

UiO : **Det juridiske fakultet**

NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd  
og konsekvenser av at  
mengdeavvik anses som  
endring, i lys av Høyesteretts  
dom gjengitt i Rt. 2014 s. 520

Kandidatnummer: 567

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 14168



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning .....	2
1.3	Rettskildebildet.....	3
1.4	Avtaletolking i entrepriserforhold .....	5
1.5	Avhandlingens videre fremstilling .....	6
<b>2</b>	<b>ENDRING ETTER NS 8405 PUNKT 22.1</b> .....	<b>7</b>
2.1	Kontraktspartenes overordnede motiver .....	7
2.2	NS 8405 punkt 22.1 første til tredje ledd .....	8
2.3	NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd .....	10
2.3.1	Generelt om bestemmelsen .....	10
2.3.2	Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg).....	13
2.3.3	Forholdet mellom vesentlighetsvurderingen og forutsetningslæren.....	14
<b>3</b>	<b>KONSEKVENSER AV AT EN ØKNING ELLER REDUKSJON I REGULERBARE MENGDER ANSES SOM EN ENDRING ETTER NS 8405 PUNKT 22.1 FJERDE LEDD</b> .....	<b>19</b>
3.1	Innledning.....	19
3.2	Fristforlengelse etter NS 8405 punkt 24.1 litra a .....	19
3.3	Vederlagsjustering etter NS 8405 punkt 25.2 litra a .....	20
3.3.1	Generelt om bestemmelsen .....	20
3.3.2	Justerte enhetspriser etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd .....	21
3.3.3	Når enhetsprisen ved endring etter 22.1 fjerde ledd er forrykket .....	23
3.4	Delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd .....	24
3.4.1	Generelt om NS 8405 punkt 38.1 .....	24
3.4.2	Punkt 38.1 tredje ledd .....	25
3.4.3	Forholdet mellom ordlyden i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd og punkt 22.1 fjerde ledd.....	26
3.4.3.1	Det ”samlede vederlag” .....	27
3.5	Endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd som grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd .....	30
3.5.1	Generelt.....	30
3.5.2	Bakgrunn for problemstillingen.....	31
3.5.3	Akkumulerte avvik fra kontraktens regulerbare poster som grunnlag for endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.....	33

3.5.4	Delvis avbestilling .....	36
3.5.5	Endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd – hele eller deler av avviket.....	39
<b>4</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>42</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>44</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tradisjonelt har det blitt skilt mellom utførelsesentreprise og totalentreprise som de to overordnede typene av entreprisekontrakter. Hovedforskjellen mellom de to ligger i kontraktspartenes risikofordeling, ved at prosjekteringsansvaret ved utførelsesentreprise ligger hos byggherren, mens det ved totalentreprise er lagt til entreprenøren.<sup>1</sup>

Avhandlingen er sentrert rundt enhetspriskontrakter med regulerbare poster. Enhetspriskontrakter faller inn under utførelsesentreprise, hvor vederlagsformatet er basert på enhetspriser. Enhetspriskontrakter er i hovedsak sammensatt slik at totalytelsen brytes ned til enheter, hvor det estimerte omfanget av den enkelte post er basert på byggherrens prosjekterte anslag.<sup>2</sup> Mengdene er variable, og kan derav beskrives ved ytelser som samlet utgjør det resultat som etter kontrakten skal oppnås. Enhetspriskontrakten definerer derfor i hovedsak et resultat, fremfor et omfang. Byggherrens utarbeidede anslag danner konkurransegrunnlaget som entreprenøren legger til grunn for sitt pristilbud, hvor hver beskrevne enhet er priset. Forutsatt at etterfølgende kontraktsforhandlinger leder til en avtale mellom partene, tegnes kontrakten med en kontraktssum på bakgrunn av pristilbudet og forhandlingsresultatet. Entreprenøren dokumenterer så løpende de faktisk utførte mengdene for hver post, som summert utgjør entreprenørens vederlagskrav ved ferdigstillelse av arbeidene. Enhetsprisformatet benyttes ofte i rene utførelsesentrepriser, eksempelvis anleggsarbeider, hvor ytelsens omfang for å nå resultatet er usikkert. Konkurransegrunnlaget danner på den måten utgangspunktet for de forutsetninger entreprenøren legger til grunn for sine enhetspriser. Under prosjektets utførelse vil det imidlertid kunne oppstå forhold som forskyver disse parameterne. I kjølvannet av disse endringene vil det kunne oppstå flere juridiske spørsmål.<sup>3</sup>

Avhandlingens hovedspørsmål er hvordan endringer i entreprenørens mengdeforutsetninger påvirker rettsstillingen overfor byggherren i entreprisekontrakter basert på NS 8405. NS 8405 er den primære standardkontrakten for utførelsesentreprise er<sup>4</sup>, og avhandlingen baserer seg på denne. Øvrige gjeldende standardkontrakter utarbeidet av Norsk Standard dekker ulike

---

<sup>1</sup> Marthinussen (2010) s. 45

<sup>2</sup> Se mer om dette i blant annet Hagstrøm (2014) s. 155

<sup>3</sup> Hagstrøm (2014) s. 155 og s. 316 flg., Barbo (1997) s. 55

<sup>4</sup> NS 8405 punkt 1

kontraktsforhold innen entrepriseretten,<sup>5</sup> og enkelte vil bli vist til underveis, primært i sammenligningsøyemed.

Gjennom samtaler med Maskinentreprenørenes Forbund (MEF), fikk jeg et innblikk i flere av de praktiske og juridiske problemstillingene og utfordringene kontraktspartene står overfor.<sup>6</sup> Problemstillinger knyttet til mengdeavvik på regulerbare poster var her et tilbakevendende tema. At dette er et aktuelt tema innen entrepriseretten som stadig kommer opp i praksis, kan i stor grad relateres til enhetspriskontraktens dynamiske natur. Det dynamiske elementets plass i det ellers omfattende og tidvis kompliserte bildet entreprisekontrakter skal dekke, gir utslag i begge kontraktsparters forventninger og marginer.<sup>7</sup>

Spørsmål knyttet til enhetspriskontrakter med regulerbare mengder har i den senere tid vært i fokus. En drivende faktor for dette har vært Høyesteretts dom gjengitt i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) som ble avsagt i mai i år. Dommen aktualiserte utfordringer knyttet til mengdeavvik på regulerbare poster, og la føringer for behandling av mengdeavvik i forhold til enhetspriskontraktens anslåtte mengder. Sentralt i så måte er Høyesteretts drøftelse av vurderingsgrunnlaget for delvis avbestilling etter NS 8406 punkt 28 tredje ledd. Denne avhandlingen omhandler NS 8405. Forholdet mellom NS 8405 og NS 8406 adresseres senere i besvarelsen, men er for de aktuelle punktene innholdsmessig tilsvarende.

For enhetspriskontrakter med regulerbare mengder avgjøres hva som er å anse som en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Relasjonen mellom delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, og endringsbestemmelsen i punkt 22.1 fjerde ledd, har reist flere interessante og uavklarte spørsmål.

## **1.2 Avgrensning**

Avhandlingen tar utgangspunkt i entreprenørens perspektiv, og drøftelsene har primært denne synsvinkelen for øye. Videre er det kun det tradisjonelle forholdet mellom entreprenør og byggherre, som næringsdrivende parter, som vil bli behandlet. Forhold i forbindelse med at entreprenør eller byggherre har satt bort deler av kontrakten, herunder arbeidsoppgaver og prosjekteringen, holdes utenfor.

---

<sup>5</sup> NS 8407, NS 8406, NS 8416, NS 8415

<sup>6</sup> Kollerød og Erstad (2014)

<sup>7</sup> Hagstøm (2014) s. 148

Videre vil avhandlingen kun ta utgangspunkt i enhetspriskontrakter med regulerbare poster. Det gjøres således en avgrensning mot kontrakter hvor enhetspris legges til grunn for et fast-prisformat, eller hvor det gjennom avtale om ”låste mengder”<sup>8</sup> foretas en risikooverføring fra en part til en annen. Tilsvarende gjelder forhold knyttet til ”rigg og drift”<sup>9</sup>, ”plunder og heft”<sup>10</sup>, og problemstillingen rundt ”eier av slakken”<sup>11</sup>.

Reglene om varsling vil kun nevnes, og forsering<sup>12</sup> blir ikke behandlet. Beregningsmekanis-  
mene for fristforlengelse,<sup>13</sup> vederlagsjustering, og erstatning ligger utenfor avhandlingens  
kjerne og behandles ikke. Tilfeller av force majeure vil ikke bli behandlet.<sup>14</sup>

For ordens skyld nevnes at avhandlingen kun tar for seg bygge- og anleggsvirksomhet som utføres på landjorden.

### 1.3 Rettskildebildet

Entrepriseretten mellom næringsdrivende parter har i hovedsak vært selvregulert gjennom standardkontrakter og er i liten grad lovfestet. Sentralt står standardkontraktene utformet i regi av Standard Norge, som tar utgangspunkt i hvilket grunnlag partene ønsker å inngå avtale på.<sup>15</sup> Den standarden som i størst grad benyttes, og som oftest tjener som referansepunkt, er NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt.<sup>16</sup>

Frem til NS 3430, som var forgjenger til NS 8405, kom i 1994 var standardene i entrepriseret-  
ten basert på tvisteløsning ved voldgift. Som en følge av at voldgiftspraksisen ikke har vært  
offentlig tilgjengelig, og det ikke foreligger forarbeider til standardene, har tilgjengeligheten  
til rettskildemateriale vært begrenset.<sup>17</sup> Fra og med NS 3430 ble det innført endringer i vold-  
giftspraksisen som er videreført i NS 8405. Bestemmelsene er deklatoriske, men utgangs-  
punktet er at tvister hvor kravet eller verdien av tvistegjenstanden er under 100G<sup>18</sup> skal avgjø-

---

<sup>8</sup> NS 8405 punkt 27.2

<sup>9</sup> Se mer om dette i blant annet Marthinussen (2010) s. 373 og 378 til 380

<sup>10</sup> Se mer om dette i blant annet Marthinussen (2010) s. 381 til 386

<sup>11</sup> Se mer om dette i blant annet Marthinussen (2010) s. 336

<sup>12</sup> NS 8405 punktene 22.2 og 24.8

<sup>13</sup> NS 8405 punkt 24.5

<sup>14</sup> Se mer om dette i blant annet Hagstrøm (2014) s. 234 til 236

<sup>15</sup> Eksempelvis NS 8407, NS 8406, NS 8416, NS 8415

<sup>16</sup> Hagstrøm (2014) s.25

<sup>17</sup> Marthinussen (2010) s. 51 og Hagstrøm (2014) s. 28

<sup>18</sup> Grunnbeløpet (G) per 1. mai 2014 kr. 88 370,-

res ved ordinær rettergang.<sup>19</sup> På denne måten har tilgangen til domsmateriale som rettskilde økt. Ytterligere tilgang kom med den nye voldgiftsloven som inneholder en deklarasjonsbestemmelse om offentlighet.<sup>20</sup> Det er omdiskutert i hvilken grad voldgiftsavgjørelser kan tillegges rettskildemessig vekt.<sup>21</sup> Som følge av begrenset tilgang til avgjørelser ved domstolene har imidlertid voldgiftsavgjørelser blitt tillagt noe vekt i entrepriseretten.

Det foreligger ikke omfattende høyesterettspraksis på området, selv om tendensen i senere tid har vært tiltagende. Som en mulig begrunnelse har det blitt pekt på at tvistene i stor grad knytter seg til tolkningen av faktum, og blir dermed konkrete fremfor prinsipielle.<sup>22</sup>

Standardkontraktene kommer ikke til anvendelse i forbrukerforhold, da dette er lovregulert ved bustadoppføringsloven<sup>23</sup> og håndverkertjenesteloven.<sup>24</sup>

Juridisk teori har som utgangspunkt begrenset rettskildemessig vekt, men kan ha stor innflytelse i praksis.<sup>25</sup> Som en følge av at mer tungtveiende rettskilder har vært lite tilgjengelig, har juridisk teori fått en større rolle på rettsområdet enn det som ofte er tilfelle ellers.<sup>26</sup> Med standardkontraktenes utvikling har tilhørende kommentarutgaver blitt utarbeidet som hjelpemiddel.<sup>27</sup> Kommentarutgavens omfattende veiledning i tolkning av standardene, med henvisning til rettspraksis, har bidratt til god dekning av sentrale juridiske problemstillinger i entrepriseretten. Tore Sandviks doktoravhandling<sup>28</sup> og kommentarutgave til NS 3401<sup>29</sup> anses å danne det teoretiske fundamentet innen entrepriseretten.<sup>30</sup> Verk som Hagstrøms *Entrepriserett*<sup>31</sup> har gitt et overblikk over entrepriseretten som helhet, og ble fulgt opp med utgivelse høsten 2014 i samarbeid med Bruserud.<sup>32</sup> Videre kan Barbos *Kontraktssomlegging i entrepriserforhold*<sup>33</sup> trekkes frem som eksempel på verk av mer forskningsrettet tilnærming, som har fått en sentral stilling i teorien.

