



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 23. mai 2025 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Thom Arne Hellerslia
dommer Are Stenvik
dommer Thomas Chr. Poulsen

HR-2025-977-A, (sak nr. 24-106203SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 23. april 2024

I.

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Lillestrøm
v/advokat Ingrid Walmsnæss Wehn
– til prøve)

Norges bygg- og eiendomsforening
(partshjelper)

(advokat Arve Martin Hyldmo Bjørnvik)

mot

NCC Norge AS

(advokat Nils Henrik Pettersson)

II.

NCC Norge AS

(advokat Nils Henrik Pettersson)

mot

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Lillestrøm
v/advokat Ingrid Walmsnæss Wehn
– til prøve)

Norges bygg- og eiendomsforening
(partshjelper)

(advokat Arve Martin Hyldmo Bjørnvik)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer Arntzen:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder oppgjør etter totalentreprise. Den reiser særlig spørsmål om hva som er endringsarbeider etter NS 8407 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser* – heretter også omtalt som «standarden» – og hvilken betydning det har for vederlaget at grensen for byggherrens rett til å pålegge endringsarbeider eventuelt er overskredet. Det er også spørsmål om dokumentasjon av fakturakravene er påkrevet for at forsinkelsesrenter skal løpe, herunder om debitor må rette innsigelser til dokumentasjonen dersom dokumentasjonskravet ikke er oppfylt.
- (3) Oslo kommune ved Kultur- og idrettsbygg Oslo KF (heretter omtalt som Oslo kommune eller kommunen) kunngjorde totalentreprise for riving av den gamle ishockeyhallen og bygging av Nye Jordal Amfi gjennom en offentlig anbudskonkurranse i juli 2016. NCC Norge AS ble tildelt oppdraget, og det ble inngått totalentreprisekontrakt basert på NS 8407 i oktober 2016.
- (4) Kontraktssummen var på i overkant av 530 millioner kroner inkludert merverdiavgift. Sluttfristen var 1. september 2018, og arbeidene startet opp i januar 2017.
- (5) Det følger av avtaledokumentet punkt 12, jf. NS 8407 punkt 23.1, at kommunen som byggherre hadde risikoen for uforutsette forhold ved grunnen. Videre var det fastsatt i avtaledokumentet punkt 13 at kommunen hadde risikoen for løsninger og annen prosjektering som den selv hadde utarbeidet før kontraktsinngåelse. Det samme fremgår av NS 8407 punkt 24.1 med tilføyselsen om senere prosjektering som byggherren pålegger totalentreprenøren å følge.
- (6) Det var flere forhold som skapte forsinkelser og merarbeid i prosjektet.
- (7) Det mest omfattende var at Hovinbekken, som rant gjennom en kulvert – Hovinkulverten – under den gamle ishockeyhallen, lå høyere i grunnen enn først antatt. Forholdet utløste ekstra prosjektering og betydelig merarbeid. Det ble vurdert å lede bekken utenom anlegget, men byggherren bestemte at den skulle bli liggende der den var. Kulverten ble gravd frem, understøpt og kapslet inn.
- (8) Hovinbekken er nevnt to steder i kommunens kravspesifikasjon. I kapittel 10 om riving og forberedende arbeider, underpunkt 100E heter det:
- «Totalentreprenøren er ansvarlig for å identifisere og gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre at omkringliggende bygninger, konstruksjoner og teknisk infrastruktur ikke skades under riving og bygging. Det gjøres spesielt oppmerksom på overvannskulvert som ligger under arenaens østside, her må det vises aktsomhet og legges opp til forsiktig riving/gravning for å unngå skade på kulverten.»
- (9) I kapittel 21 om grunn og fundamenter, underpunkt 211D om klargjøring av tomt er Hovinbekken omtalt slik:

«Det må tas hensyn til at Hovinbekken renner i kulvert under bygget, eventuelle tiltak forbundet med dette avklares i detaljeringsfasen.»

- (10) Kontrakten inneholdt videre tre opsjoner om håndtering av alunskifer, som er syredannende bergarter. Byggherren opplyste at mengden alunskifer ikke var kjent, men det ble avtalt enhetspriser basert på estimerte mengder. Opsjonene ble tiltrådt etter kontraktsinngåelsen, og under arbeidene viste det seg at mengdene langt oversteg de estimerte mengdene.
- (11) Dessuten gjorde grunnforholdene og arbeidet med Hovinkulverten det nødvendig å bygge spuntvegger mot nord og øst.
- (12) NCC utferdiget en rekke skjemaer om endringsanmodninger (EA), som kommunen gjennomgående besvarte på de samme skjemaene eller på skjemaer om endringsordre (EO) med ledsagende presiseringer.
- (13) Den 14. februar 2018 varslet NCC i EA 165 at grensen for byggherrens rett til å kreve endringer på inntil 15 prosent av netto kontraktssum var overskredet. I varselet ble det fremsatt tilbud om å utføre ytterligere endringsarbeider basert på nye rater og betingelser.
- (14) Kommunen ba 23. mars 2018 om en konkretisering av entreprenørens beregning av 15 prosent-grensen. Den 25. mai 2018 avviste byggherren EA 165 under henvisning til at flere av postene i entreprenørens oversikt ikke kunne karakteriseres som endringer.
- (15) NCC fastholdt at det dreide seg om endringer og presenterte flere nye oppdateringer frem til desember 2020. I svarene til disse oppdateringene fastholdt kommunen at det ikke var utført endringsarbeider som tilsa at 15 prosent-grensen var overskredet. I tråd med avtaledokumentet punkt 16.3 sendte NCC to sett fakturaer, ett basert på kontraktens priser og ett basert på den overskytende differansen med reviderte priser. Kommunen betalte bare fakturaene basert på kontraktens priser.
- (16) Under gjennomføringen av prosjektet utarbeidet NCC flere fremdriftsplaner som det knyttet seg uenighet til. Selv om kontrakten bare hadde én sluttfrist, ble partene enige om en delovertakelse av bygget 1. juli 2020.
- (17) NCC tok ut stevning 9. juli 2020, og Oslo kommune gikk til motsøksmål. Tvisten gjaldt en rekke forhold knyttet til krav om blant annet fristforlengelse, vederlagsjustering, endringer, forsinkelsesrenter og dagmulkt.
- (18) Hele arenaen ble overlevert 11. september 2020, og sluttoppstillingen med sluttfaktura ble sendt kommunen i desember 2020. Ved sluttoppgjøret var NCCs krav på vederlagsjustering på 725 414 300 kroner, hvorav kommunen godtok 246 200 050. Kommunen aksepterte ett års forlengelse av den dagmulktbelagte sluttfristen til 1. september 2019. Krav og motkrav er senere justert flere ganger.
- (19) Oslo tingrett avsa 7. juli 2022 dom med slik domsslutning for hovedkravet:
 - «1. Oslo kommune betaler til NCC Norge AS kr 124 311 031 inkl. mva. innen 2 uker fra forkynning av dommen, med tillegg av forsinkelsesrenter av kr 117 311 031 inkl. mva. fra 10. februar 2021 til betaling skjer.»

- (20) Ingen av partene ble tilkjent sakskostnader.
- (21) NCC anket dommen, og Oslo kommune innga avledet anke. Borgarting lagmannsrett avsa 23. april 2024 dom med slik domsslutning:
- «1. Oslo kommune dømmes til å betale 171 186 816 kroner til NCC Norge AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av lovens forsinkelsesrente, jf. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, av 164 256 816 kroner fra 24. februar 2021 til betaling skjer.
 2. Oslo kommune dømmes til å betale 2 481 696 kroner til NCC Norge AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
 3. Sakskostnader for tingretten og lagmannsrettens tilkjennes ikke.
 4. Partene dekker kostnadene til fagkyndige meddommere med en halvpart hver.»
- (22) Lagmannsretten la til grunn at grensen for byggherrens endringskompetanse etter 15 prosent-regelen i NS 8407 punkt 31.1 var overskredet. Endringsarbeider ut over denne grensen ble honorert med nye priser basert på kjøpslovens prinsippl om «gjengs pris». Lagmannsretten la videre til grunn at det ikke skulle betales forsinkelsesrente av de løpende fakturaene som ikke oppfylte kontraktens dokumentasjonskrav. Sluttoppgjøret utløste derimot betalingsplikt fra forfall.
- (23) Oslo kommune har anket over lagmannsrettens rettsanvendelse for så vidt gjelder overskridelsen av 15 prosent-grensen, subsidiært over prisfastsettelsen til «gjengs pris». Kommunen anket også over at sluttoppgjøret utløste betalingsplikt for de løpende fakturaene. NCC har inngitt avledet anke over at lagmannsretten sensurerte entreprenørens reviderte priser til «gjengs pris» på arbeid ut over 15 prosent-grensen, og over at forsinkelsesrenter på løpende fakturaer før slutfakturaen ikke ble tilkjent.
- (24) Norges bygg- og eiendomsforening har for Høyesterett opptrådt som partshjelper for Oslo kommune.

Partenes syn på saken

- (25) Den ankende part i hovedanken og ankemotpart i den avledede anken – *Oslo kommune* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (26) Lagmannsretten tolker endringsbegrepet for vidt. Etter NS 8407 punkt 31.1 tredje avsnitt kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 prosent netto tillegg til kontraktssummen. De «villedede» endringene som innebærer avvik fra det opprinnelig avtalte, er akseptert av kommunen. Tilleggsarbeider som skyldes forhold byggherren har risikoen for, faller derimot utenfor denne begrensningen. Det samme gjelder tiltrådte opsjoner. Når risikotilfellene og opsjonene holdes utenfor, ble aldri 15 prosent-grensen nådd i prosjektet Nye Jordal Amfi.
- (27) Uansett hadde lagmannsretten ikke grunnlag for å fastsette vederlaget for endringsarbeider ut over 15 prosent-grensen til «gjengs pris». Konsekvensen av at 15 prosent-grensen

eventuelt er overskredet, er bare at entreprenøren kan nekte å utføre ytterligere arbeider. Med mindre noe annet er avtalt mellom partene, følger retten til vederlagsjustering på entreprenørens frivillige endringsarbeider av NS 8407 punkt 34.1.1 og 34.2 til 34.4. Avtale om reviderte priser er ikke inngått, verken uttrykkelig eller gjennom konkludent adferd eller passivitet. Heller ikke bakgrunnsretten eller læren om bristende forutsetninger gir grunnlag for prisjustering ut over kontraktens vederlagsbestemmelser.

