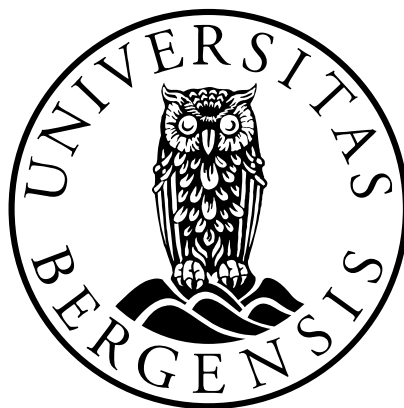


Er entreprenørens merarbeid som følge
av svikt ved byggherrens medvirkning å
anse som en endring etter NS 8405?

*En analyse av 15 %-regelen i NS 8405 punkt
22.1.*

Kandidatnummer: 150

Antall ord: 14 435



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Problemstilling og tema.....	3
1.2 Begrepsavklaring	4
1.3 Aktualitet	5
1.4 Entrepriserettens rettskilder	6
1.5 Videre fremstilling.....	8
2 Entrepriserettens endringssystem.....	9
2.1 Introduksjon.....	9
2.2 NS 8405 punkt 22.1	9
2.3 Hva inngår i 15 %-regelen?	10
2.4 Konsekvenser av endringer utenfor 15 %-regelen	12
2.5 De sentrale hensyn i endringssystemet.....	13
3 NS 8405 punkt 22.1 – Retten til å pålegge endringer	15
3.1 Introduksjon.....	15
3.2 Presentasjon av NS 8405 punkt 22.1.	15
3.3 Hva innebærer «endringer»?	16
3.3.1 Ordlyd.....	16
3.3.2 Anses entreprenørens merarbeid som «endringer»?	17
3.4 Hva innebærer begrepet «pålegge»?.....	17
3.4.1 Ordlyd.....	17
3.4.2 Pålegges entreprenøren merarbeid?	18
4 Endringsbegrepets fortolkning i rettspraksis.....	20
4.1 Generelt	20
4.2 Rt. 2014 s. 520.....	20
4.3 Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022	22
5 Standardkontraktens system	25
5.1 Generelt	25
5.2 NS 8405 kapittel 4	25
5.2.1 «Endringer. Forsinkelse og svikt m.v. ved byggherrens medvirkning».....	25
5.2.2 Punkt 22 – «Endringer».....	26

5.2.3	Punkt 24 – «Fristforlengelse»	26
5.2.4	Punkt 25 – «Vederlagsjustering»	28
5.3	Tilgrensende norske standarder	28
5.3.1	NS 8407.....	28
5.3.2	NS 8406.....	29
5.4	Historiske standarder	31
5.4.1	NS 3430.....	31
5.4.2	NS 3431.....	32
5.4.3	Teoretikerses standpunkt til endringene	33
6	Bakenforliggende hensyn	37
6.1	Generelt	37
6.2	Hensynet til praktisk regelverk.....	37
6.3	Hensynet til balanse i kontraktsforholdet	38
6.4	Avgrensingsproblematikk.....	40
6.5	Konsekvenshensynet	42
6.6	Omgåelseshensynet	44
6.7	Oppsummering	45
7	Konklusjon	46
	Litteraturliste	48
	Litteratur.....	48
	Lover	50
	Standardavtaler.....	50
	Høyesterettspraksis.....	50
	Underrettspraksis.....	51

1 Innledning

1.1 Problemstilling og tema

Avhandlingen dreier seg om hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning under et entrepriseprojekt er å anse som en «endring» etter NS 8405 punkt 22.1.

Entrepriseretten er en underkategori av kontraktsrett hvor fokuset ligger på store bygg- og anleggskontrakter. Tradisjonelt er entrepriserett definert som et kontraktsforhold hvor den ene part (entreprenøren) påtar seg et oppdrag om å utføre et bygg- eller anleggsarbeid, for den andre part (byggherren).¹

Samtidig skiller entrepriseretten seg vesentlig fra andre kontraktsforhold på enkelte punkter. Utgangspunktet i kontraktsretten er at avtaler skal holdes slik de er inngått.² Det er også tilfellet i entrepriseretten, men til forskjell fra mange andre typer kontrakter enn entreprise- og fabrikkasjonskontrakter er det i entreprisekontraktene avtalt en endringsadgang som åpner for at byggherren kan gjøre endringer i entreprenørens forpliktelser selv etter at avtalen er inngått. Dette har sammenheng med at entreprisekontraktene er dynamiske og vanligvis pågår over lengre tidsperioder.³ Ofte er det derfor nødvendig for byggherren å gjøre modifikasjoner underveis i prosjektet når byggherren ser hvordan arbeidet utvikler seg.

På denne bakgrunn er det i standardkontraktene åpnet for at byggherren kan gjøre endringer underveis i kontraktsforholdet.⁴ Slike endringer er entreprenøren i utgangspunktet nødt til å gjennomføre, og må av denne grunn ta muligheten for endringer i betraktning ved avtaleinngåelsen og planleggingen av prosjektet.⁵ Gjennomfører ikke entreprenøren de endringer som byggherren bestiller kan det anses som forsettlig mislighold med tilhørende økonomisk ansvar.⁶

¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 1.

² Se NL 5-1-2 og Giertsen (2021) s. 8.

³ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 437.

⁴ Se eksempelvis NS 8405 punkt 22.1 og NS 8407 punkt 31.1.

⁵ Se eksempelvis NS 8405 punkt 22.3.

⁶ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 451.

Det er likevel visse begrensninger i byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringer. For det første foreligger det en kvalitativ begrensning da den aktuelle endringen må stå i «sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet».⁷ Videre kan ikke entreprenøren pålegges endringsarbeid som går utover 15 % netto tillegg til kontraktssummen – den kvantitative begrensningen. Avhandlingen fokuserer på denne kvantitative begrensningen, og hvilket arbeid som inngår i beregningen av 15 %-regelen.

1.2 Begrepsavklaring

For å klargjøre avhandlingens problemstilling er det særlig to begreper som trenger ytterligere presisering. For det første er det nødvendig å redegjøre for hva som menes med byggherresvikt. Deretter vil det redegjøres for hvordan begrepet merarbeid vil brukes i avhandlingen.

I starten på et entreprisprosjekt vil det i forbindelse med avtaleinngåelsen klargjøres hvorvidt byggherren eller entreprenøren har risikoen for ulike deler av avtalens hovedpunkter. Det kan dreie seg om risikoen for at materialleverandøren svikter, uventede grunnforhold, eller at den forutsatte utførelsesmetoden ikke gir det resultatet som er ønskelig. Hva som under prosjektet er byggherrens risiko og hva som er entreprenørens risiko har stor påvirkning på det aktuelle prosjektet.⁸

Byggherresvikt, eller svikt ved byggherrens medvirkning, er de tilfeller hvor byggherren ikke etterlever de krav og vilkår som vedkommende har bundet seg til etter kontrakten som er inngått med entreprenøren. Med andre ord de tilfeller hvor byggherren svikter i utføringen av de forhold som vedkommende har risikoen for.⁹ Byggherresvikt er dermed svikt i de forhold som byggherren har risikoen for enten dette er grunnforhold som forsinker byggestart, eller om det er materialer som blir levert senere enn avtalt slik at entreprenøren må stanse midtveis i prosjektet.

Entreprenørens merarbeid henger tett sammen med svikt i byggherrens medvirkning. Merarbeid vil i avhandlingen defineres som all form for ekstra arbeid som entreprenøren er nødt til å gjennomføre på bakgrunn av svikt ved byggherrens medvirkning. Dette er altså arbeid som det

⁷ NS 8405 punkt 22.1.

⁸ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 190-191.

⁹ Se eksempelvis NS 8405 punkt 25.2 bokstav b og c.

ikke er avtalt at entreprenøren skal gjennomføre, samt arbeid som entreprenøren ikke direkte blir bedt om å gjøre, men som er nødvendige for å utføre det kontraktsfestede oppdraget. Det er typisk tilfellet dersom prosjekteringen av grunnen er uriktig slik at det kreves ekstra grunnarbeid og styrking av fundamenteringen, eller hvor byggeperioden blir flyttet fra sommerhalvåret til vinterhalvåret noe som krever ytterligere ressurser.

1.3 Aktualitet

Spørsmålet om hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inngår i 15 %-regelen er av stor betydning for både entreprenøren og byggherren. Det på grunn av at slikt merarbeid kan kreve betydelig arbeidskapasitet fra entreprenøren, samtidig som at slikt merarbeid også kan vanskeliggjøre øvrige endringer byggherren måtte ønske.

Endringsreglene i standardkontraktene er skrevet med tanke på endringsreglenes kjerneområde – den kontraktsomlegging som både er tilsiktet og ønsket fra byggherren, og hvor byggherren har et reelt valg.¹⁰ Imidlertid har ikke alltid byggherren et slikt valg, da endringer kan bli påtvunget som følge av en rekke uventede forhold. Spørsmålet om hvilke føringer NS 8405 punkt 22.1 gir for tilfeller hvor kontraktsomleggingen ikke er tilsiktet eller ønskelig, er dermed vesentlig for å avklare rettsstillingen til både entreprenøren og byggherren. Det illustreres også gjennom nyere underrettspraksis hvor problemstillingen om hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inngår i beregningen av 15 %-regelen var oppe for Vestre Finnmark tingrett.¹¹

Behovet for et klart svar på problemstillingen er ikke tilknyttet entreprenørens behov for kompensasjon for de utførte endringene, da entreprenøren både får kompensasjon og forlenget arbeidsfrist for det merarbeid som må utføres ved svikt ved byggherrens medvirkning.¹² Likevel er spørsmålet om merarbeidet inngår i 15 %-regelen viktig, ettersom det har mye å si for eventuelle andre endringer som byggherren skulle ønske gjennomført. Dersom merarbeid ikke er inkludert vil byggherren ha anledning til å pålegge entreprenøren endringer opp til 15 % netto tillegg til kontraktssummen, samtidig som at entreprenøren må stå for alt merarbeid som kreves

¹⁰ Barbo (1997) s. 84.

¹¹ Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022. Se også avhandlingens delkapittel 4.3 for nærmere redegjørelse av dommen.

¹² Se NS 8405 punkt 25.2 og 24.1.

gjennomført. Det kan være en stor belastning for entreprenøren, og begrense entreprenørens mulighet til å planlegge øvrige prosjekter som er igangsatt eller skal igangsettes.

Er derimot merarbeidet inkludert, står man overfor en situasjon hvor byggherrens endringsadgang er betydelig innskrenket. Dersom grunnforholdene for eksempel er annerledes enn prosjektert, vil det ofte kreve store ressurser å få ordnet. I et slikt tilfelle vil merarbeidet til entreprenøren raskt overstige 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1. Det innebærer at byggherrens mulighet for å pålegge entreprenøren endringsordre minskes betraktelig, og byggherrens fleksibilitet blir svekket. Uavhengig av konklusjon vil dermed svaret på problemstillingen ha stor innvirkning på forholdet mellom byggherren og entreprenøren i forbindelse med entreprisekontrakter.

1.4 Entrepriserettens rettskilder

Byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringsarbeid er som resten av entrepriseretten ikke lovfestet.¹³ Den kontrakten som er inngått mellom partene er derfor det som i hovedsak avgjør partenes rettsstilling.

I entrepriseretten tar partenes avtale ofte utgangspunkt i standardkontrakter som er utformet av Standard Norge. Dette er «agreed documents» som er etablert gjennom et samarbeid med parter fra både byggherresiden og entreprenørsiden.¹⁴ Standardene er dermed utslag av et kompromiss mellom de involverte parter, som er ment å forenkle prosessen ved kontraktsinngåelsen. Det innebærer at standardene har stor rettskildemessig vekt ettersom partene innad har avtalt å anvende standarden, samtidig som at standarden er et utslag av en interesseavveining mellom byggherre- og entreprenørhensyn.

Likevel er standardkontraktene av klart størst rettslig relevans dersom partene avtaler at en slik standard skal brukes.¹⁵ Det er opp til de involverte parter hvorvidt de ønsker å benytte seg av en slik standard, eller om de selv ønsker å fremforhandle en avtale. Ettersom avhandlingen fokuserer på innholdet i byggherrens endringsadgang etter standardkontraktene, forutsettes det ved bruk av eksempler at partene har avtalt å benytte seg av en standardavtale.

¹³ Med noen få unntak, se bustadoppføringslova § 1.

¹⁴ Kaasen (2018) s. 17.

¹⁵ Standardkontraktene er et utslag av bransjepraksis, og er derfor av rettslig relevans også i de tilfeller hvor det ikke er avtalt at en slik standardkontrakt skal brukes.

Ved tolkning av de nasjonale standardene må en ta utgangspunkt i alminnelig kontraktsrettslig tolkningsmetode.¹⁶ Da man i entrepriserforhold som regel står overfor to profesjonelle parter betyr det at kontrakten må fortolkes objektivt.¹⁷ Dette er særlig sentralt ved anvendelse av standardkontrakter, på grunn av at disse er utformet som et kompromiss etter forhandlinger mellom interesseorganisasjoner for byggherrer og entreprenører.¹⁸ Man vil derfor ved fortolkningen av entrepriskontrakter i hovedsak fokusere på det objektive meningsinnholdet i kontrakten.¹⁹ Det innebærer å ta utgangspunkt i standardkontraktens ordlyd, samt tolke denne i lys av de systembetraktninger og hensyn som aktualiseres.²⁰ Partenes subjektive forståelse av kontrakten vil først og fremst være av relevans dersom partene har avtalt spesifikke avvik fra den enkelte standardkontrakt.²¹

Til forskjell fra alminnelige lover er det ingen forarbeider som er utarbeidet for standardene. Likevel er standardenes historikk av relevans ved fortolkningen av standardenes punkter.²² Det er naturlig ettersom det har skjedd en betydelig utvikling innenfor standardkontraktens område, hvor blant annet NS 8405 har avløst NS 3430. Disse endringene kan gi indikasjoner på hva forfatterne bak standardene har ønsket å regulere.

