

Vederlagsrisikoen i samspillkontrakter

Særlig om justering av målpris og kostnader utenfor
prosjektregnskapet

Kandidatnummer: 104

Antall ord: 13592



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.6.2017

1	INNLEDNING	4
1.1	Tema for avhandlingen	4
1.2	Aktualitet	5
1.3	Rettslig plassering og metode	7
1.3.1	Metode i entrepriseretten	7
1.3.2	Metodiske og rettslige utfordringer ved samspillkontrakter	8
1.3.3	Kontraktpraksis	9
1.4	Den videre fremstilling	10
1.5	Avgrensning og presisering	10
2	FUNKSJONSFORDELINGEN I ENTREPRISEKONTRAKTER	12
2.1	Ulike entrepriskontrakter	12
2.2	Funksjonsfordelingsprinsippet	12
2.3	Behovet for kontraktuell regulering i samspillkontrakter	13
3	VEDERLAGSSTRUKTUREN I ENTREPRISEKONTRAKTER	15
3.1	Vederlagsstrukturen i tradisjonelle entrepriskontrakter	15
3.2	Overordnet om vederlagsstrukturen i samspillkontrakter	16
3.3	De sentrale elementene i vederlagsstrukturen i samspillkontrakter	17
3.3.1	Prosjektkostnader	17
3.3.2	Målpris	18
3.3.3	Incitamentsordninger	19
3.4	Vederlagsstrukturens betydning for vederlagsrisikoen i samspillkontrakter	23
4	JUSTERING AV MÅLPRIS	24
4.1	Innledende bemerkninger om vederlagsjustering	24
4.2	Vederlagsjustering ved endringer	24
4.2.1	Rettslig utgangspunkt for endringsadgangen	24
4.2.2	Risikoen for endringer i tradisjonelle entrepriskontrakter	25
4.2.3	Risikoen for endringer i samspillkontrakter	25
4.2.4	Prosjektoptimaliserende og besparende løsninger	27
4.3	Svikt i byggherrens medvirkning	29
4.3.1	Rettslig utgangspunkt for svikt i byggherrens medvirkning	29
4.3.2	Risikoen for byggherresvikt i tradisjonelle entrepriskontrakter	29

4.3.3	Risikoen for byggherresvikt i samspillkontrakter	30
4.3.4	Utvalgte problemstillinger	31
4.4	Varslingsreglene ved krav om vederlagsjustering	35
4.4.1	Innledende bemerkninger	35
4.4.2	Varslingsreglene i tradisjonelle entreprisekontrakter	35
4.4.3	Varslingsreglene i samspillkontrakter	37

5	KOSTNADER UTENFOR PROSJEKTREGNSKAPET	40
----------	---	-----------

5.1	Rettslig utgangspunkt for kostnader som entreprenøren må dekke	40
5.2	Risikoen for kostnader som skyldes klanderverdig opptreden	40
5.2.1	Risikoen i tradisjonelle entreprisekontrakter	40
5.2.2	Risikoen i samspillkontrakter	41
5.3	Risikoen for kostnader som påløper i forbindelse med mangelutbedring	46
5.3.1	Overordnet om mangelutbedring	46
5.3.2	Risikoen i tradisjonelle entreprisekontrakter	46
5.3.3	Risikoen i samspillkontrakter	47

6	AVSLUTNING	50
----------	-------------------	-----------

LITTERATURLISTE	51
------------------------	-----------

Standardavtaler for bygg og anlegg	51
Standardavtaler for tilvirkning på sokkelen	51
Lover og forarbeider	51
Rettsavgjørelser	51
Litteratur	52
Linker	53

1 INNLEDNING

1.1 Tema for avhandlingen

I entreprisekontrakter tar det ofte lang tid fra byggherren og entreprenøren inngår en bindende avtale, til byggeriet eller anlegget er ferdig for overtakelse. Et kjennetegn ved entreprise er at det kan inntreffe uventede begivenheter underveis i prosjektet. Uventede begivenheter kan forrykke forutsetningene for beregningen av entreprenørens vederlag. Derfor finnes det ulike kontraktstandarder som forsøker å regulere risikoen for kostnader knyttet til uventede hindringer og vansker. Juridisk teori karakteriserer spørsmål om risikoen for slike kostnader som «vederlagsrisikospørsmål».¹

I denne avhandlingen skal jeg belyse risikofordelingen i en ny entreprisekontrakt som har vokst frem de siste 20 årene - samspillkontrakter.²

Selv om bruken av samspillkontrakter har vært utbredt innen bygg- og anleggsnæringen siden 1990-tallet, mangler det fortsatt en entydig definisjon av kontraktmodellen. Prosjektene som benytter seg av samspillmodeller er ofte av ulik karakter med varierende innhold.³ Det er likevel flere elementer som gjerne går igjen i samspillkontrakter, og som gir entreprisemodellen en særegen karakter. Kontrakten legger til rette for et tett samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør. Samspillet består gjerne gjennom prosjektets levetid, fra forprosjekteringsfasen, gjennom prosjekteringen og til utførelsen er fullført.⁴

Hensikten med å involvere entreprenøren tidlig er at det skal gi større mulighet for kostnadsoptimalisering av prosjektet.⁵ Entreprenøren kan bidra med gode og kostnadseffektive løsninger, eller ha erfaring innen drift, logistikk eller innkjøpsforståelse som er fordelaktig å

1 Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 s. 186, Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966 s. 101 flg., og Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave Oslo 2013 s. 40.

² Begrepene «partnering» og «samspillentreprise» blir benyttet om den samme modellen.

³ Trine Marie Stene, Ola Lædre og Bjørn Andersen, «Rapport: Samspill i gjennomføringen av byggeprosjekter. Former for samspill og effekter», *SINTEF Teknologi og samfunn, Produktivitet og prosjektledelse*, 2. versjon, 1.2.2016 s. 12.

⁴ Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg og Hans Christian Brodtkorb, *Veileder om samspillentreprise*, 1. opplag, Oslo 2014 s. 4.

⁵ Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg og Brodtkorb s. 6.

trekke inn i prosjekteringsarbeidet.⁶ Tidlig involvering av entreprenøren og samarbeid gjennom prosjektets faser kan gi gode muligheter for å avdekke mulige risikofaktorer i byggeprosjektet og kan potensielt føre til flere innovative løsninger. En begrunnelse for at kontraktsformen har vært benyttet de siste 20 årene kan være økt erkjennelse av at tidlig involvering av entreprenøren kan gi bedre byggeprosjekter.⁷

Samspillkontraktene regulerer typisk vederlagsformatet slik at entreprenøren skal få dekket sine faktiske kostnader basert på prosjektregnskapet. Det inkluderer faktiske kostnader i prosjekterings- og utførelsesfasen, og påslag for risiko og fortjeneste. I tillegg blir gjerne en målprismodell kombinert med en incitamentsordning tatt i bruk.⁸

Partene bør ha et konkret behov for entreprenørens kompetanse for at samspillprosjekter skal være fordelaktige, fordi samarbeid gjennom forprosjekterings- og prosjekteringsfasen krever store ressurser. Der byggherren enkelt kan beskrive oppdraget trenger han ikke entreprenørens kunnskaper i denne fasen.⁹

I avhandlingen reiser jeg to hovedproblemstillinger som omhandler vederlagsrisikoen i samspillkontrakter. Den første problemstillingen omhandler partenes rett til vederlagsjustering. Den andre problemstillingen er hvilke kostnader entreprenøren skal holde utenfor prosjektregnskapet. Formålet med avhandlingen er å klarlegge hvorvidt de alminnelige reglene om vederlagsrisikoen i standardkontraktene er egnet for samspillmodellen.

1.2 Aktualitet

Bygge-, anleggs-, og eiendomsnæringen (heretter BAE-næringen) omfatter 33 % av alle virksomheter i Norge. Den er dermed landets største næring basert på antall virksomheter. I 2009

⁶ Olav Bergsaker «Samspillkontrakter – noen refleksjoner rundt de rettslige rammene» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Oslo 2010 s. 170-185 (s. 171 og s. 173).

⁷ Mike Bresnen og Nick Marshall “Partnering strategies and organizational cultures in the construction industry”, i *Hughes W (ed.), 14th Annual ARCOM Conference, University of Reading, Association of Researchers in Construction Management*, 1998, 2 s. 465-476 (s. 466).

⁸ Jeg vil se nærmere på vederlagsstrukturen i punkt 3.2.

⁹ Bergsaker s. 171.

omsatte BAE-næringen for 600 milliarder kroner og dette utgjorde 13 % av den totale omsetningen i norsk næringsliv.¹⁰

Det er bred enighet i næringen om at gjennomføringen av bygge- og anleggsprosjekter har et stort forbedringspotensial.¹¹ Studier viser at de minst effektive byggeprosjektene bruker dobbelt så mye ressurser som de mest effektive, på å bygge sammenlignbare bygg. De minst effektive byggeprosjektene har et gjennomsnittlig effektivitetstall på 79 % i forhold til det beste prosjektet.¹² Samtidig som produktiviteten i bygge- og anleggsvirksomheter har gått ned har andre næringer, særlig industrien, opplevd en vekst i produktiviteten.¹³

De årlige kostnadene knyttet til utbedring av feil og mangler i BAE-næringen er anslått til å utgjøre 2-6 % av de årlige investeringskostnadene ved nybygg. Disse kostnadene utgjør trolig mellom 4 og 12 milliarder kroner i året.¹⁴ Mangelfull kvalitet på det som blir prosjektert og bygd svekker tilliten mellom aktørene i næringen. Det kan bidra til høyere byggekostnader og lavere produktivitet.

Dersom produktiviteten i det enkelte prosjekt økes kan det lede til betydelige økonomiske fordeler for de involverte aktørene. BAE-næringen kan potensielt oppnå høyere effektivitetstall ved å anvende samspillkontrakter. I lys av BAE-næringens betydning for norsk næringsliv kan økt bruk av samspillkontrakter også påvirke samfunnsøkonomien.

¹⁰ Standard Norge, «Nye samarbeidsformer innenfor bygg og anlegg – Er det behov for nye eller reviderte standardkontrakter?», *Standard Norges komité SN/K 534*, 2. april 2013, s. 5. Tallene er hentet fra Meld.St.28 (2011-2012) s. 25.

¹¹ <http://www.bygg21.no/no/artikler/nyheter/stort-effektiveringspotensial-i-byggeneringen/>

¹² Meld.St.28 (2011-2012) boks 2.2 s. 28.

¹³ Meld.St.28 (2011-2012) s. 27. Figur 2.10 viser til tall fra SSB om utviklingen i timeverksproduktiviteten.

Timeverksproduktiviteten er det viktigste målet på produktivitet til arbeidskraft, ettersom det ikke blir påvirket av hvor mye folk jobber. Det fremgår imidlertid på side 28 at det er stor uvitenhet knyttet til produktivitetsutviklingen i byggenæringen.

¹⁴ Meld.St.28 (2011-2012) punkt 2.4.4 s. 28.

1.3 Rettslig plassering og metode

1.3.1 Metode i entrepriseretten

Entrepriserett er en spesialdisiplin innenfor kontraktsretten, og det rettslige rammeverket for entrepisekontrakter er hovedsakelig ulovfestet.¹⁵¹⁶ I mangel av lovgivning på området har det siden 1800-tallet blitt utarbeidet standardkontrakter.¹⁷ Standardkontraktene utformes i dag i regi av Standard Norge, som er en privat og uavhengig organisasjon bestående av bransjemedlemmer.¹⁸

Tradisjonelt inneholdt standardkontraktene klausuler om voldgift som tvisteløsningsmekanisme.¹⁹ Rettergang for de ordinære domstoler er nå blitt hovedregelen i standardkontraktene.²⁰ Dette påvirker rettskildebildet, fordi mye av tidligere praksis er voldgiftsavgjørelser som har en begrenset rettskildeverdi. Voldgiftsavgjørelsene kan være av ulik kvalitet eller være underlagt taushetsplikt og dermed unndratt fra offentligheten.

Fastsettelsen av partenes forpliktelser og rettigheter beror på en tolkning av kontrakten. Ettersom de fleste standardkontraktene er utformet for bruk av profesjonelle parter, står prinsippet om objektiv fortolkning sentralt i entrepiseforhold. I Rt. 2010 side 1345 slo Høyesterett fast at;

«»[f]or kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden ...».²¹

¹⁵ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 28.

¹⁶ Foruten lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler om oppføring av ny bustad for forbrukere.

¹⁷ Hagstrøm og Bruserud s. 25.

¹⁸ Se Standard Norges internettsider (<https://www.standard.no/toppvalg/om-oss/standard-norge/>).

¹⁹ I Norsk Standard 3401:1969 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider var voldgift den rettslige hovedregel dersom partene ikke avtalte at de skulle løse tvisten ved ordinær rettergang. I Norsk Standard 3431:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser pkt 45.4 var voldgift løsningen der kravet var over 100 G.

²⁰ Se Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser punkt 50.4. I Norsk Standard 8405:2008 er rettergang for de alminnelige domstoler den rettslige hovedregel for tvister der kravet er under 100 G, jf. punkt 43.3.

²¹ Rt.2010 side 1345 (avsnitt 59).

Prinsippet om objektiv fortolkning omfatter tolkning av kontraktsbestemmelser i lys av øvrige momenter, som formålet med bestemmelsen og systembetraktninger. Dette er blant annet lagt til grunn i Rt. 2010 s. 961.²² Høyesterett uttalte at;

«[d]et at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier.

Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn».

Hvor konflikten mellom partene ikke lar seg løse ved avtaletolkning må man falle tilbake på deklarasjoniske entrepriserettslige prinsipp, også omtalt som bakgrunnsretten.²³ Bakgrunnsretten er alminnelige entrepriserettslige regler som kommer til anvendelse uavhengig av partenes avtale. Bakgrunnsretten kan utledes av kontraktpraksis, rettspraksis, reelle hensyn og analogi fra andre kontraktsområder.²⁴

1.3.2 Metodiske og rettslige utfordringer ved samspillkontrakter

Det er ikke utviklet en standardkontrakt for samspillkontrakter. I 2013 konkluderte Standard Norges komité SN/K 534 i sin sluttrapport med at det ikke forelå et behov for å utarbeide en generell standardkontrakt for alle typer samspillkontrakter.²⁵ I 2014 ble en ny komité oppnevnt av sektorstyre BAE.²⁶ Komiteens mandat er «å samle erfaringer med ulike samspillmodeller og vurdere hvorvidt det er hensiktsmessig å standardisere hele eller bare enkeltelementer i en samspillkontrakt». Arbeidet skal ta utgangspunkt i sluttrapport «Nye samarbeidsformer innenfor bygg og anlegg» fra komiteen SN/K 534.²⁷

²² Rt.2010 side 961 (avsnitt 44). Se også HR-2016-1447 A og Rt.2012 side 1729.

