



NOREGS HØGSTERETT

D O M

sagd 7. juni 2022 av Høgsterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommar Henrik Bull
dommar Wenche Elizabeth Arntzen
dommar Ingvald Falch
dommer Borgar Høgetveit Berg

HR-2022-1120-A, (sak nr. 21-152318SIV-HRET)
Anke over Gulating lagmannsretts dom 1. juli 2021

Veidekke Entreprenør AS	(advokat Nils-Henrik Pettersson advokat Samuel Vegard Skrunes – til prøve)
Fellesforbundet (partshjelpar) Norsk Arbeidsmandsforbund (partshjelpar)	(advokat Edvard Bakke)
Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) (partshjelpar)	(advokat Nils-Henrik Pettersson)
mot	
Staten v/Samferdselsdepartementet	(Regjeringsadvokaten v/advokat Håvard Hansen Holdø) (Rettsleg medhjelpar: advokat Anne Hesjedal Sending)

R Ø Y S T I N G

- (1) Dommar **Høgetveit Berg:**

Kva saka gjeld og bakgrunnen for henne

- (2) Saka gjeld dagmulkt for overskriding av delfristar i ein entreprisekontrakt bygd på NS 8406. Hovudspørsmålet er om brot på forskrift om sikkerheit, helse og arbeidsmiljø på byggje- eller anleggsplassar 3. august 2009 nr. 1028 – byggherreforskrifta – § 5 andre ledd tidlegare bokstav c om at det skal setjast av tilstrekkeleg byggjetid, får privatrettsleg verknad i kontrakten mellom byggherren og entreprenøren.
- (3) Etter offentleg anbod inngjekk Statens vegvesen og Veidekke Entreprenør AS 1. juli 2015 entreprisekontrakt basert på NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt om levering av K10 Sveгатjørn–Fanavegen. Dette er ein del av ny hovudveg mellom Os og Bergen og omfatta mellom anna Lyshorntunellen på 9,3 km. Ferdigstilling var avtalt til 31. august 2020. Kontrakten inneheld også 11 delfristar. Dei fire delfristane som er tema i saka her, var sette for at delstrekningar av Lyshorntunellen skulle vera klare for elektroinstallasjonar. Delfristane var sanksjonerte med dagmulkt på 400 000 kroner per kvardag. Den samla kontraktsummen var på nesten 2,3 milliardar kroner utan meirverdeavgift.
- (4) Sikkerheit-, helse- og arbeidsmiljøplan – SHA-plan – for K10, utarbeidd av Statens vegvesen, er datert 20. mars 2014, jf. byggherreforskrifta § 7, jf. § 5. I SHA-planen punkt 5.2 er tidsplanen til byggherren teken inn. Entreprenørens framdriftsplan skal svare til byggherrens plan med delfristar og ferdigstillingsdato, jf. SHA-planen punkt 5.3. Planen punkt 5.1 omtalar byggherrens vurderingskriterium for fastsetjing av byggjetid/arbeid på kontrakten:
- «Normert byggetid er basert på erfaring fra tilsvarende prosjekt. Prosjektet har en planlagt byggetid på ca. 6 år (midten av 2015 til tidlig 2021). Byggetiden er beregnet med utgangspunkt i tunneldrift fra angrepspunktene Sveгатjørn, Endalausmarka og Klokkarvatn. Byggherrens fremdriftsplan forutsetter at man skal innrede et av løpene i Lyshorntunnelen parallelt med driving. Dette for at kontrakten ikke skal få en uforholdsmessig lang byggetid. Byggherrens fremdriftsplan forutsetter at det ikke skal foregå massetransport i de deler av tunnelen der innredningsarbeider er startet, og at massetransport skal føres ut i motgående løp ved hjelp av kjørbare tverrslag.»
- (5) I tilbudsfasen vart det stilt spørsmål om å endre og spesifisere delfristane. Ingen av fristane vart forlenga. Prosjektet starta opp i oktober 2015. Drivinga av Lyshorntunellen starta i april 2016. I november 2016 sendte Veidekke krav om endringsordre for framdrifta, då det etter selskapets syn ikkje var mogleg å halde delfristane på grunn av dei geologiske forholda. I brev 19. desember 2016 kravde Veidekke ei fristforlenging på mellom 9 og 13 månader for dei delfristane som saka her gjeld. Statens vegvesen av slo kravet.
- (6) Veidekke ferdigstilte prosjektet innan sluttfristen 31. august 2020. For delfristane 4, 5, 6 og 7 vart Veidekke forsinka med høvesvis 64, 50, 64 og 23 veker. Samla dagmulkt vil kunne gå ut over den avtalte øvre grensa på ti prosent av kontraktssummen. Sluttoppgjæret er ikkje gjennomført. Ei rekkje tvistepunkt er til handsaming i domstolane.

