

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Endringer i regulerbare poster: begrep og beregningsmåte

Kandidatnummer: 628

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17472



# Innholdsfortegnelse

|  |           |
|--|-----------|
| <b>DEL I. INNLEDNING.....</b>  | <b>1</b>  |
| Kapittel 1: Tema, problemstilling, anvendelsesområde, rettskilder og metode.....   | 1         |
| 1.1 Tema og problemstilling.....   | 1         |
| 1.1.1 Overordnet om tema og problemstilling.....   | 1         |
| 1.1.2 Hva er regulerbare poster?.....  | 1         |
| 1.2 Anvendelsesområde og avgrensning.....  | 3         |
| 1.3 Rettskilder og metode.....   | 4         |
| 1.3.1 Relevante rettskilder.....   | 4         |
| 1.3.1.1 Standardkontrakter.....  | 4         |
| 1.3.1.2 Eldre standardkontrakter.....  | 4         |
| 1.3.1.3 Bakgrunnsrett.....   | 4         |
| 1.3.1.4 Rettspraksis.....  | 5         |
| 1.3.1.5 Juridisk teori.....  | 5         |
| 1.3.1.6 Rettskilder fra tilgrensende rettsområder.....   | 6         |
| 1.3.1.7 Utenlandsk rett.....   | 7         |
| 1.3.2 Særlige tolkningsprinsipper og -momenter i entrepriserettslig metode....   | 7         |
| 1.3.2.1 Kontrakter mellom profesjonelle parter: objektiv tolkning er<br>utgangspunktet.....  | 7         |
| 1.3.2.2 Risiko følger funksjon.....  | 8         |
| 1.3.2.3 Oppsummering.....  | 9         |
| Kapittel 2: Hva er endringer og hvilke konsekvenser får de ulike forståelsene av<br>bestemmelsene om regulerbare poster for entreprenørens rettigheter etter kontrakten?..   | 9         |
| 2.1 "Endring" som nøkkelbegrep.....  | 9         |
| 2.1.1 Hva er endringer?.....   | 9         |
| 2.2 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og avbestillingsreglene, jf. NS 8405 pkt.<br>38.1.....  | 10        |
| 2.3 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og reglene om vederlagsjustering, jf. NS<br>8405 kapittel 25.....   | 11        |
| 2.4 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og reglene om fristforlengelse, jf. NS<br>8405 kapittel 24.....   | 12        |
| 2.5 Oppsummering og avgrensning.....   | 12        |
| <b>DEL II. HOVEDDEL. HVA SKAL TIL FOR AT AVVIK I FORHOLD TIL<br/>KONTRAKTENS MENGDEANGIVELSE PÅ POSTER SOM SKAL<br/>AVREGNES ETTER ENHETSPRISER (REGULERBARE POSTER), UTGJØR<br/>EN ENDRING, JF. NS 8405 PKT. 22.1 (4)?.....</b> | <b>13</b> |

|   |    |
|---|----|
| Kapittel 3: Anvendelsesområdet for NS 8405 pkt. 22.1 (4). Gjelder 22.1 (4) for et samlet avvik på alle poster, per enkelt post, eller et annet alternativ?.....                   | 13 |
| 3.1 Overordnet om de ulike alternativene.....   | 13 |
| 3.2 Ordlyden i bestemmelsen.....  | 15 |
| 3.3 Rettspraksis.....   | 16 |
| 3.4 Juridisk teori.....   | 18 |
| 3.5 Reelle hensyn.....  | 19 |
| 3.6 Tilgrensende rettsområder.....  | 20 |
| 3.7 Konklusjon.....   | 21 |
| Kapittel 4: Hva ligger i terskelen for at et avvik skal anses for "i vesentlig grad" å overstige det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten?..... | 21 |
| 4.1 Hvor ligger terskelen, og kan man angi den i prosent?.....  | 21 |
| 4.1.1 Hvor ligger terskelen?.....   | 21 |
| 4.1.1.1 Ordlyden i bestemmelsen.....  | 21 |
| 4.1.1.2 Rettspraksis.....   | 22 |
| 4.1.1.3 Juridisk teori.....   | 22 |
| 4.1.1.4 Reelle hensyn.....  | 24 |
| 4.1.1.5 Konklusjon.....   | 26 |
| 4.1.2 Kan man angi terskelen i prosent?.....  | 26 |
| 4.1.2.1 Ordlyden i bestemmelsen.....  | 26 |
| 4.1.2.2 Rettspraksis.....   | 26 |
| 4.1.2.3 Juridisk teori.....   | 27 |
| 4.1.2.4 Reelle hensyn.....  | 28 |
| 4.1.2.5 Bakgrunnsretten.....  | 30 |
| 4.1.2.6 Tilgrensende rettsområder.....  | 31 |
| 4.1.2.6.1 Fabrikasjonskontrakter.....   | 31 |
| 4.1.2.6.2 Regelverket for offentlige anskaffelser.....  | 31 |
| 4.1.2.7 Utenlandsk rett.....  | 32 |
| 4.1.2.8 Konklusjon.....   | 33 |
| 4.2 Hvilke momenter er relevante i den konkrete vesentlighetsvurderingen, og hvor tungt veier de?.....  | 33 |
| 4.2.1 Innledning. Ordlyden i bestemmelsen.....  | 33 |
| 4.2.2 Innfallsvinkel: Læren om bristende forutsetninger.....  | 34 |
| 4.2.3 Innfallsvinkel: En skjønsmessig helhetsvurdering.....   | 38 |
| 4.2.3.1 Avvikets størrelse.....   | 38 |
| 4.2.3.2 Kontrakttype/oppdragets art og omfang.....  | 39 |
| 4.2.3.3 Type post/graden av usikkerhet knyttet til mengdeangivelsen på posten.....  | 39 |
| 4.2.3.4 Er det tatt forbehold?.....   | 40 |

|  |           |
|--|-----------|
| 4.2.3.5 Partenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsen.....     | 41        |
| 4.2.3.6 Avvikets betydning og konsekvenser for entreprenøren.... | 42        |
| 4.2.3.7 Hvem kan avviket føres tilbake til?.....                 | 42        |
| 4.2.3.8 Utføres entreprisen under uvanlig krevende forhold?..... | 43        |
| 4.2.3.9 Aktørenes profesjonalitet.....                           | 43        |
| <b>LITTERATURLISTE.....</b>                                      | <b>45</b> |

# DEL I. INNLEDNING

## Kapittel 1: Tema, problemstilling, anvendelsesområde, rettskilder og metode

### 1.1 Tema og problemstilling

#### 1.1.1 Overordnet om tema og problemstilling

Denne oppgavens tema er endringer i regulerbare poster etter de entrepriserettslige standardene NS 8405, NS 8406 og NS 8407. Hovedproblemstillingen er hva som skal til for at avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på regulerbare poster, utgjør en endring, jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4) og tilsvarende bestemmelser i de to andre standardkontraktene. Spørsmålet er interessant fordi "endring" er et nøkkelbegrep i entrepriseretten. At det foreligger en endring kan utløse flere rettsvirkninger, ved at det er et vilkår for at entreprenøren kan kreve erstatning ved avbestilling, vederlagsjustering og fristforlengelse.

Oppgaven skal ta for seg to underproblemstillinger. Først skal den undersøke om avvik i regulerbare poster skal beregnes samlet for alle poster, eller post for post. Et tredje alternativ som skal undersøkes er hvorvidt det er rom for å gruppere ulike typer poster, for så å vurdere om vesentlighetsvilkåret er oppfylt innenfor hver gruppe. Deretter skal oppgaven forsøke å fastlegge innholdet i vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) og tilsvarende bestemmelser i NS 8406 og NS 8407. Særlig vil det være aktuelt å finne ut om det kan oppstilles en prosentgrense for avvik, eller om man må foreta en konkret vurdering i hvert tilfelle. I sistnevnte tilfelle skal oppgaven undersøke hvilke momenter en slik vurdering bør inneholde.

#### 1.1.2 Hva er regulerbare poster?

Entreprisekontraktenes karakter er slik at enkelte deler av entreprenørens oppdrag best kan beskrives i form av anslåtte mengder<sup>1</sup>. Dette er bl.a. tilfellet for løse masser som skal graves ut eller fylles inn, kabler, og fliser. Mengdene angis i enheter, som "kvadratmeter, kubikkmeter, løpemeter o.l."<sup>2</sup>. Etter at oppdraget er avsluttet avregnes de medgåtte mengdene etter enhetspriser som følger av kontrakten. Entreprenørens endelige vederlag fastlegges altså ved å multiplisere f.eks. antallet kubikkmeter betong, med den avtalte enhetsprisen for den aktuelle

<sup>1</sup> Kolrud m.fl. (2004) s. 223; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 451

<sup>2</sup> Barbo (1997) s. 54

type post<sup>3</sup>. Bakgrunnen for denne kontraktsløsningen er at det på prosjekteringsstadiet kan være vanskelig å beregne f.eks. hvilket volum fjell som må sprenges<sup>4</sup>. Kontrakten inneholder i slike tilfeller et anslag over hvor mye som forventes sprengt e.l., men det er de faktisk medgåtte mengdene, beregnet etter at arbeidet er utført, som er bestemmende for entreprenørens vederlag. De anslåtte mengdene brukes kun til å fastlegge den opprinnelige kontraktssummen<sup>5</sup>. Poster som avregnes på denne måten, det vil si etter enhetspriser, kalles regulerbare poster, jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4)<sup>7</sup>.

Det ligger som sagt i disse postenes natur at det er knyttet betydelig usikkerhet til anslaget som fremgår av kontrakten. Det kan forekomme store avvik mellom det som er anslått og faktisk medgåtte mengder. Hagstrøm og Bruserud går så langt som å si at "[d]ette [...] i grunnen [er] hele poenget med regulerbare mengder"<sup>8</sup>. Dette er bakgrunnen for at mengdene i utgangspunktet er variable<sup>9</sup>. NS 8405 pkt. 22.1 (4) slår fast at "[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelser på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring". Regulerbare poster holdes med andre ord som hovedregel utenfor endrings-systemet i entreprisekontrakter. Et avvik vil likevel utgjøre en endring dersom det "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten". Bestemmelsen tilsvarende tidligere reguleringen i NS 3430 pkt. 28, med den forskjell at sistnevnte kun gjaldt "merarbeid"<sup>10</sup>. Dagens regulering gjelder etter ordlyden "avvik", og dermed vil både merarbeid og reduksjon i arbeid omfattes<sup>11</sup>.

Det er denne vesentlighetsgrensen som skal analyseres nedenfor. I det følgende vil jeg avgrense anvendelsesområdet for oppgaven. Deretter vil jeg gå nærmere inn på oppbyggingen av og hensynene bak endringssystemet i standardkontraktene. Avslutningsvis i Del I vil jeg undersøke hva det innebærer at avvik i regulerbare poster under visse omstendigheter, nemlig når vesentlighetsterskelen er overskredet, vil utgjøre endringer etter kontrakten.

---

<sup>3</sup> Barbo (1997) s. 54; Kolrud m.fl. (2004) s. 223; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 451

<sup>4</sup> Barbo (1997) s. 55-56; Kolrud m.fl. (2004) s. 51

<sup>5</sup> Kontraktssummen er i NS 8405 pkt. 2.8 definert som "det opprinnelig avtalte vederlaget for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift. Til kontraktssummen hører også det opprinnelig avtalte anslaget over vederlag for ytelser som skal avregnes etter enhetspriser eller etter regning".

<sup>6</sup> Kolrud m.fl. (2004) s. 231; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 451

<sup>7</sup> Tilsvarende bestemmelser finnes i NS 8406 pkt. 19.1 (4) og NS 8407 pkt. 31.1 (4). Se også nedenfor under punkt 1.2.

<sup>8</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 285

<sup>9</sup> Barbo (1997) s. 55-56; Kolrud m.fl. (2004) s. 223

<sup>10</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Giverholt m.fl. (2012) s. 480; Marthinussen m.fl. (2016) s. 315

<sup>11</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Giverholt m.fl. (2012) s. 480; Marthinussen m.fl. (2016) s. 315

## 1.2 Anvendelsesområde og avgrensning

Min oppgave er anvendelig på kontrakter som inneholder mengdelister utarbeidet av byggherren. Dette innebærer at byggherren har gitt et anslag over antall enheter som skal komme til utførelse, og entreprenøren har gitt en enhetspris på disse. Den naturlige avgrensningen er mellom kontrakter der det foreligger en slik mengdeliste, og andre kontrakter. Mengdelister som beskrevet ovenfor er mest praktisk og forekommer oftest i utførelsesentrepriser. Det er vanlig at de enkelte komponentene i det prosjekterte arbeid blir beskrevet i utførelsesentreprisekontraktene, herunder i form av mengdelister<sup>12</sup>. Totalentreprisekontraktene er kontraktsteknisk annerledes: her vil byggherren beskrive forventet resultat, uten å fortelle entreprenøren hvordan resultatet skal nås<sup>13</sup>. Med andre ord vil byggherren beskrive den ønskede ytelsen gjennom funksjonskrav. Eventuelle funn som blir gjort i denne oppgaven vil derfor komme til anvendelse primært på utførelsesentrepriser. Dette betyr ikke at oppgaven er uten interesse for totalentrepriser. Også slike entrepriskontrakter kan inneholde mengdelister gitt av byggherren. Dette forekommer for eksempel i tunnelkontrakter etter NS 8407.

Oppgaven vil få anvendelse kun der partene ikke har låst mengdene. Dersom partene velger å låse mengdene, skal det ikke foretas noen avregning etter utført arbeid. Da vil partene selv bære risikoen for eventuelle avvik, unntatt hvis det foreligger et særskilt grunnlag for å kreve justering av vederlaget<sup>14</sup>.

Standardkontraktene er ikke deklatorisk rett på entrepriserettens område<sup>15</sup>. Funnene i inneværende oppgave vil bare være relevante der partene har gjort NS 8405, NS 8406 eller NS 8407 til en del av avtalen. En henvisning til standardkontrakten i kontraktsgrunnlaget er til gjengjeld tilstrekkelig for at den skal ansees som en del av avtalegrunnlaget, jf. Rt. 1991 s. 773<sup>16</sup>. En klar forutsetning fra partenes side om at standardkontrakten skal gjelde i avtaleforholdet er også nok<sup>17</sup>.

Jeg kommer i hovedsak til å henvise til standardkontrakten for utførelsesentreprise, NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt. Reglene om endringer tilsvare dem i NS 8406 og NS 8407, og disse standardkontraktene er derfor like relevante for oppgaven. Ordlyden i de ulike standardkontraktene er noe forskjellig, men realiteten er den samme<sup>18</sup>. De viktigste bestemmelsene for oppgaven er NS 8405 pkt. 22.1 (4), NS 8406 pkt. 19.1 (4) og NS 8407 pkt.

<sup>12</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 63; Marthinussen m.fl. (2016) s. 45

<sup>13</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 64; Marthinussen m.fl. (2016) s. 45

<sup>14</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Giverholt m.fl. (2012) s. 480; Marthinussen m.fl. (2016) s. 315

<sup>15</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 46

<sup>16</sup> Rt. 2014 s. 520 avsnitt 39; Marthinussen m.fl. (2016) s. 49-50

<sup>17</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 49

<sup>18</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 52

31.1 (4). Jeg går nå over til å presentere relevante rettskilder og metodeutgangspunkter som jeg kommer til å bruke ved oppstillingen av materielle regler senere i oppgaven.

## 1.3 Rettskilder og metode

### 1.3.1 Relevante rettskilder

#### 1.3.1.1 Standardkontrakter

Entrepriseretten er ikke lovregulert utenfor forbrukerforhold<sup>1920</sup>. Årsaken er at det siden slutten av det 19. århundre har vært tradisjon for selvregulering på dette rettsområdet<sup>21</sup>. Standardkontrakter blir utarbeidet av komiteer bestående av representanter for interesseorganisasjoner på byggherresiden og entreprenørsiden<sup>22</sup>. Som Barbo fremhever, er det derfor "naturlig å fokusere på [slik] kontaktspraksis" ved fastleggelsen av innholdet i entrepriseretten<sup>23</sup>. Standardkontraktene vil danne et utgangspunkt for tolkningen av ethvert entrepriserettslig spørsmål.

#### 1.3.1.2 Eldre standardkontrakter

Utviklingen i entrepriseretten har skjedd uten dramatiske brudd med tidligere reguleringer. NS 8405 avløste NS 3430. NS 8405 pkt. 22 om endringer er f.eks. en videreføring (med mindre forandringer) av NS 3430 pkt. 28 og pkt. 17, som igjen hadde NS 3401 pkt. 11 som forbilde<sup>24</sup>. Marthinussen m.fl. påpeker at "selv om revisjonen er ganske gjennomgripende, er mange av bestemmelsene like"<sup>25</sup>. Rettspraksis knyttet til eldre standarder "vil derfor ha betydelig interesse også for fortolkningen av NS 8405"<sup>26</sup>.

