

Innlegg Entreprisjuridisk seminar HR-2025-977-A "Nye Jordal Amfi"

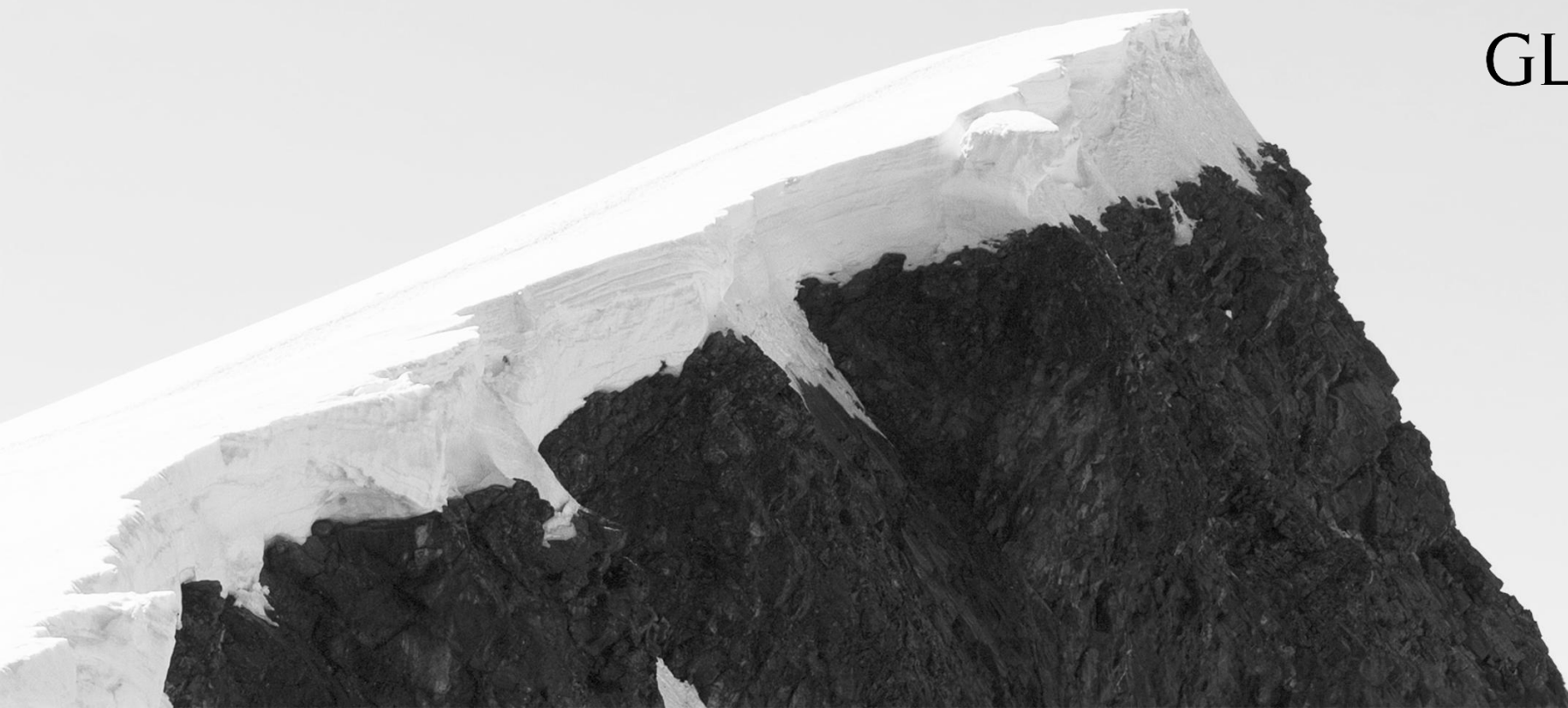
3. september 2025

v/advokat Nils-Henrik Pettersson

nils-henrik.pettersson@glittertind.no



GLITTERTIND





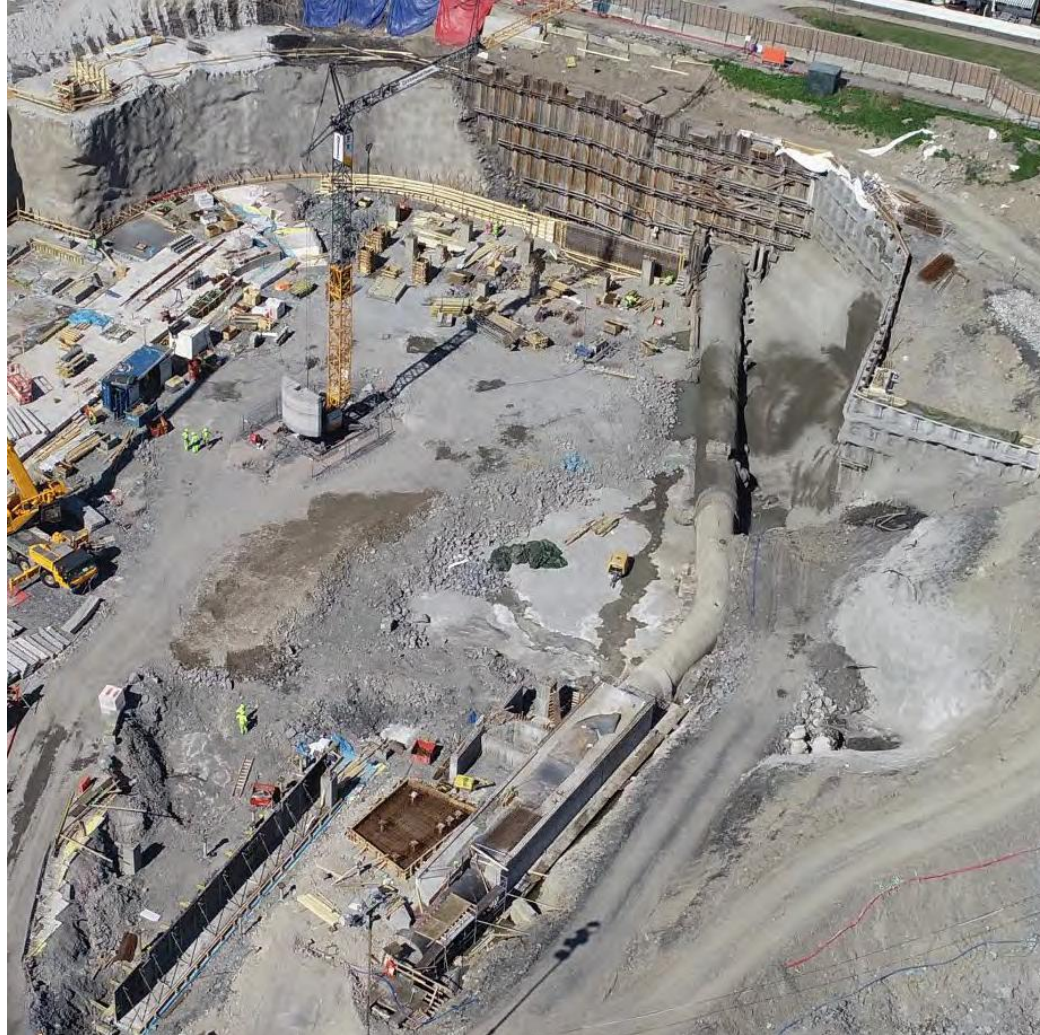


Saken gjaldt to hovedforhold, og flere underforhold:

- 15 % grensen
 - Hva inngår?
 - Hvordan skal opsjoner behandles?
 - Hva er konsekvensen av at 15 % grensen er passert?
- Renteplikten
 - Dokumentasjonskravet
 - Reklamasjonsplikten
- Dissens
 - Flertallet
 - Mindretallet

Kort om nye Jordal









15 % grensen – hva inngår?



Endringsadgangen

- Regelen må forstås på bakgrunn av endringsadgangen.
- Det er ingen alminnelig endringsadgang i kontraktsretten.
- Endringsadgangen er derimot sikkerhet innenfor verkskontrakter.
- Endringsadgangen er fastslått i NS 8407 pkt. 31.1

31.1 Retten til å pålegge endringer

Byggherren kan ved endringsordre pålegge totalentreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at totalentreprenøren 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.

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 totalentreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

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 totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

- Ingen annen adgang for byggherren til å endre kontrakten.

15 % -grensen – Hva inngår?