---

<sup>19</sup> NS 8405 punkt 43.3 og 43.4

<sup>20</sup> Voldgiftsloven § 5

<sup>21</sup> Woxholth (2013) s. 102-106

<sup>22</sup> Se blant annet Marthinussen (2010) s. 52

<sup>23</sup> Bustadoppføringsloven § 1

<sup>24</sup> Håndverkertjenesteloven § 1

<sup>25</sup> Eckhoff (2001) s. 269-275 og Boe (2012) s. 316-317 og s.320-322

<sup>26</sup> Hagstrøm (2014) s. 28

<sup>27</sup> Sandvik (1977), *Kommentar til NS 3430* (1992) og Marthinussen (2010)

<sup>28</sup> Sandvik (1966)

<sup>29</sup> Sandvik (1977)

<sup>30</sup> Hagstrøm (2014) s. 29

<sup>31</sup> Hagstrøm (1997)

<sup>32</sup> Hagstrøm (2014)

<sup>33</sup> Barbo (1997)

## 1.4 Avtaletolking i entrepriseforhold

Som det fremgår av forordet til NS 8405 er standarden utarbeidet i samarbeid mellom bransjeorganisasjoner som representerer både byggherresiden og entreprenørsiden. Standarden lister i punkt 3.2 hvilke dokumenter som inngår i kontrakten, med mindre annet er avtalt. Dokumentene utfyller hverandre, og prioriteres ikke i forhold til hverandre med mindre det foreligger motstrid. Dersom det oppstår motstrid mellom kontraktsdokumentene reguleres prioriteringsrekkefølgen i standardens punkt 3.2.

NS 8405 anses å gi uttrykk for alminnelige kontraktsbestemmelser ved avtaler om større bygg og anleggsarbeider. Foruten nødvendige endringer som følge av spesielle forhold ved individuelle prosjekter, er bestemmelsene ment å kunne anvendes uten andre tilpasninger enn standarden åpner for.<sup>34</sup> Bestemmelsene er deklatoriske, men partene risikerer at større endringer i ordlyden skaper ubalanse i andre deler av standarden ettersom bestemmelsene er sammensatt som et helhetlig system.<sup>35</sup>

Uavhengig av om standardkontrakten revideres av partene eller ikke, vil innholdet og rettsvirkninger bero på en tolkning av den konkrete kontrakten. På lik linje med andre kontrakter er tolkning av entreprisekontrakter underlagt alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. For kontraktsforhold mellom profesjonelle parter er hovedregelen at det må foretas en objektiv fortolkning av kontraktens ordlyd.<sup>36</sup> Her står blant annet hensynet til forutberegnelighet sentralt. Dette innebærer at bevisbyrden ligger hos den part som hevder at partenes forståelse var en annen på avtaletidspunktet enn det som fremgår av ordlyden. Det følger av høyesterettspraksis at det skal sterke grunner til for å fravike den objektive forståelsen av ordlyden, særlig for standardkontrakter som er et produkt av forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.<sup>37</sup> Videre må ordlyden tolkes objektivt i lys av bestemmelsenes formål, og øvrige reelle hensyn.<sup>38</sup>

Uklarhetsregelen gjør seg gjeldende ved tolkningen av entreprisekontrakter, og tvil ved tolkningen av dokumenter<sup>39</sup> og vilkår i kontrakten er som utgangspunkt til den forfattende parts

---

<sup>34</sup> NS 8405 forord

<sup>35</sup> Marthinussen (2010) s. 54

<sup>36</sup> Haaskjold (2013) s. 416

<sup>37</sup> Se blant annet Rt. 2000 s. 806 på side 815, 2002 s. 1155 på side 1159, Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 34, Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

<sup>38</sup> Se blant annet Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

<sup>39</sup> NS 8405 punkt 3.1 litra e



ugunst.<sup>40</sup> For NS 8405 som er en standardkontrakt utformet i regi av Standard Norge vil ukklarhetsregelen være av mindre betydning.<sup>41</sup>

## **1.5 Avhandlingens videre fremstilling**

I det følgende vil det bli foretatt en generell redegjørelse for entreprenørens overordnede motiver for inngåelsen av entreprisekontrakten, samt en gjennomgang og drøftelse av den sentrale endringsbestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd som avhandlingen går ut fra. Herunder vil Høyesteretts dom gjengitt i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) presenteres, likeledes forholdet mellom endringsbestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og forutsetningslæren drøftet (kapittel 2). Deretter foretas en gjennomgang og drøftelse av sentrale følger og problemstillinger ved at det i enhetspriskontrakter basert på NS 8405 foreligger endring på regulerbare poster i kontrakten (kapittel 3). Sentralt i drøftelsen står vurderinger i forholdet mellom endringsbestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og avbestillingsbestemmelsen i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, i lys av Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg).

---

<sup>40</sup> Woxholth (2012) s. 382

<sup>41</sup> Haaskjold (2013) s. 417

## **2 Endring etter NS 8405 punkt 22.1**

### **2.1 Kontraktspartenes overordnede motiver**

Overordnet er entreprenørens prising sammensatt av to faktorer, forventede kostnader knyttet til oppdraget og forventet fortjeneste. For enhetspriskontrakter vil entreprenørens enhetspris være et resultat av denne sammensetningen. Såfremt entreprenørens prosjektkostnader blir dekket, vil han ikke påføres et direkte tap ved å utføre arbeidet. Arbeidet vil imidlertid ikke generere et økonomisk overskudd. Hvilket påslag entreprenøren gjør ved fastsettelsen av enhetspriser vil igjen bero på flere faktorer, herunder markedsforhold på avtaletidspunktet og risikobildet.

Pris vil ofte være et verktøy i konkurransen om oppdrag, og da særlig for tilfeller hvor det er stor konkurranse blant aktører med tilnærmet homogen kompetanse. Byggherrens motiv vil her være at han oppnår den forventede nytte/verdiøkning til en lavere kostnad. På samme måte vil pris og kompetanse til en viss grad kunne kompensere hverandre. Eksempelvis vil en entreprenør med et kompetansefortrinn kunne stå sterkere til å sette en høyere pris enn en som har mindre erfaring og kunnskap på området. Tilsvarende vil sistnevnte entreprenør kunne forsøke å kompensere for dette ved å tilby en lavere pris. I begge tilfellene påvirkes fortjenesten, enten i form av at det kan gjøres et større påslag som følge av kompetansefortrinn, eller mindre påslag for å kompensere ved å gjøre seg attraktiv gjennom et lavere pristilbud. Byggherres hovedmotiv er fortsatt som over, men han kan være villig til å betale noe mer for å redusere risikoen blant annet for feil og forsinkelser, da disse vil kunne medføre både økte kostnader og ansvar for byggherren.

Den samme mekanismen vil man også se utslag av i situasjoner med liten konkurranse versus stor konkurranse. For situasjoner hvor markedet er svært stille og oppdragene få, kan det tenkes at entreprenøren velger å påta seg oppdrag såfremt hans variable kostnader samt prosjektets kostnader dekkes. Ved å få dekket inn kostnader som vil påløpe uavhengig av om entreprenøren har oppdrag eller ikke, vil entreprenørens økonomiske situasjon være i tilnærmet balanse i påvente av at markedet tar seg opp. Prosjektets risikobilde vil som nevnt også påvirke entreprenørens vurdering av påslagets størrelse. Ved kompliserte prosjekter med stor risiko for svært kostbare følger ved feil, vil entreprenøren i større grad måtte ta høyde for dette i påslaget enn ved mindre kompliserte og mindre risikofylte prosjekter.

Selv om entreprenøren setter enhetsprisene med det utgangspunkt at han må bære risikoen for sine forutsetninger, kan det under arbeidenes gang oppstå endring av det som er lagt til grunn i kontrakten. Endringer kan overordnet skje ved pålegg fra byggherren eller som utslag av

variabler under arbeidets gang. Samtidig kan gjenopprettelse av avtalebalansen søkes oppnådd gjennom konsekvensregulering i NS 8405, forutsetningslæren og avtaleloven § 36.

Videre vil standardens punkt 22.1 første til tredje ledd presenteres og gjennomgås, med hensikt å belyse bestemmelsens helhet før fjerde ledd behandles separat.

## **2.2 NS 8405 punkt 22.1 første til tredje ledd**

Som nevnt innledningsvis er et av særtrekkene ved entrepriseretten at kontraktene har en dynamisk karakter. Et sentralt element i så måte er byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringer under utførelsen av kontrakten. Denne kompetansen tillegges byggherren ved kontraktsinngåelsen, og opphører ved overtagelsen. Byggherrens endringskompetanse gjelder både for ytelsen<sup>42</sup> og fremdriften<sup>43</sup>, og favner således vidt.<sup>44</sup> Hensyn bak byggherrens rett til å pålegge endringer er i stor grad relatert til typen sluttprodukter entrepriseretten omfatter. Bygge- og anleggsprosjekter vil ofte gå over lengre tid, samtidig som utfordringer og forbedringsmuligheter kan dukke opp underveis i prosessen. Videre vil sluttproduktet gjerne være bygget for å vare i lang tid, og det vil kunne være både komplisert og kostbart å foreta endringer etter ferdigstillelse. Såfremt entreprenørens arbeid ikke er utført, vil dermed endringsadgangen være det mest samfunnsøkonomisk forsvarlige for denne kontraktstypen.<sup>45</sup>

Som hovedregel gis entreprenøren melding om endring i form av en endringsordre utstedt av byggherren.<sup>46</sup> Endringsordren skal være skriftlig, og den må informere om at endring kreves og hva denne går ut på. I tillegg forutsettes for gyldigheten av endringsordren at den er utstedt av byggherren selv, dennes representant<sup>47</sup>, eller i kraft av fullmakt. Virkningen av en gyldig endringsordre er at det utløses en plikt hos entreprenøren til å utføre endringsarbeidet.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> NS 8405 punkt 22.1

<sup>43</sup> NS 8405 punkt 22.2

<sup>44</sup> Hagstrøm (2014) s. 281

<sup>45</sup> Sandvik (1977) s. 122

<sup>46</sup> NS 8405 punkt 22.1 første ledd, unntak kan forekomme via irregulær endringsordere dersom entreprenørens varsel etter punkt 23.2 ikke blir besvart, jf. punkt 23.3 annet ledd

<sup>47</sup> NS 8405 punkt 6

<sup>48</sup> NS 8405 punkt 22.3

I NS 8405 punkt 22.1 annet ledd er innholdet av endringsbegrepet beskrevet som følger:

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

At de nevnte tilfellene ikke er en uttømmende liste over hva endringer kan bestå av fremgår av ordlyden ”kan gå ut på”<sup>49</sup>. Bestemmelsens øvrige ordlyd må imidlertid sies å favne svært vidt hva gjelder byggherrens adgang til å øke, redusere, legge til, fjerne og forandre kriteriene for entreprenørens omfang og kontrakten.

Kravet til endringens sammenheng med den opprinnelige avtalen er i NS 8405 punkt 2.3 beskrevet som følger:

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

En språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd er at byggherrens endringsadgang snevres inn etter type endringsarbeid og omfang. For det første er det en forutsetning at endringen står i ”sammenheng med det kontrakten omfatter”<sup>50</sup>. Ordlyden tilsier at byggherren er avskåret fra å pålegge entreprenøren endringer som ikke har en naturlig tilknytning til det som skal utføres under avtalen.

Sett at partene eksempelvis har inngått avtale om å rehabilitere veidekket på en strekning av fylkesveien gjennom kommunen. Dersom endringen går ut på å rehabilitere parkeringsplassen utenfor den videregående skolen langs traseen, vil dette trolig falle utenfor hva som er en naturlig fortsettelse av arbeidet som ligger til avtalen.<sup>51</sup> Ytterligere må det forstås slik at det ligger en geografisk begrensning i ordlyden. I fortsettelsen av eksempelet vil da endring som innebærer å rehabilitere dekket på fylkesveien et helt annet sted i fylket, fort kunne ligge utenfor byggherrens endringskompetanse.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> NS 8405 punkt 22.1 annet ledd

<sup>50</sup> NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd

<sup>51</sup> Eget eksempel

<sup>52</sup> Hagstrøm (2014) s. 305

For det andre faller endringer som er av en ”vesentlig annen art”<sup>53</sup> enn det arbeidet partene opprinnelig ble enige om utenfor. Først og fremst vil det være hensiktsmessig å se på hvilket virkeområde entreprenøren opererer i. Som illustrasjon kan tenkes at en murmester har inngått avtale om oppføring av grunnmuren til et næringsbygg. En endringsordre som går ut på å installere det elektriske anlegget vil her ligge utenfor entreprenørens virkeområde.

