

UiO : **Det juridiske fakultet**

Byggebransjens standardkontrakter som rettskildefaktor

Kandidatnummer: 608

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 16547



Innholdsfortegnelse

1.	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Formål og hensyn med bruk av standardkontrakter.....	2
1.3	Typer av standardkontrakter.....	2
1.4	Nærmere om temaet – avgrensninger.....	4
1.5	Rettskildemateriale.....	7
2.	NÆRMERE OM STANDARDKONTRAKTER FOR ENTREPRISEFORHOLD.....	7
2.1	Historisk utvikling.....	7
2.2	Utarbeidelse av entreprisestandardene.....	8
2.3	Entrepriestandarder i Danmark og Sverige.....	9
2.4	Fordeler og ulemper ved å anvende NS-kontrakter som rettskildefaktor.....	10
	2.4.1 Hensyn som taler for anvendelse.....	10
	2.4.2 Hensyn som taler mot anvendelse.....	11
3.	GENERELT OM STANDARDKONTRAKTER SOM RETTSKILDE.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Relevans og vekt.....	14
3.3	Videre fremstilling.....	15
4.	NS-KONTRAKTERS RELEVANS SOM RETTSKILDEFAKTOR.....	15
4.1	Rettspraksis.....	15
4.2	Juridisk teori.....	22
4.3	Andre rettskilder.....	25
4.4	Oppsummering.....	26

5.	NS-KONTRAKTERS VEKT SOM RETTSKILDEFAKTOR.....	27
5.1	Harmoniseringsprosessen.....	28
5.2	Rettspraksis.....	28
5.2.1	Vekt som bransjepraksis.....	29
5.2.2	Vekt som kontraktssedvane / kutyme.....	31
5.2.3	Andre versjoner av NS-kontrakter.....	33
5.2.4	Rettskildevekt som følge av NS-bestemmelers typeinnhold.....	37
5.2.4.1	NS-bestemmelser som uttrykk for rettslige prinsipper.....	37
5.2.4.2	NS-bestemmelser som gir rimelige løsninger.....	45
5.2.4.3	NS-bestemmelser med positivrettslig innhold.....	47
5.2.5	Oppsummering av rettspraksis.....	50
5.3	Juridisk teori.....	51
6.	FORMELL LOVGIVNING FOR ENTREPRISEFORHOLD?.....	59
6.1	Innledning.....	59
6.2	Hensyn for lovfesting.....	60
6.3	Hensyn mot lovfesting.....	61
7.	AVSLUTNING.....	62
8.	REGISTRE.....	64
8.1	Bøker.....	64
8.2	Lover og forarbeider.....	65
8.3	Rettsavgjørelser.....	66
8.4	Standardkontrakter.....	66

1. Innledning

1.1 Tema

Avhandlingens tema er i hvilken grad byggebransjens standardkontrakter er å anse som rettskildefaktor. Hovedtypen av tilfeller hvor dette blir aktuelt, er hvor byggherren og entreprenøren i et avtaleforhold ikke har inntatt noen entreprisestandard som en del av avtalegrunnlaget. Spørsmålet blir da om entreprisestandarders bestemmelser har relevans som rettskildefaktor, og eventuelt hvilken rettskildemessig vekt de kan tillegges.

Hovedkilden til hva som kan utledes om temaet, er rettspraksis. Det er ved domstolsbehandling av rettslige spørsmål at det kommer til syne hvilke rettskildefaktorer som anses relevante, og hvilken vekt disse får i forhold til hverandre. En stor del av oppgaven vil derfor ta sikte på å gjennomgå slik praksis.

1.2 Formål og hensyn med bruken av standardkontrakter

Standardkontrakter anvendes på mange samfunnsområder, og det skal her pekes på noen formål og hensyn som ligger til grunn for utarbeidelsen av slike.¹

For det første kan kontraktsparter spare tid og kostnader ved å benytte seg av en standardkontrakt. Fremdriften i kontraktsforholdet effektiviseres ved å la allerede eksisterende standardvilkår regulere forholdet mellom partene. Dette er særlig aktuelt på forretningsområder hvor det inngås likeartede kontrakter. Som eksempel på dette kan nevnes avtaler om godstransport på vei, hvor kontraktsinnholdet i hovedsak er det samme i hvert avtaleforhold.

¹ Hov *Alminnelig avtalerett*. (2009) s. 3.

For det andre kan det gi en viss trygghet for partene at deres kontraktsgrunnlag er en standardkontrakt. Grunnen til dette er at den aktuelle standardkontrakten kan være brukt i stor utstrekning i bransjen, slik at bestemmelsene er anerkjente regler som egner seg for en viss type kontraktsforhold.

For det tredje kan en bransjes utstrakte bruk av standardvilkår gjøre at det vokser frem likeartede regler innenfor det aktuelle forretningsområdet. En slik enhetlig regeldannelse innenfor samme bransje, kan føre til at standardvilkårenes bestemmelser over tid utvikler seg til å bli ulovfestet rett. Enhetlige regler kan også bidra til å fjerne usikkerhet i bransjen om hva som er ansett som rimelige ordninger. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvis det innad i en bransje er varierende hvilke betalingsordninger som avtales.

For det fjerde kan standardkontrakter bidra til å regulere fagmessige eller komplekse særordninger som er nødvendige i den aktuelle bransjen hvor formularet skal brukes. Et eksempel på dette kan være sjøforsikring, hvor det er nødvendig å ta særlige maritime hensyn i forsikringsavtalen. For eksempel er § 3-20 i Norsk Sjøforsikringsplan 1996 en bestemmelse som omhandler prosedyrer og ansvarsforhold hvor et skip må flyttes til et reparasjonsverksted.

1.3 Typer av standardkontrakter

En måte å kategorisere standardkontrakter på, er å dele dem inn etter den måte de er kommet i stand på. Her kan man trekke et hovedskille mellom ensidig fastsatte standardvilkår på den ene siden, og felles utarbeidede standardavtaler, såkalte ”agreed documents”, på den andre siden.

Ensidig fastsatte standardvilkår er utarbeidet av kun den ene partssiden i kontraktsforholdet, eller dennes interesseorganisasjon. Et eksempel på dette er de første fabrikkkontraktene i oljeindustrien, hvor operatørene selv (f. eks. Hydro og Statoil)

satte opp standardvilkår for parter som kontraherte med dem. Mads Henry Andenæs betegner disse ”selskapsstandarder”.²

Felles utarbeidede standardkontrakter innebærer at standardformularet er et resultat av et samarbeid eller forhandlinger mellom bransjeaktører med både felles- og motstridende interesser. Eksempler på slike parter er arbeidsgiverorganisasjoner, fagforeninger, private bedrifter og offentlige instanser. Et eksempel på en slik kontraktstype er de standardiserte entreprisekontraktene som utarbeides i regi av Standard Norge, og som utgis og selges av Standard Online AS.

Man kan dessuten også forestille seg en tredje utarbeidelsesmåte, hvor utarbeidelsen er overlatt til en gruppe fageksperter innenfor relevante felt. En fordel ved en slik ”ekspertmodell”, er arbeidskomitéen kan bestå av personer uten tilknytning til bransjeorganisasjoner, slik at utformingen av avtalestandarden kan skje uten favoriserende partsinnflytelse. Dermed kan man lettere unngå ubalanse i standardens rettigheter og plikter. Mads Henry Andenæs anfører at utarbeidelsen av NS 3401 i stor grad ble organisert etter en slik modell.³ Han bemerker imidlertid at dette allikevel førte til en viss skjevhet i favør av entreprenørsiden.

En annen måte å skille mellom standardkontraktene, er etter hvilken bransje de anvendes i. For byggetrenger forekommer det utstrakt bruk av standardformularer, f. eks NS 8405 for alminnelige entrepriser, og NS 8407 for totalentrepriser. Det samme gjelder petroleumssektoren, hvor Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007 (NF 07) og Norsk Totalkontrakt 2007 (NTK 07) i stor utstrekning blir brukt for tilvirkningsoppdrag på norsk kontinentalsokkel.

² Andenæs *Kontraktsvilkår*. (1989) s. 216-217.

³ *Ibid.* s. 111-112.

I transportbransjen er det gjort utstrakt bruk av Norsk Speditørforbunds Alminnelige Betingelser (NSAB). Dette formularet inneholder bestemmelser som regulerer avtaleforholdet mellom speditør og dennes oppdragsgiver.

Den maritime forsikringsbransjen har også standardvilkår, blant annet Norsk Sjøforsikringsplan 1996. I januar 2013 lanseres også Nordisk Sjøforsikringsplan, som er et resultat av en avtale mellom den nordiske foreningen for marineforsikringsselskaper (Cefor), og de nordiske rederiforeningene. Denne avtalen bygger på Norsk Sjøforsikringsplan 1996.

Det er også utarbeidet standardvilkår som passer til anvendelse overfor privatpersoner. I forsikringsbransjen hadde de største skadeforsikringsselskapene tidligere felles vilkår for husforsikring.⁴ En annen form for standardavtaler overfor privatpersoner er lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjelder særlig tariffavtaler mellom fagforeninger og arbeidsgiverorganisasjoner.⁵

1.4 Nærmere om temaet – avgrensninger

Som det fremgår av tittelen på avhandlingen avgrenses temaet til standardavtaler som anvendes for entrepriserforhold. Temaet blir altså hvordan entrepriserettslige standardkontrakter kan anvendes for å finne løsninger på rettsspørsmål som oppstår i forholdet mellom byggherre og entreprenør.

Videre vil det avgrenses mot utenlandsk entrepriserett; kun norske entreprisestandarder vil behandles. Dette valget gjøres særlig av hensyn til grensen for avhandlingens omfang.

⁴ Bull *Forsikringsrett*. (2008) s. 138.

⁵ Eckhoff *Rettskildelære*. (2001) s. 347-351.

Dessuten vil kontraktsstandardene for utførelsesentreprise og for totalentreprise være utgangspunktet for drøftelsen. Det betyr at det rettskildematerialet som blir behandlet, vil ha referanser til disse to kontraktsmodellene. Utover NS 8405 for utførelsesentrepriser og NS 8407 for totalentrepriser, vil det dessuten også være relevant å se på rettskildemateriale om forutgående versjoner av disse NS-kontraktene. Dette er nødvendig for å få tilgang til et bredt rettskildemateriale. De NS-versjonene dette gjelder er især NS 401, NS 401 A, NS 3401, NS 3430 og NS 3431. Se nedenfor punkt 2.1 om den historiske utviklingen av de norske entreprisestandardene.

De ovennevnte entreprisekontraktene er i utgangspunktet utarbeidet til bruk mellom profesjonelle parter. De har imidlertid også vært anvendt overfor forbrukere. Noe av rettskildematerialet i denne avhandlingen gjelder slike tilfeller hvor en av partene er en forbruker.

Det må foretas en avgrensning mot avtaletolkning. I de tilfelle hvor en NS-kontrakt er avtalt mellom partene, vil det gå over i alminnelig avtaletolkning å forsøke å utlede noe om NS-bestemmelsenes vekt. Det vil imidlertid være eksempler fra rettspraksis hvor NS-kontrakter inngår i avtalegrunnlaget, men hvor retten kommer med obiter dicta om NS-kontrakter som rettskildefaktor. Slike dommer vil naturligvis være relevant rettskildemateriale for nærværende avhandling.

Når standardkontraktenes rettskildestatus skal drøftes forutsetter det at den aktuelle bestemmelse lar seg anvende som regel for løsning av generelle rettsspørsmål. Det kan tenkes tilfeller hvor NS-bestemmelsen anvendes som moment i løsningen av en konkret, individuell tvist, men hvor tilsvarende anvendelse av bestemmelsen på andre saksforhold ville gitt urimelige løsninger. Slike tilfeller faller således utenfor drøftelsen av standardkontrakten som rettskildefaktor.

Det kan undertiden herske tvil om partene har vedtatt om en NS-kontrakt skal gjelde i avtaleforholdet. Dette blir et spørsmål om vedtagelse, og ikke om NS-kontraktens rolle som

rettskildefaktor. Det må derfor avgrenses mot spørsmålet om hvilket kontraktsgrunnlag som gjelder mellom partene.

Det er i hovedsak den rettskildestatus standardkontraktens bestemmelser kan ha de lege lata som skal drøftes. Avhandlingen vil likevel innledningvis bevege seg inn på de lege ferenda-betraktninger om hvilke hensyn som taler for å anvende entreprisstandarders bestemmelser som rettskildefaktor.

De ovenfor opplistede NS-standarder vil i denne avhandlingen omtales med samlebetegnelser. Derfor, når det tales om ”standardkontrakter”, ”NS-kontrakter”, ”standardvilkår”, ”entreprisestandarder” m.fl., er det de ovennevnte formulærer det siktes til. Der hvor det er ment å gi disse uttrykkene en mer generell betydning, er det forsøkt å presisere dette.

På det juridiske fakultets liste over forslag til emner for masteroppgaver, figurerer temaet ”Standardkontrakter som rettskildefaktor”. Det er derfor sannsynlig at det tidligere er skrevet avhandlinger om samme tema. I den forbindelse skal særlig nevnes Jørn Terje Kristensens avhandling fra 2001, skrevet som vitenskapelig assistent ved Institutt for Privatrett ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo.

Det skal bemerkes to vesentlige forskjeller mellom Kristensens avhandling og nærværende avhandling. For det første tar Kristensen sikte på å favne hele spekteret av standardkontrakter, uavhengig av bransje eller geografisk virkeområde. Nærværende avhandling er som nevnt konsentrert om norske entreprisestandarder. For det andre har nærværende avhandling et hovedfokus på hva som kan utledes av norsk rettspraksis. Det vil således være foretatt en mer utførlig gjennomgåelse av hva som kan utledes om entreprisekontraktens status som rettskildefaktor ut fra domstolenes befatning med disse.

1.5 Rettskildemateriale

For å analysere entreprisestandarders plass i rettskildelæren, er det nødvendig å trekke inn kildemateriale som sier noe om temaet. Av særlig relevans vil det være å se på rettspraksis, fortrinnsvis dommer avsagt av Høyesterett. Da NS 8405 og NS 8407 som sagt er av nyere dato, vil hovedparten av dette materialet være i tilknytning til tidligere standarder, og da særlig NS 3401.

Videre vil det også være relevant å se nærmere på hva juridisk teori sier om emnet, og hvorvidt dette overensstemmer med det som kan utledes av rettspraksis. Av relevant litteratur kan nevnes kommentarutgaver til NS-kontraktene, entrepiserettslige avhandlinger, teori om kontraktsrett og ellers teori om generell rettskildelære.

2. Nærmere om standardkontrakter for entrepiseforhold

2.1 Historisk utvikling

Arbeidet med å utvikle en entrepiserettslig standardkontrakt ble påbegynt på 1920-tallet av Norges Standardiseringsforbund. Dette ledet frem til vedtagelsen av byggentrepisestandarden NS 401 i 1938. Standardkontrakten var et resultat av et samarbeid mellom flere aktører i bransjen, og NS 401 ble anerkjent av sammenslutninger på både byggherre- og entreprenørsiden.

Etter en revisjon av NS 401, ble den i 1961 erstattet av NS 401 A. Denne fikk dårligere oppslutning i bransjen, og en sammenslutning av byggherrer reagerte ved å danne sin egen ”byggherrestandard”.^{6 7}

⁶ Se punkt 3.4.1 under omtalen av Rt. 1978 s. 1157.

