

UiO • **Det juridiske fakultet**

Endringsregimets effektivitet under NTK-15, vurdert fra et operativt og rettsøkonomisk perspektiv.

Kandidatnummer: 527

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17834



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
2	METODISK TILNÆRMING.....	2
3	PRESENTASJON AV ENDRINGSMEKANISMEN UNDER NTK-15	3
4	FORMÅL, HENSYN OG UTFORDRINGER VED ENDRINGSMEKANISMEN	5
5	HVORDAN BESTEMME REGLENES EFFEKTIVITET? – ETABLERING AV EN MÅLESTOKK.....	7
5.1	Nærmere om effektivitet	7
5.2	Hva er en <i>god regel</i> ?	8
5.2.1	God regel i <i>rettsøkonomisk</i> forstand?	8
5.2.2	God regel i <i>juridisk</i> forstand?	10
5.2.3	God regel i <i>operasjonell</i> forstand?	11
5.2.4	Målestokk for <i>god regel</i>	12
5.2.5	Hva kan være årsaken til at en regel ikke er optimalisert?	12
5.3	Hva vil det si at en regel <i>følges</i> og hva er konsekvensene for effektivitetsspørsmålet?	13
5.3.1	Hva vil det si at en regel <i>følges</i> ?	13
5.3.2	Målestokk for regeletterlevelse	14
5.3.3	Og hva er konsekvensene for effektivitetsspørsmålet?	15
5.4	En modell for evaluering av reglernes effektivitet	16
6	KONKRETE PROBLEMSTILLINGER KNYTTET TIL ENDRINGSMEKANISMENS EFFEKTIVITET	17
6.1	<u>STYRING</u> : I hvilken grad fungerer endringsmekanismen som <i>regulator</i> og effektivt <i>styringsredskap</i> for partene?	17
6.1.1	Presentasjon av underproblemstillinger.....	17
6.1.2	Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelverket?	17
6.1.3	Vurdering av regelverkets effektivitet	21
6.1.4	Underkonklusjon og karakteristikkk av regelen	25
6.1.5	Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?	25
6.1.6	Konklusjon.....	27
6.2	<u>KOSTNAD</u> : I hvilken grad er reglene om kostnadsendringer effektive?	28
6.2.1	Presentasjon av underproblemstillinger og regelverk	28
6.2.2	Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelen?	28

6.2.3	Vurdering av regelens effektivitet: God regel? Følges regelen? Årsak til avvik?	32
6.2.4	Underkonklusjon og karakteristik av regelen.....	35
6.2.5	Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?.....	35
6.2.6	Konklusjon.....	36
6.3	FREMDRIFT: I hvilken grad er reglene om fremdriftsendringer effektive?	36
6.3.1	Presentasjon av underproblemstillinger og regelverk	36
6.3.2	Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelen?	37
6.3.3	Vurdering av regelens effektivitet: God regel? Følges regelen? Årsak til avvik?	41
6.3.4	Underkonklusjon og karakteristik av regelen.....	44
6.3.5	Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?.....	45
6.3.6	Konklusjon.....	45
6.4	TAKTIKK: Utfordringer knyttet til strategisk atferd	46
6.4.1	Introduksjon.....	46
6.4.2	Sentrale deler av regelverket utsatt for strategisk atferd	46
6.4.3	Hvordan kan partene utnytte regelverket taktisk?	47
6.4.4	Årsaker til strategisk atferd og konsekvenser for effektivitetsspørsmålet.....	49
6.4.5	Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?.....	50
6.4.6	Konklusjon.....	51
7	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	51
	KILDELISTE	53
	Standardavtaler.....	53
	Litteraturliste	53
	Lov- og forarbeidsregister	54
	Nettsider	54
	Norske Dommer	55

1 Innledning

Formålet med denne masteroppgaven er å undersøke i hvilken grad endringsregimet under Norsk Totalkontrakt 2015 (NTK-15) er effektivt. Effektivitet i denne forstand innebærer en optimal utnyttelse av partenes samlede ressurser ved gjennomføring av tilvirkningsprosjekter.¹

Oppgavens tema omhandler «dynamisk kontraktsrett»² under NTK-15. Dette gjelder selskapets ensidige rett til å justere leverandørens kontraktsforpliktelser under prosjektgjennomføringen enten ved *endringsordre* eller *instruks*. I tillegg regulerer endringsmekanismen såkalte «*uekte endringer*»³ som ikke er tilsiktet fra selskapet, for eksempel force majeure og nye myndighetskrav. Jeg vil i min oppgave legge størst vekt på de tilsiktede endringer mens uekte endringer behandles mer eksempelvis. Jeg avgrensner mot andre standardkontrakter i «NF-familien»⁴ unntatt der disse er relevante som sammenlikningsgrunnlag.

Hovedproblemstilling er todelt: Er regelverket godt og fungerer endringsmekanismen i praksis? For å besvare spørsmålet vil jeg bygge på rettsøkonomiske og juridiske vurderinger av reglens effektivitet. Videre vil jeg vektlegge erfaringer fra operativ prosjektledelse for å undersøke reglens praktiske nytte.

Betydningen av at endringsregimet er optimalisert kan vanskelig overdrives. Statlige investeringer i utbyggingsprosjekter innen petroleumssektoren forventes å ligge på ca. 141 mrd. kroner i 2019. Samtidig vil skatteinntektene fra norsk sokkel utgjøre omlag 156 mrd. kroner.⁵ NTK-15 ligger til grunn for utbygging av store milliardprosjekter og endringer representerer en betydelig del av kontraktsverdien grunnet den store usikkerhet i slike prosjekter. Krevende tekniske løsninger, et ugjestmildt klima, strenge krav til sikkerhet og store økonomiske interesser er momenter som bidrar til denne prosjektrisikoen. I tillegg benyttes NTK-15 stadig oftere innen store tilvirkningsprosjekter på land.⁶ Ethvert innspill som kan bidra til å kaste lys over endringsregimet som kostnadsbesparende verktøy i den praktiske prosjekthverdag bør derfor være av interesse.

¹ Se Kap. 5 for nærmere analyse av effektivitet.

² Kaasen (2005) s. 240.

³ «[E]ndringer i rettslige eller faktiske rammebetingelser for kontraktsavviklingen», jf. Komissar, Uekte endringer (2014) s. 9.

⁴ NF-familien er en gruppe standardkontrakter for tilvirkningsprosjekter på norsk sokkel hvorav Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF) og Norsk Totalkontrakt (NTK) er mest fremtredende, jf. Kaasen (2018) s. 18.

⁵ Norsk Petroleum (2019).

⁶ Bjerkem (2018) s. 5 og Kaasen (2018) s. 45.

2 Metodisk tilnærming

Valg av metode for å undersøke endringsmekanismens effektivitet

De metodiske utfordringene ved å undersøke endringsmekanismens effektivitet er sammensatt. En rent juridisk vurdering av NTK-15 sine regler er interessant, men siden effektivitet er tema for oppgaven vil det være formålstjenlig med en praktisk tilnærming til hvordan endringsmekanismen oppfattes i «prosjekthverdagen». Samtidig vil en vurdering av effektivitet vanskelig kunne gjennomføres uten å legge til grunn anerkjente prinsipper fra rettsøkonomien.

Følgelig vil min oppgave basere seg på et fundament bestående av tre hovedpilarer: jus, rettsøkonomi og operasjonell erfaring. I prinsippet kan effektivitet også analyseres fra et psykologisk, sosiologisk, politisk eller annet perspektiv. Jeg vil imidlertid avgrense mot slike betraktninger her.

Partene i et tilvirkningsprosjekt har motstridende interesser og effektivitet kan betraktes fra både selskapet, leverandøren og samfunnet sin side. I min oppgave vil jeg ta alle parterers perspektiv i betraktning, men jeg vil vektlegge effektivitet i samfunnsøkonomisk forstand.

Jeg tar utgangspunkt i et rammeverk bestående av et sett *generelle* problemstillinger:

- *Er det et godt regelverk?*
Spørsmålet er om reglens innhold som sådan er egnet til å oppnå formålet med endringsmekanismen.
- *Følges regelen?*
Det er viktig å undersøke om reglene både er *lett tilgjengelige, kjent, forståelige* og i hvilken grad de *faktisk brukes*. Spørsmålet om regeletterlevelse vil bli besvart basert på kunnskap om jus, prosjektledelse og praktisk erfaring med håndtering av endringsregimet.
- *Hva er eventuelt årsak til avvik?*
Dersom en studie av endringsmekanismens effektivitet skal være fruktbar og gi merverdi er det påkrevet å identifisere hva årsaken til avvik fra optimal effektivitet kan være, både i forhold til *regelverket* og *etterlevelsen*. Dette vil dessuten være en forutsetning for å kunne introdusere treffsikre tiltak for enten å forbedre regelverket eller gjøre bruken av reglene mer praktiske.

Jeg vil innledningsvis etablere en målestokk som utgangspunkt for vurderingen av hva som er en god regel og hva det innebærer at en regel følges.

For å undersøke endringsmekanismens effektivitet vil jeg deretter benytte rammeverket på fire *konkrete* problemstillinger knyttet til: (1) Endringsmekanismen som styringsredskap, (2) endringers kostnadsvirkninger og (3) endringers tidsvirkninger. I tillegg vil jeg undersøke (4) utfordringene forbundet med strategisk atferd.

Gjeldende rett og praksis vil bli drøftet under hver av de fire konkrete problemstillingene. Jeg vil sammenlikne med den etablerte målestokken og gi min karakteristikk av regelverkets effektivitet. Deretter gjør jeg en normativ vurdering av hvordan oppnå optimal effektivitet før jeg til sist konkluderer.

Mine forutsetninger for å skrive oppgaven

Jeg har jobbet operativt med tilvirkningsprosjekter på leverandørsiden både som planlegger, cost controller, business manager, prosjektleder og prosjektdirektør. Arbeidet har i stor grad dreid seg om endringshåndtering og oppfølging av kontrakter basert på NF-familien⁷. Jeg anser denne erfaringen som representativ for å kunne vurdere effektiviteten og utfordringene til NTK-15 fra et operasjonelt perspektiv.

Fordelen er at jeg kan bygge på førstehånds kunnskap om praktisk bruk av regelverket. Ulempen er at min erfaring fra en rekke prosjekter likevel kun er et utsnitt av en stor virkelighet. Mange års arbeid mot selskapssiden har gitt meg verdifull kunnskap om kundens situasjon, men likevel kjenner jeg leverandørperspektivet best. Selv om jeg forsøker å balansere mine drøftelser vil oppgaven naturlig bære preg av dette.

Jeg vil dessuten poengtere at jeg trekker generelle slutninger snarere enn å foreta henvisninger til konkrete prosjekter. Belegg for mine operasjonelle standpunkter vil derfor bygge på samlet erfaring fra en rekke EPC⁸-prosjekter på norsk sokkel.

3 Presentasjon av endringsmekanismen under NTK-15

Formålet med NTK-15 er i forordet beskrevet som «å oppnå mer kostnadseffektiv prosjektgjennomføring og ressursforvaltning».⁹

⁷ Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF).

⁸ Engineering Procurement Construction (EPC).

Kontraktens endringsmekanisme skal i samsvar med dette «imøtekomme selskapets behov for å kunne endre sine krav til leveransen med bindende virkning for leverandøren».¹⁰ Selskapet kan altså ensidig pålegge leverandøren å utføre endringer utover de kontraktsfaste krav. Leverandøren gis umiddelbar arbeidsplikt mot at han på et tidspunkt skal kompenseres for dette. Hensynet bak denne justeringsadgangen er å sikre at kontraktsgjenstanden best mulig tilpasses selskapets behov på leveransetidspunktet siden krav til ytelse ofte varierer underveis i store tilvirkningsprosjekter.

For å innfri materielle og prosessuelle krav er endringsmekanismen konstruert som en «koplingsboks»¹¹. Om vilkårene for dets anvendelse er oppfylt, trer koplingsboksen i funksjon med et sett klart definerte rettsfølger. Regimet kan også benyttes utvidende om utilsiktede hendelser som force majeure, nye myndighetskrav etc. påvirker prosjektet.

Endringsmekanismen er regulert i art. 12-16 mens en rekke øvrige artikler også henviser til disse bestemmelsene. Blant annet gjelder dette art. 11 som regulerer fremdrift og forsinkelser. Art. 12 gir grunnlaget for selskapets rett til å pålegge endringer ved endringsordre (VO)¹² og avgrensar samtidig endringsadgangen. Art. 14 regulerer de formelle krav til endringsordrens innhold. Materielle regler om endringers virkninger og kompensasjon for tid og kost er spesifisert i art. 13. Det inkluderer blant annet et ratesystem for vederlagskompensasjon i art. 13.2 og en «rullerende analyse» i art. 13.4(2) med mulighet til å fremsette krav om akkumulerte fremdriftsvirkninger av endringer pålagt siste tre-måneders periode.¹³ Art. 16 inneholder regler om hvordan avklare tvist om *hvorvidt* det foreligger endring. Om nødvendig kan ekspertavgjørelse kreves etter art. 16.3. Art. 16.1 gir selskapet instruksjonsrett uten bruk av VO mens leverandør forpliktes til å respondere med endringsordrekrav (VOR)¹⁴ innen en preklusiv frist på 21 dager for ikke å miste retten til kompensasjon. Leverandøren har dermed et insentiv for å identifisere endringer, ekte eller uekte. Selskapet kan ikke avskjære endringsordrekrav. Forholder han seg passiv, anses omtvistet VO (DVO)¹⁵ utstedt etter «deemed-regelen» i 16.2(1). Ved tvist om konsekvenser av endringer gir art. 15 prosessuelle regler for hvordan avklare dette. Endelig tvisteløsningsmekanisme er voldgift etter art. 16.4.

⁹ NTK-15 s. 2.

¹⁰ Kaasen (2018) s. 311.

¹¹ Kaasen (2018) s. 311.

¹² Variation Order.

¹³ Kaasen (2018) s. 428.

¹⁴ Variation Order Request.

¹⁵ Disputed Variation Order.

4 Formål, hensyn og utfordringer ved endringsmekanismen

Formål og hensyn: Endringsmekanismen som regulator

Når man skal undersøke hvilke formål, hensyn og utfordringer som gjør seg gjeldende for endringsregimet, kan det være nyttig å løsrive seg fra virkeligheten og forestille seg en ideell endringsmekanisme. En interessant tanke er å trekke paralleller til kybernetikk og velkjente reguleringsteknikker i naturvitenskapen. Endringsmekanismen kan betraktes som en regulator der oppgaven er å stabilisere et dynamisk system som utsettes for forstyrrelser som påvirker systemets likevekt.¹⁶ Regulatoren skal tre i funksjon så snart forstyrrelsen har inntruffet og dets formål vil være todelt. For det første skal den sørge for at systemet *raskest mulig* gjenoppretter balanse. I tillegg er det viktig at balansen skal være *varig uten negative følger* i ettertid. Derfor bør regulatoren sørge for at likevekten ved sluttsituasjonen forblir stabil og ikke forrykkes eller gir grunnlag for senere ubalanse i andre deler av systemet.¹⁷

Overført til endringsmekanismen i NTK-15 vil enhver endring, tilsiktet eller utilsiktet, innebære en forstyrrelse for prosjektet. Ved tilsiktede endringer vil leverandøren umiddelbart pålegges arbeidsplikt¹⁸ idet forstyrrelsen inntre, gitt at rammene i art. 12.1 ikke er overskredet. Den tilsvarende kompensasjonen vil imidlertid ofte trekke ut i tid. Ved utilsiktede endringer skal leverandøren holdes skadesløs, men han har varslingsplikt¹⁹ til selskapet som velger videre fremgangsmåte. Avklaringene som i begge tilfeller gjøres mellom partene kan sammenliknes med en ideell regulators forsøk på å redusere virkningene av forstyrrelsen. Først når løsningen er fastslått og gjennomført, vil regulatoren ha virket ferdig.

Basert på systembetraktninger kan vi derfor tenke oss at et dynamisk prosjekt gjennomgår tre viktige faser: For det første har vi den *initielle fasen* før endringen inntre. Det blir her et spørsmål om hvilken grad av balanse som foreligger i utgangspunktet og hvordan rådigheter²⁰, ressurser og risiko er fordelt mellom partene. Andre fase er *mellomperioden*²¹ som innledes ved at endringen påvirker prosjektet enten ved VO, instruks eller på utilsiktet vis. Dette er en ustabil periode, preget av forhandlinger mellom partene for å komme til enighet om kompensasjon. Samtidig kan nye endringer inntre og forseringstiltak pålegges, hvilket kom-

¹⁶ Balchen (1999) s. 32.

¹⁷ Sml. med PID-regulator i Balchen (1999) s. 72.

¹⁸ Art. 15.1 jf. art. 4.1/11.1.

¹⁹ Varsel kan skje ved VOR, f.eks. jf. art. 11.1 (forsinkelse) eller art. 28.2 (force majeure).

²⁰ Knippe av rettigheter og myndigheter, jf. Eide (2008) s. 62.

²¹ Sml. Kaasen (2009) s. 55.

pliserer bildet ytterligere. Siste og tredje fase er *sluttsituasjonen* som inntreffer ved enighet mellom partene, alternativ tvisteløsning eller voldgift.²²

I denne prosessen virker flere hensyn inn på endringsmekanismen. Den *initielle fasen* ivaretar selskapets rett til endringspålegg for å dekke sine skiftende behov. *Mellomperioden* bør forløpe med minst mulig forhandlingskostnader og negativ påvirkning på prosjektet og partene. Samtidig er det et viktig hensyn å sikre at *sluttsituasjonen* gir en best mulig og varig balanse ved at leverandøren kompenseres tilstrekkelig for den ekstra innsats som endringen krever. Med en slik tilnærming vil det være lettere å undersøke i hvilken grad endringsmekanismens prosessuelle og materielle regler er effektive.