- (48) Hva en «endring» kan gå ut på, fremgår av andre avsnitt. Det sentrale for vårt formål er at det gjelder pålegg som endrer totalentreprenørens ytelse sammenlignet med det *opprinnelig avtalte*. For å kunne ta stilling til om det dreier seg om et avvik fra det avtalte, må byggherrens pålegg vurderes opp mot kontraktsdokumentene. Etter standarden punkt 2.1 er blant annet a) avtaledokumentet, c) totalentreprenørens tilbud, e) tilbuds- eller konkurransegrunnlaget og f) NS 8407 en del av kontraktsdokumentene. Det er i disse dokumentene funksjonsfordelingen mellom partene fremgår. Også etterfølgende avtalejusteringer eller tidligere endringer inngår i dette. Totalentreprenørens prosjektering er ikke en del av kontraktsdokumentene.

15 % -grensen – Hva inngår?

- (50) Merarbeid som følge av forhold som byggherren har risikoen for, blant annet uforutsette forhold ved grunnen, jf. punkt 23, omfattes i utgangspunktet ikke av punkt 31.1. Det følger av den overordnede funksjonsfordelingen i kontrakten at totalentreprenøren skal prosjektere og utføre arbeidet frem til ferdigstillelse. Dette innebærer at han må overkomme risikoforhold som gjør kontrakten mer byrdefull å oppfylle. Som kompensasjon for uforutsett merarbeid i de såkalte risikotilfellene kan entreprenøren kreve fristforlengelse etter punkt 33.1 og vederlagsjustering etter punkt 34.1.2. Det ligger implisitt i dette at entreprenøren plikter å utføre denne typen merarbeid, som følgelig ligger *innenfor* kontrakten. Så lenge merarbeidene ligger innenfor og er i tråd med det opprinnelig avtalte, er det ikke tale om endringsarbeider. Men dersom byggherren pålegger entreprenøren å utføre et *bestemt* arbeid for å avbøte risikoforholdet, vil det dreie seg om et inngrep i entreprenørens valgrett etter kontrakten og følgelig om en endring.

15 % -grensen – Hva inngår?