#### 1.3.1.3 Bakgrunnsrett

Barbo definerer en entrepriskontrakt som "en kontrakt der en selvstendig næringsdrivende entreprenør påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid på fast eiendom for en byggherre, mot vederlag i penger"<sup>27</sup>. Anvendelsesområdet for entrepriseretten er altså en spesiell type kontraktsforhold. Entrepriseretten er dermed en del av obligasjonsretten. Rettskilder fra den alminnelige obligasjonsretten og annen spesiell obligasjonsrett vil derfor være relevante ved fastleggelsen av innholdet i en entrepriserettslig regel<sup>28</sup>. Særlig bustadoppføringslova og

<sup>19</sup> Barbo (1997) s. 8; Hagstrøm (2011) s. 46; Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25

<sup>20</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

<sup>21</sup> Hagstrøm (2011) s. 46; Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25

<sup>22</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25

<sup>23</sup> Barbo (1997) s. 8

<sup>24</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 212

<sup>25</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 45

<sup>26</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 45

<sup>27</sup> Barbo (1997) s. 3

<sup>28</sup> Alvik (2016) s. 39; Barbo (1997) s. 8; Giverholt m.fl. (2012) s. 727; Tørum (2010) s. 458-459



håndverkertjenesteloven<sup>29</sup> med tilhørende forarbeider og rettspraksis vil kunne være viktige. Det er likevel nødvendig å være oppmerksom på at de to ovennevnte lovene er forbrukerlover, mens standardkontrakter brukes i avtaler mellom næringsdrivende<sup>30</sup>. Noe forskjellige hensyn vil derfor gjøre seg gjeldende ved anvendelsen av reglene. De entrepriserettslige standardkontraktene kan også utfylles med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper så langt kontraktene ikke fraviker disse<sup>31</sup>. Ved slik utfylling må man ta utgangspunkt i kjøpsloven, hvis sentrale bestemmelser gir uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, jf. Rt. 1999 s. 408<sup>32</sup>. Også standardkontraktene selv kodifiserer delvis prinsippene, jf. Rt. 1967 s. 1248<sup>33</sup>. Det er likevel viktig å huske at entrepriseretten er en *spesiell* del av obligasjonsretten, og har sine særpreg. Endringsreglene er f.eks. ikke noe man finner igjen i kjøpsloven<sup>34</sup>. Denne oppgaven handler om endringer, og bakgrunnsretten kan tilsynelatende være mindre relevant for oppgavens problemstilling. Alvik understreker likevel at den deklatoriske retten i prinsippet får anvendelse også på endringsreglene i standardkontraktene<sup>35</sup>.

#### 1.3.1.4 Rettspraksis

Det var tidligere lite entrepriserettslig rettspraksis. Dette må sees i sammenheng med at eldre standardkontrakter inneholdt bestemmelser om voldgift som foretrukket tvisteløsningsmåte<sup>36</sup>. Preferansen for voldgift som tvisteløsningsmekanisme er nå fjernet fra standardkontraktene<sup>37</sup>. Videre har bl.a. alle saker mot offentlige byggherrer de siste 20 årene gått for de alminnelige domstoler. Et eksempel finnes i "Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens Vegvesen" pkt. 9, som slår fast at der partene ikke blir enige om hvordan tvisten skal løses, skal den "avklares av domstolene"<sup>38</sup>. Alt dette har ført til at det nå foreligger flere entrepriserettslige rettsavgjørelser<sup>39</sup>.

#### 1.3.1.5 Juridisk teori

Det finnes en del juridisk litteratur på entrepriserettens felt. I de senere år har det bl.a. utkommet flere kommentarutgaver til de nye standardkontraktene<sup>40</sup>. Hagstrøm og Bruserud

<sup>29</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. (håndverkertjenesteloven)

<sup>30</sup> Barbo (1997) s. 8; Giverholt m.fl. (2012) s. 727; Marthinussen m.fl. (2016) s. 58

<sup>31</sup> Tørum (2010) s. 458-459

<sup>32</sup> Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

<sup>33</sup> Hagstrøm (2011) s. 46

<sup>34</sup> Tvedt og Bruserud (2010) s. 443; Tørum (2010) s. 457

<sup>35</sup> Alvik (2016) s. 39

<sup>36</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28

<sup>37</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28

<sup>38</sup> [https://www.vegvesen.no/s/bransjekontakt/R763/Drift-elektro/ekmal\\_2017-06-30/C/Exxxx-C2\\_Spesielle\\_kontraktsbestemmelser\\_for\\_Statens\\_vegvesen\\_20171023.pdf](https://www.vegvesen.no/s/bransjekontakt/R763/Drift-elektro/ekmal_2017-06-30/C/Exxxx-C2_Spesielle_kontraktsbestemmelser_for_Statens_vegvesen_20171023.pdf) Sitert 14.03.2019.

<sup>39</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28

<sup>40</sup> Alvik (2016) s. 37; Arvesen m.fl. (2014); Giverholt m.fl. (2012); Kolrud m.fl. (2004); Marthinussen m.fl. (2016); Nordtvedt m.fl. (2013)

understreker at juridisk teori tradisjonelt har hatt en "noe større rolle" innenfor entrepriseretten enn på andre rettsområder<sup>41</sup>.

#### 1.3.1.6 Rettskilder fra tilgrensende rettsområder

De entrepriserettslige standardkontraktene, og særlig endringsreglene, ble utarbeidet etter modell fra offshorekontraktene<sup>42</sup>. Hagstrøm påpeker at NF 05, som siden er blitt avløst av NF 15, var et forbilde for utformingen av NS 8405<sup>43</sup>. Offshorekontraktene og rettspraksis knyttet til dem er derfor relevante rettskilder ved fastleggelsen av innholdet i entrepriseretten<sup>44</sup>. Barbo mener at dette er hensiktsmessig, da det "[i] fabrikkasjonskontraktsforhold oppstår mange av de samme rettslige og faktiske problemstillinger som i landjordens entrepriseforhold"<sup>45</sup>. Tørum argumenterer for at det i juridisk teori har vært en "fri flyt" av rettskildebud mellom entrepris og fabrikkasjon<sup>46</sup>. Det er likevel hensyn som taler mot ukritisk bruk av fabrikkasjonsrettslige rettskilder på entrepriserettslige spørsmål, i hvert fall når det gjelder endringer. Fabrikkasjonskontraktene inneholder strengt formaliserte endringsregimer, knyttet til at prosjekteringen ofte er på et tidlig stadium når byggearbeidene settes i gang<sup>47</sup>. Endringsbehovet er med andre ord større i offshorekontraktene, og med det følger mer firkantede endringsregler som kan være kronglete å bruke i landentrepriser<sup>48</sup>.

Også regelverket for offentlige anskaffelser kan belyse innholdet i entrepriseretten. Avtaler om entrepris vil samtidig være underlagt dette regelverket der byggherren er en offentlig oppdragsgiver, jf. anskaffelsesloven<sup>49</sup> § 2. Forskrift om offentlige anskaffelser, gitt med hjemmel i loven, inneholder bl.a. et endringsbegrep i § 11-2 og kapittel 28<sup>50</sup>. Anskaffelsesloven er likevel en offentligrettslig lov. Den har til formål å fremme til dels andre hensyn enn de entrepriserettslige standardkontraktene, jf. lovens §§ 1 og 4, se særlig likebehandlingsprinsippet. Likevel overlapper noen av prinsippene i loven, som oppdragsgiver er bundet av, med entrepriserettslige hensyn. Forutberegnelighet er et slikt hensyn, jf. lovens § 4. Siden mange entreprisekontrakter vil være underlagt både reguleringen i en standardkontrakt og regelverket for offentlige anskaffelser, tilsier hensynet til konsekvens i rettssystemet at be-

<sup>41</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28-29

<sup>42</sup> Alvik (2016) s. 37; Arvesen m.fl. (2014) s. 210-212; Giverholt m.fl. (2012) s. 466; Marthinussen m.fl. (2016) s. 302; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 437; Tørum (2010) s. 453

<sup>43</sup> Hagstrøm (2011) s. 47

<sup>44</sup> Arvesen (2014) s. 213; Marthinussen m.fl. (2016) s. 307

<sup>45</sup> Barbo (1997) s. 9

<sup>46</sup> Tørum (2010) s. 456

<sup>47</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 210; Giverholt m.fl. (2012) s. 466; Kaasen (2009) s. SIDETALL; Marthinussen m.fl. (2016) s. 302; Nordtvedt (2013) s. 437

<sup>48</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 210; Giverholt m.fl. (2012) s. 466; Marthinussen m.fl. (2016) s. 307; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 437

<sup>49</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

<sup>50</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

greper som forekommer i begge regelverk, f.eks. endringer, tolkes på samme måte. I alle fall må innholdet i det anskaffelsesrettslige endringsbegrepet kunne benyttes som et støtteargument ved tolkningen av det entrepriserettslige endringsbegrepet.

### *1.3.1.7 Utenlandsk rett*

Utenlandske rettskilder har begrenset betydning som rettskildefaktor ved tolkning av norsk rett<sup>51</sup>. Dette følger implisitt av Grl § 1. Rettskilder fra andre land kan likevel benyttes som støtteargumenter ved tolkningen av norske rettsregler<sup>52</sup>. Særlig rettskilder fra "beslektede" rettssystemer som Danmark, Sverige og Tyskland, vil være relevante. I Rt. 1957 s. 33 trakk Høyesterett inn rettsprinsipper fra britisk, fransk og amerikansk rett ved fastleggelsen av innholdet i Grl § 66. Utenlandske entreprisekontrakter kan dermed benyttes som argumenter av relevans, men med beskjeden vekt, ved tolkningen av norske standardkontrakter.

### *1.3.2 Særlige tolkningsprinsipper og -momenter i entrepriserettslig metode*

#### *1.3.2.1 Kontrakter mellom profesjonelle parter: objektiv tolkning er utgangspunktet*

NS 8405 og andre entrepriserettslige standardkontrakter er beregnet på bruk mellom profesjonelle parter<sup>53</sup>. Det følger av konsekvent og langvarig rettspraksis at avtaler mellom profesjonelle parter i utgangspunktet skal tolkes objektivt. Dette kommer til uttrykk i Rt. 2000 s. 806 og Rt. 2002 s. 1155, og fremgår klart av Rt. 2010 s. 961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttalte: "Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene." Saken gjaldt et sluttoppgjør etter en entreprisekontrakt etter NS 3431. Dette tolkningsutgangspunktet har senere blitt lagt til grunn av Høyesterett i flere avgjørelser og må anses som sikker rett. Det fremgår av Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59, som også gjaldt entrepris, at "[f]or kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, Rt-2002-1155 og Rt-2003-1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner." Her viste Høyesterett til den presumptive balansen i standardkontraktene, som et hensyn bak en objektiv fortolkningsregel. Domstoler har vist til denne uttalelsen også i saker om regulerbare poster, se LA-2012-131947. Høyesterett la også i Rt. 2002 s. 1155 til grunn at det "[a]t prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer". At entreprisekontrakter inngås mellom profesjonelle, med de hensyn som gjør seg

---

<sup>51</sup> Eckhoff (2001) s. 285

<sup>52</sup> Eckhoff (2001) s. 285

<sup>53</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 58

gjeldende, har også den konsekvens at terskelen for å lempe avtalen etter avtl § 36 er høy, jf. Rt. 2000 s. 806.

Tolkning i samsvar med en "naturlig forståelse av ordlyden", jf. Rt. 2010 s. 1345, er likevel kun et utgangspunkt. Det fremgår av ovennevnte dom Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 at "[d]et at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn." Der det foreligger en intersubjektiv forståelse av kontraktens bestemmelser vil altså denne legges til grunn. I fravær av en slik forståelse, må man falle tilbake på en objektiv tolkning av ordlyden, supplert av formålsbetraktninger og andre godhetsvurderinger. Ved bruk av standardkontrakter er også den aktuelle bestemmelsens historikk og utvikling av interesse ved tolkningen, jf. Rt. 2014 s. 520. Måten kontrakten ble inngått på vil også være av betydning. Høyesterett ga i Rt. 2007 s. 1489 og Rt. 2012 s. 1729 uttrykk for at ordlyden veier særlig tungt der entreprisekontrakten ble inngått etter anbudskonkurranse<sup>54</sup>. Etter sistnevnte dom avsnitt 67 "vil også systembetraktninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng". Det finnes også uttalelser om at standardkontrakter kan utfylles i Rt. 1998 s. 656 og HR-2018-2256-A avsnitt 104. Hagstrøm og Bruserud påpeker at alle de ovennevnte rettskildefaktorene har en viss "objektiv" karakter<sup>55</sup>. Det betyr at det i entreprisekontrakter vil være mindre rom for subjektive tolkningsfaktorer.

### 1.3.2.2 Risiko følger funksjon

Gjennomføringsprosessen av en entreprisavtale er delt inn i ulike risikosfærer. NS 8405 bygger på en forutsetning om at "hver av partene bærer den fulle risikoen for materialisering innenfor sitt risikoområde"<sup>56</sup>. Dette er en formulering av prinsippet om at risiko følger funksjon. Hagstrøm formulerer kjernen i prinsippet slik: "[D]et synes å være en almen regel at hver av partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde"<sup>57</sup>. Risiko kan være et tvetydig ord, men i entrepriseretten, og i alle fall i forbindelse med endrede forhold, siktes det normalt til vederlagsrisikoen<sup>58</sup>. Funksjonsfordelingsprinsippet har lange tradisjoner som alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, men ytelseskompleksiteten i entreprisekontraktene fører til at prinsippet får særlig stor betydning i entrepriseretten<sup>5960</sup>. Hagstrøm og Bruserud forankrer prinsippet i Rt. 1917 s. 673<sup>61</sup>. Saken gjaldt en tvist mellom entreprenør og byggherre om conse-

<sup>54</sup> Mørk (2012) s. 4

<sup>55</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 175

<sup>56</sup> Tvedt og Bruserud (2010) s. 433

<sup>57</sup> Hagstrøm (2011) s. 333, også sitert i Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 198

<sup>58</sup> Barbo (1997) s. 295

<sup>59</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 198

<sup>60</sup> Hagstrøm (2011) s. 333 kaller funksjonsfordelingsprinsippet et entrepriserettslig prinsipp.

<sup>61</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 198, viser til Hagstrøm (2011) s. 333

kvensene av sviktende fundamentering i et bygg. Entreprenøren fikk medhold i at han ikke kunne holdes ansvarlig for svikten, da bl.a. fundamenteringsmetoden var beskrevet av byggherrens arkitekt. Funksjonsfordelingsprinsippet vil være en sentral faktor ved tolkningen av innholdet i entrepriserettslige regler.

### 1.3.2.3 Oppsummering

Tvedt og Bruserud benytter en formulering som er dekkende for den entrepriserettslige metoden, som også denne oppgaven vil følge: "Slutningene våre baseres dels på tolking av kontraktsstandardenes uttrykkelige regulering, sett i lys av grunnleggende entrepriserettslige risikosynspunkter, og dels på utfylling med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper"<sup>62</sup>.

## **Kapittel 2: Hva er endringer og hvilke konsekvenser får de ulike forståelsene av bestemmelsene om regulerbare poster for entreprenørens rettigheter etter kontrakten?**

### 2.1 "Endring" som nøkkelbegrep

#### 2.1.1 Hva er endringer?

"Endring" er et sentralt begrep i entrepriseretten. At det foreligger en endring kan få visse rettsvirkninger: krav på avbestilling, vederlagsjustering og fristforlengelse. Innholdet i NS 8405 pkt. 22.1 (4) og tilsvarende bestemmelser er derfor viktig ved fastleggelsen av partenes rettigheter og plikter i et entrepriserettslig kontraktsforhold.

Rent språklig er en endring i et kontraktsforhold "enhver omlegging av det kontraktsforhold som forelå før endringen inntrådte"<sup>63</sup>. Det innebærer at partenes hovedforpliktelser eller sideforpliktelser endres. I entrepriserettslig sammenheng har "endring" en snevrere betydning. Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes, jf. NL 5-1-2. Standardkontraktene inneholder et unntak fra dette, ved at byggherren gis en ensidig rett til å endre entreprenørens kontraktsforpliktelse - en rett til å pålegge entreprenøren endringer<sup>64</sup>. Denne løsningen må sees i sammenheng med entreprisekontraktenes dynamiske, uforutsigbare karakter og lange tidshorisonter<sup>65</sup>. Det vil ofte oppstå et behov for å gjøre tilpasninger i prosjektet underveis. Samfunnsøkonomiske hensyn taler også for en adgang for byggherren til å justere hvilken ytelse

---

<sup>62</sup> Tvedt og Bruserud (2010) s. 452

<sup>63</sup> Barbo (1997) s. 43

<sup>64</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 209; Barbo (1997) s. 44; Giverholt m.fl. (2012) s. 465; Kolrud m.fl. (2004) s. 219; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 438

<sup>65</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 209; Giverholt m.fl. (2012) s. 465; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 661

han skal få dersom hans behov eller ønsker forandrer seg i løpet av kontraktsforholdet<sup>66</sup>. Adgangen til å pålegge entreprenøren endringer er altså et viktig styringsverktøy for byggherren<sup>67</sup>.

Bestemmelsen om endringer i regulerbare poster, NS 8405 pkt. 22.1 (4), befinner seg i standardkontraktens endringskapittel, kapittel IV. Kapitlet regulerer bl.a. vilkårene for at det skal foreligge en endring, og konsekvensene av dette<sup>68</sup>. Punkt 22.1 hjemler byggherrens endringskompetanse i første ledd. Andre ledd angir hva en endring materielt sett kan gå ut på, ved at det spesifiseres at entreprenøren kan pålegges å "yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå". Hva som er avtalt ytelse vil fremgå av kontraktsdokumentene, jf. pkt. 3.1<sup>69</sup>. Bestemmelsens tredje ledd inneholder en materiell begrensning av endringskompetansen: Det oppstilles et krav om sammenheng og ikke vesentlig ulikeartethet sammenlignet med det som opprinnelig ble avtalt. Etter andre punktum er ikke entreprenøren forpliktet til å utføre endringsarbeider "ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen". Kontraktssummen defineres i kontraktens punkt 2.8 som "det opprinnelig avtalte vederlaget for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift. Til kontraktssummen hører også det opprinnelig avtalte anslaget over vederlag for ytelser som skal avregnes etter enhetspriser eller etter regning". Punkt 22.1 (4) er den ovennevnte bestemmelsen om avvik i regulerbare poster, en særregulering av hva som skal anses som en endring i slike poster.

