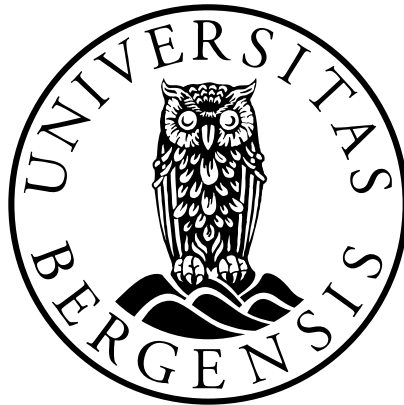


Intervensjon i landentreprise

Kandidatnummer: 26

Antall ord: 14 253



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
2	Rettskildebildet og metodiske særtrekk	6
3	Intervensjonsadgangen i underentreprisekontrakter	9
3.1	Innledning	9
3.2	Første alternativ: Hovedentreprenøren blir vesentlig hindret i sin fremdrift fordi underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til hans fremdriftsplan	11
3.2.1	Vesentlig avvik i underentreprenørens fremdrift i forhold til hans fremdriftsplan	11
3.2.2	Særlig om kravet «vesentlig avvik»	19
3.2.3	Avviket i underentreprenørens fremdrift må føre til at hovedentreprenøren blir vesentlig hindret i sin fremdrift	20
3.3	Andre alternativ: Hovedentreprenøren blir vesentlig hindret fordi det er klart at underentreprenøren vil bli forsinket med sin fremdrift	22
3.4	Kravet om varsling og rettefrist	24
3.4.1	Kravet om rimelig frist til å rette forholdet	24
3.4.2	Konsekvensene av unnlatt varsling og rettefrist.....	25
3.5	Konsekvensene og gjennomføringen av intervensjon	27
3.5.1	Gjennomføringen av intervensjon	27
3.5.2	Hovedentreprenørens krav på dekning av merkostnader	31
3.5.3	Særlig om krav på dagmulkt.....	32
3.6	Konsekvensene av urettmessig intervensjon	33
3.6.1	Utgangspunkt.....	33
3.6.2	Underentreprenørens krav mot hovedentreprenøren ved urettmessig intervensjon	34
3.7	Avsluttende betraktninger	36
4	Byggherrens intervensjonsrett	36
4.1	Innledning	36
4.2	Har byggherren en intervensjonsrett når kontraktsforholdet med entreprenøren er basert på NS 8405, NS 8406 eller NS 8407?	38
4.3	Avsluttende betraktninger	43
5	Kildeliste	44
5.1	Standardavtaler	44
5.2	Lov og forarbeid	44
5.3	Rettspraksis	45
5.4	Litteratur	45
5.5	Internett	46

1 INNLEDNING

Oppgavens tema er *intervensjon* i landentreprisekontrakter. Mer konkret handler intervensjon om byggherrens eller entreprenørens adgang til å *gripe inn* i henholdsvis entreprenørens eller underentreprenørens arbeid. Dette kan gjøres ved å enten overta arbeidet og utføre det resterende selv, eller la andre entreprenører utføre det resterende arbeid. Konsekvensen for motparten blir da at han mister rett til å utføre det arbeid som overtas eller settes bort, og at han potensielt må erstatte kostnadene knyttet til intervensjonen. Forutsetningen for oppgaven er at avtaleforholdet mellom partene er regulert av standardkontraktene som er utarbeidet av Standard Norge, forkortet NS.

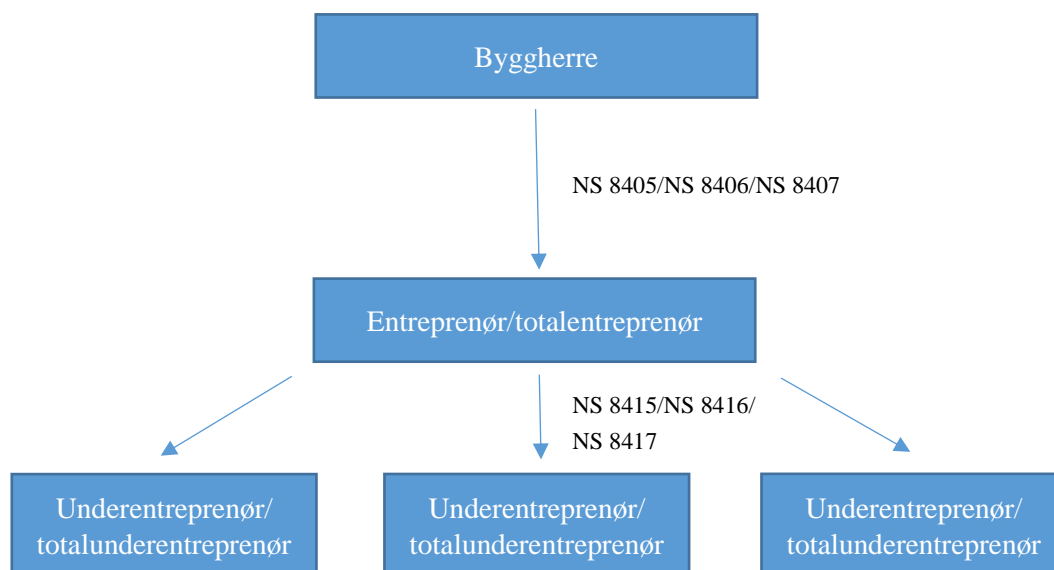
Behovet for intervensjon illustreres best ved å innledningsvis gi en oversikt over partsforholdet i et byggeprosjekt. NS-kontraktene skiller mellom *utførelsesentrepriser* og *totalentrepriser* som reguleres av henholdsvis NS 8405 (eventuelt NS 8406) og NS 8407.¹ Ved *utførelsesentrepriser* vil byggherren stå for prosjekteringen av prosjektet, mens entreprenøren vil stå for utførelsen.² Ved *totalentrepriser* vil entreprenøren stå for utførelsen og prosjekteringen.³ Videre er det vanlig at entreprenøren engasjerer underentreprenører som ledd i å oppfylle kontrakten med byggherren. Rettsforholdet mellom entreprenør og underentreprenør reguleres av underentreprisekontrakter i NS 8415, NS 8416 og NS 8417.⁴ Underentreprisekontraktene tilsvarende i det vesentlige NS 8405, NS 8406 og NS 8407, men med enkelte særlige tilpasninger. Rettsforholdet mellom partene i byggeprosjektet kan illustreres med følgende figur:

¹ Se NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt, NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt og NS 8407:2011 Alminnelige bestemmelser for totalentrepriser.

² Se NS 8405 pkt. 1 om standardens virkeområde.

³ Se NS 8407 protokoll som angir standardens virkeområde.

⁴ Se NS 8415:2008 Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider, NS 8416:2009 Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider og NS 8417:2011 Alminnelige bestemmelser for totalunderentrepriser.



I et entrepriseprojekt vil aktørene være innbyrdes avhengig av at arbeidet går som forutsatt og uten forsinkelser. Eksempelvis kan det tenkes at entreprenøren engasjerer tre ulike underentreprenører som skal utføre henholdsvis grunnarbeid, byggearbeid og elektro/VVS-arbeid. Før at byggearbeidene kan starte, må grunnarbeidet være fullført. Dersom grunnarbeidet blir forsinket, kan ikke de øvrige underentreprenørene starte sitt arbeid. Dermed får forsinkelsen ringvirkninger for resten av prosjektet. Potensielt kan det medføre at entreprenørens avtalte sluttfrist for sitt arbeid med byggherren oversittes. Da risikerer han dagmulftsansvar og i verste fall at byggherren hever avtalen dersom fristoversittelsen innebærer «vesentlig mislighold».⁵ Dette viser at forsinkelser i enkelte entrepriser kan få store konsekvenser for prosjektet som helhet. Det er derfor kritisk for både byggherren og entreprenøren å ha verktøy for hånden som kan motvirke konsekvensene av slike forsinkelser. NS-kontraktene gir hjemmel for å heve avtalen om forsinkelsen er «vesentlig», krav på dagmulkt ved oversittelse av sluttfrist og dagmulktbelagte delfrister, eller å avbestille arbeidet og utstede negativ endringsordre.⁶

⁵ Se eksempelvis NS 8405 pkt. 34.1 for dagmulftsansvar og NS 8405 pkt. 39.1 for rett til heving.

⁶ Se eksempelvis NS 8405 pkt. 39.1, 34.1, 38.1 og 22.1.

I tillegg er entreprenøren i NS 8415 pkt. 18.4, NS 8416 pkt. 17.2 og NS 8417 pkt. 21.5 gitt rett til å *intervenere* i underentreprenørens arbeider. Vilkårene i standardene er tilnærmet identiske. NS 8415 pkt. 18.4 lyder slik:

«Blir hovedentreprenøren vesentlig hindret i sin fremdrift fordi underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til underentreprenørens fremdriftsplan, eller vil hovedentreprenøren bli vesentlig hindret fordi det er klart at underentreprenøren vil bli forsinket med sin fremdrift, har hovedentreprenøren rett til å intervenere i underentreprenørens arbeide.»

Standarden åpner for at hovedentreprenøren griper inn i arbeidet enten ved å utføre det gjenstående arbeidet selv, eller sette det bort til en annen entreprenør, se NS 8415 pkt. 18.4 annet ledd. I motsetning til underentrepriskontraktene er det ikke inntatt bestemmelser om intervensjon for kontrakter som regulerer forholdet mellom byggherren og entreprenøren i NS 8405, NS 8406 eller NS 8407. Et sentralt spørsmål er om byggherren likevel kan ha rett til å intervenere i entreprenørens arbeider. En slik intervensjonsrett er påberopt som grunnlag for erstatningskrav i rettspraksis,⁷ og noen advokater argumenterer for at byggherren enten har eller bør ha en slik rett.⁸

Årsaken til at intervensjon er gjenstand for behandling er at temaet er meget praktisk – det er jevnlig gjenstand for uenigheter og tvister.⁹ I tillegg er intervensjon et dårlig belyst tema i norsk entrepriserett. Det er begrenset med juridisk litteratur som behandler intervensjon, og rettspraksisen er sparsom.¹⁰ Kombinasjonen av å være et praktisk og dårlig belyst tema gjør at behovet for å skrive om intervensjon er stort. Formålet med oppgaven er derfor å gjøre det

⁷ TNHER-2009-45245. Se nærmere om dette i pkt. 4.

⁸ Se blant annet Aurora Orlin og Anders Myhre i advokatfirmaet Hjort, «Hovedentreprenørens adgang til å overta utførelsen av underentreprenørens kontraktsarbeider», <https://www.hjort.no/hovedentreprenorens-adgang-til-a-overta-utforelsen-av-underentreprenorens-kontraktsarbeider> (hentet 20.05.2018) samt Kjersti Holum Karlstrøm i SANDS, «Kan hovedentreprenør overta utførelsen av deler av et kontraktsarbeid? Intervensjon», <https://www.sands.no/nb-NO/nyhetsbrev/kan-hovedentrepren%C3%B8r-overta-utf%C3%B8relsen-av-deler-at-et-kontraktsarbeid---intervensjon> (hentet 03.05.2018), samt Wikborg Reins foredrag for entrepriseforeningen av Marius Egeberg og Erlend Holstrøm, «Byggherrens rett til å intervenere under prosjektgjennomføringen», <http://www.entrepriseforeningen.no/dokumentfil6258?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> (hentet 03.05.2018)

⁹ Dette er basert på samtaler med advokater i firmaene Wikborg Rein og Glittertind. I tillegg uttrykkes dette i foredrag og på flere ulike advokatfirma sine hjemmesider hvor det er skrevet om intervensjonsretten. Her vises det til note 8.

¹⁰ Av juridisk teori er en artikkel av Kristin Avenstroup Haugen og Amalie Skar, «Intervensjon etter NS 8415, NS 8416 og NS 8417», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2016 s. 41-49 av særlig interesse. Ellers er temaet bare sporadisk og tynt omtalt i juridisk litteratur, se også nevnte artikkel s. 41. Når det gjelder rettspraksis, er det bare noen få dommer fra underrettene som behandler intervensjon. Se mer om dette i pkt. 2.

lettere for partene i bygg- og anleggsbransjen å være klar over sine rettigheter og plikter når byggherren eller entreprenøren fremmer krav om intervensjon.¹¹

For å avklare innholdet i hovedentreprenørens intervensjonsrett, vil oppgaven analysere vilkårene for intervensjon i underentreprisekontraktene.¹² Videre vil det vurderes om byggherren kan ha en intervensjonsrett, selv om en bestemmelse om dette ikke er inntatt i NS 8405, NS 8406 og NS 8407. I neste punkt vil jeg si noe om metode og rettskilder i entrepriseretten generelt, og intervensjon spesielt. Redegjørelsen vil danne et oversiktsbilde for analysen i oppgavens hoveddel. Hoveddelen starter i pkt. 3, og vil ta for seg intervensjonsadgangen i underentreprisekontrakter. Etersom reguleringen i underentreprisekontraktene er tilnærmet identisk, vil vilkårene behandles samlet. For enkelthetens skyld vil utgangspunktet tas i NS 8415 og forholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenør. Hvor det er forskjeller i reguleringene i de ulike kontraktene vil dette bemerkes. I pkt. 4 vil spørsmålet om byggherrens mulige intervensjonsrett analyseres.

2 RETTSKILDEBILDET OG METODISKE SÆRTREKK

Partenes rettigheter og plikter i entrepriserforhold reguleres altså av standardkontrakter. Standardkontrakter kan defineres som «... *kontraktsvilkår som er utarbeidet på forhånd, og som tilsiktes anvendt i et ubestemt antall fremtidige konkrete kontraktsforhold av en nærmere bestemt type.*»¹³

Kontraktene danner derfor utgangspunktet for partenes rettigheter og plikter. Standardkontraktene på entrepriserettens område særpreges av at de er fremforhandlet av representanter utpekt av dem som generelt vil utgjøre parter i kontraktsforholdet hvor den respektive standarden skal benyttes.¹⁴ På den måten skal man sikre at standarden har bestemmelser som gir en rimelig og balansert løsning av partenes motstridende interesser.¹⁵ Dette får konsekvenser for metoden på entrepriserettens område. Utgangspunktet er

¹¹ Alf Johan Knag, «Hvordan skrive kontrakt?», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 85-111 (s. 85).

¹² Haugen og Skar (2016) s. 44.

¹³ Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, 3. utgave, Oslo 2013, s. 380.

¹⁴ Se Jan Einar Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo 1997 s. 14 og Haaskjold (2013) s. 416.