Etter annet punktum er byggherrens endringskompetanse deklarasjonsmessig begrenset oppad til en netto økning på 15% av kontraktssummen. Ettersom forholdet mellom økning og reduksjon er volatilt så lenge kontraktarbeidet pågår, vil det kunne knytte seg stor usikkerhet rundt denne begrensningen inntil prosjektet avsluttes. Virkningen av at dette taket nås er at entreprenøren som utgangspunkt kan nekte å utføre ytterligere endringer. I den forstand kan det også anses som en begrensning i entreprenørens utførelsesplikt som følge av endringsordre etter punkt 22.3 og 23.1. Ofte vil det nok være mer nærliggende at partene velger å reforhandle vilkårene for kontrakten for disse tilfellene.<sup>54</sup>

For kontrakter hvor byggherre innehar en opsjon på arbeider som ved kontraktsinngåelsen ikke er innløst, vil disse måtte innløses ved melding til entreprenøren. I endringshenseende vil en uinnløst opsjon ikke inngå i beregningsgrunnlaget av netto økning på 15%. Derimot vil en innløst opsjon måtte tas med i beregningsgrunnlaget. Videre vil endring i form av pålagt forsering etter punkt 22.2 inngå i beregningsgrunnlaget.<sup>55</sup>

## **2.3 NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd**

### **2.3.1 Generelt om bestemmelsen**

Det følger av NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd at:

”Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde at tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd

<sup>54</sup> Marthinussen (2010) s. 309

<sup>55</sup> Marthinussen (2010) s. 307

<sup>56</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

En forståelse av ordlyden ”vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”, er at vurderingen består av en todelt prosess. Først må det ved en konkret vurdering etableres hvilket avvik entreprenøren ”burde” ha tatt høyde for at kunne inntreffe. Dernest må det foretas en vurdering av hvorvidt omfanget av avviket som overgår det entreprenøren burde tatt høyde for er å anse som ”vesentlig”. Dersom vurderingen leder til en bekreftelse på at vilkårene er oppfylt, vil det foreligge endring. Virkningene av dette vil bli adressert i avhandlingens påfølgende kapitler.

I kommentarutgaven til forgjengeren, NS 3430, ble det uttalt at det var det omfanget ut over det entreprenøren burde ha tatt i betraktning som dannet grunnlaget for vesentlighetsvurderingen.<sup>57</sup> Altså ble det lagt til grunn en tilsvarende vurdering, hvor det først måtte vurderes hva entreprenøren ”burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”<sup>58</sup>, for så å vurdere hvorvidt tilleggsarbeidet ut over dette i ”vesentlig grad oversteg”<sup>59</sup>. Det er imidlertid verdt å merke seg at vesentlighetsvurderingen i NS 3430 rettet seg mot merarbeid, altså for tilfeller hvor avviket innebar en økning.<sup>60</sup> Vesentlighetsvurderingen i NS 8405 omfatter derimot både avvik i form av økning og reduksjon.<sup>61</sup>

I NS 8405, tilsier ordlyden ”burde”<sup>62</sup> at det må foretas en konkret vurdering av hva det kunne forventes at entreprenøren kunne forutse, på bakgrunn av tilgjengelig informasjon på avtale-tidspunktet. Det kan forstås ut fra ordlyden at vurderingen i hovedsak vil være objektiv, men den kan imidlertid ikke sies å utelukke at subjektive forhold ved avtalen vil være av betydning. I teorien har det blant annet blitt vist til at det må kunne kreves at entreprenøren har ”foretatt et forsvarlig skjønn”<sup>63</sup> og at utgangspunktet må være hva en ”aktsom entreprenør ville tatt i betraktning”<sup>64</sup>. En viss veiledning ligger i dette, men å slå fast en mer konkret og forutberegnelig målestokk hva gjelder omfanget kan det vanskelig sies å gjøre. Samtidig må vurderingen ta høyde for hvordan entreprisekontraktenes individuelle forhold påvirker grunnlaget for den objektive vurderingen som må foretas. Å sette mer konkrete rammer vil dermed kunne by på utfordringer med dette som utgangspunkt.

---

<sup>57</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 231

<sup>58</sup> NS 3430 punkt 28 annet ledd annet punktum

<sup>59</sup> NS 3430 punkt 28 annet ledd annet punktum

<sup>60</sup> NS 3430 punkt 28 annet ledd annet punktum

<sup>61</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>62</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>63</sup> Hagstrøm (2014) s. 209

<sup>64</sup> Marthinussen (2010) s. 311

Samtidig kan det tenkes en balansegang mellom de forventningskrav som tillegges entreprenøren, og det risikopåslag entreprenøren legger i prisingen. Jo høyere forventningskravet legges, desto mer sannsynlig er det at entreprenørene kompenserer ved å legge seg på et generelt høyere prisnivå for den aktuelle type arbeide. For byggherre vil det være en tilsvarende vurdering av pris og innslagspunkt for forventningskravet.

Ettersom enhetspriskontrakter med regulerbare mengder er basert på at det vil forekomme variasjoner i mengdeangivelsene, vil dette stå sentralt i vurderingen av hva entreprenøren burde tatt i betraktning. Samtidig vil det være aktuelt å se på typen arbeid avviket gjelder for. Dette omfatter blant annet hvilke variabler som kan knyttes til både den aktuelle type arbeid generelt, og ikke minst hvordan disse gjør seg gjeldene ved det aktuelle prosjektet. Forventninger til risikoen for at disse variablene kan materialisere seg på grunn av elementer som for eksempel grunnforhold, vil ved regulerbare mengder ofte stå sentralt i vurderingen.<sup>65</sup>

Såfremt det kan fastslås at avviket overgår det entreprenøren burde tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen, må det vurderes konkret hvorvidt avviket i ”vesentlig grad”<sup>66</sup> overstiger dette. Ordlyden tilsier at avviket må være betydelig større enn det entreprenøren burde tatt i betraktning da avtalen ble inngått. Årsaken til mengdeavviket kan også være relevant, eksempelvis dersom avviket skyldes byggherrens prosjekteringsfeil. For slike tilfeller hvor risikoen i hovedsak ligger hos byggherre, vil det i utgangspunktet kunne stilles lavere krav til vesentlighetsgraden. Videre kan det være aktuelt å se på hvilken ressursmessig og økonomisk andel posten utgjør av den totale kontrakten. Dersom posten utgjør en større andel av kontrakten, kan det tenkes at det skal mindre til for at vesentlighetskravet er oppfylt enn for tilfeller som utgjør en mindre andel av den totale kontrakten.<sup>67</sup>

Fremgangsmåten i den totale vurderingen etter bestemmelsen, samt innslagsnivået, gir indikasjoner på at bestemmelsens vurdering innebærer en parallell til forutsetningslæren. Før dette behandles videre vil Rt. 2014 s.520 (Repstad Anlegg) presenteres. Grunnen til dette er at forhold som kommer til uttrykk i dommen, er av betydning for den videre drøftelsen av punkt 22.1 fjerde ledd, og vil bli henvist til fortløpende i denne forbindelse.

---

<sup>65</sup> Marthinussen (2010) s. 311

<sup>66</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>67</sup> Marthinussen (2010) s. 312

### 2.3.2 Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg)

Saken som ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), gjaldt forståelsen av NS 8406. Fundamentet i NS 8406 bygger på NS 8405, men er tilpasset avtaler hvor en forenklet kontraktsform kan legges til grunn. NS 8406 anvendes normalt ved utførelsesentreprise. Bestemmelsene i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd og punkt 28 tredje ledd er tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og punkt 38.1 tredje ledd henholdsvis.<sup>68</sup> Dommen er således av direkte overførbar betydning for tolkningen av de tilsvarende bestemmelsene i NS 8405.

Arendal kommune og Repstad Anlegg AS inngikk i 2009 avtale basert på NS 8406 (2009) om sanering av deler av kommunens vann- og avløpsanlegg. Arendal kommune var byggherre, og Repstad Anlegg AS var utførende entreprenør. Avtalen bygget i hovedsak på regulerbare mengder med avtalte enhetspriser, og kontraktsummen lød på 6 985 609 kroner eksklusiv merverdiavgift. Som en følge av at grunnforholdene og tilstanden på det eksisterende anlegget viste seg å avvike fra kommunenes anslag og forventninger, ble imidlertid mengdeomfanget redusert på en rekke regulerbare poster. Repstad Anleggs vederlag ble følgelig 22,3 prosent lavere enn kontraktssummen. Partene var for Høyesterett enige om at tapt fortjeneste utgjorde 193 200 kroner.

Spørsmålet som var oppe for Høyesterett var hvorvidt mengdereduksjonen i forhold til anslåtte mengder i kontrakten, var å anse som en delvis avbestilling etter NS 8406 punkt 28 tredje ledd. Virkningen av et positivt svar på spørsmålet ville være at mengdereduksjonen ville gi Repstad Anlegg krav på avbestillingserstatning.

Høyesterett kom enstemmig til at reduksjonen på regulerbare poster, i forhold til de anslåtte mengder i kontrakten, ikke var å anse som avbestilling. Avviket på de regulerbare postene kunne dermed ikke danne grunnlag for avbestillingserstatning.

Dommen vil bli vist til og gjennomgått ytterligere gjennom avhandlingens videre kapitler, og særlig under drøftelsen av delvis avbestilling.

---

<sup>68</sup> Dette påpekes også i den aktuelle dommens avsnitt 23



### 2.3.3 Forholdet mellom vesentlighetsvurderingen og forutsetningslæren

Problemstillingen er hvorvidt det kan legges til grunn at vesentlighetsvurderingen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, er et uttrykk for den almene forutsetningslæren.

Som nevnt er det på bakgrunn av vesentlighetskravets vurderingstema nærliggende å trekke en parallell til forutsetningslæren. Støtte for dette synspunktet kommer til uttrykk i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg). Førstvoterendes uttalte i forbindelse med gjennomgangen av den tilsvarende bestemmelsen i NS 8406<sup>69</sup>:

”Jeg ser bestemmelsen som utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger, se Rt-1999-922 (Salhus flytebru) på side 931.”<sup>70</sup>

Uttalelsen kan tolkes slik at Høyesteretts anser forutsetningslæren innlemmet i bestemmelsen, og at tilsvarende vurdering i det vesentlige må legges til grunn. Det er imidlertid ikke klart hvorvidt Høyesterett har hatt til hensikt å påpeke at vesentlighetsvurderingen og forutsetningslæren er sammenfallende i vurderingen av om det foreligger endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd for individuelle poster. Det fremgår heller ikke om punkt 22.1 fjerde ledd kan forstås slik at bestemmelsen åpner for en vurdering av det samlede avviket fra kontraktens samtlige regulerbare poster.

Avhandlingen vil i det videre, under dette punktet, kun behandle forholdet mellom vesentlighetsvurderingen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og den almene forutsetningslæren. En drøftelse av hvorvidt punkt 22.1 fjerde ledd kan sies å åpne for at det samlede avviket fra kontraktens samtlige regulerbare poster er å anse som en endring, vil bli foretatt under punkt 3.5.3.

Det vil i det videre tas stilling til forholdet mellom vesentlighetsvurderingen i fjerde ledd og forutsetningslæren, med utgangspunkt i at NS 8405 punkt 22.1 gjelder for individuelle regulerbare poster.

Ser vi til den ulovfestede forutsetningslæren åpner den for en begrensning av partenes risiko under visse omstendigheter. I entrepriserettens øyemed står blant annet Rt. 1999 s. 922 (Salhus Flytebru) sentralt i denne sammenheng.

---

<sup>69</sup> NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>70</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37

AF Salhus Flytebru (AF) og Statens Vegvesen i Hordaland (SVH) inngikk i 1991 avtale den om oppføring av flytebro på veiforbindelsen mellom Bergen og Lindåshalvøya. Avtalen var en utførelsesentreprise, hvor prosjekteringen lå hos SVH som byggherre. Under utføringen av arbeidet viste det seg at broens konstruksjon krevde en annen sveisemetode enn det som var planlagt, da det oppstod sprekker i sveisen utført etter sveisemetoden som var lagt til grunn i AFs anbud. Ved revisjon av sveisemetode ble det benyttet en mer tid- og kostnadskrevende metode, og AF fremla krav om tilleggsbetaling som følge av endringen. AF fikk ikke medhold i kravet. Høyesterett var enstemmig i resultat, men tre dommere la forutsetningslæren til grunn, mens to dommere bygget på avtalelovens § 36.