- (28) Lagmannsretten skulle ikke tilkjent forsinkelsesrente på alle krav fra sluttoppgjøret. Betalingsplikten inntreffer ikke før byggherren har mottatt faktura i samsvar med kontraktens dokumentasjonskrav, jf. NS 8407 punkt 28.1 og 27.4, som også fremgikk av kontraktens punkt 16.3. Forsinkelsesrenteloven § 2 b må tolkes i lys av EU-direktiv 2011/7/EU artikkel 4 nr. 3 bokstav b og regulerer derfor ikke selve dokumentasjonskravet. Det forelå ikke dokumentasjon på de løpende fakturaene. Sluttoppgjøret utløser ikke krav på forsinkelsesrente på udokumenterte løpende fakturaer selv om byggherren ikke uttrykkelig har avvist renteplikten. Uansett reiste kommunen innsigelser mot dokumentasjonen i tilsvaret. Renteplikten oppstår først når kravene er rettskraftig avgjort. Krav om nye priser og forsinkelsesrenter som kommunen med forbehold har utbetalt i tråd med lagmannsrettens dom, kreves tilbakebetalt.

- (29) Oslo kommune har lagt ned slik påstand:

«I hovedanken:

Prinsipalt:

1. NCC Norge AS betaler til Oslo kommune 31 184 091 kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente.

Subsidiært:

2. Punkt 1 i lagmannsrettens domsslutning oppheves for den del som gjelder de påankede krav.

I begge tilfeller:

3. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

I den avledede anken:

1. Den avledede anken forkastes.
2. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

- (30) Partshjelperen – *Norges bygg- og eiendomsforening* – har støttet Oslo kommunes anførsler og supplert den rettslige argumentasjonen både om endringsbegrepet og vederlagskravet.

- (31) Norges bygg- og eiendomsforening har lagt ned slik påstand:

«I hovedanken:

Norges bygg- og eiendomsforening tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

I den avledede anken:

Norges bygg- og eiendomsforening tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

- (32) Ankemotparten i hovedanken og ankende part i den avledede anken – *NCC Norge AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (33) Lagmannsrettens dom om hvilke krav som inngår ved beregningen av 15 prosent-grensen, er riktig. Alle fysiske tilleggsarbeider som ligger utenfor det entreprenøren har påtatt seg i kontrakten, inngår etter punkt 31.1 ved vurderingen av om 15 prosent-grensen er passert. Også fysiske tilleggsarbeider som er en konsekvens av forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelse etter NS 8407 punkt 22, 23 og 24 eller andre forhold byggherren har risikoen for, omfattes. Dette fremgår av punkt 25.3 og må uansett gjelde vesentlige avvik fra det entreprenøren hadde grunn til å regne med da kontrakten ble inngått. Hvis bare «villede» endringer skal inngå i grunnlaget, vil det skape en ubegrunnet forskjell mellom bestilte endringer og andre byggherreforhold. Det vil også gi byggherren et incitament til ikke å utstede endringsordrer og til å ta en passiv rolle i prosessen. Uansett må alle endringer hvor byggherren har utstedt endringsordre (EO) inngå ved vurderingen av 15 prosent-grensen.
- (34) Arbeidet med Hovinkulverten og de tre opsjonene som kommunen tiltrådte, er endringer som skal inngå ved vurderingen av om 15 prosent-grensen er overskredet. De vesentlige økningene av kravspesifikasjonens estimerte mengder som arbeidene med opsjonene medførte, er uansett endringsarbeider, jf. punkt 31.1 fjerde avsnitt.
- (35) Lagmannsretten hadde ikke grunnlag for å sensurere NCCs priser på endringsarbeider over 15 prosent-grensen basert på et prinsipp om «gjengs pris». Konsekvensen av at 15 prosent-grensen er overskredet, er at entreprenøren kan nekte å utføre endringsarbeider ut over denne grensen. Hvis byggherren fortsetter å bestille endringer uten å forhandle eller protestere mot entreprenørens priser, må de nye prisene anses akseptert av byggherren. Det er tilfellet i saken her. Dersom prisene er urimelig høye, kan byggherren eventuelt kreve dem justert etter avtaleloven § 36. Entreprenørens krav om nye priser må under enhver omstendighet kunne hjemles i læren om bristende forutsetninger.
- (36) Lagmannsretten legger korrekt til grunn at forsinkelsesrenter på samtlige fakturaer senest løper fra forfalt sluttfaktura. Det beror imidlertid på uriktig rettsanvendelse og bevisvurdering når den kommer til at det ikke påløper forsinkelsesrenter på de løpende fakturaene.
- (37) Klausulen i avtaledokumentet punkt 16.3 om at fakturaer som ikke er i tråd med blant annet dokumentasjonskravet, ikke «anses» som mottatt av byggherren, strider mot den preseptoriske bestemmelsen forsinkelsesrenteloven § 2 b og er derfor ugyldig. Dokumentasjonskravet i NS 8407 punkt 27.4 knytter seg til det som er nødvendig for byggherrens kontroll, og kan følgelig variere avhengig av blant annet type krav og partenes dokumentasjonspraksis. Uansett har kommunen tapt sine innsigelser mot renteplikten så lenge den ikke har reist innsigelser om mangelfull dokumentasjon.
- (38) NCC Norge AS har lagt ned slik påstand:

«I hovedanken:

1. Anken forkastes.
2. Oslo kommune dømmes til å erstatte NCC Norge AS' sakskostnader for Høyesterett.

I motanken:

1. Punkt 1 i lagmannsrettens domsslutning oppheves for den del som gjelder de påankede krav.
2. Oslo kommune dømmes til å erstatte NCC Norge AS' sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken:***De rettslige problemstillingene og tolkningsprinsipper***

- (39) Saken gjelder tilleggsvederlag og forsinkelsesrente i et kontraktsforhold underlagt NS 8407.
- (40) NS 8407 er en standardkontrakt som regulerer «kontraktsforholdet der én part (totalentreprenøren) påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid» for byggherren, se protokollen til standarden. Risikoen for svikt på veien frem til ferdigstilling følger funksjonsfordelingen mellom partene. Dette innebærer at totalentreprenøren har ansvaret for prosjekteringen og byggingen av bygget eller anlegget innenfor de rammene som byggherren har utarbeidet.
- (41) Standarden kapittel VII, som har overskriften «Endringer. Forsinkelse og svikt mv. ved byggherrens ytelser», står sentralt i saken. Kapittelet er inndelt i punktene «31 Endringer», «32 Irregulær endring», «33 Fristforlengelse», «34 Vederlagsjustering» og «35 Uenighet om endringer mv.», alle med videre underpunkter. Som jeg kommer tilbake til, bygger bestemmelsene på en sontring mellom merarbeid som skyldes endringer, og merarbeid som skyldes forhold byggherren har risikoen for – de såkalte risikotilfellene. Begge typer merarbeid gir rett til fristforlengelse og vederlagsjustering etter punkt 33 og 34. Etter punkt 31 går det imidlertid en grense for byggherrens rett til å pålegge merarbeid i form av *endringer*. Det ene hovedspørsmålet i saken er om merarbeid i risikotilfellene og tiltrådte opsjoner inngår ved beregningen av denne grensen, og hvordan vederlaget for endringsarbeider over grensen skal fastsettes.
- (42) Kapittel VI, som har overskriften «Vederlag og betaling», har i punkt 27 og 28 bestemmelser om fakturering og betaling der det blant annet oppstilles et dokumentasjonskrav. Dokumentasjonskravet gjelder etter punkt 39.2 også for slutfakturaen. Det andre hovedspørsmålet i saken er om forsinkelsesrenten begynner å løpe selv om fakturaene ikke er tilstrekkelig dokumentert, og hvilken betydning det eventuelt har at byggherren ikke har reist innsigelser mot dokumentasjonen.
- (43) NS 8407 er i likhet med tilsvarende standardkontrakter fremforhandlet av representanter fra berørte bransjeorganisasjoner. Den inneholder et detaljert og finmasket system for hele kontraktsforløpet. Med mindre det er holdepunkter for at partene har hatt en annen felles forståelse, er utgangspunktet at bestemmelsene skal tolkes objektivt, jf. Rt-2010-961 *Innestående* avsnitt 44 og Rt-2014-520 *Repstad Anlegg* avsnitt 26.
- (44) I HR-2023-534-A *Slemdal skole* avsnitt 56 oppsummeres rettspraksis om tolkningen av standardkontrakter slik:

«Ved tolkningen av denne typen standarder må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, se HR-2020-228-A avsnitt 50 med videre henvisninger. Ordlyden er likevel ikke avgjørende alene. Som fremhevet i Rt-2010-961 avsnitt 44 må ordlyden blant annet leses i lys av de formålene bestemmelsen skal ivareta, og andre reelle hensyn.»

- (45) Jeg tilføyer at hensynet til sammenhengen i standardens system står sentralt ved tolkningen.

Vederlagskravet

Hvilke tillegg som inngår ved beregningen av 15 prosent-grensen

- (46) Partene er uenige om rekkevidden av NS 8407 punkt 31.1, som lyder slik:

«31.1 Retten til å pålegge endringer

Byggherren kan ved endringsordre pålegge totalentreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at totalentreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge totalentreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.»