- (54) Så langt viser standardens ordlyd og systematikk at «endring» er forbeholdt pålegg som griper inn i det opprinnelig avtalte. Merarbeid som skyldes forhold byggherren har risikoen for, omfattes ikke av endringsbegrepet med unntak av særregelen i punkt 31.1 fjerde avsnitt.
- (71) For å oppsummere viser terminologien i NS 8407 at begrepet «endring» er forbeholdt byggherrens pålegg som innebærer avvik fra ytelser entreprenøren er pålagt etter kontrakten, herunder inngrep i entreprenørens valgfrihet. Merarbeid som følge av forhold byggherren har risikoen for, inngår ikke i endringsbegrepet med unntak av særregelen i punkt 31.1 fjerde avsnitt. Det er bare merkostnadene som følge av selve endringen – avviket fra kontrakten – som skal tas med ved beregningen av om 15 prosent-grensen er nådd. Læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 er selvstendige rettsgrunnlag som ikke påvirker rekkevidden av standardens endringsbegrep.

15 % -grensen – Hva inngår?

- Mindretallet var enige med flertallet i den rettslige forståelsen (rettsregelen) og avsnitt 141 fra mindretallet er derfor også relevant:

(141) Jeg er enig med førstvoterende i de rettslige utgangspunktene for vurderingen av *hvilke typer arbeider som inngår ved beregningen av 15 prosent-grensen* i NS 8407 punkt 31.1 tredje avsnitt. Herunder deler jeg førstvoterendes syn om at dersom et uforutsett forhold som byggherren har risikoen for, medfører en justering av entreprenørens ytelsesplikt etter avtalen – noe som etter mitt syn også kan omtales som det avtalte arbeidsomfanget – skal det behandles som et pålegg om en endring, og følgelig inngå i 15 prosent-grensen. Dersom risikoforholdet gjør ytelsen som omfattes av kontrakten, mer byrdefull, men ikke endrer ytelsespliktenes innhold, foreligger det ikke en endring.

- Dissensen gjelder ikke rettsregelen, men tolkningen av LRs-premisser: Har LR lagt til grunn riktig rettsregel eller ikke.



Opsjoner

- Disens 3/2

- (73) Spørsmålet er om slike opsjoner omfattes av 15 prosent-grensen i punkt 31.1 tredje avsnitt. Opsjoner kan enten anses som forhåndsprising av endringsarbeider, eventuelt risikoarbeider, eller som selvstendige avtaleklausuler innenfor «det opprinnelige avtalte». Dette beror i utgangspunktet på en tolkning av opsjonene, se Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407. Kommentaarutgave*, 2013 side 450.
- (74) Etter mitt syn må opsjoner betraktes som selvstendige avtaleklausuler *innenfor* kontrakten med mindre det er konkrete holdepunkter for at partene har ment noe annet. Opsjoner gir byggherren en valgrett på nærmere angitte vilkår, og jeg kan vanskelig se at utøvelsen av denne valgretten innebærer et *pålegg* om *endring* av det *opprinnelig avtalte* etter punkt 31.1.
- (81) NCC har subsidiaært anført at de faktiske mengdene viste seg å være langt større enn de estimerte. Som jeg tidligere har vært inne på, anses mengdeavvik på regulerbare poster innenfor kontrakten som en endring etter punkt 31.1 fjerde avsnitt når «avviket i vesentlig grad overstiger det totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten». Det er bare det som eventuelt overstiger denne terskelen, som utgjør en endring, og som inngår ved beregningen av om 15 prosent-grensen er nådd.



