

Byggherrens materielle endringskompetanse

Forfatter

Hilde Marie Larmerud

Veileder: Lasse Simonsen

Semester for innlevering: V-03

Kandidatnummer: 261

Til sammen 14 025 ord

25.04.03

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA OG AVGRENSNING	1
1.1.1	TEMA OG GENERELL AVGRENSNING	1
1.1.2	NÆRMERE AVGRENSNINGER AV AVHANDLINGEN	3
1.2	BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA – AKTUALITET	4
1.3	OPPBYGNING AV AVHANDLINGEN	6
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET I ENTREPRISERETTEN</u>	<u>7</u>
2.1	INNLEDNING	7
2.2	LOVGIVNING	7
2.3	AVTALE	9
2.4	RETTSPRAKSIS, REELLE HENSYN OG JURIDISK LITTERATUR	9
2.5	ALMINNELIG ENTREPRISERETT (BAKGRUNNSRETTE)	11
<u>3</u>	<u>BEGRUNNELSE FOR REGLENE OM BYGGHERRENS ENDRINGSKOMPETANSE</u>	<u>12</u>
<u>4</u>	<u>BYGGHERRENS MATERIELLE ENDRINGSKOMPETANSE</u>	<u>16</u>
4.1	INNLEDNING	16
4.2	KVALITATIV GRENSE	17
4.2.1	INNLEDNING	17
4.2.2	PÅLEGGET MÅ GJELDE ENDRING I ”UTFØRELSEN” ELLER ”ARBEIDET”	17
4.2.3	KRAVET TIL ”SAMMENHENG” OG YTELSENS ”KARAKTER”	20
4.3	KVANTITATIV GRENSE	23
4.3.1	INNLEDNING	23
4.3.2	15 %-GRENSEN I NS 3430	24
4.3.3	AVTALT GRENSE ETTER BUOFL. § 9 TREDJE LEDD	28

4.3.4	DET GENERELLE KVANTITETSKRITERIUM I BUOFL. § 9 FØRSTE LEDD	31
4.3.5	ALMINNELIG ENTREPRISERETT	33
4.3.6	UTKAST TIL NY STANDARD	33
4.4	GEOGRAFISK GRENSE	34
4.5	TIDSMESSIG GRENSE	34
4.6	BYGGHERRENS MATERIELLE ENDRINGSKOMPETANSE BASERT PÅ INTERESSEAVVEINING ETTER BUOFL. § 9 ANDRE LEDD	37
5	<u>BYGGHERRENS MATERIELLE ENDRINGSKOMPETANSE VED TVIST</u>	39
5.1	INNLEDNING	39
5.2	UENIGHET OM DET FORELIGGER EN ENDRING	40
5.3	UENIGHET OM BYGGHERRENS ENDRINGSKOMPETANSE	42
5.4	UENIGHET OM VIRKNINGENE AV EN ENDRING	43
5.5	UENIGHET OM DET FORELIGGER EN MANGEL	44
5.6	BYGGHERRENS MATERIELLE ENDRINGSKOMPETANSE VED TVIST HVOR BYGGHERREN ER FORBRUKER	45
6	<u>OPPSUMMERING/AVSLUTNING</u>	47
	<u>LITTERATURLISTE</u>	49

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensning

1.1.1 Tema og generell avgrensning

Tema for avhandlingen er byggherrens materielle endringskompetanse. Med dette uttrykket menes byggherrens ensidige rett til å endre entreprenørens ytelsesplikt etter kontrakten.

Kompetanse brukes her i betydningen myndighet.¹ Kompetanseregler inndeles ofte i materielle, personelle og prosessuelle betingelser for at entreprenøren skal bli forpliktet etter et pålegg.² Utgangspunktet er at byggherrens pålegg ikke er gyldig hvis kompetansen er overskredet, og et slikt pålegg er følgelig ikke bindende for entreprenøren.³ Gis pålegg innenfor endringskompetansen, blir situasjonen den motsatte; pålegget blir bindende for entreprenøren, og det oppstår en utvidet arbeidsplikt.

Oppgaven blir i det følgende å fastlegge grensene for byggherrens materielle endringskompetanse. Det kan imidlertid tenkes at en overskridelse av kompetansen likevel blir bindende på et senere tidspunkt, enten fordi entreprenøren ikke påberoper overskridelsen, eller på grunn av særskilte prosessuelle eller preklusive kontraktsbestemmelser.⁴ ⁵ De personelle og prosessuelle vilkår ligger utenfor avhandlingen, så disse situasjonene vil ikke bli behandlet.

¹ Jf. Boe, Erik. *Innføring i juss* side 71.

² Jf. Boe, Erik. *Innføring i juss* side 56.

³ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 64.

⁴ Se Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 64 og 129 flg.

⁵ Med preklusjon menes bortfall av en fordring fordi den ikke er meldt innen den fristen som er satt i et proklama, jf. Gisle, Jon. *Jusleksikon*. Etter NS 3430 pkt. 28.3.1 i.f. inntretr preklusjon dersom entreprenøren ikke fremsetter endringsordrekav innen den fastsatte fristen. Dette innebærer at

Avhandlingen tar sikte på å gi en generell redegjørelse for byggherrens endringskompetanse innenfor entrepriseretten, hvor temaet belyses ut fra NS 3430 og lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (buofl.). Bakgrunnen for dette valget er at både bustadoppføringslova og NS 3430 er svært aktuelle i entrepriserforhold. Bustadoppføringslova er preseptorisk til fordel for forbrukeren.⁶ Den kommer derfor til anvendelse uavhengig av partenes avtale hvor byggherren er forbruker, jf. buofl. § 3. Lov om håndverkertjenester av 16. juni 1989 nr. 63 (hvtjl.) er også preseptorisk til fordel for forbrukeren, jf. lovens § 3. Det forutsettes imidlertid at arbeidene som skal utføres ligger innenfor anvendelsesområdet til bustadoppføringslova. Håndverkertjenesteloven behandles derfor ikke, jf. hvtjl. § 1(3). Lovenes anvendelsesområde kommenteres nærmere under pkt. 2.2.

Avhandlingen legger for enkelthets skyld til grunn den tradisjonelle entreprisform hvor byggherren er ansvarlig for prosjekteringen, mens entreprenøren(e) står for utførelsen. Avhandlingen konsentrerer seg derfor om én standardkontrakt, nemlig NS 3430. NS 3430 er blant de mest anvendte standardkontrakter samtidig som den i stor grad uttrykker deklarasjonsrett på entreprisområdet. Tilsvarende regler gjelder imidlertid også ved totalentreprise, men entrepriserforholdet reguleres da av NS 3431. Standardkontrakter som rettskilde drøftes under pkt. 2.3.

Hvor partene er profesjonelle og det oppstår en konflikt som ikke lar seg løse ved avtaletolkning, må man falle tilbake på deklarasjonsrett innen entrepriseretten – det vil si bakgrunnsretten eller såkalt alminnelig entrepriserett.⁷ I tillegg vil bakgrunnsretten kunne gi verdifulle bidrag til forståelsen av primærkildene hvor disse ikke eksplisitt løser problemet. Bakgrunnsretten benyttes dermed både som selvstendig rettskildefaktor

entreprenøren taper retten til å påberope det rettsfaktum som skulle vært fremsatt ved endringsordrekrav, som grunnlag for rettsvirkninger, jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktomlegging i entrepriserforhold* side 225.

⁶ ”At lovregler er preseptoriske betyr at kontrakter eller vilkår som er i strid med dem, ikke kan tillegges rettsvirkning etter sitt innhold – de må settes til side som ugyldige eller påtvinges de nødvendige modifikasjoner.” Jf. Selvig, Erling. *Knophs oversikt over Norges rett* side 314.

⁷ Med bakgrunnsretten mener jeg de alminnelige entrepriserettslige regler som kommer til anvendelse uavhengig av partenes avtale, jf. pkt. 2.5.

og som tolkingsfaktor.⁸ Resonnementer vil derfor bli forsøkt utledet også fra bakgrunnsretten.

Det foreligger et utkast til en ny standard som er tenkt å erstatte NS 3430.⁹ Forslaget har skapt debatt, og partene jobber nå videre mot enighet. Ettersom det endelige utkastet vil se annerledes ut, har forslaget begrenset verdi. Like fullt kan forslaget gi verdifulle bidrag når man skal vurdere hvordan rettstilstanden er og ikke minst hvorvidt rettstilstanden er heldig. Det vil derfor bli knyttet enkelte kommentarer til utkastet underveis i drøftelsen.

1.1.2 Nærmere avgrensninger av avhandlingen

Vi befinner oss innen *entrepriseretten*. Det forutsettes i det følgende at det foreligger en gyldig *entreprisekontrakt* mellom partene. Med dette menes ”en kontrakt der en selvstendig næringsdrivende entreprenør påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid på fast eiendom, mot vederlag i penger”.¹⁰

Endringer i vid forstand omfatter tillegg, fradrag og ”rene” endringer, som vil være en kombinasjon av tillegg og fradrag.¹¹ Avhandlingen avgrenses mot byggherrens rett til å redusere arbeidets omfang. Dermed drøftes ikke grensen mot avbestilling, eller entreprenørens rett til å utføre endringsarbeid i tilfeller hvor byggherren trekker ut arbeid fra kontrakten, for å gi oppdraget til en annen entreprenør. Heller ikke entreprenørens rett til å utføre endringsarbeid uavhengig av avbestilling vil bli behandlet.

Hvorvidt det foreligger en endring av entreprenørens forpliktelse, beror på om arbeidet som pålegges han ligger innenfor eller utenfor hans opprinnelige plikter etter kontrakten.

⁸ Med selvstendig rettskildefaktor mener jeg et argument som har selvstendig relevans, i motsetning til tolkingsfaktor som er en rettskildefaktor som brukes til å forstå en annen faktor (typisk en lovtekst), jf. Boe, Erik. *Innføring i juss* side 146.

⁹ NBR F 79/02

¹⁰ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 1.

¹¹ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 46-47.

Uenighet om avtalens innhold, rekkevidden av byggherrens materielle endringskompetanse og virkningene av endringer løses i utgangspunktet av alminnelige kontraktsrettslige tolkningsprinsipper. Disse tolkningsprinsippene behandles ikke i avhandlingen. Det tar gjerne lang tid å få klarhet i det underliggende materielle forhold. For å unngå at byggeprosessen stanser når det foreligger slik uenighet, inneholder entrepriseretten særlige regler om byggherrens endringskompetanse i denne type tilfeller. Disse reglene er det naturlig å trekke inn under avhandlingen.

Kjerneområdet for endringsreglene er byggherrens tilsiktede omlegging av kontrakten hva angår kravene til entreprenørens ytelse. Endringsreglenes eventuelle anvendelsesområde hvor endrede forhold fører til behov for kontraktsomlegging, drøftes ikke.¹² Hvorvidt andre regler kan komme inn der uforutsette forhold gjør det nødvendig med omlegging av entreprenørens ytelsesplikt, vil heller ikke bli problematisert. Med andre regler menes i denne forbindelse eksempelvis regler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

Videre faller rettsvirkningene av at det pålegges en endring utenfor temaet for avhandlingen. Reglene om tilleggsvederlag og fristforlengelse behandles dermed ikke.

1.2 Bakgrunn for valg av tema – aktualitet

Endringsreglene i entrepriseretten er aktuelle i nærmest alle entreprisekontrakter. Dette skyldes i stor grad entrepriserettens særtrekk.¹³ Videre viser det seg i praksis at svært mange entreprisekontrakter inngås på et uferdig eller uklart grunnlag.¹⁴ Dette kan skyldes flere forhold. For det første innser ikke byggherren alltid nødvendigheten av et godt forarbeid. Dette skyldes først og fremst ressursbesparing, ettersom detaljprosjektering er en svært kostbar affære. I og med at prosjekteringen skal foregå på byggherrens hånd, vil han ikke sjelden forsøke å spare penger i denne fasen. Dermed

¹² Med ”endrede forhold” mener jeg ”den faktiske omstendighet at det inntrer eller oppdages forhold som partene ikke tok i betraktning da kontrakten ble inngått”, jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 289.

¹³ Jf. pkt. 3.

¹⁴ Jf. Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 227.

vil prosjekteringen kunne bli mangelfull, og endringene mange og kostbare. Dårlig bruk av NS 3450 og NS 3420 fører til en unøyaktig beskrivelse av entreprenørens forpliktelser, slik at endringsreglene blir svært aktuelle. For det andre er ikke byggherren alltid bevisst hvordan han ønsker bygget utformet, noe som kan skyldes manglende oversikt over eksempelvis leietakers krav til bygget. Sist men ikke minst kan dårlig prosjektering skyldes tidspress; byggherren kan kanskje ikke vente med byggstart til bygget er ferdig prosjektert dersom han skal nå en ferdigstillelsesdato.

Ofte vil ikke entreprenøren bestride byggherrens endringskompetanse som grunnlag for å nekte å utføre arbeidet. Endringsarbeider fremstår i de fleste tilfeller som en mulighet for entreprenøren til å opptjene ekstra vederlag. Han er den som lettest kan gjøre jobben, og prisingen av endringen kan være gunstig for entreprenøren. Det er flere grunner til at prisene kan være gunstige sett fra entreprenørens side. Det kan blant annet skyldes at entreprenøren har priset taktisk i anbudet, det vil si at han har priset ut fra en vurdering av prosjektet over eventuelle tilleggs- og fradragposter. De deler av anlegget som entreprenøren forventer større leveranser av priser høyt, mens enheter som han forventer reduksjon på priser lavt. Mer praktisk er det nok at entreprenøren sender byggherren en endringsmelding med tilbud, og at denne prisen blir lagt til grunn for endringsarbeidet, eventuelt at arbeidet gjøres opp på regning, sml. NS 3430 pkt. 28.5.

Partene er ofte uenige om det økonomiske oppgjøret for endringsarbeidet.