- (47) Bestemmelsen gir byggherren en rett til å *pålegge* totalentreprenøren *endringer*, altså en frihet til å justere totalentreprenørens ytelser etter at kontrakt er inngått. Byggherrens pålegg kan imidlertid ikke gå ut over 15 prosent tillegg til kontraktssummen, jf. tredje avsnitt. Det er merutgiftene ved selve endringen – det ytelsesjusterte element – som skal tas med ved beregningen av 15 prosent-grensen.
- (48) Hva en «endring» kan gå ut på, fremgår av andre avsnitt. Det sentrale for vårt formål er at det gjelder pålegg som endrer totalentreprenørens ytelse sammenlignet med det *opprinnelig avtalte*. For å kunne ta stilling til om det dreier seg om et avvik fra det avtalte, må byggherrens pålegg vurderes opp mot kontraktsdokumentene. Etter standarden punkt 2.1 er blant annet a) avtaledokumentet, c) totalentreprenørens tilbud, e) tilbuds- eller konkurransegrunnlaget og f) NS 8407 en del av kontraktsdokumentene. Det er i disse dokumentene funksjonsfordelingen mellom partene fremgår. Også etterfølgende avtalejusteringer eller tidligere endringer inngår i dette. Totalentreprenørens prosjektering er ikke en del av kontraktsdokumentene.
- (49) Punkt 31.1 vil typisk gjelde endringer av kontraktsgjenstanden, definert i punkt 1.4 og regulert i punkt 14, som for eksempel pålegg om en ekstra etasje eller bruk av andre

materialer enn opprinnelig avtalt. Endringer kan også bestå i pålegg om tidsmessige omlegginger og forsering som avviker fra det avtalte, jf. punkt 31.2.

- (50) Merarbeid som følge av forhold som byggherren har risikoen for, blant annet uforutsette forhold ved grunnen, jf. punkt 23, omfattes i utgangspunktet ikke av punkt 31.1. Det følger av den overordnede funksjonsfordelingen i kontrakten at totalentreprenøren skal prosjektere og utføre arbeidet frem til ferdigstillelse. Dette innebærer at han må overkomme risikoforhold som gjør kontrakten mer byrdefull å oppfylle. Som kompensasjon for uforutsett merarbeid i de såkalte risikotilfellene kan entreprenøren kreve fristforlengelse etter punkt 33.1 og vederlagsjustering etter punkt 34.1.2. Det ligger implisitt i dette at entreprenøren plikter å utføre denne typen merarbeid, som følgelig ligger *innenfor* kontrakten. Så lenge merarbeidene ligger innenfor og er i tråd med det opprinnelig avtalte, er det ikke tale om endringsarbeider. Men dersom byggherren pålegger entreprenøren å utføre et *bestemt* arbeid for å avbøte risikoforholdet, vil det dreie seg om et inngrep i entreprenørens valgfrett etter kontrakten og følgelig om en endring.
- (51) Punkt 31.1 fjerde avsnitt inneholder en *særregel* om mengdeavvik på regulerbare poster innenfor kontraktens opprinnelige rammer. Slike avvik regnes i utgangspunktet ikke som endringer, med mindre «avviket i vesentlig grad overstiger det totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten». Det er da mengdeavvik *over* denne vesentlighetsterskelen som utgjør en endring. Bestemmelsen gir ingen generell åpning for at uforutsett merarbeid i risikotilfellene skal anses som endringer.
- (52) Ut over punkt 31.1 fjerde avsnitt kan jeg ikke se at standarden setter grenser for hvor mye merarbeid entreprenøren plikter å utføre for å avhjelpe uforutsette forhold som byggherren har risikoen for. Spørsmålet om kontraktsrevisjon på grunnlag av læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36 er blant annet behandlet i Rt-2010-1345 *Oslo Vei* avsnitt 61 til 68. Dommen viser at det skal mye til for å supplere kontraktens egne frist- og vederlagsjusteringsregler på slike grunnlag. Uansett er læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 *selvstendige* rettsgrunnlag som ikke kan bringe risikotilfellene «bakveien» inn i endringssporet.
- (53) Punkt 33.1 om fristforlengelse og punkt 34.1.1 og 34.1.2 om vederlagsjustering ved uforutsette forhold sonder uttrykkelig mellom endringer etter punkt 31 og 32 på den ene siden og svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22, 23 og 24 og andre forhold byggherren har risikoen for, på den andre. Begrepet «endring» er ikke benyttet om frist- og vederlagsjusteringer grunnet byggherrens risikoforhold. Punkt 33.8 har riktignok en bestemmelse om at forsering kan anses pålagt ved endringsordre, men da som et utslag av byggherrens avslag på et *berettiget* krav om fristforlengelse, underforstått et kontraktsstridig avslag.
- (54) Så langt viser standardens ordlyd og systematikk at «endring» er forbeholdt pålegg som griper inn i det opprinnelig avtalte. Merarbeid som skyldes forhold byggherren har risikoen for, omfattes ikke av endringsbegrepet med unntak av særregelen i punkt 31.1 fjerde avsnitt.
- (55) En endringsordre skal etter punkt 31.3 «være skriftlig og gi beskjed om at det kreves en endring, samt hva endringen går ut på». Pålegg som ikke er gitt gjennom en slik endringsordre, vil likevel kunne anses som en endring etter prosedyrene i punkt 32 om irregulære endringer.

- (56) Det er flere særbestemmelser som forutsetter at byggherrens ulike pålegg i realiteten kan innebære en endring selv om endringsordre etter punkt 31.3 ikke er utferdiget. Punkt 14.6 om begrensning av totalentreprenørens kontraktsfestede valgrett er et eksempel på dette:

«14.6 Valg av løsninger

Innenfor de rammer som fremgår av kontrakten, herunder 14.1 til 14.5, har totalentreprenøren rett til å velge hva slags materiale, utførelse og løsning han vil oppfylle kontrakten med.

Dersom byggherren gir pålegg, jf. 32.1, som begrenser totalentreprenørens valgrett, foreligger en endring. Vil totalentreprenøren påberope seg at en slik endring foreligger, må han varsle etter 32.2.»

- (57) Særbestemmelsene i punkt 15.2, 21.4, 24.2.2 og 26.3 har samme struktur. Felles for dem alle er at påleggene griper inn i det opprinnelig avtalte. Samtlige bestemmelser utløser dessuten en varslingsplikt etter punkt 32.2 dersom entreprenøren vil påberope seg at det foreligger en endring. Et slikt varsel bringer påleggene inn i endringssporet etter punkt 32 om irregulære endringer, som i neste omgang utløser en plikt for byggherren til å besvare varselet, jf. punkt 32.3. Besvarer byggherren varselet med en endringsordre eller unnlater han å svare, foreligger det en endring som inngår i beregningen av 15 prosentgrensen. Ved uenighet har entreprenøren utførelsesplikt, og tvisteløsningsmekanismen etter punkt 35 gjelder.
- (58) NCC har anført at punkt 25.3 viser at begrepet «endring» har en videre betydning. Bestemmelsen er et underpunkt under punkt 25 om totalentreprenørens gjennomgang av byggherrens ytelser og lyder slik:

«25.3 Byggherrens svarplikt

Når byggherren mottar et varsel etter 25.1.2 eller 25.2, skal han uten ugrunnet opphold besvare varselet og gi beskjed om hvordan totalentreprenøren skal forholde seg. Er det nødvendig med tiltak som innebærer en endring, skal byggherren utstede en endringsordre i samsvar med 31.3.»

- (59) Punkt 25.1.2 gjelder varsler om ulike risikoforhold som vil kunne forstyrre totalentreprenørens gjennomføring av arbeidet under kontrakten, mens punkt 25.2 gjelder varsler om at «løsninger og annen prosjektering foreskrevet av byggherren ikke er egnede til å nå de krav til kontraktsgjenstanden som fremgår av punkt 14».
- (60) Jeg kan ikke se at punkt 25.3 innebærer en utvidelse av endringsbegrepet. Bestemmelsens andre punktum gjelder tilfeller der det *kan* være nødvendig med tiltak «som innebærer en endring», altså pålegg som avviker fra «det opprinnelige avtalte» etter punkt 31.1 andre avsnitt. Bestemmelsen lest i sammenheng forutsetter med andre ord at varsler også vil kunne føre til tiltak som *ikke* innebærer en endring. Noen av entreprenørens varsler vil kunne foranledige endringsordre etter punkt 31.3, mens andre vil kunne foranledige merarbeid i risikotilfellene. Etter punkt 25.1.2 tredje avsnitt må totalentreprenøren varsle byggherren dersom han som følge av risikoforhold nevnt i punkt 25.1.1 vil kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering etter punkt 33 og 34. Ingen av bestemmelsene i punkt 25 viser til punkt 32 om irregulære endringer.

- (61) Etter mitt syn bekrefter standardens særbestemmelser det grunnleggende skillet mellom pålagte endringer og uforutsett merarbeid i risikotilfellene.
- (62) Også rettspraksis bygger på en slik sontring. I Rt-2010-1345 *Oslo Vei* avsnitt 58 heter det:
- «I vår sak er det imidlertid ikke tale om å tilkjenne tilleggsvederlag for en ytelse utenfor kontrakten, men om å gi en entreprenør kompensasjon fordi en ytelse som omfattes av kontrakten, har vist seg å være mer omfattende enn det byggherrens opplysninger skulle tilsi. Etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 er det i en slik situasjon *merutgiftene* som kan kreves erstattet.»
- (63) Det tosporede systemet er videre omtalt i HR-2019-1225-A *Hab* avsnitt 59:
- «NS 3430 har et tosporet system for tilleggsvederlag. I punkt 28 er det gitt regler om entreprenørens vederlag når byggherren pålegger entreprenøren endringer i utførelsen. Punkt 21 regulerer entreprenørens krav på dekning av merutgifter for øvrige forhold som er byggherrens risiko.»
- (64) Både NS 3430 og NS 3431, som er forgjengeren til NS 8407, sondret mellom endringer ved utførelsen og øvrige forhold som byggherren har risikoen for. Gjennom NS 8405 og NS 8407 ble vederlagssystemene slått sammen, men sontringen mellom de to kategoriene ble beholdt for å markere avgrensingen av byggherrens kompetanse til å pålegge endringer. NCC har til støtte for sitt syn anført at NS 3430 punkt 28.1 om byggherrens rett til å pålegge entreprenøren endringer brukte formuleringen «tilleggsarbeid», som omfattet begge kategorier. Etter det jeg kan se, er «tilleggsarbeid» benyttet om *virksomheten* av byggherrens pålegg om «endringer i utførelsen», og formuleringen innebar slik sett ingen realitetsforskjell med hensyn til avgrensningen av endringsbegrepet.
- (65) Juridisk teori synes å være nokså samstemt om avgrensningen av endringsbegrepet og følgelig om hva som skal tas med ved beregningen av 15 prosent-grensen. Selv om problemstillingen ikke underkastes en nærmere drøftelse, ligger sontringen mellom endringsarbeid utenfor og merarbeid innenfor kontrakten som en forutsetning for fremstillingene. Litteraturen bruker ulike begrep; ekte og uekte, villede og ikke villede, formelle og funksjonelle samt styrende og gjenopprettende endringer. Slike omformuleringer kan muligens være nyttige stikkord, forutsatt at de ikke fører til at standardens egne formuleringer tapes av syne.
- (66) Jeg nøyer meg med å vise til Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, 1977 side 123, som gir en treffende beskrivelse av skillet mellom pålegg om endringer og uforutsett merarbeid i risikotilfellene:
- «Noe skarpt skille er det ikke mellom de to forhold; det blir således en smakssak hvilken betegnelse en vil benytte hvor en øker dimensjoner og dermed arbeidsvolumet. En er likevel nødt til å trekke et skille, særlig fordi pkt. 11.1, annet ledd foreskriver at entreprenøren ikke er forpliktet til å utføre tilleggsarbeid i større omfang enn svarende til 15 % av kontraktssummen. Ved at det her er benyttet formuleringen 'arbeid i tillegg til det kontrakten omfatter' er det imidlertid markert at begrensningen bare gjelder for arbeidsoperasjoner som klart ligger utenfor den angivelse av arbeidet som kontrakten inneholder. Dimensjons- og volum-endringer omfattes således ikke, bare tilfelle hvor nye bygningskomponenter bringes inn, hvor en vei besluttet forlenget o.l. Regelen er begrunnet i hensynet til entreprenørens behov for å planlegge disponeringen av sine ressurser mellom sine ulike arbeidsoppdrag.

