



IKT Norge
Oscarsgate 20
0352 OSLO

geir@ikt-norge.no

DERES REF
Geir Olsen

VÅR REF
86978/248133/D336428

ANSVARLIG ADVOKAT
Elin Mathisen

Oslo, 10. juli 2023

BETENKNING OM DFØS VEILEDER VEDR. ARBEIDSGIVERAVGIFT OG SSA

Innhold

1	Innledning.....	3
2	Oppsummering og konklusjon	3
3	Tolkning av kontrakt – rettslige utgangspunkt.....	3
3.1	Objektiv tolkning – et tolkningsprinsipp	3
3.2	Marti-dommen	4
3.3	Arbeidsgiveravgiften	5
4	Prisendringsklausulene i SSA-B og SSA-O	5
4.1	Generelt.....	5
4.2	Endring i offentlige avgifter - SSA-B pkt. 4.5 og SSA-O pkt. 6.5 første avsnitt	6
4.2.1	«Offentlige avgifter»	6
4.2.2	«Virkning for konsulentens vederlag eller kostnader»	7
4.3	Indeksregulering - SSA-B pkt. 4.5 og SSA-O pkt. 6.5 annet avsnitt	8
5	DFØs veileder	8
5.1	Generelt.....	8
5.2	Den offentlige avgiften må ikke være omfattet av annen prisendringsmekanisme.....	9
5.2.1	Kan vilkåret om at avgiften ikke må være omfattet av en annen prisendringsmekanisme innfortolkes i SSA-ene, særlig SSA-B, pkt. 4.5?	9
5.2.2	Vil arbeidsgiveravgiften falle inn under konsumprisindeksen?	10
5.2.3	Konklusjon	11
5.3	Den offentlige avgiften må ha tilstrekkelig tilknytning til det kontraktsarbeidet avtalen gjelder (tilknytningsvilkåret).....	11
5.3.1	Oppstiller SSA-ene ytterligere krav om tilstrekkelig tilknytning mellom den offentlige avgiften og kontraktsarbeidene?	11

5.3.2	Konklusjon	12
6	Avsluttende bemerkninger.....	13

1 Innledning

Advokatfirmaet Berngaard AS har fått i oppdrag å gjøre en vurdering av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) sin veileder «Veiledning til prisendringskrav som følge av økt arbeidsgiveravgift etter Statens standardavtaler» som ble publisert torsdag 29. juni 2023.

Vår vurdering knytter seg særlig til om veilederen kan rettslig omfatte standardkontrakter som SSA-B og SSA-O.

2 Oppsummering og konklusjon

Det er vår vurdering at DFØ sin veileder ikke står seg ved tolkning av SSA-B og SSA-O. Vi baserer dette på at DFØs anvendelse av Marti-dommen¹ ikke er like relevant for tolkning av SSA-O og SSA-B som DFØ anfører. Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at kontrakter skal tolkes objektivt, herunder etter sin ordlyd basert på en naturlig språklig forståelse og partenes forutsetninger. I tillegg til den naturlige språklige forståelsen, må ordlyden også sees i lys av de formål avtalene skal ivareta og andre reelle hensyn. Etter en slik helhetsvurdering mener vi at leverandørene har rett til endring av pris i IT-prosjekter levert på SSA-B og SSA-O som følge av endringer i arbeidsgiveravgiften. Om leverandører som har avtaler på andre maler i SSA-familien, eller leverandører som har brukt SSA-B og SSA-O på andre prosjekter enn IT-leveranser også har krav på prisendring som følge av endring i arbeidsgiveravgiften tar vi ikke stilling til i denne betenkningen.

3 Tolkning av kontrakt – rettslige utgangspunkt

3.1 Objektiv tolkning – et tolkningsprinsipp

Kontraktstolkning er med få unntak skapt av domstolene. For dynamiske kontrakter, som standardkontraktene bl.a. innenfor entrepriser, IT og offshore, så er det som utgangspunkt objektiv tolkning som skal danne utgangspunktet for kontraktsforståelsen. Dette gjelder særlig i de tilfellene hvor kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene², og er også stadfestet i Marti-dommen³.

