



Utvalgte dommer fra bygge- og anleggsbransjen | April 2023

Det avses stadig dommer etter tvister innen bygge- og anleggsbransjen. Entreprenøretvister har flere ganger i første kvartal av 2023 vært gjenstand for behandling i Høyesterett og i domstolene for øvrig. DLA Pipers entreprisavdeling redegjør her for fem rettsavgjørelser avsagt de siste månedene:

- [1. Spørsmål om utbedringsforsøk innebar en fristavbrytende erkjennelse – HR-2023-93-A.](#)
- [2. Spørsmål om entreprenørens rett til vederlagsjustering ved endringer i offentlige avgifter og byggherrens rett til å holde tilbake merverdiavgift på dagmulkt – HR-2023-411-A](#)
- [3. Entreprenørens rett til defensiv forsering – HR-2023-534-A](#)
- [4. Spørsmål om “back-to-back” på konsekvensnivå, samt forsering og plunder og heft – LB-2021-139395](#)
- [5. Avbestilling eller endring av entrepris kontrakt? – LE-2022-128575](#)

1. Spørsmål om utbedringsforsøk innebar en fristavbrytende erkjennelse – HR-2023-93-A

Høyesterett avsa 12. januar 2023 dom i sak mellom totalentreprenøren, Betonmast Innlandet AS, og byggherren, Frost Utvikling AS. Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA)

opptrådte som partshjelper for Betonmast. Saken dreide seg om hva som skal til for at en fordring anses «erkjent» etter foreldelsesloven § 14, slik at foreldelsesfristen avbrytes. Spørsmålet for Høyesterett var om Betonmast gjennom sine utbedringsforsøk hadde erkjent et krav om erstatning.

I motsetning til Øvre Romerike tingrett og Eidsivating lagmannsrett, kom Høyesteretts flertall til at erstatningskravet ikke var erkjent som følge av utbedringsforsøkene. DLA Piper representerte Betonmast i saken. Les vår redegjørelse [her](#).

2. Spørsmål om entreprenørens rett til vederlagsjustering ved endringer i offentlige avgifter og byggherrens rett til å holde tilbake merverdiavgift på dagmulkt – HR-2023-411-A

2.1 SAKENS BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Saken gjaldt sluttoppgjørsvist mellom hovedentreprenør Marti Nordnes DA (“Marti”) og Statens vegvesen etter bygging av ny tunnel i prosjektet E6 Indre Nordnes – Skardalen i Kåfjord



kommune. Kontrakten var regulert av NS 8406. Saken for lagmannsretten er behandlet i vårt nyhetsbrev av september 2022, som du kan lese [her](#).

Deler av lagmannsrettens avgjørelse ble anket til Høyesterett av Statens vegvesen, som tillot to krav til behandling: (i) om Marti hadde krav på vederlagsjustering som følge av endret regelverk for beregning av arbeidsgiveravgift, og (ii) hvordan merverdiavgift skal behandles når entreprenøren er i en dagmulktsituasjon.

2.2 KRAV OM VEDERLAGSJUSTERING SOM FØLGE AV ENDRUDE REGLER FOR ARBEIDSGIVERAVGIFT

Kravet gjelder endringer i regelverket om differensiert arbeidsgiveravgift som inntrådte med virkning fra 1. januar 2016. Endringen førte til at Marti fikk økte kostnader i størrelsesorden 5 millioner kroner ved innleie av tunnelarbeidere fra underentreprenør Tucon. Bakgrunnen var at Tucon ikke lenger kunne beregne arbeidsgiveravgift av lønn utbetalt til ansatte som arbeidet på Nordnestunnelen etter det gunstige regelverket som gjaldt for såkalte «ambulerende virksomheter». Fram til endringen trådte i kraft var arbeidsgiveravgiftssatsen for disse 0 %, fordi arbeidet ble utført i Nord-Troms, der dette var den alminnelige satsen. Etter endringen ble satsen 14 %, fordi arbeidsgiveren, Tucon, var registrert i Oslo. For perioden 1. januar til 1. september 2016 fremsatte derfor Marti krav om vederlagsjustering.

Spørsmålet for Høyesterett var om endringen i arbeidsgiveravgiftregimet som trådte i kraft 1. januar 2016, var en endring som – etter kontrakten mellom Marti og Statens vegvesen – gav rett til vederlagsjustering.

Marti gjorde gjeldende at lagmannsretten korrekt hadde lagt til grunn at risikoen for endringer i offentlig rammeverk etter inngåelse av kontrakten lå hos byggherren, mens Statens vegvesen anførte at lagmannsrettens rettsanvendelse var feil.