Men bl.a. selve endringsregelen medfører at entreprenøren må disponere med en viss fleksibilitet, og det er derfor neppe grunnlag for en tolking som setter snevre grenser for retten til å bestille tilleggsarbeid.»

- (67) Formålet med NS 8407 punkt 31.1 er altså på den ene siden å gi byggherren en viss fleksibilitet til å gjøre endringer i den avtalefestede ytelsen etter at kontrakt er inngått. På den andre siden tilsier hensynet til entreprenørens behov for å planlegge disponering av sine ressurser at byggherrens endringskompetanse begrenses.
- (68) Sondringen mellom endringer og uforutsett merarbeid i risikotilfellene har etter mitt syn gode grunner for seg. Det er pålegg om avvik fra det opprinnelig avtalte som byggherren har noenlunde kontroll over. Når grensen på 15 prosent nærmer seg, kan han innstille videre endringspålegg eller gi pålegg om at avtalte ytelser skal utgå. Dersom uforutsett merarbeid i risikotilfellene medregnes, vil 15 prosent-grensen raskere bli nådd. Dette vil igjen redusere standardens betydning i det videre kontraktsforløpet og derved undergrave vederlagsjusteringsbestemmelsene i punkt 34.
- (69) Jeg er enig med NCC i at det tosporede systemet reiser grensespørsmål som kan gjøre sondringen mellom endringer og annet merarbeid vanskelig å håndheve, noe som virker prosessdrivende. Etter det jeg forstår, arbeides det nå med en ny standardavtale for totalentrepriser, NS 8408, der slike problemer eventuelt kan avhjelpes. I vår sammenheng er det imidlertid tilstrekkelig å peke på at domstolene ikke kan endre rettstilstanden på grunnlag av en rimelighetsbasert tolkning av NS 8407 punkt 31.1. Med mindre alt merarbeid i risikotilfellene skal anses som endringsarbeider, vil det uansett måtte trekkes et skille mellom de to kategoriene.
- (70) Endelig bemerker jeg at det ikke er avgjørende for spørsmålet om det foreligger en endring at skjemaer for «anmodning om endring» og «endringsordre» er benyttet. Det er de reelle forhold som er avgjørende, noe som først og fremst vil fremgå av hvilke *påtegninger* partene har gjort på skjemaene, ikke typen skjema. Når byggherren aksepterer entreprenørens anmodning om frist- eller vederlagsjustering for angitt merarbeid i risikotilfellene, er det ikke tale om en endringsordre. I vår sak har partene brukt skjemaene om en rekke ulike forhold, også om forhold de er enige om ikke skal anses som endringer, for eksempel lønns- og prisstigning samt rigg og drift. Spørsmålet om det foreligger en endringsordre, må avgjøres på grunnlag av punkt 31.3 om endringsordre, jf. punkt 31.1 og 31.2, og punkt 32 om irregulære endringer.
- (71) For å *oppsummere* viser terminologien i NS 8407 at begrepet «endring» er forbeholdt byggherrens pålegg som innebærer avvik fra ytelser entreprenøren er pålagt etter kontrakten, herunder inngrep i entreprenørens valgfrihet. Merarbeid som følge av forhold byggherren har risikoen for, inngår ikke i endringsbegrepet med unntak av særregelen i punkt 31.1 fjerde avsnitt. Det er bare merkostnadene som følge av selve endringen – avviket fra kontrakten – som skal tas med ved beregningen av om 15 prosent-grensen er nådd. Læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 er selvstendige rettsgrunnlag som ikke påvirker rekkevidden av standardens endringsbegrep.

Særlig om opsjoner

- (72) I kravspesifikasjonen tok Oslo kommune inn tre opsjoner knyttet til deponering og tildekking av mulige forekomster av alunskifer. Opsjonene gjaldt altså forhold ved grunnen som byggherren hadde risikoen for. I tilbudet oppga NCC enhetspriser basert på kommunens estimerte mengder. Opsjonene ble først tiltrådt etter kontraktsinngåelsen og gikk av den grunn ikke inn i kontraktssummen.
- (73) Spørsmålet er om slike opsjoner omfattes av 15 prosent-grensen i punkt 31.1 tredje avsnitt. Opsjoner kan enten anses som forhåndsprising av endringsarbeider, eventuelt risikoarbeider, eller som selvstendige avtaleklausuler innenfor «det opprinnelige avtalte». Dette beror i utgangspunktet på en tolkning av opsjonene, se Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407. Kommentartutgave*, 2013 side 450.
- (74) Etter mitt syn må opsjoner betraktes som selvstendige avtaleklausuler *innenfor* kontrakten med mindre det er konkrete holdepunkter for at partene har ment noe annet. Opsjoner gir byggherren en valgfrett på nærmere angitte vilkår, og jeg kan vanskelig se at utøvelsen av denne valgfretten innebærer et *pålegg* om *endring* av det *opprinnelig avtalte* etter punkt 31.1.
- (75) Det var ingen forbehold i de aktuelle opsjonene knyttet til 15 prosent-grensen, og kommunen kunne i prinsippet ha tiltrådt dem også etter at grensen eventuelt var overskredet. Verken bakgrunnen for eller tiltredelsen av opsjonene var uventet for entreprenøren, men tvert imot noe NCC hadde priset i sitt tilbud og følgelig måtte ta høyde for i planleggingen av prosjektet. Formålet med 15 prosent-grensen slår følgelig ikke til.
- (76) Opsjonene ble tiltrådt etter entreprenørens varsler om at de «kommer til utførelse». Det fremgikk av påtegningene på skjemaene for entreprenørens endringsanmodninger og byggherrens endringsordre at arbeidene gjaldt tiltredelse av opsjonene. Bruk av skjemaene er da ikke avgjørende.
- (77) Jeg slutter meg altså til argumentasjonen i voldgiftsdom i sak 26623/FS/GL/DTI for International Chamber of Commerce av 28. oktober 2024 avsnitt 160 og 161 om at opsjoner ikke anses som endringer:

«The Tribunal finds it clear that pre-agreed options – e.g. work that Subcontractor on a separate contractual basis, regardless of the first paragraph of Art 12.1, can be ordered to be carried out as per the option, typically at Contractor’s sole discretion – shall not be taken into account under the Exception. The purpose of the latter discretionary Exception is to provide certain boundaries concerning work *unknown* at the time of the Contract. However, if a subcontractor has pre-agreed on optional work in a contract, and contractor chooses to exercise such an option, subcontractor must have reserved capacity for the optional work since it accepted the option.

That optional work shall not be taken into account also follows from the wording of the third paragraph of Art 12.1. Exercising a pre-agreed option cannot reasonably be considered a ‘Variation’ under the third paragraph of Art 12.1. In the context of Art 12.1, it is evident that ‘Variations’ refers to changes imposed by Contractor under the first paragraph of Art 12.1. That an option, for practical reasons, might be exercised by using the format of a VO [Variation Order] does not change the latter, provided that it follows from the ‘VO’ that the instructed work is based on a pre-agreed option and not the first paragraph of Art 12.»

- (78) Voldgiftsretten besto av professor dr. juris Amund Bjøranger Tørum, advokat Peter Vagle og advokat Helge Morten Svarva.
- (79) Opsjonsspørsmålet gjaldt en justert versjon av endringsbestemmelsen i NTK 07 (*Norsk Totalkontrakt 2007*) punkt 12.1. Grensene for retten til å pålegge endringer etter NTK 07 punkt 12.1 tredje avsnitt knytter seg riktignok til «that which the parties could reasonably have expected when the contract was entered into», men selve avgrensningskriteriet er uten betydning for overføringsverdien til vår sak.
- (80) Det er etter dette ikke nødvendig for meg å gå inn på betydningen av at opsjonene gjaldt forhold ved grunnen som byggherren har risikoen for.
- (81) NCC har subsidiært anført at de faktiske mengdene viste seg å være langt større enn de estimerte. Som jeg tidligere har vært inne på, anses mengdeavvik på regulerbare poster innenfor kontrakten som en endring etter punkt 31.1 fjerde avsnitt når «avviket i vesentlig grad overstiger det totalentreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten». Det er bare det som eventuelt overstiger denne terskelen, som utgjør en endring, og som inngår ved beregningen av om 15 prosent-grensen er nådd.