I forhold til effektivitetsspørsmålet reiser det seg imidlertid en rekke problemstillinger. Det kan blant annet gjelde i hvilken grad endringsmekanismen lykkes med å etablere en stabil *sluttsituasjon*. Samtidig kan man spørre hvem som skal ta risikoen for den uunngåelige ubalansen i *mellomperioden*. Kanskje eksisterte det ikke engang balanse i den *initielle fasen*? Og hvor store er kostnadene forbundet med å fastlegge en løsning? En full gjennomgang av alle disse spørsmål krever imidlertid et langt større studium enn hva denne oppgaven kan omfatte. Jeg vil imidlertid legge denne type betraktninger til grunn for mine vurderinger av endringsmekanismens effektivitet.

Utfordringer: Viktige interessenmotsetninger

Klare interessenmotsetninger eksisterer mellom partene. *Selskapets formål* er å få kontraktsgjenstanden levert til rett tid til rett kvalitet.²³ Dette vil naturlig stå i motsetning til *leverandørens mål* om å maksimere sitt økonomiske resultat samtidig som muligheten for tildeling av nye kontrakter opprettholdes. Samtidig er *samfunnets formål* størst mulig verdiskapning for lavest mulig totale kostnader over tid.²⁴ Her inngår ressursene investert av begge parter samtidig som man må hensynta negative eksternaliteter for miljø og andre interessenter. Helse, miljø og sikkerhet er et felles mål for alle.

I denne spenningen mellom partene påvirker endringsmekanismen aktørene på ulikt vis. Selskapet trenger et middel for å sikre fleksibilitet så skiftende behov kan realiseres. Leverandøren trenger et middel for å sikre tilstrekkelig kompensasjon for tilleggsarbeider. Det er på denne bakgrunn, i lys av partenes ulike formål, at vi må forstå og vurdere samfunnets nytte.

²² Jf. NTK-15 art. 20.6 og 20.7.

²³ Kaasen (2018) s. 347.

²⁴ Eide (2008) s. 100 og s. 133.

En annen motsetning som gjør seg gjeldende for endringsmekanismen er avveiningen mellom detaljer og nyanser i regelverket, vurdert opp mot dets praktiske anvendelighet.²⁵ Det er et viktig poeng at brukerne av NTK-15 er nøkkelpersoner med ansvar for gjennomføringen av svært kompliserte kontrakter både teknisk, økonomisk og operasjonelt. Selv om et knirkefritt samarbeid alltid er et mål for partene, så er det klart at prosjektorganiseringens natur med levering av et bestemt arbeid innen en begrenset tid med begrensede ressurser,²⁶ lett vil føre til motsetninger i den daglige driften. Når prosjektledelsen står midt oppe i vanskelige avgjørelser under sterkt tidspress, blir det samtidig krevende å ha fokus på kontraktuelle formaliteter. Dette illustrerer poenget med at ikke bare må endringsmekanismens regelverk være detaljrikt og nyansert for å sikre balanse mellom partene. Det må også være egnet til daglig bruk og oppfølging av personer uten juridisk kunnskap som ofte er mest opptatt av tekniske spørsmål.

Det er i skjæringspunktet mellom disse motsetningene at endringsmekanismen skal fungere.

5 Hvordan bestemme reglens effektivitet? – Etablering av en målestokk

5.1 Nærmere om effektivitet

Effektivitet er evnen til å nå et formål med lavest mulig forbruk av ressurser.²⁷

For å kunne bestemme endringsmekanismens grad av effektivitet er det påkrevet med et referansepunkt eller en målestokk for vurderingen. Dette gjelder for det første i forhold til hvorvidt den enkelte regel eller sammenhengen i regelverket i seg selv er effektivt. Til grunn for en slik vurdering bør man operere med et sammensatt effektivitetsbegrep bestående av (1) rettsøkonomisk effektivitet, (2) operasjonell effektivitet og (3) juridisk effektivitet slik at flere aspekter av effektivitetsbegrepet blir ivaretatt. Det hjelper ikke om en regel er effektiv i økonomisk forstand, om den ikke er egnet til bruk i praksis. Og samtidig må tvister unngås så langt det er mulig.

For det andre er det nødvendig med en oppfatning av hva det vil si at en regel følges. Årsaken til dette er som vi vil se at graden av etterlevelse får stor betydning for vårt effektivitetsbegrep.

²⁵ Kaasen (2009) s. 66.

²⁶ Project Management Institute (2013) s. 3.

²⁷ Sml. Eide (2008) s. 33 og 134.

Styrende for vår vurdering vil være i hvilken grad endringsmekanismen under NTK-15 bidrar til samfunnsøkonomisk effektivitet: Den ideelle situasjon er derfor om det er en klar kjede av virkninger fra *endringsmekanismens* effektivitet via *NTK-15* sitt formål²⁸ til visjonen for *petroleumsnæringen* som angitt i petroleumsløven § 1-2. Dette betyr at endringsregimet er effektivt i den grad det bidrar til at «petroleumsressursene [...] forvaltes i et langsiktig perspektiv slik at de kommer hele det norske samfunn til gode». Et slikt effektivitetsbegrep kan også overføres til andre bransjer ved at endringsmekanismen skal sørge for effektiv utnyttelse av ressurser investert i infrastruktur eller entreprise.

5.2 Hva er en god regel?

5.2.1 God regel i *rettsøkonomisk* forstand?

NTK-15 gjelder i situasjoner hvor to parter, selskapet og leverandøren, har inngått felles avtale om et tilvirkningsprosjekt for å fremme egne og felles interesser. Partene fordeler rådigheter, ressurser og risiko. Selskapet er gitt rett til ensidig å pålegge endringer, mens leverandøren har arbeidspålikt mot rett til kompensasjon. Regimet vil også kunne tre i funksjon om uekte endringer oppstår.

I forhold til endringsmekanismen, så kan vi betrakte selskapet som en økonomisk aktør som etterspør et gode i form av *endring*, mens leverandøren tilsvarende tilbyr godet *endring*. Basert på dette kan vi noe forenklet forestille oss at aktørene oppfyller kravene til en frikonkurransemodell.²⁹ Dette innebærer at en rekke klassiske forutsetninger må gjelde og de følgende er relevante for vår del: For det første at aktørene er rasjonelle ved at de opptrer etter et grunnleggende ønske om å maksimere egen nytte. For det andre at informasjonen om markedet er fullstendig og symmetrisk ved at partene har samme kunnskap om forholdene i prosjektet. For det tredje at det hersker full kontraktsfrihet og at enhver transaksjon vil være «bona fide» og gjennomføres i god tro uten svindel eller risiko for avtalebrudd. For det fjerde at det ikke kreves ekstra ressurser for å inngå avtaler.³⁰

Frikonkurransemodellens effektive løsning vil i vår sammenheng innebære en type likevekt ved *sluttstanden* der ressursutnyttelsen er slik at de totale kostnader for partene samlet sett er

²⁸ Se Kap. 3.

²⁹ Eide (2008) s. 75.

³⁰ Eide (2008) s. 86.

minimal. En såkalt pareto-optimal løsning vil inntre når ingen av partene kan forbedre sin situasjon eller nytte, uten at den andre aktøren får en lavere nytte.³¹

Men forutsetningene bak frikonkurransmodellen gjelder i en ideell verden og oppfylles ikke i praksis. I virkeligheten vil begge parter måtte bruke ressurser for å komme til enighet siden det er interessemotsetninger eller mistillit mellom partene. Slike transaksjonskostnader defineres som «summen av de forskjellige kostnader som en tvist er forbundet med: sakskostnader, kostnader i form av tapt arbeid og fritid, ubehagskostnader, forhandlingskostnader osv.». ³² Kostnader til tvisteløsning er en viktig del av transaksjonskostnadene og størrelsen på disse kan gi en god indikasjon på regelverkets effektivitet.

En standardavtale som NTK-15 er eksempel på et institutt som er etablert for nettopp å redusere transaksjonskostnader. Forhåndsdefinerte kontraktsvilkår vil redusere behovet for forhandlinger. En standardkontrakt er mest mulig effektiv om avtalen er tilpasset forutsetninger som gjelder for et flertall av partene.³³ Men om enkelte brukere har andre forutsetninger enn det store flertall, vil standardavtalen ikke være optimal og det kan være formålstjenlig å avtale seg rundt standardkontrakten..

I denne sammenheng representerer Coase sitt *sterke teorem* et viktig element ved undersøkelse av reglers effektivitet: «Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordelingen av rådighetene, gjennom samarbeid frembringe et pareto-effektivt resultat». ³⁴ Dette betyr at dersom transaksjonskostnader hadde vært fraværende så ville partene ved egen hjelp avtalt seg frem til et effektivt resultat. I en slik kontrakt ville ressurser og risiko vært fordelt på en optimal måte.³⁵ Målet ved regelkonstruksjon i standardavtaler blir derfor å sørge for at regelverket gjenspeiler nettopp den løsning som partene selv ville kommet til om transaksjonskostnader ikke hadde eksistert.

En optimal regel vil derfor sørge for en balansert fordeling av rådigheter. Ved en slik konstruksjon er to hensyn sentrale. For det første gjelder minstekostnadsprinsippet³⁶; dvs. at risikobærer bør være den som kan påta seg risikoen, eventuelt unnvike risikoen, til lavest mulig kostnad. For det andre må det være samsvar mellom kompensasjon og fordelingen av risiko.

³¹ Eide (2008) s. 97.

³² Eide (2008) s. 133 og 468.

³³ Jf. majoritetssynspunktet, se Eide (2008) s. 353.

³⁴ Se Eide (2008) s. 137 for Coase-teoremets *sterke* versjon.

³⁵ Eide (2008) s. 353.

³⁶ Eide (2008) s. 291.

Dersom *optimale* avtaler ikke kommer i stand, så tyder dette altså på ineffektivitet av to grunner, ifølge Coase: For det første at regelen fordeler rådighetene eller goder skjevt mellom partene og derfor er ubalanserte. For det andre at transaksjonskostnadene er så høye at de forhindrer at partene ved egen hjelp kan etablere en balansert avtale. Vi forutsetter da at rådighetene er veldefinerte og tydelige for partene. Annen type markedssvikt som for eksempel strategisk atferd eller asymmetrisk informasjonsfordeling kan også spille inn, se kapittel 6.4.

Konklusjonen blir derfor at en effektiv regel i rettsøkonomisk forstand er en regel som sørger for balanserte avtaler og likevekt mellom partene ved *sluttstanden* samtidig som transaksjonskostnadene forbundet med å komme til enighet eller fastsette en løsning er redusert til et minimum.

5.2.2 God regel i *juridisk* forstand?

I juridisk forstand blir spørsmålet om i hvilken grad regelen bidrar til å unngå, minimere eller løse tvister som måtte oppstå under prosjektgjennomføringen.

Ifølge Eide/Stavang defineres slik effektivitet i sivilrettslig forstand som «ønsket utnyttelse av et lands ressurser og at borgerne oppnår resultater i overensstemmelse med rettslige situasjoner og lovgiverens intensjoner». ³⁷ En god regel i juridisk forstand er derfor en regel som legger til rette for samarbeid mellom partene ved å forebygge tvister. Om tvister oppstår så er målet at de løses snarest, med gode resultater for begge parter og med forbruk av minst mulig transaksjonskostnader. Slik sett er det sivilrettslige formål sammenfallende med det samfunnsøkonomiske effektivitetsbegrepet i rettsøkonomien.

Regelverket vil videre være effektivt dersom det bidrar til en *tillitvekkende*, *hurtig* og *billig* prosess. ³⁸ *Tillitvekkende* innebærer en forventning om at regelverket vil sørge for riktig avgjørelser. Dette gir partene grunnlag for to typer ressursbesparelser: For det første at de ved å stole på systemets rettsavklarende virkning unngår ressurskrevende aktivitet for å beskytte egne interesser i mistro til motparten. For det andre, om tvist først oppstår vil kostnadene bli lavere når partene kan stole på at avgjørelsen er rett. *Hurtig* innebærer at en løsning kan oppnås innen kortest mulig tid. Og *billig* betyr at regelverket bidrar til å minimalisere antallet gale avgjørelser og samtidig redusere kostnadene forbundet med prosess ved tvister. Mulig mot-

³⁷ Eide (2008) s. 482.

³⁸ Eide (2008) s. 481.

strid mellom begrepene gjør samtidig at hensynet til en *tillitvekkende* og *hurtig* prosess må avveies mot hvor *billig* den kan gjennomføres.

5.2.3 God regel i *operasjonell* forstand?

Et viktig hensyn å ivareta for regler som styrer tilvirkningsprosjekter er at de skal være *anvendelig* for brukerne. Bestemmelsene må være egnet til å oppnå prosjektets mål³⁹ og mulig å bruke på en rasjonell måte. Slik er de samme vilkår om tillitvekkende, hurtige og billige løsninger gyldige også på det operasjonelle området.

For at regelverket skal sikre en praktisk gjennomføring av prosjektet i hverdagen, må reglene støtte oppfyllelsen av tre operasjonelle hovedkrav.⁴⁰ For det første kreves en realistisk plan for arbeidet som angir hvordan man skal nå prosjektmålene. For det andre kreves innsikt i faktisk gjennomføring ved at man til enhver tid kjenner status i prosjektet. For det tredje må man ha evne og vilje til å korrigere faktiske avvik fra plan. Dette fordrer en motivasjon for å styre prosjektet. Et godt regelverk i operasjonell forstand skal bidra til å oppfylle disse kriteriene.

³⁹ Levering av kontraktsgjenstanden innen rammer for tid, kost, kvalitet og HMS.

⁴⁰ Kaasen (2018) s. 70.

5.2.4 Målestokk for god regel

Basert på dette kan følgende målestokk for en god regel oppstilles når det gjelder NTK-15 sin endringsmekanisme:

Tabell 5.1: Målestokk for god regel i samfunnsøkonomisk forstand

#	Rettsøkonomisk		Juridisk	Operasjonelt	Regelens Godhet *
	Fordeling av rådigheter ved sluttilstanden	Transaksjonskostnader			
1	Balansert	Lave	Vurdering (Tillitvekkende, hurtig, billig)	Vurdering (Jf. prosjektmål/operasjonelle krav)	Optimal (God)
2	Delvis Balansert	Lave			Tilnærmet Optimal (God)
3	Delvis Ubalansert	Høye			Mindre Optimal (Forbedringspotensiale)
4	Ubalansert	Høye			Suboptimal (Forbedringspotensiale)

(*) Baseres på en rettsøkonomisk, juridisk og operasjonell helhetsvurdering

5.2.5 Hva kan være årsaken til at en regel ikke er optimalisert?

Det kan være flere årsaker til at et regelverk ikke er optimalisert i samfunnsøkonomisk forstand. For det første kan mange situasjoner være vanskelige å regulere i detalj og enkelte ganger er det heller ikke ønskelig. Konsipistene må forholde seg til mange ulike hensyn og da kan en mellomløsning bli resultatet. Det kan også hende at den optimale løsningen ikke var kjent eller ble vurdert overhodet.

Regulering av standardavtaler skjer typisk ved at interesseorganisasjoner forhandler på vegne av hver av partene, slik tilfellet har vært for NF-familien.⁴¹ Dette reiser utfordringer i forhold til optimalisering av regelverket. Ved revisjoner av avtaleverket kan eksempelvis noen spørsmål betraktes som så vanskelige at de ikke engang diskuteres av frykt for å spolere totalavtalen⁴². Man kan dermed oppleve at enkelte punkter ofres til fordel for helheten. Tilsvarende vil kompromisser kunne medføre at optimale løsninger forkastes, men at mindre gode løsninger, akseptable for begge partene, oppnås i stedet. Tilsvarende kan gjelde ved «hestehandler» der en part kan få fullt gjennomslag på enkelte områder, men må gi seg på andre. Et annet moment er i hvilken grad forhandlingspartene faktisk er representative for et flertall av brukerne. Utviklingen både på leverandørsiden og selskapssiden kan ha endret seg slik at partenes forutsetninger er annerledes enn da standardkontrakten ble fremforhandlet. Man kan for eksempel tenke seg en utvikling fra store aktører på hver side over til en situasjon hvor langt mindre aktører tar standardkontrakten i bruk. Kanskje har også avtalen fått større utbredelse, enten til nye bransjer eller andre geografiske områder som ikke var tiltenkt dekket da avtalen ble inngått. Da er det ikke sikkert at de fremforhandlede løsninger er effektive for brukerne, jevnfør drøftelsen om majoritetssynspunktet over. Et eksempel er NTK-15 sin stadig større anvendelse på landbaserte prosjekter.⁴³

Videre kan asymmetrisk informasjon mellom partene under forhandlingene også ha bidratt til en ubalanse i regelverket. En annen mulig årsak til at regelverket ikke er optimalt er partenes endrede behov og forutsetninger over tid. Juridisk teori kan også bidra til utvikling av kunnskap om hva som er en effektiv regulering. Til sist kan vi nevne at øket erfaring både med prosjektledelse og kontraktsoppfølging på begge sider kan ha medført ny erkjennelse og kunnskap om hva som er «best practise» i bransjen.

