

Nye Jordal Amfi - entreprise i Høyesterett

Finse-seminaret 24. april 2025
Advokat Ingrid Walmsnæss Wehn



Prosjekt «ny ishockey-hall» på Jordal i Oslo (NJA)

- Oslo kommune v/
Kultur- og idrettsetaten
- NCC Norge AS
- 11 500 m² BRA
- 5 300 plasser
- 61x26 m isflate
- Energieffektivt bygg
- Kontrakt
 - Totalentreprise NS 8407
 - Byggetid 20 mnd.
 - Fastpris 533 mill.



Saken for Høyesterett

- To krav sluppet inn til behandling
 - EA 165 «15 %-grensen»
 - Krav om forsinkelsesrente
- Tema for foredraget:
 - Gjennomgang av partenes standpunkter
 - Forventninger til dommen



15 % - grensen i NS 8407 punkt 31.1:
NCCs krav om «nye priser»



Byggherrens endringskompetanse i NS 8407

31 Endringer

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.

Tilsvarende bestemmelse i bl.a. 8417, 8406 og 8405

31 Endringer

31.1 Retten til å pålegge endringer

Totalentreprenøren kan ved endringsordre pålegge TUE endringer.

En endring kan gå ut på at TUE ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det kontraktens omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 20 % 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 entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

19 Endringer. Forsinkelser og svikt ved byggherrens medvirkning

19.1 Retten til å pålegge entreprenøren endringer

Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren 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 kontraktens omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren 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 entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

22 Endringer

22.1 Retten til å pålegge endringer

Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren 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 arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren 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 entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

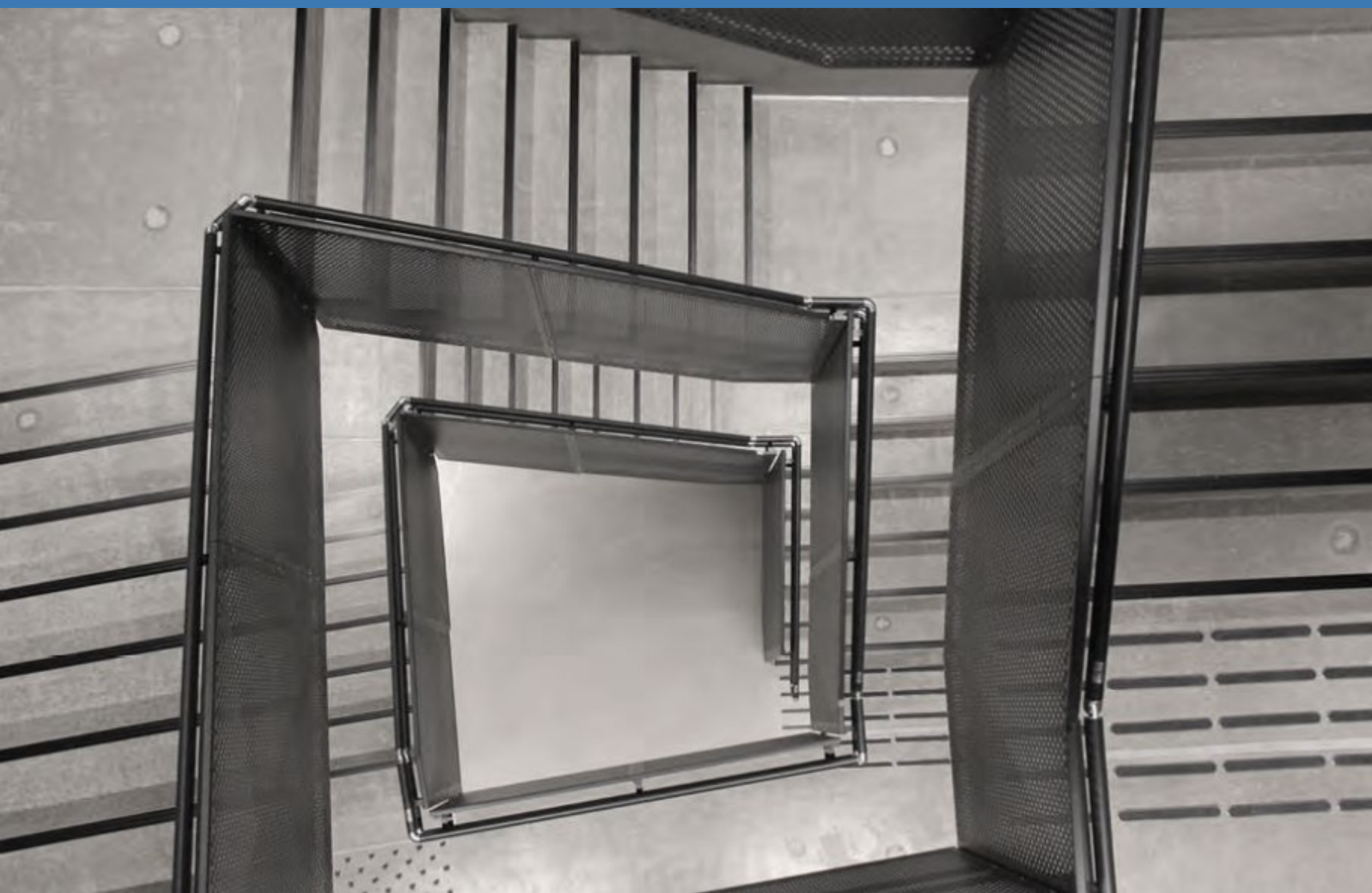
NCCs krav om «nye priser»