## 2.2 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og avbestillingsreglene, jf. NS 8405 pkt. 38.1

Hvordan man beregner hva som utgjør endringer i regulerbare poster har betydning for anvendelsen av avbestillingsreglene i NS 8405 pkt. 38.1, og kan dermed ha store konsekvenser for entreprenøren. NS 8405 pkt. 38.1 regulerer byggherrens rett til å "avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet", jf. første ledd. Entreprenøren har ingen korresponderende rett til å si fra seg oppdraget<sup>70</sup>. Det følger av bestemmelsens tredje ledd at "[d]ersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling".

---

<sup>66</sup> Barbo (1997) s. 29

<sup>67</sup> Nordtvedt m.fl. (2013) s. 437

<sup>68</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 301

<sup>69</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 215; Giverholt m.fl. (2012) s. 473; Marthinussen m.fl. (2016) s. 312

<sup>70</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 726; Kolrud m.fl. (2004) s. 478; Marthinussen m.fl. (2016) s. 641

Hva som utgjør slike nettoendringer, og dermed grensedragningen for hva som utgjør en delvis avbestilling og hva som bare er en endring, er av stor betydning for entreprenøren. Foreligger det en avbestilling, har entreprenøren et erstatningskrav for det økonomiske tapet han har lidt som følge av avbestillingen, jf. pkt. 38.1 (4). Entreprenøren skal få dekket den positive kontraktsinteressen<sup>71</sup>. Hvis det derimot kun er snakk om en endring, foreligger ikke noe erstatningskrav. Entreprenøren kan bare kreve vederlagsjustering og/eller fristforlengelse (forutsatt at resterende vilkår i de respektive bestemmelsene er oppfylt).

Grensen mellom en endring og en delvis avbestilling går ved endringer som innebærer en reduksjon "av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg" på 15 % av kontraktssummen. Hvordan uttrykket skal forstås var en problemstilling i Rt. 2014 s. 520. Saken gjaldt et kontraktsforhold der partene hadde benyttet NS 8406. Hovedspørsmålet i saken var om "samlet vederlag etter fradrag og tillegg" måtte forstås som kontraktssummen minus faktisk vederlag, eller som kontraktssummen med tillegg og fradrag av endringer. Høyesterett la sistnevnte forståelse til grunn. Ved fastleggelsen av det "samlede vederlag etter fradrag og tillegg" må man etter dette gå via reglene om endringer i kapittel 22.

Det ble da et spørsmål om avvik i regulerbare mengder kunne medregnes ved fastleggelsen av det "samlede vederlag etter fradrag og tillegg", dvs. kontraktssummen plus/minus endringer. Høyesterett konkluderte i avsnitt 40 at "[h]istorikken bak regelverket og overordnede systembetragtninger peker altså etter mitt syn nokså klart i retning av at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd<sup>72</sup>." Dommen lot altså spørsmålet stå åpent, men antydte at et avvik som "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. ordlyden i NS 8406 pkt. 19.1 (4), vil kunne være relevant ved beregningen av det "samlede vederlag etter fradrag og tillegg" etter avbestillingsbestemmelsen. Lagmannsretten bekreftet dette uttrykkelig i sak LA-2016-37897, som gjaldt samme kontraktsforhold som Rt. 2014 s. 520.

Vesentlighetsterskelen og hvordan man skal beregne om det foreligger en endring etter NS 8405 pkt. 22.1 (4), vil etter dette være viktige spørsmål i relasjon til hvordan fastleggelsen av det "samlede vederlag etter fradrag og tillegg" etter avbestillingsregelen i pkt. 38.1 (4) skal foretas.

### 2.3 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og reglene om vederlagsjustering, jf. NS 8405 kapittel 25

<sup>71</sup> Kolrud m.fl. (2004) s. 479

<sup>72</sup> Bestemmelsene tilsvarende NS 8405 pkt. 22.1 (4) og 38.1 (3).

Etter NS 8405 pkt. 25.2 har entreprenøren krav på vederlagsjustering bl.a. som følge av "endringer", se bestemmelsens bokstav a). Bestemmelsen viser til kapittel 22 i standardkontrakten. Terskelen og beregningsmåten for hva som skal regnes som en endring i regulerbare poster, jf. pkt. 22.1 (4), vil derfor kunne ha betydning for om entreprenøren har krav på å få justert vederlaget eller ikke. Det at entreprenøren i så fall har krav på slik justering "som forårsakes av" endringen, viser at forståelsen av pkt. 22.1 (4) også vil ha betydning for størrelsen av den eventuelle vederlagsjusteringen. Tolkningen og anvendelsesmåten av pkt. 22.1 (4) vil også ha betydning for *byggherrens* rett til å justere entreprenørens vederlag. Byggherren har en slik rett etter pkt. 25.1, der det er et vilkår at det foreligger en endring. Omfanget av justeringen skal være slik "som endringen medfører".

## 2.4 Forholdet mellom NS 8405 pkt. 22.1 (4) og reglene om fristforlengelse, jf. NS 8405 kapittel 24

Håndteringen av mengdeøkninger i standardkontraktene vil være viktig i forbindelse med reglene om fristforlengelse. Etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) skal jo entreprenøren ved avvik i regulerbare poster i utgangspunktet utføre et større arbeid enn avtalt innenfor det opprinnelig avtalte tidsrom. Når det først foreligger en endring, vil entreprenøren derimot kunne få mulighet til å få forlenget leveringsfristen etter pkt. 24.1.

Det følger av NS 8405 pkt. 24.1 at entreprenøren kan kreve fristforlengelse bl.a. "dersom fremdriften hindres som følge av" "endringer", jf. bestemmelsens bokstav a). Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår. Det må foreligge en endring, fremdriften i prosjektet må ha blitt hindret, og det må være årsakssammenheng mellom endringen og hindringen. Bokstav a) viser på samme måte som punkt 25.2 bokstav a) om vederlagsjustering som forårsakes av endringer, til kapittel 22. Forståelsen av pkt. 22.1 (4) om regulerbare poster, nærmere sagt hva som etter bestemmelsen regnes som en endring, vil dermed også her kunne ha betydning for om entreprenøren har et krav eller ikke, i dette tilfellet et krav på fristforlengelse. At det foreligger en endring er jo ett av tre vilkår som må være til stede for å få innvilget fristforlengelse. Selve lengden på fristforlengelsen er ikke direkte avhengig av størrelsen på endringen. Omfanget av fristforlengelsen er knyttet til størrelsen på hindringen, og ikke hvor stor endring det er snakk om i det konkrete tilfellet.

## 2.5 Oppsummering og avgrensning

Ovenfor er det gitt en beskrivelse av reglene som regulerer konsekvensene at det foreligger en endring. I det følgende vil jeg ikke gå nærmere inn på problemstillinger knyttet til disse reglene. Jeg går nå over til å fastlegge innholdet i NS 8405 pkt. 22.1 (4).



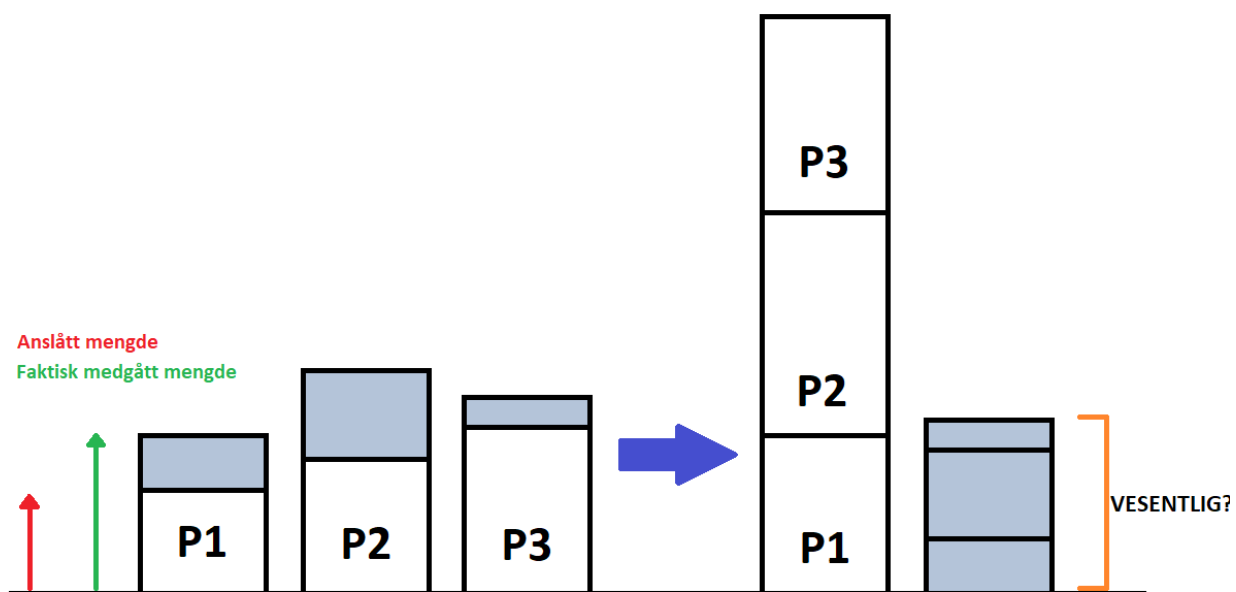
## **DEL II. HOVEDDEL. HVA SKAL TIL FOR AT AVVIK I FORHOLD TIL KONTRAKTENS MENGDEANGIVELSE PÅ POSTER SOM SKAL AVREGNES ETTER ENHETSPRISER (REGULERBARE POSTER), UTGJØR EN ENDRING, JF. NS 8405 PKT. 22.1 (4)?**

### **Kapittel 3: Anvendelsesområdet for NS 8405 pkt. 22.1 (4). Gjelder 22.1 (4) for et samlet avvik på alle poster, per enkelt post, eller et annet alternativ?**

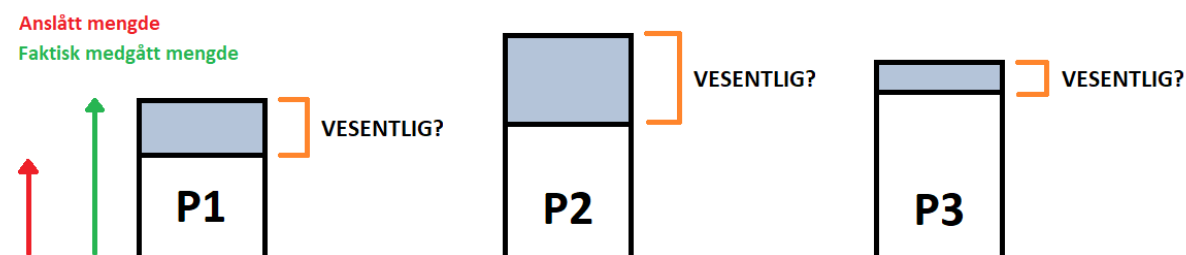
#### 3.1 Overordnet om de ulike alternativene

NS 8405 pkt. 22.1 (4) slår fast at "[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster)", ikke utgjør noen endring "med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten". Vurderingstemaet er om avviket i det konkrete tilfellet overstiger en vesentlighetsterskel.

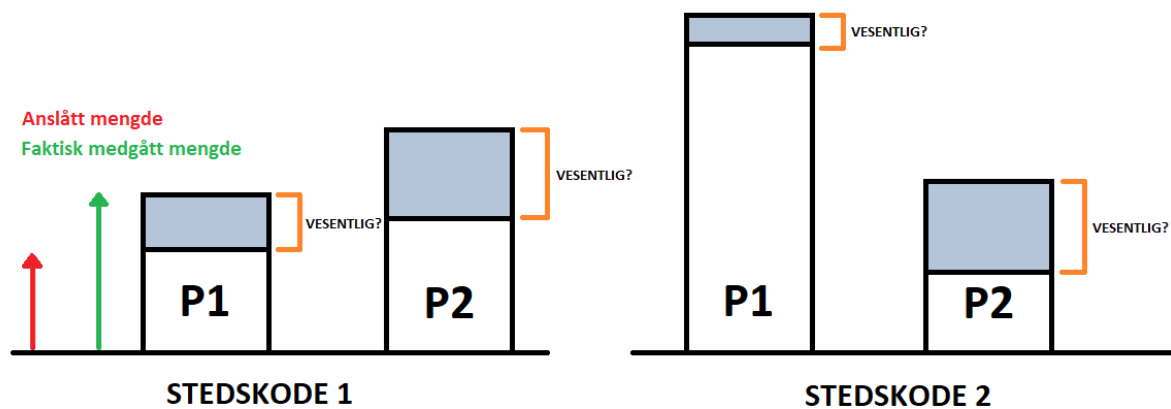
Rent praktisk kan denne vurderingen foretas på flere måter. Man kan tenke seg at man ser på avvikene i alle de regulerbare postene, for så å summere dem og undersøke om det samlede avviket kan anses som "vesentlig", se illustrasjon 1. Alternativt kan man beregne avviket på hver enkelt post der det foreligger et avvik, se illustrasjon 2. Som det fremgår av rettspraksis, jf. LH-2018-31915, er en tredje mulighet å beregne avviket for poster som finnes på forskjellige stedskoder separat for hver stedskode, se illustrasjon 3.



Illustrasjon 1: Vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) foretatt samlet for alle poster (nostene er P1, P2 og P3)



Illustrasjon 2: Vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) foretatt post for post



Illustrasjon 3: Vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) foretatt per post per stedskode

I det følgende skal jeg undersøke om NS 8405 pkt. 22.1 (4) gir anvisning på en vesentlighetsvurdering av det samlede avviket, avviket per enkelt post, eller per post per stedskode.

### 3.2 Ordlyden i bestemmelsen

Hva som kan utledes av en kontraktsbestemmelse beror på en tolkning av kontrakten<sup>73</sup>. NS 8405 er en entrepris kontrakt. Innholdet i pkt. 22.1 (4) må dermed fastlegges ved en "objektiv fortolkning", med stor vekt på ordlyden og dens naturlige språklige forståelse, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44, Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59 og Rt. 2014 s. 520 avsnitt 26.

Spørsmålet om det skal foretas en samlet eller individuell vurdering av mengdeavvik i regulerbare poster er i realiteten et spørsmål om tolkning av uttrykket "avvik [...] på poster" i NS 8405 pkt. 22.1 (4). Bestemmelsen sier ikke uttrykkelig om avviket skal beregnes samlet for alle poster eller per enkelt post, evt. per post per stedskode. Ordlyden "poster" kan forstås som "alle poster". I så fall vil det samlede avviket måtte vurderes i forhold til vesentlighetskriteriet. På den annen side kan "poster" bety "de enkelte poster". Da må man vurdere om avviket på hver post overstiger vesentlighetstærskelen. Ordlyden hverken taler for eller stenger for "per enkelt post per stedskode"-alternativet.

<sup>73</sup> Hagstrøm (2011) s. 43

Ordlyden i NS 8405 pkt. 22.1 (4) gir ingen veiledning for om bestemmelsen gjelder det samlede avvik på alle regulerbare poster, om vesentlighetsvurderingen skal foretas per enkelt post, eller per post per stedskode.

### 3.3 Rettspraksis

Spørsmålet om avvik i regulerbare poster skulle beregnes samlet eller post for post, evt. per stedskode, kom ikke på spissen i Rt. 2014 s. 520. Høyesteretts uttalelser om hvordan avbestillingsregelen i NS 8406 pkt. 28.1 (3) måtte forstås kan likevel gi en viss pekepinn. Høyesterett la til grunn at endringer måtte beregnes ved å ta utgangspunkt i den opprinnelige kontraktssummen, og legge til og trekke fra faktiske endringer. Dette i motsetning til den alternative løsningen, som ville ha vært å trekke det faktiske vederlaget fra kontraktssummen, og slik finne omfanget av endringer. Uttrykket "kontraktssummen fratrukket netto reduksjon som følge av fradrag og tillegg ved endringsarbeider" harmonerer, etter en naturlig språklig forståelse, jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44, bedre med en forståelse av NS 8406 pkt. 19.1 (4) der vesentlighetsvurderingen blir gjort post for post. På den annen side kan ordlyden det "samlede vederlag" i avbestillingsbestemmelsen trekke i retning av at vesentlighetsvurderingen etter pkt. 19.1 (4) også må foretas samlet.

Lagmannsretten gikk i sak LA-2016-37897 ett skritt lenger enn forannevnte dom og uttalte at "[n]år det gjelder vurderingen av om det foreligger så store mengdeavvik på regulerbare poster at de i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, er det lagmannsrettens oppfatning at dette er en vurdering som i utgangspunktet må foretas i forhold til de enkelte poster i kontrakten og ikke som en samlet vurdering". Retten viste til at ordlyden "poster" "klart" trakk i denne retning, og at entreprenøren kalkulerer hver post for seg. Lagmannsretten bygget også sin vurdering på systembetraktninger, og argumenterte med at "vurderingstemaet da blir det samme uavhengig om det kreves vederlagsjustering eller erstatning som følge av avbestilling". Retten sa videre: "For vederlagsjustering er det nødvendigvis den enkelte enhetspris som skal justeres. Dessuten skal det foretas en samlet vurdering etter punkt 28 tredje ledd hvor det nettopp er summen av endringer som inngår i regnestykket. Det er neppe naturlig at denne summeringen skal gjøres to ganger". Retten la også vekt på at det å foreta en samlet vurdering ville innebære at "også poster hvor avviket ikke er vesentlig, [vil] inngå i vurderingen og telle med". I så fall ville avvik som ikke var endringer, også bli tatt med i vurderingen. Det ville være uheldig. Rettstekniske hensyn som talte i favør av en samlet vurdering, kunne ikke oppveie de ovennevnte hensyn.