5.3 Hva vil det si at en regel følges og hva er konsekvensene for effektivitetsspørsmålet?

5.3.1 Hva vil det si at en regel følges?

En naturlig språklig forståelse av å følge en regel, er at subjektet som regelen retter seg mot etterlever rettsfølgensidens normer. En forutsetning er da at vilkårene på regelens betingelses-

⁴¹ Bjerkem (2018) s. 14.

⁴² Jf. NF-15-forhandlingene der enkelte kommersielle spørsmål ble ansett for følsomme til å gjenåpnes slik at NF-07 løsningene ble videreført, jf. Kaasen (2018) s. 380. Parallellitet mellom NTK-15 og NF-15 bør tilstrebes for endrings kompensasjonsregler.

⁴³ Eksempelvis Bane Nor og Follo-banen.

side er oppfylt. Enkelte ganger vil subjektet kunne velge å følge regelen, andre ganger vil han ikke ha noe valg. Regelen vil kunne pålegge plikter og tilby rettigheter ved påbud, fritak, forbud eller tillatelser.⁴⁴ Backer hevder at å følge en regel innebærer at man benytter seg av regelens tilbud, rettigheter, tillatelser og kompetanser.⁴⁵

Det er en interessant og viktig sammenheng mellom hvorvidt en regel følges og regelens effektivitet. Fæhn er inne på dette når han diskuterer betydningen av en strategimodell for regelletterlevelse og formålsrasjonell atferd.⁴⁶ Han påpeker at etterlevelse avhenger av om regelen angir den fremgangsmåte som gjør det enklest mulig for individet å nå sine mål. En rasjonell aktør vil ved vurderingen om han vil følge en regel eller ikke, forfølge sin egeninteresse i håp om å maksimere nytte. Etterlevelsen av en standardavtale avhenger derfor av om reglene faktisk oppleves som gode og nyttige av partene.⁴⁷ Effektiv bruk av regelverket forutsetter dessuten at bestemmelsene er *lett tilgjengelig, kjent og forstått*.⁴⁸ Om et eller flere av disse betingelser ikke er til stede, vil man ikke oppnå høy grad av etterlevelse.

5.3.2 Målestokk for regelletterlevelse

På denne bakgrunn velger jeg å etablere en modell for «Grader av etterlevelse»⁴⁹. Vurderingskriteriet er hvor ofte partene erfaringsmessig handler i samsvar med rettsfølgesidens normer. Hvorvidt regelen er lett tilgjengelig, kjent, forstått og brukt gir en indikasjon på dette. Partenes formålsbetraktninger er også av betydning.

⁴⁴ Pliktnormer, jf. Eng (2007) s. 52.

⁴⁵ Backer (2015) s. 12.

⁴⁶ Fæhn (2002) s. 250.

⁴⁷ Jf. drøftelsen om *god regel*.

⁴⁸ Sml. Kaasen (2009) s. 58.

⁴⁹ Sml. Backer (2015) s. 12.

Tabell 5.2: Målestokk – Regeletterlevelse

#	Vurderingskriterium: <i>Hvor ofte</i> handler partene i samsvar med regelverket?	Grad av Regeletterlevelse
1	Svært ofte	Full (Følges)
2	Ofte	Høy (Følges)
3	Sjelden	Lav (Følges ikke)
4	Svært sjelden	Ingen (Følges ikke)

5.3.3 Og hva er konsekvensene for effektivitetsspørsmålet?

Forutsatt at en regel er effektiv i samfunnsøkonomisk forstand,⁵⁰ så vil det totale overskuddet maksimeres dersom begge parter lojalt følger regelverket. Man kan imidlertid tenke seg tilfeller hvor partene enes om en annen løsning enn standardkontrakten regel, enten fordi det passer dem best, fordi det er tradisjon eller av andre grunner. Dette kan for eksempel være tilfelle om standardkontrakten virker tvisteskapende snarere enn konfliktløsende.⁵¹ I henhold til anerkjent rettsøkonomisk teori, så vil en avvikende løsning fra standardkontrakten kun være effektiv dersom den nye avtalen er mer balansert og har en bedre fordeling av rådigheter mellom partene.⁵² Optimalitet forutsetter da at gevinsten ved den nye avtalen er større enn transaksjonskostnadene forbundet med å fravike standardavtalen.

Vi kan derfor konkludere med at dersom rådigheter er optimalt fordelt i utgangspunktet, så vil den mest effektive løsning være å følge regelen, gitt at den er egnet til å nå formålet. Men effektiviteten bygger altså på en del sentrale forutsetninger knyttet til både *regelen* og *etterlevelsen* som må være oppfylt, jf. drøftelsen over. Det hjelper eksempelvis ikke at en regel er

⁵⁰ Jf Kap 4. og Pkt. 5.2.1.

⁵¹ Backer (2015) s. 13.

⁵² Jf. Coase-teoremets *sterke* og *svake* versjon, Eide (2008) s. 137-143.

optimal om ingen kjenner eller bruker den. Det er slike vurderinger som vil ligge til grunn for behandlingen av de konkrete problemstillingene nedenfor.

Som vi skal se er det varierende praksis i oljebransjen med hensyn til i hvilken grad NTK-15 sin endringsmekanisme faktisk blir fulgt. Siden dette har direkte sammenheng med regelverkets effektivitet så er det viktig å undersøke nærmere i hvilke tilfeller det er avvik, hva årsaken til dette kan være og hvilke løsninger som bør velges for å oppnå optimal effektivitet.

5.4 En modell for evaluering av reglenes effektivitet

Basert på drøftelsene ovenfor kan vi etablere en modell for kategorisering av reglers effektivitet avhengig av *regelens godhet* og *graden av etterlevelse*. Modellen kan brukes for å bestemme og målrette tiltak for å oppnå optimal effektivitet.

Tabell 5.3:

#	Regelens Godhet	Grad av Etterlevelse	Tiltak
1	God	Følges	N/A
2	God	Følges ikke	Endre Praksis?
3	Har Forbedringspotensiale	Følges	Endre Regel?
4	Har Forbedringspotensiale	Følges ikke	Endre Regel?

For enkelthets skyld er modellen basert på dikotomi; *god* regel eller regel med *forbedringspotensiale*, regel som *følges* eller *ikke følges*, til tross for at det i virkeligheten er nyanser mellom ytterpunktene. Dette vil likevel ikke forringe modellens funksjon. Poenget er uansett at et suboptimalt regelsett og manglende etterlevelse har et effektiviseringspotensial som kan og bør utnyttes.

Så langt har vi presentert prinsippene bak endringsmekanismen som regulator og betraktet formål, hensyn og utfordringen ved denne. Vi har også funnet hva det vil si at en regel er effektiv i seg selv, både i rettsøkonomisk, juridisk og operasjonell forstand. I tillegg har vi drøftet hva det innebærer at en regel blir fulgt samt vurdert betydningen av dette. Vi har også oppstilt en modell for klassifisering av reglers effektivitet. Nå går vi videre til å bruke dette verktøyet i praksis ved å undersøke en rekke konkrete utfordringer knyttet til faktisk bruk av endringsmekanismen.

6 Konkrete problemstillinger knyttet til endringsmekanismens effektivitet

6.1 **STYRING:** I hvilken grad fungerer endringsmekanismen som *regulator* og effektivt *styringsredskap* for partene?

6.1.1 Presentasjon av underproblemstillinger

I dette kapittelet vil vi fokusere på de grunnleggende prosessuelle pilarene i systemet som omfatter selskapets instruks og utstedelse av VO, leverandørens krav, omtvistet VO (DVO) samt koplingen mot arbeidsplikt.⁵³ Problemstillingene vil gjelde i hvilken grad disse reglene er effektive og hvilket potensiale som eventuelt kan utnyttes ved å følge regelverket. Vi vil særlig vektlegge betydningen av hva som kreves av partene i den kritiske fasen rett etter at endring har inntruffet, for å sikre at endringsmekanismen trer i funksjon og kan fungere etter sin hensikt. Samtidig vil vi undersøke hva en aktiv bruk av reglene i art. 12-16 kan bety for bedre kontroll, ikke bare for endringshåndteringen isolert sett, men for totalprosjektet som helhet.

6.1.2 Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelverket?

6.1.2.1 *Juridisk drøftelse og tolkning av regelens innhold*

For endringsmekanismen som prosessuelt system betraktet er det særlig reglene om dets rammer, iverksettelse og funksjonelle anvendelse som er interessante. Rettslig grunnlag for det «prosedyremessige skjelett»⁵⁴ er i hovedsak å finne i art. 12-16, men med en rekke tilknyttede bestemmelser.

En grunnleggende bestemmelse er art. 1.4 som avgrenser endringer til å gjelde endringer av «Arbeidet, Arbeidsbeskrivelsen, Fremdriftsplanen, Selskapets dokumenter, Selskapets ytelser og Leverandørens Spesifikasjon i art. 12-16». Det er altså endringer i leverandørens leveranseforpliktelser som er det sentrale. Dette betyr at endringer i kontraktens administrative bestemmelser ikke er omfattet. Samtidig angir art. 12.1 en viktig begrensning for selskapets endringsadgang ved at man ikke kan pålegge endringer som ligger utenfor «hva partene med ri-

⁵³ Kaasen (2018) s. 377.

⁵⁴ Kaasen (2018) s. 377.

melighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått». Dette er i juridisk teori ikke tolket som noe strengt krav og endringsadgangen betraktes som vid.⁵⁵ For at endringsregimet som regulator skal tre i funksjon etter en forstyrrende endring, er bestemmelsene i art 16.1 om respons på instruks og art. 12.2 om respons på VO, viktige. Det samme gjelder varslingspliktene ved utilsiktede endringer. Disse reglene pålegger leverandøren en rekke plikter dersom endringsmekanismen skal fungere effektivt og løpende ivareta begge parters krav på henholdsvis fleksibilitet og kompensasjon. Om leverandøren svikter her, kan transaksjonskostnadene bli store og den samlede ressursbruken i prosjektet ineffektiv i samfunnsøkonomisk forstand. I lys av disse reglene er det prosessuelt i hovedsak to vesentlige aksjoner som leverandøren må sørge for:

For det første må han *identifisere* de *endringer* som oppstår. Dette kan være krevende fordi endringer kan være vanskelig å oppdage og fordi fokus ofte er på det avtalte arbeidet. Kapittel 16 er rettslig grunnlag for å avgjøre hvorvidt endring foreligger. Selv om regelen i art. 16.1 krever skriftlig signerte instruks av selskapets representant, så er dette ingen garanti for at ikke uformelle endringer også introduseres. Det vil fortsatt være anledning for et selskap til bevisst eller ubevisst å pålegge leverandøren endringer uten bruk av 16.1-instruks eller ved utstedelse av VO. Samtidig vil «uekte endringer» også kunne oppstå og påvirke prosjektgjennomføringen. Det er derfor særlig viktig at leverandøren opptrer som «vaktpost» og er i kontinuerlig beredskap for å oppdage avvik fra planlagt arbeid.⁵⁶

For det andre må leverandøren kunne *identifisere konsekvenser* av endringene. Dette stiller store krav til kontroll og disiplin i prosjektet og kan være en meget vanskelig øvelse i komplekse EPC-prosjekter der et utall aktiviteter påvirker hverandre. Det er denne aksjonen som vil være avgjørende for hvilken kompensasjon som kan dokumenteres og derfor kreves, jf. artikkel 13 som regulerer endringers materielle virkninger.

I tillegg må de identifiserte endringer og konsekvenser *håndteres* på en korrekt måte etter regelverket. Dette stiller krav til formell kommunikasjon samt overholdelse av ulike preklusiv frister. I denne sammenheng kan det bli aktuelt med krav om ekspertavgjørelse etter 60 dager, jf. art 16.3 eller overholdelse av 8-månedersregelen (jf. art 16.5) for å benytte seg av søksmålsadgangen for avgjørelse av omtvistet endringsordre. Samtidig er det viktig å innse at selv om selskapet initierer endring eller uekte endring inntreffer, så er det leverandøren som må foreta seg noe aktivt. Ved uekte endringer hviler først varslingspliktene på leverandøren. Uansett foranledning settes endringsmekanismen i verk når leverandøren fremsetter krav om

⁵⁵ Kaasen (2018) s. 324 og Bjerkem (2018) s. 117.

⁵⁶ Se også Kaasen (2009) s. 56.

endringsordre. Da blir det opp til selskapet å velge om det skal utstede VO eller DVO. Gjør han ikke det anses DVO utstedt etter art 16.2(1) in fine og kravet er fortsatt i behold. Ifølge Kaasen⁵⁷ bør dette gjelde uavhengig av tvist om VORens form- og innholds krav er oppfylt, så lenge leverandøren pretenderer dette. Videre er leverandørens preklusive frist på 21-dager kritisk å overholde, jf. art. 16.1(2). Der må han ikke svikte. Et viktig spørsmål oppstår imidlertid om det er uenighet om fristen er overholdt. For å unngå at endringsmekanismen kan saboteres av selskapet ved å hevde at VOR er prekludert, taler gode grunner for at leverandørens pretensjon også her blir avgjørende.⁵⁸ Det betyr at selskapet forpliktes til å utstede DVO så lenge leverandøren pretenderer både å ha utstedt VOR innen fristen og at alle form- og innholds krav oppfylt. Vedrørende håndteringen av de materielle reglers tids- og kostnads-konsekvenser er art. 13.2 og 13.4 avgjørende, se kapitlene 6.2 og 6.3 under.

Til sist er det et meget vesentlig moment å bemerke: For at leverandøren i det hele tatt skal være i stand til å identifisere endringer, så forutsetter dette at han *kjenner omfanget av sitt arbeid i detalj*. Dette stiller store krav til at hver enkelt i prosjektorganisasjonen forstår sitt konkrete ansvarsområde under kontrakten.

Når leverandøren under NTK-15 er pålagt rollen som «vaktpost» for endringer, så kunne man forledes til å tro at selskapet vil tjene på enhver endring som ikke oppdages og som kostnadsfritt tilflyter prosjektet. Men dette vil kun skje i prosjekter der leverandøren mangler kontroll over sitt arbeid. En slik situasjon vil være risikabel for selskapet siden det lett kan lede til gale prioriteringer, kvalitetsfeil og forsinkelser forøvrig. Dette har også en side til de kontraktsregulerte kontroll- og varslingsplikter som skal opplyse selskapet om mangler ved selskapsdokumentasjonen, selskapsleveranser eller annet. Også selskapet vil derfor på sikt være tjent med en årvåken og pliktoppfyllende leverandør som kan anvende regelverket på en hensiktsmessig måte til felles beste.

6.1.2.2 *Drøftelse av faktisk bruk i lys av operativ erfaring*

Selv om prosjektets innledende fase ofte kan være preget av samstemmighet og forståelse for motpartens situasjon, så vil de fundamentale interesse motsetningene gjøre at tvister uunngåelig vil oppstå. Utfordringen til leverandørens prosjektleder blir derfor å sikre en aktiv bruk av endringsmekanismen samtidig som prosjektplanen skal følges. En total kontraktsadministrasjon innebærer altså to parallelle løp som må sees i kontinuerlig sammenheng gjennom pro-

⁵⁷ Kaasen (2018) s. 484-488.

⁵⁸ Kaasen (2018) s. 485.

sjektets levetid; den daglige gjennomføringen av avtalt arbeid og den dynamiske kontraktsrett knyttet til håndteringen av løpende endringer.

Det viser seg i praksis at det er svært krevende for prosjektet å ha en korrekt og aktiv tilnærming til *identifisering og håndtering av endringer*. Dette gjelder både for selskapet og leverandør. Mange prosjekter har vanskeligheter med å *identifisere* at endringer faktisk oppstår og gode kontrollsystemer mangler ofte. En grunnleggende svakhet er at prosjektmedlemmene ikke kjenner sitt Scope of Work (SoW) eller grensene for sitt ansvarsområde. Det kan typisk resultere i ekstra tester i et testprogram eller unødig mange kontrollpunkter i en inspeksjons- og testplan (ITP).

Ad *håndteringen* er det for eksempel sjelden at en endring introduseres ved at selskapet utsteder en VO direkte. Det er snarere vanlig at prosessen starter med at selskapet retter en henstilling til leverandøren om å etablere en VOR for et tilleggsarbeid som de skal vurdere. Dette kan dreie seg om alt fra nytt HVAC-anlegg på plattformen eller en mer installasjonsvennlig type «buoyancy-moduler» for kontrollkabler. Det blir da typisk opp til leverandøren å utarbeide overslag over tids- og kostnadskonsekvenser gjennom en serie med VOR-revisjoner frem og tilbake inntil kunden endelig aksepterer ved å utstede signert VO. Slik praksis bryter med kontraktens regler for løsningen i NTK-15 er klar: selskapet skal initiere prosessen enten direkte med VO eller ved instruks som leverandøren så besvarer med VOR. Det kan forøvrig være nyttig med samordning før endringsmekanismen iverksettes, eksempelvis ved at leverandøren gir bindende forhåndsestimat.

NTK-15 inneholder viktige justeringer av endringsmekanismen sammenliknet med NTK-07. De nye reguleringer knyttet til «deemed DVO» i 16.2, ubetinget arbeidsplikt for leverandør etter 15.1(1) og flere skarpe preklusive 21-dagers frister, anses som en åpenbar forbedring i bransjen. Imidlertid fører godt samarbeidsklima i prosjektet ofte til at partene ikke etterlever fristene strengt. Men både leverandørens ubetingede arbeidsplikt ved instruks og det faktum at selskapet anses å ha utstedt DVO ved passivitet, bidrar i praksis til effektivisering av prosessen sammenliknet med tidligere.