⁷ For mer om utviklingen i denne perioden, se Sandvik *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 62-64.

I 1969 ble NS 401A avløst av NS 3401. I likhet med NS 401, oppnådde denne standarden stor utbredelse og anerkjennelse. Med tiden viste det seg imidlertid at byggherresiden heller ikke var helt fornøyd med denne utgaven. Dette medførte økt bruk av unntaksbestemmelser i kontraktsgrunnlaget.⁸

NS 3430 trådte inn i stedet for NS 3401, da den ble lansert i 1991. Denne var mer detaljert og mer formell, og ble derfor kritisert for å ikke være egnet for mindre kontrakter.⁹ Året etter kom NS 3431 som en spesifikk standard for totalentrepriser.¹⁰

På 2000-tallet er det kommet nye standarder for utførelsesentreprise, NS 8405 (2004), og for totalentreprise, NS 8407 (2011). Noe av bakgrunnen for utarbeidelsen av NS 8405, var at både byggherre- og entreprenørsiden var misfornøyd med visse bestemmelser i NS 3430.¹¹ NS 8407 ble utarbeidet på grunn av NS 3431s alder og av hensyn til samordning med NS 8405s oppbygning.¹²

2.2 Utarbeidelse av entreprisestandardene

NS-kontraktene utarbeides i dag i regi av Standard Norge, som er en privat og uavhengig organisasjon. Standard Norge er et resultat av en sammenslåing av flere forbund, blant annet Norges Byggstandardiseringsråd og Norges Standardiseringsforbund.

Arbeidet med å formulere de enkelte bestemmelser har helt fra NS 401 og frem til i dag vært et resultat av samarbeid og forhandlinger mellom sentrale aktører i bransjen. Dette gjelder representanter fra eksempelvis entreprenørforeninger, byggherresammenslutninger, offentlige virksomheter og offentlige organer. Representantene har bakgrunn med faglig

⁸ Kolrud *NS 8405 Kommentarutgave* (2004) s. 21.

⁹ Ibid. s. 22.

¹⁰ Om utviklingen frem til 1997, se Barbo *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. (1997) s. 11-14.

¹¹ Marthinussen *NS 8405 med kommentarer*. (2010) s. 49.

¹² Giverholt *NS 8407 Almennelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. (2012) s. 54.

bredde, særlig hva angår juridisk og teknisk kompetanse. Med et slikt grunnlag for utarbeidelse av standarddokumentet, fremstår NS-kontraktene som såkalte ”agreed documents”¹³, jf. ovenfor.^{14 15}

2.3 Entreprisestandarder i Danmark og Sverige

I Sverige og Danmark er det også utarbeidet standardkontrakter til anvendelse i entrepriserettslige forhold.

Organisasjonen Byggandets Kontraktskommitté utgir i Sverige ”Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader”, blant annet med inndeling etter utførelsesentrepriser (AB 04) og totalentrepriser (ABT 06).

Den danske organisasjonen Dansk Standard utgir ”Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed.” AB 92 gjelder for alminnelige utførelsesentrepriser, mens totalentreprisestandarden er ABT 93. I likhet med prosessen bak NS-kontraktene, er også disse et resultat av forhandlinger mellom ulike grupperinger i bransjen.¹⁶ Disse er derfor å anse som ”agreed documents”.

I henhold til den avgrensning som ble foretatt ovenfor, vil det i nærværende avhandling ikke bli gått nærmere inn på danske og svenske entreprisestandarders posisjon som rettskildedefaktor. Det vil i denne omgang kun refereres til Erik Hørlyck, som i sin bok ”Entreprise”, synes å gi de danske standardkontraktene en vesentlig betydning som rettskildedefaktor. Han uttaler:

¹³ Om utarbeidelsen av NS 8405, se Kolrud *NS 8405 Kommentartutgave* (2004), s. 23-24.

¹⁴ Se punkt 1.3.

¹⁵ M. H. Andenæs anførte at NS 3401 ikke var et ”agreed document”, se *Kontraktsvilkår*. (1989) s. 111-112.

¹⁶ Hørlyck *Entreprise*. (2009) s. 21.

”AB er den dominerende rettskilde inden for entrepriseretten. I et meget stort antal tilfælde vedtages AB som en del af entreprisekontrakterne, og dette medfører yderligere en tendens til, at de udfyldende retsregler udvikler sig i overensstemmelse med AB’s regler inden for entrepriseretten.”¹⁷

2.4 Fordeler og ulemper ved å anvende NS-kontrakter som rettskildefaktor

Før det gjennomgås relevant rettskildemateriale om temaet, skal det pekes på noen hensyn for og i mot å anvende bestemmelsene i NS-standardene som rettskildefaktor.

2.4.1 Hensyn som taler for anvendelse

For det første har vi ingen formell lov som regulerer kontraktsforhold om byggenreise, inngått mellom profesjonelle parter. NS-kontraktene inneholder bransjespesifikke regler som er laget nettopp med henblikk på å regulere slike avtaleforhold. NS-bestemmelser tar nemlig ofte hensyn til tekniske og økonomiske forhold som gjør seg særlig gjeldende i byggebransjen. Dette kan gjøre at bestemmelser fra forbrukerlovgivningen, som eksempelvis bustadoppføringslova, bare i begrenset grad egner seg for analogisk anvendelse. I mangel av formell lovgivning på dette område, kan altså NS-kontraktene være en anvendelig rettskildefaktor i stedet.

For det andre kan NS-kontrakter gi et tidsriktig bilde av rettstilstanden på enkelte områder i entrepriseretten. Som nevnt ovenfor, er NS-standarder utsatt for jevnlig revisjon. Dette gjør at bestemmelsene bedre kan holde følge med teknisk og kommersiell utvikling i bransjen, og det behovet som derved skapes for bedre tilpassede regler. Som et eksempel på dette kan nevnes at det på 1980-tallet ble mer vanlig å gjennomføre byggeprosjekter som

¹⁷ Hørlyck *Entreprise*. (2009) s. 21.

totalentrepriser. Dette skapte et behov for regler som særlig tok hensyn til entreprenørens prosjekteringsrisiko, og på begynnelsen av 1990-tallet kom derfor NS 3431.¹⁸

For det tredje vil entreprisestandardene være et utslag av en viss grad av enighet mellom bransjens aktører. Selv om bestemmelsene i standardene er et resultat av forhandlinger mellom parter med motstridende interesser, må det anses at en del av det innhold som er valgt avspeiler en viss enighet i bransjen. Det kan derfor argumenteres for at slike fremforhandlede regler burde gjelde generelt i bransjen, uavhengig av om NS-kontrakten er inntatt i avtalegrunnlaget i det enkelte kontraktsforhold.

For det fjerde vil en anvendelse av NS-kontrakter som rettskildedefaktor øke deres autoritet i bransjen. Kontraktsparter i et entrepriseforhold må da regne med at domstolene trekker entreprisestandardenes bestemmelser inn i deres avveining. At NS-kontrakter på denne måten fungerer som deklarasjonsrett, kan skape forutberegnelighet i avtaleforholdet. Samtidig vil konsekvensen av dette også være at det blir nødvendig for partene å uttrykkelig avtale hvilke NS-bestemmelser som ikke skal gjelde mellom dem.

For det femte kan det anføres at NS-kontraktenes likhetstrekk med formell lovgivning kan gjøre dem egnet som rettskildedefaktor. Bestemmelsene er ment å få bred anvendelse, med tidvis generelle bestemmelser. Det ligger også et visst forarbeid til grunn, selv om dette ikke er offentlig tilgjengelig slik som formelle lovers forarbeider er.

2.4.2 Hensyn som taler mot anvendelse

For det første vil NS-kontrakter være en ulovfestet rettskilde som ikke er et resultat av noen offentlig myndighets vedtagelseskompetanse. Den kan derfor være vanskeligere å avveie mot andre rettskildedefaktorer, og dette kan øke risikoen for vilkårlig vektlegging av dens rettskildeverdi.

¹⁸ Se punkt 2.1.

For det andre kan det være en ulempe med for bred ulovfestet rett på et så vesentlig forretningsområde som byggentrepriser. Det inngås byggekontrakter for betydelige summer i Norge hvert år, og bygg- og anleggsbransjen er en vesentlig faktor for landets økonomi. Entrepriseregler får derfor et så stort virkeområde, at det er betenkelig å anvende rettskildedefaktorer som ikke har sitt grunnlag i demokratiske prosesser. Sammenlignet med formelle lovers forarbeider, er det ved utarbeidelsen av NS-kontrakter ikke tatt hensyn til en like bred fane av interesser.

For det tredje kan kontraktsparter oppleve det som uforutsigbart hvilke bestemmelser i NS-kontrakter som kommer til å bli anvendt som rettskildedefaktor. Noen bestemmelser kan ha et så positivistisk innhold, at de egner seg dårlig som generelle regler, og derfor ikke blir anvendt av domstolene. Skillelinjen mellom slike regler, og de bestemmelser som lar seg anvende som rettskildedefaktor, kan være vanskelig å trekke dersom man ikke besitter juridisk kompetanse. Dersom ikke alle bestemmelsene i NS-kontrakten kan anvendes som rettskildedefaktor, kan dette være et argument for at enkeltbestemmelser ikke skal gis slik anvendelse.

For det fjerde kan standardkontrakter være ubalanserte i sin fordeling av rettigheter og plikter for byggherren og entreprenøren. NS-kontraktene er et resultat av forhandlinger mellom organisasjoner som representerer disse to partssidene, og det er en risiko for at formularet ender opp med å favorisere en av partene på noen punkter. Dette har vært tilfelle ved tidligere standarder, hvor særlig NS 401 A møtte motstand fra byggherrene, da den ble ansett å favorisere entreprenørsiden.^{19 20}

¹⁹ Se punkt 2.1.

²⁰ Se punkt 3.4.1 under omtalen av Rt. 1978 s. 1157.

3. Generelt om standardkontrakter som rettskilde

3.1 Innledning

For å kunne fremsette et juridisk argument, må dette underbygges. Det gjør man ved hjelp av rettskildefaktorene. Temaet for nærværende avhandling er å undersøke om NS-kontraktens bestemmelser kan fungere som en rettskildefaktor, og derved underbygge juridiske argumenter. Den prosessen som fører frem til at et juridisk argument kan fremsettes, kan deles inn i tre deler:²¹

For det første må det vurderes hvilke rettskildefaktorer som er relevante. Av åpenbar relevans vil for eksempel være vedtatte lover. Det skal ikke foretas noen oppstilling av rettskildefaktorene og deres særtrekk her, da det ville føre for langt over i alminnelig rettskildelære. Det bemerkes imidlertid at visse rettskilder har en mer festnet og sentral plass i juridisk argumentasjon enn andre, for eksempel Stortingets vedtatte lover og dommer avsagt av Høyesterett.

For det andre må man fastlegge innholdet av de relevante rettskildefaktorene. Dette betegnes som tolkningsdelen. Man tolker da enkeltbestemmelser, og fastlegger derved det rettslige innholdet i dem. Først når dette er utført sitter man med en rettskildefaktor som man kan veie mot andre relevante rettskildefaktorer.²² I denne oppgaven vil ikke tolkningsdelen gjennomføres som et eget punkt. Tolkning av enkeltbestemmelser vil inngå som en del av drøftelsen der hvor det er nødvendig for å belyse spørsmålet om bestemmelsens rettskildemessige vekt.

For det tredje er det nødvendig å avveie de enkelte rettskildefaktorene mot hverandre. Dette kalles gjerne vektspørsmålet, eller harmoniseringsspørsmålet. Her kommer læren om

²¹ *Knops oversikt over Norges rett.* (2004) s. 5.

²² Se punkt 5.1.

rettskildefaktorerens vekt og trinnhøyde inn.²³ Denne sier noe om hvilke faktorer som går foran andre ved motstrid eller uklarhet.

3.2 Relevans og vekt

Det er først ved avveiningen mellom rettskildefaktorene at deres rettskildemessige rang og vekt kommer til syne. Hvis rettskildefaktoren ikke blir vektlagt, kan man anføre at den heller ikke er relevant. Spørsmålet blir da om det har noen hensikt å opprettholde et skille mellom relevans og vekt, og om det i det hele tatt er nødvendig å drøfte standardkontraktens relevans?²⁴

Det er allikevel slik at denne oppdelingen av juridisk argumentasjon har gode grunner for seg. Dersom en rettskildefaktor kan utelukkes fordi den er irrelevant, blir det heller ikke nødvendig å ta stilling til den i harmoniseringsprosessen. Dermed slipper man å ta stilling til tolkningsprinsipper som er nødvendige for å avgjøre hvilken vekt den aktuelle faktor skal ha.

På standardkontraktens område er det nødvendig å behandle relevansspørsmålet til en viss grad. Grunnen til dette er at standardkontrakter er ulovfestede, og deres rettskildestatus kan således være mindre klar. NS-kontrakter kan blant annet ikke gis en trinnhøyde ut i fra hvilket myndighetsorgan som står bak rettskilden, jf. *lex superior*-prinsippet.²⁵ Dette medfører også at det i mange tilfeller kan stilles spørsmål ved hvorvidt NS-bestemmelser overhodet er å anse som en rettskildefaktor. Det er derfor nødvendig å fastlegge NS-kontraktens rettskildemessige relevans, før man drøfter deres rettskildemessige vekt.

²³ Eckhoff *Rettskildelære*. (2001) s. 347-351

²⁴ Kristensen *Standardkontrakter som rettskildefaktor*. (2000) s. 113.

²⁵ Andenæs *Rettskildelære*. (2009) s. 160.

3.3 Videre fremstilling

Den videre drøftelse av byggekontraktens rettskildestatus vil altså deles i to; relevans og vekt. Disse to drøftelsene vil foregå ved en systematisk gjennomgåelse av de rettskilder som har berørt dette temaet. Det vil bli analysert hva som kan utledes av den enkelte rettskilde om emnet.

Både relevans- og vektsspørsmålet vil bli behandlet kategorisk etter hvilken rettskildetype som omtaler NS-kontraktene. Først behandles domstolspraksis, hvor dommer fra Høyesterett naturligvis kommer i forgrunnen. Deretter følger en gjennomgåelse av juridisk teori, før det behandles om det eventuelt finnes andre rettskilder som sier noe om temaet.

4. NS-kontraktens relevans som rettskildefaktor

Standardkontrakter i byggebransjen er som tidligere nevnt et resultat av et samarbeid mellom private og offentlige aktører. Vedtagelsen er imidlertid ikke et resultat av det offentliges kompetanse, hvilket motsetningsvis er tilfelle ved for eksempel formell lov. Samtidig er det ikke slik at dette er et krav for å kunne ha relevans som rettskildefaktor. Dette følger av den alminnelige rettskildelære som blant annet anerkjenner kutyme, sedvane og reelle hensyn som relevante rettskildefaktorer, til tross for at de ikke er resultat av offentlig vedtagelseskompetanse. I det følgende gis eksempler fra rettspraksis som sier noe om NS-bestemmelseres rettskildemessige relevans.

4.1 Rettspraksis

Høyesterett har ved flere anledninger trukket inn standardkontrakter som tolkningsmoment. Når NS-kontrakter har vært gjort til en del av partenes avtale blir dette selvfølgelig utgangspunktet for tolkningen, i tråd med alminnelig avtalerett, se f. eks. Rt. 2010 s. 961 og Rt. 2007 s. 1768. Ved slike tilfeller kan man imidlertid ikke utlede noen rettskildemessig relevans av anvendelsen, da dette er ganske alminnelig kontraktstolkning.