Det er viktig å huske at hele denne uttalelsen er et obiter dictum. Dette var en sak om retten til avbestilling, og retten kom til at avviket i dette tilfellet uansett ikke oversteg 15 %-grensen i

NS 8406 pkt. 28.1 (3). Resonnementet er likevel nokså grundig, til tross for at lagmannsretten ikke forklarte hvorfor ordlyden "poster" "klart" trakk i retning av en post-for-post-vurdering. Vektleggelsen av systembetraktninger er i samsvar med de metodiske poeng som følger av bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44. I mangel av sterkere rettskilder som trekker i motsatt retning, vil lagmannsrettens forståelse uansett måtte legges til grunn som gjeldende rett.

Lagmannsrettens mening i LA-2016-37897 om at vurderingen etter endringsbestemmelsen for regulerbare poster må foretas post for post ble nylig lagt til grunn i LH-2018-31915, dog med visse modifikasjoner. Saken gjaldt et sluttoppgjør etter bygging av en bro utenfor Bodø. Avtalegrunnlaget var ikke en standardkontrakt, men det var snakk om en utførelsesentreprise og kontraktens bestemmelse tilsvarte NS 8405 pkt. 22.1 (4), med den forskjell at den kun skulle gjelde "merarbeid". Vesentlighetsvurderingen foretatt av lagmannsretten er dermed av interesse ved tolkningen av de entrepriserettslige standardkontraktene. Det var tvist om oppgjør for økte mengder armering og løsmasser. Et moment var at byggherren hadde tatt forbehold om at armeringsmengdene var foreløpige, noe som ga "entreprenøren et ekstra signal om at det kan forventes endringer og [var] noe han [kunne] ta hensyn til i prisingen". Dette påvirket terskelen for at et avvik i armeringsmengder kunne anses som vesentlig, men ikke selve beregningsmåten for avviket.

Lagmannsretten kom til at det totale avviket i mengder armering ikke kunne anses som vesentlig. Denne uttalelsen er i samsvar med synspunktet forfektet av retten i LA-2016-37897, om at vurderingen må foretas post for post: armering er i utgangspunktet én post. Lagmannsretten modifiserte så dette utgangspunktet, ved å vurdere "mengdeøkningene på *bestemte deler av enkelte akser*" i forhold til vesentlighetskriteriet. Samme post (her: armering) kan dukke opp flere steder i byggeprosjektet. Den enkelte post måtte altså fordeles på ulike underposter etter stedskode, dvs. hvor i byggeprosjektet armeringen ble brukt: på hvilken akse, og hvilken del av den. Først da kunne det undersøkes om avviket på hver underpost oversteg det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved kontraktsinngåelsen. Etter denne dommen må vesentligheten av avviket i slike tilfeller vurderes separat for hvert sted/stedskode. Uttalelsen stammer fra dommens *ratio decidendi*, noe som øker dens vekt. Det finnes også en tingrettsdom, TKISA-2015-190286 (Kristiansand tingrett), hvor retten uttalte at vurderingen måtte foretas "for den enkelte post".

Rettspraksis taler for at vurderingen av om et mengdeavvik er vesentlig, må foretas post for post. Det finnes ingen høyesterettsdom som sier dette uttrykkelig, men Rt. 2014 s. 520 trekker i denne retning, og synspunktet er lagt til grunn i senere lagmannsretts- og tingrettspraksis. Dommen LH-2018-31915 følger opp dette utgangspunktet, men åpner også for å foreta vesentlighetsvurderingen for hver stedskode en post forekommer på.

### 3.4 Juridisk teori

Den juridiske teorien er samstemt i den oppfatning at vurderingen av om avvik i regulerbare poster overstiger vesentlighetsterskelen, må foretas for hver enkelt post. Sandvik uttalte allerede i 1966 at vurderingen av hvilke "masseavvikelser" "som kan tolereres uten prisjustering", må gjøres "innenfor den enkelte massepost"<sup>74</sup>. Dette synspunktet har fått tilslutning i nyere juridisk teori. Marthinussen m.fl. sier uttrykkelig om vesentlighetskravet at "[h]vilke avvik som oppfyller dette kravet, må vurderes post for post"<sup>75</sup>. De andre kommentarutgavene til NS 8405, NS 8406 og NS 8407 er tause om spørsmålet. Herman Bruserud ga nylig uttrykk for samme synspunkt som Marthinussen m.fl. under en forelesning ved Universitetet i Oslo<sup>76</sup>.

Ingen av de ovennevnte kildene sier noe om hensynene bak en slik løsning. En gjennomgang av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende ble foretatt av Herstad i 2015<sup>77</sup>, året før LA-2016-37897 ble avsagt. Hennes forståelse av ordlyden "poster" er at den "kan tale for at det dreier seg om en samlet vurdering, men enkeltelementet i slutten av bestemmelsen ("avviket") drar i motsatt retning". Herstad kom frem til at vesentlighetsvurderingen bør foretas post for post. Hun bygger i likhet med den senere dommen på systembetragtninger, særlig at vurderingsgrunnlaget ble det samme "uavhengig av om entreprenøren ønsker vederlagsjustering eller avbestillingserstatning"<sup>78</sup>. Det er jo den enkelte post som skal justeres i det første tilfellet. Det er videre størrelsen på den enkelte post som bestemmer hvilket prisnivå på hver post entreprenøren velger å legge seg på ved kontraktsinngåelsen. Herstad viser så, i likhet med den senere dommen, til at man foretar en samlet vurdering etter avbestillingsregelen - og at dette måtte være en samlet vurdering av endringene på de enkelte poster. Videre er det et relevant hensyn at en samlet vurdering vil medføre at også uvesentlige avvik blir med i vurderingen etter avbestillingsbestemmelsen, noe også LA-2016-37897 kommenterte som uheldig<sup>79</sup>. Herstad knytter dette opp mot funksjons- og risikofordelingen i kontraktsforholdet: uvesentlige avvik er jo entreprenørens risiko. Deretter påpeker hun faren for taktisk prising forbundet med en samlet vurdering: "Entreprenøren kan vurdere det slik at noen av postene vil øke fordi de er regulerbare og byggherren har satt en lav mengde i anbudsgrunnlaget. Dette kan gjøre at han velger å prise disse postene høyt, altså at han bedriver taktisk prising. Dette vil kunne gjøre det vanskelig å vurdere den enkelte post ettersom den ikke gir uttrykk for entreprenørens samlede betraktning av de regulerbare postene"<sup>80</sup>. Det faktum at det er forskjellige grader av usikkerhet knyttet til de ulike postene, taler etter Herstad syn i favør av en post-for-post-vur-

<sup>74</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>75</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 643

<sup>76</sup> Bruserud (2019)

<sup>77</sup> Herstad (2015)

<sup>78</sup> Herstad (2015) s. 547

<sup>79</sup> Herstad (2015) s. 548

<sup>80</sup> Herstad (2015) s. 548

dering. Det som ikke er et vesentlig avvik i en type post der det er knyttet stor usikkerhet til de nødvendige mengdene, vil kanskje anses som et vesentlig avvik i en post der mengdebeho- vet kan forutsees med større sikkerhet<sup>81</sup>. Det vil være forskjellig hva "entreprenøren burde ha tatt i betraktning" av mulige avvik på de ulike typene poster ved kontraktsinngåelsen. I mot- satt retning trekker det at en post-for-post-vurdering vil være en omfattende oppgave, og der- med en lite "praktikabel" løsning, og at totalvurderinger er å gjenfinne ellers i kontraktsretten, bl.a. "ved heving og avtaleloven § 36"<sup>82</sup>. Herstad tillegger dette argumentet liten vekt<sup>83</sup>.

Juridisk teori har siden 60-tallet unisont gitt uttrykk for at vesentlighetsvurderingen av mengdeavvik på regulerbare poster må foretas individuelt per post.

### 3.5 Reelle hensyn

Nyere rettspraksis åpner som nevnt i kapittel 2 for at den tradisjonelle ordlydstro tolknings- metoden for kontrakter mellom profesjonelle parter, herunder entreprisekontrakter, suppleres ved at "[b]estemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn", jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44. Også bestemmelsens tilblivelseshistorie og "systembetraktninger vil kunne ha betydning for utfallet av tolkningen", jf. Rt. 2012 s. 1729 og Rt. 2014 s. 520. Dette til tross for at "hensynet til forutberegnelighet og det forhold at avtaleinnholdet langt på vei er et utslag av en kalkulert risiko, måtte veie tungt og tale mot å bygge på rimelighet"<sup>84</sup>.

Entreprisekontrakter er omfattende kontrakter som regulerer risikofordelingen i store bygge- prosjekter. Rettstekniske hensyn vil derfor være sentrale i tolkningen av kontraktsbestemmel- sene. Jeg er derfor uenig med Herstad i at hensynet til en praktikabel regel har "begrenset vekt"<sup>85</sup>. Herstad tillegger hensynet liten vekt fordi hun mener at "en samlet vurdering ikke nødvendigvis vil vise seg å være enklere". Også her er jeg uenig. Det er enklere å summere alle avvik på regulerbare poster, for så å foreta en samlet vesentlighetsvurdering, enn å foreta mange, kanskje flere hundre, individuelle vurderinger. Det første alternativet er også tidsbe- sparende. Dette taler for at det bør foretas en samlet vurdering av om avvik i regulerbare pos- ter overstiger vesentlighetsterskelen i NS 8405 pkt. 22.1 (4).

Det er også viktig å huske at de entrepriserettslige standardkontraktene gir byggherren en en- sidig, inngripende rett til å pålegge entreprenøren endringer, jf. NS 8405 pkt. 22.1 (1). Be- stemmelsens fjerde ledd er "en spesialregel om entreprenørens rettigheter ved mengdeavvik i

<sup>81</sup> Herstad (2015) s. 548

<sup>82</sup> Herstad (2015) s. 547

<sup>83</sup> Herstad (2015) s. 549

<sup>84</sup> Hagstrøm (2011) s. 44

<sup>85</sup> Herstad (2015) s. 549

kontrakter med regulerbare poster", jf. Rt. 2014 s. 520 avsnitt 38. Avvik i regulerbare poster er som nevnt i utgangspunktet ikke endringer, med den konsekvens at entreprenøren som hovedregel ikke har krav på fristforlengelse og vederlagsjustering. Det må da legges til grunn at formålet med bestemmelsen - som åpner for å anse mengdeavvik som endringer, så lenge vesentlighetsvilkåret er oppfylt - er å beskytte entreprenøren i situasjoner der byggherren har en særlig vid adgang til å pålegge ham ekstra forpliktelser. Spørsmålet blir da hvilken løsning som best realiserer formålet med å beskytte entreprenøren. En samlet vurdering gir som nevnt entreprenøren en bedre posisjon i relasjon til avbestillingsbestemmelsen: som påpekt i LA-2016-37897 og av Herstad<sup>86</sup> kommer også uvesentlige avvik med i vurderingen. Det kan tale for at en samlet vurdering for alle poster best realiserer formålet med pkt. 22.1 (4): entreprenørbeskyttelse.

På den annen side er denne løsningen i strid med den grunnleggende risikofordelingen i kontraktsforholdet<sup>87</sup>, jf. Rt. 1917 s. 673. En post-for-post-vurdering gir dessuten en bedre oversikt over de foreliggende avvik, og et ryddigere bilde av byggherrens og entreprenørens respektive risikosfærer. Å foreta vurderingen per enkelt post på hver stedskode, vil garantere dette i enda større grad.

Reelle hensyn trekker i begge retninger. Det er flere hensyn som taler for en samlet vurdering. De hensyn som trekker i retning av en post for post-vurdering må nok likevel veie tyngre, da en slik løsning i større grad er i tråd med den grunnleggende funksjonsfordelingen i standardkontrakten.

### 3.6 Tilgrensende rettsområder

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015 (heretter NF 15) inneholder regler om endringer i art. 12. NF 15 art. 12.1 første ledd hjemler oppdragsgiverens ("selskapets") rett til å pålegge endringer. Andre ledd inneholder en presisering av hva endringer kan gå ut på, som i hovedsak tilsvarende NS 8405 pkt. 22.1 (2). NF 15 art. 12.1 tredje ledd er bestemmelsen som er av interesse i forhold til denne oppgavens tema. Art. 12.1 (3) slår fast følgende:

"Selskapet har likevel ikke rett til å foreskrive Endringer av Arbeidet som *samlet sett* [min kursivering] går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått".

Norsk Totalkontrakt 2015 (heretter NTK 15) har en likelydende bestemmelse, også i art. 12.1 (3). Bestemmelsene tilsvarende innholdsmessig NS 8405 pkt. 22.1 (3), ved at de angir en materi-

---

<sup>86</sup> Herstad (2015) s. 548

<sup>87</sup> Herstad (2015) s. 548



ell grense for hvor store endringer entreprenøren kan pålegges. Kontraktsteknisk er de likevel mer like NS 8405 pkt. 22.1 (4), ved at vurderingstemaet etter bestemmelsene er "hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått". Dette er sammenlignbart med ordlyden i NS 8405 pkt. 22.1 (4), som angir at et avvik ikke anses som en endring "med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten". Rettskilder knyttet til NF 15 art. 12.1 (3) og NTK 15 art. 12.1 (3) vil dermed være relevante ved tolkningen av NS 8405 pkt. 22.1 (4).

Ordlyden "samlet sett" i NF 15 og NTK 15 art. 12.1 (3) trekker entydig i retning av at vurderingen må foretas samlet, og ikke separat for ulike poster. Dette taler for at vurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) også bør gjøres samlet.

### 3.7 Konklusjon

Når ordlyden som her gir lite veiledning, må samstemt og konsekvent rettspraksis og teori veie tungt. De sistnevnte rettskildefaktorene taler for at vurderingen av vesentligheten av mengdeavvik etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) må foretas post for post. Også reelle hensyn trekker svakt i denne retning. Når mer tungtveiende rettskilder taler for en post for post-vurdering, kan det ikke legges avgjørende vekt på at standardkontrakter for offshore trekker i motsatt retning. Konklusjonen blir etter dette at NS 8405 pkt. 22.1 (4) gjelder for avvik per enkelt post.

## **Kapittel 4: Hva ligger i terskelen for at et avvik skal anses for "i vesentlig grad" å overstige det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten?**

### 4.1 Hvor ligger terskelen, og kan man angi den i prosent?

#### 4.1.1 Hvor ligger terskelen?

##### 4.1.1.1 Ordlyden i bestemmelsen

Jeg viser innledningsvis til de tolkningsutgangspunkter som er beskrevet i oppgavens punkt 1.3.2 og 3.2.

For å finne innholdet i en standardkontraktsbestemmelse, må denne som nevnt tolkes<sup>88</sup>. Spørsmålet om terskelen for vesentlighet, er et spørsmål om hvordan ordlyden "i vesentlig

---

<sup>88</sup> Hagstrøm (2011) s. 43

grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten" i NS 8405 pkt. 22.1 (4) skal tolkes.

Ordlyden "vesentlig" taler for at terskelen er høy. Et hvilket som helst avvik vil ikke anses som vesentlig, og selv relativt store avvik vil kunne være ikke vesentlige.

#### 4.1.1.2 Rettspraksis

Om terskelen for hva som skal anses som "vesentlig", uttalte Høyesterett i Rt. 2014 s. 520 i avsnitt 37 at "[a]vvik i mengdeanslag under regulerbare poster [...] som hovedregel ikke [skal] anses som endringer. Entreprenøren må finne seg i at mengdene blir større eller mindre uten å kunne påberope seg reglene som gjelder for endringsarbeider." Dette taler for at terskelen er høy. Synspunktet gjenfinnes i LA-2016-37897, der lagmannsretten sa at "mengdeavvik i regulerbare poster som hovedregel ikke anses som endringer". Senere i dommen uttaltes det, i forhold til hva entreprenøren med rett kan forvente: "Det må i den forbindelse tas hensyn til at det i enhetspriskontrakter som her ligger forutsatt i kontraktsmekanismen at utførte mengder i arbeidet vil avvike en god del fra det som er anslått i kontrakten. Dette må entreprenøren hele tiden ha for øye og ta i betraktning". I LH-2018-31915 viste lagmannsretten til Marthinussen m.fl.<sup>89</sup> og uttalte at "[e]ntreprenøren må i utgangspunktet forvente endringer, og disse kan dels være store. Utgangspunktet er hva en aktsom entreprenør ville tatt i betraktning". Samme synspunkter kommer til uttrykk i LE-2017-87114, der retten uttalte at "[e]ndringer i mengdeangivelse må [...] anses påregnelig", og LH-2016-93008, der "entreprenøren måtte påregne ikke ubetydelige avvik".

Rettspraksis taler entydig for at terskelen for at vesentlighetsvilkåret i NS 8405 pkt. 22.1 (4) og tilsvarende bestemmelser skal være oppfylt, er høy.

