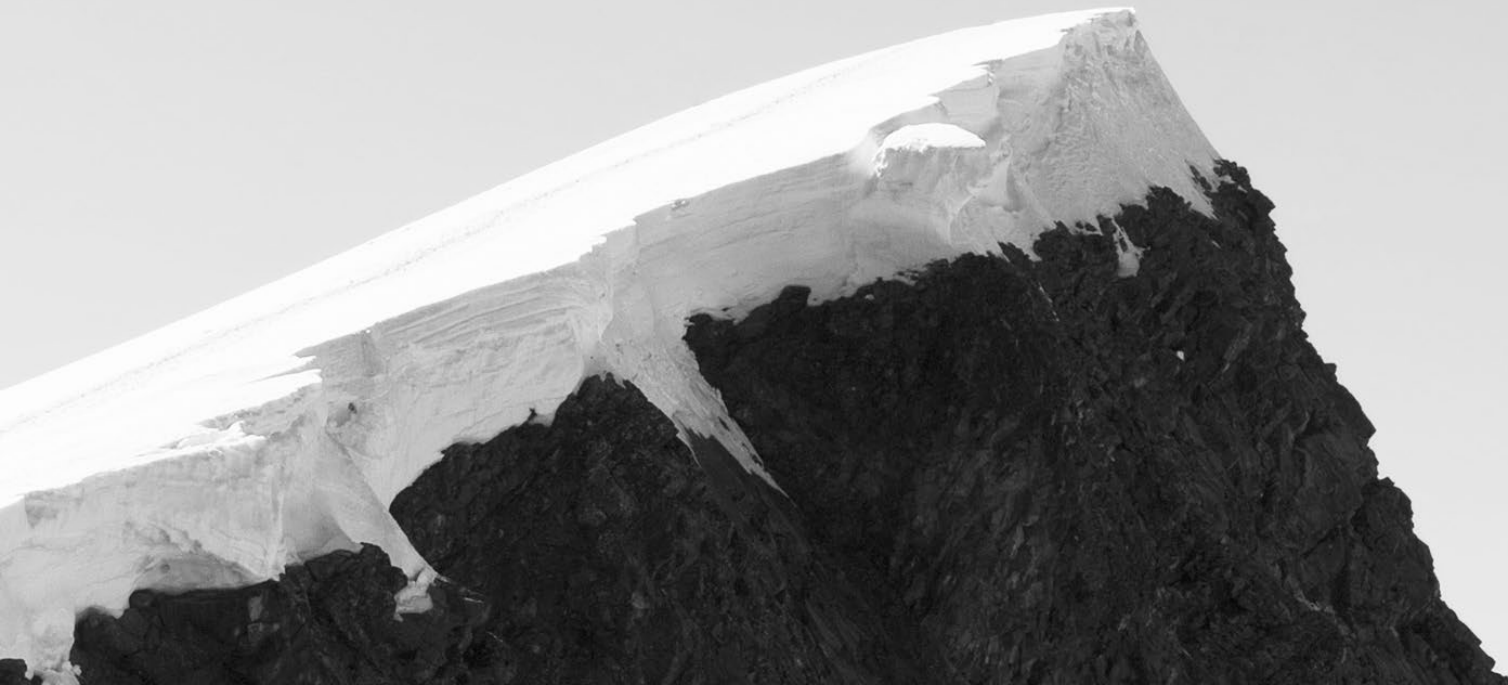


# Korona i kontrakt

10. september 2020

v/ advokatene Gjertrud Helland, Gunnar Garred og  
Marius Borgen

[Marius.Borgen@glittertind.no](mailto:Marius.Borgen@glittertind.no)





## Temaer

(i) Rettsstilling kontrakter inngått før 12. mars 2020

(ii) Entreprenørenes erfaringer ved kontrakter inngått før 12. mars 2020

(iii) Initiativ i bransjen for regulering – nye kontrakter

(iv) Entreprenørenes erfaringer – regulering nye kontrakter

# Tema (i) - utgangspunkter

- Kontrakter inngått før 12. mars 2020
- Situasjonen:
  - Prosjektet hindres som følge av koronarelaterte forhold / myndighetspålegg
  - Hindringene får fremdrifts- og / eller kostnadskonsekvenser
- Spørsmål:
  - Har entreprenøren krav på fristforlengelse?
  - Hvem skal dekke de uforutsette merutgiftene (vederlagsjustering)?
- Vurdering basert på NS 8405, NS 8407 og NTK 15
- Forutsetning om at entreprenøren /leverandøren har effektivitetsrisikoen i kontrakten
- Tolkingsprinsipper: HR-2020-228 A med videre henvisninger (note 50)