²³ Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407 Kommentarutgave*, Oslo 2013 s. 25.

²⁴ Amund Bjøranger Tørum, «Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriserett – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Oslo 2010 s. 453-489 (s. 457-458)

²⁵ Standard Norge, 2. april 2013 s. 19.

²⁶ <https://www.standard.no/standardisering/komiteer/sn/snk-361/>

²⁷ Standard Norge, «Mandat for SN/K 361 – Samspillkontrakter», *Mandat vedtatt på sektorstyremøte BAE 2014-10-23*, 8.1.2015 s. 1.

I 2014 utarbeidet Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (heretter EBA) en revidert «[v]eileder om samspillentreprise». Veilederen inneholder et avtaleutkast til samspillkontrakt. Veilederen har til en viss grad bidratt til å påvirke kontraktpraksis.²⁸ Det er likevel usikkert i hvor stor grad veilederen blir benyttet i praksis. Det er derfor neppe grunnlag for å si at bestemmelsene i kontraktutkastet utgjør kontraktpraksis som skaper noen form for presedens.

Siden samspillkontrakter er en relativt ny entreprisemodell har få saker vært til behandling i de alminnelige domstoler. Det finnes ingen høyesterettsavgjørelser som berører vederlagsrisikoen i samspillkontrakter. Når innholdet skal fastsettes finnes det lite autoritativt materiale utover selve ordlyden i samspillkontraktene. I mangel på autoritative rettskilder, vil andre rettskildefaktorer få stor praktisk betydning for fastlegging av samspillkontraktenes innhold.

Juridisk teori baserer seg på erfaringer og undersøkelser i sin behandling av samspillkontrakter. Juridisk teori vil derfor få en fremtredende betydning i avhandlingen.²⁹ Selv om juridisk teori vil spille en stor rolle er samspillkontrakter foreløpig relativt lite behandlet i teorien. Reelle hensyn vil også få en fremtredende rolle i tolkningen av samspillkontraktene.

Argumenter som utledes fra andre standardkontrakter, spesielt NS-kontraktene, men også standardkontrakter som gjelder tilvirkning på sokkelen, kan være relevante tolkningsmomenter.³⁰

1.3.3 Kontraktpraksis

I avhandlingen vil jeg vise til kontraktsbestemmelser fra to utvalgte samspillkontrakter. Den første er EBA sitt utkast til samspillentrepriseavtale. Den andre er en utvalgt samspillkontrakt fra Statsbygg. Jeg vil bruke kontraktsbestemmelsene som illustrasjonsmateriale for å belyse de særlige problemstillingene avhandlingen tar sikte på å identifisere og besvare.

²⁸ Flere av samspillkontraktene jeg har hatt tilgang til under avhandlingsarbeidet bygger på EBA sitt avtaleutkast.

²⁹ Juridisk teori og dens betydning i mangel av autoritative kilder er nærmere behandlet i Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009 s. 188 og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2005 s. 268-269.

³⁰ Blant annet Norsk Prosjektalliansekontrakt 1996 (heretter NPA 96) og Norsk Totalkontrakt 2015 (heretter NTK 15).

1.4 Den videre fremstilling

For å plassere samspillkontrakter i riktig kontekst finner jeg det hensiktsmessig å belyse hovedforskjellene mellom samspillkontrakter og tradisjonelle entreprisekontrakter først. I kapittel 2 vil jeg redegjøre for funksjonsfordelingen. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for vederlagsstrukturen. Både i kapittel 2 og 3 vil jeg belyse forhold ved tradisjonelle entreprisekontrakter, før jeg redegjør for problematikken i samspillmodeller. Jeg finner det hensiktsmessig å foreta en grundig redegjørelse av vederlagsstrukturen i samspillkontraktene, ettersom den er sentral for drøftelsene i kapittel 4 og 5.

I kapittel 4 og 5 vil jeg drøfte enkelte sider ved vederlagsrisikoen i samspillkontrakter. I kapittel 4 behandler jeg reglene om vederlagsjustering. I kapittel 5 behandler jeg kostnader utenfor prosjektrengskapet. I kapittel 4 og 5 vil jeg også se på risikofordelingen i tradisjonelle entreprisekontrakter, før jeg sammenligner og drøfter hvorvidt de samme reglene kan gjøre seg gjeldende i samspillkontrakter. Avslutningsvis i kapittel 6 vil jeg oppsummere oppgavens hovedproblemstillinger. Der vil jeg også kort klarlegge om jeg mener det er behov for en generell standardkontrakt for samspillkontrakter.

1.5 Avgrensning og presisering

Samspillkontrakter er normalt utformet for bruk av profesjonelle parter. I avhandlingen avgrensner jeg derfor mot forbrukerentreprise.

Jeg vil behandle samspillkontrakter med incitament.³¹ Samspill til totalentreprise, offentlig privat samarbeid (OPS) og best value procurement (BVP) faller derfor utenfor avhandlingens tema.³²

Entreprisekontrakter regulerer tilvirkning eller oppføring av bygninger, veier, tunneler, broer, anlegg med mer. Jeg avgrensner mot offshoreentreprise som typisk regulerer tilvirkning av installasjoner til bruk i petroleumssektoren.

³¹ På side 4 i EBA sin veileder skiller de mellom samspill med incitament og samspill til totalentreprise. Samspill til totalentreprise innebærer at partene utvikler prosjektet sammen i forprosjekteringsfasen. Deretter overtar samspillgruppen ansvaret, og det skrives en totalentreprisekontrakt.

³² Mer om OPS-kontrakter og BVP på <https://www.anskaffelser.no/temaer-bae/offentlig-privat-samarbeid-ops/kva-er-offentleg-privat-samarbeid-ops> og <https://www.anskaffelser.no/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/temaer-bae/best-value-procurement-bvp>.

Ettersom fokuset i avhandlingen er rettet mot vederlagsrisikoen mellom parter som har inngått en avtale om utføringen av prosjektet, faller det utenfor avhandlingen å drøfte anskaffelsesregelverket.

I avhandlingens kapittel 4 tar jeg sikte på å gjennomgå de tilfellene hvor en part har rett til vederlagsjustering. Reglene om fristforlengelse faller utenfor avhandlingens omfang. Når jeg skriver om kostnader utenfor prosjektregnskapet i kapittel 5 vil jeg skrive om risikoen for uforsvarlige forhold og mangelutbedring. Jeg avgrenser mot dagmulkt, erstatningsansvar for oppfyllelsssvikt og forutsetningssvikt.

2 FUNKSJONSFORDELINGEN I ENTREPRISEKONTRAKTER

2.1 Ulike entreprisekontrakter

I entreprisekontrakter skiller man gjerne mellom utførelsesentreprise og totalentreprise.³³ I utførelsesentrepriser forestår byggherren prosjekteringen. Ved hjelp av arkitekter, rådgivere eller konsulenter får byggherren laget tegninger og beskrivelser av arbeidet. Dette legger entreprenøren til grunn for sin utførelse av byggearbeidet.³⁴ Utførelsesentreprise reguleres gjerne av NS 8405 eller NS 8406. I totalentreprisekontrakter står entreprenøren for både for utførelsen og det vesentlige av prosjekteringen.³⁵ Totalentreprise reguleres gjerne av NS 8407.

For samspillentreprise er det samspillkontrakten som utgjør den rettslige rammen for arbeidet. Samspillkontrakter legger opp til et tett samarbeid mellom byggherren og entreprenøren fra forprosjekteringsfasen til utførelsen er fullført. Samspillkontrakten står imidlertid sjeldent alene. Det er vanlig at man definerer arbeidet som en totalentreprise, slik at kontraktsvilkårene for totalentrepriser – NS 8407- gis anvendelse.³⁶ I de følgende drøftelsene forutsetter jeg at NS 8407 er inntatt som et kontraktdokument i samspillkontrakten. I avhandlingen er siktemålet å klarlegge hvorvidt risikofordelingen i NS 8407 er egnet for samspillmodellen. Dersom øvrige standardkontrakter har relevans for drøftelsene vil jeg også vise til disse.

2.2 Funksjonsfordelingsprinsippet

I en entreprisekontrakt bidrar begge partene med ulike innsatsfaktorer. Det er et grunnprinsipp i norsk rett at hver av partene bærer risikoen innenfor deres funksjonssfære. Dette blir formulert som funksjonsfordelingsprinsippet.³⁷

Dette prinsipielle utgangspunktet ble først slått fast i Rt. 1917 s. 673. Entreprenøren utførte fundamentering av bygget. Skaden som oppsto skyldtes prosjekteringen, som byggherrens arkitekt

³³ Ot.prp. nr. 21 (1996-97) s. 16-17.

³⁴ NS 8405 punkt 11.

³⁵ NS 8407 punkt 14 og 16.

³⁶ LB-2011-61886 (s. 7). Se også EBA sin veileder som har lagt ved NS 8407 som kontraktdokument til samspillkontrakten. Internasjonalt er også den vanligste samspillkonstellasjonen en tradisjonell entreprisemodell med supplerende samspillkontrakt, jf. http://fidic.org/sites/default/files/skeggs_all_text_12feb04.pdf s. 15.

³⁷ Hagstrøm og Bruserud s. 198-199.

stod for. Entreprenøren ble frifunnet for alle krav. For utførelsesentreprise er denne løsningen nå nedfelt i NS 8405 pkt. 19.2. Svikt i entreprenørens arbeid som kan tilbakeføres til feil i prosjekteringen som byggherren står for, er å anse som byggherrerisiko.³⁸

Funksjonsfordelingsprinsippets betydning i norsk entrepriserett ble bekreftet av Høyesterett i Rt. 1984 side 962. Saken gjaldt spørsmål om risikoen for kostnader som oppstod på grunn av for liten utlufting av taket. Snøen nærmest taket smeltet, slik at det oppstod isdannelse og oppdemming av vann som trengte inn i huset. Selv om huset var bygget i samsvar med de tegninger og spesifikasjoner kontrakten viste til, forelå det en mangel siden prosjekteringen var entreprenørens oppgave.

Entreprisekontrakten angir hvilken funksjonsfordeling partene har blitt enige om. Partenes valg av entreprisekontrakt er derfor sentralt for risikofordelingen mellom partene. For samspillkontrakter medfører den tidlige involveringen av entreprenøren og samarbeidet mellom partene en nær integrering mellom byggherren og entreprenøren. Funksjonsfordelingen vil kunne bli komplisert og sammensatt sammenlignet med tradisjonelle entreprisformer. I samspillkontrakter kan det derfor bli vanskelig å avgjøre hvem som er nærmest til å bære risikoen for forholdet.

2.3 Behovet for kontraktuell regulering i samspillkontrakter

Til tross for det nære samarbeidet mellom partene i en samspillkontrakt har partene interessekonflikter i prosjektet.³⁹ Byggherren ønsker å oppnå et best mulig byggeri, til lavest mulig pris. Entreprenøren ønsker å bygge et byggeri med lavest mulig innsats for så høyt vederlag som mulig. EBA poengterer at partene ikke må viske ut ansvarsforhold og tildekke risiko. Interessekonflikten må håndteres.⁴⁰

Når NS 8407 er gjort til en del av kontraktsdokumentene i en samspillkontrakt, vil bestemmelsene i standarden i hovedsak regulere risikofordelingen mellom partene. Ansvarsfordelingen er imidlertid ikke den samme i en samspillkontrakt som den er i en totalentreprisekontrakt. Bestemmelsene i standarden er derfor ikke nødvendigvis egnet til å regulere risikofordelingen i

³⁸ Hagstrøm s. 40.

³⁹ Mike Bresnen og Nick Marshall, "Partnering in construction: a critical review of issues, problems and dilemmas", *Construction management and economics* (2000) 18 s. 229-237 (s. 468).

⁴⁰ EBA s. 22.

samspillkontrakten.⁴¹ Dersom bestemmelsene i standarden ikke er egnet for samspillmodellen, foreligger det et behov for partene å regulere risikofordelingen i samspillkontrakten særskilt. I kapittel 4 og 5 vil jeg forsøke å avklare hvorvidt standardbestemmelsene er egnet for samspillmodellen.

⁴¹ Dansk Byggeri mfl., Partnering i praksis, Vejledning i partnering, 2. utgave, oktober 2005 s. 62.

3 VEDERLAGSSTRUKTUREN I ENTREPRISEKONTRAKTER

3.1 Vederlagsstrukturen i tradisjonelle entreprisekontrakter

Vederlagsstrukturen er av betydning for risikofordelingen i entreprisekontrakter.⁴² I tradisjonelle entreprisekontrakter er vederlaget normalt basert på fastpris, enhetspris eller regningsarbeider. Det er ikke uvanlig at partene anvender vederlagsformatene i kombinasjon.

Ved fastpris utgjør vederlaget en avtalt fast pris for alt arbeidet entreprenøren skal utføre. Fastpris blir vanligvis brukt i totalentrepriser.⁴³ For fastpriskontraktene hvor prisen på hele arbeidet er avtalt på forhånd, er det *resultatet* som betinger entreprenørens vederlag.⁴⁴ Fordi entreprenørens ytelse er knyttet til et bestemt resultat, er det i utgangspunktet entreprenøren som har påtatt seg risikoen for uforutsette tilleggs kostnader som i etterkant måtte materialisere seg. Byggherren må betale for risikoen som entreprenøren påtar seg. Partene vil finne frem til den økonomiske verdien av negative forhold som en vet kan materialisere seg, men som en ikke vet om vil inntreffe.⁴⁵

Et kjennetegn ved enhetspriskontrakter er at enhetsprisen for de enkelte arbeider er avtalt, mens mengdene, eller antall enheter, ikke er bindende fastsatt ved kontraktsinngåelsen. I tilbudsforespørselen angir byggherren kun et anslag av de enheter som vil gå med på å utføre arbeidet. Det endelige vederlaget får man ved å multiplisere enhetsprisene med de antall enheter som faktisk er gått med for å utføre kontraktarbeidet.⁴⁶ Dermed er det byggherren som bærer risikoen for hvor mange enheter som går med for å nå kontraktsmessig oppfyllelse. Partene kan imidlertid avtale at entreprenøren skal bære risikoen for at de beskrevne mengdene i tilbudet er riktige. Man kan si at partene avtaler å «låse mengdene». En slik overføring av risiko fra byggherren til entreprenøren skjer normalt gjennom reglene om mengdekontroll. I NS 8405 er mengdekontroll regulert i punkt 27.2. Avtaler partene en mengdekontroll, fastsetter de en dato for når entreprenøren senest må gi melding til byggherren om at mengdene som er angitt i tilbudsgrunnlaget er feil. Dersom entreprenøren ikke gir melding innen den avtalte fristen, og mengdene viser seg å være satt for høyt eller for lavt, er det entreprenøren som bærer risikoen for

⁴² Sandvik s. 163-164.