- NCC fremsatte i EA 165 tilbud om «nye priser» for regningsarbeider etter 14. februar 2018 – anført at 15 %-grensen var nådd
 - Økning av regningsarbeidsrater og påslagsprosent med 25 %
 - Ekstra «volumpåslag» med 28 %
- Kommunen ikke enig i at grensen var passert – avviste kravet
- NCC utførte arbeider (som ga rett til vederlagsjustering) etter 14. februar 2018 uten avtale om «nye priser»
- NCC krevde utbetalt differansen mellom kontraktens regningsarbeidsrater og nye priser
 - For tingretten 108 mill. – tilkjent 14,2 mill.
 - For lagmannsretten 83 mill. – tilkjent 16,8 mill.
 - For Høyesterett 56 mill. – påstand om opphevelse

Tre hovedspørsmål for Høyesterett

- Hvilke vederlagsjusteringskrav skal medregnes ved beregningen av 15 %-grensen?
- Hva er rettsvirkningen av at 15 %-grensen nås?
 - Gir punkt 31.1 tredje avsnitt rettskrav på revidering av kontraktens priser?
 - Avtalebinding gjennom konkludent adferd (konkret vurdering, men likevel av generell interesse)?
- Hvordan skal en eventuell utmåling skje i fravær av avtale?

Hvilke vederlagsjusteringskrav skal medregnes ved beregning av 15 %-grensen?



Lagmannsrettens vurdering (dommen s. 146)

Etter lagmannsrettens syn er det ikke noe ved begrepet «endringer» i NS 8407 punkt 31.3 som tilsier at bare «villede» endringer er omfattet. Lagmannsretten slutter seg til følgende

vu

Punkt 31.1 viser til hva byggherren kan «pålegge» entreprenøren. Dette begrepet refererer imidlertid til byggherrens rett til ensidig å instruere entreprenøren og at entreprenøren da har en «hoppeplikt». Det sier ikke noe om årsaken til endringen. Lagmannsretten mener

d
p

Både i NS 8407 punkt 33.1 om totalentreprenørens krav på fristforlengelse og punkt 34.1 om retten til vederlagsjustering trekkes det likevel et skille mellom «endringer» og svikt i byggherrens ytelser etter punkt 22-24. Punkt 23 gjelder byggherrens risiko for uforutsette forhold ved grunnen, som i vår sak omfatter både Hovinkulverten, fjellforløp og fjellkvalitet. Vurdert isolert kan dette underbygge KIDs forståelse om at uforutsette forhold som medfører at byggherren «må» gjøre endringer, faller utenfor endringsbegrepet. Det er

Hjemmel for vederlagsjustering i NS 8407

34.1 Retten til vederlagsjustering

34.1.1 Endringer

Partene har krav på justering av vederlaget dersom det foreligger en endring etter punkt 31 eller 32.

34.1.2 Svikt i byggherrens ytelser mv.

Totalentreprenøren har krav på justering av vederlaget som følge av forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av andre forhold byggherren har risikoen for.

Dersom totalentreprenøren vil kreve vederlagsjustering, skal han uten ugrunnet opphold varsle byggherren når han blir eller burde ha blitt klar over forholdene nevnt i første ledd. Krav på vederlagsjustering tapes dersom det ikke varsles innen fristen.

34.1.3 Særskilt varsel om økte utgifter til rigg og drift mv.

Totalentreprenøren kan kreve en særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter til kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging som er en nødvendig følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2. Det kan avtales egne regler for slik vederlagsjustering.

Totalentreprenøren kan også kreve særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2.