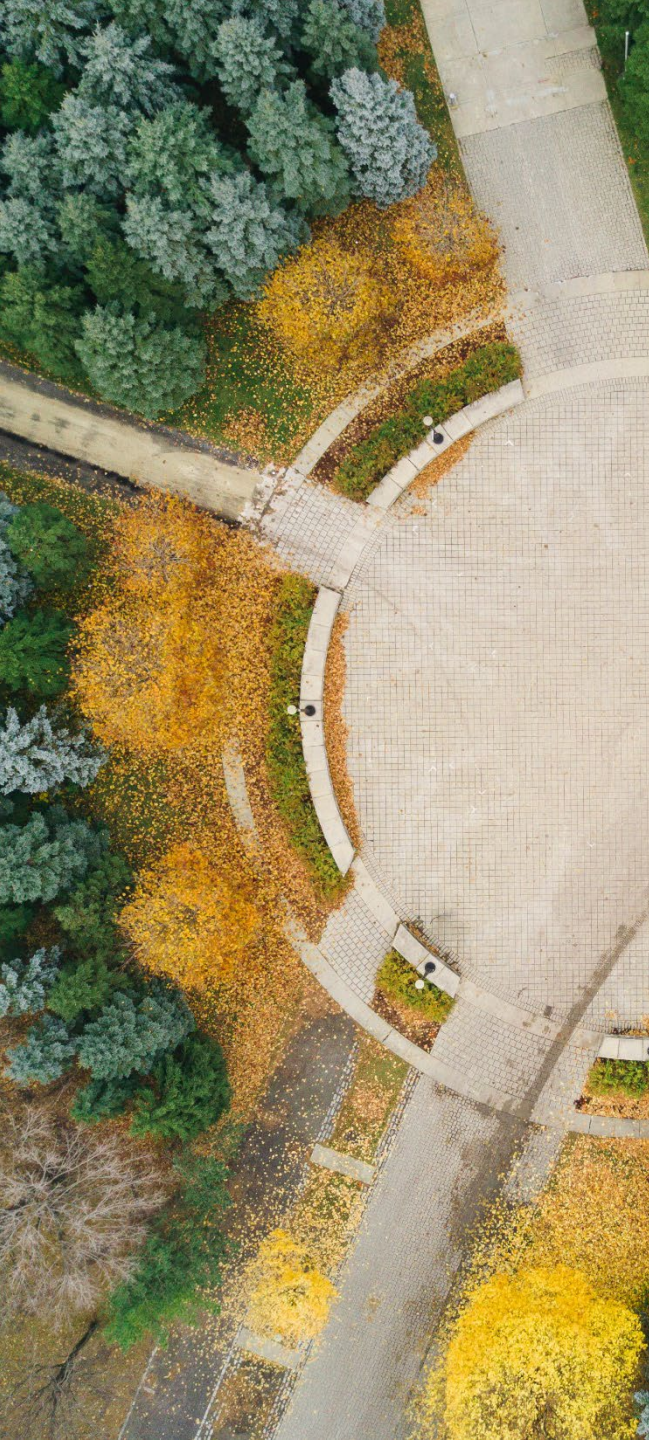
# Force Majeure – Partenes krav på fristforlengelse

- Overordnet – Force majeure-bestemmelsene i standardkontraktene
- NS 8405 og NS 8407
  - NS 8405 punkt 24.3 og NS 8407 punkt 33.3:  
«Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll [...]», så fremt vedkommende ikke «burde tatt [hindringen] i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av»
- NTK 15
  - Artikkel 28.1, jf. artikkel 1.8:  
«Ingen av partene skal anses for å ha misligholdt en forpliktelse etter Kontrakten i den utstrekning han kan godtgjøre at overholdelse av den er blitt forhindret på grunn av Force Majeure»
    - Hva som utgjør en force majeure-situasjonen i NTK 15-sammenheng er definert i artikkel 1.8
  - «Hendelse utenfor en parts kontroll som han ikke burde ha forutsett da kontrakten ble inngått og som han heller ikke med rimelighet kan ventes å overvinne eller avverge virkningen av.»