Innebærer at opsjoner må bedømmes etter regelen i NS 8407 pkt. 31.1 siste ledd

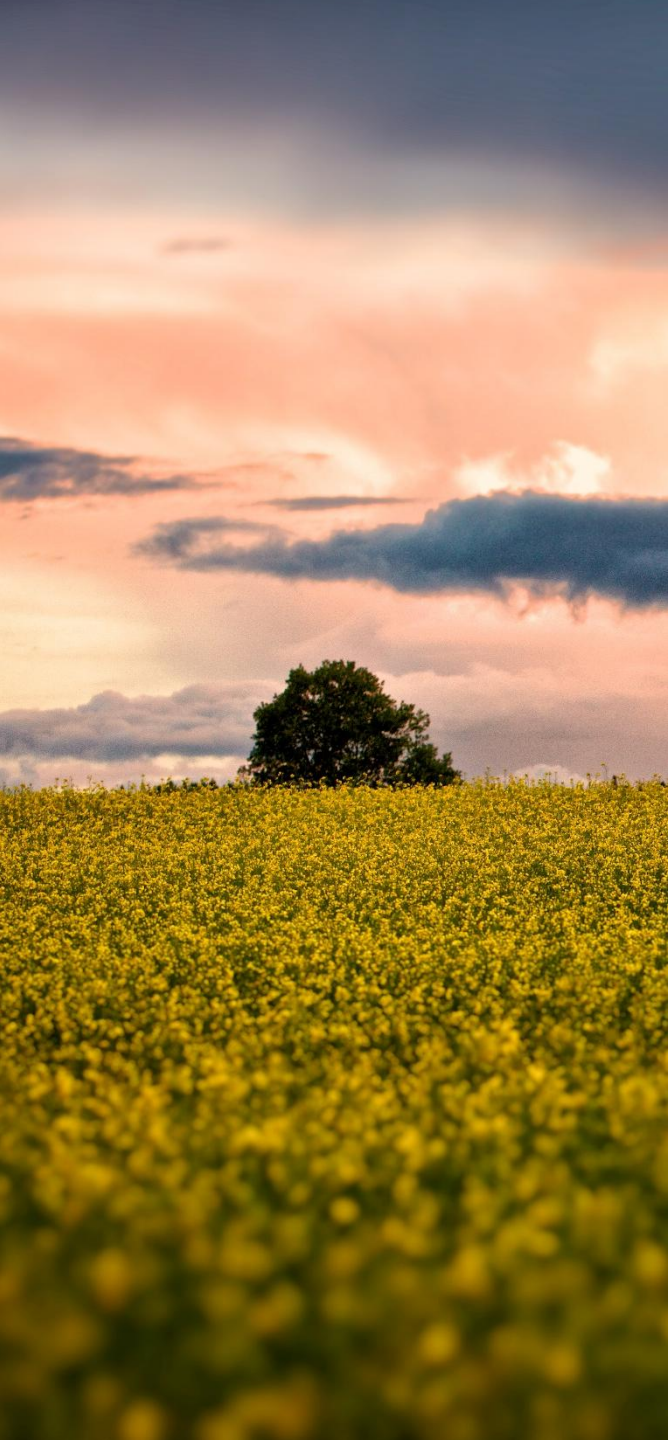
31.1 Retten til å pålegge endringer

Byggherren kan ved endringsordre pålegge totalentreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at totalentreprenøren 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.

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 totalentreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

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 totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.



Konsekvenser av at 15 % grensen er passert

- Enighet om at entreprenøren da kan nekte å utføre ytterligere endringsarbeider.
- Avtalefriheten: Innebærer at entreprenøren kan tilby seg å utføre ytterligere endringsarbeider, men kreve ny pris.
- Hvis byggherren avslår de nye prisene: Entreprenøren velger mellom å ikke utføre ytterligere endringsarbeider, eller trekke tilbake kravet.
- Partene kan forhandle og bli enige om nye priser
- Situasjonen i saken: Byggherren nektet for at 15 % grensen var passert, men hadde ingen innsigelser til prisene: Byggherren blir da – i utgangspunktet – bundet av de prisene entreprenøren forlanger hvis han fortsetter å bestille endringer.
- Ikke grunnlag for sensur etter «gjengs pris». Eventuell sensur etter avtalelovens § 36.



Forsøk på analyse

- Endringer/forstyrrelser som kan inntre kan kategoriseres i tre:
 - Endringer (i snever forstand).
 - Risikoforhold.
 - Byggherrerisiko.
 - Entreprenørrisiko.
 - Byggherremislighold.
- HR-saken gjaldt grensen mellom endringer og byggherrerisiko
- Neppe tvilsomt at byggherremislighold vanligvis faller utenfor endringsbegrepet.
 - Men byggherremislighold kan medføre endringer.
 - Byggherremislighold = kreditormorra, men sikker rett at det medfører erstatningsansvar.