- (7) Veidekke Entreprenør AS reiste 21. desember 2018 negativt fastsetjingssøksmål for Bergen tingrett, med påstand om at staten ikkje kunne gjera dei nemnde delfristane og sluttfristen gjeldande mot Veidekke.
- (8) Bergen tingrett sa dom 26. februar 2020 med slik domsslutning:
- «1. Staten ved Samferdselsdepartementet frifinnes.
 2. Staten ved Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader med kr. 2 468 955,-.»
- (9) Tingretten kom til at moglege brot på byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c – i dag bokstav e – ikkje kunne ha privatrettsleg verknad og trong då ikkje ta stilling til om byggjetida var for kort. Vidare kom tingretten til at fristane i kontrakten ikkje kunne setjast til side etter læra om brestande føresetnader eller avtalelova § 36.
- (10) Veidekke Entreprenør AS anka tingrettens dom til lagmannsretten. Gulating lagmannsrett sa dom 1. juli 2021 med slik domsslutning:
- «1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Veidekke Entreprenør AS 3 836 494 – tremillioneråttehundreogtrettisekstusenfirehundreogtittifire – kroner til Staten ved Samferdselsdepartementet innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.»
- (11) Lagmannsretten kom under tvil til at det låg føre brot på byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c, ved at det var sett av for kort byggjetid, men at dette uansett ikkje fekk privatrettslege verknader. Som tingretten kom lagmannsretten til at fristane i kontrakten ikkje kunne setjast til side etter læra om brestande føresetnader eller avtalelova § 36.
- (12) Veidekke Entreprenør AS har anka lagmannsrettens dom til Høgsterett. Anken gjeld rettsbruken. Staten har teke til motmæle. I orskurd og vedtak 17. desember 2021, HR-2021-2531-U, vart ankemotpartens krav om avvisning av den dåverande subsidiære påstanden frå den ankande parten, forkasta. Samstundes tillét ankeutvalet anken fremja, med ei rekkje avgrensingar:
- «Anken til Høyesterett tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om et eventuelt brudd på kravet i byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav c om at det skal avsettes tilstrekkelig tid til prosjektering og utførelse av de forskjellige arbeidsoperasjonene, skal tillegges privatrettslig virkning, og hvilken betydning entreprenørens kunnskap om kort byggetid generelt skal ha. Dersom Høyesterett kommer til at brudd på forskriftsbestemmelsen skal tillegges privatrettslig virkning, må spørsmålet om det er avsatt tilstrekkelig byggetid, behandles på nytt av lagmannsretten. Lagmannsretten må da på grunnlag av de retningslinjer som følger av Høyesteretts avgjørelse, også ta endelig stilling til statens anførsel om at Veidekke Entreprenør AS uansett ikke kan få medhold fordi selskapet var klar over at byggetiden var kort da det inngav anbud.»
- (13) For Høgsterett har Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA), Fellesforbundet og Norsk Arbeidsmandsforbund erklært partshjelp til støtte for Veidekke Entreprenør AS. Høgsteretts ankeutval tillét partshjelpa i orskurd 12. januar 2022, HR-2022-98-U.

- (14) Det er lagt fram nokre få nye dokument for Høgsterett. For dei spørsmåla Høgsterett skal handsame, står saka i den same stillinga som for lagmannsretten.

Partanes syn

Den ankande partens syn

- (15) Den ankande parten – *Veidekke Entreprenør AS* – har i hovudsak gjort gjeldande:
- (16) Statens vegvesen har fastsett for kort byggjetid for arbeidet med Lyshorntunellen, i strid med byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c. Dagmulkt basert på brot på delfristane i entreprisekontrakten kan då ikkje gjerast gjeldande mot Veidekke. Subsidiært har Veidekke krav på fristforlenging som svarar til differansen mellom fristane i kontrakten og det som vil vera lovlege fristar etter byggherreforskrifta. Det er ei rekkje alternative rettslege grunnlag for dette.
- (17) For det fyrste gjer Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2 fristane i kontrakten ugyldige, då dei er i strid med preseptorisk lov. Rett nok fører ikkje eit kvart lovbrot til ugyldigheit; dette må vurderast spesifikt for den konkrete lovføresegna. I alle liknande saker for Høgsterett i nyare tid har resultatet likevel vore ugyldigheit. Byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c er av ein slik karakter at brot på føresegna må føre til privatrettsleg ugyldigheit. Omsynet til helse, miljø og sikkerheit på arbeidsplassane vil klart bli best vareteke på denne måten.
- (18) For det andre byggjer byggherreforskrifta på EU-direktiv 92/57/EØF – byggeplassdirektivet. Det følgjer av praksis frå EU-domstolen og EFTA-domstolen at den norske staten, inkludert norske domstolar, har plikt til å handheve EU/EØS-reglar på ein effektiv måte. Byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c blir i røynda ikkje handheva av Arbeidstilsynet. Dersom brot på forskrifta i ein slik situasjon ikkje skal ha verknad for kontraktspliktene mellom Veidekke og Statens vegvesen, vil dette vera i strid med Noregs EØS-plikter – som krev at lovbrot må møtast med sanksjonar. Staten er i tillegg direkte kontraktspart.
- (19) For det tredje følgjer det av entreprisekontrakten NS 8406 punkt 13.1, jf. punkt 19.4 fyrste avsnitt, at Veidekke kan krevja fristforlenging. Punkt 13.1 fyrste avsnitt slår fast at partane skal halde «de lover, offentlige forskrifter og vedtak som gjelder for deres kontraktsforpliktelser og for forholdene på byggeplassen». Når Veidekke etter punkt 13.1 andre avsnitt har rett til å nekte å utføre arbeid som er i strid med offentlegrettslege krav, må dette samstundes gje rett på fristforlenging etter punkt 19.4 fyrste avsnitt.
- (20) For det fjerde følgjer det av avtalelova § 36 at fristane kan setjast til sides, eventuelt forlengast, når dei er urimelege. Partane hadde på avtaletidspunktet ein felles føresetnad om at prosjektet var gjennomførbart innanfor dei sette delfristane. Staten må ha risikoen for at denne føresetnaden ikkje slo til. Anskaffingsreglane tilseier samstundes at subjektive forhold ikkje er relevante. At Veidekke var kjent med at det var korte fristar og gav tilbod trass i dette, kan difor ikkje vektleggjast i vurderinga etter avtalelova § 36.
- (21) Veidekke Entreprenør AS har sett fram slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.

2. Veidekke Entreprenør AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.»

Partshjelparanes syn

- (22) Partshjelparane – *Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA), Fellesforbundet og Norsk Arbeidsmandsforbund* – har slutta seg til ankegrunnane til dei ankande partane.
- (23) Fellesforbundet og Norsk Arbeidsmandsforbund har særleg framheva at forståing av arbeidstakarinteressene er nødvendig for å tolke byggherreforskrifta § 5. Tidspress er ei av dei viktigaste rotårsakene til arbeidsulykker. Måla i SHA-planen vart ikkje nådde i denne konkrete saka.
- (24) Også EBA har framheva tidspresset som ei grunnleggjande utfordring. Bransjen meiner at for korte fristar ikkje bør kunne gjerast gjeldande i kontrakten. Dersom forskriftsbrotet ikkje får privatrettsleg verknad, vil ein i praksis stå utan moglegheiter til å sanksjonere brot på byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c. EBA har sett fram slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.»
- (25) Fellesforbundet og Norsk Arbeidsmandsforbund har ikkje sett fram egne påstandar.