I Rt. 1967 s. 1248 dreide saken seg om oppføring av en enebolig. Byggherren, en privatperson, engasjerte en entreprenør til å foreta grunnarbeider på boligtomten. Noen NS-kontrakt var ikke en del av avtalegrunnlaget. Under arbeidet med utgravning og støping av betongfundament, viste det seg å være vanskelige grunnforhold på tomten. Entreprenøren unnlot å opplyse byggherren om dette. Byggetegninger- og instruksjoner hvilte da på feil grunnlag, og etter oppførelsen slo huset sprekker.

Det kom til spørsmål om entreprenøren hadde opplysningsplikt underveis i byggeprosessen. Lagmannsretten fant at entreprenøren måtte bli delvis erstatningsansvarlig fordi han hadde opptrådt uaktsomt da han ikke si fra om de dårlige grunnforholdene. Det ulovfestede profesjonsansvarets aktsomhetsnorm var ansett å være overtrådt. Høyesterett sa seg enig i lagmannsrettens begrunnelse, og viste til at denne fant støtte i NS 401 A.

I dette tilfellet ble NS-bestemmelsen anført bare som et støtteargument for et sentralt rettslig prinsipp. Allikevel må grunnen til dette være at NS-kontrakten var ansett for å ha relevans som rettskilddefaktor.²⁶ Ut fra ordlyden i dommen, ble NS-bestemmelsen anført som sammenligningsgrunnlag for det som fulgte av bakgrunnsretten. NS-bestemmelsen utgjorde derfor en av de rettskildefaktorene som lå til grunn for avgjørelsen.

I Rt. 1978 s. 1157 dreide tvisten seg om stansningsrett ved forsinket betaling. Her skulle en entreprenør oppføre et hybelbygg. Avtalegrunnlaget var ”Byggherrestandarden”. Denne standarden var en form for standardkontrakt utarbeidet av flere forbund av byggherrer, som et alternativ til den daværende NS 401 A.²⁷ Noen NS-kontrakt var ikke en del av avtalegrunnlaget. Byggherren skulle i byggeperioden betale avdragsbeløp i takt med at arbeidet skred frem. Ved flere anledninger truet entreprenøren med byggestans, da avdragsnotaene ikke ble betalt til forfall.

²⁶ Kristensen *Standardkontrakter som rettskildefaktor*. (2000) s. 51.

²⁷ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 63-64.

Det kom blant annet til tvist om hvorvidt betalingsmislighold kunne berettige byggestans. I ”Byggherrestandarden” var byggestans ikke nevnt som en misligholdsbeføyelse. Høyesterett fant imidlertid at standarden ikke kunne anses uttømmende. Byggestans er et utslag av prinsippet om tilbakeholdelsesrett, og måtte derfor uansett ”anses hjemlet i alminnelige kontraktsregler”.

Som støtteargument for dette trakk Høyesterett inn NS 3401 og refererte til Sandviks kommentarutgave om denne standarden. Sandvik omtaler der NS 3401 punkt 26 om hevningsrett. Han anfører at denne bestemmelsen hjemler en rett til byggestans som misligholdsbeføyelse, selv om dette ikke følger av bestemmelsens ordlyd.²⁸ Høyesterett sa videre at det ikke var noen grunn til å tolke ”Byggherrestandarden” på annen måte enn NS 3401 på dette punkt.

Det hadde gitt det samme resultat om man kun anvendte prinsippet om tilbakeholdsrett. Dette prinsippet har sin støtte i det grunnleggende kontraktsprinsippet om ytelse mot ytelse, og har vesentlig betydning som en del av deklarasjonsrett. Allikevel ble det altså ansett relevant å trekke inn juridisk teori om tolkningen av NS 3401, til tross for at denne standarden ikke var en del av avtalegrunnlaget.

Det skal for øvrig bemerkes at ”Byggherrestandarden” var skrevet over samme lest som NS 401 A, men med en rekke endringer i favør av byggherren.²⁹ Man skulle derfor gå ut fra at det var mest nærliggende å tolke bestemmelsene i denne i favør av byggherren. Høyesterett tolket imidlertid kontrakten i favør av entreprenøren, ved å argumentere med at byggestans som misligholdsbeføyelse fulgte av NS 3401. Dette kan derfor ses på som et uttrykk for at retten anså NS 3401 for å ha relevans som rettskildefaktor.

I Rt. 1981 s. 445 hadde en byggmester oppført en enebolig og solgte den deretter til en privatperson. To år senere ble boligen videresolgt til en annen privatperson. Ca. 4-5 år etter

²⁸ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 263.

²⁹ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 63-64.

oppførelsen begynte det å danne seg sprekker i en forstøtningsmur, særlig ved kaldt vær. Muren måtte rives og bygges opp på nytt. Boligeieren rettet sine mangelskrav direkte mot byggmesteren. Sistnevnte bestred kravet, og anførte at det måtte gjelde en absolutt reklamasjonsfrist som var oversittet.

Byggmesteren henviste blant annet til ettårsfristen i NS 3401 punkt 25.7. Han anførte at denne bestemmelsen var å anse som kutymefestet rett. Dette ble avvist av Høyesterett, som ikke fant at det forelå noen kutymefestet regel om eksakt reklamasjonsfrist i entrepriserforhold. Høyesterett refererte til juridisk teori, om at en slik eksakt frist er for positivrettslig til å gjelde mellom partene, dersom den er uten holdepunkt i avtalen.³⁰

Her er det noe uklart om Høyesterett anser NS-kontrakten som en relevant rettskildefaktor. På den ene side kan man anføre at NS-kontrakten nevnes kun for å ta stilling til partenes anførsler,³¹ derav den korte avfeielser av bestemmelsen. Dette taler for at den ikke ble tillagt relevans.

På den annen side kan man anføre at Høyesteretts henvisning til juridisk teori om NS 3401 gjør at den anser det nødvendig å klarlegge hvorvidt bestemmelsen kan få betydning i saken eller ei. Dersom NS-kontrakten ikke hadde noen relevans som rettskildefaktor, ville det heller ikke være nødvendig å få dens innhold klarlagt.

I Rt. 1998 s. 656 dreide saken seg om råteskader på balkongene til tre nyoppførte boligblokker. På grunn av denne mangelen, mente byggherren å ha et erstatningskrav mot entreprenøren. Det ble blant annet spørsmål om det var adgang for byggherren til å fremsette erstatningskravet direkte overfor en underentreprenør. Med støtte i fortrinnsvis rettspraksis, hevdet byggherren at det var adgang for ham til å tre inn i hovedentreprenørens krav etter den såkalte ”subrogasjonsmodellen”.

³⁰ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 241.

³¹ Jf. tvisteloven § 19-6.

Underentreprenøren bestred dette, og viste blant annet til at den NS-kontrakt (3401) som gjaldt mellom partene, ikke hjemlet adgang for byggherren til å tre inn i hovedentreprenørens krav. Regelen om direktekrav var først kommet til i NS 3430, som i mellomtiden hadde avløst NS 3401.

Høyesterett drøftet prinsippet om direktekrav ved å se på andre rettsområder med lignende regler, særlig kjøpsloven. Den konstaterte også at rettskildet på området var preget av ulovfestet rett, og at det fremsto som uklart. Den rettspraksis som byggherren hadde vist til, var etter Høyesteretts synspunkt av for konkret karakter til at man kunne utlede noen generell rettsregel. Deretter gikk Høyesterett nærmere inn på rettstilstanden for direktekrav på entrepriserettens område. Den uttalte:

”I bransjen har det neppe vært noen fremtredende oppfatning at det generelt skulle være adgang til å reise et slik direktekrav.”

Høyesterett gikk deretter inn på ordlyden i NS 3430 punkt 38 om direktekrav, og vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Retten uttalte i den forbindelse:

”At man nå har fått en slik standardisert adgang til i visse tilfeller å reise krav direkte, sier etter min oppfatning lite om den adgang som uavhengig av avtale måtte eksistere i kraft av ulovfestede regler.”

Denne uttalelsen kan tolkes som at Høyesterett ikke fant det relevant at direktekrav hadde støtte i en NS-kontrakt. På den annen side så retten allikevel grunn til å gå nærmere inn på NS-bestemmelsens innhold. Det kan anføres at dette ikke ville vært nødvendig dersom retten ikke anså NS-kontrakten for å ha relevans. Da ville en kort avfeielse av partens anførsel være nok. Dette taler altså for at retten anså NS-kontrakten for å være en relevant rettskildedefaktor.

Av rettspraksis fra lagmannsretten kan nevnes LB-1999-00117. Her skulle entreprenøren utføre murerarbeider på tre tomannsboliger under oppføring. Noen NS-kontrakt var ikke vedtatt som avtalegrunnlag. Entreprenøren anførte at byggherren misligholdt sine

forpliktelser, ved ikke å betale sluttnotaen da arbeidet var ferdigstilt. Byggherren på sin side påberopte seg tilbakeholdsrett, da det viste seg å være vesentlige mangler ved murerarbeidene. Blant annet var det fuktproblemer, sprukne fliser og konstruksjonsfeil.

Lagmannsretten ga byggherren medhold. Retten anvendte prinsippet i NS 3430 punkt 25.3 om tilbakehold av betaling til dekning av erstatningskrav. Standarden ble altså anvendt, selv om den ikke var en del av avtalegrunnlaget. Dette betyr at den ble gitt relevans. Det skal imidlertid nevnes at begge parter anførte at NS-kontraktens bestemmelser var å anse som relevant rettskildedefaktor. Allikevel er det opp til retten om den anser dette relevant eller ei, og i denne saken valgte den altså å vise direkte til NS-kontraktens bestemmelse som domsbegrunnelse.

Et annet eksempel er LB-2003-19361. Her skulle entreprenøren oppføre et tilbygg på en villaeiendom. Oppdraget skulle utføres som regningsarbeid. Noen NS-kontrakt var ikke vedtatt som en del av avtalen. Etter diverse uoverensstemmelser om fremdrift og kostnadsoverskridelse, sa byggherren opp kontrakten med entreprenøren. Sistnevnte slutfakturerte da byggherren for de arbeider som var utført. Det kom til tvist om størrelsen på slutfakturaen, da byggherren blant annet anførte at kostnadsoverskridelsene i prosjektet skyldtes klanderverdige forhold på entreprenørens side.

Lagmannsretten uttalte at avtalen måtte ”fyller ut med alminnelige entrepriserettslige prinsipper” og gikk deretter nærmere inn på NS 3430 punkt 27.4. Etter denne bestemmelse må byggherren komme med innsigelser på rapporter om arbeidstid og materialforbruk innen 14 dager etter at han har mottatt dem. Dersom denne fristen oversittes, gir bestemmelsen allikevel byggherren rett til å senere påberope seg at totalkostnadene for regningsarbeidene er blitt unødvendig høye. Vilåret er at de høye kostnadene skyldes urasjonell drift eller uforsvarlige forhold hos entreprenøren. Retten anså denne NS-bestemmelsen for å ha rettskildemessig relevans, som et uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.

Senere i domsbegrunnelsen var spørsmålet om prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold gjør at entreprenøren har en varslingsplikt dersom det underveis i prosjektet blir betydelige kostnadsoverskridelser. Igjen ble det henvist til NS 3430, denne gang til punkt 27.2. Selv om NS-kontraktens bestemmelse kun fungerte som støtteargument for et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, ble den altså ansett som en relevant rettskildefaktor. Lagmannsretten uttalte også at: ”Selv om denne bestemmelsen ikke er inntatt i avtalen mellom partene, må dette anses som et generelt prinsipp i entreprisforhold.”

Det finnes også domsreferater som sier noe om NS-kontraktens relevans som rettskildefaktor. Da det kun dreier seg om referater, må betydningen av disse være svært begrenset. De tas allikevel med som sammenligning til det ovenstående:

I Frostating lagmannsretts dom av 05.12.1990 ble det blant annet stilt spørsmål ved om det var reklamert i tide. Fordi NS 3401 ikke var en del avtalegrunnlaget, fant lagmannsretten heller ingen grunn til å trekke denne standardkontraktens bestemmelser om reklamasjon inn i vurderingen.

I Bodø skifteretts dom av 16.01.1967, hvor det blant annet var spørsmål om når eiendomsretten til entreprenørens arbeid går over på byggherren. Noen NS-kontrakt var ikke en del av avtalegrunnlaget. Ordningen etter NS 401 A punkt 15.1 var at arbeidet ble byggherrens eiendom etterhvert som det ble utført. Retten fant ikke at denne bestemmelsen kunne anvendes analogisk.

Det følger av ovenstående rettspraksis at bestemmelser i NS-kontrakter ved flere anledninger er trukket inn i domsbegrunnelsen. Det er imidlertid på det rene at i flere av disse sakene har partene påberopt seg NS-kontraktens bestemmelser til støtte for sine syn. Det er da naturlig og nærliggende for retten å ta stilling til partenes fremsatte anførsler. Det er altså ikke oppsiktsvekkende at retten gjør dette, og det betyr ikke at den nødvendigvis anser NS-bestemmelsen for å være en relevant rettskildefaktor.

På den annen side er det på det rene at retten i flere av tilfellene ovenfor går lenger enn bare å avfeie anførsler med støtte i NS-bestemmelser. Domstolene vurderer disse anførslene i en slik grad, at det er sannsynlig at retten anser disse som relevante rettskildefaktorer.

4.2 Juridisk teori

I det følgende skal det undersøkes hva som kan utledes av juridisk teori om NS-kontraktens relevans som rettskildefaktor.

Hagstrøm nevner i sin bok "Entrepriserett. Utvalgte emner." at NS 3430 "dels dreier seg om kontraktsfesting av alminnelige entrepriserettslige regler."³² Han sier imidlertid at fordi NS 3430 ikke er å anse som en ren kodifikasjon av ulovfestet entrepriserett, må partene ta den inn i avtalen for at den skal kunne gjøres gjeldende. Når det gjelder profesjonelle parter som har en etablert avtalepraksis seg i mellom om bruk av dokumentet, antyder Hagstrøm at NS-kontrakten kan spille inn som rettskildefaktor. Dette grenser imidlertid opp mot tilfelle av stilltiende vedtagelse av NS-kontrakt, hvor den etablerte praksis mellom partene kan bety at standarden er en del av avtalegrunlaget.

Et slikt syn kan også utledes fra Kåre Lilleholts uttalelser i boken "Avtale om ny bustad". Her setter han som utgangspunkt at entreprisedokumenter i standardkontrakter ikke gjelder med mindre de er vedtatt av kontraktspartene. Allikevel viser han til hvordan NS-kontraktens bestemmelser kan spille en rolle som avspeiling av bakgrunnsrett eller som grunnlag for bakgrunnsrett.³³

Hagstrøms synspunkt ovenfor, følges opp i kommentarutgaven til NS 8407 av Giverholt, Arvesen og Marthinussen. Utgangspunktet er også her at vedtagelse er nødvendig for å få betydning ved kontraktstolkningen. Krav til vedtagelse settes også selv om det følger av

³² Hagstrøm *Entrepriserett. Utvalgte emner.* (1997) s. 14.

³³ Lilleholt *Avtale om ny bustad.* (2001) s. 21.

avtalepraksis mellom byggherre og entreprenør.³⁴ Til støtte for et slikt tilbakeholdent standpunkt anføres at standardkontraktene ofte er utarbeidet med praktiske formål for øyet, og derfor passer best hvor de er uttrykkelig vedtatt av partene.