Selv om leverandøren aksepterer hoppeplikten etter 16.1-instruks, vil avklaring av de kommersielle forhold imidlertid ofte trekke ut i tid. Og for å unngå at DVO anses utstedt er det vanlig at selskapet ber leverandøren trekke omtvistede endringsordrekrav. Enkelte ganger avvises også VOR⁵⁹ til tross for at regelverket ikke gir grunnlag for dette.

⁵⁹ «Rejected VOR».

Å kreve ekspert ved uenighet om endring faktisk foreligger, er dessuten en terskel å overkomme for leverandøren på samme måte som mange vegrer seg for å «kjøre kontrakt» og utstede VOR for den første endring.

Om prosessen med identifikasjon og håndtering av selve endringene er vanskelig, så er utfordringene knyttet til å identifisere og håndtere dets *konsekvenser* om mulig enda mer krevende. Det avgjørende for prosjektet er ikke hvor stor endringen er, men hvor store konsekvensene av endringene er. Det er endringens konsekvenser som må forstås dersom man skal kunne kontrollere et dynamisk tilvirkningsprosjekt. På dette punkt er det et stort potensiale for forbedring. Betydningen av en grundig og gjennomarbeidet vurdering av endringers konsekvenser, primære og sekundære, er undervurdert i bransjen. Dette er viktig for leverandørens kompensasjon og styring samtidig som det gir selskapet forståelse for endringens betydning for prosjektet. Følgen av svikt blir ofte at vesentlige følger overses av begge parter mens unødvendig risiko opparbeides i prosjektet, med fare for forsinkelser og kostnadsoverskridelser. Endringer er ofte en sentral del av prosjektene og hvordan endringsmekanismen håndteres vil kunne ha direkte betydning for prosjektets resultat. Eksemplene er mange på at store kostnadsoverskridelser kan spores tilbake til relativt små endringer som ble introdusert uten at man var kjent med alle konsekvensene.

I det hele tatt er inntrykket at leverandøren ofte har en langt mer *passiv* tilnærming til endringsmekanismen enn det som er tiltenkt etter NTK-15. De færreste prosjekter ser betydningen av fullt fokus på endringsmekanismen som en nødvendig handling for å nå prosjektets mål. I stedet betraktes det som en mindre viktig del enn det ordinære arbeidet.

Prosjekter som har en aktiv tilnærming til endringsmekanismen kan derfor skape store verdier for begge parter forutsatt at endringene etableres under kontroll og med kjennskap til deres virkninger.⁶⁰ Under vil vi se nærmere på hvordan dette kan gjøres i praksis.

6.1.3 Vurdering av regelverkets effektivitet

6.1.3.1 Er det et godt regelverk?

Ved vurderingen av om endringsmekanismens regelverk er godt i *rettsøkonomisk forstand*, vil jeg minne om at det er de grunnleggende prosessuelle reglene vi behandler.

⁶⁰ Endringsmekanismen under NTK-15 kommer erfaringsmessig også svært godt ut sammenliknet med LOGIC og andre internasjonale standarder. Se også Bjerkem (2018) s. 19.

Ved mottak av instruks om endring, må leverandøren utstede VOR for å unngå preklusjon. I tillegg hviler en rekke kontroll og varslingsplikter på leverandøren, eksempelvis ved uekte endringer. Om en betrakter den *initielle balansen* med fordeling av ressurser og risiko i endringsmekanismen, så har leverandøren en mengde plikter, mens selskapet er gitt rettigheter. Hensynet bak denne løsningen er selskapets behov for fleksibilitet og at leverandøren står nærmest prosjektutviklingen og derfor har de beste forutsetninger for å avgjøre når endringsmekanismen bør iverksettes.⁶¹ Risikoen ligger her på leverandøren, men hans direkte kjennskap til prosjektstatus og behovet for å sikre fremdrift gjør at man vanskelig kan tenke en annen løsning. Det blir situasjonen i *mellomperioden* etter endring har skjedd og prosessen frem til løsningen i *sluttsituasjonen* som avgjør regelverkets effektivitet. Dette avhenger av leverandørens mulighet for kompensasjon ved hjelp av de materielle reglene, se under. I tråd med Coase sitt teorem vil dette påvirkes av hvor store transaksjonskostnader som kreves for å oppnå enighet. *I rettsøkonomisk forstand* forutsetter vi derfor at det grunnleggende regelverket prosessuelt sett er så godt og balansert som det kan være. Forutsetningen er gode materielle regler som ikke genererer for store transaksjonskostnader på vei mot nødvendig kompensasjon og eventuell tvisteløsning mellom partene.

Juridisk sett er standardkontraktens grunnleggende løsninger preget av plikter og preklusjonsfrister som er klare og forutsigbare. Bestemmelsene gir et godt grunnlag for samarbeid mellom partene. Det bør også være mulig å bruke avtaleverket på en relativt enkel måte i kombinasjon med ordinær prosjektgjennomføring. Regelverket må anses både tillitvekkende, hurtig og billig.

Med tanke på regelverkets godhet *operasjonelt sett* er det viktig å erkjenne de store fordeler som leverandøren kan trekke ut av endringsmekanismen som styringsredskap. Dersom han nettopp er i stand til aktivt å identifisere endringer og deres konsekvenser, så er forutsetningene tilstede for å holde prosjektplanen løpende oppdatert i lys av kjente avvik.

På grunnlag av dette kan vi konkludere med at endringsmekanismens grunnleggende prosessuelle regler er et *Godt regelverk* med potensiale for høy effektivitet, jf. kategori 1 i Tabell 5.1 over.

⁶¹ Kaasen (2009) s. 56.

6.1.3.2 Følges regelen?

Det er hevet over tvil at endringsmekanismen slik den foreligger i NTK-15 klart har et større potensial for etterlevelse enn det som er vanlig praksis. De grunnleggende prosessuelle reglene i art. 15 og art. 16 for anvendelse av endringsmekanismen pålegger plikter som skal etterleves av begge parter. Men som vi har sett er alternative løsninger ikke uvanlig og ofte dreier det seg om passivitet hos partene. Selskapet kan typisk unnlate å formalisere instruks eller be leverandør initiere prosessen ved først å utstede VOR etterfulgt av en serie revisjoner frem og tilbake før til sist en VO endelig er klar. Vanlig praksis er derfor at man starter endringsmekanismen i feil ende. Leverandøren kan på sin side velge å fravike kontraktens strenge formelle VOR-krav for å unngå å provosere selskapet.

Fæhn nevner at manglende etterlevelse kan skyldes at en part finner en annen og enklere vei for å oppnå sine mål.⁶² Dette kan være en årsak, men forutsetter at man har et bevisst forhold til sine valg. Manglende etterlevelse av endringsmekanismens regler kan også skje ved manglende kontroll over hva som foregår i prosjektet. Det er lett å overse en endring når nødvendige systemer for kontraktsoppfølging ikke er på plass.

Svikt med hensyn til identifikasjon av endringer og deres konsekvenser er derfor ikke uvanlig. Mange prosjektledere er heller ikke kjent med og i enda mindre grad forstår finessen bak endringsmekanismen i NTK-15. Oppmerksomheten er ofte rettet mot arbeidsbeskrivelsen i Vedlegg A snarere enn mot endringsmekanismens regler og da blir etterlevelsen ikke optimal.

Det er også svært vanlig at leverandøren faktisk iverksetter endringer uten at instruks eller VO foreligger. I så fall tar leverandøren all risiko om formelt pålegg fra selskapet ikke kommer.

Oppsummert kan vi på dette grunnlag karakterisere regeletterlevelsen som *Lav* når det gjelder bruk av endringsmekanismen som styringsverktøy og regulator, jf. kategori 3 i Tabell 5.2 over.

6.1.3.3 Hva er evt. årsaken til avvik?

Regelverket anses godt, men redusert *etterlevelse* skyldes ofte at det er krevende å kombinere avtalt kontraktsarbeid med fokus på endringskontrollen. Prosjektleder overtar enkelte ganger prosjekter fra tilbudsguppen som er «skåret til benet» med hensyn til tid og kost for å vinne

⁶² Fæhn (2002) s. 250.

kontrakten. Når man i en slik situasjon samtidig er pålagt å være den aktive part i kontraktsforholdet for å sikre kontroll over endringer, så er dette en krevende situasjon for leverandøren å være i, gitt tidsnød og begrensede ressurser. En ingeniørtung leverandørorganisasjon setter ikke alltid tilstrekkelig innsats inn mot de kommersielle og kontraktuelle sider ved prosjektet. Dette ansvaret tilligger som regel en såkalt Business Manager på leverandørsiden. Om han er alene med dette fokus blir hans kunnskap og gjennomslagskraft kritisk for prosjektet. Hvis denne personen ikke har absolutt kontroll på kontrakten og sørger for gode rutiner for endringshåndtering, så vil prosjektet lide. Jurister bidrar ikke i den daglige prosjektgjennomføringen og påkalles ofte først når tvist er under oppseiling eller allerede har oppstått.

Det stilles naturlig nok også store krav til selskapet for å bidra til at endringer pålegges på korrekt måte enten ved formell VO eller 16.1-instruks. Det mest åpenbare avvik gjelder selskapets restriktive praksis med å utstede VO eller revisjoner av denne etter art. 14, jf. drøftelsen over. Sannsynligvis er manglende kunnskap i bransjen årsaken til at VO-prosedyren sjelden benyttes som forutsatt og at VOR brukes desto mer aktivt. Videre kan leverandører oppleve at beslutningsprosessen på selskapets side enten treneres eller tar svært lang tid. Dersom selskapet er en operatør, så kan årsaken være at det må konsultere sine partnere. Det er da viktig at leverandøren følger opp de frister som etter NTK-15 er pålagt selskapet i forhold til når omtvistet VO (DVO) anses utstedt. Om ikke kontraktens mekanismer for raske avklaringer overholdes, så vil man oppleve at avgjørelsene sklir ut i tid og risikerer å bli løst først under sluttoppgjøret.

En ytterligere årsak til manglende etterlevelse av de grunnleggende regler i endringsmekanismen, er svak kvalitet på interne rutiner både hos leverandør og selskap. Det er svært varierende hvor gjennomarbeidet prosedyrer for endringshåndteringen er i de ulike bedrifter. Samtidig er etterlevelsen også av disse, en utfordring.

Årsaken til at leverandøren vegrer seg for å «kjøre kontrakt» og følge de formelle regler for håndtering av endringer, er typisk at man ønsker å opprettholde et godt forhold til kunden og unngå ubehagelige tvister. Det er stor forskjell på et prosjekt preget av uro og et prosjekt preget av harmoni og dette kan ha betydning for den enkeltes arbeidsglede. I tillegg kan ønsket om ikke å provosere kunden unødig, gi større forhåpninger om tildeling av fremtidige kontrakter. Men tvister vil unektelig oppstå, så det er viktig at begge parter innser fordelene ved en ryddig endringshåndtering og formell etterlevelse av kontrakten.

6.1.4 Underkonklusjon og karakteristik av regelen

Basert på vurderingen over kan vi konkludere med at endringsmekanismen som prosessuell styringsmekanisme er et meget godt regelverk med et stort potensiale for å kontrollere endringer i prosjektet. Men i praksis kan utnyttelsen og etterlevelsen bli bedre. På denne bakgrunn kan vi gi følgende karakteristik, jf. Tabell 5.3:

#	Regelens Godhet	Grad av Etterlevelse	Tiltak
2	God	Følges ikke	Endre Praksis?

Det vil derfor være nyttig med tiltak for å sikre en høyere etterlevelse av regelverket.

6.1.5 Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?

Både selskap og leverandør bør innse fordelene med en total kontraktsadministrasjon bestående av en statisk og dynamisk del der endringsmekanismen anses som et vesentlig element av prosjektgjennomføringen. Dette krever en klar strategi for særlig identifikasjon og håndtering av endringer og deres konsekvenser. Ved at partene og særlig leverandøren som «vaktpost» tar en proaktiv tilnærming til endringsmekanismen, så kan denne faktisk fungere som et effektivt styringsredskap for prosjektet. I motsatt fall vil det være en felle. En aktiv bruk vil sikre at endringsmekanismen alltid trer i kraft ved behov slik at balanse mellom partene kan gjenopprettes etter forstyrrelser. Slik vil tilsiktede endringer gi merverdi snarere enn å representere en øket risiko i prosjektet. Samtidig vil uekte endringer absorberes med minst mulig negative følger.

For å sikre full etterlevelse av det «prosedyremessige skjelett»⁶³, er det en rekke konkrete grep som kan gjøres både på selskapets og leverandørens side.

Gjeldende praksis må innskjerpes slik at endringsmekanismen benyttes korrekt. Endringer skal initieres formelt med VO eller instruks mens VOR er leverandørens respons. Like viktig er en proaktiv bruk av endringsmekanismen ved å sikre identifikasjon og håndtering av endringer og deres konsekvenser. Især gjelder dette for leverandøren som «vaktpost», som må iverksette tiltak for å bringe endringsmekanismen i funksjon.

⁶³ Kaasen (2018) s. 377.

Videre bør begge parter umiddelbart ved prosjektets «kick-off» implementere klart definerte og avgrensede arbeidsoppgaver i sine representative organisasjoner. Arbeidets omfang må deles inn i arbeidspakker (Work packages) og aktiviteter må allokere til de ulike deler av organisasjonen slik at ethvert prosjektmedlem har full innsikt i hva hans konkrete bidrag omfatter. Dette må videre speiles i organisasjonsstrukturen slik at det hverken er overlapp eller hull mellom de ulike enheter eller prosjektmedlemmers ansvarsforhold.⁶⁴ Denne øvelsen er en forutsetning for at referansepunktet «avtalt SoW» skal være kjent. Kun med et slikt utgangspunkt vil man være i stand til å identifisere avvik eller endringer i arbeidet, jf. art 1.4.

På leverandøren sin side, bør derfor samtlige prosjektmedlemmer instrueres formelt via sin stillingsbeskrivelse til å være på kontinuerlig søken etter potensielle avvik. Organisasjonen må disiplineres og underlegges total kontroll ved at enhver mulig endring, tilsiktet eller utilsiktet, *identifiseres* og rapporteres til prosjektledelsen. Alle potensielle avvik må vurderes og varsles til selskapet uten opphold for å avgjøre om det er en endring eller ikke. I tillegg må *konsekvenser* og *risiko* ved faktiske endringer identifiseres.

På grunn av de kompliserte sammenhenger i et EPC-prosjekt krever dette tverrfaglig innsats av alle prosjektets disipliner for å forstå de totale virkninger av selv den minste endring. For å ivareta disse oppgavene bør leverandøren etablere et «Change Board» bestående av sentrale nøkkelpersoner i prosjektet med ansvar for engineering, procurement, fabrication, contract, installation, risk, plan og kost.

En strukturert arbeidsmetodikk som dette vil gi leverandøren grunnlag for å forstå de følger og den risiko som han skal få kompensasjon for. Derfor bør en slik øvelse naturlig anses som en del av leverandørens varslingsplikt slik at også selskapet blir kjent med hva en endring betyr for tid og kost.⁶⁵

Leverandøren bør samtidig ignorere alle uformelle endringsinstruksjoner fra selskapet og fokusere på avtalt arbeid inntil arbeidsplikten inntreffer. For å unngå effektivitetstap er det meget viktig at endringer ikke påbegynnes uten klar instruks eller VO.

Et annet viktig poeng er at «Change Board» bør iverksette loggføring av all formell og uformell kommunikasjon mellom partene ved risiko for tvist. Dette vil gjøre det enklere å oppnå avklaringer og forhåpentligvis unngå vanskelig rekonstruksjoner av prosjekthistorikken. Et

⁶⁴ Klarere ansvarsforhold mellom kontraktspartene er også viktig, jf. NOU 1999:11 s. 173.

⁶⁵ Dette må ligge til grunn for oppfyllelsen av art. 12.2 (Overslag).

enkelt grep som dette vil være svært effektivt for å unngå kostbare transaksjonskostnader ved tvister.

Siden operative aksjoner som dette tradisjonelt ikke har noen plass i selve standardkontrakten, bør hver av partene sørge for at interne prosedyrer og rutiner inkluderer etablering av «Change Board» og gir konkrete retningslinjer for slik aktiv bruk av endringsmekanismen. I tillegg er det viktig at partenes interne «Change Management Plans» inkluderer en-entydige referanser til konkrete bestemmelser i standardavtalen. Dermed kan NTK-15 bli lettere tilgjengelig for brukerne. En slik tilknytning mellom prosjektplanene og standardkontrakten er dessverre uvanlig i prosjektene. Dette kan forklare hvorfor innsikten i NTK-15 sine prinsipper blant prosjektpersonell i beste fall er varierende. En løsning som dette vil derfor bidra til langt høyere kunnskap om standardavtalen i prosjektorganisasjonene, noe det er et stort behov for.

