

Fravikelse av preklusive varslingsregler i entrepriseretten

Kandidatnummer: 307
Veileder: Pål Grønnæss
Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 14 450 ord

27.11.2006

H - 06

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgavens emne og problemstilling	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Begrepsbruk	4
1.4	Rettskilder og metode	5
1.5	Den videre fremstilling	6
<u>2</u>	<u>RETTSPOLITISKE HENSYN</u>	<u>7</u>
<u>3</u>	<u>FRAVIKELSE AV VARSLINGSREGLENE</u>	<u>9</u>
3.1	Avtale	9
3.2	Realitetsdrøftelser	10
3.2.1	Generelt	10
3.2.2	Realitetsdrøftelser med forbehold om preklusjonsinnsigelse	12
3.2.3	Realitetsdrøftelser uten forbehold om preklusjonsinnsigelse	14
3.2.4	”Uegentlige realitetsdrøftelser”	20
3.3	Konkludent adferd	21
3.3.1	Innledning	21
3.3.2	Nærmere om konkludent adferd	22
3.3.3	Gjeninnføring	29
3.4	Passivitet	31
3.4.1	Generelt	31
3.4.2	Krav til å påberope preklusjon	32
3.4.3	Byggherrens passivitet etter entreprenørens forespørsel om påberopelse av preklusjon	38

3.5	Avtaleloven § 36	40
3.6	Bristende forutsetninger	44
<u>4</u>	<u>FORHOLDET TIL NS 8405</u>	<u>45</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>47</u>
<u>6</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>49</u>
<u>7</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>50</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens emne og problemstilling

Emnet for oppgaven er fravikelse av preklusive varslingsfrister nedfelt i et utvalg av standardkontrakter innenfor landbasert bygg- og anleggsvirksomhet. På tross av varslingsreglens objektive utforming, kan det i visse tilfelle være aktuelt å fravike disse. Avhandlingen redegjør for de mest sentrale rettslige grunnlag for slik fravikelse.

I standardkontraktene denne oppgaven tar for seg, skal en entreprenør eller en underentreprenør levere en nærmere bestemt ytelse til henholdsvis en byggherre eller en hovedentreprenør. Denne ytelsen, eller kontraktsforpliktelsen, har byggherren og hovedentreprenøren kompetanse til å endre innenfor visse grenser. Den part som får kontraktsforpliktelsen sin endret, får i de fleste tilfeller krav på vederlag for endringsarbeidet, og kan også få krav på fristforlengelse eller dekning av merutgifter. Krav på fristforlengelse kan i tillegg oppstå som følge av andre årsaker som må henføres under realkreditors forhold, eller som følge av uforutsette hindringer. Slike krav må varsles uten ugrunnet opphold. Unnlatt varslingsfrist fører i utgangspunktet til at kravene prekluderes, eller med andre ord at de ikke kan gjøres gjeldende fordi de er varslet for sent. Byggherren eller hovedentreprenøren må på sin side reagere uten ugrunnet opphold på henholdsvis entreprenørens eller underentreprenørens krav når varslingsfristen er overholdt. Unnlatt reaksjon fører i utgangspunktet til at en eventuell innsigelse prekluderes.

Oppgavens problemstilling er hva som skal til for å fravike disse preklusive varslingsfristene, med den konsekvens at preklusjon ikke inntreffer. Preklusjon knyttet til disse kravene er kime til mange konflikter mellom byggherre og entreprenør, og mellom hovedentreprenør og underentreprenør. Oppgaven tjener derfor et praktisk formål.

Det er tungtveiende hensyn som ligger bak varslingsreglernes objektive utforming, og reglene er balanserte og gjennomarbeidet. I de tilfellene der man har et særskilt rettslig grunnlag, i tillegg til at hensynene bak reglene ikke gjør seg gjeldende, kan det imidlertid være aktuelt å fravike reglene.

Virkningen av at varslingsfristene fravikes er at retten til å påberope preklusjon går tapt. Dermed blir det underliggende materielle spørsmål avgjørende for om kravet eller innsigelsen tas til følge.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Fremstillingen tar utgangspunkt i NS 3406¹, NS 3430², NS 3431³ og NS 3433⁴. I disse standardkontraktene er de preklusive varslingsregler som skal behandles i denne fremstillingen, noenlunde likelydende. NS 3430 er riktignok ikke lenger gjeldende norsk standard, men brukes allikevel i utstrakt grad – til og med av entreprenører og byggherrer som var representert i komiteen som utarbeidet dens etterfølger NS 8405⁵. Det må antas at en del av de som enda benytter seg av NS 3430 vil gå over til å bruke NS 8406⁶ når denne blir bedre kjent blant aktørene i bransjen.

I NS 8405 er det inntatt en regel om at påberopelsen av preklusjon må skje uten ugrunnet opphold, blant annet som en følge av problemstillingen som det redegjøres for i denne oppgaven. Dette gjør at deler av problemstillingen ikke er aktuell for NS 8405, og det er således ikke hensiktsmessig å ta utgangspunkt i denne. Etttersom preklusjon må påberopes uten ugrunnet opphold, er ikke passivitet et aktuelt rettslig grunnlag for å anse

¹ Norsk Standard 3406: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser.

² Norsk Standard 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

³ Norsk Standard 3431: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

⁴ Norsk Standard 3433: Alminnelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

⁵ Norsk Standard 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt.

⁶ Norsk Standard 8406: Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.

varslingsreglene i NS 8405 for fraveket. Det samme gjelder for realitetsdrøftelser. Derimot kan de andre rettslige grunnlag være aktuelle i større eller mindre grad. Fremstillingens forhold til NS 8405 behandles nærmere til slutt i oppgaven.

I NS 8406 er det ikke nedfelt preklusive varslingsregler. Det er derfor naturlig å avgrense oppgaven mot denne standardkontrakten. Det er imidlertid inntatt en generell regel om at manglende overholdelse av standardkontraktens varslingsregler kan medføre at rettigheter og innsigelser går tapt etter ”norsk retts vanlige regler”. Deler av fremstillingen kan derfor belyse problemstillinger og relevante argumenter i tvister hvor tap av slike rettigheter og innsigelser er tema i et kontraktsforhold som bygger på NS 8406, selv om vurderingstemaet er et annet.

Oppgaven behandler kun standardkontrakter for landentreprise, og da faller blant annet oljefabrikasjonskontrakter utenom. De preklusive varslingsreglene er imidlertid i stor grad inspirert av enkelte oljefabrikasjonskontrakter, og derfor kommer oppgaven til å hente eksempler fra - samt trekke en del paralleller til - dette kontraktsfeltet. Ettersom det er visse likhetstrekk mellom varslingsreglene på disse kontraktsområdene, kan deler av fremstillingen være av betydning for forståelsen for oljefabrikasjonskontraktene NF 92⁷, NF 05⁸ og NTK 05⁹.

De nevnte standardkontrakter regulerer forholdet mellom profesjonelle parter, hvilket innebærer at forbrukerentrepriser holdes utenfor. Dette er en naturlig avgrensning, ettersom det gjør seg gjeldende forskjellige hensyn for forbrukerkontrakter og kontrakter mellom næringsdrivende. I forgiengeren til NS 3430, NS 3401¹⁰, ble det ikke skilt mellom profesjonelle forhold og forbrukerforhold. Derfor blir det trukket frem eksempler fra forbrukerentrepriser som er egnet til å belyse problemstillingen her.

⁷ Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992.

⁸ Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005.

⁹ Norsk Totalkontrakt 2005.

¹⁰ Norsk Standard 3401: Almennelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

Videre avgrenses oppgaven slik at den kun omhandler preklusjon av krav og innsigelser knyttet til hvorvidt det foreligger en endring av (under)entreprenørens forpliktelse eller ikke, samt (under)entreprenørens krav på fristforlengelse og dekning av merutgifter. Mange av de samme hensyn gjør seg gjeldende for preklusjon av slike krav og innsigelser, og problemstillinger knyttet til disse kommer ofte på spissen. Søksmålsfrister, sluttoppgjørfrister, varslingsfrister knyttet til vederlagsjustering og andre preklusive frister i standardkontraktene behandles ikke. Bakgrunnen for dette er at det vil føre for langt å redegjøre for alle preklusive frister i standardkontraktene, i tillegg til at det til en viss grad gjør seg gjeldende andre hensyn for disse fristene.

Det avgrenses også mot problemstillinger knyttet til varselets form og innhold. Det samme gjelder (under)entreprenørens plikt til å senere spesifisere og begrunne nøytralt krav om fristforlengelse og merutgifter, ettersom manglende overholdelse av denne plikten ikke uten videre medfører preklusjon.

1.3 Begrepsbruk

For enkelhets skyld tas det utgangspunkt i partskonstellasjonen *byggherre og entreprenør*, uten at dette betyr at redegjørelsene ikke omfatter forholdet mellom *hovedentreprenør og underentreprenør*. I visse tilfeller gjør det seg gjeldende spesielle hensyn for sistnevnte partskonstellasjon, og dette vil da fremgå av fremstillingen.

Med varslingsfrister menes både *varslings-* og *reaksjonsfrister*. Eksempel på det sistnevnte er byggherrens plikt til å reagere på entreprenørens varsel av krav på fristforlengelse.

Eksemplifiseringen tar stort sett utgangspunkt i NS 3430, da dette er den mest sentrale av standardkontraktene som behandles her. Varslingsreglene er relativt likelydende i de andre kontraktene, med enkelte tilpasninger til kontraktsforhold og redaksjonelle endringer.

1.4 Rettskilder og metode

Oppgavens problemstilling blir drøftet ut fra norsk rett. Det er derfor alminnelig juridisk metode som legges til grunn for drøftelsene i fremstillingen. Tolkning av standardkontrakter nødvendiggjør imidlertid enkelte kommentarer. Rettskildebildet i entrepriseretten er særegent, og derfor vil det også kort gjøres rede for de mest relevante rettskildefaktorer.

Oppgaven tar utgangspunkt i et knippe norske standardkontrakter som anvendes i bygg- og anleggsvirksomhet. Disse legges som oftest til grunn av partene gjennom en henvisningsklausul i avtalen dem i mellom. De aktuelle standardkontrakter er såkalte ”agreed documents” som er fremforhandlet av representanter¹¹ for de som typisk vil utgjøre parter i kontraktsforhold der kontraktene skal benyttes.¹² Kontraherende parter antas å legge til grunn den forståelse av standardkontraktene som har utkrystallisert seg i praksis og teori. Tolkningen av dem er relativt lik alminnelig lovtolkning,¹³ men det er også klare forskjeller; det er for eksempel ikke forarbeider til standardkontraktene.

Der standardkontraktene er uklare eller tause, kan alminnelige entrepriserettslige regler bidra til å utfylle kontrakten eller bidra som tolkningsfaktor.

Det er svært lite høyesterettspraksis på entrepriserettens område. Dette har sammenheng med at voldgift har vært den foretrukne tvisteløsningsmekanisme på dette rettsområdet. For størsteparten av fremstillingen finnes det ikke relevant høyesterettspraksis. Det finnes en del underrettspraksis, som i utstrakt grad vil bli brukt som illustrasjonsmateriale, men hvorvidt det kan legges vekt på disse avgjørelsene avhenger av deres overbevisningskraft. På entrepriserettens område foreligger det omfattende voldgiftspraksis, og mange har hevdet at på et rettsområde hvor det er rettskildemangel bør voldgiftspraksis tillegges større

¹¹ Standardkontraktene er utarbeidet i regi av Norges Byggstandardiseringsråd (nå: Standard Norge).

¹² Barbo (1997) s. 14.

¹³ Haaskjold (2002) s. 187 flg.

vekt enn vanlig.¹⁴ Den prinsipielle diskusjonen får ligge, ettersom det ikke gjøres bruk av publiserte voldgiftsdommer. Det synes stort sett å være enighet om at upubliserte voldgiftsdommer ikke bør tillegges særlig vekt, basert på et tilgjengelighetssynspunkt.¹⁵ Slike dommer blir bare brukt som illustrasjonsmateriale.

Standardene har på vesentlige områder lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27 som inspirasjonskilde, og det vil enkelte steder bli sammenlignet med reklamasjon på kjøpsrettens område.¹⁶ Det samme gjelder for varslingsfrister på oljefabrikasjonskontraktenes område.

Det foreligger noe relevant entrepriserettslig teori. Denne har en viss vekt som rettskilde, særlig for spørsmål som ikke er løst i noen annen kilde.¹⁷

1.5 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen redegjøres det i kapittel 2 for de rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om de preklusive varslingsregler kan fravikes. Dernest i kapittel 3, gjennomgås seks mulige rettslige grunnlag for slik fravikelse. Noen er mer sentrale enn andre, og vil således være gjenstand for en mer fyldestgjørende redegjørelse. Det er en glidende overgang mellom flere av de rettslige grunnlagene, for eksempel mellom realitetsdrøftelser og passivitet, og mellom urimelighet og konkludent adferd. Rubriseringen er gjort ut fra hvilket rettslig grunnlag som er avgjørende eller mest fremtredende i helhetsvurderingen. Avslutningsvis, i kapittel 4, redegjøres det for hvilke av de rettslige grunnlag som er aktuelle i et kontraktsforhold bygget på NS 8405, og begrunnelsen for dette.

¹⁴ Bl.a. Hagstrøm (2003) s. 55 flg.

¹⁵ Se bl.a. Barbo (1997) s. 20 flg. og Hagstrøm (2003) s. 55.

¹⁶ Hagstrøm (1997) s. 15.

¹⁷ Hagstrøm (2003) s. 77.

2 Rettspolitiske hensyn

Fravikelse av formalistiske og objektive varslingsregler er som hovedregel kun aktuelt der sentrale hensyn bak reglene ivaretas på annen måte enn gjennom etterlevelse av varslingsreglene, eventuelt dersom hensynene ikke ville blitt ivaretatt selv ved regulær varslingsregler. Dette medfører at det er hensiktsmessig å gi en oversikt over de mest sentrale hensyn bak varslingsreglene.