I vår sak er det klart at Statens standardavtaler – SSA – er utformet av en kontraktspartene alene, nemlig DFØ og dets forgjengere (Difi, Rasjonaliseringsdirektoratet mv.) og har eksistert i nærmere 50 år.⁴

En objektiv tolkning av en kontrakt innebærer at tolkeren setter seg i en utenforståendes sted. Tolkeren spør «hvordan en forstandig person med samme kjennskap som partene til bakgrunnen for kontrakten» ville oppfatte avtalevilkåret som tolkingstvisten dreier seg om. Den norske oversettelsen av FNs kjøpslovkonvensjon CISG viser i art. 8 andre ledd til «den forståelse som en fornuftig person i samme egenskap og stilling som den andre parten ville hatt under de samme forhold».

Bestemmelsen gjelder direkte for tolking av tilbud og andre utsagn fra en part, men prinsippet har også relevans for tolking av avtaler. Selv om CISG gjelder for internasjonale kommersielle varekjøp,

¹ HR-2023-411-A

² Rt. 2012, avsnitt 37

³ HR-2023-411-A, avsnitt 35-37

⁴ <https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/statens-standardavtaler-ssa/hva-er-en-ssa>

gir konvensjonen på dette punktet også uttrykk for kjernen i norsk rett.⁵ Altså skal ordlyden tolkes etter en naturlig språklig forståelse.

For standardkontrakter, kan en ikke isolert se på kontraktens ordlyd etter en naturlig språklig forståelse. Bestemmelsens ordlyd må i tillegg blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn⁶. Videre er bakgrunnsretten et selvstendig tolkningsargument når en sikker løsning ikke fremgår av avtalen⁷.

På både entrepriserettens og IT-rettens område har det tradisjonelt vært et nokså fattig rettskildetilbud i motsetning til andre formuesrettslige områder og dermed lite bakgrunnsrett å lene seg på.

Imidlertid, har tendensen de siste årene vært at de alminnelige domstolene og også Høyesterett har behandlet flere tvister på rettsområdet.⁸ I tillegg kan man tydelig trekke sammenligninger med lovforankrede begrep og regler, særlig i de tilfellene hvor kontrakter har hatt funksjon som inspirasjon for hverandre og de kan sammenlignes.⁹ I tillegg har det vært tradisjon for å anvende rettspraksis på tvers av kontraktsområdene for de tilfellene kontraktsformularene og faktum er likt. Dette innebærer at rettsspørsmålet som blir besvart i den enkelte dommen fra Høyesterett i en sak kan ha en overføringsverdi for det aktuelle rettsspørsmålet i en annen sak, forutsatt at kontraktsformularene er noenlunde like og faktumet er likt. Som eksempel vises det til Infordommen fra lagmannsretten, der det ble henvist til entreprisekontrakten, NS8407, ved tolkning av SSA-T.¹⁰

3.2 Marti-dommen

DFØ henviser gjennomgående til Marti-dommen i sin veileder. I Marti-saken tolket Høyesterett entreprisekontrakten inngått på formularet NS8406. Det følger av den kontrakten at vederlaget skal justeres dersom det skjer endringer i «*offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale*». Klausulen lyder slik:

«23.1 Indeksregulering. Endring av offentlige gebyrer og avgifter

Er ikke annet avtalt, reguleres kontraktssummen etter bestemmelsene i NS 3405 – Bestemmelser om regulering av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter m.m., – totalindeksmetoden – med en kalendermåned som avregningsperiode.

Dette gjelder også regningsarbeider og tilleggsarbeider som skal utføres etter kontraktens enhetspriser.

⁵ Giertsen, Avtaler, 2021, 4. utgave, avsnitt 577

⁶ Rt. 2010-961, avsnitt 44

⁷ HR-2016-1447-A, avsnitt 46

⁸ Hagstrøm og Bruserud, Entrepriserett, 2014, 1. utgave, s. 28

⁹ Ibid. s. 28

¹⁰ LE-2018-76187-3

Dersom tilbud gis under utførelsen, skal prisene i slike tilbud ikke prisreguleres med mindre annet avtales.

Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.» [vår utheving]

I første ledd av pkt. 23.1 er det inntatt en standardformulering om at NS3405 skal anvendes som indeks for prisjustering. Denne inkluderer arbeidsgiveravgift. Etter fjerde ledd i samme bestemmelse vil prisjustering for øvrige offentlige avgifter reguleres.

I tillegg kan prisen indeksreguleres basert på endringer i NS 3405. I saken krevde en entreprenør tilleggsvederlag av byggherren på grunn av økning av arbeidsgiveravgiften, fordi indeksregulering bare ville medføre en liten – om noen – oppjustering av vederlaget.

Høyesterett kom til at ingen av spesialbestemmelsene i kontrakten ga grunnlag for å kreve vederlag for økt arbeidsgiveravgift ut over indeksreguleringen. Det ble lagt avgjørende vekt på kontraktens ordlyd og på formålet med indeksreguleringen, og at leverandøren ikke skulle få dekket samme krav flere ganger.

3.3 Arbeidsgiveravgiften

Arbeidsgiveravgiften har gått fra å være en premiebetaling til folketrygden til å bli en skatt på bruk av arbeidskraft, jf. NOU 2022:20. Plikten til å betale arbeidsgiveravgift påhviler i sin helhet arbeidsgiveren, jf. folketrygdloven § 23-2 første ledd. Arbeidstakerens bidrag til finansiering av folketrygden er trygdeavgiften, som beregnes av personinntekten, jf. lovens § 23-3. Denne forståelsen følger av Marti-dommen.¹¹

For øvrig har DFØ samme forståelse, herunder at arbeidsgiveravgift er en offentlig avgift i sin veileder, pkt. 2:

«Arbeidsgiveravgiften er en direkte skatt, men vil etter en objektiv ordlydsfortolkning av SSA-ene falle inn under «offentlige avgifter».»

Arbeidsgiveravgiften inngår ikke direkte i SSBs konsumprisindeks (KPI). Den inngår imidlertid direkte i en del av andre indekser, som for eksempel «NS 3405 – Bestemmelser for regulering av kontraktssum på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter mv.» som brukes i flere kontrakter innenfor bygg og anlegg, som for eksempel NS 8406 som ble brukt i Marti-dommen.

4 Prisendringsklausulene i SSA-B og SSA-O

4.1 Generelt

Felles for begge standardkontraktene er følgende ordlyd (pkt. 4.5 i SSA-B og pkt. 6.5 i SSA-O):

¹¹ Avsnitt 39 og 58

«Prisene kan endres i den utstrekning reglene for offentlige avgifter endres med virkning for Konsulentens vederlag eller kostnader.

Prisen kan endres hvert årsskifte, begrenset oppad til et beløp som tilsvarer økningen i Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks (hovedindeksen), første gang med utgangspunkt i indeksen for den måned avtalen ble inngått, med mindre annen indeks er avtalt i bilag 4.

Eventuelle andre bestemmelser om prisendringer fremgår av bilag 4.»

Formålet med begge avtalene er at leverandøren skal yte faglige bistand til kunden i form av utleie av konsulenter. Avtalene er laget for å inngås mellom offentlige oppdragsgivere (stat, kommune mv.) og leverandører som leverer konsulenttjenester.

Ett formål med prisendningsklausulene er å regulere risikoen mellom partene. Klausulene innebærer at kunden (det offentlige) har risikoen for eventuelle endringer i konsumprisindeksen og i offentlige avgifter. Avtalene er formulert slik at det er kunden som er nærmest til å bære konsekvensene av endringer i offentlige avgifter. Dette er endringer som er utenfor leverandørens kontroll, og som man har avtalt at leverandøren derfor ikke skal prise inn risikoen for. Dette er en rimelig risikofordeling, særlig fordi avtalene er laget for offentlige kunder.

4.2 Endring i offentlige avgifter - SSA-B pkt. 4.5 og SSA-O pkt. 6.5 første avsnitt

«Prisene kan endres i den utstrekning reglene for offentlige avgifter endres med virkning for Konsulentens vederlag eller kostnader.»