Førstvoterende, belyser i dommen vurderingsgrunnlaget i læren om bristende forutsetninger:

”For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være ”relevant”, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet”<sup>71</sup>

Høyesterett trekker videre frem størrelsen på det påløpte eller forventede tapet som et element i den samlede vurdering:

”Et visst tap må en entreprenør tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre enden av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans.”<sup>72</sup>

Høyesteretts uttalelser i Rt. 1999 s. 922 (Salhus Flytebru) er fulgt opp og henvist til i Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) som også gjaldt kontraktsrevisjon innen entrepriseretten. Saken stod mellom Oslo Vei AS og Staten v/Samferdselsdepartementet. Hovedspørsmålet var hvilken part som skulle bære risikoen for at det gjennomsnittlige saltforbruket ved vinterdrift av de aktuelle veistrekingene ble nærmere tredoblet i forhold til oppgitte historiske gjennomsnittsmengder i anbudsgrunnlaget. Høyesterett kom enstemmig til at Oslo Vei AS kunne kreve kompensasjon for merutgiftene med hjemmel i kontrakten basert på NS 3430 punkt 7.5. Selv om

---

<sup>71</sup> Rt. 1999 s. 922 på side 931

<sup>72</sup> Rt. 1999 s. 922 på side 931

Høyesterett fant at det ikke var grunnlag for å revidere kontrakten etter ulovfestede forutsetninger eller avtaleloven § 36, uttalte førstvoterende i denne sammenheng:

”For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utviklingen, jf. Rt-1999-922 på side 931.”<sup>73</sup>

Som illustrert ved de to dommene kan det oppstilles tre vilkår for entreprenørens krav om avtalerevisjon med grunnlag i bristende forutsetninger. For det første må det være en kausal forutsetning for entreprenørens løfte. Terskelen vil her ligge i intervallet mellom at entreprenøren, med kunnskap om utfallet, ikke ville inngått avtalen på samme premisser, og at han ikke ville inngått avtalen overhode. For det andre må entreprenørens forutsetning, og dens motiverende aspekt, ha vært synbar for byggherren. Som det påpekes i Rt. 2010. 1345 (Oslo Vei) i første setning av gjengitt uttalelse over, må det foretas en vurdering ut i fra individuelle forutsetninger og typeforutsetninger. Jo mindre typiske forutsetningene er for den aktuelle kontraktstypen, desto klarere må den individuelle siden ha fremstått for byggherren. Til slutt må den aktuelle forutsetningssvikten være relevant ut fra en objektiv vurdering, hvor det med utgangspunkt i kontraktstypen må avgjøres hva som er en rimelig byrdefordeling. I denne vurderingen vil tapets størrelse være relevant, og vil kunne utgjøre et selvstendig grunnlag for at det foreligger bristende forutsetninger dersom dette er svært omfattende.<sup>74</sup>

Sammenligner vi så ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og den almene forutsetningslæren, fremkommer det at det er overensstemmelse på vesentlige punkter. For det første vil entreprenørens kausale forutsetninger for løftet komme til uttrykk gjennom anslåtte mengder i kontrakten sammenholdt med vurderingen av hva som var påregnelig avvik på avtaletidspunktet. Generelt for mengdeavvik vil det nok være typeforutsetninger som er mest aktuelt, selv om det ikke kan utelukkes at individuelle forutsetninger til en viss grad vil kunne være av betydning. For det andre, ettersom det er konkrete avvik i kontraktens angitte mengder, må det kunne legges til grunn at entreprenørens forutsetninger, og motiverende aspekt, vil være synlig for byggherren. For det tredje vil hva som objektivt må anses som rimelig byrdeforde-

---

<sup>73</sup> Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63

<sup>74</sup> Hagstrøm (2014) s. 253, Hagstrøm (2011) s. 261, Hagstrøm (1997) s. 53

ling være et sentralt moment i vurderingen av vesentlighetskravet, da dette er en vurdering av terskelen for partenes risikofordeling.

Høyesteretts uttalelse om vurderingen av NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd) ut i fra forutsetningslæren, har ikke blitt behandlet i nyere teori på området.<sup>75</sup> I forbindelse med vurderingen av fjerde ledd gir imidlertid Hagstrøm uttrykk for, med henvisning til Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), at "[r]eguleringen kan ses på som en kontraktsfesting av et forutsetningssynspunkt."<sup>76</sup>

I teori knyttet opp mot NS 3430 ble det heller ikke uttrykt eksplisitt i kommentarutgaven i forbindelse med daværende bestemmelse på området gjengitt over.<sup>77</sup> <sup>78</sup> Til en viss grad kan det imidlertid sies at Barbo har vært inne på det i forbindelse med NS 3430:

"Med denne bestemmelsen kontraksreguleres virkningene av forutsetningssvikt."<sup>79</sup>

I eldre teori ble forholdet mellom mengdeavvik for regulerbare poster og forutsetningslæren trukket frem av Sandvik<sup>80</sup>. Det må imidlertid tas i betraktning at disse vurderingene lå i forkant av at standardkontraktene ble introdusert. Det kan på den ene side tenkes at forutsetningslærens stilling i datidens entrepriserett dermed var sterkere, hvilket i så tilfelle svekker betydningen i avhandlingens sammenheng. På den annen side kan det gi et bilde av grunnlaget for de alminnelige entrepriserettslige regler som standardene er utviklet fra, og bygget videre på. I så tilfelle kan det benyttes til å illustrere at forutsetningslæren har ligget til grunn for vurderingen etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.

Bestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd har ikke tidligere blitt eksplisitt beskrevet på den måten Høyesterett gjør i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg). Høyesterett foretok imidlertid ingen konkret vurdering av faktum opp mot bestemmelsen. Bestemmelsen står allikevel sentralt i dommen, og uttalelsen må kunne sies å være retningsgivende for tolkningen av NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.

For kontrakter som ikke reguleres av standarden vil spørsmålet for den måtte løses i forutsetningslæren. Slik standarden forstås, kan det ikke legges til grunn at standarden har søkt å ska-

---

<sup>75</sup> Dette nevnes i Hagstrøm (2014) og Marthinussen (2010)

<sup>76</sup> Hagstrøm (2014) s. 317 petitavsnitt

<sup>77</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992)

<sup>78</sup> NS 3430 punkt 28 annet ledd annet punktum

<sup>79</sup> Barbo (1997) s. 56

<sup>80</sup> Sandvik (1966) s. 232 og 233

pe en annen tilstand i partsforholdets risikofordeling gjennom punkt 22.1 fjerde ledd. Likhetsbetraktninger taler da for at risikobetraktningen bør være tilsvarende under begge forhold.

Gjennomgang av bestemmelsens ordlydstolkning sammenholdt med forutsetningslæren viser en grunnleggende likhet både i vurderingsgrunnlag og fremgangsmåte. Deres formål er i det vesentlige sammenfallende ved at de begge søker å gjenopprette avtalebalansen med bakgrunn i risikobetraktninger. At det i forkant av standarden ble lagt til grunn, og legges til grunn utenfor standarden, at spørsmål knyttet til avvik på regulerbare poster vurderes ut i fra forutsetningslæren, slutter opp om dette.

På bakgrunn av dette kan det, slik jeg ser det, ha gode for seg å legge til grunn at vesentlighetsvurderingen i det vesentlige gir uttrykk for den ulovfestede forutsetningslæren.

### **3      Konsekvenser av at en økning eller reduksjon i regulerbare mengder anses som en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd**

#### **3.1      Innledning**

Dersom det på bakgrunn av vurderingen etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd kan konstateres at det foreligger en endring, åpner dette for at entreprenøren kan ha et berettiget krav på fristforlengelse og vederlagsjustering. Fristforlengelse og vederlagsjustering reguleres i punktene 24.1 litra a<sup>81</sup> og 25.2 litra a henholdsvis. De to bestemmelsene med tilhørende forhold vil bli behandlet separat i det videre.

#### **3.2      Fristforlengelse etter NS 8405 punkt 24.1 litra a**

Det følger av NS 8405 punkt 24.1 litra a at:

”Entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av  
a) endringer, jf. punktene 22 [...]”

En språklig forståelse av ordlyden tilsier at fristforlengelse er forutsatt av to kumulative vilkår. Det ene at det foreligger en endring etter punkt 22, og det andre at fremdriften hindres. Videre må det foreligge årsakssammenheng mellom endringen og at fremdriften hindres.

Forståelsen av ”fremdriften hindres” i NS 8405 punkt 24.1 tilsier at endringen må medføre at entreprenøren blir forhindret fra å oppfylle innen dagmulktbelagte frister etter NS 8405 punkt 34.1. Ettersom virkningen av at vilkårene er oppfylt, er at entreprenøren kan kreve forlengelse av de dagmulktbelagte fristene, vil denne forståelsen være i tråd med standardens system.<sup>82</sup>

Med utgangspunkt i det omfanget som kreves for at en økning på regulerbare poster innebærer en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, er det nærliggende at det å stadfeste at endringen påvirker fremdriften i mange tilfeller ikke vil by på større utfordringer. Det vil imidlertid, i tråd med ordlyden, ikke uten videre være ensbetydende med at det foreligger en

---

<sup>81</sup> Fristforlengelse som følge av force majeure etter punkt 24.3 faller utenfor drøftelsen, jf. avhandlingens avgrensning i underoverskrift 1.2

<sup>82</sup> Se blant annet Marthinussen (2010) s. 335 og Hagstrøm (2014) s. 263

hindring og at vilkårene for fristforlengelse dermed er oppfylt. Det sentrale er hvilken betydning endringen har hatt for fremdriften. Vurderingen må foretas konkret ut fra om endringen hindrer fremdriften i forhold til de dagmulktbelagte frister som er satt i kontrakten. I tillegg må det vurderes hvorvidt endringen hindrer fremdriften ved øvrige arbeidsoperasjoner, opp mot kontraktens dagmulktbelagte frister.<sup>83</sup>

Entreprenørens krav om fristforlengelse må varsles etter punktene 24.4 og 24.6. I mangel av nøytralt varsel etter punkt 24.4 innen fristens utløp, vil kravet bortfalle.<sup>84</sup> Dersom etterfølgende spesifisering av kravet etter punkt 24.6 uteblir når fristen løper ut, vil det kunne medføre det en reduksjon i entreprenørens krav.<sup>85</sup>

### **3.3 Vederlagsjustering etter NS 8405 punkt 25.2 litra a**

#### **3.3.1 Generelt om bestemmelsen**

Det følger av NS 8405 punkt 25.2 litra a at:

”Entreprenøren har krav på vederlagsjustering som forårsakes av  
a) endringer, jf. punktene 22 [...]”

Begrepet ”vederlag” er definert i NS 8405 punkt 2.11 som ”det beløp byggherren skal betale til entreprenøren for oppfyllelse av entreprenørens kontraktsforpliktelser”. Det kan utledes av ordlyden ”forårsakes” i NS 8405 punkt 25.2 første ledd litra a at det, i likhet med krav om fristforlengelse, er et vilkår om årsakssammenheng mellom endringen og kostnadsøkningen. Hensynet bak bestemmelsen er å søke opprettholdelse av entreprenørens vederlagsforutsetninger i kontrakten for tilfeller hvor de forhold som har oppstått ligger innenfor byggherrens risikosfære.<sup>86</sup> Bevisbyrden for at kostnadsøkningen er et resultat av endringen ligger hos entreprenøren.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Marthinussen (2010) s. 335

<sup>84</sup> Jf. NS 8405 punkt 24.4 annet ledd

<sup>85</sup> Se i blant annet Marthinussen (2010) s. 350 flg., og Hagstrøm (2014) s. 264 flg. for mer om varslingsreglene

<sup>86</sup> Tilsvarende adgang til vederlagsjustering har byggherren etter NS 8405 punkt 25.1, noe som primært vil være aktuelt dersom endringen innebærer en besparelse for entreprenøren.

<sup>87</sup> Marthinussen (2010) s. 370 og Hagstrøm (2014) s. 270

En forutsetning for entreprenørens krav på vederlagsjustering er at byggherre varsles i tråd med NS 8405 punkt 25.3. Videre må etterfølgende spesifiserte krav om vederlagsjustering etter NS 8405 punkt 25.4 fremmes av entreprenøren i tide, og ved uteblivelse risikerer entreprenøren at kravet reduseres.<sup>88</sup>

### 3.3.2 Justerte enhetspriser etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd

Bestemmelsen i NS 8405 punkt 25.7.1 gir uttrykk for hovedregelen for kontrakter med enhetspriser, ved tilfeller hvor entreprenøren fremmer krav om vederlagsjustering. Av punktet fremgår at avtalte enhetspriser er anvendelige skal disse benyttes for justering av vederlaget som følge av endringen. Typisk vil dette gjelde kvantitative priser eller timesatser. Forutsetningen i punktet er at disse er ”anvendelige”. Ordlyden tilsier at det må foreligge en avtalt enhetspris som kan legges til grunn for det arbeidet endringen omfatter. For de tilfeller som gjelder endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, er det ikke tvilsomt at det foreligger anvendelige enhetspriser. Det vil derfor være justering av den anvendelige enhetsprisen etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd som kan være aktuelt. Dette har følgende ordlyd:

”Forrykkes forutsetningene for å anvende enhetsprisene, herunder som følge av omfanget eller antallet av endringsarbeider, tidspunktet for endringsarbeidet eller lignende, kan partene kreve at enhetsprisene justeres for de fordyrelser eller besparelser som dette har medført”

Bestemmelsen gjelder både for tilfeller hvor avtalte enhetspriser er anvendelige, og hvor endringen medfører fordyrelser eller besparelser i forhold til avtalte enhetspriser. Partens krav på justerte enhetspriser etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd er betinget av at forutsetningene ”forrykkes”.

