

VARSLINGSREGLENE I NS 8405

Krav til varsel om eksistensen av fristforlengende og vederlagsendrende omstendigheter for å unngå preklusive virkninger.

Kandidatnummer: 356

Veileder: Viggo Hagstrøm

Leveringsfrist: 25.4.2006

Til sammen 16 534 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	2
2	<u>RETTSKILDENE</u>	4
3	<u>VARSLINGSREGLENES UTVILKLING</u>	7
3.1	NS 3401	7
3.1.1	Varslingsreglenes selvstendige rettslige virkninger	8
3.1.2	Oppsummering av reglene - grunnlag for revisjon	11
3.2	NS 3430	13
3.2.1	Varslingsregler for fristforlengende forhold og endringer	14
3.2.2	Generelle krav til varslene	15
3.2.3	De juridiske konsekvensene - haltende regulering	16
3.2.4	Oppsummering av reglene – grunnlag for revisjon	18
4	<u>VARSLINGSREGLENE I NS 8405</u>	20
4.1	Innledning	20
4.2	Oversikt og hensyn	22
4.3	Generelle krav til varslene	24
4.4	Endringsordresystemet i kapittel IV	29
4.4.1	Regulære og irregulære endringsordre	30
4.4.2	Tvisteløsning og søksmålsfrister	33
4.4.3	Medvirkningssvikt og force majeure	34
4.4.4	Varsler om konsekvenser for vederlag og fremdrift	37
5	<u>OPPSUMMERING</u>	48

6	<u>KILDER OG LITTERATURLISTE</u>	51
6.1	Kontraksstandarder	51
6.2	Litteraturliste	51

1 Innledning

I januar 2004 ble NS 3430¹ avløst av NS 8405², som gjeldende kontraktsstandard ved bygg- og anleggsentreprise. Det materielle innholdet i den nye standarden er ikke vesentlig forskjellig fra den foregående, men det er foretatt inngripende endringer av varslingsystemet. Varslingsreglene er nå slått sammen og samordnet i samme kapittel. Alle typer endrede og nye forhold under kontraktsavviklingen, uavhengig av hvem som bærer risikoen for dem, skal nå varsles etter varslingsreglene for endringer. Heving og avbestilling av hele eller deler av kontraktsarbeidet skal ikke behandles etter disse varslingsreglene. Heving av mindre enn 15 % netto av kontraktssummen, skal derimot behandles etter endringsreglene, jf. punkt 38.1 andre ledd. Hvorvidt dette også betyr at endringsreglenes varslingsregler skal benyttes, går jeg ikke inn på, men de legislative formålene med varslingsreglene vil også gjøre seg gjeldende ved varsling av andre forhold enn de som nevnes spesielt i kapittel IV.

I kraft av sin partsautonomi vil partene alltid kunne forhandle om kontraktsendringer under avviklingen av kontraktsarbeidet, men det spesielle ved entreprisekontrakter er at de innehar forhåndsbestemte endringsklausuler. Disse klausulene gir blant annet byggherren ensidig endringskompetanse innenfor gitte grenser. Pålegg i kraft av tegninger, beskrivelser eller tilsvarende fra byggherresiden, kan også etter forholdene være kontraktsendringer innenfor denne kompetansen. Det ligger også i et entrepriseoppdrags natur at det kan oppstå endringer både med og uten partenes medvirkning. For eksempel kan pålegg fra offentlig myndigheter endre forutsetningene for det entreprenøren hadde påtatt seg av arbeid ved kontraktsinngåelsen, og således medføre endring av kontraktsinnholdet. Det er

¹ Norsk Standard 3430, Almennlige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 2. utgave, september 1994.

² Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2004.

med andre ord en rekke begivenheter av nye forhold som kan resultere i at kontrakten mellom partene må endres. Hvorvidt byggherren bare mener å presisere kontraktinnholdet eller ikke, betyr mindre for entreprenørens varslingsplikt hvis han mener det foreligger en kontraktsendring. Likeledes har entreprenøren varslingsplikt etter de samme reglene der andre forhold tilsier en justering av kontraktens vederlag eller ferdigstillelsesfrister. Når det i tillegg er gitt omfattende prosessuelle varslingsregler med strenge preklusive virkninger, blir primæroppgaven å varsle på riktig måte snarere enn å fastslå hvorvidt det foreligger en endring eller ikke. Jeg avgrensar derfor temaet mot diskusjonen om hva slags endringer som foreligger og risikofordelingen av disse. Det vil være nødvendig å differensiere noe underveis, men som utgangspunkt vil jeg bare slå fast at det pretenderes endring og gå rett på redegjørelsen av innholdet i varslingsreglene som må følges for ikke å miste rettigheter.

Hovedtema i oppgaven er varslingsreglene slik de er lagt opp i NS 8405, og standardens kapittel IV vil sentral i oppgaven. Jeg vil først redegjøre kort for relevante rettskilder, samt gyldighetsområde for kontrakten. Dernest, i kapittel 3, kommer en redegjørelse for kontraktsstandardenes særtrekk og utvikling frem til NS 8405, slik det har hatt effekt på varslingsreglenes tilblivelse i NS 8405. I kapittel 4 redegjør jeg for varslingsreglene i NS 8405. Der vil som sagt kapittel IV stå sentralt, men jeg vil også redegjøre noe for andre regler i standardene, som har betydning for varslingsreglene i kapittel IV.

2 Rettskildene

Rettskildebildet for landentrepriseavtaler mellom profesjonelle parter, er spesielt sett i forhold til det tradisjonelle rettskildehierarkiet. For det første finnes det ingen preseptorisk lovgivning, som for avtalen i forbrukerforhold. For det andre finnes det svært lite rettspraksis fra Høyesterett. For temaet i oppgaven her har jeg ikke funnet relevant praksis høyere enn lagmannsrettsavgjørelser, og ingen avgjørelser der tvisten har stått om tolkning av NS 8405.

Tilgjengeligheten av voldgiftsdommer er sporadisk på grunn av hemmelighold, og de som publiseres er av varierende i kvalitet³. Noen voldgiftsdommer er publisert, men for andre enn dommere og partene vil slike avgjørelser sjelden være til hjelp. Norges Byggstandardiseringsråd utgir samlinger av byggesaker, men heller ikke her er hyppigheten stor nok til at dette er en rettskilde med særlig tyngde. Hagstrøm fremhever responsa avgitt av Byggebransjens Faglige Juridiske Råd (BFJR), som en kilde til tolkningsløsninger.⁴ BFJR har ikke bransjetilknytning og publiseringshyppighet til alene å fungere som premissleverandør. Men i følge Hagstrøm, har medlemmene vært og er såpass kvalifiserte, at responsaene ikke har ubetydelig rettskildeverdi. For denne oppgavens del har det vært svært begrenset veiledning å hente i de nevnte publikasjoner. Lite praksis med prejudikatsvirkninger har gitt seg utslag i at andre relevante tolkningskilder trer frem som tyngre rettskilde enn den ellers ville vært.⁵ Dette vil i første rekke gjelde teori rundt entrepriseretten. Jeg kommer litt tilbake til dette under.

³ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett – utvalgte emner*, 1997, (heretter Hagstrøm) s. 14.

⁴ Hagstrøm s. 15.

⁵ Hagstrøm s. 15.

Primærkilden for tolkning av partenes avtale er avtalen de skriftlig har gjort gjeldende seg i mellom. I denne redegjørelsen forutsettes det at partene har vedtatt kontraktsstandarder uten reservasjoner, slik at det er gyldige kilder til bruk for å tolke denne, som er relevante her. Tidligere standarder har også vært nyttige tolkningsverktøy for å finne frem til innholdet av reglene i NS 8405. I tillegg har NS 8405 tatt vare på mye av de kontraktuelle prinsippene fra de foregående standardene, og tidligere tolkninger av disse er naturlig vis like aktuelle for fastsettelsen av innholdet i tilsvarende bestemmelser under NS 8405. Jeg bruker en del av oppgaven på å redegjøre for de generelle trekkene ved varslingsreglene i NS 3401⁶ og NS 3430, for deretter å kunne bruke dette i redegjørelsen for innholdet av tilsvarende regler i NS 8405. Om i noe mindre omfang, vil jeg også hente sammenlikninger og tolkningsmomenter fra NF 92⁷ og teori om denne. NF 92 er en standardkontrakt for offshore entrepris, og mye av innholdet i denne standarden er brukt i utviklingen av de landbaserte standardene.

En del av varslingsreglene i standarden er avtaleskapte. Disse reglene er et resultat av konkrete forhandlinger under utarbeidelsen av standarden som ikke nødvendigvis har noe forhold til kontraktsrett ellers å gjøre. Slike avtaleskapte regler kan vanskelig tolkes annerledes enn strengt etter sin ordlyd. Dette skyldes først og fremst mangelen på gyldige forarbeider til standarden, men like mye behovet for et pragmatisk regelsett som gir klare retningslinjer for partene under utførelsen av kontraktsarbeidet. Standarden selv er klar på at den er ment til bruk i entrepriser med behov for formaliserte varslingsrutiner, jf. punkt 1. Dette gir sterke indikasjoner på at det er meningen at reglene skal oppfattes strengt etter sin ordlyd. Standardene er også et produkt av at alminnelige entrepriserettslige regler er kodifisert sammen med avtaleskapte ordninger. Der det oppstår tolkningsproblemer av standarden, må alminnelige tekstforståelse suppleres ved å bruke alminnelige obligasjonsrettslige og entrepriserettslige prinsipper.

⁶ Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, NBR 1969.

⁷ Norsk Fabrikasjonskontrakt av september 1992 (heretter NF 92).

Formann i komiteene som har hatt ansvar for revisjon av NS 3401 og NS 3430, har vært Helge Jakob Kolrud. I tillegg til å ha deltatt i revisjonen, har Kolrud utarbeidet kommentarer til både NS 3430⁸ og NS 8405⁹. Begge disse kommentarene må kunne sies å ha sentrale roller som tolkningsfaktorer ved tolkningsvanskeligheter ved standardene. Til tross for at Kolrud selv har sittet nær utviklingen av standardene, er det ikke slik at kommentarene kan benyttes på linje med lovforarbeider, eller gis tilsvarende rettskildevekt disse har i forhold til tolkning av lov. Likeledes er kommentarutgavene signert flere forfattere, som betyr at det ikke uten videre kan tilskrives Kolrud selv å stå inne for alle uttalelser og problemdrøftinger. Det beskjedne utvalget av relevante og avgjørende tolkningskilder setter imidlertid kommentarene til Kolrud i en sentral posisjon, også i forhold til annen teori. Det er i tillegg til overnevnte, skrevet om rettstilstanden før NS 8405 av andre sentrale teoretikere, og jeg har brukt denne litteraturen så langt den er gyldig for prinsippene for endringsreglene og de sammenfallende reglene ellers, jf. det som er sagt over om teoriens sterke rolle i dette faget pga. fraværet av andre kilder.

⁸ Kolrud mfl., Kommentar til NS 3430, 1992 (heretter Kolrud til NS 3430).

⁹ Kolrud mfl., Kommentarutgave til NS 8405, 2004 (heretter Kolrud).

3 Varslingsreglernes utvikling

For å forstå varslingsreglene slik de fremstår i NS 8405, er det nyttig å se på reglernes historie og utvikling. Varslingsreglene i entreprisstandardene har utviklet seg i takt med revisjonene som har vært foretatt med ujevne mellomrom. De grunnleggende partshensyn er ikke vesentlig forandret med tiden. Det er prosjektenes karakter, størrelsen, men mest av alt det faktum at byggherren har redusert planleggingen av prosjektene, som har økt behovet for fremdriftssikring, kostnadskontroll og etterprøvnbarhet ved bruk av mer formalistiske varslingsregler. Byggherrens behov for kostnadskontroll var en av hovedgrunnene til at revisjon av NS 3401 tvang seg frem. Ved å pålegge entreprenøren å varsle fordyrende forhold når de oppstår, gis byggherren mulighet til å få kontroll over prosjektbudsjettet før sluttoppgjøret. Spesielt effektivt blir varslingen når det tillegges preklusive virkninger å ikke følge varslingsreglene.

I dette kapittelet vil jeg først redegjøre for varslingsreglene i NS 3401 og svakheten disse etter hvert fikk. Deretter kommer en tilsvarende redegjørelse for varslingsreglene i NS 3430, med vekt på å få frem den haltende reguleringen som oppstod da nye formelle og strenge preklusive virkninger ble innført sammen med endringsordresystemet. Til slutt i kapittelet vil jeg oppsummere revisjonene av varslingsreglene frem til NS 8405, og prøve å beskrive bakgrunnsteppet for reglene i NS 8405 ved å knytte forbindelseslinjer mellom standardene.

3.1 NS 3401

NS 3401 virket som kontraktstandard frem til 1991, da den ble erstattet av NS 3430. Den hadde da vært gjeldende standard i litt over 20 år, siden 1969, da den overtok etter NS

401A¹⁰. NS 3401 hadde stor utbredelse i mange år, og nøytt stor respekt.¹¹ Illustrerende for det siste er at forskriften for kontrahering av bygg- og anleggsarbeider til staten gjorde NS 3401 til kontraktsvilkår med få unntak.¹² At den var gjeldende standard så lenge, gjorde også at den fikk stor generell innvirkning på kontraktsvilkår i bygg- og anleggssektoren. Dette ble også standardens svakhet, ved at den ikke ble oppdatert i takt med tidens krav. Etter hvert ble dens regelverk utilstrekkelig, som følge av utviklingen i bransjen, med det resultat at den ble uthult av unntak og tillegg til kontrakten. I dette kapittelet vil jeg forsøke å besvare hvorfor standardene ikke lenger ansås å ha fungerende varslingsregler i forhold til tidens krav på revideringstidspunktet.

3.1.1 Varslingsreglenes selvstendige rettslige virkninger

NS 3401 hadde ingen generell regel for varslings mellom partene, slik NS 3430 fikk i punkt 39. Det var derfor ikke et alminnelig krav til form og innhold utover det som eventuelt kom frem i den enkelte bestemmelse i standarden og av bakgrunnsretten. En rekke enkeltbestemmelser oppstilte krav om varslings, men gjennomgående uten preklusive virkninger for feil eller for sent fremsatte varsler. Standarden bygget i det hele tatt på det prinsippet at krav mellom partene bestod, uten at varslings av kravene nødvendigvis spilte noe rolle for rettsvirkningene ved kravene. Det fantes absolutte reklamasjonsfrister, men det var de alminnelige kontraktsrettlige prinsippene og vanlige erstatningsbetraktninger som gjorde seg gjeldende ved tolkning av om krav var varslet korrekt eller ikke.

