



Utvalgte dommer fra bygge- og anleggsbransjen | juni 2022

Det avses stadig dommer etter tvister innen bygge- og anleggsbransjen. DLA Pipers entrepriseavdeling redegjør her for fem rettsavgjørelser innen entrepriseretten som er avsagt de siste månedene:

- [1. Kan brudd på byggherreforskriften sette til side eller forlenge dagmulfts-sanksjonerte frister? \(HR-2022-1120-A\).](#)**
Saken gjaldt spørsmål om byggherreforskriftens regler om at det skal settes av "tilstrekkelig byggetid" får privatrettslige konsekvenser for byggherrens dagmulftskrav.
- [2. Entreprenørens rett til vederlagsjustering ved endringer i offentlige avgifter og offentlig rammeverk \(LH-2020-131143\).](#)** Saken gjaldt spørsmål om endringen i arbeidsgiveravgiftregimet som trådte i kraft 1. januar 2016, var en endring som – etter kontrakten mellom Marti og Vegvesenet – kunne gi rett til direkte vederlagsjustering.
- [3. Terskel for heving av rådgiverkontrakt – \(LB-2021-124289\).](#)**
I dommen tar lagmannsretten stilling til terskel for heving ved mislighold og antesipert mislighold, i tilfeller hvor det foreligger mislighold hos begge kontraktsparter.
- [4. Spørsmål om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft i totalunderentreprise - \(LB-2021-42691\).](#)**
Dommen er (i) retningsgivende for hvilken dokumentasjon og hvilke metoder som tilfredsstillt HAB-dommens krav til årsakssammenheng og sannsynliggjøring av forsering, samt at den (ii) viser at "inntjent verdi"-metoden er en akseptabel utmålingsmetode for å sannsynliggjøre omfanget av merkostnader ved ineffektiv drift.
- [5. Totalentreprenørens krav på kompensasjon fra byggherren for inngående merverdiavgift - \(TOSL-2021-108612\).](#)** Saken gjaldt spørsmålet om totalentreprenøren hadde krav på kompensasjon fra byggherren for inngående merverdiavgift som totalentreprenøren ikke fikk fradragsføre.

1. Kan brudd på byggherreforskriften sette til side eller forlenge dagmulkt-sanksjonerte frister? (HR-2022-1120-A)

1.1 PROBLEMSTILLINGEN I SAKEN

Høyesterett avsa 7. juni 2022 dom i sak mellom Veidekke Entreprenør AS og Statens Vegvesen knyttet til arbeid på strekningen Sveгатjörn–Fanavegen på ny hovedvei mellom Os og Bergen (K10).

Hovedspørsmålet i saken var om byggherreforskriftens regler om at det skal settes av "tilstrekkelig byggetid" får privatrettslige konsekvenser for dagmulkt. For Høyesterett var spørsmålet kun hvilke privatrettslige virkninger brudd på forskriften hadde, ikke om delfristene i den konkrete saken var forskriftstridige.

Entreprenøren hevdet at de dagmulktbelagte fristene måtte settes til side eller revideres som følge av forskriftsbrudd. Det ble vist til fire alternative rettsgrunnlag. Hverken standardkontraktens ordlyd og struktur, forbudet mot avtaler som er i strid med lov etter NL 5-1-2, lojalitets- og effektivitetsprinsippet etter EØS-avtalens artikkel 3 eller revisjonsbestemmelsen i avtaleloven § 36 fikk gjennomslag. Høyesteretts flertall (4-1) la avgjørende vekt på at forskriften ikke inneholder bestemmelser om ugyldighet, at det dreide seg om en klar risikofordeling, og at revisjon ville ført til en uberettiget risikoforskyning. Mindretallet la derimot langt mer vekt på formålsbetraktninger. Det ble vist til at dersom ulovlige frister skulle anses avtalerettslig bindende ville arbeidstakerne i forlengelse av entreprenøren påføres et tidspress som forskriften har som formål å forhindre.

Dommen viser at byggherre kan kreve dagmulkt selv om fristene er i strid med byggherreforskriften. Dommen innebærer dessuten at ansvaret for arbeidstakers helse og sikkerhet i praksis utelukkende plasseres på entreprenøren og at entreprenøren dermed selv må vurdere om frister er forsvarlige.

Både flertallets og mindretallets votum inneholder prinsipielle uttalelser om forholdet mellom offentligrettslige regler og privatrettslige avtaler.

