

## Hvilke krav bør stilles til en god endringsbestemmelse?

*Av høyesterettsadvokat Helge Jakob Kolrud, Advokatfirmaet Haavind AS, Oslo*

### 1. Hvorfor er spørsmålet aktuelt?

Interessen for utforming av endringsbestemmelsene i store entrepriser-, tilvirknings- og anleggskontrakter har vært økende i atskillige år etter hvert som aktørene har erkjent den økonomiske betydning endringer har. Den omfattende utvikling av arbeidet med leting etter og drift av petroleumforekomster på norsk kontinentalsokkel har i Norge gitt et kraftig insitamant til interessen. Det kan derfor være hensiktsmessig å knytte drøftelsen av spørsmålet reist i tittelen til utviklingen i Norge selv om den økende interesse er internasjonal.

Utviklingen har også ledet til avhandlinger om endringer, se Knut Kaasen "Kommentar til NF 92" Universitetsforlaget 1994, "Fabrikasjonskontrakten. Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet" Festskrift til Sjur Brækhus, Oslo 1988 side 309-323 og "Petroleumskontrakter" Universitetsforlaget 2006, samt Jan Einar Barbo "Kontraktsomlegging i entrepriseforhold" Universitetsforlaget 1997.

Mitt formål med denne artikkelen er ikke tradisjonelt teoretisk, men utpreget praktisk. Jeg vil drøfte hvilke funksjoner en god endringsbestemmelse bør inneholde. Dette er et tema som har opptatt meg som deltager i forhandlingene som ledet frem til Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992, som formann i over 20 år for komiteene som har forhandlet frem entreprisstandardene NS 3430 og NS 8405 m.fl., samt som deltager i komiteene som er ansvarlige for de nordiske leveringsbetingelser NL, NLM m.v. og ORGALIME Conditions S 2000 m.fl.

Diskusjonen om utformingen av endringsbestemmelser har nær tilknytning til og er en del av det dynamiske element i kontraktsretten, hva er det som skjer underveis i oppfyllelsen av kontrakten. Dette har i Norge særlig vært drøftet og belyst av professor dr.juris Knut Kaasen og dr.juris Jan Einar Barbo, se henvisningene ovenfor.

Det som særlig gjør diskusjonen om endringsbestemmelsene interessant, er at den i utpreget grad er en "slagmark" mellom forskjellige kulturer. Det kan være nasjonale kulturforskjeller, for eksempel mellom entreprenørbransjen og verkstedindustrien. Det gjelder i særlig grad kulturforskjeller mellom forskjellige land. Dette har petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel illustrert, der en meget ordrik, men nøyaktig anglo-saksisk kontraktsteknikk har "kollidert" med nordiske ingeniørkontraktstradisjoner, skrevet for ingeniører i "firkantede" og relativt knappe vendinger. Det har tatt lang tid å "smelte" sammen disse forskjellene til en noenlunde helhetlig oppfatning av endringsproblemene. Utviklingen er på ingen måte tilendebrakt.

Et område som naturlig dro endringsdiskusjonen inn på sitt felt var arbeidet med standardkontrakter. De nordiske land har lange tradisjoner for å forhandle frem standardkontrakter mellom interesser som normalt er involvert i den enkelte konkrete kontrakt, såkalte "agreed documents". Vi har internasjonale tradisjoner på verkstedområdet (ECE 188 og ECE 188A) så vel som på det nordiske verkstedområde (NL, NLM og NLG etc), nasjonale tradisjoner på entrepris- og anlegg i Norge (NS 3430, NS 8405 m.v.) og en norsk nasjonal tradisjon på offshoreområdet (NF 87, NF 92 og NF 07 etc). På det sistnevnte område skapte endringsbestemmelsene særlige problemer for oppnåelse av enighet.

## **2. Den historiske utvikling**

Opprinnelig ble endringsspørsmålet behandlet meget enkelt og nesten naivt. Det var ikke slik at partene overså problemene. De var nok klar over at det ville bli behov for endringer, særlig i mer omfattende tilvirknings- og entreprisekontrakter, men trøstet seg med at dette ble partene nok enige om ("entreprenøren tjener alltid på endringer"). Ble de det, var alle sorger slukket.