Som NS 3430 og NS 8405, hadde NS 3401 egne varslingsregler for hhv. fristforlengende og vederlagsendrende forhold. Etter punkt 8.7 var entreprenøren forpliktet til å varsle byggherren dersom han krevde fristforlengelse eller *erstatning* som følge av endringspålegg, forsinkelse i byggherrens prosjektering og leveranser eller uforutsette hindringer, jf. punkt 8.5. Tilsvarende påla punkt 11.4 at partene varslet hverandre hvis de

¹⁰ Norsk Standard 401 A, Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1961.

¹¹ Bla. Sandvik., Kommentar til 3401, 1977 (heretter Sandviks kommentarer).

¹² Forskrifter for kontrahering av bygg- og anleggsarbeider til staten av 1978 § 25.

skulle gjøre krav på tillegg eller fradrag i kontraktens priser som følge av endringspålegg, jf. punkt 11.3 litra b.

Punkt 8.7 påla entreprenøren å varsle uten ugrunnet opphold etter at han var blitt klar over at det var oppstått, eller ville oppstå, forhold som medførte forsinkelse, tap eller ekstrautgifter. Byggherren skulle på sin side respondere på kravet innen 6 dager etter mottatt varsel. Responderte ikke byggherren før fristen, ville han ikke kunne imøtegå kravet, men måtte godta den fristforlengelsen entreprenøren påsto seg berettiget til i varslet. Etter andre ledd skulle varslet gjøres skriftlig, med mindre varslet kunne bevises avgitt på annen måte.

Partene brukte muntlig kommunikasjon i stor utstrekning, også ved varsling av forhold med potensielt store konsekvenser for kontrakten. Standarden påla heller ingen formplikt. Punkt 8.7 hadde ingen formkrav til varslet. Det fulgte ingen formplikt etter andre ledd, dette var bare en ordens- og bevisregel.¹³ Byggherren var forpliktet til å respondere på muntlig krav, og det var duket for usikkerhet rundt risikoovergangen ved varslet, med mindre varslet klart nok kunne bevises avgitt. Videre kunne byggherren nøye seg med å kun meddele entreprenøren at kravet var mottatt. Han var ikke pliktig å ta noe standpunkt til kravet for å hindre preklusjon.¹⁴ Ved byggherrens respons var det heller ikke formkrav. På lik linje som for entreprenørens varsel, kunne muntlig svar på varslet resultere i usikkerhet mht. notoritet og fastslåing av risikoovergangen. Ingen av partene hadde plikt til å spesifisere sine krav og standpunkter, slik at de argumenter partene ville legge til grunn, måtte fremkomme på den måten og i det tempo partene fant det formålstjenelig i det konkrete tilfellet.

Byggherrens endringskompetanse etter NS 3401, var mer eller mindre som etter senere standarder. Derimot manglet det regulering av omtvistede endringsordre. At byggherren hadde kompetanse til å kreve endringer uten formell endringsordre, men via tegninger, spesifikasjoner, pålegg og lignende, er utvilsomt. De senere standardenes varslingsplikt for

¹³ Sandviks kommentarer s. 89.

¹⁴ Sandviks kommentarer s. 89.

entreprenøren når han mener det forligger en slik kontraktsendring utstedt uten formell endringsordre, var naturligvis da heller ikke nedfelt i NS 3401 i klare ordelag.¹⁵

Punkt 11.2 påla byggherren å i god tid gjøre entreprenøren oppmerksom på hva endringen besto i. Etter punkt 11.4 var begge partene pålagt å varsle uten ugrunnet opphold, før endringsarbeidet ble igangsatt, dersom de ville kreve justering av kontraktens priser som følge av endringspålegget. Punkt 11.4 ga rett til den justeringen av pris endringsutsteder burde forstått endringen ville medføre, til tross for manglende varsel fra entreprenøren – og for så vidt vice versa. Bestemmelsen er vag mht. virkning da det måtte avgjøres hva partene burde forstått endringen eller tilleggsarbeidet medførte, før eventuell preklusjon av krav kunne inntre. Ingen av disse reglene hadde krav til form, men tidsfristene for risikoovergang var de samme som sener standarder. Reglen sa ingen ting om krav til varsel på grunnlag av masseøkninger med forhåndsavtalte priser. Byggherren risikerte å få ubehagelig store påslag i sluttregningen som følge av masseøkninger med forhåndsavtalte priser.

Varslingsplikten i tilfellene arbeidet var igangsatt før endringen ble oppdaget, var ikke løst i standarden. Men det ble antatt at plikten til å varsle før igangsettelse ikke gjaldt disse forholdene, men at varslingsplikten oppstod når de ble oppdaget.¹⁶ Varslene ved disse og overnevnte regler fikk uansett ingen egen rettslig betydning uten videre. Hvis entreprenøren unnlot å varsle i tide, var hans krav om fristforlengelse og erstatning ikke tapt av den grunn. Og varslene ansås uansett ikke nødvendig i de tilfeller motparten måtte ha kjennskap til forholdene det skulle varsles om.¹⁷ Det samme gjaldt der partene hadde utviklet en uformell kontakt seg i mellom, der ingen av partene krevde etterlevelse av varslingsreglene.¹⁸ Konkludent atferd vil også kunne ha innvirkning på tolkning ved

¹⁵ Sandviks kommentarer s. 132.

¹⁶ Sandviks kommentarer s. 131.

¹⁷ Sandviks kommentar s. 89.

¹⁸ Sandviks kommentarer s. 90.

konkrete tvister etter senere standarder.¹⁹ Men etter disse standardenes, og da spesielt NS 8405 (jf. redegjørelsen i kapittel 4), egne formålsbetraktninger og hensyn til forutberegnelige regler, bør dette gjelde i mye mindre grad enn etter NS 3401. I avgjørelsen referert til i note 19, var det av entreprenøren utført betydelige mengder tilleggsarbeider, som var godtatt av byggherren, uten at på nært inntil noen av disse var varslet i tråd med standarden. Denne avgjørelsen kan således også tyde på at partene må avvike tydelig fra standardenes varslingsregler, før konkludent atferd kan gi grunnlag for tilsidesettelse.

3.1.2 Oppsummering av reglene - grunnlag for revisjon

Det er ikke meningen å si at NS 3401 var haltende lege lata i hele sin virketid, som til slutt måtte gi seg utslag i revisjon. Men når temaet mitt er en lege lata fremstilling av dagens regelverk, er ikke belysning av gjeldende rettstilstand under NS 3401 nødvendig utover å fortelle noe om dens funksjon ved utviklingen av ny rettstilstand.

Grunnen til at det ikke var lagt vekt på klarere varslingsplikter med effektive sanksjoner ved mislighold av disse pliktene, hang til dels sammen med at byggherren i stor grad ferdigprosjekterte før kontraktsarbeidet ble igangsatt. Når prosjektets karakter, utforming og tilhørende tekniske spesifikasjoner for alt det vesentlige var forhåndsbestemt, ble det naturlig nok mindre nødvendig å tilføre entreprenøren nytt prosjekteringsmateriale under selve kontraktsarbeidet. Dette ga også et bedre utgangspunkt for kostnadskontroll og redusert fare for nødvendig endringsarbeid pga. uforutsette forhold. Etter som prosjektene ble mindre detaljprosjektert før kontraktsarbeidet startet, ble også behovet for varslings av vederlagsendrende og fristforlengende forhold større. Varslingen ble helt nødvendig for å gi byggherren kostnadskontroll. Ved å få tidlige varslinger om at det foreligger fordyrende forhold, kunne byggherren velge alternative løsninger før endringer ble iverksatt.

Varslingsreglene var vage mht. form og virkning. De utelatte formkravene og preklusive virkningene understreker det forhold at varslings av nye forhold under kontraktsarbeidet ikke var like påtrengende som under de senere standardene. Utover manglende notoritet,

¹⁹ For eksempel lagmannsrettsavgjørelsen LE-1996-00267 av 21.3.1997, som gjaldt for tvist etter NS 3430.

kunne manglende spesifikke prosessregler være med på å stanse eller forlenge prosjektens fremdrift. Partene hadde ikke et sidespor de kunne kjøre tvister på, mens de parallelt holdt fremdriften av prosjektet gående. Videre var ikke entreprenøren pliktig å spesifisere og begrunne sitt krav for å unngå preklusjon, og da kunne man heller ikke kreve at byggherren skulle ta standpunkt til kravet. Ved å kreve at partene raskest mulig må opplyse hverandre om fakta og argumenter for krav, legges det bedre til rette for effektiv konflikthåndtering, også mens prosjektet fremdeles ikke er ferdig. Spesifikke og strenge prosessuelle regler, som ”dytter” partene fremover ved å pålegge de plikter som bidrar til tvisteløsning, gjør at man unngår unødvendig resursbruk, og reduserer risikoen for at tvister om enkeltheter påvirker hele prosjektets fremdrift og kostnad.

Utelatt varsel resulterte ikke nødvendigvis i at partene tapte sine krav på prisjustering. Punkt 11.4 åpnet for at begge parter ville ha de krav i behold motparten måtte forstå oppsto på grunn av endringene. Behovet for å unngå urimelig utslag av formelle regler, var veid tyngre enn behovet for kostnadskontroll. Dette var uten tvil en stor fordel, og til gunst for entreprenøren ved at han beholdt retten til vederlag uavhengig av varsling under prosjektet. For byggherren derimot, kunne som sagt dette gi svært uheldige virkninger. I store, kompliserte og dyre prosjekter ville uforutsette kostnadssprekker, som følge av manglende informasjon underveis, få fatale følger for byggherren. Det kan argumenteres for at dette bør være byggherrens risiko uavhengig av varsler, ved at uforutsette forhold i stor utstrekning kan tilskrives dårlig planlegging. Men slik NS 3430 og NS 8405 er uformet, hersker det ingen tvil om at risikoen er fordelt på begge partene. Byggherren vil fremdeles bære risikoen så lenge forholdene varsles korrekt, men denne lempes over på entreprenøren i stort monn der denne ikke følger varslingsreglene. Et typisk eksempel på praktiske problemer ved ikke å ha strenge varslingsregler, er når byggherrens kontraktshjelper er den som utsteder endringspålegget (gjerne av den uformelle typen), uten at byggherren er inneforstått med dette. Et krav om prisjustering pga. endringer ville ikke nødvendigvis bli varslet byggherren direkte eller for så vidt kontraktshjelperen. Byggherren vil da være helt avskåret fra å kunne justere prosjektets kostnader underveis, ved at han ikke gis en valgtrett etter at konsekvensene kommer på bordet og før endringene iverksettes.

Ett annet viktig poeng er varslingsreglene som følge av endringsarbeid. Ville entreprenøren kreve tilleggsfrist, måtte han varsle straks han er klar over at det forelå fristforlengende forhold, jf. punkt 8.7. Varslet han bare krav om prisjustering, ble spørsmålet om han hadde mistet retten til fristforlengelse pga. for sent fremsatt varsel. Spørsmålet kunne ikke løses generelt, men måtte avveies konkret i forhold til om partene hadde innrettet seg formelt eller uformelt etter varslingsreglene. Det måtte også avgjøres om motparten måtte ha hatt kunnskap til forholdet det skulle varsles om. Begge disse momentene kunne gi seg utslag i begge retninger. Under NS 3401, ville derved denne ”glippen” av entreprenøren ikke nødvendigvis resultere i at hans ellers berettigede krav på fristforlengelse ble prekludert bort. Som jeg vil redegjøre for i neste kapittel, er ikke dette spørsmålet løst, snarere forsterket, under NS 3430 ved at en ”varslingsglipp” av denne typen nettopp resulterer i urimelig preklusjon.

I tillegg til det som er sagt over, ble varslingsreglene tolket innskrenkende av praksis. Det ble lagt vekt på at erstatningsbetingende forhold kunne avdekkes i etterkant uten strenge varslingsregler, og at da begge parter måtte vite om forholdenes nødvendige konsekvens, var det uforholdsmessig at entreprenøren skulle tape krav om vederlag ved å ikke varsle slike forhold.²⁰ NS 3401 hadde i praksis derved ingen kontraktfestede reklamasjonsfrister utover de absolutte reklamasjonsfristene ved sluttoppgjøret. De senere standardene kjennetegnes nettopp ved særlige kontraktuelle varslingsregler med virkninger i form av preklusjon.

3.2 NS 3430

I dette kapitlet vil jeg først redegjøre for varslingsreglene i NS 3430, deretter kommer en fremstilling av de juridiske konsekvensene disse har. Jeg har valgt å dele opp fremstillingen i en del for de særskilte varslingsreglene vedrørende fristforlengende og vederlagsjusterende forhold, og en del for de generelt virkende bestemmelsene som har betydning for innholdet i de samme varslingsreglene. Til slutt prøver jeg å gjøre som i

²⁰ Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, 1966 (heretter Sandvik) s. 363.

forrige kapittel: lage en konklusjon ved å knytte forbedringspotensialet med beveggrunnene for revideringen.

3.2.1 Varslingsregler for fristforlengende forhold og endringer

NS 3430 inneholder en rekke spesielle varslingsregler. Av hensyn til avgrensningen jeg har gjort for oppgavens tema, vil jeg kun behandle varsling av forhold som gir krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag. Både risikofordeling og varsling av disse forholdene reguleres i NS 3430 punktene 17, 21 og 28. Det er disse reglernes forhold til hverandre, sammenholdt med preklusive virkninger, som bla. var beveggrunnen for revisjon og koordinering av varslingsreglene slik de fremstår i NS 8405 kapittel IV.

Punkt 17 hjemler entreprenørens rett til fristforlengelse, og er en videreføring av punkt 8 i NS 3401. Underpunktene 17.1 og 17.2 beskriver hvilke forhold som gir rett til fristforlengelse. Punkt 17.5 er et sett med egne varslingsregler for fristforlengelse, som er en videreføring av punkt 8.7 i NS 3401. Hvis ikke partene følger varslingsreglene i punkt 17.5, er kontraktens ordlyd klar på at de taper sine krav uansett hvem som bærer risikoen for forholdet kravet oppstår av. Entreprenøren mister et ellers berettiget krav på fristforlengelse etter første ledd, og byggherrens innsigelsesrett mistes etter tredje ledd. Preklusjonsvirkningen av andre ledd er noe mer usikker, men i forhold til temaet i oppgaven spiller dette problemet en mindre rolle enn problemstillingene etter første og siste ledd. Forhold som gjør at entreprenøren fremmer krav om fristforlengelse etter punkt 17, kan også påføre han merutgifter. Krav om dekning av merutgifter skal også varsles etter reglene i punkt 17.5, jf. punkt 21.2. Dette er videreføring av *erstatning* i NS 3401 punkt 8.6. Det betyr at det ikke holder for entreprenøren å varsle krav om fristforlengelse hvis han i tillegg skal ha dekket merutgifter. Byggherren taper på lik linje innsigelser mot krav fra entreprenøren hvis han ikke responderer etter 17.5 tredje ledd andre punktum.