Først og fremst skal varslingsreglene sikre byggherren oversikt over entreprisens kostnader og progresjon, og således gi ham en reell styringsmulighet over entreprisen. Dette kan også uttrykkes som hensynet til forutberegnelighet. Ettersom entreprenøren må varsle sine krav uten ugrunnet opphold, vil byggherren raskt få oversikt over hva påleggene hans medfører av forlenget byggetid og økte kostnader. Dersom påleggene er mer tids- og/eller kostnadskrevenne enn byggherren først trodde, er det mulig at han trekker tilbake eller presiserer pålegget. Det er derfor viktig for byggherren å få oversikt over påleggenes konsekvenser før entreprenøren faktisk utfører dem.

Byggherrens plikt til å reagere på entreprenørens varsel er særlig begrunnet ut fra entreprenørens behov for avklaring, slik at han får oversikt over kostnader, inntekter og forventet progresjon.

Et annet viktig hensyn bak varslingsreglene er at de skal virke preventivt, slik at konflikter i størst mulig grad forhindres. Dette tilsier at reglene bør være mest mulig objektive. Når entreprenøren vet at det ikke er kurant å fravike varslingsreglene, vil han anstrenge seg for å overholde dem. Der han ikke klarer dette, vil innrettelsesgraden være høyere desto mer formalistiske reglene er.

Reglene bidrar også til å identifisere uenighet på et tidlig stadium, noe som gjør at byggherren tidlig blir klar over forhold som kan påvirke progresjon og kostnader ved entreprisen. At endringsordresystemet bidrar til at partene fokuserer på uenighet, kan få konsekvenser for samarbeidsklimaet i kontraktsforholdet. Imidlertid kan det være enklere å

avverge negative konsekvenser av uoverensstemmelser der de oppdages tidlig. Uenighet som først kommer til syne etter lang tid kan være vanskeligere å løse. I tillegg ivaretar tidlig identifisering av uenighet, hensynet til notoritet. Det blir enklere for partene å dokumentere sine syn i en eventuell tvist der man tidlig blir klar over at det er uenighet, og hva denne går ut på.

Videre fører strenge varslingsregler til mer ryddige forhold i et entrepriseforhold. Partene tvinges til å innarbeide kontraktsadministrative rutiner som gjør at de har oversikt over hva som utgjør endringer og hvilke konsekvenser endringene har.¹⁸ Dette kan igjen bidra til mer effektiv kontraktsavvikling og -administrasjon, hvilket igjen ivaretar hensynet til produktivitet. Men reglene kan også bli så kompliserte og formalistiske at de går på bekostning av en effektiv kontraktsadministrasjon. Dette kan særlig være tilfelle der det ligger et stort tidspress på partene. Reglene bør også tolkes slik at de ikke blir så kompliserte å praktisere at det fører til at partene velger å se bort fra dem.

Det er et spenningsforhold mellom objektive varslingsregler og hensynet til at konkret urimelige resultater bør unngås i størst mulig grad. Preklusive varslingsregler kan ramme hardt for den parten som får kravet sitt prekludert. For entreprenørens del medfører preklusjon at han må utføre et endringsarbeid uten å få verken vederlag, fristforlengelse eller dekning av merutgifter, selv om manglende varslingsregler ikke har hatt økonomiske konsekvenser for byggherren.

Et annet hensyn bak varslingsreglene er status quo-hensynet. Det er rimelig å verne en part som har innrettet seg etter status quo over lengre tid. Dette gjelder særlig der den parten som prekluderer er i god tro.

Det er også et spenn mellom samarbeidsplikten og varslingsreglene. I entrepriseforhold er samarbeids- og lojalitetsplikten særlig viktig, og derfor er den også nedfelt i et eget punkt

¹⁸ Barbo (1997) s. 38.

innledningsvis i standardene. Entreprisekontrakter medfører typisk et langvarig samarbeid mellom byggherre og entreprenør. Det dukker svært ofte opp uventede forhold som det må tas stilling til, og byggherren har gjerne behov for å endre entreprenørens forpliktelse underveis. I tillegg er entreprisekontrakter spesielle fordi de fordrer at begge parter i så stor grad bidrar til gjennomføringen av kontrakten.¹⁹

Et særtrekk ved entreprisekontrakter og enkelte beslektede kontraktstyper, er at realdebitor i stor grad vil innrette seg etter realkreditors opptreden. For eksempel dersom byggherren ikke følger varslingsreglene, vil gjerne entreprenøren også avstå fra å følge disse.

Byggherrens avvik fra standardens regler vil påvirke entreprenørens praktisering av dem. I andre kontraktsforhold er ikke slike innrettingshensyn like fremtredende.

3 Fravikelse av varslingsreglene

I dette kapitlet skal det gis en redegjørelse for de mest sentrale rettslige grunnlag for fravikelse av varslingsreglene. I 3.1 kommenteres adgangen til å fravike reglene gjennom avtale. I 3.2-3.4 redegjøres det for henholdsvis realitetsdrøftelser, konkludent adferd og passivitet. Tilsidesettelse av varslingsreglene i medhold av lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4 § 36 behandles i 3.5. Til slutt, i 3.6 illustreres kort hvordan bristende forutsetninger kan få betydning for adgangen til å påberope preklusjon.

3.1 Avtale

Partene kan fritt avtale at de preklusive varslingsreglene i standardkontraktene ikke skal gjelde. Dette gjelder ved avtaleinngåelse, og underveis i kontraktsforholdet. I forordet til standardkontraktene står det at de forutsettes anvendt ”uten endringer eller avvik, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av de spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.”

¹⁹ Kolrud m.fl. (2004) s. 65.

Dette utsagnet er ikke rettslig forpliktende for parter som legger standardkontraktene til grunn, men partene bør følge denne anbefalingen.²⁰ Det er gode grunner til å anvende standardkontraktene minst mulig endret. Vilklårene i standardkontraktene er ofte uttrykk for kompromisser, og balansen i kontraktene kan forrykkes dersom enkeltbestemmelser endres.

3.2 Realitetsdrøftelser

3.2.1 Generelt

En innsigelse om at et krav er fremsatt for sent, kan anses frafalt dersom mottakeren av kravet gir seg inn på en drøftelse av kravets materielle berettigelse.²¹ Der mottakeren av et krav tar forbehold om at kravet avvises som for sent fremsatt før han drøfter realiteten i kravet, er den klare hovedregel at fristinnsigelsen er i behold. Hvorvidt preklusjonsinnsigelsen likevel må gjentas for å være i behold, redegjøres for i 3.2.2. Fravikelse av varslingsreglene er mer aktuelt der mottakeren uten forbehold om påberopelse av preklusive bestemmelser gir seg inn på en realitetsdrøftelse, og dette behandles i 3.2.3. I 3.2.4 behandles et særspørsmål om ”uegentlige realitetsdrøftelser”.

Problemstillingen her er hvor langt mottageren av et for sent fremsatt krav kan gå i å drøfte kravets materielle berettigelse, og allikevel ha sin innsigelse om preklusjon i behold.

Problemstillingen er praktisk, og kan dukke opp i mange faser av en byggeprosess. Et eksempel er der byggherren og entreprenøren er uenige om hvorvidt et nærmere bestemt arbeid byggherren pålegger entreprenøren, er innenfor eller utenfor kontrakten. For at entreprenøren skal ha sitt krav i behold, må han fremsette krav om at byggherren gir pålegget i form av en endringsordre, uten ugrunnet opphold. Dersom entreprenøren oversitter fristen, vil innsigelsen hans i utgangspunktet bli prekludert, og arbeidet som

²⁰ Se Kolrud m.fl. (1992) s. 20-21. Se Kolrud m.fl. (2004) s. 38-39 og Marthinussen m.fl. (2004) s. 52-53 om tilsvarende utsagn i forordet til NS 8405. Se Kaasen (2006) s. 31 flg. om lignende bestemmelser i protokollene til oljefabrikasjonskontrakter.

²¹ Se Kolrud (1997) s. 585 flg.

byggherren pålegger entreprenøren anses for å være innenfor kontrakten. Dette kan stille seg annerledes der byggherren innlater seg på en diskusjon om hvorvidt arbeidet er innenfor eller utenfor kontrakten, i stedet for å avvise innsigelsen som for sent fremsatt. Det kan være flere grunner til at byggherren drøfter realiteten i et krav, for eksempel fordi han finner det mest naturlig å imøtegå kravet på materielt grunnlag, eller fordi han overser entreprenørens fristoversittelse.

Realitetsdrøftelser har tradisjonelt blitt anvendt på kjøpsrettens område som et unntak fra preklusjon av reklamasjon satt frem etter utløpet av en relativ frist. Dette unntaket er utviklet i eldre rettspraksis.²² Det synes å være enighet i teorien om at det var en viss automatikk i at der selger innlot seg på realitetsdrøftelser kunne han ikke senere fremme preklusjonsinnsigelse overfor kjøper.²³

I Rt. 1984 s. 962 (Mesterhusdommen) ble anvendelsesområdet utvidet til entreprisforhold, og til avtalte²⁴ absolutte reklamasjonsfrister. I Mesterhusdommen anvendte Høyesterett et litt annet vurderingstema enn i tidligere praksis. Hvorvidt entreprenøren Mesterhus hadde frafalt fristinnsigelsen, berodde på ”en samlet vurdering av partenes forhandlinger og forhold for øvrig (...)”. Høyesterett konkluderte med at ”Mesterhus har således hele tiden opptrådt på en måte som måtte gi Gabrielsen [byggherren] inntrykk av at taklekkasjen ville bli avhjulpet uten omkostninger for ham i den utstrekning den hadde sammenheng med mangelfull konstruksjon eller utførelse”.

I juridisk teori blir det lagt til grunn at realitetsdrøftelser også kan anvendes som unntak fra preklusjon av entreprenørens krav på endringsordre.²⁵ Dette støttes også av Mesterhusdommen, hvor vurderingstemaet var forankret i alminnelige prinsipper om

²² Se Rt. 1910 s. 790, Rt. 1920 s. 831, Rt. 1928 s. 980, Rt. 1935 s. 1014, Rt. 1937 s. 323, Rt. 1949 s. 961.

²³ Se Krüger (1989) s. 746, Barbo (1997) s. 237 og Hagstrøm (2003) s. 343 flg.

²⁴ Hagstrøm (2003) s. 344 og Krüger (1999) synes å være uenige om realitetsdrøftelser kan få anvendelse på lovbestemte absolutte reklamasjonsfrister.

²⁵ Barbo (1997) s. 239 og tilsvarende Kaasen (2006) s. 433 på fabrikkasjonskontraktenes område.

avtalerettslig binding. Slike prinsipper begrenser seg ikke til fravikelse av reklamasjonsfrister, men får også anvendelse på preklusive varslingsfrister knyttet til endringer, fristforlengelse og merutgifter.

De preklusive varslingsfristene kan ramme både entreprenøren og byggherren. Dersom entreprenøren gjør gjeldende et krav i tide, må byggherren svare uten ugrunnet opphold – hvis ikke anses han for å ha godkjent entreprenørens krav. Men det som forekommer klart hyppigst i praksis er at byggherren prekluderer entreprenørens krav, og det er denne situasjonen det tas utgangspunkt i. Det avgjørende i en slik situasjon må være om entreprenøren, alle forhold tatt i betraktning, har rimelig grunn til å oppfatte byggherrens opptreden på en slik måte at fristoversittelsen ikke vil bli påberopt.^{26 27}

3.2.2 Realitetsdrøftelser med forbehold om preklusjonsinnsigelse

Der byggherren tar forbehold om å gjøre preklusjonsinnsigelse gjeldende før han innlater seg på realitetsdrøftelser av kravet, er det sikre utgangspunkt at byggherren har preklusjonsinnsigelsen sin i behold. Det samme gjelder der byggherren påberoper preklusjon først, for deretter å diskutere realiteten i kravet etterpå.²⁸

Imidlertid har enkelte teoretikere et avvikende syn på dette spørsmålet, som gjør at det kan stilles spørsmål om det finnes unntak fra denne regelen, med den følge at forbeholdet må oppfriskes for at ikke preklusjonsinnsigelsen anses frafalt.²⁹

²⁶ Jf. Barbo (1997) s. 239.

²⁷ Det er en viss diskusjon i teorien om hvilket prinsipp realitetsdrøftelser som unntak fra varslings- og reklamasjonsfrister bygger på. Denne er kun av teoretisk interesse. Se Kolrud (1997) s. 593-594, Krüger (1999) s. 581 og Hagstrøm (2003) s. 344-345.

²⁸ Barbo (1997) s. 239.

²⁹ Se Kolrud (1997) s. 592-593 og Krüger (1999) s. 580 på henholdsvis kontraktsrettens og kjøpsrettens område.