Entreprenøren kan da være interessert i å påberope seg at byggherrens endringskompetanse er overskredet, for på den måten å frigjøre seg fra enhetsprisene, jf. eksempelvis NS 3430 pkt. 28.4. Dette beror på hvorvidt enhetsprisene er priset høyt eller lavt. Enhetsprisene vil som følge av konkurranse gjennomgående være presset nedover. Ved å frigjøre seg fra enhetsprisene står entreprenøren fritt til å forhandle om pris, og han vil dermed ha en gunstig forhandlingsposisjon hvor endringen er av stor betydning for byggherren. Entreprenøren vil i praksis ofte inneha en monopolstilling, da det kan være svært kostbart og samtidig by på praktiske vanskeligheter for byggherren å finne en ny entreprenør til å utføre endringsarbeidet.¹⁵

¹⁵ For mer om dette, se pkt. 3.

All kompetanse er begrenset, og grensene for byggherrens materielle endringskompetanse er som tidligere nevnt avgjørende for hvorvidt entreprenøren plikter å utføre endringsarbeidene. Viktigere er det faktum at grensene er avgjørende for hvorvidt entreprenøren står fritt til å forhandle om tidsfrister og vederlag. Grensen for byggherrens materielle endringskompetanse blir med dette av avgjørende betydning, hva enten entreprenøren ønsker å utføre arbeidet eller ikke.

1.3 Oppbygning av avhandlingen

Avhandlingen vil først gi en kort oversikt over rettskildebildet i entrepriseretten.¹⁶ Deretter følger en begrunnelse for hvorfor vi har regler om at byggherren ensidig kan endre entreprenørens plikter etter kontrakten.¹⁷ Under pkt. 4 kommer selve drøftelsen av grensene for byggherrens materielle endringskompetanse, mens pkt. 5 tar for seg grensene for endringskompetansen når det foreligger tvist.

¹⁶ Jf. pkt. 2

¹⁷ Jf. pkt. 3.

2 Rettskildebildet i entrepriseretten

2.1 Innledning

Rettskildebildet på entrepriserettens område er komplekst. På den ene siden har vi preseptorisk lovgivning til vern for forbrukere, på den annen side finnes en rekke standardkontrakter utarbeidet av blant annet Norges Byggstandardiseringsråd. Det er utarbeidet særlige standardkontrakter for forbrukere, jf. eksempelvis NS 3425, NS 3426, NS 3427 og NS 3428. Disse standardkontraktene er ment å supplere og utfylle loven. Nedenfor følger en oversikt over rettskildene i entrepriseretten.

2.2 Lovgivning

Bustadsoppføringslova (buofl.), håndverkertjenesteloven (hvtjl.), avhendingslova (avhl.) og forbrukerkjøpsloven (forbrkj.) er preseptoriske til fordel for forbrukeren, jf. buofl. § 3, hvtjl. § 3, avhl. § 1-2 og forbrkj. § 3. Lovenes anvendelsesområde kommer til uttrykk i § 1. Kort fortalt kommer bustadoppføringslova til anvendelse ved nyoppføring av bolig hvor byggherren er forbruker, i motsetning til håndverkertjenesteloven som gjelder arbeid på allerede eksisterende bygg, eksempelvis reparasjoner, vedlikehold etc. ”Full ombygging”, det vil si ombygging hvor omtrent bare reisverket står igjen, går imidlertid inn under bustadoppføringslova, jf. buofl. § 1 tredje ledd, tredje punktum. Dersom entreprisarbeidet er sluttført på avtaletidspunktet står vi overfor et ordinært salg av ny bolig som reguleres av avhendingslova, jf. avhl. § 1-1 (1) og (2), samt buofl. § 1 første ledd, bokstav b. Avhendingslova kommer også til anvendelse på overføringen av den faste eiendommen dersom bare deler av den fremtidige entreprenørytelsen skal utføres av selgeren. Selve entreprenørytelsen reguleres imidlertid av bustadoppføringslova, jf. § 1 første ledd, bokstav a. Forbrukerkjøpsloven kommer til anvendelse ved kjøp av såkalte ”ferdighus”, det vil si prefabrikkerte materialer/bygningsdeler til hele hus uten at selgeren skal stå for oppføringen. Lovene tar sikte på å unngå avgrensingsproblemer, jf. eksempelvis forbrkj. § 2 andre ledd og hvtjl. § 1 tredje ledd bokstav b.

Entrepriseretten er med dette lovregulert for hele forbrukersektoren. Med den nye definisjonen av forbruker som ble innført med forbrukerkjøpsloven, får forbrukervernlovgivningen et videre, men også snevrere, anvendelsesområde enn tidligere:

”Med forbruker menes en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”.¹⁸

Anvendelsesområdet blir snevrere ved at kun fysiske personer omfattes av den nye forbrukerdefinisjonen. Utvidelsen skyldes at forbrukerbegrepet nå bare avgrenses negativt. Videre er kriteriet gjort objektivt, slik at forbrukervernet gjelder også der selgeren har vært ukjent med kjøperens status.

Når det gjelder profesjonelle forhold, ser rettskildebildet vesentlig forskjellig ut. Det finnes ingen generell lovgivning som regulerer inter partes-forholdet i entreprisekontrakter hvor byggherren ikke er forbruker.¹⁹ Partene står dermed fritt til selv å regulere sine forpliktelser. Bakgrunnen for at lovgiver ikke har regulert dette området, er tradisjonen med selvregulering i form av standardkontrakter som vokste fram på slutten av 1800-tallet.²⁰

De profesjonelle forhold er imidlertid offentligrettslig regulert, eksempelvis gjennom lov av 14. juni 1985 nr. 77 (plan- og bygningsloven) med forskrifter. Ettersom avhandlingen tar sikte på å redegjøre for inter partes-forholdet, vil de offentligrettslige regler ikke bli kommentert.

¹⁸ Jf. forbrkj. § 1 tredje ledd.

¹⁹ Med inter partes-forhold menes forholdet mellom byggherre og entreprenør.

²⁰ Jf. Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner* side 13 og Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen* side 59 flg.

Lovforarbeidene til bustadoppføringslova er av høy kvalitet, og gir på flere områder uttrykk for hva som er alminnelig entrepriserett også utenfor forbrukerforhold, jf. pkt. 2.5.

2.3 Avtale

Partene kan selv regulere sine forpliktelser, så langt partsautonomien rekker. Avtalens innhold fastsettes etter alminnelige tolkningsprinsipper.

Standardkontraktene har stor betydning på entrepriserettens område. NS 3430 er et fremforhandlet standarddokument utarbeidet av Norges Byggstandardiseringsråd (NBR). Standarden innebærer en rimelig avveining mellom partenes motstridende interesser, og kan i noen grad sies å være en kontraktsfesting av alminnelig entrepriserett.²¹ Etersom NS 3430 ikke er en ren kodifikasjon av bakgrunnsretten, må den inkorporeres i partenes avtale for å bli gjeldende, enten ved at den legges ved kontraktsdokumentene, eller ved at det henvises til den. Når det gjaldt NS 3401, anførte Sandvik at ”nær sagt enhver summarisk henvisning til standarden anses tilstrekkelig til at standarden får anvendelse.”²²

Standardkontrakter har ikke offisielle forarbeider slik som lovgivningen. Tolkningen må derfor i enda større grad baseres på ordlyden. Når innholdet i NS 3430 skal fastlegges, vil imidlertid forløperen - NS 3401 - kunne gi viktige bidrag til forståelsen, også hvor det foreligger endringer.²³

2.4 Rettspraksis, reelle hensyn og juridisk litteratur

Det finnes en del rettspraksis knyttet til bustadoppføringslova, men dette er hovedsakelig avgjørelser fra underrettene. Rettspraksis er i dag lettere tilgjengelig enn tidligere på grunn av Lovdata, som gir en systematisk og representativ oversikt over avgjørelser i alle instanser.

²¹ Jf. Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner* side 13 og 14.

²² Jf. Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401* side 23.

²³ Jf. Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner* side 15.

Rettsområder som ikke er lovregulerte, kompenserer som regel mangelen på lovgivning med omfattende rettspraksis, jf. eksempelvis erstatningsretten. Til tross for at det ikke finnes lovgivning som regulerer profesjonelle entrepriserforhold, finnes det forholdsvis lite rettspraksis på dette området, og særlig få Høyesterettsdommer vedrørende større entrepriskontrakter. Dette skyldes i stor grad bruken av standardkontraktene, som regelmessig inneholder klausuler om at eventuelle tvister skal avgjøres ved voldgift, jf. eksempelvis NS 3430 pkt. 40.4.

Voldgiftsdommers relevans og vekt er gjenstand for stor diskusjon blant jurister.²⁴ Voldgiftspraksis offentliggjøres bare dersom partene selv ønsker det, og det er tilfeldig hvilke avgjørelser som blir publisert. Videre kan avgjørelsene være av vekslende kvalitet. Slike avgjørelser bør derfor tillegges begrenset rettskildeværdi.²⁵ At voldgiftsdommer normalt må tillegges forholdsvis liten vekt, betyr imidlertid ikke at slike dommer ikke er relevante momenter ved tolkning og utfylling. Voldgiftsdommer kan bygge på gode argumenter, og vil rent faktisk kunne påvirke innholdet av andre rettskildefaktorer, eksempelvis bransjeoppfatninger. Høyesterett antyder i flere avgjørelser at voldgiftsdommer har betydning som rettskildefaktor. Som eksempel kan nevnes Rt 1999 side 878 som gjaldt forseringsvederlag ved anleggsentreprise, jf. NS 3430 pkt. 17.6. Etter å ha gått igjennom rettskildene på området, som er svært sparsomme, uttaler Høyesterett på side 883: "Voldgiftsavgjørelser er ikke fremlagt". Dette tyder på at voldgiftspraksis er et relevant moment som vil kunne tillegges en viss vekt, særlig på områder hvor rettskildematerialet er begrenset.

Rettspraksis får som nevnt ikke den betydningen på entrepriserettens område som innenfor kontraktsretten for øvrig. "Rettskildenøden" som oppstår på dette området må avhjelpest ved at de andre rettskildefaktorene tillegges større vekt, og da særlig reelle hensyn og juridisk litteratur. Juridisk litteratur er dessverre begrenset på dette fagområdet. Tore Sandviks studier har hatt stor betydning for utviklingen av

²⁴ Jf. eksempelvis Kaasen, Knut. *Kommentar til NF 92* side 47, Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold* side 20 flg.

²⁵ Jf. eksempelvis Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen* side 70 flg., Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner* side 14-15 og Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold* side 20 flg.

entrepriseretten, men hans bøker er etter hvert preget av tidens løp. Like fullt er disse av betydelig interesse for å fastlegge dagens entrepriserett. Jan Einar Barbo sin doktoravhandling *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold* er av nyere dato, og vil ha en sentral plass i denne fremstillingen. Videre kan nevnes Knut Kaasen sin *Kommentar til NF 92*, Viggo Hagstrøms *Entrepriserett - utvalgte emner* samt *Kontraktsrett til studiebruk*, Helge Jakob Kolruds *Kommentar til NS 3430*, Kåre Lilleholts *Avtale om ny bustad* og Lasse Simonsens *Prekontraktuelt ansvar*.²⁶

2.5 Alminnelig entrepriserett (bakgrunnsretten)

Kåre Lilleholt uttaler om alminnelig entrepriserett:

”Somtid blir det vist til ’allmenne kontraktsrettslege prinsipp’, ’allmenne obligasjonsrettslege reglar’ e.l (...) Helst bør ein ikkje leggje anna i dette enn det som er skissert ovafor: Dei løysingane som er valde før i lover, avtalar og rettspraksis, er resultat av samansette avvegingar, og ein bør byggje på dei om ein ikkje har gode grunnar for noko anna. Vidare kan ein oppnå samanheng og konsekvens på det viset.”²⁷

Alminnelig entrepriserett, eller bakgrunnsretten, kommer til anvendelse uavhengig av avtale, og er dermed deklarasjonsrett på området. Hvor primærkildene ikke løser tolkingsspørsmålet, må man falle tilbake på disse deklarasjonsrettsreglene. Alminnelig entrepriserett benyttes også som uselvstendig rettskildedefaktor ved selve tolkingen av primærkildene.²⁸ Bakgrunnsretten kan utledes av kontraktspraksis, rettspraksis, reelle hensyn, analogi fra andre kontraktsområdet m.v. Videre inneholder forarbeidene til bustadoppføringslova kommentarer om hva som må antas å være alminnelig entrepriserett. NOU 1992:9 *Forbrukarentrepriserett* og Ot.prp. nr. 21 (1996-97) *Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.* (*bustadoppføringslova*) er derfor viktige kilder ved fastleggingen av bakgrunnsretten.

²⁶ Se også litteraturlisten til avhandlingen.

²⁷ Jf. Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad* side 32.

²⁸ Jf. pkt. 1.1.1 og note 8.

3 Begrunnelse for reglene om byggherrens endringskompetanse

Reglene om byggherrens rett til ensidig å forandre entreprenørens ytelsesplikt etter den opprinnelige kontrakten er en særegenhet i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Det er imidlertid alminnelig akseptert at slike endringsregler er nødvendige i entreprisekontrakter.²⁹

Det henvises ofte til Sandvik sin fremstilling når reglene om byggherrens ensidige endringskompetanse skal begrunnes. I både NOU 1992:9 side 33 andre spalte og Ot.prp. nr. 21 side 48 første spalte er Sandviks beskrivelse inntatt:

”Utformingen av byggverk får langvarige konsekvenser; byggverk blir stående i tiår, kanskje i hundreår, og lar seg ikke like lett som mange andre produkter erstatte med andre etter hvert som behovet tilsier det. Og samtidig strekker selve produksjonsprosessen seg over tid; ved større arbeider går det flere år fra avtalene er sluttet til byggverket er fullført. I løpet av byggetiden kan det lett tenkes å bli klart at den opprinnelige fastsatte utforming ikke er helt hensiktsmessig. Særlig det forhold at detaljprosjekteringen, med utarbeidelse av arbeidstegninger o.l., foregår etter at kontrakten er sluttet, bidrar til at en blir oppmerksom på at det er ønskelig å gi byggverket en utforming som skiller seg fra den som er angitt i kontrakten. Er arbeidet ennå ikke utført, vil det fortone seg som betenkelig å holde fast ved en utjenlig utførelse med de langvarige ulemper dette vil medføre.”³⁰

Byggherren vil alltid etterstrebe å få et byggverk som best mulig samsvarer med hans behov samt eventuelle eksterne krav på leveringstiden. Disse kravene og behovene er ikke nødvendigvis de samme som da kontrakten ble inngått. Dette skyldes særlig det forhold at selve produksjonsprosessen strekker seg over lang tid, noe som øker risikoen

²⁹ Jf. eksempelvis Kolrud, Hans Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 227.