Med hensyn til forbedring av det prosessuelle regelverket, så bør NTK-15 eksplisitt angi at selskapet er forpliktet til å utstede DVO ved tvist om VOR er prekludert eller om form- og innholdskrav ikke oppfylt. Forutsetningen er at leverandøren faktisk pretenderer at dette er tilfelle.⁶⁶

6.1.6 Konklusjon

Endringsmekanismen bør ikke håndteres på siden av, men som en vesentlig og *kritisk* del av prosjektgjennomføringen. Det er derfor viktig at endringsmekanismen benyttes aktivt som prosjektstyringsverktøy av begge parter. Men dette krever en holdningsendring: Leverandøren må tørre å bruke kontrakten fra dag én. Selskapet må på sin side akseptere at formaliteter overholdes selv om dette på kort sikt ikke synes å tjene selskapets interesser.

Det er et poeng at ved manglende etterlevelse av endringsmekanismens system, så er det leverandøren som har mest å tape. Selskapet er ikke like avhengig av korrekt etterlevelse på kort sikt. Men på lang sikt vil også han tjene på en høy grad av etterlevelse.

På denne bakgrunn kan vi hevde at endringsmekanismen som styringsverktøy og regulator har klare kvaliteter som ikke utnyttes optimalt. Tilvirkningsprosjektene bør derfor ha potensiale for store effektivitetsgevinster i samfunnsøkonomisk forstand.

⁶⁶ Jf. Kaasen (2018) s. 486.

6.2 KOSTNAD: I hvilken grad er reglene om kostnadsendringer effektive?

6.2.1 Presentasjon av underproblemstillinger og regelverk

Materielt sett blir problemstillingen i hvilken grad regelverket sørger for en effektiv kompensasjon av leverandør ved pålagte eller utilsiktede endringer. Jeg vil vurdere hvilke typer kostnader og risiko leverandøren eksponeres for når det skjer forstyrrelser i den planlagte prosjektgjennomføringen og undersøke hvordan kompensasjonen skjer. I tillegg vil jeg undersøke hvilken betydning anbudsfasen og avklaringer før kontraktsinngåelse har for størrelsen på endringsvederlag langt ut i prosjektet. Jeg vil avgrense mot drøftelser av de ulike kompensasjonsformatene.

Både prosessuelt sett og forøvrig, er det et interessant spørsmål i hvilken grad endringsmekanismen bidrar til en effektiv regulering av mellomperioden fra endring inntreffer og frem til slutttilstanden hvor tvisten er løst. Dette vil blant annet reise spørsmål i tilknytning til likviditetsutfordringer. Dessverre vil det føre for langt å behandle dette spørsmålet i denne oppgaven.

6.2.2 Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelen?

6.2.2.1 *Juridisk drøftelse og tolkning av regelens innhold.*

Endrings konsekvens for vederlaget

Prinsippet om at regelverket skal bidra til å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet på en praktisk måte etter en forstyrrende endring, får særlig stor betydning for de materielle regler for tids- og vederlagskompensasjon. En rekke hensyn skal ivaretas i den forbindelse og Kaasen nevner «Balanse, nyanse og forutsigbarhet»⁶⁷ som krav til kontraktens system. Samtidig er det klart at det generelle obligasjonsrettslige prinsipp om ytelse-mot-ytelse anses «uttrykkelig satt til side» under NTK-15.⁶⁸

Problemstillingen blir derfor hvor langt retten til kompensasjon faktisk rekker når det gjelder vederlag. Dette er et av regulerings mest betydningsfulle og sensitive spørsmål siden prisen på endringer som nevnt kan være avgjørende for prosjektets suksess både for selskap og leverandør.

⁶⁷ Kaasen (2018) s. 319.

⁶⁸ Kaasen (2018) s. 326.

Rettslig grunnlag for kompensasjon av kostnader er art. 13.2 som oppstiller relativt detaljerte bestemmelser. Hovedregelen er at et avtalt sett av rater som angitt i Vedlegg B, skal ligge til grunn for kompensasjonen. Ratene gjelder betaling for både direkte og indirekte kostnader som administrasjon, innkjøp og fabrikasjon. Strukturen er basert på det såkalte «trappesystemet»⁶⁹ der partene tar utgangspunkt i fastsatte rater, men at de over flere steg kan bevege seg mot mer åpne rater eller til sist rene forhandlinger om ratene heller ikke etter tilpasning passer. Dersom forutsetninger for ratestrukturen brister, så skal det etableres nye rater og normer som «reflekterer Kontraktens generelle prisnivå» jf. eksempelvis art 13.2 d(3).

Når en endring inntreffer kan dette generelt påvirke prosjektkostnadene på fire ulike vis.⁷⁰ For det første vil endringen medføre et konkret tilleggsarbeid⁷¹ som må prissettes og betales. Dette er den såkalte *direkte virkning* eller *primære følge*⁷². Dette kostnadselementet vil typisk inkludere kostnader ved innkjøp og tilvirkning av nye produkter som selskapet har bestilt etter kontraktsignering. I tillegg vil leverandørens resultatmargin som ligger til grunn for kontrakten, inkluderes som påslag slik at resultatet for tilleggsarbeidet isolert sett blir tilsvarende som for prosjektet som helhet, jf. prinsippet om «kontraktens generelle prisnivå».

For det andre må eventuelle «*tidsavhengige konsekvenser*» hensyntas dersom prosjektperioden forandres. Dette kan typisk gjelde administrasjon og overhead samt drift av anlegg.

Det tredje elementet gjelder kompensasjon for de *indirekte virkninger* eller *sekundære følger* som endringer medfører. Dette er konsekvenser av endringen som vil påvirke leverandørens evne til å utføre planlagt og avtalt arbeid til planlagt tid, dvs. produktivitetstap. Slike konsekvenser er som nevnt vanskelige å forutse og krever aktiv bruk av endringsmekanismen kombinert med en streng kontroll fra prosjektorganisasjonen.

Det fjerde elementet er ofte oversett, men ikke desto mindre viktig. Enhver endring, tiltenkt eller ikke, vil bringe en usikkerhet og *risiko* til prosjektet. Slik risiko består i en *forutsigbar* del som større sannsynlighet for sykefravær ved høyere belastning på prosjektpersonellet. Men risikoen vil også ha et element som ikke kan forutses, såkalte *uforutsette hendelser*. Dersom endringens totale risiko *overstiger det generelle risikonivået i prosjektet*, kan vi snakke om introduksjon av en *ekstraordinær risiko*⁷³ som ikke har vært vurdert og priset i anbudsfasen.

⁶⁹ Kaasen (2018) s. 329.

⁷⁰ Sml. Kaasen (2018) s. 328.

⁷¹ Bemerk: drøfter ikke «negative VOR» her.

⁷² Bjerkem (2018) s. 141.

⁷³ Sml. med begrepet *ekstraordinær risiko* i Lødrup (2009) s. 303.

Nå som de tenkelige virkninger av en endring er oppstilt blir spørsmålet i hvilken grad regelverket åpner for å kompensere leverandøren for dette. Ad det første elementet om de direkte kostnader og den eksisterende «mark-up», så er det etter 13.2 klart at NTK-15 gir grunnlag for et slikt vederlag. Ratene skal følges så langt de rekker og leverandøren må forholde seg til disse. Men om egnede rater ikke eksisterer for endringen, så gir kontraktens system grunnlag for å kompensere de direkte konsekvenser av endringen etter «kontraktens generelle prisnivå». ⁷⁴ Avvik fra angitte rater kan tenkes om enhetsprisene ikke dekker den aktuelle endring, om de er foreldet grunnet betydelige forsinkelser eller om forutsetningene for bruk av ratene ikke er tilstede. Tendensen i bransjen har i denne sammenheng gått fra generelle prisgrunnlag, såkalte «High-and-low rates» ⁷⁵, mot å inkludere rater som nyanseres eksplisitt etter jobbens premisser. Anvendelsen av slike rater betinger imidlertid at deres forutsetninger er oppfylt, jf. art. 13.2 d.

Når det gjelder det andre elementet om «tidsavhengige endringer» så er det også klart at det er grunnlag i NTK-15 for en slik kompensasjon. ⁷⁶ Det vil imidlertid bli spørsmål om prioritering mellom tid og kost for selskapet, hvorvidt utsettelse skal kompenseres ved tilleggstid eller vederlag for forseringstiltak.

Med hensyn til det tredje poenget med sekundære følger og produktivitetstap, så har kontrakten eksplisitt regulert dette forholdet i art 13.2 bokstav d) pkt. 4. Men reguleringen spesifiserer kun bestemte arbeidsoperasjoner og om disse ikke er dekkende skal rater for andre sekundære følger altså reflektere «kontraktens generelle prisnivå». En interessant problemstilling i denne sammenheng er hvilke sekundære følger som gir rett til vederlag og hvilke som er for fjerntliggende. Man kan typisk tenke seg en grense mot fortjenestetap som etter bakgrunnsretten ikke vil være omfattet, jf. kjøpsloven § 67(2). Selv om prinsippet ytelse-mot-ytelse er fraveket så er det klart at dersom leverandøren skal kompenseres uten å tape på endringer, så betinger dette betaling for de påregnelige indirekte følger. Utdrøringen med å identifisere disse er imidlertid en av de store vanskeligheter med endringshåndtering i tilvirkningsprosjekter. Dette kan være årsaken til at spørsmålet om endringers sekundære følger er relativt lite påberopt i praksis bortsett fra ved sluttoppgjør.

Vedrørende det fjerde elementet om ekstraordinær risiko, så er det mer tvilsomt hvilket grunnlag kontrakten gir for en slik type kompensasjon. Art 13.2 inneholder ikke klare referanser til kompensasjon for risiko. Fra selskapets synspunkt kan det være naturlig å tolke kontrakten dithen at tilstrekkelig kompensasjon for risiko allerede er inkludert i den resultatmar-

⁷⁴ Jf. art 13.2 og Kaasen (2018) s. 409.

⁷⁵ Kaasen (2018) s. 407.

⁷⁶ Kaasen (2018) s. 328.

gin som lå til grunn ved kontraktsinngåelsen. Men dersom endringens risiko nettopp overstiger og øker den prosjektrisiko som var forutsatt og priset ved kontraktsinngåelsen, kan det være grunnlag for å hevde at en høyere margin bør kreves for slike endringer. Men å identifisere og kvantifisere risikoen er vanskelig. Uansett vil det kunne få store følger for både leverandøren og selskapet om slik risiko ikke håndteres tilfredsstillende.⁷⁷

6.2.2.2 *Drøftelse av faktisk bruk i lys av operativ erfaring*

Endringers konsekvens for vederlaget

Erfaringer fra praksis viser at det er store forskjeller med hensyn til hvordan kostnadskonsekvenser ved endringer kompenseres og hvilke utslag dette gir for partene. Store tilvirkningsprosjekter varer gjerne i flere år og om antall endringer er store, så kan utsettelse skyve leveransedatoen ut i tid og enkelte ganger utover den avtalte periode for ratenes anvendelsesområde. Leverandøren kan derfor risikere at han pålegges store endringer og arbeidsplikt opp mot grensen for rimelighet etter art 12.1, samtidig som kontrakten ikke gir tilstrekkelig grunnlag for en balansert kompensasjon.

Men det motsatte kan også være tilfelle; at leverandøren oppnår en meget god betaling for endringsarbeidet. Avgjørende faktorer er typisk partenes forhandlingsposisjoner og markeds-situasjonen som gjaldt ved tidspunkt for kontraktsinngåelsen. Om det for eksempel var gode tider i leverandørmarkedet, så kan kontrakten gjenspeile dette ved at ratene er høye gjennom hele prosjektet. Men om kostnadsfokus i bransjen gjorde at kontrakten ble inngått med tap, kan dette medføre lave vederlag for endringer. Alternativt kan leverandøren ha satset på god fortjeneste ved fremtidige endringer om han lyktes med å inkludere høye rater for «quantity updates»⁷⁸ over et visst terskelnivå. Selv om standardrater ligger til grunn ved kontraktsinngåelsen kan derfor det konkrete utfall for partene bli ganske tilfeldig med store konsekvenser for økonomien i prosjektet. Samtidig tilsier praksis at det avtalte regelverk følges i de fleste tilfeller.

Situasjonen er annerledes for endringer som ikke dekkes av avtalte standardrater. Ad det første elementet som gjelder *direkte virkninger* så gir kontrakten grunnlag for denne kompensasjonen etter art. 13.2. Men tvist mellom partene oppstår likevel ofte fordi selskapet mener det er manglende samsvar mellom kravet og den faktiske kostnad. Det er derfor viktig at leverandøren er i stand til å dokumentere sitt krav på en overbevisende måte. Dette er i seg selv

⁷⁷ Se også NOU 1999:11 s. 184 om betydningen av at EPC-leverandører har insentiver for å bære risiko.

⁷⁸ Oppdatering av prisformat om mengder overskrider fastsatte terskler.

utfordrende, men om grunnlaget er godt, så vil faktisk kostnad med tillegg av kontraktens resultatmargin som regel bli dekket ved tilvirkningskjøp. Vederlag for *tidsavhengige konsekvenser* er relativt uproblematisk å få kompensert i praksis. Dette er kostnader som åpenbart vil komme i tillegg ved endringer som medfører utsettelse av prosjektet. *Sekundære konsekvenser* av endringer er svært arbeidskrevende å identifisere siden det innebærer at man må ha kontroll på følgeeffekter for alle prosjektets disipliner. Men det er et viktig element for dette er virkninger som med sikkerhet vil inntreffe. I denne sammenheng er det derfor viktig å benytte endringsmekanismen som aktivt styringsverktøy ved bruk av «Change Board».⁷⁹ Erfaring tilsier at det er vanskelig for leverandøren å sikre kompensasjon for de sekundære følger. Grunnen til dette er utfordringene med å overskue konsekvensene og derav etablere et veldokumentert grunnlag for kravet. Om dette mangler vil diskusjonen om vederlag kunne pågå lenge.

I praksis er det lite fokus på en eventuell *ekstraordinær risiko* som kommer med nye endringer. Kompensasjon for denne kreves ikke ofte av leverandøren, om den i det hele tatt blir vurdert. Og om det kreves vil det som regel avstedkomme store motforestillinger fra selskapet. Men den kan påvirke prosjektet med full styrke lenge etter at endringen er introdusert, dersom den materialiseres. Og selv om leverandøren da sitter med risikoen, så vil dette også kunne ramme selskapet, for eksempel ved forsinkelser.

På grunn av vanskelighetene med å komme til enighet om vederlagskonsekvenser er det svært vanlig at kommersielle avklaringer sklir ut i tid og først fanges opp ved sluttoppgjøret om ikke kompromisser eller hestehandler avtales før den tid.

6.2.3 Vurdering av regelens effektivitet: God regel? Følges regelen? Årsak til avvik?

6.2.3.1 Er det en god regel?

Den materielle regelen om kostnadsvirkninger har gjennomgått en utvikling over tid og dagens regelverk med koplingen mellom art 13.2 og Vedlegg B er resultatet av flere tiårs erfaring. Ideelt sett skal endringsmekanismen som regulator sørge for balanse i *sluttstanden*. Naturlig nok vil det være urealistisk å skape et regelverk som kan sørge for fullstendig likevekt etter enhver forstyrrende endring. Under forutsetning av at markedsforhold og prisnivå ikke har endret seg betydelig fra kontraktsinngåelsen, vil ratesystemet representere en forutsigbar og god regulering som balanserer forholdet mellom partene ved sluttstanden. Men

⁷⁹ Ref. drøftelsen under Kap. 6.1.5.

kontraktens system er at leverandøren pålegges arbeidsplikt samtidig som han har risikoen for ikke å bli tilstrekkelig kompensert, for eksempel for ekstraordinære kostnader. Et utilstrekkelig vederlag kan bli resultatet om ratesystemet gir tilfeldige løsninger eller om en latent risiko skulle materialisere seg. Dette kan også gjelde om forutsetningene for enhetsprisenes anvendelse ikke er tilstede, for eksempel som følge av taktisk prising i tilbudsfasen.⁸⁰ Man kan derfor oppleve ganske store transaksjonskostnader i forbindelse med avvik mellom leverandørens krav og hva selskapet er villig til å betale. I tillegg kan leverandøren miste motivasjonen til å gjennomføre endringer om kompensasjonen ikke står i forhold til den pålagte risiko. En «hoppeplikt» kombinert med begrenset vilje til gjennomføring kan igjen påvirke totalprosjektet negativt og gi redusert samfunnsmessig overskudd. Rettsøkonomisk ser vi derfor at det er en relativt stor risiko for ubalanse og høye transaksjonskostnader.

Med hensyn til om regelverket er godt juridisk sett, så er det hevet over tvil at diskusjon om vederlag står for en betydelig del av de tvister som oppstår mellom leverandør og selskap. Det er også tvilsomt om de nevnte krav til et *tillitvekkende, hurtig og billig* regelverk er oppfylt. Vederlaget kan lett bli uforutsigbart og avklaringer trekker ofte ut i tid med pådrag av betydelige forhandlingskostnader.

Operasjonelt fremstår regelverket å gi begrenset støtte i forbindelse med styringen av prosjektet siden det ofte er vanskelig å avtale seg frem til kompensasjon uten at tvist oppstår. De enkle tilfeller uten forhandlingskostnader oppstår gjerne dersom avtalte standardrater kommer til anvendelse. Men også i de tilfeller kan det bli diskusjon om mengder eller timebelastning.

Konklusjonen blir derfor at regelverket har et *forbedringspotensiale*, jf. kategori 3 i Tabell 5.1 over. Men forbedringer er vanskelig å gjennomføre, se drøftelsen under.