¹⁵ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 s. 24, Haaskjold (2013) s. 416 og Knag (2010) s. 88.

alminnelige prinsipper for avtaletolkning, men tolkningen vil minne mer om lovtolkning.¹⁶ Ordlyden har meget tung vekt, og det er mindre rom for rimelighetsbasert tolkning og utfylling enn det som gjelder for andre typer kontrakter.¹⁷ Som eksempel kan det vises til Rt. 2010 s. 1345, avsnitt 59:

«For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.»

Et annet vesentlig karaktertrekk som fremgår av sitatet over er at partene i et entrepriseforhold er profesjonelle. Hensynet til forutberegnelighet er svært viktig i profesjonelle avtaleforhold, fordi det ofte er store økonomiske interesser på spill, og man gjerne innretter seg i høy grad etter de avtaler man inngår.¹⁸ Eksempelvis vil et oppdrag om oppføring av et bygg gi stabile inntekter i god tid fremover. Dette kan gi kapital for å investere i nye ansatte, ny arbeidsplass, og generelt ekspandere virksomheten. Derfor er det særskilt viktig å kunne stole på at ordlyden i kontrakten følges.

Videre gjør NS-kontraktens karakter av å være et fremforhandlet dokument at den som utgangspunkt ikke skal endres, suppleres eller utfylles. Som eksempel slår NS 8415 i forordet fast at:

«Det er de ovennevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.»¹⁹

Årsaken til dette er at NS-kontraktene stort sett forutsetter å gjennomregulere av partenes avtaleforhold.²⁰ Gjøres det endringer, kan dette forrykke balansen og systemet i kontrakten partene har kommet frem til gjennom langvarige forhandlinger.²¹ Det er imidlertid ikke

¹⁶ Haaskjold (2013) s. 415.

¹⁷ Haaskjold (2013) s. 415-416.

¹⁸ Ola Ø. Nisja, «Standardvilkår – en oversikt», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2003 s. 302-315 (s. 308).

¹⁹ Se tilsvarende ordlyd i forordet i NS 8405, NS 8407 og NS 8417.

²⁰ Se også Haaskjold (2013) s. 381, Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, Oslo 2016 s. 55-56, samt Knag (2010) s. 88.

²¹ Knag (2010) s. 89 og Haaskjold (2013) s. 415-416.

uvanlig at en NS-kontrakt tilpasses spesielle forhold til det enkelte prosjekt.²² Det er heller ikke utelukket å utfylle kontrakten med konkrete eller mer generelle regler.²³ Utfylling kan tenkes å være særlig aktuelt dersom en bestemmelse er ufullstendig, eller gir uttrykk for ubalanserte regler som ikke passer med alminnelige prinsipper eller NS-kontraktens system.

Normalt vil offisielle *forarbeid* til avtalestandarder få betydning for tolkningen av bestemmelser i kontrakten, fordi det kan belyse hva man har ment med de ulike reguleringene.²⁴ Imidlertid er det ikke vanlig å publisere forarbeid til NS-kontraktene.²⁵ Men på rettsområder hvor det ikke eksisterer lovgivning eller tilhørende forarbeid vil mangel på rettskilder ofte kompenseres av omfattende rettspraksis.²⁶ Dette gjelder likevel ikke entrepriseretten. De fleste entreprisetvister løses ved voldgift. Årsaken til det er at de fleste standardkontrakter tidligere har hatt klausuler om voldgift som primær tvisteløsningsmekanisme.²⁷ Voldgiftsdommene er ofte unntatt offentlighetens innsyn.

Entrepriseretten er dermed preget av svært lite rettspraksis fra de alminnelige domstoler, og da særlig Høyesterett. Dette gjelder særlig intervensjon. Etter grundige rettskildesøk er det bare noen få dommer fra underrettene som drøfter og behandler intervensjon etter NS 8415, NS 8416 og NS 8417. Underrettsdommene har likevel betydning som rettskilde av hensyn til likhet for loven, samt at de kan gi uttrykk for en festnet praksis.²⁸ Videre kan dommene gi gode eksempler for oppgaven. Jeg har dessverre ikke klart å oppdrive noen voldgiftsdommer som kan belyse problemstillingene i oppgaven.²⁹ Dette gjør rettskildesituasjonen for oppgaven spesiell, fordi det er *lite rettskildemateriale* å basere analysen på. Spørsmålene som reises må dermed i større grad løses av andre rettskilder.

²² Knag (2010) s. 88.

²³ Odd R. Tvedt og Herman Bruserud, «Oppfyllesesterskler», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 430–453, s. 431 som drøfter utfylling av «oppfyllesesterskler».

²⁴ Haaskjold (2013) s. 417–418.

²⁵ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 27. Jeg har i tillegg forsøkt å få tak i høringsuttalelser knyttet til revisjonen av underentreprisekontraktene, men dette er dessverre ikke lenger tilgjengelig.

²⁶ Erstatningsretten er et godt eksempel, jf. Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 27.

²⁷ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28.

²⁸ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 210–211.

²⁹ Jeg har sendt forespørsler til entrepriseavdelinger i åtte ulike advokatfirma om de kjenner til voldgiftsdommer eller upubliserte dommer fra de alminnelige domstoler som behandler intervensjon. Dessverre fikk jeg ikke tilsendt voldgiftsdommer som kan belyse temaet. Enkelte har ikke svart eller hatt kjennskap til noen, mens andre har opplyst at intervensjon har vært gjenstand for tvist, men at tvisten ble løst ved forlik.

Juridisk teori har tradisjonelt sett hatt stor betydning på entrepriserettens område.³⁰ Årsaken til det er sparsom rettspraksis, og at NS-kontraktene ikke har forarbeider, slik at det blir vanskeligere å forstå motivet og det nærmere innholdet av de bestemmelsene.³¹ Det er flere kommentarutgaver knyttet til NS 8405, NS 8406 og NS 8407 som gir god forståelse for vilkårene i NS-kontraktene. Det er derimot ingen kommentarutgaver knyttet til underentreprisestandardene i NS 8415, NS 8416 og NS 8417. Likevel er underentreprisekontraktene i høy grad inspirert av NS 8405, NS 8406 og NS 8407, og mange av reguleringene er identiske.³² Dette gjelder imidlertid ikke intervensjon som kun er regulert i underentreprisekontraktene. Dette gjør rettskildesituasjonen for intervensjon *ekstra* sparsom. Likevel ble det nylig utgitt en artikkel om intervensjon i underentreprisekontrakter, som er særlig interessant for oppgaven.³³ Når det gjelder byggherrens intervensjonsrett, er dette ikke behandlet i juridisk teori, annet enn diverse artikler på advokatfirmas hjemmesider.

Grunnet det svært sparsomme rettskildebildet for intervensjon vil analysen i stor grad bli basert på alminnelige entrepriserettslige og kontraktsrettslige prinsipper og reelle hensyn. Særlig vil analogier fra lignende vilkår andre steder i NS-kontrakten kunne gi veiledning.

3 INTERVENSJONSADGANGEN I UNDERENTREPRISEKONTRAKTER

3.1 Innledning

I dette punktet vil vilkårene for intervensjon bli behandlet slik de fremgår av NS 8415 pkt. 18.4, NS 8416 pkt. 17.2 og NS 8417 pkt. 21.5. For enkelthets skyld vil analysen knytte seg til NS 8415 pkt. 18.4, fordi ordlyden er tilnærmet identisk. Dersom det er forskjeller i standardene vil det opplyses om dette.

I utgangspunktet råder underentreprenøren over eget produksjonsopplegg innen kontraktens frister.³⁴ Blant annet vil underentreprenøren ofte legge inn tomrom i produksjonsopplegget, også kalt «slakk», som underentreprenøren fritt kan benytte seg av i tilfelle det oppstår

³⁰ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 27-28.

³¹ I.c.

³² Se eksempelvis Henning Nordtvedt m.fl., *NS 8407 med kommentarer – digital utgave*, Oslo 2013, kap. 4, pkt. 4.1.

³³ Haugen og Skar (2016)

³⁴ Dette fremgår NS-kontraktens system. Se eksempelvis NS 8415 pkt. 14.1 hvor hovedentreprenøren er rett til å føre «kontroll» med underentreprenørens arbeid, men ikke å *gripe inn* i arbeidet.

fremdriftshindringer.³⁵ Samtidig kan avvik i fremdriften hos underentreprenøren som hindrer hovedentreprenørens fremdrift få store konsekvenser. Ferdigstillelsesdato for prosjektet kan bli utsatt, og hovedentreprenøren kan få dagmulktsansvar overfor byggherren. Derfor kan hovedentreprenøren ha et sterkt behov for å gripe inn i underentreprenørens arbeid for å forhindre at avvik i fremdriften eller antesipert forsinkelse hos underentreprenøren hindrer fremdriften i prosjektet.

Det er to alternativer som gir adgang til å intervensere i underentreprenørens arbeid etter underentreprisestandardene. Det første alternativet krever (1) at hovedentreprenøren blir vesentlig hindret i sin fremdrift, og (2) at dette skyldes at underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til fremdriftsplanen. Det andre alternativet retter seg mot *antesipert* forsinkelse, og krever (1) at hovedentreprenøren vil bli vesentlig hindret, og (2) at dette skyldes at det er klart at underentreprenøren vil bli forsinket med sin fremdrift. I det følgende vil disse alternativene bli omtalt som henholdsvis det *første og andre alternativet*, for enkelthets skyld.

I det følgende vil vilkårene i intervensjonsbestemmelsene bli analysert. Formålet med analysen er å belyse innholdet i intervensjonsretten, ved å avklare uklarheter og koble bestemmelsen til relevant rettspraksis, teori og andre rettskilder. Vilkårene i det første og andre alternativet vil bli analysert først. Deretter vil varslingsreglene behandles, samt konsekvensene av rettmessig og urettmessig intervensjon. Her vil særlig gjennomføringen av intervensjonen være gjenstand for analyse.

³⁵ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 341 om entreprenørens adgang til å benytte «slakk» i forholdet til byggherren.

3.2 Første alternativ: Hovedentreprenøren blir vesentlig hindret i sin fremdrift fordi underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til hans fremdriftsplan

3.2.1 Vesentlig avvik i underentreprenørens fremdrift i forhold til hans fremdriftsplan

3.2.1.1 Utgangspunkt

Forutsetningen for å intervenere etter første alternativ, er at «underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til hans fremdriftsplan».³⁶ For å illustrere innholdet i vilkåret, er det hensiktsmessig å si noe generelt om fremdrift og fremdriftsplaner. Underentreprenøren er etter NS 8415 pkt. 18.1 pålagt å utarbeide og fremlegge en fremdriftsplan for egne arbeider basert på kontrakten og den oversikt som hovedentreprenøren leverer. Fremdriftsplanen har som formål å «vise hovedaktivitetene og hvilke andre aktiviteter disse er avhengige av», se NS 8415 pkt. 18.1. Dermed blir det lett for hovedentreprenøren, og eventuelt andre entreprenører, å ha oversikt over når underentreprenøren har estimert at arbeidet vil bli påbegynt, og når det vil være ferdig.

Det fremgår ikke av pkt. 18.1 eller øvrige bestemmelser at fremdriftsplanens oversikt er *bindende* for underentreprenøren. I kommentarutgaven til NS 8405 uttales det i tilknytning til den tilsvarende bestemmelse om fremdriftsplaner i NS 8405 i pkt. 18 at det er «klart at fremdriftsplan etter pkt. 18 fortsatt skal være et styringsverktøy», og at det «ikke [er] meningen at fremdriftsplanen skal etablere bindende frister».³⁷ Det samme uttrykkes av Hagstrøm og Bruserud i relasjon til fremdriftsplaner generelt.³⁸ Videre understrekes dette av adgangen til å revidere fremdriftsplanen dersom det oppstår avvik fra faktisk fremdrift, se NS 8415 pkt. 18.2 tredje ledd. Dette betyr at hovedentreprenøren kan intervenere selv om underentreprenøren ikke har oversittet en bindende frist. Likevel forutsetter dette også at fremdriftsplanen er tilstrekkelig detaljert til at man med sikkerhet kan fastslå at underentreprenøren ligger bak fremdriftsplanen. Her er det derfor viktig at hovedentreprenøren reklamerer på fremdriftsplanen dersom den ikke tilfredsstillter kravene i NS 8415 pkt. 18.1 første ledd.

³⁶ Jf. NS 8415 pkt. 18.4 første setning.

³⁷ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 249.

³⁸ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 338-339.

Tidligere var intervensjonsbestemmelsen plassert i kapittelet som omhandlet forsinkelse, men hadde samme systematikk med to alternativer som kunne gi rett til intervensjon, Se NS 3433 pkt. 20. Vilkårene for intervensjon etter første alternativ i NS 3433 pkt. 20.2 var likevel annerledes. Hovedentreprenøren måtte bli «vesentlig hindret i sin fremdrift fordi underentreprenøren er forsinket med kontraktarbeidet». Vilkåret «forsinkelse» var definert i pkt. 20.1:

«Det foreligger forsinkelse dersom kontraktarbeidet ferdigstilles senere enn den avtalte sluttfrist, eventuelt justert for underentreprenørens fristforlengelse.

...

Det samme gjelder for ferdigstillelse av deler av kontraktarbeidet hvor det er avtalt delfrister.»

For at det skulle foreligge forsinkelse, måtte det altså være tale om oversittelse av sluttfrist eller delfrister. Dette harmonerer med forståelsen av vilkåret «forsinkelse» ellers i kontraktsretten og entrepriseretten. I kjøpsloven § 22 (1) vil det foreligge forsinkelse dersom «tingen ikke blir levert eller blir levert for seint, og dette ikke skyldes kjøperen eller forhold på hans side». I entrepriseretten vil underentreprenøren ha krav på fristforlengelse om det er forhold på hovedentreprenørens side som fører til forsinkelsen, slik at entreprenøren ikke lenger vil være i forsinkelse, se over nevnte pkt. 20.1, som nå er regulert i NS 8415 pkt. 24.1. Endringen i ordlyden innebærer at det ikke lenger kreves at underentreprenøren oversitter slutt- eller delfrister, men at det er tilstrekkelig at han ligger vesentlig bak fremdriftsplanen.³⁹

Videre var det klart av definisjonen av det tidligere vilkåret «forsinkelse» at hovedentreprenøren måtte bære risikoen for forholdet som forårsaket forsinkelsen hos underentreprenøren, se NS 3433 pkt. 24.1. Et slikt krav fremgår ikke av den endrede ordlyden som nå krever at «underentreprenørens fremdrift avviker vesentlig i forhold til underentreprenørens fremdriftsplan». Det grunnleggende utgangspunkt i både kontraktsretten generelt og entrepriseretten spesielt er at man ikke har begått et kontraktsbrudd, og vil heller ikke være erstatningsansvarlig, dersom motparten bærer risikoen for forholdet som fører til et kontraktsbrudd, eksempelvis forsinkelsen.⁴⁰ Det kan derfor reises spørsmål om bestemmelsen må utfylles med et krav om at avviket i fremdriften må skyldes forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for. Dette kan for det første utgjøre en betingelse for at hovedentreprenøren i

³⁹ Se også Haugen og Skar (2016) s. 42-43, som konkluderer på samme vis.