#### 4.1.1.3 Juridisk teori

Flere juridiske forfattere har tatt stilling til hvor terskelen må ligge for at et mengdeavvik "i vesentlig grad" skal overstige det entreprenøren kunne forvente ved avtaleinngåelsen. Sandvik finner grunnlag for å oppstille en adgang for entreprenøren til å kreve vederlagsjustering ved mengdeavvik "[s]elv uten hjemmel i noen uttrykkelig kontraktsbestemmelse [...] på det grunnlag at de er basert på en *grovt uriktig angivelse* [min kursivering] av omfanget av det arbeid som skal utføres"<sup>90</sup>. Videre mener Sandvik at "[s]elv i de tilfelle hvor masseberegningen ved særlig kontraktsklausul er berøvet karakteren av en bindende begrensning av det arbeidsvolum som skal utføres for den avtalte pris, kan det tenkes at en fremlagt masseberegning er så uriktig at den gir et *helt villedende bilde* [min kursivering] av det arbeid

<sup>89</sup> Dommen viste til Marthinussen m.fl. (2016) på s. 311, men riktig sidehenvisning er s. 316.

<sup>90</sup> Sandvik (1966) s. 234

som skal utføres, slik at det foreligger en bristende forutsetning"<sup>91</sup>. Sandvik uttaler også om forløperen til NS 8405 pkt. 22.1 (4), NS 3401 pkt. 10.5, at "[s]elv om det er sluttet enhetspris-kontrakt, slik at mengdefortegnelse oppgaver ikke er en bindende arbeidsangivelse, vil entreprenøren derfor kunne påberope det dersom det viser seg slike avvik at det forrykker arbeidsopplegg, driftsplan og kalkyle"<sup>92</sup>. Sandvik viser også til Anbudsforskriftene § 9 til støtte for sitt syn, der det "som vilkår for å påberope avvik mellom faktisk og oppgitt masse er [...] satt at det "medfører store og i forhold til den hele entreprise vesentlige meromkostninger"<sup>93</sup>. Terskelen er altså høy ifølge Sandvik, jf. uttrykk som "store" og "vesentlige", men entreprenøren vil kunne påberope at det foreligger en endring dersom mengdeangivelsen er "grovt" uriktig og arbeidsopplegget, driftsplanen og kalkylen - dvs. forutsetningene for utførelsen av arbeidet - blir forrykket.

Dette synspunktet har blitt fulgt opp i nyere juridisk teori om dagens entrepriserettslige standardkontrakter. Giverholt m.fl. uttaler (om bestemmelsen i NS 8407) at "[u]tgangspunktet er at totalentreprenøren må forvente variasjoner, og disse kan dels være store"<sup>94</sup>. At entreprenøren må forvente dels store variasjoner legges også til grunn av Arvesen m.fl. og Marthinussen m.fl.<sup>95</sup> Kolrud m.fl. mener i likhet med dem at "[t]erskelen for at denne type avvik skal anses for endring i kontraktsmessig forstand er [...] høy"<sup>96</sup>. Nordtvedt m.fl. bruker også uttrykket "høy"<sup>97</sup>.

Barbo har noen reservasjoner til en veldig høy terskel, og påpeker at "kontraktsavviklingen i stor grad skal skje under rammebetingelser som partene ikke eller bare i begrenset grad er herre over: Grunnforholdene og andre fysiske rammebetingelser, værforhold, offentligrettslige regler og myndighetsvedtak m.v., utgjør konstante usikkerhetsfaktorer. Til dette kommer at det ofte er tale om en omfattende og teknisk komplisert ytelse, hvor flere aktører er involvert"<sup>98</sup>. Selve endringskompetansen til byggherren gjør at "det nærmere innhold av entreprenørens kontraktsforpliktelse under kontraktsavviklingen er noe usikkert". Dette taler for at terskelen bør senkes noe.

Juridisk teori taler for at terskelen for hva som må anses som "i vesentlig grad" å overstige "det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4), er høy.

---

<sup>91</sup> Sandvik (1966) s. 232

<sup>92</sup> Sandvik (1977) s. 118

<sup>93</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>94</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 480

<sup>95</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>96</sup> Kolrud m.fl. (2004) s. 224

<sup>97</sup> Nordtvedt m.fl. (2013) s. 452

<sup>98</sup> Barbo (1997) s. 5

#### 4.1.1.4 Reelle hensyn

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes, jf. NL 5-1-2<sup>99</sup>. I en entreprisekontrakt påtar en entreprenør seg å utføre et gitt arbeid til en bestemt tid og pris for byggherren. Bestemmelsen om endringer i regulerbare poster i NS 8405 pkt. 22.1 (4) åpner likevel for at mengdeavvik kan anses som endringer, med den konsekvens at entreprenøren kan ha krav på fristforlengelse og vederlagsjustering. I et slikt tilfelle vil ikke entreprenøren holde avtalen han inngikk med byggherren. Han vil utføre arbeidet, men til en annen pris og/eller tidsfrist enn avtalt. Dette er i strid med NL 5-1-2 og taler for at vesentlighetstærskelen etter pkt. 22.1 (4) burde være høy. Standardkontraktene kontraktsfester videre uttrykkelig risikofordelingen mellom byggherren og entreprenøren for mengdeavvik ved å angi at avviket "i vesentlig grad" må overstige det entreprenøren hadde grunn til å regne med ved kontraktsinngåelsen, jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4). Å legge tærskelen for hva som skal anses som en endring veldig lavt ville være i strid med bestemmelsen, jf. den naturlige språklige forståelsen av ordlyden "vesentlig", se pkt. 4.1.1.1 i oppgaven.

På den annen side, hvis tærskelen blir for høy, blir kontrakten ubalansert. Hele poenget med standardkontraktene (herunder endringsreglene), som er fremforhandlet av aktører på byggherre- og entreprenørsiden, er at de gir balanserte løsninger<sup>100</sup>. Nordtvedt m.fl. fremhever at tidlig konfliktavklaring og gjenopprettelse av balansen i avtaleforholdet er viktige formål med endringsreglene og reglene om vederlagsjustering og fristforlengelse<sup>101</sup>. Byggherrens endringsadgang "svækker entreprenørens grunnlag for en fast produksjonsplanlegging"<sup>102</sup>. Formålet med pkt. 22.1 (4) er å beskytte entreprenørens tid og pris i denne situasjonen. Dette fremgår av lagmannsrettens uttalelse i LH-2018-31915: "At byggherren velger å lyse ut anbuds-konkurranse før detaljprosjekteringen er ferdig, kan være uheldig, nettopp fordi det kan føre til store endringer i mengde som kontraktspartene må håndtere underveis i prosjektet. På den annen side er entreprenøren beskyttet mot endringer som vesentlig overstiger det han kunne forvente". Pkt. 22.1 (4) og formålet bak bestemmelsen må sees i sammenheng med konsekvensene det får for entreprenøren om et avvik skal regnes som en endring eller ikke. Vesentlighetsgrensen vil være avgjørende for om han får fristforlengelse og/eller vederlagsjustering. Særlig tidsperspektivet er viktig å ha i bakhodet ved fastleggelsen av tærskelen. Det er ikke uvanlig at man i entreprisekontrakter inngått etter dagens kontraktsstandarder opererer med svært høye dagmulksatser<sup>103</sup>. Hvis tærskelen for hvilke avvik som skal anses som en endring

<sup>99</sup> Dette understrekes også av Marthinussen m.fl. (2016) på s. 640.

<sup>100</sup> Hagstrøm (2011) s. 46; Kolrud m.fl. (2004) s. 200, 278-279; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 437; Sandvik (1966) s. 294; Tørum (2010) s. 463

<sup>101</sup> Nordtvedt m.fl. (2013) s. 438

<sup>102</sup> Sandvik (1977) s. 123

<sup>103</sup> Et eksempel er parsell 1.02. av prosjekt E39 Rogfast, som opererer med en dagmulksats på 800000 kr. Se pkt. 22 i konkurransegrunnlaget, som finnes på doffin.no.

settes for høyt, og entreprenøren ikke får fristforlengelse ved store avvik som krever betydelig ekstraarbeid, blir konsekvensen at entreprenører må prise inn en risiko for eventuell dagmulkt i sitt tilbud. Jo høyere terskelen er, jo mer må entreprenøren prise inn i tilbudet. Det blir en kostnad som byggherren må bære uansett om avvikrisikoen materialiserer seg eller ikke. Hverken byggherren eller entreprenøren er tjent med en slik løsning. For byggherren blir det en ekstrakostnad. For entreprenøren er det enklere å få fristforlengelse dersom risikoen materialiserer seg og avvikene blir større enn det han hadde grunn til å regne med ved kontraktsinngåelsen, enn å forsøke å sette en pris på risikoen ex ante.

Forutberegnelighetshensyn taler med andre ord for at vesentlighetsterskelen ikke settes for høyt. Dette kan knyttes opp mot risikoen for taktisk prising fra byggherrens side, særlig i utførelsesentrepriser. Entreprenøren kan tillate seg å gi større rabatt per enhet hvis han vet at han skal levere mange enheter<sup>104</sup>. Hvis byggherren setter mengdene bevisst for høyt, kan han få lavere enhetspris, noe som ikke blir gunstig for entreprenøren når det senere viser seg at mengdene blir mindre enn anslått. Hvis vesentlighetsterskelen ikke settes for høyt, vil dette likevel avhjelpest ved at det foreligger en endring som kan gi entreprenøren krav på vederlagsjustering.

Terskelen bør dessuten være forskjellig ved utførelses- og totalentrepriser. I utførelsesentrepriser er det byggherren som anslår mengdene ved kontraktsinngåelsen. I tråd med prinsippet om at risiko følger funksjon, jf. Rt. 1917 s. 673, er han nærmest til å bære risikoen for at mengdene blir mye større eller mindre enn anslått. Situasjonen er annerledes i totalentrepriser, der det ofte er entreprenøren som projeksjoner og gir mengdene. Terskelen for hva som skal anses som et "vesentlig" avvik bør dermed være lavere i utførelsesentrepriser enn i totalentrepriser.

Dette kan likevel ikke røkke ved at entreprisekontrakter er utviklingskontrakter<sup>105</sup>, der begge parter er klare over at det kan skje forandringer under kontraktsavviklingen, og spesialreguleringen av avvik i regulerbare poster i NS 8405 pkt. 22.1 (4) viser entydig at entreprenøren må tåle visse mengdeavvik uten kompensasjon. Det taler for en relativt høy terskel for hva som er et "vesentlig" avvik.

Reelle hensyn taler for at vesentlighetsterskelen bør settes ganske høyt, men ikke så høyt at det gir urimelige utslag for entreprenørens pris, og heller ikke så lavt at den er i strid med ordlyden "vesentlig" i NS 8405 pkt. 22.1 (4). Terskelen bør også være lavere i utførelsesentrepriser enn i totalentrepriser.

---

<sup>104</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 404

<sup>105</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 209; Marthinussen m.fl. (2016) s. 301

#### *4.1.1.5 Konklusjon*

De ulike rettskildedefaktorene taler for at terskelen for hva som skal anses for "i vesentlig grad [å overstige] det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", er høy. Den er likevel ikke så høy at den gir uheldige utslag i entreprenørens pris, jf. pkt. 4.1.1.4.

#### *4.1.2 Kan man angi terskelen i prosent?*

##### *4.1.2.1 Ordlyden i bestemmelsen*

En standardkontraktsbestemmelse må som nevnt tolkes<sup>106</sup>. Spørsmålet om det kan statueres en prosentgrense, er i likhet med spørsmålet om terskelen, et spørsmål om hvordan ordlyden "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten" i NS 8405 pkt. 22.1 (4) skal tolkes.

Bestemmelsen gir hverken uttrykkelig anvisning på en prosentterskel eller en konkret helhetsvurdering. Vesentlighetsvurderingen eksisterer likevel ikke i et vakuum, men må sees i forhold til "det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten". Det er entreprenørens berettigede forventning på kontraktsinngåelsestidspunktet som er styrende for hvor grensen mellom vesentlige og uvesentlige avvik går i det enkelte tilfelle. NS 8405 er en entreprisekontrakt, og innholdet i pkt. 22.1 (4) må som nevnt fastlegges ved en "objektiv fortolkning", med stor vekt på ordlyden og dens naturlige språklige forståelse, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44. Dette taler for at hva som er en berettiget forventning for entreprenøren, må innebære en objektiv vurdering. Det kan argumenteres for at det ligger en innebygd objektivitet i en prosentgrense, mens man i en konkret vurdering alltid risikerer (bevisst eller underbevisst) å ta hensyn til subjektive forhold ved entreprenøren og kontraktsforholdet. På den annen side er dette en risiko som kan elimineres dersom rettsanvenderen ved en konkret helhetsvurdering er bevisst på denne faren, og er nøye med å bygge sin avgjørelse på mer objektive momenter.

Ordlyden stenger ikke for at man kan operere med en konkret vurdering, men trekker svakt i retning av en prosentgrense.

##### *4.1.2.2 Rettspraksis*

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelse som slår fast om man kan operere med en prosentgrense etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) eller ikke. Domstolene har likevel tatt stilling til spørsmålet i to lagmannsrettsavgjørelser og en tingrettsdom. Lagmannsretten formulerte vurderingstemaet på følgende måte i LA-2016-37897: "Lagmannsretten legger [...] til grunn at vesentlighetsvurderingen for avviket på de enkelte poster må vurderes helt konkret, jf. formuleringen "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning"." Uttrykksmåten

---

<sup>106</sup> Hagstrøm (2011) s. 43

"helt konkret" gir klart anvisning på en konkret helhetsvurdering. I LH-2018-31915 sa lagmannsretten uttrykkelig at "[d]et må foretas en konkret helhetsvurdering". De ovennevnte dommene er kun lagmannsrettsdommer, og deres vekt som rettskildefaktor er ikke veldig stor. I mangel av sterkere rettskilder som trekker i motsatt retning, vil lagmannsrettens syn i disse to sakene likevel måtte legges til grunn. Det følger også av tingrettsdommen TKISA-2015-190286 (Kristiansand tingrett) at "[b]estemmelsen [NS 8406 pkt. 19.1 (4)] gir anvisning på en konkret skjønnsmessig vurdering av mengdeøkningen". Dommens rettskildeværdi er lav, men den gir uttrykk for samme rettsoppfatning som de to lagmannsrettsdommene, og tjener dermed som et støtteargument.

Rettspraksis trekker klart i retning av at det skal foretas en konkret helhetsvurdering av mengdeavvikets vesentlighet etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

#### 4.1.2.3 Juridisk teori

Det fremgår av den ovenfor siterte uttalelse fra Sandvik at det i norsk rett ikke "synes [...] å være vanlig å innta [...] faste grenser for de masseavvikelser [...] som kan tolereres uten prisjustering"<sup>107</sup>. At det ikke er grunnlag for å oppstille en prosentgrense for når et mengdeavvik må anses for "i vesentlig grad" å overstige "det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4), forfektes av samtlige forfattere som har skrevet om problemstillingen, herunder i alle kommentarutgaver til dagens entrepriserettslige standardkontrakter. Giverholt m.fl. og Marthinussen m.fl. sier at "[n]oen [...] konkret angivelse finnes ikke i norsk rett. Man kan neppe etter norsk rett legge til grunn noen [...] prosentangivelse som utgangspunkt for når avvik i massen kan karakteriseres som endring"<sup>108</sup>. De uttaler også at "[s]pørsmålet om hvor grensen går, må vurderes konkret"<sup>109</sup>. Arvesen m.fl. mener det samme<sup>110</sup>. Herstad viser riktignok til at Sandvik i sin kommentar til NS 3401<sup>111</sup> "antydde at det skal legges til grunn en prosentfestet terskel"<sup>112</sup>. Herstad påpeker at Sandvik foreslo at "man ved tolkningen [av bestemmelsen om vederlagsjustering i NS 3401 pkt. 11.3 bokstav b] må se hen til løsningen i den tidligere NS 401, hvor det var foreskrevet at entreprenøren skulle holdes skadesløs ved reduksjon av kontraktssummen på mer enn 15 %". Deretter siterer hun Sandviks vurdering at "selv om NS 3401 ikke setter noen slik grense, er det klart at tilsvarende synsmåter må legges til grunn". Til tross for dette konkluderer hun med at det "ikke [kan] oppstilles en terskel for når vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd er oppfylt"<sup>113</sup>. Hun viser bl.a. til at nyere kommentarutgaver har gått bort fra å statuere en prosentterskel. Hun utta-

<sup>107</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>108</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 481; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>109</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 480; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>110</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222

<sup>111</sup> Sandvik (1977)

<sup>112</sup> Herstad (2015) s. 540

<sup>113</sup> Herstad (2015) s. 541

ler at "[v]esentlighetskravet må [...] vurderes konkret", og at denne vurderingen må foretas "ut fra relevante vurderingsmomenter"<sup>114</sup>. Herstad presiserer så denne uttalelsen, i tråd med Kolrud m.fl. og senere Marthinussen m.fl.: "Det sentrale ved vurderingen vil være konkret i hvilken grad mengdeavviket representerer en betydelig ulempe eller kostnad utover det entreprenøren hadde grunn til å regne med"<sup>115</sup>. Hun finner også støtte for sitt syn hos Harris, som oppstiller en rekke slike vurderingsmomenter<sup>116</sup>.

Juridisk teori taler for at avgjørelsen av om et mengdeavvik "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4), må skje etter en konkret helhetsvurdering.

#### 4.1.2.4 Reelle hensyn

En prosentgrense er som nevnt ovenfor en retts teknisk heldigere løsning enn en konkret vurdering, da den normalt vil være enklere å praktisere. En prosentgrense er også å foretrekke av hensyn til forutberegnelighet. Det er vanskeligere å forutberegne utfallet av en skjønnsmessig vurdering. En prosentgrense kan også anses å medføre en mer "objektiv" vurdering enn en konkret helhetsvurdering, og dermed være mer i tråd med prinsippet om objektiv fortolkning av entrepriserettslige standardkontrakter, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44. Subjektive tolkningsmomenter kan lettere underbevisst snike seg inn i en konkret helhetsvurdering, som alltid vil ha et skjønnsmessig preg.