Punkt 34.1.1: Endringer

- Hjemmel for vederlagsjustering når byggherren benytter sin endringskompetanse etter punkt 31.1
- Enighet om at «pålagte endringer» (styrende/ egentlige/ villedende/ formelle endringer) skal medregnes
 - Kommunens standpunkt: 15 %-grensens anvendelsesområde er begrenset til dette
 - NCCs standpunkt: også andre «fysiske endringer» skal medregnes
- Hjemmel for vederlagsjustering for forhold som kan påberopes som endring, men som ikke pålegges av byggherren
 - Eksempel: Punkt 14.4 – krav til kontraktsgjenstanden i lov mv.
 - Eksempel: Punkt 14.6 – valg av løsninger – begrensnings i totalentreprenørens valgrett
 - Eksempel: Punkt 15.2 – forandring i lover, forskrifter mv.
 - Ikke aktuelt i saken (neppe avklaring av om slike krav skal medregnes)

Punkt 34.1.2: Svikt i byggherrens ytelser mv.

- «Risikotilfellene» (gjenopprettende/ uegentlige/ ikke villedende/ funksjonelle endringer)
- NCCs standpunkt: Inngår i 15 %-grensen
 - Ligger utenfor kontrakten
 - Behov for et tak for arbeidsplikten også i risikotilfellene
 - Situasjonen fortøner seg lik for entreprenøren
- Kommunens standpunkt: Inngår ikke i 15 %-grensen
 - Håndtering av risikoforhold mot vederlagsjustering ligger innenfor kontrakten
 - Formålet er å begrense byggherren endringskompetanse – «pålegge» i bestemmelsen er et årsakskrav
 - Byggherren kan ikke velge bort eller la andre utføre arbeidet med å hensynta uforutsette grunnforhold

