. 418.

²⁹ Marthinussen m.fl. s. 418.

³⁰ Marthinussen m.fl. s. 418-419.

³¹ NS 8405 punkt 33.1.

Kiil anket til Hålogaland lagmannsrett, som mente at kravet i avdragsfaktura 3 ikke var foreldet. Begrunnelsen bygget ikke på et standpunkt om at vederlagskravet først foreldes fra sluttoppgjør, men på intervallet for utsendelse av avdragsfakturaer, som var utslagsgivende grunnet små marginer mellom utsendelse av siste avdragsfaktura og sluttoppgjør. Forøvrig bygget retten på en forutsetning om suksessiv foreldelse av vederlagskrav.

Kiil anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse når det gjaldt synet på foreldelsesfristens utgangspunkt for vederlagskravet. Kommunen erklærte også avledet anke over rettsanvendelse hva gjaldt avdragsfaktura 3 og bevis, men spørsmålene er ikke relevante for oppgavens tema. Videre redegjørelse for partenes anførsler og Høyesteretts vurdering av spørsmålet vil også avgrense mot disse spørsmålene. Det redegjøres ikke for detaljer, men hovedlinjer i argumentasjon som er relevant for analysen av avgjørelsen og den sentrale rettslige problemstillingen i oppgaven.

3.2. Partenes anførsler for Høyesterett

3.2.1. Entreprenøren

Kiil tok i sine anførsler utgangspunkt i prinsippet om ytelse mot ytelse, og fastslo at det er sikker rett at realdebitor må prestere sin ytelse først. De viste så til NS 8405 punkt 32.6 om at det er byggherrens overtakelse av hele kontraktsarbeidet som gir entreprenøren rett til å kreve sluttoppgjør. Dette tidspunktet måtte også gjelde som utgangspunkt for foreldelsesfristen for de deler av kontraktssummen som ble krevd betalt etter hvert som utførelsen av arbeidet skjedde, eller kunne blitt det.

Videre argumenterte Kiil med at mangelsvurderingen først gjøres ved overtakelse, og at byggherren har rett til å fremme innsigelser mot sluttoppstillingen frem til betalingsfrist for sluttoppgjøret. For byggherren løper det dermed ingen foreldelsesfrist før ved sluttoppgjøret, og det samme bør gjelde for entreprenøren.

Kiil tok så opp noen praktiske utfordringer med løpende foreldelse. Suksessiv foreldelse vil etter ordlyden i fl. § 3 nr. 1 også gjelde det som det kunne vært krevd betaling for, og det ville by på måletekniske utfordringer å foreta løpende målinger for å avgjøre hva det til enhver tid

kunne vært krevd betaling for. Det ville i alle fall være vanskelig å fastslå i ettertid hva som til enhver tid kunne vært krevd og dermed når fristen begynte å løpe for de ulike beløpene.

De fremholdt også at inntil overtakelsen er alle krav av en foreløpig og betinget karakter. Dette ble begrunnet med at byggherren ikke godkjenner grunnlaget for kravene ved å betale dem, og fordi sluttoppstillingen, i tillegg til å oppgi alle fakturerte krav enten de er betalt eller ikke, skal inneholde alle krav entreprenøren mener å ha som ennå ikke er fakturert eller betalt.

Endelig anførte Kiil at de forfatterne i juridisk teori som går inn for en suksessiv foreldelse av vederlag ikke skiller tilstrekkelig mellom fremdriftsbetaling i entrepriserforhold og andre former for delbetaling i kontraktsforhold.

3.2.2. Byggherren

Kommunen tok utgangspunkt i foreldelsesloven § 3 nr. 1, som “oppstiller et objektivt kriterium som tar utgangspunkt i når fordringshaveren tidligst hadde teoretisk mulighet til å kreve å få betaling.”³² De mente at entreprenøren har slik mulighet straks det arbeidet som det kreves betaling for, er utført. De nevnte også at det ikke er et vilkår at kravet er uomstridt, og heller ikke at kravets størrelse er brakt på det rene når det er fordringshaver som skal avklare dette. De påpekte også at fl. § 3 nr. 1 ikke skiller mellom foreløpig og endelig betaling.

Kommunen anførte videre at risikoens overgang er irrelevant for fristens startpunkt, og at adgangen til avdragsbetaling er begrunnet i at byggherren etterhvert som arbeid utføres får tilført verdier som ikke kan reverseres. Bevis hensyn og hensynet til klarhet og forutberegnelighet tilsier at foreldelse løper fra det tidspunktet slik betaling kan kreves. Når det er avtalt fremdriftsbetaling, mente kommunen derfor at det skjer en suksessiv foreldelse av entreprenørens vederlagskrav etterhvert som arbeidet utføres.

Kommunen avviste juridisk teori og lagmannsrettspraksis som kilde til å si at foreldelse av hele kontraktssummen løper først fra sluttoppgjøret, ved å si at disse kildene i det stor og hele ikke gir støtte til et slikt synspunkt.

³² Avsnitt 28.

3.3. Høyesteretts behandling

3.3.1. Flertallets votum

Spørsmålet som først ble formulert av flertallet var “om krav på vederlag var 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”.³³

I sin drøftelse presenterte flertallet hovedregelen om ytelse mot ytelse, og at realyter må prestere sin ytelse før vederlag kan kreves. I dette ligger det et utgangspunkt om at entreprenøren kan kreve vederlag fra byggherren oppfylt når kontraktsarbeidet er fullført. Videre ble NS 8405 punkt 28.1 presentert som et unntak fra dette utgangspunktet. Problemstillingen ble så ytterligere presisert til å være “foreldelsesfristens utgangspunkt for det som det er eller kunne ha vært krevd fremdriftsbetaling for”.³⁴

Videre drøftelse knyttet seg til foreldelsesloven og den strenge linjen forarbeidene legger opp til ved anvendelse av regelen i fl. § 3 nr. 1 som sier at foreldelsesfristen “regnes fra den dag da fordringshaver tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse”. Flertallet oppsummerte sin tolkning slik:

*“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.”*³⁵

Flertallet tok så opp Kiils primære anførsel om at foreldelsesfristen for vederlag måtte løpe fra sluttoppgjøret. I vurderingen av anførselen uttalte førstvoterende at:

“Jeg innser at en foreldelsesfrist med utgangspunkt i overtakelsen, tillagt betalingsfristen for slutfakturaen, 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

³³ Avsnitt 1.

³⁴ Avsnitt 39.

³⁵ Avsnitt 44.

*avdragsbetaling for arbeid som alt er utført, før hele kontraktsarbeidet er avsluttet og skal overtas av byggherren.*³⁶

Flertallet vurderte og forkastet deretter flere mindre anførsler for at fristen løper fra sluttoppgjør, før førstvoterende tok opp at det er en “forutsetning at krav på slik betaling kan gi grunnlag for dom, slik at entreprenøren kan avbryte foreldelsesfristen ved søksmål, jf. foreldelsesloven § 15”.³⁷ Førstvoterende kunne ikke skjønne annet enn at dette er tilfellet. Det kunne ikke i seg selv være et hinder for søksmål “at det er tale om deloppfyllelse”.³⁸ At rettskraftvirkningene av en dom for avdragskrav, der det også er tatt stilling til innsigelser mot kravet, nok kan “komplisere gjennomføringen av sluttoppgjøret”, kunne ikke utgjøre et formelt hinder for saksanlegg.

Avslutningsvis viste førstvoterende til juridisk teori, som han mente med noen unntak synes ”å legge til grunn at avdragsbetaling i entrepriseforhold foreldes suksessivt etter hvert som retten til å kreve betaling oppstår”.³⁹ Etter denne drøftelsen ble det konkludert med 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”. Konklusjonen førte til at Kiils vederlagskrav for arbeid som ble utført lenger bak i tid enn tre år før stevning var falt bort.

3.3.2. Mindretallets votum

Annenvoterende dommer Matheson innledet sitt votum med å presentere sitt syn på avdragsnotaer etter NS 8405 punkt 28.1 som rene å kontokrav. Han mente at slike avregninger ikke kan danne grunnlag for foreldelse slik NS 8405 er innrettet.

Annenvoterende redegjorde for grunnlaget for sitt syn på “den karakter som krav om “avdrag av kontraktssummen” har etter kontrakten”.⁴⁰

³⁶ Avsnitt 46.

³⁷ Avsnitt 50.

³⁸ Avsnitt 50.

³⁹ Avsnitt 52.

⁴⁰ Avsnitt 64.

I vurderingen tok annenvoterende blant annet opp at det er likviditetshensyn som gjør at entreprenøren har behov for betaling underveis. At eiendomsovergangen skjer suksessivt etter NS 8405 punkt 40 er resultatet av en avveining av begge parter behov for sikkerhet for sine ytelser. Mindretallet mente at fremdriftsbetaling på grunnlag av det som er utført ikke kunne likestilles med delbetaling, ettersom NS 8405 punkt 32 fastslår at overtakelse skjer samlet for hele kontraktsarbeidet med mindre delovertakelse er blitt særskilt avtalt og gjennomført i en egen overtakelsesforretning, jf. punkt 32.7.

Videre viste annenvoterende til at avdragskrav “ikke er ment å være et endelig uttrykk for størrelsen på det krav entreprenøren har på hvert enkelt tidspunkt”,⁴¹ og at avdragsbetaling ikke avskjærer entreprenøren fra å fremme ytterligere krav for den samme avdragsperiode eller arbeider som er avregnet i vedkommende faktura. Videre tok han opp at selv om punkt 28.1, jf. 28.3, stiller som vilkår for avdragsbetaling at entreprenøren dokumenterer fremdriften, er det ingen mekanismer som sikrer at dokumentasjonen er nøyaktig.

Annenvoterende berørte også spørsmålet om hvordan fristens utgangspunkt i fl. § 3 nr. 1 forholdt seg i situasjoner der avtalen mellom partene måtte 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”,⁴² og konstaterte at dette ikke kan føre til at det gjelder et to-sporet system med én foreldelsesfrist for ufakturert arbeid og én for arbeid det er krevd avdragsbetaling for.⁴³

Etter annenvoterendes syn viste denne gjennomgangen at:

“[R]etten 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.”⁴⁴

⁴¹ Avsnitt 68.

⁴² Avsnitt 73.

⁴³ Avsnitt 73. Se også kapittel 4.7.

⁴⁴ Avsnitt 75.

Annenvoterende tok så opp de rettskraftproblemer som løpende foreldelse ville by på. Det ble særlig vist til at dersom entreprenøren blir tvunget til å innlede prosess mot byggherren for å unngå foreldelse, vil eventuelle oppjusteringer av krav for arbeid i en viss periode, som ellers kunne vært justert ved sluttoppgjør, måtte fremmes for domstolene når kravet om fremdriftsbetaling behandles. Det samme ville gjelde byggherrens innsigelser mot kravet, som også ellers ville kunne vente til sluttoppgjøret. Også krav til individualisering av tid og omfang av arbeid ble trukket frem som en utfordring.