⁴³ Hagstrøm og Bruserud s. 320. Hvilken vederlagsmodell som er brukt i den enkelte kontrakt beror likevel på en konkret tolkning.

⁴⁴ Sandvik s. 164.

⁴⁵ Sandvik s. 114.

⁴⁶ Hagstrøm og Bruserud s. 317 flg.

om vederlaget blir høyere eller lavere enn prisen i tilbudet. Når partene har avtalt å «låse mengdene» kan man si at enhetspriskontraktene er gått over til å bli et fastprisformat.

Ved regningsarbeider skal entreprenøren ha dekket alle sine «nødvendige» kostnader ved utførelsen av arbeidet, med tillegg av påslag som skal dekke indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.⁴⁷ Ettersom det er de faktiske kostnadene som er bestemmende for vederlaget entreprenøren er berettiget til, er han fritatt fra en god del av risikoen for de usikkerhetsfaktorer som måtte materialisere seg i prosjektet.⁴⁸ Det er byggherren som sitter på risikoen for arbeidenes omfang og uforutsette omstendigheter.⁴⁹ På den andre siden slipper byggherren å betale et like stort risikotillegg som entreprenøren ville innkalkulert i prisen dersom han hadde påtatt seg større risiko. Man kan si at regningsarbeidsformatet er den rettslige hovedregelen i entrepriseretten, fordi arbeidet skal utføres som regningsarbeid dersom annet ikke er avtalt, jf. NS 8407 punkt 26.1 annet ledd.

3.2 Overordnet om vederlagsstrukturen i samspillkontrakter

Vederlagsstrukturen i samspillkontrakter skiller seg fra tradisjonelle entrepriskontrakter fordi partene normalt har inntatt et vederlagsformat som bygger på prosjektkostnader og en målprismodell kombinert med incentiver.

Prosjektkostnadene er de faktiske kostnadene i prosjektet. Det inkluderer kostnader for antall medgatte timer, kostnader knyttet til material- og maskinbruk og påslag for fortjeneste og risiko. Entreprenøren skal ha betalt for alle prosjektkostnadene. Man kan dermed si at vederlagsstrukturen baserer seg på et regningsarbeidsformat.⁵⁰

Målprisen er den teoretiske summen partene antar at prosjektet kan realiseres til. Målprisen er normalt basert på en kalkyle av det som fremkommer i prosjekteringsfasen. Summen omfatter

⁴⁷ Se NS 8407 punkt 30.1.

⁴⁸ Sandvik s. 164.

⁴⁹ Byggherren bærer ikke risikoen for entreprenørens urasjonelle eller uforsvarlige drift, jf. NS 8405 punkt 31.1 og NS 8407 punkt 30.1. Begrensningen knyttet til urasjonell og uforsvarlig drift vil jeg behandle nærmere i punkt 5.2.1 under.

⁵⁰ Både i Statsbyggs samspillkontrakt og EBA sin samspillkontrakt fremgår det at prosjektkostnadene bygger på et regningsarbeidsformat.

kostnader for de timer partene antar at entreprenøren vil bruke i prosjektet, kostnader knyttet til material- og maskinbruk og påslag for risiko for fortjeneste. Partene vil normalt fastsette målprisen ved utgangen av prosjekteringsfasen. Det vil likevel typisk være en del detaljprosjektering som gjenstår ved fastsettelsen av målprisen.

Ved avslutningen av prosjektet vil partene avregne prosjektkostnadene mot målprisen. Partene skal fordele avviket mellom prosjektkostnadene og målprisen etter en avtalt incitamentsordning.⁵¹ Summen av kostnadene som er ført i prosjektreghskapet, inkludert det tillegg eller fradrag incitamentsordningen måtte føre til, utgjør entreprenørens sluttvederlag.⁵²

Prosjektkostnadene, målprisen og incitamentsordningene er sentrale for drøftelsene i kapittel 4 og 5. I det følgende vil jeg derfor redegjøre nærmere for vederlagsselementene.

3.3 De sentrale elementene i vederlagsstrukturen i samspillkontrakter

3.3.1 Prosjektkostnader

I en samspillkontrakt er det prosjektkostnadene som ligger til grunn for entreprenørens vederlag. I det følgende vil jeg forklare nærmere hva en prosjektkostnad er.

I en samspillkontrakt vil partene normalt avtale at prosjektkostnadene skal avregnes etter selvkost, slik at alle kostnadene som vedrører byggeprosjektet er omfattet.⁵³

I samspillkontrakter er det ofte inntatt bestemmelser om «åpen bok».⁵⁴ Bestemmelser om «åpen bok» forutsetter at det skal være full åpenhet omkring prosjektets regnskap, kostnadsalkyler mv. Bergsaker skriver at man normalt må forstå en angivelse av «åpen bok» som en referanse til at prosjektkostnadene skal bygge på en mest mulig reell selvkost.⁵⁵ For å sikre reell selvkost vil

⁵¹ Jeg vil se nærmere på ulike incitamentsordninger i punkt 3.3.3.

⁵² Hagstrøm og Bruserud s. 68.

⁵³ Bergsaker s. 183.

⁵⁴ Hagstrøm og Bruserud s. 68. Dette fremgår også av samtlige samspillkontrakter jeg har hatt tilgang til underveis i avhandlingsarbeidet.

⁵⁵ Bergsaker s. 183.

entreprenøren normalt benytte de faktiske personalkostnadene i beregningen, ikke avtalte timepriser.⁵⁶ I tillegg skal entreprenøren ta hensyn til alle rabatter.

Det er entreprenørens prosjektrengskap som danner grunnlaget for vederlaget entreprenøren skal motta.⁵⁷ Alle prosjektkostnadene skal inngå i prosjektrengskapet. Entreprenøren bør synliggjøre priser, samt formlene som brukes i kalkulasjonen, for å legge til rette for inngående kontroll av prosjektrengskapet. Rett til kontroll skal gi gode forutsetninger for kostnadsoppfølging for begge parter, slik at prosjektkostnadene knyttet til innkjøp av materialer mv. blir lavest mulig.⁵⁸

3.3.2 Målpris

Fastsettelsen av målprisen er en sentral forutsetning for den eventuelle bonusen eller malusen som partene skal fordele mellom seg etter incitamentsordningen. I det følgende vil jeg belyse hvordan målprisen er bygget opp.

I målprisen vil partene normalt inkludere et anslag over alle faktiske kostnader knyttet til byggeprosjektet, inkludert risikoavsetning, reklamasjonsavsetning og påslag.⁵⁹ Anslaget utgjør den summen som partene mener det er realistisk å fullføre prosjektet til. De ulike kostnadselementene i målprisen bør være synlige, slik at de er åpne og kjente for partene. Det kan bidra til å forebygge tvister.⁶⁰

Risikoavsetningen representerer entreprenørens alminnelige gjennomføringsrisiko.⁶¹ Hva risikoavsetningsposten omfatter vil imidlertid avhenge av det konkrete kontraktsforholdet. Partene kan avtale at risikoavsetningsposten inneholder avsetning for forhold ved grunnen, nabobebyggelse mv. Entreprenøren overtar da risikoen for disse forholdene, slik at han ikke vil være berettiget til justering av målprisen dersom forhold ved grunnen, nabobebyggelse mv. materialiserer seg. Normalt vil risikoavsetningsposten øke når entreprenøren påtar seg risiko for flere forhold. Man kan si at byggherren «kjøper» seg fri fra risikoen. Det vil gi byggherren økte

⁵⁶ Bergsaker s. 174.

⁵⁷ Se *ibid.*

⁵⁸ Hagstrøm og Bruserud s. 68.

⁵⁹ Dette fremgår av samtlige av samspillkontraktene jeg har hatt tilgang til under avhandlingsarbeidet.

⁶⁰ EBA s. 16.

⁶¹ EBA s. 17.

utgifter knyttet til byggeprosjektet. Jeg vil redegjøre nærmere for risikoavsetningsposten i kapittel 5.2.2.

Reklamasjonsavsetningsposten angir hvilken risikofordeling partene har blitt enige om ved mangler. Jeg vil redegjøre nærmere for reklamasjonsavsetningsposten i kapittel 5.3.3.

3.3.3 Incitamentsordninger

3.3.3.1 Overordnet om incitamentsordninger

Avviket mellom målprisen og prosjektkostnadene kan bli betydelig. Kostnadene som partene skal dele i henhold til den avtalte incitamentsordningen vil dermed kunne få stor betydning for entreprenørens sluttvederlag. I det følgende vil jeg redegjøre for ulike incitamentsordninger. I kapittel 3.3.3.3 vil jeg drøfte hvilken incitamentsordning som er den mest hensiktsmessige.

3.3.3.2 Ulike incitamentsordninger

I kombinasjon med målprisen, skaper incentiver en felles økonomisk målsetting om å holde kostnadene tilknyttet prosjektet nede. Man kan si at incitamentsordningen søker å håndtere interessemotsetningene i prosjektet uten at den regulerer lojalitetsplikten.⁶² Det finnes mange ulike incitamentsordninger. Hvilken ordning partene velger i den enkelte samspillkontrakt beror normalt på hvilke forhandlingskort partene sitter med.

Partene kan velge å fordele over- og underskridelse av målprisen etter en avtalt brøk, typisk 50/50. En 50/50 deling sikrer lik fordeling mellom bonus og risiko, og kan oppleves som en balansert fordeling. Slike incentiver kan styrke samarbeidet mellom partene, fordi begge partene vil maksimere sin innsats for å få ned kostnadene knyttet til byggeprosjektet.

Ettersom det er avviket mellom prosjektkostnadene og målprisen som er av betydning for utbetalingen etter incitamentsordningen, kan en 50/50 fordeling imidlertid føre til at entreprenøren ikke ønsker å avdekke gode og kostnadsoptimaliserende løsninger før *etter* partene har fastsatt målprisen. Det kan medføre en mindre effektiv prosjektgjennomføring, og motvirke hensikten med å involvere entreprenøren tidlig i prosjektet.

⁶² Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Tromsø 2007 s. 80.

I Statsbyggs samspillkontrakt er det inntatt en ordning som sikrer en lik fordeling av bonus og malus. Det fremgår at;

«[d]ersom sluttkostnaden for prosjektet blir lavere enn indeksregulert målsum, fordeles besparelsen med 50 % på totalentreprenør og 50 % på byggherren. Dersom sluttkostnaden for prosjektet blir høyere enn indeksregulert målsum, fordeles overskridelsen med 50 % på totalentreprenør og 50 % på byggherren.»

EBA har også inntatt en tilsvarende «enkel» incitamentsordning i sin veileder. Den angir likevel kun at besparelser eller overskridelser skal deles etter *avtalt* prosentsats.

Eksempelvis kan partene avtale en fordeling på 80/20 mellom entreprenøren og byggherren. Partene kan også avtale forskjellige prosentsatser for over- og underskridelser, som eventuelt også kan være differensierte. Entreprenøren har en sentral rolle ved prosjekteringen, og ikke minst ved utførelsen av prosjektet. I lys av funksjonsfordelingen kan man argumentere for at entreprenøren burde dekke den største delen av overskridelsene og få rett til størstedelen av overskuddet.

Partene kan også avtale at byggherren bærer risikoen for 80 % av avviket mellom målprisen og prosjektkostnadene. Da vil entreprenøren kunne få en relativt liten bonus, men også være sikret mot å bære store deler av underskuddet i prosjektet.

Andre varianter kan inneholde en 50/50 fordeling mellom partene med en øvre grense på bonusutbetalingen. Det vil begrense entreprenørens mulighet til bonusutbetaling, og kan i tilfeller svekke entreprenørens incentiv.

En annen kombinasjon er å innta en garantert maksimalpris (heretter GMP). GMP er et øvre pristak for byggherrens betalingsforpliktelse, og angir entreprenørens maksimalvederlag før beregningen av bonusen. I samspillkontrakter vil partene normalt beregne GMP ut fra en prosentsats holdt opp mot målprisen. GMP kan gi byggherren en trygghet og forutberegnelighet for kostnadene knyttet til prosjektet. Det kan også være avgjørende for prosjektgjennomføringen, fordi byggherrens budsjett gjerne ikke gir rom for større overskridelser. GMP kan særlig være hensiktsmessig dersom byggherrens økonomiske situasjon eller markedet for øvrig er usikkert.

For entreprenørens del vil denne løsningen medføre større risiko. Entreprenørens økte risiko for budsjettoverskridelser vil typisk komme til uttrykk gjennom en økt risikoavsetningspost.

Partene kan også velge skreddersydde incitamentsordninger. I kontrakten kan partene innta at byggherren er pliktig til å *vurdere* en bonusutbetaling basert på en rekke fastsatte kriterier. Kriteriene kan være faktiske prosjektkostnader i forhold til målprisen, totaløkonomien i byggeprosjektet, entreprenørens samarbeidsevne, håndtering av HMS, fremdrift, miljø, løsningsvalg, kreativitet og rapportering til byggherre. En slik ordning gir entreprenøren en mulighet til bonusutbetaling basert på grad av måloppnåelse.

En annen løsning er at den parten som initierer den besparende løsningen får den største prosentdelen ved et eventuelt overskudd. Man kan si at det er den mest rettferdige løsningen. Men hvem av partene som er berettiget til den største prosentdelen vil man ikke kunne avtale på forhånd. Manglende avklaring av incitamentet kan svekke den felles økonomiske motivasjonen incitamentssystemet er ment å sikre. I tillegg kan besparende løsninger oppstå i fellesskap mellom partene. Dersom parten som initierte den besparende løsningen skal få størstedelen av overskuddet kan det potensielt oppstå tvist om hvem av partene som medbrakte den besparende løsningen i prosjektet.

3.3.3.3 En vurdering av incitamentsordningene

Spørsmålet er i det følgende hvilke incitamentssystemer som er de mest hensiktsmessige.