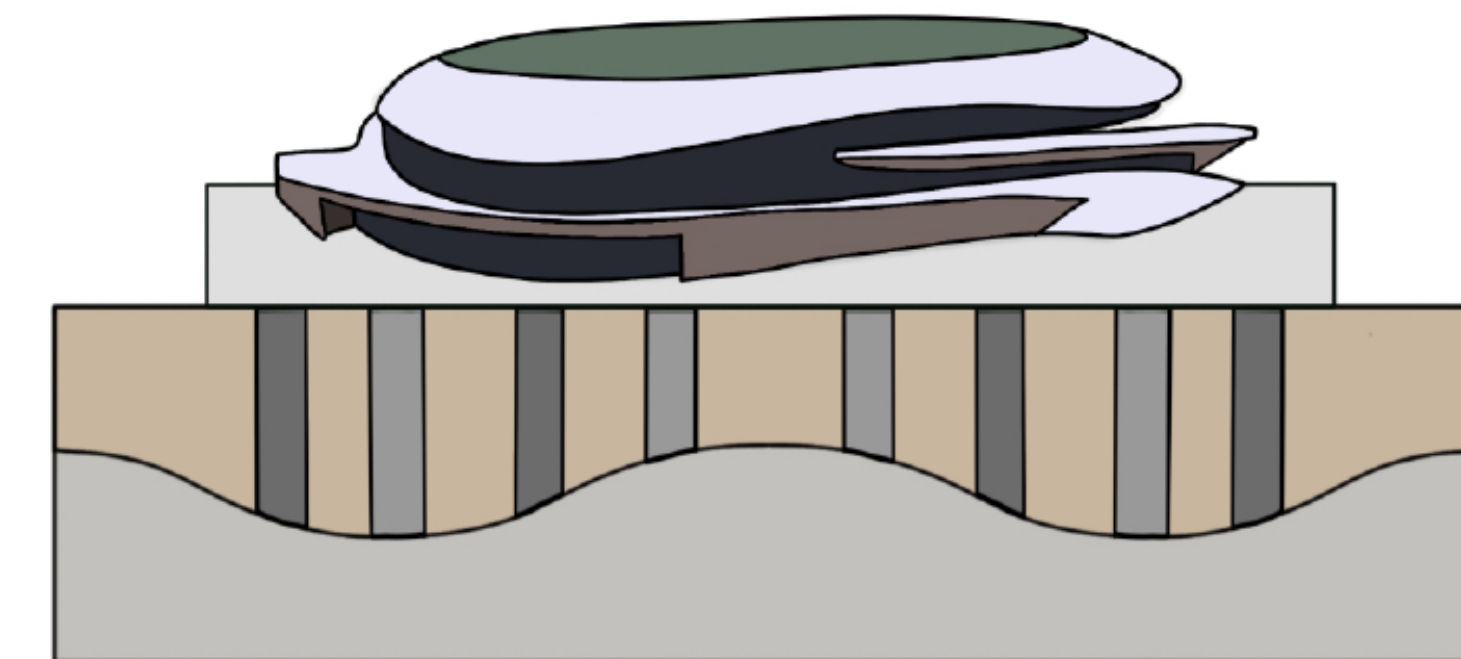
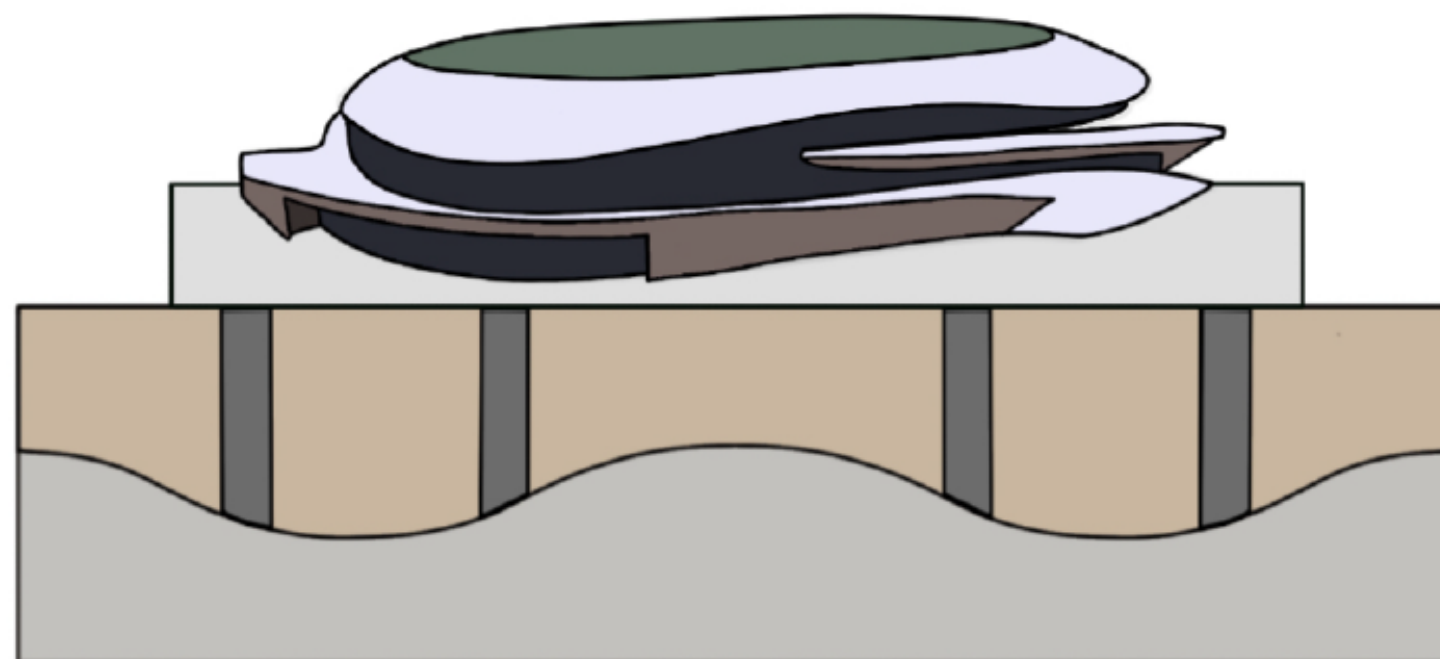
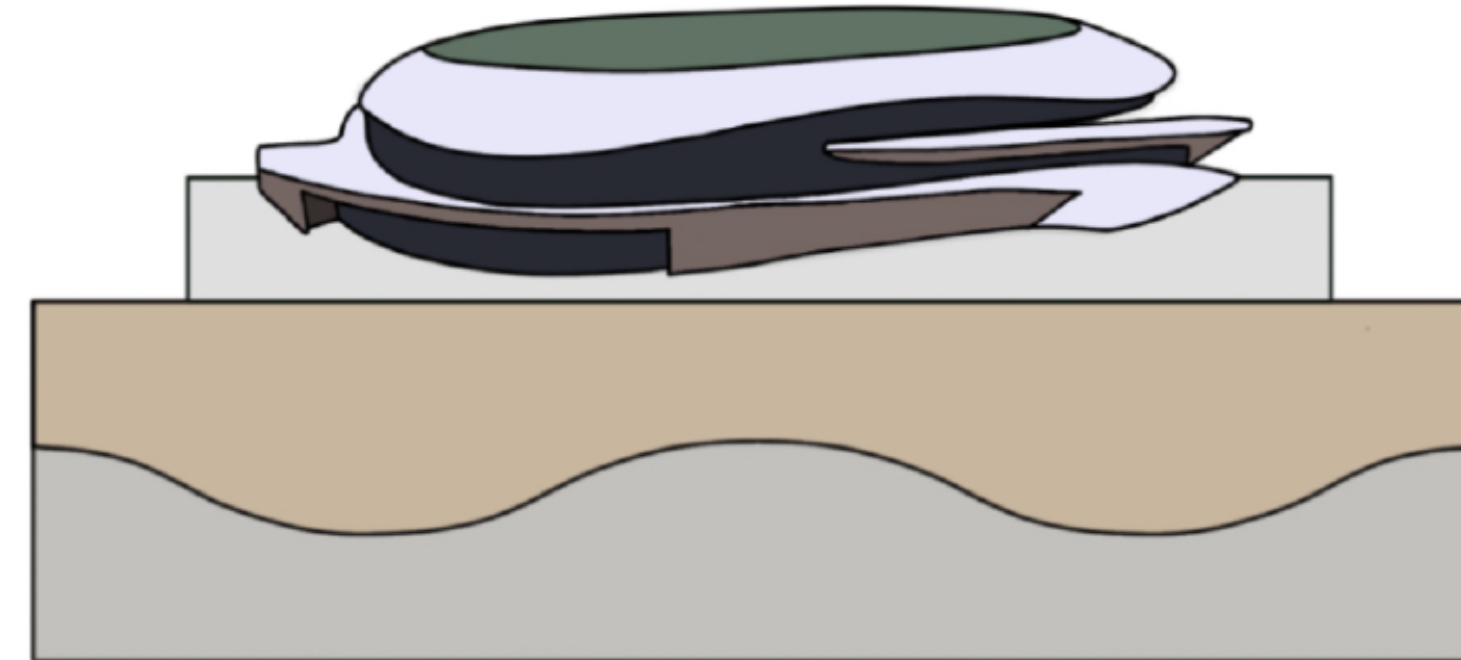