Hva forfatterne bak standardene har ment å regulere er sentralt ved tolkning av standardkontrakter.²³ Både på grunn av at standardkontraktene har kommet til på bakgrunn av forhandlinger mellom forskjellige interesseorganisasjoner, og ettersom det på entrepriserettens område er mindre rettspraksis enn på en rekke andre kontraktsrettslige områder. Det har bakgrunn i at voldgifts-domstoler tradisjonelt har vært mye brukt i entrepriserettslige tvister.²⁴

Ettersom det tradisjonelt har vært mindre praksis tilknyttet standardkontraktene, har også juridisk teori en særlig betydning for tolkningen og utviklingen av standardene. Juridisk teori har dermed en sentral plass ved tolkning av de forskjellige standardene som benyttes i entreprisprosjekter.²⁵

¹⁶ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 23.

¹⁷ Se Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 34 for tolkningsprinsipper mellom profesjonelle parter.

¹⁸ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59.

¹⁹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 24.

²⁰ Se Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 66-67 og Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

²¹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 24.

²² Rt. 2014 s. 520 avsnitt 30.

²³ Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

²⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28.

²⁵ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28-29.

Den mest brukte standardkontrakten i norske entrepriseprojekter er NS 8405.²⁶ Standarden ble vedtatt i 2004, senere blitt revidert i 2008, og er utarbeidet i samarbeid med en rekke aktører i byggebransjen.²⁷ Avhandlingen tar utgangspunkt i denne standarden og dens punkt 22.1 som regulerer byggherrens endringsadgang. Samtidig vil også kilder tilknyttet eksempelvis NS 8406 og NS 8407 benyttes. Det primært ettersom endringsadgangen til byggherren er formulert likt i de ulike standardene, noe som medfører at kilder som omhandler disse standardene er av rettslig relevans.

1.5 Videre fremstilling

Avhandlingens hovedfokus vil være på endringsadgangen til byggherren i entreprisekontrakter og hva som inngår i 15 %-regelen. Avhandlingen fokuserer imidlertid først på hva som uomtvistet inngår i 15 %-regelen og hvilken betydning det har for de involverte parter dersom denne grensen overskrides.

Videre vil avhandlingens kapittel 3 og etterfølgende kapitler fokusere på selve problemstillingen, hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning skal inkluderes i 15 %-regelen. Avhandlingen vil under kapittel 3 redegjøre for NS 8405 punkt 22.1, før kapittel 4 fokuserer på hvordan endringsbegrepet er blitt fortolket i rettspraksis. Kapittel 5 tar for seg standardkontraktenes system, og ser på både tilgrensende standarder og historiske standarder, før det i kapittel 6 redegjøres for de reelle hensyn som gjør seg gjeldende tilknyttet problemstillingen.

Avslutningsvis vil trådene samles for å konkludere på hvilken løsning som har de beste rettskildemessige grunner for seg.

²⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

²⁷ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25.

2 Entrepriserettens endringssystem

2.1 Introduksjon

For å redegjøre for hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning skal hensyntas i beregningen av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1 er det nødvendig å kort presentere endringssystemet i entrepriseretten. Dette kapittelet tar for seg byggherrens endringsadgang etter punkt 22.1, og redegjør kort for hva som utvilsomt inkluderes ved beregningen av 15 %-regelen, samt hva konsekvensene er dersom det pålegges endringer utover denne grensen.

Avslutningsvis vil kapittelet ta for seg de grunnleggende hensynene som endringssystemet aktualiserer. Det for å klargjøre hvorfor innholdet i endringsadgangen er sentralt for både byggherren og entreprenøren.

2.2 NS 8405 punkt 22.1

NS 8405 punkt 22.1 regulerer byggherrens rett til å foreta endringer i det inngåtte entrepriseprosjektet. Det følger av punktet at «byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer». Punktets første ledd henviser til den klare hovedregel om at byggherren skal utstede endringsordre for de endringer som vedkommende ønsker at entreprenøren gjennomfører. Dersom slik endringsordre utstedes, er entreprenøren i utgangspunktet forpliktet til å gjennomføre den eller de endringer som byggherren pålegger,²⁸ mot et vederlag dersom entreprenørens forpliktelser øker.²⁹ Entreprenøren er dermed i kraft av den kontrakt som er inngått med byggherren forpliktet til å gjennomføre de endringer som byggherren pålegger, mot at entreprenøren får et vederlag for det ekstra arbeid som gjennomføres.

Likevel er det grenser for hvor dynamiske entreprisekontraktene kan være. Entreprenøren har behov for en viss grad av forutberegnelighet tilknyttet hvor mye arbeid som skal gjennomføres, og hvilke type arbeid som skal gjennomføres. Derfor er det som nevnt både kvalitative og kvantitative begrensninger i byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringer. Den

²⁸ Se NS 8405 punkt 22.3.

²⁹ Se NS 8405 punkt 25.2.

kvalitative begrensningen følger av NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd første punktum.³⁰ Videre følger den kvalitative begrensningen av NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd andre punktum hvor det legges til grunn at byggherren ikke kan pålegge «endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen» såfremt annet ikke er avtalt.

Den kvantitative begrensningen tar utgangspunkt i entreprisekontraktens opprinnelige størrelse. Har entreprenøren inngått en avtale med byggherren om gjennomføring av et prosjekt hvor avtalt kontraktssum er på 10 millioner kroner kan entreprenøren bli pålagt endringsarbeid for opptil 1,5 millioner kroner. Regelen som er stadfestet i NS 8405 punkt 22.1 hjelper dermed entreprenøren slik at vedkommende ved kontraktinngåelsen kan forutse hvor stort oppdraget kan bli. Entreprenøren kan derfor allerede på dette tidspunktet sette av tilstrekkelig med midler og personell slik at prosjektet blir gjennomført innenfor de frister som er avtalt.

Imidlertid er ikke alltid byggherren og entreprenøren enige om hvilke arbeider som skal medregnes i 15 %-regelen. Dette kan ha bakgrunn i at det er uenighet tilknyttet hvorvidt endringene er fremmet på riktig måte,³¹ eller om ett bestemt type arbeid er å anse som en endring eller som en del av den opprinnelige kontrakten. Videre vil det gjøres rede for hva som inngår i 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1.

2.3 Hva inngår i 15 %-regelen?

Utgangspunktet for 15 %-regelen er at alle «endringer» skal medregnes, uavhengig av om man står overfor en endringsordre eller andre irregulære endringer.³² For å vurdere hvilke typer arbeid som inngår i 15 %-regelen må det av den grunn tas stilling til hva en «endring» er etter NS 8405.

Det følger av NS 8405 punkt 22.1 andre ledd at en endring kan gå ut på at «entreprenøren skal yte noe tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå». Definisjonen tar utgangspunkt i hva som er avtalt mellom byggherren og entreprenøren. Det innebærer at den nedre grensen for 15 %-regelen beror på om det aktuelle arbeidet er å anse for en «endring» eller ikke.

³⁰ Som vist under avhandlingens kapittel 1.1.

³¹ Se NS 8405 punkt 23 om irregulære endringsordre.

³² Se NS 8405 punkt 23.

Hvorvidt det arbeid som entreprenøren utfører er å anse som en endring eller ikke, er et av de mest tradisjonelle tvistetemaene i entrepriseretten.³³ Det ettersom arbeid som er å anse som en endring gir entreprenøren krav på tilleggsbetaling.³⁴ Kan det ikke karakteriseres som en endring er arbeidet kun en del av entreprenørens opprinnelige kontraktsforpliktelser. Spørsmålet har dermed store økonomiske konsekvenser for begge parter.

Selve vurderingen av om det foreligger en «endring» beror på en konkret tolkning av den kontrakten som er inngått mellom de involverte parter. Avhandlingen avgrenser mot en videre gjennomgang av dette temaet, da spørsmålet er av slik art at det vil bero på det enkelte kontraktstilfellet.

Den øvre grensen til 15 %-regelen følger i utgangspunktet av ordlyden selv – 15 % netto tillegg til kontraktssummen.³⁵ Byggherren har ikke anledning til å pålegge entreprenøren endringsarbeid utover disse 15-prosentene, med mindre annet er avtalt ved kontraktsinngåelsen. Denne grensen skal beregnes ut fra den kontraktssummen som er avtalt med byggherren ved kontraktsinngåelse. Utgangspunktet skal derfor tas i det opprinnelig avtalte vederlaget for arbeidet som entreprenøren gjennomfører, jf. NS 8405 punkt 2.8.³⁶

Videre viser ordlyden «netto» at det ikke bare skal tas hensyn til eventuelle tillegg, men også fradrag i kontraktssummen. Velger byggherren å nedskalere oppdraget, har byggherren likevel anledning til å senere pålegge entreprenøren endringer opp til 15 % netto av den opprinnelige kontraktssummen. Først når den totale summen med fradrag for eventuelle reduksjoner overskrider 15 % av det som var det opprinnelig avtalte vederlaget er man utenfor grensen på 15 %.³⁷

Reduksjoner i prosjektet kan på den måten øke fleksibiliteten for byggherren da vedkommende har et større spillerom til å utføre endringer underveis og mot slutten av byggeprosessen. Velger byggherren å redusere omfanget av prosjektet med 10 % av kontraktssummen har vedkommende på et senere stadium anledning til å pålegge entreprenøren endringer på opptil 25 % av den opprinnelige kontraktssum.³⁸

³³ Marthinussen m.fl. (2016) s. 301.

³⁴ NS 8405 punkt 25.2.

³⁵ NS 8405 punkt 22.1.

³⁶ Se også Marthinussen m.fl. (2016) s. 311.

³⁷ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 449.

³⁸ Marthinussen m.fl. (2016) s. 311.

Dette er likevel ikke særlig problematisk, ettersom det sentrale er at entreprenøren på kontraktstidspunktet er klar over hvor mye ressurser som maksimalt behøves for å gjennomføre sitt arbeid. Netto-reguleringen ivaretar dermed både byggherrens og entreprenørens interesser på en fornuftig måte.

2.4 Konsekvenser av endringer utenfor 15 %-regelen

Dersom byggherren pålegger entreprenøren endringer ut over de 15 % som byggherren har anledning til, er utgangspunktet at entreprenøren ikke er forpliktet til å gjennomføre det aktuelle endringsarbeidet. Det er på bakgrunn av at entreprenøren i henhold til NS 8405 punkt 22.3 tredje ledd kun blir forpliktet til å utføre endringsarbeid dersom entreprenøren mottar endringsordre i «overenstemmelse» med de foregående ledd. Et pålegg om å utføre en endring som går utover grensen på 15 % vil ikke være i overenstemmelse med NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd.

Det innebærer at byggherren må forhandle med entreprenøren om nye betingelser dersom entreprenøren skal gjennomføre endringsarbeidet som overstiger grensen på 15 %. Blir ikke partene enige, vil ikke entreprenøren gjennomføre endringene, og byggherren må se seg om etter andre muligheter. Det innebærer typisk å godta at endringene ikke blir gjennomført, eller leie inn en annen entreprenør til å gjøre endringsarbeidet. Må endringene gjennomføres underveis i prosjektet, krever det at entreprenøren som ikke utfører endringsarbeidet må gi andre tilgang til byggeplassen. En slik situasjon skaper raskt ytterligere problemer, men avhandlingen avgrenser mot en inngående gjennomgang av dette temaet.

Til tross for den klare hovedregelen om at entreprenøren kan nekte å utføre endringsarbeid etter det totale endringsarbeidet har passert 15 %, oppstår det ofte tvister om når denne grensen er nådd. Byggherre og entreprenør kan være uenige om arbeid skal karakteriseres som endringsarbeid eller hvor mye endringsarbeidene reelt sett vil beløpe seg til. Det er derfor ofte vanskelig å konkret fastslå når grensen på 15 % er nådd.³⁹

Dersom entreprenøren i slike tilfeller velger å ikke gjennomføre det endringsarbeidet som byggherren pålegger, kan det få store konsekvenser for hele kontraktsarbeidet. Det ettersom entreprenøren i et slikt tilfelle forsettlig har misligholdt sine kontraktsforpliktelser hvis det

³⁹ Marthinussen m.fl. (2016) s. 313.

senere viser seg at grensen på 15 % ikke var overskredet.⁴⁰ Entreprenøren kan dermed pådra seg et erstatningsansvar overfor byggherren.

Selve vurderingen av hvorvidt endringsarbeid medfører at 15 %-regelen blir overskredet må tas før det aktuelle endringsarbeidet settes i gang. Godtar entreprenøren endringsarbeidene har vedkommende ikke anledning til å stoppe underveis i arbeidet dersom de mener grensen blir overskredet.⁴¹ Entreprenøren har i et slikt tilfelle kun rett til å nekte å utføre annet tilleggsarbeid som byggherren pålegger på et senere tidspunkt.

Femten prosent-grensen er ment å fungere som et skarpt skille for når entreprenøren må gjennomføre endringer pålagt av byggherren, og når entreprenøren kan nekte. Redegjørelsen over viser imidlertid at grensen ikke er så skarp som den tilsynelatende ser ut som. Likevel er dette regler som begge parter har god kunnskap om, og som står og faller på de konkrete omstendigheter som foreligger. Avhandlingen videre vil rette søkelyset mot det mer omstridte spørsmålet – om hvorvidt merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning også omfattes av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1 tredje avsnitt. Først vil det likevel kort redegjøres for de to mest sentrale hensynene i entrepriserettens endringssystem.