Det er likevel viktig å huske at formålet med reguleringen i NS 8405 pkt. 22.1 (4) må være det å beskytte entreprenørens krav på tilstrekkelig tid til å utføre arbeidet, og krav på kompensasjon i tilfeller der han pålegges endringer, selv i de tilfellene der endringene består av avvik i mengderegulerbare poster. En konkret vurdering realiserer dette formålet bedre enn en rigid prosentregel. Ulike vurderingsmomenter kan slå ut forskjellig for ulike situasjoner, og entreprenørens behov for fristforlengelse og/eller vederlagsjustering vil variere ut fra bl.a. typen avvik og usikkerheten knyttet til mengdeangivelsen på den aktuelle post (se nærmere beskrivelse av relevante vurderingsmomenter under punkt 4.2.3). En prosentvurdering vil ikke føre til at grensen for når det foreligger en endring, altså grensen for entreprenørens adgang til å kreve fristforlengelse og/eller vederlagsjustering, ligger på et nivå som tilsvarer entreprenørens reelle behov for forlenget byggetid eller ekstra vederlag. Dette innebærer ikke at vurderingen blir "subjektiv" ved en konkret vurdering, noe som ville ha vært i strid med det objektive tolkningsprinsippet for entrepriserettslige standardkontrakter, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44. Alle momentene vil uansett måtte vurderes opp mot "hva en aktsom entreprenør ville tatt i betraktning", jf. LH-2018-31915. Visse tolkningsmomenter vil være

---

<sup>114</sup> Herstad (2015) s. 541

<sup>115</sup> Herstad (2015) s. 542; Kolrud m.fl. (2004) s. 224; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>116</sup> Harris (2010) s. 237; Herstad (2015) s. 541



relevante i de fleste tilfeller. Så lenge rettsanvenderen holder seg til disse, og ikke legger vekt på andre hensyn, minimerer man risikoen for "subjektivering" av vurderingen.

På den annen side taler systembetraktninger for en prosentterskel, og mer konkret, en terskel på 15 %. 15 % er en grense som dukker opp flere steder i standardkontraktene. Dette er grensen for hvor store endringer byggherren kan pålegge entreprenøren, jf. NS 8405 pkt. 22.1 (3). Videre er en reduksjon av "det samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider" på 15 % en grense som bestemmer om reduksjonen skal "behandles etter bestemmelsene om endringer" eller om "hele reduksjonen [skal anses] som delvis avbestilling", jf. pkt. 38.1 (3). Også bustadoppføringslova inneholder bestemmelser som oppstiller en slik prosentgrense. Det følger av buofl § 15 (3) at "[d]et kan avtalast på førehand at forbrukaren ikkje kan krevje endringar eller tilleggsarbeid som vil endre vederlaget med 15 prosent eller meir". Bestemmelsen tilsvarer til en viss grad NS 8405 pkt. 22.1 (3), med den forskjell at partene må avtale at en slik begrensning skal gjelde etter buofl, mens løsningen er utgangspunktet etter standardkontrakten. En annen bestemmelse, buofl § 41 (3), fastslår at dersom entreprenøren har gitt et prisoverslag, "skal vederlaget ikkje overstige den oppgjevne summen vesentleg, og høgst med 15 prosent". Mange entrepriserettslige kontraktsforhold vil som nevnt også være underlagt anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesforskriften inneholder i § 28-1, som omhandler tillatte endringer, følgende regulering i første ledd bokstav b. "Oppdragsgiveren kan foreta følgende endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften: [...] b) endringer som gir en prisøkning som er lavere enn [...] 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter". Grensen for vare- og tjenestekontrakter er 10 %. Dette illustrerer at 15 % er en gjennomgående viktig grense nettopp i bygge- og anleggskontrakter. Hensynet til konsekvens i rettssystemet taler for at endringsreglene praktiseres likt i alle entreprisekontrakter og relevant lovgivning. Dette trekker i retning av at NS 8405 pkt. 22.1 (4) inneholder en prosentgrense på 15 % for hva som skal anses som et "vesentlig" avvik.

Det er likevel grunn til å påpeke at alle de ovennevnte lov- og kontraktsbestemmelsene uttrykkelig angir en prosentgrense. NS 8405 pkt. 22.1 (4) sier kun at avviket "i vesentlig grad [må overstige] det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten" for at det skal foreligge en endring. Det er nærliggende å tenke at denne forskjellen er bevisst, særlig siden begge formuleringsmåter finnes i pkt. 22.1. Tredje ledd inneholder en prosentangivelse, mens fjerde ledd snakker om vesentlige avvik. Når forfatterne av standardkontrakten har valgt å ordlegge seg på denne måten, trekker dette sterkt i retning av at vesentlighetsvurderingen i pkt. 22.1 (4) ikke er ment å være en prosentvurdering. En annen ulikhet mellom de nevnte bestemmelsene og pkt. 22.1 (4), og som støtter opp om dette synspunktet, er at førstnevnte handler om hvor store endringer som kan pålegges entreprenøren. De angir altså en materiell grense for hva entreprenøren må tåle av endringer. Pkt. 22.1 (4) handler derimot om

hva som skal til for at et avvik i regulerbare poster skal anses som en endring. Dette er to ulike spørsmål, og det er ikke gitt at svaret på dem skal finnes på samme måte.

Ordlyden "vesentlig" finnes også i en annen bestemmelse i NS 8405: pkt. 39.1 om heving. Bestemmelsens første ledd gir begge parter rett til å heve kontrakten "dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser". Vesentlighetsvurdering etter pkt. 39.1 er en "sammensatt og bred vurdering av mange forhold", jf. Marthinussen m.fl. på s. 660<sup>117</sup>. Konsekvenshensyn taler da for at det skal foretas en konkret helhetsvurdering også etter endringsbestemmelsen i pkt. 22.1 (4).

Reelle hensyn taler for at det må foretas en konkret vurdering av hva som skal til for at et avvik "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten".

#### *4.1.2.5 Bakgrunnsretten*

Bustadoppføringslova er en lov om entrepriser i forbrukerforhold, jf. lovens § 1. Buofl § 9 gir regler om endringer. Bestemmelsen inneholder i motsetning til NS 8405 ingen spesialregulering av avvik på poster som avregnes etter enhetspriser. Når det gjelder grensene for byggherrens adgang til å pålegge endringer, gir buofl anvisning på en interesseavveining i § 9 (2)<sup>118</sup> kombinert med en vesentlighetsbegrensning i § 9 (1). Til sammenligning oppstiller NS 8405 pkt. 22.1 (3) et tak på 15 %. En grense på 15 % gjelder som nevnt likevel dersom partene avtaler det, jf. buofl § 9 (3). Den eventuelle betydningen av 15 %-grensen i § 9 (3) for NS 8405 pkt. 22.1 (4) er drøftet ovenfor. Håndverkertjenesteloven inneholder ingen relevante bestemmelser som kan gi veiledning for vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

Hva som er "vesentlig" er et vurderingstema etter mange kontraktsrettslige lovbestemmelser, og tolkes normalt som en anvisning på en konkret helhetsvurdering<sup>119</sup>, jf. f.eks. hevingsbestemmelsen i avhl § 4-13. I Rt. 1998 s. 1510, som ble løst etter ulovfestet rett før vedtakelsen av avhendingsloven, var spørsmålet om kjøperne av en bolig som viste seg å være angrepet av ekte hussopp, kunne heve kjøpet. Høyesterett uttalte at "[s]varet beror etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som vesentlig". Man kan kanskje argumentere for at Høyesterett her ga uttrykk for at vesentlighetsvurderinger etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper må være helhetsvurderinger. I den senere dommen Rt. 1999 s. 408, som ble løst etter analogi fra avhl, bygget Høyesterett på samme forståelse som i 1998-dommen. Rettspraksis etter avhl og andre kontraktslover har

---

<sup>117</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 660

<sup>118</sup> Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 49.

<sup>119</sup> Herstad (2015) s. 547

vært konsekvent siden<sup>120</sup>. I Rt. 2010 s. 710 avsnitt 45 uttalte Høyesterett uttrykkelig at det ikke er "grunnlag for å oppstille noen form for prosentlære". Rettspraksis etter kontraktslovene trekker etter dette i retning av at det må foretas en konkret helhetsvurdering av avvikets vesentlighet etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

Det er likevel grunn til å nevne at heving i de ulike kontraktslovene er en misligholdsbeføyelse. Byggherrens adgang til å pålegge endringer etter de entrepriserettslige standardkontraktene og konsekvensene for entreprenøren er derimot formulert i en vederlagsterminologi. Byggherren kan pålegge entreprenøren endringer, og entreprenøren skal til gjengjeld få ekstra byggetid eller betaling. Det er innholdet i entreprenørens forpliktelse som endres, det foreligger ikke noe kontraktsbrudd. Det kan da settes spørsmålsteget ved overføringsverdien av vurderingsmåten for hevingsbestemmelsene i kontraktslovgivningen, til NS 8405 pkt. 22.1 (4). På den annen side er det en grunnleggende funksjon ved begge typer bestemmelser at de skal gjenopprette balansen i kontraktsforholdet. Dette felles formålet kan tyde på at hvordan hevingsbestemmelser i kontraktslovgivningen tolkes kan gi innspill til hvordan bestemmelser om endringer i regulerbare poster i standardkontraktene skal tolkes.

Bakgrunnsretten trekker i retning av at det må foretas en konkret helhetsvurdering etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

#### *4.1.2.6 Tilgrensende rettsområder*

##### *4.1.2.6.1 Fabrikasjonskontrakter*

Det følger av NF 15 og NTK 15 art. 12.1 (3) at oppdragsgiveren ("selskapet") ikke kan pålegge entreprenøren endringer som "samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått".

Ordlyden "samlet sett" kan tolkes som en anvisning på en helhetsvurdering. Et slikt syn forfektes også av Kaasen, som oppstiller en rekke momenter som typisk vil være relevante i vurderingen (se også pkt. 4.2.3 nedenfor)<sup>121</sup>.

Rettskilder knyttet til standardkontraktene for offshore-sektoren taler for at det skal foretas en helhetsvurdering etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

##### *4.1.2.6.2 Regelverket for offentlige anskaffelser*

Anskaffelsesforskriften inneholder forskjellige regler for anskaffelser under og over EØS-terskelverdiene. Endringer er regulert i anskaffelsesforskriften § 11-2 for anskaffelser under terskelverdiene, og i kap. 28 for anskaffelser over terskelverdiene.

<sup>120</sup> Se bl.a. Rt. 2010 s. 710 avsnitt 43-45 (avhl), Rt. 2015 s. 321 avsnitt 54 (fkjl), og LF-2015-185707 (buofl).

<sup>121</sup> Kaasen (2018) s. 324, 386

Etter §11-2 første ledd kan oppdragsgiveren foreta endringer som ikke er "vesentlige i en kontrakt" uten å gjennomføre en ny konkurranse. Andre ledd slår fast at "[e]n endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten". Det fremgår av "Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)", utgitt av Nærings- og fiskeridepartementet<sup>122</sup> pkt. 14.2, at "[o]ppdragsgiveren må foreta en konkret helhetsvurdering av hva som utgjør en "vesentlig" endring". § 28-1 sier i første ledd bokstav f at endringer "som ikke er vesentlige" er tillatt for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. § 28-2 angir visse typer endringer som alltid er å anse som "vesentlige". Disse typetilfellene kan oppfattes som tolkningsmomenter i en helhetsvurdering, og veilederen til forskriften pkt. 40.3 bekrefter at det "vil bero på en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet slik det fremstår før og etter den aktuelle endringen" om endringen er vesentlig.

Ved tolkningen av bestemmelsene og vurderingen av deres overføringsverdi til entrepriskontraktene er det nødvendig å ta i betraktning at endringsbegrepet i anskaffelsesregulverket er videre enn i entrepriseretten. Anskaffelsesreglene vil som nevnt i punkt 1.3.1.6 ha liten rettskildeværdi ved tolkningen av NS 8405 pkt. 22.1 (4), men vil kunne tjene som et støtteargument.

Reglene for offentlige anskaffelser taler for at det må foretas en konkret helhetsvurdering etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

#### 4.1.2.7 Utenlandsk rett

Prosentgrenser for når mengdeavvik på poster som avregnes etter enhetspriser skal medføre vederlagsjustering forekommer i utenlandsk rett. Sandvik skrev om slike regler allerede i 1966: "AB (Sverige) § 3 pkt. 6 [foreskriver] at hvis massene avviker med mer enn 25 %, skal enhetsprisene justeres. Etter den tyske VOB-B § 2 pkt. 3 skal enhetsprisene justeres hvor masseavvikene er mer enn 10 %" <sup>123</sup>. Også nyere standardkontrakter inneholder slike prosentgrenser. Den svenske standardkontrakten AB 04 kap. 6 § 6 (2) sier at enhetsprisene skal justeres ved masseavvik på mer enn 25 % <sup>124</sup>. Den danske standardkontrakten AB 92 § 14 stk. 3, jf. stk. 5, gir entreprenøren krav på erstatning for tapt fortjeneste ved en mengdereduksjon på 15 % eller mer <sup>125</sup>. Johansen skriver at dette er en "betalingsregel, der angiver, at de aftalte enhetspriser skal anvendes indenfor 15 % af enterprisesummen" <sup>126</sup>. Hvor en slik prosentgrense skal ligge er det likevel ikke enighet om - som vist ovenfor opererer de forskjellige landene

<sup>122</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018)

<sup>123</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>124</sup> Herstad (2015) s. 540-541; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>125</sup> Herstad (2015) s. 540-541; Johansen (1999) s. 186; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>126</sup> Johansen (1999) s. 186

med ulike verdier. Vekten av utenlandske standardkontrakter ved fastleggelsen av norsk rett er beskjedent<sup>127</sup>, jf. pkt. 1.3.1.7 i oppgaven. Utenlandsk kontraktspraksis tjener likefullt som illustrasjon av at en prosentgrense er den foretrukne regulering i flere jurisdiksjoner. Dette er altså en praktiserbar løsning. Svensk, dansk, og tysk rett har dessuten tette historiske forbindelseslinjer til den norske. Dette kan tale for at en prosentgrense kunne vært en heldig løsning også i Norge.

Danske, svenske og tyske standardkontrakter trekker i retning av at vesentlighetsterskelen må angis i prosent.

#### *4.1.2.8 Konklusjon*

Ordlyden i NS 8405 pkt. 22.1 (4) gir ikke mye veiledning om hvorvidt vesentlighetsterskelen skal angis i prosent eller etter en konkret vurdering. Den trekker svakt i retning av en prosentgrense. Både rettspraksis og juridisk teori, entrepriserettslig som kontraktsrettslig ellers, samt reelle hensyn og rettskilder fra tilgrensende rettsområder, taler derimot klart for at det skal foretas en helhetsvurdering. Disse rettskildene trekker i motsatt retning enn ordlyden, som i utgangspunktet må tillegges særlig stor vekt i entreprisekontrakter, jf. Rt. 2010 s. 961 avnitt 44. Entydig og konsekvent rettspraksis, understøttet av samstemt juridisk litteratur og andre ovennevnte rettskilder, må likevel veie tyngre enn ordlyden. Dette er også lite betenkelig siden ordlyden bare svakt trekker i retning av en prosentterskel. Utenlandsk rett trekker riktignok i motsatt retning, men denne har liten rettskildeverdi.

Det må foretas en konkret vurdering av hva som skal til for at et avvik "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4).

4.2 Hvilke momenter er relevante i den konkrete vesentlighetsvurderingen, og hvor tungt veier de?

#### *4.2.1 Innledning. Ordlyden i bestemmelsen*

Det ligger i uttrykket "konkret vurdering" at den skal foretas konkret i det enkelte tilfellet. Nedenfor følger likevel noen generelle utgangspunkter, dvs. momenter som vil være relevante i de fleste saker.

Kontraksbestemmelsen må tolkes<sup>128</sup>. Ordlyden "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten" i NS 8405 pkt. 22.1 (4) gir lite

---

<sup>127</sup> Eckhoff (2001) s. 285

<sup>128</sup> Hagstrøm (2011) s. 43

informasjon om hvilke momenter som vil være relevante i helhetsvurderingen. Entreprikkontrakter skal som sagt i utgangspunktet tolkes objektivt, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 og Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59. Av dette kan man trekke ut at momenter som belyser hva som var en aktsom entreprenørs berettigede forventning til mengdeavvik i det konkrete tilfellet, vil være relevante i helhetsvurderingen. Ut over det må man søke å finne relevante vurderingsmomenter gjennom å tolke andre rettskildedefaktorer enn ordlyden.