Det er altså to vilkår som må være oppfylt:

1. Det må foreligge en endring i offentlige avgifter
2. Endringen må ha virkning for leverandørens vederlag eller kostnader

4.2.1 «Offentlige avgifter»

Vilkåret for å kreve endring av pris er at *reglene for offentlige avgifter endres*. «Offentlige avgifter» er ikke nærmere definert i kontraktene, men det må legges til grunn at det er tale om samtlige offentlige avgifter som har virkning for leverandørens vederlag eller kostnader.

Til støtte for ovennevnte forståelse vises det til SSA U 99 - programutviklingsavtalen, pkt. 8.3 hvor det åpnes opp for at leverandører skal ha rett til å kreve vederlaget justert i samsvar med eventuelle økninger i offentlige satser som måtte finne sted i perioden mellom avtaleinngåelsen og leveringsdagen, herunder eventuelle økte norske toll- og avgiftssatser.¹²

SSA U – Programutviklingsavtalen, pkt. 8.3

«8.3 Prisendringer

¹² Føyen m.fl., Kontrakter for utvikling av programvare, 2006, 1. utgave, side 457 og 660

Leverandøren kan kreve tillegg for økninger i norske toll- og avgiftssatser som eventuelt blir gjort gjeldende etter avtalen er inngått og før leveringsdag, dersom de påfører Leverandøren økte kostnader.

Eventuelle andre bestemmelser om prisendringer er tatt inn i bilag 10.»

I denne eldre standardkontrakten var begrepet «offentlige avgifter» noe mer presist formulert, men med utviklingen i samfunnet legges det til grunn at begrepet har blitt mer generalisert for å favne flere typer «offentlige avgifter». Denne tolkningen har støtte i teori på entrepriserettens område hvor begrepet ikke lengre bare skal dekke ytelser fra det offentlige, men også økning i avgifter av mer fiskal karakter skal gi grunnlag for prisjustering.¹³ Selv om standarden det henvises til i teorien ikke har noen overføringsverdi for SSA-B eller SSA-O, må tolkningen anses for å være av en generell karakter og derfor kunne virke som et støttemoment for tolkningen av begrepet.

Etter vår vurdering er det klart at arbeidsgiveravgift regnes som en offentlig avgift, jf. folketrygdløven kapittel 23 - §§ 23-1 og 23-2.

Basert på DFØs veileder fremstår det som at DFØ også er enig i at arbeidsgiveravgift skal regnes for å være en offentlig avgift som skal falle inn under anvendelsesområdet til SSA-B, pkt. 4.5, første ledd og SSA-O, pkt. 6.5, første ledd.

DFØs veileder, pkt.2:

«Arbeidsgiveravgiften er en direkte skatt, men vil etter en objektiv ordlydsfortolkning av SSA-ene falle inn under «offentlige avgifter».»

4.2.2 «Virkning for konsulentens vederlag eller kostnader»

Det andre vilkåret som må være oppfylt er at endringer i offentlige avgifter må ha virkning for leverandørens vederlag eller kostnader. Ordlyden dekker to alternative scenarier. For det første er vilkåret oppfylt dersom endringen i offentlige avgifter har virkning for leverandørens vederlag, typisk hvor vederlaget enten reduseres eller øker grunnet endringen.

For det annet er vilkåret oppfylt dersom de endrede offentlige avgiftene får en virkning for leverandørens kostnader. Endringen i arbeidsgiveravgiften er en endring som kan få konsekvenser for leverandørens kostnader. Kontraktene forklarer ikke nærmere hvilke kostnader det er her tale om, men det må legges til grunn at dette gjelder alle kostnader som leverandøren får, så lenge det er kostnader tilknyttet de endrede offentlige avgiftene.

I IT-konsulentavtaler er lønn og sosiale kostnader et vesentlig kostnadselement og dermed også en vesentlig kostnad knyttet til leveransen.

¹³ Nordtvedt m.fl., NS8407, kommentarutgave, 2013, side 379

Vi tolker dermed ordlyden dithen at så lenge de endrede offentlige avgiftene får virkning for leverandørens vederlag eller kostnader har leverandøren rett på prisjustering.