Incitamentssystem med en klar brøkdelling skaper først og fremst en økonomisk motivasjon for entreprenøren.⁶³ Slike incitamentssystem kan gi klare forutsetninger for entreprenørens bonusutbetaling i prosjektet. Det vil være enklere for entreprenørene å kalkulere potensielle utfall av incitamentsordningen. Å kunne kalkulere mulige økonomiske utfall er sentralt ettersom aktørene hovedsakelig arbeider for å oppnå profitt i bygge- og anleggsprosjektene. Klare forutsetninger for hvordan partene beregner incitamentene virker gjerne også tvistebegrensende.

⁶³ Mike Bresnen og Nick Marshall, «Motivation, commitment and the use of incentives in partnerships and alliances», *Construction Management and Economics*, 2000 18 s. 587-598 (s. 590).

I både Statsbyggs samspillkontrakt og EBA sitt kontraktutkast er det inntatt slike «enkle» incitamentsordninger. Statsbygg er en tung byggherreaktør. EBA representerer entreprenørsiden. At begge har inntatt den samme løsningen tilsier at aktørene i BAE-næringen anser enkle incitamentsordninger som de mest hensiktsmessige i norsk næringsliv.

En incitamentsordning som også legger vekt på øvrige faktorer som kreativitet, fremdrift og miljø, kan bidra til en økt «indre» motivasjon til å gjennomføre et godt byggeri.⁶⁴ I tillegg kan mer omfattende incitamentssystem være hensiktsmessige for å unngå uønskede effekter som økonomisk motivasjon kan skape. Slike uønskede effekter er typisk «snarveier» for å finne billigere eller enklere måter å gjennomføre prosjektet på, men som medfører lavere kvalitet.

Ved å anvende et mer sammensatt incitamentssystem, kan byggherren oppnå de målsettingene han ønsker i prosjektet. Motivasjon til å fremme forhold som er sentrale for byggherren kan medføre økt kundetilfredshet, hvilket kan være avgjørende for senere arbeider. Undersøkelser har vist at det ikke bare er økonomiske incentiver som bidrar til å motivere partene til et kostnadseffektivt arbeid.⁶⁵ I en britisk undersøkelse var utsikter til fremtidig arbeid viktigere for både selskapet og enkeltpersonene involvert i prosjektet. Det ble gjort et forsøk hvor forsinkelse i kontrakten ble satt til 1 pund per dag. Det ble likevel gjort iherdige forsøk fra entreprenørens side for å holde tidsfristen. Forsøket viste at fremtidig arbeid fra byggherren, en stabil «cashflow», var sentralt for entreprenørens innsats.⁶⁶ Av hensyn til muligheten for fremtidig arbeid kan incentiver som gir fokus på kundetilfredshet motivere entreprenøren til å effektivisere sitt arbeid. Dersom byggherren er offentlig, eller er bundet av anskaffelsesreglementet, vil det være mindre grunn til å avtale et sammensatt incitamentssystem, fordi anskaffelsesreglene krever at oppdrag eller anskaffelser konkurranseutsettes.⁶⁷

Hvilket incitamentssystem som er det mest hensiktsmessige beror på konkrete omstendigheter. Poenget er at man ved utformingen av samspillkontrakter bør være bevisste på at ulike incitamentssystem påvirker partenes motivasjon i ulik grad. Et spesialtilpasset incitamentssystem

⁶⁴ Mer om ytre og indre motivasjon i Bresnen og Marshall, 2000 s. 590.

⁶⁵ Bresnen og Marshall, 2000 s. 595.

⁶⁶ Bresnen og Marshall, 2000 s. 595. Her viser de til “case C” på side 593.

⁶⁷ Oppdragsgiver står fritt til hva som skal vektlegges ved avgjørelsen, men er begrenset av krav til likebehandling, ikke-diskriminering mv. Mer om anskaffelser i Morten Goller mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo 2014 s. 14.

som ivaretar flere hensyn kan være mest hensiktsmessig på sikt. Typisk i de tilfeller hvor partene skal gjennomføre flere prosjekter sammen. For enkeltprosjekt kan det være mer hensiktsmessig med klare forutsetninger for bonusutbetalingen.

3.4 Vederlagsstrukturens betydning for vederlagsrisikoen i samspillkontrakter

I samspillkontrakter vil spørsmål om vederlagsrisikoen særlig oppstå i relasjon til justering av målprisen og hvilke kostnader byggherren kan kreve at entreprenøren holder utenfor prosjektrengskapet.

For partene er det av interesse å vite hvilke tilleggs kostnader i prosjektet som kan føre til justering av målprisen fordi det er av betydning for hvem av partene som må bære risikoen for kostnadene. Dersom det oppstår tilleggs kostnader og entreprenøren *ikke* er berettiget til å justere målprisen, får man gjerne et avvik mellom målprisen og prosjektkostnadene. Det kan gi en overskridelse i prosjektet, som partene fordeler etter den avtalte incitamentsordningen. Dermed vil begge partene vil bære risikoen for tilleggs kostnaden. Dersom entreprenøren er berettiget til å oppjustere målprisen, vil ikke tilleggs kostnadene føre med seg et avvik mellom målprisen og prosjektkostnadene. Byggherren må dermed dekke tilleggs kostnadene selv. I kapittel 4 vil jeg drøfte hvilke kostnader som gir partene en rett til å justere målprisen.

For entreprenøren er det av særlig interesse å vite hvilke kostnader han kan avregne som en prosjektkostnad, fordi det avgjør hvorvidt disse kan belastes prosjektet. Dersom entreprenøren ikke kan avregne kostnaden som en prosjektkostnad må han selv dekke kostnaden fullt ut. I kapittel 5 vil jeg drøfte hvilke kostnader entreprenøren skal holde utenfor prosjektrengskapet.

4 JUSTERING AV MÅLPRIS

4.1 Innledende bemerkninger om vederlagsjustering

Det er normalt en forutsetning for bygge- og anleggsprosjekter at partene holder i gang arbeidet selv om det inntreffer hindringer eller vansker. Det kan få store samfunnsøkonomiske konsekvenser dersom byggherren står igjen med et halvferdig bygg som gjerne legger beslag på verdifullt tomteareal og som hindrer annen utnyttelse av arealet. Dersom det oppstår slike hindringer eller vansker, og det påvirker prosjektkostnadene, er spørsmålet om entreprenøren har rett på vederlagsjustering.⁶⁸

Det finnes to hovedveier entreprenøren kan gå for å kreve vederlagsjustering. Den ene er gjennom endringsreglene og den andre er ved svikt i byggherrens medvirkning. I kapittel 4.2 vil jeg redegjøre for risikoen for endringer. I kapittel 4.3 vil jeg redegjøre for risikoen for byggherresvikt. Til slutt vil jeg i kapittel 4.4 drøfte varslingsreglenes betydning for adgangen til vederlagsjustering.

4.2 Vederlagsjustering ved endringer

4.2.1 Rettslig utgangspunkt for endringsadgangen

I entreprisekontrakter kan byggherren kreve endringer fra den avtalte utførelsen som kan medføre tilleggsarbeid for entreprenøren. Det naturlige motstykket til denne retten er at entreprenøren har krav på vederlagsjustering og fristforlengelse. Byggherrens rett til å pålegge endringer, og entreprenørens krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse gjelder selv om dette ikke fremgår av avtalen, og i utgangspunktet uavhengig av hvilken entreprisemodell partene anvender.⁶⁹

Adgangen til å pålegge endringer er en viktig rettighet for byggherren i de aller fleste entreprisekontrakter, fordi man sjeldent vil kunne forutse alle utfordringer som oppstår i løpet av byggeperioden.⁷⁰ Ettersom kostnadene normalt vil bli mye høyere dersom endringer skal gjennomføres etter ferdigstillelse, er det betenkelig med for rigide holdninger til endringer ut fra et kostnadseffektivitetsperspektiv.

⁶⁸ Sandvik s. 106-107.

⁶⁹ NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov s. 33.

⁷⁰ Jan Einar Barbo, *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997 s. 29.

I det følgende vil jeg først greie ut om risikoen for endringer i NS 8407. I kapittel 4.2.3 og 4.2.4 vil jeg drøfte hvorvidt reglene i standarden er egnet for samspillmodellen.

4.2.2 Risikoen for endringer i tradisjonelle entreprisekontrakter

I NS 8407 er endringsadgangen inntatt i punkt 34.1.1. Endringer gir entreprenøren krav på vederlagsjustering og fristforlengelse, slik at byggherren bærer risikoen for de tilleggskostnader som måtte oppstå.

Arbeidsbeskrivelsen i kontrakten angir hva entreprenøren er pliktet til å utføre for det avtalte vederlaget. Avvik fra den avtalte arbeidsbeskrivelsen er å anse som en endring, jf. NS 8407 punkt 31 og 32. I punkt 31 skilles det ikke mellom tilleggsarbeid og negativ endringsordre. En negativ endringsordre betyr at byggherren tar avtalt arbeid ut av kontrakten, slik at han reduserer arbeidsomfanget.

Endringsadgangen må ses i lys av punkt 31.1 tredje ledd, hvor det er nedfelt at endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det som opprinnelig var avtalt. Bestemmelsen inneholder en deklarasjonsregel om at byggherren ikke kan pålegge entreprenøren endringer utover 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Samlet gir bestemmelsene byggherren en vid endringsadgang.

4.2.3 Risikoen for endringer i samspillkontrakter

Vederlagsstrukturen i samspillkontrakter bygger på at entreprenøren skal få betalt for alle faktiske kostnader som oppstår i prosjektet. Det er ikke tvilsomt at kostnader som oppstår på grunn av en endring eller en byggherresvikt er en prosjektkostnad som byggherren må dekke.

For samspillkontrakter kan økning av de faktiske kostnadene føre med seg et større avvik mellom prosjektregnskapet og målprisen. Det kan resultere i en kostnadsoverskridelse som partene i utgangspunktet skal dele mellom seg etter incitamentsordningen. Marginene i entrepriseforhold er ofte små. Den eneste måten vederlagsmodellen kan sikre entreprenøren fullt vederlag, såfremt

kostnadene ikke blir holdt utenfor prosjektregnskapet, er at partene justerer målprisen tilsvarende verdien av endringen.⁷¹

Problemstillingen er om endringer gir entreprenøren rett til justering av målprisen.

Etter NS 8407 får entreprenøren justert sitt vederlag dersom byggherren endrer kontraktarbeidene i forhold til den beskrivelse som ble lagt til grunn i avtalen.⁷² Dersom annet ikke er avtalt vil partene trolig ha en forventning om at den alminnelige risikofordelingen ved endringer blir lagt til grunn også for samspillkontrakter. Endringer bør gi entreprenøren rett til å justere målprisen i samspillkontrakter, fordi noe annet vil medføre en radikal refordeling av risiko i kontraktsforholdet mellom byggherren og entreprenøren.⁷³

Både Statsbyggs samspillkontrakt og EBA sitt utkast til samspillentreprisekontrakt legger til grunn at entreprenøren har rett til å justere målprisen dersom byggherren endrer kontraktarbeidene i forhold til den beskrivelse som ble lagt til grunn i avtalen. I EBA sin veileder punkt 6.5 fremgår det at;

«[k]ontrakten følger endringssystemet i NS 8407. Byggherreinitierte endringer i form av avbestillinger eller endringer regulerer målprisen».

Ettersom NS 8407 er gjort til en del av kontraktsdokumentene bør man gi de alminnelige reglene anvendelse, med mindre annet følger av samspillkontrakten. Spørsmålet er om det gjelder for alle typer «endringer». I det følgende vil jeg drøfte om prosjektoptimaliserende og besparende løsninger gir byggherren rett til å *redusere* målprisen.

⁷¹ Bergsaker s. 177. Jeg vil drøfte kostnader utenfor prosjektregnskapet i kapittel 5 under.

⁷² NS 8407 punkt 34.1.1 Dette er en alminnelige entrepriserettslig regel som også er kommet til uttrykk i NS 8405 punkt 25.2.

⁷³ Knut Kaasen, «Partnering: Keiserens nye klær?» i MarLus nr. 209, Oslo 1994 s. 29-40 (s. 34). Artikkelen omhandler partnering på sokkelen. Den har likevel en viss overføringsverdi til tilvirkning i bygge- og anleggsbransjen ettersom den behandler tema som er relevante for samarbeidsavtaler generelt.

4.2.4 Prosjektoptimaliserende og besparende løsninger

Det finnes ingen entydig definisjon av hva en prosjektoptimaliserende og besparende løsning er. Upresist kan man si at det er tiltak som forbedrer prosjektgjennomføringen, slik at prosjektet oppnår en besparelse, uten av avtalte ytelser utgår. Prosjektoptimalisering kan illustreres med et eksempel. Entreprenøren skal utføre takteking på et bygg etter planlagt teknikk eller med utvalgte materialer. Underveis i utførelsesfasen foreslår entreprenøren eller øvrige aktører en annen teknikk for takteking, som sikrer lik kvalitet til en lavere pris. Slike løsninger vil gjerne medføre lavere prosjektkostnader. Spørsmålet er om byggherren er berettiget til å redusere målprisen i slike situasjoner.

Partene kan regulere spørsmålet særskilt i samspillkontrakten. I både EBA sin kontraktsmal og Statsbygg sin samspillkontrakt er spørsmålet direkte regulert. I EBA sin kontraktsmal fremgår det at;

«[d]e alternative prosjektoptimaliserende og besparende løsningene som fremkommer gjennom partneringssamarbeidet i fase 2 reduserer ikke målprisen, men blir en besparelse for prosjektet».

Tilsvarende formulering finner vi i Statsbyggs samspillkontrakt. Her presiseres det at;

«[a]lternative prosjektoptimaliserende og besparende løsninger som fremkommer gjennom samspillet i utførelsesfasen, anses ikke som en endring i denne kontrakten og skal ikke redusere målsum».

Spørsmålet er hvilken løsning som skal legges til grunn dersom partene ikke har regulert spørsmålet i samspillkontrakten.

NS 8407 er normalt inntatt som et kontraktdokument i samspillkontraktene. I henhold til NS 8407 punkt 22.1 kan en endring gå ut på at ytelsens «kvalitet», «art» eller «utførelse» endres. Etter ordlyden vil besparende løsninger kunne omfattes av endringsreglene. Bestemmelsen sikrer at man ikke forrykker balansen i kontraktsforholdet, ettersom både byggherren og entreprenøren har rett til vederlagsjustering for de samme forholdene. Det taler for at byggherren er berettiget til å redusere målprisen ved besparende løsninger.