I de tilfellene byggherren pålegger entreprenøren å øke eller redusere kontraktsarbeidet, må krav om justering av vederlaget varsles etter punkt 28. Denne regelen er en videreføring av NS 3401 punkt 11. Varslingsreglene til punkt 28 er absolutte for kravenes overlevelse, på lik linje med varsling etter 17.5. Endringspålegg kan i tillegg til å gi rett på

vederlagsjustering, også gi rett til fristforlengelse. Men det er ikke tilstrekkelig å varsle om vederlagsjustering hvis det også skal kreves fristforlengelse. Videre kan det være usikkert om et forhold skal gi rett til vederlagsjustering etter punkt 28, eller bare utgiftsdekning etter punkt 21. Kravene etter disse forholdene skal varsles etter hver sin bestemmelse, og feil valg av regel vil kunne utelukke opprettholdelse av det andre kravet.

3.2.2 Generelle krav til varslene

Ved innføringen av punkt 39, ble det tatt et klart oppgjør med NS 3401 hva gjelder krav til varslene partene skulle bruke i kontraktsforholdet. Bestemmelsen kan virke overflødig da de fleste enkeltbestemmelsene også har formkrav, men den vil ha en funksjon der formkrav ikke er beskrevet og det kan bebreides en part ikke å ha fulgt plikten etter punkt 39 – den understreker viktigheten²¹, og hever sannsynligvis terskelen for ikke å bruke formen ved å klargjøre kontraktsansvaret på dette området. Videre regulerer punkt 39 adressat for varslene slik at partene tvinges til å etablere juridisk forpliktende kontaktpunkter. Enten må varslet overlevers direkte til representanten oppnevnt etter punkt 5.1, eller til en annen forhåndsavtalt adresse. Regelen bestemmer kun form og adressat, den sier ingen ting om varslenes tidspunkter eller innhold. Krav til fristutgangspunkt, fristlengdene og innhold må fremdeles løses konkret fra bestemmelse til bestemmelse. Punkt 39 bestemmer heller ikke hvem som er legitimert til å sende varsler. Det kan tyde på at mottager er forpliktet til å forholde seg til varslet uansett hvem fra den andre siden som avgir dem, så lenge varslet oppfyller kravene ellers. Partsrepresentanten og byggemøtet er legitimert til å avgi formelle varsler, jf. punktene 5.1 andre setning, 5.2 andre ledd og 39. Spørsmålet er da hvorvidt andre enn disse, og eventuelt andre enn de utpeker, har legitimasjon til å forplikte motparten med et varsel om fristforlengelse eller vederlagsjustering. Sammenhengen i reglene må forstås slik at ingen andre enn de nevnte kan utstede varsler med virkning for motparten. Men som jeg vil komme til i neste avsnitt, betyr dette poenget lite juridisk hvis det allikevel kan bevises at riktig mottager har fått innholdet av varslet.

²¹ Bla. Kolrud til NS 3430 s. 362.

For å sikre notoritet ved et varsel, samt å sikre fremdrift i prosessen før og under tvisten, er formkravet til stor hjelp. Ved å tvinge partene til å etablere adressat, er også det med på å redusere potensielt konfliktmateriale. I tillegg til å redusere konfliktmaterialet ved notoritet og fremdriftssikring, reduserer regelen også bruk av resurser på administrering av varsling ved at prosessene er forutberegnelige. Dette er alle viktige hensyn, men den juridiske konsekvensen av å ikke følge formreglen, fremkommer ikke i punktene 5 eller 39. Det er ikke tillagt preklusive virkninger ved unnlatsen dersom det allikevel kan slås fast at varslets innhold må ha kommet frem til mottager. De generelle kravene til form kan ses på som ordensregler uten selvstendig juridiske konsekvenser. Varsler og krav etter kontrakten vil også være ”påbud” i alminnelig avtalerettslig forstand, slik at meddelelsen er bindende når den er kommet frem til adressaten, uavhengig av hvordan og når denne faktisk gjør seg kjent med den, jf. avtaleloven §§ 2 og 3. Det kan derimot hevdes at ordlyden i punkt 17.5 første ledd andre setning for eksempel, også henviser til skriftlighetskravet i første setning. I slike tilfeller blir vurderingstemaet annerledes, og terskelen heves for avsenders bevisbyrde. Det vil i større grad kunne hevdes at entreprenøren taper sitt krav selv om det kommer frem til entreprenøren til rett tid, men i feil form.

3.2.3 De juridiske konsekvensene - haltende regulering

Ved NS 3430 innførte man ikke bare et nytt endringsordresystem, men beholdt også det gamle varslingsystemet for fristforlengelse og utgiftsdekning. Dette var et resultat av å bygge videre på den gamle ordningen kombinert med tilføring av regler med opphav i utførelseskontrakter fra offshoresektoren. Varslingsreglene av tilsvarende forhold i offshorekontraktene er ikke delt opp etter type krav, men etter type forhold. Vil entreprenøren for eksempel kreve endring av kontrakt som følge av endringspålegg fra byggherren, klarer han seg med å varsle etter én regel for å opprettholde sitt krav både for fristforlengelse og vederlagsjustering.²²

²² Jf. punkt 16 i NF 92.

Spørsmålet om dekning av merutgifter er blitt stående i en mellomstilling i NS 3430.

Kravet skal varsles etter fristforlengelsesreglene, ikke etter endringsreglene, selv om kravet springer ut av endringsordre eller pålegg, og for så vidt er et spørsmål om vederlag snarere enn et spørsmål om forlenget byggetid.

Krever entreprenøren fristforlengelse i tillegg til vederlagsjustering, må han varsle etter både punktene 17.5 og 28.3.1, samt følge begge regelsettene hva gjelder krav til oppfølging av det første varslet. Byggherresiden må på samme måte respondere etter riktig regelsett ut i fra hva entreprenøren krever. Disse parallelle prosessene kan virke tungrodd og lett resultere i formfeil med fatale følger. Det er derimot ikke tvilsomt at partene må bruke begge systemene parallelt dersom entreprenøren krever både fristforlengelse og vederlagsjustering. Pretenderer entreprenøren fristforlengelse, skal han varsle etter punkt 17.5 uansett hva som forårsaker kravet, eller hvem som til slutt skal bære risikoen.

Hvilke av bestemmelsene som er riktig hjemmel for krav fra entreprenøren, er langt fra sikkert. Hvis det for eksempel dukker opp mer eller andre masser enn det som er forutsatt i kontrakten, og dette fordyrer arbeidet utover de priser som følger av kontrakten, vil entreprenøren måtte få dette dekket inn via punkt 21 eller punkt 28. I det første tilfellet bare utgiften, i den andre også fortjenesten. Han kan naturligvis tape begge kravene dersom han ikke varsler riktig etter noen av reglene, men problemet står om ekstraarbeidet er å betrakte som en endring av kontrakten. Er forholdet en endring, skal det varsles og beregnes økonomisk kompensasjon etter punkt 28, og derved med fortjeneste til entreprenøren. Er forholdet derimot bare å betrakte som uforutsette utgifter byggherren skal dekke fordi han har funksjonsansvar og risikoen, beregnes kompensasjonen etter punkt 21 og varsles etter punkt 17. Så lenge entreprenøren krever vederlagsjustering etter punkt 28, og får det, oppstår ikke problemet. Får imidlertid entreprenøren avslag på kravet fordi han kun har rett på utgiftsdekning etter punkt 21, har han tapt retten til både utgiftsdekning og vederlagsjustering dersom han ikke også har varslet det samme forholdet etter punkt 17.5. Varsler entreprenøren krav om vederlagsdekning, er det derved helt avgjørende for han å

vite hvilke forhold som gir han rett til kun utgiftsdekning, og forhold som også gir rett til utgiftsdekning med fortjeneste. Det faktum at entreprenørens gevinst avhenger av hvilken regel forhold skal subsumeres under, har sannsynlig betydning for vurderingen av funksjonsfordelingen mellom reglene, men jeg går ikke inn på denne problemstillingen.

3.2.4 Oppsummering av reglene – grunnlag for revisjon

Ved revisjonen av 3401 valgte man som sagt formelle preklusive varslingsregler fremfor uformell omtrentlighet²³. Slik standarden var, unngikk man urimelige preklusjoner av berettigede krav, men de upresise prosessuelle reglene var tvistfremmende, og kunne resultere i uberegnelige kostnadssprekker og usikkerhet rundt ferdigstilling. Ved innføringen av NS 3430 valgte konsipistene hensynene til fremdriftssikring og kostnadskontroll ved innføring av strenge prosessuelle regler med absolutte preklusive virkninger. Dette ble valgt fremfor hensynet til den part som kan tape ellers berettigede krav ved å ikke følge reglene. Entreprenøren må kunne sies å være den svakeste part i denne sammenheng i kontrakten, selv om begge for så vidt kunne tape rettigheter ved motpartens preklusjon.

Resultatet av det overnevnte, kombinert med å beholde det tosporede system for regulering av forhold for hhv. uforutsette forhold og endringspålegg, ble en haltende regulering. Varsler entreprenøren for eksempel krav om utgiftsdekning etter punkt 17.5, men skulle ha krevd endringsordre etter punkt 28.3.1, risikerer han å tape hele kravet. Dette til tross for at kravene springer ut av det samme forholdet det varsles om etter begge reglene. Varslene skal i tillegg fremsettes etter strenge formelle regler og korte frister, som bidrar til i kunne gjøre feilmarginen urimelig smal i gitte situasjoner. Denne usikkerhetens effekt på varslingsreglene er ett av standardens kjerneproblemer. Konflikten kan best forklares med innføringen av strenge preklusive varslingsregler. Følger partene feil regelsett i NS 3430, risikerte de store tap selv om kravene ellers er berettiget. Som forsterkende effekt innførte

²³ Hvorvidt partene var "omtrentlige" i sin omgang med varslingsreglene under NS 3401, har jeg ingen forutsetninger for å vurdere. Utrykket er lånt fra teorien (Hagstrøm), men er fra min side kun beskrivende i forhold til reglene som sådan.

man nye endringsregler, klarere risiko- og funksjonsdeling og generelt større detaljgrad i alle regler.

Forholdet kravene springer ut av, bestemmer hvilke varslingsregler som skal brukes. I og med at det er til dels svært vanskelig å kategorisere de ulike forholdene, risikerer man å varsle feil da det ikke er tilstrekkelig å bare gi et nøytralt varsel for å avbryte tidsfristene og derved preklusjon. Etter at varslingsreglene har vist seg å inneha svakheter ved å leve to separate liv i samme kontrakt, tvang det seg frem behov for samordning, slik det er forsøkt gjort i NS 8405. Ikke bare behovet for samordning, men også ytterligere formalisering og detaljering av prosessuelle regler, har tydelig ligget til grunn for den siste revisjonen.

Ved at konsekvensen for ulike endrede forhold enten er fristforlengelse eller vederlagsjustering, er det stor pedagogisk gevinst i å samle og gi reglene naturlig rekkefølge. Dette har spesielt gunstig virkning for usikkerheten ved fristforlengende forhold pga. regulære og irregulære endringsordre. Som jeg har vært inne på, er det like aktuelt å justere fremdriftsplanen etter endringsordre, som ved andre byggherrerisikoforhold. I NS 3430 er fristforlengende forhold spredt rundt på flere bestemmelser, slik at varslings og behandling av slike krav er i overkant komplisert, og til tider rene juridiske feller.

En behjelpelig plikt ved rigide preklusive regler kunne vært å påføre varslene en beskrivelse av virkningen ved å ikke respondere korrekt. Mottager ville ikke være i tvil om at avsender mener seg berettiget til et svar innen gitte frister, på bestemt form og med et gitt innhold. Et varsel med en slik påføring vil også gi mottager indikasjoner på at det varsles om forhold som skal behandles formelt fordi forholdene pretenderes å ha virkning på kontrakten. Det er ikke innført en slik plikt i NS 8405. Derimot plikter partene å melde fra om for sent fremsatte varsler for å kunne påberope ugyldighet, jf. punkt 8 tredje ledd. Det er lagt tilsvarende formelle og materielle krav på dette varslene, som det er på andre varsler etter kontrakten, jf. samme punkt første ledd.

4 Varslingsreglene i NS 8405

4.1 Innledning

Fra revisjonen startet til den nye standarden var klar, gikk det så mye som 8 år. Dette i seg selv sier en del om utfordringene det må ha vært å forene de ulike partshensyn i samme kontrakt. I innledningen²⁴ til kommentarutgaven NS 8405 nevner Kolrud spesielt behovet for oppdatert standard og svakheter ved NS 3430 som hovedgrunnene til at revisjonen startet så vidt raskt etter utgivelsen. Likeledes nevnes forhold som sterke interessemotsetninger, standardens sentrale økonomiske rolle, nytt og samordnet varslingsystem samt uenighet vedrørende entreprenørens samordningsplikt som viktige momenter for en oppdatering. Når varslingsreglens utvikling sammenholdes med reglene slik de fremstår i NS 8405, er det klart hvilket betydelig revisjonsarbeid konsipistene har foretatt hva gjelder denne delen av kontrakten. Som ved revisjonen og utarbeidelsen av tidligere standarder, var de ulike aktuelle parter representert i arbeidet ved NS 8405. Representantene skal i hovedsak ivareta enten byggherresiden eller entreprenørsiden, men det finnes også særhensyn internt på begge sider av dette skillet. På byggherresiden vil det være naturlig at både offentlige og private hensyn kommer frem, og således representeres særskilt. Videre vil det være naturlig at entreprenørhensyn fra ulike fagområder representeres særskilt, for å få en best mulig balanse i kontraktsvilkårene.

Den nye standarden bryter ikke med de foregående hva gjelder varslingsregler, slik tilfellet var ved innføringen av NS 3430. Men strukturelt er den svært annerledes enn den foregående. Varslingsreglene er lett gjenkjennelige, men fremstår allikevel med større detaljgrad og kompleksitet. Når innføringen av NS 3430 var et farvel med uformelle varslingsrutiner – i teorien i det minste – knesettes et slikt varslingsregime i NS 8405. Allerede i punkt 1 andre ledd slås det fast at standarden er egnet for kontraktsforhold der

²⁴ Side 23.

prosjektets omfang eller organisering tilsier behov for strengt formaliserte varslingsprosedyrer. Dette må få betydning for tolkning av det formelle og materielle innholdet i standardens bestemmelser, og i sær varslingsreglene. Sett i lys av at de nye varslingsreglene innebærer at partene må varsle og respondere oftere enn tidligere for de samme forholdene med de samme preklusive virkningene, kan det gis inntrykk av at den nye standarden går svært langt i å formalisere varslingsprosedyrene. På den annen side har nå den enkelte varslingsregel blitt samordnet med de andre, slik at kontraktsstandardens fremstår med et helhetlig varslings- og prosedyresystem, uten den haltende reguleringen redegjort for over om NS 3430.