#### 4.2.2 Innfallsvinkel: Læren om bristende forutsetninger

Utgangspunktet i norsk rett er at partene bærer risikoen for egne forutsetninger<sup>129</sup>. Dette utgangspunktet modifiseres gjennom den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Høyesterett uttalte i den enstemmige dommen Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37 at NS 8406 pkt. 19.1 (4), som tilsvarende NS 8405 pkt. 22.1 (4), er et "utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger". Høyesterett viste i den forbindelse til Rt. 1999 s. 922, som gjaldt en utførelsesentreprise og som gir uttrykk for elementene i læren. Lagmannsretten i LH-2018-31915 viste også til synspunktet i 2014-dommen. Lagmannsretten i LA-2016-37897 uttalte dessuten at "[p]artenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsens [sic] vil være av sentral betydning [i vurderingen]". Videre skrev Sandvik allerede i 1966 om terskelen for at mengdeavvik skal anses som en endring, ved å bruke forutsetningsterminologi. Han mener at "[s]vikter denne forutsetningen [om arbeidenes størrelsesorden i enhetspriskontrakter], vil spørsmålet om den er relevant måtte være avhengig" av en rekke momenter<sup>130</sup>. Som nevnt ovenfor skriver Sandvik (om vilkårene for vederlagsjustering) at "[s]elv i de tilfelle hvor masseberegningen ved særlig kontraktsklausul er berøvet karakteren av en bindende begrensning av det arbeidsvolum som skal utføres for den avtalte pris, kan det tenkes at en fremlagt masseberegning er så uriktig at den gir et helt villedende bilde av det arbeid som skal utføres, slik at det foreligger en *bristende forutsetning* [min kursivering]", og at man "[o]gså ved enhetspriskontrakt kan [...] i tilfelle hvor masseavvikene er av stort omfang, få opp spørsmålet om avvik representerer en *bristende forutsetning* [min kursivering] for prissettingen"<sup>131</sup>. Disse uttalelsene, sett i sammenheng med at det skal foretas en konkret helhetsvurdering etter pkt. 22.1 (4), taler for at vilkårene i læren om bristende forutsetninger kan være relevante momenter også etter endringsbestemmelsen for regulerbare poster i NS 8405.

Det følger av Rt. 1999 s. 922 på side 931 at "[f]or at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var

<sup>129</sup> Se f.eks. Barbo (1997) s. 309 note 40

<sup>130</sup> Sandvik (1966) s. 232

<sup>131</sup> Sandvik (1966) s. 232, 233

synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være "relevant", noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet".

Det er altså fire kumulative vilkår som må foreligge for at entreprenøren kan påberope læren om bristende forutsetninger som grunnlag for et krav. Hagstrøm formulerer dem på følgende måte<sup>132</sup>: For det første må løftet være avgitt under en bestemt forutsetning, som brister. Denne forutsetningen må videre ha vært "kausal", altså motiverende for løftegiveren. Det at det var snakk om en motiverende forutsetning må også være synbart for løfteadressaten. Til slutt kreves det at "forutsetningsbristen etter en nærmere rettslig vurdering kan anses *relevant*"<sup>133</sup>. Hagstrøm påpeker også at det normalt skilles mellom (opprinnelig) uriktige forutsetninger og forutsetninger som brister som følge av en utvikling etter løfteavgivelsen, men at dette skillet er uten betydning i entrepriseretten<sup>134</sup>.

Kausalitetskravet innebærer ikke et krav om at løfteavgiveren ikke ville ha avgitt løftet i det hele tatt dersom vedkommende på forhånd hadde visst om den uheldige senere utviklingen, men det kreves "noe mer enn at løftegiveren ikke hadde avgitt sitt løfte på nøyaktig de avtalte vilkår"<sup>135</sup>. Det må altså dreie seg om en "vesentlig forutsetning"<sup>136</sup>. Innholdet i synbarhetskriteriet vil være forskjellig avhengig av om det dreier seg om en individuell forutsetning eller en typeforutsetning. Førstnevnte må "i prinsippet være brakt til den annen parts kunnskap for å være synbar"<sup>137</sup>. Typeforutsetninger er "typiske og vesentlige forutsetninger for parter i alminnelighet ved denne art kontrakter", og behøver ikke kommuniseres til løftemottaker<sup>138</sup>. Relevanskravet er et "objektivt vilkår" som gir anvisning på en vurdering av "hva som er en rimelig byrdefordeling i kontrakts~~typen~~ det gjelder"<sup>139</sup>. Hagstrøm understreker derfor at "[a]vgjørelsen av enkelttilfellet må [...] i utgangspunktet treffes i tråd med den *regel* som, alle forhold tatt i betraktning, har de beste grunner for seg"<sup>140</sup>.

De fire vilkårene kan danne et utgangspunkt for vurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4). Dette vil være i tråd med den siterte høyesterettsuttalelsen i Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37. "Løftet" i forhold til NS 8405 pkt. 22.1 (4) må være det at entreprenøren overfor byggherren har påtatt

---

<sup>132</sup> Hagstrøm (2011) s. 260. Se også Barbo (1997) s. 308-309.

<sup>133</sup> Hagstrøm (2011) s. 260

<sup>134</sup> Hagstrøm (2011) s. 261

<sup>135</sup> Hagstrøm (2011) s. 261

<sup>136</sup> Hagstrøm (2011) s. 261

<sup>137</sup> Hagstrøm (2011) s. 262

<sup>138</sup> Hagstrøm (2011) s. 262

<sup>139</sup> Hagstrøm (2011) s. 262

<sup>140</sup> Hagstrøm (2011) s. 262

seg å utføre et visst arbeid til en viss pris. I en utførelsesentreprise har byggherren gitt mengdene, mens entreprenøren har satt enhetsprisene. Sandvik peker på at mengdene er en forutsetning for at entreprenøren inngår avtalen med byggherren på gitte vilkår: "De masser som er oppgitt, vil nemlig regulært bli målgivende ved entreprenørens planlegging av arbeidet og ved proporsjoneringen av arbeidsstokken og den maskinpark som skal benyttes ved det enkelte arbeid. Er da massene mindre enn beregnet, vil det lett kunne føre til ineffektiv utnytting av arbeidskraft og maskiner, og dermed høyere kostnader pr. produsert enhet enn kalkulert"<sup>141</sup>. Sandvik sier videre: "Er massene større enn beregnet, vil det kunne tenkes at det mannskap og maskineri som er satt inn, får for liten kapasitet for oppgaven, slik at det under arbeidets gang blir nødvendig med en improvisert økning av innsatsen, suppleringsmaskinparken, bygging av flere anleggsbrakker osv. Slike improvisasjoner vil lett virke fordyrende, og i samme retning virker det gjerne også at selve den forrykking av driftsplanen som en uforutsett endring av massene kan medføre, vil vanskeliggjøre en rasjonell og økonomisk drift"<sup>142</sup>.

Forutsetnings- og motivasjonsvilkårene må sees i sammenheng med enhetsprisene. Entreprenøren vil ha satt en bestemt enhetspris for hver post under den forutsetning at mengdene ikke endret seg for mye. Store mengder gir normalt entreprenøren mulighet til å sette en lave enhetspris enn ved små mengder. Forutsetningen om mengdene vil ha vært motiverende for at "løftegiveren [...] har avgitt sitt løfte på nøyaktig de avtalte vilkår" (jf. Hagstrøm (2011) på s. 261), nemlig at han har gitt akkurat disse enhetsprisene. Terskelen for om forutsetnings- og motivasjonsvilkårene er oppfylt vil avhenge av om mengdeavviket overstiger en grense som ville ha fått entreprenøren til å sette en annen enhetspris, dersom han hadde visst om avviket ved kontraktsinngåelsen. Terskelen for endring av enhetspris vil dermed være forskjellig avhengig av hvor store mengder det var snakk om ved kontraktsinngåelsen.

Synbarhetskravet vil i entreprisekontrakter være knyttet til forutsetninger som er "typiske og vesentlige forutsetninger for parter i alminnelighet ved denne art kontrakter"<sup>143</sup>. Dette følger av den objektive tolkningsstilen for entreprisekontrakter, jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44, og vektleggelsen av "objektive" rettskildefaktorer i entrepriseretten<sup>144</sup> samt objektiviseringen av vurderingstemaet etter pkt. 22.1 (4), jf. uttrykket "hva en aktsom entreprenør ville tatt i betraktning" i LH-2018-31915. Et mengdeavvik vil være så stort at det utgjør en endring, når det er synbart for byggherren hva slags avvik entreprenøren kunne forvente ved denne type kontrakter, og det aktuelle avviket overstiger denne terskelen. Man kan utlede av synbarhetsvilkåret etter læren om bristende forutsetninger at kontraktens art vil være et relevant moment i den konkrete vesentlighetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4).

---

<sup>141</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>142</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>143</sup> Hagstrøm (2011) s. 262

<sup>144</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 175



Høyesterett viste i Rt. 1999 s. 922 til at størrelsen på tapet løftegiver har lidt/vil lide fordi forutsetningen brast vil være en del av relevansvurderingen. "Tapet" vil i mengdeavvikstilfellene være enten det økonomiske tapet knyttet til at entreprenøren får betalt for færre enheter ved en reduksjon, eller kostnaden ved å f.eks. grave ut mer masse, evt. inkludert det å sette inn et større mannskap og mer utstyr for å rekke byggefristen når mengdene ble større enn forventet. Høyesterett knyttet også relevansvilkåret til hvem som "bør bære risikoen for utviklingen", altså hva som er en "rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet". Denne tankegangen kan sees som et uttrykk for funksjonsfordelingsprinsippet, jf. Rt. 1917 s. 673. Hva som vil utgjøre et vesentlig avvik etter NS 8405 pkt. 22.1 (4) vil på bakgrunn av dette avhenge også av hvem mengdeavviket kan føres tilbake til<sup>145</sup>. Til støtte for dette kan det anføres at Hagstrøm i kapitlet om læren om bristende forutsetninger viser bl.a. til Rt. 1970 s. 123, der det fremgår at en part ikke bør "kunne påberope seg en bristende forutsetning som skyldes [...] egen forsømmelse"<sup>146</sup>. Det er altså relevant hvem som har fremkalt forutsetningsbristen, og om løftegiveren burde ha skjønnet at forutsetningen kom til å breste.

Læren om bristende forutsetninger krever at det foreligger en kausal, synbar og relevant forutsetning som har brast for løftegiveren. Disse kriteriene må etter Rt. 2014 s. 520 avsnitt 37, jf. Rt. 1999 s. 922, være utgangspunktet for den konkrete helhetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4). Mer konkret kan læren om bristende forutsetninger tolkes å gi anvisning på at relevante vurderingsmomenter vil være hvor store mengdene var ved kontraktsinngåelsen og kontraktens art, funksjonsfordelingen og hvem avviket kan føres tilbake til, samt det økonomiske tapet/ekstrakostnadene forårsaket av mengdeavvikene.

Man kan likevel spørre seg om en slik tolkning av NS 8405 pkt. 22.1 (4) er hensiktsmessig. Læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse som et *selvstendig* rettsgrunnlag i entrepriseforhold. I Rt. 1999 s. 922 viste flertallet til en uttalelse av høyesterettsadvokat Arne Bech, hvor det fremgår at "vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetningene og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten". Entreprenøren kan altså kreve vederlagsjustering, presumptivt også ved vesentlige mengdeavvik (jf. uttrykket "vesentlig svikt") etter læren om bristende forutsetninger, dersom vilkårene er til stede. Også nyere rettspraksis bekrefter dette. I LE-2017-87114 ble læren om bristende forutsetninger påberopt som et selvstendig, subsidiært grunnlag for entreprenørens krav på vederlagsjustering i en sak om mengdeavvik i regulerbare poster. Det prinsipale rettsgrunnlaget var NS 8406 pkt. 19.1 (4), jf.

---

<sup>145</sup> Se også Sandvik (1966) s. 233

<sup>146</sup> Hagstrøm (2011) s. 267

pkt. 22.1 (1) og 22.2 (3). Læren om bristende forutsetninger ble ikke knyttet opp mot endringsbestemmelsen for regulerbare poster.

På den annen side fremgår det av LB-2011-94307 at "reglene om bristende forutsetninger kan gjelde for et avtaleforhold selv om enkelte sider av forutsetningsspørsmålet er regulert av kontrakten eller en standard". Retten viste til Rt. 2010 s. 1345. I 2011-saken var likevel den bristende forutsetningen kontraktsregulert, og det var ikke rom for utfylling med den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Denne dommen trekker i retning av at lærens selvstendige eksistens i entrepriseforhold, ikke betyr at bristende forutsetninger ikke er regulert i standardkontraktene. Den ulovfestede læren vil i slike tilfeller bidra med å utfylle standardkontrakten dersom "enkelte sider av forutsetningsspørsmålet" ikke er kontraktsregulert.

Dersom man likevel skulle ha kommet til at endringsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 (4) ikke gir anvisning på en vurdering etter momentene i selve læren om bristende forutsetninger ikke, så er forutsetningstankegang likevel en integrert del av endringsreglene<sup>147</sup>. Barbo (som riktignok er skeptisk til forankring av risikofordelingsspørsmål i læren om bristende forutsetninger) uttaler at "det ved endrede forhold alltid vil dreie seg om en eller annen form for forutsetningssvikt"<sup>148</sup>. Alvik mener at "[s]elv i de tilfellene forutsetningslæren har blitt tatt til inntekt for endringskrav i entrepriseforhold, er det jo ikke forutsetningslæren i seg selv som gir grunnlag for endringen, men snarere den normalforutsetningen vi anser gjelder i kontraktene om at entreprenøren, slik Hagstrøm formulerte det, må anses å ha påtatt seg sin forpliktelse utfra den "premiss [...] at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data"<sup>149</sup>. At situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data vil være en normalforutsetning i entrepriseforhold. Dersom denne brister - f.eks. at det oppstår et vesentlig mengdeavvik - vil det foreligge en endring.

#### *4.2.3 Innfallsvinkel: En skjønsmessig helhetsvurdering*

##### *4.2.3.1 Avvikets størrelse*

I LH-2018-31915 uttalte en enstemmig (på dette punkt) lagmannsrett, med henvisning til Hagstrøm og Bruserud<sup>150</sup>, at "avvikets størrelse vil være en sentral faktor". Lagmannsretten knyttet dette momentets betydning til at avviket "må forrykke grunnlaget for tids- eller kostnads kalkylen" for å gi entreprenøren krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering, og at avviket da "må være ganske betydelig" for å anses som en endring. Sandvik formulerer dette på følgende måte: "Svikter denne forutsetningen [om arbeidenes størrelsesorden], vil

---

<sup>147</sup> Alvik (2016) s. 31

<sup>148</sup> Barbo (1997) s.308

<sup>149</sup> Alvik (2016) s. 33

<sup>150</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 506 (riktig sidetall er s. 318).

spørsmålet om den er relevant måtte være avhengig dels av avvikets størrelse; når masseberegningen ikke er bindende, ligger jo nettopp i dette at noen avvikelse må tåles uten at vederlagsberegningen kan revideres.<sup>151</sup> Avvikets størrelse er kanskje det viktigste momentet i helhetsvurderingen, da det kan sies å være et indirekte uttrykk for terskelen for hva som skal anses som vesentlig. Som Sandvik skriver, må avvikets størrelse sees i sammenheng med at til dels store avvik er å forvente i enhetspriskontrakter, og at terskelen er høy.

#### 4.2.3.2 Kontrakttype/oppdragets art og omfang

"Oppdragets art og omfang", herunder "de nærmere opplysninger og beskrivelser i kontraktens bestemmelser" er et relevant moment i helhetsvurderingen, jf. LA-2016-37897. Hvor stor del av kontrakten masseutgravningene o.l. utgjør, vil være et særlig viktig moment<sup>152</sup>. I LH-2018-31915 viste lagmannsretten til Marthinussen m.fl.<sup>153</sup> og uttalte at "[d]ersom kontrakten gjelder uttak av masser, skal det trolig mindre avvik til før det anses vesentlig, enn for en større byggekontrakt der utgraving utgjør en mindre del"<sup>154</sup>. Som Marthinussen m.fl. sier videre, henger dette sammen med at "det veldig ofte vil være stor usikkerhet om omfanget av arbeidet ved rene massekontrakter"<sup>155</sup>. I denne saken utgjorde postene som gjaldt armeringen av brua 14 % av den opprinnelige kontraktssummen, og den økte armeringsmengden førte til en økning på i underkant av 2,5 % av kontraktssummen. Lagmannsretten kom til at den totale mengdeøkningens størrelse tilsa "ikke i seg selv, verken absolutt eller relativt, at økningen er vesentlig større enn entreprenøren burde tatt i betraktning", men tok også hensyn til at det var tatt et eksplisitt forbehold om at mengdene var foreløpige. På en stedskode, der økningen var på "drøyt 50 %", oversteg likevel avviket det entreprenøren måtte forvente ved kontraktsinngåelsen. Herstad påpeker at "prosjektets størrelse vil være med på å avgjøre hvor store avvik entreprenøren må finne seg i"<sup>156</sup>. I et større prosjekt der masseutgravningene utgjør 50 % av kontrakten vil entreprenøren måtte regne med større avvik enn i et mindre prosjekt der masseutgravningene utgjør 50 % av kontrakten.

#### 4.2.3.3 Type post/graden av usikkerhet knyttet til mengdeangivelsen på posten

Dette momentet henger sammen med momentet "kontrakttype". I LH-2018-31915 uttalte lagmannsretten at det i helhetsvurderingen må "ses hen til hvor usikker den opprinnelige angivelsen av mengde er". Hagstrøm og Bruserud deler dette synspunktet<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> Sandvik (1966) s. 232

<sup>152</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Giverholt m.fl. (2012) s. 480-481; Herstad (2015) s. 542; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>153</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 311 (riktig sidetall er s. 316).