Ble de ikke enige, oppsto det problemer. Kontraktene hadde sjelden bestemmelser som ga løsninger. De hadde imidlertid ofte bestemmelser som ga oppdragsgiveren rett til å kreve utført endringer av leverandøren/entreprenøren uten å si meget om hvorledes uenighet om vilkårene for endringen skulle løses. Dette ledet som oftest til at problemene ble utsatt til sluttoppgjøret.

De problemer som her oppstår ble forsterket da utbyggingen av petroleumssektoren tok til i Norge på 1970-tallet. Nå møtte norske verksteder og skipsverft som var vant med en relativt uformell praksis et formelt og innviklet byråkratisk system der små feil kunne ha store konsekvenser. Endringsreglene var ikke lenger noe "entreprenørene alltid tjente penger på". De var tvert imot blitt både "farlige og tapsbringende". Det gjorde interessen for hvorledes endringsbestemmelsen skulle utformes betydelig sterkere.

I løpet av de siste tiår av forrige århundre, øket forståelsen for at relativt omfattende endringsbestemmelser var både nødvendige og ønskelige. Bakgrunnen for dette var at entrepris- og anleggskontraktene gjaldt stadig mer kompliserte oppdrag, der mulighetene for at planer måtte revideres og omprosjekteres var økende. Dette ga grobunn for stadig flere endringer underveis i utførelsen. Et økende behov for endringer ble aksentuert ved at tiden for planlegging stadig ble innskrenket. Ønsket om å komme raskt til avkastning av forretningsbygget eller offshoreinstallasjonen har ofte medført at arbeidet på utførelsen av oppdraget har startet før, til dels lenge før, avslutningen av planlegging og prosjektering. At dette skaper risiko og behov for endringer sier seg selv.

Denne utviklingen ledet til en felles forståelse av behovet for endringsbestemmelser mellom aktørene på markedet. Derimot har uenigheten vært stor om hvorledes innholdet av

bestemmelsene skal være; m.a.o. hvilke krav som bør stilles til en god endringsbestemmelse. Det er emnet for denne artikkel.

I utgangspunktet må det understrekes at den konkrete kontrakts utforming påvirkes av de konkrete markedsforhold. En leverandør eller en entreprenør vil selvsagt strekke seg langt i retningen av å akseptere ubalanserte bestemmelser dersom vedkommende ellers ikke får noe oppdrag. På samme måte må byggherren akseptere harde vilkår der etterspørselen er høy. Det som her skal drøftes er de krav man bør stille til en god, i betydningen balansert, endringsbestemmelse. Det å etablere balanserte kontrakter er målet for forhandlinger om "agreed documents" og det er særlig i denne sammenheng kravene til bestemmelsene har vært drøftet i Norge.

### **3. Kjernekravene til en god endringsbestemmelse**

#### **3.1 Innledning**

En moderne endringsbestemmelse vil omfatte atskillige problemområder hvorav flere er meget kontroversielle. I praksis vil utformingen av bestemmelsen være begrenset av hva som er praktisk oppnåelig av kravene. Det er mye som er relativt nytt i endringsmaterien og som trenger tid for å få gjennomslag.

Det finnes en del krav hvis oppnåelse man må resignere overfor. Dette har ofte sammenheng med manglende kunnskap og erfaring om karakteristiske endringsproblemer. Mangel på slik kunnskap gir konservatisme og skepsis, særlig når forslag til bestemmelser reduserer en parts makt i kontraktsforholdet. Det er nok fortsatt atskillig vei å gå før endringsproblemene er ferdig utdebattert.

#### **3.2 Det første krav: Bestemmelsen må være "robust", det vil si enkel å anvende i praksis**

Endringsbestemmelsene skal anvendes underveis i utførelsen av oppdraget. Det er derfor vesentlig at bestemmelsene er utformet så enkelt og pedagogisk som mulig. Dette er et prioritert og overordnet krav.

Dessverre imøtekommes ikke alltid dette overordnede kravet fordi det er vanskelig å oppnå enighet om utformingen. Dette leder til kompromisser og reservasjoner for mange eventualiteter. Dette kan nok gi enighet til slutt, men det skjer på bekostning av lesbarhet og forståelse. I Norge har flere endringsbestemmelser i entreprisestandarder, særlig NS 8405, vært preget av dette. Kompromissene skapte så mange problemer at en "minirevisjon" av endringskapitlet i NS 8405 var nødvendig og ble gjennomført i 2008. "Minirevisjonen" ga en god

del forbedringer, men bestemmelsene er fortsatt for meget preget av kompromisser og reservasjoner.