1.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Den omtvistede delen av entreprenørens kontraktsarbeid besto av å drive en tunnel på 9,3 km på strekningen Sveгатjörn–Rådal. De fire delfristene belagt med en dagmulkt på kr. 400 000 var satt for at delstrekningen skulle være klar for elektroinstallasjoner. Arbeidet med tunneldriving begynte i april 2016. I november sendte entreprenøren krav om endringsordre da det ikke var mulig å overholde delfristene på grunn av "påtrufne geologiske forhold". Statens vegvesen motsatte seg dette, og Veidekke ble henholdsvis 64, 50, 64 og 23 uker forsinket. Byggherre satt dermed igjen med et dagmulktkrav på over 10 prosent av kontraktens størrelse.

Lagmannsretten kom til at delfristene brøt byggherreforskriften, men til grunn at brudd på byggherreforskriften ikke kunne ha privatrettslige konsekvenser for dagmulkt.

1.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISER

Høyesteretts flertall tar først for seg læren om privatrettslig ugyldighet for avtaler som strider med lov jf. Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2. Førstvoterende uttaler prinsipielt at "utgangspunktet at offentlig tilsynslovgeving ikkje har privatrettslege konsekvensar", men at spørsmålet må vurderes konkret.

I den konkrete vurderingen legger domstolen avgjørende vekt på tre forhold i aweiningen av reelle hensyn. For det første blir byggherreforskriften håndhevet av Arbeidstilsynet, og privatrettslige håndhevingsmekanismer er derfor ikke nødvendige eller en forutsetning for forskriften. For det andre viser førstvoterende til at revisjon vil medføre en uberettiget omfordeling av risikoen ettersom entreprenøren med viten og vilje aksepterte fristene som en del av avtalen. For det tredje hevdes det at ugyldighetsvirkning vil kunne gi entreprenøren et økonomisk insentiv til å ikke å ta opp uforsvarlige forhold med Arbeidstilsynet da de i ettertid heller kan gjøre gjeldende at fristene er ugyldige. Dette ville stride mot forskriftens formål om å beskytte arbeidstaker.

Andrevoterende bygger også på formålsbetraktninger, men kommer til motsatt resultat. Mindretallet påpeker at ulovlig korte frister setter entreprenøren i et "krysspress". Med dette sikter andrevoterende til at entreprenøren ikke både kan oppfylle forskriften og avtalen. Dette krysspresset motvirker formålet med forskriften, nemlig å forhindre urimelig tidspress. At entreprenøren får en økonomisk fordel vil dermed ikke være av betydning ettersom forskriften ivaretar hensynet til arbeiderne – ikke den økonomiske risikofordelingen mellom entreprenør og byggherre. Dessuten påpeker andrevoterende at byggherre får insentiver som er i strid med forskriftens formål om byggherren skal honoreres for forskriftsbrudd.

Flertallet kom videre til at brudd på byggherreforskriften ikke ga entreprenøren et krav på fristforlengelse etter NS 8406 pkt. 19.4. Etter flertallets vurdering ligger risikoen for at arbeidet gjøres lovlig på entreprenøren. Dette er en risiko som entreprenøren ifølge Høyesterett aksepteres ved avtaleinngåelse.

Heller ikke anførselene om lojalitets- og effektivitetsprinsippet etter EØS-avtalens artikkel 3 og avtaleloven § 36 førte frem. Til EØS-anførselen påpeker førstvoterende at Arbeidstilsynets håndheving er tilstrekkelig for å oppfylle kravet til effektiv håndheving. Til avtaleloven § 36 vises det kort til at terskelen for revisjon i avtaleforhold mellom profesjonelle er svært høy og at entreprenøren var klar over risikoen da tilbudet ble gitt.

2. Entreprenørens rett til vederlagsjustering ved endringer i offentlige avgifter og offentlig rammeverk (LH-2020-131143)

2.1 SAKENS BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Saken gjaldt sluttoppgjørstvist mellom hovedentreprenør Marti Nordnes DA («Marti») og Staten v/Samferdselsdepartementet («Staten») etter bygging av ny tunnel ifm. E6 Indre Nordnes – Skardalen i Kåfjord kommune. Kontrakten var regulert av NS 8406.

Sluttoppgjørstvisten bestod av en rekke tvistepunkter og Hålogaland lagmannsrett avsa 24. mars 2022 dom i saken. For dette nyhetsbrevets del er det særlig ett krav som er av interesse. Dette er i saken omtalt som «KOE 041 – Økning av satsen for arbeidsgiveravgift».