<sup>154</sup> Lignende uttalelser finnes også i Arvesen m.fl. (2014) s. 222 og Giverholt m.fl. (2012) s. 480-481

<sup>155</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>156</sup> Herstad (2015) s. 542

<sup>157</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 318

Usikkerheten vil være forskjellig avhengig av hvilken type post/enhet det dreier seg om. Kolrud m.fl. og Nordtvedt m.fl. sier bl.a. at "[a]vvik i forbrukte kabellengder vil kunne være prosentuellt meget store uten at det "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning""<sup>158</sup>. Herstad påpeker at det samme vil gjelde for "gravbare løsmasser og fjell som må sprenges"<sup>159</sup>. For slike poster/enheter er det vanskelig å anslå mengdene korrekt ved kontraktsinngåelsen. Det motsatte vil være tilfellet for spesielt tilvirkede elementer. For disse vil avvik på selv én enhet kunne være "vesentlig". Man kan generelt akseptere større avvik for generiske varer enn de som må tilvirkes spesifikt, fordi det vil være mer tids- og kostnads-krevende å fremstille og levere sistnevnte. Det blir dermed dyrere for entreprenøren å levere flere enheter enn anslått, og tapet blir større enn for tapet av en generisk enhet hvis det viser seg at det er behov for færre enheter enn anslått. Ofte vil dessuten én enhet prosentuellt være en større - og dermed gjerne "vesentlig" - del av det totale antallet enheter av den typen enn der det er snakk om generiske varer som kabellengder.

Også grunnforholdene vil være relevante her. I LA-2016-37897 la retten en viss vekt på at det i den aktuelle saken dreide seg om bl.a. "sanering av vann- og avløpsanlegg med grøfter i et utbygd område". Det lå "i oppdragets natur at grunnforholdene [var] usikre, idet det i et slikt område med eksisterende bebyggelse er vanskelig å foreta undersøkelser som kan underbygge og kvalitetssikre vurderingene bak anslagene i kontrakten". Under momentet "graden av usikkerhet" vil det dermed være relevant å se hen til hvor enkelt eller krevende det var å undersøke grunnforholdene før eller ved kontraktsinngåelsen.

Hvor langt prosjekteringen har kommet ved kontraktsinngåelsen vil også påvirke hva som er entreprenørens berettigede forventning til størrelsen på avvikene. Dette er et moment Kaasen fremhever som relevant ved tolkningen av NF og NTK art. 12.1 (3)<sup>160</sup>. Jo lenger prosjekteringen har kommet, jo større grunn er det å feste lit til mengdeangivelsen.

#### *4.2.3.4 Er det tatt forbehold?*

Dette vurderingsmomentet kan enten oppstilles som et eget element i helhetsvurderingen, eller som et "undermoment" under graden av usikkerhet knyttet til mengdeangivelsen i kontrakten. Der partene har tatt uttrykkelig forbehold om at de anslåtte mengdene er foreløpige eller at det er behov for avklaring av arbeidenes omfang, vil terskelen for hva som skal anses for "i vesentlig grad" å overstige det entreprenøren burde ha tatt i betraktning av mengdeavvik ved kontraktsinngåelsen, heves. Hvis partene har tatt forbehold om at mengdene ikke er endelige, har entreprenøren grunn til å forvente større avvik. Dette var tilfellet for "kompletterende arbeider" i LA-2016-37897 og for armering i LH-2018-31915. I førstnevnte dom ble det vist

---

<sup>158</sup> Kolrud m.fl. (2004) s. 224; Nordtvedt m.fl. (2013) s. 452

<sup>159</sup> Herstad (2015) s. 542

<sup>160</sup> Kaasen (2018) s. 324, 386

til at det forelå "klare forbehold". Dette ble sett i sammenheng med kontraktsmekanismen for enhetspriskontrakter, som i seg selv åpnet for store avvik uten at det forelå en endring. I 2018-dommen uttalte lagmannsretten at "[f]orbeholdet i kontrakten tilsier samlet sett at det er større grunn til at det kan bli mengdeavvik enn generelt i kontrakter med mengderegulering", og at "forbeholdet hevet terskelen noe for hva [entreprenøren] burde tatt i betraktning". Et forbehold kunne likevel ikke "rokke ved den grunnleggende risikofordelingen" som fulgte av standardkontrakten partene hadde inkorporert i sin avtale, NS 3430<sup>161</sup>. Den siste uttalelsen trekker i retning av at eventuelle forbehold er et mindre viktig moment i helhetsvurderingen, som ikke kan tvinge funksjonsfordelingsprinsippet, jf. Rt. 1917 s. 673, og den medfølgende risikofordelingen, til å vike.

#### *4.2.3.5 Partenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsen*

Etter å ha konstatert at det må foretas en konkret vurdering etter NS 8406 pkt. 19.1 (4), oppstilte lagmannsretten i LA-2016-37897 "partenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsen" som første vurderingsmoment. Retten uttalte så at disse forutsetningene "vil være av sentral betydning" i vurderingen. Momentet må sees i sammenheng med aktsomhetsnormen for entreprenøren: hva en "normalt aktsom"<sup>162</sup> entreprenør kan forvente av avvik. Å legge vekt på partenes forutsetninger vil ikke være i strid med utgangspunktet om at kontrakter mellom profesjonelle skal tolkes objektivt, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59. Hagstrøm uttaler bl.a. at "[o]gså ved kommersielle avtaler må det allikevel gjøres reservasjoner, eksempelvis for langsiktige kontrakter som bærer preg av et samarbeidsforhold, jf. Rt. 1991 s. 220"<sup>163</sup>. Forutgående samarbeid mellom byggherren og entreprenøren vil altså kunne påvirke hva "entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten", jf. NS 8405 pkt. 22.1 (4).

Det er grunn til å legge vekt på opplysninger som byggherren har gitt om graden av usikkerhet (spesielt i utførelsesentrepriser, der byggherren står for prosjekteringen). Som Marthinussen m.fl. bemerker, vil dette "få betydning for hvilke forventninger som er skapt"<sup>164</sup>. Det gir seg også utslag i hvilken risiko entreprenøren har priset inn i sitt tilbud<sup>165</sup>. Marthinussen m.fl. sier at der byggherren har gitt uttrykk for at "de anslåtte mengdene er rimelig sikre", skal det "trolig mindre til" for at det skal foreligge et vesentlig avvik<sup>166</sup>. Dette gjelder likevel ikke ubetinget. I tilfeller der prognosen f.eks. er basert på stikkprøver fra fjell, burde en-

<sup>161</sup> Dette var forløperen til NS 8405.

<sup>162</sup> Nordtvedt m.fl. (2013) s. 452

<sup>163</sup> Hagstrøm (2011) s. 44

<sup>164</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>165</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222; Giverholt m.fl. (2012) s. 481; Herstad (2015) s.542; Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

<sup>166</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

treprenøren skjønne at beregningsgrunnlaget er usikkert<sup>167</sup>. Harris argumenterer for at "i hvert fall et normalavvik for den aktuelle type prøvetaking" vil ligge innenfor det entreprenøren måtte forvente<sup>168</sup>.

Denne tankegangen kan knyttes opp mot det grunnleggende entrepriserettslige prinsippet om at risiko følger funksjon, jf. Rt. 1917 s. 673. Hagstrøm og Bruserud går så langt som å kalle NS 8405 pkt. 22.1 (4) en kontraktsregulering av konsekvensene av et spesielt tilfelle av "opplysningssvikt"<sup>169</sup>. Særlig i utførelsesentrepriser er det jo byggherren som har gitt mengdene, se også punkt 4.1.1.4 i oppgaven. Hvis avviket på mengdene blir stort, er byggherren nærmest til å bære risikoen for dette. Entreprenøren bør da bli hørt med at avviket er "vesentlig".

#### *4.2.3.6 Avvikets betydning og konsekvenser for entreprenøren*

Lagmannsretten i LA-2016-37897 uttalte at det kan "være naturlig å vurdere avvikets betydning for entreprenørens nærmere utførelse av oppdraget med opplegg og disponering av mannskaper mv.". Retten viste på dette punkt til Arvesen m.fl. (2014) på s. 222, og knyttet momentet opp mot at "utgangspunktet for vurderingen vil være *"hva en aktsom entreprenør ville ha tatt i betraktning"*. Lagmannsretten understreket i den forbindelse at det i enhetspris-kontrakten er en forutsetning om til dels betydelige avvik mellom anslag og utførte mengder, og at dette er noe "entreprenøren hele tiden [må] ha for øye og ta i betraktning". Etter 2016-dommen er det likevel anledning til å legge vekt på hvilke konsekvenser endringene får for entreprenørens omdisponering av mannskap og utstyr som følge av at det f.eks. måtte graves mer. Det kan bl.a. oppstå kostnader ved å få inn større mannskap, utstyr, og transportkostnader. Det er da som nevnt konsekvensene for en normalt aktsom entreprenørs fornuftige omdisponering som det skal tas hensyn til, og individuelle forhold ved entreprenøren kan ikke tillegges vekt. Jo mer entreprenøren måtte omdisponere sine ressurser, eller til og med sette inn ekstra ressurser, i forbindelse med avviket, jo større grunn er det til å anse det som vesentlig.

#### *4.2.3.7 Hvem kan avviket føres tilbake til?*

Hvem som har forårsaket avviket er et relevant moment, spesielt om byggherren eller hans medhjelpere kan bebreides for at masseangivelsen var misvisende<sup>170</sup>. Under dette momentet vil det bl.a. være relevant å ta hensyn til om prosjekteringen har vært forsvarlig. Et illustrerende eksempel finnes i LH-2018-31915, der lagmannsretten (som nevnt ovenfor i pkt. 4.1.1.4) uttalte: "At byggherren velger å lyse ut anbudskonkurranse før detaljprosjekteringen er ferdig, kan være uheldig, nettopp fordi det kan føre til store endringer i mengde som kontraktspartene må håndtere underveis i prosjektet". Samtidig uttalte lagmannsretten at bestemmelsen om regulerbare poster beskytter entreprenøren mot "endringer som vesentlig overstiger det han

<sup>167</sup> Harris (2010) s. 236

<sup>168</sup> Harris (2010) s. 236

<sup>169</sup> Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 241 note 844

<sup>170</sup> Herstad (2015) s. 542; Sandvik (1966) s. 233

kunne forvente". Herstad viser også til dommen inntatt i RG 1982 s. 313, der en byggherre hadde utarbeidet anbudsdokumentene uten å ha foretatt en nærmere undersøkelse av grunnforholdene. Grunnforholdene viste seg å være spesielt krevende. Etter lagmannsrettens syn "var det ikke grunn for entreprenøren til å anta at grunnforholdene var spesielt vanskelige" på bakgrunn av opplysningene han hadde fått av byggherren<sup>171</sup>. Man kan også trekke inn lojalitetsbetraktninger her, jf. den kontraktsfestede lojalitetsplikten i NS 8405 pkt. 5. Krüger uttaler at "[f]orsømmer en part lojalitetsbaserte plikter, kan dette slå ut i at kontrakten blir tolket mot ham"<sup>172</sup>. Dersom byggherren ikke har gjort en forsvarlig vurdering av mengdeanslaget, kan han sies å ha opptrådt illojalt overfor entreprenøren, og avviket vil lettere anses å være "vesentlig".

Entreprenøren har likevel en plikt etter NS 8405 pkt. 21.1 (2) til å gjøre byggherren oppmerksom på "feil" han oppdager i konkurransegrunnlaget m.v. Dersom det er snakk om et mengdeanslag som åpenbart var feil, og entreprenøren ikke varsler byggherren om dette, taler det mot at et senere oppstått mengdeavvik anses som vesentlig. Sandvik trekker i samme retning i sin uttalelse om at forutsetningen om masseberegningen ikke tillegges relevans [i vurderingen av om entreprenøren har rett på vederlagsjustering] "om avvikelsen er så åpenbar at entreprenøren burde ha innsett feilen"<sup>173</sup>.

#### *4.2.3.8 Utføres entreprisen under uvanlig krevende forhold?*

I LH-2018-31915 så lagmannsretten i helhetsvurderingen hen til at "arbeidet i stor grad skulle utføres til sjøs hvor økningene får større betydning enn ved mengdeøkning ved arbeid på land". Denne uttalelsen kan tolkes som at retten la vekt på hvor krevende det er for entreprenøren å utføre større arbeider på stedet der det bygges. Uvanlig vanskelige værforhold som kompliserte arbeidet kan f.eks. tale for at det er tale om et vesentlig avvik i situasjoner hvor tilsvarende avvik under normale forhold ikke ville ha vært å anse som vesentlige.

#### *4.2.3.9 Aktørenes profesjonalitet*

Det kan virke som om lagmannsretten i LH-2018-31915, ved fastleggelsen av hva entreprenøren burde ha tatt i betraktning av mengdeavvik, la vekt på at entreprenøren var en "profesjonell aktør".

Dette er en lagmannsrettsdom som ikke ble anket til Høyesterett. Dens rettskildeverdi er derfor begrenset, til tross for at den er enstemmig. Det er mye som taler mot å vektlegge partenes profesjonalitet eller amatørstatus i den konkrete helhetsvurderingen etter NS 8405 pkt. 22.1 (4). Entrepriserettslige standardkontrakter er beregnet på bruk av profesjonelle aktører<sup>174</sup>. Man

<sup>171</sup> Herstad (2015) s. 542

<sup>172</sup> Krüger (2010) s. 115

<sup>173</sup> Sandvik (1966) s. 233

<sup>174</sup> Marthinussen m.fl. (2016) s. 58

kan vanskelig forestille seg situasjoner der entreprenøren ikke er profesjonell, og for tilfeller der byggherren er forbruker, gjelder bustadoppføringslova. Det er dermed ikke noe behov for å ta hensyn til dette momentet etter pkt. 22.1 (4). En vektleggelse av en parts profesjonalitet vil dessuten stride mot det at vurderingen av hva "entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved kontraktsinngåelsen" skal være en objektiv vurdering. Lagmannsretten viste selv i dommen til Arvesen m.fl. sin uttalelse om at "utgangspunktet for vurderingen vil være *"hva en aktsom entreprenør ville ha tatt i betraktning"*"<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Arvesen m.fl. (2014) s. 222



## Litteraturliste

### Lover

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

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

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

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

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

### Forskrifter

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

### Forarbeider

NOU 1992: 9 *Forbrukarentrepriselov*.

Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) *Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)*.

### Rundskriv

Nærings- og fiskeridepartementet (2018) *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*. [<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/>] [Sisert 21.03.2019]

### Standardkontrakter

Standard Norge. (2008) *Norsk bygge- og anleggskontrakt (NS 8405)*.

Standard Norge. (2009) *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt* (NS 8406).

Standard Norge. (2011) *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser* (NS 8407).

Norsk Industri. (2015) *Norsk Fabrikasjonskontrakt* (NF 15).

Norsk Industri. (2015) *Norsk Totalkontrakt* (NTK 15).

## **Juridisk teori**

Alvik, Ivar. "Endringskrav og ugyldighet ved forutsetningssvikt i komplekse tilvirkningskontrakter" i *Ugyldighet i privatretten - minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2016, s. 21-48.

Arvesen, Hans Jørgen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt. *NS 8406. Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*, 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2014.

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.

Bruserud, Herman. Forelesning i faget JUS5220 Bygge- og entrepriserett ved Universitetet i Oslo, vår 2019. 15.02.2019.

Christoffersen, Margrethe Buskerud. "Lojalitetsplikts utvikling i nyere norsk rettspraksis" i *Ugyldighet i privatretten - minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2016, s. 154-182.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Giverholt, Heikki, Hans Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen. *NS 8407. Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, Oslo: Gyldendal Juridisk, 2012.

Goller, Morten. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

- Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman. *Entrepriserett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Harris, Sam E. "Nedre terskel for tillegg til kontraktens priser - særlig ved enhetspriser" i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 229-246.
- Herstad, Ea. "Negative mengdeavvik som grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406", *Lov og Rett* nr. 9 (2015), s. 536-556.
- Johansen, Christian. *Bygherrens Ændringsret*, København: GadJura, 1999.
- Krüger, Kai. "Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse" i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 111-129.
- 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.
- Kolrud, Helge Jakob m.fl. *Kommentar til NS 3430*, Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- Kolrud, Helge Jakob m.fl. *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*, 4. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Mørk, Julie Cathrine. "Høyesterett: Kontraktstolkning, bruk av prosesskoder og sluttoppgjør i utførelsesentreprise. Domscommentar til HR-2012-02126-A", *Rettsdatas redaksjonelle kommentarer* (2012).
- Mørk, Julie Cathrine. "Høyesterett: Reduksjon i regulerbare mengder som grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406", *Rettsdatas redaksjonelle kommentarer* (2014).
- Nordtvedt, Henning m.fl. *NS 8407. Kommentartutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*, Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag, 1966.

Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*, Oslo: Universitetsforlaget, 1977.

Simonsen, Lasse. "Endringer av kontrakter inngått av det offentlige" i *Ugyldighet i privatretten - minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2016, s. 415-442.

Simonsen, Lasse. *Bustadoppføringslova*, Oslo: Gyldendal Rettsdata, 2017.

Tvedt, Odd og Herman Bruserud. "Entreprenørens kontraktsoppfyllelse - "oppfyllelsestersker"" i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 430-452.

Tørum, Amund Bjøranger. "Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise" i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 453-489.

## **Rettspraksis**

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1957 s. 33

Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1970 s. 123

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1991 s. 773

Rt. 1998 s. 656

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 922

Rt. 1999 s. 408

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1531

Rt. 2007 s. 1489

Rt. 2010 s. 710

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2014 s. 520

Rt. 2015 s. 321

HR-2018-2256-A

RG 1982 s. 313 (Agder)

LB-2011-94307

LA-2012-131947

LF-2015-185707

LA-2016-37897

LH-2016-93008

LE-2017-87114

LH-2018-31915

TAUAG-2011-192074

TKISA-2015-190286