2.5 De sentrale hensyn i endringssystemet

Endringssystemet i NS 8405 er som tidligere nevnt et utslag av en interesseavveining mellom hensyn som ivaretar byggherrens interesser og hensyn som ivaretar entreprenørens interesser. For å opprettholde balansen i kontraktsforholdet er det dermed sentralt å sørge for regler som ikke rykker ved dette balanseforholdet. Dette delkapittelet tar for seg de to mest grunnleggende hensynene i endringssystemet i NS 8405, byggherrens behov for fleksibilitet og entreprenørens behov for forutberegnelighet, før øvrige og mer detaljerte hensyn behandles i avhandlingens kapittel 6.

Entrepriseprosjekter strekker seg ofte over lengre perioder, og ender ikke alltid opp slik en har forutsett. Samtidig vil byggverk som regel bli stående i flere tiår, og lar seg derfor ikke lett erstattes på samme måte som andre bestillingsverk. Det er derfor nødvendig for byggherren å ha en mulighet for fleksibilitet slik at vedkommende kan endre byggverket underveis i

⁴⁰ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 451.

⁴¹ Marthinussen m.fl. (2016) s. 314.

prosessen dersom det viser seg at den opprinnelige fastsatte utformingen ikke er hensiktsmessig.⁴²

På motsatt side har entreprenøren et stort behov for forutberegnelighet. Endringsadgangen til entreprenøren svekker muligheten til produksjonsplanlegging og skaper en viss usikkerhet knyttet til omfanget av de arbeidsoppdragene som entreprenøren tar på seg. Derfor er det fra entreprenøren sin side viktig med rammer for hvor stort arbeidsomfanget kan bli. Dette for å sørge for at entreprenøren har anledning til å ta på seg flere enn ett oppdrag samtidig, uten å risikere at arbeidsomfanget på ett av oppdragene fører til mislighold av andre prosjekter.⁴³

Endringsreglene må sørge for en tilstrekkelig balanse mellom byggherrens behov for fleksibilitet og entreprenørens behov for forutberegnelighet, dersom interessene til de involverte parter skal ivaretas. Dette bidrar 15 %-regelen til, ved at den setter en grense for entreprenørens hoppeplikt, altså en grense for entreprenørens plikt til å gjennomføre endringsarbeid dersom byggherren utsteder en endringsordre, jf. NS 8405 punkt 22.3. Slik blir entreprenøren klar over hvor stort omfang kontrakten kan få samtidig som at byggherren har et rom for fleksibilitet dersom vedkommende ønsker å utføre endringer.

⁴² Sandvik (1977) s. 122.

⁴³ Sandvik (1977) s. 123.

3 NS 8405 punkt 22.1 – Retten til å pålegge endringer

3.1 Introduksjon

I motsetning til den øvre og nedre grensen til 15 %-regelen er det ingen autorative kilder som klart redegjør for hvorvidt merarbeid som følge av byggherresvikt skal inngå i beregningen av 15 %-regelen. Verken høyesterettspraksis eller kontraktspraksis avklarer spørsmålet, og man står overfor en problemstilling hvor en i stor grad må basere seg på ordlyden i NS 8405 samt sammenhengen i regelverket og de reelle hensyn som problemstillingen aktualiserer.⁴⁴

Dette nødvendiggjør en kort presentasjon av NS 8405 punkt 22.1, før avhandlingen under dette kapitlet fokuserer på hvilke føringer ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 gir for å avklare hvorvidt entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning skal hensyntas ved beregningen av 15 %-regelen.

3.2 Presentasjon av NS 8405 punkt 22.1.

Som nevnt tidligere reguleres byggherrens endringsadgang i NS 8405 punkt 22.1. Det følger av punktet at:

«Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren *pålegge* entreprenøren *endringer* ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen.» (Min utheving).

⁴⁴ Se likevel delkapittel 5.4.2 om kontraktspraksis i tidligere standarder.

Som presentasjonen av NS 8405 punkt 22.1 viser er det særlig vilkårene «endringer» og «pålegge» som er sentrale for å vurdere rekkevidden av 15 %-regelen. Avhandlingens delkapittel 3.3 og 3.4 vil av den grunn fokusere på vilkårenes ordlyd for å vurdere hvorvidt de gir noen føringer for om entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning omfattes av punktet.

3.3 Hva innebærer «endringer»?

3.3.1 Ordlyd

Ordlyden «endringer» indikerer at noe blir annerledes enn det som først var forutsatt. Man står dermed overfor en situasjon hvor det som først er avtalt eller lagt til grunn mellom de involverte parter, forandres til en situasjon som skiller seg ut fra det opprinnelig avtalte.

En endring i et entreprisforhold knytter seg til den kontrakten som er inngått mellom byggherren og entreprenøren. Det avgjørende for om det foreligger «endringer» er hvorvidt det arbeid som byggherren pålegger entreprenøren ligger utenfor entreprenørens opprinnelige ytelse, eller om dette er arbeid som det allerede er avtalt at entreprenøren skal gjennomføre. Ligger arbeidet utenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelsene innebærer det at man står overfor «endringer» etter NS 8405 punkt 22.1.

En slik forståelse understøttes av legaldefinisjonen i NS 8405 punkt 22.1 andre ledd. Det følger her at en endring «kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå». Legaldefinisjonen legger opp til at begrepet «endringer» skal tolkes svært vidt. Ikke bare vil endringer knyttet til eksempelvis kvalitet og utførelse inkluderes, men også alt ekstra arbeid entreprenøren gjennomfører som ikke var avtalt på tidspunktet for kontraktsinngåelse, samt reduksjoner i det avtalte kontraktsarbeidet.

Begrepet «endringer» må dermed tolkes vidt og forstås slik at det omfatter all omlegging av det kontraktsforholdet som forelå før den aktuelle endringen inntrådte.⁴⁵ Det sentrale er derfor hvorvidt merarbeidet som entreprenøren må utføre som følge av svikt ved byggherrens

⁴⁵ Barbo (1997) s. 43.

medvirkning er en ytelse som skiller seg ut fra de kontraktfestede ytelsene som entreprenøren har påtatt seg.

3.3.2 Anses entreprenørens merarbeid som «endringer»?

De klassiske endringssituasjonene oppstår der hvor byggherren underveis i byggearbeidet endrer oppfatning av hvordan byggverket skal se ut. Det kan for eksempel være tilfellet hvor byggherren ønsker to vinduer i stedet for ett, eller hvor byggherren ønsker at kjelleren skal gå noen meter dypere enn først forutsatt.

Merarbeid faller utenfor disse klassiske endringssituasjonene fordi byggherren ikke bestiller dette arbeidet gjennom endringsordre. Situasjonen er snarere at entreprenøren er nødt til å gjennomføre merarbeidet for enten å komme i gang med selve arbeidet, eller komme videre i den påbegynte prosessen. Det er imidlertid klart at merarbeid er arbeid som ligger utenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelsene til entreprenøren. Man står overfor arbeid som entreprenøren ikke var klar over at vedkommende måtte utføre ved oppstart av prosjektet, og dermed en ytelse som kommer «i tillegg til» det opprinnelige avtalte, jf. NS 8405 punkt 22.1.

Ordlyden «endringer» omfatter derfor også merarbeid som følge av byggherresvikt, og er ikke til hinder for at entreprenørens merarbeid skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen.

3.4 Hva innebærer begrepet «pålegge»?

3.4.1 Ordlyd

Videre følger det av NS 8401 punkt 22.1 at entreprenøren ikke kan «pålegge» endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktsummen. Ordlyden å «pålegge» indikerer at det blir gitt en eller annen form for oppgave som mottakeren er nødt til å utføre. Det vil typisk være et forhold med en overordnet og en underordnet, hvor den overordnede ber eller krever at den underordnede skal gjennomføre noe.

Ser man ordlyden i konteksten den er satt – standardkontrakter for entrepriseprosjekter – tilsier vilkåret at man står overfor forhold hvor byggherren ber om at et arbeid skal utføres eller gir et

pålegg til entreprenøren om å gjennomføre en form for arbeid. Dette er typisk de tilfeller hvor byggherren utformer konkrete endringsordre som entreprenøren må gjennomføre.⁴⁶

3.4.2 Pålegges entreprenøren merarbeid?

En tolkning av å «pålegge», hvor det kreves et direkte pålegg fra byggherren for at det skal foreligge en endring etter NS 8405 punkt 22.1, skiller seg ut fra avhandlingens problemstilling hvor entreprenøren ikke direkte blir bedt om å gjennomføre arbeidet. Det er de endringene som byggherren bestiller gjennom endringsordre som er den vanlige saksgangen knyttet til endringer i et entrepriseprojekt, og som kan karakteriseres som ordinære endringer.⁴⁷ En direkte og tekstlojal tolkning av «pålegge» kan dermed tilsi at man befinner seg utenfor virkeområdet til NS 8405 punkt 22.1 dersom man også inkluderer entreprenørens merarbeid.

Denne tolkningen kan likevel synes å være mer tekstlojal enn hvordan begrepet anvendes i NS 8405 punkt 23, som regulerer irregulære endringer. Det er endringer som entreprenøren må gjennomføre uten at det skjer i form av endringsordre såfremt det kommer fra en person med fullmakt til å gi endringsordre eller kontrollere arbeidet, eller dersom arbeidet fremgår av arbeidstegninger og lignende, jf. NS 8405 punkt 23.1. Hvis byggherren under revidering av sine arbeidstegninger legger inn endringer fra det som opprinnelig var avtalt, er ikke dette et direkte pålegg slik ordlyden «pålegge» kan forstås. I et slikt tilfelle er det entreprenøren som selv må vurdere hvorvidt det foreligger en endring, og deretter varsle byggherren om at arbeidet påberopes som en endring, jf. NS 8405 punkt 23.2. Likevel er det uomstridt at en slik fremgangsmåte også er en endring etter standarden, og etter 23.1 første ledd anses også slike irregulære endringer som et «pålegg». Det viser at vilkåret innad i NS 8405 har fått et videre nedslagsfelt enn hva ordlyden rent intuitivt tilsier.

Slike irregulære endringer har visse likhetstrekk med tilfellet hvor entreprenøren må gjennomføre merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning. Det da entreprenøren ikke direkte blir bedt om å gjennomføre merarbeidet, men entreprenøren er likevel nødt til å gjennomføre arbeidet for å komme videre i prosjektet. Dersom grunnen eksempelvis er prosjektert feil og ikke tåler det aktuelle byggverket, må det omprosjekteres før entreprenøren får begynt på sitt kontraktfestede oppdrag. Velger entreprenøren å ikke gjennomføre

⁴⁶ Se NS 8405 punkt 22.3.

⁴⁷ Se NS 8405 punkt 22.1, jf. 22.3.

merarbeidet, i et tilfelle hvor entreprenøren mener 15 %-regelen allerede er overskredet, vil ikke det kontraktfestede oppdraget fullføres. Entreprenøren risikerer da store økonomiske krav ettersom det vil være et kontraktsbrudd dersom grensen ikke er overskredet, og entreprenøren har ofte ikke annet valg enn å gjennomføre merarbeidet som byggherrens svikt medfører.⁴⁸

Man ser dermed at byggherren gjennom sin svikt tvinger entreprenøren til å gjennomføre det merarbeidet som oppstår, selv uten at byggherren utsteder en endringsordre. På den måten vil byggherren indirekte «pålegge» entreprenøren å utføre endringer, da entreprenøren risikerer misligholdssanksjoner hvis arbeidet ikke ferdigstilles i tråd med kontrakten.

En slik tolking kan anses for å strekke ordlyden, da slike indirekte pålegg ikke er i kjerneområdet av vilkåret «pålegge». Det kan være problematisk i lys av Høyesteretts praksis ved tolkning av standardkontrakter. I HR-2020-228-A har Høyesterett blant annet presisert at ved tolkningen av standardkontrakter må det «foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden».⁴⁹ Det understøttes av Rt. 2010 s. 1345 hvor det legges til grunn at det kreves «sterke grunner» for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden.⁵⁰ Høyesteretts praksis viser dermed at det skal mye til for å strekke standardkontraktenes ordlyd.

Likevel brukes begrepet «pålegge» vidt i NS 8405, noe punkt 23 om irregulære endringer viser. Et slik indirekte pålegg som entreprenørens merarbeid er, ligger tett opp til slike irregulære endringer da man ikke i noen av tilfellene har fått et direkte pålegg fra byggherren om å gjennomføre det aktuelle arbeidet. Det viser at man ikke befinner seg utenfor ordlyden «pålegge» ved en tolkning hvor entreprenørens merarbeid inkluderes i beregningen av 15 %-regelen. Man står dermed overfor to mulige tolkningsresultater hvor tolkningen der «pålegge» retter seg mot direkte endringsordre er mer intuitiv, mens den andre tolkningen hvor byggherren anses for å indirekte «pålegge» entreprenøren merarbeid har klare likhetstrekk med bruken av vilkåret i NS 8405 punkt 23.1. Ettersom vilkåret kan leses på to forskjellige måter gir punktets ordlyd ingen klar veiledning for hvordan spørsmålet skal løses. En må derfor se hen til øvrige tolkningsfaktorer for å klarlegge om entreprenørens merarbeid skal hensyntas ved beregningen av 15 %-regelen.

⁴⁸ Eksempelvis dagmulkt.