Konsekvensene av at 15 prosent-grensen er nådd

- (82) Det følger av punkt 31.1 at totalentreprenøren ikke plikter å utføre endringsarbeider på mer enn 15 prosent netto tillegg til kontraktssummen. Dette innebærer samtidig at entreprenøren kan tilby fremtidige endringsarbeider til nye priser. Blir partene ikke enige, må entreprenøren velge om han vil utføre arbeidet på kontraktens betingelser eller innstille videre endringsarbeider. Spørsmålet er hva som skal gjelde der partene ikke er enige om pris, men endringsarbeidene likevel går sin gang.
- (83) Kommunen har vist til standardens bestemmelser om vederlagsjustering for endringsarbeider. Etter punkt 34.3.2 andre avsnitt kan enhetsprisene kreves justert dersom forutsetningene for dem forrykkes «herunder som følge av omfanget eller antallet av endringsarbeider, tidspunktet for endringsarbeider eller lignende». Når det ikke foreligger enhetspriser, gir punkt 34.4 grunnlag for vederlagsjustering basert på regningsarbeid etter punkt 30. Jeg kan imidlertid ikke se at disse bestemmelsene regulerer vederlagsspørsmålet når byggherren har overskredet sin endringskompetanse. I slike situasjoner er jo entreprenøren løst fra kontrakten for så vidt gjelder videre endringsarbeider, med mindre noe annet er eller må anses avtalt. Det at punkt 31.1 er en kompetanseregulering, røkkes ikke ved dette.
- (84) Vederlagsspørsmålet for endringsarbeid ut over 15 prosent-grensen må da primært løses på bakgrunn av alminnelige prinsipper for tolkning og utfylling av avtaler, herunder passivitet og konkludent adferd. I noen typetilfeller vil løsningen være temmelig klar.
- (85) Så lenge det er uenighet om hvorvidt 15 prosent-grensen er nådd og entreprenøren har utførelsesplikt etter punkt 31.3 eller punkt 35.1, er det vanskelig å inngå i reelle forhandlinger på omforente premisser. Dersom byggherren har motsatt seg reviderte priser utelukkende under henvisning til at 15 prosent-grensen ikke er nådd, må hver av partene bære risikoen for egne forutsetninger. Hvis byggherren har rett, er det kontraktens

vederlagsregler som gjelder, men hvis entreprenøren har rett, er det hans reviderte priser som skal legges til grunn.

- (86) Når det er avklart mellom partene at 15 prosent-grensen er nådd, stiller dette seg annerledes. Dersom byggherren avslår entreprenørens tilbud om reviderte priser, men entreprenøren likevel velger å utføre arbeidet, må han normalt anses å ha akseptert at kontraktens betingelser skal gjelde. Tilsvarende må byggherren anses for å ha akseptert entreprenørens betingelser når han uten å avslå pristilbudet utsteder nye endringsordrer.
- (87) I tilfeller der entreprenøren fortsetter å utføre endringsarbeider til tross for partenes *uttalte uenighet* om betingelsene, er bildet mer sammensatt. I slike tilfeller må vederlagsspørsmålet avgjøres for hver enkelt endringsordre basert på kontakten mellom partene, herunder endringsanmodninger, endringsordrer, øvrig korrespondanse og møtereferater.
- (88) I ytterste konsekvens må vederlagsspørsmålet finne sin løsning i domstolene, slik også punkt 35.2, jf. punkt 50.4, legger opp til. I og med at kontraktens vederlagsbestemmelser ikke regulerer endringsarbeid ut over 15 prosent-grensen, er det større plass for læren om bristende forutsetninger, eventuelt avtaleloven § 36. Et hovedhensyn må da være å ivareta balansen i forlengelsen av kontraktsforholdet. Slik sett vil kontraktens vederlagsbestemmelser kunne få indirekte betydning ved eventuell sensur av urimelige påslag i entreprenørens kostnadsbaserte priser. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å oppstille en subsidær regel om «gjengs pris», basert på prinsippet i kjøpsloven § 45, slik lagmannsretten la til grunn.

Forsinkelsesrenter

Dokumentasjonskravet

- (89) Kommunen har anket over at lagmannsretten tilkjente entreprenøren forsinkelsesrenter på alle krav fra sluttoppgjøret og sluttfakturaens forfall, mens NCC har motanket over at selskapet med unntak av tre fakturaer, ikke ble tilkjent forsinkelsesrenter på de løpende fakturaene.
- (90) Etter NS 8407 punkt 29.1 og 39.2 gjelder forsinkelsesrenteloven ved byggherrens betalingsmislighold. Forsinkelsesrenteloven § 2 lyder slik:

«Fordringshaveren kan kreve rente etter denne lov (forsinkelsesrente) når kravet ikke innfris ved forfall. Renten løper fra forfallsdag når denne er fastsatt i forveien, og ellers fra 30 dager etter at fordringshaveren har sendt skyldneren skriftlig påkrav med oppfordring om å betale. Påkrav kan sendes ved bruk av elektronisk kommunikasjon dersom skyldneren uttrykkelig har godtatt dette.

Det skal ikke svares forsinkelsesrente dersom forsinkelsen er fremkalt ved forhold på fordringshaverens side.»

- (91) For at forsinkelsesrenten skal begynne å løpe, må altså kravet være *forfalt*.
- (92) Det følger av standarden punkt 28.1 første avsnitt at forfall er betinget av at byggherren «har mottatt faktura i samsvar med punkt 27». Etter punkt 27.3 skal

vederlagsjusteringskrav faktureres i egne fakturaer når arbeidet er ferdigstilt, og etter punkt 27.4 andre avsnitt skal fakturaer «være spesifisert og vedlegges målinger og annen dokumentasjon som er nødvendig for byggherrens kontroll». Dokumentasjonskravets innhold er altså knyttet direkte til formålet om byggherrens kontroll, jf. formuleringen «som er nødvendig for». Også slutfakturaen skal være spesifisert og dokumentert, jf. punkt 39.2 første avsnitt om at byggherren plikter å betale «i den grad slutfakturaen er dokumentert i henhold til 27.4».

- (93) Dokumentasjonskravet er utdypet i avtaledokumentet punkt 16.3, der det blant annet heter:

«Nødvendig fakturagrunnlag slik som timelister, målinger mv. skal medfølge og være attestert iht. avtalt prosedyre.

Dersom totalentreprenøren ikke leverer faktura i tråd med denne bestemmelsen anses ikke tilsendt faktura som mottatt hos byggherre. Avtalt betalingsfrist gjelder først når byggherre har mottatt faktura i henhold til denne bestemmelsen.»

- (94) NCC har anført at andre avsnitt er i strid med forsinkelsesrenteloven § 2 b fjerde ledd om at det der debitor er en offentlig myndighet «ikke kan avtales mellom skyldneren og fordringshaveren når en faktura skal anses mottatt av skyldneren». Jeg er enig med lagmannsretten i at bestemmelsen er til hinder for å fastsette en *dato* for når fakturaen skal anses mottatt, men holder det åpent om den rekker videre enn dette. Partene er uansett enige om at dokumentasjonskravet følger av standarden punkt 27.4, som er utdypet i det første avsnittet jeg nettopp siterte fra avtaledokumentet.
- (95) I den grad entreprenøren misligholder spesifikasjons- og dokumentasjonskravet, er fakturaen for de aktuelle postene i utgangspunktet ikke forfalt, og byggherren kan holde betalingen tilbake. Den forsinkede betalingen er da «fremkalt ved forhold på fordringshaverens side», jf. forsinkelsesrenteloven § 2 andre ledd. Konsekvensen er at forsinkelsesrenter ikke løper før dokumentasjonskravet er oppfylt, eventuelt fra slutfakturaens forfall eller ved oppfyllelsesfristen for rettskraftig dom, se HR-2022-1980-A avsnitt 60 og 70.
- (96) Dokumentasjonskravets innhold må tilpasses karakteren av de krav som faktureres, og dessuten ses i lys av partenes faktureringspraksis. At det ikke er mulig å dokumentere kravet fullt ut, betyr ikke at dokumentasjon helt kan unnlates, se prinsippet i HR-2019-1225-A *Hab* avsnitt 82 om entreprenørens bevisføringsplikt for krav forårsaket av «plunder og heft». I avsnitt 86 heter det at beviskravene ikke kan «settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende» for entreprenøren å etterkomme dem.
- (97) Tilsvarende presiseringer må etter mitt syn gjelde dokumentasjonskravet etter punkt 27.4. Poster som ikke lar seg dokumentere, vil i noen utstrekning måtte bero på et skjønn, som eventuelt kan underbygges på annen måte. Videre må dokumentasjonskravet ses i lys av kontrollformålet, som et stykke på vei vil kunne være ivaretatt gjennom partenes løpende kontakt.
- (98) NCC har gjort gjeldende at det ikke kan stilles krav om fakturadokumentasjon for regningsarbeid som godtgjøres etter «måtte forstå»-regelen i punkt 30.3.1 tredje avsnitt. Jeg kan ikke se at denne vederlagsregelen gir grunnlag for å sette til side kontraktens krav om at fakturaene må være spesifisert og dokumentert. Vilkåret for å anvende «måtte forstå»-regelen er at «totalentreprenøren ikke leverer oppgaver i samsvar med første ledd,

eller oversitter fristen i annet ledd». Slike unnlatelser fra entreprenørens side kan ikke utløse forfall med påfølgende forsinkelsesrenter før kravet er tilstrekkelig underbygget. Dokumentasjonskravet i punkt 28.1, jf. punkt 27.4, kan slik sett ikke erstattes av den materielle vederlagsregelen om hva byggherren «måtte forstå». I den grad det er vanskelig eller umulig for entreprenøren å spesifisere og dokumentere kravet, må det eventuelt underbygges på annen måte.

- (99) Jeg finner også en viss støtte for dette i HR-2022-1980-A avsnitt 71 og 72 om forholdet mellom kravet til kontrollerbar regning etter bustadoppføringsloven § 48 og vederlagsjusteringsregelen i lovens § 42 for krav forbrukeren «måtte skjøne» at endringer og tilleggssarbeid ville medføre. I avsnitt 72 heter det:

«Det synes som lagmannsretten trekker inn vurderingstemaet i lovens § 42 ved vurderingen av om kravene til kontrollerbar regning i § 48 første ledd er oppfylt. Dette er i så fall en uriktig rettsanvendelse.»