Språklig forståelse av ordlyden ”forrykkes” i NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd, gir inntrykk av at det må foreligge en betydelig forskyvning av de forutsetninger som lå til grunn for enhetsprisen. Det er imidlertid usikkert i hvor stor grad forutsetningene må være forskjøvet. Det må tilsynelatende dreie seg om noe mer enn en forskyvning, men kan også lede til å forstås som en brist i de forutsetninger som ligger til grunn for prisingen.

I litteraturen kan det se ut til at forståelsen av hva som ligger i ordlyden har blitt fremstilt mer eller mindre likt. Kommentartutgaven til NS 8405 har lagt til grunn at ”[b]egrepet indikerer at

---

<sup>88</sup> Se blant annet Marthinussen (2010) s. 374 flg., og Hagstrøm (2014) s. 264 flg. for mer om varslingsreglene



ikke enhver forutsetningssvikt gir grunnlag for å kreve justering”.<sup>89</sup> Hvorvidt det har vært til hensikt å gi uttrykk for en nedre grense som ligger høyere enn en svikt i forutsetningene er ikke klart. Om ikke annet gis det klart inntrykk av at det kreves at forutsetningene for enhetsprisen har sviktet.

En noe tilsvarende uttrykksmåte som i NS 8405 ble benyttet innledningsvis i behandlingen av temaet i kommentarutgaven til NS 3430. Det uttales at ”ikke enhver forutsetningssvikt av betydning” vil innebære at man går bort fra avtalte enhetspriser.<sup>90</sup> Det bygges videre på dette og legges til grunn at ordlyden er et uttrykk som ”innebærer en betydelig endring av forutsetningene”<sup>91</sup>. Dersom man ser på forskjellene i svikt og betydelig endring, kan det muligens argumenteres med en nyanseforskjell i de to måtene å ordlegge seg på. Ut fra helheten i avsnittet fremstår det imidlertid ikke som at det er ment å legge en lavere grense enn at det må foreligge en svikt i forutsetningene.

Til sammenligning skiller både den svenske og danske standarden seg tilsynelatende fra den norske standarden når det gjelder justering av enhetspriser. De skandinaviske landene har ikke hatt et felles samarbeid på området, og standardene har utviklet seg separat. Den svenske og danske standarden kan derfor ikke tillegges rettskildemessig vekt ved tolkningen av den norske standarden. Det kan imidlertid være interessant å plassere de norske entreprisereglene i en større sammenheng. I Svenske AB 04 kap. 6 § 6 annet ledd følger at:

”Angivet à-pris gäller intill 25 % ökning eller minskning av sådant kontraktsarbete som priset avser dock alltid intill ett värde motsvarande 0,5 % av kontraktssumman. Varje angivet à-pris gäller dock till dess att part skriftligen anmält att han anser att à-priset inte längre gäller.”<sup>92</sup>

Ved tolkning av ordlyden i den svenske standarden fremstår det slik at avtalt enhetspris skal legges til grunn innenfor et avvik på 25 % økning eller reduksjon av det arbeidet enhetsprisen gjelder. Bestemmelsen setter imidlertid opp et ytterligere kriterium på 0,5 % av kontraktssummen.

---

<sup>89</sup> Marthinussen (2010) s. 397

<sup>90</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 242

<sup>91</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 242

<sup>92</sup> Svenske AB 04 kap. 6 § 6 annet ledd

I Dansk AB 92 er et lignende prosentbasert alternativ valg for § 14 stk. 3:

”Stk. 3. Vedrører ændringerne arbejder, hvorom der gælder enhedspriser, reguleres den aftalte entreprisesum i overensstemmelse hermed, medmindre der træffes anden aftale, jf. stk 2. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske, inden for +/- 15 pct. af entreprisesummen og inden for +/- 100 pct. af de enkelte poster i tilbudslisten.”<sup>93</sup>

Den språklige forståelsen av den danske standarden tilsier at avtalte enhetspriser skal legges til grunn for endringsarbeider såfremt de utgjør en økning eller reduksjon på totalt 15 % av kontraktssummen. Videre tolkes ordlyden slik at det ligger en ytterligere begrensning for individuelle poster dersom endringen utgjør en økning eller reduksjon innenfor den enkelte post på 100 %.

For vurderingen av ”forrykkes” etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd, kan det ikke legges til grunn tilsvarende holdepunkter ut fra norske rettsavgjørelser eller praksis.

Det må videre foretas en konkret helthetsvurdering av om forutsetningene for å benytte avtalte enhetspriser er forrykket. Enkelte typetilfeller for hva som kan forrykke forutsetningene trekkes frem i bestemmelsen, men listen er ikke uttømmende. Denne drøftelsen vil videreføres i neste punkt, i forbindelse med at det foreligger endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.

Entreprenørens krav på justering av enhetspriser må varsles etter NS 8405 punkt 25.7.3.<sup>94</sup>

### 3.3.3 Når enhetsprisen ved endring etter 22.1 fjerde ledd er forrykket

En forutsetning for at avvik på regulerbare poster kan danne grunnlag for et krav om justerte enhetspriser, er at det foreligger en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Tas det utgangspunkt i vurderingen av om det foreligger endring etter punkt 22.1 fjerde ledd, kan det fremstå som en nær parallell til kriteriet for hvorvidt enhetsprisene kan justeres etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd. Umiddelbart kan det da oppfattes som at de forutsetninger som ligger til grunn for enhetsprisene alt er forrykket ved at det foreligger endring etter fjerde ledd. En slik slutning vil nok i mange tilfeller langt på vei medføre riktighet for dette typetilfellet, men medfører ikke uten videre samme resultat.

---

<sup>93</sup> Dansk AB 92 § 14 stk. 3

<sup>94</sup> Se blant annet Marthinussen (2010) s. 398 flg., og Hagstrøm (2014) s. 264 flg. for mer om varslingsreglene

For at en justering av enhetsprisene skal kunne kreves, må vurderingen foretas ut fra de forutsetninger entreprenøren la til grunn da han priset arbeidsgrunnlaget. Enhetsprisen på regulerbare poster settes basert på kontraktens anslåtte enheter i tilhørende post. Ettersom kontraktstypen bygger på regulerbare poster, og det må forventes avvik i forhold til kontraktens anslåtte mengder, må enhetsprisen reflektere dette.<sup>95</sup>

Gitt følgende tenkte illustrasjon, forutsatt at økningen eller reduksjonen på regulerbare poster konstateres å være en endring etter NS 8405 22.1 fjerde ledd: Dersom entreprenørens enhetskostnad per enhet ikke endres (teoretisk), vil mengdeavviket ikke ha påvirket enhetsprisens forutsetninger. Som en følge vil han ikke kunne kreve justert enhetspris, men må legge avtalt enhetspris til grunn. Dersom mengdeavviket imidlertid medfører at kostnaden per enhet for eksempel fordobles, vil hans forutsetning for enhetsprisen være påvirket. En vil da måtte vurdere hvorvidt forutsetningene er påvirket i så stor grad at de er forrykket. Svart bekreftende vil entreprenøren ha krav på justert enhetspris.

### **3.4 Delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd**

#### **3.4.1 Generelt om NS 8405 punkt 38.1**

I likhet med byggherres rett til å pålegge entreprenøren endringer, besitter byggherre retten til å avbestille ”hele eller deler av kontraktarbeidet”<sup>96</sup>. Byggherrens eksklusive rett er kontraktsfestet, og er ikke å anse som mislighold.<sup>97</sup> De grunnleggende hensynene bak endringsadgangen etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd gjør seg tilsvarende gjeldene for byggherres avbestillingsrett etter NS 8405 punkt 38.1.<sup>98</sup> Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv ville det være lite hensiktsmessig at ressurser går med til å utføre entreprisearbeid som det ikke er behov for eller ønske om, og som heller kan utnyttes i andre prosjekter. Avbestillingsbestemmelsen søker å oppnå dette gjennom å tillegge byggherren avbestillingsrett, samtidig som entreprenørens interesser ivaretas ved at han får krav på erstatning for økonomisk tap som måtte følge av avbestillingen.<sup>99</sup> Entreprenørens økonomiske stilling søkes med dette å tilsvare den stillingen som ville vært tilfelle ved kontraktsmessig gjennomføring.<sup>100</sup> Fra et entreprenørperspektiv kan

---

<sup>95</sup> Marthinussen (2010) s.

<sup>96</sup> NS 8405 punkt 38.1 første ledd

<sup>97</sup> Marthinussen (2010) s. 633

<sup>98</sup> Se punkt 2.2

<sup>99</sup> NS 8405 punkt 38.1 første og fjerde ledd

<sup>100</sup> Hagstrøm (2014) s. 295

bestemmelsens formål uttrykkes som en begrensning av risikoen for uteblitt omsetning og tapt fortjeneste.

### 3.4.2 Punkt 38.1 tredje ledd

Bestemmelsen i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd skiller seg imidlertid noe fra byggherres generelle adgang til å avbestille. Bestemmelsen lyder som følger:

”Dersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15% av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15% av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling”

Bestemmelsens ordlyd vil bli ytterligere behandlet i forbindelse med problematiseringen i neste punkt, men innledningsvis tolkes de elementer som ikke vil bli heist opp i den forbindelse.

En naturlig forståelse av ordlyden er at netto endringer gjennom hele prosjektet skal legges til grunn ved beregningen av det samlede vederlaget. Slik ordlyden fremstår vil dette først være tilgjengelig ved prosjektets avslutning. Språklig forstås det slik at entreprenøren må tåle endringer som samlet utgjør en reduksjon av kontraktssummen på inntil 15 %. Dersom det samlede vederlaget blir 15 % lavere enn kontraktssummen, eller mer, skal den totale reduksjonen anses som delvis avbestilling. Slik kan bestemmelsen ses som et uttrykk for en begrensning i entreprenørens risiko. Bestemmelsen har paralleller til endringsreglene i at byggherres endringsadgang begrenses oppad etter NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd, hvor det er satt en tilsvarende grense på 15 %.

For kontrakter hvor byggherre kun har pålagt endringer etter NS 8405 punkt 22.1 for arbeider som ikke omfattes av samme punkts fjerde ledd, vil den prosentvise reduksjonen kunne regnes ut fra differanse mellom det samlede vederlaget og kontraktssummen. Situasjonen fremstår imidlertid ikke like ukomplisert der entreprenørens samlede vederlag er redusert som følge av endringer i regulerbare poster etter punkt 22.1 fjerde ledd.

### 3.4.3 Forholdet mellom ordlyden i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd og punkt 22.1 fjerde ledd

Etter bestemmelsen i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd skal det samlede vederlaget etter fradrag og tillegg ved ”endringsarbeider” legges til grunn for reduksjonsberegningen. Språklig kan det forstås slik at det er arbeider som medfører en kvalifisert endring i forhold til kontrakten, som skal legges til grunn. Denne forståelsen finner støtte i at standarden regulerer hva som anses som endring i arbeidene under NS 8405 punkt 22.1 og 22.2 .

Med utgangspunkt i enhetspriskontrakter med regulerbare poster, tilsier ordlyden at en kvalifisert endring vil kunne foreligge dersom vesentlighetskravet i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd er oppfylt. Dette innebærer i så fall at avvik i mengder som ikke er å anse som endring i tråd med punkt 22.1 fjerde ledd, faller utenfor. Dersom denne forståelsen av ordlyden kan legges til grunn, oppstår det imidlertid uklarhet knyttet til entreprenørens ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd. Ut fra en språklig forståelse tilsier ordlyden at dette er det totale vederlaget entreprenøren har krav på ved arbeidets slutt. ”Vederlag” er i NS 8405 punkt 2.11 definert som ”det beløpet byggherren skal betale til entreprenøren for oppfyllelse av entreprenørens kontraktsforpliktelser”. Ettersom beregningsgrunnlaget i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd er basert på differanse mellom ”samlede vederlag” og ”kontraktssummene”, taler dette for at innholdet i disse må korrelere. Det følger av standardens definisjon av ”kontraktssum”, at det ”opprinnelig avtalte anslaget over vederlag for ytelser som skal avregnes etter enhetspriser” skal inkluderes.<sup>101</sup> Dersom det da kun er reelle endringer som skal omfattes i beregningen av entreprenørens ”samlede vederlag”, vil dette ikke ha tatt høyde for de avvik på regulerbare poster som ikke anses som endring etter punkt 22.1 fjerde ledd. Det oppstår da en disharmoni mellom det ”samlede vederlag” og det vederlaget entreprenøren faktisk sitter igjen med.