⁴⁹ Avsnitt 50.

⁵⁰ Avsnitt 59, samt Rt. 2014 s. 520 avsnitt 26 og Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

4 Endringsbegrepets fortolkning i rettspraksis

4.1 Generelt

Kapittel 4 vil ta for seg hvordan endringsbegrepet i entrepriseretten har blitt tolket i rettspraksis. Det på grunn av at slik rettspraksis kan legge føringer for hvordan NS 8405 punkt 22.1 skal forstås, samtidig som det kan gi et innblikk i hvordan endringssystemet i entrepriseretten er lagt opp.

4.2 Rt. 2014 s. 520

Som presisert i avhandlingens innledning finnes det ikke noen høyesterettspraksis hvor problemstillingen om hvorvidt entreprenørens merarbeid skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen er blitt behandlet konkret. Likevel har man i Rt. 2014 s. 520 en høyesterettsdom som kommer med generelle betraktninger om tolkningen av begrepet «endringer». Denne dommen kan bidra til å forstå hva Høyesterett legger i begrepet «endringer», og på den måten forstå hva som er ment å inngå i beregningen av 15 %-regelen.

Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) omhandler spørsmålet om avvik i stipulerte mengder skal inkluderes i beregningen av om det foreligger en reduksjon på minst 15 % av entreprenørens vederlag. Spørsmålet var i det konkrete tilfellet avgjørende for om entreprenøren ville ha krav på avbestillingserstatning.

Høyesterett konkluderte med at avvik i stipulerte mengder skal holdes utenfor beregningen av reduksjonen i entreprenørens vederlag. Resultatet er imidlertid av liten interesse for avhandlingen. Det som er interessant er hvordan Høyesterett går frem ved tolkningen av NS 8406 punkt 28, og særlig begrepet «endringer».

I avsnitt 26 presenterer Høyesterett utgangspunktet for tolkning av standardkontrakter. Som nevnt innledningsvis skal slike standardkontrakter tolkes objektivt og ta utgangspunkt i en

naturlig språklig forståelse.⁵¹ Høyesterett legger dermed opp til en ordlydstro tolkning av reglene i standardkontraktene.

Videre går Høyesterett inn i NS 8406 punkt 28, som regulerer avbestilling. Det følger her at en reduksjon på mer enn 15 % av vederlaget etter fradrag og tillegg ved «endringsarbeider» medfører delvis avbestilling, og gir entreprenøren rett på erstatning. Ved tolkningen av punktet poengterer Høyesterett at det er «unaturlig rent språklig» å betegne avvik i stipulerte mengder som en avbestilling, ettersom slike avvik vanskelig kan kategoriseres som endringsarbeider.⁵²

Samtidig uttalte førstvoterende at retten til erstatning på bakgrunn av vederlagsreduksjoner i utgangspunktet kun var ment for vederlagsreduksjoner som skyldtes «reelle endringer».⁵³ Høyesterett legger seg dermed på en ordlydstro linje med tilsynelatende få muligheter for å tolke standardene utvidende.

Det kan her trekkes paralleller til tolkningen av NS 8405 punkt 22.1, og særlig bruken av «å pålegge». Som nevnt under delkapittel 3.4 i avhandlingen, kan det synes språklig unaturlig å anse påtvunget merarbeid som pålagt fra byggherren. I lys av den linjen som Høyesterett legger seg på i Rt. 2014 s. 520 ved tolkningen av endringsbegrepet, og den ellers strenge fortolkningen av standardkontraktene,⁵⁴ kan det tilsi at det ikke er anledning til å strekke ordlyden til å også omfatte merarbeidet som entreprenøren må gjennomføre. Det på grunn av at slikt merarbeid typisk ikke vil karakteriseres som «reelle endringer».

Høyesteretts tolkning vil av den grunn trekke i retning av at merarbeid som følge av byggherresvikt ikke skal medtas i beregningen av 15 %-regelen. Det primært ettersom ordlyden «pålegge» ikke intuitivt tilsier at entreprenørens merarbeid skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen. Likevel omhandler ikke høyesterettsdommen spørsmålet direkte, samtidig som ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fremdeles kan leses på en indirekte måte slik at merarbeidet skal inkluderes i beregningen. En kan dermed ikke alene på bakgrunn av Høyesteretts praksis konkludere med å tillegge ordlyden avgjørende vekt.

⁵¹ Se også Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

⁵² Avsnitt 35.

⁵³ Avsnitt 34.

⁵⁴ Se HR-2020-228-A avsnitt 50 og øvrig høyesterettspraksis presentert i avhandlingens punkt 3.4.2.

4.3 Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022

Selv om det ikke finnes noen høyesterettsdom som konkret avklarer hvorvidt entreprenørens merarbeid skal inkluderes ved beregningen av 15 %-regelen, er spørsmålet blitt behandlet i tingretten. I en nylig avsagt dom fra Vestre Finnmark tingrett var nettopp denne problemstillingen et av temaene i saken, og tingretten kommer i sine premisser med enkelte uttalelser av interesse for problemstillingen.⁵⁵

Det kan likevel bemerkes at ettersom man står overfor en tingrettsdom medfører det i seg selv at avgjørelsen er av betydelig mindre rettskildemessig vekt enn en høyesterettsdom.⁵⁶ Dette på bakgrunn av at tingrettsdommer ikke har den prejudikatsfunksjonen som høyesterettsdommer har.⁵⁷ Skal slik underrettspraksis ha stor selvstendig rettskildemessig vekt kreves det at dommen er et utslag av en ensartet og langvarig underrettspraksis.⁵⁸ Det er ikke tilfellet her da spørsmålet om merarbeidet til entreprenøren skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen ikke har vært gjenstand for en slik omfattende behandling i underrettspraksis. Verdien av en slik tingrettsdom som man står overfor vil av den grunn først og fremst basere seg på kvaliteten i tingrettens argumentasjon.

Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022 omhandlet en tvist om sluttoppgjøret i forbindelse med en utvidelse av en videregående skole. Entreprenøren mente blant annet at det forelå endringsarbeid som oversteg grensen på 15 % i NS 8405 punkt 22.1, og stanset dermed arbeidet før kontraktsarbeidet var fullført. Byggherren mente på sin side at denne grensen ikke var overskredet og hevet kontrakten på bakgrunn av det de mente var mislighold fra entreprenøren sin side.

Hvorvidt grensen på 15 % var overskredet berodde på om entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning skulle inntas i beregningen eller ikke. Dersom slike vederlagskrav skulle inntas i beregningen ville endringsarbeidene utgjøre 15,8 % netto tillegg til kontraktssummen slik at entreprenørens stans var berettiget. Tingretten kom imidlertid til at disse vederlagskravene ikke skulle inntas i beregningen, slik at 15 %-regelen ikke var

⁵⁵ Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022.

⁵⁶ Eckhoff (1971) s. 154.

⁵⁷ Eckhoff (1971) s. 152.

⁵⁸ Se Rt. 2003 s. 713 avsnitt 64, samt Monsen (2012) s. 38-39.

overskredet. Det ble derfor slått fast at entreprenørens stans i arbeidet ikke var berettiget, og at byggherren på den bakgrunn hadde rett til å heve kontrakten.

Begrunnelsen for denne konklusjonen fant tingretten ved å tolke begrepet «endringer». Tingretten tok utgangspunkt i legaldefinisjonen i NS 8405 punkt 22.1, hvor tingretten legger til grunn at begrepet omfatter både regulære og irregulære endringsordre. Videre tolket de endringer som et «avvik i forhold til hva som er avtalt i kontrakten» og mente dette må forstås som at endringer må være knyttet til selve utførelsen av kontraktsarbeidet. Det utelukket etter rettens mening at merarbeid skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen, da slikt merarbeid ikke er tilknyttet det opprinnelig avtalte kontraktsarbeidet.

Det understøttes etter tingrettens mening av NS 8405 punkt 25.2, som skiller mellom endringer og andre byggherreforhold som grunnlag for å justere entreprenørens vederlag. Samlet konkluderte tingretten med at kun endringer som har grunnlag i regulære og irregulære endringsordre skal medtas i beregningen av 15 %-regelen.

Legger man tingrettens forståelse av NS 8405 punkt 22.1 til grunn, vil det innebære at punkt 22.1 må tolkes ordlydslojalt uten å se hen til øvrige rettskildedefaktorer. En slik tolkning vil som nevnt være i tråd med HR-2020-228-A avsnitt 50 og tolkningsprinsipper for kontrakter inngått mellom profesjonelle parter. Det taler for at tingrettsdommen er et viktig argument mot å inkludere entreprenørens merarbeid i beregningen av 15 %-regelen.

Imidlertid er tingrettens behandling av spørsmålet både sparsommelig og lite grundig. Tingretten foretar en kort tolkning, over kun to avsnitt, av ett av vilkårene i punkt 22.1 sammen med en kort henvisning til sammenhengen i regelverket. Hvilke hensyn som regelen aktualiserer blir ikke gjennomgått, samtidig som at redegjørelsen for sammenhengen i NS 8405 er kortfattig uten noe klart argumentasjonsmønster.⁵⁹ Denne sparsommelige behandlingen svekker dommens rettskildemessige vekt.

Samtidig er det problematisk at tingretten kun velger å fokusere på begrepet «endringer» og ikke begrepet «pålegge», særlig ettersom det er ordlyden «endringer» retten mener utelukker merarbeid fra beregningen av 15 %-regelen. Det er utvilsomt at entreprenørens merarbeid også vil være endringer som gjelder «selv utførelsen av kontraktsarbeider». Må grunnmuren på et

⁵⁹ Se avhandlingens kapittel 6 for nærmere redegjørelse av de hensyn som aktualiseres, og avhandlingens kapittel 5 for sammenhengen i standardkontraktene.

byggverk forsterkes på bakgrunn av uforutsette grunnforhold, eller dersom arbeidet må flyttes på grunn av manglende tilgang på materialer, er dette endringer knyttet til selve utførelsen av kontraktsarbeidet. Det er dermed vanskelig å se hvordan tingretten alene gjennom en ordlydstro tolkning av «endringer», kan konkludere med at entreprenørens merarbeid ikke skal omfattes av NS 8405 punkt 22.1.

Man står følgelig overfor en dom fra første instans som behandler tolkningen av NS 8405 punkt 22.1 på en unyansert og lite grundig måte. Det innebærer at dommen er av lav rettskildemessig verdi og ikke vil være av avgjørende betydning for tolkningen av 15 %-regelens innhold.

5 Standardkontraktenes system

5.1 Generelt

Til tross for at Høyesterett gjennom sin praksis har lagt opp til at standardkontraktenes ordlyd skal stå i sentrum ved fortolkningen av standardkontrakter, er ikke det alene avgjørende. Høyesterett har stadfestet i eksempelvis Rt. 2012 s. 1729 at en også må se hen til det formål den konkrete regelen skal ivareta, samtidig som at systembetraktninger kan ha betydning. Videre presiseres det at det ofte er nødvendig å se kontraktsdokumentene i sammenheng ved tolkningen av standardkontraktenes regler.⁶⁰

Dette kapittelet fokuserer på systemet i NS 8405 samt både tilgrensende og historiske standardkontrakter, for å klargjøre hvorvidt slike systembetraktninger belyser hvilket arbeid som skal tas i betraktning ved beregningen av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1.

5.2 NS 8405 kapittel 4

5.2.1 «Endringer. Forsinkelse og svikt m.v. ved byggherrens medvirkning»

NS 8405 kapittel 4 har tittelen «Endringer. Forsinkelse og svikt m.v. ved byggherrens medvirkning». Her er flere viktige og praktiske problemstillinger regulert, som eksempelvis retten til endringer og vederlagsjustering. Spørsmålet i dette delkapittelet er hvorvidt oppbygningen av standardens kapittel 4 kan gi noen indikasjon på om merarbeid knyttet til svikt ved byggherrens medvirkning skal inngå i 15 %-regelen.

NS 8405 kapittel 4 regulerer, i tråd med tittelen på kapittelet, både «Endringer» og «svikt m.v. ved byggherrens medvirkning». Forfatterne bak NS 8405 synes dermed å anvende to ulike begreper hvor det skilles mellom ordinære endringer, altså endringer bestilt via endringsordre, og merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning. Dersom forfatterne har et slikt bevisst forhold til begrepsbruken kan det tilsi at man må tolke ordlyden «endringer» i det lys.

Likevel er dette kun en kapitteletoverskrift, noe som i seg selv ikke er et tungtveiende juridisk argument. Begrepsbruken er ikke direkte knyttet til noen eksplisitte regler, og det er derfor ikke

⁶⁰ Avsnitt 66 og 67

mulig å utlede eksakt hva forfatterne har ment ved å bruke de nevnte begrepene i kapitteloverskriften.

Samtidig vil kapitler normalt bli delt inn slik at de regler som befinner seg i kapittelet har en viss sammenheng. Plasseringen av begrepene i samme kapittel kan av den grunn trekke i retning av at man skal behandle dem sammen, og derfor tolke NS 8405 punkt 22.1 slik at det også omfatter entreprenørens merarbeid. Samlet gir dermed differensieringen i kapitteloverskriften liten veiledning for hvordan NS 8405 punkt 22.1 skal tolkes.

5.2.2 Punkt 22 – «Endringer»

Av den grunn er det mer naturlig å se hen til punkt 22 i NS 8405 som er benevnt «endringer». Det er dette punktet som inneholder 15 %-regelen, og spørsmålet her er hvorvidt bruken av begrepet «endringer» gir noen føringer for tolkningen av 15 %-regelen.