Ankemotpartens syn

- (26) Ankemotparten – *staten ved Samferdselsdepartementet* – har i hovudsak gjort gjeldande:
- (27) Den avtalte byggjetida er entreprenørens risiko. Korkje ordlyden eller systemet i kontrakten gjev grunnlag for bortfall eller revisjon av avtalte delfristar dersom den avtalte byggjetida er i strid med byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c. NS 8406 punkt 13.1 regulerer ikkje kven som har det økonomiske ansvaret mellom avtalepartane for å unngå ulovlege forhold; dette må avgjerast ut frå den elles avtalte risikofordelinga. Entreprisekontrakten gjev ikkje heimel for å endre på risikoen for byggjetida.
- (28) EU-direktiv 92/57/EØF – byggjeplassdirektivet – stiller berre opp minimumskrav. For norsk rett inneber byggherreforskrifta ei vidareutvikling av dei offentlegrettslege pliktene for byggherren. Det ligg ikkje føre brot på EØS-retten, og effektivitetsprinsippet er alt av den grunnen ikkje relevant. Effektivitetsprinsippet fører uansett ikkje med seg ei plikt til privatrettsleg revisjon av dagmulksanksjonerte fristar mellom byggherren og entreprenøren. Handhevinga av EØS-retten er dessutan opp til medlemsstatane, innanfor krava til ekvivalens og effektivitet. Effektivitetsprinsippet kan under alle omstende ikkje stille krav om ei handheving som vil innebera brot på direktiv 2014/24/EU – anskaffingsdirektivet – artikkel 72, som set grenser for kva for endringar som er tillatne for kontraktar som er inngåtte etter anskaffingsregelverket. Effektivitetsprinsippet gjev heller ikkje grunnlag for å handheve arbeidstakaranes rettar i form av avtalerevisjon mellom byggherre og entreprenør som sanksjon. Tilsyns- og sanksjonssystemet i

arbeidsmiljølova varetek interessene til arbeidstakarane. Det har elles ingen relevans for handhevinga at staten er part i kontrakten.

- (29) Norske Lov 5-1-2 kan ikkje gjera frist- og dagmulktreguleringa i kontrakten ugyldig. Offentleg tilsynslovgeving har i utgangspunktet ikkje privatrettslege verknader. Føremålet med byggherreforskrifta er å verne HMS-rettane til arbeidstakarane – ikkje dei økonomiske interessene til arbeidsgjevaren. Det er ikkje behov for ugyldigheit; tilsyns- og sanksjonssystemet i arbeidsmiljølova og byggherreforskrifta er tilstrekkeleg. Privatrettsleg ugyldigheit er heller ikkje ein effektiv måte å handheve byggherreforskrifta på. Ein ugyldigheitsverknad mellom byggherren og entreprenøren kan tvert om gje insentiv som motverkar føremålet med forskrifta. Omsynet til arbeidstakarane blir vareteke ved at partane i kontrakten ikkje har plikt til å utføre arbeid som er i strid med offentlegrettslege sikkerheitskrav og har plikt til å respektere lover og forskrifter. Den økonomiske konsekvensen av dette følgjer av risikofordelinga i kontrakten.
- (30) Terskelen for avtalesensur etter avtalelova § 36 er høg i kontraktar mellom profesjonelle partar – og særleg ved bruk av framforhandla standardkontraktar. Avtalelova § 36 må nyttast i samsvar med EØS-retten. Revisjon av sentrale kontraktsvilkår kan koma i konflikt med anskaffingsregelverket. Konkret inneheld kontrakten ei detaljert og balansert regulering av risikofordelinga mellom partane – og gjev liten plass for omfordeling av risiko for dei avtalte fristane. Dagmulktssystemet er ein del av risikofordelinga – og inneheld ei betydeleg ansvarsavgrensing for entreprenøren. Veidekke var kjent med at det var korte fristar og gav tilbod trass i at selskapet sjølv meinte at fristane ikkje kunne haldast.
- (31) Ugyldigheit kan uansett ikkje gå lengre enn lovstriden eller det som er urimeleg – og kan difor uansett ikkje medføre fullt bortfall av dei avtalte fristane.
- (32) Staten ved Samferdselsdepartementet har sett fram slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Staten ved Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saka

Problemstillinga

- (33) Byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c slår fast at det skal setjast av tilstrekkeleg tid til prosjektering og utføring av dei ulike arbeidsoperasjonane i ein entreprise. Forskrifta § 5 hadde på tidspunktet for kontraktsinngåinga – 1. juli 2015 – slik ordlyd:
- «Byggherren skal sørge for at hensynet til sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplassen blir ivaretatt.
- Under planlegging og prosjektering skal byggherren særlig ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø ved
- a) de arkitektoniske, tekniske eller organisasjonsmessige valg som foretas
 - b) å beskrive og ta hensyn til de risikoforholdene som har betydning for arbeidene som skal utføres

- c) at det avsettes tilstrekkelig tid til prosjektering og utførelse av de forskjellige arbeidsoperasjoner.

Under utførelsen av arbeidene skal byggherren ivareta hensynet til sikkerhet, helse og arbeidsmiljø ved koordineringen av virksomhetenes arbeid på bygge- eller anleggsplassen.

Byggherren skal sikre at pliktene som er pålagt koordinatoren, de prosjekterende, arbeidsgiverne og enmannsbedriftene i denne forskriften blir gjennomført.»