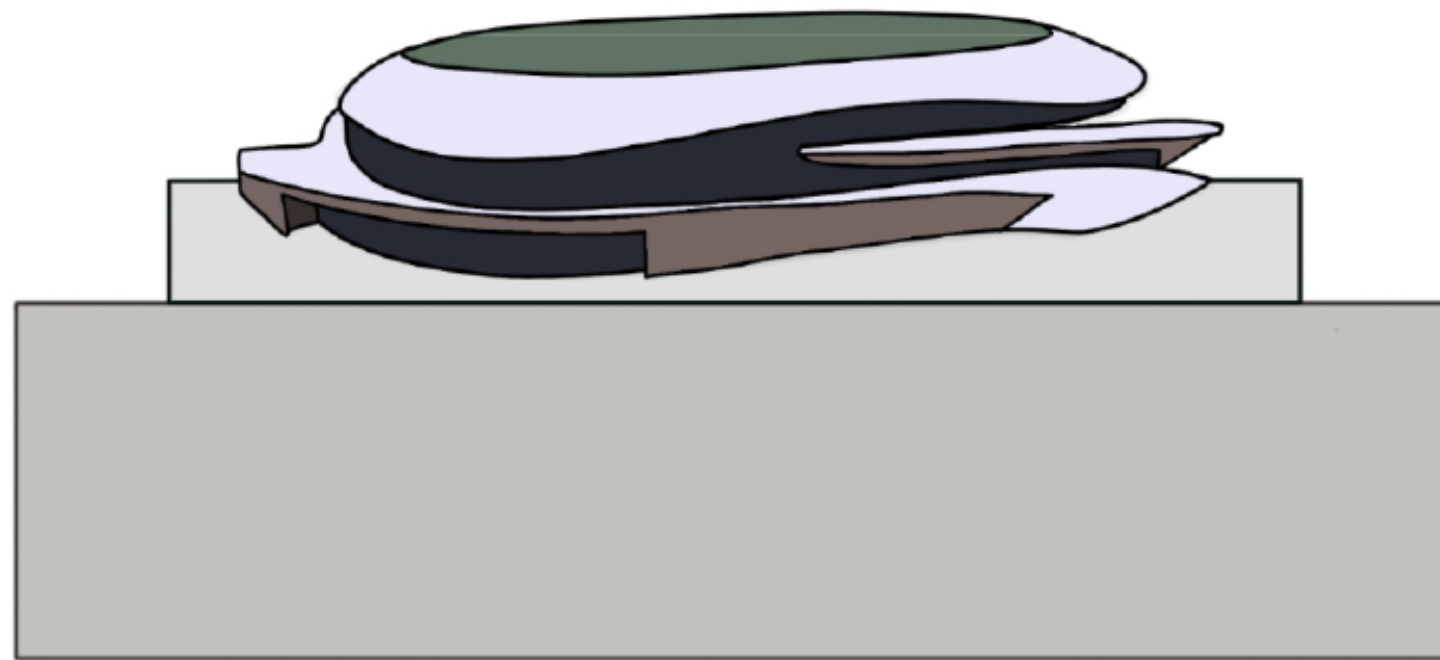
Ny problemstilling for HR: betydningen av punkt 25.3