Først og fremst kan det trekkes linjer til tittelen på selve kapittelet. Til tross for at kapittelets tittel alene ikke gir noen særlig indikasjon på hva forfatterne har ment ved begrepsbruken, kan det sett opp mot punkt 22 gi enkelte føringer. I motsetning til kapittelets tittel er ikke svikt ved byggherrens medvirkning nevnt. Det sondres dermed ikke mellom disse begrepene under punkt 22, noe som kan indikere at reglene under dette punktet kun er ment for ordinære endringer. Særlig da det er unaturlig å sondre mellom ulike begreper i kapittelets tittel, men samtidig anvende «endringer» som et samlebegrep ved kapittelets første punkt dersom forfatterne har et bevisst forhold til bruken av de forskjellige begrepene

Likevel, som presisert under punkt 2.2.1, er ordlyden «endringer» vid. Det finnes få holdepunkter for forfatternes egen mening bak begrepsbruken, ettersom det ikke foreligger noen form for forarbeider til standardkontraktene. En kan dermed ikke konkludere ut fra begrepsbruken alene, selv om sontringen vil trekke i retning av at punkt 22 ikke er ment å omfatte svikt ved byggherrens medvirkning.

5.2.3 Punkt 24 – «Fristforlengelse»

Svikt ved byggherrens medvirkning er ikke nevnt før punkt 24 i kapittelet benevnt «Endringer. Forsinkelse og svikt m.v. ved byggherrens medvirkning». Dette på et punkt i kapittelet som

ikke direkte omhandler 15 %-regelen, men snarere er knyttet til hvorvidt partene som er involvert i byggeprosessen har anledning til å få forlenget arbeidsfrist.

Punkt 24.1 er titulert som entreprenørens krav på «fristforlengelse som følge av byggherrens forhold». Videre er det presisert at entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av tre opplistede punkter. Enten må fremdriften være hindret (1) som følge av endringer,⁶¹ (2) som følge av forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter punkt 19 og 20, eller (3) som følge av andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for.

Punktet skiller altså mellom «endringer» som nevnt i punkt 22 og 23, og ulike hindringer for entreprenøren som følge av forhold som byggherren har risiko for. Det er dermed også her et skille mellom ordinære endringer og øvrig byggherresvikt.

Riktignok, som nevnt under avhandlingens kapittel 3, kan også merarbeid som følge av byggherresvikt omfattes av ordlyden «endringer». Det innebærer at henvisningen i punkt 24.1 til punkt 22 og 23 ikke utelukker at 15 %-regelen også gjelder for entreprenørens merarbeid som følge av byggherresvikt. Da det ikke klart kommer frem i punkt 22.1 hvorvidt slikt merarbeid er «endringer» som aktualiserer 15 %-regelen vil det ut fra henvisningen i punkt 24.1 a være usikkert hvilke typer endringer som det henvises til.

Likevel viser henvisningene i punkt 24.1 bokstav b og c at det opereres med et skille mellom «endringer» og «svikt ved byggherrens leveranser» eller andre «hindringer» som entreprenøren har risikoen for. Et slikt skille vil som presisert i avhandlingens delkapittel 5.2.1 tale for at forfatterne har hatt ett bevisst forhold til begrepsbruken ved arbeidet med standarden, og at det ikke er tilfeldig at det kun henvises til «endringer» i punkt 22.1.

Dessuten vil henvisningen i punkt 24.1 bokstav b og c være overflødig dersom slik byggherresvikt uansett er omfattet av bokstav a. Det ville da ikke ha vært nødvendig med denne henvisningen ettersom henvisningen til punkt 24.1 ved bokstav a ville vært tilstrekkelig for å også inkludere byggherresvikten. At forfatterne av NS 8405 har valgt å spalte opp begrepene på den måten det gjøres ved punkt 24.1 indikerer at de har et bevisst forhold til begrepsbruken. Utformingen av punktet synes dermed å gi uttrykk for at standardens forfattere har ment at det

⁶¹ Se NS 8405 punkt 22 og 23.

kun er ordinære endringer som bestilles ved endringsordre som omfattes av NS 8405 punkt 22.1.

5.2.4 Punkt 25 – «Vederlagsjustering»

At forfatterne bak NS 8405 har ment at det kun er endringer som bestilles ved endringsordre som skal omfattes av punkt 22.1, understøttes av punkt 25 i NS 8405 som omhandler byggherrens og entreprenørens krav på vederlagsjustering etter kontraktinngåelse. Etter punkt 25.2 har entreprenøren krav på vederlagsjustering som er forårsaket av «endringer», «forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser» eller andre «hindringer for entreprenørens oppfyllelse» som byggherren har risikoen for.

I likhet med punkt 24.1 differensieres det mellom «endringer» og øvrige former for byggherresvikt. Forfatterne benytter dermed de ulike begrepene på en konsekvent måte. Her vil også bokstav b og c være overflødig dersom slik byggherresvikt uansett er å anse som endringer etter punkt 22.1 De øvrige punktene under kapittel 4 i NS 8405 taler dermed for at «endringer» 22.1 ikke omfatter byggherresvikt, men kun de regulære og irregulære endringene.

5.3 Tilgrensende norske standarder

5.3.1 NS 8407

NS 8407 omhandler alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. Standarden skiller seg ut fra NS 8405 ved at den regulerer totalentrepriser i stedet for utførelsesentrepriser. I motsetning til utførelsesentrepriser, hvor byggherren har hovedansvaret for å beskrive arbeidet, tar entreprenøren ved totalentreprise ansvaret for hele eller det vesentligste av prosjekteringen.⁶² Totalentreprenøren får derfor hovedansvaret for prosjektet, og har en mer sentral rolle i prosjektets utforming enn hva som er tilfellet for utførelsesentrepriser.

Som nevnt innledningsvis, er punktet som regulerer 15 %-regelen i NS 8407 identisk som det i NS 8405.⁶³ Det samme gjelder for punktet tilknyttet entreprenørens mulighet for

⁶² Nordtvedt m.fl. (2013) s. 20.

⁶³ Se NS 8407 punkt 31.1 opp mot NS 8405 punkt 22.1.

fristforlengelse,⁶⁴ og de samme argumentene utledet fra reguleringen i NS 8405 kan dermed utledes.

Imidlertid er det visse forskjeller knyttet til reguleringen av vederlagsjusteringer. I stedet for å ha reglene om entreprenørens adgang til å kreve vederlagsjusteringer samlet i et punkt slik som i NS 8405 punkt 24.1, har forfatterne bak NS 8407 splittet disse reglene opp i to forskjellige punkter. Etter punkt 34.1.1 har partene krav på justering av vederlaget dersom det foreligger en endring etter punkt 31 eller 32. Svikt i byggherrens ytelser blir ikke nevnt før under punkt 34.1.2. Her presiseres det at totalentreprenøren har anledning til å få vederlaget sitt justert, dersom det foreligger forsinkelse eller svikt ved forhold som byggherren har risikoen for.

En kan stille spørsmålsteget ved at forfatterne av NS 8407 oppstiller et slikt klart skille mellom endringer og byggherresvikt knyttet til vederlagsjusteringer, men ikke presiserer dette under punktet om 15 %-regelen. At forfatterne velger å ikke presisere dette under punkt 31.1 kan tale for at det legges opp til en vid forståelse av begrepet «endringer» i NS 8407 punkt 31.1, slik at også merarbeid som følge av byggherresvikt vil omfattes av 15 %-regelen.

På den andre siden er det slik at forfatterne gjennom NS 8407 punkt 34.1.1 direkte henviser til endringsregelen som inneholder 15 %-regelen. En slik henvisning ville i utgangspunktet vært tilstrekkelig dersom endringsreglene også omfattet byggherresvikt. Den ekstra presiseringen ved punkt 34.1.2 ville i et slikt tilfelle være unødvendig, fordi det allerede er klarlagt via 34.1.1 at det er anledning til å kreve vederlagsjusteringer for endringer – da inkludert merarbeid som følge av byggherresvikt. Reguleringen av vederlagsjusteringen i NS 8407 synes derfor å legge opp til at det skal foretas en differensiering mellom de to ulike endringsformene.

5.3.2 NS 8406

NS 8406 avløste NS 3408, og regulerer i hovedsak utførelseskontrakter av mindre art enn NS 8405.⁶⁵ I motsetning til NS 8407 står man overfor kontrakter hvor det vesentligste av både ansvaret og prosjekteringen av prosjektet ligger hos byggherren. NS 8406 er særlig aktuell å bruke i stedet for NS 8405 i de tilfeller hvor det er få sideentreprenører å forholde seg til, slik

⁶⁴ Se NS 8407 punkt 33.1.

⁶⁵ Arvesen m.fl. (2014) s. 47.

at arbeidet og prosjektet ikke er veldig kompleks.⁶⁶ Likevel er det store likheter mellom standardene ettersom NS 8406 bygger på reglene i NS 8405.⁶⁷

I likhet med NS 8405 og NS 8407 inneholder NS 8406 en 15 %-regel. Regelen befinner seg i punkt 19.1 og er stort sett lik reguleringen i de øvrige standardene. Imidlertid er det i NS 8406 punkt 19.1 lagt inn et fjerde ledd som man ikke finner i verken NS 8405 eller NS 8407.

Det følger av NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd at partene har krav på justering av vederlaget og tidsfrister som endringen medfører i henhold til 22.1 til 22.5. NS 8406 har altså knyttet endringsadgangen mer direkte opp mot vederlags- og fristjustering enn de øvrige standardene. Likevel er NS 8406 som nevnt bygget opp etter reglene som allerede følger av NS 8405, og er ment som et enklere standarddokument for mindre byggeprosjekter.⁶⁸ Det er dermed ikke ment å være noen stor realitetsforskjell mellom standardene, og spørsmålet er om den annerledes oppbygningen i større grad kan klargjøre hvorvidt merarbeid som følge av byggherresvikt er ment å omfattes av punktet som regulerer endringsadgangen.

Til tross for at det i NS 8406 er lagt til et ekstra ledd i punktet som regulerer 15 %-regelen, er selve reguleringen av vederlagsjusteringer rimelig lik. Det blir her differensiert mellom en endring og forsinkelser eller svikt ved byggherrens leveranse eller annen medvirkning. Forfatterne synes derfor, i likhet med de øvrige standardene, å skille mellom de ulike begrepene.

Dette gjelder også for fristforlengelse hvor det i punkt 22.6 henvises direkte til både 19.2 som gjelder endringsordre og 19.4 som omhandler entreprenørens krav ved svikt i byggherrens medvirkning. På den måten synes NS 8406 å sette opp et skille mellom ordinære endringer og merarbeid som følge av byggherresvikt.

Det ekstra leddet i punkt 19.1 tilfører dermed ikke noe ytterligere, noe som medfører at NS 8406 bygger opp om det samme som kan utledes av systembetraktninger fra NS 8405 og NS 8407. Forfatterne bak standardene synes å ha et bevisst forhold til bruken av begrepene «endringer» og «svikt ved byggherrens medvirkning». Det indikerer at merarbeid som følger av byggherresvikt ikke er ment å inkluderes i 15 %-regelen etter NS 8405 punkt 22.1.⁶⁹

⁶⁶ Arvesen m.fl. (2014) s. 48.

⁶⁷ Arvesen m.fl. (2014) s. 47.

⁶⁸ Arvesen og Giverholt (2016) s. 137.

⁶⁹ Samt i NS 8407 punkt 31.1 og NS 8406 punkt 19.1.

5.4 Historiske standarder

Som nevnt innledningsvis foreligger det ingen forarbeider tilknyttet standardkontraktene. Det medfører at det blir vanskeligere å klarlegge hva forfatterne bak standardene har ment ved utformingen av standardene. Særlig i de tilfeller hvor det er uklarhet rundt visse punkter, eller hvor man står overfor ulike tolkningsmuligheter.

Det er imidlertid slik at standarder som NS 8405, 8406 og 8407 har hatt forløpere som tidligere har vært anvendt i entrepriseprosjekter. I mangel av forarbeider vil historikken til standardene være av relevans for å se hvilke endringer som er gjennomført, og på den måten vurdere hvorfor forfatterne av standardene har valgt å foreta disse endringene.⁷⁰ Dette delkapittelet vil derfor fokusere på standardene som var forløperne til dagens standarder, for å analysere hvilke forskjeller man står overfor og hva bakgrunnen for disse forskjellene er.

5.4.1 NS 3430

NS 3430 var forløperen til NS 8405 og ble anvendt frem til 2008. Standarden skulle regulere den situasjon hvor entreprenøren påtok seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for en byggherre,⁷¹ altså det NS 8405 regulerer i dag.

Byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringer ble i NS 3430 regulert i punkt 28. Videre ble det i NS 3430 punkt 28.1 lagt visse begrensninger på byggherrens endringsadgang. Etter punktet hadde ikke byggherren rett til å kreve endringer som ikke sto i sammenheng med det kontrakten omfattet eller var av vesentlig annen art. Byggherren hadde heller ikke adgang til å pålegge entreprenøren «tilleggsarbeider» som omfattet mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

Ved første øyekast synes reguleringen av endringer i NS 3430 å være svært lik den reguleringen som nå foreligger i NS 8405. Det ville i og for seg vært naturlig i lys av at NS 8405 i hovedsak er en videreføring av reglene i NS 3430. Likevel er ordlyden i 15 %-regelen en annen, da byggherren etter NS 3430 ikke hadde anledning til å pålegge «tilleggsarbeider» som omfattet mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Dette skiller seg ut fra NS 8405, hvor det er begrepet «endringer» som er anvendt i forbindelse med 15 %-regelen.