Av hensyn til samarbeidsklimaet i kontraktsforholdet kan partene ha et berettiget behov for å drøfte realiteten i et krav. Et eksempel på dette er der byggherren vil overbevise entreprenøren om at kravet hans ikke bare er prosessuelt – men også materielt berettiget. Et annet eksempel er der byggherren gjennom realitetsdrøftelser innser at entreprenøren har et materielt berettiget krav, som det i byggherrens øyne vil være lite hensiktsmessig å prekludere. Før byggherren innlater seg på en realitetsdrøftelse, vil det være til begge parters fordel om han tar forbehold om å påberope preklusjon, eventuelt prinsipielt gjør preklusjon gjeldende. Der behovet for å realitetsdrøfte ikke lenger gjør seg gjeldende, kan man tenke seg at et forbeholdet eller påberopelsen må gjentas for ikke å miste sin virkning. Dette er i tråd med Kolruds synspunkt om at det er selgerens manglende påberopelse av preklusjon etter at realitetsdrøftelsen har gitt nødvendig avklaring for å ta stilling til kjøperens krav, som bør sanksjoneres.³⁰ Vi kan tenke oss et eksempel der en byggherre tar forbehold om at entreprenørens krav om å fremsette endringsordre, er for sent fremsatt. Allikevel gir han seg inn på realitetsdrøftelser med entreprenøren, utelukkende for å få klarhet i om den aktuelle type arbeid er innenfor eller utenfor kontrakten. Når dette er bragt på det rene, har ikke byggherren lenger noe behov for å diskutere den materielle berettigelsen av entreprenørens krav. Dersom byggherren går videre med realitetsdrøftelsene, og hvis entreprenøren er klar over motivet for byggherrens drøftelser, kan det være naturlig for ham å forstå byggherrens drøftelser dit hen at fristoversittelsen likevel ikke vil bli påberopt. I alle fall der realitetsdrøftelsene trekker ut, og byggherren foreslår konkrete løsninger på problemet, kan det tenkes at byggherren er avskåret fra å gjøre gjeldende preklusjonsinnsigelsen.

Imidlertid blir det lite treffende å beskrive dette som et krav til gjentagelse av forbeholdet. Det er heller snakk om å trekke grensen for når et forbehold anses for trukket tilbake. Det er på det rene at det er adgang til å trekke tilbake et slikt forbehold. Dette må bero på en bred vurdering av partenes opptreden, der særlig behovet for å drøfte realiteten i et krav må vektlegges. Hensynet til prevensjon og notoritet tilsier at terskelen for tilbaketrekking av

³⁰ Kolrud (1997) s. 594.

forbehold er høy, og at tvilsrisikoen knyttet til om forbeholdet er trukket tilbake, må ligge på den som påberoper seg dette.

Man kan reise spørsmålet om det kan være hensiktsmessig å pålegge en plikt til å ta forbehold om å påberope preklusjon, på den som innlater seg på realitetsdrøftelser i slike situasjoner som skissert over. En parts forbehold om å påberope preklusjon før denne begynner med realitetsdiskusjoner vil ofte være svært avklarende, og i begge parters interesse. Men en forbeholdsplikt kan få en del uheldige konsekvenser, som det må være hensiktsmessig å motvirke. En slik plikt vil lett føre til at en aktør som får rettet et krav mot seg, automatisk vil ta forbehold om at dette er for sent fremsatt. Dette vil uthule forbeholdsregelen, og kan medføre brudd på samarbeidsplikten, ettersom den annen part vil få problemer med å avklare sin rettighetsposisjon.

På tross av at det ikke eksisterer en slik plikt kan det tenkes at en part automatisk vil ta forbehold om å gjøre fristinnsigelse gjeldende selv om fleste av kravene er rettidig fremsatt, fordi han da uansett ikke vil lide rettighetstap. Foruten at en slik praksis kan være i strid med samarbeidsplikten, er det mulig at slike forbehold etter hvert mister sin avtalerettslige virkning. Der slik påberopelse av forbehold går over lengre tid, er det mulig mottageren av forbeholdene med rimelighet kan se bort fra dem.

3.2.3 Realitetsdrøftelser uten forbehold om preklusjonsinnsigelse

Der byggherren forbeholdsløst innlater seg på en realitetsdrøftelse av et krav, kan det være aktuelt å anse preklusjonsinnsigelsen for tapt. Her skal det redegjøres for særtrekk ved -og hensyn bak standardkontraktene som påvirker terskelen for fravikelse og sentrale momenter i helhetsvurderingen av om varslingsreglene fravikes.

Høyesterett uttalte i Mesterhusdommen at i helhetsvurderingen som må foretas ”er det rimelig også å se hen til de særlige forhold ved kontrakter av denne art, jfr. det ankemotparten har anført om reelle hensyn”. I denne saken hadde en forbruker (Gabrielsen) inngått kontrakt med en entreprenør (Mesterhus) om oppføring av et ferdighus. De anførte

reelle hensyn knyttet seg til den ettårige reklamasjonsfrist i NS 3401 punkt 25.9 som var meget knapp³¹, særlig sett i forhold til at det var snakk om oppføring av hus, hvor skjulte mangler ofte gjør seg gjeldende flere år etter oppføring.³² Førstvoterendes uttalelser kan tyde på at det ikke ble stilt altfor strenge krav til hva slags adferd fra byggherren som medførte fravikelse av reklamasjonsregelen. De samme reelle hensyn gjør seg ikke gjeldende når det skal varsles i henhold til varslingsreglens relative frist; ”uten ugrunnet opphold”. For det første er det et element av skjønn i fristen, noe som gjør at det er enklere å unngå urimelige resultater. For det annet begynner den relative varslingsfristen knyttet til fristforlengelse og merutgifter³³ først å løpe etter at entreprenøren ”er blitt klar over” det fristforlengende forhold – den absolutte fristen i NS 3401 begynner å løpe fra overtagelse. I tillegg kan forhold det reklameres over etter NS 3401, være skjult og først dukke opp flere år etter overtagelse. For det tredje gjaldt Mesterhusdommen et forbrukerforhold, mens entreprisekontraktene denne oppgaven tar for seg inngås mellom profesjonelle parter. Alle disse forhold tilsier at terskelen for at realitetsdrøftelser skal få rettslige konsekvenser, er høyere for varslingsreglene i de her behandlede standardkontrakter enn for reklamasjonsregelen i NS 3401 som Mesterhusdommen gjaldt.

På grunn av den strenge, relative reklamasjonsfrist i kjøpsloven av 1907 § 52 kunne prinsippet i dets opprinnelige utforming forsvares til en viss grad. Etter denne bestemmelsen måtte kjøperen ”i handelskjøp” reklamere ”straks” for å ha sin innsigelse i behold. Ettersom denne fristen ble endret til ”innen rimelig tid” i den nye kjøpsloven har flere teoretikere anført at behovet for å fravike reklamasjonsfristene som

³¹ I 1975 (partene inngikk kontrakt i 1971) ble det gitt ut en egen standard, NS 3402, for anvendelse på avtaler om oppføring av typehus. Der var den absolutte reklamasjonsfristen 5 år, og dersom partene kunne anvendt denne, hadde Gabrielsens innsigelse muligens ikke vært for sent fremsatt. I NS 3430 punkt 32.8.2 er den absolutte reklamasjonsfrist 3 år, NS 8405 punkt 36.7 og lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43 § 30.1 har en frist på 5 år.

³² Jfr. Gabrielsens anførsler.

³³ Varslingsfristen for endringsordrekrav begynner å løpe når entreprenøren har mottatt byggherrens instruks, jf. Kolrud m.fl. (1992) s. 237. Men i vurderingen av fristens lengde inngår også måten instruksen ble gitt av byggherren – slik at instruks gitt gjennom tegning kan medføre at entreprenørens varslingsfrist er noe lenger enn der det utstedes regulær endringsordre.

kompensasjon for strenge reklamasjonsregler, er mindre nå enn før³⁴, fordi den nye fristen tar større hensyn til kjøperen. Dette synspunktet kan overføres til varslingsreglene i entrepriseretten også, om enn med litt forminskert styrke, ettersom fristen ”uten ugrunnet opphold” kommer i en mellomstilling mellom fristene i den gamle og den nye kjoepsloven. Dette tilsier at det skal mindre til å fravike varslingsfrister i entrepriseretten enn reklamasjonsregler i kjoepsretten. På den annen side begynner reklamasjonsfristen i kjoepsloven § 32 å løpe når kjøperen ”burde ha oppdaget” mangelen, mens varslingsfristen for entreprenøren knyttet til krav på fristforlengelse og merutgifter begynner å løpe først når entreprenøren får positiv kunnskap om forholdet det varsles for. Det vil føre for langt å gå videre med forholdet til realitetsdrøftelser på kjoepsrettens område.

Den såkalte læren om realitetsdrøftelser har blitt utsatt for mye kritikk³⁵ – særlig har synspunktet om at realitetsdrøftelser kan virke som en felle for den parten som kan prekludere det fremsatte krav, blitt fremmet av mange. Kritikken baserer seg blant annet på at det mest naturlige for den som får et krav rettet mot seg, er å gjendrive det på materielt grunnlag, og at mange oppfatter det slik at prosessuelle bestemmelser er noe man tyr til som en siste utvei.³⁶ I tillegg strider det mot mange menneskers rettsoppfatning at en diskusjon om et kravs materielle berettigelse kan medføre at prosessuelle innsigelser går tapt. Denne kritikken har ikke like stor gjennomslagskraft på entrepriserettens område.³⁷ Partene er presumptivt godt kjent med standardenes varslingsregler, som er sentrale bestemmelser i standardkontraktene. Kjennskap til reglene vil kunne variere med partenes profesjonalitet og rutine på kontraktsadministrasjon. Jo større grad av profesjonalitet, jo mindre betydning har ”felle-synspunktet”. Videre bør partene være inneforstått med at krav og innsigelser bør påberopes snarest mulig, for å forsikre seg om at de er i behold og for å avklare sine rettighetsposisjoner. Realitetsdrøftelsers ”felle-preg” er dermed ikke like fremtredende for standardene denne oppgaven tar for seg. Når byggherren da innlater seg på realitetsdiskusjoner tilsier dette at entreprenøren kan ha god grunn til å oppfatte dette slik at preklusjonsinnsigelsen ikke vil bli gjort gjeldende.

³⁴ Barbo (1997) s. 240, Holmboe (1991) s. 31 flg., Hagstrøm (2003) derimot skriver på s. 343-344:

”[r]ettstilstanden synes imidlertid grunnfestet, og prinsippene har hatt betydning også utenfor kjøp, se Rt. 1984 s. 962.”

³⁵ Se bl.a. Krüger (1999) s. 581 og Holmboe (1991) s. 30-32.

³⁶ Se Krüger s. 581 og Hagstrøm (2003) s. 343.

³⁷ Tilsvarende Barbo (1997) s. 240.

En av de viktigste funksjonene varslingsreglene har, er at de skal avdekke uenighet og mulige tvister på et så tidlig stadium som mulig, i første rekke for å sikre byggherrens styringsmuligheter. Dersom byggherren går inn i en diskusjon av realiteten i stedet for å avfeie kravet som for sent varslet, blir ikke dette hensynet ivaretatt. Dette tilsier at byggherren påberoper preklusjon så tidlig som mulig. Dette vil også komme entreprenøren til gode, ettersom han sparer ressurser på å unngå bortkastede diskusjoner.

At uenighet skal identifiseres så tidlig som mulig, er også begrunnet i hensynet til notoritet. Når partene fokuserer på det materielle, kan det bli vanskeligere å dokumentere om kravet var for sent fremsatt eller ikke dersom dette kommer på spissen i en tvist. Dette tilsier at byggherren påberoper preklusjon, eller i hvert fall tar forbehold om at kravet er satt frem for sent før han innlater seg på realitetsdrøftelser. Hvis han ikke gjør det, kan man ende opp med å avgjøre tvister på et dårligere grunnlag enn hvis det prosessuelle var tema fra tvistens opprinnelse.

Et sentralt moment i helhetsvurderingen er hvor lang tid realitetsdrøftelsene strekker seg over. Desto mer tid og ressurser byggherren bruker på å drøfte realiteten i et krav, desto sterkere trekker dette i retning av at byggherren ikke kommer til å påberope preklusjon. I entrepriseforhold veier dette momentet tyngre enn i regulære kjøpsforhold, fordi det, som nevnt, er ekstra viktig for partene i entrepriseforhold å avklare sine rettighetsposisjoner så raskt som mulig. Når byggherren på tross av dette lar realitetsdrøftelsene gå over lang tid, trekker dette i retning av at preklusjonsinnsigelse ikke vil bli gjort gjeldende.

Et annet viktig moment er hvor lang tid det har gått fra perioden med realitetsdiskusjoner til tidspunktet for påberopelse av preklusjon. Et fellestrekk ved store deler av rettspraksisen om realitetsdrøftelser, er at preklusjonsinnsigelsen først fremmes når saken kommer inn for domstolene eller etter at det har gått lang tid etter at realitetsdrøftelsene fant sted.³⁸ Kolrud

³⁸ Se for eksempel Rt. 1920 s. 831, Rt. 1928 s. 980, Rt. 1949 s. 961, Rt. 1958 s. 591 og Rt. 1984 s. 962.

fremholder at ”[d]et avgjørende må være hvorvidt selgeren lar det gå tid etter at realitetsdrøftelsen har gitt ham grunnlag for en endelig vurdering av kjøpers krav”.³⁹ Selv om dette momentet ikke nødvendigvis er avgjørende i alle tilfeller, er det i hvert fall på det rene at der byggherren først fremmer preklusjonsinnsigelsen lang tid etter realitetsdrøftelsene, skal det lite til for at realitetsdrøftelsene medfører at preklusjonsinnsigelsen ikke kan gjøres gjeldende. I LE-1993-02338 kom preklusjon av reklamasjonsreglene i NS 3401 på spissen ved to forbrukeres kjøp av tomt og hus av en entreprenør. Preklusjon ble først gjort gjeldende i et prosesskrift, etter en lengre periode med realitetsdrøftelser. Lagmannsretten uttalte at ”[d]et er på det rene at den ankende part lot foreta utbedring i desember 1990 på grunnlag av den sene reklamasjonen, (...)”.⁴⁰ Da utbedringen ikke var tilstrekkelig til å løse problemet, ble det foretatt nye befaringer og drøftelser, og det ble tilbudt ytterligere utbedring. Entreprenøren hadde således opptrådt på en slik måte ”som måtte gi ankemotpartene grunn til å tro at GGBL [entreprenøren] var innstilt på å etterkomme mangelskravet”. Etersom dette var en forbrukerentreprise, og den knappe reklamasjonsfristen i NS 3401 fikk anvendelse, skulle det lite til før preklusjonsinnsigelsen ble ansett for tapt. Allikevel er det mye som taler for at konklusjonen ville blitt den samme der man har å gjøre med større entrepriser, profesjonelle aktører og preklusjon av *varslingsregler*. Der parten som søker å prekludere, gir seg inn på omfattende realitetsdrøftelser, og til og med foreslår å innrømme entreprenøren deler av kravet sitt, er det nærliggende å anse preklusjonsinnsigelsen for tapt når den først reises for domstolene.