- Punkt 25.1: plikt til å undersøke forhold som kan forstyrre gjennomføringen (bl.a. grunnforhold)
- Punkt 25.2: plikt til å vurdere byggherrens løsninger og annen prosjektering

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.

- Når innebærer byggherrens «beskjed» at det er «nødvendig med tiltak som innebærer en endring»?
 - Er det i så fall en pålagt endring som omfattes av 15 %-grensen?



Andre krav om betaling utover kontraktssum

- Opsjoner
 - NCC: skal medregnes – opsjonsarbeid er utenfor kontrakten
 - Kommunen: skal ikke medregnes – selvstendig avtale som ikke skal spise av endringskompetansen
- Mengdejusteringer, jf. punkt 31.1, fjerde avsnitt
 - NCC: i sin helhet, eventuelt det som utgjør en endring
 - Kommunen: skal ikke medregnes – ikke pålagt endring
- Forseringskostnader, jf. punkt 31.2 og punkt 33.8
 - Ikke på spissen i saken

Forventningen til dommen

- Best case: Tydelig avklaring av om 15 %-grensens anvendelsesområde går utover å begrense byggherrens endringskompetanse i punkt 31.1 – og i så fall, i hvilket omfang
- Worst case: Hopper over dette spørsmålet og avgjør saken på «konsekvens»
- Mellomløsning: Vil kunne bero på en konkret vurdering...
- Avgjøres på faktum...?

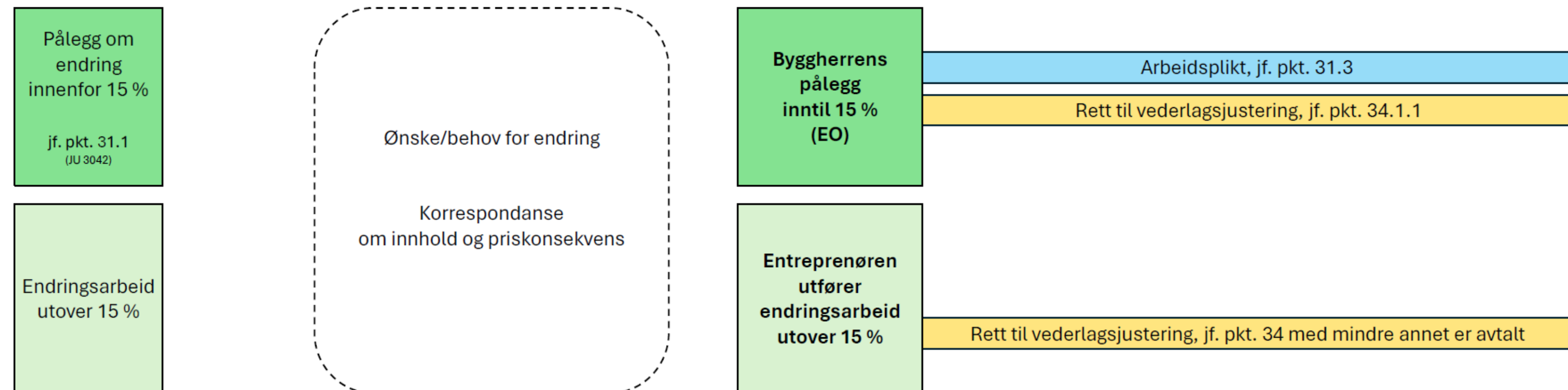
Hva er rettsvirkningen av at
15 %-grensen nås?



Partene var enige om at over grensen, så...

- ...har byggherren ikke rett til å pålegge endringer
- ...har entreprenøren ikke plikt til å utføre ytterligere endringsarbeid, jf. punkt 31.3 annet avsnitt
- ...har entreprenøren ikke utførelsesplikt ved uenighet, jf. punkt 35.1 første avsnitt

