



## RETTSAVGJØRELSER INNEN ENTREPRISERETTEN TREDJE KVARTAL 2021

7. oktober 2021

*I tredje kvartal har det blitt avsagt en håndfull avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene på entrepriserettens område, og ingen fra Høyesterett. Vi har valgt ut to avgjørelser fra Gulating lagmannsrett som vi mener er av særskilt interesse. Begge sakene gjelder tvister mellom Veidekke Entreprenør AS (Veidekke) og Statens vegvesen Region Vest (SVV) i prosjektet K10 Sveгатjörn – Fanavegen mellom Os og Bergen. Den første avgjørelsen, LG-2020-59378, gjaldt spørsmålet om brudd på byggherreforskriftens krav til forsvarlig byggetid medførte at SVV ikke kunne kreve dagmulkt for Veidekkes overskridelse av fire delfrister. Den andre avgjørelsen, LG-2021-57871, gjaldt spørsmålet om Veidekke hadde krav på vederlagsjustering som følge av innføring av flypassasjeravgift etter at kontrakten var inngått.*

### LG-2020-59378 – KONSEKVENSER VED BRUDD PÅ BYGGHERREFORSKRIFTEN

Gulating lagmannsrett avsa 1. juli 2021 dom i sak mellom SVV og Veidekke. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av fire dagmulktsbelagte delfrister. Delfristene knyttet seg til arbeid med Lyshorn-tunnelen, en 9,2 kilometer 2-løpstunell. Det sentrale tvistetemaet i saken var om SVV hadde avsatt for kort byggetid for prosjektets tunnelarbeider – i strid med byggherreforskriften – og om dette i så fall medførte at kontraktens dagmulktsbelagte delfrister måtte settes til side.

#### Hadde SVV avsatt "tilstrekkelig byggetid"?

Byggherreforskriften pålegger byggherren plikter på alle stadier av bygge- eller anleggsprosessen, for å sikre at sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplassen ivaretas. Forskriftens § 5 annet ledd bokstav c<sup>1</sup> stiller krav om at byggherren under planlegging og prosjektering særlig skal ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø ved «at det avsettes tilstrekkelig tid til prosjektering og utførelse av de forskjellige arbeidsoperasjoner». Spørsmålet i saken var om SVV hadde satt av tilstrekkelig tid til utførelsen av Veidekkes arbeider i Lyshorntunnelen.

Lagmannsretten la til grunn at det avgjørende for om byggherren kunne anses for å ha avsatt tilstrekkelig byggetid var om byggherren hadde foretatt en forsvarlig, erfaringsbasert vurdering av hvilken byggetid som var nødvendig. Lagmannsretten uttalte videre at innslaget av skjønsmessige vurderinger innebærer at byggherren må gis et visst slingsringsmonn ved vurderingen av om det er

avsatt tilstrekkelig tid. Dersom byggherren tar utgangspunkt i sedvanlige eller konkrete erfaringstall ved fastsettelsen av byggetiden, uttalte lagmannsretten at byggherrens slingringsmann ved den konkrete og skjønsmessige justeringen for individuelle forhold vil være relativt stort.

Ved den konkrete vurderingen av om SVV hadde avsatt tilstrekkelig byggetid for prosjektets tunnelarbeider, vektla lagmannsretten at SVV hadde gjort feilberegninger ved erfaringsoverføringen fra et tidligere prosjekt. Dette medførte at det ble avsatt kortere tid til driving av Lyshorntunnelen enn det korrekte erfaringstall ga grunnlag for. SVV hadde også gjort flere andre feilberegninger som lagmannsretten vektla, blant annet knyttet til starttidspunkt for arbeidene, etterarbeider og at SVV ikke hadde tatt høyde for at det ville ta flere uker å komme i full drift i begge retninger.

Etter en samlet vurdering konkluderte lagmannsretten med at det ikke var avsatt tilstrekkelig byggetid for Lyshorntunnelen, og at dette var i strid med byggherreforskriften § 5 annet ledd bokstav c.