Et av hovedformålene med vederlagsformatet i samspillkontrakter er imidlertid å oppnå en mest mulig effektiv og kostnadsbesparende utførelse fra entreprenørens side. Tanken er at vederlagsstrukturen skal motivere til at innkjøp, arbeidsutføring og valg av løsninger skal skje til en lavere pris enn man har lagt til grunn ved etableringen av målprisen.⁷⁴ Det sentrale elementet for å oppnå dette er de incitamentene som man kobler til avregningen av vederlaget. Dersom byggherren kan redusere målprisen ved besparende løsninger kan det begrense muligheten for bonusutbetaling etter incitamentsordningen, og dermed svekke entreprenørens incentiv. Vederlagsstrukturen tilsier at byggherren ikke bør kunne redusere målprisen ved prosjektoptimaliserende løsninger. Hensynene som taler for å holde besparende løsninger utenfor endringsreglene gjør seg særlig gjeldende for de samspillkontrakter som har inntatt enkle incitamentssystem med en klar brøkdelling. I tillegg har både EBA og Statsbygg lagt til grunn at besparende løsninger ikke gir rett til å redusere målprisen. To tunge aktører i markedet, både fra entreprenørsiden og byggherresiden, anser det som hensiktsmessig. Det kan peke i retning av at en praksis er i ferd med å etableres.

På den andre siden kan denne løsningen medføre at kostnadseffektive forslag ikke kommer frem under prosjekteringsfasen, men først etter fastsettelsen av målprisen. Det kan motvirke hensikten med å involvere entreprenøren tidlig i prosjektet. I tillegg gjør ikke de overnevnte hensyn seg gjeldende med samme styrke i de tilfeller hvor det er inntatt et sammensatt incitamentssystem, hvor også andre forhold enn avviket mellom målprisen og prosjektkostnadene spiller en rolle for bonusutbetalingen. Det tilsier at partene bør avveie hvorvidt byggherren skal kunne redusere målprisen i den enkelte samspillkontrakten. Normalt står likevel økonomiske hensyn sentralt i de fleste incitamentssystemene i samspillkontrakter, slik at det generelt vil være hensiktsmessig å holde besparende løsninger utenfor endringsreglene.⁷⁵

Etter mitt skjønn taler de beste grunner for at man ikke behandler prosjektoptimaliserende løsninger som en endring. En slik tolkning er i tråd med vederlagsstrukturen i samspillkontrakten og de formål den skal ivareta. Om domstolene vil følge en slik tolkning, basert på kontraktens øvrige systematikk, er avhengig av hvor tro de er mot standardens ordlyd som er inntatt som en del av kontraktsdokumentene. For å redusere faren for tvist bør partene innta en tilpasning til

⁷⁴ Bergsaker s. 175.

⁷⁵ Dette gjelder samtlige samspillkontrakter jeg har hatt tilgang til under avhandlingsarbeidet.

standardens regler tilsvarende den som er inntatt i Statsbygg samspillkontrakt og EBA sitt avtaleutkast.

4.3 Svikt i byggherrens medvirkning

4.3.1 Rettslig utgangspunkt for svikt i byggherrens medvirkning

Entreprenøren har ansvaret for utførelsen av byggearbeidet. Dette gjelder både i utførelsesentrepriser, totalentrepriser og samspillkontrakter.⁷⁶ Selv om entreprenøren har ansvar for utførelsen, vil han ikke kunne fullføre et bygg eller anlegg uten at byggherren medvirker til prosjektet. Det kan dreie seg om byggherrens leveranse av tegninger, informasjon, offentlige tillatelser, materiale eller rådighet over byggeplassen. I henhold til det alminnelige funksjonsfordelingsprinsippet er det byggherren som bærer risikoen for de ytelsene han selv bidrar med i prosjektet, og som senere måtte medføre tilleggskostnader.⁷⁷ Spørsmålet er om uforutsette hindringer eller vansker som rammer byggearbeidet og som man kan tilbakeføre til byggherrens risikofære, gir entreprenøren et berettiget krav om vederlagsjustering for de oppofrelser eller anstrengelser som er påkrevd for å rydde vanskene av veien.

I det følgende vil jeg først redegjøre for risikofordelingen ved byggherresvikt i NS 8407, før jeg går dypere inn i problematikken knyttet til samspillkontrakter i kapittel 4.3.3 og 4.3.4.

4.3.2 Risikoen for byggherresvikt i tradisjonelle entreprisekontrakter

For totalentrepriser er retten til vederlagsjustering for byggherresvikt regulert i NS 8407. Punkt 34.1.2 første ledd gir entreprenøren krav på vederlagsjustering som følge av svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av «andre forhold byggherren har risikoen for». Sammenholdt med punkt 34.1.1 som regulerer endringer, omfatter bestemmelsen de situasjoner som byggherren har risikoen for og som kan lede til økte kostnader ved kontraktsgjennomføringen.

Punkt 22 gjelder byggherrens medvirkning. Den omfatter en plikt til å overholde lover, regler og offentlige vedtak på byggeplassen, samt rettslige forhold knyttet til byggeområdet. I tillegg vil medvirkningen omfatte valg av materialer eller forhold knyttet til arbeidsgrunnlaget. Punkt 23

⁷⁶ NS 8405 punkt 1 og NS 8407 punkt 1.8.

⁷⁷ Jf. kapittel 2.2.

inneholder regler om risiko for forhold ved grunnen. Risikoen for forhold ved grunnen er byggherrens dersom forholdene avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med. Punkt 24 regulerer byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering som fremgår av kontraktsdokumenter som er utarbeidet av byggherren. «[A]ndre forhold byggherren bærer risikoen for» er en sekkebestemmelse som er ment å favne andre forhold som etter omstendighetene kan medføre rett til tilleggsvederlag.⁷⁸ Ordlyden «som følge av» angir et krav om årsakssammenheng mellom vederlagskravet og den situasjon som påberopes og som omfattes av byggherrens risikoområde.

For utførelsesentrepriser er retten til vederlagsjustering for byggherresvikt regulert i NS 8405 punkt 25.1 og 25.2. Risikofordelingen i standardene gir uttrykk for at det er funksjonsfordelingen mellom partene i kontrakten som er avgjørende. Det er et utslag av «alminnelige rettsgrunnsetninger».⁷⁹

4.3.3 Risikoen for byggherresvikt i samspillkontrakter

Problemstillingen er om entreprenøren har et berettiget krav på justering av målprisen ved tilleggskostnader som er oppstått som en følge av svikt i byggherrens medvirkning.

Partene kan regulere spørsmålet i samspillkontrakten. I henhold til EBA sitt avtaleutkast skal reglene i NS 8407 anvendes fullt ut, slik at svikt i byggherrens medvirkning gir rett til justering av målprisen. I punkt 6.5 følger det at;

«[m]ålprisen endres tilsvarende ved andre byggherrelaterte forhold som etter NS 8407 gir Entreprenøren rett til tillegg eller Byggherren krav på fradrag».

Spørsmålet er om entreprenøren har et berettiget krav på justering av målprisen dersom spørsmålet ikke er regulert i samspillkontrakten.

NS 8407 er normalt gjort til en del av kontraktsdokumentene i samspillkontrakten.

Forutberegnelighetshensyn taler for at entreprenøren må få rett til full kompensasjon for svikt i et

⁷⁸ Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407 Kommentartutgave*, Oslo 2013 s. 508.

⁷⁹ Sandvik s. 243.

byggherreforhold i henhold til NS 8407, dersom annet ikke er avtalt mellom partene på forhånd. Det må dermed foreligge relativt tydelige holdepunkter i samspillkontrakten for at man skal fravike risikofordelingen som standardbestemmelsene gir uttrykk for.

På den andre siden er funksjonsfordelingen i samspillkontrakter en annen enn funksjonsfordelingen i totalentreprisekontrakter. Risikofordelingen som fremgår av NS 8407 er ikke nødvendigvis balansert og rettferdig i en samspillkontrakt. Hva som er en balansert og rettferdig risikofordeling avhenger av hva svikten består i, og når den oppstår. Av den grunn vil jeg i det følgende redegjøre for *noen* særlige problemstillinger hvor samspillmodellen kan tale for en annen risikofordeling enn den som fremgår av NS 8407. Jeg tar ikke sikte på å gi en fullstendig oversikt over aktuelle problemstillinger.

4.3.4 Utvalgte problemstillinger

4.3.4.1 Risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som fremgår av kontraktsdokumenter utarbeidet av byggherren

For totalentreprisekontrakter er totalentreprenørens prosjekteringsansvar regulert i NS 8407 punkt 16.1. Bestemmelsen angir ikke konsekvensene av mangelfull prosjektering. Det er imidlertid ingen tvil om at entreprenøren bærer vederlagsrisikoen for den prosjektering han har utført.⁸⁰ Partene kan avtale en annen fordeling av prosjekteringsansvaret.⁸¹ Entreprenørens prosjektering vil bygge på byggherrens forprosjekt. Forprosjektet vil typisk angi funksjonelle krav, romprogram mv. Byggherren bærer risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som fremgår av kontraktsdokumentene som er utarbeidet av han, jf. NS 8407 punkt 24.1.

Et eksempel kan illustrere problemstillingen. Byggherren ønsker å få bygget en vaskehall. Hallen skal i henhold til kontrakten inneholde en rekke maskiner. Entreprenøren påtar seg ansvaret for å prosjektere og bygge hallen i henhold til byggherrens forprosjektering. Dersom det i etterkant viser seg at forprosjekteringen ikke har tatt høyde for kjøleanlegg som maskinene krever for å oppnå den ønskede effekt, kan det oppstå tvist om hvem som skal bære risikoen for de merkostnader som måtte oppstå.

⁸⁰ Nordtvedt mfl. s. 235.

⁸¹ Se NS 8407 punkt 24.2.1.

Dersom byggherrens forprosjekt ikke har gitt anvisning på krav om nedkjøling er utgangspunktet at byggherren selv må dekke de tilleggskostnader som oppstår, og entreprenøren vil være berettiget til tilleggsvederlag. Dette er kommet til uttrykk i NS 8407 punkt 14.1, hvor det er inntatt at totalentreprenøren skal levere kontraktsgjenstanden i overensstemmelse med avtalte krav. Byggherren må her benytte sin endringskompetanse for å pålegge gjennomføring av de nye kravene.

Spørsmålet er om risikofordelingen i samspillkontrakter er den samme som den vi finner i NS 8407, slik at svikt i byggherrens forprosjektering gir entreprenøren rett til å justere målprisen.

Entreprenørens tidlige involvering i prosjektet tilsier at han gjennom prosjekteringen har hatt mulighet til å påvirke forhold knyttet til valg av løsninger og annen forprosjektering som fremgår av kontraktsdokumentene. Svikt i byggherrens leveranser vil derfor ofte også være en svikt hos entreprenøren. Det som er utarbeidet i samarbeid mellom partene i forprosjekteringsfasen, ligger i tillegg til grunn for den etterfølgende prosjekteringen, fastsettelsen av målprisen, og utførelsen av prosjektet. Partene foretar valg av løsninger i fellesskap. I lys av funksjonsfordelingen bør også entreprenøren bære risikoen for feil i byggherrens forprosjektering.

En bestemmelse i Statsbyggs samspillkontrakt er illustrerende for funksjonsfordelingen som normalt er avtalt i samspillkontrakter. Det fremgår at;

«[p]rosjektet er definert av dokumentene som inngår i konkurransegrunnlaget, og skal av samspillgruppen i nært samarbeid med byggherren videreutvikles til et godkjent forprosjekt, med tilhørende gjennomføringsplan og omforent målsum».

Bestemmelsen illustrerer at forutsetningene for at målprisen slår til er innenfor begge parter funksjonssfare. Dersom forutsetningene som er lagt til grunn i prosjekteringen ikke slår til, tilsier funksjonsfordelingsprinsippet at begge parter må bære risikoen for de feil som man kan tilbakeføre til forprosjekteringen som er utarbeidet av byggherren.

I tillegg kan entreprenørens tidlige involvering i prosjektet medføre at ansvarsforholdene er uklare. En eventuell deling av risikoen kan være hensiktsmessig fordi partene slipper å identifisere sviktens opphav. Det taler for at svikt i byggherrens forprosjektering ikke bør gi entreprenøren rett til justering av målprisen.

På den andre siden har partene inngått en avtale hvor NS 8407 ligger i bunn, og den overnevnte tilnærmingen vil medføre et avvik fra risikofordelingen som følger av NS 8407 punkt 24.1.

Løsningen på spørsmålet er ikke gitt. Etter mitt vurdering taler funksjonsfordelingsprinsippet for at standardbestemmelsen ikke er egnet for samspillmodellen. Den tidlige involveringen i prosjektet og samarbeidet mellom partene tilsier en annen risikofordeling enn den som fremgår av standarden. Det betyr at vi ikke ukritisk kan legge NS 8407 til grunn. Hvilken løsning domstolene vil komme frem til er avhengig av hvor tro de er mot standardens ordlyd som er inntatt som en del av kontraktsdokumentene. For å redusere faren for tvist bør partene regulere prosjekteringsrisikoen i samspillkontrakten særskilt.

4.3.4.1 Risikoen for indirekte kostnader

I NS 8407 punkt 34.1.3 er det inntatt særregler for justering av vederlaget som følge av økte utgifter til «kapitalutgifter, rigging, drift og nedrigging» som er en «nødvendig følge av forhold angitt i punkt 34.1.1 og 34.1.2». Totalentreprenøren kan også kreve vederlagsjustering som følge av økte utgifter på grunn av «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid». Bestemmelsen angir også særlige varslingsregler for denne type krav. Jeg vil behandle varslingsreglene i NS 8407 i kapittel 4.4 under.

Kostnadene som partene har inntatt i prosjektbudsjettet for rigg og drift er basert på antatt produksjon.⁸² Endringer eller byggherresvikt kan påvirke rigg- og driftskostnadene slik at det øker de totale prosjektkostnadene. Økte kostnader på grunn av nedsatt produktivitet og forstyrrelser på annet arbeid blir ofte kategorisert som «plunder og heft». Typisk vil disse kostnadene knytte seg til at entreprenøren ikke kan utføre arbeidet så effektivt som opprinnelig planlagt.⁸³

Spørsmålet er om indirekte kostnader, typisk rigg og drift eller «plunder og heft», gir entreprenøren rett til å justere målprisen i samspillkontrakter.

⁸² Nordtvedt mfl. s. 510.

⁸³ Hagstrøm og Bruserud s. 268.