³⁰ Jf. Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401* side 122.

for at byggherrens behov endres underveis. På grunn av kontraktsgjenstandens levetid og verdi, samt vanskene og kostnadene ved senere å gjennomføre eventuelle endringer, vil det være urimelig om entreprenøren kan gjennomtvinge utførelsen etter den opprinnelige kontrakt hvor byggherrens vilje eller behov er endret. Sagt med andre ord vil det være dårlig bruk av ressurser om entreprenøren kan motsette seg alle endringer, med den følge at byggherren får en utjenelig eiendom, eller et bygg som straks må bygges om. Det er altså ikke bare i byggherrens, men også i samfunnets interesse, at uønskede byggverk ikke blir oppført.

Byggeprosjekter innebærer ofte en betydelig investering fra byggherrens side, særlig hvor denne er forbruker. Forarbeidene peker på at ”mange forbrukarar byggjer hus berre ein gong – det er ’no eller aldri’. Sjølv om ein bustad er enklare å planleggje enn andre og større byggverk, kan det koma opp ønske om endringar av praktiske og estetiske detaljar som har mykje å seie for trivselen.”³¹

På bakgrunn av disse forhold er det et alminnelig akseptert prinsipp at byggherren på ethvert stadium kan avbestille entreprenørens ytelse, i betydningen nekte entreprenøren å oppfylle in natura. Entreprenørens interesse vil i alminnelighet være ivaretatt ved at byggherren må betale erstatning for entreprenørens positive kontraktsinteresse.³² Ved behovsendring taler så vel økonomiske hensyn som hensynet til fleksibilitet for at byggherren skal slippe å avbestille entreprenørens ytelse, for så å inngå ny kontrakt. Dette vil gjennomgående også være i entreprenørens interesse da personell og materiale gjerne er disponert for utførelsen av kontraktsarbeidet.

Endringer i kontrakten kan gjennomføres ved en særskilt avtale mellom partene i kraft av deres partsautonomi. Dersom en slik etterfølgende avtale er det eneste rettslige grunnlaget for å endre entreprenørens arbeidsplikt etter den opprinnelige kontrakten, vil entreprenøren kunne få en meget sterk forhandlingsposisjon. Særlig gjelder dette hvor endringene er av stor betydning for byggherren og det er praktiske problemer med å få

³¹ Jf. NOU 1992:9 side 33.

³² Erstatning for den positive kontraktsinteresse vil si at entreprenøren blir stilt i samme økonomiske stilling som om kontrakten var blitt oppfylt.

andre til å utføre disse. Vederlaget vil derfor ofte ikke stå i forhold til det opprinnelig avtalte vederlaget slik at balansen i kontrakten forrykkes. Byggherren får da valget mellom å betale en kanskje uforholdsmessig høy pris eller droppe den ønskede endringen. I slike tilfeller vil bare pristiltaksloven § 2 og avtaleloven § 36 sette den øvre grensen for vederlagets størrelse.

Hovedregelen etter norsk ulovfestet entrepriserett er av denne grunn at byggherren ensidig kan kreve endringer i entreprenørens ytelsesplikt etter kontrakten, innen visse rammer.³³ Byggherren har altså ensidig endringskompetanse også hvor intet er avtalt om den.

At byggherren gis en rett til ensidig å endre entreprenørens plikter etter kontrakten, er et viktig bidrag for å sikre at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet opprettholdes. Dette skyldes at byggherren samtidig gis en rett til å pålegge endringsarbeidet innenfor økonomiske rammer som er gunstige for byggherren, jf. eksempelvis NS 3430 pkt. 28.4 som slår fast at enhetsprisene som hovedregel skal legges til grunn for oppgjøret. Reglene er også et viktig innslag i byggherrens kostnadskontroll. Tatt i betraktning at produksjonsprosessen strekker seg over et lenger tidsrom, og at det ikke er mulig å ta forbehold for ethvert tenkelig forhold som kan inntre eller oppdages i produksjonsprosessen, er det nødvendig at byggherren gis mulighet til å omdisponere og endre entreprenørens arbeidsplikt for på den måten å kunne justere kostnadene.

Som tidligere nevnt er entreprenøren i praksis som regel villig til å utføre det arbeid byggherren pålegger.³⁴ Det kan imidlertid tenkes ulike grunner til at entreprenøren ikke ønsker å utføre det pålagte arbeid, selv om han får økonomisk kompensasjon. Endringer kan gi mer ”plunder og heft” enn fortjeneste ved at entreprenøren må bryte opp produksjonsplanen, omdisponere mannskap og maskiner etc. Entreprenøren kan allerede ha overskredet tidsskjemaet, og risikerer å bli forsinket på sitt neste oppdrag. Videre kan det tenkes at forholdet mellom entreprenøren og byggherren har kjølnet, slik at entreprenøren ønsker å forlate byggeplassen. Som et siste eksempel kan nevnes at

³³ Jf. NOU 1992:9 side 33 andre spalte.

³⁴ Jf. pkt. 1.2.

entreprenøren kan ha en mer eller mindre begrunnet mistanke om at byggherren sliter økonomisk, slik at et eventuelt tilleggsvederlag står i fare. For flere eksempler se NOU 1992:9 side 34 første spalte, som forøvrig nevner det særlige problem som oppstår hvor entreprenøren tilbyr standardiserte løsninger og masseproduksjon. Dette er ulemper som ikke nødvendigvis kompenseres gjennom et tilleggsvederlag. Hensynet til entreprenøren taler i slike tilfeller for at byggherrens ensidige endringskompetanse bør begrenses.

4 Byggherrens materielle endringskompetanse

4.1 Innledning

Byggherrens materielle kompetanse til å pålegge entreprenøren endringsarbeid kommer til uttrykk i NS 3430 pkt. 28.1 og i buofl. § 9 første, andre og tredje ledd.

Endringskompetanse har byggherren som tidligere nevnt allerede i kraft av alminnelige entrepriserettsregler.³⁵ At endringskompetansen regelfestes, er imidlertid en stor fordel, da det er uklart hvor langt byggherrens ulovfestede endringskompetanse rekker. Hvor endringskompetansen kontraktsfestes, som i NS 3430, må det innebære at entreprenøren ikke forpliktes til å utføre endringsarbeid utenfor den avtalte endringskompetansen, uavhengig av om de ulovfestede endringsreglene skulle gi byggherren en videre kompetanse.

Grensene for byggherrens materielle endringskompetanse kan påberopes av entreprenøren som grunnlag for å nekte å utføre endringsarbeid. Mer praktisk er det at grensene brukes som begrunnelse for et krav om høyere betaling og eventuelt fristforlengelse.³⁶

Den videre drøftelsen er knyttet til grensene for endringskompetansen, som betegnes *kvalitative grenser*,³⁷ *kvantitative grenser*,³⁸ *geografiske grenser*³⁹ og *tidsmessige grenser*.⁴⁰ Bustadoppføringslova gir byggherren en videre endringskompetanse enn det som følger av NS 3430, ved at det ikke oppstilles absolutte, objektive grenser for i hvilket omfang byggherren kan pålegge entreprenøren endringsarbeid. For å avdempe eventuelle ulemper for entreprenøren ved at byggherren gis en så vid

³⁵ Jf. pkt. 3.

³⁶ Jf. pkt. 1.2.

³⁷ Jf. pkt. 4.2.

³⁸ Jf. pkt. 4.3.

³⁹ Jf. pkt. 4.4.

⁴⁰ Jf. pkt. 4.5.

endringskompetanse, inneholder bustadoppføringslova en skjønnsregel i tillegg til de ovenfor nevnte grensene; det skal foretas en interesseavveining mellom byggherrens og entreprenørens interesser. Dersom hensynet til entreprenøren veier tyngst, kan byggherren ikke kreve endringen utført. Denne betingelsen er kumulativ i forhold til de ovenfor nevnte grensene og vil bli behandlet separat.^{41 42}

4.2 Kvalitativ grense

4.2.1 Innledning

Endringskompetansen er for det første avgrenset gjennom hva slags type arbeid entreprenøren kan pålegges å utføre – ofte kalt *kvalitativ* grense. Byggherrens pålegg må gjelde endring i ”utførelsen” eller ”arbeidet”. Videre oppstiller så vel bustadoppføringslova som NS 3430 nærmere krav til sammenheng mellom endringsarbeidet og den avtalte ytelsen, samt krav om at ytelsens karakter ikke må skille seg vesentlig fra det opprinnelig avtalte.

4.2.2 Pålegget må gjelde endring i ”utførelsen” eller ”arbeidet”

NS 3430 pkt. 28.1 gir byggherren en rett til å pålegge entreprenøren endringer i ”utførelsen”, mens buofl. § 9 første ledd bruker betegnelsen endringer i ”arbeidet”.

At byggherrens endringskompetanse må knytte seg til entreprenørens arbeid eller utførelse, innebærer at byggherren ikke ensidig kan endre andre deler av kontrakten, eksempelvis kontraktsvilkårene. Det er altså bare entreprenørens ytelsesplikt som kan endres ved ensidig pålegg fra byggherren. Denne begrensningen må naturlig nok også gjelde endringskompetansen som følger av ulovfestet entrepriserett. En adgang for byggherren til ensidig å kunne endre avtalevilkårene, ville lett komme i strid med avtl. § 36.

Videre er det klart at begge betegnelsene omfatter både entreprenørens metode som benyttes ved utførelsen og det beskrevne resultatet. En endring i entreprenørens metode

⁴¹ Med kumulative vilkår menes flere vilkår som må være tilfredsstilt på en gang for at en virkning skal inntre, jf. Gisle, Jon. *Jusleksikon*.

⁴² Jf. pkt. 4.6.

kan for eksempel være at det skal brukes en annen type betong enn den foreskrevne. Som eksempel på endring i resultatet kan nevnes at linoleum skal byttes ut med parkett, eller at omfanget av ytelsen skal økes eller reduseres. Dette kommer tydeligere til uttrykk i forslaget til ny standard pkt. 22.1 tredje ledd, hvor det heter at "(e)n endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå."

Et prinsipielt og praktisk viktig spørsmål er om byggherren også kan pålegge entreprenøren endringer i fremdriften, eksempelvis krav om forsering.⁴³ Betegnelsene "endringer i utførelsen" og "endringer i arbeidet", peker i retning av at det er endring av metode og resultat som kan pålegges, ikke endring av tidsfrister. Standardens forgjengere ga ikke byggherren noen ensidig rett til å omlegge kontraktens tidsfrister. NS 3430 pkt. 28.1 tredje punktum presiserer at endringer "blant annet" kan gå ut på så vel "pålegg om tilleggsarbeid som reduksjon av arbeidets omfang". Standarden burde imidlertid uttrykt seg klarere dersom den på dette punkt mente å avvike fra tidligere standarder.⁴⁴ Rent språklig vil nok "endringer i arbeidet" kunne tolkes noe videre enn "endringer i utførelsen". Det er imidlertid ikke grunn til å tro at det foreligger noen realitetsforskjell mellom begrepene. Også Sandvik gir begrepene samme innhold i sin *Kommentar til NS 3401* side 122, når han bruker begrepet "utførelsen" selv om det i standardens pkt. 11.1 brukes betegnelsen "arbeid".⁴⁵

Byggherren kan ha behov for å gi entreprenøren pålegg om retardasjon, det vil si at ferdigstillelsesfristen forskyves til et senere tidspunkt. Dette kan være nødvendig dersom eksempelvis sideentreprenører er forsinket. Hensyn og behov vil her kunne trekke i motsatt retning av pålegg om forsering. En slik adgang for byggherren må i

⁴³ Forsering innebærer at kontraktsarbeidet skal ferdigstilles på et tidligere tidspunkt enn opprinnelig avtalt, eller at merarbeid skal utføres innen den opprinnelig fastsatte frist.

⁴⁴ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 75.

⁴⁵ For mer om dette, se Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 65.

tilfelle bygge på andre hjemmelsgrunnlag enn NS 3430 pkt. 28 og buofl. § 9, eksempelvis samordningsplikten⁴⁶ eller lojalitetsplikten.⁴⁷

Videre finnes det to typer forsering. Forsering kan for det første innebære at det avtalte arbeidet skal ferdigstilles på et tidligere tidspunkt. Dette kan være svært dramatisk for entreprenøren, og en slik kompetanse for byggherren bør kreve eksplisitt hjemmel. For det andre kan forsering innebære at de opprinnelige tidsfrister skal opprettholdes hvor entreprenøren har krav på fristforlengelse. En fristforlengelse for entreprenøren kan føre til at slutføringsfristen forskyves, noe som gjerne innebærer betydelige kostnader for byggherren. En opprettholdelse av den opprinnelige tidsfristen vil kunne være mindre byrdefullt for entreprenøren enn en utsettelse for byggherren. Byggherrens eventuelle krav på slik forsering må også bygge på andre hjemmelsgrunnlag enn NS 3430 pkt. 28 og buofl. § 9, jf. ovenfor.