- (34) Byggherreforskrifta § 5 fyrste ledd stiller opp eit generelt krav som gjeld i heile planleggings- og utføringsfasen, medan andre ledd er ei presisering for planleggings- og prosjekteringsfasen. Forskrifta § 5 er seinare endra. Den føresegna som er grunnlaget for tvisten her – § 5 andre ledd bokstav c – finn me i dagens forskrift i § 5 andre ledd bokstav e. Innhaldet er det same.

- (35) Lagmannsretten kom, under noko tvil, til at det ikkje var sett av tilstrekkeleg byggjetid til Lyshorntunellen. Høgsterett skal ikkje ta stilling til det nærare innhaldet i vilkåret «tilstrekkelig tid» i byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c – eller om det ligg føre brot på denne føresegna. Ankehandsaminga for Høgsterett er avgrensa til spørsmålet om *rettsverknaden* av moglege brot på byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c – og eventuelt kva for relevans entreprenørens kunnskap om kort byggjetid skal ha.

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2 og læra om privatrettsleg ugyldigheit for avtaler med innhald i strid med lova

- (36) Det fyrste spørsmålet er om dei dagmulksanksjonerte delfristane må setjast til side fordi dei er i strid med Norske Lov 5-1-2, som har slik ordlyd:

«Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.»

- (37) Norske Lov 5-1-2 slår fast at avtaler skal haldast, med mindre dei er «imod Loven». Det er likevel sikker rett at det ikkje er ein automatikk her. Den rettslege konsekvensen av at ei avtale er i strid med ei ufråvikeleg lovføresegn, krev ei tolking av den aktuelle føresegna, jf. Rt-1993-312 *Kierulf* på side 315:

«Jeg legger til grunn at det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning.»

- (38) Dette utgangspunktet er gjenteke mellom anna i Rt-2004-1582 *Konsesjonspris* avsnitt 34, Rt-2006-539 *Delingsforbod* avsnitt 31 og HR-2018-1782 *Jaktrett* avsnitt 36.

- (39) I den konkrete vurderinga i Rt-1993-312 *Kierulf* på side 315 er omsyna til effektiv rettshandheving og konkret rimelegheit trekte fram. Saka gjaldt spørsmål om tilbakebetaling av ulovleg kreditt. Skuldnaren vart ikkje fritaken for tilbakebetalingsplikta,

men kreditoren fekk ikkje rett på renter og kurtasje. I Rt-2004-1582 *Konsesjonspris* avsnitt 35 var det eit sentralt moment at ei hemmeleg tilleggsavtale om ekstra vederlag omgjekk eit av dei sentrale føremåla med konsesjonslova. I HR-2018-1782 *Jaktrett* avsnitt 39 vart det framheva at det var vanskeleg å tenkje seg forbodet mot å skilja jaktretten frå eigedomen i meir enn ti år handheva på ein annan måte enn ved ugyldigheit mellom partane. Kva for omstende som var avgjerande i desse dommane, må lesast ut frå kva for lovregel som var broten – og føremålet med regelen. Sidan alle dommane gjaldt forhold der lovregelen retta seg direkte mot forholdet mellom avtalepartane, gjev dei etter mitt syn avgrensa rettleiing for den konkrete vurderinga i saka her.

(40) Saksforholdet i Rt-1994-1089 *Hjullastar* liknar noko meir. Her var lovstrid gjort gjeldande som grunnlag for mangelskrav. Høgsterett avgjorde saka på eit anna grunnlag, men uttalte i eit *obiter* at brot på arbeidsmiljølova ikkje i seg sjølv kunne føre til at ein «as is»-klausul mellom partane vart ugyldig.

(41) Som eg alt har sagt, gjeld det ikkje nokon allmenn regel om at ei avtale med innhald i strid med preseptorisk lov eller forskrift er ugyldig. Tvert om er utgangspunktet at offentleg tilsynslovgeving ikkje har privatrettslege konsekvensar. Sjå til dømes Kai Krüger, *Kontraksrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser*, Festskrift til Torgny Håstad, 2010, side 366:

«Det overordnede generelle spørsmål uavhengig av EU/EØS gjelder forholdet mellom offentligrettslige tilsynsregler og privatrettslig kontraktsautonomi. Tilsynslovgivning og hjemler for påbud og forbud har etter nordisk tankegang ikke nødvendigvis innvirkning på avtalefriheten. Hovedregelen er at lovstrid og regelbrudd i forhold til forskrifter og administrative pålegg i tilsynslovgivning ikke har privatrettslige konsekvenser.»

(42) Byggherreforskrifta inneheld ikkje føresegnar om ugyldigheit i avtaleforholdet mellom byggherren og entreprenøren. Det er heller ikkje haldepunkt for at lovgevaren har meint eller føresett at brot på forskrifta skal ha privatrettslege verknader. Føremålet med byggherreforskrifta er å verne arbeidstakarane ved at det blir teke omsyn til sikkerheit, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplassar ved planlegginga, prosjekteringa og utføringa av bygge- eller anleggsarbeid, jf. forskrifta § 1. Vern av byggherrens eller entreprenørens økonomiske interesse kan ikkje seiast å vera ein del av føremålet med forskrifta.

(43) Byggherreforskrifta § 5 inneheld overordna reglar, som framstår som «faneføresegnar». Paragraf 5 andre ledd bokstav c inneheld til dømes ingen kriterium for kva som *er* «tilstrekkelig tid». Dette gjer føresegna mindre eigna som ugyldigheitsregel.

(44) Vidare er det relevant korleis byggherreforskrifta blir handheva. Tilsynet med arbeidsmiljølova med forskrifter ligg til Arbeidstilsynet, jf. arbeidsmiljølova § 18-1. Arbeidstilsynet kan krevja nødvendige opplysningar utan hinder av teieplikt, jf. arbeidsmiljølova § 18-5. Tilsynet kan gjera vedtak som er nødvendige for å sikre gjennomføring av mellom anna byggherreforskrifta, inkludert tvangsmulkt og stans i arbeidet, jf. arbeidsmiljølova §§ 18-6 til 18-8. Arbeidstilsynet kan også sanksjonere brot på forskrifta ved overtredingsgebyr, jf. arbeidsmiljølova § 18-10. Der Arbeidstilsynet meiner det er grunnlag for straff, kan tilsynet melde brot på byggherreforskrifta.