Bergsaker skriver at selv om man legger til grunn at entreprenøren skal få dekket direkte kostnader ved endringer og byggherresvikt, kan det oppstå spørsmål om entreprenøren skal få dekket de indirekte konsekvensene av de samme forholdene.⁸⁴ I Statsbyggs samspillkontrakt er spørsmålet uttrykkelig regulert. Det fremgår at;

«[k]rav om vederlagsjustering i andre tilfeller, f.eks. (...) 34.1.3 annet ledd (utgifter pga. nedsatt produktivitet eller forstyrrelser) gir ikke grunnlag for justering av målsummen med mindre byggherren har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig».

Statsbygg har gjort en tilpasning til de alminnelige reglene som følger av standarden, slik at entreprenøren ikke har rett til justering av målprisen ved indirekte kostnader. Bestemmelsen medfører en større risiko for entreprenøren sammenlignet med det som følger av NS 8407. Man kan si at bestemmelsen er byggherrevennlig. EBA har ikke inntatt en tilsvarende begrensning i sitt kontraktutkast. Man kan antageligvis forklare forskjellene gjennom Statsbyggs rolle som byggherre og EBA sin rolle som representant for entreprenørsiden.

Spørsmålet er om entreprenøren er berettiget til å justere målprisen ved indirekte kostnader dersom partene ikke har regulert spørsmålet i samspillkontrakten.

Den felles økonomiske målsettingen som samspillkontraktene bygger på tilsier at uforutsette omstendigheter i prosjektet er en felles affære mellom byggherre og entreprenør. For å sikre en felles motivasjon til å redusere ressursbruken kan det være hensiktsmessig å innta en tilsvarende tilpasning som Statsbygg har gjort. I tillegg kan det være utfordrende å kartlegge årsakene til svikten, noe som åpner opp for vanskelige bevissspørsmål. Det taler for at indirekte kostnader som følge av endringer eller byggherresvikt ikke gir entreprenøren rett til justering av målprisen.

På den andre siden kan slike indirekte kostnader bli betydelige. Forutberegnelighetshensyn tilsier at man bør falle tilbake på den ordningen man finner i NS 8407. Det er vanskelig å se at de overnevnte hensynene skal sette til side de alminnelige bestemmelser som følger av kontraktsdokumentene.

⁸⁴ Bergsaker s. 178.

Etter min vurdering kan ikke samspillkontrakten alene føre til en annen risikofordeling enn det som følger av de benyttede kontraktvilkårene. Dersom partene ønsker en annen risikofordeling for indirekte kostnader må partene innta en tilpasning til risikospørsmålet i samspillkontrakten.

4.4 Varslingsreglene ved krav om vederlagsjustering

4.4.1 Innledende bemerkninger

Det påhviler entreprenøren å varsle byggherren dersom han mener at han har krav på vederlagsjustering.⁸⁵ Varsler ikke entreprenøren, kan det i noen kontraktstyper ha konsekvenser for hans rett til vederlagsjustering.⁸⁶ Varslingsreglene vil dermed være av betydning for hvem av partene som må bære risikoen for tilleggskostnadene i et byggeprosjekt.

I det følgende vil jeg først gjengi varslingsreglene i tradisjonelle entreprisekontrakter. I kapittel 4.4.3 vil jeg drøfte hvorvidt de særlige forholdene i samspillkontrakter begrunner andre varslingsregler enn de som følger av standardkontraktene.

4.4.2 Varslingsreglene i tradisjonelle entreprisekontrakter

Utviklingen i standardkontraktene har gått i retning av at varslingsreglene er langt mer samordnet enn tidligere.⁸⁷ NS 8405 punkt 25.3 angir varslingsreglene for utførelsesentreprisekontrakter. For totalentreprisekontrakter er varslingsreglene regulert i NS 8407 punkt 34.1.2. I all hovedsak er varslingsreglene parallelle, men det er enkelte forskjeller mellom reguleringene som ikke er uten betydning.

Entreprenøren må «uten ugrunnet opphold» etter at han «blir klar over eller burde blitt klar over» forholdene, varsle byggherren dersom han vil kreve vederlagsjustering. «Uten ugrunnet opphold» indikerer etter ordlyden at entreprenøren må varsle straks. Ordlyden «burde blitt klar over» indikerer at entreprenøren ikke trenger ha faktisk kunnskap om forholdene, såfremt han «burde»

⁸⁵ Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, Oslo 2016 s. 380.

⁸⁶ Karl Marthinussen og Heikki Giverholt, «Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter?» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Oslo 2010 s. 304-327 (s. 304).

⁸⁷ Hagstrøm og Bruserud s. 265.

hatt det. Bestemmelsen kan skjerpe kravene til entreprenørens undersøkelsesplikt. Ordlyden angir en streng aktsomhetsnorm, basert på partenes forutsatte profesjonalitet.⁸⁸

Varslingsreglene er formelle og strenge. Unnlater entreprenøren å varsle innen fristen, «tapes» kravet om vederlagsjustering. Man kan si at varslingsreglene har en preklusiv virkning.⁸⁹ Alle varsler skal fremsettes skriftlig, jf. NS 8405 punkt 8 og NS 8407 punkt 5. Bestemmelsene angir ikke uttrykkelig hvilket innhold varslet må ha. Juridisk teori karakteriserer det som et nøytralt varsel.⁹⁰ Hagstrøm og Bruserud skriver at minimumskravene er at varselet inneholder krav om vederlagsjustering med henvisning til de forhold som begrunner kravet.⁹¹

Når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet på vederlagsjustering skal entreprenøren sende byggherren et «spesifisert og begrunnet krav», jf. NS 8405 punkt 25.4. Tilsvarende krav til et spesifisert og begrunnet krav finner vi ikke i NS 8407. I NS 8407 er det innført et nytt system i punkt 34.2.1. Totalentreprenøren kan gi eller byggherren kan kreve at totalentreprenøren gir et spesifisert tilbud på justering av vederlaget. En konsekvens er at det ikke foreligger en svarfrist for byggherren, slik som vi finner i NS 8405 punkt 25.5.

Vederlagsjustering for økte kostnader knyttet til «rigg og drift» eller «plunder og heft» krever særskilt varsel, jf. NS 8405 punkt 25.3 annet ledd og NS 8407 punkt 34.1.3 tredje ledd. Ordlyden «særskilt» indikerer at entreprenøren må angi at kravet gjelder vederlagsjustering for denne type forhold.

Formålet bak varslingsreglene er å gi byggherren kontroll og oversikt over arbeidsutførelse, fremdrift og den økonomiske situasjonen i prosjektet. Varslingsreglene skal gi byggherren mulighet til å gjennomføre tiltak som kan påvirke de kostnadsmessige konsekvensene av et inntruffet forhold. I tillegg skal varslingsreglene medvirke til at færrest mulig overraskelser og nye krav først dukker opp ved sluttoppgjøret.⁹²

⁸⁸ Hagstrøm og Bruserud s. 267.

⁸⁹ Jeg redegjør nærmere for dette i kapittel 4.4.2.

⁹⁰ Se blant annet Marthinussen og Giverholt s. 317.

⁹¹ Hagstrøm og Bruserud s. 265.

⁹² Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016) s. 381 og Tørum s. 466-467.

4.4.3 Varslingsreglene i samspillkontrakter

Varslingsreglene vil i liten grad aktualisere seg ved avregningen av prosjektkostnadene. Vederlagsformatet baseres på et regningsarbeid, og entreprenøren skal dermed ha dekket alle kostnadene som er pådratt i forbindelse med prosjektet. Varslingsreglene vil derimot ha særlig aktualitet for entreprenørens rett til å justere målprisen.

Spørsmålet er om varslingsreglene som kommer til uttrykk i standarden også passer for samspillkontrakter.

Strengt og formelle varslingsregler skaper ikke de beste forutsetningene for et godt samarbeidsklima. Strengt preklusive frister kan føre med seg hyppige krav og innsigelser mellom byggherren og entreprenøren, slik at konfliktnivået mellom partene øker. EBA skriver at varslingsreglene i standarden burde erstattes med «smidigere» regler for å hindre «den stafettlignende og ressurskrevende prosess som kan virke negativt på samarbeidet».⁹³ I EBA sitt kontraktutkast er det fastsatt at;

«[d]et er ikke knyttet preklusjon (...) til varslingsfrister selv om dette måtte følge av NS 8407».

EBA sitt kontraktutkast legger til rette for at tillit og lojalitet er styrende for partenes opptreden, ikke bekymring for bortfall av berettigede krav.

På den andre siden er partene i samspillkontrakter profesjonelle aktører. Entreprenøren bør ha et administrativt apparat som klarer å håndtere og overholde varslingsregler av denne typen. Byggherren vil i en samspillkontrakt ha samme behov for kontroll og oversikt over arbeidets utførelse, fremdrift og økonomiske situasjon som en byggherre i en totalentreprise.

Standarden angir korte varslingsfrister. Også i samspillkontrakter vil prosjektets fremdrift sikres best med korte frister. Selv om prosjektets fremdrift hovedsakelig handler om tid, påvirker det også økonomien i prosjektet. Ettersom partene har en felles økonomisk målsetting, er det til begge

⁹³ EBA s. 14.

parters fordel at man raskt får avklaring på situasjonen. Ved å kombinere varslingsfristene med preklusiv virkning oppnår partene enklere overholdelse av fristene.

I tillegg er det gjennom praksis skapt en forventning om varsel. Et sentralt poeng for at endringsreglene og reglene om byggherresvikt skal fungere optimalt er at aktørene som i det daglige håndterer endringer og byggherresvikt er vel kjent med varslingsreglene. De vil normalt være kjent med de alminnelige reglene standardkontraktene gir uttrykk for. Det taler for å legge til grunn reglene i NS 8407.

De strenge og formalistiske varslingsreglene er godt begrunnet. Etter mitt skjønn er det ingen tungtveiende hensyn som tilsier «smidigere» regler enn hva standarden legger til grunn. Dersom partene ikke ønsker å anvende standardens varslingsregler, er spørsmålet hvilke tilpasninger partene bør innta i samspillkontrakten.

For å gi «smidigere» regler og for å bøte på varslingsens preklusive virkning, kan det være hensiktsmessig å operere med løsere varslingsfrister, sammenlignet med standarden. Et alternativ er å innta en tilsvarende varslingsfrist som fremgår av NS 8406. Den forenklede standarden for utførelsesentrepriser er ikke preget av samme strenge varslingsregler som NS 8407. I punkt 19.3 fremgår det at entreprenøren må varsle «innen rimelig tid». Tilsidesettelse av varslingsfrist gir ikke uttrykkelig preklusive sanksjoner. Det fremgår imidlertid av punkt 3 at;

«[e]n part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts alminnelige regler».

EBA har inntatt den samme formuleringen i punkt 8. Det fremgår at;

«[e]n part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil imidlertid kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts vanlige regler».

Referansen til «norsk retts alminnelige regler» er etter ordlyden ikke klar. Det har lenge vært forutsatt i entrepriserettslig teori at manglende varslingsfrist kan få den konsekvens at ellers berettigede

krav bortfaller uten særskilt regulering, på grunn av passivitet.⁹⁴ Konsekvensen er at resultatet om bortfall vil kunne være det samme, men fristen vil være «løsere». Varslingssystemet i NS 8406 kan være mer passende for samspillkontrakter sammenlignet med varslingssystemet i NS 8407.

På den andre siden angir ordlyden «innen rimelig tid» et skjønnsmessig vurderingstema. Det kan lede til usikkerhet om begrepets innhold, som igjen kan øke faren for tvist.

Et annet alternativ er å operere med en varslingsfrist på nøyaktig angitte dager. Denne løsningen er blant annet inntatt i Norsk Total Kontrakt fra 2015 (heretter NTK 15).⁹⁵ Ved å innta en varslingsfrist som angir et nøyaktig antall dager unngår man skjønnsmessige vurderingstema som NS 8406 legger opp til, samtidig som den strenge varslingsfristen lempes noe – alt etter hvilken varslingsfrist partene velger å operere med.

Etter dette er jeg kommet til at varslingsreglene i NS 8407 er velbegrunnet og ikke direkte uegnet for samspillmodellen. Dersom partene derimot ønsker å innta «smidigere» varslingsregler, er et godt alternativ å anvende tilsvarende varslingsregler som fremgår av NS 8406 eller NTK 15.

⁹⁴ Sandvik s. 376 og Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*, Oslo 2007 s. 51.

⁹⁵ Norsk Total Kontrakt ble revidert i 2015. Fristen på 21 dager er inntatt i en rekke artikler i NTK 15, se artikkel 3.3, 5.1 annet ledd, 8.3, 16.1 mv.

5 KOSTNADER UTENFOR PROSJEKTREGNSKAPET

5.1 Rettslig utgangspunkt for kostnader som entreprenøren må dekke

I kapittel 3 har jeg redegjort for vederlagsformatet i samspillkontrakter, og hvordan partene avregner entreprenørens sluttvederlag. I kapittel 4 har jeg gjort rede for hvilke endringer eller byggherresvikt som gir entreprenøren rett til å justere målprisen før avregningen av sluttoppgjøret. I denne delen av avhandlingen vil jeg se nærmere på om entreprenøren kan kreve at alle kostnader som er pådratt i forbindelse med et prosjekt kan tas med i prosjektregnskapet, eller om byggherren kan kreve av visse påløpte kostnader skal holdes utenfor.

I kapittel 5.2 vil jeg se nærmere på om byggherren kan kreve at kostnader som skyldes klanderverdig opptreden kan holdes utenfor prosjektregnskapet. Jeg finner det hensiktsmessig å først redegjøre for reglene ved regningsarbeid, ettersom vederlaget i samspillkontrakter bygger på et regningsarbeidsformat. Deretter vil jeg drøfte hvilke regler som gjør seg gjeldende i samspillkontrakter. I kapittel 5.3 vil jeg redegjøre for risikoen for mangelutbedring i tradisjonelle entreprisekontrakter, før jeg drøfter problematikken i samspillkontrakter.

5.2 Risikoen for kostnader som skyldes klanderverdig opptreden

5.2.1 Risikoen i tradisjonelle entreprisekontrakter

Ved regningsarbeid har entreprenøren rett til oppgjør etter medgått tid og materiale, jf. NS 8407 punkt 30.1 og NS 8405 punkt 31.1. Prinsippet om vederlagsberegning ved regningsarbeid gjelder med den viktige og sentrale modifikasjon at entreprenøren ikke har krav på dekning av kostnader som har sin årsak i at arbeidet er drevet på en lite rasjonell og uforsvarlig måte.⁹⁶ Dette er lagt til grunn i både NS 8405 og NS 8407, og utgjør et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.⁹⁷

Henvisningen til «rasjonell» og «forsvarlig» drift må leses i sammenheng med vilkåret om at kostnadene må være «nødvendige».⁹⁸ Det relaterer seg til drift fra entreprenøren selv eller noen han svarer for, og man må vurdere det i relasjon til hvert enkelt kostnadselement. En sentral dom

⁹⁶ Sandvik s. 179.