Som LE-1993-02338 illustrerer, kan realitetsdrøftelsene være svært intense. Drøftelsenes karakter er et moment i helhetsvurderingen, og desto mer intense drøftelsene blir, jo sterkere blir normalt entreprenørens inntrykk av at byggherren ikke vil gjøre fristoversittelsen gjeldende. I den ene enden av skalaen finner vi byggherrens rene avvisning av grunnlaget for entreprenørens krav. Det er antatt at en slik avvisning som

³⁹ Kolrud (1997) s. 59.

⁴⁰ Den ankende part erkjente også ansvar, men lagmannsretten drøftet ikke dette som et selvstendig grunnlag.

hovedregel ikke får konsekvenser for byggherrens fristinnsigelse⁴¹ – det må altså ha foregått reelle forhandlinger mellom partene. I den andre enden av skalaen finner vi byggherrens reelle forhandlinger om et krav, herunder forslag til løsninger. For entreprenøren vil det være nærliggende å oppfatte en slik opptreden dit hen at byggherren ikke akter å påberope fristoversittelsen. Men det er likevel ikke slik at reelle forhandlinger fra byggherrens side automatisk medfører at varslingsreglene fravikes. For eksempel der entreprenøren avviser byggherrens forslag til løsning, må byggherren kunne falle tilbake på preklusjon dersom han gjør dette gjeldende uten at det går for lang tid. Det må være adgang til å få i stand minnelige løsninger, men denne adgangen kan heller ikke være for vid, ettersom byggherren kan ta forbehold om å påberope preklusjon før han innlater seg på realitetsdiskusjoner.

I utgangspunktet heves terskelen for fravikelse av varslingsreglene i takt med graden av profesjonalitet. Men at preklusjonsinnsigelser kan tapes som følge av realitetsdrøftelser i svært profesjonelle forhold er heller ikke utenkelig. I en voldgiftsdom avsagt 26. januar 1993 (Peconorddommen)⁴² kom flertallet til at den ene part hadde mistet sin preklusjonsinnsigelse som følge av realitetsdrøftelser med den annen part. Saken dreide seg om en offshore-entreprise med kontraktssum på over 1,3 milliarder kroner.⁴³ Flertallet i voldgiftsretten uttalte i et obiter dictum at Phillips (Selskapet) under enhver omstendighet hadde mistet adgangen til å påberope seg at Peconor (Leverandøren) hadde varslet for sent

⁴¹ Se Rt. 1934 s. 740, Kolrud (1997) s. 589 og 594 og Barbo (1997) s. 236-237.

⁴² Dommen er kort referert i AiB 4/93 s. 2. Voldgiftsretten var satt med Høyesterettsdommer Jan Skåre, Advokat Haakon Stang Lund og Professor dr. juris Hans Jacob Bull.

⁴³ Partene hadde inngått en EPCI-avtale (engelsk betegnelse for avtale om prosjektering, innkjøp, bygging og installasjon), men varslingsreglene var strengere (innen 14 dager) enn hva som er tilfelle i de her belyste standarder for onshore-entreprise. Flertallet kom riktignok til at kontraktens varslingsregler ikke fikk anvendelse, men at det relevante varslingskriterium var ”innen rimelig tid”. Dette understreker imidlertid poenget om at høy grad av profesjonalitet ikke er til hinder for at varslingsreglene fravikes på grunn av realitetsdrøftelser, ettersom det skal mer til for å fravike en skjønnspreget, relativ frist enn en knapp, absolutt frist.

ved å gå inn på en realitetsdrøftelse med Peconor om kravet. Det ble blant annet lagt vekt på at preklusjonsinnsigelsen først ble reist i forbindelse med voldgiftssaken.

I forlengelsen av at ”felle-synspunktet” ikke har like stor gjennomslagskraft på entrepriserettens område, kan det hevdes at det forventes av meget profesjonelle aktører at de tar forbehold om å fremme preklusjon før de innlater seg på realitetsdiskusjoner. Når en part ikke tar slikt forbehold, kan den annen part lettere få inntrykk av at fristinnsigelse ikke vil bli fremmet. Der byggherren konsekvent har tatt forbehold ved tidligere diskusjoner, får dette argumentet større vekt.

Til slutt kan det nevnes et tilfelle hvor realitetsdrøftelser neppe får noen konsekvenser for senere påberopelse av fristoversittelse; nemlig der entreprenøren har sittet på informasjon som tilsier at han burde varslet tidligere, mens byggherren ikke har vært klar over det eller de forhold som gjør at det er varslet for sent. Der byggherren ikke vet at det er varslet for sent, vil han ikke påberope preklusjon, med mindre han er overivrig i påberopelsen av prosessuelle bestemmelser. Derimot vil han trolig forsøke å imøtegå kravet på materielt grunnlag, dersom han er uenig i at entreprenørens krav er materielt berettiget.

Entreprenøren vil ikke i et slikt tilfelle med rimelighet oppfatte byggherrens realitetsdrøftelser som et frafall av fristinnsigelsen. Der byggherren etter en tid med realitetsdrøftelser oppdager at entreprenøren faktisk har varslet for sent, må han ha sin preklusjonsinnsigelse i behold.

3.2.4 ”Uegentlige realitetsdrøftelser”

Der det skjer en diskusjon om realiteten i kravet *idet* fristen utløper, kan det tenkes at denne diskusjonen medfører at fristen modifiseres.⁴⁴ Entreprenøren kan ledes til å vente med å varsle et krav der byggherren viser en viss vilje til å imøtekomme kravet hans. Der byggherren diskuterer realiteten i entreprenørens krav med den hensikt å lure entreprenøren

⁴⁴ Fristens lengde vil variere med hva som konstituerer et begrunnet opphold, den utløper ikke slik en absolutt frist gjør.

til å la være å varsle, er det klart at entreprenørens krav ikke kan prekluderes. Slik illojal oppførsel er i strid med samarbeidsplikten, og varslingsreglene kan i et slikt tilfelle trolig også tilsidesettes av avtaleloven § 36, og muligens også etter en analogi fra kjøpsloven § 33, se 3.5. Selv om byggherren ikke har slike illojale hensikter, er det ikke sikkert at entreprenørens krav prekluderes. Det kan argumenteres for at entreprenørens opphold ikke var ugrunnet på grunn av byggherrens realitetsdiskusjoner og således at fristen ikke er ute. Under denne forutsetning er det ikke et spørsmål om en modifikasjon av varslingsreglene, men om byggherrens realitetsdrøftelser utgjør et begrunnet opphold.

Slike drøftelser kan også oppfattes av entreprenøren som om byggherren har akseptert at kravet er varslet. Hvorvidt entreprenørens krav anses for varslet eller ikke, vil i et slikt tilfelle bero på om byggherren dispositivt har gitt uttrykk for at det er varslet i tide.

3.3 Konkludent adferd

3.3.1 Innledning

Der partene gjennom det aktuelle kontraktsforholds løp ikke har benyttet seg av varslingsystemet standarden gir anvisning på, kan ikke en part senere uten videre avvise den annen parts krav begrunnet i de strenge, objektive regler varslingsystemet stiller opp. Det kan tenkes at partene ved konkludent adferd har fraveket varslingsreglene i den aktuelle standard. Problemstillingen her er hva slags konkludent adferd som kan medføre fravikelse av varslingsreglene.

Først, i 3.3.2, behandles to former for konkludent adferd, *gjensidig* og *ensidig konkludent adferd*. I 3.3.3 gjøres det rede for hvordan varslingsreglene kan gjeninnføres i kontraktsforholdet, der disse er fraveket.

3.3.2 Nærmere om konkludent adferd

Den mest praktiske formen for konkludent adferd kjennetegnes ved at det er en viss gjensidighet i partenes omgang med endringsordresystemet og varslingsreglene. De prosessuelle regler blir ikke fulgt slik kontrakten foreskriver, verken av byggherre eller entreprenør, med den konsekvens at *ingen av partene* kan påberope preklusjon.

Det kan være flere grunner til at partene i et kontraktsforhold ikke følger varslingsreglene i standarden de har valgt. En grunn kan være at varslingsystemet fordrer en del papirarbeid som kan virke unødvendig på partene der de er enige. En annen grunn kan være at det er et sterkt element av tidspress i kontraktsforholdet slik at partene ser seg nødt til å fokusere på ”byggearbeid – og ikke papirarbeid”. En tredje grunn kan være at partene ikke har gode nok rutiner på kontraktsadministrasjon og derfor ikke klarer å følge opp standardkontraktens administrative bestemmelser, eventuelt at de ikke er fullt ut klar over varslingsreglenes innhold. I et slikt tilfelle burde partene ideelt sett benyttet en enklere standardkontrakt, men det er ikke alltid partene har reelle valgmuligheter.⁴⁵

Utgangspunktet må klart nok være at ettersom partene har brukt en forholdsvis balansert standardkontrakt med formalistiske varslingsregler, skal mye til før varslingsreglene anses for å være fraveket gjennom partenes adferd.

Varslingsreglene skal i første rekke sikre byggherrens styringsmuligheter, en funksjon som inngår i hensynet til forutberegnelighet. Der dette hensynet blir sikret på annet måte enn gjennom etterlevelse av varslingsreglene blir terskelen lavere for å fravike disse. Dette var tilfellet i LE-1996-267 (Schjørn-dommen) hvor lagmannsretten kom til at varslingsreglene i NS 3430 var fraveket for enkelte forhold gjennom partenes konkludente adferd. I denne saken var det inngått en kontrakt mellom en hovedentreprenør, Selmer AS avd. Indre Østland og en underentreprenør, Kjell-Arne Schjørn, som bygget blant annet på NS 3430. Underentreprisen gjaldt grunnarbeider i forbindelse med bygging av en deltakerlandsby til

⁴⁵ For eksempel der kontrakten mellom hovedentreprenør og underentreprenør inneholder likelydende vilkår som i kontrakten mellom byggherre og entreprenør, en såkalt back-to-back-situasjon.

OL på Lillehammer, og det oppsto uenighet knyttet til hvem som skulle bekoste visse merutgifter. Retten kom til at partene syntes ”å ha hatt en felles forståelse av at det ikke lot seg gjøre i alle forhold å følge de prosedyrer som standarden forutsetter.” Det ble blant annet lagt vekt på at forholdet mellom partene ikke var uoversiktlig. Det ble holdt jevnlige byggemøter, og ekstraarbeider som skulle utføres ble notert ned. Hovedentreprenøren hadde således oversikt over entreprisens kostnader og progresjon, slik at hensynet til forutberegnelighet for en stor grad var ivaretatt.

Et annet eksempel på at hensynet til forutberegnelighet ble ivaretatt uten at varslingsreglene ble fulgt, er Drammen tingretts dom av 4. september 2002 (SRG-dommen). Her hadde verken byggherren eller entreprenøren fulgt opp de administrative rutiner standardkontrakten foreskrev, og da fant retten at det ville skape en urimelig ubalanse i kontraktsforholdet dersom byggherren senere kunne holde seg til de formelle varslingsreglene. Hensynet til forutberegnelighet var til en viss grad ivaretatt ettersom byggherren var klar over at krav fra entreprenøren var i vente, blant annet gjennom avtalte konsekvensmøter.⁴⁶

Dersom byggherrens ikke hadde hatt noen valgmulighet i tilfelle entreprenøren hadde varslet, er det ikke like stor grunn til å sanksjonere manglende etterlevelse av varslingsreglene. Et noe særegent eksempel på dette finner man i lagmannsrettens behandling av SRG-saken, LB-2002-3890.⁴⁷ Entreprenøren fikk økte lønnsutgifter som følge av at ulikt lønnede arbeidslag måtte operere parallelt under drivingen av tunnelen, noe som igjen førte til et lønnspress fra den lavest lønnede gruppen med arbeidere.

⁴⁶ Konsekvensmøtene ble riktignok ikke brukt til å drøfte konsekvensene av den meget spesielle situasjon som oppstod, der løsningen ble å fryse deler av løsmassene rundt tunnelprofilen for å drive tunnelen videre. Bakgrunnen for møtene var, uavhengig av hva de ble brukt til, at situasjonen som oppstod krevde drøfting av konsekvensene av den.

⁴⁷ Tingrettens generelle betraktning gjengitt i forrige avsnitt om at heller ikke byggherren alltid var like nøye med formalitetene, gjaldt dette forhold også – det forelå med andre ord et rettslig grunnlag for å fravike varslingsreglene.

Lagmannsretten kom til at kravet var varslet i tide fordi ”ethvert varsel om et krav av denne type ikke ville stille SvOf [byggherren] overfor valgmuligheter”. Mot dette kan innvendes at det også er andre hensyn som gjør seg gjeldende i en vurdering av om varslingsreglene kan fravikes.⁴⁸ Jo senere entreprenøren varsler sine krav, jo vanskeligere er det å dokumentere disse. Dessuten er det ikke bare byggherrens *valgmuligheter* som inngår i hensynet til forutberegnelighet; også byggherrens oversikt over kostnader er et element i dette hensynet. Byggherren kan foreta kostnadsbesparende tiltak på andre poster når det viser seg at en post blir dyrere enn planlagt. Selv om byggherrens styringsmuligheter ikke blir beskåret der krav settes frem for sent, betyr ikke dette at preklusjon av slike krav er utelukket. Dersom entreprenøren kunne unnlate å følge varslingsreglene for ethvert krav som ikke ville stilt byggherren overfor valgmuligheter der kravene hadde blitt varslet i tide, ville mye av poenget med å innta preklusive varslingsfrister i kontrakten på bekostning av den alminnelige erstatningssanksjonerte regel forsvinne. Men terskelen for å fravike varslingsreglene er vesentlig lavere i slike tilfeller, ettersom sikring av byggherrens valgmuligheter tross alt er varslingsreglenes mest sentrale funksjon.