Med bakgrunn i dette uttalte annenvoterende i en oppsummering at:

”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.”⁴⁵

Annenvoterende kom dermed til at entreprenørens rett til vederlag for sine ytelser først kunne kreves oppfylt ved sluttoppgjøret, slik at foreldelsesfristen også løp fra dette tidspunktet.

3.4. Sammenligning og analyse

3.4.1. Sammenligning av flertallets og mindretallets votum

Flertallet kom i sin drøftelse til at krav på avdragsbetaling foreldes suksessivt underveis i kontraktsperioden, etter hvert som entreprenøren kan kreve avdrag. Dette er i tråd med ordlyden i fl. § 3 nr. 1 om at fristen regnes fra den dagen da fordringshaver tidligst kan kreve oppfyllelse av et krav.

⁴⁵ Avsnitt 78.

Virkningen av avgjørelsen om at avdragskravene var foreldet, var at Kiil mistet sin rett til vederlag for arbeid som var utført mer enn tre år før foreldelsesfristen ble brutt ved stevning. Flertallet problematiserte imidlertid ikke hva som blir virkningen av at et avdragskrav foreldes.

Virkningen av foreldelse er at man mister retten til oppfyllelse av det man har krav på, jf. fl. § 24. At foreldelse av avdragskrav innebærer bortfall av vederlagskrav må derfor bygge på en forutsetning om at retten til avdragsbetaling også gir entreprenøren et krav på vederlag for en korresponderende del av kontraktsarbeidet. Denne forutsetningen om avdragskravets innhold er uttalt lagt til grunn av flertallet uten videre drøftelse av kravets karakter.

Mindretallet foretok derimot en nærmere vurdering av avdragskravets karakter, og kom til at avdragskrav er rene å kontokrav, slik at det først er ved sluttoppgjøret at retten til oppfyllelse av kjøpesummen “manifesterer seg i foreldelseslovens forstand”.⁴⁶ Noen av de samme argumentene flertallet vurderte og forkastet som grunnlag for å gjøre unntak fra foreldelsesloven, ble brukt som momenter i vurderingen. Annenvoterende fremholdt særlig rettskraftsproblematikken og entreprisekontraktens system som grunnlag for at avdragskrav har karakter av å være å kontokrav.

Mindretallet gjorde ikke unntak fra foreldelseslovens regel om fristens utgangspunkt når det gjelder vederlagskravet, i det de mente at kravet på vederlag først kan kreves oppfylt ved sluttoppgjøret.

3.4.2. Diskusjon i det juridiske miljøet etter publisering av dommen

Diskusjon i det juridiske miljøet i etterkant av publisering av dommen belyser nærmere hva som var grunnlaget for fraksjonenes ulike oppfatning av foreldelsesfristens utgangspunkt for vederlagskrav.

⁴⁶ Avsnitt 75.

Høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy⁴⁷ mener at flertallet blander ulike begrep når det snakkes om foreldelse av à kontokrav. Han skriver i sin kommentar til dommen i Lov og Rett:

“Etter min oppfatning blander flertallet her ulike kravbegrep. Det at krav på à konto-betaling er gjenstand for foreldelse, er i prinsippet riktig. På samme måte som rettskraftsvirkningen av en dom om et à konto-avdrag er begrenset til hvorvidt vilkårene for å kreve à konto-betaling var oppfylt, må imidlertid foreldelsen av et krav på à konto-avdrag være begrenset til å gjelde retten til à konto-oppgjør. Foreldelse av et à konto-avdrag kan ikke ha noen betydning for det totale vederlagskravet. Om retten til å kreve et à konto-beløp er foreldet, vil det således bare føre til at slutfakturaen blir tilsvarende høyere.

Det er vel neppe noen som vil protestere mot denne løsningen i tilfeller hvor det er avtalt à konto-betalinger over kontraktperioden med en bestemt prosent av kontraktssummen hver gang. Løsningen må imidlertid være den samme i tilfeller hvor à konto-beløpene er knyttet til fremdriften av kontraktsarbeidene. Krav på betaling à konto springer ut av, men er av en helt annen karakter enn vederlagskravet.”⁴⁸

Han skriver også at:

“Det er ikke tvilsomt at et à konto-avdrag som ikke blir betalt til avtalt tid, kan inndrives rettslig, men spørsmålet er om realdebitor må gjøre dette for å forhindre foreldelse. Dette henger sammen med hva som blir rettskraftig avgjort i en sak om et à konto-avdrag.

Den materielle rettskraft er begrenset til det krav som var søksmålgjenstand i saken. Hva som er samme krav, må avgrenses etter de samme regler for foreldelse som for litispensens og rettskraft, jf. Rt. 1998 s. 1042 på s. 1058–1060. Det som blir

⁴⁷ Skoghøy var ikke blant dommerne som behandlet saken i Rt. 2013 s. 1476.

⁴⁸ Skoghøy s. 188.

rettskraftig avgjort i en tvist om betaling av et à konto-beløp, er bare hvorvidt vilkårene for å kreve à konto-avdrag er oppfylt.”⁴⁹

Hans Fredrik Marthinussen svarer Skoghøy i en replikk i samme tidsskrift:

“Skoghøy fremstiller i sin artikkel høyesterettsavgjørelsen som et spørsmål om virkningen av at et à konto-krav foreldes, og at Høyesteretts flertall har misforstått denne rettsvirkningen. Jeg leser imidlertid flertallet slik at det bygger sin argumentasjon på at det ikke foreligger et à konto-krav. Flertallet bruker ikke terminologien “à konto” ett eneste sted, men omtaler tvert i mot konsekvent “avdrag” i tillegg til formuleringen i selve standardkontrakten (NS8405): “fremdriftsbetaling”. Særlig tydelig blir det at flertallet har lagt til grunn at det ikke dreier seg om et à konto-krav, når mindretallets votum innledes slik:

“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 à kontokrav.”

Hovedskillet mellom flertallets og mindretallets begrunnelse knyttes altså nettopp til selve karakteristikken av kravet. Det er ikke mange som vil være uenig i det Skoghøy skriver om at foreldelse av rett til à konto-betaling ikke kan medføre at også kravet som à konto-betalingen senere skal avregnes mot, foreldes.”⁵⁰

Senere i replikken uttaler Marthinussen videre at han “(...) mener flertallet (...) tydelig legger til grunn at det i realiteten dreier seg om en avdragsbetaling.”

3.4.3. Analyse av avgjørelsen

På grunnlag av gjennomgangen i punkt 3.4.1 og 3.4.2 kan det konkluderes med at når et krav om à kontooppgjør foreldes, påvirkes ikke det totale vederlagskravet. Foreldelse av et à kontokrav innebærer kun at retten til å kreve oppgjør à konto faller bort, og at beløpet på slutfakturaen blir tilsvarende høyere.

⁴⁹ Skoghøy s. 187.

⁵⁰ H.F. Marthinussen, LoR s. 438-439.

Videre er det ikke grunnlag for å si at mindretallet er uenig med flertallet i at det ikke bør gjøres unntak fra foreldelseslovens regel om fristens utgangspunkt. Foreldelsesfristen for avdragskrav må derfor løpe fra tidspunktet da det var adgang til å kreve avdragsbetaling, som etter punkt 28.1 er “etter hvert som utførelsen skjer”.

Uenigheten mellom de to fraksjonene knytter seg altså ikke til tolkning eller anvendelse av foreldelsesloven § 3 nr. 1. Uenigheten ligger i hva som blir virkningen av at et avdragskrav foreldes.

Som nevnt i kapitlene 2.1 og 3.4.1 er virkningen av foreldelse at man mister retten til oppfyllelse av den fordringen som er foreldet, så den konkrete konsekvensen for fordringshaver beror på hva som er innholdet av den foreldede fordringen. Når flertallet kommer til at virkningen av foreldelse av avdragskrav er at entreprenøren mister sin rett til oppfyllelse av vederlag, bygger det dermed implisitt på en oppfatning om at avdragskravets innhold nettopp er rett til vederlag. Med andre ord kan det sies slik at når flertallet mener tidspunktet for oppfyllelse av avdragskrav danner utgangspunktet for vederlagkravets foreldelse, bygger det på en oppfatning om at adgangen til å kreve avdrag gir entreprenøren rett til å kreve oppfyllelse av en korresponderende del av vederlaget for kontraktsarbeidet, i og med at det er denne retten som faller bort når avdragskravet foreldes.

Midretallets oppfatning, at sluttoppgjøret danner utgangspunktet for fristen, bygger derimot implisitt på en oppfatning om at retten til avdragsbetaling ikke er en rett til å motta vederlag.

På bakgrunn av dette kunne en mer presis problemstilling for Høyesterett vært hva som blir virkningen av at krav på avdragsbetaling foreldes. I dette ligger en vurdering av om kravet er et krav på vederlag for en erlagt ytelse eller om det er et krav på å kontobetaling i påvente av at vederlagskravet blir oppgjørsmodent.

En annen måte å vurdere spørsmålet på kunne vært å presisere problemstillingen til når foreldelsesfristen løper for entreprenørens vederlagskrav. Også her ville man naturlig måttet gå inn i en drøftelse av om avdragskravene utgjør flere mindre krav på vederlag underveis, eller om disse kun er å kontokrav i påvente av at vederlagskravet kan kreves oppfylt ved sluttoppgjøret. Flertallet reiste en variant av denne problemstillingen, men vurderte så foreldelse av avdragskrav uten å først drøfte avdragskravets innhold.

Uansett innfallsvinkel er det sentrale spørsmålet om kravet på avdrag utgjør et vederlagskrav eller et å kontokrav. Spørsmålet om hva som er kravets innhold og karakter besvares gjennom tolkning av kravgrunnlaget, som er NS 8405 punkt 28.1. En slik tolkning har mindretallet foretatt, mens flertallet har forutsatt svaret. Det er også dette de to fraksjonene er uenige om.

Diskusjonen om hvordan det påvirker fristens utgangspunkt for vederlagskrav at det er adgang til å kreve avdrag dreier seg altså ikke om hva som er mest hensiktsmessig eller hvorvidt det bør gjøres unntak fra foreldelsesloven. Det avgjørende for om adgangen til å kreve avdrag fører til at fristen for å kreve vederlag begynner å løpe, er om denne adgangen innebærer en rett til å få vederlagskravet oppfylt suksessivt eller ikke. Imidlertid kan hensiktsmessigheten ved å definere kravet som det ene eller det andre komme inn i vurderingen som en indikasjon på hva forfatterne av avtalen har ment å definere kravet som, og hvilken tolkning som gjør at kontrakten best yter sitt formål. Hvilken oppfatning kravgrunnlaget gir best støtte til, skal i det videre vurderes i kapittel 4.

4. Avdragskravets karakter: Vederlag eller å konto?

4.1. NS 8405 punkt 28.1

4.1.1. Ordlyd

Punkt 28.1 første ledd lyder:

“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.”

Det gis i første setning en rett for entreprenøren til å “kreve avdrag av kontraktssummen”. At det kan kreves et avdrag sier i seg selv ikke så mye om avdragskravets innhold eller karakter. Etter andre setning kan avdragene imidlertid kreves “på grunnlag av det som er utført”.