Kravet gjaldt vederlagsjustering som følge av at reglene om differensiert arbeidsgiveravgift var blitt endret med virkning fra 1. januar 2016. Endringen førte til at Marti fikk økte kostnader ved innleie av tunnelarbeidere fra underentreprenør Tucon. Grunnen var at Tucon ikke lenger kunne beregne arbeidsgiveravgift av lønn utbetalt til ansatte som arbeidet på Nordnestunnelen etter det gunstige regelverket som gjaldt for såkalt «ambulerende virksomheter» tidligere. 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 – 1. september 2016 krevde Marti på denne bakgrunn vederlagsjustering.

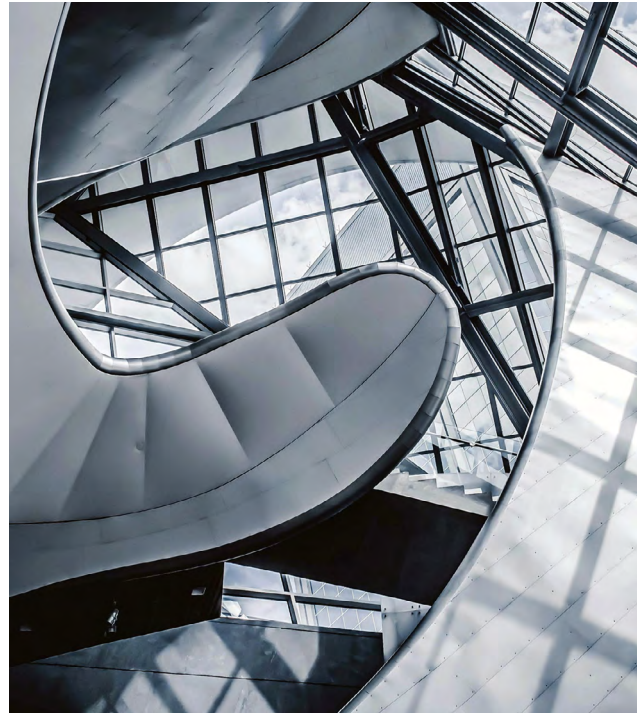
Spørsmålet for retten var om endringen i arbeidsgiveravgiftregimet som trådte i kraft 1. januar 2016, var en endring som – etter kontrakten mellom Marti og Vegvesenet – kunne gi rett til direkte vederlagsjustering.

2.2 LAGMANNSRETTENS VURDERING

Lagmannsretten tok utgangspunkt i ordlyden i NS 8406 som sier at: «*Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.*». Ordlyden er tilsvarende som i NS 8405 og 8407.

Etter lagmannsrettens syn innebar dette at «*Effekten av bestemmelsene er at entreprenørene kan gi sine tilbud basert på det lønns- og prisnivået og de aktuelle avgifts- og gebyrsatsene som er kjent på tilbudsstadiet, uten at det er nødvendig å kalkulere inn risikoen for denne typen kostnadsendringer under utførelsesperioden.*»

Basert på ordlyden i NS 8406 er det imidlertid i tidligere rettspraksis og teori tolket inn to begrensninger i retten til



vederlagsjustering på dette grunnlaget. Dette er det såkalte «tilknytningskriteriet» og «nødvendighetskriteriet». I den såkalte Flypassasjeravgiftssaken mellom Veidekke og Staten (LG-2021-57871) ble det uttalt av det «samsvarer med ordlyden i NS 8406 punkt 23.1 fjerde ledd at avgiften må ha direkte tilknytning til kontraktsarbeidet, og at alminnelige avgifter som bompengesatser, veiavgifter mv. faller utenfor.» I tillegg må det være nødvendig å betale avgiften ut fra en nærmere vurdering av prosjektet.

Lagmannsretten var i saken mellom Marti og Staten enig i at en slik avgrensning hadde en viss støtte i ordlyden, men mente at det måtte foretas enkelte nyanseringer. Etter lagmannsrettens syn var det ikke nødvendigvis avgjørende om det er tale om endring i en «alminnelig» avgift eller ikke, men om endringen – på grunn av forhold i tilknytning til det enkelte kontraktsforholdet – slår ut på en spesiell måte.

For Martis tilfelle kom lagmannsretten frem til at det ikke var tvil om at endringen slo spesielt ut. Endringen førte til at arbeidsgiveravgiften for tunnelarbeidere som jobbet med Nordnestunnelen, men som ikke var ansatt i virksomheter registrert i den avgiftsfrie sonen i Nord-Troms og Finnmark, økte fra 0 til 14 %. Denne endringen ville heller ikke fanges opp av indeksreguleringen i kontrakten.