4.3 Indeksregulering - SSA-B pkt. 4.5 og SSA-O pkt. 6.5 annet avsnitt

Prisen kan endres hvert årsskifte, begrenset oppad til et beløp som tilsvarer økningen i Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks (hovedindeksen), første gang med utgangspunkt i indeksen for den måned avtalen ble inngått, med mindre annen indeks er avtalt i bilag 4.

Vi tolker ordlyden dithen at annet ledd i bestemmelsene ikke oppstiller noen vilkår for at klausulen skal utløses. Imidlertid er det heller satt inn to begrensninger i klausulen.

For det første kan prisen kun endre ved hvert årsskifte. For det annet så skal denne være oppad begrenset til SSBs KPI. Formålet med SSBs KPI er å måle den faktiske prisutviklingen for varer og tjenester etterspurt av private husholdninger.¹⁴

KPI omfatter prisen på følgende varer og tjenester:

KPI Totalindeks
Matvarer og alkoholfrie drikkevarer
Alkoholholdige drikkevarer og tobakk
Klær og skotøy
Bolig, lys og brensel
Møbler, husholdningsartikler og vedlikehold av innbo
Helsepleie
Transport
Post- og teletjenester
Kultur og fritid
Utdanning
Hotell- og restauranttjenester
Andre varer og tjenester

5 DFØs veileder

5.1 Generelt

DFØ aksepterer at arbeidsgiveravgiften er å anse som en «offentlig avgift» i SSA-enes forstand, og dermed i utgangspunktet faller inn under prisendringsklausulen i bl.a. SSA-B, pkt. 4.5 første ledd. DFØ mener imidlertid at to vilkår må være oppfylt for å kunne kreve prisjustering som følge av endringer i offentlige avgifter:

¹⁴ <https://www.ssb.no/priser-og-prisindekser/konsumpriser/statistikk/konsumprisindeksen>

1. Den offentlige avgiften må ikke være omfattet av annen prisendringsmekanisme.
2. Den offentlige avgiften må ha tilstrekkelig tilknytning til det kontraktsarbeidet avtalen gjelder (tilknytningsvilkåret)

Som nevnt i pkt. 3.1 har det vært en tradisjon for å anvende høyesterettspraksis og andre rettskilder på tvers av rettsområder, særlig innenfor kontraktsretten. Imidlertid forutsetter slik anvendelse at faktumet og ikke minst kontraktene har noe overføringsverdi (likheter) mellom seg. Faktum i Marti-saken har, slik vi ser det, liten overføringsverdi for en konsulentavtale på SSA-O/SSA-B og det er stor forskjell i ordlyden i kontraktene. Dette skyldes bl.a. at NS8406 er en utførelsesentreprise.

I en utførelsesentreprise er funksjonsfordelingen som regel at byggherren står for prosjekteringen. Denne engasjerer selv arkitekt og konsulenter som beregner og tegner det bygget som skal reises, mens entreprenøren utfører det som er beskrevet.¹⁵ Motstykket i en IT-konsulentavtale som SSA-B er at konsulenten leies ut til kunden og rådgir kunden under sistnevntes ledelse. I tillegg er prisendringsmekanismene utformet vesentlig forskjellig fra den typiske IT-kontrakten.

5.2 Den offentlige avgiften må ikke være omfattet av annen prisendringsmekanisme

Selv om arbeidsgiveravgiften ikke inngår i konsumprisindeksen, mener DFØ at flere av tjenestene som inngår i KPI har arbeidskraft som største kostnadsdrivende faktor og at prisen på arbeidskraft derfor vil ha innvirkning på KPI totalindeks. De mener derfor at endringer i arbeidsgiveravgiften vil fanges opp av indeksreguleringen ved at arbeidsgiveravgiften *indirekte* også får virkning for konsumprisindeksen. Basert på DFØs forståelse oppstilles det to spørsmål:

1. Kan vilkåret om at avgiften ikke må være omfattet av en annen prisendringsmekanisme innfortolkes i SSA-ene, særlig SSA-B, pkt. 4.5?
2. Forutsatt at vilkåret kan innfortolkes i SSA-ene, vil arbeidsgiveravgiften falle inn under konsumprisindeksen?