Forslaget til ny standard pkt. 22.1 fjerde ledd gir byggherren en kontraktsfestet rett til å kreve at dagmulktsbelagte tidsfrister skal fastholdes dersom entreprenøren har krav på fristforlengelse. At frister belegges med dagmulkt, tyder på at overholdelse er av stor betydning for byggherren. Dette kan være med på å forsvare nettopp en slik hjemmel. Pkt. 22.1 femte ledd hjemler en utvidet samordningsplikt som også omfatter forsering. Dersom samordningsplikten fører til at dagmulktsbelagte tidsfrister skal forseres, regnes de imidlertid ikke lenger som dagmulktsbelagte. Et eventuelt krav fra byggherren ved entreprenørens overtredelse av tidsfrister som skal forseres, avhenger følgelig av at vilkårene for erstatning er oppfylt. Videre forutsettes det i sjette ledd at forsering og samordning etter fjerde og femte ledd bare forpliktes hvor det kan skje ”innenfor rammen av en forsvarlig fremdrift og er praktisk mulig uten urimelige oppofrelser for entreprenøren”. Det kan diskuteres om forslagens pkt. 22.1 fjerde, femte og sjette ledd kun er en kodifisering og tydeliggjøring av det som allerede følger av gjeldende rett bygget på samordningsplikten og lojalitetsplikten i kontraktsforhold, jf. ovenfor.

⁴⁶ Samordningsplikten kommer blant annet til uttrykk i NS 3430 pkt. 3 og pkt. 18.2.

⁴⁷ Det gjelder et alminnelig, ulovfestet krav om lojalitet i kontraktsforhold. Dette kravet kommer blant annet til uttrykk i NS 3430 pkt. 3 og pkt. 7.2.

At endringen må knytte seg til entreprenørens arbeid eller utførelse, innebærer i utgangspunktet en svært vid kompetanse for byggherren til å pålegge entreprenøren endringsarbeid. Både NS 3430 pkt. 28.1 første ledd og buofl. § 9 første og andre ledd begrenser denne kompetansen videre i kvalitativt henseende. Buofl. § 9 andre ledd drøftes nærmere under pkt. 4.6.

4.2.3 Kravet til "sammenheng" og ytelsens "karakter"

(i) Generelt

Endringen må videre "stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art", jf. pkt. 28.1 første ledd. Buofl. § 9 første ledd oppstiller også krav om at arbeidet må stå i "sammenheng" med den avtalte ytelsen, og at arbeidet ikke i "omfang" eller "karakter" må skille seg "vesentleg" fra ytelsen etter avtalen. Ordlyden i bustadoppføringslova kan tolkes slik at kravet til sammenheng, omfang og karakter bare er knyttet til pålegg om tilleggsarbeid, slik at endringsarbeid ikke er underlagt tilsvarende vilkår. I NOU 1992:9 side 62 første spalte er betingelsene bare omtalt i forbindelse med tilleggsarbeid. Også etter Ot.prp. nr. 21 (1996-97) side 49 andre spalte er kravet til sammenheng bare omtalt i forbindelse med tilleggsarbeid. Kriteriet vedrørende arbeidets omfang er imidlertid i proposisjonen knyttet opp mot så vel endringer som tilleggsarbeid.

Forarbeidene sett i sammenheng med lovtekstens utforming, kan tyde på at kravet til sammenheng i buofl. § 9 første ledd bare er knyttet til tilleggsarbeid, mens vilkårene om at arbeidet ikke må avvike vesentlig i omfang og karakter fra den avtalte ytelse, er knyttet til både endrings- og tilleggsarbeid. Reelle hensyn taler imidlertid i mot en slik forståelse av loven. Som tidligere nevnt vil endringsarbeid omfatte så vel fradrags- som tilleggsarbeid, enkeltvis eller i kombinasjon. Det vil skape avgrensingsproblemer om kompetansen til å pålegge endrings- eller tilleggsarbeid skulle fastlegges etter ulike kriterier. Videre er de reelle hensyn som ligger bak begrensningene i den materielle endringskompetansen fremtredende hva enten det er snakk om endringer i snever forstand eller tilleggsarbeid. Det virker også noe kunstig å si at det foreligger en "endring" dersom denne ikke står i sammenheng med det opprinnelige kontraktsarbeid;

dette vil jo fremtre som et helt nytt oppdrag. Entreprenøren bør heller ikke være forpliktet til å utføre endringer som er av vesentlig annen art, eksempelvis hvor endringsarbeidet ligger utenfor den yrkeskompetansen som er forutsatt i kontrakten.⁴⁸

Passusen om at byggherren kan pålegge entreprenøren tilleggsarbeid er trolig ment som en klargjøring for forbrukeren om at det ikke bare er endringer i snever forstand som kan pålegges etter § 9 første ledd, men også tilleggsarbeid. Med endring i snever forstand menes her de "rene endringer" omtalt under pkt. 1.1.2, det vil si en kombinasjon av tillegg og fradrag.

Etter denne vurderingen synes det riktig å knytte vilkårene i § 9 første ledd til så vel endringer i arbeidet som tilleggsarbeid, og i den videre fremstillingen brukes kun begrepet "endringsarbeider" som en fellesbetegnelse på disse arbeidene. De kvalitative begrensningene vil dermed være nærmest identiske etter NS 3430 pkt. 28.1 første ledd og buofl. § 9 første ledd.⁴⁹

(ii) Kravet til sammenheng

Kravet om at endringen må stå i sammenheng med kontraktsarbeidet må forstås slik at kontraktens formål og gjenstand setter grenser for byggherrens materielle endringskompetanse.⁵⁰ I forarbeidene presiseres det at det i kravet til sammenheng ligger at "forbrukeren ikke kan krevje utført noko som må reknast som ei ny sjølvstendig yting".⁵¹ Dette innebærer eksempelvis at byggherren ikke kan pålegge entreprenøren å utføre arbeid på et annet byggeobjekt. Kolrud nevner som eksempel at hvor kontrakten omfatter oppføring av et bolighus, kan byggherren ikke kreve at det skal oppføres ytterligere ett, men antakeligvis kan han kreve at det i tillegg skal oppføres en selvstendig garasje. Annerledes stiller det seg dersom kontrakten omfatter oppføring av hus på boligfelt. Oppføring av ytterligere ett bolighus vil da ligge innenfor byggherrens endringskompetanse hva gjelder kravet til sammenheng.⁵²

⁴⁸ Jf. pkt. 4.2.3 (iii).

⁴⁹ Mer om dette, se Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold* side 48.

⁵⁰ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold* side 67.

⁵¹ Jf. Ot.prp. nr. 21 side 49 andre spalte og NOU 1992:9 side 62 første spalte.

⁵² Jf. Kolrud, Hans Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 230.

I kravet til sammenheng ligger det også geografiske og tidsmessige begrensninger som behandles under pkt. 4.4 og 4.5.

(iii) Kravet til ytelsens karakter

Når det gjelder begrensningen knyttet til ytelsens karakter, heter det at endringsarbeidets ”art”/”karakter” ikke må skille seg vesentlig fra ”det kontrakten omfatter”/ ”ytinga som er avtalt”, jf. NS 3430 pkt. 28.1 første ledd og buofl. § 9 første ledd. At kravene til ytelsenes sammenheng og karakter er kumulative, går klart frem av ordlyden, jf. bindeordet ”og”. Entreprenøren kan følgelig ikke pålegges å utføre arbeid på et annet byggeobjekt selv om arbeidet er av samme karakter som det han skal utføre etter den opprinnelige kontrakten.

Hvor kravet til sammenheng er oppfylt, blir spørsmålet hva entreprenøren ikke kan pålegges å utføre fordi det er arbeid av en vesentlig annen karakter/art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Endringer i selve utførelsesmåten vil typisk kunne tilfredsstillende kravet til sammenheng, men kunne representere arbeid av vesentlig annen art. Sandvik er av den oppfatning at det i kravet til ytelsens karakter ligger at entreprenøren ikke kan pålegges å utføre arbeid som ligger utenfor hans egen, eller engasjerte underentreprenørers, yrkeskompetanse.⁵³ Men selv om arbeidet skulle ligge innenfor entreprenørens yrkeskompetanse, vil det være utenfor grensen for byggherrens materielle endringskompetanse dersom endringsarbeidet avviker vesentlig fra det opprinnelig avtalte arbeidet. Dette fremgår direkte av ordlyden i både NS 3430 pkt. 28.1 første ledd og buofl. § 9 første ledd, som henviser til ”det kontrakten omfatter” og ”ytinga som er avtalt”. En rørlegger som har fått i oppdrag å utføre et sprinkelanlegg kan ikke pålegges å utføre et sanitæranlegg selv om dette ligger innenfor hans yrkeskompetanse. Ytelsen bærer preg av å være et helt nytt oppdrag. Ot.prp. nr. 21 side 49 andre spalte inneholder et liknende eksempel;

”Vidare må tilleggsarbeidet vere noenlunde av same karakter som den avtalte ytinga. Til dømes kan ikkje ein røyrleggjar som er engasjert til å syte for

⁵³ Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401* side 123.

røyropplegg på kjøkkenet, påleggjast å syte for vasstiltførsel til eit symjebasseng eller å tapetsere veggjar”.

At en rørligger som har fått i oppdrag å utføre et røropplegg på kjøkkenet ikke kan pålegges å utføre malerarbeid, er opplagt. Om man her sier at arbeidet ikke står i sammenheng med den opprinnelige ytelsen, eller at arbeidet er av vesentlig annen art/karakter, spiller mindre rolle. At rørliggeren heller ikke kan pålegges å utføre et røropplegg i tilknytning til et svømmebasseng, viser at yrkeskompetansen ikke er det egentlige temaet ved vurderingen av kravet til ytelsens karakter.

Temaet blir altså ikke som Sandvik skisserer hvorvidt det pålagte arbeid ligger innenfor entreprenørens, eller engasjerte underentreprenørers, yrkeskompetanse. Det avgjørende blir om endringsarbeidet skiller seg vesentlig fra entreprenørens ytelsesplikt etter den opprinnelige kontrakten.

Også Kolrud synes å legge for stor vekt på entreprenørens yrkeskompetanse i vurderingen av hva som er arbeid av vesentlig annen art. Han skriver følgende i sin *Kommentar til NS 3430* side 230:

”Dersom kravene må anses å avvike vesentlig fra arbeid som entreprenøren vanligvis utfører, vil det kunne falle utenfor området for hva entreprenøren er forpliktet til.”

I forslaget til ny standard fremgår temaet tydeligere enn i NS 3430. Det heter i pkt. 22.1 andre ledd første punktum at ”(e)n endring må stå i sammenheng med det avtalen omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid.”

4.3 Kvantitativ grense

4.3.1 Innledning

Byggherrens endringskompetanse er også avgrenset i forhold til endringsarbeidets omfang – ofte kalt *kvantitativ* grense. En endring i arbeidets omfang kan for eksempel være veientreprenørens ytelsesplikt som utvides ved at den opprinnelig avtalte

veistrekning forlenges, eller at entreprenøren som følge av offentlig pålegg må sikre anlegget i større utstrekning enn opprinnelig avtalt.⁵⁴

NS 3430 oppstiller en objektiv 15 % grense, mens hovedregelen i bustadoppføringslova inneholder et generelt kvantitetskriterium. Partene kan imidlertid også etter bustadoppføringslova avtale en objektiv grense for byggherrens kvantitative endringskompetanse, men denne grensen kan ikke være lavere enn 15 %. Forbrukeren er dermed sikret at han kan pålegge entreprenøren tilleggsarbeid som endrer vederlaget med 15 % eller mer. Vederlaget for endringsarbeidet skal beregnes etter reglene i buofl. § 42. Entreprenøren mister med dette sin sterke forhandlingsposisjon hva gjelder endringsarbeid opp til den avtalte grensen. Endringsarbeid som overstiger den avtalte grensen kan entreprenøren nekte å utføre med mindre forbrukeren inngår ”særskilt skriftleg avtale” om endringene, hvilket i praksis innebærer at entreprenøren kan presse prisene oppover.

4.3.2 15 % -grensen i NS 3430

NS 3430 oppstiller en objektiv, absolutt grense for byggherrens endringskompetanse. Etter pkt. 28.1 andre punktum er entreprenøren ikke forpliktet til ”å utføre tilleggsarbeider som omfatter mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen”. I praksis fungerer 15 % -grensen i NS 3430 som en vederlagsbestemmelse: Dersom grensen overskrides, står partene fritt til å forhandle om pris uavhengig av eventuelle enhetspriser. Entreprenøren kan ha krav på at enhetsprisene justeres også hvor endringsarbeidet ligger innenfor 15 % -grensen dersom forutsetningene for enhetsprisene forrykkes, jf. NS 3430 pkt. 28.4.2. Denne problemstillingen ligger imidlertid utenfor avhandlingen, jf. pkt. 1.1.2.

”Tilleggsarbeider” kan ikke tolkes strengt bokstavelig, men antas å omfatte også endringsarbeid, jf. tilsvarende drøftelse ovenfor hva angår bustadoppføringslova.⁵⁵ At standarden her bruker uttrykket ”tilleggsarbeider”, er språklig sett logisk da 15 %-grensen bare er aktuell når endringene fører til en ”netto” vederlagsøkning. Noen

⁵⁴ Jf. Kolrud, Hans Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 229.

⁵⁵ Jf. pkt. 4.2.3.

tilsvarende grense for adgangen til å pålegge fradragarbeid gjelder ikke da byggherren uansett har mulighet til å avbestille arbeidene.⁵⁶ Vederlagsberegningen følger imidlertid reglene om delvis avbestilling dersom arbeidet reduseres med mer enn 15 %, hvilket innebærer at entreprenøren også har krav på avbestillingserstatning, jf. NS 3430 pkt. 29.2.

Alle endrings- og tilleggsarbeider skal regnes med når det skal vurderes om 15 %-grensen er overskredet, slik at eventuelt fradragarbeid motregnes mot tilleggsarbeid, jf. uttrykket ”netto”.

Man må altså først fastslå hva som er en endring etter materielle (og prosessuelle) regler, for deretter å summere hvilken innvirkning på vederlaget endringene har (så vel tillegg som fradrag). Mer enn 15 % netto-økning kan byggherren ikke ensidig pålegge entreprenøren. Mer enn 15 % netto-reduksjon kan pålegges,⁵⁷ men vederlagsberegningen følger da ikke lenger endringsreglene. Bakgrunnen for dette er at entreprenøren kan tape uforholdsmessig mye på en reduksjon. Han kan eksempelvis ha bundet opp innkjøpet til et bestemt kvantum i følge omfanget av den opprinnelige kontrakten. Entreprenøren kompenseres derfor gjennom avbestillingsreglene.

