

UiO • Det juridiske fakultet

Plunder og heft

Entreprenørens krav på vederlagsjustering

Kandidatnummer: 711

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 16658



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens bakgrunn og tema	1
1.2	Rettskildebildet.....	2
1.3	Den videre fremstilling.....	4
2	PLUNDER- OG HEFTKRAVS RETTSLIGE SAMMENHENG	5
2.1	Innledning.....	5
2.2	Risikobegreper i entrepriseretten.....	5
2.3	Risikovirkninger	6
2.3.1	Innledning	6
2.3.2	Tilleggsvederlag og fristforlengelse.....	6
2.4	Fordelingen av risiko mellom byggherren og entreprenøren	10
2.4.1	Innledning	10
2.4.2	Entrepriseformer	11
2.4.3	Organisering av entrepriser	12
2.4.4	Prisformat.....	15
3	NÆRMERE OM REGULERINGEN AV PLUNDER- OG HEFTKRAV I NS 8405 18	
3.1	Kontraktens ordlyd	18
3.2	Nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid	19
3.3	Økte utgifter.....	20
3.4	Nærmere om forhold som kan gi grunnlag for plunder- og heftkrav	22
3.4.1	Betydningen av forskjellig grunnlag for plunder- og heftkrav	25
3.5	Årsakssammenheng.....	27
3.6	Terskel for å kreve vederlagsjustering ved plunder og heft	29
4	BEREGNING AV VEDERLAGSJUSTERING	34
4.1	Innledning.....	34
4.2	Vederlagsjustering etter kontraktens beregningsregler	34
4.2.1	Enhetspriser.....	34
4.2.2	Justerte enhetspriser	35

4.2.3	Regningsarbeid.....	36
4.3	Vederlagsjustering hvor kontraktens beregningsregler ikke er anvendelige.....	37
4.3.1	Beregningsmetoder	37
5	FORHOLDET MELLOM PLUNDER OG HEFT OG FORSERING	46
5.1	Innledning.....	46
5.2	Plunder og heft som virkning av forsering	47
5.2.1	Innledning	47
5.2.2	Entreprenørens varsel og løpende oppdatering	48
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	54
7	LITTERATURLISTE	55

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens bakgrunn og tema

Bygg- og anleggsprosjekter er ofte kompliserte, både faktisk og rettslig. Det er knyttet mange usikkerhetsmomenter til gjennomføringen av slike kontrakter.¹ Entreprenøren skal ofte prestere en komplisert ytelse i nært samarbeid med byggherren selv og andre aktører. Prosjektene strekker seg også normalt over et lengre tidsrom. I tillegg er produksjonen ofte avhengig av værforholdene ettersom en stor del av arbeidene utføres utendørs. Oppstår det for eksempel en lengre periode med unormalt kaldt vær vil dette kunne påvirke entreprenørens arbeid. Et ytterligere moment er at det er vanskelig for partene å forutse og planlegge for alle de faktorene som kan spille inn i løpet av kontraktperioden.

Omstendighetene nevnt ovenfor er forhold som kan skape både faktiske og rettslige utfordringer for entreprenøren og byggherren. Sett på bakgrunn av alle usikkerhetsmomentene som kan spille inn er det heller ikke unaturlig at det *vil* oppstå problemer underveis i prosjektet. Når slike usikkerhetsmomenter materialiserer seg får dette betydning for arbeidet ved at det for eksempel fører til forsinkelse, at arbeidene forringes, eller at de blir dyrere å gjennomføre.²

Temaet for oppgaven er ”plunder og heft”. Begrepet brukes gjerne som en felles betegnelse på konsekvensen av ulike forhold som virker forstyrrende på entreprenørens produksjon. Det er ofte tale om mindre forhold som ikke nødvendigvis i seg selv medfører store forstyrrelser, men når de virker sammen kan de få store kumulative og eskalerende effekter.³ Det er derfor den samlede virkningen av mindre forstyrrelser som gjerne kan føre til plunder og heft for entreprenøren. Virkningen av dette er gjerne at entreprenørens produktivitet synker, det produseres mindre enn entreprenørens ressursbruk tilsier. Arbeidene blir derfor mer ressurskrevende for entreprenøren å gjennomføre.

¹ Se Sandvik (1966) s. 85 flg. og Hagstrøm (1997) s. 11 flg.

² Sandvik (1966) s. 319.

³ Helland (2010) s. 247.

Når arbeidene blir påvirket av plunder og heft blir det derfor ofte et spørsmål om hvilken betydning dette får for entreprenørens vederlag. Det blir derfor et spørsmål om plunder og heft kan lede til et ”plunder- og heftkrav”.⁴

Denne oppgaven tar sikte på å gi en fremstilling av ”plunder og heft” sett i lys av hvordan dette er regulert i den viktigste standardkontrakten for utførelsesentreprise, NS 8405. Videre vil jeg se nærmere på spørsmål om utmåling av ”plunder- og heftkrav” og på forholdet mellom forsering og ”plunder- og heft” knyttet til varslingsreglene.

1.2 Rettskildebildet

Rettskildebildet i entrepriseretten kjennetegnes ved at rettsområdet i stor grad er ulovfestet. Det har i de senere år kommet til noe lovgivning på området gjennom håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova. Dette er lover som gjelder for avtaler hvor de ene parten er forbruker, jf. begge lovenes § 1. Utenfor forbrukerentrepriser, altså hvor begge partene er profesjonelle, reguleres rettsforholdet i utgangspunktet av avtalen.

Det har gjennom tiden, av representanter for byggherrer og entreprenører, blitt forhandlet frem og utarbeidet standardkontrakter som gjerne benyttes i slike kontraktsforhold. Dette betegnes som ”agreed documents” ettersom det dreier seg om avtalte standardvilkår mellom partene, og ikke standardvilkår fastsatt kun av den ene parten.⁵ Siste utgave av den viktigste standardkontrakten for utførelsesentreprise er den reviderte utgaven av NS 8405 som kom i 2008. NS 8405 er en standardkontrakt for utførelsesentrepriser hvor det vesentligste av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren.

Når innholdet av kontrakten skal fastlegges benyttes alminnelige avtalerettslige tolknings- og utfyllingsregler. Som følge av at dette er tale om fremforhandlede standardkontrakter av partenes representanter, at kontraktene innebærer et kompromiss mellom ulike interesser, og at kontraktene skal anvendes på mange ulike forhold, er det ved tolkingen av disse sjelden grunnlag for å legge kontraktpartenes subjektive oppfatning av kontraktens bestemmelser til

⁴ Helland (2010) s. 248.

⁵ Kaasen (2006) s. 19.

grunn.⁶ Derfor må det ”objektive tolkningsprinsipp” normalt benyttes ved tolkningen av standardkontrakter.⁷

Den objektive forståelsen av kontraktens ordlyd har stor vekt ved tolkningen av avtaler mellom profesjonelle parter. Dette gjelder særlig ved tolkningen av standardkontrakter som er et resultat av forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.⁸ Det finnes ikke offisielle forarbeider til standardkontraktene slik som ved lovgivning, og dette er derfor sjelden en tolkningsfaktor.⁹ Andre relevante tolkningsfaktorer kan eksempelvis være bestemmelsens formål og reelle hensyn.¹⁰ Entrepriseretten er en spesiell del av kontraktsretten, slik at alminnelige kontraktsrettslige regler og prinsipper kan få betydning ved utfylling av standardkontraktene hvor løsningen ikke følger av denne.¹¹

Det har tidligere vært begrenset tilfang av rettspraksis innefor entrepriseretten.¹² Deler av forklaringen på dette ligger antakeligvis i at frem til vedtakelsen NS 3430 var det inntatt voldgiftsklausuler standardkontraktene, og at voldgiftspraksisen var ikke offentlig tilgjengelig.¹³ Med innføringen av NS 3430 ble det innført en mellomløsning som gikk ut på at tvister hvor kravet var på under 100 G skulle behandles av de ordinære domstoler, mens tvister hvor kravet var lik eller oversteg 100 G skulle løses gjennom voldgift.¹⁴ Voldgiftsavgjørelser har generelt en begrenset rettskildemessig vekt. I den senere tid har omfanget av rettspraksis innefor entrepriseretten økt. Høyesterett har behandlet flere saker, men det er underrettspraksis som utgjør mesteparten av de foreliggende på avgjørelser på området.¹⁵ Også underrettspraksis har generelt begrenset rettskildemessig vekt, men kan ha en argumentasjonsverdi hvor rettens

⁶ Nordtvedt (2013) s. 24.

⁷ Woxholth (2006) s. 402 og Nordtvedt (2013) s. 24.

⁸ Se Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) avnsitt 59.

⁹ Hagstrøm (1997) s. 15.

¹⁰ Se Rt. 2010 s. 961 avnsitt 44.

¹¹ Nordtvedt (2013) s. 25.

¹² Hagstrøm (1997) s. 14.

¹³ Nordtvedt (2013) s. 25.

¹⁴ Marthinussen (2010) s. 52. Se NS 8405 punkt 43.3

¹⁵ Nordtvedt (2013) s. 25.

argumentasjon for løsningen er overbevisende.¹⁶ På rettsområder hvor det ikke foreligger avklaringer gjennom avgjørelser fra Høyesterett, kan imidlertid underrettspraksis få noe større betydning enn ellers.

Innenfor entrepriserettslige temaer har det etter hvert blitt skrevet en del juridisk litteratur. Juridisk litteratur har generelt liten rettskildemessig vekt, men som følge av mangel på andre tungtveiende rettskilder i entrepriseretten har juridisk teori fått en noe større betydning enn på andre rettsområder.¹⁷

Standardkontrakter på beslektede områder som har liknende eller sammenliknbar regulering med entreprisekontrakter kan ha en viss overføringsverdi.¹⁸ Dette gjelder for eksempel petroleumskontraktene NF 07 og NTK 07. Videre kan også utenlandske standardkontrakter være relevante ved tolkningen av norske standardkontrakter, for eksempel den svenske standarden for utførelsesentreprise AB 04 og den danske standard for utførelsesentreprise AB 92.¹⁹

1.3 Den videre fremstilling

Oppgaven er delt i 4 hoveddeler. For å plassere plunder og heft i sin rettslig kontekst drøftes under punkt 2 begrepet ”risiko” og hvilke rettslige virkninger materialisering av risiko ofte får. Videre redegjøres det for hvordan risiko fordeles mellom byggherren og entreprenøren. Underveis vil jeg kommentere hvordan den nærmere fordeling av risiko får betydning for problemstillinger knyttet til plunder og heft. I punkt 3 drøftes den nærmere regulering av plunder- og heftkrav i NS 8405. I punkt 4 drøftes reglene om vederlagsjustering og i punkt 5 drøftes problemstillinger knyttet til varsling av forseringsvederlag og plunder- og heftkrav.

¹⁶ Andenæs (1997) s. 44.

¹⁷ Hagstrøm (1997) s. 15.

¹⁸ Nordtvedt (2013) s. 26.

¹⁹ Nordtvedt (2013) s. 27.

2 PLUNDER- OG HEFTKRAVS RETTSLIGE SAMMENHENG

2.1 Innledning

Når usikkerhetsmomentene nevnt ovenfor materialiserer seg, må virkningene dette har på entreprenørens arbeider på en eller annen måte håndteres rettslig. Begrepet ”risiko” er sentralt i den forbindelse. Det er et viktig formål med entreprisekontrakter å fordele risiko mellom byggherren og entreprenøren for oppfylleleshindringer. Plasseringen av ”risiko” er avgjørende for hvem av partene som må bære konsekvensene når risikofaktorene materialiserer seg.

2.2 Risikobegreper i entrepriseretten

I den alminnelige kontraktsretten benyttes begrepet ”risiko” i flere betydninger.²⁰ I entrepriseretten benyttes det for eksempel i betydning av ”vederlagsrisikoen”, ”beskadigelsesrisikoen” eller ”ytelsesrisikoen”.

Risiko benyttes oftest i betydningen ”vederlagsrisikoen”. I denne betydningen brukes begrepet for å angi om en oppfyllelessvikt fra den ene parts side får betydning for den annen parts plikt til å prestere sin motytelse.²¹ Det beror på hvem av partene som har risikoen oppfylleleshindringen. Har en part risikoen for et forhold som hindrer den annen part i å oppfylle, medfører det at han må svare fullt vederlag, selv om han ikke mottar en kontraktsmessig ytelse. Han har altså vederlagsrisikoen. At en part har risikoen for oppfylleleshindringen, innebærer normalt også at motparten ikke kommer i mislighold.²² Dersom eksempelvis byggherren har risikoen for de forhold som er årsak til entreprenørens oppfyllelessvikt må han for det første prestere fullt vederlag, og for det andre kan han ikke gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser mot entreprenøren.

²⁰ Hagstrøm (2011) s. 40.

²¹ Sandvik (1966) s. 101.

²² Sandvik (1966) s. 101.

Vederlagsrisiko kan også formuleres som et spørsmål om hvilke hindringer entreprenøren må overvinne for å ha krav på det avtalte vederlag.²³ Entreprisekontrakter innebærer som regel en resultatforpliktelse for entreprenøren. Han har derfor i utgangspunktet først krav på fullt vederlag når det avtalte resultat er oppnådd. Entreprenøren må dermed overvinne oppfylleleshindringer han selv har risikoen for å ha krav på det avtalte vederlag. Dette gjelder selv om det medfører høyere kostnader enn han hadde kalkulert med på forhånd. Overvinner han ikke hindringen, med den følge at han ikke presterer kontraktsmessig, må han tåle bortfall eller avkorting av det avtalte vederlag.²⁴

2.3 Risikovirkninger

2.3.1 Innledning

Risikoen for oppfylleleshindringer må ses i lys av at de oppfylleleshindringer som kan gripe forstyrrende inn i byggeprosessen sjelden er av en slik karakter at de umuliggjør ferdigstillelse av arbeidene.²⁵ Selv om de hindringer som oppstår medfører økte kostnader vil byggherren som regel være interessert i at arbeidene likevel ferdigstilles, et halvferdig bygg her han sjelden interessert i.²⁶ Det er derfor normalt en naturlig forståelse av entreprisekontrakten at det avtalte arbeidet skal fullføres selv om det inntreffer oppfylleleshindringer som partene ikke har forutsatt ved kontraktsinngåelsen.²⁷

Hvor entreprenøren skal overvinne uforutsette hindringer medfører dette ofte at han får økte kostnader og blir forsinket i sine arbeider. De rettslig problemstillingene i slike tilfeller blir derfor gjerne spørsmål om entreprenøren har krav på tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse.

2.3.2 Tilleggsvederlag og fristforlengelse

Dersom entreprenørens kostnader øker som følge av oppfylleleshindringer eller forstyrrelser som byggherren har risikoen for, har entreprenøren normalt krav på å få dekket disse kostna-

²³ Sandvik (1966) s. 156.

²⁴ Sandvik (1966) s. 107.

²⁵ Sandvik (1966) s. 106.

²⁶ Sandvik (1966) s. 106.

²⁷ Sandvik (1966) s. 106.

dene gjennom et tilleggsvederlag. I NS 8405 skjer dette gjennom en vederlagsjustering, og reguleres av kontraktens punkt 25.

Dersom entreprenøren blir forsinket er han kontraktsrettslig i mislighold. I entreprisekontrakter er den primære misligholdsbeføyelsen ved forsinkelse dagmulkt. I NS 8405 reguleres dette av kontraktens punkt 34. Dersom forsinkelsen skyldes forhold byggherren har risikoen får imidlertid entreprenøren et krav på fristforlengelse som tilsvarer forsinkelsen. Dette reguleres av kontraktens punkt 24. Selv om entreprenøren rent faktisk er forsinket i arbeidene, anses han ikke som forsinket rettslig sett når han har krav på fristforlengelse. Han unngår således at det påløper dagmulkt.