Dette synet i kommentarutgaven til NS 8407 kan man spore tilbake til Mads Henry Andenæs i boken "Rettskildelære". Med NS 8405 som eksempel anfører han at selv om denne "ikke er en rettskilde i egentlig forstand", vil den likevel "være den sentrale kilde" til kontraktstolkning dersom den er en del av avtalegrunnlaget.³⁵ Det kan derfor se ut som at også Andenæs setter et vedtagelseskrav for at NS-kontrakten skal få betydning. Han anfører praktiske hensyn til støtte for en slik tilnærming, nemlig at standardkontrakter ofte kan "...inneholde vilkår...som bare passer dersom vedkommende kontraktsdokument er vedtatt som en del av avtalen".³⁶

Så langt kan det synes som om juridisk teori ser med skepsis på å anvende NS-kontrakter som rettskildefaktor hvor disse ikke inngår i avtalegrunnlaget. Det er imidlertid flere forfattere som i større grad påpeker standardkontraktens mulige relevans som rettskildefaktor.

I "Knophs oversikt over Norges Rett" går Viggo Hagstrøm langt i antyde at standardkontrakter kan ha selvstendig relevans som rettskildefaktor:

"Enkelte standardvilkår har oppnådd en så dominerende stilling i kontraktspraksis innenfor sitt område at spørsmålet er om ikke vilkårene må anses som bindende kontraktsbruk og legges til grunn selv om partene i det enkelte tilfelle ikke har gjort dem til en del av kontrakten."³⁷

³⁴ Giverholt *NS 8407 Almennelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. (2012) s. 55.

³⁵ Andenæs *Rettskildelære*. (2009) s. 158.

³⁶ *Ibid.* s. 140.

³⁷ *Knophs oversikt over Norges rett*. (2004) s. 274.

Som et eksempel på slike vilkår tar han NS 3430, men går videre til å kommentere at ”domstolene har hittil unngått å besvare spørsmålet generelt.”

Jan Einar Barbo peker på den manglende lovgivning på entreprisområdet. Som følge av dette betegner han standardkontrakter som ”viktige rettskilder.”³⁸

Hans Jacob Bull nevner ikke spesifikt entrepisekontrakter, men skriver generelt om anvendelsen av standardkontrakter. Han anfører at standardvilkår kan få relevans, selv om de ikke er vedtatt mellom partene:

”Også uten slike holdepunkter kan det imidlertid bli snakk om å anvende vilkårene som utfyllende bakgrunnsrett. Dette vil typisk gjelde hvor vedkommende standardvilkår har en slik tyngde, fasthet og ubredelse at det er naturlig å oppfatte dem som et enhetlig uttrykk for gjeldende rett på vedkommende område.”³⁹

Bulls opplisting av typiske vilkår for at standardkontrakter gis rettskildemessig relevans, minner om vilkårene for om det foreligger sedvane. Om NS-kontrakter oppfyller slike vilkår, vil variere med hvilken bestemmelse det dreier seg om. Allikevel er det på det rene at NS-kontrakter har en viss tyngde, fasthet og utbredelse. Dette er tilfelle på grunn av den utarbeidelse som ligger bak NS-kontraktene, og fordi de i stor grad og over lang tid er blitt anvendt i byggebransjen. Dette taler for at de utgjør en del av den utfyllende bakgrunnsretten.

Det er i altså denne relasjonen, som en del av bakgrunnsretten, at juridiske forfattere peker på standardskontraktens mulige relevans som rettskildefaktor. Mads Henry Andenæs, som synes ha et noe restriktivt syn i sin rettskildelære bok fra 2009, sier blant annet dette i sin bok ”Kontraktsvilkår”:

³⁸ Barbo *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. (1990) s. 10.

³⁹ Bull *Festskrift til Sjur Brækhus: Lov, dom og bok*. (1988) s. 105.

”For eksempel er det i entreprisesaker lite tvilsomt at domstolene i betydelig grad kjenner og påvirkes av NS 3401 uten hensyn til om standarden er vedtatt som del av avtalen eller om kontraktspraksis formelt anerkjennes som en del av bakgrunnsretten.”⁴⁰

Her er det imidlertid på det rene at Andenæs ikke kommer med noen absolutt anerkjennelse av standardkontrakter som relevant rettskildefaktor. Det dreier seg heller om en konstatering av at NS 3401 faktisk har vært anvendt som rettskilde. En slik konstatering har imidlertid en egenverdi, uavhengig av Andenæs subjektive oppfattelse, og kan derfor anføres til støtte for at NS-kontrakter har relevans som rettskilde.

Selv om rettsbildet på dette området er noe uklart, er det tydelig at ingen av de ovennevnte forfatterne avviser NS-kontrakter som rettskilde. Det kan virke som om det går en todeling i forfatterens syn på NS som rettskildefaktor: På den ene side påpekes det at anvendelse av NS-bestemmelser til løsning av tvister hvor NS-kontrakter ikke er avtalt, strider mot avtalefriheten, og derfor er upraktisk og urimelig.

På den annen side påpekes det at entreprisestandardene blir anvendt av bransjen i så stor grad at det er naturlig å anse dem relevante ved avgjørelsen av entrepriserettslige tvister.

4.3 Andre rettskilder

Det er på det rene at NS-kontrakter, særlig NS 3430, var gjentagende inspirasjonskilder ved arbeidet med bustadoppføringslova. Dette fremgår av forarbeidene.⁴¹ Det er også på det rene at NS-kontraktene ble anvendt i forbrukerforhold før denne loven, og at de derfor ble ansett som relevant inspirasjon under utarbeidelsen av loven.⁴²

I denne forbindelse kan man se Rt. 2007 s. 862 hvor entreprenøren ønsket størrelsen på et dagmulkbeløp lempet, blant annet med støtte i det prinsipp som følger av NS 8405 punkt

⁴⁰ Andenæs *Kontraktsvilkår*. (1989) s. 342.

⁴¹ Ot.prp. nr 21 (1996-1997). Se bl.a. s. 12, 25, og 31-32.

⁴² Se f. eks. Rt. 1984 s. 962.

34.3. Etter denne bestemmelsen skal dagmulktansvaret begrenses til å utgjøre maksimalt 10% av kontraktssummen. Dette prinsippet bygger på NS 3430 og tjente som utgangspunkt for utformingen av § 18 i bustadoppføringslova.⁴³ Sistnevnte bestemmelse inngikk i den helhetsvurdering som førte til at beløpet ble lempet. Prinsippet opphav i NS-kontrakten ble imidlertid ikke nevnt av Høyesterett. Retten satte dagmulktbeløpet vesentlig ned, men beløpet var likevel langt over det resultat man ville fått ved å følge 10%-regelen.

Lovgiver står fritt i kildeanvendelsen ved utarbeidelse av formell lov, og bestemmer selv hvilken inspirasjon som får avgjørende vekt i dette arbeidet. Selv om en NS-bestemmelse derfor ligger til grunn for en lovbestemmelse, har ikke NS-bestemmelsen nødvendigvis rettskildemessig relevans. Dette samsvarer med det som følger av Rt. 2007 s. 862, jf. ovenfor.

4.4 Oppsummering

Holder man de ovenstående rettskilder sammen, sier dette ikke noe entydig om NS-kontraktens relevans som rettskildefaktor. Ut fra det ovenstående foreligger det imidlertid ikke noen åpenbar motstrid mellom teori og rettspraksis. Det virker imidlertid til at uttalelser fra begge rettskilder i mer eller mindre grad anfører NS-kontraktens bestemmelser som relevante rettskildefaktorer.

Fra domstolspraksis er det eksempler på at NS-standarder tas i betraktning, til tross for at de ikke er en del av avtalegrunnlaget, og heller ikke er anført av partene. Ut fra de foreliggende dommene, kan det også spores en tendens til at det gjøres nøye rede for hvorfor NS-bestemmelser ikke får betydning for saken, der hvor disse er anført som argumenter av partene. Når domstolen ser behov for å gjøre nærmere rede for sin avvisning av disse argumentene, kan dette tolkes som et tegn på at NS-kontrakten ellers anses som en relevant rettskildefaktor.

⁴³ NOU 1992:9. s. 87-89.

Juridisk teori peker på den relevans bestemmelser NS-kontrakter kan ha som uttrykk for bransjepraksis og som en del av bakgrunnsretten. Dette taler for at standardkontrakter innenfor entrepriseretten har relevans som rettskildefaktor.

Noe av forklaringen på at det ikke kan utledes noe entydig om NS-kontrakters rettskilderelevans, kan ha sammenheng med deres udefinerte plass blant de ulovfestede rettskildene. Det er ingen juridisk teori som klart plasserer entreprisestandardene i en rettskildemessig sammenheng, og det finnes ikke eksempler fra rettspraksis hvor domstolene klart definerer NS-kontraktens relevans.

Dessuten blir NS-kontraktene jevnlig fornyet, hvilket gjør det mer usikkert om innholdet i disse er å anse som uttrykk for gjeldende entrepriserett. Videre er NS-kontraktene et resultat av privat utformede regler, uten offentlig vedtagelseskompetanse. Dersom slik privat praksis utvikler seg til sedvanerett, blir den å anse som en rettskildefaktor. Der hvor slik status ikke er oppnådd, er det sannsynlig at domstolene er mer tilbakeholdne med å anse den som relevant rettskilde, all den tid dens legitimitet som rettskilde kun har sitt grunnlag i privat praksis.

5. NS-kontraktens vekt som rettskildefaktor

Dersom man anser NS-kontrakter for å ha rettskildemessig relevans, vil det neste skritt ved løsningen av et juridisk spørsmål være å fastlegge innholdet av rettskildefaktoren, ved tolkning. Først når dette er gjort kan man avveie bestemmelsen mot andre rettskildefaktorer, slik at man kan utlede noe om den rettskildemessige vekten av bestemmelsen.

Som nevnt ovenfor vil tolkningsdelen ikke utgjøre et eget avsnitt i denne avhandlingen.⁴⁴ Denne avhandlingen er organisert slik at tolkning gjennomføres i samme avsnitt som vektdrøftelsen.

5.1 Harmoniseringsprosessen

Ved løsningen av en rettsvist vil rettskildefaktorene danne grunnlag for de juridiske argumenter som kan tenkes fremsatt. Disse faktorene vil i mange tilfeller være enten motstridende eller ikke fullt ut sammenfallende. Dette inviterer til en harmoniseringsprosess hvor man ut fra det foreliggende rettskildematerialet tar sikte på å utlede en rettsregel.

Et verktøy i denne harmoniseringsprosessen er tolkningsprinsipper som begrenser, utvider eller prioriterer anvendelsen av den enkelte faktor. Et annet verktøy er å tillegge den enkelte faktor en større rettskildemessig tyngde, slik at visse faktorer fortrenger andre, jf. f. eks. *lex superior*-prinsippet.⁴⁵

Spørsmålet blir altså hvordan NS-bestemmelser anvendes i denne prosessen. Her vil det særlig være nødvendig å gå igjennom dommer, hvor harmoniseringsprosessen finner sted i praksis. Det vil undersøkes hvilke andre rettskilder NS-bestemmelser kommer i samspill med, enten de er til støtte for andre rettskildefaktorer, eller i motstrid med disse.

5.2 Rettspraksis

Utvalget av høyesterettsdommer om NS-kontrakter er noe begrenset. Særlig gjelder dette dommer som sier noe eksplisitt om hvordan Høyesterett vurderer NS-kontrakter som rettskildefaktor. *Obiter dicta* finnes i begrenset grad. I det følgende skal det trekkes frem noen eksempler på anvendelse av bestemmelser i NS-kontrakter som rettskildefaktor. Noen

⁴⁴ Se punkt 3.1.

⁴⁵ Eckhoff *Rettskildelære*. (2001) fra s. 349.

av dommene som ble referert til i forbindelse med spørsmålet om relevans vil bli gjentatt, men altså nå med henblikk på si noe nærmere om deres rettskildemessige tyngde. Det vil også bli trukket inn dommer fra ting- og lagmannsrett, i den utstrekning disse inneholder relevante uttalelser.

Det er forsøkt å lage en kategorisk oppdeling av rettspraksismaterialet, hvor hensikten er å få frem i hvilken grad, og på hvilken måte NS-bestemmelser tillegges rettskildevikt. Dette gir et tre-delt system:

For det første vil det gås inn på hvilke typer rettskilder NS-kontrakter kan anses som, eller hvordan disse entreprisestandardene kan underbygge andre rettskildefaktorer. Dette gjelder hovedsaklig bransjepraksis og kontraktssedvane. Det er ikke noe vanntett skille mellom disse kategoriene, all den tid de begge er ulovfestet. Bransjepraksis kan være så utbredt at det kan anføres som kontraktsrettslig sedvane i entrepriserettslige forhold.

For det andre vil det gås nærmere inn på hva NS-bestemmelers typeinnhold kan ha av betydning for deres rettskildevikt. Eksempelvis kan man spørre om visse bestemmelser tillegges vekt fordi de antas å harmonisere med det som følger av bakgrunnsretten. Alternativt kan man tenke at visse bestemmelser gir uttrykk for egne entrepriserettslige prinsipper.

For det tredje vil det være et kort avsnitt hvor det drøftes om andre versjoner av NS-kontrakter, forutgående og etterfølgende, kan få betydning for hvilken vekt NS-bestemmelser kan tillegges som rettskildefaktor.

5.2.1 Vekt som bransjepraksis

Bransjepraksis er av vesentlig betydning på entrepriserettens område. Kontraktsforhold mellom entreprenør og byggherre har skapt behov for bransjespesifikke løsninger, som ofte ikke kan oppsettes etter analogi fra lovgivning på andre obligasjonsrettslige områder.

Vekten av bransjepraksis som rettskildefaktor må antas å øke i takt med at den nærmer seg de vilkår som stilles for å anse praksisen som sedvanerett. Det kan tenkes at bransjepraksis i mange tilfeller ikke oppfyller et slikt krav. Allikevel kan eksempelvis rimelighetshensyn tale for at løsninger som er ansett vanlige i bransjen, bør tillegges en viss vekt.

Et eksempel fra rettspraksis hvor en NS-bestemmelse ble ansett å være et uttrykk for bransjepraksis, er Rt. 1991 s. 773. Her hadde en entreprenør oppført en rekke kjedehus for en gruppe privatpersoner. Etter oppførelsen gjorde huseierne flere mangelskrav gjeldende mot entreprenøren. Det var i byggekontrakten henvist til at NS 3401 skulle gjelde mellom partene. Standardkontrakten inneholdt en klausul om at rettslige tvister skulle løses ved voldgift. Høyesterett fant at en slik henvisning oppfylte det skriftlighetskravet tvistemålsloven satte for å avtale voldgiftsbehandling. Videre tok retten utgangspunkt i alminnelige prinsipper for kontraktstolkning for å avgjøre hva som var avtalt. Den uttalte:

”Ved den nærmere vurdering av om voldgift er gyldig vedtatt, må det bl.a. legges vekt på hvordan avtalen er inngått, partenes stilling og standardvilkårenes utbredelse”.

Det siste tolkningsmomentet skiller seg imidlertid noe ut fra den alminnelige kontraktstolkningen. Man kan anføre at dersom NS 3401 og dens voldgiftsklausul var vedtatt mellom partene, var dette i seg selv tilstrekkelig til å avgjøre at saken måtte behandles ved voldgift. Spørsmålet blir hvorfor retten da så det nødvendig å ta i betraktning standardvilkårenes utbredelse?