Et annet hensyn bak varslingsreglene er hensynet til økt produktivitet. De formalistiske reglene skal skape klare linjer som bidrar til at partene kan konsentrere seg om byggeprosessen, fremfor å løse tvister og uenighet. Men der entreprenører opererer under sterkt tidspress, kan strenge varslingsregler motvirke rasjonell gjennomføring av en byggeprosess. Både SRG-dommen og Schjørn-dommen er eksempler på dette. I tingrettens behandling av SRG-dommen forklarte vitner at ”selve arbeidet i tunnelen gikk foran det å følge opp administrative rutiner”. Dette gjaldt også for forhold på byggherresiden.⁴⁹ I Schjørn-dommen la lagmannsretten vekt på at siden fremdrift var av så sentral betydning, ”ville en streng og gjennomført håndhevelse av NS 3430 være praktisk umulig”.⁵⁰ Der etterlevelse av varslingsreglene gjør at rasjonell fremdrift av byggeprosessen

⁴⁸ Se Sandvik (1966) s. 365.

⁴⁹ Byggherren ”måtte skyve på arbeidet med å få i havn en kost pluss avtale idet de tekniske utfordringene måtte løses først”.

⁵⁰ Deltakerlandsbyen måtte naturlig nok være ferdig før OL begynte.

vanskeliggjøres, bør det gis en videre adgang til å fravike disse, i hvert fall der byggherrens styringsmuligheter og kontroll med prosjektet er i behold. Der det lar seg gjøre å avholde byggemøter, vil det være forholdsvis enkelt for entreprenøren å varsle visse krav under disse.⁵¹ I slike tilfeller vil ikke etterlevelse av varslingsreglene motvirke produktiviteten i samme grad, og vekten av argumentet reduseres betraktelig.

Hvorvidt varslingsreglene anses fraveket i enkelttilfeller eller for hele kontraktsforholdet får betydning for terskelen for fravikelse. Det skal i utgangspunktet mye til før formelt vedtatte regler anses for fraveket gjennom partenes adferd. Desto større del av kontraktsforholdet reglene fravikes for, desto høyere er terskelen for fravikelse. Som hovedregel er fravikelse av varslingsreglene bare aktuelt der sentrale hensyn bak reglene ivaretas selv om reglene ikke følges, eller dersom hensynene ikke ville blitt ivaretatt selv ved regulær varsling. Det er vanskelig å tenke seg større og kompliserte entrepriserforhold der dette er tilfelle gjennom hele kontraktsforholdet. I tillegg er partene i slike kontraktsforhold gjerne svært profesjonelle, noe som trekker i retning av at fravikelse av varslingsreglene for hele kontraktsforholdet ikke kommer på tale. Men for enkelte krav, der spesielle omstendigheter gjør seg gjeldende, kan fravikelse være aktuelt for slike kontraktsforhold, noe SRG-dommen er et eksempel på. Her ble varslingsreglene fraveket for enkelte forhold, blant annet i forbindelse med nedfrysingen av deler av løsmassene rundt tunnelprofilen og driving av en bypass-tunnel. Dette kan stille seg annerledes i de mindre entrepriser hvor klare kommunikasjonslinjer og mindre behov for formalistiske varslingsregler kan gjøre seg gjeldende gjennom hele byggeprosessen. Her kan det tenkes at partene har underforstått at varslingsreglene fravikes for hele kontraktsforholdet, men også i slike forhold må det utvises varsomhet med å la partenes adferd medføre fravikelse, noe Schjøm-dommen er egnet til å illustrere. Lagmannsretten kom til at partene kun hadde fraveket varslingsreglene for enkelte forhold. Retten uttalte: ”når partene formelt har vedtatt at NS 3430 skal være en del av avtaleverket, så bør prosedyrene ha vært fulgt ihvertfall hvis det dreier seg om endringer/tilleggsarbeider av noen størrelse (...)”.

⁵¹ Krav på fristforlengelse og dekning av merutgifter må først spesifiseres og begrunnes ”innen rimelig tid”. Varsling av slike krever med andre ord ikke nødvendigvis mye arbeid.

Et viktig moment i helhetsvurderingen er hvordan partsforholdet arter seg. I store og kompliserte entrepriser hvor partene vanligvis er meget profesjonelle, er varslingsreglene blant de mest sentrale bestemmelser i kontrakten. Her har partene et klart behov for gode kontraktsadministrative rutiner, og presumsjonen er sterk for at partene ikke har endret varslingsreglene gjennom konkludent adferd.⁵² Når partene er profesjonelle, er det også mindre grunn til å la hensynet til konkret rimelige resultater være avgjørende. Partene kjenner stort sett varslingsreglene godt, og må antas å være i stand til å ivareta egne interesser i større grad enn hva tilfelle er for mindre rutinerte aktører.

Selv om terskelen er høy for å fravike varslingsreglene i slike tilfeller, finnes det eksempler fra voldgiftspraksis hvor meget profesjonelle aktører har fraveket reglene ved konkludent adferd. Et eksempel fra oljefabrikasjonskontraktens område er en voldgiftsdom inntatt i Petrus 1997 s. 101 [1996], den såkalte Hitec-Dreco-dommen.⁵³ Her ble det antatt at partene gjennom sin praksis hadde fraveket kontraktens formelle krav til innhold av leverandørens krav om endringsordre og selskapets håndtering av slike krav. SRG-dommen er et annet eksempel på at svært profesjonelle parter i en stor entreprise kan fravike varslingsreglene gjennom konkludent adferd.

Der aktørene eller en av aktørene er mindre profesjonell(e), vil terskelen for fravikelse av varslingsreglene være lavere. Slike aktører vil typisk være engangsbygherrer og små, uerfarne (under)entreprenører. Slike aktører har ikke samme behov for omfattende kontraktsadministrasjon og formalistiske regler. Ettersom det i slike forhold som oftest er enklere kommunikasjonslinjer mellom partene som følge av at entreprisen er mindre, er det enklere å ivareta hensynet til forutberegnelighet. Det kan være flere grunner til at partene ikke benytter seg av varslingsreglene slik standardkontrakten foreskriver. Reglene kan oppleves av partene som unødvendig formalistiske, eller partene har ikke nødvendigvis full

⁵² Barbo (1997) s. 234.

⁵³ Voldgiftsdom inntatt i Petrus 1997 s. 101 [1996], Hitec-Dreco AS – A/S Norske Shell. Voldgiftsretten var satt med professor dr. juris Erling Selvig, h.r.advokat Haakon Stang Lund, advokat Morten Lund.

oversikt over varslingsreglens innhold. I slike tilfeller trenger det ikke å være rimelig å falle tilbake på formalistiske varslingsregler som i de fleste tilfeller vil tilgodese byggherren.

Selv om det ikke blir tatt opp eksplisitt i domspremissene til Schjørn-dommen, kan det tenkes at partsforholdet spilte inn i lagmannsrettens vurdering. Hovedentreprenøren Selmer var en stor og profesjonell entreprenør, mens underentreprenøren Schjørn var en vesentlig mindre entreprenør. Det er ikke utenkelig at Schjørn ikke hadde kontraktsadministrasjon tilpasset varslingsreglene i NS 3430, og at partene benyttet denne kontrakten fordi den ble benyttet mellom hovedentreprenøren Selmer og byggherren Moelven AS i en back-to-back-situasjon. I et slikt tilfelle vil det være urimelig om hovedentreprenøren først gir inntrykk av at reglene ikke må følges, for så å påberope dem overfor en mindre profesjonell entreprenør som ikke har store påvirkningsmuligheter på kontraktstypen.

En annen variant av konkludent adferd er der denne utøves forholdsvis ensidig, for eksempel dersom entreprenøren gjentatte ganger setter frem krav om fristforlengelse for sent, og byggherren unnlater å påberope fristoversittelsene. For entreprenøren kan det være naturlig å tolke disse unnlatsene i retning av at byggherren ikke ønsker å praktisere preklusjonsreglene, eller ønsker å praktisere dem i modifisert utgave. Byggherren kan i så fall bli bundet av sin adferd som følge av prinsippet om culpasanksjon⁵⁴, med den konsekvens at han ikke kan påberope preklusjon. Byggherren kan bebreides for at situasjonen oppstår, og dersom han ikke gir uttrykk for at varslingsreglene gjelder på tross av manglende praktisering av dem, bør hans adferd anses rettslig forpliktende.

Det må være et visst omfang og en viss konsekvens for at byggherrens opptreden kan anses rettslig forpliktende. Det vil trolig ikke være tilstrekkelig dersom byggherren noen få ganger lar fristoversittelser passere. Og antall fristoversittelser som ikke blir påberopt, må veies opp mot det antall som faktisk blir påberopt. Byggherrens opptreden må være

⁵⁴ Se Woxholth (2003) s. 107 flg.

forholdsvist konsekvent.⁵⁵ Dette kan illustreres med en ekspertavgjørelse fra fabrikkasjonskontraktens område, inntatt i *PetrIus* 1997 s. 89 [1995]. Her ble ikke preklusjonsfristen ansett modifisert selv om selskapet unnlot å påberope fristoversittelse fire ganger. Det ble blant annet lagt vekt på at selskapet i samme periode hadde påberopt fristoversittelse ni ganger. Selv om varslingsreglene i fabrikkasjonskontraktsforhold er mer formalistiske og praktiseres strengere enn for landentreprisene, vil et liknende tilfelle trolig måtte bedømmes likt i et landentrepriseforhold med mindre spesielle forhold gjør seg gjeldende. Det vil også ha betydning i hvilken periode av kontraktsavviklingen preklusjon blir påberopt i forhold til når det ikke blir påberopt. Dersom fristinnsigelser kun blir gjort gjeldende for et par forhold *i starten* av byggeprosessen, kan det tenkes at varslingsreglene anses for fraveket etter hvert som byggeprosessen skrider frem. Men når en part i et kontraktsforhold påberoper seg en regel med ikke altfor ujevne mellomrom, skal det mye til for at unnlater av å påberope denne, selv om unnlatsene overstiger påberopelsene i antall, fører til at regelen anses for fraveket.

Partenes manglende etterlevelse av varslingsreglene i tidligere kontraktsforhold, kan i spesielle tilfeller få betydning for hvorvidt varslingsreglene kan anses fraveket i et nytt kontraktsforhold. Dette vil være mest aktuelt i mindre underentrepriser, der en entreprenør benytter seg av samme underentreprenør til å gjøre relativt likeartet arbeide i suksessive kontraktsforhold. Med tidligere unnlater fra hovedentreprenørens side friskt i minne, skal det muligens noe mindre til før underentreprenøren oppfatter unnlater i samme retning i det nye kontraktsforhold dit hen at varslingsreglene er fraveket. Imidlertid står ethvert nytt kontraktsforhold på egne ben, slik at varslingsreglene gjelder fullt og helt fra avtaleinngåelsen, med mindre noe annet er avtalt. Det er derfor ikke grunnlag for å si at *etablert praksis* mellom partene kan få endringsvirkning.⁵⁶ Dette synes å være en upraktisk problemstilling, og dette blir ikke behandlet videre.

⁵⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 433.

⁵⁶ Sml. kjøpsloven § 3 og lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39 (sjøloven) § 322.

3.3.3 Gjeninnføring

Byggherren kan ønske å gjeninnføre varslingsreglene der disse ikke har vært praktisert i en større eller mindre grad, for eksempel der det dukker opp vanskeligheter, og behovet for strengere varslingsregler gjør seg gjeldende.

Varslingsreglene kan selvsagt gjeninnføres der partene er enige om dette. Spørsmålet er derfor om reglene ensidig kan gjeninnføres. I likhet med 3.3.2 skilles det også her mellom gjensidig og ensidig konkludent adferd.

Der varslingsreglene anses fraveket på grunnlag av ensidig konkludent adferd, er hovedregelen at den parten som utøvde den konkludente adferd kan gjeninnføre reglene ved å gi uttrykk for at han for fremtiden vil følge de opprinnelige kontraktsbestemmelser. Dette kan skje ved at parten erklærer at han ønsker å gjeninnføre varslingsreglene, eller ved denne partens konkludente adferd. Vilkåret for slik gjeninnføring er at parten gir rimelig og klart varsel.⁵⁷ Et eksempel på tilstrekkelig varsel er første gangen parten virkningsløst påberoper seg varslingsreglene.⁵⁸ Andre gangen må preklusjonsinnsigelsen tas til følge.

Ved gjensidig konkludent adferd er det gjerne slik at varslingsreglene fravikes for *en del* av kontraktsforholdet. Dette medfører at reglene ikke må gjeninnføres for å gjelde for resten av kontraktsforholdet. Spørsmålet her blir altså i hvilken grad en av partene kan gjeninnføre varslingsreglene for forhold reglene er fraveket for.

En part må i hvert fall kunne erklære at han vil benytte seg av varslingsreglene, der den manglende overholdelse av reglene ikke bygger på en slags underforståelse mellom partene. Det mest praktiske eksempel på dette er der mangelfull kunnskap om varslingsreglene fører til at partene ikke praktiserer disse fullt og helt. Der en part får kunnskap om reglene, og ønsker å benytte seg av dem, må han kunne gjeninnføre disse med rimelig og klart varsel. I et slikt tilfelle er ikke reglene fraveket i ordets rette forstand,

⁵⁷ Kaasen (2006) s. 433 med henvisning til voldgiftsdom inntatt i Petrius 1997 s. 101 [1996].