At dette vil være av betydning for enhetspriskontrakter som utelukkende bygger på regulerbare mengder er klart. Spørsmålet er imidlertid ikke begrenset til denne type kontrakter. Etter som entreprisekontrakter normalt vil inneholde elementer av ulike vederlagsmekanismer, eksempelvis ”rundsum” og regulerbare poster, er spørsmålet av stor betydning i praksis.<sup>102</sup>

Videre kan denne uklarheten fremstå slik at den ikke utelukkende er knyttet til kontrakter som helt eller delvis inneholder regulerbare poster. Som vist over, definerer NS 8405 punkt 2.8 ”kontraktssum” som ”det opprinnelig avtalte vederlaget”. Dersom kontrakten går over tid, og

---

<sup>101</sup> NS 8405 punkt 2.8

<sup>102</sup> Ser mer om dette i blant annet Hagstrøm (2014) s. 320 og Marthinussen (2010) s. 418

skal indeksreguleres etter NS 8405 punkt 27.1, vil kontraktssummen på kontraktsinngåelsestidspunktet og avregningstidspunktet kunne være ulik.<sup>103</sup> Selv om det ikke er den indeksregulerte kontraktssummen som skal legges til grunn i punkt 38.1 tredje ledd, vil dette avviket være reflektert i vederlaget. Ettersom indeksregulering ikke er ”endringsarbeider” etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, skal det etter ordlyden holdes utenfor ”samlede vederlag”<sup>104</sup>.

En tilsvarende situasjon oppstår dersom entreprenøren har rett på justering av vederlaget etter NS 8405 punkt 27.3, som følge av endrede offentlige gebyrer og avgifter endres under kontraktstiden.<sup>105</sup>

### 3.4.3.1 Det ”samlede vederlag”

Problemstillingen er hvorvidt ordlyden ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd kan tillegges en annen forståelse enn det totale vederlaget entreprenøren har krav på ved arbeidets slutt.

Som vist til i avhandlingens punkt 1.4 følger det av høyesterettspraksis at det skal sterke grunner til for å fravike den objektive forståelsen av ordlyden, særlig for standardkontrakter som er et produkt av forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.<sup>106</sup> Videre må ordlyden tolkes objektivt i lys av bestemmelsenes formål, og øvrige reelle hensyn.<sup>107</sup> Det er dette siste drøftelsen av spørsmålet har for øye.

Denne problemstillingen er ikke funnet å være behandlet i standardens kommentarutgave eller nyere teori.<sup>108</sup> Foregående standard inneholdt en tilsvarende bestemmelse i punkt 28.6.<sup>109</sup> I foregående standards kommentarutgave ble det uttalt i denne sammenheng, at det er ”det totale vederlag entreprenøren sitter igjen med når arbeidet med kontrakten er fullført”<sup>110</sup>. Videre at ”skal også nedjusteringer av avtalt anslåtte mengder telle med her”<sup>111</sup>. Uttalelsene forstås

---

<sup>103</sup> For mer om dette se blant annet Marthinussen (2010) s. 419

<sup>104</sup> NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd

<sup>105</sup> For mer om dette se blant annet Marthinussen (2010) s. 431

<sup>106</sup> Se blant annet Rt. 2000 s. 806 på side 815, 2002 s. 1155 på side 1159, Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 34, Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

<sup>107</sup> Se blant annet Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

<sup>108</sup> Marthinussen (2010) og eksempelvis Hagstrøm (2014)

<sup>109</sup> NS 3430 punkt 28.6

<sup>110</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 248

<sup>111</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 248

slik at samtlige avvik på regulerbare poster skal omfattes i entreprenørens ”samlede vederlag”<sup>112</sup> etter NS 3430.

Barbo har imidlertid tatt til orde for et annet syn. Han legger til grunn at ”[e]ventuelle vederlagsendringer i forhold til ”kontraktssummen” [...] som følge av variasjoner i avtalt anslåtte mengder eller masser, vil således ikke være av relevans, og må holdes utenfor vurderingen”<sup>113</sup>.

Ser man de to synene opp mot hverandre fremstår det slik at det forelå uenighet i teorien hva gjaldt tolkningen av ”samlede vederlag” i NS 3430 punkt 28.6 første ledd. En viktig bemerkning ved bestemmelsen slik den lød i NS 3430, er at den ikke inneholdt ordlyden ”endringsarbeider” slik NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd nå gjør. At ordlyden har kommet med i NS 8405, kan tas til inntekt for at det har vært et ønske om å klargjøre den usikkerheten som forelå ved den tidligere standarden.

Hvorvidt samtlige avvik i regulerbare poster er omfattet i det ”samlede vederlag”<sup>114</sup>, og dermed kan danne grunnlag for delvis avbestilling, var oppe i Rt. 2014 s 520 (Repstad Anlegg).<sup>115</sup> I saken var det totale mengdeavviket anført som grunnlag for fastsettelse av delvis avbestilling, uten at det var blitt anført at hele eller deler av dette utgjorde en endring etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, som tilsvarer NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Kontrakten var basert på NS 8406, men tolkningen etter NS 8405 og NS 8406 vil på dette punktet være den samme.

I forbindelse med ordlydstolkningen av avbestillingsbestemmelsen i NS 8406 punkt 28 tredje ledd<sup>116</sup> tilkjennegir Høyesterett følgende problemstilling:

”Men som påpekt av ankemotparten, innebærer denne tolkningen samtidig at uttrykket «samlede vederlag» må gis et annet innhold enn det som er naturlig.”<sup>117</sup>

Ved vurderingen av avbestillingsbestemmelsens ordlyd holdt opp mot kontraktstypen, uttaler førstvoterende:

---

<sup>112</sup> NS 3430 punkt 28.6

<sup>113</sup> Barbo (1997) s. 123

<sup>114</sup> NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd

<sup>115</sup> Se presentasjon av dommen under avhandlingens punkt 2.3.2

<sup>116</sup> Tilsvarende i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd

<sup>117</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 27

”Etter mitt syn er det sentralt at NS 8406 punkt 28 er en bestemmelse som skal gjelde nettopp ved avbestilling. Det er som nevnt unaturlig rent språklig å betegne en reduksjon i forhold til anslåtte mengder som en avbestilling. I enhetspriskontrakter av denne art ligger det innbakt i selve kontraktsmekanismen at faktiske medgåtte mengder vil avvike fra de stipulerte. Avvikene kan regelmessig være betydelige, noe som er vel kjent blant aktørene.”<sup>118</sup>

Videre uttales:

”Større eller mindre avvik er med andre ord normalsituasjonen i slike kontrakter. Det tilsier at en reduksjon ikke bør ses under synsvinkelen avbestilling.”<sup>119</sup>

Høyesterett forstås slik at ordlyden og formål bak bestemmelsen, sett opp mot de grunnleggende forutsetningene ved kontraktstypen, taler mot at mengdeavvik i seg selv danner grunnlag for delvis avbestilling. Disse systembetraktningene underbygges videre avslutningsvis i dommen, hvor følgende legges til grunn:<sup>120</sup>

”Historikken bak regelverket og overordnede systembetraktninger peker altså etter mitt syn nokså klart i retning av at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.”<sup>121</sup>

Det må med dette kunne legges til grunn at Høyesteretts vurderinger og resultat er forankret i bestemmelsens ordlyd, formål og øvrige reelle hensyn. Situasjonen fremstår nå slik at mengdeavvik på regulerbare poster, som ikke er å anse som endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, ikke kan danne grunnlag for delvis avbestilling.<sup>122</sup>

Som vist til over, tilkjennegir Høyesterett innledningsvis at forståelsen medfører at ordlyden ”samlede vederlag”<sup>123</sup> får et annet innhold. I videreføringen av dommens resultat, ligger det da implisitt at ordlyden ikke forstås som det totale vederlaget entreprenøren sitter igjen med ved kontraktens slutt.

---

<sup>118</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 35

<sup>119</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 35

<sup>120</sup> Punktene henvist til av Høyesterett tilsvarer NS 8405 henholdsvis punkt 22.1 fjerde ledd og punkt 38.1 tredje ledd

<sup>121</sup> Rt 2014 s. 520 avsnitt 40

<sup>122</sup> Det tilsvarende vil også gjelde etter NS 8406

<sup>123</sup> NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd



Med grunnlag i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) må det legges til grunn at begrepet ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, må tillegges en annen forståelse enn det totale vederlaget entreprenøren har krav på ved arbeidets slutt.

Dette resultatet i er imidlertid ikke nødvendigvis ensbetydende med at avvik på regulerbare poster som er å anse som endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd dermed er omfattet. Den problemstillingen vil bli behandlet under neste punkt.

### **3.5 Endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd som grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd**

#### **3.5.1 Generelt**

Overordnet er problemstillingen for dette kapittelet hvorvidt endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd kan være grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd.

Problemstillingen har imidlertid flere sider. I lys av Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) er en forutsetning for at regulerbare poster kan utgjøre grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, at de er å anse som en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. At individuelle regulerbare poster vurderes etter punkt 22.1 fjerde ledd er ikke problematisk. Hvorvidt det samlede avviket på samtlige regulerbare poster, kan utgjøre en endring etter punkt 22.1 fjerde ledd, er imidlertid per i dag ubehandlet i Høyesterett. Det vil derfor under avhandlingens punkt 3.5.3 bli foretatt en drøftelse, av om det er åpent for en helhetsvurdering av det samlede avviket på kontraktens samtlige regulerbare poster etter punkt 22.1 fjerde ledd.

Fra punkt 3.5.4 og utover, vil problemstillingene være tilsvarende for avvik på individuelle regulerbare poster som utgjøre en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, og hvor det samlede avviket på samtlige poster utgjøre en endring etter punkt 22.1 fjerde ledd. De vil derfor bli behandlet sammen.

Innledningsvis, i avhandlingens punkt 3.5.2, vil problemstillingen bli belyst slik den har kommet til ved Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg).

### 3.5.2 Bakgrunn for problemstillingen

En problemstilling som har kommet frem i lys av Høyesteretts uttalelser i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), er hvorvidt det samlede avviket på samtlige regulerbare poster, kan utgjøre en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.

For å belyse problemstillingen slik den har kommet frem, vil de sentrale uttalelser i dommen gjennomgå innledningsvis. Deretter har avhandlingen til hensikt å belyse sentrale sider ved spørsmålet.

Spørsmålet om hvorvidt det forelå et avvik på regulerbare poster som i ”vesentlig grad”<sup>124</sup> oversteg det entreprenøren ”burde ha tatt i betraktning”<sup>125</sup> ved avtaleinngåelsen, ble ikke reist særskilt i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg). I tråd med disposisjonsprinsippet uttaler førstvoterende i den forbindelse:<sup>126</sup>

”[o]m et slikt vesentlig avvik også kan inngå i vurderingen etter punkt 28, gir saken ikke foranledning til å ta stilling til”<sup>127</sup>

Uttalelsen kan forstås i retning av at Høyesterett holder døren åpen for at vesentlige avvik som innebærer en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, vil kunne legges til grunn ved beregningen av hvorvidt det foreligger delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd. Forståelsen kan finne støtte i førstvoterendes uttalelse i forkant av at han går inn og ser på endringsbestemmelsen<sup>128</sup>

”Jeg fremhever videre at punkt 28 må leses i sammenheng med bestemmelsen i punkt 19.1 om endringer.”<sup>129</sup>

Uttalelsen kan forstås som at førstvoterende understreker sammenhengen mellom NS 8405 punkt 22.1 og NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd. Samtidig må det ses i lys av spørsmålet som ble reist, hvilket var om ethvert avvik på regulerbare poster kunne legges til grunn etter NS 8406 punkt 28 (tilsvarende NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd). I så måte kan uttalelsen forstås

---

<sup>124</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>125</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>126</sup> NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd og punkt 28 tilsvarende NS 8405 henholdsvis 22.1 fjerde ledd og 38.1 tredje ledd – drøftelsen vil benytte punktene i NS 8405 med fortløpende fotnote til tilsvarende punkt i NS 8406

<sup>127</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38

<sup>128</sup> NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>129</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 36

som ledd i å belyse avvikets stilling i forhold til endringsbestemmelsen. Sistnevnte kan finne støtte i uttalelsen:

”På bakgrunn av bestemmelsen i punkt 19.1 fjerde ledd fremstår det i hvert fall som lite naturlig om *ethvert* mengdeavvik skulle telle med ved vurderingen av om det er grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28.”<sup>130</sup>

På den annen side ser Høyesterett her på endringsmekanismen i punktet som tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. En forståelse av uttalelsen er at Høyesterett konstaterer at bestemmelsen alt regulerer hva som anses som en endring. Videre kan Høyesteretts kursivering forstås som en markering av at avvik som på individuelle poster anses som endring etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd) anses som endring, vil kunne vurderes mot NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, men ikke de regulerbare poster som faller utenfor.