Årsaken til at retten ønsker å gå inn på NS-kontraktens utbredelse, må være at kjennskapen til standardens ordlyd var så kjent, at en henvisning til denne måtte være tilstrekkelig. Retten uttalte:

”Man står i dette tilfelle overfor standardvilkår som er meget utbredt i byggekontrakter.”

Man kan anføre at retten her gir uttrykk for at NS-kontrakten på dette punkt er så utbredt bransjepraksis, at den kan utgjøre en del av den ulovfestede bakgrunnsrett. Uttalelsen er imidlertid for snever til å si noe nærmere om dette. Det man eventuelt ytterligere kan utlede av rettens bemerkninger ville føre over i alminnelig kontraktstolkning, all den tid en NS-kontrakt var vedtatt mellom partene.

5.2.2 Vekt som kontraktssedvane / kutyme

Som nevnt ovenfor, vil bransjepraksis kunne anses som ulovfestet rett dersom den oppfyller vilkårene for å anses som sedvane. Disse vilkårene er skjønnsmessige, men det må under alle omstendigheter dreie seg om en fast, langvarig praksis som er blitt fulgt som om den var gjeldende rett.⁴⁶

At standardvilkårs bestemmelser kan utgjøre sedvane i handelsforhold, eller kutyme, er særlig aktuelt på entrepriserettens område. Man kan også forestille seg situasjoner hvor ordlyden i NS-bestemmelser er et støtteargument til det som følger av allerede eksisterende kontraktssedvane.

Det kan tenkes at en naturlig rettsutvikling starter med private avtaler i byggebransjen, som videre utvikler seg til bransjepraksis. Dette kan igjen utvikle seg en mer eller mindre fastlagt kontraktssedvane. Deretter utarbeides det en standardkontrakt i bransjen, som i stor grad baserer seg på denne kontraktssedvanen. Dette kan sammenlignes med rettsutviklingen som ofte er grunnlaget for utarbeidelse av formell lovgivning, jf. eksempelvis utviklingen av aksjeselskaper på 1800-tallet. Dette startet med privat praksis, men er i dag i lovfestet gjennom bl.a. aksjeloven.⁴⁷

⁴⁶ Eckhoff *Rettskildelære*. (2001) fra s. 265.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 247-248.

Det kan imidlertid også tenkes et motsatt utgangspunkt, nemlig at rettsutviklingen starter med vedtagelsen av en standardkontrakt. Eksempelvis kan en standardkontrakt innføre en ny og praktisk løsning på et rettsområde. Dette kan være ansett nødvendig av bransjens aktører for klarere å få definert rettigheter og plikter mellom byggherre og entreprenør. Dette kan anses å være et av de sentrale formål bak utarbeidelse av byggebransjens standardkontrakter.

I Rt. 1997 s. 1086 dreide tvisten seg om oppførelsen av et forretningsbygg i Svolve. Syv dokumenter utgjorde kontraktsgrunnlaget, der i blant NS 3401. I denne dommen ble derfor NS-kontraktens bestemmelser en del av avtaletolkningen. Dommen har allikevel relevans for emnet i denne avhandlingen på grunn av de generelle bemerkninger Høyesterett hadde til NS-kontraktens rettskildevækt.

Dersom det oppsto motstrid mellom de syv kontraktsdokumentene, var det avtalt mellom partene at NS 3401 skulle gis laveste prioritet. I kontrakten var det nedfelt en betingelse om at byggherren skulle stille garanti tilsvarende 15% av kontraktssummen. Byggherren misligholdt sine betalingsforpliktelser, og gikk senere konkurs. Entreprenøren gjorde derfor krav gjeldende overfor den banken som hadde stilt den kontraktsfestede garantien.

Banken anførte at kravet var foreldet, men partene var uenige om foreldelsesfristens utgangspunkt. Foreldelsesfristen løper fra det tidspunkt da entreprenøren tidligst hadde rett til å kreve oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 3, nr. 1. Dersom betalingsfristen på 54 dager ble anvendt, som angitt i NS 3401 punkt 24.4, ville kravet ikke være foreldet. Retten kom i denne forbindelse med en uttalelse hvor den ser NS-kontrakten i en rettskildemessig sammenheng:

”NS 3401 er utarbeidet av Norges Byggstandardiseringsråd, og standarden tar sikte på en rimelig avveining av byggherrens og entreprenørens interesser. Standarden anvendes til supplerende av et meget stort antall byggekontrakter, og gir i hovedsak uttrykk for regler av mer sedvanemessig karakter.”

Høyesterett kom altså med en kort bemerkning om at den anser NS 3401 for å inneholde regler som rettskildemessig kan kategoriseres som sedvane. Retten går ikke detaljert inn på hvorfor det foreligger sedvane, og hvilke regler i NS-kontrakten som er av sedvanemessig karakter. Dette betyr at det ikke kan utledes noe nærmere om den enkelte NS-bestemmelses vekt som rettskildefaktor.

På den annen side er det klart at Høyesterett her anser NS-kontrakten for ”i hovedsak” å utgjøre sedvanerett. Dersom det over tid har vært så konsekvent bruk av visse NS-bestemmelser at bransjeaktører til en viss grad føler seg forpliktet til å handle etter disse, taler dette for at de må tillegges vekt som kontraktssedvane.⁴⁸ Her antyder retten at det har vært slik konsekvent bruk av store deler av NS-kontrakten. Utover dette går Høyesterett ikke nærmere inn på byggebransjens faktiske anvendelse av NS-kontraktene.

Henvisningen er imidlertid et eksempel på at NS-bestemmelser får en tydeligere plassering som en del av bakgrunnsretten for kontraktsforhold i byggebransjen. Man kan da tenke seg at de NS-bestemmelsene som må anses å være sedvanerett i entrepriseforhold, får en vesentlig vekt sammenlignet med eksempelvis annen bransjepraksis av mindre festnet karakter.

Det er imidlertid på det rene at NS-kontrakten var vedtatt mellom partene. Det som kan utledes om den konkrete anvendelsen av NS-bestemmelser i denne saken, ville da gå over i alminnelig kontraktstolkning.

5.2.3 Andre versjoner av NS-kontrakter

For formelle lover foreligger det omfattende rettskildemateriale i form av forarbeider. NS-kontrakter for entrepriseforhold er på sin side et resultat av forhandlinger mellom de vesentligste aktørene i bransjen, men dokumentene som ligger til grunn for dette arbeidet er

⁴⁸ Eckhoff *Rettskildelære*. (2001) s. 258.

ikke allment tilgjengelig.^{49 50 51} Tidligere standarder sier allikevel noe om den rettsstilstand som forelå ved tidligere anvendelse av NS-kontrakter.

Dessuten er det også slik at NS-kontrakter fornyes med jevne mellomrom, eksempelvis erstattet NS 8407 nylig NS 3431. I nyere versjoner vil ordlyd og oppsett være endret, typisk for å fjerne svakheter ved den forutgående versjonen. Slike ”utbedrede” bestemmelser kan tenkes å gi veiledning til hvordan tidligere NS-kontrakters bestemmelser skal tolkes.

Spørsmålet blir derfor hvilken vekt forutgående og etterfølgende standarder kan tillegges som rettskildedefaktor. Det vil undertiden være slik at i avtaleforhold hvor en utgave av en standardkontrakt er vedtatt, kan en ny versjon av standarden ha erstattet den avtalte versjon i perioden mellom kontraktsvedtagelse og oppstått tvist. Det vil da kunne tenkes at en oppdatert , mer presis kontraktsstandard vil kunne tjene som relevant rettskildedefaktor til opplysning av bestemmelsene i den avtalte NS-kontrakten.

I Rt. 2010 s. 1345 hadde en entreprenør vunnet anbudskonkurransen om vinterdrift av en veistrekning for Statens vegvesen. NS 3430 var inntatt i kontraktsgrunnlaget. Entreprenøren engasjerte en underentreprenør til deler av driften. Den samlede driften viste seg å bli dyrere enn de angitte forutsetningene i anbudsinnbydelsen, blant annet som følge av behov for større mengder salt. Et av spørsmålene i saken var om entreprenøren kunne kreve kompensasjon for de totale merutgiftene driften medførte.

Entreprenøren anførte at ordlyden i NS 3430 om ”merutgifter” måtte tolkes utvidende slik at bestemmelsen omfattet underentreprenørens økte kostnader. Dette ble anført, selv om hovedentreprenøren ikke hadde hatt en tilsvarende kostnadsøkning. Høyesterett var ikke enig i dette, og anvendte det alminnelige tolkningsprinsippet om å ta utgangspunkt i

⁴⁹ Se punkt 2.2.

⁵⁰ Marthinussen *NS 8405 med kommentarer*. (2010) s. 48.

⁵¹ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 62-63.

kontraktens ordlyd. Til støtte for at det måtte foreligge sterke grunner for å fravike ordlyden, kom retten med følgende uttalelse:

”For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden... Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.”

Det var altså spørsmål om hva som skulle vektlegges i avtaletolkningen. Høyesterett sa med dette at avtalens ordlyd måtte få særlig stor vekt der hvor NS 3430 er avtalegrunnlaget, fordi den var et resultat av en fremforhandlet enighet i byggebransjen. Dette kan samtidig ses på som et generelt uttrykk for den betydning NS-kontrakten har på entrepriserettens område.

Uttalelsen ovenfor kan også tenkes anført som argument for at den må gis vekt som rettskildedefaktor også hvor den ikke er vedtatt mellom partene. Nå er det imidlertid på det rene at Høyesterett ikke kommer med noe obiter dictum om NS 3430 sin betydning i kontraktsforhold hvor den ikke er en del av avtalegrunnlaget. Det kan derfor lede over i spekulasjon å forsøke å utlede noe videre om dette. Uttalelsen er allikevel relevant som et uttrykk for at nettopp utarbeidelsen av NS 3430 ble ansett å gi standardens innhold en særlig vekt, dog kun for kontraktstolkningen i dette tilfelle.

I RG. 1998 s. 909, Borgarting lagmannsrett, dreide saken seg om et tunnelprosjekt som var lagt ut på anbud. En av entreprenørene hadde i sitt anbud oppgitt størrelsen på den rabatten de ville gi dersom de ble tildelt prosjektet. Entreprenøren vant anbudsrunderen. Rabatten skulle deles opp slik at det gikk et ratemessig beløp til fratrekk på hver avdragsfaktura. Dette ble ikke gjort, og det ble heller ikke gitt noen rabatt på sluttnotaen. Byggekontrakten var basert på NS 3401.

Etter NS 3401 punkt 24.3 var det angitt en frist for byggherren til å komme med innsigelser til sluttnotaen. Spørsmålet var om denne fristen var preklusiv. Etter den foregående NS 401 måtte begge parter fremme tidligere stilte, men ikke oppgjorte krav, ved sluttoppgjøret.

Hvis dette ikke ble gjort innen en angitt frist, mistet de kravene. Av NS 3401 fremgikk det imidlertid ikke uttrykkelig av ordlyden at denne fristen var preklusiv. Etter den etterfølgende NS 3430 derimot, var denne fristen gjort preklusiv for entreprenøren. Entreprenøren i denne saken anførte derfor at byggherrens unnlattelse av å fremsette kravet om rabatten, gjorde at innsigelsesfristen fungerte preklusivt også for ham. Lagmannsretten var enig i at dette hadde relevans som tolkningsmoment, og kom med følgende uttalelse:

”Reglene i NS 3401 er bransjeregler utviklet over lengre tid av partsrepresentanter i begge bransjer under hensyntagen til de særlige behov for avklaring og slutføring som her gjør seg gjeldende. Utviklingen av disse bestemmelser, gir også en viss veiledning til tolkningen.”

Resultatet av det arbeid som bransjeaktører hadde lagt ned i forbindelse med tidligere og etterfølgende utgaver av NS-kontrakten var veiledende for tolkningen av den avtalte standardkontrakten. Hvordan reglene var formulert i disse kunne altså få betydning for hvordan bestemmelsene i NS 3401 skulle tolkes. Et slikt syn på NS-kontraktens utarbeidelse, har to effekter: For det første er det et bidrag til å skape rettsenhet på tvers av kontraktene. For det andre skapes det ved dette en større forutberegnelighet og tillit til NS-kontraktene som selvstendig rettskildefaktor, samlet sett.

Med hensyn til denne saken, blir spørsmålet videre hvilken vekt som ble tillagt andre NS-kontraktens bestemmelser som rettskildefaktor. Selv om de andre NS-kontraktene inneholdt en bestemmelse som gjorde det mer nærliggende å tolke innsigelsesfristen preklusiv, fikk dette ikke avgjørende vekt. Retten påpekte at rettspraksis antydte at det heller burde foretas en konkret vurdering av slike tilfeller. Dette begrenser rettskildevekten vesentlig. Det dreier seg imidlertid om en dom fra lagmannsretten, og det som kan utledes fra slik mellominstans må gis begrenset betydning i en større rettskildesammenheng.

Ut i fra de to ovenstående eksempler er det noe uklart hvilken vekt andre versjoner av standardkontrakter er tillagt som rettskildefaktor. En grunn til dette kan være at utviklingen av NS-kontrakten ikke er gjennomført etter de demokratiske prinsipper som gir

rettssikkerhet under utarbeidelse av formelle lover. De kan derfor ikke tillegges samme vekt som formelle lovers forarbeider.

5.2.4 Rettskildevekt som følge av NS-bestemmelers typeinnhold

I det følgende skal det gås nærmere inn på om visse typer innhold i NS-bestemmelser kan være avgjørende for hvilken vekt de tillegges som rettskildefaktor.

Drøftelsen vil være tredelt. For det første vil det behandles eksempler fra rettspraksis hvor NS-bestemmelser gir uttrykk for allmenne rettsoppfatninger, og således knesetter rettslige prinsipper. For det andre vil det ses nærmere på hvordan NS-bestemmelser kan tillegges vekt fordi de angir rimelige løsninger. For det tredje vil det gjennomgås dommer hvor spørsmålet har vært om NS-bestemmelser med detaljert og positivrettslig innhold kan tillegges vekt som rettskildefaktor.

5.2.4.1 NS-bestemmelser som uttrykk for rettslige prinsipper

Som en del av ulovfestet rett, kan det være dannet overordnede rettslige prinsipper. Disse bygger altså sin rett på sedvanerettslig grunnlag. Dette gjelder blant annet på obligasjonsrettens område, hvor det for eksempel gjelder et prinsipp om at passivitet i avtaleforhold etter nærmere vilkår kan stifte rett eller plikt.⁵² Det er dessuten slik at flere av disse prinsippene er fanget opp av lovgiver og gitt formell lovs kraft. Dette gjelder eksempelvis reglene om erstatningsutmåling i kjøpslovens kapittel X, med unntak av § 67 (2).⁵³ At NS-kontrakter avspeiler slike prinsipper er praktisk, all den tid entreprisekontrakter er vesentlige obligasjonsrettslige avtaleforhold.

⁵² Woxholth *Avtalerett*. (2009) s. 117.

⁵³ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. (2011) s. 71-72.

I Rt. 1967 s. 1248 hadde byggherren etter anbefaling fra kommunen iverksatt støping av en betongflåte på en byggetomt.⁵⁴ Etter at flåten var klar, ble huset oppført. Allerede underveis i byggeperioden begynte huset å slå sprekker.