Den nye standarden, med klare formelle varslings- og prosedyreregler, bidrar til å spesialisere kontraktsstandarder for landentreprise. NS 8405 er nå en kontraktsstandard for de store og kompliserte, kommersielle entreprisene. I enklere prosjekter skal partene benytte NS 8406²⁵, hvis de vil benytte de nyeste standardene overhodet. NS 8406 nevner i fortalen at den ikke er ment å brukes der det er flere entreprenører i samme prosjekt, og prosjektets kompleksitet fordrer formelle varslingsystemer. Ved forbrukerentreprise vil preseptorisk forbrukerlovgivning være tvingende og antagelig tilstrekkelig som kontraktsvilkår i normalprosjektene. I kommersielle entrepriser der entreprenøren står for en vesentlig del av eller hele prosjekteringen, vil NS 8405 heller ikke være optimal, jf. punkt 1 første ledd. Ved slike prosjekter er NS 3431²⁶ rette kontraktsstandard. Likeledes vil ikke kontraktsstandardens egne seg for underentrepriser, der NS 3433²⁷ er spesielt tilpasset formålet. Ved tolkning av NS 8405 vil det faktum at det er valgt å differensiere i kontraktsstandardens virkeområde, bidra til enklere og klarere innhold. Det er ikke behov for å ta like brede hensyn, som var tilfellet tidligere, da samme kontraktsstandard ble brukt i alle de overnevnte prosjektypene.

²⁵ Norsk Standard 8406, Forenklet norsk- og anleggskontrakt, 1 utgave, 2006.

²⁶ Norsk Standard 3431, Almennelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise, 2 utgave, 1994.

²⁷ Norsk Standard 3433, Almennelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1 utgave, 1996.

I det følgende vil jeg redegjøre for utformingen av de nye varslingsreglene for fristforlengelse og vederlagsjustering. I kapittel 4.2 starter jeg med en oversikt over de nye reglene, med særlig vekt på hvilke hensyn som har gjort seg gjeldende ved utformingen. Dernest vil jeg i kapittel 4.3 gå igjennom de aktuelle reglene punkt for punkt, med vekt på å få frem utviklingen fra NS 3430.

4.2 Oversikt og hensyn

Medvirkningssvikt i NS 8405 punkt 21.1 har samme begrepsbruk og relaterer seg til de samme forholdene som NS 3430 punkt 17.1. Derimot skal virkningene nå være de samme som for endringer, ved at entreprenøren kan kreve tilleggsvederlag og tilleggsfrist. Det er med andre ord ikke snakk om en utgiftsdekning eller erstatningsutmåling, med mindre svikten er så graverende at entreprenøren også kan heve kontrakten. Det samme gjelder for andre forhold byggherren bærer risikoen for, jf. blant annet punkt 21.1 siste setning. Det er ikke lenger nødvendig å skille mellom de ulike risikoområdene for å finne riktig hjemmel for kompensasjonsutmåling og derved riktig varslingsystem. Det er snarere snakk om å konstatere at det faktisk foreligger eller ikke foreligger forhold entreprenøren har forpliktet seg til å bære kostnadene av. Kan det slås fast at forholdet ikke er dekket inn i kontrakten, skal entreprenøren kompenseres for dette på samme måte som om byggherren utsteder endringsordre.

Fremdeles er det en grense for hvilke uventede forhold byggherren skal dekke alene. Grensen går ved de forholdene kontrakten bestemmer er force majeure, jf. punkt 25.2 første ledd. Under slike forhold skal partene fremdeles dele risikoen for følgene, på samme måte som ved de tidligere standardene. Dette kan nok også slås fast å være et alminnelige entrepriserettslig prinsipp, og for så vidt alminnelig obligasjonsprinsipp, som står sterkt. Det skal svært mye til for at konsipistene bak kontraktsstandardene vil kunne rokke ved dette prinsippet uten at det vil nedgradere standardens nytteverdi.

I overgangen fra NS 3401 til 3430, var det overordnede hensynet å formalisere varslingsbestemmelsene. Ved revisjonen av varslingsreglene i NS 3430 må det overordnede hensynet ha vært å skape et bedre fungerende formelt varslingsystem for de

kompliserte og store prosjektene, jf. bla. det jeg har sagt over om nye punkt 1 i standarden. Det slås fast i dette punktet at standarden har et strengt formalisert varslingsystem fordi standarden skal brukes i prosjekter der det er et behov for nettopp dette. Dette er en betydelig presisering av varslingsreglens selvstendige betydning i kontrakten, sett i forhold til NS 3430.

At partene har strenge varslings- og responsplikter er for så vidt ikke nytt, men pga. behovet for klarhet i hvilke varslingsregler som skal benyttes, har konsipistene valgt å benytte endringsreglens varslingsystem for alle nye forhold som dukker opp under kontraktsarbeidet. Det er ikke lenger forholdenes risikoplassering som skal avgjøre hvilke varslingsregler som skal brukes, men partenes krav pga. oppståtte forhold uavhengig av hvem som til slutt skal bære risikoen. I NS 3430 er det egne varslingsregler i de tilfellene entreprenøren kun har krav på utgiftsdekning, og i tillegg er det usikkert hvilke forhold som kun gir rett til utgiftsdekning, jf. redegjørelsen i kapittel 3.2.4. Etter NS 8405 varsler entreprenøren forhold han mener seg uberettiget til å utføre uten kompensasjon, jf. for eksempel punkt 22.1, og så vil varslingsystemet kunne følges uten å risikere at forholdet skulle vært varslet etter en annen regel fordi byggherren ikke bærer den hele og fulle risikoen for forholdet. Derimot vil en part som ikke varsler krav etter gjeldende regler, antagelig ha større muligheter for å miste retten til kravet etter NS 8405 enn etter NS 3430. Formkravene, kompleksiteten og preklusjonsvirkningene er sterkere til stede enn tidligere. Og dette gjelder for begge parter, både når de er avsendere og mottagere av varsler og krav.

I entrepriserett har risikofordelingen tradisjonelt fulgt etter samme grenser som partenes funksjonsfordeling i det enkelte prosjekt. Dette prinsippet står sterkt som gjeldende rett, og vil også slå igjennom der partene ikke har med dette i kontrakt. Prinsippet er også fulgt opp i NS 8405, men i tillegg har standarden fått egne kapitler for hhv. entreprenørens og byggherrens funksjonsområde. Entreprenørens funksjonsplikter beskrives i kapittel II "Entreprenørens ytelser", og byggherrens i kapittel II "Byggherrens leveranser og medvirkning". Ved å skille ut partenes plikter slik, klargjøres også risikogrensene på en systematisk god måte. I NS 3430 var funksjonsfordelingen hovedsakelig lagt til den første

delen av standarden, men for eksempel viktige plasseringer som prosjekteringsfeil var beskrevet i punkt 17.1, som for så vidt befant seg systematisk i entreprenørdelen av kontrakten. Det er således spesielt kapittel III som er nytt, ved at byggherrens funksjonsplikter er samlet. Den tradisjonelle funksjonsfordelingen er som sagt ikke røknet ved.

4.3 Generelle krav til varslene

Punkt 39 i NS 3430 er byttet ut og videreutviklet i punkt 8. Formkravene er de samme ved at alle varsler og krav skal fremsettes skriftlig til offisielle representanter eller adresser, jf. første ledd. At møtereferat skal regnes som skriftlig varsel, jf. andre ledd, tilsvarer også punkt 39. Selv om tekstene er noe andreledes utformet og inneholder nye punkter og henvisninger, har teorien tatt til orde for at innholdet ikke er ment å være annerledes.²⁸ Etter NS 3430 punkt 39 skal varsler og krav i tillegg til ”andre meldinger som skal gis etter kontrakten”, oppfylle formkravene i regelen. I NS 8405 punkt 8 står bare ”varsler og krav” igjen. Ved å sløyfe denne setningen synes regelens virkeområde noe innskrenket, slik at den kun skal gjelde der meldinger benevnes med ”varsler” eller ”krav”. En vanlig språklig tolkning av de to tekstene opp mot hverandre skulle tilsi at for eksempel varsel etter punkt 18.2 første ledd ikke faller under regelen, mens andre ledd gjør det. Første ledd benevner seg selv verken som varsel eller krav, mens andre ledd gjør nettopp det. Kolrud nevner spesifikt 18.2 første ledd som et eksempel blant flere på en regel som faller inn under formkravet.²⁹ Kolrud var som kjent formann i komiteene som hadde ansvaret for revideringen av både NS 3401 og NS 3430, jf. redegjørelsen i kapittel 2. Marthinussen tar til orde for en strengere avgrensning av virkeområdet.³⁰ Det fremheves at punkt 8 skal tolkes strengt til å bare gjelde kommunikasjoner som benevnes med ”varsler” og ”krav”. Dette er også i tråd med en objektiv tekstsammenlikning, og kan således skape usikkerhet om regelanvendelsen. De avgjørende momentene, i fravær av andre spesifikke rettskilder

²⁸ Marthinussen mfl., Kommentarer til 8405, 2004 (heretter Marthinussen) s. 224.

²⁹ S. 79.

³⁰ S. 224.

enn de overnevnte, må være en streng, rimelig og fornuftig tekstfortolkning³¹ av både punkt 18.2 og 8. Dette sett på bakgrunn av formålet med punkt 18.2 første ledd og formålet med formaliareglene i punkt 8, samt standardens pretensjoner for hensynet. En streng tolkning av teksten tilsier virkeområdet Marthinussen forfekter, spesielt når tolkningen baseres på utelatelsen av ”andre meldinger som skal gis etter kontrakten”. Kolrud sitt syn kan hevdes å veie tyngre pga. nærheten til revisjonsarbeidet, men det må være argumentene som er avgjørende for å tolke teksten utvidende i tråd med dette synet, jf. redegjørelsen i kapittel 2 om vekten av hans nærhet til kontraktsrevisjonen. At kontraktsstandarder generelt skal benyttes formelt, er ikke i seg selv avgjørende, og kan dessuten trekke i begge retninger. På den ene siden kan det tolkes som at tekstene i standarden skal tolkes strengt og ikke utvidende. På den andre siden kan det bety at all informasjonsflyt mellom partene skal følge strenge formregler, som beskrevet i punkt 8. Formålet med punkt 8 er klart nok; det er rekkevidden av regelen som byr på tvil her. Formålet med punkt 8 er å sikre en stor grad av notoritet ved kommunikasjon mellom partene. Tekstavgrensningen til ”varsler og krav”, kan synes å trekke i retning av at det er kommunikasjon med rettslige virkninger det er snakk om. Spørsmålet blir da om den er ment å gjelde kun der kontrakten selv stiller opp rettslige virkninger, eller om den også må gjelde der en kan se mulige rettslige virkninger uavhengig av ordlyden i den spesifikke regel det er snakk om. Formålet i punkt 8 synes å gå i retning av en bred virkekrets sett i forhold til kontraktens ambisjoner om å sikre notoritet. Det er vanskelig på forhånd å avgjøre hvilke kommunikasjoner mellom partene som vil bli avgjørende momenter ved en fremtidig tvist. For å komme til et resultat i drøftingen, mener jeg det må legges avgjørende vekt på hva punkt 18.2 første ledd skal sikre av informasjon vedrørende fremdriftsplanen etter punkt 18.1, for eventuelle fremtidig tvister. Dersom en slik redegjørelse kommer til at informasjonen kan utgjøre avgjørende rettslige bevis i fremtidige tvister, mener jeg det betyr at formkravet også bør gjelde for punkt 18.2 første ledd og andre bestemmelser i standarden med tilsvarende virkning. Det kan skape usikkerhet om første ledds selvstendighet, når det skal varsles spesifikt etter andre ledd, dersom det vil kunne oppstå avvik av betydning for

³¹ Jf. alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper.

fremdriftsplanen. Jeg mener dette ikke betyr noe for første ledds selvstendige, sentrale funksjon. Det kan være like viktig for byggherren å få bekreftet at fremdriften går som planlagt, som at han varsles når den ikke gjør det. I tillegg vil byggherren kunne sitte på kompetanse vedrørende et prosjekt entreprenøren for det aktuelle tilfellet ikke har, som gjør han i stand til selv å vurdere hvorvidt fremdriften står i fare eller ikke på bakgrunn av informasjonen han mottar jevnlig etter første ledd.

Fremdriftsplanen og samordningsplikten etter punktene 18.1, jf. 18.3 og 19.6 må være en nøkkel til å få et komplekst prosjekt, med mange aktører, til å fungere etter den overordnede fremdriftsplanen byggherren og eventuelle andre interessenter har. Hvis en entreprenør eller annen aktør forrykker fremdriften av et slikt prosjekt, kan det få meget kostbare konsekvenser. Ved å påtvinge alle aktuelle parter, og her entreprenøren, samordningsplikt og fremdriftsplan, lar det seg gjøre å koordinere arbeidet slik at muligheten for fremdriftshindringer reduseres. Like viktig vil det være å justere disse planene underveis dersom det dukker opp uventede forhold. Uten en slik justering vil planene være ubrukelige som verktøy for fremdriftssikring etter som prosjektet utvikler seg. For å kunne justere koordineringen av alle aktørenes arbeider og hele tiden ha realistiske fremdriftsplaner for det totale prosjektet, må avvik fra den enkeltes fremdriftsplan kommuniseres på en sikker måte mellom partene. Punkt 18.2 første ledd er regelen som skal sikre denne viktige funksjonen i prosjektet. Svikter denne kommunikasjonen, skal det lite til for at det dukker opp tvist om erstatning som følge av samordningssvikt. Hvis kommunikasjonen etter punkt 18.2 første ledd pålegges formkravene i punkt 8, vil ikke det bare gi sikrere utveksling av vital informasjon for fremdriften, men også sikre notoritet ved et varsel det kan vise seg å knytte seg avgjørende rettsvirkninger til. Av dette mener jeg det følger at formkravene i punkt 8 gjelder for punkt 18.2 første ledd, og sannsynlig også for andre av tilsvarende bestemmelser i standarden, som ikke selv benevner seg som varsel eller krav.

Det nye ved punkt 8 er først og fremst at den er flyttet foran i standarden der den hører hjemme. Plasseringen understreker tyngde og setter standarden for det som kommer.