⁴⁰ Hagstrøm og Bruslerud (2014) s. 22.

det hele tatt skal ha intervensjonsretten i behold. For det andre kan det utgjøre en betingelse for å kreve dekning av merkostnader, men slik at intervensjonsretten fortsatt er i behold. I neste punkt vil det vurderes om det er holdepunkter for en slik innfortolkning.

3.2.1.2 Skal det innfortolkes et krav om at fremdriftsavviket må skyldes forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for?

Hovedregelen er som nevnt at det ikke skal gjøres endringer i bestemmelsene i NS-kontrakten, fordi bestemmelsene er presumptivt rimelige og inngår i et helhetlig system.⁴¹ Men dersom bestemmelsen uten utfylling *ikke* passer inn i systemet eller er rimelig, vil rommet for utfylling være videre. Det vil da ha formodningen mot seg at bestemmelsen skal forstås slik at fremdriftsavviket også kan skyldes forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for.

Haugen og Skar argumenterer for at en bokstavelig tolkning av ordlyden kan gi urimelige resultater.⁴² Etter deres mening bør det derfor innfortolkes et krav om kontraktsbrudd for at hovedentreprenøren i hvert fall skal ha kravet på merkostnader i behold.⁴³ Årsaken til det, er at det vil være urimelig å la underentreprenøren være ansvarlig for kostnadene ved en intervensjon når det ikke er forhold han bærer risikoen for som fører til det vesentlige avviket i fremdriften.⁴⁴ Etter mitt skjønn er det noe upresist å vurdere om det må innfortolkes krav om *kontraktsbrudd*, all den tid det ikke behøver å være tale om et kontraktsbrudd selv om underentreprenøren ligger bak fremdriftsplan. Som nevnt forutsetter ikke fremdriftsplanen å være bindende. Det er derfor mer presist å spørre om underentreprenøren *må bære risikoen for fremdriftsavviket*.

Et viktig argument i denne retning er funksjonsfordelingsprinsippet, som innebærer at partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.⁴⁵ Dersom det inntreffer svikt på eget funksjonsområde, vil motparten normalt heller ikke ha misligholdt avtalen, og man må bære det økonomiske ansvaret selv. Et eksempel er når hovedentreprenøren engasjerer flere ulike underentreprenører. Dersom en av dem blir forsinket, kan det føre til fremdriftskonsekvenser

⁴¹ Haaskjold (2013) s. 419-420.

⁴² Haugen og Skar (2016) s. 42-44.

⁴³ *ibid.* s. 44.

⁴⁴ *l.c.*

⁴⁵ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2011, s. 333

for de andre underentreprenørene, typisk dersom underentreprenør A er avhengig av at underentreprenør B har ferdigstilt sitt arbeid får han kan påbegynne sitt eget arbeid. Disse fremdriftskonsekvensene er det imidlertid hovedentreprenøren som bærer risikoen for, fordi svikten hos underentreprenør B skjer på hans funksjonsområde.⁴⁶ I et slikt tilfelle vil underentreprenør A som hindres som følge av svikten hos underentreprenør B ha krav på både fristforlengelse og økonomisk kompensasjon i form av vederlagsjustering.⁴⁷ At hovedentreprenøren bærer risikoen for fremdriftskonsekvensene hos engasjerte underentreprenører, belyses også godt av NS-kontraktens system. Hovedentreprenøren har flere virkemidler for hånden som kan bidra til å *forhindre* at en sideordnet underentreprenørs forsinkelse får ringvirkninger for andre underentreprenører. Sentralt står muligheten til å kreve forsering, jf. NS 8415 pkt. 22.2. Forsering innebærer at den aktuelle entreprenøren plikter å overholde en avtalt frist selv om han har krav på fristforlengelse. Det er med andre ord svært vanskelig for underentreprenør A å påvirke at underentreprenør B leverer rettidig. Derfor er det også *rimelig* at hovedentreprenøren ikke har intervensjonsrett når han bærer risikoen for fremdriftsavviket.

En rett til intervensjon når underentreprenøren ikke bærer risikoen for forholdene som fører til vesentlig fremdriftsavvik vil derfor innebære et brudd med NS-kontraktens system. I tillegg vil det gi en svært ubalansert og urimelig rettsregel. Det har derfor formodningen mot seg at man har forutsatt at ordlyden skal forstås uten å utfylles med den alminnelige begrensning om at partene bare er økonomisk ansvarlig for forhold de bærer risikoen for.

Samtidig er bestemmelsen plassert i kapittelet om fremdrift og samordning, og ordlyden er bevisst endret fra det tidligere kravet om *forsinkelse*, noe som kan bety at man har ment at ordlyden skal forstås slik at den åpner for intervensjon selv om underentreprenøren ikke bærer risikoen for fremdriftsavviket. Men dette synes ikke å være et nærliggende tolkningsalternativ, fordi endringen av ordlyden kan forklares med at man ikke har ønsket å stille krav om oversittelse av frister for å akseptere intervensjon, slik det var tidligere ved kravet om «forsinkelse».⁴⁸ Ved å bare stille krav om avvik i fremdriften åpnes det for intervensjon dersom underentreprenøren ligger vesentlig bak fremdriftsplanen, selv om det

⁴⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 200.

⁴⁷ Se NS 8415 pkt. 24.1 for krav på fristforlengelse og pkt. 25.1 for krav på vederlagsjustering.

⁴⁸ Se eksempelvis NS 3433 pkt. 20.1.

ikke er tale om oversittelse av frister. Det er lite trolig at man *i tillegg* har ønsket at underentreprenøren skal ha ansvaret for forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for.

En dom fra Hålogaland lagmannsrett kan gi veiledning for problemstillingen.⁴⁹ Saken gjaldt tvist om sluttoppgjør mellom underentreprenør Alf Brekken og Sønner AS (ABS) mot hovedentreprenør Leonhard Nilsen & Sønner AS (LNS) om sluttoppgjør. LNS hadde kontrakt med byggherren. Den gjaldt tilrigging, driving og sikring av tunnel gjennom Hamnøyfjellet. Underentreprisekontrakten mellom hovedentreprenør og underentreprenør gjaldt blant annet sprengning og oppgraving av drenggrøfter i tunnel. Samtidig med dette ble det utført tunneldrift av LNS, noe som påvirket fremdriften i grøftarbeidet til ABS. Det var uenighet om det var avtalt at dette skulle utføres samtidig eller før ABS skulle starte sine arbeid, men lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at det var forutsatt at tunneldrift skulle skje etter grøftarbeidene var ferdig. Når LNS utførte paralleldrift samtidig, innebar dette en «endring/forsering av grøftarbeidene» som var «nødvendigjort av omstendigheter som LNS hadde ansvar og risiko for».

Disse forhold medførte at fremdriften i ABS sine arbeid gikk mye tregere enn forutsatt. Som følge av dette intervenerte LNS i ABS sine arbeider med sprengning og oppgraving av drenggrøfter i tunnel. Det ble vist til intervensjonshjemmelen i NS 8416 pkt. 17.2.

Intervensjonen ble gjennomført ved at LNS engasjerte flere underentreprenører som utførte arbeid samtidig med ABS. Begrunnelsen var blant annet sviktende fremdrift, og at det var «åpenbart at ABS ikke ville bli ferdig i tide».

Lagmannsretten kom med uttalelser som kan tyde på at de forutsetter at det må foreligge kontraktsbrudd for at intervensjonen skal være berettiget. Årsaken til manglende fremdrift og forsinkelse ble begrunnet i forhold lagmannsretten mener var «LNS' ansvar og risiko i kontraktsforholdet». Deretter ble det uttrykt at det ikke var

«... godtgjort at ABS misligholdt, iallfall ikke vesentlig misligholdt, sin plikt til forsvarlig fremdrift i grøftarbeidene, eller unnlot å gjennomføre arbeidet rasjonelt og uten opphold. Fremdriftssvikten i grøftarbeidene skyldtes i det alt vesentlige forhold/hindringer som LNS hadde ansvar og risiko for. Det var derfor ikke grunnlag for intervensjon etter NS 8416 punkt. 29.2, jf. punkt 17.2.»

⁴⁹ LH-2015-47254

At avviket i fremdriften ikke skyldes forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for, synes altså å være en forutsetning for å kunne akseptere intervensjon etter punkt 17.2. Dommen er dermed et argument i retning av å innfortolke kravet om risikoplassering for å kunne akseptere intervensjon. Imidlertid fremstår dommen som noe svakt begrunnet. Dommerne problematiserer ikke betydningen av ordlyden i NS 8416 pkt. 17.2, som ikke stiller krav om at avviket i fremdriften må skyldes forhold på underentreprenørens side. Som nevnt veier ordlyden tungt, og er utgangspunktet for vurderingen. Det er også noe underlig at dommerne synes å forutsette at underentreprenøren må ha brutt sin plikt til *forsvarlig fremdrift*, all den tid ordlyden ikke oppstiller et krav om at underentreprenøren må begå kontraktsbrudd – det er tilstrekkelig at underentreprenøren ligger bak fremdriftsplan. Likevel synes forutsetningene å være klare – ettersom det var forhold på hovedentreprenørens side som forårsaket hindringene hos underentreprenøren, var det ikke adgang til å intervensjonere. Dommen utgjør dermed et argument i retning av å innfortolke et vilkår om risiko som betingelse for intervensjon.

Sett i sammenheng med de over nevnte hensyn og sammenhenger for øvrig i NS-kontraktene, kan hovedentreprenøren etter mitt skjønn ikke kreve merkostnadene dekket dersom han bærer risikoen for underentreprenørens fremdriftsavvik. Spørsmålet er videre om man skal legge til grunn, som i dommen, at intervensjon er helt utelukket dersom det ikke foreligger kontraktsbrudd hos underentreprenøren, eller at bare dekning av merkostnader vil være utelukket. Haugen og Skar uttaler i sin artikkel at «dersom det man legger til grunn at det er anledning til [å intervensjonere selv om det ikke foreligger kontraktsbrudd hos underentreprenøren], må imidlertid løsningen etter vårt syn blir at underentreprenøren ikke kan kreves for merkostnadene ved en slik intervensjon». ⁵⁰ De synes dermed ikke å ta noe endelig standpunkt til om det bør være anledning til å intervensjonere til tross for at det foreligger kontraktsbrudd hos underentreprenøren. En innvending mot dette, som de poengterer, er behovet for å unngå alvorlige konsekvenser som følge av vesentlig fremdriftsavvik hos underentreprenøren, eksempelvis omfattende dagmulktkrav fra byggherren.

Hensynet til at hovedentreprenøren skal kunne forhindre at forsinkelser hos underentreprenøren får store konsekvenser for prosjektet utgjør et viktig argument mot å nekte intervensjon når hovedentreprenøren bære risikoen for underentreprenørens

⁵⁰ Haugen og Skar (2016) s. 44.

fremdriftsavvik. Likevel forandrer ikke dette på utgangspunktet om at hovedentreprenøren har det økonomiske ansvar for forhold han bærer risikoen for. Her gir igjen reglene om fristforlengelse og vederlagsjustering god veiledning. Selv om hovedentreprenøren risikerer å oversitte en dagmulktbelagt frist hos byggherren, har underentreprenøren fortsatt krav på fristforlengelse og vederlagsjustering dersom det er forhold hovedentreprenøren bærer risikoen for som forårsaker hindringene i fremdriften.⁵¹ Likevel kan hovedentreprenøren kreve forsering dersom det er helt essensielt at de avtalte frister nås. Men da er igjen utgangspunktet at hovedentreprenøren må ta de økonomiske kostnadene dette påfører underentreprenøren.⁵² Etter mitt syn bør dette være regelen også ved intervensjon, slik at hovedentreprenøren som utgangspunkt ikke kan intervenere når han bærer risikoen for fremdriftsavviket.

Et alternativ som imidlertid kan ha gode grunner for seg er å akseptere intervensjon, men la hovedentreprenøren være ansvarlig for det økonomiske tap dette påfører underentreprenøren – typisk tapt fortjeneste. Dette vil harmonere godt med utgangspunktene som nevnt over om risikofordeling, og gir hovedentreprenøren et verktøy i situasjoner hvor det er kritisk at fremdriftsavviket rettes. I tillegg er det ikke særlig tungtveiende argumenter mot en slik rett. Underentreprenøren mister riktignok erfaring, men sett i sammenheng med hvor kritisk det kan være for hovedentreprenøren å ha intervensjonsrett for å unngå høye dagmulktkrav, veier ikke dette argumentet særlig tungt. Etter mitt skjønn bør derfor hovedentreprenøren ha intervensjonsrett hvor han bærer risikoen for fremdriftsavviket, men med den konsekvens at han blir erstatningsansvarlig for underentreprenørens økonomiske tap i forbindelse med intervensjonen.

3.2.1.3 Særlig om force majeure

Force majeure karakteriseres som forhold utenfor partenes kontroll, se NS 8415 pkt. 24.3. Som hovedregel bærer ingen av partene risikoen for force majeure.⁵³ Dermed vil i utgangspunktet hovedentreprenøren være avstengt fra å intervenere dersom et vesentlig fremdriftsavvik skyldes force majeure, jf. diskusjonen i pkt. 3.2.1.2. Spørsmålet er om det må gjøres tilpasninger for tilfeller hvor fremdriftsavvik skyldes force majeure.

⁵¹ Se NS 8415 pkt. 24.1.

⁵² Se NS 8415 pkt. 25.1.

⁵³ Hagstrøm og Bruserud s. 217.