Byggherren anla sak mot entreprenøren. Det ulovfestede aktsomhetsansvar som påligger profesjonelle, ble lagt til grunn som rettslig målestokk for entreprenørens handlinger. Profesjonsansvaret er å anse som gjeldende ulovfestet rett, med en streng aktsomhetsnorm som varierer etter hvilken type profesjon det dreier seg om.⁵⁵ Entreprenøren ble ansett å være uaktsom da han unnlot å gi byggherren nødvendig opplysning om dårlige grunnforhold, samt at selve utførelsen av betongflåten var mangelfull. Til støtte for dette, viste Høyesterett til lagmannsrettens begrunnelse, men med følgende tilføyelse:

”...begrunnelsen så vidt jeg kan se har støtte i Norsk Standard (NS) 401 A, punkt 9.4.”

En henvisning til at NS 401 A understøtter prinsippet om profesjonsansvaret, må tolkes som at Høyesterett anser NS-bestemmelsen som en kodifisering av et alminnelig rettsprinsipp. Dette kan tale for at NS-bestemmelsens vekt i en viss grad begrenses, da den kun tjener som et støtteargument for det som allikevel følger av bakgrunnsretten. Det er dessuten på det rene at Høyesteretts uttalelse kun utgjør én enkelt setning. Å bygge en argumentasjon på hvilken rettskildemessig vekt NS-bestemmelsen tillegges ut fra dette, ville hvile på for usikker grunn.

I Rt. 1990 s. 59 dreide saken seg om hvem som har eiendomsrett til det utførte arbeid underveis i byggeperioden. I denne forbindelse kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser om eiendomsretten i slike tilfeller. En entreprenør som skulle oppføre et lagerbygg, hadde bestilt et parti stålplater. Disse platene ble levert på byggeplassen. Leverandøren av

⁵⁴ Se punkt 4.1.

Hagstrøm *Obligasjonsrett*. (2011) fra s. 468.

stålplatene forbeholdt seg salgspant i varene. Senere gikk entreprenøren konkurs. Både byggherren og leverandøren påberopte seg eiendomsrett til stålplatene.

Byggherren mente at tvisten måtte løses i henhold til NS 3401, som var vedtatt av partene. Punkt 16 i denne kontrakten sa at eiendomsretten til byggematerialer går over på byggherren når han

betaler dem. Av punkt 22 fremgikk det at avdragsbetaling underveis i prosjektet skulle spesifiseres på

den enkelte utførte del av arbeidet og den enkelte materialleveranse. Entreprenøren og byggherren hadde ikke fulgt denne anvisningen, men i stedet avtalt betaling i tre bolker. Leverandøren anførte derfor at manglende spesifisering, og avviket fra betalingsordningen punkt 22., gjorde at eiendomsretten ikke var gått over etter bestemmelsen i NS 3401 punkt 16.

Rettsinstituttet om avdragsbetaling i entrepriseforhold kan ses i sammenheng med avtalerettens grunnleggende prinsipp om at partene skal erlegge hver sine ytelser samtidig. Ved kjøp og salg av en vare er dette en praktisk løsning, da varen dermed blir levert samtidig som selger mottar sin betaling. For entrepriseforhold erlegges imidlertid ikke ytelsene helt samtidig, da en byggetreprise er en form for tilvirkningskjøp.⁵⁶ Derfor er det i NS-kontraktene for entrepriseforhold tatt inn bestemmelser som gjør at entreprenøren får betaling etterhvert som byggherrens eiendom øker i verdi, i takt med at byggeprosessen skrider frem, jf. f. eks. NS 8405 punkt 40.

En slik regel om overgang av eiendomsretten tjener flere hensyn. For det første bringer dette entreprenør og byggherre i bedre balanse med prinsippet om ytelse mot ytelse. For det andre får byggherren sikkerhet i alle varer som er inkorporert eller skal inkorporeres i bygget, forutsatt at de er tilstrekkelig separert til formålet.⁵⁷ For det tredje letter dette

⁵⁶ Marthinussen *NS 8405 med kommentarer*. (2010) s. 684.

⁵⁷ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 159.

entreprenørens likviditet underveis i prosjektet. En konsekvens av regelen er forøvrig at andres rettigheter i entreprenørens varer ekstingveres, jf. panteloven § 3-15 (2) og dekningsloven § 2-2.

Da NS 3401 var vedtatt mellom partene, tok Høyesterett utgangspunkt i punkt 16 om at byggherren har eiendomsretten under byggeperioden. Høyesterett fant det naturlig at byggherren for det beløp han hadde betalt, fikk sikkerhet i de materialene som var innkjøpt og ankommet byggeplassen, jf. hensyn nevnt rett ovenfor. Høyesterett gikk imidlertid videre enn dette, og beveget seg utover entrepriserettens område. Den kom med følgende uttalelse:

”Det kan derfor reises spørsmål om det ikke bør gjelde som en alminnelig regel ved tilvirkningskontrakter – selv om det ikke foreligger uttrykkelig avtale om dette – at byggherren får eiendomsretten til materialer som er tilkjørt byggeplass, når verdien av disse materialer, sammen med det arbeid som er utført, ligger innenfor summen av de avdrag som byggherren har betalt.”

Høyesterett drøfter her om NS-bestemmelsens prinsipp kan anvendes som allmenn regel selv om den ikke er vedtatt som en del av partenes kontraktsgrunnlag. En slik anvendelse ville gjøre at NS-prinsippet får betydning som rettskildefaktor utover entrepriserettens område, på tilvirkningskontrakter generelt. Retten anfører at det er på grunn av de hensyn som tilgodeses av NS-bestemmelsen, at den kan tenkes anvendelig som en så bred regel.

Å anse bestemmelsen for å inneholde et mulig utgangspunkt for et så vesentlig rettsinstitutt, må nødvendigvis innebære at den må gis betydelig vekt som rettskildefaktor i entrepriserettslige forhold.

Noe av grunnen til at Høyesterett foreslår dette kan tenkes å være for å utfylle manglende lovgivning på området.

I denne sammenheng kan det imidlertid være verdt å bemerke Marthinussen m.fl. i kommentarutgaven til NS 8405. Der anses den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405, punkt

40.1, for å være ”i samsvar med de alminnelige regler i større tilvirkningskontrakter” og at bestemmelsen er en ”presisering av gjeldende rett.”⁵⁸

Utover det ovenstående obiter dictum, kan det ikke utledes noe nærmere om hvilken vekt NS 3401 punkt 16 har som rettskildefaktor, all den tid bestemmelsen inngikk i partenes avtalegrunnlag. En videre analyse av bestemmelsen ville dermed gå over i kontraktstolkning.

LB-1999-00117 dreide seg om bygging av tre tomannsboliger i Oslo, jf. ovenfor.⁵⁹ Byggherren hadde engasjert en murer til å utføre våtroms- og flisearbeid. Det forelå ingen skriftlig avtale mellom partene. Da det viste seg flere mangler ved arbeidet, holdt byggherren tilbake deler av vederlaget.

Begge parter anførte NS 3430 til støtte for sine syn. Mureren anførte at han hadde hevningsrett på grunn av byggherrens betalingsmislighold, jf. NS 3430 punkt 34.2.1. Selv om ikke NS 3430 var vedtatt mellom partene, anførte mureren at sistnevnte bestemmelse måtte anses å være kodifisert kutyme.

Byggherren på sin side anførte NS 3430 punkt 25.2 som ga tilbakeholdsrett for beløp til dekning av eventuelle tap som skyldtes entreprenørens mangelfulle arbeid. Byggherren antok at prinsippene i NS 3430 måtte ”legges til grunn som gjeldende entrepriserett.”

Lagmannsretten fant at byggherren hadde rett til å holde betalingen tilbake for å dekke et eventuelt erstatningskrav. Den begrunnet dette direkte i prinsippet som fremgikk av NS 3430. Med dette ble det tatt stilling til partenes anførsler, men utover det gir retten ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor den lot NS-bestemmelsen være avgjørende for den løsning som ble valgt.

⁵⁸ Marthinussen *NS 8405 med kommentarer*. (2010) s. 690.

⁵⁹ Se punkt 4.1.

At byggherren holdt tilbake deler av sin ytelse er imidlertid intet annet enn utøvelse av detensjonsrett, som utspringer fra prinsippet om ytelse mot ytelse.⁶⁰ NS-bestemmelsen blir dermed et støtteargument for det som allerede følger av bakgrunnsretten. Dette må nødvendigvis svekke dens vekt som rettskildefaktor noe.

Noe av grunnen til at det var opplagt for retten å anvende NS-bestemmelsene, var at begge parter anså disse relevante for løsningen av tvisten. En slik anvendelse kan ses i sammenheng med tolkningsprinsippet om partenes felles forståelse. Dette kan tenkes å redusere rettskildevekten NS-bestemmelsene ble tillagt i dette tilfellet.

LB-2003-19361 dreide seg om oppførelse av et tilbygg på en villaeiendom, jf. ovenfor.⁶¹ Oppdraget skulle utføres som regningsarbeid. Noen NS-kontrakt var ikke vedtatt som en del av avtalen. Byggherren anførte at totalkostnadene for tilbygget var blitt unødvendig høye på grunn av klanderverdige forhold på entreprenørens side. Han krevde derfor tilbakebetaling av deler av kontraktsvederlaget. Entreprenøren bestred dette. Ut fra kontraktsgrunnlaget kunne det ikke utledes noen klar anvisning på løsning av tvisten. Lagmannsretten uttalte derfor:

”Avtalen må således fylles ut med alminnelige entrepriserettslige prinsipper.”

Deretter gikk retten videre til å referere til punkt 27.4, annet ledd, i NS 3430.⁶² Ordlyden i bestemmelsen lyder:

”Oppgavene over arbeidstid og materialforbruk anses som godkjente med mindre byggherren skriftlig har fremsatt innsigelse innen 14 dager etter at han mottok dem. Byggherren er likevel ikke senere avskåret fra å påberope seg at de totale kostnader ved regningsarbeider, herunder materialforbruket, er blitt unødvendig høye på grunn av urasjonell drift eller annet uforsvarlig forhold.”

⁶⁰ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. (2011) s. 367-369.

⁶¹ Se punkt 4.1.

⁶² Se NS 8405, punkt 31.4, sjettede ledd.

I den forbindelse uttalte lagmannsretten:

”Da NS 3430 ikke er gjort til en del av kontrakten mellom partene, vil lagmannsretten vise til at bestemmelsen gir uttrykk for et alminnelig prinsipp i entrepriseretten.”

Spørsmålet blir da om retten med ovenstående uttalelse mente at NS-bestemmelsen er å anse som en selvstendig rettskildedefaktor hva angår slik rett til innsigelse, eller om den mente at prinsippet allerede følger av gjeldende, ulovfestet bakgrunnsrett.

Dersom de økte kostnadene skyldtes entreprenørens uaktsomhet, ville han kunne bli ansvarlig for disse på alminnelig culpa-grunnlag. NS-bestemmelsens vekt som rettskildedefaktor ville da blitt redusert til å være et støtteargument for culpa-ansvar. Det synes nærliggende å tolke rettens uttalelse slik.

På den annen side kan man anføre at urasjonell drift i byggeprosjekter ikke nødvendigvis skyldes entreprenørens uaktsomhet. Da kan man anføre at NS-bestemmelsen kan tjene som et mer presist prinsipp som tar særlige entrepriserettslige hensyn med i ordlyden. Dette kan tale for å anse NS-bestemmelsen som et entrepriserettslig prinsipp av rettskildemessig egenvekt.

Det ble også spørsmål om entreprenøren underveis i byggeprosjektet burde ha varslet om de økte kostnadene:

”Når kostnadsoverskridelsene blir så vidt betydelige, er det allikevel et spørsmål om ikke entreprenøren har varslingsplikt overfor byggherren ut fra alminnelig lojalitet i kontraktsforhold. Det vises for så vidt til NS 3430 punkt 27.2, hvor dette prinsippet er kommet til uttrykk. Selv om denne bestemmelsen ikke er inntatt i avtalen mellom partene, må dette anses som et generelt prinsipp i entrepriseforhold.”

Det dreier seg altså om en kodifisering av et alminnelig rettsprinsipp, nemlig lojalitet i kontraktsforhold.⁶³ At NS 3430 punkt 27.2 nedfelte en plikt for byggherre til å varsle om kostnadsoverskridelser fungerte dermed som et støtteargument for det som allerede fulgte av ulovfestet bakgrunnsrett. Lojalitetsprinsippet rammer imidlertid bredt i samfunnet. Det kan derfor tenkes at NS-bestemmelsen ble anvendt med henblikk på klarere å definere lojalitetsprinsippet på entrepriserettens område. Dette i seg selv kan tenkes å gi NS-bestemmelsen en viss egenvekt.

Som det følger av det ovenstående synes domstolene å anse flere punkter i NS-kontraktene for å være en avspeiling av rettslige prinsipper. Her kan man gå tilbake til relevansspørsmålet og spørre om dette betyr at NS-kontraktene ikke har noen selvstendig relevans? Dersom Høyesterett trekker inn NS-kontraktene kun for å understreke et allerede sentralt rettslig prinsipp, betyr det at man egentlig kan klare seg uten i den juridisk argumentasjonen?

At Høyesterett trekker inn NS-bestemmelser må imidlertid være fordi de anses som relevante rettskildedefaktorer på entrepriserettens område. Når dette er slått fast blir spørsmålet hvilken vekt disse bestemmelsene har. Som nevnt i forbindelse med den enkelte dom ovenfor, dreier det seg om en begrenset vekt fordi NS-bestemmelsen er støtteargument for allerede gjeldende rettslige prinsipper. På den annen side kan en kodifisering av et alminnelig rettslig prinsipp danne grunnlag for at det skapes et mer spesifisert entrepriserettslig prinsipp. Det kunne tenkes å medføre at bestemmelsen får større rettskildevikt. Et slikt syn virker imidlertid ikke å være fremhevet i noen særlig grad i rettspraksis.

Av det foreliggende rettskildematerialet kan det imidlertid kun utledes at NS-bestemmelser i stor grad fungerer som understrekelse av allerede gjeldende rettslige prinsipper. I slike

⁶³ Woxholth *Avtalerett*. (2009) s. 324.

tilfeller blir rettskildevekten begrenset, da NS-bestemmelsen ikke gis en selvstendig plass blant bakgrunnsrettens kilder.

5.2.4.2 NS-bestemmelser som gir rimelige løsninger

NS-bestemmelser befinner seg ofte i et samspill med reelle hensyn. Her kan det tenkes situasjoner hvor retten finner grunn til å bruke NS-bestemmelse for å forsterke et argument som egentlig har sitt opphav i reelle hensyn.⁶⁴ Å anføre en NS-kontrakts bestemmelse som støtteargument, kan derfor gjøre at rettens avgjørelse får større juridisk tyngde utad. I slike tilfeller kan man tenke at det ville være mer ryddig å være åpen om at dommen i hovedsak bygger på eksempelvis rimelighets- eller formålsbetraktninger, i stedet for å kamuflere dette.⁶⁵

Motsatt kan det også tenkes at retten bruker reelle hensyn for å underbygge valget av en NS-bestemmelse som rettskildefaktor. Dette kan dermed bety at retten ikke anser standardkontrakten for å inneha den nødvendige rettskildevekt som skal til for å avgjøre saken.