Høyesterett tok utgangspunkt i reguleringen i NS 8406 pkt. 23.1. Denne bestemmelsen inneholder to reguleringsmekanismer i henholdsvis første og fjerde ledd. Første ledd gir entreprenøren rett til indeksregulering av vederlaget, mens fjerde ledd gir rett til vederlagsjustering dersom offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale endres etter at entreprenøren inngav sitt tilbud.

Høyesterett tok utgangspunkt i en formålsbetraktning og la til grunn at den samme avgiftsøkningen ikke skal kunne kompenseres både av en indeksregulering og gjennom en direkte regulering. Det var derfor nødvendig å skille mellom avgiftsendringer som omfattes av indeksreguleringen, og avgiftsendringer som reguleres direkte etter fjerde ledd.

Lagmannsretten hadde ved sin bevisvurdering lagt til grunn at opphevelsen av unntaket for ambulerende virksomhet kun ville ha en marginal innvirkning (om noen) på indeksen. Realiteten var derfor at Marti ikke ville få kompensert noen av den faktiske økonomiske effekten regelendringen hadde for prosjektet gjennom indekseringen.

Høyesterett kom imidlertid frem til at utgangspunktet om at samme kostnadsendring ikke skal medføre risiko for flere justeringer av vederlaget veide tyngre enn at det i enkelte tilfeller ville medføre at entreprenøren ikke ville få noen kompensasjon. Det tilsa at innsatsfaktorer som etter sin art fanges opp av indeksen etter første ledd, ikke i tillegg omfattes av fjerde ledd. Siden arbeidsgiveravgift er en faktor som etter sin art inngår i grunnlaget for indeksen (f.eks. at den generelle satsen går fra 14 % til 15 %), gav ikke endringen rett til vederlagsjustering i dette tilfellet.

2.3 BYGGHERRENS RETT TIL Å HOLDE TILBAKE MERVERDIAVGIFT PÅ DAGMULKT

Det andre spørsmålet i saken gjaldt hvorvidt Statens vegvesen var berettiget til å tilbakeholde påløpt dagmulk i fakturabeløp uten tillegg av merverdiavgift. I prosjektet hadde Statens vegvesen holdt tilbake omtvistet dagmulk i fakturaer fra Marti for utført arbeid, uten tillegg av merverdiavgift. Den likviditetsmessige effekten av dette for entreprenøren var at tilbakeholdet utgjorde 25 % mer enn den faktiske dagmulkten.

Marti anførte at fakturerte vederlagskrav bygget på faktisk utført arbeid som det påløp merverdiavgift på jf. merverdiavgiftsloven § 3-1. Marti anførte videre at tilbakeholdsretten ikke gikk lenger enn selve dagmulktskravet. Tilbakeholdsretten følger av NS 8406 punkt 23.3 siste ledd, som lyder slik:

«Er det påløpt dagmulk, eller har byggherren andre krav som følge av entreprenørens kontraktbrudd, kan byggherren holde tilbake så mye av betalingen at dette dekker det spesifiserte krave».

Marti anførte at ordlyden i bestemmelsen ikke ga rett til å tilbakeholde mer enn den faktiske dagmulkten. Konsekvensen av dette var at byggherren var forpliktet til å betale også påløpt merverdiavgift på arbeidet som var utført i perioden.

Staten anførte på sin side at dagmulk, som følge av merverdiavgiftsregelverket, måtte anses som en reduksjon av entreprenørens vederlag. Etter praksis fra avgiftsmyndighetene er det anledning til å kreditere, eller unnlate å fakturere, for vederlag som korresponderer med påløpt dagmulk.

Høyesterett var enig med Statens vegvesen og uttalte at det i lys av avgiftsreglene var mer naturlig å anse dagmulk, også kontraktsrettslig, som en prisreduksjon enn som en erstatning for forsinkelse:

«Marti anfører at dagbøter er en standardisert erstatning for forsinket leveranse. Erstatningen reduserer ikke kontraktssummen, slik at det riktige må være å beregne merverdiavgift på hele omsetningen. Etter mitt syn kan dette ikke føre frem. Faktureringen etter kontrakten må ses i lys av avgiftsreglene.»