Lagmannsrettens dom innebærer følgelig en noe mer nyansert tilnærming til spørsmålet om byggherrens risiko for endringer i avgifter enn det som kunne se ut som tilfellet etter dommen i LG-2021-57871. Dommen er for øvrig i tråd med det grunnleggende utgangspunktet om at byggherren som et utgangspunkt bærer risikoen for endringer i offentlig rammeverk under gjennomføringen av et prosjekt.

3. Terskel for heving av rådgiverkontrakt – LB-2021-124289

3.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Borgarting lagmannsrett avsa 3. mai 2022 dom i sak mellom prosjektleder Probea AS og byggherre Obos Koksa AS (heretter «FPE») etter heving av rådgiverkontrakt inngått etter NS 8402.

Det sentrale spørsmålet Borgarting lagmannsrett skulle ta stilling til var om Probeas heving av rådgiverkontrakten var rettmessig.

Som grunnlag for at hevingen var berettiget påberopte Probea både at FPE hadde misligholdt kontrakten ved å være i betalingsmislighold, ved manglende medvirkning til gjennomføring av Probeas oppdrag, utfrysning i prosjektet og ved å bryte kontraktens forutsetninger om samarbeid og lojalitet. Videre anførte Probea at FPEs opptreden tilsa at FPE heller ikke hadde til hensikt å videreføre avtalen, og at det var grunnlag for antasipert mislighold.

FPE avviste at hevingen var uberettiget, og anførte at det hverken forelå vesentlig mislighold, at eventuelle mislighold ikke var påberopt i tide og at misligholdene som ble påberopt var rettet i tide. Videre ble det anført fra FPEs side at brudd på samarbeidsplikten uansett var forårsaket av forhold på Probeas side, en uberettiget varslingssak.

Lagmannsretten la under tvil til grunn at hevingen var uberettiget, til tross for at lagmannsretten var enig med Probea i at det forelå alvorlig samarbeidssvikt fra FPEs side. Det avgjørende for resultatet synes å være at Probea fremsatte urettmessige anklager, og initierte en uberettiget varslingssak som var en vesentlig årsak til at samarbeidet ble utfordrende.

I dommen tar lagmannsretten stilling til terskel for heving ved mislighold og antasipert mislighold, i tilfeller hvor det foreligger mislighold hos begge kontraktsparter. Videre vurderer retten betydningen av mislighold og samarbeidssvikt i parallelle prosjekter ved heving av et bestemt oppdrag og betydning av tidligere inngått forliksavtale.

3.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Probea hadde påtatt seg oppdraget som prosjektleder og byggherrens representant i forbindelse med eiendomsutviklingsprosjekt «Koksa 2». Partene hadde også inngått flere lignende kontrakter siden 2012 og hadde et tett samarbeid ved kontraktsignering av rammeavtale i 2017, og ved inngåelse av oppdragsavtale på prosjektet 21. mars 2018.

Ved årsskifte 2018/2019 oppsto det uenigheter mellom partene i flere av prosjektene, og partene inngikk 6. juni 2019 en forliksavtale hvor det ble avtalt at flere oppdrag skulle avvikles, men at avtalen på Koksa 2 skulle videreføres.

Probea fortsatte å jobbe på Koksa 2 etter inngåelse av forliksavtalen, til tross for at Probea opplevde å bli «fryst ut» av prosjektet og at samarbeidsavtalen ikke ble etterlevd. I løpet av 2019 oppsto det diskusjoner om betaling, utarbeidelse av betalingsplan, bemanningssituasjon og hvilket personell som skulle håndtere prosjektet for Probea.

Samarbeidsutfordringene førte til at Probea varslet om at FPE trakasserte og diskriminerte en ung kvinnelig ansatt i Probea, varslet om manglende etterlevelse av forliksavtalen og varslet om heving i løpet av høsten 2019. I samme tidsperiode er partene også enig om at FPE i stadig større grad ivaretok prosjektlederoppdragene selv. Probea hevet avtalen 28. februar 2020.

3.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISER

Lagmannsretten foretar en bred og konkret helhetsvurdering hvor forhold på begge sider blir tillagt vekt i vurderingen av om det foreligger «vesentlig mislighold» og/ eller antasipert mislighold. Videre åpner retten for at samarbeidsutfordringer og mislighold i parallelle prosjekter kan hensyntas dersom det er omstendigheter som gjelder det «overordnede samarbeidet mellom partene», men at betydningen av forhold i andre prosjekter må vurderes konkret. Eventuelle mislighold som oppsto før inngåelsen av forliksavtalen ble imidlertid tillagt liten vekt, da retten var enig med FPE i at forliksavtalen nullstilte misligholdene, og at begge parter påtok seg en plikt til å lojalt videreføre Koksa 2 kontrakten.