Grunnen til at reelle hensyn og standardkontrakter ofte samspiller som rettskildefaktorer, har sannsynligvis mye å gjøre med at det på entrepriserettens område er vanskeligere å finne veiledning i formell lovgivning. Det er på slike rettsområder reelle hensyn kan spille størst rolle.⁶⁶

I Rt. 1990 s. 59 hadde en leverandør levert stålplater til en entreprenør som oppførte et lagerbygg, jf. ovenfor.⁶⁷ Leverandøren forbeholdt seg salgspant i disse stålplatene. En tid

⁶⁴ Sammenlign dette med Eckhoff, om samme tendens ved bruk av autoritative kilder, *Rettskildelære*. (2001) s. 374.

⁶⁵ Ibid. s. 396-397.

⁶⁶ Andenæs *Rettskildelære*. (2009) s. 57.

⁶⁷ Se punkt 5.2.4.1.

etter at stålplatene var levert på byggeplassen, gikk entreprenøren konkurs. Leverandøren påberopte seg derfor salgspantet overfor konkursboet.

Når det gjelder avtalen om oppførelsen av lagerbygget, var det mellom entreprenøren og byggherren avtalt at betingelsene i NS 3401 skulle gjelde. Etter denne standardens punkt 16 fremgikk det at eiendomsretten til byggematerialene skulle gå over på byggherren idet han betalte dem. Etter NS 3401 punkt 22 skulle betaling skje etter en ordning med delbetalinger underveis i prosjektet. Grunnlaget for størrelsen på delbetalingene var hvilket arbeid som var utført og hvilke materialer som var levert på byggeplassen.

Byggherren og entreprenøren hadde imidlertid avtalt en annen ordning enn det som fulgte av punkt 22. De hadde avtalt at betalingen skulle gjennomføres i tre avdrag. Det var heller ikke spesifisert hvilke arbeidsutførelser og materialleveranser hver av disse tre avdragene skulle dekke. Punkt 22 i NS 3401 var dermed fraveket.

Leverandøren anførte at punkt 16 om eiendomsrettens overgang, forutsatte at betalingsordningen i punkt 22 var fulgt. Da punkt 22 var fraveket, anførte han derfor at eiendomsretten til stålplatene ikke kunne anses å være gått over på byggherren.

Høyesterett tok utgangspunkt i avtalegrunnlagets ordlyd, og stilte spørsmål ved om eiendomsretten hadde gått over på byggherren i medhold av NS 3401, punkt 16. Retten pekte på de reelle hensyn som taler for å anvende en ordning med avdragsbetalinger i entrepriseforhold, og derav følgende overgang av eiendomsrett. Disse hensynene er nemlig at byggherren får sikkerhet i materialene på byggeplassen, samt at entreprenøren dermed får løpende finansiering til byggeprosjektet. Høyesterett uttalte om punkt 16:

”Slik jeg ser det, må denne bestemmelse...også kunne begrunnes ut fra mer alminnelige betraktninger basert på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende i entrepriseforhold.”

Selv om altså partene hadde avtalt en betalingsordning som avvek fra NS-kontrakten, fikk dennes prinsipp om eiendomsovergang likevel anvendelse. På denne måten fungerte altså reelle hensyn som støtteargument for den løsning som følger av NS-kontrakten. Dette kan tale for at NS-bestemmelsen egner seg for en bredere anvendelse enn bare på det konkrete saksforhold.

Som det følger av dommene ovenfor, er kanskje det mest praktiske samspillet mellom reelle hensyn og standardkontrakter der hvor de begge trekker i retning av samme løsning. At anvendelsen av en NS-bestemmelse medfører en rimelig løsning på en tvist, vil være en praktisk harmonisering av rettskildefaktorer.

5.2.4.3 NS-bestemmelser med positivrettslig innhold

For at en NS-bestemmelse skal kunne anvendes som rettskildefaktor må det nødvendigvis dreie seg om en regel som kan gis allmenn virkning. Dette betyr at bestemmelsen må kunne inngå som en del av avveiningen mellom rettskilder, i forskjellige saksforhold. Det er ikke tilstrekkelig at bestemmelsen kun egner seg til konkret anvendelse for en bestemt rettstvist.⁶⁸

Det sistnevnte kan være tilfelle hvor NS-bestemmelsene har et særlig positivrettslig innhold. For eksempel kan en positivisk bestemmelse i visse tilfeller føre til urimelige løsninger, eller gå på tvers av kontraktspartenes felles forståelse av avtalen. Dette taler for at reguleringen av kontrakten på et slikt punkt bør være overlatt til å utformes av kontraktspartene selv.

I det følgende skal det ses nærmere på eksempler fra rettspraksis hvor det har vært spørsmål om hvilken vekt NS-bestemmelser med særlig positivrettslig innhold kan tillegges.

⁶⁸ Se punkt 1.4.

Rt. 1981 s. 445 dreide seg om sprekkdannelse i en forstøtningsmur, jf. om saken ovenfor.⁶⁹ Huseieren valgte å hoppe over et ledd i kontraktskjeden, og saksøkte den tidligere eieren som opprinnelig hadde oppført huset. Mangelskravet ble gjort gjeldende ca. 5 år etter oppføringen. Høyesterett antok at det ikke dreide seg om noe entrepriseforhold, all den tid husbyggeren oppførte huset som privatperson, og videresolgte huset ved en alminnelig privat bolighandel.

Husbyggeren anførte at huseieren hadde reklamert for sent, da det måtte gjelde en absolutt reklamasjonsfrist etter analogi av daværende kjøpslovs § 54. Subsidiært anførte husbyggeren ettårsfristen i NS 3401 punkt 25.7 som kutymefestet rett. I sin begrunnelse avviste Høyesterett analogisk tolkning av kjøpsloven. Videre uttalte retten:

”På bakgrunn av den ankende parts prosedyre finner jeg grunn til å tilføye at heller ikke i entrepriseforhold antas det å kunne oppstilles en eksakt reklamasjonsfrist med hjemmel i kutymefestet rett...”

Ut fra ordlyden i sitatet, var mye av formålet med uttalelsen å ta stilling til vedkommende parts anførsler. Retten gikk imidlertid nærmere inn på hva som kan utledes om bestemmelsen. Retten henviste til Sandviks kommentarutgave til NS 3401, og dennes omtale av reklamasjonsfrister.⁷⁰ Sandvik understreker der at NS-kontrakten på dette punkt ikke er å anse som kodifisert kutyme. Som det fremgår av Sandviks kommentarutgave, var det ansett nødvendig med klare holdepunkter i avtalegrunnlaget for at en så positivistisk bestemmelse skulle kunne gjelde mellom partene.

En absolutt reklamasjonsfrist som allmenn regel, ville få vidtgående konsekvenser for entreprisavtaler. Tatt i betraktning det brede spekter av byggeprosjekter som gjennomføres, kan det være mange særhensyn som taler for å ikke operere med en felles reklamasjonsfrist. Det ville derfor være betenkelig å tillegge en så positivistisk bestemmelse

⁶⁹ Se punkt 4.1.

⁷⁰ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 241.

rettskildemessig vekt. Dessuten taler sterke reelle hensyn, særlig hensynet til forutberegnelighet og notoritet, for at stadfestelsen av en slik absolutt frist enten må være lovgivers oppgave eller opp til partene å avtale.

Dommen i Rt. 1998 s. 656 dreide seg om en entreprenør som skulle oppføre tre boligblokker i totalentreprise, jf. ovenfor.⁷¹ Entreprenøren inngikk avtale med en annen underentreprenør om prosjektering og oppførelse, slik at sistnevnte ble totalunderentreprenør. Fem år etter ferdigstillelse oppdaget byggherren korrosjonsskader på en del av boligblokkenes balkonger.

Med støtte i blant annet rettspraksis, anførte byggherren at den etter subrogasjonsmodellen kunne tre inn i totalentreprenørens krav mot totalundertreprenøren. Byggherren fremsatte derfor sitt erstatningskrav direkte overfor sistnevnte. Totalunderentreprenøren anførte at NS-kontrakten (3401) som gjaldt mellom partene, ikke hjemlet rett til slikt direktekrav.

Høyesterett fant at den rettspraksis som understøttet subrogasjonsmodellen var av for konkret art til at den kunne danne grunnlag for et generelt prinsipp. Deretter uttalte Høyesterett følgende om rettsstilstanden for direktekrav på entrepriserettens område:

”Et direkte ansvar i entrepriseforhold, f. eks. for underentreprenør like overfor en byggherre, må antas å ha stor praktisk betydning...I bransjen har det neppe vært noen fremtredende oppfatning at det generelt skulle være adgang til å reise et slik direktekrav.”

Høyesterett anså altså at det ikke forelå bransjepraksis som tilsa at en adgang til direktekrav skulle gjelde som sedvanerett. I NS 3430, som altså ikke var en del av avtalegrunnlaget, var det hjemlet adgang til direktekrav på visse vilkår. Høyesterett uttalte om denne bestemmelsen:

⁷¹ Se punkt 4.1.

”At man nå har fått en slik standardisert adgang til i visse tilfeller å reise krav direkte, sier etter min oppfatning lite om den adgang som uavhengig av avtale måtte eksistere i kraft av ulovfestede regler.”

Retten vurderte her om direktekrav var å anse som en del av ulovfestet rett, fordi en bestemmelse om dette var nedfelt i NS 3430. Den fant at nedfellelse i en entreprisestandard ikke ga noen anvisning på hva som følger av ulovfestet rett. Dette må nødvendigvis ha sammenheng med at det dreiet seg om en positivistisk bestemmelse. Det ville få brede konsekvenser dersom direktekrav i entrepriseforhold fikk anvendelse som generell regel. Rimelighetsbetraktninger taler for at denne bestemmelsen må vedtas uttrykkelig av partene for at den kan gis anvendelse.⁷² Et obligasjonsrettslig prinsipp om direktekrav bør hjemles i formell lov slik at det kan tilpasses spesifikke forhold som gjør seg gjeldende på det enkelte rettsområde.⁷³ Hensynet til rettsikkerhet og forutberegnelighet taler for dette.

I denne saken ble altså bestemmelsen i standardkontrakten ikke tillagt rettskildemessig vekt som en del av deklarasjonsrett.

5.2.5 Oppsummering av rettspraksis

Som det fremgår av de dommer det er referert til ovenfor, avhenger rettskildevekten i stor grad av hva slags innhold NS-bestemmelsen har. Noen bestemmelser anses å være en del av bakgrunnsretten som et selvstendig argument av egenvekt, mens andre bestemmelser kun anses som understrekelser av det som allerede følger av gjeldende bakgrunnsrett.

Dersom man skal prøve å spore en tendens i rettspraksis, må det være at domstolene er tilbakeholdne med å tillegge NS-bestemmelser en selvstendig vekt uavhengig av andre rettskilder. Eksempelvis er det kun Rt. 1990 s. 59 hvor en NS-bestemmelse har vært ansett for å utgjøre utgangspunktet for hva som følger av bakgrunnsretten.⁷⁴ Et annet tydelig

⁷² Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 24.

⁷³ Se mer om læren om subrogasjon (cessio legis) i Hagstrøm *Obligasjonsrett*. (2011) s. 720-722.

⁷⁴ Se punkt 5.2.4.1.

eksempel på rettskildemessig vekt, er det obiter dictum som finnes i Rt. 1997 s. 1086, hvor visse NS-bestemmelser anses å utgjøre sedvanerett.⁷⁵

Av den foreliggende rettspraksis er det imidlertid ikke eksempler på klar motstrid med andre rettskilder. Dette kan være et tegn på at NS-kontrakter ikke anses relevante for regelslutningen dersom de står i motstrid med eksempelvis formell lov, og derfor utelates helt som juridisk argument i slike tilfeller.

5.3 Juridisk teori

I det følgende skal det redegjøres for det som fremgår av juridisk teori om NS-kontrakters rettskildevekt. Som det følger av det ovenstående er NS-kontrakters bestemmelser tillagt vekt i entrepriserettslige tvister, særlig i vekselvirkning med det som følger av ulovfestet bakgrunnsrett. I dette avsnittet vil det derfor undersøkes om et lignende syn kan utledes av forfattere innenfor juridisk teori.

Noen av forfatterne det her refereres til, skriver generelt om standardvilkår, og ikke spesifikt om entrepriserettslige NS-kontrakter. Det vil derfor også drøftes hvordan disse uttalelser passer overens med slik entreprisestandardene anvendes i praksis.

Blant eldre entrepriserettslig litteratur kan særlig nevnes Sandviks bok ”Entreprenørrisikoen” fra 1966. Det ville være naturlig dersom de oppfatninger om standardkontrakter som rettskildefaktor det der gis uttrykk for, er endret siden den gang boken ble skrevet. Dette gjelder med hensyn til både utviklingen av nye NS-standarder, og den rettsutvikling som finner sted i takt med samfunnet ellers. Av særlige utviklingstrekk kan man peke på at standardkontraktene har gått fra å inneholde mer kortfattede, generelle prinsipper, til i dag å inneholde mer omfattende, detaljerte, og positivrettslige bestemmelser med mindre overføringsverdi.

⁷⁵ Se punkt 5.2.2.

I ”Entreprenørrisikoen” anså Tore Sandvik standardvilkår innenfor entrepriseretten for å være en meget vesentlig rettskilde:

”En realistisk fremstilling av de rettsregler som gjelder for entreprisområdet, vil knapt være tenkelig uten at kontraktsbestemmelsene, og ikke minst standardvilkårene, ofres en bred plass.”⁷⁶

Videre gir han standardvilkårene en mer definert rettskildemessig plass:

”...formålet med de standardiserte vilkårene kan også nettopp sies å være at de skal tjene som deklarasjonsrettsregulering.”⁷⁷

Dette samsvarer med slik NS-kontraktene er anvendt i rettspraksis, der hvor disse ikke er vedtatt som en del av kontraktsgrunnlaget. Der hvor partene har avtalt løsninger som avviker fra NS-kontraktene, vil NS-bestemmelser derfor ikke få anvendelse som rettskildefaktor. Der hvor partene ikke har avtalt avvikende løsninger, vil NS-bestemmelser imidlertid kunne få betydning som rettskildefaktor. Dette gjelder særlig på områder hvor formell lovgivning mangler. I den forbindelse kan eksempelvis nevnes overgang av eiendomsrett ved avdragsbetaling underveis i byggeprosjektet, hvor det er behov for tydelige regler.⁷⁸

Sandvik påpeker også at det i forordet til NS 401 gis uttrykk for at standardkontrakten skal legges til grunn der hvor det ikke foreligger noe formelt kontraktsgrunnlag. Det er verdt å legge merke til at det her dreier seg om NS-kontrakten i sin helhet. Derfor påpeker Sandvik videre at formularet inneholder ”utpreget positivrettslige pregede bestemmelser” som ikke

⁷⁶ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 67.

⁷⁷ I.c.

⁷⁸ Se punkt 5.2.4.1 og 5.2.4.2, under omtalen av Rt. 1990 s. 59.

bør legges til grunn hvis ikke partene har avtalt det.⁷⁹ Tore Sandvik holder likevel fast ved sitt utgangspunkt, og uttaler i det videre:

”...samtidig gir de, hva den rent prinsipielle oppbygging angår, uttrykk for den gjeldende rettsoppfatning i de impliserte bransjer, og vil dermed måtte tillegges en ikke uvesentlig betydning også i kontraktsforhold hvor de ikke direkte er gjort gjeldende.”⁸⁰

Man kan stille spørsmål ved en slik generalisering, av flere grunner:

For det første hevdes det med dette at utgangspunktet er at NS-kontrakten i hovedsak utgjør bransjepraksis. Det kan tenkes at mange aktører i bransjen hadde motsatt seg et slikt syn, til tross for at NS 401 hadde en viss privat og offentlig oppslutning.⁸¹

For det andre er det slik at selv om det har vært enighet under utarbeidelsen av formularet om at standardkontraktens løsninger avspeiler bransjepraksis, er det ikke sikkert NS-kontrakten får den oppslutning man hadde forventet. Dette var eksempelvis tilfellet i med NS 401 A, hvor det var så stor skepsis til å anvende kontrakten at en sammenslutning av byggherrer lanserte en alternativ standard som motreaksjon.^{82 83} At standarden ikke er anerkjent i bransjen gjør den mindre relevant å anvende som rettskildefaktor, og kan svekke rettskildevekten av de bestemmelser som er nedfelt i den.