Skal endringsbestemmelsene kunne være effektive og praktisk anvendbare, må man i større grad akseptere "firkantede" og enkle regler. Det er et stykke å gå før vi har nådd dit.

### **3.3 Det annet krav: Bestemmelsen må omfatte så vel ordinære som omtvistede endringer**

Det er tradisjonelt å oppfatte de endringer byggherren eksplisitt krever som de "egentlige" endringer. Tidligere var det vanlig å begrense anvendelsen av endringsbestemmelsene til slike "egentlige" endringer. Fremsatte ikke byggherren et endringskrav overfor entreprenøren, selv om det burde ha vært gjort, skjedde ingen anvendelse av endringsbestemmelsen. I realiteten vil da langt over halvparten av de reelle endringer som forekommer i praksis være unntatt fra kontraktsregulering. Det er det etter mitt syn ingen grunn til.

Skal alle reelle endringer få en effektiv behandling, må så vel de endringer byggherren eksplisitt krever utført som de arbeidsoperasjoner der partene er uenige om hvorvidt det foreligger en endring, behandles likt og etter samme regelsett. De sistnevnte, de omtvistede endringer, kan opptre i mange former. Vanligvis er det et felles trekk at partene er uenige om en konkret arbeidsoperasjon eller et bestemt tiltak omfattes av entreprenørens forpliktelser etter kontrakten. Skal for eksempel entreprenøren etter kontraktstegningene levere en vanntank, der det ikke er spesifikt angitt hvorledes tanken skal isoleres; mens kontraktsspesifikasjonene henviser til en offentlig forskrift som blant annet behandler isolasjon, er da entreprenøren forpliktet til å foreta isolasjon eller har han krav på tilleggsbetaling for dette?

Er partene uenige om hvorvidt arbeidsoperasjonen omfattes av kontraktsforpliktelsene, vil ikke byggherren frivillig utstede en endringsordre. Byggherren anser det konkrete arbeid inkludert i forpliktelsene og derfor er det etter hans syn ikke behov for noen endringsordre. For entreprenøren er situasjonen en annen. Han har behov for å få registrert den konkrete arbeidsoperasjon som et arbeid som ikke omfattes av hans forpliktelser. Gjøres ikke dette, risikerer partene å miste oversikten og dermed kontrollen over situasjonen. Det er derfor i begge parter interesse at både omtvistede og ikke omtvistede endringer omfattes av endringsbestemmelsen.

Dette reiser til gjengjeld sine spesielle krav til endringsbestemmelsen. Det er ikke bare byggherren som uten videre skal kunne utstede en endringsordre. Også entreprenøren må ha rett til å kreve en endringsordre utstedt – på visse betingelser. Løsningen på dette i Norge har vært å gi entreprenøren rett til å kreve en aktivitet fra byggherren, et endringsordrekraft eller "variation order request". Byggherren kan enten akseptere og utstede en endringsordre eller gjøre det klart at det foreligger et omtvistet krav om endringsordre; "omtvistet

endringsordrekrav” eller ”disputed variation order”. Dermed er det omtvistede krav definert og registrert.

Det er sentralt at en vanlig endringsordre og en omtvistet behandles på samme måte. Endringsordren gir entreprenøren en handleplikt. Det må også den omtvistede endringsordre gjøre. Betalingen for endringsarbeidet må også i størst mulig utstrekning behandles etter de samme regler og på samme måte, jfr. nedenfor.

Det å utforme regler som behandler begge former likt er ingen enkel oppgave. Forhandlingene om dette i Norge var særlig problematisk for landentreprisenenes vedkommende. Offshorekontraktene gled lettere på plass. Jeg ser ikke bort fra at de lange tradisjoner blant landentreprisemiljøet skapte større skepsis mot nyhetene enn i det unge offshoremiljøet.

Det er i alle fall på det rene at det er mange vanskelige konsekvenser som må gjennomtenkes når omtvistede endringer skal behandles på samme måte som ”ordinære”. Likebehandlingen er imidlertid nødvendig.