⁷⁰ Se Rt. 2014 s. 520 avsnitt 30.

⁷¹ Kolrud m.fl. (1992) s. 22.

Samtidig er endringer i større grad et selvstendig punkt i NS 3430 sammenlignet med hva som er tilfelle etter NS 8405. I dagens regulering er som nevnt byggherrens endringsadgang lagt til kapittel 4 sammen med reglene for forsinkelse og svikt ved byggherrens medvirkning. Det var ikke tilfellet i NS 3405, hvor vederlag for merutgifter på bakgrunn av forsinkelser og annet byggherren har ansvar for var lagt til punkt 21.⁷² Man ser følgelig at den tidligere standarden hadde et mer to-sporet system, hvor det ikke fantes noen felles regler for endringer og svikt ved byggherrens medvirkning.

Utviklingen fra NS 3430 til NS 8405 innebar at man gikk vekk fra dette tosporede systemet. I stedet for et skarpt skille mellom reglene for endringer og reglene for svikt ved byggherrens medvirkning er disse reglene samlet under ett kapittel. En slik samordning indikerer at forfatterne bak NS 8405 hadde til formål å knytte regelsettene om svikt ved byggherrens medvirkning og byggherrens endringskompetanse tettere sammen. Det taler for at NS 8405 punkt 22.1 må forstås slik at merarbeid også omfattes av begrepet «endringer», fordi regelsettene slik vil være samordnet noe som ut fra utviklingen i de norske standardene synes å være formålet bak omleggingen.

5.4.2 NS 3431

NS 3431 var forløperen til NS 8407 og ble anvendt helt frem til 2011. I likhet med NS 8407 regulerte NS 3431 totalentrepriser, og ble brukt i større entreprisekontrakter enn det NS 3430 typisk ble anvendt til.

NS 3431 hadde i hovedsak lik regulering av byggherrens endringsadgang som den man finner igjen i NS 8407. Samtidig ble endringer og byggherrens forhold behandlet i forskjellige punkter.⁷³ Dette er i NS 8407 endret slik at reglene er samlet i ett kapittel for å bedre oversikten. Samtidig var det allerede forut for overgangen til NS 8407 en tendens i kontraktspraksis å slå sammen saksbehandlingsreglene for endringer og byggherrens forhold slik at begge deler ble behandlet som endringer.⁷⁴

Denne tendensen i kontraktspraksisen viser at det allerede før overgangen til de nye standardene var en tett sammenheng mellom reglene om endringer og reglene om byggherrens forhold. Når

⁷² Se Kolrud m.fl. (1992) s. 179.

⁷³ Se NS 3431 punkt 23, 26 og 33.

⁷⁴ Giverholt m.fl. (2012) s. 471.

de etterfølgende standardene samtidig har lagt opp til en samordning mellom regelsettene taler det for at 15 %-regelen også skal inkludere entreprenørens merarbeid som følge av byggherresvikt.

5.4.3 Teoretikers standpunkt til endringene

Likevel er det i juridisk teori uenighet om hvordan denne samordningen skal forstås. Uenigheten er særlig tilknyttet spørsmålet om samordningen kun ble gjort av praktiske hensyn for å legge opp til felles prosedyreregler, eller om også de materielle reglene er sammenkoblet.

Lilleholt viser til at endringer og merarbeid som følge av byggherresvikt har store likheter. Det er to forhold som entreprenøren har tatt på seg å utføre på vegne av byggherren mot et på forhånd bestemt vederlag.⁷⁵ Det er dermed naturlig at forfatterne bak standardene har valgt å samordne reglene tilknyttet endringer og svikt ved byggherrenes medvirkning i de nyeste standardversjonene.

Videre presiserer Lilleholt at ved svikt i byggherrens medvirkning har entreprenøren etter NS 8405 krav på tilleggsvederlag og tilleggsfrist etter de samme reglene som gjelder for endringer. Dersom byggherrens eiendom har særlig vanskelige grunnforhold er det byggherren som skal bære denne merkostnaden som grunnforholdene medfører, og en må i en slik situasjon kartlegge hvor mye entreprenøren faktisk har tatt på seg å utføre ved inngåelsen av kontrakten.⁷⁶ Dette viser at det materielt sett også er skjedd en sammenkobling av reglene ved overgangen til NS 8405. Lilleholt synes følgelig å argumentere for at 15 %-regelen er ment å gjelde for merarbeid som følge av byggherresvikt ved overgangen fra NS 3430 til NS 8405.

Dette synspunktet blir ytterligere bekreftet når Lilleholt drøfter virkningene av medvirkningssvikt fra byggherren. I stedet for å vurdere om det er grunnlag for heving eller andre misligholdsanksjoner ved byggherresvikt, mener Lilleholt at man må vurdere hvorvidt det er grenser for entreprenørens plikt til å legge om sitt arbeid.⁷⁷ Det er da naturlig å se hen til grensene for entreprenørens plikt til å utføre endringsarbeid. Entreprenøren bør i slike tilfeller

⁷⁵ Lilleholt (2004) s. 35.

⁷⁶ Lilleholt (2004) s. 34.

⁷⁷ Lilleholt (2004) s. 39.

ikke ha «plikt til meir omfattande omlegging av ytinga på grunn av medverknadssvikt enn han har på grunnlag av endringspålegg». ⁷⁸

Riktignok konkluderer Lilleholt med at vilkårene i NS 8405 ikke eksplisitt regulerer yttergrensene for entreprenørens ytelsesplikt i de tilfeller hvor byggherren svikter ved sin medvirkning. ⁷⁹ Likevel presiserer han at en ved vurderingen av yttergrensen for entreprenørens ytelsesplikt kan finne veiledning i reguleringen av grensene for endringspålegg, ⁸⁰ slik at overgangen fra NS 3401 til NS 8405 både har samordnet de praktiske og de materielle reglene knyttet til endring og byggherresvikt.

En slik tangegang kan imidlertid synes å stå i kontrast til tankegangen hos Giverholt m.fl. I forbindelse med kommentarene knyttet til overgangen fra NS 3431 til NS 8407 presiserer forfatterne at det i hovedsak er prosedyrereglene som er blitt samordnet. ⁸¹ Det skal dermed etter deres syn enda skilles mellom endringer og forsinkelse, eller svikt ved byggherrens ytelse. ⁸²

Uttalelsen tilsier at formålet med å legge reglene om endringer og reglene om byggherresvikt til samme kapittel, ved overgangen fra de eldre standardene, var å forenkle prosedyrereglene. Det er naturlig i lys av den tette sammenhengen mellom forholdene, ettersom slike felles prosedyreregler vil gjøre det lettere for både entreprenør og byggherre, da partene vil forholde seg til færre frister. Giverholt og hans medforfattere mener derfor at dette var hovedformålet ved overgangen fra NS 3431 til NS 8407, slik at man fremdeles er nødt til å skille mellom de materielle reglene for endringer og byggherresvikt. ⁸³

Problemstillingen har også vært tema i kommentarutgaven til NS 8405 skrevet av Kolrud m.fl. ⁸⁴ Forfatterne poengterer, som også de øvrige teoretikerne påpeker, at reglene om byggherrens mulighet til å pålegge entreprenøren endringer og reglene om svikt ved byggherrens medvirkning hører tett sammen. ⁸⁵ Utviklingen fra det tosporede systemet i NS 3430 til å flytte reglene inn i ett felles kapittel er av denne grunn en naturlig utvikling av standardene.

⁷⁸ Lilleholt (2004) s. 39.

⁷⁹ Lilleholt (2004) s. 40.

⁸⁰ Lilleholt (2004) s. 40.

⁸¹ Giverholt m.fl. (2012) s. 471.

⁸² Giverholt m.fl. (2012) s. 471.

⁸³ Giverholt m.fl. (2012) s. 471.

⁸⁴ Kolrud m.fl. (2004) se kapittel 4.

⁸⁵ Kolrud m.fl. (2004) s. 214.

Videre presiserer Giverholt m.fl. at 15 %-regelen er en videreføring av det som gjaldt etter NS 3430 punkt 28.1, uten å ta stilling til om samordningen av reglene om byggherresvikt ved overgangen til NS 8405 har utvidet omfanget av denne regelen.⁸⁶ En direkte videreføring som det teoretikerne indikerer antyder at merarbeid som følge av byggherresvikt ikke skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen. Det på bakgrunn av at 15 %-regelen var klart atskilt fra svikt ved byggherrens medvirkning i NS 3430.

De nevnte teoretikerne presiserer likevel under vurderingen av 15 %-regelens innhold at grensen på 15 % gjelder for arbeid som kommer i tillegg til det opprinnelig avtalte arbeidsomfanget, nærmere bestemt tilleggsarbeid.⁸⁷ Da merarbeid også kan kategoriseres som arbeid som kommer i tillegg til det avtalte arbeidsomfanget, utelukker ikke uttalelsen at merarbeid som følge av byggherresvikt omfattes av 15 %-regelen. Slikt merarbeid vil komme i tillegg til det som ble avtalt ved avtaleinngåelsen, på samme måte som endringer bestilt av byggherren. Uttalelsene til Kolrud m.fl er dermed sprikende, og vil ikke ilegges stor vekt ved vurderingen av hva overgangen fra NS 3430 til 8405 har hatt å si for innholdet av 15 %-regelen.

Også Barbo har kommentert problemstillingen, men det er i tilknytning til overgangen fra NS 3401 til 3430. Han påpeker at en omlegging av kontrakten, uavhengig av om omleggingen stammer fra endringsordre bestilt av byggherre eller merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning, må skje ved bruk av endringsreglene.⁸⁸ Dette påpekes på et tidspunkt hvor det var et klart skille mellom disse regelsettene, ettersom de først ble samordnet i forbindelse med overgangen til NS 8405.

Begrunnelsen for denne konklusjonen finner Barbo primært ved at det ikke foreligger noen reell grunn til å skille endringer fra merarbeid som følge av byggherresvikt, når slik svikt kan karakteriseres som kreditormislighold.⁸⁹ Dette på bakgrunn av en tanke om skyld, da det er byggherren som er skyld i den situasjon som oppstår, og det kan dermed anses som naturlig at byggherren må bære de eventuelle konsekvensene. Entreprenøren må ha anledning til å begrense ringvirkningene av byggherren sitt mislighold. Samtidig mener Barbo det kan føre til store avgrensingsproblemer, ettersom det i flere situasjoner kan være vanskelig å sette et skille

⁸⁶ Kolrud m.fl. (2004) s. 222.

⁸⁷ Kolrud m.fl. (2004) s. 222.

⁸⁸ Barbo (1997) s. 506.

⁸⁹ Barbo (1997) s. 506.

mellom reelle endringer og merarbeid.⁹⁰ På denne bakgrunn mener Barbo at merarbeid som følge av byggherresvikt måtte behandles etter reglene om endringer i NS 3430.

En slik tolkning av reglene i NS 3430 innebærer at det samme også gjelder ved overgangen til NS 8405. Det på grunn av at reglene om byggherresvikt og endringer som nevnt er blitt tettere sammenkoblet i dagens standard. Dersom 15 %-regelen allerede i NS 3430 omfattet entreprenørens merarbeid som følge av byggherresvikt vil det utvilsomt også være tilfellet for NS 8405.

Denne tolkningen er imidlertid omstridt, noe som kan utledes fra de forskjellige tolkningsresultatene til de ulike teoretikerne. Man kan derfor ikke alene konkludere basert på overgangen fra NS 3430 til NS 8405 på hvorvidt merarbeid som følge av byggherresvikt skal være med i beregningen av 15 %-regelen.

Likevel er det klart at overgangen fra de tidligere standardene til dagens regulering har knyttet de nevnte regelsettene tettere sammen. Det er uomstridt at det nå gjelder de samme prosessuelle regler for endringer som for svikt ved byggherrens medvirkning, noe som igjen er et argument for å sørge for like materielle regler for å gjøre regelverket så praktikabelt og effektivt som mulig. Utviklingen fra NS 3430 til NS 8405 trekker dermed i retning av at man ved beregningen av 15 %-regelen også må ta hensyn til det merarbeid entreprenøren utfører på bakgrunn av svikt ved byggherrens medvirkning.

⁹⁰ Barbo (1997) s. 507.

6 Bakenforliggende hensyn

6.1 Generelt

Det er imidlertid ikke kun systembetraktninger som er en relevant tolkningsfaktor ved tolkningen av standardkontrakter. Høyesterett legger til grunn i Rt. 2010 s. 961 at det at et punkt skal fortolkes objektivt ikke innebærer at det «utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse» tilsier.⁹¹ En må også lese ordlyden «i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn».⁹²

Dette kapittelet fokuserer på formålet bak regelen og de hensyn som særlig gjør seg gjeldende. Det for å vurdere hvilket tolkningsresultat som har de beste grunner for seg, og dermed klargjøre hvordan den uklare ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 tredje avsnitt skal forstås.

6.2 Hensynet til praktisk regelverk

Som presisert under delkapittel 5.4.3 var et av hovedformålene bak omleggingen av standardkontraktens system å sørge for et mer praktisk regelverk.⁹³ Dette for å gjøre det enklere for både entreprenøren og byggherren å forholde seg til færre regler og færre frister, i forbindelse med endringer og svikt ved byggherrens medvirkning. Omleggingen fra det tosporede systemet skulle føre til at det ble både enklere og mer effektivt å kreve vederlagsjusteringer, fristforlengning og andre følger av endringer eller svikt ved byggherrens medvirkning.