5.2.1 *Kan vilkåret om at avgiften ikke må være omfattet av en annen prisendringsmekanisme innfortolkes i SSA-ene, særlig SSA-B, pkt. 4.5?*

Som nevnt i pkt. 4.1 og særlig pkt. 4.3 så har en prisendringsklausul (første avsnitt i SSA-B, pkt. 4.5) og en indekssklausul (andre avsnitt i SSA-B, pkt. 4.5) to forskjellige anvendelsesområder. Første avsnitt åpner opp for en prisjusteringsrett som følge av endringer i offentlige avgifter som har virkning for leverandørens vederlag eller kostnader, mens andre avsnitt åpner opp for en generell prisjustering oppad begrenset til konsumprisindeksen.

DFØ anfører at KPI også inkluderer offentlig avgifter, og derfor ikke kan kreves dekket etter første avsnitt. Her angir DFØ et vilkår som ikke naturlig kan utledes av ordlyden i SSA-B, pkt. 4.5 og SSA-O, pkt. 6.5. Spørsmålet er om det er noen andre tolkningsmomenter som skulle tilsi en slik tolkning.

Som nevnt i kapittel 3.1 er formålene med standardkontraktene et vesentlig tolkningselement. Ett av formålene med SSA-ene er å regulere risikofordelingen mellom partene. Dette reflekteres i avtalens

¹⁵ Hagstrøm og Bruserud, *Entrepriserett*, 2014, 1. utgave, side 63

prisendringsklausuler. De generelle prisendringsklausulene kan suppleres med spesielle prisendringsbestemmelser for det enkelte kontraktsforholdet. Bakgrunnen for prisendringsklausuler er å regulere hvem som har risikoen for endringer som i utgangspunktet er utenfor partenes kontroll når kontraktsperioden er av en viss lengde. I disse standardkontraktene har man konkludert med at risikoen som følge av både økte avgifter og endringer i det generelle kostnadsnivået skal være oppdragsgivers. Man kunne tenkt seg kontrakter der risikoen for en av disse endringene er tillagt leverandøren. I et slikt tilfelle vil leverandøren prise inn denne risikoen i sin leveranse. Det er ikke unaturlig at oppdragsgiver har risikoen for begge disse elementene siden avtalene er laget for offentlige oppdragsgivere, som er nærmere til å ta en slik risiko enn leverandøren. Støtte for vår forståelse finner vi i rettsteorien.¹⁶

Vi viser i tillegg til Marti-dommen hvor førstvoterende uttaler at i kontrakter som strekker seg over flere år er et sentralt formål med prisendringsmekanismene å ivareta balanseforholdet mellom partene og forholdet mellom ytelse og vederlag.¹⁷ Med utgangspunkt i førstvoterendes uttales er det to presumsjoner som må være oppfylt for at DFØ skal ha riktig tolkning basert på formålene med standardkontraktene (SSA). For det første at SSA-ene må ha en tilsvarende formulering som NS8406, pkt. 23.1, første ledd, herunder at det er inntatt en indeks som inkluderer arbeidsgiveravgift. Dette er ikke tilfellet. For det annet må annet ledd leses som et vilkår for første ledd. Som nevnt tidligere så er det inntatt to forskjellige prisendringsmekanismer som har forskjellige anvendelsesområder. For det tilfelle at annet ledd skal leses som et vilkår inn i første ledd, måtte ordlyden hatt en annen utforming, herunder at klausulene ville vært slått sammen. Dette er ikke tilfellet i SSA-B eller SSA-O. Et annet kontraktstolkingsprinsipp er klarhetsprinsippet. Den som har laget avtalen (forfatteren), har risikoen for at avtalen er klar nok. Dersom DFØ mener at leverandøren skal ha rett på prisendring som følge av endring i avgiftene, men ikke som følge av avgifter som indirekte inngår i KPI, så burde dette kommet tydelig frem av avtalen. Man kan for øvrig stille spørsmål ved hvilken avgift som da skulle kunne medført en prisendring, i og med at alle avgifter før eller senere vil gi seg utslag i endring i en kostnad som inngår i konsumprisindeksen, hvis vi skal følge DFØs resonnement. Dette taler også imot at man skal kunne tolke SSA-O og SSA-B slik at man ikke kan kreve endring i avgifter dersom disse inngår i KPI-en.