### **3.4 Det tredje krav: Bestemmelsen bør kunne omfatte regulering av alle dynamiske elementer i kontraktsforholdet**

Hvis man først går inn for en slik omfattende regulering av endringsbestemmelsen som jeg anbefaler, vil med nødvendighet bestemmelsen også omfatte en fremgangsmåte (også kalt ”prosedyre”) for behandlingen av endringer, så som frister for å reise krav, regler om behandlingsmåte, samt form og innhold på krav som partene reiser underveis.

Det er i og for seg intet i veien for å nytte systemet til å behandle alle dynamiske elementer i kontraktsforholdet. Det innebærer at man varslers for eksempel om mislighold eller om force majeure på samme måte som man krever endring eller reiser et endringsordrekrav.

Det er erfaringen i Norge at det er vanskeligere å få dette gjennom i forhandlinger enn at både ordinære og omtvistede endringer må behandles likt. På bakgrunn av disse erfaringer gis dette som en anbefaling (”bør” og ikke ”må”). I offshore-kontraktene er den analogiske anvendelse av endringsbestemmelsen gjennomført, mens dette bare har vært gjort delvis på landentreprisenenes område. Etter mitt syn er det å håpe at dette blir lettere å akseptere etter hvert.

Det er i hvert fall sikkert at det er mange fordeler ved en slik analogisk anvendelse, dersom man har klart å etablere et enkelt og godt system for håndtering av endringer. Det siste er imidlertid en forutsetning.

For det første gir det enhetlig håndtering underveis av alle avvik fra forutsett utvikling av kontraktsutførelsen.

For det andre gir det bedre muligheter for en enkel innlæring av dem som skal håndtere dette. Dette igjen gir mer effektiv og rasjonell saksbehandling, noe begge parter er interessert i.

På den annen side finnes det nok noen ulemper ved en slik vid analogisk anvendelse, men disse er ikke store. Det vesentlige poeng er at et ordinært endringsordresystem krever en del tilpasninger for å kunne brukes analogisk. Store problemer volder ikke dette i praksis. Den norske standardkontrakt for fabrikkasjonsleveranser til installasjoner på kontinentalsokkelen har for eksempel gjennomført en konsekvent analogisk anvendelse ved ren henvisning (til "artiklene 12 til 16", som er endringsbestemmelsene i NF 07). Det kan nok oppfattes som en ulempe at man behandler byggherrens mislighold som en endring. Noe mer enn en tilvenning kreves dog ikke.

Det er nok mest det uvante som her skaper uvilje og skepsis. De mange fordeler ved et helhetlig system bør på sikt oppveie og bidra til å overvinne skepsisen.

### **3.5 Det fjerde krav: Bestemmelsen må inneholde et visst "byråkratisk" nivå, som krav til skriftlighet og form**

Uansett hvor vel overveid en endringsbestemmelse er, virker den ikke "av seg selv". Det er nødvendig at bestemmelsen stiller krav til partene om hvorledes de skal behandle endringsspørsmålene. Bestemmelsen må inneholde et visst minimum av krav til form og fremgangsmåte. Fremfor alt må det kreves skriftlighet i visse sammenhenger. Dette er ikke populært blant de praktiske aktører som er svært skeptisk til alle formkrav. De kan imidlertid ikke unngås. Alle som har en viss erfaring i å behandle tvister knyttet til større kontrakter, vet hvilke formidable problemer som kan oppstå når partene ikke holder orden og registrerer utviklingen på en noenlunde oversiktlig måte.

Det er nødvendig at det etableres et system med et visst "byråkratisk nivå" som kan håndtere dokumentflyten og sikre ettersporbarhet i en utvikling av en tvist. Her er skriftlighet og standardiserte skjemaer en forutsetning for å kunne skape et godt håndteringssystem. Dermed skapes et sterkt insitament for partene til å behandle like ting likt.

Baksiden av medaljen er at formkravene ikke kan fremtre som fromme ønsker. Reglene må ledsages av regler om preskripsjon ved forsømmelser. Det er ingen tvil om at dette både øker skepsis og motvilje mot systemet, men samtidig motiverer klart til oppfyllelse. Hvis forsømmelse ikke gir konsekvenser, eller regler om konsekvenser ikke følges opp, vil endringshåndteringen flyte ut og virkningen av vel gjennomtenkte regler etter hvert vesentlig svekkes. Det er med andre ord nødvendig med preskripsjonskonsekvenser av formkrav og at disse krav håndheves.