Som følge av dette kom Høyesterett frem til at Statens vegvesens praksis var korrekt. Høyesteretts resultat har kun betydning for byggherrer som ikke har fradragsrett. Dette vil særlig være forbrukere som vil kunne kreve at prisen reduseres tilsvarende dagmulkten, og at dette også påvirker størrelsen på merverdiavgiften entreprenøren har rett til å fakturere.

3. Entreprenørens rett til defensiv forsering – HR-2023-534-A

3.1 SAKENS BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Høyesterett avsa den 24. mars 2023 dom i sak mellom totalentreprenør Backe Stor-Oslo AS og totalunderentreprenør Elektro-Kontakten AS.

Borgarting lagmannsrett avsa dom 27. april 2022, se behandling av lagmannsrettens avgjørelse i vårt nyhetsbrev av juni 2022 som du kan lese [her](#). Saken ble anket til Høyesterett av Elektro-Kontakten som slapp inn et av spørsmålene i saken: Om kostnader som følge av irrasjonell drift skal medregnes i det anslåtte forseringsvederlaget så langt det er en følge av defensiv forsering etter NS 8417 pkt. 33.8. Det var allerede rettskraftig avgjort av lagmannsretten at Elektro-Kontakten hadde krav på fristforlengelse.

Det følger av NS 8417 pkt. 33.8 at totalunderentreprenøren, ved avslag av et berettiget fristforlengelseskrav, kan velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Totalunderentreprenøren har imidlertid ikke rett til å gjennomføre defensiv forsering dersom «vederlaget for forseringen» må antas å overstige den dagmulkt som ville ha påløpt hvis avslaget var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30%.

Spørsmålet for Høyesterett knyttet seg til innholdet i formuleringen «vederlaget for forseringen» og om formuleringen også omfattet kostnader knyttet til plunder og heft som er en følge av forseringen. Lagmannsretten hadde under tvil kommet til at anslåtte kostnader til plunder og heft ikke skulle trekkes inn ved beregningen av «vederlaget for forseringen».

Dommen er avsagt under dissens 3-2.

3.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISER

Høyesteretts flertall kom til at kostnader som er en følge av plunder og heft som er en følge av forseringen, skal omfattes i beregningen av «vederlaget for forseringen».



Flertallet la til grunn at bestemmelsens ordlyd, «vederlaget for forseringen», ikke i seg selv ga holdepunkter for å holde utenfor enkelte deler av merkostnadene som oppstår i en forseringssituasjon. Etter flertallets syn, talte også formålet bak bestemmelsen at hovedentreprenøren ikke skal måtte akseptere forsering som medfører uforholdsmessig høye kostnader for en slik forståelse.

Det forhold at kostnader som følge av ineffektiv drift i praksis kan være vanskeligere å beregne enn andre merkostnader og at vil kunne være vanskelig å skille mellom ineffektiv drift som skyldes en besluttet forsering, og ineffektiv drift som uansett ville inntrådt i forbindelse med forsinkelser som er inntrådt, fikk ikke avgjørende betydning. Høyesterett viste i den forbindelse til at bestemmelsen kun krevde et forsvarlig estimat, jf. ordlyden «må antas» å overstige, og ikke en nøyaktig beregning.

Mindretallet i Høyesterett kom til motsatt konklusjon og mente at lagmannsrettens forståelse av bestemmelsen var korrekt.

Etter mindretallets syn gav ikke ordlyden noe klart svar på om krav som følge av plunder og heft skulle trekkes inn i beregningen av det anslåtte forseringsvederlaget. Mindretallet pekte på at et av bestemmelsens formål var å hensynta totalunderentreprenøren i en situasjon der hovedentreprenøren begår kontraktsbrudd ved å avslå et berettiget krav på fristforlengelse, og at bestemmelsens formål tilsa at det ved tolkningen måtte tillegges vekt at det kan være utfordrende å estimere de indirekte kostnadene av forseringen som kostnader av ineffektiv drift er. Det ble også vist til at totalunderentreprenøren bar en risiko for bortfall av deler av forseringsvederlaget, dersom det ble foretatt en feilberegning av estimatet for forseringskostnadene.

Mindretallet fant avgjørelsen vanskelig, men kom til at kostnadene som følge av plunder og heft ikke burde trekkes inn i beregningen av hva forseringen antas å ville koste.

4. Spørsmål om “back-to-back” på konsekvensnivå, samt forsering og plunder og heft – LB-2021-139395

4.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Borgarting lagmannsrett avsa 8. mars 2023 dom i en sak mellom Veidekke Entreprenør AS og Alf Brekken og Sønner (ABS). Saken gjaldt sluttoppgjør etter en underentreprisekontrakt i forbindelse med rassikring av Europaveg 10 i Lofoten på Moskenesøya.