Dersom underentreprenørens fremdrift hindres av forhold utenfor hans kontroll vil han ha krav på fristforlengelse, se NS 8415 pkt. 24.3. Dermed vil ikke underentreprenøren være forsinket, og hovedentreprenøren kan ikke påberope seg misligholdsbeføyelser som reaksjon på forsinkelsen, som heving eller dagmulkt. Samtidig får ikke underentreprenøren krav på vederlagsjustering, noe han normalt har krav på dersom slutt- eller delfrister utskytes som følge av fristforlengelsen, se NS 8415 pkt. 24.1, jf. pkt. 25.2. Da sikrer man en jevn byrdefordeling ved inntreden av fremdriftshindrende forhold ingen av partene bærer risikoen for.⁵⁴

En løsning kan derfor være – for å legge et liknende kompromiss av partenes motstridende interesser til grunn for intervensjonstilfellene – at hovedentreprenøren har intervensjonsretten i behold, men ikke får krav på dekning av merkostnader. Da slipper underentreprenøren et høyt erstatningskrav ved å måtte dekke merkostnader, samtidig som hovedentreprenøren fortsatt har anledning til å gripe inn i arbeidet for å eliminere hindringene forsinkelsen skaper. Selv om rettstilstanden er noe usikker, er det etter min oppfatning en løsning som ivaretar partenes interesser på en rimelig måte, og som gir god sammenheng med øvrige reguleringer av force majeure i NS-kontraktene.

3.2.1.4 Særlig om planrevisjon

I NS 8415 pkt. 18.2 tredje ledd er hovedentreprenøren gitt adgang til å kreve at fremdriftsplanen «revideres» dersom «den faktiske fremdriften avviker fra gjeldende fremdriftsplan i en slik grad at planen ikke lenger utgjør et hensiktsmessig grunnlag å rapportere mot». Dersom planen revideres, vil ikke underentreprenørens fremdrift «avvike[r] vesentlig i forhold til underentreprenørens fremdriftsplan» i henhold til første alternativ, fordi fremdriftsplanen da vil være à jour med faktisk fremdrift. Ordlyden tilsier da i utgangspunktet at det ikke er adgang til å intervensjonere, selv om planrevisjonen skyldes et fremdriftsavvik underentreprenøren bærer risikoen for.

Samtidig presiseres det i pkt. 18.2 tredje ledd siste setning at planrevisjon innebærer «kun at grunnlaget for rapportering og varsling endres». Det tilsier at planrevisjon ikke forutsetter at rettigheter hovedentreprenøren i utgangspunktet ville hatt krav på uten revisjon tapes. Dette

⁵⁴ Hagstrøm og Bruslerud s. 218.

underbygges også av at det vil det være en tilfeldig fordel for underentreprenøren om hovedentreprenørens revisjon «fritar» ham for å bli utsatt for intervensjon, når det er *underentreprenørens forhold* som skaper avvik i fremdriften. I forhold til den opprinnelige fremdriftsplanen er det fortsatt tale om et fremdriftsavvik. En slik tilfeldig fordel er ikke særlig beskyttelsesverdig. Videre har hovedentreprenøren like stort behov for intervensjon uavhengig av revisjonen, som har som formål å skape oversikt i prosjektet. I motsatt fall gir det incentiv til ikke å revidere fremdriftsplaner, og det kan gjøre prosjektet uoversiktlig for begge parter. Vilåret «fremdriftsplan» må derfor forstås som den *opprinnelige avtalte fremdriftsplan* og ikke *reviderte fremdriftsplan*.

3.2.2 Særlig om kravet «vesentlig avvik»

Ordlyden «avvik» i det første alternativet i NS 8415 pkt. 18.4 tilsier at det må foretas en sammenligning av den faktiske tilstanden arbeidet befinner seg i, mot hva som skulle vært utført i henhold til fremdriftsplanen. Videre tilsier ordlyden «vesentlig» at avviket må være omfattende og av kvalifisert størrelse for å kunne gi hovedentreprenøren intervensjonsrett. Dette støttes av at intervensjon er et inngripende middel, og kan påføre underentreprenøren et stort økonomisk tap.

Et sentralt moment er altså hvor langt avviket kan måles i *tid*. Her kan den overfor nevnte dom fra Hålogaland lagmannsrett nevnes.⁵⁵ I saken ble grøftearbeidet iverksatt medio juli 2012, når planlagt oppstart var 23. april 2012. Hovedentreprenøren besluttet å intervensjon 31. august. 2012. Fristen for ferdigstilling var 15. april 2013. Avviket fra planlagt oppstart var derfor på tre måneder. Lagmannsretten avgjør imidlertid saken på det grunnlag at hovedentreprenøren bar risikoen for fremdriftssvikten, men synes likevel å forutsette at de øvrige vilkår i intervensjonsbestemmelsen var oppfylt, fordi de omtaler forholdene som en «fremdriftssvikt» og at denne var «sterkt redusert». Det er rimelig å anse avviket på tre måneder som «vesentlig». Årsaken til det, er at evnen til å levere rettidig overfor øvrige entreprenører – og dermed forhindre ytterligere forsinkelser – var sterkt redusert. Dette henger også sammen med formålet med intervensjonsbestemmelsen, som er å forhindre at underentreprenørens forsinkelser skaper store konsekvenser for byggeprosjektet. Et moment som bør være styrende for hvor langt avviket kan være før det er «vesentlig» er derfor i hvor stor grad det påvirker evnen til å levere rettidig i forhold til sluttfristen eller delfrister.

⁵⁵ LH-2015-47254

3.2.3 *Avviket i underentreprenørens fremdrift må føre til at hovedentreprenøren blir vesentlig hindret i sin fremdrift*

Det siste vilkåret for å intervensere etter første alternativ, er at underentreprenørens avvik i fremdriften fører til at hovedentreprenøren «blir vesentlig hindret i sin fremdrift». Det stilles altså krav om årsakssammenheng mellom fremdriftsavviket i hindringene i fremdriften hos hovedentreprenøren. Videre tilsier ordlyden «hindret i sin fremdrift» at det må oppstå komplikasjoner som får tidsmessige konsekvenser for hovedentreprenøren. Bestemmelsen om fristforlengelse i NS 8415 og NS 8405 pkt. 24.1 inneholder et lignende vilkår.

Underentreprenøren vil ha krav på fristforlengelse om «fremdriften hindres» som følge av de forhold som er nevnt i bokstav a-c, eksempelvis «endringer», jf. bokstav a. Vilkåret retter seg også mot de faktiske, tidsmessige hindringer i entreprenørens arbeid.⁵⁶ Ettersom vilkårene både innholdsmessig og i utformingen er tilnærmet like, er det gode grunner til å forstå dem likt.

Vilkåret «hindring» må imidlertid ikke forveksles med det tilsvarende i force majeure-bestemmelsen i NS 8415 pkt. 24.3. Vilkåret i force majeure-bestemmelsen dreier seg om hvor langt hovedentreprenøren «må strekke seg for å oppfylle in natura» og er ikke spørsmål om «reell påvirkning av fremdriften».⁵⁷ Det er her et rent spørsmål om fremdriften blir påvirket av underentreprenørens forhold. Følgelig er man her noe uheldig med valg av ordlyden, fordi det gir anvisning på en slik «oppfyllelsesterskel» som finnes i NS 8415/8405 pkt. 24.3.⁵⁸

Videre kreves det at hindringen i hovedentreprenørens fremdrift er «vesentlig». Ordlyden tilsier at hindringen i fremdriften må være kvalifisert. Intervensjon er inngripende og kan påføre underentreprenøren et stort økonomisk tap. Dermed er det rimelig at hovedentreprenøren ikke gis intervensjonsrett før hindringene er av kvalifisert eller omfattende størrelse.

Et sentralt moment i vurderingen må være hvor hardt hindringen rammer eller vil ramme hovedentreprenøren, altså *hvilke konsekvenser avviket i fremdriften får for*

⁵⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 263.

⁵⁷ I.c.

⁵⁸ Tvedt og Bruserud (2010) s. 441.

hovedentreprenøren. Dette kan forankres i ordlyden: Jo større ulemper hinderet påfører ham, jo lettere vil man kunne si at hinderet er «vesentlig». Dersom prosjektet nærmer seg ferdigstilling, er risikoen stor for at hindringen kan føre til mer omfattende konsekvenser enn dersom det inntreffer på et tidlig stadium. I verste fall risikerer hovedentreprenøren at sluttfristen med byggherren oversittes.⁵⁹ Ulempene for hovedentreprenøren vil da fort kunne bli omfattende i form av stort økonomisk ansvar, og hindringene vil lettere bli betegnet som «vesentlig». Dette støttes av formålet med intervensjonsbestemmelsen, som er å forhindre at mindre entrepriser får store konsekvenser for byggeprosjektet.

Motsatt vil få ulemper ved hindringene for hovedentreprenøren gjøre det vanskeligere å betegne hindringen som «vesentlig», selv om hindringene gjør at arbeidet ligger et stykke bak fremdriftsplanen. Her kan også hovedentreprenørens lojalitetsplikt tenkes å virke inn i vurderingen. Lojalitetsplikten tilsier at man skal forsøke å ivareta motpartens interesser på en rimelig måte.⁶⁰ Det kan innebære å forsøke å begrense skadevirkningene av et eventuelt avvik i fremdriften, for eksempel ved å omlegge produksjonen, forutsatt at dette lar seg gjøre på en enkel måte. I denne sammenheng kan det vises til at Tvedt og Bruserud argumenterer for at vilkåret «hindret i sin fremdrift» i bestemmelsen om fristforlengelse i NS 8405 pkt. 24.1 bør bli forstått slik at det kan innebære en viss plikt til omlegging av driften. Forfatterne henviser til lojalitetsplikten generelt i kontraktsforhold og samordningsplikten i pkt. 18, og uttaler at «[v]irkningene for entreprenøren må således også her overstige en viss terskel før de berettiger krav på fristforlengelse (og vederlagsjustering).»⁶¹ Argumentasjonen knytter seg altså til at kravet til fristforlengelse og vederlagsjustering er tyngende for byggherren, og bør derfor ikke kunne kreves dersom man ved forholdsvis enkle midler kan avverge en hindring. Tilsvarende vil intervensjon få betydelige konsekvenser for underentreprenøren, og bør derfor ikke aksepteres dersom hindringen hos hovedentreprenøren kan rettes med relativt enkle omrokninger.⁶²

⁵⁹ Nordtvedt m.fl. kap. 33, pkt. 3.

⁶⁰ Haaskjold (2013) s. 78.

⁶¹ Tvedt og Bruserud (2010) s. 442.

⁶² Man vil riktignok ved en slik forståelse av vilkåret gli noe over i denne «oppfyllesesterskelen» som fremgår av pkt. 24.3 ved hindringer som skyldes force majeure. Tvedt og Bruserud ser også dette poenget, og uttrykker at terskelen likevel ikke kan settes særlig høyt, se nærmere Tvedt og Bruserud (2010) s. 442.

3.3 Andre alternativ: Hovedentreprenøren blir vesentlig hindret fordi det er klart at underentreprenøren vil bli forsinket med sin fremdrift

Det andre alternativet som gir rett til intervensjon forutsetter at underentreprenøren «vil bli forsinket» med sin fremdrift. Ordlyden «vil bli» tilsier at alternativet retter seg mot antasert forsinkelse. Bestemmelsen krever videre at det er «klart» at slik forsinkelse vil oppstå. Det kan være grunn til å se hen til lignende vilkår i NS-kontrakten for å tolke innholdet. I kjøpsloven § 62, om hevingsretten ved antasert mislighold, er man gitt rett til å heve kjøpet om det er «klart» at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi motparten hevingsrett. Vilkåret har mest sannsynlig gitt inspirasjon til NS-standardene, fordi vilkåret er identisk. Tradisjonelt har det vært uttalt at det må foreligge «en til visshet grensende sannsynlighet» for å gi hevingsrett, noe som er ment å komme til uttrykk gjennom vilkåret «klart».⁶³ I forarbeidene til kjøpsloven § 62 uttrykkes det at «kravet til sannsynlighet er sterkt».⁶⁴ Årsaken er at det antaserte misligholdet vil bli sett på linje med aktuelt mislighold, slik at man kan kreve misligholdsbeføyelser, herunder heving. Dette er tyngende inngrep overfor motparten.⁶⁵

Gode grunner taler for å legge til grunn tilsvarende tolkning for vilkåret «klart» i intervensjonsbestemmelsen.⁶⁶ Vilkåret er identisk med det i intervensjonsbestemmelsen. Videre er intervensjon et inngripende middel, og kan føre til et omfattende økonomisk ansvar for underentreprenøren, i likhet med heving. Derfor bør det kreves noenlunde sikre holdepunkter før et så tyngende virkemiddel iverksettes.

Ordlyden «vil bli» tilsier i utgangspunktet at bare antasert forsinkelse omfattes, og ikke inntruffet forsinkelse. Likevel henviser vilkåret som nevnt til et sannsynlighetskrav, som vil være oppfylt om forsinkelsen faktisk har inntruffet. Bestemmelsen omfatter derfor også inntruffet forsinkelse.⁶⁷

Videre er spørsmålet når det foreligger «forsinkelse». Ordlyden tilsier at underentreprenøren må oversitte en bindende frist. Dette vil typisk være sluttfristen, men kan også være

⁶³ Hagstrøm (2011) s. 612.

⁶⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 113.

⁶⁵ Hagstrøm (2011) s. 613.

⁶⁶ Se Nordtvedt m.fl. (2013) kap. 46 pkt. 2 som legger til grunn tilsvarende tolkning for vilkåret «klart» i relasjon til vesentlig antasert mislighold i NS 8407 pkt. 46.

⁶⁷ Se tilsvarende Haugen og Skar (2016) s. 44.

delfrister.⁶⁸ Det er sentralt å lese vilkåret i lys av reglene om fristforlengelse i pkt. 24, av hensyn til å tolke like vilkår likt innad i kontrakten.⁶⁹ Dersom underentreprenørens forsinkelse skyldes forhold på hovedentreprenørens side, eksempelvis en endring eller forsinkelse hos en annen underentreprenør, vil underentreprenøren ha krav på fristforlengelse, jf. pkt. 24.1. Overholder underentreprenøren formkravene i pkt. 24.4 flg., vil fristforlengelsen innebære at han ikke vil bli forsinket. Hovedentreprenøren vil da ikke ha rett til å intervensere.

Den antesiperte forsinkelsen må videre føre til at hovedentreprenøren blir «vesentlig hindret». Her skiller vilkåret seg fra det første alternativet, som stiller krav om at hovedentreprenøren må bli vesentlig hindret *i sin fremdrift*. Hindringene kan dermed knytte seg til andre forhold enn fremdriften. Som eksempel på forhold som vil omfattes av «hindret» men ikke «hindret i sin fremdrift» nevner Haugen og Skar plunder og heft.⁷⁰ Plunder og heft kan forstås som situasjoner som påvirker hovedentreprenørens produktivitet negativt.⁷¹ Særlig gjelder dette «sammensatte årsaksforhold som gir vesentlige produktivetsforstyrrelser». Årsaksforholdene er vanskelige å analysere, og det er vanskelig å beregne nøyaktig konsekvensene av årsakene. NS 8415 pkt. 24.3 gir hjemmel for plunder- og heft-krav. Typiske forhold som kan gi grunnlag for slike krav, er endringer, forsering, manglende byggherremedvirkning og opplysningssvikt.