Byggherren gis med dette en mulighet til selv å påvirke entreprenørens plikt til å utføre endringsarbeider. Byggherren kan samtidig med ønsket tilleggsarbeid pålegge entreprenøren fradragarbeid, for dermed å unngå at 15 % -grensen overskrides.

Grensen skal ifølge pkt. 28.1 fastlegges på bakgrunn av ”kontraktssummen”. Med kontraktssum i standarden menes ”det opprinnelig avtalte vederlag for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift”, NS 3430 pkt. 2.10. Med i definisjonen av ”kontraktssum” regnes også ”det opprinnelig avtalte anslag over vederlag for ytelser som skal avregnes etter enhetspriser”. Dette er naturlig da prisen her lar seg fastslå selv om mengdene kan variere. At det er snakk om et avtalt ”anslag”, innebærer at det skal regnes med slingringsmonn; massen er ikke låst, bare

⁵⁶ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold* side 49 og 81.

⁵⁷ Jf. hensynene bak avbestillingsreglene i pkt. 3.

enhetsprisen. Dette er bakgrunnen for at NS 3430 pkt. 28.1 andre ledd andre punktum innskrenker endringsreglens anvendelsesområde: ”Merarbeid som skyldes variasjoner i avtalt anslåtte mengder” anses ikke som tilleggsarbeid ”i denne sammenheng”, det vil si ved beregningen av 15 % -grensen.

At det er snakk om et anslag, må som nevnt innebære at så vel entreprenøren som byggherren må iberegne et slingsmonn. Store variasjoner i de anslåtte mengdene vil imidlertid kunne skape et betydelig merarbeid for entreprenøren. Grunnlaget for beregningen av enhetsprisene kan i slike tilfeller bortfalle, eller entreprenøren kan ha innvendinger mot å utføre arbeidet uavhengig av eventuelt tilleggsvederlag, jf. hensynene bak endringsreglene i pkt. 3. Dette er bakgrunnen for at NS 3430 pkt. 28.1 andre ledd andre punktum likevel lar arbeidene komme i betraktning ved beregningen av 15 % -grensen hvor ”variasjonene i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten”. En slik situasjon kan imidlertid innebære at forutsetningene for enhetsprisene forrykkes, hvilket innebærer at hele endringen skal prises annerledes, jf. NS 3430 pkt. 28.4.2. Dette ligger imidlertid på siden av avhandlingen, jf. pkt. 1.1.2.

Grensen på 15 % fastlegges på bakgrunn av netto vederlagsøkning i forhold til den totale kontraktssummen. Byggherren kan derfor i prinsippet kunne pålegge entreprenøren 100% økning i arbeidsplikten innen en bestemt disiplin uten å overstige 15 % -grensen knyttet til det totale vederlaget. Entreprenøren kan følgelig komme i den situasjon at byggherren pålegger en massiv økning eller endring av arbeider som entreprenøren har satt bort til underentreprenører. Endringskompetansen i den underliggende kontrakt vil derfor lett kunne overskrides ettersom kontraktssummen i dette leddet regelmessig vil være betydelig lavere enn i hovedforholdet. Entreprenøren kan dermed risikere å måtte utføre arbeidet selv, eller engasjere andre underentreprenører, som følge av at arbeidet nektes utført av underentreprenøren. Han kan også risikere å måtte betale en høyere pris ettersom underentreprenørene står fritt til å forhandle om prisen ved entreprenørens overskridelse av endringskompetansen. Entreprenøren er like fullt forpliktet til å utføre arbeidet i forhold til byggherren etter vederlagsreglene i pkt. 28.4.⁵⁸

På grunn av de ovenfor nevnte forhold, burde kanskje begrensningen i endringsadgangen vært knyttet til hver enkelt arbeidsoppgave. Argumentet bortfaller

⁵⁸ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entreprisforhold* side 81-82.

imidlertid i den grad entreprenøren får kompensasjon for den nevnte ulempen. NS 3430 pkt. 28.4.2 hjemler en adgang for partene til å kreve justering av enhetsprisene hvor forutsetningen for disse forrykkes. Pkt. 28.5 gir partene en rett til å kreve at tilleggsarbeid skal utføres etter regning hvis de ikke oppnår enighet om prisen, forutsatt at enhetspriser ikke er avtalt eller ikke er anvendelige, jf. overskriften i pkt. 28.5. Til sist hjemler pkt. 28.6 andre ledd et erstatningskrav for entreprenøren hvor han må betale avbestillingserstatning til sine underentreprenører på grunn av byggherrens reduksjon i arbeidet.

Videre vil en begrensning i endringsadgangen knyttet til hver enkelt arbeidsdisiplin by på retts tekniske ulemper. Entreprenøren står ofte fritt til å dele opp arbeidet og delegere oppgaver videre til underentreprenører. Det som utgjør en naturlig avgrensning av arbeidsoppgavene vil kunne variere fra oppdrag til oppdrag. I tillegg kan nevnes at entreprenøren er nærmest til å ta forbehold eller begrensninger i sin kontrakt med underentreprenøren. Manglende samordning mellom entreprenørens kontrakt med byggherren og kontrakter med underentreprenører bør være entreprenørens risiko. I praksis sikrer entreprenører seg i stor utstrekning mot en slik risiko. NS 3433, som gjelder kontrakten mellom hovedentreprenør og underentreprenør, inneholder derfor en 20 % -grense i pkt. 28.1 andre ledd. Det er heller ikke uvanlig at hovedentreprenører sikrer seg ved å oppjustere prosentsatsen i egne kontraktsdokumenter. Det å fastsette 15 % -grensen på bakgrunn av netto vederlagsøkning i forhold til den totale kontraktssum, synes etter dette å være den beste løsningen.

Absolutte, objektive grenser slik som 15 % -regelen i NS 3430, byr på retts tekniske fordeler. Samtidig blir tolkningsspørsmålene viktigere ettersom man opererer med en så skarp grense, og det kan i praksis by på store problemer å verdsette endringsarbeider i forhold til opprinnelig vederlag.⁵⁹ Entreprenøren bør være svært sikker i sin sak før han nekter å utføre endringsarbeid med den begrunnelse at 15 % -grensen er overskredet. Hvis entreprenøren tar feil, vil det innebære et mislighold av kontrakten. Kontraktspartene har som hovedregel et ubegrenset, objektivt ansvar for sin fortolkning av pliktene etter kontrakten. Rettsvillfarelse vil med andre ord sjelden anses som

⁵⁹ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 84.

unnskyldelig. At NS 3430 pkt. 28.1 andre ledd siste setning bruker uttrykket ”(f)or øvrig” plikter entreprenøren å utføre den pålagte endring, vil ikke kunne fritta entreprenøren for ansvar. Grensen for entreprenørens forpliktelse trekkes etter den objektive 15 % -regelen, en grense som eventuelt må fastsettes etter reglene i pkt. 40.⁶⁰

4.3.3 Avtalt grense etter buofl. § 9 tredje ledd

Etter buofl. § 9 tredje ledd kan partene avtale på forhånd at ”forbrukeren ikkje kan krevje endringar eller tilleggsarbeid som vil endre vederlaget med 15 % eller meir”. Bustadoppføringsloven er som tidligere nevnt preseptorisk til fordel for forbrukeren, jf. buofl. § 3. Dette innebærer at det kan avtales en høyere grense for byggherrens adgang til å kreve endringsarbeider, men partene kan ikke avtale en lavere grense.⁶¹

Grensen må avtales særskilt. Forarbeidene til bustadoppføringslova begrunner dette med at en generell ufravikelig lovbestemmelse med en fast kvantitativ grense på eksempelvis 15 %, ikke alltid vil være noen naturlig avgrensning av forbrukerens rett. I noen tilfeller vil det ikke være naturlig å tillate så store endringer, mens det i andre tilfeller bør være adgang til å pålegge endringer i større omfang.⁶² Det bør imidlertid være mulig for partene å avtale en slik fast grense, for på den måten å skape klarere linjer.⁶³ En slik mulighet gis partene i buofl. § 9 tredje ledd.

Forarbeidene omtaler ikke hvorvidt en slik grense må fastsettes i individuell avtale, eller om det er tilstrekkelig at avtalen henviser til standardvilkår som inneholder en slik grense. Hensynet til forbrukeren synes å være tilstrekkelig ivarettatt ved at avtalefriheten bare gjelder i forhold til endringer av større omfang (>15 %). Forbrukeren er dermed beskyttet mot at endringsadgangen blir begrenset ytterligere enn det som følger av NS 3430 pkt. 28.1 andre ledd. NS 3430 inneholder standardvilkår utarbeidet i samarbeid mellom representanter fra de ulike interessegruppene i kontraktsforholdet. Det er altså snakk om et ”agreed document” og ikke ”ensidig” utarbeidede vilkår presentert av den

⁶⁰ Jf. Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 231.

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 21 side 50 første og andre spalte.

⁶² Jf. pkt. 4.6.

⁶³ Jf. Ot.prp. nr. 21 side 50 første spalte.

ene side i kontraktsforholdet.⁶⁴ Med utgangspunkt i dette må man trolig bygge på alminnelige prinsipper for avtaleinngåelse når en grense for byggherrens materielle endringskompetanse skal avtales etter buofl. § 9 tredje ledd.

En avtalt, absolutt grense for byggherrens endringskompetanse kan ikke sies å være urimelig tyngende for byggherren, ettersom grensen uansett ikke kan settes lavere enn 15 %. Det burde dermed være tilstrekkelig med en henvisning til standardvilkårene i avtalen, ettersom de norske standardene er lett tilgjengelige. I *Norsk Lovkommentar* vedrørende buofl. § 9 tredje ledd note 34 trekkes samme konklusjon.

Bestemmelsen innebærer trolig at partene kan avtale en 15 % grense for så vel tilleggs- som fradragarbeid, jf. uttrykket ”endre vederlaget” i motsetning i NS 3430 pkt. 28.1, andre ledd som knytter 15 % -grensen til netto ”tillegg”. Ot.prp. nr. 21 trekker også i denne retningen da det på side 50 første spalte vedrørende § 9 tredje ledd heter: ”Samstundes gjev leddet her høve til å setje ei absolutt grense for i kva mon reduksjonar av omfanget av arbeidet kan verta rekna som endring og ikkje som delvis avbestilling. Ei slik grense er teken inn i NS 3430 punkt 28.6.”

Videre bruker bustadoppføringslova ikke uttrykket ”netto” om den prosentvise endringen. Byggherren – som i dette tilfellet er forbruker – bør imidlertid ikke få en dårligere stilling etter bustadoppføringslova enn etter NS 3430, jf. pkt. 4.3.2 ovenfor. Dersom partene ikke uttrykkelig har avtalt noe annet, bør man derfor oppfatte en avtalt 15 % -grense som en grense for netto endring, det vil si at man slår sammen tillegg og fradrag.⁶⁵

En avtale etter § 9 tredje ledd tar sikte på å klargjøre grensene fremfor å måtte benytte den skjønsmessige regelen i § 9 andre ledd. Uavhengig av om partene har avtalt noen 15 % -grense, må endringsarbeidet ligge innenfor de rammene som følger av § 9 første ledd,⁶⁶ jf. pkt. 4.3.4. Dersom partene ikke har avtalt noen 15 % -grense, må den

⁶⁴ Jf. Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401* side 23.

⁶⁵ Jf. *Norsk Lovkommentar* note 34 til buofl. § 9.

⁶⁶ Jf. Ot.prp. nr. 21 side 50 andre spalte.

kvantitative grensen i stedet fastlegges på bakgrunn av en interesseavveining etter § 9 andre ledd.⁶⁷

Det kan reises spørsmål om en avtalt 15 % -grense etter § 9 tredje ledd hindrer entreprenøren i å påberope at det foreligger ulemper som nevnt i § 9 andre ledd. Ot.prp. nr. 21 side 50 andre spalte uttrykker tydelig hvordan en avtalt 15 % -grense skal vurderes i forhold til § 9 andre ledd:

”Vinninga ved å nytte avtalefridomen etter tredje ledd, vil for begge partar vere at ein vil ha ei klår grense i staden for å måtte nytte føresegna i andre ledd, som i stor mon byggjer på bruk av skjøn. Rett nok vil ikkje ei avtalt grense med heime i tredje ledd generelt hindre entreprenøren frå å gjere gjeldande at det ligg føre ulemper som nemnde i andre ledd. Departementet legg likevel til grunn at den praktiske hovudregelen når avtalefridomen etter tredje ledd er nytta, vil vere at entreprenøren ikkje kan motsette seg endringar eller tilleggsarbeid som ligg innanfor den avtalte grensa.”

Kåre Lilleholt understreker at både kravet til sammenheng og ytelsens karakter i § 9 første ledd, og avveiningen mellom partenes interesser i § 9 andre ledd, i prinsippet gjelder uavhengig av en avtalt grense på 15 % etter § 9 tredje ledd. Lilleholt stiller imidlertid spørsmålstegn ved den praktiske hovedregelen som oppstilles forarbeidene: ”Skal ein entreprenør som har prøvt å gjera det klårt at han vil ha minst mogleg av endringar, av den grunn måtte godta meir av endringar enn han elles måtte?”⁶⁸

Hensynet til klarhet og forutberegnelighet som ligger bak regelen i § 9 tredje ledd, samt at entreprenøren er den profesjonelle part, taler for at en avtalt 15 % -grense avskjærer bruk av den skjønsmessige regelen i § 9 andre ledd. Forarbeidene fremhever da også at dette skal være den praktiske hovedregelen. At forarbeidene åpner for en interesseavveining i tillegg til en avtalt 15 % -grense, bør trolig oppfattes som en sikkerhetsventil.

⁶⁷ Jf. pkt. 4.6.

⁶⁸ Jf. Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad* side 53.