⁵⁸ Barbo (1997) s. 235.

og den ene parts erklæring om å benytte reglene kan kalles for *uegentlig gjeninnføring* av varslingsreglene.

Der fravikelsen av varslingsreglene bygger på en felles underforståelse av at reglene ikke gjelder i kontraktsforholdet, er spørsmålet om gjeninnføring mer komplisert. Kaasen skiller ikke mellom ensidig og gjensidig konkludent adferd for oljefabrikasjonskontraktene, og henviser til voldgiftsdommen inntatt i Petrus 1997 s. 101 [1996] (på s. 178-179), referert til under 3.3.2. Her kom voldgiftsretten til at partenes mindre formaliserte praktisering av endringsordresystemet ikke var til hinder for at selskapet, med rimelig varsel, hadde ”rett til å kreve at det igjen ble fullt ut fulgt for fremtiden.” Barbo derimot, fremholder at kontraktsvilkårene er endret der fravikelsen bygger på en gjensidig forståelse mellom partene, med den konsekvens at gjeninnføring krever enighet mellom partene.⁵⁹ Dette er en formalistisk forståelse av grunnlaget for – og konsekvensene av - fravikelse av reglene. Selv om konkludent adferd kan ha avtalerettslig virkning som en regulær avtale, betyr ikke det at disse rettslige grunnlag må bedømmes likt i alle sammenhenger. Det kan være tvilsomt om man kan anse kontraktsvilkårene for endret gjennom den konkludente adferd, men muligens heller slik at det er forståelsen av hvordan reglene skal praktiseres som er endret. Der denne forståelse ikke lenger er gjensidig, vil det rettslige grunnlaget for fravikelsen bortfalle. Eventuelt kan man se det slik at avtalebindingen her er mye svakere enn ved en regulær avtale, slik at den ikke uten videre kan tolkes som en oppgivelse av retten til å påberope preklusjon for resten av kontraktsforholdet. Slik endelig oppgivelse av retten til å fremme fristinnsigelser er konsekvensen av Barbos løsning, med mindre det er enighet om å gjeninnføre varslingsreglene. Dette fører til en mindre smidig og mindre hensiktsmessig regel. En regel som åpner for ensidig gjeninnføring av reglene, gjør det mulig for partene å tilpasse sin praktisering av varslingsreglene til behovet for dem. Partene slipper dermed, både ved avtaleinngåelse og ved eventuell senere konkludent adferd, å ta endelig standpunkt til hvordan varslingsreglene skal praktiseres for henholdsvis hele og den gjenstående del av kontraktsforholdet. Hensynet til den part som ikke vil gjeninnføre

⁵⁹ Barbo (1997) s. 235 jf. s. 233.

reglene vil lide der det gis adgang til å ensidig gjeninnføre varslingsreglene. Etter min mening blir hensynet til denne part ivaretatt tilstrekkelig ved at det oppstilles krav om rimelig og klart varsel, slik det er gjort rede for over. Konklusjonen blir at varslingsreglene ensidig kan gjeninnføres med rimelig og klart varsel. Reglene må også kunne gjeninnføres gjennom partenes konkludente adferd.

3.4 Passivitet

3.4.1 Generelt

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at det ikke oppstår løftevirkninger ved ren passivitet.⁶⁰ Det må foreligge særlige grunner for at løftevirkninger kan oppstå for den som forholder seg passiv.

Det følger av standardkontraktene at passivitet i enkelte tilfeller har løftevirkninger. Dersom det ikke fremsettes krav i tide anses forpliktelsen å være i tråd med det den andre parten pretenderer.

Et eksempel på dette er NS 3430 punkt 28.3.2. Byggherren krever et nærmere bestemt arbeid utført gjennom instruks, tegninger eller lignende. Entreprenøren mener arbeidene ligger utenfor hans kontraktsforpliktelse, og krever endringsordre uten ugrunnet opphold. Dersom byggherren ikke svarer, anses endring for å foreligge, og han må utstede endringsordre eller eventuelt droppe endringen dersom han ser seg tjent med det. Virkningene av passiviteten er direkte regulert i standarden. Løftevirkninger som følge av ren passivitet er altså ikke et uvanlig fenomen i entrepriseretten. Her skal det gjøres rede for om passivitet kan få løftevirkninger selv om dette ikke er direkte regulert i standardkontraktene.

⁶⁰ Jf. Hagstrøm (2003) s. 84 og Woxholth (2003) s. 105.

3.4.2 Krav til å påberope preklusjon

Problemstillingen her er om det kan oppstilles et krav til å påberope preklusjon, med den virkning at selve preklusjonsinnsigelsen kan prekluderes dersom den ikke fremmes når rimelig hensyntagen til entreprenøren tilsier det.

I denne situasjonen vil preklusjon av en preklusjonsinnsigelse i praksis kun komme entreprenøren til gode, på grunn av varslingsreglenes utforming. Det er entreprenøren som fremmer et krav, byggherren som ”prekluderer” dette kravet, og entreprenøren som på grunn av byggherrens passivitet eventuelt prekluderer byggherrens preklusjon. Man kan tenke seg spesielle tilfeller der entreprenøren ikke påberoper preklusjonen av byggherrens preklusjon. Da kan det tenkes at byggherren kan prekludere dette igjen, med andre ord preklusjon i tredje potens. Dette er et upraktisk tilfelle og som det fremgår av problemstillingen blir ikke dette behandlet her.

Igjen kan NS 3430 punkt 28.3.2 tjene som illustrasjon. Situasjonen er den samme som skissert over, dog med den forskjell at entreprenøren ikke krever endringsordre uten ugrunnet opphold. Byggherren kan altså avvise kravet som for sent fremsatt. Spørsmålet her er hva som skjer dersom han ikke avviser kravet som for sent fremsatt, men forholder seg passiv. NS 3430 pkt 28.3.2⁶¹ regulerer bare passivitetsvirkningene av ”skriftlig krav *i henhold* til 28.3.1” (min uth.), altså et krav om endringsordre fremsatt av entreprenøren ”uten ugrunnet opphold”.

Byggherrens plikt til å svare på entreprenørens krav om fristforlengelse og dekning av merutgifter etter NS 3430 punkt 17.5⁶² lyder: ”[h]ar ikke byggherren skriftlig meddelt sitt standpunkt til entreprenøren uten ugrunnet opphold (...)”. Med ”standpunkt” menes at byggherren skal ta stilling til realiteten, det ligger ikke et krav om å påberope preklusjon i denne bestemmelsen.⁶³ Byggherrens svarplikt er tilsvarende regulert i de andre standarder som behandles her. Standardene regulerer altså ikke denne situasjonen direkte. Men det er ikke dermed sagt at man faller tilbake på utgangspunktet om at det ikke oppstår

⁶¹ Tilsvarende regel i NS 3406 punkt 33.3.2, NS 3431 punkt 33.3.2 og NS 3433 punkt 28.3.2.

⁶² Tilsvarende regler i NS 3406 punkt 22.5, NS 3431 punkt 22.5 og NS 3433 punkt 17.5.

⁶³ Kolrud m.fl. (1992) s. 154.

løftevirkninger ved byggherrens passivitet. I følge Woxholth vil binding kunne inntre der parten forholder seg passiv ”hvor en rimelig hensyntagen til den annen parts interesser tilsier aktiv handling”.⁶⁴

I følge Barbo er det i utgangspunktet ingen betingelse at byggherren påberoper preklusjonsregelen for at rettsvirkningen skal inntre.⁶⁵ Videre skriver han at ”også når det varsles for sent, må byggherren kunne avvise varslet formløst, eller endog forholde seg passiv”⁶⁶, og henviser til at preklusjonsreglene er utformet slik at byggherren nettopp ikke plikter å respondere hvis entreprenøren ikke varsler, eller varsler for sent.⁶⁷ Barbo peker på de uheldige konsekvenser av at byggherren kan forholde seg passiv, og tar til orde for en regel om at byggherren plikter å respondere der han vil prekludere, slik NS 8405 punkt 8.3 er utformet nå, se kapittel 4 i denne oppgave.⁶⁸ Krüger skriver at på kjøpslovens område er dette en for urimelig holdning.⁶⁹ Ved vurderingen av om man kan oppstille en plikt til ”kontrareklamasjon” i kjøpsloven må man i følge Krüger falle tilbake på vanlige regler om kontraktsrettslig dispositivitet. Videre skriver han at ”[d]ersom den passive bør forstå at hans taushet blir oppfattet som en frafallelse av en innsigelse, og enkelt kan avverge dette ved å si fra, bør virkningen av taushet bli at innsigelsen er forspilt. Dette kan være særlig aktuelt i næringsforhold.” Dette synspunktet har overføringsverdi til problemstillingen her, ettersom standardene etablerer et helt særegent system der passivitet i stor grad tillegges løftevirkninger. Da er det mindre nærliggende å operere med utgangspunktet om at preklusjon inntre uavhengig av dens påberopelse. Ved entreprenørens krav på endringsordre, fristforlengelse og dekning av merutgifter er det nedfelt løftevirkninger ved

⁶⁴ Woxholth (2003) s. 106.

⁶⁵ Barbo (1997) s. 230.

⁶⁶ Barbo henviser til Kaasen (1994) s. 380 og 386 der Kaasen skriver at selskapet kan formløst avvise for sent fremsatte krav, men er taus angående selskapets adgang til å forholde seg helt passiv. Tilsvarende i Kaasen (2006) s. 432.

⁶⁷ Barbo (1997) s. 236.

⁶⁸ Barbo (1997) s. 230.

⁶⁹ Krüger (1999) s. 580 flg.

passivitet. Partene er således kjent med at det å forholde seg passiv kan få store konsekvenser.⁷⁰

Samarbeidsplikten og lojalitetsplikten som gjelder i entrepriseforhold tilsier at byggherrens passivitet avskjærer ham fra å gjøre preklusjon gjeldende. I hvert fall der byggherren er klar over, eller burde være klar over at entreprenøren tror at han har fremsatt kravet i tide. For byggherren er det meget enkelt å opplyse entreprenøren om at innsigelsen er prekludert. Der denne opplysning avverger tap for entreprenøren, kan det være direkte illojalt av byggherren å forholde seg taus. Et eksempel på dette er der entreprenøren varsler krav om fristforlengelse, men for sent. Byggherren forholder seg passiv, og entreprenøren antar at kravet er akseptert. I ettertid krever byggherren dagmulkt av byggherren, under henvisning til at kravet om fristforlengelse er prekludert. Her vil det være nærliggende å pålegge byggherren en plikt til å påberope preklusjon, på det tidspunkt han blir eller burde bli klar over entreprenørens forståelse av situasjonen. I tillegg fremstår en analogi fra avtaleloven § 4 som nærliggende. Denne bestemmelsen er begrunnet i lojalitetshensyn.⁷¹ Der står det at dersom aksept av et tilbud er for sent fremsatt skal den anses som godtatt av tilbyderen ”hvis avsenderen av aksepten gaar ut fra, at den er kommet frem i rette tid, og tilbyderen maa forstaa dette”. Dersom tilbyderen ikke vil godta aksepten må han uten ugrunnet opphold gi beskjed om dette. For entrepriseforhold vil lojalitetsplikten gjøre seg gjeldende i større grad, og det er desto større grunn til å la synspunktet få anvendelse.

Konklusjonen blir at byggherren må pålegges en plikt til å påberope preklusjon der han er klar over, eller burde være klar over entreprenørens misforståelse. Dersom byggherren forholder seg passiv, blir konsekvensen at retten til å påberope preklusjonen går tapt.

Der byggherren ikke burde være klar over entreprenørens misforståelse, blir utgangspunktet det motsatte. Slik må det være selv om det tilsynelatende er en del som taler for at byggherren burde opplyse om at entreprenørens krav er prekludert.

⁷⁰ Se også Holmboe (1991) s. 30-31 og Kolrud m.fl. NS 8405 (K) s. 81 for andre synspunkter om dette.

⁷¹ Hov (2002) s. 41.

Entreprenøren har behov for hurtig avklaring på sitt fremsatte krav - uavhengig av om kravet hans er for sent fremsatt eller om det etter byggherrens syn er materielt uberettiget. En tidlig påberopelse av preklusjon er i byggherrens interesse også. Varslingsreglene skal gjøre det lettere å identifisere uenighet så tidlig som mulig, blant annet fordi det kan bli vanskelig å dokumentere fristoversittelser der disse påberopes etter lang tid. Der byggherren forholder seg passiv kan entreprenøren ledes til å tro at byggherren er enig i at instruksen medfører en endring. I hvert fall er det naturlig at entreprenøren trekker denne konklusjonen der han ikke er klar over at kravet hans er for sent fremsatt. Der entreprenøren ikke er klar over at han har varslet for sent, vil det heller ikke være naturlig for ham å spørre byggherren om han vil påberope fristoversittelsen, jf. 3.4.3.

Imidlertid er det lite naturlig å plassere risikoen for denne uklarheten hos byggherren i et slikt tilfelle, og derved sanksjonere dennes opptreden. Det som i praksis skjer i en situasjon som denne er at både byggherre og entreprenør er uvitende om den annens forståelse av varslingen. Det er entreprenøren som har risikoen for at situasjonen har oppstått, og byggherren kan ikke klandres – ei heller pålegges en aktivitetsplikt. Men der byggherrens uvitenhet går over til kunnskap kan det, som redegjort for over, stille seg annerledes.

Konklusjonen blir her at det ikke kan oppstilles en plikt for byggherren til å påberope preklusjonen.