⁹⁷ Se NS 8405 punkt 31.1. og NS 8407 punkt 30.1 annet ledd hvor det fremgår at regningsarbeider skal drives "rasjonelt og forsvarlig". Se også Sandvik s. 179-180.

⁹⁸ Nordtvedt mfl. s. 424.

på området er Rt. 1969 side 1122. Saken gjaldt en byggmester som hevdet at byggmesterens timetall var for høyt. Problemstillingen var om byggherren kunne nekte å betale byggmesterens regning. Høyesterett sammenlignet byggmesterens tidsbruk med andre prosjekter i østlandsområdet, og uttalte at;

«[e]tter min mening følger det av alminnelige privatrettslige regler at Rotheim [byggherren] for dette regningsarbeid ikke plikter å betale merkostnader som måtte ha sin årsak i uforsvarlig forhold fra byggmesteren selv eller noen han svarer for, hva enten skyldes planlegging, ledelse eller utføring av arbeidet. Selv om Østli [byggmesteren] må godskrives en betydelig margin ... finner jeg at hans timetall er så ekstraordinært høyt at uforsvarlig forhold som nevnt må kunne fastslås».⁹⁹

Utgangspunktet for vurderingen av om kostnadene er blitt unødvendig høye på grunn av urasjonell drift eller annet uforsvarlig forhold, er hvordan en aktsom og forstandig entreprenør ville drevet arbeidene frem.¹⁰⁰ Man må foreta en konkret vurdering i forhold til den enkelte situasjon som foreligger.

I tillegg må man forstå vilkåret om «nødvendige» kostnader i sammenheng med den mer overordnede føringen om lojalitet i kontraktsgjennomføringen, jf. NS 8407 punkt 3.¹⁰¹

Ved et eventuelt krav om avkortning av entreprenørens vederlag på grunn av urasjonell drift mv. er det i utgangspunktet byggherren som har bevisbyrden som en slik påstand.¹⁰²

5.2.2 Risikoen i samspillkontrakter

Vederlagsformatet i en samspillkontrakt baserer seg normalt på prosjektkostnader og en målprismodell kombinert med incentiver. I målprisen vil partene normalt inkludere en risikoavsetningspost som tar høyde for en forventet mengde feil og forsømmelser.¹⁰³

Utgangspunktet er da at slike kostnader inngår i prosjektreknskapet, og blir lagt til grunn ved

⁹⁹ Rt. 1969 side 1122 (s. 1124).

¹⁰⁰ Dette fremgår også av Nordtvedt mfl. s. 425.

¹⁰¹ Nordtvedt mfl. s. 422.

¹⁰² Nordtvedt mfl. s. 434.

¹⁰³ Dette gjelder samtlige samspillkontrakter jeg har hatt tilgang til under avhandlingsarbeidet.

avregningen av sluttoppgjøret.¹⁰⁴ Målprismodellen kombinert med incitamentsordningen er inntatt for å motvirke feil og forsømmelser, og for å optimalisere prosjektgjennomføringen.¹⁰⁵ Gjennom incitamentsordningen blir entreprenøren belønnet om han driver arbeidet rasjonelt og forsvarlig. Samtidig må entreprenøren være med å betale for kostnadene dersom driften er urasjonell. Tanken bak ordningen er at incitamentene skal forme entreprenørens motivasjon i prosjektet. Bestemmelsen i NS 8407 punkt 30.1 annet ledd er dermed ikke egnet for vederlagsformatet i samspillkontrakter.

Partene kan imidlertid regulere risikoen for kostnader som skyldes klanderverdig opptreden særskilt i samspillkontrakten. Statsbygg har inntatt en tilpasning til vederlagsformatet for kostnader som skyldes *kvalifisert* klanderverdig opptreden. Det fremgår at;

«[k]ostnader som skyldes at totalentreprenøren har opptrådt illojalt, grovt uaktsomt eller forsettlig, skal dekkes av totalentreprenøren direkte, og ikke inngå i prosjektregnskapet».

Tilpasningen til vederlagsformatet er antagelig begrunnet i funksjonsfordelingen og lojalitetsbetraktninger. Dersom en part har opptrådt kvalifisert klanderverdig bør den dekke eventuelle merkostnader som måtte oppstå som en følge av sin opptreden. Om det foreligger en slik klanderverdig opptreden beror på en samlet vurdering, hvor både årsaken til og omfanget av kostnadene er relevante momenter.¹⁰⁶

I EBA sin veileder er det inntatt en annen regulering av risikospørsmålet. Det fremgår at;

«[p]rismekanismen i kontrakten forutsetter at eventuelle feil og forsømmelser relatert til utførelse og/eller prosjektering som avdekkes i prosjektet før overlevering, belastes prosjektet som en kostnad. Dette gjelder imidlertid ikke forhold som kan tilbakeføres til

¹⁰⁴ Bergsaker s. 180. Til illustrasjon var et av spørsmålene i en upublisert avgjørelse avsagt 21.april 2017 i Nord-Troms tingrett, om merkostnaden som oppstod som en følge av uforsvarlig oppfølging av en underentreprenør måtte holdes utenfor prosjektregnskapet. Retten uttalte at når det i vederlagsformatet er tatt høyde for en normal og forventet mengde feil, kan ikke tap som følge av slike feil gi kompensasjon fra den som forestår feilen.

¹⁰⁵ Bergsaker s. 180.

¹⁰⁶ Det er utenfor avhandlingens tema å behandle grensen for kvalifisert klanderverdig opptreden. Se blant annet Rt.1989 side 1318 (s. 1322) og Hagstrøm og Bruserud s. 403-404 for en nærmere vurdering av rekkevidden av begrepet.

uaktsomhet hos en av partene. Slike forhold dekkes alene av den uaktsomme part og holdes i sin helhet utenfor prosjektrengskapet».

Bestemmelsen fastslår at vederlagsformatet tar høyde for en normal og forventet mengde feil og forsømmelser. Slike feil og forsømmelser kan ikke gi grunnlag for kompensasjon fra den som forestår feilen. Kostnaden inngår dermed i prosjektrengskapet. Kostnader som kan tilbakeføres til uaktsom opptreden skal partene imidlertid holde utenfor prosjektrengskapet. Det gjelder uavhengig av hvor klanderverdig forholdet er. Reguleringen i EBA sitt avtaleutkast virker umiddelbart noe motstridende. Sempel uaktsomhet vil normalt omfatte «feil og forsømmelser». Det kan dermed være uklart hvor man skal trekke grensen mellom kostnader oppstått på grunn av «feil og forsømmelser» som prosjektet skal belastes med, og kostnader som må tilskrives «uaktsomhet» hos den utførende og som må dekkes av denne.

Man kan antageligvis forstå EBA sin regulering slik at entreprenøren selv må dekke kostnader som oppstår som en følge av en *konkret* uaktsom opptreden eller unnlatelse fra entreprenøren. Det er i tråd med funksjonsfordelingsprinsippet, som fastslår at partene selv bærer risikoen innenfor sin egen funksjonssfære. En slik løsning samsvarer også mer med den alminnelige norm om urasjonell og uforsvarlig drift ved regningsarbeider. Annen urasjonell drift som partene ikke kan føre tilbake til en konkret handling eller unnlatelse må partene derimot behandle som en prosjektkostnad, i tråd med samspillkontraktens vederlagsformat.

Man kan også tenke seg andre måter partene kan regulere avkortningen av entreprenørens vederlag på. I det følgende er imidlertid spørsmålet hvilke kostnader byggherren kan kreve at entreprenøren skal holde utenfor prosjektrengskapet dersom partene *ikke* har regulert avkortning av entreprenørens vederlag i samspillkontrakten.

Først må kostnaden tilhøre det aktuelle prosjektet. Dersom kostnadene tilhører det aktuelle prosjektet, er spørsmålet om man må innfortolke en grense for når entreprenøren kan overføre ansvar for kostnader som skyldes klanderverdige forhold til byggherren.

I henhold til funksjonsfordelingsprinsippet skal hver av partene bære risikoen innenfor deres funksjonssfære. Det underbygges også av lojalitetsbetraktninger. I lys av det ulovfestede lojalitetsprinsippet kan entreprenøren være forpliktet til å opptre eller la være å opptre på en bestemt måte av hensyn til de(n) øvrige part(ene) i byggeprosjektet, selv om dette ikke følger av

noen uttrykkelig bestemmelse i samspillkontrakten.¹⁰⁷ Lojalitetsplikten er en alminnelig rettsgrunnsetning som vil kunne gjelde selv om partene ikke direkte har regulert det i avtalen.¹⁰⁸ En kan si at lojalitetsplikten er navnet på resultatet av en utfylling av kontrakten, som innebærer at det må statueres en rett eller plikt mellom partene som ikke følger direkte av ordlyden.¹⁰⁹

Lojalitetsplikten er delvis også avtalefestet, for eksempel i NS 8407 punkt 3. Den utgjør dermed normalt en del av kontraktsdokumentene i samspillkontrakten. Samarbeidselementene i en samspillkontrakt gir imidlertid grunnlag for å skjerpe lojalitetsplikten, sammenlignet med tradisjonelle entreprisekontrakter.¹¹⁰ I samspillkontrakter er det en felles målsetting om å realisere det økonomiske potensial som knytter seg til byggeprosjektet. Entreprenøren har ofte et betydelig spillerom under utøvelsen av sin funksjon på partenes vegne. Slik bør det være av hensyn til prosjekteffektiviteten. Entreprenørens sentrale rolle i prosjektet forutsetter dermed særlig strenge krav til entreprenørens lojalitet overfor byggherren.¹¹¹

Desto mer man kan klandre entreprenøren for sin opptreden, desto mer gjør hensynet til lojalitet seg gjeldende. Det taler for at entreprenøren skal holde kostnader som skyldes forsettlig eller grovt uaktsom opptreden utenfor prosjektregnskapet.¹¹² Spørsmålet er om byggherren kan kreve at kostnader som skyldes simpel uaktsomhet også skal holdes utenfor prosjektregnskapet.

Bergsaker skriver at det neppe er grunnlag for å etablere en regel tilsvarende den som EBA har inntatt i sitt avtaleutkast, uten kontraktuell forankring. Han skriver videre at «det [nok] i tilfelle [må] legges til grunn at det må foreligge en mer kvalifisert klanderverdig opptreden» for at det

¹⁰⁷ Høyesterett har blant annet i Rt.1984 side 28 (s.34) vist til «ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold», som grunnlag for å kjenne avtalen ugyldig.

¹⁰⁸ Nazarian s. 85.

¹⁰⁹ John A. Rein, «Interessekonflikt og lojalitetsplikt i samarbeidsforhold på sokkelen», *Marlus nr. 209*, Oslo 1994 s. 11-19 (s. 15). Artikkelen omhandler regler om tolkning og utfylling av samarbeidsavtaler på sokkelen. Den er ikke direkte anvendelig for bygg- og anleggskontrakter på land. Den har likevel en viss overføringsverdi ettersom den omhandler samarbeidsforhold.

¹¹⁰ Nazarian s. 306-307.

¹¹¹ Nazarian s. 308-309.

¹¹² I avgjørelsen avsagt 21.april 2017 i Nord-Troms tingrett uttalte retten at det må innfortolkes et unntak fra vederlagsformatet hvor det er utvist kvalifisert klanderverdig opptreden fra en part. Dommeren konkluderte imidlertid med at det ikke forelå forhold på entreprenørens side som oversteg det som må forventes og som var tatt høyde for under samspillavtalen. Dommen er ikke rettskraftig og den er anket.

skal være tale om en begrensning i det avtalte vederlagsformatet.¹¹³ Det betyr at entreprenøren kan kreve at pådratte kostnader som skyldes simpel uaktsomhet kan tas med i prosjektregnskapet. Ved å akseptere at entreprenøren kan overføre ansvar til byggherren på denne måten, slipper partene i tillegg å identifisere hvor feilen kommer fra. Det vil gi en retts teknisk fordel, fordi det kan by på bevismessige utfordringer å identifisere feilen når en rekke årsaker har virket inn på utførelsesarbeidet.

På den andre siden taler funksjonsfordelingsprinsippet for at entreprenøren også må bære risikoen for kostnader som skyldes en *konkret* uaktsom opptreden eller unnløstelse. Lojalitetsbetraktninger gjør seg også gjeldende ved simpel uaktsomhet, om ikke med samme styrke som for forsettlig eller grov uaktsom opptreden. Kostnader som derimot skyldes annen urasjonell drift, og som ikke enkelt kan tilbakeføres til en konkret opptreden eller unnløstelse, må antas å inngå i prosjektregnskapet i samsvar med vederlagsmodellen i samspillkontrakten – som har til hensikt å bevirke en ugunstig utvikling av prosjektet.

Dersom partene ikke har regulert spørsmålet om vederlagsrisikoen for klanderverdig opptreden særskilt, er løsningen usikker. Ettersom vederlagsformatet ikke er et rent regningsarbeidsformat er bestemmelsene om regningsarbeider i NS 8407 ikke egnet for samspillmodellen. Spørsmålet er heller ikke avklart verken i rettspraksis eller juridisk teori.¹¹⁴

Etter mitt skjønn må man innfortolke et unntak fra vederlagsformatet ved forsettlig eller grov uaktsom opptreden. Ved simpel uaktsomhet må kostnadene skyldes en konkret uaktsom opptreden eller unnløstelse for at byggherren skal kunne kreve at de påløpte kostnadene skal holdes utenfor prosjektregnskapet. Ved kostnader som skyldes annen urasjonell eller uforsvarlig drift må det være nokså klart at entreprenøren kan ta med slike kostnader i prosjektregnskapet. For å redusere faren for tvist bør partene likevel regulere risikofordelingen særskilt i samspillkontrakten. Reguleringen bør være klart formulert og gi uttrykk for en balansert risikofordeling.

¹¹³ Bergsaker s. 181.

¹¹⁴ Avgjørelsen fra 21. april 2017 i Nord-Troms tingrett behandler spørsmålet. Avgjørelsen er imidlertid ikke rettskraftig og er anket.

5.3 Risikoen for kostnader som påløper i forbindelse med mangelutbedring

5.3.1 Overordnet om mangelutbedring

Dersom det foreligger et avvik fra den ytelsen partene har blitt enige om at entreprenøren skal levere og avviket skyldes forhold entreprenøren svarer for, foreligger det en mangel.¹¹⁵ Den sentrale mangelsbeføyelsen i entreprisekontrakter er krav på utbedring av mangelen. Prisavslag og erstatning er subsidiære mangelsbeføyelser.¹¹⁶ De vil ikke behandles i det følgende.