ABS' søksmål omfattet flere kontraktskrav, samt en rekke krav om tilleggsvederlag, herunder krav om tillegg for forsering og plunder og heft (nedsatt produktivitet). Veidekke fremsatte flere motkrav mot ABS.

Det ene hovedspørsmålet i saken var om Veidekke og ABS hadde avtalt at ABS' rett til oppgjør var begrenset til det Veidekke oppnådde i sitt sluttoppgjør med SVV, dvs. en avtale om “back-to-back” på konsekvensnivå. Det andre hovedspørsmålet i saken var om ABS hadde rett på kompensasjon for forsering og plunder og heft.

Lagmannsretten tok i tillegg blant annet stilling til om flere av ABS' krav var foreldet, prekludert etter varslingsreglene i NS 8415 og/eller bortfalt helt eller delvis som følge av passivitet, konkludent atferd eller dispositivitet. En gjennomgang av disse spørsmålene faller imidlertid utenfor nyhetsbrevets rammer.

4.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Statens Vegvesen (SVV) utlyste våren 2012 en åpen anbudskonkurranse for en del av et rassikringsprosjektet Solbjørnneset – Hamnøy. Veidekke vant anbudskonkurransen og inngikk kontrakt med SVV basert på NS 8406 (hovedkontrakten).

Veidekke inngikk deretter en underentreprisekontrakt med ABS knyttet til sprengnings- og masseflyttingsarbeider (underkontrakten). Underkontrakten var basert på NS 8415. Hovedkontrakten ble videreført i underkontrakten ved at arbeidsbeskrivelse og pris var basert på SVVs prosesskoder og enhetspriser.

Under utførelsen av grunnarbeidene møtte ABS på en rekke utfordringer. Disse ga merarbeid for ABS, samt forsinket oppstart av arbeidene. SVV fastholdt imidlertid at overleveringen av anlegget skulle skje som planlagt (november 2014). ABS (og Veidekke) iverksatte derfor betydelige forserings-tiltak, som medførte betydelige krav knyttet til forsering og plunder og heft.

Da det gikk mot rettslig prosess mellom SVV og Veidekke inngikk partene en tilleggsavtale, der Veidekke og ABS forpliktet seg til et nært samarbeid i forbindelse med Veidekkes sluttoppgjørstvist med SVV. Videre regulerte tilleggsavtalen utfallet av saken gjennom å angi “fordelingsnøkler” mellom Veidekke og ABS. Sluttoppgjørstvisten mellom SVV og Veidekke ble senere forlikt.

4.3 HVORVIDT ABS' KRAV VAR BEGRENSET AV HVA VEIDEKKE OPPNÅDDE I SLUTTOPPGJØRET MED SVV – “BACK-TO-BACK” PÅ KONSEKVEN- OG REGELNIVÅ

Partene var uenige om i hvilken utstrekning ABS' krav på oppgjør var begrenset av hva Veidekke oppnådde oppover mot SVV. Anførselen ble fremmet som en innsigelse fra Veidekke mot flere av kontrakts- og tilleggskravene til ABS.

Innledningsvis viste lagmannsretten til at “back-to-back” ikke er et entydig rettslig begrep med et avklart rettslig innhold. Videre viste lagmannsretten til at “back-to-back” grunnleggende sett antas å bety en form for avtaleregulering der en kontrakt lenger ned i et kontraktshierarki spiller kontraktsbestemmelser og/eller posisjoner lenger opp. Slik som partene, fant lagmannsretten det hensiktsmessig å benytte betegnelsene “back-to-back” på konsekvensnivå og “back-to-back” på regelnivå – hentet fra Arne Engesæths artikkel “Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back to back prinsippet” i [Lov og Rett 1996 nr. 6](#).

Lagmannsretten viste til at “back-to-back” på regelnivå innebærer en tilnærmet direkte bruk av hovedkontraktens regler nedover i kontraktspyramiden, uten at underentreprenøren rent faktisk får utmålt det samme. “Back-to-back” på konsekvensnivå går derimot lenger, og innebærer at underentreprenøren i utgangspunktet får utbetalt det samme som hovedentreprenøren oppnår oppover mot byggherren.