Retten konkluderte med at det forelå «alvorlig samarbeidssvikt» fra FPEs side, da ikke involverte Probea i prosjektet som forutsatt uten å klargjøre egne forutsetninger eller underrette Probea om forholdene. Videre unnlot FPE å besvare henvendelser fra Probea, og Probea ble heller ikke involvert eller orientert i den pågående varslingssaken.

Lagmannsretten fant det imidlertid bevist at varslingssaken som ble initiert av Probea bygget på feil forutsetninger. Selv om lagmannsretten oppfattet at det var forståelig at Probea reagerte på at FPE ikke ønsket at den kvinnelige sivilingeniøren skulle involveres i prosjektet, la retten til grunn at Probea visste at de faktiske forholdene ikke var riktig fremstilt i varselet og at kvinnen ikke hadde blitt diskriminert eller trakassert. På den bakgrunn la lagmannsretten også til grunn at Probea måtte forstå bakgrunnen for hvorfor FPE ikke ønsket at representanter fra Probea skulle delta i møter med samme personell Probea hadde anklaget for diskriminering.

Det avgjørende for resultatet synes derfor å være at lagmannsretten fant det bevist at samarbeidsklima ble vesentlig forverret etter Probeas varsel, til tross for at partene også hadde samarbeidsutfordringer før varslingssaken. Probeas

varsel ble derfor ansett for å være en vesentlig årsaksfaktor til samarbeidsutfordringene.

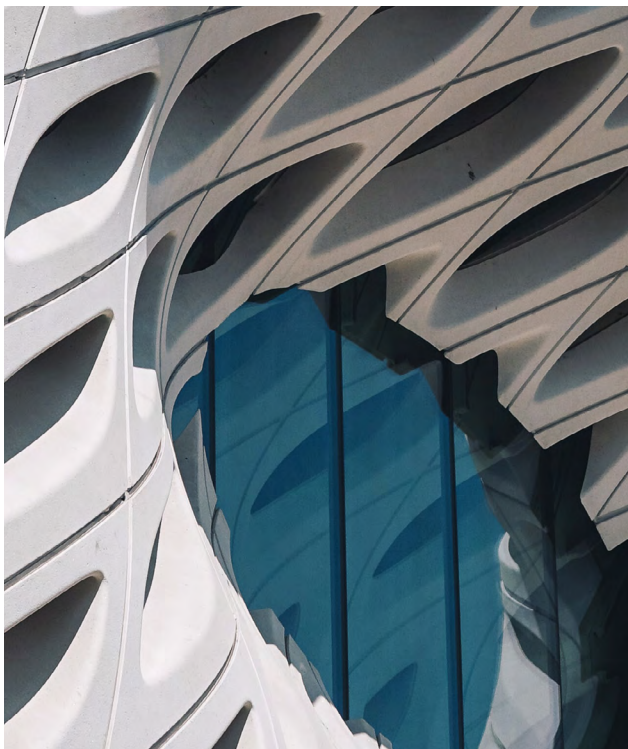
4. Spørsmål om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft i totalunderentreprise - LB-2021-42691

4.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Borgarting lagmannsrett avsa 27. april 2022 dom i sak mellom totalunderentreprenør Elektro-Kontakten AS ("Elektro-Kontakten") og totalentreprenør Backe Stor-Oslo AS ("Backe") knyttet til en totalunderentreprisekontrakt om nybygg og rehabilitering av Slemdal skole i Oslo.

Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft i en totalunderentreprise, samt motkrav om betaling av dagmulkt og erstatning pga. forsinkelser, hvor kontrakten var basert på NS 8417.

Elektro-Kontakten hevdet at forsinkelsene som oppstod var en følge av at foranliggende fag var forsinket, og at det medførte stadige tilbakeganger, opprigging og nedrigging og ad hoc produksjon. Backe hevdet for det første at Elektro-Kontakten ikke hadde krav på fristforlengelse, samt at fremdriften ikke var annerledes enn det Elektro-Kontakten måtte regne med ved kontraktsinngåelsen – sett hen til prosjektets kompleksitet og omfang. Vedrørende kravet om plunder og heft, hevdet Backe at kravet fra Elektro-Kontakten ikke oppfylte tottrinnskravet til årsakssammenheng, jf. HR-2019-1225-A (HAB-dommen). Backe hevdet i tillegg at årsaken til merforbruk skyldtes Elektro-Kontaktens egne forhold, herunder svikt i planleggingen,



underbemanning, uerfarenhet med skolebygg i Oslo, samt ineffektivitet grunnet innleie.