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

Innsigelsesspørsmålet

- (102) Spørsmålet er dernest hvilken betydning det har for retten til forsinkelsesrenter at byggherren unnlater å betale, men uten å ha reist innsigelser mot fakturaen på grunnlag av mangelfull dokumentasjon.
- (103) Ved vurderingen av debtors forhold tar jeg utgangspunkt i NS 8407 punkt 3:
- «3 Plikt til samarbeid og lojalitet
Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten».
- (104) Lojalitetsplikten er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten.
- (105) En eventuell plikt til å reise innsigelser mot fakturaens forfallsvirkninger ligger i grenslandet mellom entrepriseretten og pengekravsretten, jf. punkt 29.1 og 39.2, som uttrykkelig innlemmer forsinkelsesrenteloven i entreprenørens rettigheter ved betalingsmislighold. Så lenge byggherrens forsømmelse bare har betydning for forsinkelsesrenten, er det mindre betenkelig å innfortolke en slik medvirkningsplikt i standardens løpende fakturerings- og betalingsbestemmelser. Etter punkt 39.2 må til

sammenligning betalingsinnsigelser til slutfakturaen og innsigelser mot sluttoppstillingen fremsettes innen betalingsfristen på to måneder for ikke å gå tapt.

- (106) Det karakteristiske for entreprisekontrakter er at de etablerer et samarbeidsforhold over tid som igjen forsterker betydningen av lojalitetshensynet. Siktemålet med standardens detaljerte regler er å skape balanse, forutsigbarhet og avklaring i kontraktsforholdet. Disse hensynene taler for at byggherren medvirker til at kravene mellom partene avklares, herunder at kravene er tilstrekkelig dokumentert. Så lenge dokumentasjonsplikten er direkte knyttet til formålet om debitors mulighet for kontroll, må det kunne forventes at også debitor medvirker til å realisere dette formålet.
- (107) I NOU 1974: 54 skriver forsinkelsesrenteutvalget på side 54:
- «Kreditormoraregelen vil passe også utenfor området av de rene avvisningstilfelle. Renten bør ikke løpe der avviklingen av gjeldsforholdet forutsetter en viss *medvirkning fra kreditors side*, og der denne uteblir. Det kan tenkes at kreditor etter oppfordring likevel unnlater å spesifisere hvilket beløp det gjøres krav på ...»
- (108) Uttalelsen gir et visst holdepunkt for at *debitors* medvirkning – «oppfordring» – kan ha betydning for om det foreligger kreditormora.
- (109) Videre viser jeg til Kai Krüger, *Pengekrav*, 2. utgave 1984, der det på side 416 heter:
- «En for knapp og uspesifisert regning må etter omstendighetene få som konsekvens at kreditor kommer i mora ved eventuell fristoverskridelse. Dette forutsetter på den annen side at også debitor på sin side gjør rimelige anstrengelser for å få bragt forholdet i orden (reklamasjonsplikt m.v., jfr. prinsippet i kjl. § 6).»
- (110) Jeg er enig i at det av debitor bør kunne kreves «rimelige anstrengelser for å få bragt forholdet i orden». Hvis byggherren reiser innsigelser mot fakturaen på grunn av mangelfull spesifisering eller ufullstendig dokumentasjon, må medvirkningsplikten normalt anses oppfylt.
- (111) Dersom partene er uenige om innsigelsens rettmessighet, må risikoen for den uklare situasjonen plasseres på den parten som tok feil, eventuelt på den som er mest å bebreide. På tilsvarende måte vil det etter omstendighetene kunne gå ut over byggherren om han unnlater å reise innsigelser mot fakturaen fordi han uansett mener seg uforpliktet på annet grunnlag.
- (112) I forlengelsen av dette finner jeg likevel grunn til å presisere at lojalitetsplikten i kontraktsforholdet går begge veier. Jeg har vanskelig for å se at byggherren skal ha en plikt til å reise innsigelser der det er *helt klart* at spesifisering og dokumentasjon mangler. I slike tilfeller er det mer nærliggende å la entreprenøren bære risikoen for at fakturaen ikke utløser forfall med påfølgende forsinkelsesrente ved manglende betaling. Det er i de tilfellene der byggherren bør forstå at kreditor med *rimelig grunn* mener å ha oppfylt kravet, at han plikter å reise innsigelser slik at entreprenøren får oppfordring til å bringe forholdet i orden. Dette innebærer at plikten til å fremme innsigelser mot fakturaen til en viss grad beror på en konkret vurdering.
- (113) På samme måte som for sluttoppgjøret mener jeg byggherrens eventuelle innsigelser mot de løpende fakturaene må fremsettes før betalingsfristen for at forsinkelsesrenten ikke skal

begynne å løpe. Jeg viser til Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407. Kommentirutgave*, 2013 side 403, som under omtalen av punkt 28.1, jf. punkt 27, tar til orde for at «[l]ojalitetshensyn og alminnelig god forretningsskikk tilsier at slike innsigelser reises før forfall». Forfatterne tilføyer riktignok at det ikke kan ha noen «umiddelbar rettsvirkning» at debitor unnlater å reise innsigelser. Denne reservasjonen må imidlertid gjelde selve kravet. I vår sammenheng vil en «umiddelbar rettsvirkning» være at forsinkelsesrenten løper.

- (114) For å *oppsummere* kan entreprenørens unnlattelse av å spesifisere og dokumentere fakturaene gi byggherren rett til å holde beløpet tilbake med den konsekvens at forsinkelsesrenten ikke løper. Dette forutsetter imidlertid at byggherren gjør rimelige anstrengelser for å bringe forholdet i orden, normalt ved å fremme innsigelser mot fakturaen innen utløpet av betalingsfristen. Hva som med rimelighet kan kreves, beror til en viss grad på en konkret vurdering, der det også ses hen til om fakturaen er klart udokumentert.

Lagmannsrettens rettsanvendelse

Innledning

- (115) Prosedyrene for Høyesterett har ikke vært rettet inn mot de enkelte kravene og fakturaene. NCC har tidligere utarbeidet en logg over flere hundre endringsanmodninger og endringsordrer samt en oversikt over når 15 prosent-grensen formentlig ble nådd. Det er også fremlagt en oversikt over rundt 150 fakturaer med tilhørende renteberegninger. Kommunen har fremlagt tilsvarende oversikter.
- (116) Bortsett fra enkelte eksempler er dette omfattende materialet naturlig nok ikke gjennomgått under ankeforhandlingen i Høyesterett. Det er da ikke mulig å prøve lagmannsrettens rettsanvendelse opp mot det aktuelle grunnlagsmaterialet. Prøvingen må følgelig baseres på lagmannsrettens mer generelle rettslige forståelse av de aktuelle bestemmelsene i NS 8407 og bakgrunnsretten. En eventuell opphevelse av de påankede delene av lagmannsrettens dom må på denne bakgrunn forankres i tvisteloven § 30-14 første ledd om at «det er eller kan være feil i det faktiske eller rettslige grunnlaget for den påankede avgjørelse».

Vederlagskravet

- (117) Lagmannsrettens dom punkt 5.19 har overskriften «EA 165-reviderte rater».
- (118) Når det gjelder spørsmålet om hvilke vederlagsjusterte poster som skal inngå ved beregningen av 15 prosent-grensen etter standarden punkt 31.1, konkluderer lagmannsretten slik i punkt 5.19.3.1:

«Lagmannsretten har dermed kommet til at det avgjørende er om det er tale om en endring av utførelsen fra det som er avtalt, og ikke om endringen beror på byggherrens reelle valgmulighet.»

- (119) Den første delen av setningen er i utgangspunktet uttrykk for en riktig forståelse av bestemmelsen. Det er imidlertid uklart hva som ligger i avgrensningen «byggherrens reelle valgmulighet». Formuleringen er en omskriving av «villedede endringer», men ingen av begrepene er definert eller nærmere forklart med utgangspunkt i standardens endringsbestemmelser. Holdt opp mot gjengivelsen av kommunens anførsler knyttet til «reell valgmulighet» i dommen punkt 5.19.2.2, tolker jeg lagmannsretten dit hen at «[a]ndre byggherreforhold – som gjenopprettende tiltak for å hensynta uforutsette grunnforhold» – inngår i grunnlaget. Dette er i så fall en uriktig forståelse av standarden.
- (120) Andre generelle uttalelser i dommen punkt 5.19.3.1 synes å bekrefte en slik forståelse. Etter å ha pekt på sontringene i NS 8407 punkt 33.1 og punkt 34.1 mellom endringer og svikt i byggherrens ytelser etter punkt 22 til 24, finner lagmannsretten at det likevel ikke er «grunnlag for å trekke et slikt skille». Dette begrunnes med at byggherrens svarplikt etter punkt 25.3 også omhandler entreprenørens varsler om byggherrens ytelser etter punkt 22 til 24. Videre slutter lagmannsretten seg til tingretten når den uttaler at 15 prosent-grensen «langt på vei kan ses på som en avtaleregulering av hva som anses som relevante bristende forutsetninger». Som jeg tidligere har redegjort for, har verken standarden punkt 25.3 eller læren om bristende forutsetninger betydning for rekkevidden av endringsbegrepet i punkt 31.1.
- (121) Jeg finner det på denne bakgrunn uklart hva lagmannsretten sikter til med formuleringen «endring av utførelsen fra det som er avtalt», jf. den første delen av det jeg nettopp siterte.
- (122) Lagmannsrettens konkrete vurdering av de omstridte merarbeidene i punkt 5.19.3.2 bærer preg av samme uklarhet.
- (123) Når det gjelder merarbeidene med Hovinkulverten, begrenser lagmannsretten seg til følgende bemerkning om hva som inngår i beregningen av 15 prosent-grensen:
- «Basert på lagmannsrettens syn på hvilke endringer som omfattes av bestemmelsen, er det utvilsomt at arbeidet med Hovinkulverten er omfattet.»
- (124) Merarbeidene med Hovinkulverten er ikke holdt opp mot funksjonsfordelingen i kontrakten og er følgelig ikke sammenlignet med det opprinnelig avtalte. Lagmannsretten ser heller ikke ut til å ha tatt i betraktning at det bare er merkostnadene ved de eventuelle endringene som inngår ved beregningen av 15 prosent-grensen.
- (125) Uttalelsen må muligens forstås i lys av det som er sagt om Hovinkulverten tidligere i dommen, men det som behandles der, er blant annet frist- og vederlagsspørsmål som ikke skiller mellom endringsarbeider og merarbeid i risikotilfellene. Jeg kan for eksempel ikke se at dommen punkt 5.3.3.4.5 om fristforlengelse i tilknytning til innkapsling av Hovinkulverten og tilknyttede arbeider er basert på en slik sontring.
- (126) Det samme gjelder lagmannsrettens kortfattede konstatering av at «omfattende grunn- og betongarbeid, jf. punkt 5.10 og punkt 5.12 til 5.14» skal inkluderes i beregningen av 15 prosent-grensen. Heller ikke i disse punktene sondres det mellom endringsarbeider og merarbeid i risikotilfellene. Slik sett kan det se ut som om NCC vant frem med sin anførsel slik denne er gjengitt av lagmannsretten i punkt 5.19.2.1, om at «alle ‘fysiske’ arbeider» inngår i beregningsgrunnlaget for når 15 prosent-grensen passerer.