Systematisk er det også en mer ryddig plassering. Av mer betydning er avklaringen i andre ledd andre setning, der elektronisk kommunikasjon holdes utenfor skriftelighetsbegrepet med mindre partene avtaler annet. Partene må med andre ord kontraktsfeste at bindende kommunikasjon skal kunne sendes elektronisk. Hva som skal regnes som elektronisk kommunikasjon, er ikke like klart, men formålet med regelen bør kunne brukes til avgjørelsen. Selv om det vil være situasjonsbestemt, vil antagelig faks normalt måtte være å regne som skriftlig.³² Her vil avsender normalt ha en skriftlig original, samt en kvittering på at skriften er sendt, men det kan naturligvis oppstå tvil om notoritet ved bruk av faks. Hvis dette problemet kommer på spissen, må det løses konkret ved hjelp av alminnelige kontraktstolkingsprinsipper. Jeg antar at bruk av faks ikke må avtales mellom partene etter punkt 8 andre ledd. Sendes derimot varslet som mail, direkte fra PC til PC, kan det neppe oppfylle kravet til skriftlighet etter første ledd, men må avtales på forhånd etter andre ledd. Likeledes må gjelde meldinger sendt fra og til mobiltelefon, fra mobil til PC og vice versa, samt tilsvarende apparater uten noe form for befatning med papir. Det finnes i tillegg muligheter for at avsender konverterer faksformat til mail og vice versa, som kan skape tvil rundt spørsmålet. Uansett, og i og med at partene kan ha god nytte av å avtale gyldigheten av elektronisk kommunikasjon for å forenkle varslingsprosedyrer, bør de også gjøre det. I tillegg burde de differensiere avtalen for hvilke elektroniske medier og apparater som kan brukes på de ulike varslene.

Den største nyvinningen i punkt 8 er derimot tredje ledd. Her åpnes det for at sene varsler og svar ikke får preklusjonsvirkninger, med mindre mottager varsler forsinkelsen skriftlig uten ugrunnet opphold. Gjør ikke mottageren dette, skal varslet anses som gitt i tide. Denne bestemmelsen vil virke som en konfliktbegrenser, ved at varslene beholder sin gyldighet så fremt ikke partene påberoper ugyldighet ved mottatte varsler. Er et varsel avgitt, og motparten ikke uten ugrunnet opphold påberoper ugyldighet pga. forsinkelse, vil ikke dette kunne bli et konflikttema senere. Ved utvidelsen av varslingssystemet i NS 8405, har antagelig konsipistene sett behovet for en sikkerhetsventil, der det uten denne ville bli flere

³² Kolrud på s. 79 tar også til orde for dette.

urimelige preklusive utslag enn nødvendig. De varslene som ikke har betydning for motparten at fremsettes innen tidsfristene, vil heller ikke få konsekvenser for avsender. Derimot vil tap, som følge av sent varsel, gi motparten insitament til å plassere risikoen på avsender. I og med at det vil være en viss terskel for å stanse et sent varsel, kan resultatet også bli en bedre utnyttelse av partenes tid og resursbruk, ved at de anser det som lite formålstjenelig å bruke resurser på et sent varsel hvis det er lite å hente på det. Partene kan naturligvis unnlate å påberope ugyldighet etter NS 3430 også. I kraft av sin partsautonomi står de fritt til hvordan de vil forholde seg til kontraktsbrudd fra motparten. Og i de fleste tilfeller vil antagelig partene vente lengst mulig med å benytte strenge kontraktsregler mot hverandre, hvis det ikke tjener partenes interesser totalt sett. En rigid regelanvendelse med kortsiktig gevinst kan slå tilbake ved at partenes langsiktige forhold forpures. Den part som følger kontrakten til punkt og prikke i alt og ett, må også forvente å bli svart på samme måte.

En annen side ved at partene må varsle for sent fremsatte varsler, er at den virkning preklusjonen har på partenes streben etter å varsle hverandre i tide, kan bli påvirket negativt. Den kan føre til en utglidning av gjensidig varsling ved at det spekuleres i motpartens nøling med å påberope ugyldighet. En slik virkning kan ikke sies å være gunstig hvis det får konsekvenser for varslenes tilsiktede funksjon. Så lenge det ikke oppstår konflikt, er det helt uproblematisk, men oppstår det konflikt, vil det i ytterste konsekvens, det vil si ved voldgift eller rettsavgjørelse, være uheldig for den part som ikke har fulgt punkt 8 tredje ledd. Dette poenget for så vidt vil gjelde for alle varslingsregler etter NS 8405, og det bør således ikke oppfordres til upresis omgang med reglene av dommere ved pådømmelse av reglene, eller andre aktører ved utforming og bruk av kontraktene. Selv om det i den konkrete konflikt vil kunne justeres på kontraktens vikninger der partene gjensidig har hatt en løsere omgang med varslingsreglene, vil en formell oppløsning av reglene ved domsavsigelser og lignende, gjøre regelanvendelsen usikker.

4.4 Endringsordresystemet i kapittel IV

Ved kapittel IV i NS 8405 er arbeidet med et helhetlig og formalistisk system for regulering av alle fortløpende vederlagsjusterende og fristforlengende forhold, brakt et vesentlig steg videre fra NS 3401 og NS 3430. Behandling av konsekvensene av forsinkelse og mangler er likeledes behandlet fortløpende i kapittelet. Punktene 17, 21 og 28 fra NS 3430 er ikke lenger to atskilte systemer for varsler og krav, men slått sammen til ett felles system. Uavhengig av hva slags forhold som fremtvinger et krav om justering av kontrakten, skal det varsles etter samme regelsett. Systematisk i kapittel IV skal partene varsle hverandre om enten beviste endringer, jf. punkt 20.3, ubeviste endringer, jf. punkt 20.5, eller uforutsette forhold, jf. punktene 21.2 og 22.1. Dersom entreprenøren i tillegg vil kreve justering av dagmulktbelagte frister eller vederlaget, skal han også varsle etter punktene 23, 24 og 25, jf. punkt 18.2 andre ledd. De første punktene er nøytrale varsler, som kun skal informere partene om at det er oppstått forhold det kan bli aktuelt å kreve kontraktsjustering som følge av, men ikke nødvendigvis. Den neste punktrekken er spesifisering av hvilke krav partene mener å ha, og hvorledes fristforlengelse og vederlaget skal beregnes. I forhold til oppgavens tema er det punktene 20.5 til og med 23.4 som er interessante. Punktene 24 og 25 handler først og fremst om den konkrete utmålingen av kravene, og faller således på utsiden av temaet. Det er noen elementer i disse punktene som henger sammen med de foregående varslingsreglene, og således hører hjemme i redegjørelsen. Dette gjelder entreprenørens plikt til å holde byggherren løpende orientert om utviklingen av grunnlag for kravene etter punktene 24.2 andre ledd, 24.3 andre ledd og 25.5 andre ledd om varslingsplikt før oppstart av forsering. Der er de to første punktene som er nye, og således fortjener mest oppmerksomhet.

Når det i kapittel 4.3 ble slått fast at partene må benytte riktig form og adressat, handler det nå om krav til innhold og tidsfrister. Forskjellen er derimot vesentlig mellom de to forholdene. For sent fremsatte varslene mister sine juridiske påbudseffekter etter kontrakten, det gjør nødvendigvis ikke brudd på formreglene. I det følgende vil jeg gå igjennom kapittel IV i den rekkefølge reglene kommer i standarden, og redegjøre for tidsfristene og innholdskravene i punktene som nevnt over. I og med at kapittelet i

standardene har et eget punkt for tvisteløsning ved omtvistede endringsordre, jf. punkt 20.7, i tillegg til den generelle tvistemekanismen i punkt 43, vil jeg også redegjøre for denne. Redegjørelsen av punkt 20.7 kommer i tilsvarende rekkefølge som for de øvrige punktene i kapittelet.

4.4.1 Regulære og irregulære endringsordre

Punkt 20 behandler byggherrens endringskompetanse og hvorledes partene skal håndtere endringer prosessuelt. Det samme gjelder for omtvistede endringsordre, og det er for så vidt denne problematikken som prosessuelt er regulert i punktet. Utsteder byggherren en endringsordre etter punkt 20, henvises partene til egne oppgjørsregler i punktene 24 og 25. Byggherrens endringskompetanse er hovedsakelig uendret fra forrige standard. De materielle vilkårene for pålegget er det samme, og spørsmålet om hvorvidt det foreligger en endring eller bare kontraktspresisering, er det samme. Begge deler behandles under punkt 20. Det nye er at byggherren etter punkt 20.2 kan pålegge entreprenøren forsering, ved å utstede endringsordre om dette. På samme måte som for endringskompetansen, er det grenser for når det kan pålegges forsering. Men felles for begge påleggene er at de skal fremsettes i form av en endringsordre etter punkt 20.3. Entreprenørens utførelsesplikt etter punkt 20.4 er modifisert i forhold til NS 3430, men hovedregelen er den samme. Pålagte arbeidsoppgaver skal utføres selv om det er tvist om risikofordeling eller kontraktsjustering som følge av påleggene.

Når byggherren ønsker å endre kontraktens innhold, er han pålagt å utstede en endringsordre etter punkt 28.2. Ved å gjøre dette, erkjennes og bevises det at kontrakten skal endres, og partene kan konsentrere seg om å beregne justeringen av vederlaget. Byggherren kan derimot også pålegge entreprenøren endringsarbeid uten å utstede en formell endringsordre. Dette kaller jeg en irregulær eller uformell endringsordre i det følgende. Uansett om byggherren mener å gi en endringsordre eller ikke, må entreprenøren kreve at han utsteder endringsordre. Det er entreprenørens pretensjon av pålegget som avgjør om endringsordre skal kreves eller ikke. Hvis entreprenøren ikke krever utstedt endringsordre, taper han retten til justering av vederlaget. Problemstillingene ved irregulær endringsordre var ikke regulert i NS 3401, og denne utvidelsen av endringsreglene er kanskje den mest

betydningsfulle revisjonen i standardene siden den gang. Tvist ved uformelle endringsordre måtte tidligere avklares etter deklatoriske bestemmelser,³³ og entreprenøren mistet ikke retten til vederlagsjustering (prisjustering) byggherren burde ha forstått endringen ville føre til. Etter reglene i NS 3430 mister entreprenøren alle krav på vederlag hvis han ikke varsler i tråd med punkt 28.3. Bestemmelsen utelukker faktisk også ”fristforlengelse”, ”ekstra betaling” og ”erstatning”, dersom entreprenøren ikke krever utstedt endringsordre.

Er partene uenige om det foreligger en endring, må entreprenøren uten ugrunnet opphold varsle byggherren om dette. Han må ikke, som etter NS 3430, kreve at byggherren utsteder endringspålegg. Denne plikten ligger nå på byggherren hvis han vedstår påstanden. Fristutgangspunktet må være når entreprenøren positivt kan slå fast at pålegget innebærer endring av kontraktsforholdet. Dette vil bero på en konkret vurdering av hvordan byggherren pålegger den påståtte endringen. Kommer endringen ved en direkte påleggelse om et konkret arbeid, må fristen være kortere enn hvis for eksempel endringen viser seg igjennom ett av mange dokumenter som kommer fra byggherresiden. Sammenlikner man kravet til varsel her med punkt 23.1 første og andre ledd, er ikke entreprenøren pliktig å vurdere og spesifisere hva konsekvensen av endringen skal medføre i vederlags- og tidsjustering. Etter punkt 20.5 avbryter entreprenøren preklusjonsfristen ved nøytralt varsel. Han har nå flyttet risikoen over på byggherren, som må respondere på kravet for ikke å måtte godta det slik det fremsettes. Dette systemet gjelder for så vidt hele endringsordresystemet, og blir omtalt i teorien som et ”ping pong spill”, der ballen symboliserer pretenderte krav og responser. Den som har ballen, har også risikoen for kravet, inntil den er sendt tilbake. Metaforen er ganske god, da partene har til dels svært korte frister på å sende ”ballen” tilbake, uten å bli sittende med risikoen.

Punkt 20.6 andre ledd pålegger byggherren å reagere på entreprenørens varsel uten ugrunnet opphold, og etter første ledd skal han enten utstede en formell endringsordre, eller gi et avslag. Tidsfristen må bero på de samme hensyn redegjort for tidligere, men her vil og

³³ Sandvik i Kommentaren s. 130 og i Entreprenørrisikoen s. 168.

grundigheten av entreprenørens varsel og sakens natur være retningsgivende for svarfristen. Som etter NS 3430, må byggherren begrunne avslaget. Han kan ikke bare ta stilling eller meddele sitt standpunkt. Byggherren vil også ha mulighet til å tilbakekalle pålegget entreprenøren pretenderer som en endring, uten at det er nevnt spesielt i bestemmelsen. Resultatet er muligens at entreprenøren kan kreve utgiftene dekket til arbeidet med å slå fast at det forelå endringspålegg, slik tilfellet er etter NF 92 artikkel 12 siste ledd. Jeg går ikke inn i denne problematikken. Litra a skiller mellom et ubegrunnet avslag i første setning, og det begrunnede svaret i andre setning. Det kan synes som det er en totrinns regel, der preklusjonsvirkningen først inntreffer etter det spesifiserte avslaget. Andre ledd er derimot klar på at det er nok med et skriftlig nøytralt avslag. Byggherren taper ikke sin innsigelsesrett ved kun å avslå, uten å følge opp med en begrunnelse for avslaget. Dette er en oppmykning av byggherrens svarplikt i forhold til punkt 28.3.2 i NS 3430, der byggherren må avgi begrunnet avslag uten ugrunnet opphold for å unngå preklusjon.

Kommer ikke et avslag eller endringsordre i tråd med punkt 20.6 innen ugrunnet opphold, skal forholdet anses som akseptert å ligge utenfor kontrakten. Byggherren må akseptere at pålegget er å betrakte som en formell endringsordre, jf. andre ledd siste setning. Det er nå opp til entreprenøren å forfølge kravet etter punkt 23. Gjør han ikke det, mister han retten til kravet på samme måte som for varslet etter punkt 20.5.

Som nevnt over, er punkt 23 et felles sett med varslingsregler for alle forhold som vil ha påvirkning på kontraktens fremdrift og vederlag. Disse varslingsreglene skal følges etter at det er varslet om formelle og uformelle endringer, mangler ved byggherrens leveranser og force majeure. Reglene er en del av ”ping pong spillet”, og har like sterke preklusive virkninger som de andre. Punkt 20.7, vedrørende tvisteløsning, er på samme måte en fellesbestemmelse for alle kontraktsendrende forhold etter kapittel IV. Jeg behandler derfor denne regelen, samt entreprenørens utførelsesplikt, før jeg går videre med prosessreglene i punkt 23.