Grensen etter § 9 tredje ledd skal fastsettes på bakgrunn av ”vederlaget” som følger av avtalen. Dersom partene har avtalt en fast pris, skal naturligvis denne legges til grunn. Det samme gjelder hvor det er utarbeidet et prisoverslag. Ot.prp. nr. 21 side 50 andre spalte slår fast at forbrukeren må ha krav på at det utarbeides et prisoverslag hvor dette ikke foreligger. Videre skal merarbeid som følge av mengdevariasjon regnes som tilleggsarbeid i samme utstrekning som etter NS 3430 pkt. 28.1, jf. pkt. 4.3.2.

4.3.4 Det generelle kvantitetskriterium i buofl. § 9 første ledd

Buofl. § 9 første ledd oppstiller et generelt kvantitetskriterium; endringsarbeidet må ”ikkje i omfang” skille seg ”vesentleg” fra det opprinnelige arbeidet. Rent språklig kan kriteriet forstås slik at byggherren kan pålegge entreprenøren endringsarbeid som i omfang kan være større enn arbeidet etter den opprinnelige kontrakten; Det er *vesentlig* avvik i omfang som ikke kan pålegges. Eksempelet i NOU 1992:9 side 62 første og andre spalte kan også forstås på denne måten:

”Til dømes kan røyrleggjaren som skal montere ein krane, måtte skifte eit røyr når det viser seg at dette bør gjerast samtidig, og det sjølv om skiftinga av røyret blir dyrare enn monteringa av kranen”.

Eksempelet gir inntrykk av at det opprinnelige kontraktsarbeidet kan mer enn dobles på grunnlag av byggherrens endringskompetanse.

Kåre Lilleholt følger opp denne tolkningen i sitt temahefte *Bustadoppføringslova – ei kort innføring*, hvor han på side 8 skriver følgende:

”Normalt skal omfanget av tilleggsarbeid som forbrukaren kan krevje, iallfall vera mindre enn omfanget av det avtala arbeidet, men det slår ikkje alltid til for dei minste oppdraga”.

Forarbeidenes eksempel er etter min mening svært uheldig. For det første dreier deg seg om *mindre vedlikeholdsarbeider*, som neppe vil være aktuelt ved nyoppføring av bolig. Mindre vedlikeholdsarbeider vil regelmessig reguleres av håndverkertjenesteloven, slik

at eksempelet passer dårlig i forarbeidene til bustadoppføringslova. Videre må det være temmelig klart at loven ikke er ment å forstås på denne måten. Entreprenøren kan neppe være forpliktet til å utføre over 100% tilleggsarbeid, selv mot vederlag, jf. hensynene bak endringsreglene i pkt. 3. Bustadoppføringslova tar imidlertid sikte på å beskytte forbrukeren. Også forbrukeren er i utgangspunktet tjent med at endringskompetansen begrenses i kvantitativt henseende, ettersom endringsarbeid er et svært fordyrende element i en byggeprosess. Dersom partene ikke blir enige om prisen for tilleggsarbeidet, vil selv en ”fornuftig” regning kunne være urimelig tyngende for forbrukeren.⁶⁹ Begge parter anses å være best tjent med at det inngås ny kontrakt hvor endringsarbeidet blir av et visst omfang. Loven må forstås slik at omfanget av entreprenørens arbeid *inkludert* tilleggsarbeider ikke må overstige det opprinnelige kontraktsarbeidet i vesentlig grad.

Buofl. § 9 tredje ledd trekker også i denne retningen. Bestemmelsen gir partene adgang til å avtale en grense på 15 %, jf. pkt. 4.3.3. Forbrukere som benytter denne adgangen bør ikke bli vesentlig dårligere stilt enn det som må følge etter en vurdering av § 9 første ledd. I tvilstilfelle vil derfor denne grensen kunne gi en viss veiledning.⁷⁰

I vurderingen av om arbeidets omfang skiller seg vesentlig fra det opprinnelig avtalte arbeid må man se både på relativt og totalt omfang av tilleggsarbeidet.⁷¹ Ot.prp. nr. 21 uttaler på side 49 andre spalte at man i praksis må vurdere omfanget av endringsarbeidet sammen med de andre kriteriene som følger av andre ledd, jf. pkt. 4.6. Dersom kravet til sammenheng og ytelsens karakter er tilfredsstillt, vil trolig kravet til ytelsens omfang kunne lempes noe, dersom interesseavveiningen i § 9 andre ledd taler for at entreprenøren bør kunne pålegges å utføre endringsarbeidet. Dette kan imidlertid ikke innebære at byggherren i kraft av endringskompetansen kan pålegge entreprenøren å utføre det dobbelte av det opprinnelig avtalte, slik eksempelet i forarbeidene antyder. Dette må gjelde selv om byggherrens interesse i å få arbeidene utført samtidig er stor, og endringsarbeidet ikke innebærer store oppofrelser for entreprenøren.

⁶⁹ Se tilsvarende hensyn under pkt. 5.6 som gjelder tvist om byggherrens endringskompetanse.

⁷⁰ Jf. *Norsk Lovkommentar* note 32 andre ledd til buofl. § 9 første ledd.

⁷¹ Jf. *Norsk Lovkommentar* note 32 andre ledd til buofl. § 9 første ledd.

4.3.5 Almennelig entrepriserett

En kvantitativ grense for byggherrens materielle endringskompetanse må antas å følge også av bakgrunnsretten. En ubegrenset adgang for byggherren til å pålegge entreprenøren å utføre endringsarbeid, ville i realiteten innebære at byggherren ensidig kunne kreve at entreprenøren utførte alt arbeid byggherren ønsket. Et slikt forhold kan vanskelig kalles en entreprisekontrakt og ville lett rammes av avtl § 36 eller NL 5-1-2.⁷² Det er som tidligere nevnt uklart hvor grensene for endringsadgangen går, slik at regler om dette er en fordel.

Sandvik skriver i sin *Kommentar til NS 3401* side 122-123, at pkt. 11.1, og dermed også 15% -grensen, utvilsomt er i samsvar med deklarasjonsrett på området. Dette virker heller tvilsomt. At byggherrens endringskompetanse følger av deklarasjonsrett, er en ting. Noe annet er å anse en gjennomarbeidet, positivrettslig regel som 15%-regelen, som ulovfestet entrepriserett.⁷³ Det kan diskuteres om buofl. § 9 er mer i tråd med deklarasjonsrett, da denne bestemmelsen er mindre positivistisk utformet. Bestemmelsen bygger på en interesseavveining isteden for 15 % -regelen, jf. pkt. 4.6 nedenfor.

4.3.6 Utkast til ny standard

I forslaget til ny standard har man tilsynelatende fjernet 15 % -grensen. Grensen for byggherrens kvantitative endringskompetanse skal isteden fastlegges gjennom en påregnelighetsvurdering: ”Det kan ikke pålegges endringer utover det som med rimelighet kunne påregnes da kontrakten ble inngått. Ved denne vurderingen skal det blant annet tas hensyn til omfanget av og tidspunktet for endringsarbeidet”.⁷⁴ Kanskje vil denne reguleringen kunne beskytte entreprenøren mot at byggherren gjør store endringer (>15%) innenfor en bestemt disiplin som er fremkontrahert til en underentreprenør, da dette kan anses for upåregnelig? Forslagets pkt. 22.1 andre ledd innebærer trolig en tilnærming til hva som må følge av bakgrunnsretten, jf. pkt. 4.3.5.

⁷² Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 83.

⁷³ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 33.

⁷⁴ NRB F 79/02 pkt. 22.1 andre ledd andre punktum.

I forslaget pkt. 23.3 femte ledd vedrørende vederlagsberegning ved bruk av enhetspriser heter det at ”hvis netto tilleggsarbeid beløper seg til 15 % av kontraktssummen, kan entreprenøren kreve at eventuelt ytterligere tilleggsarbeid utføres etter reglene om regningsarbeid.” Den praktiske betydningen av 15 % -grensen i NS 3430 pkt. 28.1 andre ledd er nettopp entreprenørens adgang til å fravike de avtalte enhetspriser. Når forslaget til ny standard fortsatt gir entreprenøren en slik adgang, får det mindre betydning at man i pkt. 22.1 erstatter 15 % -grensen med en påregnelighetsvurdering.

Forslaget innebærer imidlertid en tydeliggjøring av når entreprenøren kan frigjøre seg fra de avtalte enhetsprisene som følge av byggherrens overskridelse av sin kvantitative endringskompetanse. Entreprenøren trenger da ikke å nekte å utføre arbeidet under henvisning til pkt. 28.1 andre ledd, for så å trumfe gjennom en annen vederlagsberegning. Den praktiske virkningen blir trolig den samme.⁷⁵

4.4 Geografisk grense

Verken NS 3430 eller bustadoppføringslova inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om at byggherrens materielle endringskompetanse er geografisk begrenset. Som tidligere nevnt ligger det trolig en slik begrensning i kravet til sammenheng etter NS 3430 pkt. 28.1 første ledd og buofl. § 9 første ledd.⁷⁶

Byggherren kan neppe pålegge entreprenøren en plikt til å utføre arbeid på et helt annet sted enn det opprinnelig avtalte, selv om det skulle foreligge en funksjonell sammenheng. Det kan medføre betydelig ulemper for entreprenøren om han må reise atskillig lenger til byggeplassen, og disse ulempene kan ikke uten videre kompenseres gjennom justering av vederlaget. At arbeid utenfor den avtalte byggeplass må avtales særskilt, følger trolig også av ulovfestede entrepriseregler.

4.5 Tidsmessig grense

Det oppstilles ingen eksplisitt tidsbegrensning for byggherrens materielle endringskompetanse verken i standarden eller i loven. I NS 3430 pkt. 28.2 første ledd

⁷⁵ Jf. pkt. 4.3.2.

andre punktum heter det at byggherrens endringspålegg skal ”gis entreprenøren i god tid før endringen skal gjennomføres”. Dette er imidlertid en prosessuell bestemmelse som ikke regulerer byggherrens materielle endringskompetanse.

Man kan på generelt grunnlag si at endringskompetansen følger av kontrakten. Den oppstår dermed fra det tidspunkt kontrakten blir bindende mellom partene. Når endringsarbeidene rent faktisk skal utføres, er et annet spørsmål. Sandvik trekker dette utgangspunktet videre og hevder at ettersom endringskompetansen er en del av byggherrens rettigheter etter kontrakten, kan denne ikke gjøres gjeldende etter at kontrakten er oppfylt.⁷⁷ Partene kan imidlertid ha rettigheter og plikter i behold også etter oppfyllelse. Sandvik tar da også forbehold for utbedringsplikten. Mer treffende er kanskje Barbos argument for at endringsarbeider utgjør en del av entreprenørens kontraktsforpliktelse: ”Når vurderingen av arbeidenes kontraktsmessighet (mangelsvurderingen) prinsipielt skal foretas på det tidspunkt risikoen går over til byggherren (overleveringen), følger det som en logisk konsekvens at byggherren etter dette tidspunkt ikke kan endre innholdet av disse forpliktelsene”.⁷⁸ Sandvik trekker også frem hensynet til entreprenørens ressursdisponering som begrunnelse for at hans plikt til å utføre tilleggsarbeid må opphøre når han har rett til å avvikle sitt produksjonsapparat på byggeplassen.

Konklusjonen blir etter dette at byggherren som hovedregel ikke kan pålegge entreprenøren noen arbeidsplikt etter at overtakelse har skjedd. De samme hensyn taler for at byggherren heller ikke kan gi pålegg om endringsarbeid som skal utføres etter kontraktsavviklingen. En utbedringsplikt kan imidlertid pålegges etter dette tidspunktet. Dette er da heller ingen endringsordre, ettersom utbedringskravet kun er en fastholdelse av kravet på kontraktsmessig ytelse. Utbedringsplikten oppstår imidlertid allerede i kraft av at byggherren pretenderer at det foreligger utbedringsplikt, så fremt denne ikke er helt grunnløs.⁷⁹ For mer om dette, se pkt. 5.5 nedenfor.

⁷⁶ Jf. pkt. 4.2.3.

⁷⁷ Jf. Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401* side 124.

⁷⁸ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 87.

⁷⁹ Jf. Rt 1972 side 449 ”Terrassehusdommen”, særlig side 455.

Man kan stille spørsmål om endringskompetansen våkner til liv igjen dersom entreprenøren plikter å utbedre mangler. Dette ville i tilfelle innebære en kontraheringsplikt for entreprenøren. De samme hensyn som nevnt under pkt. 3 taler for å gi byggherren en slik endringskompetanse. Hensynet til entreprenøren bør imidlertid gis gjennomslag. Tidspunktet for overtakelsen er passert, og entreprenøren kan ha tatt på seg nye oppdrag. Utbedringsplikten, som er en misligholdssanksjon, bør ikke strekkes lenger enn misligholdet rekker; det vil si at entreprenøren ikke bør kunne pålegges noe annet eller mer enn å tilfredsstille kravet til kontraktmessig ytelse.

Som nevnt under pkt. 4.2.3 (ii) må det antas å ligge en tidsbegrensning i kravet til sammenheng. Man kan tenke seg at dette kravet stenger for byggherrens endringskompetanse allerede når det aktuelle arbeidet er ferdigstilt. Hensynet til entreprenøren taler for at han skal slippe å utføre arbeidet om igjen, med eventuelle endringer, etter at arbeidet er fullført. Dette skyldes at entreprenøren ikke nødvendigvis får tilstrekkelig kompensasjon gjennom vederlagsreglene for ulempene med å omdisponere arbeidet. Byggherrens interesse i å få endringen gjennomført er imidlertid også beskyttelsesverdig.⁸⁰ Hvor entreprenøren har utført arbeidene på et tidligere tidspunkt enn det som måtte følge av avtalen, eventuelt fremdriftsplaner, må byggherrens endringskompetanse være i behold. Dersom fremdriftsplanen er overholdt, blir spørsmålet mer usikkert.