### **Hvilken betydning får brudd på byggherreforskriften for kontraktsforholdet mellom partene?**

Det neste spørsmålet var om SVVs brudd på byggherreforskriften medførte at kontraktens dagmulksbelagte frister måtte settes til side.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at entreprenøren – som et klart kontraktsrettslig utgangspunkt – er forpliktet til å utføre kontraktsarbeidene til avtalte frister, og dermed også har risikoen for at fristene overholdes. Lagmannsretten viste i den forbindelse også til at kontrakten ble inngått etter en offentlig anbudskonkurranse, hvor det gjelder krav om like konkurransevilkår for tilbyderne, og hvor etterfølgende bortfall av avtalte frister vil bryte med forutsetningene for anbudskonkurransen.

Lagmannsretten gikk deretter over til å vurdere om brudd på byggherreforskriftens krav om å avsette tilstrekkelig byggetid medførte at dette utgangspunktet måtte fravikes.

Ved den nærmere vurderingen, la lagmannsretten til grunn at brudd på offentligrettslige tilsynsregler som et utgangspunkt ikke har innvirkning på gyldigheten av en entreprisekontrakt.

Som grunnlag for å gjøre unntak fra dette utgangspunktet hadde Veidekke påberopt NS 8406 pkt. 13.1 og 18.1, NL 5-1-2, EØS-retten, avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. Lagmannsretten fant at ingen av grunnlagene kunne føre frem. Nedenfor vil vi gå gjennom rettens vurdering av de to mest sentrale grunnlagene Veidekke påberopte seg.

Det første grunnlaget var NS 8406 pkt. 13.1, som dels fastsetter at partene skal overholde de lover, offentlige forskrifter og vedtak som gjelder for deres kontraktsforpliktelser og for forholdene på byggeplassen, og dels fastsetter at entreprenøren har rett til å nekte å utføre arbeid som vil være i strid med offentligrettslige krav i lov eller forskrift. Veidekke anførte at bestemmelsen innebar at de offentligrettslige reglene var gjort til en del av partenes avtale, med den følge at en ulovlig fastsatt frist ikke kunne danne grunnlag for dagmulkt ved fristoversittelse.

Lagmannsretten kom til at NS 8406 punkt 13.1 ikke i seg selv innebar at det var avtalt at brudd på byggherreforskriften ga grunnlag for å sette til side kontraktens dagmulktbelagte frister. Ved vurderingen vektla lagmannsretten at bestemmelsen ikke sa noe uttrykkelig om virkningene av brudd på offentligrettslige krav, og at dette tilsa at spørsmålet måtte vurderes på bakgrunn av kontraktens øvrige bestemmelser om risikofordeling ved mislighold og forsinkelse. Det ble også vist til at et fullstendig bortfall av de dagmulksbelagte fristene som følge av forskriftsbrudd, var en betydelig mer vidtrekkende konsekvens enn det som ellers fulgte av kontraktens bestemmelser om risikofordeling. Etter lagmannsrettens oppfatning måtte en så vidtrekkende konsekvens ha fremkommet direkte av ordlyden i bestemmelsen for at den skulle kunne anses for å være avtalt.

Det andre grunnlaget var NL 5-1-2 som fastsetter at en avtale skal holdes, med mindre den er "imod loven". Veidekke anførte at de dagmulktbelagte fristene måtte falle bort fordi de innebar brudd på

ufravikelige regler. I den forbindelse viste Veidekke blant annet til at dersom brudd på byggherreforskriften ikke gir privatrettslige virkninger vil disse reglene i praksis være uten rettsvirkning, og at formålet bak reglene blir best ivaretatt ved at fristene blir kjent ugyldige. Heller ikke dette grunnlaget førte frem.

Lagmannsretten uttalte innledningsvis at det ikke uten videre var grunnlag for en antitetisk tolkning av NL 5-1-2, og at den rettslige betydningen av at en avtale strider mot en lovbestemmelse måtte avgjøres på bakgrunn av en tolkning av den aktuelle lovbestemmelsen. Ved denne tolkningen måtte bestemmelsens formål også vurderes. Lagmannsretten kunne ikke se at ordlyden i forskriften ga holdepunkter for at lovgiver hadde ment at brudd skulle medføre privatrettslige virkninger. Lagmannsretten kunne heller ikke se at formålet bak reglene, vern av arbeidstakernes HMS-rettigheter, kunne begrunne privatrettslige virkninger. Videre uttalte lagmannsretten at privatrettslig ugyldighet ikke var nødvendig for å fremme håndhevelse av byggherreforskriften, siden lovgiver allerede har etablert et nasjonalt sanksjonssystem i forskriften. Heller ikke det faktum at sanksjonssystemet i praksis hadde vist seg å være lite effektivt, ble tillagt betydning. I den forbindelse viste lagmannsretten også til at privatrettslig ugyldighet først ville inntre etter at forskriftsbruddene var begått, og at det derfor ikke var gitt at privatrettslig ugyldighet ville fremme en effektiv håndheving av forskriften.