- (45) Veidekke gjer gjeldande at Arbeidstilsynet i røynda ikkje fører tilsyn med byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c – og at regelen difor blir utan innhald dersom han ikkje blir gjeven direkte verknad også i kontraktsforholdet mellom partane. Det er vist til at Arbeidstilsynet korkje har kapasitet eller kompetanse til å føre tilsyn med og eventuelt gripe inn i saker om for kort byggetid. Eg legg ikkje vekt på dette – og tek heller ikkje stilling til den faktiske sida av dette spørsmålet. Etter mitt syn kan den privatrettslege vurderinga ikkje vera avhengig av korleis det offentlege vel å organisere og føre tilsynet.
- (46) Eg er samd med Veidekke i at direkte bruk av byggherreforskrifta i entreprisekontraktar truleg vil kunne effektivisere handhevinga av føresegna om tilstrekkeleg byggetid. Samstundes vil ein slik verknad kunne gje entreprenøren insentiv til ikkje å ta opp uforsvarlege forhold med Arbeidstilsynet, og heller gjera gjeldande at fristar som er dagmulksanksjonerte, er ugyldige. Ein ugyldighetsverknad mellom entreprenøren som arbeidsgjevar og byggherren som kontraktspart kan på denne måten gje uheldige økonomiske insentiv som motverkar føremålet med forskrifta og tilsynssystemet i arbeidsmiljølova. Vidare vil det nok i praksis kunne vera uklart om fristen er sett uforsvarleg før entreprisen er gjennomført eller i alle fall er godt i gang, noko som vil vera prosessdrivande og ikkje gje arbeidstakarane vern i byggjeperioden.
- (47) Eg legg her til at arbeidstakarane ikkje har plikt til å utføre arbeid som er i strid med offentlegrettslege sikkerheitskrav. Det følgjer av NS 8406 punkt 13.1 andre avsnitt at kontraktspartane har plikt til å halde lover og forskrifter – og at entreprenøren kan nekte å gjera arbeid som er i strid med offentlegrettslege krav. Den økonomiske konsekvensen av dette mellom byggherren og entreprenøren følgjer risikofordelinga i kontrakten. Dersom ein i kontraktar baserte på anbodskonkurransar skulle setja til side konkrete fristar som har vore motiverande for dei tilboda som er gjevne – og eventuelt for tilboda som ikkje er gjevne – ville dette vera lite føreseieleg og utgjera brestande føresetnader for konkurransane. I saka her ville det innebera at Veidekke fekk ein konkurransefordel ved å sleppe å betale dagmulkt.
- (48) Oppsummert meiner eg at privatrettsleg ugyldigheit ikkje er nødvendig for å sikre effektiv handheving av byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c. Stortinget *har* etablert eit tilsyns- og sanksjonssystem. Rett nok er dette mest relevant i utføringsfasen, der Arbeidstilsynet fører aktivt tilsyn med dei detaljerte arbeidstidsreglane i arbeidsmiljølova kapittel 10. Men etter mitt syn er ugyldigheit heller ikkje ein særleg eigna måte å handheve forskrifta på. Det ikkje opplagt at privatrettsleg ugyldigheit – basert på tidsplanen lagt i planleggingsfasen – samla vil fremje ei meir effektiv handheving av byggherreforskrifta.
- (49) Eg konkluderer etter dette med at Norske Lov 5-1-2 og læra om privatrettsleg ugyldigheit for avtaler med lovstridig innhald, ikkje gjev grunnlag for å setja til side eller revidere dei dagmulksanksjonerte delfristane i entreprisekontrakten.

Lojalitets- og effektivitetsprinsippet utleidd av EØS-avtala artikkel 3

- (50) Det andre spørsmålet er om lojalitets- og effektivitetsprinsippet, slik det er utleidd av EØS-avtala artikkel 3, fører til at byggherreforskrifta, som har opphav i EU-direktiv 92/57/EØF – byggjeplassdirektivet – må gjevast privatrettsleg verknad i kontraktsforholdet mellom Statens vegvesen og Veidekke.