Når det er sagt, må det tilføyes at dette er en vanskelig materie der motstanden blant praktikerne kan være stor. Preskripsjonsreglene bør derfor utformes med betydelig fleksibilitet, med romslige frister for oppfyllelse ("uten ugrunnet opphold") og med mulighet for å sette en siste frist. Reaksjon mot endelig oversittelse må imidlertid håndheves.

Nå vil nok noen hevde at det er for optimistisk å tro at praktiske innstilte utøvere med tradisjonell skepsis til formkrav skal vende seg til så mye byråkrati som her antydnet. Det er klart at en fullstendig tilvending vil ta tid. Det er også på det rene at anvendelsen av reglene kan være noe inkonsekvente; for eksempel at det trues med anvendelse uten at man står løpet ut. Erfaring tilsier imidlertid at de praktiske aktører i forbausende grad har gått inn for å følge de regler som har blitt innført i Norge. Dette gjelder særlig der hvor kurs i anvendelsen av bestemmelsene har vært holdt for begge parter ved starten av kontraktsoppfyllelsen.

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at det "byråkratiske nivå" og formkravene må være tilpasset de typiske aktører. Det er således ingen grunn til å anvende en kompleks endringsbestemmelse på en enkel underentreprenør, for eksempel en maskinentreprenør engasjert for å grave grøfter til kabler. En stor entreprenør med et vel utbygget administrasjonsapparat kan på den annen side tåle å få ansvar for meget komplekse endringsbestemmelser.

### **3.6 Det femte krav: Endringsbestemmelsene må også, til en viss grad, angi hvorledes vederlaget fastsettes**

En endringsbestemmelse må nødvendigvis inneholde en viss regulering av fastsettelsen av vederlaget for en endring og fastsettelsen av tidsvirkningen av den.

Endringsbestemmelsen må for det første inneholde regler om fremgangsmåten, for eksempel hvorledes vederlaget eller tidsvirkningen skal fastsettes, hvorledes uenighet skal behandles og etter hvilke retningslinjer et midlertidig vedtak om betaling og tidsvirkninger skal fastsettes.

Det store spørsmål her er i hvilken grad man skal regulere i detalj hvorledes vedtaket skal fattes. Dette er et meget vanskelig område der liten fremgang er gjort under kontraktsarbeidet i Norge. Det vil si, man er kommet langt med å utarbeide regler om fastsettelse av midlertidig vederlag. Har entreprenøren arbeidsplikt i en situasjon der partene er uenige om det foreligger en endring, er det meget som tilsier at han betales midlertidig for det arbeid han utfører, selv om byggherren mener at arbeidet er en del av entreprenørens forpliktelser etter kontrakten. Hva han skal betales og hvorledes det skal fastsettes, er et sentralt spørsmål som jeg skal komme tilbake til under 4.

Ved fastsettelsen av vederlaget når partene er enige om at det foreligger en endring, har reglene et dobbelt formål, både regler for fastsettelse av vederlaget og regler som hindrer bruk av visse typer rater. Ofte vil partene være enige om at endringsarbeidet skal betales etter bestemte rater, som for eksempel rater for sveisearbeid etter en bestemt sveiseklasse. Da er det få problemer.

Det er når ratene eller enhetsprisene omfatter mer arbeid eller innsats enn det som rimelig er, at det oppstår problemer. Ratene kan for eksempel være såkalte "all inclusive"-rater, som gjelder overalt for arbeid "whether of high or low, of easy or difficult access" osv. Slike rater tvinger entreprenøren til å anby med en betydelig risiko for ikke å få oppgjør for sin innsats.

På samme måte finnes såkalte "bandrater" som krever overskridelse av en viss prosentdel av kontraktsummen, for eksempel 20 %, som følge av endringsarbeid før høyere endringsrater tillates. En annen variant er at entreprenøren ikke får betalt for endringsarbeid før de "første 10 % av utgifter til rigg og drift" er nådd. Virkningen av de eksempler som her er nevnt er at en del – til tider betydelig del – av risikoen for å måtte bære utgiftene til endringsarbeid til fordel for byggherren veltes over på entreprenøren. Det kan med styrke hevdes at slike rateformer undergraver balansen i endringsbestemmelsen fordi det er så vanskelig å gardere seg mot misbruk ved reservasjoner i anbudet. Det gjelder imidlertid ikke alltid. Det kan i noen tilfeller være legitimt å invitere til konkurranse på et slikt grunnlag, selv om det normalt har formodningen mot seg. Det er derfor vanskelig regelrett å kreve at slike rater ikke skal anvendes. Det bør imidlertid kreves en særskilt begrunnelse for å anvende dem. I praksis vil en oppdragsgiver kunne risikere en sensur av slike rater i medhold av avtaleloven § 36.