4.4.2 Tvisteløsning og søksmålsfrister

Avslår byggherren entreprenørens krav på riktig måte etter punkt 20.6 litra b, må entreprenøren søke spørsmålet løst ved hjelp av oppmannsavgjørelse, voldgift eller domstolene, jf. punkt 20.7. I mellomtiden har entreprenøren utførelsesplikt, med mindre byggherren bestemmer noe annet og stiller sikkerhet, jf. punkt 20.6 andre og tredje ledd tredje. At det er åpnet for at entreprenøren kan unnlate utførelsesplikten ”på egen risiko”, jf. punkt 20.6 fjerde ledd andre setning, i de tilfellene byggherren ikke stiller sikkerhet, fremstår som en unødvendig presisering. Viser det seg senere at den pretenderte endringen kun var en kontraktpresisering, og hele prosjektet forsinkes som følge av at entreprenøren ikke utførte pålegget, ville han uansett denne presiseringen ha måttet bære risikoen for unnlåtelsens effekt.

Utførelsesplikten og tvisteløsningsmekanismen i punkt 20.7 er en viktig kombinasjon for å kunne drive en tvist i mål samtidig med at prosjektarbeidene ikke stopper opp. Punkt 21.2 slår fast at tvist vedrørende krav om kontraktsjustering, som følge oppfyllelsesvikt på byggherresiden, også skal kunne avgjøres etter oppmannsreglene i punkt 20.7, jf. punkt 26. Det samme vil være tvist om risikoplassering av uforutsette forhold, jf. punktene 26 og 43.2 første ledd.

De rettslige virkningene ved tvisteløsningsmekanismene er fristen i punkt 20.7 andre ledd og punkt 26 litra b. Etter punkt 20.7 første ledd, kan partene benytte en oppmann for å avgjøre tvist, men avgjørelsen er ikke bindende for partene med mindre de dispositivt avtaler det, eller avgjørelsen ikke fravikes ved voldgift eller dom innen seks måneder. Entreprenøren har en egen, ensidig og absolutt frist etter punkt 26. Dette er en betydelig utvidelse av entreprenørens søksmålsplikt i forhold til NS 3430, men også en lemping av tidsfristen. Litra a oppfordrer han å bruke oppmannsavgjørelse etter punkt 20.7 før overtagelse, og da følger den absolutte tidsfristen av det punktet. I tillegg er det et absolutt krav for entreprenøren å gå til søksmål åtte måneder etter overtagelsen, dersom han ikke benytter seg av oppmannsavgjørelse før overtagelsen. Hvis en tvist ikke bringes inn for oppmann av noen av partene, og entreprenøren ikke fremmer tvisten for voldgift eller

domstol innen åtte måneder etter overtagelse, er kravet tapt, jf. punkt 26 siste ledd.

Entreprenørens søksmål og oppmannsavgjørelse er kun nødvendig der byggherren rettidig skriftlig avslår kravene etter punkt 20.6. Gjør ikke byggherren det, prekluderer entreprenøren kravene sine og behøver ikke gå videre med kravene.

Oppmannsavgjørelse av om det foreligger endringspålegg eller ikke, kan kreves av begge parter. Oppmannsavgjørelse av tvist om konsekvensene en endringsordre skal ha, må vedtas av begge parter, jf. siste ledd. Dette er ikke en ubetydelighet, da en part kan gjøre den praktiske prosessen ved en tvist mer omstendelig enn nødvendig.

4.4.3 Medvirkningssvikt og force majeure

På samme måte som for endringer, skal entreprenøren varsle byggherren uten ugrunnet opphold når han mener det foreligger medvirkningssvikt og andre forhold som kan påvirke fremdrift eller og vederlaget. Varsling av fristforlengende forhold utenfor partenes kontroll skal varsles direkte etter punkt 23.3, uten et forutgående nøytralt varsel, jf. punkt 25.2 siste ledd. Jeg går først igjennom reglene om forsinkelse og mangler ved medvirkningen.

Byggherrens medvirkningsplikter er definert i kapittel III, mens entreprenørens krav ved svikt i disse pliktene fremkommer i punkt 21. Punkt 21.1 slår fast at entreprenøren har rett til både fristforlengelse og vederlagsjustering der forhold byggherren har risikoen for tilsier det. I punkt 21.2 pålegges entreprenøren å følge varslingsreglene i punkt 23.2 og utmålingsreglene i punktene 24 og 25. Punkt 21.1 kan fremstå noe overflødig eller feilplassert i forhold til systematikken i standarden. Punktet kunne heller godt ha vært plassert i kapittel III, og er for så vidt en unødvendig presisering. Det kan være mulig konsipistene så det nødvendig å fremheve entreprenørens rettigheter og varslingsplikter av pedagogiske hensyn. For leseren, mener jeg, har dette mer en effekt av å forvirre enn å oppklare.

Som for varsling av endringer, skal entreprenøren først avgi nøytrale varsler, jf. punkt 22.1, og byggherren skal respondere på dette varslet, jf. punkt 22.2. Denne bestemmelsen er også en samling av flere bestemmelser fra NS 3430. Alle forhold entreprenøren mener ligger

utenfor kontrakten, og byggherren skal bære risikoen for, skal varsles etter dette punktet. Dette er en betydelig redaksjonell forbedring fra forrige standard. Varslingsplikten i punkt 22 er noe annet enn lojalitetsplikten i punkt 5, selv om formålet i de to reglene bør ses i sammenheng. Formålet bak begge punktene er å fange opp uforutsette forhold så tidlig som mulig, slik at prosjektets fremdrift og finanser sikres best mulig. Mens alle endrede forhold skal varsles etter punkt 5, må det være en begrensing etter punktene 22.1. Disse må ses i sammenheng med kapittel III og byggherrens funksjonsforpliktelser og risiko. Uansett vil lojalitet mellom partene stoppe uheldig utvikling hver gang når det oppdages mer eller mindre avgjørende forhold, men ikke minst kan partene unngå dårlig samarbeidsklima.

Punkt 22.1 første og andre ledd beskriver vilkårene for varslingen, tredje ledd regulerer de tilfellene det ikke varsles i tråd med første og andre ledd. Etter første ledd skal entreprenøren varsle alle forhold ved prosjektbeskrivelsen som inneholder uoverensstemmelser, feil eller andre forhold som gjør at dokumentene ikke gir tilstrekkelig veiledning. I siste setning legges egnet prosjektering til som vilkår. Dette siste er den klare sammenhengen med lojalitetsplikten, da entreprenøren skal varsle prosjektering uavhengig om det vil påvirke hans kontraktarbeid. Det betyr at tredje ledd får virkning hvis entreprenøren for eksempel ikke varsler om en feil i tegninger han oppdager. Likeledes må han varsle uegnet grunnkonstruksjon, dersom han blir oppmerksom på dette. Men med en viktig reservasjon for det tilfellet der konstruksjonen ikke får virkning på entreprenørens arbeid. Det følger derved ingen kontraktuelle rettslige virkninger av utelatt varsel etter punkt 22.1 første ledd siste setning. Etter andre ledd skal det varsles dersom det er andre forhold entreprenøren mener byggherren skal bære risikoen for, og han mener han ikke kunne forvente etter kontrakten. Igjen må bestemmelsen holdes opp mot kapittel III for å finne byggherrens plikter. Uansett må det varsles for å gi rett til justering av kontrakten. Uforutsette forhold i grunnen har vært et problematisk område å plassere risiko for under de foregående standardene. Dette har gjort varslingsreglene vedrørende slike forhold tilsvarende problematisk. Etter NS 8405 er dette langt på vei løst ved punktene 19.2 og 22.1 andre ledd. Utover de overnevnte momentene, fremstår innholdet rimelig likt med punkt 17.1 litra b i NS 3430 hva gjelder vilkår for varslet.

Fristutgangspunktet for varslet er det sedvanlige; uten ugrunnet opphold. Det avgjørende momentet for fristen er når det kan sies at entreprenøren må ha en positiv kunnskap om at det foreligger en svikt. Han kan neppe pålegges å varsle allerede når han har en mistanke om at det er feil som kan påvirke kontraktarbeidet. Når han har blitt oppmerksom på forholdene, skal han varsle straks, og senest innen ugrunnet opphold. Formålet, redegjort for over om varslets forhold til lojalitet og prosjektsikring, tilsier at det skal svært lite til før varslet er fremsatt for sent.

Varsler ikke entreprenøren korrekt etter første og andre ledd, kan det få avgjørende virkninger for hans spesifikke krav. Tredje ledd inneholder ikke en fullstendig preklusiv virkning, men hans krav på fristforlengelse og vederlagsjustering faller bort hvis varslet hadde forhindret fordyrende og tidsforlengende effekt. Dette betyr at utelatt eller for sent varsel ikke vil ha konsekvenser dersom varslet ikke ville bety noe fra eller til for byggherren. Entreprenøren kunne klart seg ved å kun varsle etter punkt 23. I siste setning av punkt 22.1 tredje ledd skjerpes aktsomhetskravet til entreprenørens undersøkelsesplikt, og fremskynder tidspunktet for når varslet etter første og andre ledd skal fremsettes. Hvis det etter en konkret vurdering kan slås fast at han under gjennomgangen av byggherrens leveranser og annen medvirkning med sikte på produksjon, eller i produksjonsfasen, burde ha oppdaget forholdene, men ikke varslet før senere, er varslet for sent fremsatt og rammes av første ledd.

Etter punkt 22.2 plikter byggherren å respondere uten ugrunnet opphold på entreprenørens varsel etter punkt 22. Det er ikke satt inn preklusjonsvirkninger i bestemmelsen, men unnlater byggherren å respondere, vil han måtte ta risikoen for at entreprenøren anser det som brudd på medvirkningsplikten. Bestemmelsen er således en viktig ordensregel i prosessen frem til en løsning av manglene. Byggherren skal fortelle hvorledes entreprenøren skal forholde seg til manglene, og eventuelt utstede en formell endringsordre. I forhold til momentene nevnt over, vil byggherren kunne rette opp uklarheter i prosjekt materialet ved dette varslet. Han kan også gi anvisninger på hvorledes

uhensiktsmessige eller utilstrekkelige prosjekteringer skal håndteres. Kommer byggherren men slike beskrivelser, vil det hjelpe partene videre i avklaringen av konsekvensene forholdene skal ha for kontrakten.

Force majeure og andre forhold utenfor partenes kontroll gir, som i de aller fleste utviklingskontrakter, kun rett til fremdriftsjustering. Punkt 25.2 slår dette fast, samtidig som den beskriver entrepriserettens utvidede force majeure-begrep. Etter bestemmelsens siste ledd skal, som nevnt over, entreprenøren varsle krav direkte etter punkt 23.2, uten et forutgående nøytralt varsel om de oppståtte force majeure-forholdene. Både ved pretenderte endringer og mangler i medvirkning skal forholdene varsles nøytralt før det varsles spesifikt etter punkt 23. Dette henger delvis sammen med at risikofordelingen av force majeure-tilfellene er slått sammen med kravene om fristforlengelse, i samme bestemmelse. Vilkårene for fristforlengelse kan godt være de samme som for vedelagsjustering, og er det nok ofte også. Men de rene force majeure-tilfellene faller, av sin natur, ikke inn i noen av partenes alminnelige funksjonsplikter etter kontrakten, og således passer ikke regelen godt hjemme i de foregående kapitlene i standarden.

4.4.4 Varsler om konsekvenser for vederlag og fremdrift

Når det nå er redegjort for de innledende varslingskravene av forhold entreprenøren mener gir han rett til justering av kontrakten, skal jeg nå gå igjennom punkt 23, som er et felles varslingsystem for varsling av konsekvenser for fremdrift og vederlag. Her er det i tillegg til utvidet krav til spesifisering, også mer bruk av preklusive virkninger. Punktet er en sammenslåing av innholdet i varslingsreglene i NS 3430 punktene 17.5 andre og tredje ledd, 21.2, 28.4.3 og 28.5. Varslene etter punkt 23 er absolutt påkrevde oppfølgere av de varslene jeg har redegjort for over. Den tilsvarende varslingsplikten i NS 3430 er begrenset til kun å gjelde der entreprenøren mener de forhåndsbestemte enhetsprisene ikke kan benyttes som de er. Varslingsplikten i NS 8405 er absolutt uavhengig om typen beregning av kravet. Videre er fristutgangspunktene for varslene i NS 3430 usikker, mens dette slås klart fast i NS 8405. Varslenes fristlengde er også gjennomført uten ugrunnet opphold, nesten uten unntak.

Punkt 23 er delt opp i fire underpunkter, som hver for seg har sitt virkeområde. De to første gjelder varslings av konsekvenser entreprenøren mener endringsordre skal ha for kontrakten. Så kommer tilsvarende plikt for andre forhold byggherren, og for så vidt begge parter, bærer risikoen for, i tredje underpunkt. I siste underpunkt reguleres byggherrens responsplikt på kravene i de foregående underpunktene. Det kan spørres hvorfor ikke konsipistene har samlet alle reglene i ett punkt for å lette pedagogikken og unngå feilbruk. I prinsippet, alle underpunktene lest i ett, har de det samme vilkåret – kontraktens forhåndsbestemte innhold er varslet endret, og det skal nå varsles om konsekvenser. Varslingssystemet er lagt opp slik at kravene skal fremsettes etter egne regler avhengig av om det kommer etter endringsordre eller andre forhold byggherren svarer for. Reglene har noe forskjellig innhold og fristutgangspunkter, og ikke minst ulike preklusjonsvirkninger. Jeg vil i redegjørelsen prøve å besvare hvorfor utformingen er blitt slik, og ikke er én bestemmelse. Selv om entreprenøren skal varsle etter tre forskjellige regler, har byggherren responsplikt på kravene kun etter punkt 23.4. Han må først respondere når det kommer spesifiserte og begrunnede varsler, likt punkt 17.5 tredje ledd i NS 3430. Først skal entreprenøren varsle om hvilke krav han mener seg berettiget til, dernest skal det varsles - med begrunnelse - om hvor mye vederlaget skal justeres, og hvor lang fristforlengelsen skal være. Dette kan i prinsippet slås sammen til ett varsel, hvis fristutgangspunktene i begge varslene overholdes i det ene. Det kan stilles spørsmål ved når entreprenøren skal sies å ha avlevert det varslet byggherren må respondere på for ikke å miste retten til innsigelse. Dette er ikke ubetydelig problematisk der det kun kommer ett varsel etter punkt 23, kanskje med både vederlags- og fristutsettelseskrav. Jeg vil under også forsøke å besvare dette spørsmålet. Grunnene til at varslingsreglene er oppdelt, er langt på vei svaret på de overnevnte spørsmålene og vice versa. De ulike forholdene gir ulike forutsetninger og varslingsbehov, som vanskelig kan samles i ett punkt uten å miste mye av sine formål.