Samlet sett konkluderte lagmannsretten med at brudd på byggherreforskriften ikke gir privatrettslige virkninger mellom byggherre og entreprenør. Konsekvensen var at SVVs dagmulkskrav på omkring 230 millioner kroner ble stående til tross for forskriftsbruddet.

Spørsmålet om risikoen for avsatt byggetid har stor betydning for aktørene i bygg- og anleggsbransjen. Dommen er anket, og det blir spennende å se om spørsmålet kan få en endelig avklaring i Høyesterett.

## **LG-2021-57871 – KRAV OM VEDERLAGSJUSTERING ETTER NS 8406 PKT. 23.1**

Gulating lagmannsrett avsa 17. september 2021 dom i enda en sak mellom Veidekke og SVV. Saken hadde sitt utspring i samme kontrakt som i saken omtalt over, og gjaldt krav om vederlagsjustering fra Veidekke på grunn av økte reisekostnader for Veidekkes ansatte som følge av innføring av flypassasjeravgift.

Flypassasjeravgiften ble vedtatt av Stortinget etter at avtalen mellom partene var inngått. Avgiften medførte økte kostnader for Veidekke i forbindelse med transport av arbeidstakerne til og fra kontraksarbeidene. Spørsmålet for lagmannsretten var om flypassasjeravgiften som ble innført ga grunnlag for et krav om vederlagsjustering.

Veidekkes krav om vederlagsjustering bygget på bestemmelsen i NS 8406 pkt. 23.1. Bestemmelsens fjerde ledd hjemler krav på vederlagsjustering dersom *“offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale”* endres etter at entreprenøren innga sitt tilbud.

Partene var enige om at flypassasjeravgiften falt inn under begrepet *“offentlige gebyrer og avgifter”*. Spørsmålet var om flypassasjeravgiften var en avgift *“som entreprenøren etter kontrakten skal betale”*.

Lagmannsretten uttalte at dette vilkåret innebærer et krav om direkte tilknytning mellom avgiften og kontrakten, og et krav om at betaling av avgiften er nødvendig. Tilknytningskriteriet innebærer en begrensning, slik at endringer i gebyrer og avgifter som påløper som ledd i entreprenørens alminnelige virksomhet uavhengig av det aktuelle kontraksarbeidet ikke kan kreves dekket. Formålet med bestemmelsen er at entreprenøren ved inngivelse av pristilbudet ikke trenger å ta høyde for risikoen for økte avgifter direkte knyttet til oppfylling av kontrakten.

Lagmannsretten konkluderte med at Veidekkes utgifter til dekning av de ansattes reiseutgifter ikke hadde direkte tilknytning til kontraksarbeidet. Etter lagmannsrettens syn var avgiften i samme kategori som toll og importavgifter, bompengesatser, veiavgifter, og el-avgifter, som også må antas

å falle utenfor bestemmelsen. Flypassasjeravgiften var dermed ikke en avgift som Veidekke skulle dekke «etter kontrakten» med SVV.

Til slutt bemerket lagmannsretten at hensynet til praktikable bestemmelser og ukompliserte sluttoppgjør underbygde denne løsningen. Avgifter pålagt luftfartsindustrien må ses som en del av den alminnelige prisutviklingen i samfunnet som skal dekkes gjennom indeksreguleringen, jf. NS 8406 pkt. 23.1 første ledd.

Øvrige kontraktsbestemmelser mellom partene hjemlet heller ikke en rett til vederlagsjustering.

Veidekke hadde dermed ikke krav på vederlagsjustering. Dommen er per 6. oktober 2021 ikke rettskraftig.

<sup>1</sup> Byggherreforskriften § 5 ble endret 1. januar 2021, og tilsvarende bestemmelse finnes nå i § 5 annet ledd bokstav e.