- (127) Jeg ser ikke bort fra at lagmannsrettens gjennomgang kan ha avdekket at det i noen tilfeller kan dreie seg om egentlige endringsordrer etter punkt 31.3 eller om irregulære endringer etter punkt 32, herunder pålegg som begrenser totalentreprenørens valgtrett, jf. NS 8407 punkt 14.6. Behandlingen av spuntarbeidene i dommen punkt 5.11 synes å være et eksempel på dette.
- (128) Så langt mener jeg det kan være feil ved lagmannsrettens forståelse av endringsbegrepet i NS 8407 punkt 31.1, og følgelig i det rettslige grunnlaget for avgjørelsen.
- (129) Når det gjelder opsjonene, finner lagmannsretten i punkt 5.19.3.2 at tiltredelsen av dem er endringer fordi de må «anses som en forhåndsprising av endringsarbeider», jf. sitatet fra tingrettens dom. Som jeg tidligere har redegjort for, beror dette på en uriktig anvendelse av standarden punkt 31.1. Eventuelle mengdeavvik over terskelen i punkt 31.1 fjerde avsnitt har lagmannsretten naturlig nok ikke tatt stilling til.
- (130) Jeg finner etter dette at lagmannsrettens dom må oppheves for så vidt gjelder anvendelsen av endringsbestemmelsen i punkt 31.1.
- (131) Dersom lagmannsretten ved den nye behandlingen av denne delen av saken skulle komme til at 15 prosent-grensen er overskredet, må den bygge på anvisningene om hvordan vederlaget skal fastsettes. Eventuell sensur av nye priser etter læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36, er det opp til lagmannsretten å ta stilling til.

Forsinkelsesrente

- (132) Lagmannsrettens dom punkt 5.20 har overskriften «Forsinkelsesrenter».
- (133) Jeg er enig med lagmannsretten i at forfall av de løpende fakturaene i utgangspunktet er avhengig av at de er tilstrekkelig dokumentert. Lagmannsretten har imidlertid i punkt 5.20.3 lagt til grunn at kommunen ikke har tapt sine innsigelser mot de løpende fakturaene med den *generelle* begrunnelsen at det «heller ikke [er] grunnlag for preklusjon basert på reglene om lojalitet i kontraktsforhold». Dette er en uriktig forståelse av standarden punkt 3 om lojalitetsplikten i kontraktsforholdet sammenholdt med forsinkelsesrenteloven § 2 andre ledd om kreditormora.
- (134) Lagmannsrettens dom må følgelig oppheves så langt kommunens unnlattelse av å reise innsigelser mot de løpende fakturaene på grunn av mangelfull dokumentasjon ikke er vurdert.
- (135) Kommunen har endelig anført at lagmannsretten i punkt 5.20.3 uriktig har lagt til grunn at «sluttoppgjøret og slutfakturaen utløste betalingsplikt og forsinkelsesrenter fra forfall» også på tidligere fakturerte krav. Synspunktet er at sluttoppstillingen ikke utløser selvstendige betalingsforpliktelser.
- (136) Det følger av standarden punkt 39.1 andre avsnitt bokstav a at sluttoppstillingen skal inneholde en spesifikasjon av alle fakturerte krav uavhengig av om de er betalt eller ikke. Etter tredje avsnitt skal krav som ikke er fakturert forut for sluttoppgjøret, inntas i slutfakturaen. Dette innebærer at ubetalte fakturaer fra tiden før sluttoppgjøret står ved lag, og omfattes av innsigelsesbestemmelsene i punkt 39.2 andre og tredje avsnitt, som jeg

tidligere har omtalt. Betydningen av at kommunen i tilsvaret, som i tid lå forut for sluttoppgjøret, reiste innsigelser mot dokumentasjonen av de løpende fakturaene må lagmannsretten vurdere under den nye behandlingen.

Konklusjon

- (137) Min konklusjon er at lagmannsrettens dom må oppheves så langt den er anket av Oslo kommune og av NCC Norge AS, det vil si dommen punkt 5.19 om reviderte rater og punkt 5.20 om forsinkelsesrenter.
- (138) Ingen av partene kan anses for å ha vunnet saken, og erstatning for sakskostnader idømmes ikke.
- (139) Jeg stemmer for denne

D O M :

- 1. Lagmannsrettens dom oppheves så langt den er anket.
- 2. Partene og partshjelperen bærer egne sakskostnader for Høyesterett.

- (140) Dommer **Poulsen:**

Delvis dissens

Oversikt

- (141) Jeg er enig med førstvoterende i de rettslige utgangspunktene for vurderingen av *hvilke typer arbeider som inngår ved beregningen av 15 prosent-grensen* i NS 8407 punkt 31.1 tredje avsnitt. Herunder deler jeg førstvoterendes syn om at dersom et uforutsett forhold som byggherren har risikoen for, medfører en justering av entreprenørens ytelsesplikt etter avtalen – noe som etter mitt syn også kan omtales som det avtalte arbeidsomfanget – skal det behandles som et pålegg om en endring, og følgelig inngå i 15 prosent-grensen. Dersom risikoforholdet gjør ytelsen som omfattes av kontrakten, mer byrdefull, men ikke endrer ytelsespliktenes innhold, foreligger det ikke en endring.
- (142) Jeg er imidlertid ikke enig med førstvoterende i at lagmannsrettens generelle rettslige forståelse av hvilke krav som skal medregnes i 15 prosent-grensen, er uklar. I tillegg har jeg et annet syn på hvordan *opsjoner* generelt skal behandles, og på lagmannsrettens konkrete vurdering av opsjonene.
- (143) Når det gjelder *virkingen av at 15 prosent-grensen er overskredet*, er jeg enig med førstvoterende i de rettslige utgangspunktene og i at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig. Siden jeg mener at kommunens anke ikke fører fram for så vidt gjelder spørsmålet om grensen er overskredet, har jeg – i motsetning til førstvoterende – funnet grunn til å si noe om den konkrete vurderingen av virkingen i saken her.

- (144) For så vidt angår *rentespørsmålene*, slutter jeg meg til førstvoterendes syn.

Lagmannsrettens generelle rettslige forståelse vedrørende hvilke arbeider som skal medregnes i 15 prosent-grensen

- (145) Innledningsvis bemerker jeg at jeg er enig med førstvoterende i at prosedyrene for Høyesterett ikke har vært rettet inn mot lagmannsrettens vurdering av de enkelte kravene. Prøvingen må derfor knytte seg til lagmannsrettens generelle rettslige forståelse.
- (146) Som førstvoterende har pekt på, konkluderer lagmannsretten i punkt 5.19.3.1 i dommen slik med hensyn til hvilke vederlagsjusterte poster som skal inngå ved beregningen av 15 prosent-grensen etter standarden punkt 31.1:
- «Lagmannsretten har dermed kommet til at det avgjørende er om det er tale om en endring av utførelsen fra det som er avtalt, og ikke om endringen beror på byggherrens reelle valgmulighet.»
- (147) Etter mitt syn gis det her uttrykk for en riktig forståelse av endringsbegrepet. I motsetning til førstvoterende mener jeg det ikke er grunn til å tolke formuleringen «byggherrens reelle valgmulighet» slik at lagmannsretten har ment at gjenopprettende tiltak for å ta hensyn til uforutsette grunnforhold (risikoforhold) generelt skal inngå ved beregningen av 15 prosent-grensen.
- (148) Lagmannsrettens formulering må leses i lys av at kommunen anførte at bare «villede endringer», det vil si der byggherren har en reell valgmulighet, inngår i beregningen av 15 prosent-grensen. Kommunen anførte altså at uforutsette og uønskede forhold som byggherren har risikoen for, og som medfører at byggherren «må» pålegge entreprenøren å utføre bestemte arbeider, etter sin art faller utenfor endringsbegrepet, jf. dommen punkt 5.19.3.1.
- (149) Lagmannsretten var ikke enig i denne anførselen og ga uttrykk for at også «uønskede» arbeider må anses som endringer dersom de avviker fra «det som er avtalt». Det avgjørende etter lagmannsrettens syn er altså om det aktuelle forholdet medfører en endring i ytelsespliktens innhold, ikke hva *årsaken* til endringen er. Dette er etter min mening en korrekt forståelse av standarden punkt 31.1 andre avsnitt, i samsvar med de rettslige utgangspunktene som førstvoterende har redegjort for. Der et uforutsett forhold som byggherren har risikoen for, medfører en endring i ytelsespliktens innhold, skal det – som nevnt – behandles som et pålegg om endring, og følgelig inngå i 15 prosent-grensen.
- (150) At lagmannsretten, etter å ha pekt på sontringene i NS 8407 punkt 33.1 og 34.1 mellom endringer og forhold som byggherren har risikoen for, sier at det ikke er «grunnlag for å trekke et slikt skille», er heller ikke uttrykk for en uriktig forståelse av standarden. Uttalelsen kommer som et svar på kommunens anførsel om at uforutsette forhold som medfører at byggherren «må» justere det avtalte arbeidsomfanget, faller utenfor endringsbegrepet. Igjen er lagmannsrettens poeng, slik jeg tolker dommen, at kommunen ikke kan høres med at «uønskede» forhold som byggherren har risikoen for, alltid må holdes utenfor 15 prosent-grensen.
- (151) Jeg kan heller ikke se at det at lagmannsretten i punkt 5.19.3.1 slutter seg til tingrettens uttalelse om at 15 prosent-grensen «langt på vei kan ses på som en avtaleregulering av hva

som anses som relevante bristende forutsetninger», er problematisk. I neste setning skriver tingretten at «[d]et er uten betydning for entreprenøren om forutsetningene ‘brister’ som følge av forhold byggherren ønsker seg eller ikke – konsekvensene for entreprenøren blir de samme». Igjen er det tale om en uttalelse som må forstås som en imøtegåelse av kommunens argumentasjon om at bare «villedende» endringer skal inngå i 15 prosent-grensen. Også tingretten legger for øvrig til grunn at det avgjørende for om noe skal anses som endring, er om «utførselen skiller seg fra det tidligere avtalte», med andre ord om entreprenørens ytelsesplikt justeres sammenlignet med hva som følger av avtalen.