Haugen og Skar mener årsaken til ulik regulering kan skyldes at andre alternativ «taler om ”forsinkelse” og dermed et mislighold hos underentreprenøren», i motsetning til første alternativ som taler om et vesentlig fremdriftsavvik.⁷² Dette virker imidlertid usannsynlig. Som nevnt var vilkåret i den tidligere standarden «forsinkelse», og da var også vilkåret «vesentlig hindret i sin fremdrift». Tillegget «i sin fremdrift» ble ikke tatt med når man endret vilkåret fra «forsinkelse» til «vesentlig avvik i fremdriften i forhold til hans fremdriftsplan».⁷³ Etter min oppfatning er det ingen grunn til at de to alternativene skal ha ulik ordlyd. Det kan rett og slett hende at forfatterne har oversett at tillegget «i sin fremdrift» bare er tatt med i det første alternativet.

⁶⁸ Se pkt. 3.2.1.1.

⁶⁹ Tidligere var også definisjonen av «forsinkelse» tilsvarende den i pkt. 24.1 om fristforlengelse, se NS 3433 pkt. 20.1.

⁷⁰ Haugen og Skar (2016) s. 45.

⁷¹ Nils Henrik Pettersson, «Plunder og Heft», *På rett grunn*, Oslo 2010 s. 347-364 (s. 348).

⁷² Haugen og Skar (2016) s. 45.

⁷³ NS 3433 pkt. 20.2.

Hindringen som vil bli forårsaket av en forsinkelse må være *vesentlig*. Her vises det til pkt. 3.2.3 over hvor det gjøres rede for vilkåret *vesentlig hindret i sin fremdrift*. De betraktningene som ble gjort rede for der, er også relevante her.

3.4 Kravet om varsling og rettefrist

3.4.1 Kravet om rimelig frist til å rette forholdet

Det er normalt gunstig at arbeidene gjøres av underentreprenøren. Han har kjennskap til prosjektet samt nødvendig utstyr. Han vil som hovedregel kunne utføre arbeidet på en mer tid- og kostnadsbesparende måte enn dersom nye entreprenører må trekkes inn i prosjektet.⁷⁴ Derfor er det i NS 8415 pkt. 18.4 annet ledd et krav at intervensjon må skje «etter skriftlig varsel hvor det er gitt underentreprenøren en rimelig frist til å rette forholdet».

Vilkåret «rette forholdet» tilsier at enten avviket i fremdriften må innhentes, eller at man må ordne forholdene slik at det ikke lenger er sannsynlig at den antesiperte forsinkelse vil inntreffe. Samtidig kan det være praktisk umulig å innhente avviket i fremdriften. Det er derfor viktig å se vilkåret i lys av hva som er *realistisk* å oppnå.⁷⁵ Dette henger sammen med formålet med intervensjon – vil ikke hovedentreprenøren eller andre underentreprenører klare å innhente et avvik i fremdriften raskere enn underentreprenøren, har ikke hovedentreprenøren behov for å intervenere.

Ordlyden «rimelig frist» er vag, og inviterer til en konkret helhetsvurdering hvor formålet er å komme frem til en frist som tar hensyn til begge parter. Normalt vil hovedentreprenøren ha behov for rask avklaring av hvorvidt underentreprenøren vil makte å rette avviket i fremdriften, fordi underentreprenøren hindrer fremdriften. Samtidig vil engasjement av en ny underentreprenør som eventuelt skal ta over deler av underentreprenørens arbeid som oftest måtte bruke tid på å sette seg inn i prosjektet. Antatt tid som vil medgå til dette må tas med i beregningen av fristens lengde. Vil nye underentreprenører bruke lenger tid enn den fristen underentreprenøren har fått, vil det være vanskelig å si at fristen «rimelig», fordi hovedentreprenøren ikke vil tjene noe på å overta arbeidet.

⁷⁴ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 669.

⁷⁵ *ibid.* s. 668 som knytter tilsvarende bemerkninger til kravet om «rimelig frist til å rette» vesentlig (antesipert) forsinkelse i NS 8405 pkt. 39.1 tredje ledd.

For underentreprenøren vil det normalt være aktuelt å iverksette forsering for å ta igjen et avvik i fremdriften,⁷⁶ men dersom underentreprenøren verken har midler eller kapasitet til å gjennomføre forsering, er det ingen grunn til å gi ham en rettefrist av betydning. Men selv om *underentreprenøren* ikke har anledning til å rette avviket i fremdriften, så kan også han – på lik linje med hovedentreprenøren – engasjere *andre underentreprenører* som kan rette forholdet. En dom fra Frostating lagmannsrett illustrerer dette.⁷⁷ Saken gjaldt underentrepriserforhold basert på NS 3433⁷⁸ hvor underentreprenøren skulle utføre sprengningsarbeid for å bygge vei. Etter en stund oppstod det forsinkelser i arbeidet. Hovedentreprenøren besluttet å intervensere i arbeidet ved å la en annen underentreprenør utføre deler av sprengningsarbeidet. Hovedentreprenøren varslet ikke om intervensjon og ga ingen rettefrist. De mente intervensjon likevel var berettiget, av «sikkerhetshensyn, hensyn til rasjonell drift og at [underentreprenøren] ikke ble ansett å ha egnet utstyr for arbeidet». Lagmannsretten uttalte at det var «fullt mulig» for underentreprenøren «på kort varsel ... å engasjere andre i dette arbeidet, for eksempel også [hovedentreprenøren]». Konklusjonen var at intervensjonen var uberettiget. Dommen viser at dersom underentreprenøren har like gode forutsetninger som hovedentreprenøren til å rette en antesipert forsinkelse eller avvik i fremdrift, eksempelvis gjennom engasjement av andre entreprenører, så tilsier hensynet til å ivareta hans interesser på en rimelig måte at han får anledning til dette.

3.4.2 *Konsekvensene av unnlatt varsling og rettefrist*

Utgangspunktet i standardene er at «[i]ntervensjon skal skje ... etter skriftlig varsel hvor det er gitt underentreprenøren en rimelig frist til å rette forholdet», jf. NS 8415 pkt. 18.4 annet ledd første punktum. Det tilsier at en forutsetning for berettiget intervensjon er at både varsel og rimelig rettefrist er gitt. Dette underbygges av at også heving er betinget av at underentreprenøren gis en «rimelig frist» til å rette forholdet, og at dette er ansett som et absolutt krav for å ha hevingsretten i behold.⁷⁹

⁷⁶ Haugen og Skar (2016) s. 45.

⁷⁷ LF-2014-79131

⁷⁸ Standarden er nå erstattet av NS 8415.

⁷⁹ NS 8405 og NS 8415 pkt. 39.1, samt Marthinussen og Giverholt (2010) s. 325-326.

En dom fra Eidsivating lagmannsrett⁸⁰ illustrerer dette. Et spørsmål var om totalentreprenøren hadde rett til å intervenere i underentreprenørens arbeid. Begrunnelsen var påståtte forsinkelser fra underentreprenørens side, samt mislighold av arbeid. Kontrakten var basert på NS 3406, som er erstattet av NS 8417. Lagmannsretten mente det ikke forelå forsinkelser fra underentreprenørens side, slik NS 3406 pkt. 25.2 forutsetter at må foreligge. Videre understreker lagmannsretten at de «heller ikke [kan] se at [hovedentreprenøren] har gitt skriftlig varsel med frist, slik pkt. 25.2 krever». Konklusjonen ble at intervensjonen var uberettiget.

I samme retning går en sak fra Hålogaland lagmannsrett.⁸¹ Saken gjaldt sluttoppgjør etter oppførsel av distribusjonslager. Avtalen mellom elektroentreprenør og hovedentreprenør var totalunderentreprise, riktignok etter den eldre standarden NS 3406, som nå er erstattet av den nyere NS 8417. En del av tvisten gikk ut på at hovedentreprenøren hadde intervenert i elektroarbeidet og engasjert andre elektrikere som underentreprenøren egentlig skulle utføre. Lagmannsrettens konklusjon var at «bestemmelsens vilkår for [intervensjon] er ikke oppfylt ... Blant annet er ikke plikten til skriftlig varsling oppfylt.» Igjen understreker dette at kravet til varsling er et absolutt vilkår.

Ordlyden «skriftlig varsel» sier likevel lite om varselets innhold. Men for at motparten skal ha mulighet til å rette avviket i fremdriften eller forhindre antasipert forsinkelse, må det i det minste opplyses om hvilke forhold hos underentreprenøren som skaper hindringer i hovedentreprenørens fremdrift.⁸² Dette er særlig viktig ved antasipert mislighold, fordi underentreprenørens kan ha viktige opplysninger om fremdriften som kan gjøre intervensjon unødvendig, eksempelvis at han har iverksatt forsering for å nå en frist.

Et annet spørsmål er om hovedentreprenøren i varselet må presisere at konsekvensen av manglende retting vil være intervensjon. Det gir liten mening å tale om et «varsel» i intervensjonsbestemmelsen uten å konkretisere følgene av manglende retting. Som ved heving bør opplysningene være av slik karakter at parten har rimelig grunn til å forvente at intervensjon vil være konsekvensen av manglende retting.⁸³ I hevingsbestemmelsen i pkt.

⁸⁰ LE-2015-81329

⁸¹ LH-2013-95815

⁸² Sml. de tilsvarende krav som ved varsel om heving, se Nordtvedt (2013) m.fl. kap. 46, pkt. 10.

⁸³ Marthinussen og Giverholt (2010) s. 326

39.1 er det presisert at en rimelig rettefrist skal gis motparten, «med varsel om heving om så ikke skjer». Ordlyden forutsetter dermed at heving må bli oppgitt som konsekvens av manglende retting for at heving anses berettiget.⁸⁴ Tilsvarende må legges til grunn i relasjon til varselkrav ved intervensjon.

3.5 Konsekvensene og gjennomføringen av intervensjon

3.5.1 Gjennomføringen av intervensjon

3.5.1.1 Generelt

Etter NS 8415 pkt. 18.4 første ledd har hovedentreprenøren «rett til å intervenere i underentreprenørens arbeide» med «egne ansatte eller med andre underentreprenører» dersom vilkårene for intervensjon er oppfylt. Når det gjelder vilkåret «intervenere» vises det til innledningen i pkt. 1 – det gir en rett til å *gripe inn i* underentreprenørens arbeid.

Vilkåret «arbeide» er noe uklar i relasjon til *hvilket arbeid man kan gripe inn i*. Her kan en kontekstuell forståelse av vilkåret gi veiledning. Som nevnt forutsetter bestemmelsen at det enten må være et vesentlig fremdriftsavvik, eller antesipert forsinkelse, som skaper vesentlige hindringer for hovedentreprenøren. Vilkåret «arbeide» må derfor forstås som *det arbeid hos underentreprenøren som skaper hindringer for hovedentreprenøren*. Det må altså være sammenheng mellom arbeidet det interveneres i, og hindringene dette skaper for hovedentreprenøren. Begrunnelsen bak intervensjonsbestemmelsen er å eliminere hindringene som forårsakes av underentreprenørens fremdriftsavvik. Dersom den brukes til arbeid som ikke er forsinket, men som er innenfor samme kontrakt, får intervensjonsbestemmelsen et videre bruksområde enn tiltenkt.

Det kan videre reises spørsmål om hovedentreprenøren *har plikt til* å velge den minst inngripende måten å intervenere på. Eksempelvis kan det tenkes at det vil være like effektivt å engasjere ekstra mannskap til å utføre arbeid samtidig som underentreprenøren, som å overta hele eller deler av arbeidet, for å eliminere et fremdriftsavvik. Dersom hovedentreprenøren velger å overta hele eller deler av arbeidet, vil dette typisk være mer inngripende for underentreprenøren, fordi han i større grad mister vederlag for arbeid han kunne utført.

⁸⁴ Marthinussen og Giverholt (2010) s. 326.

En slik plikt fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd. Utgangspunktet er derfor at hovedentreprenøren fritt kan velge hvordan intervensjonen skal foregå, selv om et alternativ vil være mer inngripende for underentreprenøren enn et annet.⁸⁵ Samtidig gir den alminnelige lojalitetsplikten en viss plikt til å ivareta motpartens interesser på en rimelig måte,⁸⁶ noe som kan tilsi at hovedentreprenøren bør velge det minst inngripende virkemiddel. En parallell kan trekkes til hevingsbestemmelsen, hvor et relevant moment i vurderingen av «vesentlig mislighold» er hvorvidt parten klarer seg med lempeligere midler enn heving, f.eks. prisavslag.⁸⁷

Imidlertid vil hovedentreprenøren være nærmest til å vurdere hvordan intervensjon kan gjennomføres på en mest hensiktsmessig måte. Dersom han engasjerer ekstra mannskap kan dette skape uoversiktlige ansvarsforhold,⁸⁸ selv om dette reduserer underentreprenørens økonomiske ansvar. Uoversiktlige ansvarsforhold er ugunstig for begge parter. I tillegg er det uklart hvilke konsekvenser man skulle tillagt et «uriktig» valg av intervensjon – erstatningskrav for underentreprenørens økonomiske tap, eller at intervensjon anses uberettiget? Det kan virke som en felle for hovedentreprenøren om intervensjonen anses uberettiget, fordi bestemmelsen ikke oppstiller noe slikt vilkår. Å innfortolke en slik rett vil derfor gjøre regelen usikker. Behovet for forutberegnelighet er som nevnt svært sterkt i profesjonelle forhold. At det er inntatt en nødvendighetsbegrensning i kravet om dekning av merkostnader tilsier også at man ikke har sett et behov for å gjøre dette ved valg av gjennomføring av intervensjon. Etter mitt skjønn er det derfor ikke holdepunkter for å begrense hovedentreprenørens valg av måten å gjennomføre intervensjon på.

3.5.1.2 Sikringsplikt

I bestemmelsen som regulerer gjennomføring av heving i NS 8415 pkt. 39. og NS 8417 pkt. 46.2 er det gitt en bestemmelse om sikringsplikt: «Før underentreprenøren forlater byggeplassen, skal han i rimelig utstrekning sikre utført arbeid, materialer og utstyr mot skade.»

⁸⁵ Haugen og Skar (2016) s. 45-46.

⁸⁶ Haaskjold (2013) s. 78.

⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 437.

⁸⁸ Haugen og Skar (2016) s. 46.