En slik tolkning som DFØ pretenderer vil følgelig ikke være i tråd med tolkningsprinsippene nevnt i pkt. 3.1.

5.2.2 Vil arbeidsgiveravgiften falle inn under konsumprisindeksen?

Hvis man likevel skal legge til grunn at prinsippet om at den offentlige avgiften ikke kan være omfattet av andre prisendringsmekanismer er gyldig, blir spørsmålet om det er riktig, slik DFØ anfører, at arbeidsgiveravgiften faktisk blir dekket to ganger dersom man tillater prisendring som følge av endringer i arbeidsgiveravgiften etter SSA-B og SSA-O.

Selv om arbeidsgiveravgiften ikke inngår i konsumprisindeksen, mener DFØ at flere av tjenestene som inngår i KPI har arbeidskraft som største kostnadsdrivende faktor og at prisen på arbeidskraft derfor vil ha innvirkning på KPI totalindeks. De mener derfor at endringer i arbeidsgiveravgiften vil

¹⁶ Føyen m.fl., Kontrakter for utvikling av programvare, 2006, 1. utgave, side 453

¹⁷ HR-2023-411-A, avsnitt 49

fanges opp av indeksreguleringen ved at arbeidsgiveravgiften *indirekte* også får virkning for konsumprisindeksen.

DFØs forståelse skiller seg vesentlig fra Marti-dommen, hvor arbeidsgiveravgiften inngikk *direkte* i den indeksreguleringen som er avtalt mellom partene - NS 3405. Spørsmålet for Høyesterett var om økt arbeidsgiveravgift *også* dannet grunnlag for prisjustering etter pkt. 23.1 fjerde ledd som regulerer offentlige avgifter. Høyesterett konkluderte med at entreprenøren ikke kunne kreve dobbel prisjustering. Ettersom arbeidsgiveravgift allerede var dekket av indeksreguleringen, kom Høyesterett frem til at man ikke i tillegg kunne kreve en prisendring som følge av endringer i offentlige avgifter.

SSA-ene har ikke samme formulering som NS406 eller de vilkårene som utledes av Marti-dommen. Det overordnede prinsippet om at kontrakter skal tolkes etter sin ordlyd kan ikke fravikes i dette tilfellet. DFØ sitt argument om at arbeidsgiveravgiften *indirekte* vil kunne påvirke konsumprisindeksen vil være aktuelt også for alle andre typer avgifter. Bestemmelsen i SSA-B/SSA-O om at leverandøren skal kunne kreve dekket prisendringer som følge av offentlige avgifter har da ingen selvstendig betydning. Dersom klausulen ikke kan brukes for endringer i arbeidsgiveravgiften vil den aldri kunne brukes. At avgiftsendringer før eller senere vil få konsekvenser for konsumprisindeksen er noe helt annet enn situasjonen i Marti-saken, der arbeidsgiveravgiften direkte var omfattet av den prisindeksklausulen som gjaldt for den kontrakten. For SSA-ene vil det derfor ikke være tale om å få kostnaden dekket to ganger og dermed har ikke Marti-dommen overføringsverdi inn i tolking av SSA-ene.

Følgelig kan ikke arbeidsgiveravgiften falle inn under konsumprisindeksen.

5.2.3 Konklusjon

Konklusjonen er at det ikke kan innfortolkes vilkår om at avgiften ikke må være omfattet av en annen prisendringsmekanisme.

5.3 Den offentlige avgiften må ha tilstrekkelig tilknytning til det kontraktsarbeidet avtalen gjelder (tilknytningsvilkåret)

DFØ mener videre at heller ikke tilknytningskravet er oppfylt. De anfører at arbeidsavgiften er generell og følgelig ikke direkte tilknyttet kontraktsarbeid etter SSA-ene. Videre argumenter DFØ med at SSA-ene oppstiller en avgrensning mot avgiftsendringer som påløper i leverandørens alminnelige virksomhet, hvor DFØ anser arbeidsgiveravgiften som en slik generell avgift. DFØ henviser her til Marti-dommen, avsnitt 59.