Ordlyden i første og andre setning sammenholdt skulle tilsi at grunnlaget for kravet bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse; det er utført arbeid, og dermed kan det kreves et vederlag for dette. Grunnlaget for fremdriftsbetaling synes dermed å være som for slutfakturaen, at det er utført og levert et arbeid som entreprenøren har rett til å kreve oppfyllelse av betaling for.

Andre ledd lyder:

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

Dette gir ikke noe spesielt til vurderingen av kravets karakter, men angir terminer for den suksessive foreldelse. Det var gjennom saksgangen i Rt. 2013 s. 1476 diskutert om dette relaterer seg til den 1. i hver måned eller kun angir et tidsintervall med valgfri startdato, men dette faller utenfor diskusjonen her.

Tredje ledd lyder:

“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.”

Første setning fastslår at selv om byggherren betaler fakturaens beløp til entreprenøren, har han ikke med det godtatt at entreprenøren har rett til det angitte beløpet som betaling for de arbeider, materialer som er oppgitt som grunnlag for fakturaen. Dette innebærer en rett for byggherren til å komme med innsigelser mot grunnlaget også etter betaling, og andre setning bygger på en slik rett. Dette indikerer at avdragsbetalingene har et midlertidig preg, ettersom eventuelle innsigelser kan medføre senere nedjustering av beløpet for en viss periode. Det betyr også at det på betalingstidspunktet ikke nødvendigvis er korrelasjon mellom entreprenørens ytelse og byggherrens betaling.

Fjerde og femte ledd lyder:

“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.”

Når det gjøres et fratrekk på 10 prosent i det beløpet entreprenøren mener å kunne fakturere på bakgrunn av utført arbeid i en periode, vil det ikke være fullstendig korrelasjon mellom entreprenørens ytelser og byggherrens betaling på betalingstidspunktet.

Oppsummert tilsier ordlyden i første ledd at entreprenørens krav på avdragsbetaling bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse, som trekker i retning av at kravet har karakter av å være vederlag for utført arbeid og det som er tilført byggeplassen. Slik fremstår betalingene som delvis oppgjør av vederlag innen en større kontrakt. Tredje til femte ledd justerer inntrykket ved at betalingen for entreprenørens ytelse en viss periode ikke nødvendigvis er endelig, og at det ikke nødvendigvis er korrelasjon mellom utført ytelse og betaling. Både adgangen til senere justering og fratrekket gjør at betalingen får mindre karakter av et isolert deloppgjør.

Dersom kontraktsforfatterne hadde en klar formening om hva avdragskravet innebar, kunne ordlyden formidlet dette. Bestemmelsen kunne eksempelvis angitt at “byggherren skal yte vederlag for utført arbeid” eller at “entreprenøren kan kreve oppfyllelse av vederlag etter hvert”. Dersom avdragene var ment som å konto kunne bestemmelsen sagt at entreprenøren “kan kreve å kontobetaling”. Når det ikke er valgt en klarere formulering, kan spørsmålet om kravets karakter ikke løses på bakgrunn av det konkrete kravgrunnlag alene, men det må sees i sammenheng med sitt formål og den kontrakten det inngår i.

I det videre behandles kommentarene til punkt 28.1 kategorisert etter samme oppsett som i NS 8405 med kommentarer.⁵¹

4.1.2. Virkeområde og behovet for bestemmelsen

Det fremgår i kommentarene at “[a]dgangen til å kreve avdragsbetaling skal først og fremst ivareta entreprenørens likviditetsbehov.”⁵² Dette viser at det er hensynet til entreprenørens

⁵¹ Marthinussen m.fl.

⁵² Marthinussen m.fl. s. 438.

likviditetsbehov som er grunnlaget for avdragsbetalingen, ikke i første rekke et prinsipp om rett til å kreve betaling for utført ytelse. Når entreprenøren av likviditetshensyn gis en rett til å motta avdrag underveis, er det rimelig at byggherren gis en viss sikkerhet for at han må ut med dette beløpet før ytelsen er fullført. Det følger også av kommentarene at:

”For alle alternative former for avdragsbetaling må det være en viss sammenheng mellom det som faktureres og det som er produsert. Dersom det ikke var en slik sammenheng, ville det bli et større element av forskuddsbetaling enn det partene har forutsatt. Dette ville i så fall kunne øke byggherrens risiko for tap.”⁵³

Byggherrens sikkerhet tross entreprenørens rett til å kreve avdrag ivaretas altså ved at det kreves en viss sammenheng mellom utført arbeid og krevd beløp. Kontrakten har flere mekanismer som bygger på balansering av risikoen. Innestående beløp gir en margin for sammenhengen i byggherrens favør, eiendomsrettens suksessive overgang etter NS 8405 punkt 40⁵⁴ sikrer byggherren dekning for sine kreditorers krav, og heving av kontrakten i henhold til punkt 39.1 gjelder kun for fremtidig arbeid.⁵⁵

Dette viser at kontrakten er utarbeidet for å ivareta hensynet til begge parter og fordele risikoen mellom dem. Det ville forrykke balansen i kontrakten dersom entreprenøren står i fare for å miste sin rett til vederlag allerede før kontraktperioden er avsluttet. De mekanismene som er ment veie opp for den risikoen byggherren påføres ved avdragsbetalinger, kan ikke være ment å tippe vektskålen så langt i andre retning at entreprenøren stiller dårligere enn om han ikke ble gitt adgang til å kreve avdragsbetaling i utgangspunktet.

4.1.3. Grunnlaget for avdragskravet

Avdragenes grunnlag skal være “omfanget av de arbeidene som er utført, og det som er tilført byggeplassen av materialer og varer som skal innbygges”.⁵⁶ Med utført arbeid menes resultatet av entreprenørens innsats i avdragsperioden, både i form av arbeidsinnsats og

⁵³ Marthinussen m.fl. s. 439.

⁵⁴ Eiendomsrettens overgang behandles særskilt i kapittel 4.2.4.

⁵⁵ Marthinussen m.fl. s. 648.

⁵⁶ Marthinussen m.fl. s. 439.

materialer og utstyr.⁵⁷ Dette er en presisering av det som følger av ordlyden i punkt 28.1 første avsnitt, som er behandlet i kapittel 4.1.1.

At grunnlaget for betaling skal være utført arbeid gjelder uansett hvordan vederlaget er fastsatt, så “[s]elv om vederlaget for den aktuelle ytelsen er avtalt som en rundsum, kan entreprenøren kreve utbetalt deler av summen i takt med utførelsen av arbeidene”.⁵⁸ For det tilfellet at kontraktssummen er avtalt som en rundsum, “må det fastsettes skjønnsmessig hvor stor del av arbeidene som er utført”.⁵⁹

Det er presisert i kommentarene at:

“Ikke sjelden vil en enhetspris i kontrakten omfatte mange arbeidsoperasjoner og forskjellige typer materialer. Selv om hele arbeidsoperasjonen ikke er avsluttet, vil entreprenøren kunne kreve avdrag på grunnlag av den forholdsmessige del av ytelsen som er utført. Bestemmelsen inneholder ingen begrensninger i så måte.”⁶⁰

Arbeid som i praktisk sammenheng kan defineres og isoleres som én del av en større kontrakt, trenger altså ikke defineres som én del i betalingssammenheng. Det kan faktureres en forholdsmessig del av en arbeidsoperasjon, og beløpet vil da også måtte fastsettes skjønnsmessig.

At avdragene fastsettes mer eller mindre skjønnsmessig gir betalingen mindre preg av å være vederlag i tråd med ytelse mot ytelse-prinsippet. At entreprenøren i tillegg kan fakturere for arbeidsoperasjoner som ikke er avsluttet og kan defineres som en avgrenset del av prosjektet gjør også at kravene fremstår mindre som delbetalinger som ellers kan oppfattes som vederlag.

⁵⁷ Marthinussen m.fl. s. 440.

⁵⁸ Marthinussen m.fl. s. 439.

⁵⁹ Marthinussen m.fl. s. 440.

⁶⁰ Marthinussen m.fl. s. 440.

Partene kan også avtale at avdrag skal faktureres i henhold til en forhåndsbestemt betalingsplan som bygger på prosjektets fremdriftsplan, og avdrag kan også bygge på “forhåndsfastsatte à konto-betalinger ved oppnåelse av angitte produksjonsstadier”.⁶¹

Skoghøy nevner en modell hvor det er “avtalt à konto-betalinger over kontraktperioden med en bestemt prosent av kontraktssummen hver gang”.⁶² At det ikke påvirker det totale vederlagskravet at retten til et slikt à kontobeløp foreldes, er det “vel neppe noen som vil protestere mot”, sier Skoghøy, og får tilslutning av Marthinussen i hans replikk.⁶³ Skoghøy mener løsningen må være den samme selv om beløpene er knyttet til fremdriften i kontraktsarbeidene. Resonnementet er at virkningen av at à kontokrav foreldes ikke kan avhenge av om kravet beregnes på den ene eller andre måte. Forutsetningen er imidlertid at avdragskravet utgjør et à kontokrav, og slik sett gir det ikke noe direkte til vurderingen av kravets karakter.

Skoghøys poeng er likevel illustrerende fordi avdragskravets svake tilknytning til ytelse mot ytelse-prinsippet blir tydeligere hvis avdragene bygger på en forhåndsavtalt plan for betaling av prosentandeler. I det tilfellet ville det virke kunstig å anse betalingen som vederlag knyttet til en bestemt utført ytelse. Dersom det skulle gjelde ulike regler for virkningen av foreldelse av et avdragskrav avhengig av om de bygger på prosentandeler eller faktisk utført arbeid ville virket svært vilkårlig og lite forutberegnelig for begge parter. Dette trekker i retning av at krav på avdragsbetaling etter sitt formål og grunnlag bør anses som à kontokrav og ikke krav på vederlag.

Et nyanserende moment i denne sammenheng er at uansett hvordan avdragene er lagt opp og hva de bygger på, må det være en viss sammenheng mellom den ytelsen entreprenøren har prestert og avdragsbetalingen. Som nevnt i kapittel 4.1.1. gjelder dette for alle alternative former for avdragsbetaling. Entreprenøren kan ikke fortsette å kreve samme avdrag dersom det oppstår forsinkelse i fremdriften. Dette ville forrykke balansen og fordeling av risiko mellom partene. Ettersom betalingene stort sett korresponderer med presterte ytelser, vil betalingen ha en viss tilknytning til ytelse mot ytelse-prinsippet uavhengig av grunnlaget for beregning av beløpet på avdragsfakturaen.

⁶¹ Marthinussen m.fl. s. 439.

⁶² Skoghøy s. 188.

⁶³ H.F. Marthinussen, LoR s. 439.