På lik linje som ved tvist om det foreligger endringer eller ikke, kan partene benytte tvistemekanismen i punkt 20.7, jf. punktets siste ledd og redegjørelse over. Men som nevnt over, må begge parter godkjenne oppmannens avgjørelse. Selv om partene er uenige om, eller til og med er i formell tvist om, det foreligger endring av kontrakten, må varslene etter

punkt 23 sendes for å unngå preklusjonsvirkninger. Det kan tenkes situasjoner der tid brukt til forberedning av tvistemøte, etter punkt 43.1, vedrørende samme forhold, blir bedømt som begrunnet tidsanvendelse før varsler etter punkt 23 sendes. De spesifiserte kravene kan til og med tenkes å komme uten ugrunnet opphold etter en eventuell oppmannsavgjørelse om tvist vedrørende punktene 20 til 22, hvis forholdene er kompliserte nok å beregne konsekvenser av. Hvorvidt tid brukt til å forbrede sak vedrørende tvist om det foreligger endring, skal anses å være begrunnet tidsanvendelse i forhold til fristlengden til varslene etter punkt 23 for det samme forholdet, er ikke omtalt særskilt i avtalen. Jeg nøyer meg med å si noe om formålet bak varslingsplikten. Varslingsplikten og fristutgangspunktene i punkt 23 er en integrert del av den totale informasjonsflyten til byggherren, og kan neppe ses isolert fra varslene etter de foregående punktene. De spesifiserte og begrunnede varslene, som gir byggherren oversikt over konsekvensene for fremdrift og utgifter, vil være avgjørende for om byggherren vil godta en påstand om at nye forhold ligger utenfor kontraktsangivelsene. Fremsettes det krav som ikke påvirker fremdrift og utgifter utover det byggherren kan akseptere, vil det lettere kunne aksepteres at forholdet ligger utenfor kontrakten. Hvis et fremsatt krav om oppmannsavgjørelse eller tilsvarende skulle stanse varslingsplikten, ville dette således forpurre intensjonen med å ha et fungerende endringsordresystem. På den annen side kan det i konkrete situasjoner være unødvendig resursbruk å konkretisere krav det ikke er berettigelse av. Det avgjørende momentet, ved siden av formålsbetraktningene, må være det faktum at det å fremsette tvist for oppmann ikke er pålagt spesiell frist før prosjektet ferdigstilles. Det kan med andre ord ventes med å fremme sak etter punkt 20.7 helt frem til overleveringen av prosjektet.

Punktene 23.1 og 23.2 gjelder begge krav etter en regulær eller irregulær endringsordre. Varslingsplikten oppstår derved enten etter at byggherren usteder regulær endringsordre etter punkt 20.3, eller etter at entreprenøren har varslet om at det foreligger irregulær endringsordre etter punkt 20.5. Vilkårene for varslingsplikten er med andre ord lik i begge bestemmelsene. Hvilke av de to som skal følges, beror på om entreprenøren varsler krav om fristutsettelse eller vederlagsjustering, eventuelt både og. Krever entreprenøren både og,

noe som sikkert ikke er uvanlig, må han være klar over innholdsforskjellen i de to reglene for å imøtekomme begge reglenes krav til varslene.

Etter punkt 23.1 er entreprenøren pliktig å skriftlig varsle byggherren uten ugrunnet opphold etter at han har en oppfatning av hvilke virkninger endringen skal ha på vederlaget. Uansett om det er snakk om økning eller reduksjon av vederlaget, har entreprenøren denne varslingsplikten, jf. 20.1 fjerde ledd. Til tross for at det er både opp- og nedjustering det pliktes å varsles om, er kun entreprenøren pålagt varslingsplikten. Det kunne tenkes naturlig at byggherren måtte varsle entreprenøren om hvilke vederlagsnedsettelse han ville se for seg etter en endring ved reduksjon av arbeidsomfanget.

Fristutgangspunktet nevnes ikke spesifikt i bestemmelsen, men den må naturlig nok være noe senere enn den etter punkt 20.5. Entreprenøren må ha fått en "oppfatning" av virkninger på vederlaget før fristen begynner å løpe. Det vil være metoden for beregning av justeringen som blant annet vil avgjøre fristutgangspunktet. Er det enkelt å beregne justeringen fordi den for eksempel kan finnes ved å simpelt gange antall økte enheter med fastsatt enhetspris, jf. 24.5 første ledd, vil fristen være kortere. Må andre og mer kompliserte metoder benyttes, som beregning av utgifter for plunder og heft eller og andre forhold det ikke kan forhåndsavtale enhetspriser for, må nødvendigvis fristutgangspunktet bli forskjøvet tilsvarende. Sett i forhold til at byggherren ikke har responsplikt før han mottar spesifiserte og begrunnede krav etter punkt 23.1, jf. 20.4, må entreprenøren i tillegg til å varsle størrelsen på kravet, også begrunne valg av metode. Dette fremkommer ikke klart fram av punkt 23.1. Dette kan henge sammen med at det ikke følger en absolutt preklusiv virkning av utelatt varsel etter bestemmelsen. Hadde det vært en absolutt preklusiv virkning ved utelatelse, ville også konsipistene sannsynlig ha vært klarere på hvilke krav det skulle stilles til varslet. Det faktum at entreprenøren må komme med beregning, så vel som begrunnelse for valg av beregningsmetode, er samlet med på å sette premissene for varslingsfristens lengde før en eventuell preklusjon skulle inntre etter tredje ledd. Selv om entreprenøren ikke begrunner kravene etter punkt 23.1, mister han ikke

retten til dem, slik han gjør etter neste punkt. Som nevnt, mister han heller ikke retten til hele kravet dersom varslene utelates totalt. Disse to poengene gjør virkningene av feil i varslene om henholdsvis vederlagsjustering og fristforlengelse ganske forskjellige.

Etter punkt 23.2 plikter entreprenøren, etter samme tidsfrister og vilkår som over, skriftlig å varsle krav om fremdriftsendring. Når entreprenøren er pliktig å varsle nedjustering så vel som oppjustering av vederlaget, er han kun pliktig å varsle oppjustering av byggetiden, jf. ”krever fristforlengelse” i første ledd første setning. En annen viktig forskjell fra vederlagsvarsling er preklusjonsvirkningen. Varsler ikke entreprenøren etter første ledd innen tidsfristen, mister han alle rettigheter til fristforlengelse pga. det forhold han ikke varslet om. Videre er entreprenøren klart gitt en plikt til å begrunne og spesifisere kravet i et oppfølgende varsel etter andre ledd. Denneplikten er riktig nok ikke sanksjonert med preklusjonsvirkning, slik varslene etter første ledd er, men det vil klart nok være kontraktsbrudd å bare avsende et nøytralt varsel. Byggherrens responsplikt oppstår heller ikke før det spesifikke varslene kommer, jf. punkt 23.4. Sendes ikke et slikt varsel på noen måte, vil det kunne forsinke og fordyre prosessen med å oppklare hvilke konsekvenser endringen skal ha for de dagmulktbelagte tidsfristene - endringsordresystemet vil kunne stoppe opp. Entreprenøren vil ha risikoen for utgifter og fremdriften, ved å unnlate å oppfylle kontraktsplikten etter andre ledd.

Varslingen av fristforlengelse er også en tretrinnsmanøver hva gjelder tidsfrister og innhold av varslene. Varslene etter punktene 20.5 og 23.2 første og andre ledd kan for så vidt sendes som ett varsel, men det er avgjørende at vilkårene i alle reglene oppfylles. I en enkel sak kan det tenkes mulig å avsende ett varsel, men det skal sannsynligvis ikke mye til før tidsfristene gjør det umulig å avlevere spesifiserte varslene raskt nok til å oppfylle tidsfristene i punkt 20.5. Tidsfristen for avsending av varslene etter punkt 23.2 første ledd, starter når entreprenøren er blitt klar over at endringen vil kunne hindre fremdriften. Ordlyden er ganske annerledes enn etter vederlagsvarslene, og er identisk med punkt 17.5 første ledd i NS 3430. For byggherrens del er det nå snakk om å bli gjort oppmerksom på at det er store muligheter for at endringer i tillegg medfører utsettelse av dagmulktbelagte

tidsfrister. Det er tilstrekkelig at entreprenøren positivt kan slå fast denne muligheten. Ordlyden skal ikke forstås som at han skal varsle når han burde ha oppdaget forholdet, men han kan heller ikke høres med at han ikke har oppdaget at endringer kunne medføre fristutsettelse. Han skal ikke vente til han er helt sikker på at det faktisk vil bli en utsettelse – da er han i forsinkelse i forhold til tidsfristen, og taper kravet. En normal forventning til konsekvensen av endringen må være tilstrekkelig, og for dette som for fristutgangspunktet, vil en måtte ha konkrete fakta for å bedømme tidsfristene. Videre skal entreprenøren spesifisere og begrunne kravet straks det foreligger grunnlag for å gjøre det. Fristen har en annen ordlyd enn i NS 3430, men realiteten er sannsynlig den samme.³⁴ Som nevnt over, er ikke andre ledd understøttet av egen kontraktuell sanksjon. Unnlater entreprenøren dette varslet, vil han likevel bære risikoen dette måtte få for byggherren, dersom varslet ville ha hindret tapet. Likeledes vil bevisvil om entreprenøren har varslet tilstrekkelig eller ikke, tilsi at han må bære eventuell risiko.³⁵ Fristen for å varsle begynner å løpe straks det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet på fristforlengelse. Dette må, som ellers, behandles konkret, men entreprenøren må gis den tiden det tar å beregne eksakt hvor mange dager, uker eller måneder fristforlengelse han krever, samt tid til å begrunne kravet slik at byggherren kan vurdere berettigelsen av det.

Krever entreprenøren fristforlengelse, dekning av merutgifter eller justering av vederlaget pga. forsinkelse, medvirkningssvikt eller andre forhold, skal han varsle byggherren etter reglene i punkt 23.3 første ledd. For det første skal han varsle byggherren uten ugrunnet opphold. jf. andre punktum. Gjør han ikke det, taper han kravet om fristutsettelse og tilleggsvederlag, selv om det ellers er berettiget, jf. siste setning. Begrepet ”uten ugrunnet opphold”, skal tolkes på vanlig kontraktsrettslig måte, ved at entreprenøren må ha plausible og relevante grunner for ikke å ha varslet straks. Tidsfristen begynner å løpe senest på det tidspunktet han er blitt klar over at det har oppstått eller vil oppstå forhold som medfører

³⁴ Marthinussen hevder dette på s. 310.

³⁵ Eidsivating Lagmannsretts dom av 2.2.2000 publisert LE-1998-648 (ikke publisert i Rettens Gang) la til grunn at entreprenøren måtte bære risikoen bevisvil medførte vedrørende om spesifisert varsel var sendt eller ikke. Dommen gjaldt punkt 17.5 andre ledd i NS 3430, men dette må være overførbart til NS 8405.

forsinkelse eller merutgift, jf. andre punktum. Det kan raskt slås fast at forholdet må være oppdaget av entreprenøren. Spørsmålet er om entreprenøren skal varsle straks det skjer noe uventet, eller om han kan vente til han skjønner at det kan få konsekvenser for ferdigstillelsen eller utgiftene. Ordlyden i andre punktum er utvetydig på at han kan vente til det er brakt på det rene at forholdet vil medføre forsinkelse eller merutgift. Han må ikke varsle så fort han har mistanke om at forholdet kan påvirke kontrakten,³⁶ men straks han kan slå fast at det vil påvirke den. Den eneste relevante grunnen til å vente med varslingen, er da også den tiden det tar å etablere positiv kunnskap om at forholdene vil påvirke kontrakten. Ser man første og andre ledd i sammenheng, er ordlyden tydelig på at det er en kortere tidsfrist på varslet etter første ledd enn det etter andre ledd. Varslet etter første ledd må heller ikke begrunnes slik andre ledd krever. Venter entreprenøren med det første nøytrale varslet for å kunne spesifisere kravet, har han ikke varslet i tide. Hensynet bak å ha en kort frist for et nøytralt varsel og en lenger for det spesifikke, må være å gi byggherren raskest mulig forvarsel og så en oppfølgende oversikt tett etterpå. Ellers er vurderingen av fristlengden etter første ledd sammenfallende med dem etter første ledd i foregående punkt.

Punkt 23.3 andre ledd slår fast at entreprenøren skal begrunne hva han spesifikt krever. Dette er oppfølgingsvarslet av de samme forholdene det ble varslet om etter første ledd. Dette spesifikke varslet skal fremsettes straks det foreligger grunnlag for å beregne kravet. Som nevnt over, må det være en tidsforskjell mellom de to faslingskravene. Begrepene er kontraktsrettslig forskjellig, men mest av at tilsier en naturlig sammenheng mellom varslene at entreprenøren må gis mer tid til å gjøre de undersøkelser som må til for å bringe på det rene hvor mye ekstra tid og merutgift forholdet tilsier. Begrepet ”straks” har også sine grenser, men det kan vanskelig oppstilles konkrete objektive krav, slik som etter tidsfristen etter første ledd. Uteblir varslet etter andre ledd, stilles det heller ikke opp preklusive virkninger, som etter første ledd. Varslets viktigste funksjon er forholdet til punkt 23.4, da byggherrens responsfrist ikke begynner å løpe før han får det spesifikke

³⁶ Hagstrøm s. 62, ved tolkningen av tilsvarende bestemmelse i NS 3430.

varslet etter andre ledd. De samme vurderingene, redegjort for her, gjelder også for andre ledd i foregående punkt og vice versa.

Det spesielle ved dette punktet i forhold til det foregående, er at utgiftsdekning tilsynelatende ikke tapes ved utelatt varsel etter første ledd. Virkningen er preklusiv, men bare for deler av vederlaget, med andre ord. Det er naturlig å trekke en parallell til den delvist preklusive virkningen i punkt 23.1 tredje ledd, som fungerer lik en nødventil hva gjelder urimelig tap for entreprenøren. Etter ordlyden i punkt 23.3 første ledd siste setning, taper han kun retten til tilleggsvederlag og fristforlengelse. Etter andre ledd skal entreprenøren spesifisere både tilleggsvederlag, fristforlengelse og utgiftdekning. Ved en normal språkforståelse av begrepet "vederlag" innbefattes også utgift. Vederlag for en tjeneste innbefatter hele oppgjøret til pengekreditor, for hans realytelse. Med mindre partene avtaler noe annet, innbefattes entreprenørens utgifter, så vel som fortjeneste, i vederlaget han har forhandlet seg frem til for sitt prosjektarbeid. Det skulle således ikke være nødvendig å distingvere mellom utgift og vederlag i andre ledd mer enn i første ledd. Det at bestemmelsen har ulik distinksjon i de to leddene, kan virke tilfeldig, og tolkes som at utgifter er en del av "tilleggsvederlaget". Men med tanke på "utgiftsdekningens historie" i de foregående standardene og det overnevnte, er det neppe tilfeldig at utgiftsdekning er utelatt fra oppramsningen i første ledd og ikke i andre ledd.