Et slikt formål nås best dersom både de prosessuelle og de materielle reglene sammenfaller. Det ettersom de prosessuelle reglene aktualiseres ved brudd på de materielle reglene. For eksempel har entreprenøren adgang til å kreve fristforlengelse dersom 15 %-regelen er overskredet, eller dersom det oppstår andre hindringer som byggherren har risikoen for, jf. NS 8405 punkt 24.1. De prosessuelle reglene ville derfor blitt mer praktikable dersom også de materielle reglene sammenfalt der hvor det er naturlig.

⁹¹ Avsnitt 44.

⁹² Avsnitt 44.

⁹³ Lilleholt (2004) s. 40.

Det kan innvendes at det er en reell forskjell mellom endringer bestilt gjennom endringsordre og merarbeid som entreprenøren må gjennomføre på grunn av byggherresvikt. Byggherren har en større grad av kontroll ved endringsarbeid, og slikt endringsarbeid er som regel mer forventet ved inngåelsen av et prosjekt enn hva merarbeid som følge av byggherresvikt er. På bakgrunn av denne forskjellen er det naturlig at det foreligger ulike regelsett for de ulike tilfellene, ettersom slike forskjeller kan aktualisere en rekke forskjellige konsekvenser og hensyn.

Imidlertid er likhetene mellom de to typetilfellene større enn forskjellene. Det kan blant annet illustreres ved at forfatterne bak NS 8405 valgte å samle reglene under ett kapittel ved overgangen fra NS 3430 til NS 8405. Samtidig er det presisert i juridisk teori at det er store likhetstrekk mellom typetilfellene, og at begge typetilfeller omhandler hva entreprenøren ved kontraktsinngåelsen har tatt på seg å yte overfor byggherren.⁹⁴ Med så klare likhetstrekk vil det være hensiktsmessig å ha like regler for når entreprenørens hoppeplikt ikke lengre inntre. Omleggingen til et mer ensartet regelsett i NS 8405 trekker dermed i retning av at entreprenørens merarbeid skal inntas i beregningen av 15 %-regelen etter punkt 22.1.

6.3 Hensynet til balanse i kontraktsforholdet

NS 8405 er ment å sikre at balansen i det inngåtte kontraktsforholdet opprettholdes, slik at den ene parten ikke sitter med all makt etter at kontrakten er inngått. Det er av denne grunn at representanter fra både byggherre- og entreprenørsiden har kommet med innspill til utformingen av standarden. Dette innebærer at man ved tolkningen av punktene i NS 8405 også må se hen til hva som gir den mest balanserte løsningen i konfliktilfeller, noe som særlig gjør seg gjeldende i uklarhetstilfeller slik som i foreliggende problemstilling.

Regelen om at entreprenøren ikke må godta å utføre «endringer» på over 15 % netto tillegg til kontraktssummen balanserer hensyn på både entreprenørsiden og byggherresiden.⁹⁵ Mens byggherresiden ønsker seg fleksibiliteten endringsarbeidet utgjør, ønsker entreprenøren forutberegnelighet slik at vedkommende kan planlegge disponeringen av sine ressurser.⁹⁶ Grensen på 15 % for entreprenørens hoppeplikt sørger for en slik forutberegnelighet hvor entreprenøren er klar over hvor mye ressurser som maksimalt skal brukes på oppdraget.

⁹⁴ Lilleholt (2014) s. 35.

⁹⁵ Se også avhandlingens delkapittel 2.5.

⁹⁶ Sandvik (1977) s. 123 – Omhandler NS 3401, men er av relevans da NS 8405 bygger videre på de tidligere standardene.

Samtidig som at byggherren har et relativt stort slingsringsmonn dersom vedkommende ønsker å gjennomføre endringer underveis i prosjektet. På den måten sørger regelen for å ivareta hensynene til begge parter i et entrepriseprojekt.

Imidlertid er ikke dette tilfellet for merarbeid som entreprenøren må gjennomføre ved byggherresvikt dersom det ikke omfattes av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1. I et slikt tilfelle står man overfor en situasjon hvor entreprenøren på tidspunktet for kontraktinngåelse ikke har anledning til å forutberegne hvor mye ressurser det kreves for å få gjennomført prosjektet. Det ettersom entreprenøren aldri kan være sikker på at byggherren ikke svikter ved sin medvirkning. Entreprenøren kan dermed ikke fastsette hvor stort mannskap eller hvor mye ressurser ellers som kreves for å gjennomføre kontraktsarbeidet som de har forpliktet seg til.

Likevel er det klart at entreprenøren har et visst vern mot omfattende svikt ved byggherrens medvirkning. Dette vernet kommer til uttrykk gjennom reglene om fristforlengelse og vederlagsjustering hvor entreprenøren gis visse rettigheter som prøver å motvirke den ulempen medvirkningssvikten fører med seg.⁹⁷ Entreprenøren får ytterligere tid til å gjennomføre kontraktsarbeidet, og blir kompensert for de ekstra utgifter som medvirkningssvikten medfører. På den måten ivaretas en viss grad av forutberegnelighet for entreprenøren.

Det er imidlertid slik at reglene om vederlagsjusteringer og fristforlengelse ikke kan bøte på alle ringvirkningene medvirkningssvikten fører med seg. Dersom byggherreforhold medfører større ressursbruk enn planlagt, uavhengig av om det er gjennom bruk av ressurser i et lengre tidsrom enn først forutsatt eller ytterligere ressurspådrag innenfor den fastsatte byggetiden, påvirker det entreprenørens ressursbehov og produksjonsplanlegging i øvrige prosjekter. Det kan medføre at entreprenøren misligholder sine øvrige forpliktelser og entreprenøren kan dermed havne i økonomiske problemer.

Dersom merarbeidet entreprenøren gjennomfører ikke inntas ved beregningen av 15 %-regelen, står man i en situasjon hvor entreprenørens tilleggsrisiko aldri kan konkretiseres på tidspunktet for kontraktinngåelsen. Entreprenøren kan i et slikt tilfelle ikke forutse hvor mye ressurser som trengs for å gjennomføre sine prosjekter, da det ikke er noen mulighet for å forutse hvorvidt byggherren opptrer slik som forutsatt ved kontraktsinngåelsen. Det medfører at balansen og

⁹⁷ Se NS 8405 punkt 24 og punkt 25.

styrkeforholdet i avtalen forskyves i disfavør av entreprenøren, som må ta en stor risiko ved inngåelse av flere prosjekter samtidig.

På den andre siden vil det være negativt for byggherren dersom merarbeidet inntas i beregningen av 15 %-regelen. Flexibiliteten i kontrakten minskes fordi det skal mindre til for å havne utenfor grensen på 15 %. Det betyr at byggherren i mindre grad enn tidligere vil ha anledning til å kreve endringer utført. Endringsbehovet til byggherren går da på bekostning av entreprenørens behov for forutberegnelighet.

Likevel kan ikke dette vektlegges i like stor grad som hensynet til entreprenørens behov for forutberegnelighet. Det på bakgrunn av at det er byggherren sitt ansvar å overholde sine kontraktsforpliktelser. Flexibiliteten som byggherren får via 15 %-regelen vil kun minskes dersom de ikke klarer å innfri de løfter og forutsetninger som er stadfestet ved kontraktsinngåelsen. Det er først ved eget mislighold denne flexibiliteten minskes, noe som er en langt mindre beskyttelsesverdig interesse enn entreprenørens reelle behov for forutberegnelighet og mulighet til produksjonsplanlegging.⁹⁸

Dersom man ved beregningen av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1 også inkluderer entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning, står man igjen med en balansert løsning. Hensynet til entreprenørens produksjonsplanlegging veier tyngre enn byggherrens behov for flexibilitet i de tilfeller hvor byggherren selv er ansvarlige for merarbeidet som må gjennomføres. På den måten ivaretas også formålet bak NS 8405, nemlig å sørge for en standard som ivaretar hensynene til begge parter i kontraktsforholdet på best mulig måte.

6.4 Avgrensingsproblematikk

Spørsmålet videre er hvordan en regel om å utelukke merarbeid som følge av byggherresvikt vil fungere i praksis. Særlig problematisk vil det være å sondre mellom skillet på hva som kan kategoriseres som merarbeid eller hva som kun vil være et tillegg til det opprinnelige kontraktsarbeidet.

Underveis i kontraktsarbeidet vil det komme tydeligere frem hvor det trengs ekstra arbeid. Dette kan være på grunn av at byggherren ønsker en endring gjennomført på bakgrunn av rent

⁹⁸ Se i samme retning Barbo (1997) s. 506.

subjektive hensyn, der hvor en endring kan være hensiktsmessig eller der hvor en endring er helt nødvendig for å få gjennomført prosjektet. Merarbeidet som entreprenøren gjennomfører som følge av svikt ved byggherrens medvirkning kan både være helt nødvendig å utføre, men det vil også være de tilfeller hvor byggherrens svikt kun forårsaker en liten funksjonssvikt som ikke er nødvendig å rette opp i. Det er derfor en glidende overgang mellom de tilfeller hvor det er ønskelig med endringer, hvor det er hensiktsmessig og hvor det er nødvendig.⁹⁹ At hvor man befinner seg på denne glideskalaen vil ha stor betydning for hvor stort vederlag entreprenøren skal bli tilkjent er unaturlig.

Videre er det klart at tilfeller hvor byggherren har utformet en ufullstendig arbeidsangivelse – typisk at visse arbeidsoperasjoner er uteglemt – skal håndteres etter reglene om (formelle) endringer.¹⁰⁰ Spørsmålet er da hva som skiller slike ufullstendige arbeidsangivelser med de tilfeller hvor byggherren har sviktet i sin medvirkning i forbindelse med utformingen av arbeidsgrunnlaget.

Står man overfor store og viktige unnlatelser i arbeidsangivelsen, kan det i visse tilfeller føre til at byggherren har sviktet i sin medvirkning til prosjektet. Det på grunn av at man kan havne i den situasjon at prosjektet ikke kan fullføres uten ytterligere presisering av arbeidsangivelsen. Det viser at man også her står overfor en glidende overgang mellom det som typisk er blitt ansett som formelle endringer og entreprenørens merarbeid. Dette vil gjøre en regel hvor merarbeidet utelukkes fra beregningen av 15 %-regelen problematisk, ettersom det er vanskelig å fastlegge hva som kun er en unnlattelse og hva som kan kategoriseres som merarbeid.

Samtidig vil svikt i arbeidsgrunnlaget ofte være forårsaket av at byggherren ikke hadde nok informasjon på tidspunktet for utarbeidelsen av arbeidsangivelsen. I de tilfeller hvor byggherren har gitt feilaktige opplysninger om grunnforholdene, skyldes det som regel mangel på informasjon på tidspunktet hvor byggherren utformet arbeidsangivelsen. Det merarbeid som entreprenøren må gjennomføre på bakgrunn av denne feilen kan samtidig karakteriseres som en utelatelse i arbeidsangivelsen, fordi de faktiske grunnforholdene ikke er blitt beskrevet – en unnlattelse som normalt sett vil medføre en formell endring.¹⁰¹

⁹⁹ Barbo (1997) s. 506.

¹⁰⁰ Barbo (1997) s. 507.

¹⁰¹ Barbo (1997) s. 507.

Dette viser at en sondring mellom formelle endringer og arbeid som må gjennomføres på bakgrunn av svikt ved byggherrens medvirkning i flere tilfeller er vanskelig å konkret skille fra hverandre. For å unngå slike problematiske avgrensninger vil det være naturlig å tolke NS 8405 punkt 22.1 slik at det også omfatter det merarbeid som entreprenøren må gjennomføre. En slik løsning vil samtidig være prosessbesparende ettersom man unngår uenigheter tilknyttet denne avgrensingsproblematikken.

6.5 Konsekvenshensynet

Imidlertid er det slik at en regel hvor entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inkluderes i beregningen av 15 %-regelen også kan ha negative følger. Utgangspunktet ved svikt i byggherrens ytelse er at entreprenøren fremdeles er forpliktet til å frembringe den avtalte kontraktsgjenstanden, samtidig som at entreprenøren blir kompensert med ekstra tid og vederlag.¹⁰² Dette gjelder uavhengig av om det oppstår problemer mellom partene underveis i kontraktsforholdet. Dersom partene er uenige om et pålegg fra byggherren skal karakteriseres som en endring, er entreprenøren uansett forpliktet til å utføre det pålegget som er gitt, jf. NS 8405 punkt 26.1. Samtidig vil fakturakrav tilknyttet arbeid nødvendiggjort på grunn av svikt ved byggherrens medvirkning betales når de er ferdig eller på månedlig basis.¹⁰³ Det medfører at det er byggherren som sitter på den største likviditetsbelastningen dersom vedkommende selv svikter ved sitt bidrag til prosjektet.

Denne ordningen fører til at entreprenøren lettere kan holde andre prosjekter pågående, til tross for at byggherren har sviktet ved sin medvirkning. På den måten vil fakturaordningen sørge for å opprettholde en viss balanse mellom de involverte parter, da entreprenøren hver måned blir tilført kapital tilsvarende det arbeid som må gjennomføres. Samtidig som entreprenøren delvis kompenseres for den belastning byggherresvikten medfører, noe som bidrar til å opprettholde balansen i avtaleforholdet.

Dersom man har en regel hvor entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning ikke inntas i beregningsgrunlaget for 15 %-regelen i NS 8405 kan det føre til ulike problemer. Et av de spørsmål som reiser seg er hva konsekvensen er dersom entreprenøren

¹⁰² Se her NS 8405 punkt 11, 24.1 og 25.2.

¹⁰³ Se NS 8405 punkt 28.2.

er fritatt sin utførelsesplikt underveis i prosjektet på bakgrunn av at 15 %-regelen er overskredet.