Om alternative likviditetsordninger

Bakgrunnen for anledningen til fremdriftsbetaling er entreprenørens behov for likviditet underveis i prosjektet. Avdragsbetalinger i takt med utført arbeid er en praktisk løsning i kontraktsforhold der det uansett skal skje en formuesoverføring fra byggherre til entreprenør på et tidspunkt. Men som diskutert over kan det også avtales alternative former for avdragsbetaling. I teorien kan det også tenkes løsninger der den klassiske løsningen på likviditetsbehovet erstattes med noe helt annet enn løpende utbetalinger fra byggherren. Entreprenøren kunne selv sikret tilførsel av kapital gjennom lån eller investering, eller en større aktør kunne hatt nok ledig kapital i eget selskap til å dekke behovet for likviditet frem til vederlag kunne kreves av byggherren ved slutført oppdrag. Partene ville stått fritt til å avtale et tillegg i entreprenørens vederlag som godtgjørelse for at entreprenøren tok en slik likviditetsbelastning. En annen tenkelig løsning er en separat privat låneavtale mellom byggherre og entreprenør, hvor entreprenørens tilbakebetaling av lånet senere kan motregnes i hans krav mot byggherren for utførte arbeider. Dersom entreprenørens likviditetsbehov ble dekket på annet vis, kunne han frasagt seg retten til avdragsbetaling på avtaletidspunktet, og hans rett til betaling for levert ytelse ville naturlig fulgt hovedregelen om at realdebitor først kan kreve vederlag når hans ytelse er overtatt av byggherren etter punkt 32.⁶⁴ I dette tilfellet ville kontrakten ikke kunne gi grunnlag for å si at entreprenøren hadde “rett til å kreve å få oppfyllelse”, jf fl § 3 nr. 1, av sitt vederlagskrav på et tidligere tidspunkt. I disse tilfellene ville spørsmålet om foreldelsesfristens utgangspunkt for vederlagskrav eller virkningen av foreldelse av avdrag aldri oppstått.

Disse løsningene er neppe praktiske eller nødvendigvis økonomisk gunstige for partene. Etter NS 8405 punkt 40 ville eiendomsretten til kontraktsarbeidet uansett gått over til byggherren etterhvert som det ble ferdigstilt, og det ville stilt entreprenøren i en usikker posisjon dersom hans løpende utgifter med arbeidet var dekket av lån eller investering fra en tredjepart. Det kunne riktignok vært avtalt annen sikkerhetsstillelse fra byggherren, men det ville fortsatt vært et større usikkerhetsmoment i tilfelle konflikt. Eksemplene illustrerer imidlertid at løsningen for entreprenørens likviditetsbehov rettslig sett kan løsrives fra byggekontrakten forøvrig. Den løsningen på likviditetsbehovet som er valgt i standarden bygger først og fremst på praktiske hensyn, ikke rettslige. Dersom krav på avdragsbetaling må antas å ha den rettslige merkelappen vederlagskrav, med den virkningen av foreldelse det medfører, kan entreprenøren bli nødt til å gå til rettslige skritt midt i et byggeprosjekt for å inndrive krav på betaling for arbeid som ikke engang er ferdigstilt etter kontrakten. Da kan det kanskje likevel virke mer hensiktsmessig å frasi seg retten til avdragsbetaling for å unngå de praktiske og rettslige problemene en domstolsbehandling av kravet medfører.⁶⁵

⁶⁴ NS 8405 punkt 32 er nærmere behandlet i kapittel 4.2.2.

⁶⁵ Disse problemstillingene er nærmere behandlet i kapittel 4.4.

4.1.4. Om godkjennelse av fakturagrunnlag og innsigelser

Det fremgår uttrykkelig av ordlyden i punkt 28.1 at byggherren ikke godtar avdragsfakturaen eller grunnlaget for den ved å betale. Om dette har Skoghøy uttalt at “[h]vilket vederlagskrav realdebitor totalt har krav på, skal avklares ved sluttoppgjøret”.⁶⁶

Av kommentarene fremgår det at:

“Hensynet bak denne regelen er at byggherren ikke har full oversikt over arbeidene under byggeperioden og at betalingens størrelse av og til vil bero på skjønn over hvor mye som er utført. Det vil være upraktisk at han skal måtte kontrollere alle detaljer før han kan betale en faktura i byggetiden. Reglene om avdragsbetaling er ikke forutsatt å skulle være et endelig oppgjør for noen del av arbeidene. Slik endelig avregning skal først skje ved slutfaktureringen.

Utsendelse av faktura og mottak av betaling avskjærer heller ikke entreprenøren fra å fremme nye krav mot byggherren på grunnlag av det arbeidet som danner grunnlaget for vederlagskravet. Entreprenøren har ikke noen plikt til å foreta avregning av alt som er utført.”⁶⁷

Her går avdragskravets skjønnsmessige og midlertidige karakter igjen, og det presiseres og underbygges igjen at betalingene ikke er endelig oppgjør for noe arbeid som er utført. Dette viser at adgangen til avdragsbetaling inngår i et større system der nye krav kan fremmes, og tidligere krav kan nedjusteres, avregnes og motregnes, helt frem til avtaleforholdet skal avsluttes.

Uttrykket “endelig oppgjør” kan motsetningsvis tilsi at det skjer et deloppgjør eller foreløpig oppgjør. At betalingene omtales som oppgjør, trekker i retning av at de må anses som vederlagskrav. Videre blir begrepet “vederlagskravet” brukt. Dette er en indikasjon på at kravet er ment som nettopp et vederlagskrav. Imidlertid blir også å kontobetaling omtalt som

⁶⁶ Skoghøy s. 187.

⁶⁷ Marthinussen m.fl. s. 442.

en alternativ avdragsbetalingsordning andre steder i kommentarene,⁶⁸ og det kan dermed ikke utledes med sikkerhet om begrepsbruken er overveid eller ment å indikere noe om kravets karakter.

Avslutningsvis i avsnittet om godkjenning og innsigelser i kommentarene heter det at:

“Betaling av faktura for annet vederlag etter pkt. 28.2, som er fakturert fullt ut, må anses som endelig betaling.”⁶⁹

Slikt “annet vederlag” er “[e]ndringsarbeider og regningsarbeider etc”, jf. punkt 28.2.

Betaling for arbeider etter punkt 28.2 er behandlet i eget kapittel i kommentarene, så det er av interesse at dette er plassert som en kommentar til punkt 28.1 som en motsetning til krav etter dette punktet. Endringsarbeider og timesarbeider må entreprenøren fakturere fullt ut for, og kravet anses oppgjort ved betaling. I motsetning til for avdragsbetalinger etter punkt 28.1 er det altså ikke anledning til å fremme ytterligere krav for samme periode eller på grunnlag av samme arbeid. Dette viser et tydelig skille og setter avdragsbetalinger etter punkt 28.1 i en egen kategori. Dette vil bli mer utførlig drøftet i kapittel 4.2.1.

4.1.5. Innestående beløp

Om det innestående beløpet som trekkes av avdragsgrunnlaget for avdragsfakturaene, står det i kommentarene at:

“Uttrykket «innestående beløp» er misvisende. Det er ikke et beløp som står på egen konto eller på andre måter er skilt ut eller sperret. Faktisk fakturerer entreprenøren mindre (et lavere beløp) enn det produksjonsvolumet skulle tilsi.”⁷⁰

En løsning for tilleggssikkerhet kunne vært å sette deler av beløpet fra hver avdragsbetaling på en sperret konto, til beløpet på kontoen utgjorde 5 prosent av kontraktssummen. Det beløpet entreprenøren fakturerte ville dermed korrespondere i større grad med utført arbeid, men deler av betalingen ville blitt holdt sperret som sikkerhet for byggherren. Kontraktens

⁶⁸ Se kapittel 4.1.3.

⁶⁹ Marthinussen m.fl. s. 442.

⁷⁰ Marthinussen m.fl. s. 444.

løsning er derimot en som gjør at det er mindre grad av korrelasjon mellom utført arbeid og betalt beløp. Dette tilsier at avdragskrav bærer mindre preg av vederlag, og større preg av å konto.

Ettersom entreprenøren ikke har anledning til å fakturere det innestående beløpet før ved sluttoppgjøret, er det da han har “rett til å kreve oppfyllelse” av vederlaget for de arbeidene som ligger til grunn for 10 prosent av beløpet på avdragsfakturaen. At oppgjørstiden for vederlag for enkelte deler av arbeidet uttrykkelig er satt til sluttoppgjøret kan tilsi at det som motsetning gjelder et tidligere tidspunkt for oppfyllelse av vederlag for øvrig arbeid som ligger til grunn for avdragsbeløpet.

På den annen side er dette neppe avgjørende for å definere kravets karakter av enten vederlagskrav eller å kontokrav, ettersom regelen regulerer adgangen til og tidspunktet for *fakturering*, som skjer uansett type krav. På den måten kan man likegodt se regelen om innestående som en regulering av hvor stort beløp entreprenøren kan kreve som å kontoinnbetaling.

4.2. Entreprisekontraktens system og sammenheng

For en bredere og formålsrettet tolkning av kravets karakter sees adgangen til å kreve avdrag i det følgende i lys av andre bestemmelser i kontrakten som er særlig relevante for forståelsen av NS 8405 punkt 28.1.

4.2.1. Forholdet til punkt 28.2 “Avregning av annet vederlag”

Punkt 28.2 lyder:

“Endringsarbeider og regningsarbeider etc. faktureres som egne fakturaer når de er ferdigstilt. Kravene faktureres fullt ut. Ved arbeider av lengre varighet kan entreprenøren kreve avdrag på grunnlag av det som er utført, men ikke oftere enn hver måned.

Avtalte lønns- og prisendringer kan avregnes hver måned og skal faktureres som egne fakturaer.”

Bestemmelsen angir avregningsmåte for annet vederlag enn kontraktssummen. Regelen er at disse arbeidene skal faktureres “fullt ut” når de er ferdigstilt. Endringsarbeid og regningsarbeid er ytelser adskilt fra det opprinnelige kontraktsarbeidet og utføres parallelt, og bestemmelsen speiler den alminnelige hovedregel om at realdebitor kan kreve vederlag for sin ytelse når den er prestert.⁷¹

I kommentarene står det at:

“Når bestemmelsen angir at de arbeider bestemmelsen omfatter skal faktureres når de er ferdigstilt, ligger det ikke i dette et krav om at fakturering skal skje umiddelbart. Bestemmelsen er først og fremst en bestemmelse som angir når kravet på betaling for slike arbeider kan bringes til forfall.”⁷²

Når uttrykket “bringes til forfall” sees i sammenheng med at det er “krav på betaling” for slike arbeider synes det tydelig at det er snakk om vederlagskrav for utførte arbeider.

Dette er dermed en regel som presiserer at vederlag for endrings- og regningarbeider kan kreves oppfylt før sluttoppgjøret. At dette er presisert for avregning etter punkt 28.2 tilsier at det også kunne vært presisert for avdrag etter punkt 28.1 i den grad det var hensikten at avdragskravene skulle utgjøre vederlagskrav. Som nevnt i kapittel 4.1.1. kunne en slik hensikt også vært tydeliggjort i ordlyden i punkt 28.1. At en slik presisering ikke er gjort, trekker i retning av at betaling for kontraktsarbeid først kan bringes til forfall ved sluttoppgjør, og at regelen om avdragsbetaling derfor er en regel om entreprenørens adgang til å kreve å kontobetaling.