## Force Majeure – krav om vederlagsjustering

- NS 8405 og NS 8407
  - NS 8405 punkt 24.3 femte ledd og NS 8407 punkt 33.3 femte ledd:  
«Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen»
    - Force majeure-klausulene gir ikke uttrykk for en generell, uttømmende regulering – bestemmelsene skal ikke tolkes antitetisk
  
- NTK 15 artikkel 28.3, jf. 18.2:
  - Utgangspunkt:  
« ...hver av partene [skal] dekke sine omkostninger som skyldes en Force Majeure-situasjon», jf. artikkel 28.3 første ledd
  - Unntak i artikkel 28.3 andre avsnitt:  
«Dersom Selskapet påberoper seg Force Majeure, skal art. 18.1 og 18.2 gjelde tilsvarende»
  - Artikkel 18.2 gjelder Selskapets / Byggherrens midlertidig innstilling av arbeidet. Bestemmelsen fastsetter at Selskapet / Byggherren:  
«skal erstatte Leverandøren alle nødvendige kostnader [...] som følge av innstillingen av Arbeidet», jf. bokstavene a) til e)
  - I tillegg er det en spesialregel om underleveranser av marine tjenester som hjemler kostnadsdekning, se art 28.4



## Vederlagsjustering – myndighetspålegg

- NS 8405 punkt 23.2 annet ledd, jf. punkt 25.2 bokstav a
  - «*Entreprenøren har krav på vederlagsjustering som forårsakes av endring*», herunder dersom entreprenøren «*mottar pålegg fra offentlig myndighet om en ytelse som innebærer en endring*»
- NS 8407 punkt og punkt 14/15
  - Punkt 15.2, hjemler vederlagsjustering når det skjer «*forandringer i lover og forskrifter*» eller «*fattes enkeltvedtak*» som «*innebærer at de avtalte krav til prosessen [...] må endres*»
  - Punkt 14.4 har tilsvarende regulering for når «*kontraktsgjenstanden*» må endres som følge av «*enkelvedtak*» eller at det gjøres «*forandringer i lover og forskrifter*»
  - Skjæringspunkt ved tilbudsinngivelse
- NTK 15, artikkel 5.1
  - «*Vedtas lover og forskrifter [...] eller gis det krav og pålegg[...] etter Kontraktens undertegning, og dette nødvendiggjør Endring av Arbeidet eller dets utførelse som påvirker Leverandørens kostnader eller fremdrift, kan hver av partene kreve endring av Kontraktsprisen eller Fremdriftsplanen som reflekterer virkningen av slike vedtak, krav eller pålegg [...] Reglene i art. 12 til 16 gjelder tilsvarende*»
    - Artikkel 5.1 er en lex specialis-regulering i forhold til artikkel 28 om force majeure, jf. også Mestad og Kaasen.



## Vederlagsjustering – øvrige regulering

- NS 8405 og NS 8407
  - NS 8405 punkt 25.2 bokstav c og NS 8407 punkt 34.1.2. Entreprenøren har krav på vederlagsjustering ved økte kostnader som følge av «*andre hindringer /forhold [...] byggherren har risikoen for*»
  - Det åpnes bevisst for at andre forhold/hindringer enn spesielt angitte, kan gi entreprenøren krav på vederlagsjustering
  - Domstolens oppgave å plassere risikoen ved å avklare hva som utgjør slike byggherreforhold
- NTK 15
  - Denne standarden inneholder ingen bestemmelsen tilsvarende som for NS
  - Rom for utfylling eller må vi gå for avtalerevisjon?



## Risikoplassering

- Omfattes Covid-19 av «*andre hindringer / forhold byggherren har risikoen for*»?
- Ordlyden gir liten veiledning
- Beskjedent rettskildetilfang
- Standardkontraktene må tolkes
  - Formålsbetraktninger – hvordan best realisere de felles kontraktforutsetningene?
  - Sammenheng og konsekvens
  - Rimelighetsbetraktninger
  - Samfunnshensyn
  - Reelle hensyn kan bli tungtveiende – sml. rettspraksis



# Sentrale hensyn

- Samfunnsøkonomiske hensyn

- Det vil være dramatisk for entreprenørene å dekke slike uforutsette kostnader. Tapet vil for entreprenøren være 'endelig'
- Byggherren har i motsetning til entreprenøren mulighet til å fordele/tjene inn kostnadene senere gjennom økt leie, økte bompenger etc. (pulverisering)
- Dersom entreprenøren bærer risikoen for uventede hindringer, må entreprenørene fremover legge inn et betydelig risikotillegg i tilbudene. En slik praksis vil være kostnadsdrivende for byggherrene

- Betragtninger om konsekvens og sammenheng

- Systematisk er det byggherren som har ansvaret for det uforutsette i kontraktene. Eksempelvis har byggherren risikoen for uforutsette forhold ved grunnen
- NTK 15 legger opp til at Selskapet / Byggherren erstatter kostander i tilfeller der byggherren påberoper force majeure og innstiller arbeidet midlertidig. Gode grunner for at (i det minste) dette bør gjelde generelt i entrepriseforhold