Når det gjelder hva som gir entreprenøren krav på fristforlengelse og vederlagsjustering viser punkt 24.1 og 25.2 til tre ulike grunnlag. Etter bestemmelsen kan for det første ”endringer” utgjøre et for fristforlengelse og vederlagsjustering. Det er et særtrekk ved entreprisekontrakter er at byggherren innenfor visse rammer har en rett til å pålegge entreprenøren å utføre endringsarbeider. Dette har blant annet en sammenheng med at byggherrens behov kan endre seg i løpet av kontraktperioden. En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til, eller isteden for det opprinnelig avtalte, eller at avtalte ytelser skal utgå. Videre kan også en endring gå ut på at den avtalte ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres. Reglene om endringsarbeider følger av kontraktens punkt 22.

Byggherren skal ofte prestere flere ytelser gjennom kontraktstiden som har betydning for entreprenørens arbeider. Hvilke ytelsesplikter byggherren har følger av den enkelte avtale og kan derfor variere. Etter punkt 24.1 og 25.2 har entreprenøren krav på vederlagsjustering og fristforlengelse dersom det foreligger ”forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annet medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20...” Bestemmelsene som det vises til gjelder de ytelser og medvirkning byggherren skal prestere etter kontrakten, samt den nærmere regulering for når byggherren skal levere sine ytelser, og når han skal medvirke.

Bestemmelsene viser også til ”andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for”. At punktene er delt opp slik er i praksis uten betydning, de oppsummer ethvert forhold som byggherren har risikoen for.²⁸

Når entreprenøren har krav på vederlagsjustering som følge av forhold byggherren har risikoen for, for eksempel endringsarbeider, skal vederlagsjusteringen i utgangspunktet dekke de økonomiske virkningene dette medfører. Det er likevel ikke alltid tilfellet. Dersom entreprenøren eksempelvis må utføre endringsarbeider på et begrenset areal, kan dette resultere i at produktiviteten til hver arbeider blir mindre enn kalkulert med fordi de ”går i veien” for hverandre.²⁹ Hvor byggherrens leveranser svikter eller er forsinket, kan det for eksempel medføre økt ventetid, omlegging av arbeidsoperasjoner eller at arbeidene blir flyttet til ugunstige årstider.³⁰ Dersom entreprenøren ikke får kompensert disse ekstra kostnadene gjennom det opprinnelige vederlaget kan dette utgjøre grunnlag for et plunder- og heftkrav. Bestemmelsen som særskilt regulerer plunder- og heftkrav følger av NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b).³¹ Bestemmelsen er en varslingsregel, og den viser tilbake på punkt 25.2 angående hvilke forhold som kan utgjøre grunnlag for slike krav. Entreprenørens krav på kompensasjon for plunder og heft er med andre ord plassert i kontraktens regler om vederlagsjustering og er derfor del av disse. Dette innebærer blant annet at det er de samme forholdene som gir entreprenøren krav på vederlagsjustering som kan være et grunnlag for plunder- og heftkrav. Det vil si alle forhold byggherren etter kontrakten har risikoen for, jf. punkt 25.2.³²

2.3.2.1 Forsering

Det er en sammenheng mellom vederlagsjustering og fristforlengelse gjennom reglene om forsering. Dersom entreprenøren har krav på fristforlengelse som følge av forhold byggherren har risikoen for, kan han pålegge entreprenøren å forserer arbeidene. I NS 8405 reguleres spørsmål om forsering av punkt 22.2 og 24.8. Det følger av punkt 22.2 at dersom entreprenøren har krav på fristforlengelse, kan byggherren innenfor visse rammer pålegge entreprenøren likevel

²⁸ Marthinussen (2010) s. 371.

²⁹ Marthinussen (2010) s. 383.

³⁰ Marthinussen (2010) s. 383.

³¹ Se punkt 3 om bestemmelsen.

³² Se punkt 3.4.

helt eller delvis å nå de dagmulktbelagte tidsfrister. Dette må etter bestemmelsen gjøres gjennom en endringsordre. En forsering vil normalt fordyre arbeidet.³³ Dette har entreprenøren krav på vederlagsjustering for, jf punkt. 25.2 bokstav a). I en slik situasjon får altså byggherren en mulighet til å velge mellom tid og penger. Han kan gi entreprenøren forlenget byggetid, eller han kan betale ekstra vederlag for å nå de opprinnelige frister.

Situasjonen kan også være at entreprenøren har et berettiget krav på fristforlengelse, men at byggherren avslår dette. Da står entreprenøren i en vanskelig situasjon. Han kan velge å la arbeidene bli forsinket eller han kan velge å forsere på egen regning. Når partene er uenige om entreprenørens krav på fristforlengelse kan nok entreprenøren oppleve det som risikabelt å stole på at han har rett, og dermed unnlate å gjøre noe med forsinkelsen. Tar han feil i sin vurdering kommer han i forsinkelsesansvar og må svare dagmulkt for dette.³⁴ Tilfellet reguleres i NS 8405 punkt 24.8. Det følger av bestemmelsen at dersom byggherren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan entreprenøren velge å anse avslaget som et pålegg om forsering. Dette kalles gjerne for ”entreprenørvalgt” eller ”defensiv” forsering. Entreprenøren gis innenfor visse rammer en rett, men ingen plikt til å forsere.³⁵ Å forsere arbeidene i en slik situasjon kan være en god løsning for entreprenøren ved han får krav på kompensasjon for forseringsarbeidene dersom det viser seg at han hadde krav på fristforlengelse.³⁶

2.3.2.2 Risikovirkning ved forhold utenfor partenes risikosone

Som det fremgår ovenfor gir oppfylleleshindringer som ligger innenfor byggherres risikosone entreprenøren et krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag. Det blir videre et spørsmål om hvilke virkninger det får at det inntreffer hindringer som ikke kan plasseres i verken byggherrens eller entreprenørens risikosone. I NS 8405 er dette spørsmålet regulert i punkt 24.3. Bestemmelsen er utformet som en kontrollansvarsregel, og gir partene et krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres av forhold utenfor deres kontroll. Bestemmelsen gir derimot *ikke* et krav på vederlagsjustering. Økte kostnader som følge av hindringen må partene bære selv. Virkningen av slike forhold skiller seg altså fra hindringer som ligger innenfor

³³ Sandvik (1966) s. 345.

³⁴ Hagstrøm (1997) s. 64.

³⁵ Marthinussen (2010) s. 361.

³⁶ Hagstrøm (1997) s. 64.

partenes risikosoner ved de kun får betydning for byggetiden. Forhold som ligger utenfor partenes risikosoner vil derfor ikke kunne gi entreprenøren krav på vederlagsjustering for plunder og heft.

Byggherren kan imidlertid pålegge entreprenøren å forsere arbeidene for å unngå forsinkelsene av slike forhold. Forsering kan føre til plunder og heft og dette kan derfor lede til et plunder- og heftkrav for entreprenøren.³⁷ I et slikt tilfelle er det ikke den opprinnelige hindringen som er grunnlaget for kravet plunder- og heftkravet, men selve forseringen.

2.4 Fordelingen av risiko mellom byggherren og entreprenøren

2.4.1 Innledning

Som det fremgår ovenfor beror entreprenørens krav på vederlagsjustering og fristforlengelse på hvem av partene som har risikoen for oppfylleleshindringen. Risikoen for oppfylleleshindringer blir fordelt mellom partene gjennom kontrakten. Det er et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten at risikoen følger funksjonsfordelingen.³⁸ Prinsippet innebærer at partene har risikoen for sine egne ytelser. Fordi risikoen følger funksjonsfordelingen har valg av entreprisform og organisering av entreprisprosjekter stor betydning for fordelingen av risiko mellom byggherren og entreprenøren. I dag finnes entreprisene i to hovedformer, utførelsesentrepriser og totalentrepriser, og det er flere måter å organisere entreprisprosjekter på. Det må imidlertid bemerkes at hvilke funksjoner partene har kan variere uavhengig av entreprisform eller organisering. Den nærmere fastleggelsen av risikodelingen må derfor bero på en konkret tolkning av den enkelte kontrakt.

I entreprisene kan det avtales ulike måter å fastsette entreprenørens vederlag på. Det finnes to hovedprinsipper for vederlagsberegningen, regningsarbeid og ulike former for fastprisformater.³⁹ I praksis vil ofte en entrepris kontrakt bestå av en kombinasjon av flere vederlagsformater ved at eksempelvis noen deler av kontrakten skal gjøres opp som regningsarbeid, mens det er en fastpris på det øvrige arbeidet.⁴⁰ Hvilket prisformat partene velger å bruke har

³⁷ Se nærmere punkt 3.4.

³⁸ Hagstrøm (1997) s. 16.

³⁹ Barbo (1997) s. 53.

⁴⁰ Barbo (1997) s. 54.

betydning for hvem av partene om har risikoen for produktiviteten. Som nevnt innledningsvis påvirker plunder og heft gjerne entreprenørens produktivitet. Kontraktens prisformat har derfor betydning for problemstillinger knyttet til plunder- og heftkrav.

På denne bakgrunn vil jeg i det følgende redegjøre for entreprisformer, organisering av entrepriser og vederlagsformater.

2.4.2 Entreprisformer

Utførelsesentrepriser kjennetegnes ved at byggherren står for prosjekteringen mens entreprenøren skal utføre selve byggearbeidene. I NS 8405 kommer byggherrens prosjekteringsfunksjon til uttrykk i kontraktens punkt 19.2. Byggherren vil i utførelsesentreprisekontrakter ofte selv engasjere den nødvendige kompetanse, slik som arkitekter og konsulenter, for å tegne og prosjektere det som skal bygges av entreprenøren.⁴¹ Normalt vil ikke prosjekteringen være ferdigstilt ved byggestart. Byggherren må derfor sørge for at dette blir levert under arbeidets gang, slik at entreprenøren får tegninger og beskrivelser som er nødvendig for å kunne utføre arbeidet. Prosjektering og utførelse av arbeidene vil ofte foregå parallelt gjennom det meste av kontraktstiden. Entreprenøren er avhengig av at byggherren leverer prosjekteringsmateriale til riktig tid, og det er derfor fastsatt nærmere regler om når byggherren skal levere dette i punkt 20. Som følge av at risikoen følger funksjonsfordelingen har byggherren risikoen for svikt i prosjekteringen. Entreprenørens risikosone knytter seg til selve byggearbeidene.

Totalentreprise skiller seg fra utførelsesentreprise ved at entreprenøren både skal prosjektere og utføre arbeidet. NS 8407 er standardkontrakten for totalentreprise hvor entreprenøren påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av arbeidet. Entreprenørens prosjekteringsforpliktelse kommer til uttrykk i NS 8407 punkt 16.1 Entreprenøren har flere funksjoner i totalentrepriser enn i utførelsesentrepriser, og fordi risikoen følger funksjonsfordelingen utvides derfor entreprenørens risikosone tilsvarende. Dersom bygget for eksempel er mangelfullt, er det uten betydning om mangelen har sin årsak i svikt i prosjekteringen eller dårlig utført arbeid. Det er uansett entreprenøren som bærer risikoen for dette. Entreprenøren har imidlertid ikke risikoen for såkalte ”utviklingsfeil”. Dersom entreprenøren benytter byg-

⁴¹ Hagstrøm (1997) s. 17.

gemetoder eller materialer som var alminnelig akseptert på byggetidspunktet, men som senere viser seg å ikke være holdbare, har ikke entreprenøren risikoen for dette.⁴²

Ettersom byggherren har færre funksjoner i totalentreprisekontrakter får dette betydning når det gjelder plunder- og heftkrav. Færre funksjoner innebærer at det er færre forhold byggherren har risikoen for, og som kan utgjøre et grunnlag for plunder- og heftkrav. Dette tilsier at plunder- og heftproblematikken sjeldnere vil komme på spissen med denne entreprisformen sammenliknet med utførelsesentrepriser.

Som nevnt er utførelsesentreprise og totalentreprise to hovedformer av entreprisekontrakter. Det forekommer imidlertid også mellomformer. Et eksempel på dette er hvor entreprenøren i en utførelsesentreprise skal utføre prosjekteringen for enkelte deler av kontraktsarbeidene.⁴³ Dette tar også NS 8405 høyde for gjennom bestemmelsen i punkt 13. Det følger av bestemmelsens første ledd at dersom beskrivelsen eller andre kontraktsdokumenter fastsetter at entreprenøren skal oppnå et bestemt funksjonskrav for enkelte deler av kontrakten, skal entreprenøren sørge for den nødvendige prosjekteringen av dette. Entreprenøren kan også ha prosjekteringsoppgaver utover dette, men det må være avtalt, jf. punkt 13.1 annet ledd. Dette får også betydning for risikofordelingen mellom byggherren og entreprenøren. Det følger av punkt 13.1 tredje ledd at entreprenøren blant annet får ansvar for alle tilleggskostnader som følge av feil og uoverensstemmelser i sin prosjektering. I totalentreprisekontrakter kan byggherren ha prosjekteringsoppgaver, og dette er fortutsatt i NS 8407 punkt 24.1 Det følger av bestemmelsen at byggherren har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som fremgår av kontraktsdokumenter han har utarbeidet, eller som byggherren etter kontraktsinngåelsen pålegger entreprenøren å følge.

2.4.3 Organisering av entrepriser

2.4.3.1 Underentreprise

Entreprenøren kan ha behov for at andre entreprenører utfører deler av hans kontraktsforpliktelse som følger av avtalen med byggherren.⁴⁴ Dette kan for eksempel skyldes at han selv ikke

⁴² Hagstrøm (1997) s. 17.

⁴³ Marthinussen (2010) s. 47.

⁴⁴ Hagstrøm (1997) s. 18.

har den nødvendige kompetanse til å utføre visse deler av arbeidene. I et slikt tilfelle vil hovedentreprenøren typisk inngå avtaler med andre entreprenører, slik at disse blir hans underentreprenører. I forholdet mellom byggherren og entreprenøren har sistnevnte risikoen for underleverandørenes ytelser som de var hans egne.⁴⁵ I NS 8405 kommer dette til uttrykk i punkt 15.1 første ledd hvor det fremgår at entreprenørens kontraktsansvar overfor byggherren ikke endres dersom han velger å benytte seg av underentreprenører. Selv om flere funksjoner skal utføres av andre, endrer dette med andre ord ikke den grunnleggende risikodelingen mellom byggherren og entreprenøren. I forbindelse med et plunder- og heftkrav kan derfor entreprenøren ikke kreve kompensasjon for plunder og heft som skyldes en underentreprenør, dette har han risikoen for selv.

2.4.3.2 Sideentreprise

Bruk av sideordnede entreprenører innebærer at byggherren inngår kontrakter med flere entreprenører som skal utføre ulike deler av arbeidene. I NS 8405 punkt 2.9 defineres en sideentreprenør som ”entreprenører som i samme prosjekt har selvstendige kontrakter med byggherren om utførelse av bygg eller anleggsarbeider”. At entreprenørene har selvstendige kontrakter med byggherren medfører at entreprenørene blir ”sideordnet” hverandre, det består ikke noe kontraktsforhold mellom dem. Det innebærer også at i forholdet mellom byggherren og den enkelte entreprenør har byggherren risikoen for de hindringer som er forårsaket av svikt i de sideordnede entreprenørenes ytelser.⁴⁶ Byggherrens risikosone blir derfor i forholdet til den enkelte entreprenør utvidet til også å gjelde forhold som kan tilbakeføres til sideordnede entreprenører. Den enkelte entreprenørs risikosone blir derimot ikke endret, entreprenøren har kun risikoen for sine egne ytelser. Et utslag av dette ser man i kontraktens punkt 19.3 hvor det følger av første ledd at byggherren har en plikt til å stille det fysiske arbeidsgrunnlaget til rådighet for entreprenøren, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget. Det følger videre av annet ledd at byggherren har risikoen for at det fysiske arbeidsgrunnlaget er slik entreprenøren har grunn til å forvente. Denne måten å organisere prosjektene på innebærer at byggherren har risikoen for den plunder og heft som er forårsaket av sideentreprenørene. Selv om det ikke foreligger noe kontraktsforhold mellom de sideordnende entreprenørene er de likevel avhengige av et visst samarbeid. Det følger derfor av kontraktens punkt 18.3 at entreprenøren har en

⁴⁵ Se Rt. 1986 s. 1386 (Block Watne) og Hagstrøm (1997) s. 18.