- (51) Eg tek utgangspunkt i EFTA-domstolens dom 10. desember 2010 i sak E-2/10 *Kolbeinsson*. Islandsk Høgsterett hadde slått fast at ein arbeidstakar sjølv måtte bera ansvar etter ei arbeidsulykke. Arbeidstakaren fekk redusert skadebota etter nasjonal rett på grunn av eiga aktløyse. EFTA-domstolen konkluderte med at Island med dette hadde brote direktiv 89/391/EØF og 92/57/EØF. Retten la til grunn at det ikkje var grunnlag for å nekte eller avkorte skadebota når arbeidsgjevaren hadde brote ei forskrift om sikkerheit på arbeidsplassen.
- (52) I *Kolbeinsson* avsnitt 47 går det fram at EØS-landa står fritt til å velja sanksjonssystem så lenge det er «effective, proportionate and dissuasive». I vår samanheng svarar «effective» til «wirksam» på tysk, jf. EU-domstolens dom i dei sameinte sakene C-58/95 *Gallotti med fleire*, som det er vist til i *Kolbeinsson* avsnitt 47. «Effective» er ikkje eit krav om mest mogleg effektive sanksjonar, men eit krav om at sanksjonane skal ha reell verknad. Dette vil i praksis kunne overlappe «dissuasive»-kravet, det vil seia at sanksjonane må verka avskrekkande. Det er ikkje eit krav om at ein i valet mellom ulike verksame sanksjonar må velja det mest verknadsfulle.
- (53) Kva som er tilstrekkeleg verksamt, må avgjerast på grunnlag av det konkrete direktivet, kva det regulerer og korleis det regulerer det. Kravet om forsvarleg frist i byggjeplassdirektivet er ein del av eit meir generelt krav om at fristane som blir sette, heile tida skal vera forsvarlege og om nødvendig bli justerte. Kravet rettar seg mot både byggherrar, entreprenørar og andre. Det er eit direktiv med reglar som i utgangspunktet har ein klar offentlegrettsleg karakter. Ei handheving gjennom eit offentlegrettsleg sanksjonssystem, som i Noreg, må i utgangspunktet vera tilstrekkeleg for å oppfylle krava om «effective, proportionate and dissuasive» sanksjonar. Men som *Kolbeinsson* også viser, er dette ikkje alltid nok.
- (54) Kravet om verksam handheving av direktiv må sjåast som eit utslag av lojalitetskravet i EØS-avtala artikkel 3, lest i samanheng med kravet til gjennomføring av direktiv i nasjonal rett. I *Kolbeinsson* var temaet manglande skadebot til ein skadelidd arbeidstakar som direktivet direkte tok sikte på å verne. EFTA-domstolen kom til at den islandske regelen ikkje sterkt nok gjorde arbeidsgjevarens primære HMS-ansvar tydeleg, sjå avsnitt 57. Saka her skil seg frå *Kolbeinsson* fordi ho ikkje gjeld krav frå ein arbeidstakar som er direkte skadeliden, men frå ein entreprenør. Entreprenøren er som nemnt ikkje verna av direktivet. Kravet som er sett fram i saka her, vil berre gje arbeidstakarane eit indirekte vern.
- (55) Arbeidsgjevarens primære ansvar overfor arbeidstakarane er i saka her vareteke i NS 8406 punkt 13.1, som eg kjem attende til. Spørsmålet er om det er nødvendig med privatrettslege sanksjonar – som eit meir avleidd og indirekte verkemiddel – ved for korte fristar sette av byggherren, i tillegg til offentlegrettsleg handheving.
- (56) Fristar som er sanksjonerte med dagmulkt, kan nok i praksis verke inn på den daglege framdrifta på byggjeplassen. Men denne effekten vil ein truleg langt på veg få uansett, sidan spørsmålet om det er sett av tilstrekkeleg tid, med ein mogleg privatrettsleg konsekvens, gjerne vil bli avgjort i ettertid. Ei privatrettsleg handheving kan nok gjera oppfylinga av direktivet meir effektiv, men etter mitt syn er kravet om «effective, proportionate and dissuasive» sanksjonar klart oppfylt også utan eit slikt tillegg.
- (57) Veidekke har vidare gjort gjeldande at staten som kontraktspart må avstå frå alle tiltak som kan setja måla i EØS-avtala i fare, jf. EØS-avtala artikkel 3 andre avsnitt. Eg kan ikkje sjå

at staten som kontraktspart skal ha eit særleg eller større ansvar enn staten generelt har for å oppfylle EØS-avtala.

- (58) Veidekke har endeleg framheva at dagmulktkravet fører til at staten tener på sitt eige brot på EØS-retten, og at dette i seg sjølv er i strid med EØS-retten. Til det vil eg seia at dagmulkt er ei form for standardisert skadebot. Ut frå dei konkrete omstenda kan mulkta bli høgare eller lågare enn det økonomiske tapet til byggherren. Staten må her stille likt med andre byggherrar. Spørsmålet om det gjeld eit prinsipp om at staten ikkje skal kunne tene på eigne brot på EØS-retten, og kva det prinsippet i så fall meir generelt inneber, går eg ikkje inn på.

NS 8406 punkt 13.1, jf. punkt 19.4

- (59) Det tredje spørsmålet er om brot på byggherreforskrifta § 5 verkar slik på kontrakten at Veidekke kan krevja fristforlenging. Dette må avgjerast ut frå ei tolking av kontrakten.
- (60) Utgangspunktet er at entreprenøren skal utføre kontraktarbeidet innom dei avtalte fristane, jf. NS 8406 punkt 17 fyrste avsnitt. Leverer ikkje entreprenøren innan avtalte fristar, utgjer det forseinking som gjev grunnlag for dagmulkt etter NS 8406 punkt 26. Spørsmålet er om kontrakten i den situasjonen som har oppstått, gjev grunnlag for å endre entreprenørens økonomiske ansvar for å levere innan dei avtalte fristane.
- (61) NS 8406 punkt 19.4 fyrste avsnitt har slik ordlyd:

«Hvis byggherrens leveranser eller annen medvirkning er forsinket eller svikter og dette påfører entreprenøren økte kostnader eller hindrer hans fremdrift, har entreprenøren krav på vederlagsjustering og fristforlengelse etter 22.1, 22.2, 22.3 og 22.5. Det samme gjelder hvis det inntreffer andre forhold som byggherren bærer risikoen for. Entreprenøren er forpliktet til å begrense og forebygge de økonomiske og fremdriftsmessige konsekvensene med rimelige midler.»

- (62) NS 8406 punkt 13.1 har slik ordlyd:

«Begge parter skal overholde de lover, offentlige forskrifter og vedtak som gjelder for deres kontraktsforpliktelser og for forholdene på byggeplassen.

Entreprenøren har rett til å nekte å utføre arbeid som ville være i strid med offentligrettslige krav stilt i lov eller i medhold av lov.»

- (63) Det følgjer av punkt 13.1 andre avsnitt at entreprenøren kan nekte å gjera arbeid som er i strid med offentlegrettslege krav. Ut over dette seier ikkje føresegna noko om kontraktsrettslege verknader av brot på pliktene i punkt 13.1 fyrste avsnitt. Eg viser til Hans-Jørgen Arvesen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt, NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer, 2. utgave, 2014, side 140:

«NS 8406 sier ikke noe bestemt om den kontraktsrettslige konsekvensen av at partene misligholder sine forpliktelser etter pkt. 13.1. Bestemmelsen regulerer ikke de materielle pliktene mellom partene. Kontraktens øvrige risiko- og ansvarsregler vil komme til anvendelse. Hvis entreprenøren har lagt opp til arbeid ut over de lovlige arbeidstidsbestemmelser, vil dette være entreprenørens risiko. På den annen side, dersom det oppstår stans i byggeprosessen som følge av at byggherren ikke har de

nødvendige tillatelser på plass, vil entreprenøren ha krav på fristforlengelse og kompensasjon for økte kostnader.»