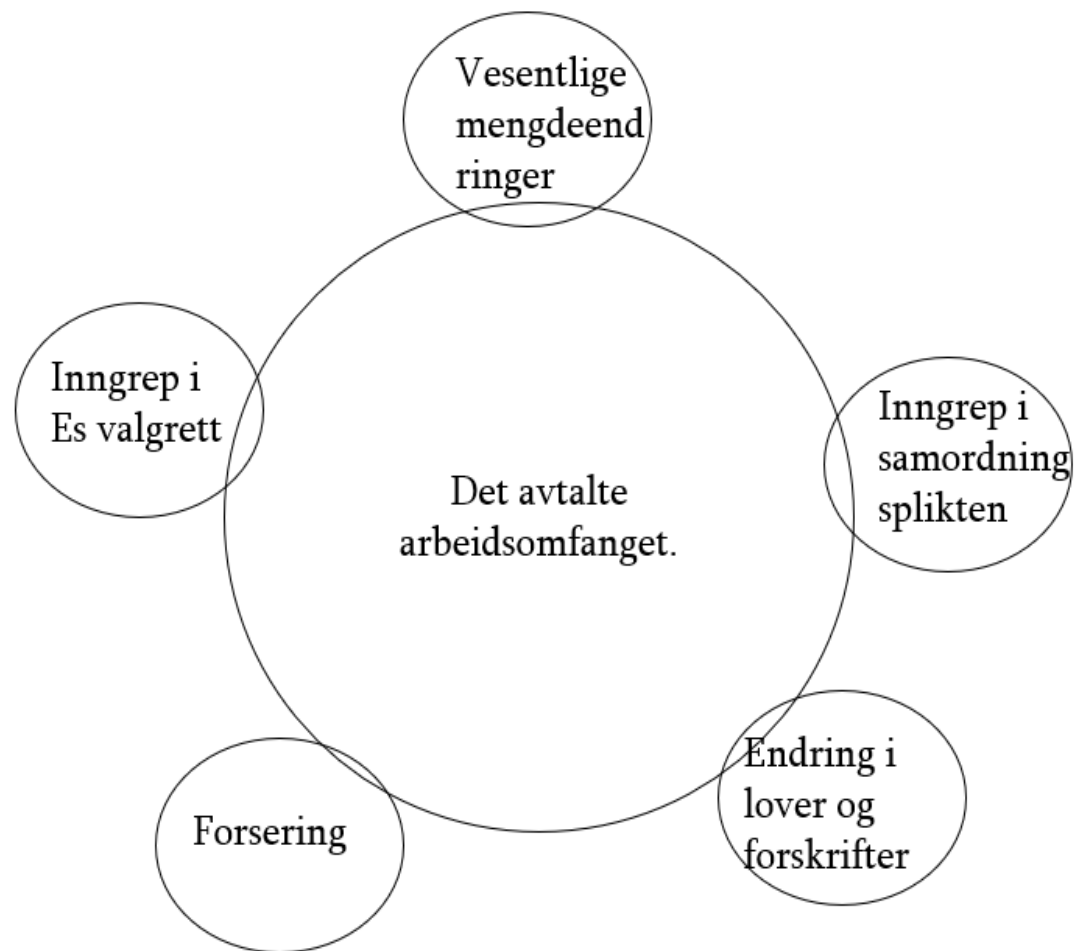
Tolkningsprosessen

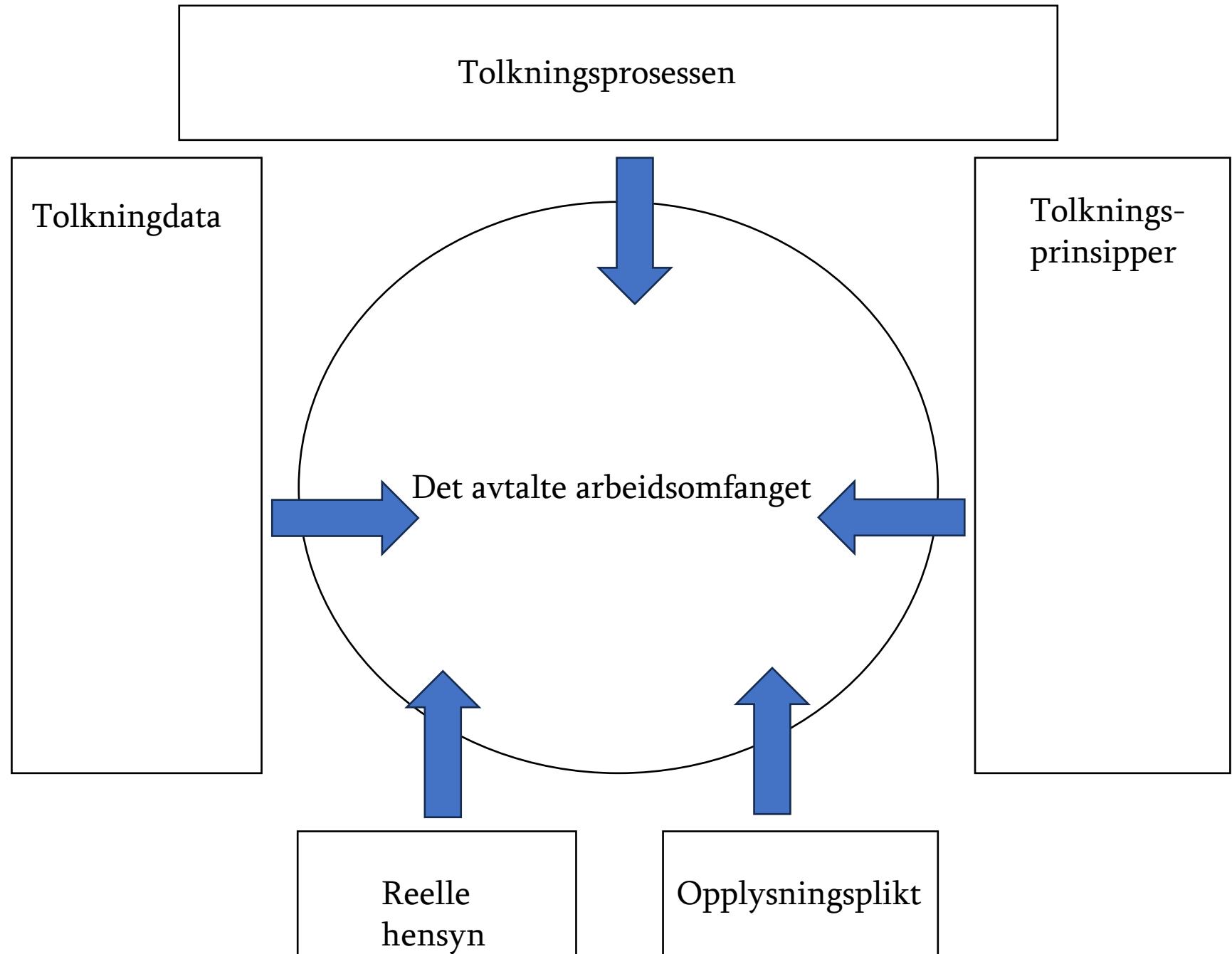
- Fastlegge hva E har påtatt seg for det avtalte vederlaget.
 - Prestasjonsanalyse
- Vanlige tolkningsprinsipper.
 - I praksis objektive tolkningsprinsipper med vekt på ordlyden.
 - Kontrakten som helhet. Harmonisering.
 - Ytelsesbeskrivelsen antakelig særlig relevant, men også tidsplan, rapporter m v
 - Også data utenfor kontrakten er relevant.
- Rettspraksis: Mika-dommen.
- Lite omhandlet i juridisk litteratur.
 - Barbo: Kontraktsomlegging i entrepriseforhold
 - Hagstrøm m fl: Obligasjonsrett.
 - Haaskjold: Kontraktsrett