⁴⁶ Sandvik (1966) s. 241.

plikt til å samordne sin fremdrift med sideentreprenører, prosjekterende og øvrige aktører i prosjektet.

2.4.3.3 Administrerende sideentreprenør

I prosjekter med flere sideordnede entreprenører er det i henhold til det som fremkommer ovenfor i utgangspunktet byggherren som har ansvaret for å koordinere dem. Byggherren kan imidlertid ønske at en av entreprenørene skal sørge for administreringen.⁴⁷ I NS 8405 reguleres dette av punkt 16.3. Etter bestemmelsen har byggherren mulighet til å pålegge entreprenøren å utføre administrering eller å bli administrert. Dette krever imidlertid hjemmel i kontrakten eller en egen avtale. At entreprenøren overtar administreringen innebærer blant annet at entreprenøren skal utarbeide en samlet fremdriftsplan for sine egne og administrerte sideentreprenørers arbeid, føre kontroll med at fremdriftsplanen holdes, og varsle byggherren dersom en administrert sideentreprenørs forhold truer med å forsinke fremdriften. Entreprenøren har krav på et sedvanlig påslag etter punkt 16.4 dersom partene ikke har avtalt et særskilt vederlag for administreringsarbeidet.

En slik organisering innebærer ikke at entreprenøren overtar risikoen for de administrerte sideentreprenørene.⁴⁸ Oppfylleleshindringer som skyldes svikt i sideordnede entreprenørers ytelser er fortsatt byggherrens risiko. Dette følger av punkt 16.3 siste ledd ved at administrerende entreprenør fortsatt kan kreve fristforlengelse og tilleggsvederlag for oppfylleleshindringer som har sin årsak i forhold hos den administrerte sideentreprenør. I forholdet mellom byggherren og den enkelte entreprenør har byggherren således fortsatt risikoen for den plunder og heft som skyldes de øvrige entreprenørene.

2.4.3.4 Tiltransport av sideentrepriser

Et prosjekt kan også organiseres slik at byggherren inngår kontrakter med flere sideordnede entreprenører for så å ”tiltransportere” en eller flere entrepriser til en entreprenør. Denne situasjonen reguleres i NS 8405 av punkt 16.1. Byggherren kan etter kontrakten både transportere sideentrepriser til entreprenøren, eller transportere entreprenøren til en sideentreprenør. Dette

⁴⁷ Hagstrøm (1997) s. 19.

⁴⁸ Hagstrøm (1997) s. 19.

må imidlertid særskilt avtales dersom det ikke følger av den opprinnelige kontrakten. Det følger videre av punkt 16.1 sjette ledd siste punktum at tiltransport innebærer at den tiltransporterte entreprenøren blir underentreprenør for den entreprenøren som får tiltransporten. Dermed skjer det en overføring av risiko. I forholdet til byggherren utvides entreprenørens risikosone til også å omfatte oppfylleleshindringer som skyldes forhold hos den tiltransporterte entreprenør. Motsatt reduseres byggherrens risikosone tilsvarende. Tiltransport av sideentreprenører skiller seg derfor fra en organisering med en administrerende entreprenør, ved at også risikoen overføres. Gjennom tiltransporten overføres således også risikoen for plunder og heft, slik at entreprenøren ikke kan kreve kompensasjon av byggherren for de hindringer som er forårsaket av den tiltransporterte entreprenøren.

Overføringen av risiko omfatter imidlertid i utgangspunktet ikke risikoen for oppfylleleshindringer som skyldes den tiltransporterte entreprenørens insolvens eller andre alvorlige økonomiske problemer, jf. punkt 16.2. Når risikoen overføres må entreprenøren kompenseres økonomisk for dette. Derfor har entreprenøren som får tiltransportert sideentreprenører etter punkt 16.4 et krav på et sedvanlig påslag dersom annet ikke er avtalt.

2.4.4 Prisformat

2.4.4.1 Regningsarbeid

I kontrakter basert på regningsarbeid blir entreprenørens kostnader avgjørende for det vederlag han kan kreve.⁴⁹ I NS 8405 reguleres beregningen av regningsarbeider av punkt 31.1. Det følger av bestemmelsen at vederlagskravet består av to komponenter. Den ene delen av vederlaget utgjøres av entreprenørens nødvendige kostnader for det arbeidet han har utført. Dette gjelder både lønns- og materialkostnader. Den andre komponenten består av et avtalt eller et sedvanlig påslag. Påslaget skal sørge for at entreprenøren får dekket sine indirekte kostnader, fortjeneste og risiko.

Ved regningsarbeider har byggherren i utgangspunktet risikoen for arbeidenes omfang og oppfylleleshindringer som kan inntreffe.⁵⁰ Dersom det oppstår hindringer eller forstyrrelser

⁴⁹ Sandvik (1966) s. 164.

⁵⁰ Barbo (1997) s. 54.

på arbeidet og dette medfører økte kostnader for entreprenøren, får han dekket disse ettersom hans vederlagskrav er knyttet til faktisk påløpte kostnader for utført arbeid. Byggherren har altså i utgangspunktet risikoen for produktiviteten.⁵¹ Plunder- og heftkrav som har sin årsak i byggherreforhold blir derfor sjeldnere en aktuell problemstilling i kontrakter basert på dette prisformatet alene.

Entreprenøren har imidlertid bare krav på å få dekket sine ”nødvendige” kostnader med å utføre arbeidet, og det følger av punkt 31.1 annet ledd at regningsarbeidene skal drives ”rasjont og forsvarlig”. Entreprenøren har derfor selv risikoen for de kostnader som kan tilskrives at han har utført arbeidene på en urasjonell måte.

2.4.4.2 Fastprisformater

Når det gjelder fastpriskontrakter har vi to hovedtyper, såkalt fastsumkontrakter og enhetspriskontrakter.⁵² En fastsumkontrakt innebærer at det avtales et vederlag som omfatter alt det arbeid som skal utføres av entreprenøren.⁵³ Med et slikt vederlagsformat får derfor entreprenøren risikoen for at det opprinnelig avtalte vederlaget er tilstrekkelig til å dekke de kostnadene han pådrar seg ved å utføre arbeidet, samt at han oppnår en fortjeneste.

I enhetspriskontrakter beregnes vederlaget ut fra gitte mengdeenheter i kontrakten.⁵⁴ Et eksempel på dette er at kontrakten inneholder en enhetspris per ferdig montert vindu. Enhetsprisen skal dekke entreprenørens kostnader for materialer og arbeid, samt gi fortjeneste. I en enhetspriskontrakt vil entreprenørens vederlag beregnes ut fra faktisk medgåtte enheter. I eksempelet med enhetspris per ferdig montert vindu, vil entreprenørens vederlag beregnes ut fra antall vinduer som faktisk monteres i bygget. Med dette prisformatet deles risikoen mellom byggherren og entreprenøren. Byggherren har mengderisikoen, mens entreprenøren har risikoen for at enhetsprisen dekker hans kostnader og gir fortjeneste når han utfører arbeidet enhetsprisen gjelder.⁵⁵ At byggherren har mengderisikoen betyr at han har risikoen for hvor

⁵¹ Pettersson (2010) s. 349.

⁵² Sandvik (1966) s. 165.

⁵³ Barbo (1997) s. 54.

⁵⁴ Sandvik (1966) s. 165.

⁵⁵ Barbo (1997) s. 54.

mange enheter som kreves for å utføre arbeidet kontraktmessig.⁵⁶ Viser det seg at det går med en større mengde enn forutsatt, må byggherren betale for dette.

I kontrakter basert på fastprisformater har entreprenøren med andre ord produktivetsrisikoen.⁵⁷ Dersom entreprenørens arbeider blir forstyrret av plunder og heft slik at produktiviteten blir lavere enn forutsatt, medfører dette økte kostnader for entreprenøren som ikke blir dekket gjennom kontraktens opprinnelige vederlag. For eksempel kan plunder og heft medføre at entreprenøren må bruke flere timer på å montere hvert vindu, slik at enhetsprisen per ferdig montert vindu ikke dekker hans faktiske kostnader. Plunder- og heftkrav kan derfor bli en aktuell problemstilling i kontrakter basert på dette prisformatet.⁵⁸

⁵⁶ Barbo (1997) s. 54.

⁵⁷ Pettersson (2010) s. 349.

⁵⁸ Pettersson (2010) s. 349.

3 NÆRMERE OM REGULERINGEN AV PLUNDER- OG HEFTKRAV I NS 8405

3.1 Kontraktens ordlyd

Entreprenørens krav på kompensasjon for plunder og heft er i NS 8405 som nevnt en del av kontraktens regler om vederlagsjustering. Bestemmelsen står i punkt 25.3 annet ledd bokstav b og lyder:

”Når entreprenøren har krav på vederlagsjustering etter 25.2 a), b) eller c), skal han varsle byggherren særskilt dersom kravet på vederlagsjustering omfatter:

- a) (...)
- b) økte utgifter pga nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 25.2. Dette gjelder bare i den utstrekning utgiftene ikke kan avhjelpes ved andre tiltak, eller forholdene ikke er påregnelige etter kontrakten, jf. 18.3 første ledd. Bestemmelsene i 25.7, 25.8 og 31.4 får anvendelse så langt de passer.”

Entreprenørens krav på kompensasjon for plunder og heft ble for første gang uttrykkelig regulert i første utgaven av NS 8405 i punkt 24.3, og bestemmelsen ga en klar hjemmel for et slikt krav. Ved revisjonen av NS 8405 ble bestemmelsen omformulert, og gir ikke en like klar hjemmel som tidligere. Bestemmelsen er nå formulert som en varslingsregel ved at entreprenøren må varsle særskilt dersom hans krav på vederlagsjustering omfatter et krav på plunder og heft. Selv om hjemmelen for et plunder- og heftkrav blir uklar gjennom en slik formulering, forutsetter bestemmelsen i alle fall at entreprenøren kan ha et slikt krav.⁵⁹

Også før innføringen av første utgave av NS 8405 hadde entreprenøren krav på kompensasjon for plunder og heft forårsaket av byggherren. I NS 3430 var slike krav ansett for å følge av kontraktens punkt 21.1 som ga entreprenøren krav på dekning av ”merutgifter” han ble påført som følge av byggherrens forhold.⁶⁰

⁵⁹ Pettersson (2010) s. 351.

⁶⁰ Se for eksempel LE-1998-648.

3.2 Nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid

Plunder- og heftkrav er i bestemmelsen formulert som ”økte utgifter pga nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 25.2”. Dette peker på at det er ikke selve endringsarbeidet, forsinkelsen eller annet svikt som er vurderingstema, men *virkningene* dette har på entreprenørens produktivitet eller hans øvrige arbeidsoperasjoner.⁶¹

”[N]edsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid” er upresise begreper og det er heller ikke nærmere angitt i kontrakten hva som ligger i uttrykkene, men produktivitet brukes vanligvis som et uttrykk for forholdet mellom produksjon og innsats.⁶² Et eksempel på produktivitet kan være at entreprenøren kalkulerer med at en gravemaskin skal kunne ta ut et gitt antall kubikkmeter masse per time. ”[F]orstyrrelser på annet arbeid” kan for eksempel være at entreprenøren må omrokkere på sine arbeider fordi en sideordnet entreprenør er forsinket og hindrer han i å utføre sitt arbeid. Det er imidlertid ikke noe skarpt skille mellom disse begrepene. Når begrepet plunder og heft benyttes i det følgende, er det som en felles betegnelse på disse begrepene.

Når entreprenørens arbeider blir påvirket av plunder og heft er normalt konsekvensen at det må benyttes mer av de innsatsfaktorene som allerede er på prosjektet. Det må typisk brukes flere arbeidstimer, for eksempel til elektrikere, tømrere, snekkere osv. Videre vil det også ofte benyttes flere maskintimer. Administrasjonskostnader kan også øke ved at det medgår flere funksjonærtimer, slik som til anleggsledere, formenn, kontorpersonale osv. Også rigg- og driftskostnader kan øke, for eksempel fordi stillasene må stå lenger enn planlagt.

At det er entreprenørens nedsatte produktivitet som er vurderingstema innebærer at problemstillingen først og fremst er aktuell i kontrakter hvor entreprenøren har produktivitetsrisikoen. Det vil si kontrakter, eventuelt de deler av en kontrakt, som er basert på fastsum eller enhetspriser.⁶³ For å avgjøre om produktiviteten til entreprenøren er redusert må den faktisk oppnådde produktiviteten sammenliknes med den forventede produktiviteten når man tenker

⁶¹ Marthinussen (2010) s. 382.

⁶² Marthinussen (2010) s. 383 og 384.

⁶³ Se punkt 2.4.4 ovenfor.

byggherreforholdene borte.⁶⁴ Den forventende produktivitet må bygge på en forsvarlig og realistisk vurdering av de forutsetninger som kan utledes av tilbudsdokumentene.⁶⁵ Tilsvarende må også gjelde ved vurderingen av ”forstyrrelser på annet arbeid”, det faktisk gjennomførte arbeidet må sammenliknes med hva som ville vært en forventet gjennomføring uten forstyrrelser.⁶⁶

3.3 Økte utgifter

Ved at bestemmelsen kun er en varslingsbestemmelse sier den ikke noe om det nærmere innholdet av selve vederlagsjusteringen, den følger av kontraktens øvrige regler om dette. Dette kommer til uttrykk i preklusjonsregelen i bestemmelsens tredje ledd som lyder ”...taper han retten til å påberope seg påløpte utgifter som *grunnlag for krav* på vederlagsjustering.” (min utheving.) Til tross for at det er en prosessuell regel synes den etter sin ordlyd å gi uttrykk for et materielt vilkår i at ”økte utgifter” må foranledige kravet på vederlagsjusteringen. En slik forståelse synes å være lagt til grunn i teorien.⁶⁷ Dersom man legger dette til grunn blir det et spørsmål om hva som ligger i begrepet, og hvilken betydning det får for entreprenørens mulighet til å kreve vederlagsjustering for plunder- og heftkrav ettersom ”utgifter” ikke er definert i kontrakten.

I den første utgaven av NS 8405 var det som nevnt en klar hjemmel for plunder- og heftkrav i punkt 24.3. Det fulgte av bestemmelsen at dersom entreprenørens arbeider ble påvirket av plunder og heft fikk han et krav på dekning av ”de utgifter og kostnader” som fulgte av dette. Utgifter og kostnader vil i praksis omfatte alle de økonomiske virkningene plunder og heft kan få for entreprenøren. Det er anført i teorien at forskjellen mellom hva som er utgifter og kostnader nå får betydning, ettersom entreprenøren ikke har krav på vederlagsjustering når han er påført en kostnad.⁶⁸ Forfatterne hevder at ”utgifter” ofte brukes om det som innebærer direkte utlegg for entreprenøren, eksempelvis leie av ekstern arbeidskraft. Videre fremheves

⁶⁴ Nordtvedt (2013) s. 515.

⁶⁵ Marthinussen (2010) s. 383.

⁶⁶ Nordtvedt (2013) s. 515.

⁶⁷ Se Marthinussen (2010) s. 382.

⁶⁸ Marthinussen (2010) s. 386.

det at ”kostnader” forstås som et videre begrep som også omfatter ”utgifter”, og som eksempel på en ”kostnad” neves økt administrasjon.

Ordlyden i bestemmelsen taler isolert sett for en slik forståelse. Legger man en slik forståelse til grunn gir dette imidlertid uheldige virkninger for entreprenøren. En slik forståelse av bestemmelsen vil redusere entreprenørens mulighet til å få kompensert den plunder og heft som har virket inn på arbeidene hans. Entreprenøren kan påføres økonomiske konsekvenser som følge av plunder og heft uten at han må dekke dette gjennom direkte utlegg, altså som en utgift. Økt administrasjon er nettopp et praktisk eksempel på en økonomisk konsekvens plunder og heft kan ha.

En slik tolkning synes ikke å passe godt med hensynet bak entreprenørens krav på vederlagsjustering. Når en part har krav på vederlagsjustering er siktemålet med justeringen at entreprenøren skal få sitt vederlag endret slik at det reflekterer hans nye økonomiske situasjon. Dersom byggherren for eksempel har pålagt endringer er meningen at entreprenøren skal ha betalt for de ekstra arbeidene han må utføre.