Noen tilsvarende bestemmelse er ikke inntatt i intervensjonsbestemmelsen. Spørsmålet er om underentreprenøren likevel har en sikringsplikt når hovedentreprenøren tar over arbeidet. Selv om ordlyden ikke åpner for en sikringsplikt, har det formodningen mot seg at bestemmelsens taushet innebærer en negativ kontraktsregulering i den forstand at noen sikringsplikt ikke skal gjelde. Dette skyldes at det eksisterer en alminnelig omsorgsplikt i kontraktsforhold, noe blant annet regelen om sikringsplikt ved heving er et utslag av.⁸⁹ Ved unnlatelse av å sikre arbeid risikerer man at store verdier går tapt, eksempelvis som følge av værforhold, noe som er uheldig for alle aktører i prosjektet. Derfor må det også være en sikringsplikt ved intervensjon. Etter mitt skjønn bør bestemmelsen om sikringsplikt ved heving kunne anvendes tilsvarende for intervensjonstilfellene. Dette skyldes at bestemmelsen ikke er ment å være en positivistisk regulering av sikringsplikt ved heving, men gir som nevnt uttrykk for et alminnelig prinsipp som er fast etablert i entrepriseforhold.

3.5.1.3 Har hovedentreprenøren rett til å ta over underentreprenørens innretninger og materialer?

I bestemmelsen om gjennomføringen av heving i NS 8415 pkt. 39.2⁹⁰ står det følgende i fjerde ledd:

«Dersom hovedentreprenøren hever, har han rett til å bruke underentreprenørens stillaser, maskiner, redskaper eller andre innretninger og materialer som er bestemt til utførelsen, og som befinner seg på byggeplassen når underentreprenøren mottar hevningserklæringen. Totalentreprenøren har også rett til å få utlevert tegninger og andre dokumenter som underentreprenøren har rett til å disponere over, og benytte disse til å fullføre arbeidet under kontrakten.»

Det er ikke inntatt et lignende punkt i intervensjonsbestemmelsen. Spørsmålet er om hovedentreprenøren likevel kan ha en rett til å ta over underentreprenørens innretninger og materialer. Igjen er det hensiktsmessig å vurdere om taushet om bruksrett skal forstås som at en slik bruksrett ikke gjelder. Drøftelsen over i pkt. 3.5.2.1 viser at reglene om selve gjennomføringen av intervensjon er ufullstendige og uklare. Dette gjør det mindre sannsynlig

⁸⁹ Nordtveit m.fl. (2013) kapittel 46, pkt. 3.

⁹⁰ Bestemmelsen er identisk med NS 8417 pkt. 44.

at partene med taushet har ment at regler som sikringsplikt og bruksrett ikke gjelder.⁹¹ Et sentralt moment i dette er også om en bruksrett vil være *rimelig*, som vil vurderes i det følgende.

Underentreprenøren kan ha behov for materialene og innretningene han har benyttet i hovedentreprenørens prosjekt. Dersom hovedentreprenøren tilegnes en bruksrett over innretningene og materialene, må underentreprenøren leie det han mangler til et nytt prosjekt. Dette kan bli kostbart. Samtidig er underentreprenøren uansett forpliktet til å dekke hovedentreprenørens merkostnader, forutsatt at kostnadene ikke overstiger 50 % av kontraktsummen.⁹² Dersom underentreprenøren eksempelvis nekter hovedentreprenøren bruksrett til et stillas, må det demonteres, og den nye underentreprenøren må føre opp et nytt stillas. Kostnadene ved dette må underentreprenøren dekke. I tillegg må hovedentreprenøren betale vederlag for bruksretten.⁹³ Underentreprenøren vil derfor ha lite å tjene på å nekte hovedentreprenøren en bruksrett.

Ansvarsbegrensningen for merkostnader gjør også at det er en risiko for at hovedentreprenøren ikke vil få dekket eventuelle kostnader knyttet til å montere nytt stillas og lignende dersom underentreprenøren nekter ham bruksrett. Det kan også tenkes at underentreprenørens økonomi er så svak at utsiktene til å få dekket merkostnadene er smale. I tillegg vil montering av nye innretninger og bestilling av materialer føre til ytterligere forsinkelser i prosjektet. En manglende bruksrett kan derfor bli svært kostbart for hovedentreprenøren og byggherren. I lys av at underentreprenøren ikke vil tjene økonomisk på å nekte hovedentreprenøren bruksrett, er det samlet sett rimelig å utfylle intervensjonsbestemmelsen med en bruksrett, fordi en manglende bruksrett vil favorisere underentreprenøren sterkt på bekostning av hovedentreprenørens interesser. Etter mitt skjønn er det derfor holdepunkter for å anvende hevingsregelen om bruksrett for intervensjonstilfellene.

⁹¹ Haaskjold (2013) s. 353. Se også eksempelvis Rt. 1978 s. 702 som Haaskjold refererer til på s. 357, hvor Høyesterett mente avtalen fremsto som «unyansert og ufullstendig», og at hensynet til rimelighet gjorde det nødvendig å utfylle avtalen.

⁹² Se eksempelvis NS 8415 pkt. 18.4 annet ledd tredje setning.

⁹³ NS 8415 pkt. 39.3.

3.5.2 Hovedentreprenørens krav på dekning av merkostnader

Etter NS 8415 pkt. 18.4 annet ledd kan hovedentreprenøren kreve dekket de «nødvendige merkostnadene [intervensjonen] medfører for hovedentreprenøren». Vilkåret «merkostnadene» tilsier at hovedentreprenøren kan kreve dekket kostnader som overstiger den avtalte sum med underentreprenøren. Videre tilsier vilkåret «nødvendige» at hovedentreprenøren må forsøke å begrense tapet underentreprenøren vil bli påført, altså en tapsbegrensningplikt. Dette henger sammen med hensynet til lojalitet i kontraktsforhold, ved at hovedentreprenøren i rimelig utstrekning må forsøke å ivareta motpartens interesser.⁹⁴

Vilkåret «nødvendige merkostnader» er identisk med vilkåret i NS 8405 pkt. 39.4 som fastslår byggherrens krav på erstatning som følge av hevning. Det er ingen grunner til at vilkåret bør forstås på annen måte i intervensjonsbestemmelsen i NS 8415 – begge knytter seg til den alminnelige lojalitetsplikt i norsk kontraktsrett. Tapsbegrensningsplikten i NS 8405 pkt. 39.4 blir i teorien forstått slik at man til en viss grad må begrense kostnadene til ny entreprenør.⁹⁵ Marthinussen, Giverholt og Arvesen er av den oppfatning at det i relasjon til NS 8405 «ikke [kan] pålegges byggherren mye i den retning».⁹⁶ Det begrunnes i behovet for å komme raskt i gang med byggingen etter at avtalen er hevet.⁹⁷ Det samme kan sies om tapsbegrensningsplikten ved intervensjon. Hovedentreprenøren er presumptivt i en tidspresst situasjon hvor det er avgjørende at forsinkelsen avverges eller avviket i fremdriften reduseres.⁹⁸ Tidspresst gjør det vanskeligere å begrense kostnadene. Dersom man engasjerer nye entreprenører, må de gjerne kunne levere og stille opp på kort tid. Det blir da vanskelig å få tid til å arrangere en tilbudskonkurranse, som er normalen når entrepriseavtaler inngås.⁹⁹ Men vurderingen er til enhver tid konkret, og er ikke hovedentreprenøren i en presst situasjon på tid, må han i større grad forsøke å begrense tapet til underentreprenøren. Er det tid og anledning til å velge tilbudskonkurranse, bør også dette gjøres for å holde kostnadene nede.

Videre er det satt en begrensning i annet ledd som hindrer hovedentreprenøren i å belaste underentreprenøren mer enn 50 % av kontraktsummen. Dette er en ansvarsbegrensning som

⁹⁴ Haaskjold (2013) s. 78.

⁹⁵ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 682.

⁹⁶ l.c.

⁹⁷ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 681-682.

⁹⁸ Haugen og Skar (2016) s. 45.

⁹⁹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 157.

har som formål å beskytte underentreprenøren mot høye krav.¹⁰⁰ Hevingsregelen har ingen tilsvarende begrensning, se NS 8415 pkt. 39.4 første ledd. Dersom forsinkelsene utgjør «vesentlig mislighold» og merkostnadene vil overstige 50 % av kontraktsummen, bør hovedentreprenøren heve avtalen.

3.5.3 Særlig om krav på dagmulkt

I NS 8415 pkt. 18.4 og NS 8416 pkt. 17.2 er entreprenøren gitt adgang til å kreve dagmulkt i tillegg til merkostnadene knyttet til intervensjonen. I NS 8417 er løsningen motsatt. Det står i NS 8417 pkt. 21.5 tredje avsnitt siste punktum at man «ikke kan kreve dagmulkt i tillegg» til merkostnadene. Dette er en endring sammenlignet med forgjengeren til NS 8417 – her var det bestemt at dagmulkt kunne kreves «uavhengig av, og kommer i tillegg til eventuell dagmulkt etter 25.3», se NS 3406 pkt. 25.2 tredje ledd. Endringen synes derfor bevisst. Etter min oppfatning er det ingen særtrekk ved totalentrepriser som skulle tilsi at dette bør reguleres ulikt.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om det er gode grunner for å kunne kreve dagmulkt i tillegg til merkostnader ved intervensjon. I den forbindelse er det hensiktsmessig å si noe generelt om dagmulkt. Dagmulkt er den prinsipale sanksjonen mot forsinkelse innenfor kontraktsstandardenes system,¹⁰¹ og er en på forhånd fastsatt erstatning som påløper dersom entreprenøren er forsinket i forhold til sluttfrist eller dagmulktbelagt delfrist.¹⁰² Ettersom man ikke er gitt adgang til å kreve erstatning i tillegg til dagmulkt, med mindre man har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig, virker dagmulksreglene som en ansvarsbegrensning.¹⁰³ Samtidig fungerer dagmulkt også som et pressmiddel for å fremskynde oppfyllelse.¹⁰⁴

Tanken om at dagmulkt skal være den prinsipale sanksjon mot forsinkelse, samt prinsippet om at dagmulkt skal fungere som en ansvarsbegrensning, undergraves dersom hovedentreprenøren *i tillegg* kan kreve erstatning for merkostnader. Merkostnadene er en direkte følge av at underentreprenøren ligger bak fremdriftsplanen eller vil bli forsinket. Mot dette kan det innvendes at dagmulkt gir et ekstra incentiv til rettmessig oppfyllelse hos

¹⁰⁰ Haugen og Skar (2016) s. 47.

¹⁰¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 350.

¹⁰² Se NS 8415 pkt. 34.3.

¹⁰³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 350.

¹⁰⁴ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 564-565.

underentreprenøren. Likevel kan det spørres hvor hensiktsmessig det er å kreve dagmulkt samtidig som hovedentreprenøren overtar store deler av arbeidet til underentreprenøren. Man risikerer at hovedentreprenøren får dobbel dekning av samme forhold, fordi dagmulkt har som funksjon å fungere som standardisert erstatning.¹⁰⁵ Etter min mening kan derfor adgangen til å kreve dagmulkt i tillegg til merkostnader etter NS 8415 pkt. 18.4 og NS 8416 pkt. 17.2 kritiseres. I lys av dette kan det være god grunn for underentreprenøren å ta initiativ til å endre dette punktet i en forhandlingsituasjon, for å unngå et potensielt svært høyt dagmulks- og erstatningskrav mot hovedentreprenøren. Selv om NS-kontrakten forutsetter å gjøres gjeldende uten endringer, er det etter min mening gode grunner for endringer på dette punkt.¹⁰⁶

3.6 Konsekvensene av urettmessig intervensjon

3.6.1 Utgangspunkt

Intervensjonsbestemmelsene er tause om konsekvensene ved uberettiget intervensjon. Utgangspunktet må være at hovedentreprenøren må dekke merkostnadene ved intervensjonen. Dette følger av det grunnleggende utgangspunkt at et krav krever rettslig grunnlag. Et rettslig grunnlag for hovedentreprenøren til å kreve merkostnader dekket vil ikke foreligge om vilkårene for intervensjon ikke er oppfylt. Haugen og Skar er også av den oppfatning at hovedentreprenøren må bære kostnadene selv.¹⁰⁷

Den tidligere nevnte dom fra Hålogaland lagmannsrett støtter dette.¹⁰⁸ Lagmannsretten konkluderte med at vilkårene for intervensjon ikke var oppfylt, blant annet fordi det ikke ble fremsatt skriftlig varsel om intervensjon. Da ble løsningen av hovedentreprenøren «ikke kan belaste [underentreprenøren] for kostnadene ved innleide elektrikere». Dette var i tråd med totalunderentreprenørens påstand, som gikk ut på at de «ikke var pliktig til å betale for elektrikerne». Dommen belyser derfor godt utgangspunktet om at hovedentreprenøren ikke kan kreve merkostnadene dekket dersom vilkårene for intervensjon ikke er oppfylt.

¹⁰⁵ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 350.

¹⁰⁶ Se mer om adgangen til endringer i Knag (2010) s. 88-89.

¹⁰⁷ Haugen og Skar (2016) s. 48.

¹⁰⁸ LH-2013-95815

3.6.2 Underentreprenørens krav mot hovedentreprenøren ved urettmessig intervensjon

3.6.2.1 Tapt fortjeneste

En uberettiget intervensjon vil innebære et kontraktsbrudd. Årsaken til dette er at arbeid underentreprenøren hadde kontraktsfestet rett til å utføre enten blir overtatt av hovedentreprenøren selv eller satt bort til andre underentreprenører. Spørsmålet blir da om underentreprenøren kan kreve erstatning for økonomisk tap som følge av kontraktsbruddet, typisk tapt fortjeneste.

Ved heving vil underentreprenøren bli fratatt retten til å fullføre arbeidet, jf. NS 8415 pkt. 39.2. Dersom hevingen var urettmessig, vil underentreprenøren ha krav på økonomisk tap i forbindelse med hevingen.¹⁰⁹ Urettmessig heving har derfor likheter med urettmessig intervensjon, fordi underentreprenøren i begge tilfeller mister retten til å utføre arbeid man i utgangspunktet hadde avtalefestet rett til å utføre. Det er derfor hensiktsmessig å se hen til konsekvensene av uberettiget heving.