Etter dette er det klart at byggherren ikke plikter å påberope fristoversittelsen der entreprenøren er klar over at han har varslet for sent. Også her er det i begge parters interesse at byggherren opplyser om at entreprenørens innsigelse er prekludert. I de tilfeller der entreprenøren er klar over at han har oversittet en varslingsfrist – og byggherren ikke reagerer på denne, kan entreprenøren ledes til å tro at dette tolereres av byggherren. Der dette gjentar seg, kan entreprenøren få inntrykk av at byggherren ikke etterlever varslingsreglene strengt, som igjen kan føre til at entreprenøren blir mindre nøye med å overholde varslingsfrister. Dette er uheldig, men kan ikke være avgjørende for om det bør pålegges byggherren en aktivitetsplikt. Etersom entreprenøren er klar over at han ikke har

forholdt seg slik standarden foreskriver, er det mindre grunn til å beskytte hans interesse. Entreprenøren vil her ha en klar oppfordring til å spørre byggherren om han kommer til å påberope fristoversittelsen. Som det vil fremgå av 3.4.3 kan det pålegges byggherren en plikt til å svare i et slikt tilfelle. I tillegg har ikke byggherren oppført seg nevneverdig illojalt ved å ikke opplyse om sitt syn på fristoversittelsen. Konklusjonen blir derfor at det ikke kan oppstilles en plikt for byggherren til å påberope fristoversittelsen der entreprenøren er klar over denne.

Der entreprenøren er klar over at han har varslet for sent, kan det likevel være aktuelt med en fravikelse av varslingsreglene, begrunnet med passivitetsbetraktninger og avtalerettslige prinsipper, jf. drøftelsen innledningsvis i dette punktet. Spørsmålet er når byggherrens passivitet fører til tap av preklusjonsinnsigelsen fordi entreprenøren har en berettiget oppfatning av at byggherren har frafalt denne. Dette må selvfølgelig bero på en konkret helhetsvurdering, men det skal gjøres rede for to typetilfeller hvor det er henholdsvis mer og mindre naturlig å tolke byggherrens passivitet som frafall av preklusjonsinnsigelsen.

Der byggherren betaler for arbeid entreprenøren mener er utenfor sin kontraktsforpliktelse, er det nærliggende å tolke denne betalingen som et frafall av preklusjonsinnsigelsen. Dette er aktuelt der entreprenøren (for sent) fremsetter krav om endringsordre fra byggherren, hvorpå byggherren ikke svarer uten ugrunnet opphold. Byggherrens taushet kan gjøre entreprenøren usikker på om byggherren har akseptert kravet hans eller ikke. Der entreprenøren mottar betaling for endringsarbeidet elimineres mye av denne usikkerheten. Riktignok er korrekt prosedyre etter endringsordresystemet at byggherren skal utstede endringsordre når han stilltiende har akseptert at det foreligger en endring.⁷² At endringsordre mangler, kan allikevel ikke hindre entreprenøren i tolke byggherrens betaling (og manglende protest – det er der passiviteten ligger) som et frafall av preklusjonsinnsigelsen. En slik tolkning betinger at byggherren hadde tilstrekkelig

⁷² Han kan enten utstede endringsordre, eller trekket pålegget tilbake. Se Kolrud m.fl. (1992) s. 239.

oppfordring til å reagere på fakturaen.⁷³ Dette vil byggherren ha, ettersom endringsarbeid skal faktureres særskilt, jf. for eksempel NS 3430 punkt 24.1.

Barbo nevner som et annet eksempel på avkall på preklusjonsinnsigelse der byggherren ”ikke påberoper fristoversittelsen i et eventuelt begrunnet avslag på entreprenørens krav”, etter for eksempel NS 3430 punkt 28.3.2 b). Der det ikke er holdepunkter for at byggherren hadde til hensikt å frafalle preklusjonsinnsigelsen, kan løsningen forankres i synspunktet om culpasanksjoner, fremholder Barbo.

Dette er et eksempel på hvordan de rettslige grunnlagene er nært beslektet. Et slikt avslag vil være materielt begrunnet, og dermed har byggherren innlatt seg på en realitetsdrøftelse. Realiteten i Barbos redegjørelse er at byggherrens materielt begrunnede avslag er et eksempel på et tilfelle hvor det skal lite til før realitetsdrøftelser fører til fravikelse av varslingsreglene. Som redegjort for i 3.2 skal det vanligvis mer til enn å avslå et krav på materielt grunnlag, før varslingsreglene anses for fraveket på grunnlag av realitetsdrøftelser. En mulig begrunnelse for at det skal mindre til før reglene anses for fraveket for denne form for realitetsdrøftelser, er at de skjer gjennom endringsordresystemet.⁷⁴ Dette kan derfor betegnes som en slags formalisert realitetsdrøftelse som lettere kan oppfattes dit hen at fristoversittelsen ikke vil bli påberopt. Dette er nok ikke helt uriktig. En realitetsdrøftelse som fremkommer i et presumptivt gjennomtenkt dokument gjennom endringsordresystemets kanaler, kan fremstå som et bedre egnet grunnlag for fravikelse av varslingsreglene, enn for eksempel en muntlig imøtegåelse på byggeplassen – i den grad dette er det mest praktiske alternativ. Men dette vil i praksis si at all skriftlig gjendrivelse⁷⁵ av entreprenørens krav om endringsordre på

⁷³ Se Barbo (1997) s. 232.

⁷⁴ Barbo (1997) s. 229 flg. nevner ikke forholdet til realitetsdrøftelser når han tar opp dette typetilfelle under passivitet.

⁷⁵ Med mindre det uttrykkelig presiseres at gjendrivelsen ikke er et skriftlig begrunnet avslag etter for eksempel NS 3430 punkt 28.3.2 b), hvilket ikke synes praktisk.

materielt grunnlag, fører til at preklusjon ikke kan påberopes, noe det ikke er grunnlag for å hevde, jf. 3.2.3.

3.4.3 Byggherrens passivitet etter entreprenørens forespørsel om påberopelse av preklusjon

Det kan tenkes at byggherren må pålegges en plikt til å opplyse om han vil påberope preklusjon når entreprenøren spør ham om dette, for at ikke byggherrens fristinnsigelse skal gå tapt. I bestemmelsene om dagmulkt, for eksempel NS 3430 punkt 20.2.5⁷⁶, er byggherren pålagt en opplysningsplikt: ”[p]å skriftlig forespørsel fra entreprenøren plikter byggherren uten ugrunnet opphold skriftlig å opplyse om han vil påberope seg overskridelse av en delfrist”. I kjøpslovens § 24 om forsinket levering er tilsvarende prinsipp anvendt. Spørsmålet er om det må innfortolkes en tilsvarende regel i entreprenørens krav på fristforlengelse, dekning av merutgifter og endringsordre.

I følge enkelte teoretikere⁷⁷ gjør det seg gjeldende særhensyn for regelen i NS 3430 punkt 20.2.5 og tilsvarende regler i de andre standardene, og for den lett modifiserte etterfølgeren i NS 8405 punkt 34.4⁷⁸. Det er ikke alltid byggherren vil påberope overskridelse av en dagmulktbelagt delfrist, fordi han ikke nødvendigvis lider tap der dette skjer.⁷⁹ Derfor er det praktisk for entreprenøren å få avklart dette spørsmålet. Dersom byggherren vil påberope fristoversittelsen, vil entreprenøren gjerne forsøke å forsere for å minimere dagmulktkravet. I motsatt fall, kan entreprenøren forsere over en lengre periode frem til neste delfrist, dersom forsering i det hele tatt er nødvendig. Dette kan ved første øyekast tale for at tilsvarende regel ikke skal innfortolkes for de nevnte krav.

⁷⁶ Tilsvarende regel i NS 3406 punkt 25.3.5, NS 3431 punkt 25.2.5 og NS 3433 punkt 20.3.5.

⁷⁷ Kolrud m.fl. (1992) s. 177, Marthinussen m.fl. (2004) s. 511 og Kolrud m.fl. (2004) s. 426.

⁷⁸ Denne gjelder ”dagmulktbelagt frist”, som altså inkluderer både dagmulktbelagte delfrister og sluttfrist.

⁷⁹ Tap er mest nærliggende der overskridelse av delfrist får konsekvenser for sideentreprenørers arbeid.

Imidlertid kan byggherren ha flere grunner til å ikke påberope fristoversittelse der entreprenøren har varslet for sent. Det kan tenkes at byggherren ikke vil gjøre gjeldende en prosessuell regel der entreprenøren har et materielt berettiget krav, av rene kulansehensyn. Videre er det ikke sikkert byggherren lider økonomisk tap ved for eksempel entreprenørens forsinkelse, og derfor vil innrømme entreprenøren fristforlengelse.

Dessuten har entreprenøren en beskyttelsesverdig interesse i å få fastlagt sin egen forpliktelse der han varsler *krav om endringsordre*. Dersom han er i tvil om byggherren vil påberope det for sent fremsatte krav om endringsordre eller ikke, vet han ikke hva forpliktelsen sin går ut på. Hvis ikke regelen innfortolkes for krav om endringsordre, kan entreprenøren, der byggherren forholder seg taus, risikere å være utvitende om sin egen forpliktelse helt frem til det omtvistede arbeid egentlig skulle vært påbegynt. I tillegg har en eventuell preklusjon betydning for entreprenørens kostnader og inntekter. Dersom entreprenøren ikke innrømmes *fristforlengelse* fordi han har varslet for sent, vil han ha stor interesse i å klarlegge dette. Han vil da kunne ønske å forsere for å unngå dagmulkt, noe han ikke vet om er nødvendig hvis byggherren forholder seg taus. Også angående *merutgifter* har entreprenøren behov for å vite byggherrens standpunkt, for å beregne sine kostnader.

Det må også antas at byggherrens passivitet vil være i strid med den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold og samarbeidsplikten nedfelt i de ulike standarder. I utgangspunktet har hver part risikoen for å fastlegge egen kontraktsforpliktelse etter kontrakten. For de her behandlede regler kan ikke dette utgangspunktet fastholdes uten videre. Byggherren er gitt en vid kompetanse til å endre entreprenørens kontraktsforpliktelse. Dersom det oppstår uklarheter med hensyn til den endrede kontraktsforpliktelse, må det pålegges byggherren opplysningsplikt knyttet til dette. For krav på fristforlengelse og dekning av merutgifter som ikke knytter seg til byggherrens endringer, gjelder ikke dette i like stor grad. Men også her blir entreprenørens kontraktsforpliktelse vanskeligere og/eller dyrere å erlegge som følge av forhold han ikke har risikoen for.

Behovet for å få klarlagt entreprenørens krav på dekning av merutgifter er mindre enn for de to andre typer krav, og derved er også byggherrens grad av illojalitet mindre ved å forholde seg passiv. Det kan derfor hevdes at en regel om byggherrens opplysningsplikt ikke må gjelde for krav på merutgifter. Men som beskrevet over kan entreprenøren ha et reelt behov for å få klarhet i dette, og hensynet til konsekvens i regelverket taler for at regelen innfortolkes også der. Byggherren har heller ingen beskyttelsesverdig interesse i å forholde seg taus.

Konklusjonen blir at det som hovedregel må innfortolkes en regel om opplysningsplikt for byggherren angående entreprenørens krav på fristforlengelse, dekning av merutgifter og endringsordre.⁸⁰ Dette medfører at dersom byggherren ikke overholder opplysningsplikten, taper han retten til å påberope fristoversittelsen.

3.5 Avtaleloven § 36

Det kan være aktuelt å tilsidesette varslingsreglene i standardkontraktene i medhold av avtaleloven § 36, der det er urimelig å gjøre disse gjeldende.

Det må skilles mellom generell og individuell tilsidesettelse. En generell tilsidesettelse av varslingsreglene etter avtaleloven § 36 er neppe aktuelt. Varslingsreglene kan ramme enkelte aktører hardt, særlig engangsbyggheerre og mindre entreprenører. Men dette er ikke i seg selv nok til å tilsidesette varslingsreglene. Standardkontraktene er ”agreed documents”, og er således forholdsvis balanserte. Reglene er relativt klart utformet, og det må forutsettes at aktørene i bygg- og anleggsbransjen er kjent med dem.⁸¹

⁸⁰ Barbo (1997) s. 236 er enig i at byggherren har en aktivitetsplikt etter entreprenørens forespørsel uten at han grunngir det i utstrakt grad.

⁸¹ Se Barbo (1997) s. 242 og Kaasen (2006) s. 433 flg. om generell tilsidesettelse av varslingsregler. Se også ekspertavgjørelse avsagt 2. mai 1990 inntatt i Petrius 1995 s. 153-154 for et illustrerende eksempel.

Men det kan være aktuelt med en individuell tilsidesettelse av varslingsreglene. Spørsmålet blir derfor om det i bestemte kontraktsforhold kan være omstendigheter knyttet til enkelte krav som gjør at det vil være urimelig å gjøre de preklusive varslingsreglene gjeldende.

Dersom entreprenøren etterlever standardkontraktens administrative rutiner vil han unngå å rammes av preklusjon. Det ligger altså innenfor entreprenørens kontrollsfære å varsle rettidig, og det er derfor ikke kurant å legge skylden på uforutsette omstendigheter for fristoversittelse. På den annen side er det mulig at terskelen for rimelighetssensur må senkes noe på grunn av byggherrens kompetanse til å ensidig endre entreprenørens kontraktsforpliktelse. Det er ikke utenkelig at et slikt instrument i byggherrens hånd må kompenseres av en noe videre adgang til å lempe kontrakten etter § 36. I tillegg kan skjevheter i partsforholdet tilsi at varslingsreglene lettere blir tilsidesatt. Dette er understreket i avtaleloven § 36 som gir anvisning på at det skal tas hensyn til ”partenes stilling”.⁸²

Hvorvidt et kontraktsvilkår virker urimelig, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av kontrakten. Det innebærer blant annet at den økonomiske konsekvensen av preklusjon må vurderes opp mot totalbalansen i kontraktsforholdet.⁸³ Preklusjon av ett eller noen få krav vil sjelden ha så stor økonomisk betydning at det vil være urimelig å gjøre preklusjon gjeldende. Men den økonomiske betydningen av preklusjon er bare ett element i helhetsvurderingen.