En alternativ løsning er å se bestemmelsen utelukkende som en varslingsregel, slik at den ikke oppstiller noen materielle vilkår for vederlagsjustering. Legger man en slik forståelse til grunn vil kravet på vederlagsjustering følge direkte av punkt 25.2 og være uavhengig av ”utgifter” i den betydning det er argumentert for i teorien. Et slik synspunkt er bygget på at hjemmelen for plunder- og heftkrav alltid har fulgt av de tidligere kontraktens bestemmelser om krav på tilleggsvederlag for merkostnader som følge av byggherreforhold, for eksempel NS 3430 punkt 21.1.⁶⁹ Videre bygger dette synet på at den uttrykkelige bestemmelsen i første utgave av NS 8405 punkt 24.3 kun skyldtes pedagogiske hensyn.⁷⁰ Dette må være riktig utgangspunkt. På den annen side synes det ikke å være helt i samsvar med bestemmelsens øvrige regler, slik som kravet til påregnelighet og plikt til avhjelpe virkningene av forstyrrelsene. De må etter sin naturlige ordlyd forstås som materielle vilkår. Det gir i alle fall ikke helt god mening å lese dem som varslingsregler. Bestemmelsen synes derfor å bestå av både materielle og prosess-

⁶⁹ Se Nilsen (2012) s. 14.

⁷⁰ Se Nilsen (2012) s. 14 med videre henvisning.

elle regler.⁷¹ Selv om bestemmelsen forstås slik at hjemmelen følger av punkt 25.2, taler likevel en samlet lesning av bestemmelsen, da særlig tredje ledd, for at det er en forutsetning om at ”utgifter” må foranledige vederlagsjusteringen. Ser man til hvordan dette er regulert i NS 8407 fremgår det der uttrykkelig av punkt 34.1.3 annet ledd at ”økte utgifter” er et vilkår for å kreve vederlagsjustering for plunder og heft.

Løsningen synes usikker, men forutsatt at bestemmelsen oppstiller et vilkår om at ”utgifter” må påløpe for å kunne kreve vederlagsjustering taler hensynet til entreprenøren, samt vederlagstanken i kontrakten, for at ”utgifter” bør forstås slik at den omfatter alle økonomiske virkninger plunder og heft kan ha for entreprenøren.

3.4 Nærmere om forhold som kan gi grunnlag for plunder- og heftkrav

Plunder og heft kan skyldes forhold entreprenøren etter kontrakten har risikoen for. Dette kan for eksempel være dårlig planlegging av arbeidene, forsinket levering av de materialer entreprenøren etter kontrakten skal sørge for, eller at arbeidene ikke er godt nok organisert fordi entreprenøren ikke har tilgang på tilstrekkelig kvalifisert personell.⁷² Den plunder og heft som kan tilskrives slike forhold kan entreprenøren naturlig nok ikke kreve kompensert av byggherren.

Kontrakten gir som nevnt entreprenøren krav på kompensasjon for plunder og heft som skyldes forhold som er angitt i punkt 25.2 og bestemmelsen viser til alle forhold byggherren etter kontrakten har risikoen for.⁷³ Jeg vil gi en kort redegjørelse for noen forhold som kan medføre plunder og heft.

Etter punkt 25.2 bokstav a) kan endringer gi grunnlag for plunder- og heftkrav. Etter ordlyden i punkt 25.3 annet ledd bokstav b) er det som nevnt virkningene av endringene som er plunder og heft i kontraktens forstand. Normalt er enkeltstående endringer uproblematisk i denne sammenheng ved at disse gjøres opp enkeltvis, og eventuelle plunder- og heftvirkninger kan

⁷¹ Se også Pettersson (2010) s. 356.

⁷² Pettersson (2010) s. 357 og Nordtvedt (2013) s. 515.

⁷³ Se punkt 2.3.2 ovenfor.

inkluderes i dette vederlaget.⁷⁴ Dette kan imidlertid stille seg annerledes hvor byggherren bestiller et større antall endringsarbeider i løpet av kontraktperioden. Dette vil kunne forstyrre annet arbeid og kan gjøre det vanskelig å planlegge og gjennomføre arbeidene på en rasjonell måte.⁷⁵ Omfanget og kompleksiteten av endringsarbeidene er også av betydning her.⁷⁶ Selv om antallet endringsarbeider er høyt, innebærer ikke dette automatisk at andre arbeider blir forstyrret eller produktiviteten synker dersom endringene gjelder mindre og enkle arbeidsoperasjoner. Tidspunktet for når endringsarbeidet skal utføres kan også få betydning for hvordan entreprenørens produktivitet og øvrig arbeid påvirkes. Endringer som iverksettes i slutfasen av prosjektet vil normalt skape større problemer for entreprenøren enn endringer som iverksettes tidligere i byggeprosjektet.⁷⁷ På dette tidspunktet vil vanligvis antallet aktører på byggeplassen øke, det kommer for eksempel flere snekkere, malere og elektrikere som må bli ferdige med sine arbeider. Endringsarbeider som skal utføres i denne perioden kan derfor medføre betydelig forstyrrelser for aktørene på byggeplassen.

Dersom byggherren bevisst og illojalt spekulerer i ikke å etterleve kontraktens forutsetninger om at det skal utstedes endringsordrer kan dette tenkes å påvirke entreprenørens øvrig arbeid ved at han må bruke flere funksjonærtimer på å fange opp endringer, for deretter å utstede krav om endringsordre.⁷⁸ Dette vil da kunne gå på bekostning av arbeidet med å planlegge og styre produksjonen. I LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) anførte entreprenøren at byggherren hadde gjort nettopp dette, med den konsekvens at han måtte fokusere på å fange opp endringer og fremme krav om fristforlengelser.⁷⁹ Entreprenøren fikk ikke medhold i anførselen, men lagmannsretten uttalte at:

”Retten vil ikke utelukke at et slikt forhold kan gi grunnlag for et krav om å bli kompensert for plunder og heft...”

⁷⁴ Pettersson (2010) s. 351.

⁷⁵ Pettersson (2010) s. 352

⁷⁶ Nordtvedt (2013) s. 518.

⁷⁷ Nordtvedt (2013) s. 518.

⁷⁸ Se NS 8405 punkt 23.

⁷⁹ Se nedenfor under punkt 4.3 om dommen.

Hvor god tid entreprenøren blir varselet om endringsarbeidene i forveien kan også få betydning.⁸⁰ Dersom entreprenøren er varslet i god tid før arbeidene skal utføres gir det han en mulighet til å planlegge og organisere arbeidet på en mest mulig optimal måte for å unngå virkninger på det øvrige arbeidet.

En endring kan etter kontrakten også gå ut på at arbeidene skal forseres, jf. punkt 22.2 En forsering innebærer vanligvis at entreprenørens arbeid blir mer fortettet ved at mer arbeid skal utføres på samme tid, og dette kan gjøre arbeidene mer eksponert for forstyrrelser.⁸¹ Forsering kan for eksempel lede til redusert produktivitet ved at man går over til skiftordninger.⁸²

Etter kontraktens punkt 25.2 bokstav b) kan ”forsinkelse eller svikt i byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20” utgjøre grunnlag for et plunder- og heftkrav. I det følgende omtales dette som ”byggherresvikt”. Byggherren kan etter kontrakten ha en rekke plikter, for eksempel å levere tegninger og øvrig prosjekteringsmateriale, levere materialer hvor dette er avtalt, og sørge for offentlige tillatelser, jf. punkt 19. Videre har byggherren en plikt til å samordne sine leveranser og annen medvirkning med entreprenørens arbeid på en måte som gjør at hans planlegging og fremdrift ikke hindres eller forsinkes i forhold til hans produksjonsopplegg, jf. punkt 20.2. Dette er ytelser entreprenøren er avhengig av for å kunne utføre sitt arbeid. Forsinkelser eller svikt i byggherrens medvirkning kan derfor påvirke entreprenørens produktivitet eller forstyrre arbeidsoperasjoner. Dette kan for eksempel innebære at arbeidstegninger blir levert for sent, er mangelfulle, inneholder interne uoverensstemmelser eller blir revidert unormalt mange ganger. Slik svikt kan føre til at arbeidet stopper opp og medfører ventetid fordi entreprenøren ikke kommer videre i sitt arbeid, eller at arbeidsoperasjoner må omrokkers.⁸³ Det kan også medføre økt parallellitet mellom prosjekteringen og utførelsen av arbeidet, noe som gjør det vanskelig for entreprenøren å planlegge og utføre arbeidet på en mest mulig optimal måte. Som et utgangspunkt kan virkningene av det enkelte forhold, for eksempel en forsinket tegning, gjøres opp for seg.⁸⁴

⁸⁰ Pettersson (2010) s. 352

⁸¹ Pettersson (2010) s. 355.

⁸² Marthinussen (2010) s. 383. Se punkt 5 om forholdet mellom forsering og plunder og heft.

⁸³ Marthinussen (2010) s. 383.

⁸⁴ Pettersson (2010) s. 353.

Men på samme måte som for endringsarbeider kan det være vanskelig å fange opp virkningene når byggherresvikten øker i omfang.⁸⁵

3.4.1 Betydningen av forskjellig grunnlag for plunder- og heftkrav

Som illustrert ovenfor kan plunder og heftkrav ha sin årsak i flere ulike grunnlag. Plunder og heft som oppstår som følge av endringsarbeider har prinsipielt et annet rettslig grunnlag enn virkningene som har sin årsak i byggherresvikt.⁸⁶ Det kan derfor spørres om plunder- og heftkravets grunnlag får betydning ved den nærmere fastleggelsen av entreprenørens krav på kompensasjon.

Svikt i byggherrens medvirkning er i et alminnelig kontraktsrettslig perspektiv å anse som kreditormora. Byggherren yter ikke den medvirkning som entreprenøren er avhengig av for å kunne oppfylle sin forpliktelse. Ved vurderingen av hvilke rettsvirkninger kreditormora skal ha, er utgangspunktet etter alminnelig kontraktsrettslige regler at dette beror på en vurdering av hver enkelt følge.⁸⁷ Det er med andre ord ikke gitt at kreditormora utløser misligholdsbeføyelser. Ved endringsarbeider er situasjonen en annen ved at dette er en kontraktsfestet rett byggherren har, som gir entreprenøren et vederlagskrav.⁸⁸ I juridisk teori skrevet i tilknytning til den tidligere standarden NS 3430 har det vært akseptert at byggherresvikt gir grunnlag for kompensasjon, men det har vært uenighet om hvorvidt det skal klassifiseres som et vederlags- eller erstatningskrav.⁸⁹ Dette spørsmålet hadde betydning for om entreprenøren hadde krav på fortjeneste.

Dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) kan nevnes i denne forbindelse. Saken gjaldt ikke et plunder- og heftkrav, men dommen er likevel av interesse fordi Høyesterett blant annet behandlet spørsmålet om hvordan ”merutgifter” i NS 3430 punkt 21.1 skal forstås. Dette er bestemmelsen som plunder- og heftkrav ble utledet av etter denne NS 3430.⁹⁰

⁸⁵ Pettersson (2010) s. 353.

⁸⁶ Pettersson (2010) s. 353.

⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 632.

⁸⁸ Pettersson (2010) s. 354

⁸⁹ Se for eksempel Barbo (1997) s. 409-445 og Hagstrøm (2011) s. 639.

⁹⁰ Se ovenfor punkt 3.1.

Saken gjaldt tvist i forbindelse med en kontrakt om drift av veier inngått mellom Oslo Vei og Statens Vegvesen. Kontrakten var basert på NS 3430. I forbindelse med utlysning av anbudet hadde Statens Vegvesen utarbeidet et dokument som inneholdt opplysninger om medgåtte saltmengder ved vinterdriften tidligere år. Dette ble gjort for at tilbyderne skulle ha et bedre grunnlag å basere anbudene sine på. Oslo Vei baserte seg på de opplyste tallene med et tillegg på 10% i sitt anbud. Oslo Vei vant anbudet og inngikk så en kontrakt med en underentreprenør som skulle stå for vinterdriften av veiene på de samme vilkår som i kontrakten mellom Oslo Vei og Statens Vegvesen, med det unntak at Oslo Vei skulle skaffe de nødvendige saltmengder. Det viste seg at tallene som var opplyst av Statens Vegvesen var vesentlig lavere enn de faktiske saltmengder som måtte benyttes for å drifte veien i henhold til kontraktens krav. Disse utgiftene krevet Oslo Vei dekket av Statens Vegvesen blant annet etter NS 3430 punkt 7.5 og 21.1 som ”merutgifter”. Oslo Vei anførte at selskapet hadde krav på å få dekket kostnadene til innkjøp, lagring og utlegging av saltet. Underentreprenøren, som stod for utleggingen av saltet, hadde imidlertid frafalt sitt krav mot Oslo Vei av kommersielle grunner, slik at Oslo Vei ikke hadde hatt utgifter for utleggingen.

Høyesterett kom til at det var flere årsaker til at forbruket av salt hadde økt, men at en del av dette skyldtes feil i anbudsgrunnlaget. Oslo Vei hadde krav på å få dekket den del av utgiftene som kunne tilskrives dette etter punkt 7.1, jf. 21.1. Retten delte seg imidlertid når det gjaldt utmålingen av kravet.

Retten vurderte hvilke kostnader entreprenøren kunne kreve kompensert som ”merutgifter”. Flertallet på tre dommere kom til at det i avtaler mellom profesjonelle parter må foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig språklig forståelse av kontaktens ordlyd. Dette gjaldt særlig ved bruk av standardkontrakter. Flertallet uttalte at ”merutgifter” etter en naturlig språklig forståelse måtte begrenses til faktisk påløpte kostnader. Oslo Vei hadde derfor etter flertallets syn ikke krav på å få dekket kostnader knyttet til utlegging av saltet, da disse faktisk ikke var pådratt av Oslo Vei.

Mindretallet uttalte at det må legges stor vekt på ordlyden, men at det kan utvikle seg allment aksepterte tolkninger av en standardkontrakt som må legges til grunn, eller at det har blitt av-

klart gjennom praksis at en bestemmelse ikke kan tas på ordet.⁹¹ Mindretallet mente at ordlyden i dette tilfellet kunne fravikes, og kom til at Oslo Vei hadde krav på dekning av kostnadene for utlegging av salt. Det avgjørende for hva entreprenøren hadde krav på kompensasjon for, var etter mindretallets syn avhengig av hvilken art kravet var – enten et erstatningskrav eller et vederlagskrav. Mindretallet kom til at Oslo Vei sitt krav måtte anses som et vederlagskrav for en tjeneste levert til Statens Vegvesen, og Oslo Vei kunne derfor kreve dekket utgiftene for utlegging av saltet selv om selskapet rent faktisk ikke hadde hatt disse utgiftene.

Selv om flertallets syn ikke direkte er begrunnet i hvilken karakter kravet har, trekker tolkningen av ”merutgifter” i retning av at krav grunnet i byggherresvikt, her feil i dokumenter knyttet til anbudsgrunnlaget, anses som et erstatningskrav. Diskusjonen som har vært i juridisk teori om dette synes derfor å ha blitt avgjort av Høyesterett. En slik tolkning medfører at det blir et skille mellom entreprenørens krav på kompensasjon avhengig av om årsaken er endringer eller byggherresvikt, hvor det kun er førstnevnte som gir entreprenøren krav på fortjeneste. Det blir derfor et skille mellom kompensasjon etter NS 3430 punkt 21.1 og punkt 28. Etter en slik tolkning vil derfor plunder- og heftkrav som har sin årsak i byggherresvikt ikke gi entreprenøren krav på dekning av fortjeneste.

I NS 8405 punkt 25.2 følger det av ordlyden at alle grunnlag for plunder- og heftkrav, enten det dreier seg om endringer eller byggherresvikt, gir entreprenøren et krav på vederlagsjustering. Dette taler for at kravets grunnlag ikke får betydning for hvilken kompensasjon entreprenøren kan kreve. Ettersom entreprenøren får et krav på vederlagsjustering, innebærer det at han også har krav på fortjeneste.⁹²

3.5 Årsakssammenheng

Det følger av kontraktens punkt 25.2 at entreprenørens vederlagsjustering må være ”forårsaket av” byggherreforholdet. Bestemmelsen oppstiller altså et krav til årsakssammenheng mellom byggherreforholdet og entreprenørens økte kostnader.