Ofte vil en overskridelse av 15 %-regelen løses ved at partene blir enige om et ekstra vederlag for det endringsarbeid som overskrider grensen. Dersom partene ikke blir enige om et slikt vederlag er konsekvensen at entreprenøren ikke gjennomfører endringsarbeidet, men utfører alt annet arbeid i henhold til avtalen. Entreprenøren vil dermed fullføre det ordinære arbeidet, mens byggherren må engasjere noen andre for å utføre de ønskede endringene. Her får man en litt annen situasjon dersom merarbeidet til entreprenøren skal inntas i beregningen av 15 %-regelen, og grensen blir overskredet. Entreprenøren er i et slikt tilfelle fritatt fra sin utførelsesplikt, samtidig som at det opprinnelig avtalte ikke blir fullført. Man kan i et tilfelle hvor byggherren har sviktet ved sin medvirkning stå overfor en situasjon hvor entreprenøren kan stoppe arbeidet etter å ha utført 85 % av det kontraktsfestede arbeidet. En slik situasjon kan være både kostbar og krevende, fordi det vil være skadelig for resten av byggverket å forlate arbeidet før det er fullført.

Samtidig står man overfor et problem der hvor entreprenøren tidlig er klar over at 15 %-regelen blir overskredet, og entreprenøren ikke akter å utføre arbeidet som overstiger dette. Spørsmålet er da hvilket arbeid som entreprenøren skal velge å ikke gjennomføre, når entreprenøren på bakgrunn av omfattende merarbeid ikke er forpliktet til å utføre kontraktsarbeidet.

Det er i et slikt tilfelle vanskelig å konkret fastsette hvilke ytelser som entreprenøren skal trekke ut fra det opprinnelige avtalte. Man kan se for seg tilfellet hvor entreprenøren i et prosjekt med tre næringsbygg har anledning til å stanse arbeidet ved 85 % utførelsesgrad. Skal entreprenøren da ha anledning til å velge hvorvidt vedkommende ønsker å fullføre to av byggene og la det andre stå uferdig? Eller skal entreprenøren velge å arbeide på samtlige næringsbygg til alle byggene har en ferdigstillelsesgrad på 85 % hver? Begge disse alternativene vil være ugunstige for byggherren, og samtidig være lite forutberegnelig ettersom byggherren ikke kan forutse hvilket valg entreprenøren velger.

Tolkes NS 8405 punkt 22.1 bredt, slik at entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inntas i beregningen av 15 %-regelen, kan det føre til en regel som er vanskelig å praktisere. Entreprenøren må i slike tilfeller selv velge hvilket arbeid som skal fullføres eller ikke, uten noen klare regler for hva som skal utføres. En regel hvor slikt merarbeid ikke omfattes vil være klarere da entreprenøren kun er forpliktet til å utføre endringsarbeid frem

til grensen på 15 % er nådd. De konsekvensene som oppstår dersom merarbeidet omfattes kan derfor føre til en mindre praktikabel regel, noe som trekker i retning av at «endringer» ikke skal tolkes vidt.

Likevel vil en slik regel i hovedsak gå utover byggherren, fordi entreprenøren fritt kan velge hvilket arbeid som ikke skal gjennomføres. For entreprenøren vil regelen i utgangspunktet ikke være veldig vanskelig å praktisere. Det på grunn av at det vil være opp til entreprenøren selv å bestemme hvordan arbeidet skal gjennomføres og hvilke deler som ikke skal utføres. At regelen går ut over byggherren ville i utgangspunktet vært problematisk. Imidlertid er det som nevnt byggherrens egen feil dersom en havner i en slik situasjon hvor merarbeidet til entreprenøren overstiger den grensen på 15 % som er oppsatt i NS 8405 punkt 22.1, og derfor byggherren som av den grunn bør bære risikoen for det.¹⁰⁴ Problemene knyttet til 15 %-regelen oppstår ikke dersom byggherren leverer i tråd med den avtalen som er inngått. At en tolkning hvor merarbeidet til entreprenøren som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inkluderes i beregningen av 15 %-regelen går ut over byggherrens interesser vil av den grunn ikke tillegges særlig vekt.

6.6 Omgåelseshensynet

Ved vurderingen av hvorvidt NS 8405 punkt 22.1 skal tolkes til å også omfatte merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning er det relevant å se hen til hvorvidt en slik regel er nødvendig. I den forbindelse er det av interesse å se hen til hvorvidt entreprenør eller byggherre har anledning til å utnytte ordningen enten dersom merarbeidet omfattes eller ikke.

Dersom merarbeid skal inntas i beregningsgrunnlaget av 15 %-regelen vil entreprenøren ha anledning til å tjene på å bruke ekstra tid og ekstra ressurser på det merarbeid de er nødt til å gjennomføre for å komme videre i prosjektet. Det ettersom entreprenøren i et slikt tilfelle raskere vil komme utenfor 15 %-regelen og stå i en sterk forhandlingsposisjon for å sikre seg økt vederlag mot å fullføre resten av kontraktsarbeidet. Likevel er ikke dette særlig praktisk, fordi byggherren har anledning til å kontrollere det arbeid som gjennomføres.

På den andre siden kan en regel hvor merarbeidet til entreprenøren ikke inntas i beregningen i større grad utnyttes. I et slikt tilfelle har byggherren anledning til å komme seg unna 15 %-

¹⁰⁴ Se Barbo (1997) s. 506

regelen ved å velge å ikke utstede endringsordre for arbeid som er nødvendig for å komme seg videre i prosjektet. På den måten kan byggherren omgå begrensningen på 15 % for å skaffe seg større fleksibilitet, uten å risikere at vederlaget må reforhandles ettersom grensen ikke blir overskredet.

En slik omgåelsesadgang vil også gå på bekostning av hensynet til balansen i avtalen mellom partene. Det på grunn av at forutberegneligheten til entreprenøren fremdeles vil være svekket, samtidig som byggherren har adgang til å øke fleksibiliteten deres gjennom denne omgåelsen. I tillegg vil løsningen hvor det er minst mulighet for omgåelser være den mest praktikable løsningen, da de involverte i prosjektet i større grad kan ha tillit til den prosessen som foregår. Det indikerer at NS 8405 punkt 22.1 må forstås slik at entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning må inntas i beregningsgrunnlaget av 15 %-regelen.

6.7 Oppsummering

Som presisert innledningsvis i avhandlingens delkapittel 2.5 er det i endringssystemet særlig to sentrale hensyn som står opp mot hverandre. Ett av disse hensynene, enten byggherrens behov for fleksibilitet eller entreprenørens behov for forutberegnelighet, vil bli svekket basert på avhandlingens konklusjon. Grunnhensynene trekker dermed i seg selv ikke i noen bestemt retning, men kan påvirkes av de andre hensynene som aktualiseres.

De øvrige hensynene som er redegjort for i avhandlingens kapittel 6 er av stor betydning, særlig på bakgrunn av den tvetydige ordlyden og de sprikende systembetragtningene. En regel hvor entreprenørens merarbeid grunnet byggherresvikt hensyntas ved beregningen av 15 %-regelen kan skape problemer for byggherren da det kan være vanskelig å praktisere, samt føre til skader og forsinkelser på byggverket som presisert i delkapittel 6.5. Likevel oppstår det større problemer for entreprenøren dersom merarbeidet ikke inkluderes i beregningen etter NS 8405 punkt 22.1, særlig med tanke på produksjonsplanlegging. Da det samtidig er byggherren som har risikoen og ansvaret for å levere overfor entreprenøren i henhold til den inngåtte kontrakt, er det lite naturlig at det skal gå ut over entreprenørens mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. De bakenforliggende hensynene indikerer dermed at NS 8405 punkt 22.1 må forstås slik at entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning inntas i beregningsgrunnlaget av 15 %-regelen.

7 Konklusjon

Som de foregående kapitlene har vist, står man ved spørsmålet om entreprenørens merarbeid ved svikt ved byggherrens medvirkning skal omfattes av 15 %-regelen i NS 8405 punkt 22.1 overfor et sprikende rettskildebilde. Ordlyden i NS 8405 er uklar på hvorvidt merarbeidet skal inkluderes, ettersom vilkåret «endringer» ikke gir noen indikasjon på hva punktet er ment å omfatte, og vilkåret «pålegge» kan forstås på ulike måter.

Samtidig er det lite rettspraksis tilknyttet tolkningen av det aktuelle spørsmålet. Den praksis som finnes er i større grad knyttet til generelle tolkningsspørsmål ved standardkontrakter, hvor det presiseres at man må fokusere på en naturlig forståelse av ordlyden. Tingrettsdommen, som er den eneste avgjørelsen som direkte går inn på problemstillingen, er av liten rettskildemessig vekt,¹⁰⁵ og rettspraksis gir dermed liten veiledning for hvordan problemstillingen skal løses.

Videre er også argumentene som kan hentes fra standardenes system sprikende. Argumenter utledet fra de øvrige punktene i NS 8405 og NS 8407 kan trekke i retning av at entreprenørens merarbeid ikke skal omfattes. Samtidig som at utviklingen fra tidligere standarder til dagens ordning kan tale i motsatt retning, noe som også synes å være støttet av majoriteten av teoretikere som har vurdert problemstillingen.

Reelle hensyn er som presisert i Rt. 2010 s. 961 en viktig del av tolkningen av standardavtaler.¹⁰⁶ I tilknytning til den aktuelle problemstillingen taler særlig hensynet til et praktisk regelverk og skyldbetraktninger for å inkludere entreprenørens merarbeid. Konsekvenshensynet trekker i samme retning, da byggherren ikke bør kunne øke sin fleksibilitet på bekostning av entreprenørens forutberegnelighet gjennom sin egen svikt i medvirkningen og på den måten forskyve styrkeforholdet i kontrakten.

Selv om en del forhold i oppbygningen av de ulike standardene tilsier et bevisst skille mellom endringer med bakgrunn i endringsordre og entreprenørens merarbeid, er det her ulike oppfatninger noe avhandlingens kapittel 5.4.3 illustrer. De hensyn som problemstillingen aktualiserer er imidlertid i større grad sammenfallende, og indikerer sterkt at den vide ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 skal tolkes i favør entreprenøren. Sett det sammen med formålet bak omleggingen fra det tosporede-systemet i NS 3430 til dagens regulering hvor reglene for

¹⁰⁵ Se avhandlingens delkapittel 4.3.

¹⁰⁶ Avsnitt 44.

endringer og byggherresvikt er samordnet, vil de beste rettskildemessig grunner tale for å inkludere entreprenørens merarbeid i beregningen av 15 %-regelen. NS 8405 punkt 22.1 forstås dermed slik at entreprenørens merarbeid som følge av svikt ved byggherrens medvirkning skal inkluderes i beregningen av 15 %-regelen.

Litteraturliste

Litteratur

- Arvesen m.fl. (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Marthinussen, Karl og Giverholt, Heikki, *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag, 2014.
- Arvesen og Giverholt (2006) Arvesen, Hans-Jørgen og Giverholt, Heikki, «NS 8406 – forenkling eller forverring i forhold til NS 8405?» i *Tidsskrift for eiendomsrett 03/2006*, Universitetsforlaget, 2006, s. 137-142.
- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Universitetsforlaget, 1997.
- Eckhoff (1971) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Johan Grundt Tanum Forlag, 1971.
- Giertsen (2021) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utg., Universitetsforlaget, 2021.
- Giverholt m.fl. (2012) Giverholt, Heikki, Arvesen, Hans-Jørgen og Marthinussen, Karl, *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag, 2012.

- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget, 2014.
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut, *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*, Universitetsforlaget, 2018.
- Kolrud m.fl. (2004) Kolrud, Helge Jakob, Bergsaker, Olav, Davidsen, Erik, Holstrøm, Jarle W., Johansen, Johnny, Lund, Inger-Johanne, Ruud, Dag Arne, Seim, Tor Wilhelm og Ven, Bjørg, *NS 8405 Kommentarutgave*, Universitetsforlaget, 2004.
- Kolrud m.fl. (1992) Kolrud, Helge Jakob, Bergsaker, Olav Brekken, Ola, Lund, Inger-Johanne, Pihlstrøm, Svein Arild og Stinessen, Stein Erik, *Kommentar til NS 3430*, Universitetsforlaget, 1992.
- Lilleholt (2004) Lilleholt, Kåre, «Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side» i *Håkonarmål*, 2004, s. 33-41.
- Marthinussen m.fl. (2016) Marthinussen, Karl, Giverholt, Heikki og Arvesen, Hans-Jørgen, *NS 8405 med kommentarer*, 4.utg., Gyldendal Norsk Forlag, 2016.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm, 2012.
- Nordtvedt m.fl. (2013) Nordtvedt, Henning, Ruud, Dag Arne, Bergsaker, Olav, Bjørnvik, Arve Martin og Johansen, Johnny, *NS 8407*

kommentarutgave, Universitetsforlaget, 2013.

Sandvik (1977)

Sandvik, Tore, *Kommentar til NS 3401*, Universitetsforlaget, 1977.

Lover

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad (bustadoppføringslova).

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL).

Standardavtaler

NS 8407 (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

NS 8406 (2009) Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.

NS 8405 (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt.

NS 3430 (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

NS 3431 (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

NS 3401 (1969) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

Høyesterettspraksis

HR-2020-228-A.

Rt. 2014 s. 520 A.

Rt. 2012 s. 1729 A.

Rt. 2010 s. 1345 A.

Rt. 2010 s. 961 A.

Rt. 2003 s. 1132 A.

Rt. 2003 s. 713 A.

Underrettspraksis

Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022.