- (152) Når det gjelder lagmannsrettens konkrete vurdering av om arbeidene med å grave fram og kapsle inn Hovinkulverten utgjør en endring, er det nok så at denne med fordel kunne vært tydeligere. Som førstvoterende har påpekt, nøyer lagmannsretten seg i punkt 5.19.3.2 med følgende begrunnelse:

«Basert på lagmannsrettens syn på hvilke endringer som omfattes av bestemmelsen, er det utvilsomt at arbeidet med Hovinkulverten er omfattet.»

- (153) I motsetning til førstvoterende mener jeg imidlertid at dette ikke hindrer prøving av om lagmannsrettens generelle rettslige forståelse av hvilke arbeider som skal medregnes i 15 prosent-grensen, er riktig.
- (154) Slik jeg ser det, må lagmannsrettens korte uttalelse forstås i lys av det som er sagt om Hovinkulverten tidligere i dommen. Jeg tilføyer at det at domspremissene må leses i sammenheng, ikke blir mindre viktig når dommen er så omfattende som her.
- (155) Den sammenligningen med det opprinnelig avtalte som førstvoterende etterlyser, foretar lagmannsretten etter min mening i punkt 5.3.3.4.5. Selv om lagmannsretten her drøfter fristforlengelse, tar lagmannsretten stilling til om arbeidene med å grave fram og kapsle inn Hovinkulverten og tilknyttede arbeider var omfattet av NCCs ytelsesplikt etter kontrakten. Etter NS 8407 punkt 33.1 har entreprenøren krav på fristforlengelse blant annet dersom framdriften hindres som følge av endringer etter punkt 31 og 32. Partene var uenige om de nevnte arbeidene var en del av NCCs kontraktsforpliktelser, eller om det var tale om en endring som ga NCC rett til fristforlengelse. Om dette skriver lagmannsretten:

«[Kommunen] har fastholdt at Hovinkulverten – uavhengig av plassering i høyden – hadde betydning dels for bæresystemer og utveksling av vertikale krefter, og dels for forsiktig graving. Slik lagmannsretten forstår [kommunen], er anførselen at deler av arbeidet knyttet til kulverten derfor var omfattet av NCCs kontraktsforpliktelser. Av dette følger at [kommunen] mener en tilsvarende del av kravet om fristforlengelse er uberettiget.

Det er riktig at Hovinkulverten var omtalt i kravspesifikasjonen. De viktigste bestemmelsene, punkt 100E og 211D, er gjengitt på side fem til sju ovenfor. I tillegg nevner lagmannsretten at punkt 200.1B og 22 pålegger NCC å unngå uheldig plassering av søyler mv. samt å sørge for nødvendige tiltak for å sikre at omkringliggende konstruksjoner ikke skades av byggets bæresystem.

Etter lagmannsrettens syn er det klart at ingen av de nevnte bestemmelsene i kravspesifikasjonen, eller konkurransegrunnlaget for øvrig, ga NCC rimelig grunn til å forvente at Hovinkulverten helt eller delvis måtte graves frem. Et notat fra Olav Olsen av 24. november 2016, som [kommunen] har trukket frem, tilsier ingen annen forståelse. Notatet var et svar til [Vann- og avløpsetaten] om innsigelser til

rammetillatelsen, og på det tidspunktet var det allerede oppdaget at kulverten lå høyere enn antatt.»

- (156) Etter min oppfatning viser dette at lagmannsretten har ment at arbeidene med å grave fram og kapsle inn Hovinkulverten ikke var en del av entreprenørens ytelsesplikt etter kontrakten, og at det derfor var tale om endringer.
- (157) Mitt syn er altså at lagmannsrettens generelle rettslige forståelse av hvilke arbeider som skal medregnes i 15 prosent-grensen, er riktig.
- (158) Den konkrete vurderingen av om arbeidene med Hovinkulverten og andre krav skal anses som endringer eller ikke, har jeg – i lys av partenes prosessopplegg for Høyesterett – ikke foranledning til å gå nærmere inn på. Også for Høyesterett har kommunen argumentert med at de omstridte arbeidene ikke skal medregnes i 15 prosent-grensen fordi de viste seg å bli nødvendige som følge av risikoforhold. Kommunen har ikke påvist noe grunnlag for at arbeidene omfattes av entreprenørens ytelsesplikt etter kontrakten.

Særlig om opsjoner

- (159) Førstvoterende har gitt uttrykk for at opsjoner, som gir byggherren en rett til å pålegge entreprenøren etterfølgende arbeider, i utgangspunktet må betraktes som en del av det opprinnelig avtalte arbeidsomfanget. Følgelig skal opsjoner ikke anses som endringer.
- (160) Etter min mening er utgangspunktet motsatt. Opsjoner som tiltres etter kontraktsinngåelsen, skal i utgangspunktet anses som en endring, og dermed medregnes i 15 prosent-grensen. Dette følger etter mitt syn av ordlyden i NS 8407 punkt 31.1 andre avsnitt, der en endring defineres som et avvik fra «det opprinnelige avtalte».
- (161) Riktignok er jeg enig med førstvoterende i at det at opsjoner tiltres, er noe entreprenøren må ta høyde for i sin planlegging. Og som førstvoterende har påpekt, er formålet med 15 prosent-grensen særlig hensynet til entreprenørens behov for å planlegge disponering av sine ressurser. At dette aspektet ved formålet med bestemmelsen ikke slår til ved opsjoner, må få betydning ved tolkningen, jf. HR-2023-534-A *Slemdal skole* avsnitt 56. Også voldgiftsdommen som førstvoterende har vist til, bygger på samme argumentasjon.
- (162) For meg må imidlertid den klare ordlyden – og hensynet til forutberegnelighet – være avgjørende. Dersom en opsjon tiltres, er det for meg ikke tvilsomt at entreprenøren pålegges å yte noe «i tillegg til ... det opprinnelige avtalte». Jeg har merket meg at begge de to kommentarutgavene til NS 8407 bygger på det samme utgangspunktet, jf. Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407. Kommentارutgave*, 2013 side 450 og Heikki Giverholt mfl., *NS 8407. Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, 2012 side 476.
- (163) Det jeg har sagt til nå, er imidlertid bare et utgangspunkt. Som det framgår av ordlyden i NS 8407 punkt 31.1 tredje avsnitt siste punktum, gjelder 15 prosent-grensen bare så langt ikke annet er avtalt. Med andre ord kan partene avtale at opsjoner som tiltres etter kontraktsinngåelsen, ikke skal medregnes i 15 prosent-grensen. En slik avtale kan være uttrykkelig, eller den kan følge implisitt av opsjonsbestemmelsen, tolket i samsvar med alminnelige tolkningsprinsipper. Dersom opsjonen for eksempel er så omfattende at den

alene «spiser opp», enten fullt ut eller i det vesentlige, byggherrens endringskompetanse etter 15 prosent-regelen, kan det være nærliggende å anta, også uten uttrykkelig avtale, at partene har ment at opsjonen ikke skal inngå i grensen.

- (164) I saken her mener jeg det ikke er holdepunkter, hverken uttrykkelige eller implisitte, for å tolke opsjonene slik at de skal holdes utenfor 15 prosent-grensen. Når lagmannsretten har kommet til at opsjonene skal inngå i 15 prosent-grensen, bygger det følgelig på riktig rettsanvendelse.
- (165) Etter dette er jeg kommet til at kommunens anke ikke fører fram så langt den gjelder hvilke vederlagsjusteringskrav som skal medregnes i vurderingen av om 15 prosent-grensen er nådd.

Betydningen av at 15 prosent-grensen er overskredet

- (166) Jeg er som sagt enig med førstvoterende i de rettslige utgangspunktene og i at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig for så vidt gjelder konsekvensen av at 15 prosent-grensen er nådd.
- (167) I en situasjon der byggherren har motsatt seg reviderte priser utelukkende under henvisning til at 15 prosent-grensen ikke er overskredet, må hver av partene – slik førstvoterende har påpekt – bære risikoen for egne forutsetninger. Hvis byggherren har rett, blir konsekvensen at det er kontraktens betingelser som gjelder. Om derimot entreprenøren har rett, er det de reviderte prisene som skal legges til grunn.
- (168) I saken her er det etter min mening klart at det foreligger en slik situasjon. Kommunen har underveis i prosessen som eneste argument mot NCCs nye priser gjort gjeldende at 15 prosent-grensen ikke var passert. Under slike omstendigheter kan det, iallfall i et kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, ikke være rom for å sensurere de nye ratene etter avtaleloven § 36, slik kommunen subsidiært har anført.
- (169) Siden jeg er kommet til at kommunens anke ikke fører fram for så vidt gjelder spørsmålet om 15 prosent-grensen er nådd, må det få som konsekvens at NCCs nye rater skal benyttes.

Konklusjon

- (170) Jeg stemmer etter dette for at kommunens anke forkastes, og at lagmannsrettens dom oppheves så langt den er påanket av NCC.
- (171) Dommer **Stenvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Poulsen.
- (172) Dommer **Hellerslia:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Arntzen.
- (173) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(174) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves så langt den er anket.
2. Partene og partshjelperen bærer egne sakskostnader for Høyesterett.