Problemstillingen er hvorvidt entreprenøren har en vederlagsfri utbedringsplikt overfor byggherren.

I det følgende vil jeg kort gjengi reglene om mangelutbedring i tradisjonelle entreprisekontrakter. I punkt 5.3.3 vil jeg drøfte risikofordelingen ved mangler i samspillkontrakter.

5.3.2 Risikoen i tradisjonelle entreprisekontrakter

Reglene om mangelutbedring kommer til uttrykk i NS 8407 punkt 42.1. Det foreligger en mangel dersom kontraktsgjenstanden ved overtakelse ikke oppfyller kravene som partene som følger av kontrakten, og det skyldes forhold som entreprenøren svarer for. Det er kontrakten og de senere endringene som danner rammen for leveringsplikten. Den nærmere fastsettelse av kravene til kontraktsgjenstanden følger av punkt 14.

Hvilke forhold entreprenøren svarer for er en henvisning til funksjonsfordelingsprinsippet. Den ordinære risikofordelingen er avgjørende for om entreprenøren har en vederlagsfri utbedringsplikt overfor byggherren. Dersom årsaken til oppfyllelsssvikten er innenfor byggherrens risikoområde foreligger det ikke en mangel som byggherren kan gjøre gjeldende overfor entreprenøren.

Risikospørsmålet som oppstår ved mangler er om avviket fra kontrakten skyldes en byggherrisiko.

Er forholdet innenfor entreprenørens funksjonsområde, foreligger det en mangel. Man kan si at entreprenøren er nærmest til å bære følgene av svikt som oppstår. Det er presisert i punkt 42.3.2 at

¹¹⁵ Hagstrøm og Bruserud s. 363.

¹¹⁶ Hagstrøm og Bruserud s. 387.

entreprenøren skal dekke nødvendige kostnader som oppstår i direkte i tilknytning til mangelen. Entreprenøren kan ikke ta betalt for arbeidet eller medgåtte materialer.

5.3.3 Risikoen i samspillkontrakter

I det følgende forutsetter jeg at det foreligger et avvik fra den ytelsen partene har blitt enige om at entreprenøren skal levere, og at avviket skyldes forhold entreprenøren svarer for.

Normalt vil partene innta en reklamasjonsavsetning i målprisen. Reklamasjonsavsetning er en egen post i målprisen som tar høyde for kostnader for reklamasjoner på mangler ved entreprenørens kontraktarbeider.¹¹⁷ Hvordan partene har regulert reklamasjonsavsetningen angir normalt hvilken risikofordeling partene har blitt enige om for kostnader knyttet til mangelutbedringen. Det illustrerer at det er en nær sammenheng mellom risikofordelingen og fastsettelsen av målprisen. Spørsmålet er hvordan partene kan regulere reklamasjonsavsetningen.

Et alternativ er at partene blir enige om et beløp, basert på erfaringstall. Partene sperrer beløpet på en konto. Beløpet skal entreprenøren benytte til reklamasjonsarbeider i reklamasjonsperioden. Dersom reklamasjonsperioden er over, og det er et resterende beløp igjen på kontoen, skal partene fordele beløpet mellom seg etter incitamentsordningen. Dersom det ikke er avsatt tilstrekkelig beløp til å dekke reklamasjonsarbeidet, skal partene dele på utgiftene etter fordelingen som følger av incitamentsordningen.¹¹⁸ Ved denne løsningen vil partene holde reklamasjonsavsetningen utenfor både prosjektrengskapet og målprisen. Risikoen er likevel delt mellom partene, med den tilpasning som følger av incitamentsordningen.

Et annet alternativ er å inkludere reklamasjonsavsetningen i prosjektrengskapet. Ettersom den overordnede målsettingen for kontrakten er å finne besparelser som skal slå gunstig ut for begge parter, kan denne løsningen være hensiktsmessig. På fabrikkasjonskontraktenes område ble det utarbeidet en samarbeidskontrakt som heter Norsk Prosjektalliansekontrakt fra 1996 (heretter NPA 96). I NPA 96 punkt 6.3 er det inntatt at;

¹¹⁷ EBA s. 17.

¹¹⁸ EBA s. 17.

« ... omkostningene ved utbedring [skal] debiteres gjennom Prosjektomkostningene og faktureres i henhold til art. 9.1».

NPA 96 har inntatt at partene skal belaste prosjektet med utbedringskostnader, slik at partene svarer for kostnadene innenfor rammen av den avtalte incitamentsordningen. NPA 96 er imidlertid aldri blitt tatt i bruk i praksis. Det tilsier at løsningen den gir er mindre interessant enn den kunne vært dersom den var hyppig tatt i bruk for samarbeidsprosjekt på sokkelen. På den andre siden er den manglende bruken av NPA 96 ikke nødvendigvis begrunnet i punkt 6.3. Man kan derfor ikke legge avgjørende vekt på at bestemmelsen ikke er tatt i bruk i praksis. NPA 96 er illustrativ og angir et forslag til hvordan partene kan regulere reklamasjonsavsetningen i samspillkontrakter.

De overnevnte løsningene er imidlertid ikke særlig praktiske. Løsningene innebærer at sluttoppgjøret mellom partene ikke kan gjøres opp før etter garantiperiodens utløp. Partenes økonomiske stilling kan bli mindre forutsigbar frem til garantiperiodens utløp. Kapital kan dermed bli bundet i de enkelte prosjekt, hvilket kan hemme videre investeringer og nye prosjekt. Det kan være uheldig for partene.

Etter nærmere avtale kan byggherre heller velge å «gi» entreprenøren reklamasjonsavsetningen, og dermed fri seg fra risikoen for reklamasjonsarbeid over avsetningen. Entreprenøren vil alene bære risikoen for overskridelser av avsetningsposten. Det vil medføre større forutberegnelighet knyttet til vederlaget for byggherren. Byggherren må imidlertid «betale» seg fri fra risikoen, gjennom en økt reklamasjonsavsetningspost.

Denne løsningen er valgt i EBA sitt kontraktutkast. I punkt 6.7 fremgår det at;

«[e]ntreprenøren overtar i sluttoppgjøret avsetningen på reklamasjonsarbeid.
Entreprenøren overtar samtidig risikoen for at reklamasjonsarbeidene overstiger avsetningen».

Bestemmelsen innebærer at entreprenøren må dekke kostnader knyttet til mangelutbedring etter overlevering dersom de skulle overstige det som er lagt til grunn i målprisen. Her følger EBA systemet til NS 8407 om at entreprenøren må dekke kostnader tilknyttet mangelutbedring. Etter

mitt skjønn er dette den mest hensiktsmessige måten å regulere reklamasjonsavsetningen i samspillkontrakten på.

Dersom risikofordelingen mellom partene ikke fremgår av reklamasjonsavsetningen, er spørsmålet om risikofordelingen i standarden også er egnet for samspillmodellen.

Det følger av vederlagsformatet i en samspillkontrakt at kostnader som skyldes feil og forsømmelser, og som er oppstått *før* overlevering skal inngå som en del av prosjektregnskapet. Det gjelder med mindre unntakene som er drøftet i punkt 5.2.2 over gjør seg gjeldende. Hensyn til sammenheng mellom kontraktsbestemmelsene tilsier at man bør legge til grunn den samme løsningen ved feil som oppstår *etter* overlevering.

Det er imidlertid et alminnelig prinsipp i entreprisekontrakter at entreprenøren skal dekke kostnader ved manglutbedring.¹¹⁹ Forutberegnelighetshensyn tilsier at avvik fra kontraktsbestemmelser i NS 8407, som utgjør et alminnelig prinsipp, bør ha en klar kontraktuell forankring.¹²⁰ Statsbygg følger systemet i standarden. I Statsbyggs samspillkontrakt er det fastsatt at;

«[m]angler som påberopes av byggherren etter overtakelse dekkes fullt ut av totalentreprenøren».

Etter mitt skjønn taler de beste grunner for å legge til grunn løsningen som fremgår av NS 8407, dersom annen risikofordeling ikke fremgår av reklamasjonsavsetningsposten. Byggherren kan dermed kreve at entreprenøren holder kostnader knyttet til manglutbedring utenfor prosjektregnskapet, slik at entreprenøren bærer risikoen for mangler som oppstår etter overlevering.

¹¹⁹ Det er slått fast både i NS 8407 punkt 42.3.2, NS 8405 punkt 36.2.

¹²⁰ Bergsaker s. 182.

6 AVSLUTNING

Som påpekt innledningsvis er samspillkontrakter egnet for de prosjektene hvor byggherren har behov for entreprenørens særlige kompetanse. Det kan typisk være i komplekse prosjekter, eller i prosjekter hvor byggherren ikke selv har den bygningskunnskapen som et moderne bygge- og anleggsprosjekt krever.

Både funksjonsfordelingen og vederlagsstrukturen i samspillkontrakter skiller seg fra tradisjonelle entreprisekontrakter. Selv om kontraktene ofte er basert på NS 8407 er det vanskelig å anvende bestemmelsene fullt ut.

Spørsmål om risikofordeling i samspillkontrakter vil særlig oppstå i relasjon til justering av målprisen og hvilke påløpte kostnader byggherren kan kreve at entreprenøren holder utenfor prosjektregnskapet. Vederlagsmodellen sikrer entreprenøren fullt vederlag dersom partene justerer målprisen ved endringer og ved svikt i byggherrens medvirkning. For entreprenøren er det av særlig interesse å vite hvilke kostnader han kan avregne som en prosjektkostnad, fordi det avgjør hvorvidt disse kan belastes prosjektet eller må holdes utenfor prosjektregnskapet.

Gjennomgangen over viser at samspillentrepriser reiser særskilte risikospørsmål som partene bør kontraktsregulere. Etter min vurdering er det behov for å standardisere enkeltelementer i en samspillkontrakt. Så lenge det ikke finnes en standard for samspillkontrakter eller standardiserte enkeltelementer, er kontraktuell regulering av risikospørsmålene i den enkelte samspillkontrakt den beste måten å håndtere interessemotsetningene mellom partene på.

LITTERATURLISTE

Standardavtaler for bygg og anlegg

- Norsk Standard 3401:1969 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (tilbaketrukket)
- Norsk Standard 3431:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (tilbaketrukket)
- Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt
- Norsk Standard 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt
- Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

Standardavtaler for tilvirkning på sokkelen

- Norsk Prosjektalliansekontrakt 1996
- Norsk Totalkontrakt 2015

Lover og forarbeider

- Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova).
- NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov.
- Ot.prp. nr. 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.
- Meld.St.28 (2011-2012) Gode bygg for eit betre samfunn.

Rettsavgjørelser

- Rt. 1917 side 673.
- Rt. 1969 side 1122.
- Rt. 1984 side 28.
- Rt. 1984 side 962.
- Rt. 1989 side 1318.
- Rt. 2010 side 961.
- Rt. 2010 side 1345.
- Rt. 2012 side 1729.

- HR-2016-1447 A.
- LB-2011-61886 (Borgarting).
- Nord-Troms tingrett, 21. april 2017, 16-109223TVI-NHER (ikke rettskraftig).

Litteratur

- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009).
- Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold* (Oslo 1997).
- Bergsaker, Olav, «Samspillkontrakter – noen refleksjoner om de rettslige rammene» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) (Oslo 2010) s. 170-185.
- Bresnen, Mike og Nick Marshall, “Partnering in construction: a critical review of issues, problems and dilemmas” *Construction management and economics* (2000) volum 18 s. 229-237.
- Bresnen, Mike og Nick Marshall, “Motivation, Commitment and the use of incentives in partnerships and alliances”, *Construction Management and Economics* (2000) volum 18 s. 587-598.
- Bresnen, Mike og Nick Marshall “Partnering strategies and organizational cultures in the construction industry”, i *Hughes W (ed.), 14th Annual ARCOM Conference, University of Reading, Association of Researchers in Construction Management* (1998) volum 2 s. 465-476.
- Dansk Byggeri mfl., *Partnering i praksis*, 2. utgave (2005).
- Entreprenørforeningen - Bygg og Anlegg og Hans Christian Brodtkorb, *Veileder om samspillentreprise*, 1. opplag (Oslo 2014).
- Goller, Morgen mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (Oslo 2014).
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2013).
- Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett* (Oslo 2014)
- Kaasen, Knut, «Partnering: Keiserens nye klær?» i *Marlus nr. 209* (Oslo 1994) s. 29-40.
- 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?» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) (Oslo 2010) s. 304-327.

- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer* (Oslo 2007).
- Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Tromsø 2007).
- Nordtvedt, Henning mfl., *NS 8407 Kommentartutgave* (Oslo 2013).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave (Bergen 2005).
- Rein, John A., «Interessekonflikt og lojalitetsplikt i samarbeidsforhold på sokkelen». *Marlus nr. 209* (Oslo 1994) s. 11-19.
- Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen* (Oslo 1966).
- Standard Norge, «Mandat for SN/K 361 – Samspillkontrakter», *Mandat vedtatt på sektorstyremøte BAE 2014-10-23* (Lysaker 8.1.2015)
- Standard Norge, «Nye samarbeidsformer innenfor bygg og anlegg – Er det behov for nye eller reviderte standardkontrakter?», *Standard Norges komité SN/K 534* (2.4.2013)
- Stene, Trine Marie, Ola Lædre og Bjørn Andersen, «Rapport: Samspill i gjennomføring av byggeprosjekter. Former for samspill og effekter», *SINTEF Teknologi og samfunn, Produktivitet og prosjektledelse*, 2.versjon (Trondheim 1.2.2016)
- Tørum, Amund Bjøranger, «Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriser – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) (Oslo 2010) s. 453-489.

Linker

- <https://www.anskaffelser.no/temaer-bae/offentlig-privat-samarbeid-ops/kva-er-offentleg-privat-samarbeid-ops> (5.5.2017)
- <https://www.anskaffelser.no/bygg-anlegg-og-eiendom-bae/temaer-bae/best-value-procurement-bvp> (5.5.2017)
- <http://www.bygg21.no/no/artikler/nyheter/stort-effektiviseringspotensial-i-byggenaringen/> (22.5.2017).
- http://fidic.org/sites/default/files/skeggs_all_text_12feb04.pdf (5.5.2017)
- <https://www.standard.no/standardisering/komiteer/sn/snk-361/> (5.5.2017)
- <https://www.standard.no/toppvalg/om-oss/standard-norge/> (5.5.2017)