Videre er varslingsfristene i standardkontraktene utformet med et skjønnsmessig kriterium. Det skal varsles ”uten ugrunnet opphold”. Reglene kan derfor tolkes slik at urimelige resultater unngås. På denne bakgrunn skriver Hagstrøm og Svarva at for slike skjønnsmessige frister er det ”vanskelig å tenke seg situasjoner der preklusjonsinnsigelsen fører til et urimelig resultat, uten at man kan si at tidsforbruket er ”grunnet” eller ”rimelig”,

⁸² Se Hagstrøm (2003) s. 288-289

⁸³ I ekspertavgjørelse i Petrius 1995 s. 145 [1990] beløp verdien av den omtvistede endring seg til under 1 promille av kontraktssummen ved avtaleinngåelse. Dette endret svært lite på balansen mellom partene.

og dermed utelukker preklusjon.⁸⁴ Imidlertid kan det i enkelte tilfeller være aktuelt å tilsidesette varslingsreglene i medhold av avtaleloven § 36, og det skal gjøres rede for disse her.

Det knytter seg liten tvil til om varslingsreglene kan tilsidesettes ved byggherrens illojale bruk av endringsordresystemet.⁸⁵ Der byggherren pålegger entreprenøren endringer uten å følge prosedyren endringsordresystemet foreskriver, i håp om at entreprenøren glemmer å fremsette krav om endringsordre eller ikke oppfatter at det er en endring, er det svært nærliggende å tilsidesette preklusjonsregelen. Et slikt forsøk på å lure til seg økonomiske fordeler vil også være i strid med samarbeids- og lojalitetsplikten. Her fremstår også en analogi til kjøpsloven § 33 som nærliggende; der selgeren har opptrådt ”i strid med rederlighet og god tro”, gjelder ikke reklamasjonsreglene.

Der entreprenøren ikke er klar over byggherrens illojale hensikter, er det ingen grunn til at han ikke skal varsle som om ikke slike hensikter lå bak den avvikende bruk av endringsordresystemet. Entreprenørens sene varslings kan ikke karakteriseres som grunnnet når han selv ikke er kjent med det forhold som gjør at preklusjon ikke inntre. Grunnen til at byggherren som hovedregel ikke kan gjøre gjeldende preklusjon i et slikt tilfelle, er at dette ville være urimelig – med andre ord *tilsidesettes* preklusjonsregelen.

Dersom byggherren ikke har slike illojale hensikter bak praktiseringen av endringsordresystemet, er tilsidesettelse av varslingsreglene lite aktuelt. Imidlertid kan en slik praksis fra byggherrens side medføre at entreprenøren ikke trenger å varsle like raskt som i andre tilfeller, fordi et visst opphold kan være grunnnet. Der entreprenøren varsler etter et grunnnet opphold, inntre ikke preklusjon.⁸⁶

Der entreprenøren får et krav på fristforlengelse på grunn av forhold byggherren har risikoen for, kan det helt unntaksvis være urimelig eller i strid med lojalitetsplikten å

⁸⁴ Hagstrøm og Svarva (1999) s. 814. Tilsvarende Kaasen (2006) s. 433-434.

⁸⁵ Barbo (1997) s. 244-245.

⁸⁶ Barbo (1997) s. 245 (andre avsnitt) -247 drøfter hvorvidt tilsidesettelse av varslingsreglene er aktuelt i en del typetilfeller. Her er vel heller problemstillingen om entreprenørens opphold er grunnnet.

prekludere entreprenørens krav. Et eksempel på dette er når byggherren er klar over de fristforlengende forhold og at risikoen hviler på ham, må han forvente at det vil komme et krav om fristforlengelse fra entreprenøren.⁸⁷ Dermed er hensynet til forutberegnelighet til en stor grad ivaretatt, og det er mindre betenkelig å fravike standardens regler.

Et eksempel på dette er en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett, LB-2002-00570 der retten kom til at enkelte for sent fremsatte krav ikke kunne prekluderes ved å legge vekt på lojalitets- og rimelighetshensyn, jf. avtaleloven § 36. I denne saken skulle entreprenør AF Ragnar Evensen føre opp et nybygg som Oslo kommune var byggherre for. AF benyttet seg av underentreprenør Scan Invest AS til utføring av enkelte betongarbeider. Det oppsto tvist om blant annet endrings- og tilleggsarbeider, og om disse var varslet i tide. AF var kjent med en del av forholdene som vanskeliggjorde arbeidet, og varslet selv krav i forbindelse med enkelte av disse forhold til byggherren, Oslo kommune. Lagmannsretten la vekt på at det måtte ha ”fremstått som åpenbart for AF at det ville bli fremmet et krav fra SC om dekning for merutgifter”.

Det ble også lagt noe vekt på at partene ikke var likeverdige. Fra dommen: ”[u]nder behandlingen av saken er det imidlertid fremkommet opplysninger som viser at partene ikke var likeverdige, med SC som den svake part. Men vekten av dette begrenses noe når selskapet selv har fremstilt seg som profesjonell (...)”.

AF aksepterte visse for sent fremsatte krav av Scan Invest, blant annet krav som knyttet seg til forhold AF hadde fått tillegg for av Oslo kommune. I et slikt tilfelle, der hovedentreprenøren får dekket sine krav knyttet til et bestemt forhold av byggherren, og samtidig prekluderer underentreprenørens krav knyttet til samme forhold, kan det være nærliggende å tilsidesette varslingsreglene. Dette er særlig aktuelt i en back-to-back-situasjon hvor det er skjevheter i partsforholdet.

I Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro-dommen) antyder både flertall og mindretall at et ekstraordinært økonomisk tap i seg selv kan begrunne en viss lempning. Flertallet uttalte i

⁸⁷ Kolrud m.fl. (1992) s. 153.

et obiter dictum på s. 939 at det kunne stilles spørsmål ”om tapet var så ekstraordinært at en viss økonomisk deling mellom partene ut fra den etterfølgende utvikling likevel kunne være på sin plass.” Mens mindretallet uttalte på s. 944: ”[s]pørsmålet er så om meromkostningene ved den produksjonsmåten som måtte benyttes, i seg selv representerer et så høyt beløp at grensen for urimelighet passerer av den grunn.” Mindretallet hadde ikke grunnlag for å anta at det forelå en slik økonomisk begrunnet urimelighet, og gikk ikke videre med dette.

Flertall og mindretall var altså enige i at et ekstraordinært tap i seg selv kan begrunne lempning, men flertallet bygget på læren om bristende forutsetninger mens mindretallet bygget på lempning etter avtaleloven § 36. Dette synspunktet kan anvendes på preklusjonsreglene også. Som nevnt over må den økonomiske betydningen av preklusjon vurderes opp mot totalbalansen i kontraktsforholdet. Dette må igjen ses i sammenheng med tap byggherren lider som ikke ville oppstått hvis entreprenøren hadde varslet i tide. Der preklusjon medfører en vesentlig forskyvning av balanseforholdet mellom partene, skal det mindre til for å tilsidesette varslingsreglene.⁸⁸

3.6 Bristende forutsetninger

I en situasjon der entreprenøren får et krav på byggherren på grunn av bristende forutsetninger, kan det tenkes at varslingsreglene fravikes, fordi varsling av krav på dette grunnlag ikke nødvendigvis er regulert i kontrakten. Jeg skal ikke gå nærmere inn på det rettslige her, men tillater meg å vise til en voldgiftsdom som illustrerer at problemstillingen kan være aktuell.

I en voldgiftsdom fra 5. juli 2004⁸⁹ kom flertallet til at varslingsreglene ikke gjaldt i et kontraktsforhold basert på NS 3431. Begrunnelsen var at entreprenøren fikk tilkjent krav på

⁸⁸ Barbo (1997) s. 244.

⁸⁹ Voldgiftsretten var satt med Advokat Christian Fr. Michelet (formann), Professor dr. juris Viggo Hagstrøm og Advokat Jon R. Gundersen.

tilleggsvederlag på grunn av en bristende forutsetning som gjorde seg gjeldende. Ettersom NS 3431 ikke regulerer krav som skriver seg fra bristende forutsetninger, kunne ikke standardens varslingsregler gjelde. Voldgiftsretten kom i stedet til at entreprenøren hadde ”en plikt til å varsle etter alminnelige entrepriserettslige regler”. Disse er ”[e]tter sikker oppfatning (...) ikke preklusive, men erstatningssanksjonerte”.

4 Forholdet til NS 8405

Som nevnt innledningsvis i denne oppgaven, er deler av fremstillingen aktuell for NS 8405. I dette kapitlet skal det gjøres rede hvordan denne standardkontrakten forholder seg til fremstillingens vurderinger i kapittel 3.

Det fremgår av NS 8405 punkt 1 at kontrakten er beregnet brukt på større entrepriser, der partene har behov for blant annet preklusive varslingsfrister. Dette kan indikere at terskelen for å fravike varslingsreglene i NS 8405, er høyere enn for kontraktsforhold som bygger på for eksempel NS 3430, der dette ikke er presisert. I hvert fall kan dette tenkes i kontraktsforhold der partene er svært profesjonelle. Men for mindre profesjonelle aktører, som med fordel kunne valgt en enklere standardkontrakt, blir synspunktet det motsatte. Desto dårligere partenes kontraktsadministrasjon er tilpasset standardkontrakten, desto mindre skal til for å fravike den.

I NS 8405 er det inntatt en bestemmelse i punkt 8.3 om at fristoversittelse må påberopes uten ugrunnet opphold. Bestemmelsen lyder:

”Hvis en part ønsker å gjøre gjeldende at den andre parten har varslet eller svart for sent, må han gjøre det skriftlig uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt varsel eller svar. Gjør han ikke det, skal varslet eller svaret anses for gitt i tide.”

Denne regelen avklarer spørsmålet om realitetsdrøftelser uten forbehold om å påberope preklusjon, kan føre til at varslingsreglene anses for fraveket. Ettersom parten som vil påberope preklusjon etter punkt 8.3, må gjøre dette uten ugrunnet opphold, kan han ikke dersom han først innlater seg på realitetsdrøftelser, på et senere tidspunkt påberope preklusjon. Dersom bestemmelsen tas på ordet kan ikke denne parten ta forbehold om å påberope preklusjon heller, fordi fristinnsigelsen må gjøres gjeldende. Formålet om å fjerne uklarhet for den som får kravet eller innsigelsen sin prekludert, taler også for denne tolkningen av bestemmelsen.

Videre avklarer regelen i punkt 8.3 spørsmål knyttet til passivitet. Dersom byggherren forholder seg passiv etter å ha mottatt et for sent fremsatt krav fra entreprenøren, blir dette kravet å anse som gitt i tide.

Derimot er konkludent adferd et mulig rettslig grunnlag for fravikelse av varslingsfrister i kontraktsforhold bygget på NS 8405.⁹⁰ Det er ingenting som tilsier at varslingsreglene i denne kontrakten ikke kan fravikes gjennom konkludent adferd. Imidlertid er varslingsreglene noe mer gjennomregulert, og sammen med NS 8405 punkt 1 kan dette tilsi at terskelen for å fravike disse er noe høyere enn i standardene som er behandlet i denne oppgaven.

Videre må det legges til grunn at det som er skrevet i 3.5 om lempning av varslingsreglene etter avtaleloven § 36, også er relevant for NS 8405.

⁹⁰ Marthinussen m.fl. (2004) s. 260.

5 Litteraturliste

- Barbo (1997) Jan Einar Barbo. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold. Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis*. Oslo, 1997
- Haaskjold (2002) Erlend Haaskjold. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 2002
- Hagstrøm (1997) Viggo Hagstrøm. *Entrepriserett. Utvalgte emner*. Oslo, 1997
- Hagstrøm og Svarva (1999) Viggo Hagstrøm og Helge Morten Svarva. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. I: Tidskrift for Rettsvitenskap. 1999, s. 814-830
- Hagstrøm (2003) Viggo Hagstrøm, i samarbeid med Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003
- Holmboe (1991) Morten Holmboe. *Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring*. I: Jussens Venner. 1991, s. 23-44
- Hov (2002) Jo Hov. *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo, 2002
- Kolrud m.fl. (1992) *Kommentar til NS 3430*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.]. Oslo, 1992

- Kolrud (1997) Helge Jakob Kolrud. *Reklamasjon og realitetsdrøftelser. I: Ånd og Rett*, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo 1997, s. 585 flg.
- Kolrud m.fl. (2004) *NS 8405, kommentarutgave*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.]. Oslo, 2004
- Krüger (1989) Kai Krüger. *Norsk Kontraktsrett*. Bergen, 1989
- Krüger (1999) Kai Krüger. *Norsk kjøpsrett*. 4. utg. Bergen, 1999
- Kaasen (1994) Knut Kaasen. *Kommentar til NF 92*. Oslo, 1994
- Kaasen (2006) Knut Kaasen. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006
- Marthinussen m.fl. (2004) *NS 8405 med kommentarer*. Karl Marthinussen ... [et al.]. Oslo, 2004
- Sandvik (1966) Tore Sandvik. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966
- Woxholth (2003) Geir Woxholth. *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003

6 Lovregister

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27
- 1994 Lov om sjøfart (sjøloven) av 24. juni 1994 nr. 39
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43

7 Domsregister

Publiserte dommer

Rt. 1910 s. 790

Rt. 1920 s. 831

Rt. 1928 s. 980

Rt. 1935 s. 1014

Rt. 1937 s. 323

Rt. 1949 s. 961

Rt. 1958 s. 591

Rt. 1984 s. 962

Rt. 1999 s. 922

LE-1993-02338

LE-1996-267

LB-2002-00570

LB-2002-3890

Upublisert dom

Drammen tingretts dom av 4. september 2002

Voldgiftsdommer

Petrus 1997 s. 101 [1996]

Voldgiftsdom av 26. januar 1993

Voldgiftsdom av 5. juli 2004