Lagmannsretten kom til at det ikke forelå tilstrekkelige holdepunkter for at Veidekke og ABS hadde inngått en avtale om “back-to-back” på konsekvensnivå. Snarere tvert imot talte kontraktens ordlyd for det motsatte. Videre viste lagmannsretten at det ville ha vært nærliggende å regulere spørsmål som omfang, plikter, rettigheter og sanksjoner dersom Veidekke og ABS skulle ha fastsatt et prinsipp om “back-to-back” på konsekvensnivå. Dette var ikke gjort. Lagmannsretten påpekte også at uklarhetsregelen – at en uklar avtale tolkes mot den som burde ha uttrykt seg klarere – talte i Veidekkes disfavør.

Etter dette ble Veidekkes generelle anførsel om at ABS var bundet back-to-back av mengdene Veidekke fikk oppgjør for av SVV, ikke tatt til følge.



4.4 KRAV PÅ TILLEGGSVEDERLAG FOR FORSERING OG PLUNDER OG HEFT

ABS krevde tilleggsvederlag for forsering med ca. kr 18 millioner og plunder og heft med ca. kr 35 millioner. Utmålingen av kravene bygget på en anførsel om at tilleggsavtalens bestemmelser som begrenset ABS' krav til andeler av hva Veidekke oppnådde i Hovedsaken, ikke kom til anvendelse.

Lagmannsretten kom til at tilleggsavtalen måtte tolkes utfyllende, slik at fordelingsnøkklene (prosentangivelsene) måtte settes til side. Bakgrunnen for dette var at Veidekke selv hadde unnlatt å oppfylle sine forpliktelser i henhold til tilleggsavtalen. Nærmere bestemt viste lagmannsretten til Veidekkes manglende samarbeid med ABS i forbindelse med sluttoppgjørprosessen med SVV, herunder inngåelsen av forliksavtalen. Veidekke hadde ikke overholdt forpliktelsen til å forfølge ABS' krav "oppover", og kunne da ikke gjøre gjeldende tilleggsavtalens begrensninger "nedover".

Lagmannsretten la etter dette til grunn at utmålingen av tilleggsvederlag for forsering og plunder og heft måtte baseres på underentrepriskontrakten og bakgrunnsretten.

Kravene til ABS baserte seg i all hovedsak på en sakkyndig rapport utarbeidet av Paradigme. Lagmannsretten mente at rapporten hadde bevisverdi for å belyse forseringskostnader og produktivitetstap, og til dels årsakssammenhenger. Derimot pekte lagmannsretten på flere svakheter og feilkilder i rapporten, herunder svakheter ved beregningene. Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at ABS hadde krav på ca. kr 25 millioner for forsering og plunder og heft.

Etter vårt syn føyer dommen seg inn i den seneste tids utvikling hvor domstolene i større grad synes å gi entreprenøren uttelling for plunder og heft.

Dommen er anket til Høyesterett.

5. Avbestilling eller endring av entrepriskontrakt?– LE-2022-128575

5.1 SAKENS BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Eidsivating lagmannsrett avsa 13. februar 2022 dom i sak mellom byggherren, Norwegian Outlet Project AS, og totalentreprenøren, Herda Totalentreprenør AS.

Norwegian Outlet og Herda inngikk 18. september 2017 en totalentrepriskontrakt om oppføringen av nytt parkeringshus i to etasjer, basert på NS 8407. I kontrakten ble byggherren gitt en tidsbegrenset opsjon på byggingen av en tredje etasje.

Herda hadde ansvar for å skaffe igangsettelsestillatelse (IG). Planlagt igangsettelse var 1. oktober 2017, og overtagelsesforretning skulle avholdes senest 15. juni 2018. Herda fikk imidlertid ikke IG, og byggingen ble dermed aldri igangsatt.

Det ble holdt et møte mellom partene 18. juni 2018 for å diskutere mulige scenario for utbygging. I e-post 20. juni 2018 orienterte Norwegian Outlet om at det var besluttet å endre utformingen av parkeringshuset. Byggherren lyktes imidlertid ikke med å oppnå rammetillatelse for det endrede prosjektet, hverken i 2019 eller i 2020. Herda hevet derfor kontrakten 6. januar 2021, og krevde erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Hovedspørsmålet i saken var om Norwegian Outlet hadde avbestilt arbeidet i kontrakten, eller om e-posten 20. juni 2018 var å anse som en endring av kontrakten. Dersom kontrakten allerede var avbestilt, var Herdas heving av kontrakten ikke berettiget.

I motsetning til Follo og Nordre Østfold tingrett, kom lagmannsretten til at totalentrepriskontrakten ikke var avbestilt, men endret. Herda hadde da rett til å heve kontrakten.