Problemstillingen er særlig praktisk i underentrepriser, hvor entreprenørene fullfører sine arbeider til ulike tidspunkt. Selv om en underentreprenør har utført sine plikter etter kontrakten med hovedentreprenøren, kan det som følge av byggherrens pålegg, eller andre entreprenørers arbeid, bli nødvendig med endringer i det allerede fullførte arbeidet. Standardene løser ikke dette problemet. NS 3433 inneholder ingen kobling mellom byggherrens overtakelse og endringskompetansen. Alle andre rettsvirkninger er regulert, slik at hovedentreprenørens overtakelse kan skje underveis. Som eksempel kan nevnes at reklamasjonsfristens utgangspunkt regnes fra *byggherrens* overtakelse av bygget, jf. NS 3433 pkt. 32.8 andre ledd. Endringsreglene kan dermed være en av grunnene til at hovedentreprenøren utsetter overtakelsesforretningen med underentreprenørene.

I forslaget til ny standard pkt. 22.1 andre ledd siste punktum sies det uttrykkelig at tidspunktet for endringsarbeidet skal tas i betraktning i påregnelighetsvurderingen. Jo nærmere overtakelsen endringsarbeidet pålegges, desto mindre påregnelig må en anta at

⁸⁰ Jf. pkt. 3.

endringsarbeidet er, jf. også Ot.prp. nr. 21 side 49-50, hvor dette er et moment i interesseavveiningen etter buofl. § 9 andre ledd.⁸¹ Forslaget synes imidlertid ikke å innebære noen endring i forhold til allerede gjeldende rett.

4.6 Byggherrens materielle endringskompetanse basert på interesseavveining etter buofl. § 9 andre ledd

Buofl. § 9 andre ledd legger opp til en avveining mellom forbrukerens interesse i å få endringsarbeidet utført og entreprenørens ulemper knyttet til gjennomføringen. Denne avveiningen kommer i tillegg til vilkårene i § 9 første ledd, jf. ordet ”likevel”. Det innebærer at byggherren til tross for at vilkårene i § 9 første ledd er oppfylt, likevel ikke kan gjennomtvinge endringen dersom ulempene for entreprenøren etter avveiningen er større enn byggherrens interesse i gjennomføringen. Interesseavveiningen får ingen praktisk betydning hvor det er avtalt en grense etter § 9 tredje ledd, jf. drøftelsen i pkt. 4.3.3.

Forarbeidene slår fast at avveiningen etter § 9 andre ledd skal være ”objektiv” i den forstand at forbrukerens helt spesielle ønsker ikke skal vektlegges. Men dette betyr ikke at det bare er ønsker som påvirker det økonomiske resultat som godtas som ”objektivt”. Også ønsker angående trivsel og estetikk vil vektlegges.⁸² Hvilke ulemper endringer kan føre til for entreprenøren, er omtalt under pkt. 3. For ordens skyld nevnes forbrukerens betalingsevne, organiseringen av virksomheten, tap av ”goodwill” på grunn av forsinkelse på andre oppdrag, tapt sjanse til å påta seg prestisjeprosjekter etc. Dersom entreprenørens økonomiske ulemper blir dekket på en adekvat måte gjennom vederlagsreglene, kan disse hensynene ikke vektlegges i interesseavveiningen.

I avveiningen vil det spille inn hvor langt arbeidet er kommet. Entreprenøren har større grunn til å motsette seg endringsarbeidet når oppdraget nesten er fullført, enn hvor arbeidet er i startfasen. ”Er det tale om eit hus som nesten er ferdig når avtalen vert inngått, vil nok entreprenøren normalt kunne motsetje seg å utføre tilleggsarbeid som

⁸¹ Jf. pkt. 4.6.

⁸² Jf. NOU 1992:9 side 62 andre spalte og Ot.prp. nr. 21 side 49-50.

ikkje har nær samanheng med det arbeidet som likevel står att”, jf. Ot.prp. nr. 21 side 49 og 50.

NS 3430 inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om at byggherrens materielle endringskompetanse skal være ubetinget avhengig av resultatet etter en avveining av entreprenørens og byggherrens interesser. Byggherrens endringskompetanse er i stedet avgrenset gjennom den strengere 15 % -grensen, som er drøftet i pkt. 4.3.2. Dette må ses på bakgrunn av at bustadoppføringslova er preseptorisk til fordel for forbrukeren, mens standarden krever en henvisning i partenes avtale for å komme til anvendelse. Som tidligere nevnt finnes det velbegrunnede reelle hensyn som taler både for og mot en ensidig endringskompetanse for byggherren.⁸³ Det å pålegge entreprenøren en ufravikelig arbeidsplikt etter faste regler, vil by på vanskeligheter, og resultatene vil i det enkelte tilfelle kunne bli urimelige. Videre vil profesjonelle parter i større grad regulere eksempelvis endringskompetansen utførlig. Det er trolig på bakgrunn av dette at bustadoppføringslova viser til en interesseavveining, mens NS 3430 ikke inneholder noen slik begrensning. Ot.prp. nr. 21 side 50 første spalte uttaler om dette:

“Departementet legg til grunn at det ikkje er råd å innføre noka generell ufråvikeleg lovføresegn med ei fast grense for omfanget av endringar eller tilleggsarbeid. I mange høve vil ei grense på til dømes 15 % av kontraktssummen ikkje vere noka naturleg avgrensing av forbrukaren sin rett. I nokre tilfelle vil det ikkje vere naturleg å tillate så store endringar, medan det i andre tilfelle bør vere høve til større endringar.”

⁸³ Jf. pkt. 3.

5 Byggherrens materielle endringskompetanse ved tvist

5.1 Innledning

Når det gjelder temaet endringer, kan byggherren og entreprenøren for det første strides om hvorvidt det foreligger en endring av den opprinnelige kontrakten. Videre kan tvistepunktet være om endringen ligger innenfor eller utenfor byggherrens endringskompetanse. For det tredje kan partene være uenige om hvilke konsekvenser endringen skal få med hensyn til vederlag, fristforlengelse etc. Hvor ”feilen” viser seg først etter overtakelse, kan partene være uenige om det foreligger en mangel eller ikke. Disse situasjonene drøftes nedenfor. Det er ingen ting i veien for at byggherren for eksempel prinsipielt påberoper at arbeidet ikke utgjør noen endring, subsidiært at endringen ligger innenfor hans endringskompetanse.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at hver part har risikoen for sitt eget rettslige standpunkt når det foreligger en tvist.⁸⁴ Det underliggende materielle forholdet blir altså avgjørende for løsning av tvisten.

I entrepriseretten vil dette utgangspunktet kunne få uheldige konsekvenser. Arbeidet vil kunne stoppe opp som følge av et omstridt pålegg fra byggherren. Entreprenøren nekter eksempelvis å utføre arbeidet før enighet foreligger og gis med dette en urimelig sterk forhandlingsposisjon. Som nevnt under pkt. 3 er det samfunnsøkonomisk ønskelig at endringsarbeidet blir utført. Entreprenøren pålegges da også ofte en kontraktsrettslig arbeidsplikt uavhengig av tvisten, jf. nedenfor. Arbeidsplikten representerer i noen grad også en fordel for entreprenøren da han fritas for rettsvillfarelsesrisikoen. Det å innta feil standpunkt i en tvist om hvorvidt et pålegg representerer en endring eller ikke, vil kunne innebære mislighold av kontrakten, og et slikt mislighold blir gjerne kostbart for

⁸⁴ Jf. eksempelvis Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett* side 798-799, samt Rt 1983 side 205 som uttaler at den unnlatte oppfyllelse kun er kontraktsbrudd for den part som baserte sitt standpunkt på en uriktig oppfatning av forpliktelsens innhold.

entreprenøren.⁸⁵ Ved å oppstille en arbeidsplikt for entreprenøren gis han en rett til å utføre arbeidet, i betydningen at hans eventuelle krav på tilleggsvederlag ikke går tapt selv om partene er uenige, forutsatt at de prosessuelle reglene følges.

På bakgrunn av dette behandler NS 3430 tvisten separat fra selve arbeidsplikten. Systemet kan føre til at byggherren faktisk får utvidet sin endringskompetanse. Noe tilsvarende ”tosporet system” finnes ikke i bustadoppføringslova. Byggherrens materielle endringskompetanse ved tvist når byggherren er forbruker, vil bli drøftet under pkt. 5.6.

Twist mellom byggherre og entreprenør løses ikke sjelden av standardens preklusive, prosessuelle bestemmelser. Det forutsettes også under denne drøftelsen at partene følger opp de prosessuelle reglene.

5.2 Uenighet om det foreligger en endring

I kontraktperioden foregår det en løpende kommunikasjon mellom partene angående arbeidets utførelse. Byggherren kan gi instruksjer, komme med standpunkter og informasjon. Denne kommunikasjonen kan anta ulike former, eksempelvis brev, møteuttalelser, reviderte tegninger og spesifikasjoner, påtegninger på oversendelser fra leverandøren etc. Mange av utspillene vil regelmessig ligge innenfor entreprenørens plikter etter kontrakten, og de vil dermed ikke ha noen virkning for entreprenørens kontraktsplikter. Andre utspill ligger utenfor entreprenørens kontraktsplikter og innebærer dermed en endring.

Utgangspunktet er at entreprenørens plikt til å utføre endringsarbeidet først oppstår når byggherren har utstedt en endringsordre, jf. NS 3430 pkt. 28.2 andre ledd. Dette utgangspunktet vil kunne bære galt av sted hvor byggherren og entreprenøren er uenige om hvorvidt det foreligger en endring. Dersom arbeidet er av stor betydning for byggherren, ville han bli tvunget til å utstede endringsordre, hvilket innebærer en anerkjennelse av at arbeidet er endringsarbeid. Også for entreprenøren vil en slik situasjon utgjøre en stor risiko. Dersom han ikke utfører arbeidet, og det senere viser

⁸⁵ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 174.

seg at arbeidet ligger innenfor hans plikter etter kontrakten, vil dette innebære et mislighold av kontrakten med ubegrenset misligholdsansvar.⁸⁶ Dersom han utfører arbeidet uten at byggherren har utstedt endringsordre, mister han sitt krav på tilleggsvederlag dersom det senere viser seg at arbeidet utgjorde en endring.

På bakgrunn av dette regulerer NS 3430 pkt. 28.3 situasjonen der partene er uenige om hvorvidt det foreligger en endring. Reglene tar sikte på å definere uenighet, men bidrar ikke til å løse konflikten med mindre partenes standpunkt prekluderes som følge av unnlatt varsel/krav. Løsning av konflikten kan ta svært lang tid. Pkt. 28.3.5 oppstiller derfor en arbeidsplikt for entreprenøren til tross for at partene strides om det foreligger en endring eller ikke. Endringsarbeidet blir dermed utført, samtidig som entreprenøren fritas for rettsvillfarelsesrisikoen; han skal utføre arbeidet uavhengig av om det er snakk om endringsarbeid. Dersom det i ettertid viser seg at det ikke var endringsarbeid, har entreprenøren oppfylt de kontraktsmessige vilkår. Viser det seg at arbeidet var en endring, har han fortsatt vederlagskravet i behold.

Entreprenøren kan imidlertid kreve at byggherren stiller sikkerhet for et eventuelt vederlagskrav, et krav som kan bli vanskelig å oppfylle for en byggherre med allerede stramt budsjett. I profesjonelle forhold er det imidlertid mer praktisk at byggherren nekter å stille sikkerhet ut fra synspunktet om at entreprenørens interesser er tilstrekkelig ivaretatt gjennom sikkerheten som allerede er stilt etter kontrakten. Dersom byggherren ikke kan eller vil stille sikkerhet, legger standarden opp til at entreprenøren skal få en sterk forhandlingsposisjon. Bestemmelsen må derfor trolig forstås med den begrensning at det må foreligge rimelig tvil om endringsspørsmålet, før entreprenøren kan kreve sikkerhet mot å oppfylle. Selv om det skulle foreligge tilstrekkelig tvil om endringsspørsmålet, har likevel ikke entreprenøren den sikkerheten som standarden gir uttrykk for. Dette skyldes at entreprenøren i en viss forstand bærer rettsvillfarelsesrisikoen, ettersom en eventuell unnlatt utførelse som følge av manglende sikkerhetsstillelse skjer på egen risiko.

⁸⁶ Jf. pkt. 4.3.2 om rettsvillfarelse ved kontraktstolkning

5.3 Uenighet om byggherrens endringskompetanse

Partene kan også strides om hvorvidt byggherren har endringskompetanse. Byggherrens materielle endringskompetanse er som nevnt avgrenset på flere områder, og uenigheten kan være knyttet til hvorvidt en eller flere av disse grensene er overtrådt.⁸⁷

Denne tvistesituasjonen løser imidlertid ikke standarden. ”Hoppeplikten” i pkt. 28.1 andre ledd siste punktum gjelder kun hvor partene er uenige om rettsvirkningene av endringen, jf. pkt. 5.4. At arbeidsplikten etter denne bestemmelsen ikke inntreer ved uenighet om byggherrens endringskompetanse, fremgår av uttrykket ”for øvrig” som refererer direkte til den kvantitative begrensningen tidligere i avsnittet. Det forutsettes at uttrykket også viser til begrensningene i pkt. 28.1 første ledd.⁸⁸

Spørsmålet blir da om man skal falle tilbake på bakgrunnsretten om at hver part har risikoen for sitt eget rettslige standpunkt, eller om man kan bruke pkt. 28.3.5 analogisk. En analogisk anvendelse vil innebære at entreprenøren får en arbeidsplikt dersom det foreligger rimelig tvil om byggherren har endringskompetanse.

NS 3430 pkt. 28.3.5 gjelder som nevnt når partene strides om det foreligger en endring eller ikke.⁸⁹ Bestemmelsen er svært positivrettslig, noe som taler imot en analogisk anvendelse. En forutsetning for å anvende bestemmelsen analogisk er at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende.

Hensynene bak arbeidsplikten i pkt. 28.3.5 taler langt på vei for at bestemmelsen bør anvendes analogisk når det foreligger tvist om byggherrens endringskompetanse. På den måten blir endringsarbeidet utført uten at byggherren blir presset til å utstede endringsordre. Entreprenøren mister sin sterke forhandlingsposisjon samtidig som han fritas for rettsvillfarelsesrisikoen. Eventuell tvil om byggherrens kredittverdighet avdempes ved at entreprenøren kan kreve sikkerhet for et eventuelt tilleggsvederlag.