For arbeider som nevnt i punkt 28.2 er altså utgangspunktet at de først kan faktureres når de er ferdigstilt, men “ved arbeider av lengre varighet” kan det være anledning til å avdragsfakturere også for disse arbeidene. De nærmere vilkår for å avdragsfakturere også for endringsarbeider er ikke avgjørende. Poenget er at regelen åpner for et tilsvarende faktureringsystem som for kontraktssummen, der entreprenøren kan fakturere deler av regnings- og endringsarbeider også før disse er ferdigstilt og ellers oppgjørsmodne. Denne

⁷¹ Se kapittel 2.1.

⁷² Marthinussen m.fl. s. 445.

bestemmelsen er dermed en miniatyrvariant av forholdet mellom punkt 28.1 om avdragsbetaling og punkt 33.1 om sluttoppgjør for kontraktssummen.

I og med at regelen i punkt 28.2 ifølge kommentarene angir når betaling for endringsarbeidene kan bringes til forfall, kan adgangen til avdragsbetaling i denne bestemmelsen sees som et unntak der betaling for disse endringsarbeidene kan “bringes til forfall” på et tidligere tidspunkt. Parallellforskjøvet til avdrag av kontraktssummen skulle dette tilsi at adgangen til avdragsfakturering er et unntak som gjør at vederlag for kontraktsarbeider kan bringes til forfall før sluttoppgjør, og dermed at avdragsbetalingene utgjør vederlag.

Likevel bør det neppe legges for stor vekt på denne tolkningen, ettersom diskusjonen nettopp knytter seg til hvorvidt et krav om avdrag faktisk utgjør et krav på vederlag, og dette spørsmålet vil gjelde tilsvarende for avdragsbetaling av endrings- og regningsarbeider etter punkt 28.2. Selv om det er tatt et standpunkt til oppgjørstiden for vederlagskrav knyttet til endringsarbeider når disse er fullført, kan det ikke uten videre legges til grunn at spørsmålet om karakteren av et avdragskrav i denne forbindelse er tatt direkte stilling til.

4.2.2. Forholdet til punkt 32 “Overtakelse”

I tråd med prinsippet om ytelse mot ytelse er det realdebitors levering av en vare eller tjeneste som utløser retten til betaling for det som er levert. Det kan for større kontraktsforpliktelser som går over lengre tid være usikkert når et arbeid anses levert i kontraktsrettslig forstand. Fordi arbeidet ferdigstilles over tid, kan det argumenteres for at det også leveres etter hvert som ulike deler ferdigstilles, og at retten til vederlag derfor inntreffer suksessivt.

I NS 8405 er overtakelsen av kontraktsarbeidet regulert. Punkt 32.1 lyder:

“Kontraktarbeidet overtas av byggherren ved overtakelsesforretning. Overtakelsen skjer samlet for hele kontraktarbeidet med mindre delovertakelse har funnet sted.”

Som kommentarutgaven påpeker “fastslår [bestemmelsen] det nokså selvsagte at overtakelse skjer samlet for hele kontraktarbeidet med mindre delovertakelse har funnet sted”.⁷³

Virkningene av overtakelse er behandlet i punkt 32.6. Her er det blant annet nevnt at eventuell dagmulkt slutter å løpe, reklamasjonsfristen begynner å løpe, og risikoen for kontraktsarbeidet går over fra entreprenøren til byggherren. Dette er tradisjonelt virkninger av at en ytelse er overtatt av mottaker.⁷⁴ Videre følger det av NS 8405 punkt 32.8 at byggherren ikke har “rett til uten entreprenørens samtykke å ta kontraktsarbeidene i bruk før overtakelsen”. Dersom han likevel gjør det “foreligger det mislighold av kontrakten”. Dette tilsier at alle deler av entreprenørens arbeid blir kontraktsrettslig levert først ved overtakelse, selv om deler av arbeidene er ferdigstilt tidligere.

Kontraktens angivelse av overtakelse gir avdragsbetalingene mindre preg av å være motytelse for en levert ytelse, og trekker dermed i retning av at avdragsbetaling har karakter av å være à konto.

At eiendomsretten til kontraktsarbeidet går over fra entreprenøren til byggherren er derimot ikke nevnt som en virkning av overtakelse i punkt 32.6. Dette er regulert av punkt 40.1 og behandles i kapittel 4.2.4.

En presisering i denne forbindelse er at leveringstidspunkt eller argumenter for når en ytelse er levert ikke alene kan danne grunnlag for å avgjøre avdragskravets karakter. Selv om arbeidet først anses levert når kontrakten er endelig oppfylt, kan partene i tråd med avtalefriheten avtale et unntak fra prinsippet om ytelse mot ytelse som gir realdebitor rett på vederlag før ytelsen er levert. Slik havner man tilbake i en tolkning av avdragskravets karakter av å være à konto eller vederlag, og leveringstiden kan derfor ikke løse spørsmålet alene. I mangel på uttrykkelige holdepunkter for innholdet av avdragskravet er det likevel et moment som kan være talende i en objektiv vurdering av kravets karakter.

Etter punkt 32.7 kan det skje delovertakelse etter særskilt avtale eller drøftelse mellom partene. Bestemmelsen gir entreprenøren rett til å sende slutfaktura for den delen av

⁷³ Marthinussen m.fl. s. 502.

⁷⁴ Se eksempelvis kjøpsloven § 13 (1) og bustadoppføringslova § 14 (3) bokstav a.

kontraktsarbeidet som overtas, hvor “[s]amtlige krav som er direkte knyttet til fullføringen av denne delen av kontraktarbeidet, skal medtas”, jf. punkt 32.7 fjerde ledd bokstav b. Et slikt krav vil på samme måte som sluttoppgjøret for hele kontraktsarbeidet, være knyttet direkte til en definert ytelse som er overtatt av byggherren. Krav på sluttoppgjør etter delovertakelse bygger tydelig på prinsippet om ytelse mot ytelse og bærer derfor preg av å være et vederlagskrav.

I sin vurdering av om krav på avdragsbetaling kan gi grunnlag for dom, uttaler førstvoterende i Rt. 2013 s. 1476 at det “[a]t det er tale om deloppfyllelse, kan i seg selv ikke være til hinder for søksmål”.⁷⁵ Det er ikke videre drøftet om avdragsbetaling og betaling i forbindelse med delovertakelse er det samme. Mindretallet fremholder at “[o]rdningen med fremdriftsbetaling på grunnlag av det som er utført, kan imidlertid ikke likestilles med noen deloppfyllelse etter kontraktens punkt 32”.⁷⁶

Delovertakelse med tilhørende rett til slutfakturering for en angitt del av arbeidet må etter kontrakten særskilt avtales eller drøftes, jf. punkt 32.7, mens entreprenørens rett til å kreve avdragsbetaling direkte kan henføres til punkt 28.1. Mens betaling for deloppfyllelse er knyttet til en nærmere angitt og fullført del av arbeidet, kan avdragsbetaling med grunnlag i utført arbeid fastsettes skjønnsmessig også innenfor nærmere angitte arbeidsoperasjoner som ikke er fullført.⁷⁷ Dette tilsier at avdragsbetaling ikke uten videre kan likestilles med deloppfyllelse etter NS 8405.

At overtakelse og betaling for deler av arbeidet er særskilt regulert i punkt 37.2, gir de utførte arbeidene som danner grunnlag for avdragsbetalingskrav etter punkt 28.1 mindre preg av å være leverte ytelser som gir rett til vederlag. Som også nevnt i drøftelsen i kapittel 4.1.2 er det ikke utført arbeid som gir entreprenøren rett til betaling, det er bestemmelsen i punkt 28.1 som gir entreprenøren denne retten av hensyn til likviditetsbehovet.

⁷⁵ Avsnitt 50.

⁷⁶ Avsnitt 65.

⁷⁷ Se kapittel 4.1.3.

4.2.3. Forholdet til punkt 33 “Sluttoppgjør”

Etter punkt 33.1. skal entreprenøren sende byggherren en sluttoppstilling vedlagt sluttfaktura innen to måneder etter overtakelsen. Sluttoppstillingen skal gi en full oversikt over partenes mellomværende, og derfor inneholde spesifikasjon av alle entreprenørens krav i forbindelse med kontrakten. Om sluttoppgjøret er det i kommentarene uttalt at:

“Sluttoppgjøret, og den endelige fastsettelse av vederlag, har alltid hatt en sentral rolle innenfor entrepriseretten. Bestemmelsene om sluttoppgjør er viktige som følge av behovet for å sette en sluttstrek i et ofte langvarig kontraktsforhold.

Sluttoppgjørsreglene tar således sikte på å få brakt alle relevante krav på bordet for å unngå at krav blir fremsatt på et senere tidspunkt. Det er flere elementer ved selve entrepriseforholdet som skaper behov for et sluttoppgjør. Fremdriftsbetalingen har en foreløpig karakter, og nødvendiggjør en endelig fastleggelse av oppgjøret mellom partene. Byggherren har også behov for å få fastlagt entreprenørens endelige krav.”⁷⁸

Sluttoppgjøret er nødvendig grunnet avdragsbetalingens foreløpige karakter, men det er også nettopp sluttoppgjøret som tillater partene å operere med midlertidige krav som et praktisk middel for en mest mulig effektiv gjennomføring av entreprisen.

Denne mekanismen i kontrakten og den nære sammenhengen mellom krav på avdragsbetaling og sluttoppgjøret synes å være mindretallets sentrale argument for at kravene må anses som krav på å konto-innbetalinger i Rt. 2013 s. 1476:

“Den gjennomgangen jeg nå 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.”⁷⁹

⁷⁸ Marthinussen m.fl. s. 533.

⁷⁹ Avsnitt 75.

4.2.4. Forholdet til punkt 40.1 “Eiendomsrettens overgang”

I kommentarene til punkt 40 om eiendomsrettens overgang står det at ”[e]iendomsrettens overgang får først og fremst betydning i forhold til partenes kreditorer”,⁸⁰ og også at ”[b]akgrunnen for bestemmelsen i pkt. 40 forstås best ved å se den i sammenheng med generelle regler om pant og kreditorbeslag.”⁸¹ Kommentarene går inn på at begge parter i en entreprisekontrakt tar en viss risiko, og at ”[d]et at standarden bestemmer at eiendomsretten overføres suksessivt, er med på å balansere den økonomiske risikoen partene har i kontrakten.”⁸² Som mindretallet sier i sitt votum, er bestemmelsen i punkt 40.1 et ”resultat av en avveining av begge parters behov for sikkerhet for sine ytelser”.⁸³ Dette systemet er også drøftet i oppgavens kapittel 4.1.2.

Eiendomsrett innebærer tradisjonelt faktisk og juridisk råderett over et formuesgode, og eiendomsrettens overgang markerer at denne råderetten overflyttes fra den ene til den andre. Fordi eiendomsretten er en sum av funksjoner, kan slik overgang også skje suksessivt, der noen funksjoner går over til erververen før andre.⁸⁴ At byggherren som nevnt over i kapittel 4.2.2 ikke kan ta i bruk kontraktsarbeidene uten entreprenørens samtykke, tilsier at det kun er den juridiske råderett, som blant annet gir rett til å pantsette, har gått over til byggherren. Dette underbygger dermed at regelen om eiendomsrettens overgang først og fremst er begrunnet i pante- og konkursrettslige hensyn, og svekker inntrykket av at eiendomsrettens overgang bygger på ytelse mot ytelse-prinsippet.