⁹¹ Se dommens avsnitt 75.

⁹² Pettersson (2010) s. 363.

Alternativt kan kravet til årsakssammenheng forankres i punkt 25.3 annet ledd bokstav b). Som påpekt ovenfor er dette en varslingsregel, men i teorien synes det å være lagt til grunn at kravet til årsakssammenheng følger av denne bestemmelsen.⁹³ Etter denne bestemmelsens ordlyd er det imidlertid to krav til årsakssammenheng. Det må for det første være årsakssammenheng mellom den nedsatte produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid og byggherreforholdet, jf. ordlyden ”som er en følge av”. For det andre må det være årsakssammenheng mellom den nedsatte produktiviteten eller forstyrrelsene på annet arbeid og de økte utgiftene, jf. ordlyden ”pga”.⁹⁴

I praksis blir det neppe forskjell om man utleder kravet av den ene bestemmelsen eller den andre. Dersom man legger til grunn at kravet til årsakssammenheng følger av punkt 25.2 bør dette tolkes slik at kravet til årsakssammenheng blir tilsvarende som det fremkommer av punkt 25.3 annet ledd bokstav b).

Det er entreprenøren som har bevisbyrden for sitt krav.⁹⁵ Entreprenøren må etter kontrakten først påvise hvordan byggherreforholdene har resultert i redusert produktivitet eller medført forstyrrelser på annet arbeid. Han må for eksempel påvise hvordan forsinkede tegningsleveranser har medført redusert produktivitet i form av ventetid. Dersom entreprenøren mener han har fått økte kostnader som følge av byggherreforholdene må han videre påvise hvordan den reduserte produktiviteten eller forstyrrelsene har ført til økte kostnader.

Når entreprenørens arbeider påvirkes av plunder og heft er det normalt på det rene *at* dette medfører økte kostnader. Hvor entreprenørens arbeider kun blir påvirket av plunder og heft som kan tilskrives byggherreforhold er utgangspunktet greit, da kan entreprenørens økte kostnader tilskrives dette. Et slikt årsaksbilde er imidlertid sjelden tilfellet. Ofte skyldes entreprenørens økte kostnader forhold både entreprenøren og byggherren har risikoen for. Entreprenørens nedsatte produktivitet kan for eksempel også skyldes dårlig styring og kontroll av arbeidene.⁹⁶ Dette gjør det vanskelig å dokumentere *hvilke* kostnader som kan tilskrives byggherre-

⁹³ Pettersson (2010) s. 356 og Marthinussen (2010) s. 385. Motsatt i Nilsen (2012) s. 20.

⁹⁴ Se Nordtvedt (2013) s. 519 for tilsvarende om NS 8407 punkt 34.1.3 annet ledd.

⁹⁵ Nordtvedt (2013) s. 519.

⁹⁶ Kolrud (2004) s. 285.

forhold.⁹⁷ Det blir derfor et spørsmål hvordan dette må håndteres i lys av kontraktens krav til årsakssammenheng.

Tilfellet kan være at det foreligger samvirkende årsaker i den forstand at forhold som begge parter har risikoen for som virker samtidig, for eksempel hvor entreprenøren får problemer med sine underleverandører samtidig som at byggherren får problemer med levering av prosjekteringsmaterialet. Det kan også tenkes tilfelle hvor entreprenøren i utgangspunktet har en redusert produktivitet som følge av egne forhold, men at dette blir ytterligere forsterket når byggherreforhold i tillegg virker inn. Hvor det foreligger slike samvirkende årsaker vil det sjelden la seg gjøre å analysere seg frem til sammenhengen mellom det enkelte byggherreforhold og kostnadene som kan tilskrives dette.⁹⁸ Beregningen av hvilke kostnader entreprenøren har krav på å få kompensert må derfor uansett bero på en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. En løsning er derfor å falle tilbake på en risikodeling mellom partene hvor man konkret vurderer omfanget av kostnadene som den enkelte årsaksfaktor har medført, eventuelt vurderer hvor stor andel av de totale kostnadene som hver av partene skal bære.⁹⁹

3.6 Terskel for å kreve vederlagsjustering ved plunder og heft

I løpet av et entrepriseprojekt er det nærliggende å forvente at det vil inntreffe forhold som i større eller mindre grad forstyrrer entreprenørens arbeid. Det blir derfor et spørsmål om entreprenøren må ta høyde for dette, altså om det foreligger en terskel som må overstiges før entreprenøren får et krav på vederlagsjustering.

Det følger av NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b) at entreprenøren ikke kan kreve vederlagsjustering dersom ”forholdene ikke er påregnelige etter kontrakten”. Bestemmelsen peker på at ikke enhver forstyrrelse vil medføre et krav på vederlagsjustering. Det er også lagt til grunn i rettspraksis at entreprenøren må regne med noe plunder og heft. I LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) hadde retten gjennomgått og vurdert en rekke forhold entreprenøren hadde påberopt som grunnlag for fristforlengelse og plunder- og heftkrav.¹⁰⁰ Retten uttalte at:

⁹⁷ Kolrud (2004) s. 285.

⁹⁸ Sandvik (1966) s. 353.

⁹⁹ Sandvik (1966) s. 353 og Pettersson (2010) s. 357.

¹⁰⁰ Se nærmere punkt 4.3 om dommen.

”Summen av forholdene går etter lagmannsrettens syn noe lenger enn omfanget av det plunder og heft som Peab måtte regne med.”

I Asker og Bærum tingretts dom av 22. desember 2011 som gjaldt tvist i forbindelse med utbyggingen av Lysaker stasjon la retten det samme til grunn.¹⁰¹ Retten benyttet et ”beger som blir fullt” - synspunkt og uttalte at en entreprenør alltid vil:

”...måtte regne med noen forstyrrelser i arbeidet uten at dette utløser krav. Det er forstyrrelser utover dette – når ”begeret er fullt” – som kan kreves dekket. Det ligger i dette at også små forstyrrelser kan være med på å ”fylle begeret” selv om de ikke i seg selv utløser krav om kompensasjon etter C24.3.”

Det er også lagt til grunn i juridisk teori at entreprenøren alltid må regne med noe plunder og heft¹⁰² Det må på denne bakgrunn legges til grunn det foreligger terskel for å kunne kreve vederlagsjustering. Entreprenøren må derfor i sitt tilbud til byggherren kalkulere og prise risikoen for at noe plunder og heft vil inntreffe.¹⁰³ På denne bakgrunn blir det et spørsmål om hva entreprenøren må regne med av plunder og heft før han får et krav på vederlagsjustering.

Punkt 25.3 annet ledd bokstav b) viser til punkt 18.3 første ledd når det gjelder vilkåret om at byggherreforholdene som er årsak til plunder og heft ikke må være ”påregnelige”. Av punkt 18.3 følger det en plikt for entreprenøren til uten særskilt vederlag å samordne sin fremdrift og gjennomføre utførelsen i samråd med sideentreprenører, prosjekterende og øvrige aktører i prosjektet. Samordningsplikten innebærer at entreprenøren må planlegge for at det er andre aktører på prosjektet som kan få betydning for hans produksjon. Dette kan innebære at entreprenørens produksjon ikke blir like effektiv som om han var alene på anlegget.¹⁰⁴ Bestemmelsen vil derfor kunne gi veiledning i vurderingen for hva entreprenøren må regne med av plunder og heft.

¹⁰¹ Saken gjaldt samme prosjekt som i LB-2011-95644. Entreprisen var delt i to hovedfaser, 00 og 10. Saken som ble rettskraftig avgjort av tingretten gjaldt fase 10.

¹⁰² Pettersson (2010) s. 348.

¹⁰³ Marthinussen (2010) s. 384.

¹⁰⁴ Marthinussen (2010) s. 257.

Det følger av punkt 18.3 første ledd at samordningsplikten kun gjelder innenfor visse rammer. Dette knytter seg til hva som er påregnelig for entreprenøren etter kontraktens opplysninger på to plan. For det første gjelder det ”kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift...”. Det vil si entreprenørens eget kontraktsarbeid. For det andre knytter det seg til kontraktens opplysninger om ”sideentreprisenes antall, art og fremdrift”. Opplysninger om de øvrige entreprenørenes arbeid på prosjektet får derfor også betydning i påregnelighetsvurderingen.

Utgangspunktet for vurderingen av samordningsplikten vil derfor bero på hvilke opplysninger som fremgår av kontrakten. Noen momenter i vurderingen kan nevnes. Hva slags arbeid entreprenøren skal utføre vil naturlig nok virke inn på hva entreprenøren kan forvente, enkle arbeidsoperasjoner vil ikke være like utsatt for forstyrrelser. Tidspunktet for når arbeidene skal utføres har også betydning. En entreprenør som skal stå for grunnarbeidene vil ofte være mindre avhengig av å utføre arbeidet samtidig med øvrige aktører, sammenliknet med entreprenøren som skal utføre arbeidet i slutfasen av prosjektet.¹⁰⁵ Videre vil også arbeidets omfang kunne få betydning. Det kan være grunn til å anta at arbeider som strekker seg over lengre tid vil gjøre arbeidene mer utsatt for forstyrrelser ettersom det da vil være mange aktører entreprenøren må samvirke med.¹⁰⁶ Den planlagte fremdriften i entreprenørens arbeider kan også få betydning. Dersom fremdriftsplanen er romslig vil entreprenøren ikke være like avhengig av at øvrige entreprenører presterer sin ytelser i tide, og er dermed mindre utsatt for forstyrrelser sammenliknet med tilfeller hvor han har en stram tidsplan.¹⁰⁷

Når det gjelder hva entreprenøren må forvente i lys av de øvrige entreprenørenes arbeid vil blant annet antallet sideentreprenører være et moment. Er det mange sideentreprenører som skal arbeide på samme prosjekt innbærer dette at risikoen for forstyrrelser er større for den enkelte entreprenør.¹⁰⁸ Sideentreprenørenes planlagte fremdrift har etter ordlyden av betydning i vurderingen. Har sideentreprenørene en stram tidsplan medfører dette en større risiko

¹⁰⁵ Marthinussen (2010) s. 258.

¹⁰⁶ Marthinussen (2010) s. 258.

¹⁰⁷ Kleive (2008) s. 78.

¹⁰⁸ Kleive (2008) s. 78.

for forstyrrelser for entreprenøren ettersom man i et slikt tilfelle er mer avhengig av at driften utvikler seg normalt, og skulle en av sideentreprenørene få problemer med sin fremdrift vil dette kunne forplante seg til entreprenøren.¹⁰⁹ Samtidig vil det i et prosjekt med mange sideordnede entreprenører være vanskelig for entreprenøren å forutberegne hvordan arbeidene vil påvirkes, og således vanskelig å kalkulere dette inn i sine priser.¹¹⁰ Dette bør derfor også tas i betraktning i vurderingen.

Også øvrige momenter kan tenkes å få betydning i vurderingen. For eksempel kan opplysninger om hva som kan forventes av endringsarbeider, eller opplysninger om byggherrens leveranser under kontrakten, være momenter av betydning i vurderingen.

På denne bakgrunn må derfor vurderingen av hva entreprenøren må regne med av plunder og heft i utgangspunktet bero på en konkret helhetsvurdering av hva entreprenøren med rimelighet kan forvente av fra de opplysninger som fremkommer av kontraktsdokumentene og øvrige omstendigheter på tidspunktet for kontraktsinngåelsen.¹¹¹

Det blir et spørsmål om vurderingen blir noe annerledes i tilfeller hvor det er inngått en kontrakt etter anbudskonkurranse hvor det er forbudt å gjøre endringer i tilbudet etter tilbudsfristen. I slike tilfeller vil entreprenøren kalkulere og prise risikoen for plunder og heft ut fra de opplysninger som foreligger på dette tidspunktet. Dette taler for at vurderingen her må ta utgangspunkt i de opplysninger som foreligger på tidspunktet for tilbudsfristen.¹¹²

Det følger av punkt 25.3 annet ledd bokstav b) at entreprenøren ikke har krav på vederlagsjustering ”i den utstrekning utgiftene ikke kan avhjelpes av andre tiltak”. Ordlyden synes her å være noe uheldig utformet. Bestemmelsen oppstiller en plikt for entreprenøren til å avhjelpe utgiftene som følger av plunder og heft. Når utgifter først er pådratt er det vanskelig å se hvordan disse skal kunne avhjelpes. Meningen med regelen er likevel klar nok, entreprenøren må søke å avhjelpe virkningene av byggherreforholdene. Bestemmelsen har også en side til

¹⁰⁹ Kleive (2008) s. 80.

¹¹⁰ Se Marthinussen (2010) s. 259 for tilsvarende om samordningsplikten.

¹¹¹ Se også Nilsen (2012) s. 18.

¹¹² Se også Nordtvedt (2013) s. 307.

punkt 25.6 hvor det følger en plikt for entreprenøren til med rimelige midler å ”begrense og forbygge virkningene” av forhold byggherren har risikoen for.

Entreprenørens plikt til å avhjelpe virkningene får derfor også betydning for om entreprenøren har et krav på vederlagsjustering. Regelen må anses for å være et utslag av alminnelige lojalitetsbetraktninger i kontraktsforhold.¹¹³ Dette prinsippet kommer blant annet til uttrykk i dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1460, og det er tale om et krav til en aktsom og lojal opptreden fra entreprenørens side. Hva som kreves av entreprenøren må vurderes konkret i den enkelte tilfellet.¹¹⁴ Utgangspunktet må imidlertid være at det er byggherren som har risikoen for de forhold som har skapt forstyrrelsene, og det bør derfor ikke legges en for streng aktsomhetsnorm til grunn.¹¹⁵ Gjør man det, er det fare for at deler av byggherrens risiko blir overført til entreprenøren. Når arbeidene blir påvirket av plunder og heft må som nevnt entreprenøren vurdere tiltak for å unngå virkningene, og ofte vil det innebære en plikt for entreprenøren til å omrokkere på arbeidene.¹¹⁶

Når det gjelder tidspunktet for vurderingen av entreprenørens plikt til å avhjelpe virkningene må den bli noe annerledes sammenliknet med vurderingen av hva entreprenøren må regne med av plunder og heft. Vurderingen her bør knytte seg til tidspunktet for når forstyrrelsene virker på arbeidene, fordi det er situasjonen på dette tidspunktet som er avgjørende for hvilke handlingsalternativer entreprenøren har.

¹¹³ Marthinussen (2010) s. 387.

¹¹⁴ Marthinussen (2010) s. 387.

¹¹⁵ Se også Tvedt (2010) s. 442.

¹¹⁶ Marthinussen (2010) s. 387

4 BEREGNING AV VEDERLAGSJUSTERING

4.1 Innledning

Når entreprenøren har et krav på vederlagsjustering blir det spørsmål hvordan vederlagskravet skal beregnes. Utgangspunktet følger av kontraktens ordlyd. Etter punkt 25.6 skal vederlagsjustering skje etter bestemmelsene i punkt 25.7 til 25.9. For plunder- og heftkrav er det presisert i punkt 25.3 annet ledd bokstav b) at bestemmelsene i punkt 25.7, 25.8 og 31.4 får anvendelse så langt de passer. En vederlagsjustering skal derfor typisk beregnes med utgangspunkt i kontraktens enhetspriser. Dersom kontrakten ikke inneholder anvendelige enhetspriser skal vederlagsjusteringen gjøres etter reglene om regningsarbeid. Videre får også reglene om kontroll og dokumentasjon for påløpte kostnader anvendelse ved slike krav, jf. punkt 31.4.

I mange tilfeller vil imidlertid kontraktens regler om vederlagsjustering ikke passe for et plunder- og heftkrav.¹¹⁷ Ettersom kontraktens regler om beregning av vederlagsjustering er utgangspunktet vil jeg likevel kort redegjøre for disse før jeg drøfter alternative beregningsmåter.