Videre i subsumsjonen trekker Høyesterett igjen frem vesentlighetskravet i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd):

”Historikken bak regelverket og overordnede systembetraktninger peker altså etter mitt syn nokså klart i retning av at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen av punkt 28 tredje ledd.”<sup>131</sup>

Førstvoterendes uttalelse kan forstås som at Høyesterett ønsker å understreke at spørsmålet er åpent. Det vil imidlertid også kunne ses slik, at Høyesterett med dette ønsker å markere at de ikke har berørt øvrige problemstillinger på området. Da særlig med tanke på hvorvidt endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd kan legges til grunn for vurderingen av delvis avbestilling.

Som det fremgår over, er det ikke grunnlag for å konstatere at Høyesterett gjennomgående har hatt til hensikt å belyse en mulig åpning for at avvik på regulerbare poster kan danne grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd). Det kan imidlertid heller ikke utelukkes. Videre kan det også argumenteres at det som fremkommer er for å markere sakens avgrensning. Allikevel utelukker det ikke at spørsmålet ligger åpent.

---

<sup>130</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38

<sup>131</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40

### 3.5.3 Akkumulerte avvik fra kontraktens regulerbare poster som grunnlag for endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

Problemstillingen er hvorvidt NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd kan sies å åpne for en helhetsvurdering av det samlede avviket på kontraktens samtlige regulerbare poster.

Dette punktet drøftes ut fra det samlede avviket på kontraktens samtlige regulerbare poster.<sup>132</sup>

Spørsmålet ligger i fortsettelsen av det foregående punkt. Høyesterett behandlet i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) det akkumulerte avviket på samtlige regulerbare poster. Dette var poster som verken enkeltvis eller samlet var anført som endring etter punkt 22.1 fjerde ledd. Høyesteretts uttalelser leder imidlertid til å stille spørsmål ved om avvik på regulerbare poster, kan vurderes samlet etter punkt 22.1 fjerde ledd. Inneværende punkt omhandler den videre drøftelsen av hvorvidt det samlede avviket på regulerbare poster, kan utgjøre en endring etter punkt 22.1 fjerde ledd.

Dersom problemstillingen kan besvares bekreftende, vil det kunne være en mulighet for at det samlede avviket på samtlige av kontraktens regulerbare poster kan danne grunnlag for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd.

Det vil først bli sett på hvorvidt ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, kan åpne for en samlet behandling av flere regulerbare poster. For den generelle tolkningen av ordlyden i punkt 22.1 fjerde ledd, se avhandlingens punkt 2.3.

Det fremgår av NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd at bestemmelsen gjelder for ”[a]vvik”. Etter som ordet vil være det samme i ubestemt form av både entall og flertall, gir ordet i seg selv lite veiledning for det aktuelle spørsmålet.

Videre ses til NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd ”kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser”. Ordlyden av ”kontraktens mengdeangivelse” i punkt 22.1 fjerde ledd, kan forstås slik at det refereres til kontraktens totale mengdeangivelse. I så tilfelle vil den etterfølgende ordlyden forstås som en beskrivelse av hvilken type poster som omfattes av vesentlighetsvurderingen. På den annen side kan ”mengdeangivelse på poster” i punkt 22.1 fjerde ledd forstås som mengdeangivelsen på en konkret post med regulerbare mengder.

---

<sup>132</sup> Se avhandlingens punkt 3.5.1

Videre utgjør avvik etter NS punkt 22.1 fjerde ledd ingen ”endring”, med mindre ”avviket i vesentlig grad” overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen. Av ”avviket” i punkt 22.1 fjerde ledd kan det isolert forstås som ett enkelt avvik. I oppbygningen av punkt 22.1 fjerde ledd peker imidlertid dette tilbake til ”avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse”. Med bakgrunn i tidligere tolkning av ordet ”avvik” i punkt 22.1 fjerde ledd, gir imidlertid ikke det ytterligere veiledning.

Med bakgrunn i ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, fremstår det som uklart hvorvidt bestemmelsen kan sies å åpne for en samlet behandling av flere regulerbare poster.

Bestemmelsen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd gir uttrykk for partenes risikoforhold ved kontrakter basert på regulerbare poster. Det ligger til kontraktstypen at entreprenøren må forvente avvik på regulerbare poster. Formålet bak punkt 22.1 fjerde ledd er å regulere tilfeller hvor avviket i mengdeomfanget på regulerbare poster blir så omfattende, at det faller utenfor entreprenørens forutsetninger.

Formålet bak NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd sammenholdt med bestemmelsens ordlyd, kan ikke sies å avklare hvorvidt bestemmelsen kan sies å åpne for en samlet behandling av flere regulerbare poster eller ikke.

Som vist til under punkt 2.3.3, uttaler Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) at:

”Jeg ser bestemmelsen som utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger, se Rt-1999-922 Salhus flytebru på side 931.”<sup>133</sup>

Slik saken lå for Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) var spørsmålet knyttet til det akkumulerte avviket på samtlige regulerbare poster som ikke var vurdert etter endringsbestemmelsen i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd). Det er som det ble nevnt under punkt 2.3.3 usikkert hva Høyesterett har hatt til hensikt å gi uttrykk for om NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd). På den ene side kan uttalelsen forstås som at det ved tolkningen av individuelle regulerbare poster etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd), skal legges de samme vurderingsmomentene til grunn som etter forutsetningslæren. På den annen side, kan uttalelsen forstås slik at NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt

---

<sup>133</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37

22.1 fjerde ledd) gir uttrykk for forutsetningslæren på en slik måte at det totale avviket på samtlige regulerbare poster omfattes i en samlet vurdering.

Ut fra at forholdet i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) var knyttet til en vurdering av akkumulerte avvik på samtlige regulerbare poster, kan det være nærliggende på trekke den slutning at uttalelsen må ses i den sammenheng. En slik forståelse vil kunne trekke i retning av at Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), gir uttrykk for at avviket på samtlige regulerbare poster kan vurderes samlet etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS8405 punkt 22.1 fjerde ledd).

På den annen side, dersom avviket på samtlige regulerbare poster kan vurderes samlet etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS8405 punkt 22.1 fjerde ledd), og det blir funnet at vesentlighetskravet er oppfylt, vil samtlige avvik være omfattet i en eventuell vurdering av delvis avbestilling etter NS 8406 punkt 28 (tilsvarende NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd). Ut fra følgende uttalelse av Høyesteretts i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), er det usikkert hvorvidt en slik forståelse kan legges til grunn:

”På bakgrunn av bestemmelsen i punkt 19.1 fjerde ledd fremstår det i hvert fall som lite naturlig om *ethvert* mengdeavvik skulle telle med ved vurderingen av om det er grunnlag for avbestilling etter punkt 28.”<sup>134</sup>

Nevnte uttalelse taler da imot at Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) har hatt til hensikt å knytte forutsetningslæren opp mot NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd), på en slik måte at det samlede avviket fra kontraktens samtlige regulerbare poster kan behandles under ett.

Det må med denne drøftelsen av Høyesteretts uttalelse i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) anses å være usikkerhet knyttet til hvilket forhold ved NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd (tilsvarende NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd) Høyesterett viser til.

Høyesteretts uttalelse i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) kan ikke sies å gi ytterligere avklaring på hvorvidt bestemmelsen kan sies å åpne for en samlet behandling av flere regulerbare poster eller ikke.

Med grunnlag i den begrensede veiledning ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd gir, og likeledes formålsbetraktninger og rettspraksis, må spørsmålet anses som uavklart.

---

<sup>134</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38

### 3.5.4 Delvis avbestilling

Problemstillingen er hvorvidt avvik på regulerbare poster som anses som endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, kan legges til grunn for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd.

Vurdering i avhandlingens foregående punkt 3.4.3.1 innebærer at uttrykket ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, må forstås noe ulikt i forhold til det som over ble lagt til grunn i den språklige forståelse av ordlyden. Den språklige forståelse av den øvrige ordlyden i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, forblir imidlertid tilsvarende det som er lagt til grunn over i avhandlingens punkt 3.4.3 og 3.4.3.1.

I følge NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd skal det ”samlede vederlaget etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider” legges til grunn for reduksjonsberegningen. Språklig kan det som nevnt over, forstås slik at det er arbeider som medfører en kvalifisert endring i forhold til kontrakten, som skal legges til grunn. Begrepet ”endringsarbeider” i punkt 38.1 tredje ledd, er ikke definert under NS 8405 punkt 2. I standardens bestemmelser om endring, herunder punktene 22.1 om endringer, 22.2 om endringer i form av forsering og 22.3 om endringsordre, benyttes ordet ”endring”.

Naturlig forståelse av ordlyden i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, sammenholdt med standardens bestemmelse for arbeider som anses som endring, tilsier at det ikke skal forstås som noe annet i punkt 38.1 tredje ledd.

Dersom man ser på bestemmelsen i NS 8405 punkt 38.1 under ett, fremgår det av ordlyden i første ledd at ”byggherren har rett til å avbestille”. Ordlyden tilsier at avbestillingsadgangen er forbeholdt byggherren. En slik forståelse støttes av bestemmelsens formål, som er å regulere byggherres adgang til å avbestille hele eller deler av kontrakten.

Ut fra bestemmelsens punkt 38.1 første ledd, sammenholdt med formålet bak bestemmelsen, kan det fremstå som unaturlig at bestemmelsen omfatter endringer som ikke er pålagt av byggherren ved endringsordre etter NS 8405 punkt 22.3 eller punkt 23.1.

På den annen side følger det av NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, at byggherrens kontraktsfestede rett til å avbestille er begrenset. Byggherrens kontraktsfestede rett til å avbestille, står samtidig opp mot entreprenørens rett etter avtalerettslige prinsipper til å utføre kontraktsarbeidet. I formålsbegrensningen etter punkt 38.1 tredje ledd ligger det et hensyn til oppretthol-

delse av entreprenørens vederlagsforutsetninger i kontrakten. De samme hensyn gjør seg gjeldende for entreprenøren ved enhetspriskontrakter med regulerbare mengder.

Ses det til bestemmelsens plassering, er den lagt under kapittel VIII bak i standarden, sammen med bestemmelsene om oppsigelse og heving. Historisk var avbestillingsbestemmelsen etter NS 3430 omfattet i standardens kapittel om endringer, under punkt 28.6. Ved behandlingen av delvis avbestilling i NS 3430 har bestemmelsens plassering blitt heist frem i teorien som et argument. Begrunnelsen har vært at dette tilsier at også avvik i regulerbare poster som oppfyller vesentlighetskravet, vil kunne tenkes å danne grunnlag for vurderingen.<sup>135</sup> At bestemmelsen, ved revisjonen av standarden til NS 8405, ble flyttet dit den står i dag, kan lede til å forstå det motsatte. At det i kommentarutgaven til NS 3430 tas til orde for at bestemmelsens plassering var noe uheldig, kan muligens sies å støtte et slikt argument.<sup>136</sup>

Sammenholdes NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd og NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, har de et sentralt fellestrekk. Både punkt 22.1 tredje ledd og punkt 38.1 tredje ledd setter en begrensning på 15% i forhold til byggherres adgang til å pålegge entreprenøren endringer og avbestillinger. Det settes henholdsvis i hver sin retning av kontraktssummen, og virkningene av at dette nås er ulike for de to tilfellene<sup>137</sup>. Felles er imidlertid det formål å sette en begrensning for hvor stort spillerom byggherren har til å pålegge entreprenøren endringer.

Det kan av kommentarutgaven til NS 8405 forstås slik at NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd annet punktum, også gjelder ved endringer etter fjerde ledd.<sup>138</sup> En slik slutning fremstår imidlertid ut fra ordlyden som usikker. Etter 22.1 tredje ledd ”kan ikke byggherren pålegge entreprenøren”<sup>139</sup>, hvilket tilsier at det gjelder endringer som pålegges fra byggherren ved endringsordre.<sup>140</sup> Ordlyden kom inn ved standardens revisjon fra NS 3430, samtidig som at bestemmelsens ble skilt fra det som i dag er NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Sett under ett kan det gi en antydning om at dette har vært et bevisst valg ved revisjonen.