Konsekvensene av urettmessig heving fremgår ikke uttrykkelig av NS-kontraktene. Det er likevel hevdet i teorien at uberettiget hevning anses som en avbestilling, og at erstatning utmåles etter avbestillingsbestemmelsen.¹¹⁰ En innvending mot dette er at avbestilling ikke forutsetter et mislighold, noe både urettmessig heving og urettmessig intervensjon vil være. Det kan derfor være grunn til å ikke betrakte en urettmessig intervensjon *som avbestilling*, men heller anvende avbestillingsreglene om utmåling *analogisk*, slik at underentreprenøren har krav på «full erstatning» ved hovedentreprenørens urettmessige heving. En slik løsning synes også å være lagt til grunn i rettspraksis. I den over nevnte dom fra Frostating lagmannsrett kom lagmannsretten til at underentreprenøren kunne kreve tapt fortjeneste som følge av uberettiget intervensjon erstattet av hovedentreprenøren:

«Ved at Aurstad [hovedentreprenøren] har utført arbeider som falt inn under Grunn & Fjell Entreprenørens [underentreprenøren] gjøremål etter kontrakten, har Aurstad intervenert i strid med kontrakten. Tapt fortjeneste som følge av dette kan Grunn & Fjell Entreprenøren derfor kreve erstattet.

¹⁰⁹ Dette fremgår ikke uttrykkelig av hevingsbestemmelsene i eksempelvis NS 8415 pkt. 39, men er lagt til grunn i teorien, se Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 687.

¹¹⁰ Se Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 687.

Det vises også til at underentreprenøren kan kreve erstatning ved avbestilling, jf. NS 3433 pkt. 29.2.»

111

Lagmannsrettens konklusjon er kort, men sikker – de legger klart til grunn at tapt fortjeneste kan kreves erstattet. Selv om det er noe uklart hvilke regler lagmannsretten baserer kravet om tapt fortjeneste på, viser lagmannsretten til avbestillingsreglene, noe som tilsier at avbestillingsreglene om utmåling anvendes analogisk. Etter mitt skjønn gir dette uttrykk for gjeldende rett ved urettmessig intervensjon.

3.6.2.2 Vederlagsjustering og fristforlengelse

Dersom intervensjon gjennomføres ved at hovedentreprenøren setter inn ekstra mannskap til å utføre arbeid samtidig med underentreprenøren, vil det ofte medføre vanskeligheter for underentreprenørens oppfyllelse av det resterende arbeid. Merknader knyttet til dette kan underentreprenøren kreve erstattet i form av vederlagsjustering, jf. NS 8415 pkt. 25.2 bokstav c. Her vil hovedentreprenørens urettmessige intervensjon innebære en «hindring», og at vilkårene for intervensjon ikke er oppfylt er noe hovedentreprenøren «bærer risikoen for».¹¹² Av samme grunn vil underentreprenøren kunne ha krav på fristforlengelse, dersom hovedentreprenørens urettmessige intervensjon påvirker evnen til å levere rettidig, jf. NS 8415 pkt. 24.

Den tidligere nevnte dom fra Hålogaland Lagmannsrett illustrerer dette.¹¹³

Underentreprenøren anførte at parallellarbeid hovedentreprenøren hadde iverksatt ved uberettiget intervensjon medførte økte kostnader i form av vanskeliggjort drift.

Lagmannsretten la til grunn at underentreprenøren «var berettiget til en viss vederlagsjustering som følge av vanskeliggjort drift ved parallelldrift», fordi dette var hovedentreprenørens «ansvar og risiko i kontraktsforholdet». Selv om begrunnelsen ikke er helt klar, forutsetter lagmannsretten at kostnader knyttet til vanskeliggjort drift som følge av urettmessig intervensjon er noe underentreprenøren åpenbart kan kreve erstattet.

¹¹¹ LF-2014-67811

¹¹² Se Hagstrøm (2011) s. 527-528 samt Kåre Lilleholt *Kontraksrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017, s. 345 hvor rettsvillfarelse ikke anses unnskyldelig og er følgelig noe man selv bærer risikoen for.

¹¹³ LH-2015-47254

3.7 Avsluttende betraktninger

Gjennomgangen viser at intervensjonsbestemmelsen lider av uklarheter. Dette gjelder særlig endringen av vilkåret «forsinkelse» i NS 3433 til det nye kravet om at underentreprenørens fremdrift «avviker vesentlig i forhold til underentreprenørens fremdriftsplan», som er forsøkt avklart i pkt. 3.2.1. Likevel innebærer behovet for innfortolkning at rettstilstanden avviker fra hva som uttrykkelig fremgår av ordlyden. Dette er uheldig, fordi det gjør det vanskeligere for partene å forutberegne deres rettsstilling. Videre er gjennomføringen av intervensjon – som sikringsplikt og bruksrett – er ikke regulert. Her kunne man eksempelvis ha henvist til reglene om gjennomføringen av heving, slik at partenes rettigheter og plikter fremgår uttrykkelig av kontrakten. Det er også uskjønnstomt å ha ulike reguleringer knyttet til dagmulkt i underentreprisekontraktene når ulik regulering ikke tjener noe særegent formål. Her burde adgangen til å kunne kreve dagmulkt i tillegg til merkostnader sløyfes.

Uklarhetene er uheldig, fordi det bidrar til å skape usikkerhet rundt partenes rettigheter og plikter dersom hovedentreprenøren påberoper seg intervensjonsbestemmelsen. Uklare kontrakter virker tvisteskapende, noe man i størst mulig grad bør søke å unngå.¹¹⁴

Intervensjonsbestemmelsen bør derfor revideres slik at det fremgår klarere av ordlyden hvilke rettigheter og plikter partene har.

4 BYGGHERRENS INTERVENSJONSRETT

4.1 Innledning

Verken NS 8405, NS 8406 eller NS 8407 inneholder en intervensjonsbestemmelse som den i NS 8415, NS 8416 og NS 8417. Spørsmålet er om byggherren har en intervensjonsrett selv om dette ikke er uttrykkelig inntatt i NS 8405, NS 8406 og NS 8407. Dette spørsmålet har vært gjenstand for debatt i både byggebransjen og advokatbransjen.¹¹⁵

I en artikkel av advokatfirmaet Hjort gis det uttrykk for at det er «gode grunner» for at byggherren «også skal kunne intervenere i entreprenørens arbeid dersom det er inntrådt eller forventes en tilsvarende forsinkelse som gir adgang til å intervenere etter

¹¹⁴ Knag (2010) s. 85.

¹¹⁵ Se note 8.

underentreprisestandardene», men at det ikke er «klar hjemmel» for dette, og at spørsmålet «ikke er avklart i domstolene».¹¹⁶ Forfatterne mener altså at det er noe uklart hvorvidt en anførsel om intervensjon vil føre frem i domstolene, fordi en uttrykkelig hjemmel ikke er inntatt i NS 8405 eller NS 8407 – samtidig som det er sterke reelle hensyn for at byggherren har en slik adgang. Marius Egeberg og Erlend Holstrøm konkluderer i sitt foredrag for entreprisforeningen med at det er «tvilsomt» om byggherren har en intervensjonsrett.¹¹⁷ Andre advokater er derimot av den oppfatning at byggherren *ikke* har rett til å intervensjonere i entreprenørens arbeider dersom det ikke er inntatt en bestemmelse om dette i partenes kontrakt.¹¹⁸

En sak fra Nord-Troms tingrett fra 2009 illustrerer også at intervensjonsrett for byggherren har vært anført for domstolene.¹¹⁹ I saken hadde entreprenøren avstått fra å levere branndører, fordi deres oppfatning var at de ikke var forpliktet til dette. Byggherren intervensjonerte i arbeidet og monterte branndørene, og hevdet at entreprenøren var erstatningsansvarlig for kostnadene basert på «ulovfestede regler om erstatning i kontrakt basert på intervensjon». Tingretten fikk imidlertid ikke tatt stilling til anførselen, fordi kontrakten ble tolket slik at den ikke oppstilte noe krav til leveranse av branndører. Dommen er likevel et eksempel på at anførsler om intervensjon for byggherren blir reist i norske domstoler.

I det følgende vil det derfor vurderes om byggherren har rett til å intervensjonere i entreprenørens arbeider, hvor kontrakten er basert på NS 8405, NS 8406 og NS 8407. Ettersom bestemmelsen er taus hva gjelder byggherrens intervensjonsrett, er spørsmålet om det kan *innfortolkes* en slik rett i kontraktene.¹²⁰

¹¹⁶ Aurora Orlin og Anders Myhre i Hjort Advokatfirma, «Hovedentreprenørens adgang til å overta utførelsen av underentreprenørens kontraktsarbeider», <https://www.hjort.no/hovedentreprenorens-adgang-til-a-overta-utforelsen-av-underentreprenorens-kontraktsarbeider> (hentet 20.05.2018)

¹¹⁷ Marius Egeberg og Erlend Holstrøm, «Byggherrens rett til å intervensjonere under prosjektgjennomføringen», <http://www.entrepriseforeningen.no/dokumentfil6258?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> (hentet 03.05.2018)

¹¹⁸ Kjersti Holum Karlstrøm i SANDS Advokatfirma, «Kan hovedentreprenør overta utførelsen av deler av et kontraktsarbeid? Intervensjon», <https://www.sands.no/nb-NO/nyhetsbrev/kan-hovedentrepren%C3%B8r-overta-utf%C3%B8relsen-av-deler-at-et-kontraktsarbeid---intervensjon> (hentet 03.05.2018)

¹¹⁹ TNHER-2009-45245

¹²⁰ Haaskjold (2014) s. 348 flg.

4.2 Har byggherren en intervensjonsrett når kontraktsforholdet med entreprenøren er basert på NS 8405, NS 8406 eller NS 8407?

Ved spørsmålet om NS 8405, NS 8406 eller NS 8407 kan utfylles med en intervensjonsrett, er det sentralt å avklare *hvilket rom det er for utfylling* av en intervensjonsrett i standardkontraktene. Utgangspunktet etter NS-kontraktene er at det *ikke* skal gjøres endringer eller suppleringer til kontraktene.¹²¹ Dette henger sammen med flere forhold. Hensynet til forutberegnelighet i avtaleforholdet tilsier at ordlyden i kontrakten er utgangspunktet, og at det som ikke står i kontrakten, heller ikke gjelder. Videre blir NS-kontraktene blir til etter langvarige forhandlinger, med det formål å komme frem til reguleringer som tar rimelig hensyn til begge parters interesser. Dette kan innebære at kompromisser må tas for å nå løsninger begge parter er fornøyde med. En endring eller supplerings av NS-kontrakten kan dermed forrykke balansen og systemet i kontrakten.¹²² Det skal derfor mye til for å supplere NS-kontraktene med bestemmelser som ikke fremgår av kontrakten.

Det er likevel ikke utelukket å innfortolke vilkår eller bestemmelser i kontraktene. Det må avgjøres *konkret* om kontraktene forutsetter å være uttømmende regulert når det kommer til verktøy byggherren har for å avverge og eliminere forsinkelse og avvik i fremdriften hos entreprenøren.¹²³ I denne vurderingen er det sentralt å se hen til hvilke *alternative beføyelser* byggherren har i slike situasjoner. Dersom det behov byggherren vil ha for å eliminere eller forhindre forsinkelser som skaper hindringer i hans fremdrift er ivaretatt gjennom alternative beføyelser, vil dette være et tungtveiende argument i retning av at NS-kontraktens system ikke åpner for innfortolkning av en intervensjonsrett, fordi kontrakten må sies å være er uttømmende regulert på dette punkt.

Den prinsipale sanksjonen mot entreprenørens forsinkelse er å kreve dagmulkt, som gir en forhåndssatt erstatningssum ved overskridelse av sluttfrist og dagmulktbelagte delfrister, se NS 8405 pkt. 34.1 første og annet ledd. Dette kan kompensere for økonomisk tap byggherren blir påført som følge av forsinkelser som skaper hindringer i hans fremdrift. Et sentralt poeng er videre at NS 8405 pkt. 34.1 tredje ledd fastsetter at byggherren «ikke [kan] kreve erstatning for overskridelse av frister som ikke er dagmulktbelagte». Dette tilsier at NS-kontrakten som

¹²¹ Se forordet til NS 8415, NS 8416 og NS 8417 i pkt. 1.

¹²² Se Knag (2010) s. 91 og Haaskjold (2013) s. 419-420.

¹²³ Haaskjold (2013) s. 350, samt 357. Se også Rt. 1978 s. 702.

utgangspunkt ikke åpner for at byggherren kan kreve erstattet merkostnader som følge av en intervensjon. Bestemmelsen må derfor tolkes slik at dersom en intervensjonsrett kan innfortolkes i NS-kontraktene, så er det utelukket å kreve erstatning for merkostnader. Samtidig er dagmulkt et noe begrenset hjelpemiddel i tilfeller hvor byggherren har behov for å *gripe inn i* entreprenørens arbeider og eliminere hindringer forsinkelsen skaper for byggherren. Dagmulkt virker som et pressmiddel, men er *ingen garanti* for entreprenørens oppfyllelse.

Byggherren har videre mulighet til å heve avtalen dersom entreprenøren «vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser», eller dersom det er «klart at vesentlig mislighold vil inntre», se NS 8405 pkt. 39.1. Heving forutsetter imidlertid at entreprenøren snarest skal «avslutte arbeidet», jf. NS 8405 pkt. 39.2. Ved forsinkelser hos entreprenøren kan byggherren være bedre tjent med at entreprenøren fortsetter arbeidet, samtidig som byggherren engasjerer andre entreprenører til å utføre samme arbeid som entreprenøren, for å ta igjen en forsinkelse.¹²⁴ Det vil være kostbart og tidkrevende å engasjere en helt ny entreprenør som ikke kjenner prosjektet.

Videre forutsetter NS 8405 pkt. 39.1 at byggherren kan «heve kontrakten». Sammenholdt med virkingen av heving som er at entreprenøren må «avslutte arbeidet», tilsier dette at standarden ikke åpner for *delvis heving*, men at kontrakten *som helhet* må heves.¹²⁵ Ved forsinkelser kan det være aktuelt å intervensjonere i *deler av entreprenørens arbeid*, eksempelvis dersom byggherren ønsker at nøkkelpersonell fortsatt skal befinne seg på byggeplassen, men samtidig ta bort en del av mannskapet og supplere med nye entreprenører. Standardens ordlyd synes ikke å åpne for dette. Dette viser at hevingsreglene hjelper byggherren et stykke på vei, men gir samtidig ikke den samme fleksibiliteten som intervensjon.

Byggherren har i tillegg mulighet til å *utstede negativ endringsordre og avbestille arbeidet*. I NS 8405 punkt 22.1 kan byggherren ved negativ endringsordre iverksette endringer i arbeidet til entreprenøren. Endringene «kan gå ut på at ... avtalte ytelser skal utgå». Med mindre annet er avtalt, kan imidlertid ikke endringen «gå ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen». Da vil endringene måtte behandles etter bestemmelsene om avbestilling, se NS 8415 pkt. 38.1

¹²⁴ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2014) s. 669.