Etter en pålagt endring fra byggherren, er det klart nok rimelig at entreprenøren ikke kan tape hele kravet om justering av kontraktsvederlaget. Denne rimelighetsbetraktningen er ikke like uproblematisk hva gjelder andre forhold byggherren svarer risiko for, som skal varsles etter punkt 23.3 første ledd. Men det samme hensynet kan forsvare at utgiften ikke prekluderes bort, nemlig det at byggherren har risiko, og således burde dekke utgiften. Vurderingen mellom forholdene etter punktene 23.1 og 23.3 skiller seg fra hverandre ved at det er en stor grad forutberegnelighet for at en endringsordre også medfører utgift for byggherren og vederlagskompensasjon for entreprenøren. Mens det samme ikke kan sies ved andre forhold det varsles om etter punkt 23.3. Dette skulle tilsi at det ikke er unaturlig å

dele risikoen mellom partene for disse forholdene ved sent varsel, slik at byggherren dekker utgiften, mens entreprenøren dekker fortjenesten.

Punkt 23.4 aktiveres når byggherren mottar spesifiserte og begrunnede varsel etter de tre foregående underpunktene. Dette er en videreføring av punkt 8.7 tredje ledd i 3401 og punkt 17.5 tredje ledd i NS 3430. Tidsfristen til byggherren er ikke lenger satt relativ med en absolutt grense. Byggherren skal uten ugrunnet opphold skriftlig ta stilling til kravet. Hvis ikke han gjør dette, skal det betraktes som om han har godtatt de spesifikke og begrunnede kravene fra entreprenøren.

Den absolutte tidsfristen på 21 dager i den foregående standarden er fjernet, men byggherren har sannsynligvis i de aller fleste tilfeller mistet sin innsigelsesrett før 21 dager etter punkt 23.4 i NS 8405. Uansett er tidsfristen satt relativ i tråd med de andre reglene i standarden, og ut fra det faktum at det kan tenkes komplekse forhold det vil gi dårlig mening å tvinge byggherren til å svare på før han har en viss oversikt. Han kan selvfølgelig også bare avslå alle krav uten å vurdere kravenes berettigelse. Byggherren unngår da at kravet vinner frem slik det fremsettes av entreprenøren, men det vil kunne gjøre selve tvisteprosessen mer kostbar enn nødvendig, og byggherren vil bære risikoen for dette dersom kravet var berettiget i utgangspunktet, jf. punkt 43.2 siste ledd og lov om voldgift av 2004-05-14 nr 25 § 40 jf. lov om rettergangsmåter for tvistemål av 1927-07-01 § 172.

Kolrud hevder i kommentaren til NS 3430 at ”meddelt sitt standpunkt”, i punkt 17.5 tredje ledd, betyr at byggherren må ta standpunkt til kravet fra entreprenøren.³⁷ Han kan ikke bare bekrefte mottatt krav, slik Sandvik antok regelen var å forstå i NS 3401,³⁸ men må ta stilling til realitetene i kravet og meddele dette til entreprenøren. Ordlyden i de to bestemmelsene er identisk, og skulle ikke tilsi forskjellig innhold. I bestemmelsens videreføring i NS 8405 punkt 23.4, er uttrykket endret til ”ta stilling til kravet”. Språklig er det liten forskjell på innholdet av dette uttrykket, og i kommentaren til NS 8405 har Kolrud

³⁷ Se side 154.

³⁸ Sandviks Kommentarer s. 89.

fulgt opp forståelsen av kravet i regelen.³⁹ Marthinussen synes å være på linje med dette synet hva gjelder forståelsen av kravet i NS 8405.⁴⁰ Teoretikerne har da klart nok gått fra å mene at byggherren klarte seg med å respondere på kravet, til at han må avslå eller godta kravet helt eller delvis. En naturlig forståelse av begrepene tilsier dette synspunktet, og det er Sandviks tolkning av innholdet i punkt 8.7, som virker snevrere enn ordlyden skulle tilsi. Etter punkt 23.4 hadde opprinnelig byggherren kun responsplikt der entreprenøren spesifiserte og ”dokumenterte” sine krav. Dette skapte ikke ubetydelig forvirring mht. argumentasjonskravene i de andre underpunktene, ikke minst om dokumentasjonen etter punktene 24 og 25 skulle med i varslene. Ordlyden ble endret til kun å gjelde krav som er spesifiserte og ”begrunnede” ved rettelsesblad av juni 2004, og kravet korresponderer nå med de andre punktene, og er klarere mht. argumentasjonsnivået varslene skal ha før responsplikten utløses.

Byggerens respons på krav om dekning av merutgift etter NS 3430 punkt 27.5, hadde et eget punktum i tredje ledd. Responsplikten synes således å skulle være forskjellig fra respons på krav om fristforlengelse etter første setning. Etter en vanlig språklig forståelse av teksten er det derimot de samme kravene for responsen her, som etter første setning. Usikkerheten dette medførte er løst i NS 8405 ved at distinksjonen i teksten er tatt bort, men forholdet til punkt 24.3 andre ledd burde vært avklart ved henvisning. Punktets varslingsbestemmelse må ha samme effekt for byggherren hva gjelder spesifikasjons- og begrunnelseskrav ved krav om utgiftsdekning.

Avslår byggherren entreprenørens krav, kan tvisten enten løses ved hjelp av tvisteløsning i punktene 20.7, 43.3 eller 43.4. Er partene bare uenige om størrelsen og beregningsmetodene for justering av vederlaget eller fristforlengelsen, skal punktene 24 og 25 benyttes for å bergene dette. Blir ikke partene forlikt etter å ha benyttet disse punktene heller, står de tilbake med de førstnevnte punktene. Jeg går som tidligere nevnt ikke inn på dette område av kontrakten. Jeg vil derimot avslutte med noen ord om entreprenørens plikt

³⁹ Kolrud s. 275.

⁴⁰ S. 312.

til å holde byggherren underrettet om kravenes utvikling etter punktene 24.2 andre ledd og 24.3 andre ledd, samt plikten til å varsle før det iverksettes forsering etter punkt 25.5 andre ledd.

Kravene etter punktene 24.2 og 24.3 er spesielle i den forstand at de ikke nødvendigvis vil kunne beregnes før prosjektet er ferdig, eller i beste fall etter at forholdene det varsles krav etter er ferdigbehandlet. Varlingsbestemmelsene i punktenes andre ledd, er derfor viktige for byggherrens bedømmelse av hvordan utgiftene påvirkes under de rådende forholdene. Informasjonen han mottar etter disse bestemmelsen, vil gi han argumenter for hvilke avgjørelser han skal ta mht. endrede forhold. Hvis disse utgiftene blir store, er det grunn til å avlyse endringer han ellers ville ha gjennomført. Selv om det er forholdene kravene kommer av som skal varsles, og ikke selve kostnadskravet, vil informasjonen si mye om utgiftsnivået. Varlingsreglene er ikke understøttet av preklusive virkninger utelatelse vil ha, men her som ellers vedrørende slike varlingsregler uten særskilte kontraktuelle sanksjonsregler, løper entreprenøren relativt stor risiko ved å unnlate varsling. Dette vil også gjelde varslet om forsering etter punkt 25.5. De spesifikke varlingskravenes innhold i punkt 23 kan oppfylles uten at det er nevnt noe spesifikt om krav etter 24.2 og 24.3. Disse omkostningene kan komme til å utvikle seg i takt med gitte endringer på måter det ikke kan være mulig å sette en pris på før alt arbeid er avsluttet, og således kan de ikke tapes ved ikke ha vært varslet etter punkt 23. Så snart entreprenøren har positiv kunnskap om kostnadene så lang, vil han måtte varsle kravene i form av ”løpende underretning” for ikke å stå i fare for å miste kravene dersom kostnadene ville vært unngått ved riktig varsel, jf. over om tilsvarende redegjørelser. Tilsvarende vil også gjelde for forseringsvarslet etter punkt 25.5 andre ledd. Det oppstilles ikke særskilt formkrav i bestemmelsene, heller ikke klare fristutgangspunkter, men redegjørelsen under kapittel 4.3.1 vil være relevant her, sammen med en konkret vurdering av faktum. Bevistemaet er like avgjørende ved disse varslene som de med preklusive virkninger, i de tilfellene varslene ville påvirket utfallet for partenes avgjørelser under de rådende forholdene, og således ha virkning på utgiftene og fordelingen av disse.

5 Oppsummering

Kapittel IV var et ankepunkt under revisjonen av varslingsreglene, og ble raskt redigert noe i juni 2004, jf. spesielt redegjørelsen av punkt 23.4 over. I løpet av inneværende år (2006) ventes det nok en revisjon av standarden, begrenset til kapittel IV. Konsipistene har med andre ord hatt vanskeligheter med å balansere varslingsreglene og utmålingskriteriene i kapittel IV. Til dels avgjørende hensyn for partene har vanskelig latt seg forene i én standard. Ved at det nå er tilgjengelig flere grader av kontraktsstandarder i forhold til prosjektenes kompleksitet, vil det kunne være mulig å avpasse den enkelte standardtype etter behov den skal dekke. Den hyppige revisjonen av standarden kan ha to utfall avhengig av oppfølging av de andre kontraktsstandardene. Enten vil den stadige redigeringen gi bestemmelsen liten selvstendig vekt i forhold til alminnelige entrepriserettslige prinsipper, og således undergrave standarden som et verktøy for partene. Eller så kan det hende den omfattende redigeringen bringer bestemmelsen så nær opp til optimal fordeling av risiko at standarden vi fremstår med sterke selvstendige regler, som vil gi en meget god standardavtale for parter i bransjen. Standardens fremtid avhenger således av at den forpaktes i tråd med konsipistenes intensjoner, og ikke utvannes ved at rettsavgjørelser lemper på formkrav og preklusive virkninger.

De preklusive virkningene ved for sent fremsatte varsler kan etter kontrakten resultere i at entreprenøren må utføre tilleggsarbeider med svært kostbare konsekvenser, uten å kunne kreve vederlagsjustering eller utsettelse av dagmulktbelagte tidsfrister. Av preklusjonsreglene redegjort for i oppgaven, vil dette spesielt gjelde det totale bortfallet av rettigheter etter punktene 20.5, 23.2 og særlig 23.3. Byggherrens endringskompetanse etter punkt 20.1 andre ledd, på netto 15 % av kontraktssummen, må også gjelde for en eventuelt omtvistet endringsordre, men ikke minst også for hva entreprenøren må tåle av

medvirkningssvikt⁴¹ før han kan heve etter punkt 39. Med andre ord vil ikke entreprenøren i noe fall måtte tåle preklusjon utover denne absolutte skranken. Med andre ord er problemstillingen om urimelighetsterskelen i avtaleloven § 36 nås før 15 % grensen for endringskompetansen. I et svært omfattende prosjekt vil en kostnadsøkning for entreprenøren, tilsvarende netto 15 % av den samlede kontraktssummen, muligens kunne tenkes å bety at preklusjonsvirkningen kan sensureres fordi opprettholdelsen av virkningene blir å anse "urimelig" i avtaleloven § 36 forstand. Problemstillingen må forutsette at byggherren ikke utsteder arbeidspålegg han må vite faktisk skal fremsettes som en formell endringsordre. Hvis tilfellet er at byggherren bevisst forsøker å fordekke et tilleggssarbeid ved å la være å utstede en endringsordre, vil forholdet i så fall måtte løses ved hjelp av avtaleloven §§ 30 eller 33. Selv om det kan være et vanskelig bevisstema å fastslå hvorvidt byggherren pålegger arbeidet bevisst eller ubevisst de konsekvensene det vil ha for entreprenøren, er det nærliggende å anta at avtalelovens skranker, uansett byggherrens gode tro eller fravær av denne, kan brukes til å sensurere urimelige preklusjonsvirkninger. Tilsvarende problemstilling finnes der byggherren ikke responderer i tide på entreprenørens varsler. Sondringen mellom entreprenørens falske pretenderte varsler og varsler i god tro, forholder seg hhv. til avtalelovens §§ 33 og 36, på samme måte som for byggherrens arbeidspålegg. Vurderingstema skiller seg derimot ved at det kan tenkes at entreprenøren varsler i god tro om et forhold det senere viser seg å ikke være dekning for. Hvorvidt preklusjon etter en for sen respons av et slikt varsel er å anse som urimelig i avtalelovens forstand, blir noe ganske annet enn tilsvarende virkning ved for sen fremsettelse av krav fra entreprenøren. Jeg nøyer meg med å nevne en mulig sensureringsadgang, som konsekvens av de formelle varslingsreglene, uten å problematisere eller konkludere dette tema. Ett tilleggspoeng ved dette er at standardens uttalte formål sammenholdt med de utvetydige preklusive virkningene i varslingsreglene,

⁴¹ Hvorvidt medvirkningssvikten er vesentlig i punkt 39 forstand når konsekvensen går utover grensen for byggherrens endringskompetanse, er for så vidt et noe mer omfattende tema enn jeg gjør det til, men en naturlig sammenheng i standarden skulle tilsi dette. Kåre Lilleholt tar også til orde for denne løsningen i sin artikkel "Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side : systematikken i kapittel IV i NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt", i festskriftet Håkonarmål, Bergen 2004, s.39.

kan bety at preklusjonsvirkningene ikke uten videre kan tolkes innskrenkende kun ved bruk av ulovfestede rimelighetsbetraktninger. Men at de lovfestede vilkårene i avtaleloven må være oppfylt, før avtalevirkningene kan sensureres.

6 Kilder og litteraturliste

6.1 Kontraksstandarder

Norsk Standard 8405, *Norsk bygge- og anleggskontrakt*, 2004.

Norsk Standard 3430, *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*, 2. utgave, september 1994.

Alminnelige kontraktsbestemmelser om - og utførelse av bygg anleggsarbeider, NBR 1969. (NS 3401)

Norsk Standard 401 A, *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*, 1961.

Norsk Fabrikasjonskontrakt av september 1992.

Norsk Standard 8406, *Forenklet norsk- og anleggskontrakt*, 1 utgave, 2006.

Norsk Standard 3431, *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise*, 2 utgave, 1994.

Norsk Standard 3433, *Alminnelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider*, 1 utgave, 1996.

6.2 Litteraturliste

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner*. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo 2003.

Kaasen, Knut. *Kommentar til NF 92*. Oslo, 1994.

Kolrud mfl. *Kommentarutgave til NS 8405*. Oslo, 2004.

Kolrud mfl. *Kommentar til NS 3430*. Oslo, 1992.

Marthinussen mfl. *Kommentarer til 8405*. Oslo, 2004.

Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo, 1977

Lilleholt, Kåre. *Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side: systematikken i kapittel IV i NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt. Håkonarmål,* Bergen 2004.