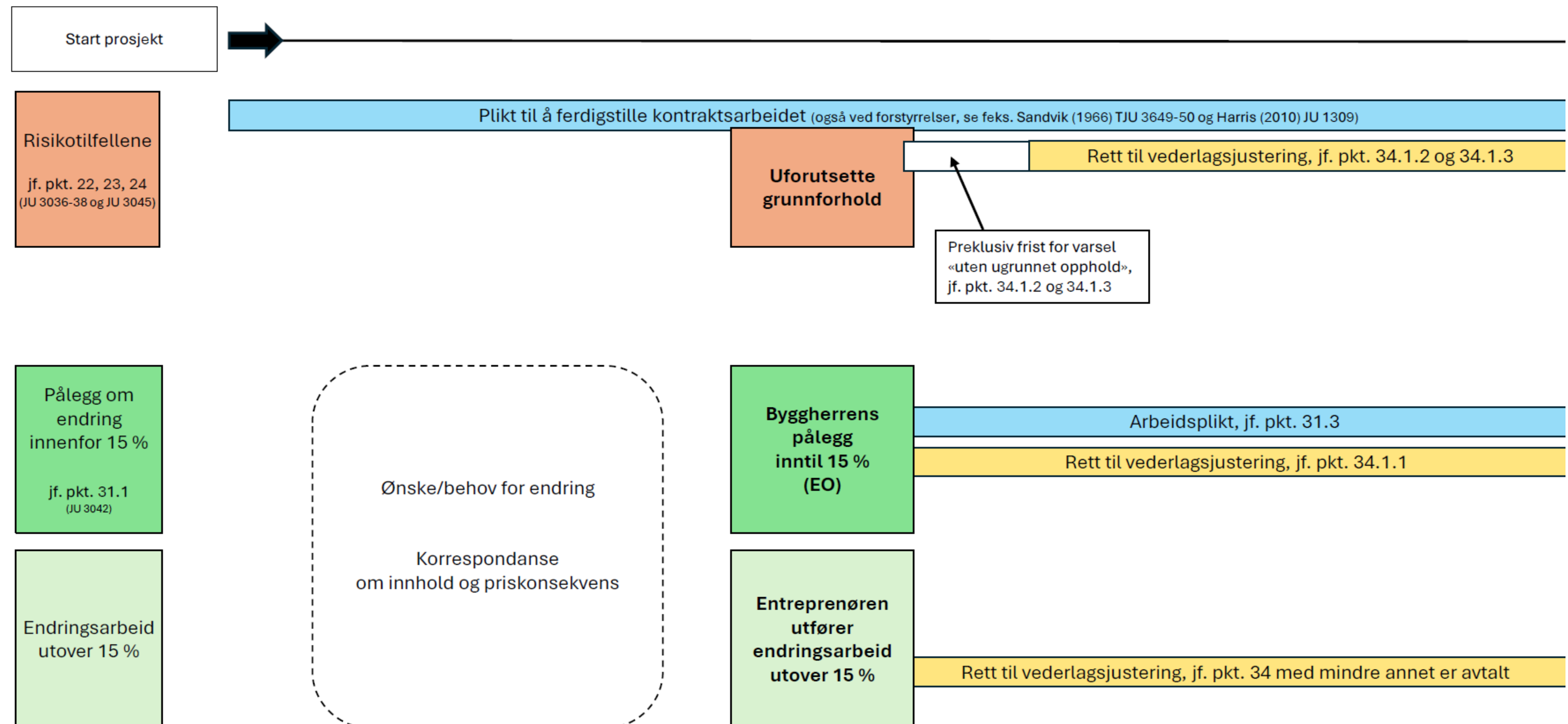
= entreprenøren kan nekte å utføre ytterligere endringsarbeider



Hvorfor likevel et spørsmål for Høyesterett?

- NCCs hovedanførsel: Kommunen er bundet ved konkludent adferd – bestilte flere arbeider
- Kommunens hovedanførsel: Ikke binding gjennom konkludent adferd – kunne ikke la være å bestille håndtering av forhold som var byggherrens risiko (kontraktsarbeider)
- Lagmannsretten:
 - Ikke avtalebinding
 - Reduksjon av kravet til «gjengs pris» er ikke avtalesensur
 - Konsekvens: Rettskrav på «gjengs pris» for arbeider utover 15 % - ny regel
- Både lagmannsrettens regel og avtalebinding prosedert for Høyesterett

Utfordring dersom mer enn «pålagte endringer» omfattes av regelen: Kan entreprenøren nekte å utføre «risikoarbeider»?



Forventning til dommen

- Avklare om punkt 31.1 gir rettskrav på revidering av priser for arbeid utover 15 %-grensen
- Avklare om «risikoarbeider» over 15 %-grensen er konkludent adferd
- Bonus: ta stilling til arbeidsplikt i risikotilfellene