¹²⁵ Haugen og Skar (2016) legger det samme til grunn, se s. 49.

tredje ledd. Et spørsmål er om byggherren i kraft av bestemmelsen om endringer kan la andre entreprenører utføre det arbeid som den opprinnelige entreprenøren hadde kontraktsfestet rett til å utføre, forutsatt at det bortfalte arbeidet ikke overskrider 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Er det anledning til dette kan byggherren i praksis intervensjon ved å engasjere entreprenører til å ta igjen en eventuell forsinkelse, eller forhindre at forsinkelse oppstår.

Tidligere var oppfatningen at den alminnelige lojalitetsplikten i kontrakter hindret byggherren fra å utstede negativ endringsordre på arbeid hvor hensikten var å engasjere rimeligere entreprenører,¹²⁶ ved at engasjement av nye entreprenører som skulle utføre samme arbeid måtte ha en «saklig grunn».¹²⁷ Et ønske om å ta igjen eller forhindre forsinkelser som begrunnelse for negativ endringsordre – i realiteten intervensjon – ville typisk vært en saklig grunn, fordi målet var å effektivisere arbeidet, ikke sette det bort til andre.¹²⁸

I de nye standardene – eksempelvis NS 8405 pkt. 31.4 og NS 8407 pkt. 44 fjerde ledd – er det imidlertid inntatt et tilleggspunkt til avbestillingsreglene, hvor det slås fast at «[i]nntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører, med mindre entreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2.». Spørsmålet er om begrensningen bare omfatter avbestillingstilfellene, eller om den har videre rekkevidde.

Vilkåret «avtalte ytelser» tilsier at ethvert arbeid som entreprenøren har kontraktsfestet rett til å utføre, ikke kan settes bort til andre. Samtidig er bestemmelsen plassert i punktet om avbestilling. Det tilsier at den bare er ment å omfatte avbestillingstilfellene, og at mangel på et slikt punkt under endringsreglene er ment å innebære en negativ kontraktsregulering, altså at en slik begrensning ikke gjelder.

I teorien synes det likevel å være en viss uenighet. I kommentarutgaven til NS 8405 uttaler Marthinussen, Giverholt og Arvesen følgende: «For avtalte ytelser fastsetter pkt. 38.1 siste ledd nå som hovedregel at avtalte ytelser inntil overtakelse ikke kan utføres av andre

¹²⁶ Se kommentarutgaven til NS 8407 kap. 31.4, pkt. 6 og Barbo (1997) s. 94-97.

¹²⁷ Barbo (1997) s. 94.

¹²⁸ *ibid.* s. 95.

entreprenører. Dette må også gjelde endringsarbeider.»¹²⁹ Argumentasjonen bygger altså på ordlydens generelle karakter – «avtalte ytelser».

I kommentarutgaven til NS 8407 synes forfatterne å ha tatt et annet standpunkt. I drøftelsen av innholdet i den tilsvarende regelen i NS 8407 pkt. 46.2, nevnes ikke dette punktet. Det uttales også her at byggherren må ha saklig grunn for å utstede negativ endringsordre, og at alminnelige lojalitetsplikter kan utgjøre en begrensning mot å «skumme fløten».¹³⁰ Ved omtalen av avbestillingsreglene uttrykker forfatterne også dette: «I standardens punkt 44 fjerde ledd er grensen for hva som på dette punkt – ved avbestilling – er kontraktmessig og hva som ikke er det, trukket opp.»¹³¹ Her synes forfatterne å forutsette at begrensningen kun gjelder ved avbestilling.

Etter mitt skjønn er det gode grunner for at begrensningen i avbestillingsregelen i utgangspunktet bare gjelder ved avbestilling, slik at begrensningen «saklig grunn» vil gjelde ved negativ endringsordre. Da får man en mer nyansert begrensning, og kan åpne opp for negative endringsordre i tilfeller hvor det ikke er noen fare for lojalitetsbrudd fra byggherren. Etter mitt skjønn kan derfor byggherren ved negativ endringsordre la en del av en ytelse bortfalle, og la nye entreprenører ta over arbeidet, forutsatt at begrunnelsen knytter seg til behovet for intervensjon ved entreprenørens forsinkelser.

Samlet sett viser dette at byggherren har flere alternative beføyelser som kan benyttes dersom fremdriften hindres som følge av entreprenørens forsinkelser. Selv om samtlige beføyelser ikke dekker det behovet for *fleksibilitet* byggherren gjerne kan ha i en slik situasjon, er det likevel sanksjoner som langt på vei avhjelper byggherren. Enkelte av beføyelsene synes også å *utelukke* alternative beføyelser, eksempelvis dagmulksregelen, som uttrykkelig hindrer byggherren i å kreve erstatning for oversittelse av dagmulktbelagte frister.

At NS-kontraktene er uttømmende regulert på dette punkt, underbygges av at det hadde vært nærliggende å innta en bestemmelse om intervensjon ved revisjonen av NS-kontraktene. Intervensjonsbestemmelsen ble som nevnt i pkt. 3.2 videreført i underentrepriskontraktene, men ikke i NS 8405, NS 8406 eller NS 8407. At bestemmelsene er tause om retten til

¹²⁹ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 314-315.

¹³⁰ Nordtvedt m.fl. (2014) kap. 44, pkt. 22.

¹³¹ Nordtvedt m.fl. (2014) kap. 44, pkt. 22.

intervensjon synes derfor å være en form for *negativ kontraktsregulering*, i den forstand at en intervensjonsrett heller ikke skal gjelde. Dette støttes av at den særegne intervensjonsregelen i underentreprisekontrakter kan forklares med at hovedentreprenøren generelt er gitt større fleksibilitet i adgangen til å gripe inn i og endre underentreprenørens ytelser.¹³² Dette illustreres blant annet av andre særreguleringer i underentreprisekontraktene. Blant annet kan hovedentreprenøren iverksette endringer på inntil 20 % av kontraktsummen, mens byggherrens adgang er på 15 % av kontraktsummen.¹³³ Beføyelsene ved entreprenørens forsinkelse synes derfor å være *uttømmende regulert* i NS 8405, NS 8406 og NS 8407.¹³⁴

Samlet sett tilsier dette at adgangen til å utfylle NS-kontraktene med en intervensjonsrett er svært snever.¹³⁵ Likevel er det ikke utelukket. Et eksempel er dersom rettspraksis har lagt til grunn at NS-kontraktene kan suppleres med en intervensjonsbestemmelse.¹³⁶ Imidlertid gir verken rettspraksis eller juridisk teori støtte for at byggherren har en rett til å ta over arbeidet til entreprenøren hvor partsforholdet reguleres av NS 8405 eller NS 8407.¹³⁷ Heller ikke rettskilder på tilgrensende kontraktsområder gir støtte for at det eksisterer en alminnelig intervensjonsregel i kontraktsretten generelt eller entrepriseretten spesielt. Videre gir ikke internasjonal kontraktsrett gir støtte for en intervensjonsregel ved landentreprise.¹³⁸

Samtidig er en konsekvens av fleksibiliteten ved intervensjon at intervensjon ofte vil være mindre tyngende for entreprenøren enn heving. Det kan derfor argumenteres for at byggherren kan intervenere dersom vilkårene for heving er oppfylt, etter en «mer til det mindre»-betraktning. Det argumentet styrkes av at man i underentreprisekontraktene er gitt adgang til å intervenere dersom vilkårene for heving er oppfylt, jf. eksempelvis NS 8415 pkt. 39.8. Videre er det rimelig at dersom entreprenøren ligger vesentlig bak fremdriftsplan, eller er forsinket, og dette skyldes forhold han bærer risikoen for, så må han forvente reaksjoner fra byggherren. byggherren vil ha et sterkt behov for å avverge eller redusere entreprenørens forsinkelser. Etter mitt skjønn er det heller ingen gode grunner for at *underentreprenøren* skal tåle

¹³² Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 229.

¹³³ Se henholdsvis NS 8415 pkt. 22.1 tredje ledd og NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd.

¹³⁴ Tvedt og Bruserud (2010) s. 445.

¹³⁵ Haaskjold (2013) s. 350, samt s. 419-420.

¹³⁶ Haaskjold (2013) s. 417.

¹³⁷ Etter grundige rettskildesøk på lovdata og rettsdata, er det ingen dommer som gir støtte for at byggherren har en intervensjonsrett.

¹³⁸ FIDIC, som lager internasjonale standardkontrakter innen entrepriser, inneholder ingen bestemmelser som gir rett til intervensjon.

intervensjon etter reguleringen i underentreprisekontraktene, mens *hovedentreprenøren* skal kunne motsi seg det. For det første kan *økonomiske hensyn* gjøre det prekært at byggherren når delfrister eller sluttfrister. Dersom en forbruker skal overta en leilighet i leilighetskomplekset byggherren bygger, risikerer han dagmulftsansvar.¹³⁹ Eller dersom byggherren ikke makter å ha ferdigstilt bygget til avtalt overtakelsesdato for leietakere, risikerer han erstatningsansvar. For det andre kan ikke-materielle hensyn være vel så viktige. Dersom byggherren står for byggingen av et skolebygg, er det svært viktig at bygget er ferdig til skolestart. Et annet eksempel er idrettsanlegg. Det er uaktuelt at idrettsanlegg som bygges i forbindelse med store arrangementer som OL, VM og EM ferdigstilles etter skal starte. Videre kan byggherren risikere omdømmetap og dårlige relasjoner dersom prosjektene hans forsinkes.

Men selv om sterke reelle hensyn som underbygger en intervensjonsrett, er den klare hovedregel at NS-kontraktene ikke kan suppleres med bestemmelser dersom de er forutsatt å være uttømmende regulert på det aktuelle punktet. Rimelighetsbetraktninger har også mindre vekt når avtaleforholdet baseres på fremforhandlede standardkontrakter.¹⁴⁰ Ettersom det ikke er andre rettskilder som støtter en innfortolkning av intervensjon, må konklusjonen da bli at grunn at byggherren ikke har en intervensjonsrett når avtaleforholdet er inngått etter NS 8405, NS 8406 og NS 8407.

4.3 Avsluttende betraktninger

Gjennomgangen viser at det ikke er adgang for byggherren til å intervensjonere i entreprenørens arbeider når avtaleforholdet er basert på NS 8405, NS 8406 eller NS 8407, og en særegen intervensjonsbestemmelse forut for avtaleinngåelsen ikke er inntatt i partenes kontrakt. Som nevnt innledningsvis er det ingen gode grunner for at hovedentreprenøren skal ha en intervensjonsrett, mens byggherren ikke skal ha det. Videre viser gjennomgangen i pkt. 4.2 at selv om byggherren har flere midler han kan ta i bruk i en situasjon hvor entreprenørens forsinkelser skaper problemer for fremdriften, så gir ikke dette den samme fleksibiliteten som intervensjonsbestemmelsen i underentreprisekontraktene gir. Etter min mening bør det ved neste revisjon av NS 8405, NS 8406 og NS 8407 diskuteres om det ikke bør inntas en intervensjonsregel for byggherren, fordi en slik regel har gode grunner for seg.

¹³⁹ Jf. bustadoppføringslova § 18.

¹⁴⁰ Haaskjold (2013) s. 420.

Analysen viser også at det kan være hensiktsmessig for byggherren ta initiativ til å innta en intervensjonsbestemmelse i kontrakten med entreprenøren forut for avtaleinngåelse. Da sikrer han seg et mer fleksibelt verktøy enn de øvrige misligholdsbeføyelsene dersom entreprenøren er eller vil bli forsinket, og dette skaper vesentlige hindringer for hans fremdrift. For prosjekter hvor det er utelukket for byggherren å oversitte en sluttfrist, eksempelvis fordi bygget skal være ferdig til et viktig idrettsarrangement, vil behovet for en bestemmelse om intervensjon være desto større.

5 KILDELISTE

5.1 Standardavtaler

NS 3406:1997 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser

NS 3433:1996 Alminnelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider

NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8407:2011 Alminnelige bestemmelser for totalentrepriser

NS 8415:2008 Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider

NS 8416:2009 Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider

NS 8417:2011 Alminnelige bestemmelser for totalunderentrepriser

5.2 Lov og forarbeid

LOV-1988-05-13-27 Kjøpsloven

LOV-1989-06-16-63 Håndverkertjenesteloven

LOV-1997-06-13-43 Bustadoppføringslova

Ot.prp.nr.80 (1986-1987)

5.3 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1978 s. 702

Rt. 1992 s. 1105

Rt. 2010 s. 1345

Lagmannsrett

LH-2013-95815

LF-2014-79131

LF-2014-67811

LE-2015-81329

LH-2015-47254

Tingrett

TNHER-2009-45245

5.4 Litteratur

Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo, 1997

Knag, Alf Johan, «Hvordan skrive kontrakt?», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 85-111

Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, 3. utgave, Oslo 2013

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, Oslo 2011

Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Oslo 2014

Haugen, Kristin Avenstroup og Amalie Skar, «Intervensjon etter NS 8415, NS 8416 og NS 8417», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2016 s. 41-49

Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, Oslo 2016

Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt «Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter?», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 304-327

Nisja, Ola Ø., «Standardvilkår – en oversikt», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2003 s. 302-315

Nordtvedt, Henning m.fl., *NS 8407 med kommentarer – digital utgave*, Oslo 2013

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004

Pettersson, Nils Henrik, «Plunder og Heft», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 347-364

Tvedt, Odd R. og Herman Bruslerud, «Oppfyllesteskler», *På rett grunn – festskrift til norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010 s. 430–453

5.5 Internett

Aurora Orlin og Anders Myhre i advokatfirmaet Hjort, «Hovedentreprenørens adgang til å overta utførelsen av underentreprenørens kontraktsarbeider», <https://www.hjort.no/hovedentreprenorens-adgang-til-a-overta-utforelsen-av-underentreprenorens-kontraktsarbeider> (hentet 20.05.2018)

Kjersti Holum Karlstrøm i advokatfirmaet SANDS, «Kan hovedentreprenør overta utførelsen av deler av et kontraktsarbeid? Intervensjon», <https://www.sands.no/nb-NO/nyhetsbrev/kan-hovedentrepren%C3%B8r-overta-utf%C3%B8relsen-av-deler-at-et-kontraktsarbeid---intervensjon> (hentet 03.05.2018),

Wikborg Reins foredrag for entrepriseforeningen av Marius Egeberg og Erlend Holstrøm, «Byggherrens rett til å intervensjonere under prosjektgjennomføringen»,

<http://www.entrepriseforeningen.no/dokumentfil6258?pid=Native-ContentFile-File&attach=1>

(hentet 03.05.2018)