- (64) NS 8406 punkt 13.1 regulerer altså ikkje kven av avtalepartane som har det økonomiske ansvaret for å unngå ulovlege forhold. Konsekvensane av slike lovbrøt må då vurderast ut frå kontraktens føresegner om risikofordelinga, inkludert mellom anna punkt 17 fyrste avsnitt og punkt 19.4 fyrste avsnitt.
- (65) Slik eg forstår Veidekke, gjer selskapet gjeldande at NS 8406 punkt 19.4 heimlar fristforlenging i saka her. Det er eg ikkje samd i. For det fyrste «inntre» det ikkje andre forhold som byggherren ber risikoen for, jf. punkt 19.4 fyrste avsnitt andre punktum, ved at byggjetida er sett for kort. Kravet til byggjetid er ikkje endra sidan kontrakten vart inngått. For det andre er lovlegheita av den avtalte byggjetida ikkje eit forhold som byggherren etter kontrakten har risikoen for. Entreprenøren tek i kontrakten på seg risikoen for byggjetida, jf. NS 8406 punkt 17 fyrste avsnitt. Den økonomiske risikoen ved å utføre arbeidet lovleg, innan dei avtalte fristane, ligg på entreprenøren.
- (66) Ei utvidande tolking av NS 8406 punkt 19.4 til også å omfatte eit bortfall av dagmulksanksjonerte delfristar som følgje av forskriftsbrot, ville vera eit langt steg bort frå det som elles følgjer av risikofordelinga og strukturen i kontrakten.
- (67) Oppsummert: NS 8406 punkt 13.1 seier ikkje at eit kvart brot på byggherreforskrifta gjev grunnlag for å setja til side eller revidere dei dagmulksanksjonerte delfristane i kontrakten. NS 8406 punkt 19.4 gjev ikkje grunnlag for fristforlenging som følgje av for korte fristar i relasjon til byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c.

Avtalelova § 36

- (68) Det siste spørsmålet er om det er urimeleg å gjera avtala gjeldande, jf. avtalelova § 36.
- (69) Når det gjeld innhaldet i avtalelova § 36, nøyer eg meg med å nemne at terskelen for ugyldigheit eller avtalerevisjon må vera svært høg når kontrakten er inngått mellom profesjonelle partar og er tufta på ein standardkontrakt.
- (70) I den konkrete vurderinga er det for min del avgjerande at kontrakten inneheld ei omfattande og detaljert regulering av korleis hindringar for framdrifta skal handterast, inkludert rettsverknadene av dette, jf. kontrakten C3 punkt 6 og NS 8406 punkt 18 og 19. Ugyldigheit med verknad alt frå avtaletidspunktet kan det då ikkje bli tale om. Innanfor eit kontraktsregime som det me står overfor i saka her, er det heller ikkje plass for etterfylgjande omfordeling av risiko og ansvar basert på avtalelova § 36. Alt før Veidekke gav tilbod, var selskapet klar over at det var utfordrande delfristar i tidsplanen. Veidekke gav likevel tilbod – medviten om risikoen.
- (71) Eg kan difor ikkje sjå at det er grunnlag for korkje ugyldigheit eller avtalerevisjon heimla i avtalelova § 36.

Oppsummering, sakskostnader og konklusjon

- (72) Eg er etter dette komen til at dei dagmulksanksjonerte delfristane i entreprisekontrakten ikkje skal setjast til sides, eller reviderast, korkje etter entreprisekontrakten sjølv, Norske Lov 5-1-2, effektivitetsprinsippet i EØS-retten eller avtalelova § 36.
- (73) Det er då ikkje grunn til å gå nærare inn på spørsmålet om kva for relevans entreprenørens kunnskap om kort byggjetid skal ha meir generelt.
- (74) Anken har ikkje ført fram. Etter hovudregelen i tvistelova § 20-2 fyrste ledd skal staten få dekt sakskostnadane sine for Høgsterett. Eg er likevel komen til at det bør gjerast unntak. Saka har for Høgsterett vore avgrensa til å gjelde prinsipielle spørsmål som også staten – som stor byggherre – har hatt interesse i å få avklart. Eg meiner difor det er rimeleg å frita Veidekke for sakskostnadsansvaret for Høgsterett, jf. tvistelova § 20-2 tredje ledd. Tingrettens og lagmannsrettens sakskostnadsavgjerder ser eg derimot ikkje grunn til å endre.
- (75) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. Sakskostnader for Høgsterett blir ikkje tilkjente.

(76) **Dommer Falch:**

Dissens

- (77) Jeg er kommet til at anken fører frem.
- (78) Mitt syn er at de fristene for levering som er fastsatt i entreprisekontrakten, må settes til side – i praksis forlenges – i den utstrekning de strider mot byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav c. Konsekvensen må bli at byggherrens misligholdsbeføyelser – her dagmulkskrav – avskjæres i forlengelsesperioden, jf. Norske Lov 5-1-2. På den måten blir forskriftsbestemmelsen effektiv.
- (79) Som førstvoterende har gjennomgått, pålegger § 5 andre ledd bokstav c byggherren å avsette «tilstrekkelig tid» til utførelsen av de forskjellige arbeidsoperasjonene på bygge- og anleggsplassen. Dette mener jeg at byggherren har plikt til å gjøre i alle relevante sammenhenger, også i de avtalene han inngår med utførende entreprenører. Entreprenørene er, så langt jeg kan forstå, pålagt den samme plikten til å avsette – og bruke – tilstrekkelig tid på utførelsen av arbeidene. Partene er ikke gitt noen rett til å dispensere fra dette forskriftskravet. De kan med andre ord *ikke avtale* kortere frister.
- (80) *Formålet* er å verne arbeiderne på bygge- og anleggsplasser mot den forhøyede risiko for ulykker og helseskader som regelmessig følger av *tidspress*, se blant annet forskriften § 1. Hensynet til å unngå tidspress er ansett som så vesentlig og tungtveiende at også

byggherren – ikke bare entreprenøren som arbeidsgiver – er pålagt å sørge for at det avsettes tilstrekkelig byggetid.