- Rimelighetshensyn

- Den som bestiller et arbeid bør finne seg i å dekke omkostningene arbeidet rimeligvis medfører
- Byggherren vil ofte være en offentlig etat. Mer rimelig at samfunnet – fellesskapet – dekker uforutsette, 'tilfeldige' kostnader, enn at enkeltentreprenører gjør det
- I korona-lignende situasjoner vil det ofte være offentlig valg motivert av fellesskapets interesser som ligger til grunn for de økte, uforutsette kostnadene. Det er da mest rimelig at fellesskapet også bærer kostandskonsekvensene valgene medfører – jf, dugnad
- Entreprenøren bør begrense sitt krav til kostnadsdekning

# Erfaringer – løpende kontrakter

- Skille kontrakter inngått før og etter 12.3.20, da de omfattende myndighetsrestriksjonene / smitteverntiltakene ble innført
  - Ingen særlig regulering av korona-risiko i kontrakter inngått før 12.3.20
- Stor variasjon i hvor mye prosjektene har blitt påvirket av korona
  - Beroende på prosjekttype, organisering, avhengighet av utenlandsleveranser etc
- Ingen uenighet om retten til fristforlengelse for dokumentert forsinkelse
- Prinsipiell uenighet om rett til tilleggsvederlag mellom entreprenører og byggherrer, men i en del prosjekter har dette allikevel blitt løst eller er i ferd med å løses på en fornuftig og balansert måte
  - Eksempelvis:
    - Enighet om forseringsvederlag
    - Delvis dekning av koronakostnader innbakt i en større «pott» av flere krav
    - Dekning av dokumenterte smitteverntiltak
    - Hel eller delvis dekning av rigg og driftskostnader

# Initiativ i bransjen for regulering i nye kontrakter

- Arbeidsgruppe (AKK) ledet av Knut Kaasen, med medlemmer fra EBA, Nelfo, RIF, Arkitektbedriftene, Statsbygg, SVV og Bane NOR
- Mandat: Retningslinjer og anbefalinger for regulering av koronarisiko i nye kontrakter
- Utfall: Ingen samlet enighet om balanserte kontraktsklausuler
  - Enighet om prosessrelaterte bestemmelser og fremdriftsrisiko, men uenighet om risikoplassering for kostnadmessige effekter
- Direkte initiativ fra EBA mot SVV, Statsbygg og Bane NOR, som munnet ut i felles uttalelse:
  - «*Det er ikke rasjonelt å invitere entreprenøren til å ta en klart ikke-kalkulerbar risiko.*»
  - Oversatt: Risiko som ikke kan prises skal ligge hos byggherren

# Nye kontrakter

- Erfaringer

- Varierende erfaring

- Full entreprenørrisiko: *"Virkninger av eksisterende og mulig nye offentlige påbud og forbud knyttet til Covid 19 i Norge og i verden er hensyntatt i totalentreprenørens planlagte utførelse, herunder ved planlegging av mannskaper og material/utstyrsleveranser for kontraktarbeidene, og usikkerhet er priset inn i kontraktssummen og medberegnet i slakk som er lagt inn i fremdriftsplanen.»*
- Delt risiko: Fristforlengelse og delvis vederlagsjustering
- Byggherrerisiko: *«Entreprenøren skal hensynta situasjon slik den er på kontraktstidspunktet, og byggherren har fremdriftsmessig og kostnadsmessig risiko dersom situasjonen forverrer seg.»*

- Offentlige – private

- Offentlige: Bør ta større ansvar, men vi ser at enkelte likevel overfører full risiko til entreprenørene
- Private: I utgangspunktet større grad av overføring av risiko til entreprenør, men her er det i større grad mulighet for forhandling

# Nye kontrakter – forts.

- Anbefaling fremtidig regulering
  - Behov for regulering, fordi det i dag er stor usikkerhet
  - Bør reguleres slik at det sikrer en samfunnsøkonomisk og bedriftsøkonomisk effektiv måte å håndtere koronarelatert risiko på
  - Ikke rasjonelt samfunnsøkonomisk at leverandør skal ta en klart ikke-kalkulerbar risiko
    - Kan potensielt redusere konkurranse
    - Kan gi (for) høye priser
    - Entreprenøren bør ta utgangspunkt i en slags normalsituasjon
  - Risiko som ikke er mulig å prise eller planlegge for bør som et utgangspunkt beholdes hos byggherren
  - Risiko bør plasseres hos den som er best i stand til å håndtere den
  - Entreprenørene har nå en viss erfaring og kan prise og hensynta dagens situasjon
  - Entreprenøren bør ikke hensynta en forverring fra dagens situasjon (utover en viss tålegrense og skadebegrensningsplikt)
  - Byggherren bør bære risiko for koronarelaterte forhold som entreprenøren ikke kan ha kontroll over og som han heller ikke med rimelighet burde ha tatt i betraktning på tilbudstidspunktet
    - Fristforlengelse
    - Vederlagsjustering eller kostnadsdekning