En nærmere vurdering av mellomperioden vil føre for langt her. Imidlertid er det verdt å fremheve den prinsipielle relasjonen mellom de to fasene: Effektivitet i sluttperioden hjelper lite om det ikke oppveier ineffektivitet i mellomperioden og vice versa⁸¹.

6.2.3.2 Følges regelen?

Det relativt strengt regulerte vederlagsregimet i art 13.2 sammenholdt med Vedlegg B gjør at ratesystemet blir lett tilgjengelig og kjent for partene. Ofte er det også et stort fokus på hvilke

⁸⁰ Kaasen (2018) s. 407.

⁸¹ Jf. Kaasen (2018) s. 319.

rater som er avtalt og systemet er intuitivt og lett å forstå. Normalt vil standardratene omfatte de mest sentrale elementer av de endringer som oppstår. Praksis er derfor at dersom standardreguleringen dekker det behov som endringen krever, så vil reguleringen bli fulgt.

Ved øvrige endringer som ikke reguleres direkte, men som krever særskilt behandling og enighet, så viser erfaring ikke til noen konsistente avvik fra NTK-15. Som nevnt blir det ofte uenighet om vederlagsvirkningen, men dette er ikke en følge av at regelverket ikke følges, snarere tvert imot. For det er sjelden selskapet tolker kontrakten utvidende og kompenserer mer enn det er grunnlag for dersom leverandøren vil «sikre seg» ved å fremme et høyt krav. Dette var vanligere tidligere på 2000-tallet før det siste oljeprisfallet da man kunne oppleve at selskapet lettere kompenserte for eksempel en eventuell ekstra risiko som endringer medførte.

Det er vanskelig å identifisere reelle handlingsalternativer for partene utenfor NTK-15 som gjør at de lettere kan oppfylle sine særinteresser. Å fravike standardkontraktens løsninger vil gjerne bety at enighet blir enda vanskeligere å oppnå.

Oppsummert blir konklusjonen at partene som oftest opptrer i samsvar med regelverket. Etterlevelsen av de materielle regler i art. 13.2 anses derfor *Høy*, jf. kategori 2 i Tabell 5.2.

6.2.3.3 *Hva er eventuelt årsaken til avvik?*

Vi kan så langt erkjenne at *etterlevelsen* av det materielle regelverket om vederlagsvirkninger er høy, mens *regelverket som sådan* ikke anses optimalisert og det må betraktes som noe tilfeldig hvilke utslag det gir i hvert tilfelle. Det kan være mange årsaker til dette. Vi har nevnt hvor vanskelig det har vært for forhandlerne av standardavtalen å komme til enighet omkring vederlagsspørsmålet og reguleringen bærer preg av kompromisser. Det vil dessuten kreve et svært komplisert system om reguleringen skal være balansert og rettferdig i enhver sammenheng. Særlig gjelder dette når både endringer, konsekvenser og deres faktiske kostnader er vanskelig å overskue. Klare kriterier for prissetting av konsekvensene vil samtidig være utfordrende å etablere. Igjen vil avveiningen mellom hensyn til operasjonell anvendelighet og forutberegnelighet spille inn. I praksis vil nok punktet om vederlag for endringer derfor alltid være kritisk for standardavtalen og til en viss grad preget av heldige og mindre heldige utfall for partene. Samtidig påløper ofte store transaksjonskostnader og hovedgrunnen er som regel manglende sporbarhet for innsatsfaktorer og dokumentasjon for krav.

Det er videre et faktum at ved tilsiktede endringer vil leverandøren ufrivillig kunne pålegges ekstra risiko som han ikke alltid har kontroll over og som ikke har noe klart grunnlag for dekning i kontrakten. Dette har medført at enkelte prosjekter uten nødvendige ressurser til end-

ringshåndtering har sett på endringer som uønsket, hvilket må anses som en svakhet ved regimet. Om endringer i regelverket skal skje bør derfor dette være et punkt som fortjener oppmerksomhet.

6.2.4 Underkonklusjon og karakteristikk av regelen

Med hensyn til de materielle reglene for kostnadsvirkninger så kan vi konkludere med at etterlevelsen er *Høy* mens regelverket som sådan har et *Forbedringspotensiale*.

Basert på dette gis regelen følgende karakteristikk etter tabell 5.3:

#	Regelens Godhet	Grad av Etterlevelse	Tiltak
3	Har Forbedringspotensiale	Følges	Endre regel?

En utvikling av regelverket vil derfor være nyttig, men det er en krevende oppgave.

6.2.5 Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?

For det første bør NTK-15 bidra til å unngå store «plunder og heft» poster ved sluttoppgjørsdiskusjoner.⁸² Dette må sees i sammenheng med drøftelsen om en proaktiv bruk av endringsmekanismen, se kap. 6.1.5. Begge parter bør kontinuerlig være i beredskap for å *identifisere* endringer, deres *konsekvenser* og de *faktiske kostnadene* ved disse. Om man kombinerer dette med *varslingsplikter* overfor motparten, kan man sikre sporbarhet og dokumentasjon for gryende tvister. Å etablere veldokumenterte grunnlag for sine posisjoner vil være en effektiv måte å redusere transaksjonskostnadene.

Det kan videre argumenteres for at regelverket bør åpne for kompensasjon utover den ordinære profitt som kan innfortolkes i begrepet «kontraktens generelle prisnivå» dersom det introduseres en ekstraordinær usikkerhet i prosjektet. Dette forutsetter at partene identifiserer og kvantifiserer risikoen knyttet til hver eneste endring ved løpende oppdatering av sine risikoregistre.

⁸² Petterson (2010) s. 348.

I tillegg bør man ha insentiver for å unngå taktisk prising i tilbudsfasen. Inkluderte rater bør reflektere realistiske forutsetninger slik at de kan anvendes på forutsigbare endringer.

Transaksjonskostnader forhindrer ofte at optimale løsninger realiseres før et krevende slutt-oppgjør. Nevnte tiltak kan i samsvar med Coase sine teorier bidra til at partene inngår fordelaktige avtaler hurtigst mulig.

6.2.6 Konklusjon

Konklusjonen blir derfor at de materielle reglene om vederlag for endringer har et forbedringspotensiale. Etterlevelsen er høy, men regelverket genererer store transaksjonskostnader mellom partene som hindrer en samfunnsøkonomisk optimal løsning. Det bør derfor undersøkes hvordan man kan optimalisere regelverket med tanke på identifikasjon av endringer, deres konsekvenser og prissettingen av disse. De angitte forslag indikerer mulige forbedringsområder. Videre behandling og studier må til for å videreutvikle mekanismen for vederlagskompensasjon.

6.3 **FREMDRIFT: I hvilken grad er reglene om fremdriftsendringer effektive?**

6.3.1 Presentasjon av underproblemstillinger og regelverk

Endringsmekanismens regler om fremdriftskonsekvenser omfatter både materielle og prosessuelle virkninger.

De materielle virkninger omhandler hvilken kompensasjon som skal gis leverandøren i form av mer eller mindre tid som følge av en pålagt endring. De prosessuelle reglene ivaretar hvordan man løser tvister i forbindelse med fremdriftsendringer. I det følgende vil vi først se på hvorvidt de materielle reglene om endringer av fremdriftsplanen er effektive. Dette er avhengig av om den nye aktiviteten er på kritisk linje eller kan gjennomføres i parallell med planlagte aktiviteter. I tillegg må det tas hensyn til den eventuelle ekstra risiko som endringen medfører.

Det vil også gjøres en vurdering av de prosessuelle reglene i forbindelse med fremdriftsendringer. Dette gjelder i hvilken grad regelverket effektivt regulerer partenes posisjoner i mellomperioden etter at endring har inntrådt og før balanse eventuelt etableres i slutttilstanden. Et

relatert spørsmål gjelder hvordan man håndterer styringsutfordringer ved en urealistisk og manglende omforent plan.

6.3.2 Deskriptiv analyse – Hvordan virker regelen?

6.3.2.1 Juridisk drøftelse og tolkning av regelens innhold.

Materielle regler: Virkninger av endret fremdrift ved slutttilstanden

Rettslig grunnlag for materielle fremdriftsvirkninger er NTK-15 art. 13.4. Om selskapet pålegger leverandøren en endring skal leverandøren kompenseres for sin arbeidsplikt på grunnlag av «den samlede nettoeffekt av den enkelte endring».⁸³ En naturlig språklig forståelse vil være at den direkte følge av et konkret tilleggsarbeid skal inkluderes i prosjektplanen. Men hva dette faktisk innebærer gir rom for tolkning og ulik forståelse avhengig av hvordan de nye aktiviteter vil påvirke øvrige prosjektaktiviteter. Hvilken tilleggstid som derfor skal innrømmes leverandøren kan variere og i hovedsak kan to typetilfeller skisseres: (1) Aktiviteter i serie med kritisk linje⁸⁴ og (2) aktiviteter i parallell med kritisk linje.

Før vi går nærmere inn på vurderingen av disse typetilfellene minner vi om poenget fra vurderingen av materielle kostnadsvirkninger og de fire måter som en endring kan påvirke et prosjekt og gi grunnlag for kompensasjon: (1) Den *direkte virkning* av en endring som inkluderer endringens merkostnad pluss profitt som ligger i kontrakten, (2) *tidsavhengige konsekvenser* for administrative aktiviteter, (3) *indirekte virkninger* eller produktivitetstap som gjelder endringens påvirkning på det allerede planlagte arbeid samt eventuell (4) *ekstraordinær risiko* som følger med endringen.

Det kan være nyttig for tanken å overføre disse prinsippene til tidsvirkninger siden en endring kan anses å påvirke et prosjekt tilsvarende både for tid og kost.

Det første typetilfellet ved vurderingen av nettoeffekter gjelder dersom en endring medfører at ny aktivitet må gjennomføres på kritisk linje i serie med allerede planlagt aktivitet. I et slikt tilfelle er den naturlige forståelse at leverandøren skal kompenseres minimum for den *direkte følge*, dvs. ved at leveransedatoen utsettes tilsvarende den nye aktivitetens lengde.

Man kan imidlertid ved drøftelse av størrelsen på denne tilleggstid tenke seg en analogi fra kostnadsvirkningene der leverandøren kompenseres med kostnad pluss den resultatmargin

⁸³ Jf. art. 13.4.

⁸⁴ Den serie av prosjektaktiviteter som direkte vil påvirke leveransedatoen ved forsinkelser.

som i kontakten er lagt på det opprinnelig SoW.⁸⁵ Om en overfører dette resonnementet til tidsvirkninger, så vil det innebære at det for enhver tidsvirkning følger en viss prosent slakk, tilsvarende den forholdsmessige slakk som lå i kontraktens opprinnelige gjennomføringstid. «Den samlede nettoeffekt av den enkelte endring» vil naturlig også inkludere de tidsavhengige konsekvenser ved forlengelse av bankgaranti, forsikringer og liknende.

Det andre typetilfellet for vurdering av nettovirkningen til en endring er når den nye aktivitet vil foregå i parallell med kritisk linje.

Selv om slike aktiviteter ikke vil påvirke milepæler og leveransedato direkte, vil det likevel kreve ekstra ressurser i form av ingeniørtimer, materiell, oppfølging fra ledelsen osv. Dette taler for at noe tilleggstid bør innrømmes siden personell som skulle utføre planlagt arbeid vil måtte bruke tid på nytt arbeid, noe som uunngåelig vil gå på bekostning av det planlagte arbeid. Nye aktiviteter kan også forsinke planlagte aktiviteter slik at de nærmer seg kritisk linje.⁸⁶ Her snakker vi altså om kompensasjon for de indirekte virkninger eller produktivitetstapet. Grunnlag for dette kan innfortolkes i art 13.4 etter analogi fra art. 13.2 Man kan også tenke seg at slik kompensasjon skjer ved vederlag for forseringstiltak etter art 13.4(2) in fine.⁸⁷

Øvrig:

Både ved endringer i parallell og serie vil det også være risiko for hendelser som kan forsinke aktiviteter. Om leverandøren skal kompenseres fullt ut så kan man derfor argumentere med at eventuell ekstraordinær risiko skal dekkes. I dag er det tvilsomt om dette kan innfortolkes i ordlyden «den samlede nettoeffekt».

Videre vil en serie av marginale tidsvirkninger kunne akkumuleres til en plutselig forsinkelse. Dette er bakgrunnen for «begerregelen» i NF-15 art 13.4(1) der det heter at det skal tas «rimelig hensyn til» tidligere endringsarbeider. I NTK-15 er denne regelen inkludert i den rullerende fremdriftsanalysen i art 13.4(3).

Prosessuelle betraktninger om mellomperioden

I tilfelle tvist om fremdriftskonsekvenser, blir begge parter eksponert for risiko for ytterligere forsinkelse. Beslutning om eventuell forsering påvirkes av hvem som skal betale slik at prioriteringsgrunnlaget kan være uklart. Et viktig spørsmål er derfor hvordan endringsmekanismen

⁸⁵ Se pkt. 6.2.2.

⁸⁶ Sml. Bjerkem (2018) s. 179 som berører problemstillingen.

⁸⁷ Jf. selskapets grunnleggende rett til prioritering mellom tid og kost.

som regulator skal håndtere den viktige mellomperioden og sørge for mest mulig balanse fra endring inntreffer til enighet om kompensasjon foreligger.

De aktuelle rettslige grunnlag for å løse tvister om fremdriftsvirkninger er regulert i art 15.3(2). Bestemmelsen er preklusiv slik at om voldgiftssak ikke er innledet innen 3 måneder etter selskapets stilling til krav om fremdriftskonsekvenser, så skal selskapets angivelse av fremdriftsvirkningen anses endelig. Søksmålsbyrden ligger for alle praktiske formål på leverandøren. Dette kan tilsi at han ser fordelene av å «inflatere»⁸⁸ kravene etter 13.4(2) siden VO-ene som hovedregel lukkes på tid.⁸⁹ I motsetning til reglene om midlertidige vederlag (jf. art 15.1 og 16.2) så har ikke NTK-15 regler om foreløpige ordninger for prosjektplanens fremdriftsvirkninger i mellomperioden. Det kan være flere grunner til dette, men den viktigste er nok erkjennelsen av hvor vanskelig det er å bestemme fremdriftskonsekvenser i et tilvirkningsprosjekt.

Et utslag av dette finner vi ved at NTK-15 ikke pålegger leverandøren noen begrensning i forhold til hva han kan kreve av fremdriftsvirkninger ved rullerende analyse etter art 13.4(2). Denne prosessuelle del⁹⁰ av art. 13 gir altså mulighet for leverandøren til å fremme et stort krav i håp om å få gjennomslag for så mye som mulig. En slik regulering kan virke mer tvisteskapende enn løsningsorientert og bidra til forlengelse av den uavklarte situasjon. Siden det ikke finnes noe hinder for at leverandøren fremmer uberettigede krav, kan resultatet bli at partene mislykkes med å begrense mellomperiodens lengde og tvinges til å avklare situasjonen først ved voldgift.

Tvist om fremdriftskonsekvenser kan dermed medføre at forutsetningene for planen brister slik at aktivitetenes lengde og milepælens dato ikke lenger er realistiske. Det er et viktig hensyn at prosjektets fremdrift i minst mulig grad skal påvirkes negativt av tvist om fremdriftskonsekvenser. Prosjektets behov for en god og oppdatert plan som grunnlag for styring og kontroll har vært undervurdert i mange sammenhenger, selv av erfarne prosjektledere.

Planen er ikke bare viktig for en effektiv gjennomføring av avtalt arbeid. Den er også til hjelp for håndteringen av uforutsette hendelser og endringer for å kunne avgjøre deres konsekvenser og hvilke mitigerende tiltak som bør gjennomføres ved avvik. Dette gjelder både for leverandør og selskap. Manglende kontroll og avklaringer i mellomperioden vil dessuten vanskeliggjøre rekonstruksjon av fremdriftshistorikk for tvister som sklir ut i tid mot sluttoppgjøret.

⁸⁸ Jf. Kaasen (2018) s. 455 og Bjerkem (2018) s. 179.

⁸⁹ Se imidlertid Karin Kaasen (2010) s. 59 om Rt.1999 s. 922 og muligheten for gjenåpning av lukket VO om tapet er ekstraordinært stort. Jf. Kaasen (2018) s. 428.

⁹⁰ Bjerkem (2018) s. 148.

Det er derfor viktig å forstå hvilken risiko som ligger i dagens regelverk om prosjektet utsettes for tvist om fremdriftskonsekvenser som fører til at planen ikke lenger blir realistisk.

6.3.2.2 *Drøftelse av faktisk bruk i lys av operativ erfaring*

Materielle regler:

På grunn av tilvirkningsprosjektene omfang og kompleksitet vil det ofte være vanskelig å overskue alle konsekvensene av en endring. Dette gjelder særlig for prosjekter med manglende fokus på endringshåndtering. I praksis vil man typisk klare å bestemme de direkte virkninger på en relativt god måte, mens man undervurderer de indirekte virkninger. Som resultat vil leverandøren ofte fremme et krav om tidsvirkninger som er for lite eller for svakt begrunnet. Tilsvarende så er det ikke vanlig praksis at man krever kompensasjon for slakk i tilknytning til fremdriftskonsekvenser eller at man tar høyde for uforutsette hendelser. Dermed kan kompensasjonen bli utilstrekkelig og nye endringer vil introdusere ytterligere risiko for leverandørens prosjektgjennomføring.