Heller ikke når det gjelder fastsettelse av tidsvirkninger av endringer er det enkelt å finne gode reguleringer som begge parter kan slutte seg til. Også her er problemene kompliserte, selv om det i mange tilfeller raskt oppnås enighet mellom partene om tidsvirkningene.

Det som skaper problemer er normalt der flere faktorer virker inn på tidsforløpet, ikke bare selve endringsarbeidet. Partene vil ofte være uenige om hvilken innvirkning faktorene vil ha på "kritisk linje" gjennom prosjektet. Herunder er man jevnlig uenig om bruken av entreprenørens "slack", den reservertid som er satt av for å kunne anvendes der det trengs under utviklingens gang. Konflikter kan lett oppstå, for eksempel hvor entreprenøren har holdt på "slacken" som reserve i en særlig tidskritisk del av arbeidet, mens byggherren ønsker "slacken" brukt straks for å ta igjen en aktuell forsinkelse. Hvorvidt man skal innta detaljerte bestemmelser om for eksempel behandlingen av entreprenørens "slack" er et kontroversielt spørsmål. Det er gjort forsøk på slik regulering i Norge uten særlig vellykket resultat.

De problemer som skaper de største vanskeligheter i praksis er de der tidsvirkningen er et resultat av et samvirke av mange årsaksfaktorer. Dette kan opptre i forskjellige former. Det kan opptre som den endring som til sist får "begeret til å flyte over". Entreprenøren kan ha mestret

mulige forsinkende faktorer ved justering av fremdriftsplanen og komprimering av denne. Den siste endring skaper imidlertid en uunngåelig forsinkelse. Skal da entreprenøren bare kompenseres for den forsinkende virkning av den siste endring eller for all innsats som hittil er gjort?

Den klassiske form er såkalt "plunder og heft", der en rekke mindre faktorer sammen virker inn på og skaper forsinkelse for entreprenøren. Problemet "plunder og heft" er i seg selv kontroversielt. Det er i praksis meget vanskelig å føre bevis for årsakssammenheng og overhodet å peke på hvilke faktorer som faktisk virker inn. Det kan være hensiktsmessig prinsipielt å slå fast i endringsbestemmelsen at "plunder og heft" skal erstattes. Dette er gjort i den norske standard for utførelsesentreprise (NS 8405).

Både for så vidt angår kompensasjon for og bestemmelse av tidsvirkningene av en endring, er det vanskelig å utforme praktisk anvendbare regler. Det synes vanskelig å komme lenger enn å utforme prinsipielle bestemmelser om hvilke krav entreprenøren har rett til å fremme.

Tidsvirkningsproblemene aksentueres i forbindelse med pålagt forsering. Det er hensiktsmessig at retten til å kreve forsering og plikten til å utføre den fastslås i kontrakten, selv om forsering normalt omfattes av et vidt endringsbegrep.

### **3.7 Det sjette krav: Endringsbestemmelsen må avklare forholdet til bestemmelser om kansellering**

Over de siste desennier har bestemmelser om kansellering, byggherrens rett til å avbryte kontrakten på visse betingelser, fått plass i entreprise- og anleggskontrakter. En endring kan ha samme virkning som en kansellering. Det skjer dersom endringen går ut på en reduksjon av arbeidsomfanget. Den virker da som en kansellering av deler av arbeidet.

Dersom det ikke også foreligger endringer som øker arbeidsomfanget, blir det endelige resultat en netto reduksjon i det totale opprinnelige arbeidsomfang. Dette er identisk med en delvis kansellering. Det bør behandles som dette og bør derfor harmoniseres med kanselleringsreglene.