Det følger også av kommentarer til punkt 40 at det er ”intet krav for eiendomsrettens overgang at arbeidene er betalt”. Eiendomsretten går altså suksessivt over på byggherren helt uavhengig av eventuell avdragsbetaling. På samme måte som det er punkt 28.1 som gir entreprenøren rett til avdragsbetaling, og ikke hans utførelse av arbeid, er det bestemmelsen i punkt 40 som danner grunnlaget for byggherrens eiendomsrett til arbeidene, ikke hans betaling for dem. Av dette blir det klart at bestemmelsen om eiendomsrettens overgang bygger på kontraktens system for å sikre balanse i risiko og ikke et prinsipp om utveksling av ytelser.

⁸⁰ Marthinussen m.fl. s. 683.

⁸¹ Marthinussen m.fl. s. 684.

⁸² Marthinussen m.fl. s. 684.

⁸³ Avsnitt 65.

⁸⁴ Falkanger s. 33-34.

4.3. Entreprisekontraktens system i lys av foreldelseslovens formål

Formålet med foreldelseslovens objektive regel om fristutgangspunkt er som drøftet i kapittel 2.1 å hindre at fordringer holdes løpende på ubegrenset tid, og å sikre effektiv avvikling av fordringer.

I entrepriserforhold vil sluttoppgjøret sette et naturlig punktum for partenes forpliktelser overfor hverandre. Det er ingen tvil i løpet av kontraktsforholdet om at det vil komme et sluttoppgjør, der alle avdragskrav oppsummeres, avregnes og gjøres opp endelig.

Entreprenørens krav kan derfor ikke holdes løpende på ubegrenset tid, og den usikkerheten for skyldner som foreldelsesloven tar sikte på å unngå, vil derfor ikke oppstå. Hensynet bak regelen om foreldelsesfristens utgangspunkt er dermed allerede ivaretatt gjennom entreprisekontrakten NS 8405.

I NS 8405 punkt 33.1 første ledd settes det også en frist på to måneder etter overtakelse for å sende slutfaktura. Det følger av punkt 33.1 tredje ledd at “[k]rav som ikke er medtatt i sluttoppstillingen, kan ikke fremsettes etter utløpet av fristen nevnt i første ledd”.

Videre i fjerde ledd står det at:

“Dersom entreprenøren ikke overholder fristen for innsendelse av sluttoppstilling og slutfaktura, kan byggherren skriftlig fastsette en endelig frist for oversendelse. Denne fristen skal ikke være kortere enn 14 dager. Etter utløpet av fristen taper entreprenøren alle krav i forbindelse med kontrakten.”

Bestemmelsen om sluttoppgjør setter altså en frist for entreprenøren til å fremme endelige krav, og rettsvirkningen av oversittelse er at kravene faller bort. Slik ivaretar entreprisekontrakten hensynet til snarlig oppgjør av fordringer i større grad enn foreldelsesloven.

Entreprisekontraktens system gjør foreldelsesloven overflødig som mekanisme for å oppnå lovens formål. At avdragskrav ikke gir rett på vederlag vil dermed ikke medføre omgåelse av foreldelsesloven eller undergrave dens formål.

4.4. Entreprisekontraktens system i lys av prosessrettslige regler

For å avbryte foreldelsesfristen må fordringshaver ta rettslige skritt mot skyldner, jf. fl. § 15.⁸⁵ Det følger av tvisteloven⁸⁶ (tvl.) § 1-3 første ledd at “[d]et kan reises sak for domstolene om rettskrav.” Det er derfor relevant om avdragsbetaling er et slikt rettskrav. Som klar hovedregel vil krav som reguleres av rettsregler og kan utledes og underbygges av disse, være å anse som rettskrav, mens interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger ikke kan gjøres til tvistegjenstand.⁸⁷

Både retten til å kontobetaling og retten til vederlag vil følge av kontrakt, og baseres på rettslige vurderinger av hva det er inngått bindende avtale om. Flertallet i Rt. 2013 s. 1476 kommer etter en kort drøftelse til at avdragskravet, som anses som et vederlagskrav, kan danne grunnlag for dom. At et krav på å kontoavdrag kan inndrives rettslig, er heller “ikke tvilsomt”.⁸⁸ Et krav på avdragsbetaling er altså et “rettskrav” uavhengig av om det utgjør et krav på vederlag eller å kontobetaling, og tvisteløsningsreglene gir dermed ingen direkte løsning på kravets karakter.

Det kan likevel gi bidrag til tolkningen å vurdere hvor godt et syn på avdragskrav som henholdsvis å kontokrav og vederlagskrav harmonerer med entreprisekontraktens system i lys av reglene for søksmålgjenstand og materiell rettskraft. Som nevnt i kapittel 2.3. vil det være hensiktsmessig å tolke en kontrakt slik at den i størst mulig grad er funksjonell som helhet. Det er derfor relevant hvordan rettslig forfølgelse av avdragskravet vil påvirke gjennomføringen av kontrakten forøvrig, gitt de to forutsetningene om kravets karakter.

Når et krav er rettskraftig avgjort, kan det ikke reises sak om det samme kravet på nytt, jf. tvl. § 19-15 tredje ledd. Forutsatt at avdragskrav er et vederlagskrav, vil betaling av kravet etter en rettskraftig dom dermed ha virkning som endelig oppgjør for de arbeidene kravet bygger på. NS 8405 forutsetter nettopp at betalingene ikke skal utgjøre et endelig oppgjør.⁸⁹

⁸⁵ Foreldelsesloven §§ 14 og 15 a. - 18 gir også grunnlag for fristavbrytelse, men disse er mindre aktuelle i denne forbindelse.

⁸⁶ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, lov av 17.06.2005.

⁸⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 364.

⁸⁸ Skoghøy s. 187.

⁸⁹ Marthinussen m.fl. s. 438.

Fordi kravet gjøres opp endelig må entreprenøren foreta nøyaktige beregninger av det vederlaget han mener å ha krav på for den perioden det er snakk om. Byggherren må også fremme eventuelle innsigelser for at vederlagskravet skal bli korrekt avgjort.

Entrepriskontraktens system av midlertidig avdragsbetaling og påfølgende avregning i sluttoppgjør gjør ellers at det ikke er behov for slike beregninger og kontroller underveis.

Sett i lys av tvisteloven harmonerer det dårlig med entrepriskontraktens dynamiske system for oppgjør å anse avdragskrav som vederlagskrav.

Dersom det rettskrav som blir avgjort er retten til å kontobetaling, er det ikke nødvendig å nøyaktig klarlegge grunnlaget for beløpet i forbindelse med domstolsbehandlingen, fordi muligheten til å justere kravet enten opp eller ned ikke påvirkes av at retten til å kontooppgjør avgjøres endelig. Punkt 28.1 setter visse vilkår for avdragsbetaling som entreprenøren må oppfylle, og retten kan dermed komme til at entreprenøren ikke har rett til å kontooppgjør for en periode der disse vilkårene ikke er oppfylt. Hvis entreprenøren mister retten til å kontooppgjør, vil det føre til at beløpet på slutfakturaen blir tilsvarende høyere, på samme måte som hvis retten faller bort ved foreldelse.⁹⁰ Dette påvirker ikke byggherrens rett til å komme med innsigelser mot kravgrunnlaget eller entreprenørens rett til å fremme ytterligere krav for samme periode. Dette påvirker dermed heller ikke sluttoppgjøret eller entrepriskontraktens system forøvrig.

En analyse av entrepriserettens system i lys av prosessrettens regler tilsier at avdragskravet harmonerer best med entrepriskontraktens system forøvrig dersom det defineres som et krav på å kontobetaling og ikke et vederlagskrav.

4.5. Prosessøkonomiske hensyn

For å hindre at retten til avdragskrav faller bort, jf. fl. § 24, kan entreprenøren bli nødt til å ta ut søksmål mot byggherren underveis i byggeprosjektet, jf. fl. § 15.

I situasjoner der partene senere havner i en tvist i forbindelse med sluttoppgjøret, vil dette føre til at det føres to saker for domstolen om spørsmål knyttet til kontraktsforholdet fremfor

⁹⁰ Skoghøy s. 188.

én sak der samtlige av partenes tvister behandles samlet. Dette er lite hensiktsmessig fra et prosessøkonomisk synspunkt. Dersom saken om avdragskravet ikke er avgjort når en eventuell sak om sluttoppgjøret innledes ved retten, kan det tenkes at det kan foretas objektiv kumulasjon av kravene etter tvl. § 15-1 dersom vilkårene her er oppfylt, eventuelt også vilkårene i tvl. § 9-16 dersom saksforberedelsen er avsluttet, jf. § 15-1 tredje ledd.⁹¹ Det er likevel ikke gitt at dette kan gjøres, og en separat stevning for retten til avdrag vil uansett ha medført økt belastning på domstolsapparatet.

En sak for domstolene underveis i et kontraktsforhold kan også ha negative konsekvenser for kontraktspartenes forhold og tilliten mellom dem. Dette kan tenkes å påvirke en effektiv gjennomføring av entreprisen, skape dårligere grunnlag for gode kontraktsforhold i fremtiden og på mer overordnet plan skape økte spenninger mellom aktørene i bransjen.

Selv om et å kontokrav foreldes, vil entreprenørens totale vederlagskrav likevel ikke påvirkes. Virkningen av at vederlagskrav foreldes er derimot at retten til vederlag faller bort, jf. fl. § 24. Det er derfor mer nærliggende at entreprenøren vil innlede sak mot byggherren dersom han står i fare for å miste retten til vederlag enn retten til å motta å kontooppgjør før sluttoppgjøret. I lys av dette kan det argumenteres for at det i størst grad vil virke prosessbesparende å definere krav om avdragsbetaling som å kontokrav.

4.6. Praktiske hensyn

Foreldelsesfristen løper fra den dagen fordringshaver tidligst har rett til å kreve oppfyllelse, og bestemmelsen i punkt 28.1 setter ingen setter begrensninger for når i kontraktsperioden entreprenøren tidligst kan kreve avdragsbetaling. Flertallets løsning innebærer derfor at foreldelsesfristen for vederlag løper uavhengig av om entreprenøren krever avdragsbetaling eller ikke i løpet av kontraktsperioden. For prosjekter som løper over mer enn tre år, er entreprenøren dermed nødt til å kreve avdragsbetaling underveis for å sikre sitt krav på vederlag for arbeider som ligger mer enn tre år bakover i tid.