Det er hevet over tvil at prosjekter ofte opplever høy grad av stress i sluttfasen før en leveringsdato. Årsakene kan være flere, blant annet treg oppstart, stram tidsplan, underbemanning osv. Mange endringer med begrenset kompensasjon for fremdriftsvirkninger kan imidlertid også forklare situasjonen.

Vedr mindre tidsvirkninger er det ikke vanlig å inkludere fremdriftsvirkninger og vanligvis inkluderes «TBA»⁹¹ i endringsordrens felt for «schedule impact». Det er i praksis en høy terskel for å kreve utsettelse av leveransedato. Det samme gjelder for kontraktuelle milepæler der terskelen for å be om mer tid burde vært lavere. I realiteten opplever derfor leverandøren en forseringskostnad på egen hånd. Regelen i art. 13.4(2) presenterer en løsning på problemet ved at leverandøren kan rette krav om de seneste fremdriftsvirkninger som har oppstått innenfor siste tre-måneders periode. Det er en oppfatning at den rullerende fremdriftsanalysen skaper et merarbeid i prosjektet, men administrasjonskostnadene må sees i forhold til gevinsten ved ordningen. Regelen tvinger utvilsomt frem et fokus på endringers konsekvenser og den har derfor en klar merverdi som insentiv for proaktiv håndtering av endringsmekanismen.

⁹¹ To be agreed.

Prosessuelle regler: Styringsevne i mellomperioden

Manglende kontroll i mellomperioden når partene er uenige om fremdriftskonsekvenser er et utbredt problem i prosjektorganisasjonen.

Et eksempel kan illustrere poenget: I et EPC prosjekt ble en løpende serie av CPIer⁹² fra en annen av selskapets leverandører forsinket uten at partene fikk kjennskap til riktig ankomstdato. Partene klarte ikke å enes om konsekvensene av endringen og den uavklarte situasjonen varte i flere måneder. Prosjektet var vant til å bruke planen aktivt i prosjektstyringen. Da tvisten inntraff mistet prosjektet enhver forutsigbarhet om videre CPI-leveranser. Manglende innsikt både i planlagt og faktisk situasjon gjorde derfor at styringsevnen ble kraftig redusert og man fikk utfordringer med å prioritere korrekt. Konsekvensene var en svært ineffektiv gjennomføring med høye transaksjonskostnader som begge parter led under.

Samtidig ble situasjonen ytterligere kompleks ved beskyldninger fra selskap om at leverandør uansett ville vært forsinket. Dette er en klassisk problemstilling som mangler en klar løsning i NTK-15. Det er sjelden enkelt å sondre mellom endringer og avtalt arbeid. Og ansvarsforholdene er ikke alltid klare. Dette kan gi seg ekstreme utslag for fremdriftsvirkninger, men er også problematisk for kostnadskonsekvenser. Det som ofte skjer er at tvisten trekker ut i tid og eventuelt får sin løsning ved et kompromiss under sluttoppgjøret. Alternativt vil partene enes om en fordeling av forsinkelsesansvar underveis i prosjektet. I begge tilfeller vil forhandlingskostnader hindre en rask og effektiv løsning. Å regulere slike løsninger eksplisitt er vanskelig på grunn av problemer med å kartlegge faktum. I slike situasjoner vil løpende dokumentering av prosjektstatus og loggføring av tvistens fremdrift gi et bedre grunnlag for å komme til enighet.

6.3.3 Vurdering av regelens effektivitet: God regel? Følges regelen? Årsak til avvik?

6.3.3.1 *Er det en god regel?*

I tråd med Coase sine teoremer er det av avgjørende betydning for effektiviteten hvordan regelverket initielt fordeler ressurser og risiko mellom partene og hvor mye innsats som kreves av partene for å komme til enighet med et slikt utgangspunkt. I tillegg må man se om partene har behov for å fravike regelverket for å nå en optimal fordeling av rådigheter. Standardkon-

⁹² Company Provided Items

trakten representerer utgangspunktet i slike tilfeller og spørsmålet er i første omgang hvorvidt denne sørger for *balanse* i sluttstanden.⁹³

For selskapet vil rådigheten i form av ensidig å kunne pålegge leverandøren en arbeidsplikt ved enhver rimelig endring innenfor rammene av art 12.1, tilsi at selskapets fleksibilitet er stor under kontraktsregimet. Leverandøren plikter da å stille til disposisjon ressurser for egen regning og risiko inntil kompensasjon gis. Ad de materielle reglene vil det for leverandøren være en ulempe om han får redusert kompensasjon for slakk og eventuell ekstraordinær risiko i forhold til endringens belastninger. Ad de prosessuelle reglene vil tvist om vederlag gi høy risiko for styringssvikt i mellomperioden. Styringssvikten vil på lang sikt gå utover begge parter, men det er leverandøren med leveranseplikten etter art. 4 som sitter med hoveddelen av risikoen dersom prosjektet ikke kan styres og kontrolleres ved hjelp av en omforent og realistisk plan. Slik sett er det en potensiell ubalanse både under mellomperioden i forhold til styringssvikt og ved sluttstanden i form av manglende kompensasjon. Det er derfor leverandøren som er mest utsatt for tap.

En konsekvens av et noe ubalansert forhold mellom kontraktspartene ved fremdriftsendringer, er at partene i tråd med Coase vil bruke unødig store ressurser (les: *transaksjonskostnader*) for å komme til enighet. I tilknytning til reglene i art. 13.4 kan dette vise seg ved at leverandøren kan risikere å innlede en langvarig tvist dersom han tolker «den samlede nettoeffekt» utvidende og krever omfattende kompensasjon med høy «rødmefaktor»⁹⁴. Regelverket er derfor ineffektivt på dette punkt og har et klart potensiale for forbedring. I forhold til de *prosessuelle* reglene i art. 15.3(2) medfører fravær av balanserte løsninger i mellomperioden til at forhandlingskostnadene mangler en begrensende faktor tilsvarende kostnadsvirkningenes likviditetsordninger i art 15.2 og 16.2. Det er derfor grunnlag for å hevde at fra et *rettsøkonomisk perspektiv*, er regelverket ikke optimalisert.

Reglene om fremdriftsvirkninger har vært en kilde til tvister i flere tilvirkningsprosjekter. Selv om det er vanskelig å konstruere et effektivt system for kompensasjon av fremdriftsvirkninger, så er det klart at det gjeldende regelverk har forbedringspotensiale også i *juridisk forstand*. Det bør være mulig å oppnå hurtigere og billigere løsninger. Regelverket bør også i større grad kunne gi partene en forventning om riktige avgjørelser, siden usikkerheten under gjeldende regime er så vidt stor i både mellomperioden og sluttstanden.

⁹³ Bemerk: Materielle og prosessuelle regler etter 14.3 og 15.3 anses *veldefinerte*. Kriteriet for Coase sitt *sterke teorem* (se kap. 5.2.1) er derfor oppfylt.

⁹⁴ Kaasen (2018) s. 432.

I forhold til de *operasjonelle krav* til regelverket, så vil en uavklart situasjon i mellomperioden hverken oppfylle kravet til en fastsatt prosjektplan eller gi nødvendig innsikt i prosjektstatus. Det vil derfor være krevende å korrigere faktiske avvik fra plan. Regelverket har derfor potensiale for forbedring også med et slikt perspektiv.

Konklusjonen er derfor at regelverket om fremdriftskonsekvenser har et *forbedringspotensiale*, jf. kategori 3 i Tabell 5.1. Dette gjelder blant annet i forhold til å kunne effektivisere «rødmefaktoren» som skranke ved fremdriftskrav, gi rom for å kompensere eventuell ekstraordinær risiko samt sikre en prosessuell løsning i mellomperioden.

6.3.3.2 Følges regelen?

Reglene om fremdriftskonsekvenser anses å være relativt godt tilgjengelig og kjent blant brukerne. Regelverket oppfattes intuitivt og er forholdsvis lett å forstå. Imidlertid er det prosjekter som ennå ikke har innsett fordelene ved den nye bestemmelsen om rullerende analyse i NTK-15 art. 13.4(2).

I tillegg kan leverandørene i større grad fremme endringsordrekrav om fremdriftsvirkninger, særlig i forhold til sekundære følger eller mindre primære følger. Kompensasjon for slakk eller tilknyttet fremdriftsrisiko utelukkes også ofte fra VOR, men det er ikke entydig etter juridisk teori hvorvidt dette faktisk kan inkluderes.⁹⁵

For øvrig viser erfaring at partene i hovedsak retter seg etter bestemmelsene om fremdriftskonsekvenser. Som for kostnadskonsekvensene ser ikke partene seg tjent med å fravike NTK-15 sin løsning for lettere å oppnå egne mål. Tvister oppstår, men disse er gjerne forårsaket av uenighet om faktum og grunnlag for krav. Det er slike situasjoner som regelmessig skaper problemer og styringsutfordringer i mellomperioden. Det er kun unntaksvis at prosjektene rammes av tvister knyttet til urimelig høye krav fra leverandør i forbindelse med rullerende fremdriftsanalyse.

Konklusjonen blir derfor at partene som oftest handler i samsvar med regelverkets normer slik at etterlevelsen samlet sett må karakteriseres som *Høy*, jf. kategori 2 Tabell 5.2.

⁹⁵ Vedr. betraktninger omkring slakk, se Karin Kaasen (2010) s. 22 flg. og Kaasen (2018) s. 426 jf. NSC-05 art. 13.3.

6.3.3.3 Hva er evt. årsaken til avvik?

Som konkludert over er det et visst potensiale for forbedring av *regelverket*. Når det gjelder manglende prosessuell regulering i mellomperioden, så kan dette forklares med utfordringer knyttet til å regulere muligheten for midlertidig fremdriftskompensasjon tilsvarende vederlagsordningen i art 15.3 og 16.2. Tidsvirkningenes kompleksitet gjør et slikt system svært utfordrende å designe.

Med hensyn til den materielle regelen i art 13.4, så er det ikke tradisjon for å betrakte slakk og øket fremdriftsrisiko som gjenstand for forhandling i forbindelse med fremdriftsvirkningene av en endring. Snarere er det en oppfatning blant enkelte oljeselskaper at den slakk som leverandøren er gitt i opprinnelig plan, også bør dekke en viss mengde endringer og risiko. Manglende skranker for leverandørens krav ved rullerende analyse, kan også være et utslag av erkjennelsen om planverkets kompleksitet og utfordringene med å regulere fremdriftsvirkninger⁹⁶.

Vi har kommet til at *etterlevelsen* av regelverket generelt betraktes som høy. Men det er likevel tilfeller der leverandøren avstår fra å fremsette krav om fremdriftsvirkninger som han faktisk har grunnlag for. Dette kan skyldes vegring mot å provosere selskapet eller manglende kontroll på konsekvenser. Svakt grunnlag for kravet og manglende dokumentasjon kan også være en medvirkende årsak.

6.3.4 Underkonklusjon og karakteristikk av regelen

Så langt kan vi konkludere med at regelverket om fremdriftsvirkningen av en endring har potensiale for forbedring på enkelte områder. Men partene handler som oftest i samsvar med regelverkets normer. Vi kan på dette grunnlag karakterisere regelen etter kategori 3 jf. tabell 5.3:

#	Regelens Godhet	Grad av Etterlevelse	Tiltak
3	Har Forbedringspotensiale	Følges	Endre regel?

En forbedring av regelverket vil altså kunne øke effektiviteten.

⁹⁶ Kaasen (2008) s. 432.

6.3.5 Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?

Den uavklarte situasjon med *styringssvikt i mellomperioden* er krevende både for leverandøren og selskapet. Man kan derfor argumentere for at NTK-15 skulle regulere en slik situasjon eksplisitt, men prosessuelle regler av denne art er som nevnt vanskelig å konstruere. Tvister som oppstår er imidlertid gjerne forårsaket av *uenighet om faktum og grunnlag for krav*.

En løsning som kunne avhjelpe situasjonen er derfor å gi partene ytterligere insentiver for å identifisere avvik tidlig samtidig som de underlegges klare varslingsplikter.⁹⁷ Man bør tilstrebe sporbarhet og dokumentasjon som kan bidra til å avklare tvister raskere. Dette vil også kunne føre til øket etterlevelse av regelverket selv om den betraktes som høy allerede. Den rullerende fremdriftsanalysen er således et steg i riktig retning. I tillegg kan en mer aktiv bruk av prosjektplanen bidra til å klarlegge sammenhenger og konsekvenser av potensielle endringer som kan testes ut på et tidlig tidspunkt. Slik innsats vil virke positivt med tanke på å redusere transaksjonskostnader i en mellomperiode. Det vil også lettere begrunne krav for den rullerende fremdriftsanalyse. Eventuelt kan man vurdere en forhåndsoppnevnt ekspert for å avgjøre midlertidig fremdriftsvirkning om enighet ikke oppnås raskt, jf. ordningen for å avgjøre hvorvidt endring foreligger i art 16.3.

Regelverket kan også forbedres materielt ved å sikre en mer balansert kompensasjon for tilleggsaktiviteter og ekstraordinær risiko. Om man trekker parallellen til reguleringen av kostnadsvirkningene i art. 13.2, så kan bestemmelsen tolkes slik at det er grunnlag for at prosjektets resultatmargin skal inkluderes i endringers pris. En tilsvarende løsning for fremdriftsvirkninger vil da medføre at nye endringer bør inneha et element av slakk i tillegg til aktivitetens lengde. Videre bør man vurdere å effektivisere «rødmefaktoren» slik at man får et kontrollpunkt for krav om fremdriftsvirkninger før evt. voldgift.

Det nærmere innhold i de angitte reguleringsforslag vil imidlertid kreve en grundig vurdering av fordeler, ulemper og alternative løsninger. Det er uansett verdt å undersøke tiltak for å forbedre systemet siden gjeldende praksis gir seg kostbare utslag i samfunnsøkonomisk forstand.

6.3.6 Konklusjon

Basert på ovenstående drøftelser forstår vi at regelverket om endringers fremdriftskonsekvenser har et forbedringspotensiale. Det er delvis ubalanse i regelverket på enkelte punkter og

⁹⁷ Jf. Kap 6.2.5.

risiko for styringssvikt i mellomperioden. I tillegg medgår store transaksjonskostnader for å komme til enighet ved tvister. Samtidig må etterlevelsen av regelverket kunne karakteriseres som høy.

Det bør være grunnlag for øket samfunnsøkonomisk overskudd ved utbedring av regelverk og endret praksis på noen områder. Mulige løsninger bør undersøkes nærmere ved egne studier.

6.4 TAKTIKK: utfordringer knyttet til strategisk atferd

6.4.1 Introduksjon

Formålet med dette kapittelet er å undersøke eventuelle svakheter i regelverket som kan utnyttes av partene gjennom såkalt strategisk atferd. Dette er forhandlingskostnader eller annen type suboptimal atferd som hindrer effektiv utnyttelse av de ressurser som investeres i prosjektet.⁹⁸ Problemstillingen har også en side til etiske spørsmål ved at den utfordrer lojalitetsplikter og samarbeidsforhold mellom partene. Siden strategisk atferd representerer en type markedssvikt bør det være et mål for NTK-15 å hindre denne type disposisjoner for å øke det samfunnsøkonomiske overskudd.

Jeg vil i det følgende forsøke å identifisere enkelte deler av regelverket som kan være utsatt for strategisk atferd. Deretter vil jeg undersøke hvilke muligheter dette kan gi partene for å opptre taktisk. Til sist vil jeg angi konsekvenser for effektivitet samt drøfte mulige tiltak for å hindre dette. Jeg vil benytte begrepet taktikk om vurderinger mellom handlingsalternativer i en konkret situasjon stilt overfor motpartens trekk. Strategisk atferd anser jeg å ligge på et mer overordnet plan som en serie av taktiske disposisjoner over tid.

6.4.2 Sentrale deler av regelverket utsatt for strategisk atferd

En del av regelverket som tradisjonelt har vært utsatt for misbruk er prosessen knyttet til formalisering av tilsiktede endringer. Dette gjelder reglene for hvordan bringe prosjektet fra den initiale «stabile» fasen og over til en tilstand hvor endring påvirker prosjektet (mellomperioden). Rettslig grunnlag for kontraktens løsning er først og fremst nedfelt i art. 14. og 16, se beskrivelsen over.

⁹⁸ Eide (2008) s. 138.

En annen del av regelverket som kan motivere til strategisk atferd er typisk materielle og prosessuelle regler som skal sikre balanse mellom partene i mellomperioden etter at en pålagt endring har forrykket balansen. Dette vil i hovedsak gjelde reglene om kompensasjon i form av vederlag i art 13.2 og 15.2 eller tid nedfelt i art 13.4 og 15.3. Det er verdt å nevne at reglene om godkjenning av leverandørdokumentasjon som angitt i art. 23.1 jf. Vedlegg E/I også vil kunne utnyttes av en part som ønsker å posisjonere seg taktisk i kontraktsforholdet.

Videre er reglene om varsling og opplysningsplikter også eksponert for mulig strategisk atferd ved at partene i enkelte sammenhenger kan bli fristet til å holde tilbake kjent informasjon i egen vinnings hensikt. Her er kontraktens krav at varsling skal skje til den annen part «uten ugrunnet opphold» eller «straks».⁹⁹ I slike tilfeller kan det bli spørsmål om hvorvidt bakgrunnsrettens alminnelige obligasjonsrettslige regler om lojalitet i kontraktsforhold er brutt.¹⁰⁰ I tillegg kan man tenke seg strategisk atferd knyttet til trenering av forhandlinger eller generelt å fravike kontraktens system dersom en part klart ser seg tjent med dette.