4.2 Vederlagsjustering etter kontraktens beregningsregler

4.2.1 Enhetspriser

Utgangspunktet ved vederlagsjustering er at kontraktens enhetspriser skal benyttes, jf. punkt 25.7.1. Et viktig poeng med å benytte seg av enhetspriser ved vederlagsjusteringen er at man beholder den grunnleggende avtalte risikodeling som følger av partenes valg av prisformat.¹¹⁸

Det følger av bestemmelsen at kravet på vederlagsjustering må gjelde forhold der kontraktens enhetspriser er ”anvendelige”. For at en enhetspris skal være ”anvendelig” må arbeidet langt på vei være identisk med de arbeider det er avtalt enhetspriser for. Foreligger det større eller mindre avvik fra den ytelse enhetsprisen gjelder for, skal punkt 25.7.2 om justerte enhetspriser anvendes.¹¹⁹

¹¹⁷ Pettersson (2010) s. 358.

¹¹⁸ Sandvik (1966) s. 333.

¹¹⁹ Marthinussen (2010) s. 395.

Skal vederlaget justeres etter punkt 25.7.1 som følge av plunder og heft må derfor virkningene dette har være identisk med de arbeider som det er avtalt enhetspriser for. Enhetsprisene vil imidlertid sjelden være fullt ut anvendelige ved plunder- og heftkrav fordi enhetsprisene primært blir etablert for å kunne fastsette vederlaget for typiske arbeidsoperasjoner, og ikke for virkningene av eksempelvis forsinkelse i byggherrens leveranser.¹²⁰ Kontraktens enhetspriser blir etablert ved kontraktsinngåelsen, og dermed før en eventuell plunder- og heftsituasjon oppstår. Ettersom plunder og heft kan ha mange forskjellige virkninger er det vanskelig å etablere enhetspriser som er anvendelige når vederlaget i ettertid skal beregnes.¹²¹ Vederlagsjustering etter denne regelen er derfor vanskelig å gjennomføre i praksis.

Noen kostnader kan imidlertid tenkes justert med enhetspriser, for eksempel for rigg- og driftskostnader. Dersom det eksempelvis foreligger en enhetspris for leie av kran, kan denne tenkes anvendt hvor virkningen av plunder og heft er at denne må benyttes over et lengre tidsrom enn forutsatt. Enhetsprisen vil normalt svare til de økonomiske virkningene av plunder og heft, og kan således anvendes til å justere vederlaget. Ofte er rigg- og driftsyttelser imidlertid priset som rundsumposter, og da kan ikke vederlaget justeres på denne måten.

4.2.2 Justerte enhetspriser

Dersom det ikke foreligger enhetspriser som er direkte anvendelige følger det av punkt 25.7.2 at enhetsprisene også kan legges til grunn for justeringen dersom det gjelder ytelser som ”i det vesentlige er likeartet med ytelser det er fastsatt enhetspriser for”. Dersom det skal utføres et arbeid som kontrakten ikke har en enhetspris for, men det foreligger enhetspriser som likner på det arbeidet som skal utføres, skal denne benyttes ved vederlagsjusteringen. Etter ordlyden kan det ikke foreligge store forskjeller, jf. ”i det vesentlige er likeartet”¹²² Entreprenørens kostnader vil normalt være endret i et slikt tilfelle. Derfor følger det av bestemmelsens første ledd andre punktum at partene kan kreve at enhetsprisen justeres for det avviket som måtte foreligge. Har kontrakten enhetspriser for arbeid som er ”i det vesentlige likeartet” med virkningene av plunder og heft kan disse derfor anvendes etter en justering for avviket.

¹²⁰ Nordtvedt (2013) s. 527.

¹²¹ Kolrud (2004) s. 286.

¹²² Kolrud (2004) s. 292.

Det følger videre av bestemmelsen annet ledd at dersom forutsetningene for å bruke enhetsprisene ”forrykkes” kan partene kreve at enhetsprisene justeres for fordyrelsen eller besparelsen som dette har medført. Dette gjelder uansett om de er anvendelige direkte eller etter en justering etter bestemmelsens første ledd.¹²³ Bestemmelsen nevner omfanget av, antallet endringsarbeider eller tidspunktet for når endringsarbeidene skal utføres som eksempel på hva som kan forrykke forutsetningene for enhetsprisene. Bestemmelsens ordlyd taler for at de opplistede momentene ikke er uttømmende, jf. ”eller lignende.”¹²⁴ Derfor kan også øvrige omstendigheter være relevante, inkludert plunder og heft som skyldes forhold byggherren har risikoen for.¹²⁵ Ved at enhetsprisene kan justeres i slike tilfeller kan regelen være et egnet utgangspunkt for beregningen av plunder- og heftkrav.

Ettersom plunder og heft ofte påvirker større deler av prosjektet kan det by på problemer å finne de enhetspriser som, gjennom en justering, kan gi entreprenøren kompensasjon for alle økonomiske virkninger av byggherreforholdene. Dersom relevante enhetspriser imidlertid kan identifiseres, er reglene om beregning av vederlagsjustering med justerte enhetspriser fleksible slik at dette kan være et egnet utgangspunkt for vederlagsjustering ved plunder- og heftkrav.¹²⁶

4.2.3 Regningsarbeid

I kontrakter som ikke inneholder enhetspriser kan vederlagsjusteringen naturlig nok ikke baseres på reglene om enhetspriser. Men man kan også stå ovenfor tilfeller hvor kontraktens enhetspriser ikke kan anvendes, verken direkte eller justert.¹²⁷ Hvor dette er tilfellet skal beregningen av vederlagsjusteringen skje etter kontraktens regler om regningsarbeider, jf. punkt 25.8.1.

¹²³ Marthinussen (2010) s. 397.

¹²⁴ Marthinussen (2010) s. 398.

¹²⁵ Tilsvarende Nilsen (2012) s. 28.

¹²⁶ Marthinussen (2010) s. 386 og Nilsen (2012) s. 29.

¹²⁷ Sandvik (1966) s. 335.

Beregning av vederlagsjustering etter reglene om regningsarbeid innebærer at entreprenøren skal ha betalt for de nødvendige kostnader med å utføre arbeidet samt et påslag, jf. punkt 31.1. Dersom et plunder- og heftkrav skal utmåles etter denne regelen får entreprenøren dekket alle utgifter som kan tilskrives plunder- og heftforholdene. Dette innebærer at den risikodeling som ligger i vederlagsformatet ved fastpriskontrakter blir satt til side for den del av entreprenørens vederlag som knytter seg til plunder og heft. Er det for eksempel tale om en enhetspriskontrakt vil den produktivetsrisiko entreprenøren har påtatt seg ikke få betydning, han får full dekning for de økte utgifter som påløper på grunn av plunder og heft som har sin årsak i forhold byggherren har risikoen for.

Byggherren har etter punkt 31.4 et krav på at entreprenøren skal oversende spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader. Dette innebærer at entreprenøren må sende en oversikt over blant annet arbeidstimer, maskintimer og materialforbruk. Dette gir byggherren en mulighet til å føre kontroll med entreprenørens produktivitet. Regelen synes imidlertid ikke å passe helt godt på en plunder- og heftsituasjon fordi virkningene av plunder og heft ofte oppdages i ettertid, når entreprenøren ser røde tall i regnskapet.¹²⁸ Denne bestemmelsen synes derfor bare å komme til anvendelse i tilfeller hvor plunder- og heftvirkningene er synbare relativt raskt etter de har inntrådt.

4.3 Vederlagsjustering hvor kontraktens beregningsregler ikke er anvendelige

4.3.1 Beregningsmetoder

I mange tilfeller vil som nevnt ikke kontraktens enhetspriser eller regningsarbeider kunne anvendes ved beregningen av plunder- og heftkravet. Dette tar også kontrakten høyde for ettersom det følger av punkt 25.3 annet ledd bokstav b) at disse reglene får anvendelse ”så langt de passer”. Dette er heller ikke upraktisk, et blikk på rettspraksis viser at når dette blir et tvistetema utmåles kravet ofte på andre måter. I slike tilfeller blir det derfor et spørsmål om hvordan kravet kan beregnes.

¹²⁸ Pettersson (2010) s. 348.

Når det gjelder utgangspunktet for beregningen kan dommen inntatt i Rt. 2005 s. 788 (SRG) nevnes. Dommen gjaldt en kontrakt basert på NS 3430 hvor entreprenøren skulle anlegge en undersjøisk tunnel under Oslofjorden. Underveis traff man på uforutsette løsmasser i tunneltraseen som medførte høyere kostnader for entreprenøren. Dette hadde byggherren risikoen for. Entreprenøren krevde de ekstra utgiftene som påløp dekket som ”merutgifter” etter kontraktens C. 21.1 som tilsvarte NS 3430 punkt 21.1. Høyesterett bemerket at ”merutgifter” peker på en forskjell mellom faktisk påløpte kostnader som følge av forhold byggherren har risikoen for, og for beregnede kostnader uten slike byggherreforhold. Utgangspunktet er altså at entreprenøren skal stilles som om byggherren har oppfylt sin forpliktelse kontraktsmessig.¹²⁹ Selv om dette bygger på et erstatningssynspunkt må det også antas å gjelde ved beregning av vederlagskravet etter NS 8405.¹³⁰ Dette innebærer at de kostnader som kan tilskrives plunder og heft fra byggherren skal dekkes. Dersom plunder- og heftkravet er begrunnet i endringsarbeider må dette utgangspunktet også gjelde, med den presisering at entreprenøren skal stilles som om endringsarbeidene ikke har virket forstyrrende på produktiviteten eller øvrig arbeid.¹³¹ Dette utgangspunktet innebærer at de faktisk påløpte kostnadene må holdes opp mot et hypotetisk hendelsesforløp som det kan være vanskelig å fastslå nøyaktig.

I juridisk teori er det særlig fremholdt to metoder som kan anvendes ved beregningen. Disse omtales gjerne som en ”ovenfra og ned”- metode eller et ”retroaktivt differanseprinsipp”, og som en ”nedenfra og opp”- metode.¹³²

Spørsmål om hvilken metode som skal anvendes ved beregningen kan ses i lys av alminnelige kontraktsrettslige regler om erstatningsutmåling ved avbestilling. Beregningen av avbestillingserstatning kan skje etter to modeller som i teorien skal gi samme resultat, men som i praksis ikke nødvendigvis gjør det, fordi bevisbyrden plasseres ulikt ved de to modellene.¹³³ Disse modellene betegnes gjerne som subtraksjons- og addisjonsmetode. Spørsmålet om hvilken metode som skal anvendes ved utmålingen av avbestillingserstatning er ikke endelig av-

¹²⁹ Pettersson (2010) s. 358.

¹³⁰ Nordtvedt (2013) s. 525 og Pettersson (2010) s. 358.

¹³¹ Nordtvedt (2013) s. 525.

¹³² Pettersson (2010) s. 360 flg.

¹³³ Hagstrøm (2011) s. 251.

klart.¹³⁴ Imidlertid illustrerer forarbeidene til kjøpsloven § 52, som gjelder avbestilling, et viktig poeng med valg av metode som også er relevant ved spørsmål om beregning av plunder- og heftkrav. Lovgiver fant at det ikke var nødvendig å ta uttrykkelig stilling til beregningsmåte lovteksten og uttalte at:

”Utgangspunktet må være at kjøperen skal dekke selgerens tap i samsvar med de generelle regler for utmåling av erstatning i kap X. Hvordan man kommer fram til erstatningsbeløpet er for så vidt ikke avgjørende så lenge de relevante tapsposter etter reglene blir dekket.”¹³⁵

Valg av metode er med andre ord ikke avgjørende så lenge de *relevante* kostnader blir dekket. Det er altså den metoden som gir det mest treffsikre resultat for hvilke kostnader entreprenøren kan kreve dekket som bør anvendes.¹³⁶

En beregning av kravet etter førstnevnte metode, ovenfra og ned, innebærer at man tar utgangspunkt i de totale kostnadene entreprenøren har hatt på prosjektet. Deretter trekker man fra de kalkulerte kostnadene, kostnader som har blitt kompensert tidligere, og gjør fradrag for eventuell underkalkulasjon og kostnader som kan tilskrives entreprenørens egne forhold.¹³⁷ Resultatet utgjør i teorien entreprenørens økte kostnader knyttet til plunder og heft, og denne summen tillegges så et påslag for fortjeneste.¹³⁸

I teorien synes det å være et argument for å se hen til entreprenørens totale kostnader i vurderingen av hans vederlagskrav at det i visse tilfeller er en presumsjon for at de økte kostnadene skyldes forhold byggherren har risikoen for. Sandvik skriver at:

”Er det et markert misforhold mellom vederlaget og kostnadene, må det ha sin årsak i forhold som ikke var tatt i betraktning ved kalkulasjonen, og kan en konstatere at det fo-

¹³⁴ Hagstrøm (2011) s. 252.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 105 – 106.

¹³⁶ Pettersson (2010) s. 360.

¹³⁷ Pettersson (2010) s. 360 og 361 og Sandvik (1966) s. 351.

¹³⁸ Pettersson (2010) s. 360.

religger vansker og hindringer som er byggherrens risiko, vil det i hvert fall et stykke på vei være naturlig å se disse forhold som årsak til og forklaring på misforholdet.”¹³⁹

En slik beregningsmetode synes å ha en viss støtte i rettpraksis. I ”Entreprenørrisikoen” viser Sandvik til en voldgiftsdom av 7. mars 1957 hvor metoden benyttes. Retten tok i utgangspunkt i entreprenørens samlede utgifter og gjorde fradrag for konstaterte og anslåtte kostnader som kunne tilbakeføres til forhold som entreprenøren hadde risikoen for.¹⁴⁰

LG-2009-54939 kan også nevnes i denne forbindelse. Saken gjaldt en tvist i forbindelse med en underentreprise om malerarbeid ved oppføring av fire boligblokker. Et av tvistepunktene i saken gjaldt spørsmålet om malerfirmaet hadde krav på erstatning for plunder og heft på 1 149 795 kroner som følge av forhold byggherren hadde risikoen for. Kravet var hjemlet i NS 3433 punkt 21.1. Malerfirmaet anførte en beregning av kravet som tok utgangspunkt i hvor mange timer som faktisk ble brukt og utbetalt lønn for. Dette ble sammenholdt med en beregning av hva som ville vært et normalt timeforbruk for slike prosjekter. Den anførte metoden skiller seg noe fra metoden som er anført i teorien ved at sammenlikningsgrunnlaget ikke var entreprenørens kalkyle, men en normalbetraktning for slike arbeider. Lagmannsretten kom til at det forelå grunnlag for et plunder- og heftkrav, men fastsatte beløpet til 500 000 kroner, altså nær halvparten av det entreprenøren krevde. Det fremgår ikke av dommen på hvilket grunnlag retten gjorde denne reduksjonen, annet enn at kravet måtte fastsettes skjønnsmessig og at det måtte tas hensyn til at noe hadde blitt fortløpende kompensert av byggherren. Tilsynelatende aksepterte retten selve beregningsmetoden entreprenøren hadde benyttet.¹⁴¹

Den andre metoden som er anført å være egnet til å utmåle plunder- og heftkrav, ”nedenfra og opp”-metoden, innebærer at man tar utgangspunkt i entreprenørens kalkyle og legger til en påslagsfaktor for nedsatt produktivitet og andre kostnadskonsekvenser.¹⁴² Man anslår den

¹³⁹ Sandvik (1966) s. 351.

¹⁴⁰ Fra Sandvik (1966) s. 351.