Lagmannsretten konkluderte – i likhet med tingretten – med at Backe hadde krav på tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft.

Dommen er av særlig interesse ettersom den kan være (i) retningsgivende for hvilken dokumentasjon og hvilke metoder som tilfredsstillter HAB-dommens krav til årsakssammenheng og sannsynliggjøring av forsering, samt at den (ii) viser at "inntjent verdi"-metoden er en akseptabel utmålingsmetode for å sannsynliggjøre omfanget av merkostnader ved ineffektiv drift.

4.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

I forbindelse med at Oslo kommune ønsket å rehabilitere Slemdal skole kontraherte Oslobygg KF – tidligere Undervisningsbygg – Backe som totalentreprenør for prosjektet. Backe inngikk våren 2018 kontrakt med Elektro-Kontakten hvor kontraktsarbeidet bestod av å levere "[...] komplett elektroleveranse samt svakstrømleveranse". Avtalen var en fastpriskontrakt basert på NS 8417.

Arbeidet hadde oppstart i 2018, og sluttfristen var 24. april 2020. Det oppstod tidlig forsinkelser i prosjektet, og Elektro-Kontakten fremsatte krav om fristforlengelse våren 2019. Kravet ble avslått av Backe og Elektro-Kontakten igangsatte derfor omfattende forseringstiltak fra høsten 2019. Arbeidet ble ferdigstilt sommeren 2020.

4.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISSER

Domsavsigelsen er den første etter HAB-dommen som tilkjenner omtrent hele entreprenørens plunder og heft-krav. Dommen er derav av særlig betydning ettersom den kan være retningsgivende for tekniske fag og entreprenørbransjen generelt i henseende til hvilken dokumentasjon og hvilke metoder som tilfredsstillter HAB-dommens krav til årsakssammenheng og sannsynliggjøring av forsering.

Spørsmålene retten måtte ta stilling til var om vilkårene i HAB-dommen var oppfylt, herunder om (i) det forelå forhold som Backe var ansvarlige for, og som medførte at Elektro-Kontakten fikk ineffektiv drift, samt (ii) om det forelå årsakssammenheng mellom Backe-forholdene og de merkostnadene som Elektro-Kontakten krevet dekket.

Det rettslige utgangspunktet for lagmannsrettens vurdering var at Elektro-Kontakten hadde bevisbyrden ved å sannsynliggjøre at det hadde inntrådt forhold som Backe hadde risikoen for etter kontrakten. Videre kunne ikke Elektro-Kontakten alene basere kravet på overordnede og skjønsmessige tilnærminger, entreprenøren må sannsynliggjøre konkret hvilke arbeidsoppgaver Backe er ansvarlig for, og hvilke merkostnader dette har medført.

Etter en konkret vurdering fant lagmannsretten at det forelå tidsnære skriftlige bevis på at det hadde inntrådt forhold Backe var ansvarlige for, og som hadde påført Elektro-Kontakten ineffektiv drift. Hovedårsaken til den ineffektive driften var (i) omfattende bruk av innleide montører, (ii) eksisterende og nye forsinkelser, samt stadige endringer av fremdriftsplaner – hvilket medførte at Elektro-Kontakten fikk hyppige tilbakeganger og økt opprigging, nedrigging og økt timeforbruk, (iii) samt mye ad hoc produksjon og økt timeforbruk, ettersom mannskapet måtte flyttes frem og tilbake mellom arbeidsoperasjoner på bakgrunn av hvor det var tilkomst for elektroarbeidende. Lagmannsretten fant at nevnte forhold var solid underbygget gjennom ulike tidsnære skriftlige bevis, herunder særlig forseringsrapportene som ble utarbeidet av Elektro-Kontakten fortløpende i prosjektgjennomføringen. Rapportene beskrev hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret, i hvilke perioder dette hadde skjedd og hvilke konsekvenser dette hadde i form av redusert produktivitet. Retten bemerket videre at de nevnte forseringsrapportene også underbygget øvrige tidsnære bevis, herunder fremdrifts- og avviksmeldinger sendt i samme periode.