5.2 PARTENES ANFØRSLER

Herda anførte at e-posten av 20. juni 2018 ikke kunne anses som en avbestilling. Det ble vist til at ordet "avbestilling" aldri ble brukt, og at det i Herdas kostnadsoppsett av 14. august 2018 var forutsatt at avtalen skulle videreføres. Ifølge Herda innebar e-posten en endring, som begge partene var enige om. Begrensningen til 15% av kontraktssummen som byggherren ensidig kan pålegge i medhold av NS 8407 punkt 31.3, var derfor ikke relevant. På denne bakgrunn anførte Herda at hevingen av kontrakten var rettmessig.

Norwegian Outlet anførte på sin side at kontrakten ikke kunne heves, fordi arbeidet allerede var avbestilt i e-post av 20. juni 2018. Det ble argumentert med at NS 8407 punkt 44 ikke setter andre formkrav enn skriftlighet, og at byggherren i e-posten ga totalentreprenøren beskjed om å stoppe all produksjon og øvrige arbeider på det toetasjes parkeringshuset. Videre trakk Norwegian Outlet frem at endring av en entreprisekontrakt er et pålegg fra byggherren til entreprenøren, og at endringen følgelig må ligge innenfor 15 %-begrensningen i NS 8407 punkt 31.3.

5.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERING

Lagmannsretten påpekte innledningsvis at NS 8407 punkt 44 oppstiller krav om at avbestilling skal skje skriftlig, og at e-post sendt til avtalt adresse blir regnet som skriftlig etter punkt 5. Det avgjørende var derfor om e-posten etter sitt innhold kunne sies å innebære en avbestilling av totalentreprisekontrakten.

Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten frem til at Norwegian Outlet ikke hadde avbestilt totalentreprisekontrakten.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i totalentreprisekontrakten. Det ble vist til at totalentreprisekontrakten i utgangspunktet kun gjaldt oppføring av et parkeringshus i to etasjer, men at en tredje etasje lå innenfor den inngåtte kontrakten. Videre vektla lagmannsretten at det var avtalt fast pris for opsjonen, i tillegg til timepriser for regningsarbeid, samt påslag for materialer og underentreprenørs regningsarbeid. Lagmannsretten mente derfor at kontrakten åpnet for fleksibilitet og kontinuitet i samarbeidet.

Når det gjaldt e-posten av 20. juni 2018, uttalte lagmannsretten blant annet følgende:

«Etter lagmannsrettens syn kan denne e-posten ikke forstås som en avbestilling. E-posten gjelder både i emnefeltet og etter sin ordlyd en endring av prosjektet. Det står at rammen og planen for det endrede prosjektet er basert på et mindre fotavtrykk med tre etasjes bygg, og at byggherren kom til å engasjere seg i styring og utforming. Ordet «avbestilling» er ikke brukt. Etter lagmannsrettens syn fremstår e-posten, vurdert under ett, som en bekreftelse på at Outlet ønsket et endret prosjekt, i tråd med det Outlet hadde skissert som en mulighet i møtet to dager tidligere, og i tråd med den endringsadgangen som gjaldt i avtalen mellom partene.

Lagmannsretten legger videre vekt på at det står i e-posten at «påløpte dokumenterbare utgifter» vil bli dekket. Dette er i strid med standardens regler for avbestilling, der totalentreprenøren har krav på dekning også av den positive kontraktsinteressen. Byggherrens angivelse av hvilke kostnader som vil bli dekket, trekker dermed i retning av at e-posten ikke innebar en avbestilling.»

Videre uttalte lagmannsretten at innholdet i e-posten var for uklart til å anses som en avbestilling, og at det byggherren – som var den som satt med avbestillingsretten – som måtte bære risikoen for denne uklarheten (den såkalte "uklarhetsregelen" i avtaletolkning).

I vurderingen vektla også lagmannsretten at senere e-poster mellom partene viste at Hedra åpenbart oppfattet e-posten som en endringsordre og at partene ikke anså kontrakten som avbestilt. Lagmannsretten påpekte i tillegg at da Herda sendte hevningsvarslet, svarte Norwegian Outlets advokat med å bestride hevingsretten – og ikke at arbeidene allerede var avbestilt.

Avslutningsvis slo lagmannsretten fast at 15 %-grensen i NS 8407 punkt 31.1 er uten betydning i tilfeller hvor entreprenøren aksepterer endringene, og der det i henhold til kontrakten skal foretas vederlagsjustering.