## **4. Den "evige" ubalanse**

Uansett hvor gjennomarbeidet en moderne endringsbestemmelse er, vil den ikke kunne fungere effektivt hvis bestemmelsen ikke behandler et spesielt problem i endringsmaterien. Problemet har sitt grunnlag i hvorledes partene bestemmer vederlag og tidsvirkning av en endring.

Bestemmer reglene at partene må være enige om vederlag og tidsvirkning før endringen kan utføres, vil entreprenøren eller leverandøren være den som bestemmer om en endring overhodet skal utføres.

Hvis det på den annen side er slik at byggherren eller oppdragsgiveren kan forlange en endring utført uavhengig av om enighet om vederlag og tidsvirkning er oppnådd mellom partene, er det byggherren alene som bestemmer om en konkret endring skal utføres. Entreprenørens posisjon er radikalt forandret fra det første eksemplet.

Ingen av de to løsninger er den eneste "rette" eller "naturlige". Uansett hvilken av dem man velger i det konkrete tilfellet, legges situasjonen til rette for konflikter. Er det entreprenøren som bestemmer, vil byggherren lett anse ham for å utøve unødige press. Kan byggherren alene beordre endringer vil ofte entreprenøren anse ham for ikke å ta hensyn til entreprenørens problemer. Situasjonen legger opp til stadig uenighet og posisjonering og "hevning". Skal avviklingen av kontrakten foregå rasjonelt og effektivt, må slike situasjoner unngås.

Den "evige ubalanse" kan balanseres ved at en nøytral oppmann tar midlertidige avgjørelser underveis, om for eksempel midlertidig betaling for omtvistede endringer, om bruk av uheldig utformede rater og om et arbeid ligger innenfor kontraktens forpliktelser. Et eksempel på en slik nøytral oppmann finnes i engelsk entrepriserett med "the Engineer". For andre enn englendere er the Engineer's rolle noe uvant, betalt som han er av byggherren, men ikke desto mindre ansett som nøytral.

I den nordiske kontraktstradisjon vil man kunne oppnå balanseringen ved en fast oppnevnt oppmann. På de største kontrakter må oppmannen være tilstede ganske ofte, ellers kan han tilkalles.

Selv om den nøytrale oppmann kan avhjelpe de fleste situasjoner ved å fatte midlertidige avgjørelser, er partene dessuten avhengig av et godt tvisteløsningssystem som kan behandle angrep på oppmannens avgjørelser og fatte de endelige avgjørelser.

Tvisteløsningssystemet må oppfylle flere betingelser. Det må være hurtigvirkende, gjensidig tillitvekkende og oversiktlig. I store kontrakter kan det være vanskelig å finne andre tvisteløsningsmetoder enn meglings og voldgift som oppfyller betingelsene.

I Norge har man anvendt oppmann i en rekke tilfeller, selv om ideen ikke har vunnet slik innpass som man kunne ønske. Særlig har de offentlige byggherrens motvilje mot oppmannssystemet vært skuffende. Det synes problematisk for byggherrene å gi fra seg en maktposisjon til oppmannen, selv om det klart er i begge parter interesse at tvister unngås i størst mulig grad. Tiden arbeider forhåpentligvis for en fornuftig løsning.

## 5. Oppsummering og konklusjon

Utgangspunktet for denne artikkelen har vært at endringsproblemene har økt i intensitet og omfang siden 1970-årene. I Norge har dette særlig vært påvirket av utviklingen i offshoremarkedet, men utviklingen er internasjonal. Den har hatt betydelig innvirkning på så vel endringsreglene som forståelsen av hvilke problemer endringer innebærer.

Som det vil ha fremgått av artikkelen er vi fortsatt inne i en utvikling der viktige spørsmål ennå ikke har funnet sin endelige løsning. Det er blant annet nødvendig å:

- utvikle bedre standard tvisteløsninger for endringer
- etablere en mer effektiv og inngripende regulering av hvilke kompensasjonsmetoder som skal aksepteres
- etablere en bedre behandling av fastlegging av tidsvirkninger av endringer
- gjennomføre en bedre generell anvendelse av endringsreglene på alle avvik fra den forutsatte utvikling

I Norge er utviklingen på vei i den riktige retning med offshorestandarden NTK 2007 og entreprisestandarden NS 8405, siste utgave. Selv om utviklingen er i god gjenge, gjenstår meget arbeid før vi er ved veis ende. Det er mitt håp at artikkelen kan være et lite bidrag på veien.