Praktiske konsekvenser for bransjen – 15 % grensen

- Analysen er i prinsippet enkel: Hva har entreprenøren påtatt seg å utføre uten endringer?
- Suppleres med en del «særbestemmelser», som springer ut av det samme prinsippet. Blant annet dersom entreprenørens valgadgang påvirkes.
- I de fleste tilfeller hvor entreprenøren må utføre fysiske endringer vil jeg tro at dette fortsatt er endringer i kontraktens forstand.
- Grunnforhold?
- Tunellkontrakter og bergrom?
- Blir uansett en konkret vurdering av kontrakten.







Oppsummering

- HR har gitt en løsning som i prinsippet er enkel: Tolke kontrakten. Fastlegge hva entreprenøren har påtatt seg for det avtalte vederlaget.
- Men som i praksis er kompleks og usikker.
- Har bransjen fått hjelp til å finne løsninger?
 - Nei.
- Vil det bli færre tvister?
 - Neppe.
 - Men nye standarder vil kanskje hjelpe.



Rentespørsmalet





Dokumentasjonsplikten

- Enighet om at betalingsplikt først inntreer når faktura er dokumentert iht. NS 8407 pkt. 27.
- Spm hva som kreves for at faktura er tilstrekkelig dokumentert.
- For vederlagsjusteringskrav er 27.4 (2) sentral:

27.4 Dokumentasjon av fakturakravet

Fakturaer i henhold til avtalt faktureringsplan skal henvise til denne og ha vedlagt den dokumentasjonen som planen krever. Byggherren kan i rimelig utstrekning kreve ytterligere dokumentasjon.

Andre fakturaer skal være spesifisert og vedlegges målinger og annen dokumentasjon som er nødvendig for byggherrens kontroll.

- *"nødvendig for byggherrens kontroll"*.
- LR trakk likhetstegn mellom denne dokumentasjonsplikten og plikten til å oversende løpende regningsarbeidsoppgaver i pkt. 30.3.1



Dokumentasjonsplikten

- Høyesteretts vurdering:

- (96) Dokumentasjonskravets innhold må tilpasses karakteren av de krav som faktureres, og dessuten ses i lys av partenes faktureringspraksis. At det ikke er mulig å dokumentere kravet fullt ut, betyr ikke at dokumentasjon helt kan unnlates, se prinsippet i HR-2019-1225-A *Hab* avsnitt 82 om entreprenørens bevisføringsplikt for krav forårsaket av «plunder og heft». I avsnitt 86 heter det at beviskravene ikke kan «settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende» for entreprenøren å etterkomme dem.
- (97) Tilsvarende presiseringer må etter mitt syn gjelde dokumentasjonskravet etter punkt 27.4. Poster som ikke lar seg dokumentere, vil i noen utstrekning måtte bero på et skjønn, som eventuelt kan underbygges på annen måte. Videre må dokumentasjonskravet ses i lys av kontrollformålet, som et stykke på vei vil kunne være ivaretatt gjennom partenes løpende kontakt.



Dokumentasjonsplikten

- Høyesteretts vurdering:

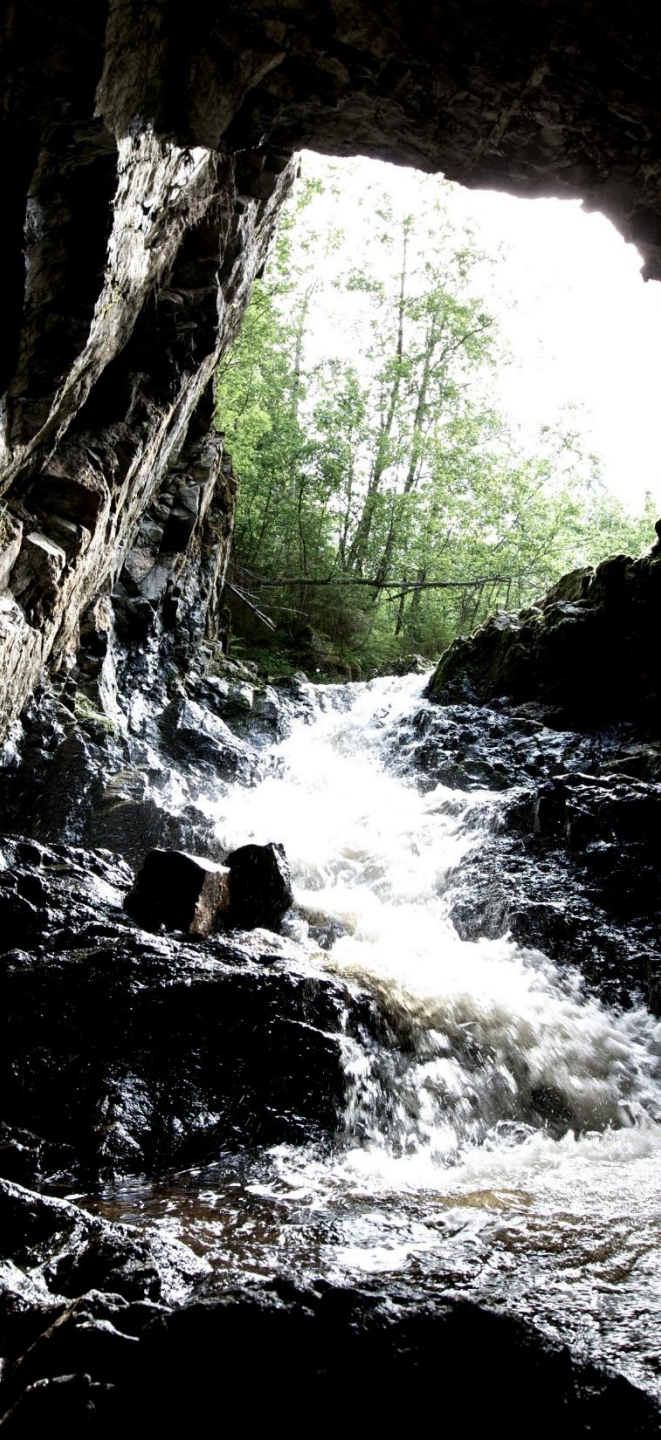
- (98) NCC har gjort gjeldende at det ikke kan stilles krav om fakturadokumentasjon for regningsarbeid som godtgjøres etter «måtte forstå»-regelen i punkt 30.3.1 tredje avsnitt. Jeg kan ikke se at denne vederlagsregelen gir grunnlag for å sette til side kontraktens krav om at fakturaene må være spesifisert og dokumentert. Vilkåret for å anvende «måtte forstå»-regelen er at «totalentreprenøren ikke leverer oppgaver i samsvar med første ledd, eller oversitter fristen i annet ledd». Slike unnlatelser fra entreprenørens side kan ikke utløse forfall med påfølgende forsinkelsesrenter før kravet er tilstrekkelig underbygget. Dokumentasjonskravet i punkt 28.1, jf. punkt 27.4, kan slik sett ikke erstattes av den materielle vederlagsregelen om hva byggherren «måtte forstå». I den grad det er vanskelig eller umulig for entreprenøren å spesifisere og dokumentere kravet, må det eventuelt underbygges på annen måte.



Dokumentasjonsplikten

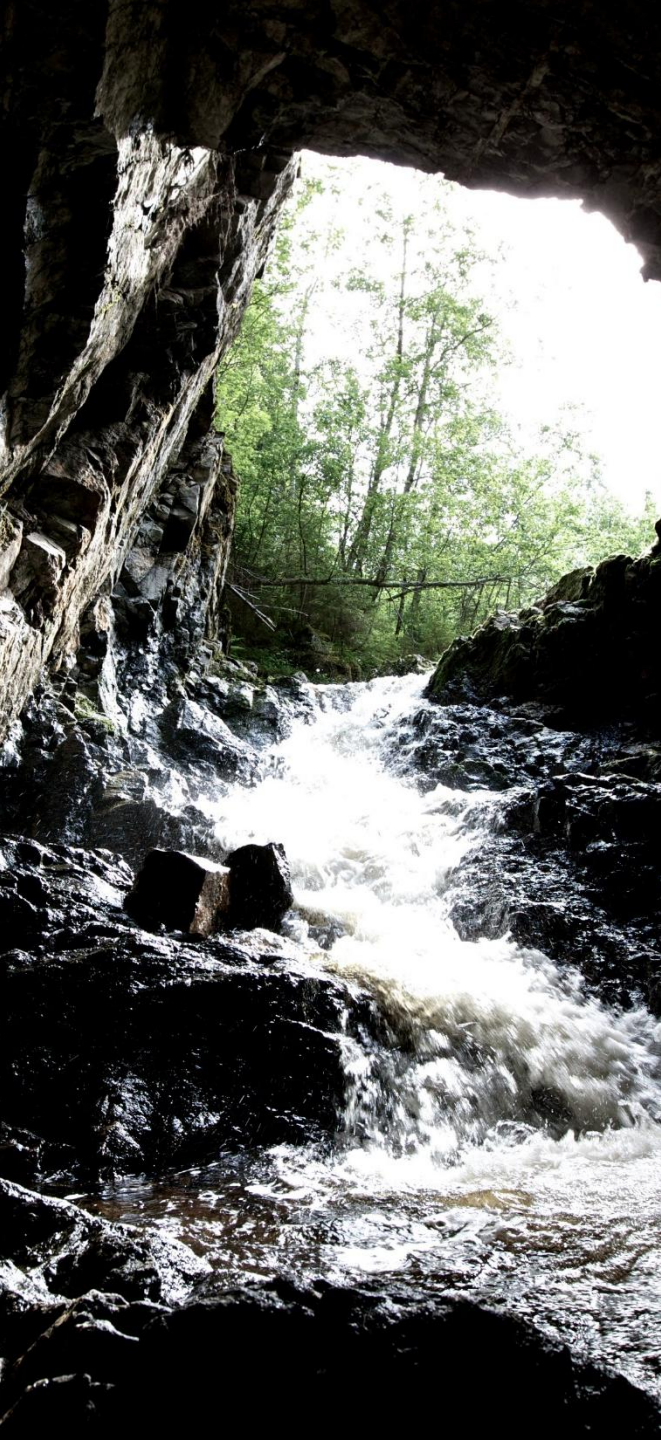
- Høyesteretts vurdering:

- (100) Dokumentasjonskravet må dessuten avgrenses mot dokumentasjon som begge parter har tilgang til, for eksempel endringsanmodninger og endringsordrer, møtereferat og lignende.
- (101) Endelig kan byggherrens innsigelsesrett ha gått tapt ved passivitet. For regningsarbeid er det en særregel om dette i punkt 30.3.2. Konsekvensen av at byggherren unnlater å varsle om sine innsigelser innen fristen, er at entreprenørens oppgaver legges til grunn for oppgjøret. I slike tilfeller må en faktura som viser til oppgavene over regningsarbeidet, anses som tilstrekkelig dokumentert. Tilsvarende må gjelde dersom byggherren har tapt retten til å fremsette innsigelser mot sluttoppstillingen etter punkt 39.2. I så fall vil kravene være forfalt og forsinkelsesrenter påløpe etter den fastsatte fristen på to måneder regnet fra mottakelse av sluttoppstilling med slutfaktura. Bestemmelsen har imidlertid en særregel i tredje avsnitt andre punktum om innsigelser og krav som er brakt inn for blant annet domstolene.



Plikten til å reklamere mot fakturaer

- (106) Det karakteristiske for entreprisekontrakter er at de etablerer et samarbeidsforhold over tid som igjen forsterker betydningen av lojalitetshensynet. Siktemålet med standardens detaljerte regler er å skape balanse, forutsigbarhet og avklaring i kontraktsforholdet. Disse hensynene taler for at byggherren medvirker til at kravene mellom partene avklares, herunder at kravene er tilstrekkelig dokumentert. Så lenge dokumentasjonsplikten er direkte knyttet til formålet om debitors mulighet for kontroll, må det kunne forventes at også debitor medvirker til å realisere dette formålet.
- (110) Jeg er enig i at det av debitor bør kunne kreves «rimelige anstrengelser for å få bragt forholdet i orden». Hvis byggherren reiser innsigelser mot fakturaen på grunn av mangelfull spesifisering eller ufullstendig dokumentasjon, må medvirkningsplikten normalt anses oppfylt.
- (111) Dersom partene er uenige om innsigelsens rettmessighet, må risikoen for den uklare situasjonen plasseres på den parten som tok feil, eventuelt på den som er mest å bebreide. På tilsvarende måte vil det etter omstendighetene kunne gå ut over byggherren om han unnlater å reise innsigelser mot fakturaen fordi han uansett mener seg uforpliktet på annet grunnlag.



Plikten til å reklamere mot fakturaer

- (112) I forlengelsen av dette finner jeg likevel grunn til å presisere at lojalitetsplikten i kontraktsforholdet går begge veier. Jeg har vanskelig for å se at byggherren skal ha en plikt til å reise innsigelser der det er *helt klart* at spesifikasjon og dokumentasjon mangler. I slike tilfeller er det mer nærliggende å la entreprenøren bære risikoen for at fakturaen ikke utløser forfall med påfølgende forsinkelsesrente ved manglende betaling. Det er i de tilfellene der byggherren bør forstå at kreditor med *rimelig grunn* mener å ha oppfylt kravet, at han plikter å reise innsigelser slik at entreprenøren får oppfordring til å bringe forholdet i orden. Dette innebærer at plikten til å fremme innsigelser mot fakturaen til en viss grad beror på en konkret vurdering.
- (113) På samme måte som for sluttoppgjøret mener jeg byggherrens eventuelle innsigelser mot de løpende fakturaene må fremsettes før betalingsfristen for at forsinkelsesrenten ikke skal begynne å løpe. Jeg viser til Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407. Kommentirutgave*,



Konsekvenser for bransjen – dokumentasjons- og rente plikten

- Spørsmålet om regningen er kontrollerbar?
- Hva som er kontrollerbart kommer an på hvordan det skal gjøres opp.
- Ikke et krav om at alt dokumenteres som regningsarbeider. Kommer an på. En bred helhetsvurdering.
- Partenes praksis spiller også inn. Viktig.



Konsekvenser for bransjen - reklamasjonsplikten

- Springer ut av lojalitetsplikten.
- I alminnelighet en plikt til å protestere mot en faktura hvis man mener at den ikke er godt nok dokumentert.
- Gi entreprenøren mulighet til å rette.



Et lite hjertesukk til slutt

- Våre anførsler er ikke gjengitt riktig. Vår disposisjon:
 - Den grunnleggende analysen:
 - Hva har E påtatt seg?
 - Tolkning av kontrakten.
 - Hvis utenfor kontrakten: Ingen annen kompetanse til å utvide kontrakten enn endringskompetansen.
 - Barbo. TJU II s. 17(20 flg)
 - Kaasen. JU s 1761-1762
 - Hagstrøm/Bruserud. JU s 1214.
 - Hvis risikoforhold/BH mislighold medfører at kontrakten må legges om (d v s faller utenfor det E har påtatt seg) må og skal BH bruke endringskompetansen.



Hvem vant?

- (138) Ingen av partene kan anses for å ha vunnet saken, og erstatning for sakskostnader idømmes ikke.