- (81) Dersom ulovlig korte frister skulle anses avtalerettslig bindende, blir resultatet at entreprenøren nettopp påføres det tidspresset som forskriften har til formål å hindre. Presset blir særlig sterkt dersom entreprenøren risikerer sanksjoner – dagmulkt – hvis han ikke leverer innen de avtalte fristene. Entreprenøren settes da i et *krysspresst* mellom på den ene siden å oppfylle forskriften og på den andre siden å oppfylle avtalen. Begge kan han ikke oppfylle, med den følge at krysspresst direkte vil motvirke oppfyllelsen av forskriften. Formålsbetraktninger taler derfor etter min mening sterkt for å tolke byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav c slik at den avskjærer slike privatrettslige resultater.
- (82) Mot denne tolkningen kan det for det *første* innvendes at når entreprenøren frivillig har inngått kontrakten, må han finne seg i å ta de følgene som der er fastsatt, blant dem å betale dagmulkt for oversittelse av avtalte frister. Men det er ikke hensynet til entreprenøren som begrunner byggherreforskriftens regler. Det er som nevnt hensynet til arbeiderne som har ført til kravet om å avsette tilstrekkelig byggetid. At en tilsidesettelse av de avtalte fristene også vil komme entreprenøren – og i en anbudsprosess alle tilbydere – til gode, må derfor anses som en sideeffekt som etter min mening ikke er noen avgjørende innvending.
- (83) Mot tolkningen kan det for det *andre* innvendes at entreprenøren har plikt til å motstå det oppfyllellespresset som ligger i at de avtalte fristene er ulovlig korte. Men dette presset vil det være fare for at entreprenøren ikke vil motstå, særlig hvis han er hardt presset økonomisk. Dagmulkten vil gjerne i betydelig grad overstige den boten/gebyret som eventuelt kan påregnes ved forskriftsbrudd. Som nevnt er forskriftens formål, slik jeg ser det, å hindre at slike dilemmaer oppstår.
- (84) Byggherren på sin side har ingen beskyttelsesverdig interesse i å få levert arbeidene tidligere enn forskriften krever. Da har han etter min mening heller ingen beskyttelsesverdig interesse i å bli kompensert med dagmulkt dersom entreprenøren overholder det kravet til byggetid som byggherren selv er pålagt å sikre at blir overholdt. Det kan tvert om skapes uheldige insentiver i strid med forskriftens formål dersom byggherren honoreres for eget forskriftsbrudd.
- (85) Endelig kan det for det *tredje* innvendes at denne tolkningen av forskriften skaper usikkerhet om hvilket tidspunkt arbeidene må leveres. Denne innvendingen er jeg enig i, og jeg utelukker heller ikke at den tolkningen av forskriften som jeg mener er riktig, kan virke konfliktskapende. Men dette er en konsekvens av forskriftsbestemmelsens skjønnsmessige utforming, som ikke kan være et argument for her å se bort fra forskriftskravet.
- (86) Mitt syn er altså at i de tilfellene kontrakten kommer i konflikt med lovgivningen – her en forskriftsbestemmelse – må kontrakten vike. Lovgivningen har *forrang*.
- (87) Dette finner jeg støtte for i rettspraksis, se Rt-1993-312 *Kierulf*, Rt-2004-1582 *Konsesjonspris*, Rt-2006-539 *Delingsforbud* og HR-2018-1782 *Jaktrett*. Felles for alle disse er at den avtalte ytelsen var lovstridig, slik tilfellet også er i vår sak. Da kunne realkreditor ikke kreve oppfyllelse, og det var heller ikke spørsmål om å kompensere ham for at avtalt ytelse uteble. I alle dommene er lovformålet trukket frem som et vesentlig argument for at lovstriden ble gitt denne privatrettslige virkningen.

- (88) I motsetning til førstvoterende mener jeg at Rt-1994-1089 *Hjullaster* ikke gir noen veiledning her. Loven inneholdt i den saken intet forbud mot å omsette hjullastere som manglet godkjenning etter arbeidsmiljøloven. Spørsmålet var reelt sett om den aktuelle hjullasteren var mangelfull. Avtalen stred med andre ord ikke mot loven, og den ble ikke kjent ugyldig.
- (89) Min konklusjon er etter dette at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig. De avtalte dagmulktfastsatte fristene er ugyldige så langt de forkorter den minstetiden for levering av arbeidene som er fastsatt i byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav c. Fristene må i slike tilfeller forlenges, slik at motstriden mellom kontrakten og forskriften bortfaller.
- (90) Slik jeg ser det, er det i denne sammenhengen uten betydning hvilken kunnskap entreprenøren – og byggherren for den del – hadde om byggetiden ved kontraktsinngåelsen. Kravet i § 5 andre ledd bokstav c om at det skal avsettes tilstrekkelig byggetid, er objektivt og gjelder uavhengig av partenes kunnskap. En annen sak er at jeg med dette ikke utelukker at en eventuell illojal kontraktspart – her som ellers – kan utsette seg for andre kontraktsrettslige reaksjoner enn dem som følger av at avtalte frister ikke er overholdt.
- (91) Jeg stemmer for at lagmannsrettens dom oppheves.
- (92) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Høgetveit Berg.
- (93) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (94) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (95) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. Sakskostnader for Høgsterett blir ikkje tilkjente.