Utmåling i fravær av avtale



Tre (fire) ulike utmålingsprinsipper

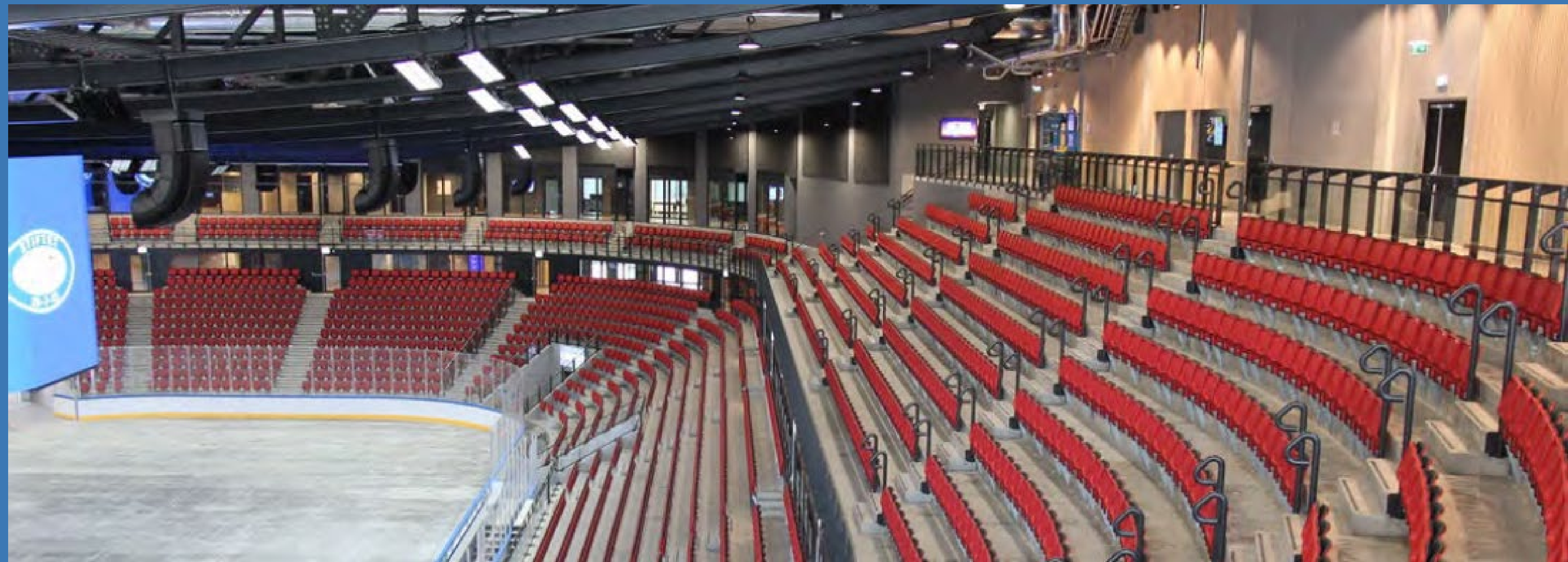
- NCCs standpunkt:
 - Prinsippet om utmåling til det krevde, oppad begrenset av avtaleloven § 36
- Kommunens standpunkt:
 - Prinsipalt: Kontrakten gjelder hele kontraktsforholdet i fravær av avvikende avtale
 - Subsidiært: Den entrepriserettslige bakgrunnsretten – prinsippet om regningsarbeider
- Lagmannsrettens vurdering:
 - «Gjengs pris», jf. kjl. § 45 – generell norm for prising

Forventning til dommen

- Avklare forholdet mellom kjøpsloven og entrepriseretten
- Avklare om kontrakten gjelder kontraktsforholdet i fravær av avtale
- Ellers: konkret vurdering?



Subsidiært grunnlag for kravet:
læren om bristende forutsetninger



To problemstillinger for Høyesterett

- Er det rom for læren om bristende forutsetninger på forhold som er avtaleregulert?
 - Rt. 2010 s 1345 «Oslo Vei»
- Subsidiært: Konkret vurdering av om vilkårene er oppfylt
 - Sentralt for utfallet hva som er riktig tidspunkt for vurderingen
- Ikke vurdert av underinstansene

Forsinkelsesrenter



Forsinkelsesrenter

- Forsinkelsesrenteloven § 2 gir rett til forsinkelsesrente ved misligholdt betalingsplikt, jf. NS 8407 punkt 29.1
 - Betalingsplikt regulert i NS 8407:
 - Punkt 28.1: Byggherren plikter å betale 28 dager etter mottak av faktura i samsvar med punkt 27
 - Punkt 27.4: Fakturaer skal være vedlagt dokumentasjon som er nødvendig for byggherrens kontroll
 - Punkt 39.2: Tilsvarende for krav fakturert i *sluttfaktura*
- Kommunens standpunkt:
 - Fakturaer var ikke dokumentert - gjelder ingen særregel for «måtte forstå»-krav, jf. HR-2022-1980-A
 - Ikke betalingsplikt før rettskraftig dom
- NCCs standpunkt:
 - Dokumentasjonskravet for strengt praktisert av lagmannsretten
 - Byggherren plikter å betale renter med mindre det «reklameres» på fakturaen

Forsinkelsesrenter forts.

- Lagmannsrettens dom:
 - Ikke betalingsplikt på løpende fakturering, jf. manglende dokumentasjon for krav
 - Sluttoppgjøret/sluttfaktura innebærer et annet skjæringspunkt – utløser renteplikt med mindre byggherren varsler
- Forventninger til dommen:
 - Avklare om det kan innfortolkes en plikt til å varsle at man ikke vil akseptere et eventuelt krav om forsinkelsesrente
 - Avklare om betalingsplikt kan oppstå også dersom vilkårene i NS 8407 punkt 28.1 og 39.2 ikke er oppfylt



Takk for meg!