Et spørsmål som imidlertid har stått ubesvart etter HAB-dommen, er hvilke utmålingsmetoder som kan benyttes ved beregningen av krav på kompensasjon for ineffektiv drift. Elektro-Kontakten baserte kravet sitt på en "inntjent verdi"-metode, som tok utgangspunkt i en revidert driftsanalyse og bemanningsplan. Metoden bestod av en beregning av hvor mye av kontraktsarbeidene som var utført i prosent, og fant dermed hvor mange "inntjente" timeverk dette tilsvarte. Dette ble sammenholdt med faktisk forbrukte timer, og differansen var følgelig utgangspunktet for den ineffektive driften. Lagmannsretten konkluderte med at Elektro-Kontakten ved sin tilnærming av kravet, sammenholdt med bevisføringen, hadde sannsynliggjort kravet sitt. Lagmannsretten bemerket at risikoen for feilkalkyle – "for at entreprenøren skal få betalt for merkostnader som skyldes egne feilvurderinger" – var redusert ved at Elektro-Kontakten tok utgangspunkt i en revidert kalkyle, i stedet for den opprinnelige kalkylen.

5. Totalentreprenørens krav på kompensasjon fra byggherren for inngående merverdiavgift - TOSL-2021-108612

5.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Oslo tingrett avsa 16. mars 2022 dom i en sak mellom Acciona Infraestructuras and Ghella ANS ("Acciona") og Bane NOR SF knyttet til en totalentreprisekontrakt på Follobanen.

Sakens hovedspørsmål var om totalentreprenøren hadde krav på kompensasjon fra byggherren for inngående merverdiavgift som totalentreprenøren ikke fikk fradragsføre.

Totalentreprenøren hevdet at kontrakten måtte forstås som at entreprenøren hadde rett på kompensasjon for inngående merverdiavgift som de ikke fikk fradragsføre. Bane NOR avviste dette med henvisning til at kontraktens merverdiavgiftsklausul kun ga totalentreprenøren rett til å kreve utgående merverdiavgift for den andel entreprenøren ikke fikk fritak for.

Tingretten konkluderte med at totalentreprenøren ikke kunne kreve kompensasjon for inngående merverdiavgift.

Den omtvistede merverdiavgiftsklausulen er en standard merverdiavgiftsklausul som Norsk Hydro tidligere benyttet i ulike offshorekontrakter. En lignende klausul er videreført og benyttes ofte i Equinors offshoreprosjekter. Dommen er derfor særlig relevant for entreprenører innen offshorebransjen eller entreprenører som har inntatt tilsvarende standardiserte merverdiavgiftsklausuler i sine kontrakter.

5.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

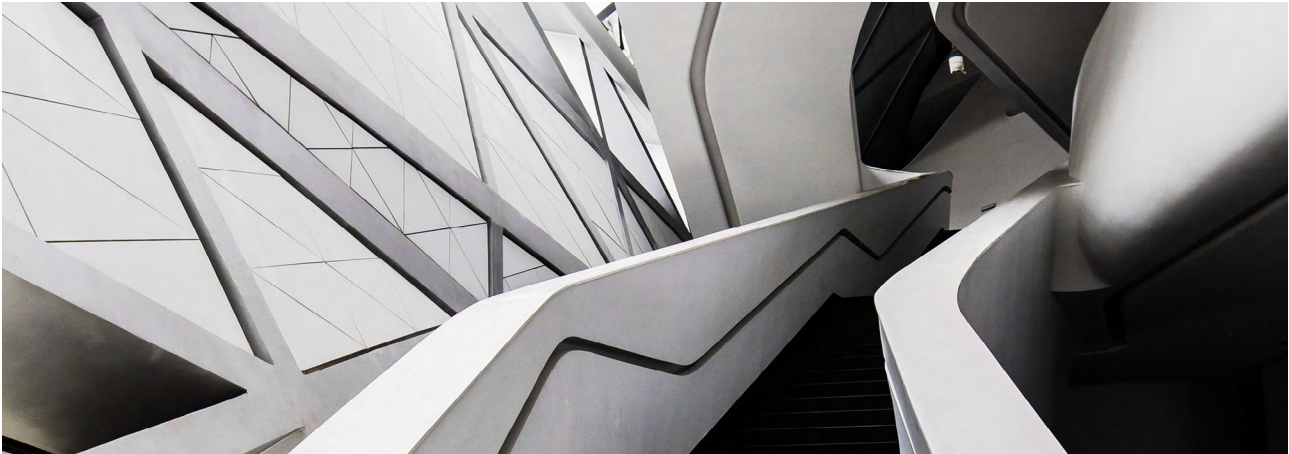
Totalentreprenørens kontraktsarbeid bestod av å drive to parallelle jernbanetunneler mellom Oslo og Ski som del av Follobaneprojektet. Underveis i prosjektet kjøpte totalentreprenøren varer og tjenester til bruk i egen virksomhet for å kunne gjennomføre jernbane- og tunnelarbeidene. Totalentreprenøren fradragsførte inngående merverdiavgift på anskaffelsene.