⁸⁷ Jf. pkt. 4.

⁸⁸ Jf. Kolrud, Hans Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 232.

⁸⁹ Jf. pkt. 5.2.

Hvorvidt NS 3430 pkt. 28.3.5 kan anvendes analogisk, vil trolig bero på hvilke kompetansegrenser striden omhandler. Dersom entreprenøren eksempelvis mener at arbeidet ligger utenfor fagkompetansen han står inne for etter den opprinnelige kontrakt, oppstår neppe noen arbeidsplikt for entreprenøren bygget på analogi. Entreprenøren bør beskyttes mot å pålegges en arbeidsplikt utenfor fagområdet for det opprinnelig avtalte arbeid. Motsatt vil nok en tvist om hvorvidt den kvantitative grensen er overtrådt kunne løses ved analogisk anvendelse av pkt. 28.3.5.

5.4 Uenighet om virkningene av en endring

Selv om partene er enige om at et arbeid representerer en endring i forhold til den opprinnelige kontrakten, kan de være uenige om hvilke virkninger endringen skal ha for vederlag og fremdrift. Og selv om partene prinsipalt er uenige om hvorvidt arbeidet utgjør en endring, kan de subsidiært være uenige om rettsvirkningene. Dersom enighet om rettsvirkningene er en forutsetning for entreprenørens arbeidsplikt, vil dette innebære at entreprenøren reelt sett blir enerådende. Dersom entreprenørens forpliktelse er uavhengig av enighet om rettsvirkningene, blir byggherren reelt sett enerådende.

Etter NS 3430 får entreprenøren en ubetinget arbeidsplikt selv om partene strides om hvilke rettsvirkninger endringen skal få, jf. pkt. 28.1 andre ledd siste punktum. Entreprenøren må altså utføre et kanskje kostnads- og tidkrevende endringsarbeid selv om byggherrens standpunkt vedrørende vederlag og fremdrift avviker fra entreprenørens. Når det gjelder striden knyttet til fremdriften, avhjelpes entreprenøren av NS 3430 pkt. 17.6. Denne bestemmelsen gir entreprenøren rett til å forsere arbeidet for byggherrens regning dersom byggherren avslår et berettiget krav på fristforlengelse.

Dersom partene ikke kommer til enighet om vederlaget, må entreprenøren avvente en avgjørelse etter pkt. 40. En slik avgjørelse kommer gjerne lang tid etter at endringen er utført, og entreprenøren mister dermed sin taktiske forhandlingsposisjon. Eventuell uenighet om vederlaget sinker dermed ikke arbeidet, ettersom konflikten løses separat i ettertid.⁹⁰

⁹⁰ Jf. Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 3430* side 232.

5.5 Uenighet om det foreligger en mangel

Etter overtakelsen er hovedregelen at byggherren ikke har noen endringskompetanse. Dersom det oppstår en feil etter dette tidspunkt, er det en forutsetning for entreprenørens arbeidsplikt at byggherren krever utbedring på grunn av mangel. Som tidligere nevnt oppstår entreprenørens arbeidsplikt allerede ved en pretensjon fra byggherren om at det foreligger en mangel, så fremt denne ikke er helt grunnløs.⁹¹ Dette følger blant annet av Rt 1972 side 449 ”Terrassehusdommen”.

Aktieselskapet Fjeldhammer Brug (Fjeldhammer) hadde i ”Terrassehusdommen” påtatt seg isolasjon og tekking av terrassene i to blokker oppført av bygmester Nordby. Terrassene utgjorde delvis taket i de underliggende leiligheter. Når det senere oppsto lekkasjer, ble det tvist om Fjeldhammers erstatningsansvar og utbedringsplikt. Under rettssaken ble det materielle underliggende forhold forsøkt klarlagt, og man kom til at lekkasjene i de tre nederste terrassene sannsynligvis måtte tilbakeføres til Fjeldhammers arbeid, mens dette ikke var tilfellet med de tre øverste terrassene. Høyesterett uttaler på side 455:

” Dersom det er grunn til å anta at det foreligger lekkasjer i membranen eller slukinntekkingen, og dersom det ikke på forhånd utpeker seg som *klart* (min utheving) at disse skyldes Nordby, mener jeg at Fjeldhammer har plikt til å undersøke forholdet så fort som mulig, og foreta omlegging dersom undersøkelsene ikke klarlegger at det er Nordbys feil som er årsaken. Dette følger av Fjeldhammers særlige sakkyndighet og ansvar og tilsies av det rent praktiske hensyn at det for Nordby vil være umulig eller vanskelig selv å utføre disse reparasjoner eller få andre sakkyndige til å gjøre det. Men Fjeldhammer kan ta forbehold om å få omleggingskostnadene refundert og eventuelt kreve at Nordby stiller sikkerhet for dette krav”.

Dersom det i ettertid viser seg at byggherrens pretensjon ikke var korrekt, blir spørsmålet hvordan entreprenøren skal kompenseres. Arbeidet må enten betraktes som et endringsarbeid og kompenseres etter endringsreglene, eller det må betraktes som et

⁹¹ Jf. pkt. 4.5.

nytt selvstendig oppdrag. Formelt bygger ikke denne arbeidsplikten på byggherrens endringskompetanse, men på lojalitetsplikter etter overlevering. Endringsreglene må i tilfelle anvendes per analogi.

Entreprenøren blir ikke nødvendigvis tilfredsstillende kompensert ved bruk av enhetsprisene. Dette skyldes at entreprenøren kan ha priset postene taktisk.⁹²

Entreprenøren bærer selv risikoen for taktisk prising hva gjelder endringsarbeid. Det gir imidlertid en uheldig løsning dersom entreprenøren også må bære denne risikoen for arbeid som ikke ligger innenfor byggherrens endringskompetanse, og som han ikke ville hatt plikt til å utføre hvis sviktens årsak hadde vært kjent på et tidligere tidspunkt.⁹³

Begge parter bør derfor kunne kreve at vederlaget beregnes etter regningsprinsippet. Dommen i Rt 1972 side 449 tyder også på at regningsprinsippet skal legges til grunn, da Fjeldhammer får refundert *omkostningene* med omlegging av de øverste terrassene, se side 460.

5.6 Byggherrens materielle endringskompetanse ved tvist hvor byggherren er forbruker

Bustadoppføringslova inneholder ingen regler om hvordan uenighet om byggherrens materielle endringskompetanse skal løses. Ettersom loven følger norsk kontraktsrett, må manglende regulering av spørsmålet innebære at entreprenøren kan nekte å utføre arbeid ved uenighet, jf. pkt. 5.1. Det er problematisk at bustadoppføringslova ikke inneholder regler om dette, ettersom hovedregelen etter den alminnelige kontraktsrett innebærer at arbeidene lett kan stoppe opp ved slik uenighet. Dette innebærer at forbrukeren tilsynelatende får en dårligere stilling etter loven enn hva som følger av NS 3430, mens entreprenøren får en urimelig sterk forhandlingsposisjon. Hensynene bak endringsreglene taler mot en slik løsning.

Man kan spørre seg hvorfor bustadoppføringslova ikke inneholder noen ”hoppeplikt” tilsvarende reglene i NS 3430 pkt. 28. Arbeidsplikt ved uenighet innebærer at tvisten løses separat i ettertid, det vil si etter at endringsarbeidet er utført. En ”hoppeplikt” for

⁹² Jf. pkt. 1.2.

⁹³ Jf. Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* side 90.

entreprenøren vil derfor kunne innebære en urimelig tyngende usikkerhet for forbrukeren.

Videre vil forbrukeren kunne kreve at entreprenøren gjennomfører endringsarbeidet, samt bærer merkostnadene ved at arbeidet må utføres på et senere tidspunkt, dersom det i ettertid viser seg at forbrukeren hadde rett. Dette følger av alminnelig kontrakts- og erstatningsrett.

6 Oppsummering/avslutning

Drøftelsen ovenfor viser at byggherren har en omfattende endringskompetanse i byggeperioden både etter NS 3430, bustadoppføringslova og alminnelig entrepriserett. Entreprenørens arbeidsplikt etter NS 3430 strekker seg enda lenger, da denne plikten kan oppstå selv om byggherren rent faktisk går utenfor sin endringskompetanse, jf. pkt. 5.

Uavhengig av reglene i NS 3430 vil entreprenøren være utsatt for et arbeidspress når byggherren gir pålegg om at et bestemt arbeid skal utføres. Entreprenøren blir tvunget til å foreta et valg: Han kan la være å etterkomme pålegget, eller han kan utføre arbeidet. Skulle det vise seg at arbeidet lå innenfor den opprinnelige kontrakten, vil en unnlattelse av å etterkomme byggherrens pålegg representere mislighold av kontrakten med ubegrenset misligholdsansvar til følge. Finner man i ettertid at arbeidet lå utenfor entreprenørens plikter etter kontrakten, vil utført arbeid representere et tilleggsarbeid. Entreprenøren sitter da med risikoen for ikke å få betalt for merarbeidet, pluss eventuelle ulemper ved å utføre arbeidet, som ikke nødvendigvis kompenseres av tilleggsvederlaget. Dette vil likevel gjerne fortone seg som en mindre risiko for entreprenøren, enn risikoen for å misligholde kontrakten. Videre avhjelpes entreprenøren i noen grad ved at han kan kreve sikkerhet for et eventuelt tilleggsvederlag etter NS 3430. Entreprenøren bør følgelig være svært sikker i sin sak før han påberoper byggherrens overskridelse av endringskompetansen som grunnlag for å nekte å utføre arbeid han blir pålagt.

Entreprenøren ønsker imidlertid som regel å utføre endringsarbeid ettersom vederlagsreglene gir han krav på tilleggsvederlag for slikt arbeid. Dette er da også bare rett og rimelig, ettersom endringsarbeidet utelukkende skyldes at byggherren har ombestemt seg, jf. avgrensningen i pkt. 1.1.2. Hvor byggherrens endringskompetanse overskrides, vil entreprenøren oftest bruke dette som begrunnelse for å frigjøre seg fra enhetsprisene for å stå fritt til å forhandle om pris. Dette er også rimelig, da endringer

utover byggherrens endringskompetanse, som i utgangspunktet er svært vid, vil kunne forrykke entreprenørens grunnlag for beregning av pris og fremdrift. Videre bør det være opp til entreprenøren hvorvidt han vil påta seg slikt omfattende merarbeid, og til hvilken pris.

Objektive, absolutte regler er en fordel, ettersom slike regler skaper klarhet og forutberegnlighet. Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak. Grensene for byggherrens materielle endringskompetanse trekkes gjerne opp på uklart grunnlag, slik at vurderingen uansett blir skjønnsmessig. Dette skyldes i stor grad mangelfull prosjektering, samt at enkelte arbeidsoperasjoner kan være vanskelig å prise. Like fullt representerer objektive, absolutte regler noe "håndfast" i den skjønnsmessige vurderingen.

På bakgrunn av dette er jeg av den oppfatning at endringsreglene er utformet på en tilfredsstillende måte. Hvor man beveger seg på grensen for byggherrens endringskompetanse, vil det bygge på en svært skjønnsmessig vurdering hvorvidt arbeidet ligger innenfor eller utenfor endringskompetansen. Domstolene vil nok i en slik vurdering legge stor vekt på hvorvidt entreprenøren kompenseres gjennom vederlagsreglene. Resultatet vil da i stor utstrekning bli rimelig.

Endringsarbeid innebærer betydelige merutgifter for byggherren. Også samfunnsøkonomiske hensyn taler for at endringer bør unngås, i betydningen at endringer ikke bør være nødvendig for at byggherren skal få sine behov tilfredsstilt. Det er svært viktig at dette kostnadselementet tydeliggjøres hvor byggherren skal foreta prosjekteringen. Informasjon rundt dette temaet vil kunne bidra til at prosjekteringen blir grundigere, og at sparetiltak ikke iverksettes på dette stadiet av byggeprosessen. Den forestående revisjonen av NS 3450 vil muligens bidra til økt fokusering på riktig prosjektering.

Litteraturliste

Juridisk litteratur som grunnlag for avhandlingen

- Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997
- Boe, Erik. *Innføring i juss*. Oslo, 1993
- Cappelen, Hans. *Byggherren og kontraktene*. Oslo, 1994
- Gisle, Jon. *Jusleksikon*. Oslo, Oslo, 1999
- Gyldendal Rettsdata. *Norsk Lovkommentar*. 2003
- Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner*. Oslo, 1997
- Kaasen, Knut. *Kommentar til NF 92*. Oslo, 1994
- Knophs oversikt over Norges rett*. Erling Selvig ... [et al.]. 10 utg. Oslo, 1993
- Kolrud, Hans Jakob. *Kommentar til NS 3430*. Oslo, 1992
- Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. 2.utg. Oslo, 1991
- Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. Oslo, 2001
- Lilleholt, Kåre. *Temahefte: Bustadoppføringslova – ei kort innføring*. Oslo, 1998
- Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966
- Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo, 1977
- Selvig, Erling. *Kontraktsrett til studiebruk Hefte 1*. Erling Selvig, Viggo Hagstrøm. Oslo, 1997

Tidsskrifter og artikler som grunnlag for avhandlingen

- Helge Morten Svarva og Viggo Hagstrøm. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. (1999), side 814-830

Domsregister til avhandlingen

- Rt 1972.449 "Terrassehusdommen" / entreprenørens arbeidsplikt som følge av byggherrens pretensjon om mangel
- Rt 1999.878 Krav om forseringstillegg

Forarbeider anvendt som grunnlag for avhandlingen

NOU 1992:9 *Forbrukarentrepriselov*

Ot.prp. nr. 21 (1996-97) *Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)*

Lover som er særlig anvendt i avhandlingen

1985 Lov om plan og bygningsvesen (*plan- og bygningsloven*) av 14. juni nr. 77

1989 Lov om håndverkertjenester (*håndverkertjenesteloven*) av 16. juni nr. 63

1992 Lov om avhending av fast eiendom (*avhendingslova*) av 3. juli nr. 93

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

2002 Lov om forbrukerkjøp (*forbrukerkjøpsloven*) av 21. juni nr. 34