6.4.3 Hvordan kan partene utnytte regelverket taktisk?

En klassisk og velkjent utfordring er om selskapet av taktiske grunner velger å tilsnike endringer over på leverandøren i håp om at disse ikke oppdages. En slik taktikk er fortsatt aktuell til tross for kravet om skriftlig instruks etter art. 16, siden identifikasjonsplikten ligger på leverandøren. En leverandørs svake fokus på endringshåndtering kan gjøre slik atferd særlig attraktiv.

Erfaringsmessig er olje- og gassprosjekter løpende utsatt for sviktende bruk av endringsmekanismens system. Og risikoen for avvik blir større dess mer hektisk prosjektet er. Dessuten kan mindre prosjekter anses mer utsatt enn større. Dette kan skyldes et tett forhold mellom kontraktsrepresentantene og at muntlige avtaler er lettere å akseptere når tilliten er stor i utgangspunktet. I slike tilfeller opplever man ikke bare en lemfeldig omgang med endringsmekanismens formelle systemer, men også aktiv unnlattelse. Dette åpner muligheter for særlig den sterke part til bevisst eller ubevisst å få gjennomført endringer på en billig måte. Det er også tilfeller hvor endringer pålegges uten at de blir kompensert overhodet, enten som følge av rutinesvikt eller at leverandør unnlater å utstede VOR. Årsaken kan være at prosjektleder ikke vil forsure et godt forhold. Det kan bety at han anser passivitet omkring kompensasjonsspørsmålet å gi fordeler som enklere vil realisere prosjektets formål. Slik kan en sterk kunde spekulere i at en tilsynelatende svak leverandør blir ettergivende. Og dersom en leverandør til

⁹⁹ Jf. eksempelvis art. 7.1(2) og 11.1(2).

¹⁰⁰ Rt.1998 s.1078, avsnitt 1084.

sist bringer opp kompensasjonsspørsmålet kan dette lett avskjæres fra selskapet sin side dersom preklusjonsreglene i art 16.1 er oversittet. Leverandøren vil i slike tilfeller ha mistet sin rett om han ikke kan dokumentere at selskapet har akseptert å kompensere til tross for preklusjonsreglene. Igjen ser vi at netto fordelaktig opptreden mellom partene har betydning dersom det er forskjell i partenes fokus på kommersielle og kontraktuelle spørsmål. Svakheter fra den ene siden kan lett virke motiverende for den sterke part til å utvise strategisk atferd.

Dette kan også gjelde motsatt vei. Et typisk eksempel er der en leverandør ser muligheter for å fange opp enhver minste endring og samtidig kreve ekstra godt betalt for dette. Taktisk pricing i tilbudsfasen er nevnt ovenfor. En annen mulighet for leverandøren er taktisk håndtering av uklarheter i Scope of Work fra kontraktsinngåelsen. Dersom leverandøren forutser en tvist om for eksempel omfanget av en testplan, så kan han velge den mest fordelaktige tolkning for egen del og tidlig være konsekvent i sin forståelse ved all kommunikasjon omkring dette spørsmålet. Når tvisten da inntreffer etter kanskje flere måneder eller år, så kan han vise til at leverandørens forståelse har vært omforent gjennom langt tid og bygge sitt krav på passivitet og konkludent atferd fra selskapets side. Videre kan det åpne seg muligheter for ekstra god fortjeneste dersom det er en endring som er av kritisk betydning for selskapet og som ikke er regulert ved rater eller på annen måte i kontrakten. I slike tilfeller kan leverandøren konsekvent utnytte motpartens svake punkt ved utstede VOR med uforholdsmessig høye marginer dersom selskapet godtar lump sum eller fastpris uten å etterprøve grunnlaget for kostnadselementenes oppbygning. Tilsvarende er det bare «rødmefaktoren» som begrenser krav om tidsvirkninger i forbindelse med rullerende analyse etter art 16.4. Men slik utnyttelse fra leverandøren skal ikke være mulig om selskapet er påpasselig med å følge kontraktens system ved å avskjære ubegrunnede krav.

Samtidig gir kontrakten i praksis gode muligheter for et selskap som ønsker å trenere en betaling, godkjenning av et dokument eller godkjenning av et krav om endringsordre, dersom motparten er svak og selskapet har stor makt som bestiller. Et typisk eksempel er at selskapet «rejerter» teknisk leverandørdokumentasjon¹⁰¹ på grunnlag som av leverandøren oppfattes som ren «flisespikking». Ved å opptre svært detaljfokusert i sin dokumentsjekk kan selskapet hindre leverandørens fremdrift hvis ønskelig, for eksempel dersom selskapet selv er forsinket. Det er generelt vanskelig for en leverandør å argumentere imot, om selskapet stiller spørsmål ved leverandørens kvalitetssystemer og tekniske kompetanse.

Erfaring viser at det er selskapet som har mest å vinne ved å opptre strategisk. Leverandøren får sjelden ekstra gevinst ved å utstede mange eller uforholdsmessig høyt prisede VOR. Årsa-

¹⁰¹ Ref. art 23.1 jf. Vedlegg E og I.

ken kan være at selskapet oftest står som den sterke part i kontraktsforholdet på grunn av en stor kapitalbase. Leverandørens beste vern mot strategisk atferd vil være å ha total kontroll på endringshåndteringen. Alle nye pålegg må kategoriseres som enten påminnelse om avtalt arbeid eller mulig 16.1-instruks om nytt arbeid. Om potensiell endring identifiseres bør VOR utstedes *uten opphold*. Det er ikke taktisk fornuftig å vente til konsekvenser for tid eller kost er fullstendig klart. Dette kan gjøres enkelt ved å benytte en såkalt «tom» VOR, dvs. standardformularet kun inkludert en enkel tekst som tilfredsstillende formkravene i art. 16.1(3) jf art. 36.1. Da unngår man at kravet avskjæres på grunn av preklusjon og om pålegget viser seg å gjelde allerede kontraktsfestsatt arbeid, så kan man bare frafalle. Selv om leverandøren kan ha mest å vinne på å følge kontrakten, så er det et vesentlig poeng at en proaktiv bruk av endringsmekanismen er formålstjenlig for begge parter, se kap. 6.1 over.

Et siste moment er *taktisk informasjonsdeling*, for eksempel ved å holde tilbake kunnskap om egen forsinkelse for om mulig å velte ansvar over på motparten. Slik atferd vil imidlertid bryte med både etiske normer og alminnelige varslings- og lojalitetsplikter. I tillegg kan det være svært kostbart i samfunnsøkonomisk forstand.

6.4.4 Årsaker til strategisk atferd og konsekvenser for effektivitetsspørsmålet

Vi forstår at det ligger en rekke muligheter for strategisk atferd i det gjeldende regelverket.¹⁰² Som tidligere drøftet er det en viss ubalanse i endringsmekanismen blant annet med hensyn til de materielle reglene for tids- og kostnadsvirkninger, selv om bedre løsninger er vanskelig å konstruere. Dette kan i seg selv forårsake strategisk atferd og åpne muligheter for utnyttelse. Konsekvensen er da i overensstemmelse med rettsøkonomiens prinsipper at transaksjonskostnadene øker og det blir vanskeligere å inngå effektive avtaler når endringer oppstår.

At strategisk atferd virker negativt inn på effektivitet i juridisk forstand er åpenbart siden eksempelvis selskapets unnlattelse av å utstede endringsordrer lett kan utløse tvister. Operasjonelt sett er det også klart at regelverkets eksponering mot strategisk atferd kan hemme en effektiv prosjektstyring. Samtidig vil en aktiv anvendelse av endringsmekanismens regler være det beste tilsvaret mot en suboptimal opptreden fra motparten sin side.

Strategisk atferd er videre et typisk eksempel på en opportunistisk eller planlagt tilpasning til muligheter som oppstår under prosjektgjennomføringen for lettere å oppnå sitt formål.¹⁰³ En underliggende diskrepans mellom partenes formål kan medføre at en part kan bli fristet til å

¹⁰² NOU 1999:11 s.163.

¹⁰³ NOU 1999:11 s. 165.

forfølge sine egeninteresser snarere enn å tenke på totalprosjektets samfunnsøkonomisk pareto-optimale løsning. Dette samsvarer med argumentasjonen bak strategimodellen for regel etterlevelse og formålsrasjonell atferd¹⁰⁴ som viser til at en part vil unnlate å etterleve en regel når han ser at et annet handlingsalternativ bringer ham nærmere sitt individuelle mål. Når selskap eller leverandør på kort sikt derfor ser seg best tjent med å opptre strategisk så vil den annen part lide, transaksjonskostnadene øker og det blir enda vanskeligere å komme til gode felles løsninger enn det var i utgangspunktet.

Det gjeldende regelverk i NTK-15 er videreutviklet gjennom flere tiår, men fortsatt åpner det seg konkrete muligheter for strategisk atferd. Mange av disse er imidlertid en følge av at sentrale regler som endringsmekanismen bygger på, ikke etterleves i tilstrekkelig grad. En lav etterlevelse av endringsmekanismens gode grunnleggende prosessuelle regler sammenholdt med mindre optimale materielle regler for tids- og kostnadsvirkninger gjør da at strategisk atferd kan oppstå.

6.4.5 Normativ vurdering - Hvordan oppnå optimal effektivitet?

I praksis vil det vanskelig kunne gjøres å formulere et regelverk som hindrer enhver form for strategisk atferd. Det ligger i kontraktsforhold sin natur at spenningen og de ulike interesser som gjelder mellom partene unngåelig vil kunne lede til at en part opptre taktisk ved å sette egne interesser først. Imidlertid viser rettøkonomisk teori at strategisk atferd ofte er en vesentlig del av de transaksjonskostnader som leder til samfunnsøkonomisk ineffektivitet.¹⁰⁵ Enhver mulighet for å skape insentiver for partene til å opptre lojalt og transparent ved å etterleve gjeldende regler vil derfor være positivt. Når det gjelder NTK-15 så har vi sett at denne standardkontrakten ikke er noe unntak. Det finnes en rekke muligheter for partene til å tilpasse seg taktisk til kontraktsforholdet. Med hensyn til forbedring av regelverket bør imidlertid de normative vurderinger som angitt i kapitlene over, også kunne bidra til færre tilfeller av strategisk atferd og dermed øket effektivitet. Men særlig viktig i denne sammenheng er en effektiv etterlevelse av regelverket.

For å motvirke suboptimal atferd er det derfor viktig at partene ikke bare støtter seg på tillit mellom kontraktspartene. De bør fra og med prosjektets «kick-off» se seg tjent med å bruke kontraktens systemer for håndtering av endringer. Det er derfor et behov for at partene innser verdien av høy etterlevelse selv om samarbeidet er godt. De må forstå at usikkerheten og

¹⁰⁴ Fæhn (2002) s. 250.

¹⁰⁵ Eide (2008) s. 476.

kompleksiteten i tilvirkningsprosjekter gjør at tvister vil komme. Da er det best for begge parter at kontraktens løsninger har vært fulgt fra starten slik at man er forberedt og kan dokumentere sin posisjon når tvisten oppstår. Her står informasjons- og varslingsplikter sentralt;¹⁰⁶ dersom en part avdekker avvik så er det viktig å avstå fra taktiske overveielser og heller varsle formelt uten opphold. En slik praksis vil gi merverdi for alle parter både i økonomisk, juridisk og operasjonell forstand.

6.4.6 Konklusjon

Vi kan konkludere med at regelverket gir åpninger for strategisk atferd for partene, men å hindre dette ved materielle regler vil være vanskelig. Løsningen kan i stedet være en strengere etterlevelse av endringsmekanismens regime siden dette vil redusere fordelene med å opptre taktisk overfor motparten.

7 Oppsummering og konklusjon

I denne oppgaven har vi undersøkt endringsmekanismens effektivitet ved å analysere NTK-15 sine grunnleggende prosessuelle regler for styring av endringer samt reglene for kompensasjon av fremdrifts- og kostnadsvirkninger. I tillegg har vi undersøkt i hvilken grad endringsmekanismen er utsatt for strategisk atferd. For å bestemme effektiviteten til regimet har vi betraktet regelverket og dets anvendelse fra et rettsøkonomisk, juridisk og operasjonelt perspektiv.

For å gi en fullstendig karakteristikk av regelverkets effektivitet kreves imidlertid en langt mer grundig gjennomgang. Håpet er likevel at oppgaven kan bidra til å sette fokus på en metode og et tema som er viktig ved vurderingen av endringsregimet.

Endringsmekanismen under NTK-15 anses å ha et stort potensiale som *styringsredskap* for partene og erfaring tilsier at det er en svært vellykket regulering. De grunnleggende prosessuelle reglene i NTK-15 gir store muligheter for effektiv styring og kontroll av tilvirkningsprosjekter. Imidlertid viser praksis at reglene ikke utnyttes optimalt av aktørene i bransjen.

Materielt sett er det klart at reglene om *fremdrifts- og kostnadsvirkninger* fremdeles har et potensiale for forbedring. Mer effektive løsninger er vanskelig å etablere, men oppmerksomhet rettet mot en mer balansert kompensasjon for endringenes konsekvenser kan gi merverdi.

¹⁰⁶ Se også NOU 1999:11 s. 169.

Insentiver for bedre dokumentasjon av krav kan også virke positivt. Prosessuelt sett bør man vurdere løsninger for raskere å avklare tvist om fremdriftsvirkninger siden disse kan medføre dobbel ineffektivitet ved både styringssvikt og akselererende transaksjonskostnader.

De materielle reglens utfordringer gir også flere muligheter for både selskap og leverandør til å opptre *strategisk* overfor hverandre. Dette er naturlig og kan vanskelig unngås. Imidlertid vil bedre etterlevelse av regelverkets formelle krav bidra til å harmonisere forholdet mellom partene og gjøre det mindre attraktivt å forfølge sine egeninteresser.

Selv om selskap og leverandør har ulike og i mange tilfeller motstridende interesser er det derfor klart at begge parter isolert sett og samfunnet generelt sett, vil tjene på en mer aktiv og korrekt bruk av endringsmekanismen. Dette vil gi partene et styringsverktøy for å forutse og håndtere endringer, samtidig som balansen i avtaleforholdet lettere kan ivaretas. I tillegg vil det forenkle sporbarhet og dokumentasjon for krav, noe som kan bidra til en betydelig reduksjon av transaksjonskostnadene. I lys av NTK-15 sin anvendelse innen store landprosjekter, de store investeringer forbundet med feltutbygginger offshore og statens høye beskatning av sokkelen, så kan selv enkle tiltak gi store gevinster som vil komme «hele det norske samfunn til gode».¹⁰⁷

¹⁰⁷ Jf. petrl. §1-2.

Kildeliste

Standardavtaler

- LOGIC *General Conditions of Contract (including Guidance Notes) for Marine Construction. Edition 2, October 2004.*
- NS 8405 *Norsk Standard 8405, Norsk Bygge- og anleggskontrakt.*
- NS 8407 *Norsk Standard 8407. Alm. kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.*
- NF-07 *Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007.*
- NF-15 *Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015.*
- NSC-05 *Norwegian Subsea Contract 2005.*
- NTK-07 *Norsk Totalkontrakt 2007.*
- NTK-15 *Norsk Totalkontrakt 2015.*

Litteraturliste

- Balchen, Jens G., Trond Andresen og Bjarne A. Foss. *Reguleringsteknikk*. 1. utgave, Trondheim: Tapir Forlag 1999.
- Bjerkem, Jon D. *Norsk totalkontrakt 2015 med kommentarer*. 1. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2018.
- Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2008.
- Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Fæhn, Erik Friis. *Ingen plikt til lydighet – En avhandling om jurisprudens – rettsvitenskapens normative karakter*. Skien: Jacob Jarøy Forlag, 2002.
- Kaasen, Knut: ««Dynamisk kontraktsrett»– et fruktbart grep?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2005), s. 237-263.

Kaasen, Knut. «Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter». *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 1 (2009), s 48-70.

Kaasen, Knut. *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Kaasen, Karin. «Flyten i fremdriftsplanen – en juridisk analyse av petroleumskontrakter». *Marlus* nr. 389 (2010).

Komissar, Sofie: «Uekte endringer. Bruken av endringsreglene i NS 8405 og NF07 på utilsiktede forhold», *Marlus* nr. 434 (2014).

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2009.

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

Pettersson, Nils-Henrik, «Plunder og heft». *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.). Oslo: Gyldendahl Akademisk (2010), s. 347-363.

Project Management Institute (PMI), *Project Management Institute Body of Knowledge (PMBOK)*, 5th. ed., Philadelphia, Pennsylvania, USA: Project Management Institute, 2013.

Lov- og forarbeidsregister

Norske Lover:

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

1996 Lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) av 29.november 1996 nr. 72.

Forarbeider:

NOU 1999: 11 Analyse av investeringsutviklingen på kontinentalsokkelen.

Nettsider

Backer, Inge Lorange. *Årsaker til og funksjoner av ny lovgivning*. Universitet i Oslo: Presentasjon i faget «Lovgivningslære», Høsten 2015.

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/.../arsaker-og-funksjoner-av-ny-lovgivning.pptx>
[Sitert 15.02.2019].

Norsk Petroleum, *Statens inntekter fra Petroleumsvirksomheten (2019)*.

<https://www.norskpetroleum.no/> [Sitert 18.03.2019].

Norske Dommer

Rt. 1998 s. 1078

Rt. 1999 s. 922