Etter et utført bokettersyn høsten 2018, fattet Skatteetaten i desember 2020 vedtak om at totalentreprenørens fradragsberettigede inngående merverdiavgift skulle reduseres med kr 18 570 330 for kostnader til kost og losji og med kr 1 830 190 for kostnader til arbeidsreiser. I tillegg ble totalentreprenøren ilagt tilleggsatt på 20 %.

I februar 2021 fremsatte totalentreprenøren krav om refusjon fra Bane NOR for den inngående merverdiavgiften som totalentreprenøren ikke fikk fradrag for i henhold til Skatteetatens vedtak. Grunnlaget for kravet var følgende kontraktsbestemmelse:

"All Lump Sums, Rates and fixed fees are exclusive of value added tax (VAT). Contractor shall for the benefit of Company obtain all available exemptions from VAT and other taxes and duties and pass on to Company any and all rebates, refunds or other monies recovered under such exemptions. In the event that Contractor after having obtained all available exemptions pursuant to the above is required to pay VAT, Company will reimburse Contractor the net amount of such tax."

Ved vurderingen av om bestemmelsen hjemlet fradrag for inngående merverdiavgift foretok retten en konkret vurdering.



5.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISER

Det rettslige utgangspunktet for tingrettens vurdering var at avtaler mellom næringsdrivende skal fortolkes objektivt med fokus på bestemmelsens ordlyd samt formålsbetraktninger og andre reelle hensyn.

Retten la til grunn at Bane NORs formål med å innta nevnte klausul var å regulere beregningen av utgående merverdiavgift hvor det ikke var mulig å oppnå fritak eller få slik avgift redusert. Retten viste i denne sammenhengen til vitneforklaringer fra ansatte i Equinor og Bane NOR som opplyste om at de aldri hadde opplevd utfordringer med entreprenørens forståelse og praktisering av merverdiavgiftsklausulen. Retten påpekte samtidig at Bane NORs subjektive formål ikke kunne tillegges særlig vekt pga. prinsippet om objektiv fortolkning av avtaler.

Retten gikk så over til den konkrete vurderingen og tolkningen av merverdiavgiftsklausulens første ledd første setning:

“All Lump Sums, Rates and fixed fees are exclusive of value added tax (VAT)”.

Retten slo raskt fast at setningen utelukkende gjaldt utgående merverdiavgift. Retten mente videre at merverdiavgiftsklausulens øvrige setninger måtte leses i lys av første setning, og at bestemmelsen derfor regulerte behandling av utgående merverdiavgift på kontraktsprisene.

Retten kommenterte deretter totalentreprenørens anførsel om at merverdiavgiftsklausulens første ledd annen setning innebar en aktivitetsplikt overfor Bane NOR til å benytte alle tilgjengelige fradrag for inngående merverdiavgift:

“Contractor shall for the benefit of Company obtain all available exemptions from VAT and other taxes and duties and pass on to Company any and all rebates, refunds or other monies recovered under such exemptions.”

Retten bemerket at totalentreprenørens anførsel forutsatte at Bane NOR i utgangspunktet hadde påtatt seg en forpliktelse til å dekke all inngående merverdiavgift som totalentreprenøren har betalt i prosjektet, men at Bane NOR likevel ikke var forpliktet til å kompensere inngående merverdiavgift som totalentreprenøren hadde mulighet til å fradragføre. Til dette bemerket retten at det er “uvanlig at en byggherre forplikter seg til å dekke inngående merverdiavgift som entreprenøren har betalt i prosjektet ettersom slike kostnader normalt er inkludert i kontraktsprisen”. Retten fant det klart at en slik forpliktelse ikke kunne utledes av merverdiavgiftsklausulen.

Til sist påpekte retten at heller ikke merverdiavgiftsklausulens første ledd tredje setning stilte saken i et annet lys:

“In the event that Contractor after having obtained all available exemptions pursuant to the above is required to pay VAT, Company will reimburse Contractor the net amount of such tax”

Etter rettens oppfatning kunne denne bestemmelsen ikke leses isolert og løst fra de to første setningene som utelukkende regulerte utgående merverdiavgift.

Tingrettens konklusjon var derfor at totalentreprenøren ikke hadde krav på kompensasjon fra byggherren for inngående merverdiavgift som totalentreprenøren ikke kunne fradragføre. Dommen ble anket 26. april 2022 til Borgarting lagmannsrett og er derfor ikke rettskraftig.