En tilsvarende klar ordlyd som i NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd kan ikke sies å foreligge i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd. Ut fra de to bestemmelsenes felles formålsbetraktninger, er det da mulig å reise spørsmål ved om forskjellen i standerardens ordvalg er bevisst. På den ene siden kan det ut fra bestemmelsenes tilsynelatende gjensidig utfyllende karakter, argu-

---

<sup>135</sup> Barbo (1997) s. 123

<sup>136</sup> *Kommentar til NS 3430* (1992) s. 248

<sup>137</sup> Se mer om dette i avhandlingens punkt 2.2.1 og punkt 3.4.2

<sup>138</sup> Marthinussen (2010) s. 311

<sup>139</sup> NS 8406 punkt 22.1 tredje ledd

<sup>140</sup> NS 8405 punkt 22.3 og punkt 23.1



menteres for at de må forstås å inneholde samme adgangsbegrensning for endringer som ikke er pålagt av byggherren. På den annen side kan det at ordlyden i de to bestemmelsene skiller seg på dette punktet, være et argument for at punkt 38.1 tredje ledd ikke setter tilsvarende begrensning.

I forbindelse med vederlagsjustering skal entreprenøren varsle byggherren etter NS 8405 punktene 25.3, 25.4 og 25.7.3. Tilsvarende varslingsregler gjelder for fristforlengelse etter NS 8405 punktene 24.4 og 24.6. Varslingsreglene har til hensikt å sikre byggherrens oversikt og kontroll under kontraktutførelsen, og kunne møte de forhold som påberopes av entreprenøren. De samme hensyn må antas å gjelde også for delvis avbestilling i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd. Det at det ikke gjelder en tilsvarende varslingsbestemmelse vil kunne reises som et motargument til at endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd åpner for delvis avbestilling etter punkt 38.1 tredje ledd.<sup>141</sup>

Som belyst under avhandlingens punkt 3.5.2 er spørsmålet uavklart for Høyesterett. Ut i fra Høyesteretts uttalelser i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), særlig anførselen ”i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt”<sup>142</sup>, må det imidlertid kunne legges til grunn at Høyesterett ikke så langt er avvisende.

De foregående vurderinger kan oppsummeres som følger:

Av ordlyden i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd fremstår det slik at avvik på regulerbare poster etter punkt 22.1 fjerde ledd ikke kan utelukkes å være omfattet. Bestemmelsens formål og hensyn søker å ivareta begge kontraktsparter, og omfatter dels motstridende interesser. Systembetragtninger og historikken bak bestemmelsen, kan tas til inntekt for argumentasjon både for og mot at avvik som anses som endring etter punkt 22.1 fjerde ledd kan legges til grunn for avbestilling etter punkt 38.1 tredje ledd.

Spørsmålet er uavklart. Hvorvidt en domstol vil finne at avvik på regulerbare poster som anses som endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, kan legges til grunn for delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, vil trolig ikke kunne utelukkes.

---

<sup>141</sup> Avhandlingen er avgrenset i forhold til reglene om varsling, se avhandlingens punkt 1.2

<sup>142</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40

### 3.5.5 Endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd – hele eller deler av avviket

Problemstillingen i dette punktet er hvorvidt hele eller bare deler av det avviket som utgjør en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, skal inngå i grunnlaget ved vurderingen av eventuell delvis avbestilling etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd.

Dette forutsetter, som presentert under avhandlings punkt 3.5.1, at avvik på regulerbare poster kan anses som endring etter punkt 22.1 fjerde ledd. Området er uavklart, men spørsmålet som reises vil være en mulig følge dersom avvik på regulerbare poster kan anses som endring etter punkt 22.1 fjerde ledd.

Avbestillingsregelen i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd skiller seg fra reglene om vederlagsjustering og fristforlengelse. Vederlagsjustering og fristforlengelse behandler ikke endringen etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd i seg selv, men følgene av denne endring. Selve endringen etter punkt 22.1 fjerde ledd, er i så måte et inngangsvilkår for at disse bestemmelsene kommer til anvendelse. Dersom det foreligger endring etter punkt 22.1 fjerde ledd, og NS 8405 punktene 24.1 og 25.2 er oppfylt, behandles følgene etter nye vurderingsregler. Som eksempel kan neves vurderingen av hvorvidt forutsetningene for å anvende enhetsprisene er forrykket etter NS 8405 punkt 25.7.2 annet ledd.<sup>143</sup> Det springende punktet er at punkt 38.1 tredje ledd, ikke inneholder en tilsvarende etterfølgende vurdering. Følgene av at endring etter punkt 22.1 fjerde ledd foreligger, kan da se ut til å være at endringen i sin helhet legges til grunn som ”endringsarbeider” i punkt 38.1 tredje ledd. Dette kommer avhandlingen tilbake til litt lenger ned i inneværende punkt.

For å illustrere problematikken, tas det utgangspunkt i vurderingen av endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd for en individuell post. Utgangspunktet for vurderingen er postens totale avvik fra kontraktens anslåtte mengder. Deretter vurderes det hva entreprenøren ”burde”<sup>144</sup> ha tatt i betraktning. Det forventes at entreprenøren har tatt høyde for dette avviket. Dersom avviket blir større enn dette, ligger det over det entreprenøren har tatt i betraktning, men under det som i ”vesentlig grad overstiger”<sup>145</sup>. I dette intervallet må entreprenøren tåle at avviket er større enn han burde tatt i betraktning. Videre, dersom imidlertid avviket blir så stort at mengdeforutsetningene anses endret, vil vesentlighetsvilkåret være oppfylt.

Spørsmålet er hvorvidt hele avviket skal anses som endring, eller om det skal skilles mellom det entreprenøren burde tatt i betraktning, og det som ligger i intervallet mellom dette og at

---

<sup>143</sup> Se avhandlingens punkt 3.3.3

<sup>144</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

<sup>145</sup> NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd

vesentlighetskravet er oppfylt. På dette konkrete punktet vil problematikken være den samme, uavhengig av om endringen gjelder en individuell regulerbar post, eller det akkumulerte avviket fra samtlige regulerbare poster.

I vurderingen av hvorvidt det foreligger endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, skal samtlige avvik fra anslått mengde på en regulerbar post tas med. Videre har det tidligere i avhandlingen blitt lagt til grunn at ”endringsarbeider” etter NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, forstås som arbeider som medfører en kvalifisert endring.<sup>146</sup> Såfremt det foreligger endring etter punkt 22.1 fjerde ledd, vil det da kunne tenkes at hele mengdeavviket også legges til grunn etter punkt 38.1 tredje ledd. Dersom reduksjonen så i kroner utgjør 15 % eller mer av kontraktssummen, vil ”hele reduksjonen” etter punkt 38.1 tredje ledd anses som delvis avbestilling.

Et tilsvarende scenario vil kunne foreligge dersom avvik fra samtlige regulerbare poster kan anses som endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Dette vil i så fall medføre at samtlige avvik fra kontraktens anslåtte mengder, legges til grunn for beregningen av delvis avbestilling etter punkt 38.1 tredje ledd.

Et formål bak begrensningen i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd på 15 %, er å ivareta entreprenørens berettigede forventninger til kontraktsomfanget. Samtidig gir Høyesteretts i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg), uttrykk for at vesentlighetsvurderingen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd er et uttrykk for læren om bristende forutsetninger.<sup>147</sup> Følges resonnementet videre kan det argumenteres med at det for tilfeller hvor vesentlighetsvilkåret etter punkt 22.1 fjerde ledd er oppfylt, vil det også ligge en bristende mengdeforutsetning til grunn. Det vil da kunne argumenteres for at hele avviket etter punkt 22.1 fjerde ledd, kan legges til grunn i punkt 38.1 tredje ledd.

Mot dette taler at det ligger til kontraktstypen at det må forventes avvik på regulerbare poster. I hvilken grad det kan sies at entreprenøren har en berettiget forventning til det avviket han ”burde”<sup>148</sup> tatt i betraktning, er usikkert. Det kan imidlertid tenkes ført som et moment, for at kun det avviket som overstiger det entreprenøren etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, burde ha tatt i betraktning på avtaletidspunktet.

---

<sup>146</sup> Se avhandlingens punkt 3.4.3

<sup>147</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37

<sup>148</sup> NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd

Det er imidlertid usikkert hvorvidt det er mulig å forstå begrepet ”endringsarbeider” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, på en slik måte at det skal skilles mellom de to intervallene som ligger mellom mengden angitt i kontrakten og vesentlighetskravet.

Spørsmålet er uavklart. Hvorvidt en domstol vil finne at det for NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd, skal skilles mellom det entreprenøren burde tatt i betraktning, og det som ligger i intervallet mellom dette og at vesentlighetskravet er oppfylt, vil ikke kunne utelukkes.

## 4 Avsluttende bemerkninger

Som det fremgår av avhandlingen er spørsmålene som oppstår i forbindelse med endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, både relevante og viktige for entreprenører så vel som byggherrer. Entrepriseretten har i hovedsak vært selvregulert, og tvister har primært vært løst ved voldgift. Begrenset rettspraksis på entrepriserettens område innebærer at rettstilstanden rundt flere av de problemstillingene som avhandlingen reiser, er uklar.

Entreprisekontraktene kan være omfattende og kompliserte, og for begge parter i avtaleforholdet er økonomiske risikobetraktninger viktig. Dette gjenspeiler seg i entrepriseretten ved at hensynet til partenes forutsetninger, samhandling, risikofordeling, og risikoovergang står sentralt.

Avhandlingen belyser et område av entrepriseretten som det er knyttet stor usikkerhet rundt. En sentral faktor i denne usikkerheten kan relateres til at rammene for de problemstillinger som oppstår, i stor grad er uklare og skjønnsmessige. En del av denne usikkerheten som i dag knytter seg til partenes risikofordeling og risikoovergang, har sitt utspring i standardkontrakter som er ment å skulle dekke et bredt spekter av individuelle forhold ved entrepriskontrater. Et eksempel på dette er vesentlighetsvurderingen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. En annen del av usikkerheten har sin opprinnelse i uklare sammenkoblinger mellom bestemmelsene i standarden, for eksempel forholdet mellom NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd og NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd.

Som avhandlingen gir et bilde av, må det antas at det er et behov i bransjen for å få avklart disse viktige spørsmålene.

Begrepet ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 tredje ledd er ikke definert under punkt 2 i NS 8405. Slik Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 (Repstad Anlegg) forstås, legges et annet innhold i begrepet ”samlede vederlag” i NS 8405 punkt 38.1 enn ”vederlag” slik det defineres i NS 8405 punkt 2.11. Foruten at de to begrepene er vanskelig å skille fra hverandre hva angår ordtolking, virker det også spesielt at begrepet ”samlede vederlag” i relasjon til punkt 22.1 fjerde ledd, vil utgjøre et lavere beløp enn ”vederlag”.

Begrepet ”endringsarbeider” i NS 8405 punkt 38.1 benyttes i punkt 38.1 tredje ledd. Det benyttes imidlertid ikke i NS 8405 punkt 22.1 hvor begrepet ”endring” benyttes. En mulig løsning er å definere ”endringsarbeider” under punkt 2 i NS 8405. En definisjon vil kunne eliminere den tvilen som nå foreligger.

En annen mulig løsning er at begrepet ”endringsarbeider” bare har sitt utspring i NS 8405 punktene 22.3 og 23, som behandler endringsordre. På den måten vil begrepet ”endringsarbeider” vise at det knytter seg til endringer pålagt av byggherren.

## Litteraturliste

### Litteratur

Barbo, Jan Einar *Kontraktssomlegging i entrepriserforhold*. Oslo, 1997.

Boe, Erik Magnus *Rettskildelære under debatt*. Oslo, 2012

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.

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

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Oslo, 2011.

Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett – Utvalgte emner*. Oslo, 1997.

Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelses*. 2. utgave. Oslo, 2013.

*Kommentar til NS 3430* Kolrud, Helge Jakob ... [et al.]. Oslo, 1992.

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen *NS 8405 med kommentarer*. 3. utgave. Oslo, 2010.

Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

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

Woxholth, Geir *Avtalerett*. 8. utgave. Oslo, 2012.

Woxholth, Geir *Voldgift*. Oslo, 2013.

### Standardkontrakter

NS 8405      *Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)*

NS 8415      *Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider (2008)*

- NS 8406 *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt (2009)*
- NS 8416 *Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge og anleggsarbeider (2009)*
- NS 8407 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (2011)*
- NS 3430 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)*
- NS 3401 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)*

### **Internasjonale standardkontrakter**

- AB 04 *Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, BKK Byggandets Kontraktskommitté, Sverige (2004)*
- AB 92 *Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, Boligministeriet, Danmark (1992)*

### **Lover**

- 2004 Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14. mai 2004 nr 25.
- 1997 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven) av 13. juni 1997 nr 43.
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr 63.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr 4.



## **Domsregister**

Rt. 2014 s. 520

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2000 s. 806

Rt. 1999 s. 922

## **Personlig meddelelse**

Kollerød, Thomas og Erstad, Erling M., Advokater, Maskinentreprenørenes Forening (MEF), møte , 25. mars 2014.