¹⁴¹ Se også Nilsen (2012) s. 32

¹⁴² Pettersson (2010) s. 361.

reduerte produktiviteten for eksempel til en prosentsats, som man så legger til de ulike prisene i kontrakten. Eksempelvis kan man legge til 15 % på timeverkene og maskintimene.¹⁴³

Det er imidlertid knyttet betenkeligheter til bruk av slike metoder for å beregne entreprenørens krav. Blant annet er det en fare for at det skjer en overføring av risiko fra entreprenøren til byggherren. Et eksempel på dette er kalkulasjonsrisikoen. Dersom entreprenøren har feilberegnet sin kalkyle ved at den er lavere enn hva som ville vært en normalt forsvarlig kalkyle på prosjektet, vil risikoen for dette overføres til byggherren med en ovenfra og ned - metode. LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) kan nevnes i denne sammenheng. Saken gjaldt tvist i forbindelse med utbyggingen av Lysaker stasjon. Et av spørsmålene i saken var om entreprenøren hadde krav på tilleggsvederlag for plunder og heft. Kontrakten mellom partene var basert på første utgave av NS 8405. Entreprenøren anførte en rekke byggherreforhold som grunnlag for kravet, og at kravet blant annet måtte utmåles etter en ovenfra og ned- metode. Entreprenørens beregning tok utgangspunkt i hans totalkostnader og en kostnadsoverskridelse på 124 millioner kroner. Videre ble det gjort et skjønsmessig fradrag på rundt 50 millioner kroner for forhold entreprenøren tok på egen kappe. Lagmannsretten kom til at dette ikke var en egnet metode for å beregne kravet. Retten begrunnet dette blant annet med at entreprenørens kalkylegrunnlag allerede i utgangspunktet var beheftet med tapsbringende feil, for eksempel var det ikke tatt tilstrekkelig hensyn til prisstigning, og materialkostnadene var i noen tilfeller undervurdert. Retten fant at det ikke var mulig å ha noen sikker oppfatning av størrelsen på den delen av entreprenørens tap som kunne tilskrives slike feil i kalkylegrunnlaget, men uttalte at:

”...det er klart at byggherren ikke kan ha noe ansvar for dette, slik resultatet lett vil bli ved å anvende Peabs metode som tar utgangspunkt i det samlede tapet på kontrakten.”

Ved å benytte en ovenfra og ned - metode er utgangspunktet at entreprenøren får dekket alle sine påløpte kostnader. Dermed er det også en fare for at det også skjer en overføring av risikoen for produksjonen. Med unntak for fradraget som gjøres for eventuell kalkulasjonssvikt blir utgangspunktet på mange måter likt som ved kontrakter basert på regningsarbeid. I begge

¹⁴³ Pettersson (2010) s. 361.

tilfeller vil det være tale om at byggherren eventuelt kan kreve fradrag i vederlagskravet hvor entreprenøren har drevet arbeidene urasjonelt. Problemstillingen blir dermed snudd på hodet.

En særlig utfordring med slike metoder er at de ikke er egnet til å påvise årsakssammenheng mellom de forholdene som har skapt plunder og heft og de kostnadene som følger av dette. Ettersom plunder og heft ofte har sin årsak i forhold som kan tilskrives både byggherren og entreprenøren er dette problematisk. LB-2009-140511 (Sønnico) berører problemstillingen. Saken gjaldt tvist om sluttoppgjør hvor entreprenøren krevde dekning av ”merutgifter” blant annet for urasjonell drift etter NS 3430 punkt 21.1. Entreprenøren anførte at kravet måtte beregnes på grunnlag av en totalvurdering av timene basert på et retroaktivt differanseprinsipp, altså tilsvarende en ovenfra og ned – metode. Lagmannsretten uttalte at det må:

”...foreligge årsakssammenheng mellom forsinkelsen og de timene som kan kreves dekket, jfr. ordlyden i NS-3430 punkt 21.1. Lagmannsretten kan ikke se at det av rettspraksis eller andre rettskilder kan utledes at kravet om årsakssammenheng er erstattet med et retroaktivt differanseprinsipp eller andre prinsipper.”

LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) er også relevant når det gjelder kravet til årsakssammenheng. Lagmannsretten var som nevnt ikke enig med entreprenørens påstand om at kravet måtte beregnes etter en ovenfra og ned – metode. I saken hadde entreprenøren anført at plunder- og heftkravet måtte utmåles sammen med et forseringsvederlag. I vurderingen av spørsmålet om forholdet mellom forseringsvederlaget og plunder- og heftkravet uttalte retten at:

”...nedsatt produktivitet og forstyrrelser på annet arbeid – er omhandlet i kontrakten C 24.3 på linje med annen plunder og heft. Også for de indirekte kostnadseffektene oppstiller kontrakten et krav om årsaksforhold. Det er bare de kostnader ”som derved forårsakes” som kan kreves dekket.”

Retten synes på denne bakgrunn å ha lagt vekt på kravet til årsakssammenheng i sin vurdering. Når det gjaldt valget av metode for å beregne kravet uttalte retten at:

”...et overordnet syn på årsakene til forsinkelsene og merkostnadene [vil] ha betydning for valg av metode...”

Et slikt overordnet syn viste at flere av årsakene til problemene som oppstod måtte tilskrives entreprenøren. Som allerede nevnt fant retten feil i kalkylegrunnlaget. Videre fant retten at entreprenøren hadde problemer med to av sine underentreprenører, og et ytterligere moment var at det hadde vært en manglende arbeidsledelse fra entreprenørens side. På den annen side fant retten at det også utvilsomt var forstyrrende forhold i prosjektet som måtte tilskrives byggherren. På denne bakgrunn uttalte retten at:

”Poenget for lagmannsretten i denne sammenheng er å understreke at Peabs samlede tap på prosjektet gir liten veiledning for de kostnadmessige konsekvenser av dette forholdet på linje med andre forhold som byggherren må holdes ansvarlig for i og med at Peabs og underentreprenørens egne forhold ikke er en ubetydelig del av årsaksbildet.”

Retten fant altså at når årsaken til oppfylleleshindringene skyldtes forhold begge parter hadde risikoen for var en ovenfra og ned – metode ikke egnet for å utmåle kravet. Retten benyttet derfor isteden en metode som gikk ut på at retten vurderte konkret alle enkeltforhold entreprenøren hadde påberopt. Dette for å kunne danne seg en begrunnet oppfatning av de tids- og kostnadmessige konsekvensene de påståtte byggherreforholdene hadde hatt. Også en slik metode innbar at retten måtte bruke et skjønn, men ved å beregne kravet på denne måten ville skjønnet ta utgangspunkt i hva de relevante forholdene hadde forårsaket, i motsetningen til en ovenfra og ned- metode som etter rettens syn hadde mer ”karakter av en differansebetragtning knyttet til hvilken andel av Peabs tap det er rimelig at JBV skal dekke”.

Når det gjaldt selve utmålingen foretok retten en skjønnsmessig samlet utmåling for alle de relevante påberopte forholdene, basert på sitt syn på årsaksforholdene samt erfaring med hvilke kostnader slike byggherreforhold kan lede til. Det ble derfor ikke uttalt noe konkret om årsakssammenhengen mellom de forholdene retten vurderte og tilleggsvederlaget.

Selv om retten avviste den anførte beregningsmetoden, ble imidlertid døren holdt åpen for at man kan ta utgangspunkt i entreprenørens totale kostnader i visse tilfeller. Retten uttalte at:

”Det er mulig at det lidte tap kan gi veiledning dersom man står overfor et entydig årsaksforhold i en entreprise med en entreprenør som har utført et ensartet arbeid.”

Uttalelsen peker på entreprenørens mulighet til å bevise sitt krav. Hvor det er et oversiktlig årsaksforhold kan det være mulig for entreprenøren å tilstrekkelig sannsynliggjøre sitt krav gjennom bruk av slike metoder.

LB-2011-135964 (Mika) kan også nevnes i denne forbindelse. Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag etter en kontrakt om utførelse av tunell-, vei- og broarbeider. Entreprenøren anførte at dårlige grunnforhold hadde medført plunder og heft. Han krevde merutgiftene som følge at dette kompensert. Kravet var hjemlet i NS 3430 punkt 21.1. Entreprenøren anførte at differansen mellom hans kalkyle og faktiske utgifter ga det riktige resultatet for de merkostnadene som hadde påløpt på grunn av grunnforholdene. Lagmannsretten var ikke enig i dette, og begrunnet dette med et tilsvarende synspunkt som retten gjorde i overnevnte sak. Retten fant at det var usikkerhet knyttet til årsakene til forsinkelsene og de økte kostnadene. Dette kunne skyldes forhold både byggherren og entreprenøren hadde risikoen for, og dette talte derfor mot å benytte en ovenfra og ned – metode. Retten uttalte at:

”Det generelle poenget som lagmannsretten vil fremheve her, er at bevisbildet ofte vil være vanskelig og sammensatt i slike saker.”

Bevisproblemene var store i saken blant annet fordi entreprenøren ikke hadde fremmet noe krav underveis i prosessen. Retten kom derfor til at:

”...det metodisk riktige utgangspunktet, også i denne saken, ville være å påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret og utsatt for produktivitetstap som følge av endrede grunnforhold, og så beregne merutgiftene knyttet til disse konkret påviste forstyrrelsene.”

Det overnevnte illustrerer at betydningen av slike metoder vil være avhengig av den faktiske situasjon. Hvor det foreligger et entydig årsaksforhold og ensartet arbeid, kan bruk av slike metoder være tilstrekkelig til å sannsynliggjøre entreprenørens plunder- og heftkrav. Imidlertid vil det ofte i praksis være flere samvirkende årsaker som kan tilskrives begge parter, og det er gjerne en komplisert bevissituasjon. Entreprenøren vil derfor normalt være avhengig av å kunne konkret dokumentere hvordan byggherreforholdene har påvirket hans produksjon.

Dette peker også på at slike metoder egentlig bare er bevismidler som kan benyttes til å kaste lys over entreprenørens krav. Utmålingen av plunder- og heftkrav må uansett bli skjønnsmessig og som en alternativ beregningsmåte man derfor tenke seg en mellomløsning hvor man foretar en skjønnsmessig beregning sett i lys av begge metodene.¹⁴⁴ En ovenfra og ned – beregning vil da kunne gi en ramme for den skjønnsmessige utmålingen. En nedenfra og opp – metode, tilsvarende den lagmannsretten la til grunn i de to sistnevnte avgjørelser, vil deretter kunne vise mer konkret hvordan de enkelte forhold har virket inn. Dette vil gi retten et bredest mulig grunnlag å basere sitt skjønn på.

¹⁴⁴ Se tilsvarende Sandvik (1977) s. 267 om beregning av avbestillingserstatning.

5 FORHOLDET MELLOM PLUNDER OG HEFT OG FORSERING

5.1 Innledning

I situasjoner hvor entreprenøren er forsinket med sine arbeider på grunn av forhold byggherren har risikoen for, får entreprenøren etter NS 8405 punkt 24.1 krav på fristforlengelse. Når entreprenøren er forsinket med sine arbeider kan det bli et spørsmål om å forsere arbeidene slik at de opprinnelig dagmulktbelagte fristene likevel overholdes. Dette innebærer at arbeidene må utføres raskere enn det som ellers ville skjedd.¹⁴⁵ Forsering reguleres som tidligere nevnt nærmere av kontraktens punkt 22.2. og 24.8.

Forsering og plunder og heft kan stå i nær sammenheng ved at de kan stå i et årsaks- og virkningsforhold til hverandre. For eksempel kan entreprenørens arbeider bli forstyrret av plunder og heft slik at det må iverksettes forsering for å unngå forsinkelsene dette medfører. Samtidig kan forseringen igjen lede til mer plunder og heft.¹⁴⁶

Ved en forsering må, litt upresist sagt, arbeider som egentlig skal utføres på et senere tidspunkt flyttes frem i tid og utføres samtidig med det arbeid som opprinnelig skal utføres på dette tidspunktet. Forsering vil normalt innebære at det påløper ekstra kostnader, og entreprenøren får da et vederlagskrav mot byggherren for forseringskostnadene, jf. punkt 25.2. Det må imidlertid understrekes at det kun er *merkostnadene* som kan kreves dekket gjennom forseringsvederlaget.¹⁴⁷ Kostnader som ville påløpt uavhengig av forseringen må kompenseres gjennom kontraktens ellers gjeldende regler om entreprenørens vederlag. Ettersom det ved en forsering skjer en ”flytting” av arbeidene vil flyttingen ikke i seg selv medføre et krav på forseringsvederlag. Kostnadene ved å utføre disse arbeidene ville uansett påløpt. En forsering medfører imidlertid ofte et behov for å øke ressursinnsatsen ved eksempelvis bruk av overtid eller innleie av ekstra mannskap. Forutsatt at arbeidene for eksempel ellers ville vært gjen-

¹⁴⁵ Pettersson (2012) s. 1.

¹⁴⁶ Se punkt 3.4.

¹⁴⁷ Hagstrøm (1997) s. 64.

nomført uten bruk av overtid, vil en forsering medføre økte kostnader for entreprenøren fordi kostnadene knyttet til overtid ellers ikke ville påløpt.

Ved en forsering vil det ofte også være et behov for økt bruk av maskiner og utstyr. Et slikt ressurspådrag kan gi et behov for økt administrasjon på byggeplassen, slik at kostnadene til dette øker. Også rigg- og driftskostnader kan øke som følge av forsering.

I dette avsnittet vil jeg drøfte forholdet mellom plunder og heft og forsering, og hvordan dette må håndteres etter kontraktens regler om varsling av vederlagsjustering. Kontraktens regler om frister for varsling vil ikke bli særskilt behandlet.

5.2 Plunder og heft som virkning av forsering

5.2.1 Innledning

Forholdet mellom forsering og plunder og heft kan arte seg på flere måter og i det følgende vil jeg skissere et eksempel. Selv om en slik skissering kun er et utsnitt av virkeligheten, er det egnet til å illustrere sentrale poenger når det gjelder forholdet mellom forsering og plunder og heft.

Tar man utgangspunkt i at det iverksettes forsering, som en følge av et berettiget krav på fristforlengelse begrunnet i byggherreforhold, kan man tenke seg tre økonomiske virkninger forseringen kan lede til.

For det første vil det normalt påløpe direkte kostnader knyttet til utføringen av forseringsarbeidene. Forseringen kan medføre et behov for å utvide riggen, for eksempel gjennom leie av ekstra kraner. Som nevnt er det kun merkostnadene som inngår i forseringsvederlaget. Hvor det ville påløpt merkostnader til kran uavhengig av forseringen, for eksempel som følge av en forlenget leieperiode, er dette kostnader som må holdes utenfor forseringsvederlaget. Dette kan illustreres med et eksempel. Dersom kostnadene til kran på anleggsområdet ville økt med 100 000 kroner på grunn av forsinkelsen, og det koster 120 000 kroner å leie en ekstra kran i forbindelse med forseringen, er det kun differansen på 20 000 kroner utgjør en ekstra kostnad som følge av forseringen.

For det andre kan det ved en forsering også påløpe indirekte kostnader på selve forseringsarbeidene. Hvor arealet forseringsarbeidene skal utføres på er begrenset, kan for eksempel en økning av mannskap medføre at de går i veien for hverandre. Dermed kan hver arbeidstime bli mindre effektiv. Dersom entreprenøren for eksempel øker ressursbruken med 30 %, er det ikke sikkert at produksjonen øker med mer enn 20 %. Med andre ord kan selve forseringsarbeidene bli påvirket av plunder og heft. Dersom denne plunder og heften ikke ville oppstått hvor arbeidene skulle utføres med en normal fremdrift etter innvilget fristforlengelse, er dette merkostnader som kan kreves dekket som følge av forseringen.

Når arbeidene forseres kan dette for det tredje medføre plunder og heft på arbeider som ikke forseringen direkte knytter seg til. For eksempel kan oppstarten av forseringsarbeidene legge beslag på store deler av entreprenørens byggeplassadministrasjon slik at dette går utover administreringen av de øvrige arbeidene. Et annet eksempel er at forseringsarbeidene medfører en generell trafikkøkning på anleggsområdet, slik at dette medfører forstyrrelser også på øvrige deler av arbeidene.