Dette vil ikke nødvendigvis utgjøre et stort praktisk problem, fordi entreprenøren gjerne vil ha behov for å kreve avdragsbetaling i løpet av en periode på tre år uansett. Men selv om

⁹¹ Eksempelet er ment som en generell nyansering i diskusjonen om prosessbesparelse, og det går derfor ikke nærmere inn på adgangen til objektiv kumulasjon i disse tilfellene.

entreprenøren sender avdragsfakturaer som byggherren betaler, kan han risikere å miste krav på ellers berettiget vederlag for en gitt periode. Etter kontrakten er avdragskravene midlertidige, og dersom det viser seg å være krevd for lite har entreprenøren i utgangspunktet rett til å senere oppjustere kravet for arbeid som det allerede er krevd og betalt avdragsbetaling for. Når kravet på vederlag for en gitt periode foreldes, vil denne muligheten naturligvis også falle bort. For arbeider som pågår i mer enn tre år, vil dette føre til at avdragskravene på et tidspunkt må utgjøre endelig oppgjør for de deler av arbeidet som ligger tre år bakover i tid. Dette harmonerer svært dårlig med at avdragsbetalinger ikke er ment å skulle være et endelig oppgjør for noen del av arbeidene.”⁹²

Den praktiske konsekvensen av dette er at entreprenøren blir nødt til å holde løpende oversikt over nøyaktig hvor mye han til enhver tid har krav på i vederlag for arbeid utført den seneste måneden. Dette vil også være nødvendig av bevis hensyn i tilfelle tvist ved sluttoppgjøret. Det kan oppstå uenighet om når et visst arbeid ble utført eller hvor mye som faktisk ble utført den ene eller andre måneden. Forholdet mellom avdragskrav og sluttoppgjør i entrepris kontrakten viser at den nettopp søker å unngå at det må føres slik løpende kontroll av verdien av utført arbeid. Slikt merarbeid kan også forsinke og fordyre byggeprosessen.

Også for byggherren byr løsningen på praktiske utfordringer. Ved en eventuell tvist vil det av bevis hensyn være hensiktsmessig å ha ført kontroll med hvilke arbeider entreprenøren har utført til enhver tid. Dette kan ta tid og medføre økte kostnader, og som mindretallet i Rt. 2013 s. 1476 var inne på, kan “arbeid som fremstår som mangelfullt for byggherren, like gjerne (...) være uferdig sett med entreprenørens øyne”.⁹³

Sammenhengen med den praktiske gjennomføringen av entreprisen og forutsetningene i kontraktens system trekker i retning av at avdragskrav har karakter av å være å kontokrav.

4.7. Synspunkter i juridisk teori

I NS 8405 med kommentarer er spørsmålet om foreldelse av avdragsbetaling direkte behandlet i tilknytning til fjerde ledd i bestemmelsen i punkt 33.2 “Betaling av slutfaktura. Innsigelser og krav”. Her fremgår det at:

⁹² Se kapittel 4.1.4.

⁹³ Avsnitt 69.

“Et særskilt spørsmål reiser seg i forhold til reglene om foreldelse i og med at det skjer fakturering underveis i prosjektet. Både avdragsnotaene og krav på betaling av endringsarbeider har egne forfall uavhengig av når kravet på sluttoppgjør forfaller. Spørsmålet er derfor om disse forfallsfrister er avgjørende for når foreldelsesfristen begynner å løpe, eller om det er forfall av sluttoppgjøret som er avgjørende for når foreldelsesfristen begynner sitt løp.

Problemstillingen er aktuell fordi foreldelseslovens § 3 nr. 1 fastslår at foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse.

Det må antas at for krav som bygger på avdragsfakturaer, er løsningen klar. Vel er det så at manglende betaling representerer et mislighold, men avdragsnotaen representerer bare en midlertidig avregning av deler av et totalt mellomværende.

Dette må ha den konsekvens at før den endelige avregning av kontrakten har funnet sted, vil man neppe kunne si at entreprenøren har fastsatt sitt rettmessige krav.

Foreldelsesfristen kan derfor først begynne å løpe fra dette tidspunkt.”⁹⁴

Det fastslås her at foreldelsesfristen først tar til å løpe når entreprenøren har “fastsatt sitt rettmessige krav”. Etter foreldelsesloven er det derimot ikke et vilkår at kravet skal være fastsatt av fordringshaver før fristen starter, tvert i mot kan fristen begynne å løpe uten at fordringshaver engang er klar over sitt krav. At det først er på dette tidspunktet entreprenøren har fastsatt sitt rettmessige krav, kan derfor ikke alene være et argument for at foreldelsesfristen for vederlag først løper fra sluttoppgjøret. Sammenholdt med at avdragsnotaen bare er en midlertidig avregning, kan uttalelsen på den annen side tolkes slik at entreprenøren først har rett til oppfyllelse av vederlag ved sluttoppgjøret. Dette vil samsvare med standpunktet om at fristen først løper fra dette tidspunktet.

I dette ligger det implisitt en forståelse av avdragskravets karakter som à konto, ettersom det ikke utløser foreldelsesfristen for kravet på vederlag. Hva som gir kravet karakter av à konto er ikke videre drøftet utover en observasjon av at det er midlertidig.

Kjørven mfl. fremholder at dette standpunktet må bero på en misforståelse, og uttaler at:

⁹⁴ Marthinussen m.fl. s. 553.

“Det faktum at byggherren misligholder sine kontraktsforpliktelser dersom entreprenøren rettmessig krever avdrag, uten at byggherren betaler, viser at foreldelsesfristen starter sitt løp på misligholdstidspunktet, jf. ordlyden i foreldelsesloven § 3 nr. 2. Dersom entreprenøren velger ikke å kreve avdrag, der han etter kontrakten har rett til dette, vil det avdragsvederlag som kunne vært krevd, være gjenstand for foreldelse, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1, uavhengig av når totalvederlaget (“sitt rettmessige krav”) er avklart. Det avgjørende etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 er altså ikke når det totale vederlag er oppgjørsmodent, men når fordringshaver har rett til å kreve oppfyllelse - herunder deloppfyllelse; enten denne deloppfyllelsen innebærer et endelig oppgjør eller et a kontooppgjør.”⁹⁵

Dette standpunktet bygger på at avdragsbetaling innebærer et delvis oppgjør av vederlagskrav, som er den samme forutsetningen som flertallet bygger sitt standpunkt på. Hva som gir kravet karakter av å være et vederlagskrav er ikke videre drøftet.

Denne løsningen kan føre til ulike starttidspunkt for foreldelsesfristen. NS 8405 punkt 28.1 gir anledning for entreprenøren til å kreve avdrag underveis, men ikke plikt. Bestemmelsen begrenser hvor ofte man kan sende avdragsfaktura, men ikke hvor sjeldent. En situasjon som kan oppstå er at en entreprenør i en tidlig periode av prosjektet unnlater å kreve avdrag, men senere krever avdragsbetaling. Noe av det arbeidet som kravet om avdragsbetaling bygger på kan derfor ligge lenger bak i tid. Byggherren får likevel ingen plikt til å betale avdrag for dette før entreprenøren fakturerer ham for det. Tidspunktet han tidligst kunne krevd betaling og tidspunktet byggherren kommer i mislighold vil derfor ikke samsvare. Løsningen skissert hos Kjørven m.fl. kan dermed skape uklarhet i hva som skal være den suksessive foreldelsens utgangspunkt. Mindretallet var inne på en lignende problematikk:

“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

⁹⁵ Kjørven mfl. s. 103.

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.”⁹⁶

Standpunktet om at byggherrens betalingsmislighold er slikt “mislighold” det siktes til i fl. § 3 nr. 2 er også noe tvilsomt. I forarbeidene ligger det klare forutsetninger om at det siktes til krav som oppstår som følge av mangelfull ytelse, og mislighold av betalingsforpliktelse som grunner på at det skal ytes vederlag for levert vare eller tjeneste er ikke nevnt.⁹⁷ Det er videre presisert at regelen i fl. § 3 nr. 2 allerede ville fulgt av regelen i nr. 1 (selv om dette er noe omdiskutert i teorien),⁹⁸ fordi en fordringshaver som har krav på erstatning eller prisavslag som følge av mangler ville hatt en teoretisk mulighet til å kreve oppfyllelse så snart det forelå mislighold. Dersom mislighold av plikten til å yte vederlag skal omfattes av nr. 2, vil en fordringshaver kunne flytte fristens startpunkt ved å vente med å kreve beløpet. Debitor vil ikke komme i mislighold før han unnlater å betale etter kreditors påkrav, mens tidspunktet da kreditor kunne krevd beløpet kan ligge lenger bak i tid.

Synspunktet om suksessiv foreldelse synes også å legges til grunn hos Miriam Skag, hvor det fremgår:

”Etter min mening bør også foreldelsesfristen løpe etappevis dersom entreprenøren faktisk sender regning for å konto-betaling. Her har kreditor selv tatt initiativ til å inndrive kravet, og han har dermed en oppfordring til å sørge for at fakturaene betales. Selv om det endelige oppgjøret er usikkert, har kreditor ”rett til å kreve oppfyllelse”, jf. fl. § 3 nr. 1, av avdragsbetalingen så lenge beløpet er beregnet i samsvar med kontraktens bestemmelser, se for eksempel NS 8405 pkt. 28.1 første ledd.”⁹⁹

Det argumenteres her for at foreldelsesfristen begynner å løpe etappevis, fordi kreditor har “rett til å kreve oppfyllelse” av avdragsbetalingen. Virkningen av foreldelse av avdragsbetalingen, som forøvrig omtales som “å konto-betaling”, er ikke nærmere behandlet. Slik er dette synspunktet ikke nødvendigvis i tråd med flertallets løsning slik det er analysert

⁹⁶ Avsnitt 74.

⁹⁷ Ot.prp.nr.38 s. 53.

⁹⁸ H.F. Marthinussen JV.

⁹⁹ Skag s. 160.

over, men ettersom flertallet finner støtte for sitt standpunkt i Skags uttalelser kan det legges til grunn at det her bygges på en forutsetning om at virkningen av denne suksessive foreldelse av avdragsbetaling er at entreprenørens vederlagskrav bortfaller.

Uttalelsen kan virke noe forvirrende, ettersom det oppstilles en forutsetning for etappevis foreldelse i formuleringen “dersom entreprenøren faktisk sender regning”. Dette synes å skape et skille mellom en situasjon der entreprenøren velger å ikke sende regning og tilfeller der han gjør det. En slik løsning vil være lite i tråd med forutsetningen i foreldelsesloven og dens forarbeider, som er at utgangspunktet for fristen må være tidspunktet da fordringshaveren har en teoretisk mulighet til å inndrive sitt krav, ikke tidspunktet da han velger å gjøre det.