5.3.1 Oppstiller SSA-ene ytterligere krav om tilstrekkelig tilknytning mellom den offentlige avgiften og kontraktsarbeidene?

Det er på det rene at kunden ikke skal dekke utenforliggende kostnader som leverandøren måtte ha. Imidlertid følger det av ordlyden i SSA-B, pkt. 4.5 og SSA-O, pkt. 6.5, at prisen kan endres «i den utstrekning reglene for offentlige avgifter endres med virkning for Konsulentens vederlag eller

kostnader» (våre understrekninger) Til sammenligning har NS 8406, som legges til grunn i Marti-dommen, følgende ordlyd:

«Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.» (våre understrekninger)

Det er ikke nærmere definert i SSA-ordlyden hvilke virkninger det skal være på hverken vederlaget eller kostnadene. Etter en naturlig språklig forståelse må det være tale om alle virkninger som vil påvirke vederlaget eller kostnadene. Vår forståelse av DFØs tolkning er at denne er innsnevrende og følgelig går DFØ utenfor den naturlige språklige forståelsen.

5.3.1.1 Overføringsverdi fra Marti-dommen for spørsmålet

Når Høyesterett i Marti-dommen avsnitt 59 drøfter «generelle avgifter» så er dette ment for å belyse grensesnittet mellom indeksregulering og prisendringsklausul etter NS 8406. Overføringsverdien til vår sak er nokså begrenset ettersom rettssetningen kun redegjør for en tolkning av pkt. 23.1 i NS8406. Det er på ingen måte fremsatt som et alminnelig kontraktuelt prinsipp. Det grunnleggende prinsippet om at avtaler må tolkes etter sin ordlyd må ligge fast i bunnen.

For et hvert tilfelle så er uttalelsen i avsnitt 59 kun ment å belyse hensynet med at entreprenøren ikke skal kunne kreve flere justeringer av vederlaget. I vår sak er det ikke tale om at leverandøren skal kunne kreve flere justeringer basert på samme virkning, men heller å ivareta balanseforholdet mellom partene og mellom vederlag og ytelse. Som nevnt er lønn og sosiale kostnader et vesentlig kostnadselement og dermed også en vesentlig kostnad knyttet til leveransen i IT-konsulentavtaler. Med så forskjellig utgangspunkt og ordlyd i de to avtaletypene er ikke Høyesteretts vurdering på dette punktet relevant for tolkning av IT-standardmalene.

Det kan stilles spørsmål ved om dette tilknytningskravet i det hele tatt gjelder for SSA-B og SSA-O, fordi avtaleteksten er vesentlig forskjellig fra Marti-dommen. Som vist over har kontraktsklausulene forskjellig ordlyd og regulerer forskjellige forhold. For et hvert tilfelle så er forutsetningene for at klausulmekanismene utløses forskjellig og følgelig kan ikke Marti-dommen benyttes som tolkningsmoment for SSA-ene.

5.3.2 Konklusjon

Konklusjonen er at standardkontraktene (SSA) ikke oppstiller ytterligere krav om tilstrekkelig tilknytning mellom den offentlige avgiften og kontraktsarbeidet enn det som naturlig følger av ordlyden.

Følgelig mener vi at når DFØ oppstiller vilkår som ikke naturlig kan utledes av SSA-ene, kan heller ikke DFØs tolkning legges til grunn.

6 Avsluttende bemerkninger

Som redegjort for så mener vi at Marti-dommen og SSA-ene har så forskjellige utgangspunkt og ordlyd at Marti-dommen ikke kan benyttes for tolkning av IT-standardmalene. Det er et viktig kontraktsrettslig prinsipp at hver avtale må tolkes basert på sin ordlyd. Det blir derfor feil å bruke Høyesteretts tolkning av en entreprisekontrakt på IT-kontrakter med en helt annen bakgrunn og ordlyd. Etter vår vurdering er det grunnlag for å kreve endring i pris som følge av endring i arbeidsgiveravgiften for IT-kontrakter inngått på SSA-B og SSA-O.

Elin Mathisen
Partner/Advokat

John E. Nilsen
Senioradvokat