5.2.2 Entreprenørens varsel og løpende oppdatering

Når entreprenøren mener han har et krav på fristforlengelse etter kontraktens punkt 24.1 må han varsle byggherren om at han vil kreve dette, jf. punkt 24.4. Dette varselet må fremsettes uten ugrunnet opphold. Dersom entreprenøren oversitter denne fristen prekluderes kravet på fristforlengelse, jf. punkt 24.4 andre ledd. Når entreprenøren har tilstrekkelig grunnlag for beregne omfanget av kravet på fristforlengelse må entreprenøren uten ugrunnet opphold spesifisere og begrunne dette, jf. punkt 24.5. Dette innebærer at entreprenøren må angi lengden på den fristforlengelsen han krever og gi en tilstrekkelig begrunnelse som gir byggherren en mulighet til å vurdere om kravet er berettiget.¹⁴⁸ Dersom byggherren er enig i entreprenørens krav på fristforlengelse, og således ”innvilger” dette, kan han etter kontraktens punkt 22.2 første ledd gjennom en endringsordre pålegge entreprenøren å nå de opprinnelig dagmulktbelagte tidsfrister enten helt eller delvis, altså å forsere arbeidene.

Når det gjelder entreprenørens varsel om krav på vederlagsjustering for forseringsarbeidene følger det av punkt 25.3 første ledd at det ikke er nødvendig med et eget varsel om dette ved

¹⁴⁸ Marthinussen (2010) s. 358.

at varslingsregelen kun viser til punkt 25.2 bokstav b) og c). Dette har sammenheng med at når byggherren usteder en endringsordre vil det også være nærliggende å forvente et krav på vederlagsjustering fra entreprenøren.¹⁴⁹ Det er derfor ikke et behov for å gjøre byggherren oppmerksom på dette gjennom et eget varsel.

Dersom byggherren avslår entreprenørens berettigede krav på fristforlengelse kan entreprenøren velge å anse avslaget som et pålegg om forsering ”gitt ved endringsordre”, jf. punkt 24.8 første ledd. Dette innebærer at forsering på dette grunnlaget likestilles med endringsordrer for øvrig. Derfor er det heller ikke her et krav etter punkt 25.3 første ledd at entreprenøren varsler et krav på vederlagsjustering. Dette har også sammenheng med at punkt 24.8 annet ledd pålegger entreprenøren å varsle byggherren om hva forseringen antas å ville koste. Byggherren er derfor også ved forsering etter denne bestemmelsen på forhånd klar over at det vil kunne påløpe ekstra kostnader. Det er imidlertid ikke knyttet noen sanksjoner til unnlatt varsel fra entreprenørens side etter punkt 24.8. Dersom entreprenøren iverksetter forsering uten å varsle vil ikke byggherren være oppmerksom på at forsering iverksettes. Formålet med bestemmelsen er at byggherren skal kunne ombestemme seg og likevel innvilge fristforlengelse, eventuelt å etablere en kostnadskontroll med forseringen.¹⁵⁰ Unnlatt varsel kan derfor få negative konsekvenser for byggherren. Unnlatt varsling har likevel ikke betydning for entreprenørens rett til å iverksette forsering, og regelen må derfor antakelig betraktes som en ordensfor-skrift.¹⁵¹

Det følger imidlertid av punkt 25.3 annet ledd at entreprenøren må varsle ”særskilt” dersom han krever vederlagsjustering som omfatter et krav på kompensasjon for plunder og heft. Dette gjelder også dersom entreprenøren krever kompensert kostnader til kapitalytelser, rigging drift og nedrigging som er nødvendig på grunn av byggherreforhold, jf. punkt 25.3 annet ledd bokstav a). Dette kravet til særskilt varsel gjelder uavhengig av hva slags byggherreforhold som er årsaken til kravet, jf. henvisningen til punkt 25.2 a), b) og c). At entreprenøren må varsle ”særskilt” må etter sin ordlyd forstås slik at varselet om kravet på fristforlengelsen som leder til forseringen, ikke er tilstrekkelig. Entreprenøren må derfor varsle særskilt dersom han

¹⁴⁹ Marthinussen (2010) s. 375.

¹⁵⁰ Marthinussen (2010) s. 364.

¹⁵¹ Marthinussen (2010) s. 364.

krever kompensert kostnader for plunder og heft som er en følge av forseringsarbeidene. Dette gjelder både for plunder og heft på selve forseringsarbeidene og plunder og heft på øvrig arbeider. Hensynet bak en slik særskilt regulering av varslingsplikten for plunder og heft er blant annet at byggherren skal bli oppmerksom på at slike kostnader kan påløpe. Er partene oppmerksomme på dette kan de sikre dokumentasjon for sine standpunkter til kravet, og dette kan videre bidra til at man unngår tvister i ettertid. Dette taler samtidig for at kravet til særskilt varsling ikke innebærer et krav om *separat* varsel om plunder og heft. Ved defensiv forsering bør det eksempelvis være tilstrekkelig at det fremgår uttrykkelig i angivelsen av forseringskostnadene at det vil påløpe kostnader som følge av plunder og heft. Varsel etter punkt 25.3 annet ledd er kun et nøytralt varsel, det vil si at det ikke er noe krav til at varselet skal inneholde et spesifisert krav.

Det er knyttet en preklusjonsregel til varsling av kravet. Entreprenøren taper sin rett til å påberope seg de økte kostnadene ved plunder og heft som grunnlag for kravet på vederlagsjustering dersom han ikke varslor uten ugrunnet opphold etter han blir, eller burde ha blitt, klar over at slike kostnader ville påløpe, jf. punkt 25.3 tredje ledd.

Det følger av hovedregelen i punkt 25.4 at entreprenøren skal sende byggherren et ”spesifisert” og ”begrunnet” krav når det foreligger et grunnlag for å beregne omfanget av kravet på vederlagsjustering. Bestemmelsen er en del av kontraktens varslingsystem ved krav på vederlagsjustering. Systemet bygger på hensynet til at det er vanskeligere for entreprenøren å fastlå nøyaktig sitt konkrete krav på vederlagsjustering, enn det er å fastslå at han i utgangspunktet har et slikt krav.¹⁵² Derfor er varslingsystemet bygget opp slik at det først skal sendes et nøytralt varsel etter reglene som er omtalt ovenfor om at det påløper, eller vil påløpe, ekstra kostnader. Når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet må entreprenøren spesifisere og begrunne sitt krav nærmere etter punkt 25.4.

I et ”spesifisert” krav må det etter en naturlig språklig forståelse foreligge en oversikt over hvilke kostnader som det kreves vederlagsjustering for. Videre må det også forstås etter sin ordlyd slik at entreprenøren må gi en nærmere beskrivelse av hvilke kostnader som vil påløpe, for eksempel hvor mange maskin- eller mannskapsstimer som vil påløpe på grunn av forse-

¹⁵² Marthinussen (2010) s. 389.

ringen. Entreprenøren må også etter bestemmelsen ”begrunne” kravet. Dette må etter en naturlig forståelse tolkes slik at entreprenøren må angi hvilke byggherreforhold som er årsaken til de påløpte kostnadene. I juridisk teori er det anført at når det gjelder kravet til begrunnelse kan det ikke kreves en omfattende redegjørelse, men at begrunnelsen må være tilstrekkelig til at byggherren kan vurdere berettigelsen og grunnlaget for kravet.¹⁵³ Bestemmelsen utelukker heller ikke at entreprenørens krav kan endres etter at kravet er spesifisert eller begrunnet, det er altså ikke tale om en endelig fastsettelse av entreprenørens vederlagskrav.¹⁵⁴

Når det gjelder de direkte kostnadene ved en forsering vil entreprenøren kunne spesifisere og begrunne disse nærmere etter regelen i 25.4. Når det gjelder kostnadene som følge av plunder og heft på forseringsarbeidene og plunder og heft på øvrig arbeid, vil det imidlertid by på store utfordringer å oppfylle kontraktens krav til spesifisering og begrunnelse. Dette gjelder særlig kravet til begrunnelse fordi det i praksis sjelden lar seg gjøre konkret å påvise sammenhengen mellom de ulike kostnadene som har påløpt, og det enkelte byggherreforhold som er årsaken. Det kan derfor også by på problemer å skille kravene på kompensasjon for plunder og heft på forseringsarbeidene og plunder og heft på øvrige arbeider fra hverandre. Det blir derfor et spørsmål hvordan denne regelen må forstås når det gjelder slike plunder- og heftkrav.

Hovedregelen i punkt 25.4 må sees i lys av kontraktens punkt 25.3 fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen skal entreprenøren holde byggherren løpende underrettet om ”utviklingen av kravene” i bestemmelsens bokstav a) og b). Dette må forstås slik at entreprenøren må holde byggherren oppdatert om utviklingen av kostnadene som påløper som følge av plunder og heft på forseringsarbeidene og på øvrig arbeid. Formålet med dette er å holde byggherren oppdatert om kostnadene fordi entreprenøren ofte ikke vil være klar over hva de endelige kostnadene for plunder og heft til slutt vil bli.¹⁵⁵ Ved å bli løpende oppdatert får byggherren en mulighet til å føre kontroll med de påløpte kostnadene og han får en mulighet til å begrense kostnadene dersom det er mulig.¹⁵⁶ Dette er også en fordel for entreprenøren. Ettersom et

¹⁵³ Marthinussen (2010) s. 392.

¹⁵⁴ Kolrud (2004) s. 273 og Marthinussen (2010) s. 390.

¹⁵⁵ Marthinussen (2010) s. 387.

¹⁵⁶ Marthinussen (2010) s. 387 og 388.

plunder- og heftkrav kan utvikle seg til å bli veldig stort vil det være lettere for byggherren å akseptere kravet dersom han har blitt løpende oppdatert og er klar over hvilke forhold det er som er årsak til kostnadene, og ikke kun blir presentert for et høyt vederlagskrav i ettertid. Det vil også være vanskelig for byggherren å avvise kravet dersom han har blitt løpende oppdatert og ikke reist noen innsigelser mot kostnadene, eller forsøkt å begrense dem.

Det er imidlertid et spørsmål om bestemmelsen må forstås slik at vederlagskravene for plunder og heft må underrettes særskilt, altså om kostnadene for plunder og heft på forseringsarbeidene må oppdateres for seg, mens kostnadene for plunder og heft på de øvrige arbeidene må holdes utenfor dette og oppdateres for seg. Reelle hensyn taler for at bestemmelsen ikke bør forstås slik. Som allerede nevnt vil det i praksis sjelden la seg gjøre å skille ut de enkelte kostnadene og påvise sammenhengen med hvilket byggherreforhold som er årsaken til denne virkningen. Dette taler for at bestemmelsen bør forstås slik at det må være tilstrekkelig at entreprenøren løpende oppdaterer byggherren om de totale kostnadene for plunder og heft.

Ettersom det normalt vil være problematisk å oppfylle kravene til spesifisering og begrunnelse, samt at entreprenøren løpende oppdaterer byggherren om de totale kostnadene for plunder og heft, taler dette for at det ikke bør stilles for strenge krav til entreprenøren etter punkt 25.4.

Et ytterligere spørsmål er om regelen i punkt 25.4 annet ledd innebærer at entreprenøren i realiteten kan se bort fra kravet til spesifisering og begrunnelse. Det følger av bestemmelsen at dersom entreprenøren ikke spesifiserer og begrunner sitt krav innen fristen som følger av første ledd, har han bare krav på justering av vederlaget som svarer til hva ”byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre.” Denne regelen vil derfor tilsynelatende kunne begrense entreprenørens vederlagskrav for plunder og heft ved forsering. Hva byggherren ”måtte forstå” vil imidlertid i utgangspunktet bero på hvilke faktiske opplysninger byggherren er i besittelse av. Dersom entreprenøren har oppdatert byggherren om utviklingen av de totale kostnadene etter punkt 25.3 fjerde ledd, vil byggherren derfor være godt informert om kostnadene. Den nærmere vurderingen at hvilke kostnader han ”måtte forstå” ville påløpe vil da kunne lede til at entreprenøren får dekket alle kostnadene. Dersom entreprenøren ikke klarer å oppfylle vilkårene til spesifisert og begrunnet varsel i punkt 25.4 første ledd vil det derfor ikke nødvendigvis få betydning for entreprenørens vederlagskrav. Imidlertid tilsier alminnelige

lojalitetsbetraktninger at entreprenøren bør forsøke å spesifisere og begrunne kravet så langt det lar seg gjøre selv om regelen annet ledd ikke vil redusere hans vederlagskrav.

6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Det har utvilsomt skjedd fremskritt hva gjelder kontraktsreguleringen av plunder- og heftkrav. Fra standardkontrakter hvor slike krav ikke ble uttrykkelig regulert fremgår dette nå forutsetningsvis gjennom varslingsregelen i NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b). Som drøftelsen har vist er det imidlertid noen utfordringer knyttet til reguleringen slik den er nå. Dette knytter seg blant annet til at det er inntatt materielle vilkår i en prosessuell bestemmelse. På den bakgrunn kan det hevdes at reguleringen i første utgave av NS 8405 var lettere tilgjengelig ettersom entreprenørens plunder- og heftkrav her var uttrykkelig regulert i en egen bestemmelse.

Redegjørelsen ovenfor har videre vist at det er flere forhold som innvirker på entreprenørens rett til å kreve vederlagsjustering for plunder og heft. Enkelte til dels kjente og ukjente omstendigheter i løpet av kontraktstiden vil i lys av arbeidets art fremstå som påregnelig for entreprenøren, og må anses som en del av den risikoen han har påtatt seg. Videre må entreprenøren også kunne påvise årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og sine økte kostnader.

Når det gjelder beregningen av plunder- og heftkrav er det fortsatt utfordringer knyttet til dette. Kontraktens regler om vederlagsjustering vil sjelden kunne benyttes. Som drøftelsen har vist er det også problematiske sider knyttet til bruk av forskjellige metoder for å beregne vederlagskravet. Det vil sjelden være mulig å fastlå entreprenørens vederlagskrav nøyaktig, og utmålingen må derfor normalt bero på en skjønnsmessig vurdering.

7 Litteraturliste

- Andenæs (1997) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo, 1997.
- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*. Oslo, 1997.
- Hagstrøm (1997) Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett- utvalgte emner*. Oslo, 1997.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2011.
- Helland (2010) Helland, Gjertrud. *Forstyrrelser i byggeprosjekter: om kritisk linje og dokumentasjon av krav som følge av urasjonell drift*. I: På rett grunn, festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010 s. 247-258.
- Kleive (2008) Kleive, Henrik. *Entreprenørens samordningsplikt – kontraktspraksis og bakgrunnsrett*, I: Tidsskrift for eiendomsrett. (2008) nr. 1, s. 75. (siteret fra rettsdata).
- Kolrud (2004) *NS 8405 Kommentarutgave*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.]. Oslo, 2004.
- Kaasen (2006) Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 3. utgave. Oslo, 2010.
- Nilsen (2012) Nilsen, Rune. *Entreprenørens krav på vederlagsjustering for plunder og heft – særlig om forholdet til forseringskrav*. Masteroppgave, Universitetet i Oslo, 2012. (siteret fra duo.uio.no)
- Nordtvedt (2013) *NS 8407 Kommentarutgave*. Henning Nordtvedt ... [et al.]. Oslo, 2013.
- Pettersson (2010) Pettersson, Nils-Henrik. *Plunder og heft*. I: På rett grunn, festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010. s. 347-363.

- Pettersson (2012) Pettersson, Nils-Henrik. *Forsering*. Foredrag Holmsbu, 7. september 2012, <http://www.entrepriseforeningen.no/document-file3285>[sitert 20. mars 2014]
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Bergen, 1977.
- Tvedt (2010) Tvedt, Odd Roar og Herman Bruserud. *Entreprenørens kontraktsoppfyllelse – ”oppfyllesesterskler”*. I: På rett grunn, festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010. s. 430 – 452. (sitert fra rettsdata).
- Woxholth (2006) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6. utgave. Oslo, 2006.

Lov

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

Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenestelova) 16. juni 1989 nr. 63

Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27

Forarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986-87) *Om kjøpslov*

Høyesterett

Rt. 1986 s. 1386

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 2005 s. 788

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345

Lagmannsrett

LE-1998-648

LG-2009-54939

LB-2009-140511

LB-2011-95644

LB-2011-135964

Tingrett

Asker og Bærum tingretts dom av 22. desember 2011 (10-109924TVI-AHER/2) (upublisert)

Standardkontrakter

NS 3430: Almennelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)

NS 8405:2004: Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8405:2008: Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8407: Almennelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (2011)