Røed skriver om løpende mellomværende mellom kontraktsparter, at det vil bero på den konkrete avtale når fordringen skal gjøres opp. Det vil ikke være tilstrekkelig i seg selv til å forskyve friststarten at partene har en løpende forretningsforbindelse, men faste rutiner for oppgjør vil ofte være forutsatt gjennom praksis.¹⁰⁰ Et eksempel på rutine er kvartalsvis eller halvårlig løpende oppgjør, og dersom slik praksis ikke kan utledes av forholdet mellom partene vil man måtte falle tilbake på “hovedregelen om at foreldelsesfristen regnes fra stiftelsen av hver enkelt gjeldspost”.¹⁰¹ Om denne hovedregelen uttales det at:

“Dette vil normalt innebære en suksessiv foreldelse etter hvert som de avtalte ytelser utføres.”¹⁰²

Utgangspunktet fremholdes dermed å være suksessiv foreldelse knyttet til stiftelse av gjeldspost ved utført arbeid, og alternativet er ulike intervaller innenfor kontraktsperioden dersom dette kan anses avtalt eller forutsatt mellom partene. Etter NS 8405 punkt 28.1 andre avsnitt “skal avdragsfaktura ikke sendes oftere enn hver måned”. I dette ligger det en slik avtale som Røed omtaler, om en fast rutine for betaling. Entreprenørens krav på avdragsbetaling foreldes dermed ikke suksessivt dag for dag, men måned for måned. I saken i Rt. 2013 s. 1476 var det også uenighet mellom lagmannsretten og Høyesterett når det gjaldt om dette punktet betyr at foreldelse løper suksessivt fra den 1. i hver måned eller fra den

¹⁰⁰ Røed s. 157.

¹⁰¹ Røed s. 158.

¹⁰² Røed s. 158.

datoen i måneden da første avdragsbetaling hadde forfall, som dermed begrenset adgangen til å sende ny avdragsfaktura til samme dato neste måned.

Uansett om man finner grunnlag i forholdet mellom partene for en slik fast rutine eller ikke, ligger det til grunn en oppfatning om at realdebitor har krav på betaling etterhvert som han utfører arbeid, før kontraktsforholdet er avsluttet. Dette trekker i retning av at avdragskrav utgjør vederlagskrav.

At kreditor har krav på oppgjør underveis gjelder imidlertid ikke nødvendigvis for alle kontrakter der partene har et løpende mellomværende:

“Er forholdet mellom partene begrenset til kortere varighet, vil man ofte kunne forutsette at oppgjør skal finne sted ved forholdets avslutning.”¹⁰³

Dersom partene er enige om at oppgjør skal finne sted når forholdet er avsluttet, vil kravet på oppgjør heller ikke foreldes suksessivt fordi tidspunktet da fordringshaver “har rett til å kreve å få oppfyllelse”, jf. fl. § 3 nr. 1, ikke inntreffer før forholdets avslutning. Dette samsvarer med utgangspunktet for vurdering av friststart for ethvert krav; det må gjøres en tolkning av kravsgrunnlaget. At det er avtalt rett til avdrag kan være et argument mot en forutsetning mellom partene om at oppgjør først skal finne sted ved forholdets avslutning, og dermed for at kravet på avdrag i realiteten er et krav på vederlag.

Som flertallet i Rt. 2013 s. 1476 har observert, så “synes juridisk teori å legge til grunn at avdragsbetaling i entrepriseforhold foreldes suksessivt etter hvert som retten til å kreve betaling oppstår”.¹⁰⁴

At “avdragsbetaling” foreldes suksessivt er i lys av domsanalysen en upresis formulering, fordi det sentrale er virkningen av slik foreldelse, som igjen beror på en vurdering av hva som er avdragskravets innhold. Det kan likevel med bakgrunn i analysen i kapittel 3.4 legges til grunn et synspunkt, både hos flertallet og de teoretikerene som her er nevnt, om at retten til

¹⁰³ Røed s. 159, med videre henvisning.

¹⁰⁴ Avsnitt 52.

vederlag foreldes suksessivt. Det ligger i dette en forutsetning om at krav på avdragsbetaling utgjør krav på vederlag.

Det er et argument i retning av at avdragskrav utgjør vederlagskrav at dette er forutsatt av et flertall av teoretikerne på området, og at deres synspunkt også er fulgt opp av et flertall av Høyesteretts dommere i en nylig avsagt dom. På den annen side viser også gjennomgangen av teori på området at ingen av forfatterne har gjort en nærmere vurdering av avdragskravets karakter eller drøftet dets innhold.

5. Konklusjon

5.1. Om avdragskravets karakter

Oppgaven har vist at avdragskravets karakter og innhold er den sentrale forutsetningen for spørsmålet om foreldelse av entreprenørens vederlagskrav i entreprisekontrakter regulert av NS 8405, uavhengig av hvilken innfallsvinkel man har til spørsmålet.¹⁰⁵ I vurderingen av kravets karakter er det tre sentrale momenter som trekker sterkt i retning av å konkludere med at avdragskrav er å kontokrav.

Det første momentet er at de hensynene avdragsbetaling skal ivareta etter entreprisekontrakten, skiller seg vesentlig fra de hensynene et vederlagskrav skal ivareta. Hensynet bak vederlagskrav er prinsippet om ytelse mot ytelse i gjensidig bebyrdende kontrakter, mens hensynet bak bestemmelsen om adgang til å kreve avdragsbetaling i NS 8405 punkt 28.1 er å sikre entreprenøren nødvendig likviditet i kontraktperioden. At avdragskravene i stor grad korresponderer med verdien av utført arbeid, må først og fremst forstås på bakgrunn av at utført arbeid er et beregningsgrunnlag som sikrer balansert risikofordeling mellom kontraktspartene.

Det andre momentet er at forutsetningen om at avdragskrav er å kontokrav harmonerer best med det systemet kravet er en del av. Dette fremgår av avdragsbetalingenes rolle i entreprisekontraktens oppgjørssystem, avdragenes midlertidige karakter og den klare tilknytningen til sluttoppjøret. En forståelse av avdragskrav etter NS 8405 punkt 28.1 som

¹⁰⁵ Det vises til kapittel 3.4.3 for de ulike innfallsvinklener til spørsmålet om foreldelse av vederlag.

vederlagskrav harmonerer på den annen side dårlig både med prosesstekniske regler og den praktiske gjennomføringen av entreprisen.

NS 8405 kan anses som deklatorisk bakgrunnsrett på entrepriserettens område. Det tredje momentet bygger på at denne kontrakten ivaretar hensynet til effektiv avvikling av fordringer i større grad enn foreldelsesloven. Sluttoppgjøret markerer tydelig avslutningen på kontraktsforholdet, og det er i tillegg satt frist for når krav må fremmes for å sikre endelig oppgjør av partenes mellomværende. Det fremstår ikke som naturlig å gi krav om avdragsbetaling et innhold som harmonerer dårlig med systemet i en spesialisert kontrakt, når dette ikke er nødvendig for å oppfylle formålet i en generell lov.

5.2. Om avklaring av spørsmålet om foreldelse av vederlagskrav

Temaet for oppgaven var å undersøke i hvilken grad Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s. 1476 bidrar til å avklare spørsmålet om hvordan foreldelsesfristens utgangspunkt for entreprenørens vederlagskrav påvirkes av adgangen til å kreve avdragsbetaling i henhold til NS 8405 punkt 28.1. Svaret fra Høyesterett er at foreldelsesfristen for vederlag løper suksessivt etterhvert som det kan kreves avdragsbetaling på grunnlag av utført arbeid. Avgjørelsen gir avklaring om rettstilstanden og legger føringer for senere rettsoppfatning i kraft av den prejudikatsverdi høyesterettsavgjørelser har i norsk rett.¹⁰⁶ Det er blitt hevdet i diskusjonen om avgjørelsen at når det “er avsagt dom i vår øverste domstol, tilsier den vekt som skal legges på høyesterettsavgjørelser, i henhold til vår “prejudikatslære”, at denne diskusjonen nå er avsluttet”.¹⁰⁷

Som analysen i kapittel 3.4 viste, problematiserte ikke flertallet virkningen av foreldelse av avdragskrav, men bygget på en forutsetning om avdragskravets karakter som ble lagt til grunn uten videre drøftelse. At et mindretall på to dommere var uenige i flertallets syn på kravets karakter, tyder på at denne forutsetningen ikke er opplagt.

Synliggjøring, problematisering og kvalitetssikring av den enkelte rettsanvenders valg og vurderinger i rettslig argumentasjon er spesielt i nyere teori om rettskilde- og metodelære blitt

¹⁰⁶ Om prejudikatsverdi se Nygaard s. 75-76.

¹⁰⁷ H.F. Marthinussen, LoR s. 441.

fremholdt som viktig for å ivareta en indre helhet i rettssystemet, som igjen er sentralt for å sikre rettslige vurderingers materielle legitimitet.¹⁰⁸

I mangel av drøftelse, kan grunnlaget for flertallets syn kan ikke etterprøves, og en rettsanvender som ønsker å forstå og bygge på en avklaring fra Høyesterett har i liten grad mulighet til å bekrefte at flertallets syn bygger på grundig og juridisk forsvarlig drøftelse. I lys av dette gir flertallets standpunkt et magert grunnlag for avklaring.

Det skal ikke spekuleres i hva som ville blitt flertallets standpunkt dersom de foretok den drøftelsen mindretallet gjorde. Men dersom de hadde gjort det, ville Høyesteretts standpunktet vært begrunnet, etterprøvbart og i større grad forståelig og til hjelp for rettsanvenderen som søker en avklaring. Når et mindretall på to dommere i motsetning til flertallet har foretatt en drøftelse av den sentrale forutsetning for vurderingen i saken, kan det spørres om det ikke er mindretallet som har bidratt til den største avklaringen i spørsmålet om foreldelse av entreprenørens vederlagskrav.

¹⁰⁸ Tande. Gjennomgående synspunkt i artikkelen, se særlig s. 13-14.

6. Litteratur

Bøker:

Falkanger. Thor Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011.

Giertsen. Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014.

Hov. Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I*, 3. utgave, Papinian, Oslo 2002.

Hov/Høgberg. Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Papinian, 1. utgave, Oslo 2009.

Kjørven m.fl. Marte Eidsand Kjørven, Herman Bruserud, Håvard H. Holdø, Jon Vegar Lervåg, Mona Nygård og Espen Nyland, *Foreldelse av fordringer*, Universitetsforlaget, Oslo 2011.

Marthinussen m.fl. Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, 1. opplag, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo 2010.

Nygaard. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget AS, Bergen 2004.

Røed. Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer, Kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen*, 3. utgave, 1. opplag, Cappelen Damm AS, Oslo 2010.

Skag. Miriam Skag, *Starttidspunkt for foreldelsesfrister*, Cappelen Damm, Oslo 2012.

Woxholth. Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7. utgave 1. opplag, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo 2009.

Andre publikasjoner:

H.F. Marthinussen, LoR. Hans Fredrik Marthinussen, *Å konto-krav i Rt. 2013 s. 1476? En replikk til Jens Edvin A. Skoghøy*, Lov og Rett vol. 53, 07/2014, s. 438-441.

H.F. Marthinussen, JV. Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom foreldelsesloven § 3 nr. 1 og 2 i lys av de senere års praksis fra Høyesterett*, Jussens Venner vol. 42, 2007, s. 1-19.

Kaasen. Knut Kaasen, *Bokanmeldelse: Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen: NS 8405: kommentarutgave til Norsk standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt. 3. utg. Oslo: Gyldendal akademisk, 2010. 777 sider*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2011 s. 679-689.

Skoghøy. Jens Edvin A. Skoghøy, *Å konto-avdrag, foreldelse og rettskraft*, Lov og Rett 04/2014 s. 187-188.

Tande. Knut Martin Tande. *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, Jussens Venner nr. 1 2011, s. 1-36.