For det tredje medfører det uforutsigbarhet at ulovfestede regler utarbeidet av private bransjeaktører skal tillegges vekt som rettskildefaktor i avtaleforhold, når disse reglene ikke er vedtatt mellom kontraktspartene.

Som kodifisering av det som faktisk er å anse som bransjepraksis, vil det derimot ikke være så betenkelig å anse NS-kontrakten som deklarasjonsrett. Å rettferdiggjøre

⁷⁹ Se punkt 5.2.4.3 under omtalen av Rt. 1981 s. 445.

⁸⁰ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 68.

⁸¹ *Ibid.* s. 63.

⁸² Om ”Byggherrestandarden”, se *l.c.*

⁸³ Se punkt 4.1 under omtalen av Rt. 1978 s. 1157.

rettskildemessig anvendelse av NS-kontrakten fordi den anses å avspeile bransjepraksis, kan imidlertid tenkes å hvile på et for usikkert grunnlag.

Sandvik kommer da også inn på vesensforskjellen mellom standardvilkår og formell lov, og uttaler:

”Når standardvilkårene her betegnes som en ”rettskilde”, betyr det selvsagt ikke at de tilkjennes en autoritet svarende til den som tilkommer den regulære lovgivning.”⁸⁴

Det slås altså fast at selv om standardvilkårene anses å være en del av den deklarasjonsretts bakgrunnsrett, vil de ikke kunne havne på formell lovs trinnhøyde. Dette svekker altså deres vekt som rettskildefaktor.

Også i kommentarutgaven til NS 3401 kommer Sandvik inn på NS-kontrakter som en del av deklarasjonsrett:

”En annen sak er at det ved utarbeidelsen av NS 3401, på samme måte som ved NS 401 og NS 401 A, er lagt vekt på å formulere regler og prinsipper som det er full enighet om. En vesentlig del av standardens bestemmelser kan således betegnes som kodifisert kutyme, og på de punkter det her gjelder, får dermed standarden betydning som uttrykk for og informasjonskilde om deklarasjonsrett.”⁸⁵

Sandvik betegner altså vesentlige deler av NS-kontraktene som kodifisering av kutyme, og sier direkte at disse bestemmelsene derfor er deklarasjonsrett. Et slikt synspunkt gjør at de aktuelle bestemmelsene tillegges en vesentlig rettskildevekt. Det er nærliggende å anta at Sandviks belegg for å tillegge en slik vekt er større i denne kommentarutgaven enn tidligere. På dette tidspunktet hadde nemlig prinsippene i NS-kontrakten fått enda bedre feste som bransjepraksis.

⁸⁴ Sandvik *Entreprenørrisikoen*. (1966) s. 69.

⁸⁵ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 24.

Spørsmålet blir videre hvordan man skal kunne skille mellom de punkter som er kodifisert kutyme, og de som ikke er det? Sandvik klarlegger dette ved å følge opp sine synspunkter fra ”Entreprenørrisikoen”:

”Samtidig er det likevel på det rene at NS 3401 inneholder en rekke bestemmelser av mer positivrettslig karakter, som ikke kan legges til grunn uten at det foreligger konkret holdepunkt i det enkelte kontraktsforhold.”⁸⁶

I denne forbindelsen nevner han som eksempel på slike positivrettslige bestemmelser, punkt 25.7-9 i NS 3401, om garantitidsklausuler. Etter disse punktene gjaldt en 1 års garantitid, som var en preklusiv frist for reklamasjon. At en slik positivistisk bestemmelse ikke egner seg som rettskildefaktor med vekt av kontraktsrettslig sedvane er fulgt opp i rettspraksis.⁸⁷ Bestemmelsene om reklamasjonstid er da også endret i senere NS-standarder, f. eks. følger det nå av NS 8405 punkt 36 at den absolutte reklamasjonsfristen etter overtagelse er fem år.

Hans Jacob Bull omtaler standardvilkår generelt, men går ikke spesifikt inn på entreprisestandarder. Han anlegger et syn på avtalte standardvilkår som privat lovgivning. Han sammenligner dette med voldgiftsinstituttet, som i privat regi treffer rettskraftige avgjørelser. Videre problematiserer han hvilken rettskildemessig funksjon avtalte standardvilkår har, og hvilken vekt som dermed må tillegges dem:

”Dels er det spørsmål om de avtalte standardvilkårene virker som en slags deklatorisk lovgivning, som kommer til anvendelse også hvor det ikke er uttrykkelig henvist til dem i det konkrete saksforholdet. Dels er det spørsmål om de avtalte standardvilkår setter grenser for hva som kan avtales i det konkrete kontraktsforhold, m.a.o. om de i sin ytterste konsekvens har virkning som preseptorisk lovgivning.”⁸⁸

⁸⁶ Sandvik *Kommentar til NS 3401*. (1977) s. 24.

⁸⁷ Se punkt 5.2.4.3, under avsnittet om Rt. 1981 s. 445.

⁸⁸ Bull *Festskrift til Sjur Brækhus: Lov, dom og bok*. (1988) s. 100.

Når det gjelder spørsmålet om standardvilkår som deklarasjonisk lovgivning, går Bull videre til å oppstille krav til at vilkårene skal få anvendelse der hvor partene ikke har avtalt dem:

”Også uten slike holdepunkter kan det imidlertid bli snakk om å anvende vilkårene som utfyllende bakgrunnsrett. Dette vil typisk gjelde hvor vedkommende standardvilkår har en slik tyngde, fasthet og utbredelse, at det er naturlig å oppfatte dem som et enhetlig uttrykk for gjeldende rett på vedkommende område.”⁸⁹

En slik funksjon for NS-kontrakter i entrepriseretten er praktisk, all den tid de uttrykker løsninger fremforhandlet i bransjen. Det kan anføres at flere av prinsippene i entreprisestandardene oppfyller de krav Bull setter til tyngde, fasthet og utbredelse. Det kan selvfølgelig diskuteres hvorvidt NS-bestemmelsene er enhetlige uttrykk for gjeldende rett, men at flere av dem avspeiler generelle bransjeoppfatninger av en viss oppslutning, må være på det rene.⁹⁰ Dette synspunktet må nødvendigvis gjelde med forbehold om de meget positivistiske bestemmelser, som tidligere er nevnt.⁹¹

Når det gjelder den nærmere fastleggelsen av standardvilkårenes plass i bakgrunnsretten skriver Bull:

”Det vil også være nærliggende å falle tilbake på slike vilkår når alternativet ved fastleggelsen av gjeldende rett enten er en utviklet deklarasjonisk lovgivning, ’alminnelige kontraktsrettslige prinsipper’ eller analogier til andre rettsområder.”⁹²

Ut i fra denne uttalelsen kan man bedre vurdere hvilken rettskildemessig vekt standardvilkårene er gitt. At standardvilkårs bestemmelser kan understøtte slik ulovfestet rett, er det flere eksempler på fra praksis.⁹³ Man kan stille spørsmål ved hvorfor det anses

⁸⁹ Bull *Festskrift til Sjur Brækhus: Lov, dom og bok*. (1988) s. 104-105.

⁹⁰ Se punkt 5.2.1 under omtalen av Rt. 1991 s. 773.

⁹¹ Se punkt 5.2.4.3.

⁹² Bull, *op. cit.*, (1988) s. 105.

⁹³ Se punkt 5.2.4.1 under omtalen av Rt. 1990 s. 59.

”tryggere” å støtte seg til en standardkontrakts bestemmelse, enn å eksempelvis anvende analogi fra formell lov? Det må antas at denne ”tilliten” til standardvilkårene kan spores tilbake til den oppslutning standarden har i bransjen. Der hvor det mangler et avtalegrunnlag mellom to parter, vil det gi en sikrere argumentasjon å bygge på løsninger som i stor grad anerkjennes av bransjeaktørene.

Når det gjelder Bulls spørsmål om standardvilkår kan få preceptorisk virkning, må dette anses å være av mindre relevans for entreprisestandardenes del. Det er på det rene at aktører i byggebransjen ikke er pålagt å anvende NS-kontraktene, og dessuten inneholder disse entreprisestandardene flere utpregede positivistiske bestemmelser som i liten grad eger seg som rettskildefaktor.

Det er imidlertid på det rene at visse prinsipper i NS-kontraktene har vært ansett å ha vesentlig rettskildevikt, men noen ufravikelig karakter for disse bestemmelsene kan ikke sies å være tilfelle.⁹⁴ Kontraktspartene i entrepriseforhold fritt til å avtale løsninger som avviker fra NS-kontraktene.

Som nevnt innledningsvis skriver ikke Bull spesifikt om NS-kontrakter innen entrepriseretten, i denne sammenhengen. Allikevel samsvarer hans beskrivelse av standardvilkår som deklarasjonslov med slik NS-kontraktene har vært anvendt i rettspraksis, se ovenfor.⁹⁵

Hov og Høgberg skriver også generelt om standardvilkår uavhengig av bransje, og går langt i å antyde at slike standarder kan fungere som utgangspunktet for hva som følger av deklarasjonslov. De anfører at uten slike vilkår ville det vært nødvendig med formell lovgivning for å regulere forholdet mellom partene.⁹⁶ Det må da antas at de mener situasjoner hvor standardvilkårene ikke er en del av avtalegrunnlaget, men likevel

⁹⁴ Jf. Rt. 1990 s. 59.

⁹⁵ Se punkt 5.2.

⁹⁶ Hov *Alminnelig avtalerett*. (2009) s. 31.

får anvendelse som rettskildefaktor i den aktuelle tvisten. Hov og Høgberg sammenligner videre standardavtaler med formell lovgivning:

”...i forhold til dette er bruk av standardavtaler ofte en mer fleksibel ordning – det ville praktisk sett være vanskelig å gi deklatoriske lovregler som kunne regulere partenes rettigheter og plikter i like stort omfang som det er mulig gjennom standardavtaler.”⁹⁷

Her peker forfatterne på de rent tekniske hensyn som gjør seg gjeldende i forskjellige fagkretser. Det kan være langt mer praktisk å overlate utarbeidelse av detaljregler om eksempelvis frister og ansvarsforhold, til bransjens aktører. Disse har ofte best kjennskap til de rettslige og faktiske problemstillinger som er aktuelle på deres fagfelt.

Samtidig ville ovenstående uttalelse ikke samsvare så godt med det faktum at NS-kontrakter i entrepriseforhold inneholder flere særlige positivrettslige bestemmelser. Som drøftet tidligere, er det betenkelig å gi disse anvendelse som rettskildefaktor. De tekniske hensyn som taler for å gi slike rettskildemessig vekt, må nødvendigvis vike for hensynet til avtalefrihet og rettssikkerhet. Sistnevnte hensyn kommer da også Hov og Høgberg inn på:

”...når et spørsmål reguleres gjennom standardavtaler og ikke gjennom lov, kan en også risikere en mindre betryggende behandling av reguleringen.”⁹⁸

Videre oppsummerer forfatterne med å foreslå et nokså radikalt syn på standardavtalers vekt som en del av den deklatoriske bakgrunnsrett. De uttaler:

”På denne bakgrunn kan en kanskje si at standardavtalene virker som en slags deklatorisk lovgivning, hvor lovgivningsmyndigheten er delegert til vedkommende bransje.”⁹⁹

⁹⁷ Hov *Alminnelig avtalerett*. (2009) s. 31.

⁹⁸ I.c.

⁹⁹ I.c.

Denne uttalelse må ses i lys av at Hov og Høgberg ikke uttaler seg spesifikt om entreprisestandardene. At standardkontraktene i entrepriseretten i mange henseende kan gis en viss vekt som deklarasjonslov, finnes det imidlertid eksempler på fra rettspraksis.¹⁰⁰

Som en presisering av hvordan standardavtaler utgjør en del av deklarasjonsrett, nevner Hov og Høgberg dessuten at slike kontrakter kan inneholde elementer av kontraktssedvane.¹⁰¹ Dette må anses å være tilfelle for entreprisestandarder, f. eks. funksjonsfordelingen mellom byggherre og entreprenør med dertil hørende risikofordeling.¹⁰² Denne fordelingen kommer blant annet til uttrykk i NS 8405 punkt 11.1-2 om krav til entreprenørens utførelse, og i punkt 19.1-7 som omhandler byggherrens medvirkningsplikt.

6. Formell lovgivning for entrepriseforhold?

6.1 Innledning

Det mangler i dag formell lovgivning som regulerer forholdet mellom byggherre og entreprenør i entreprisekontrakter, der hvor begge parter er profesjonelle aktører. Dette innebærer at partenes innbyrdes rettigheter og plikter i stor grad avhenger av hva som er avtalt mellom dem. Den tradisjon for anvendelse av standardkontrakter som er vokst frem, må derfor ses i sammenheng med dette.¹⁰³

Dersom NS-kontrakter er å anse som en relevant rettskildefaktor på entrepriserettens område, kan man spørre om det ville være hensiktsmessig å lovfeste deler av denne. Dette kan i mange tilfeller være et naturlig skritt å ta, der hvor NS-kontraktenes bestemmelser er å anse som gjeldende ulovfestet rett.

¹⁰⁰ Jf. f. eks. Rt. 1990 s. 59, omtalt under punkt 5.2.4.1.

¹⁰¹ Hov *Alminnelig avtalerett*. (2009) s. 63.

¹⁰² Hagstrøm *Obligasjonsrett*. (2011) s. 333.

¹⁰³ Hagstrøm *Entrepriserett. Utvalgte emner*. (1997) s. 13.

I det følgende vil det derfor belyses hvilke hensyn som kan tale for og i mot å utarbeide formell lovgivning på entrepriserettens område. Utgangspunktet for drøftelsen er at en slik formell lov i hovedsak bør være deklarasjonsrett, all den tid det dreier seg om et rettsområde som skal regulere avtaleinngåelse mellom profesjonelle parter. I slike avtaler er det antatt at partsforholdet er mer jevnbyrdes når det gjelder muligheter for å forstå avtalens innhold, og derved forutberegne sin rettsstilling.¹⁰⁴ Dette taler for at preseptoriske bestemmelser kun skal gjelde i de særlige forhold som kan endre på denne balansen, men at utgangspunktet er deklarasjonsrett bestemmelser.

6.2 Hensyn for lovfesting

For det første taler det for lovfesting, at de rettslige rammene i entrepriseretten ville gjøres mer definerbare. I dag består bakgrunnsretten i stor grad av ulovfestede rettskilder. Dette kan gjøre det mindre klart hvilke rettskilder som er relevante, og hvordan disse bør vektlegges. En formell lov ville gi en klarere rettskildestatus, og være et utgangspunkt for gjeldende bakgrunnsrett. Dette er eksempelvis tilfelle for den någjeldende kjøpslov.

For det andre kan det tenkes NS-bestemmelser i så stor grad har vært anvendt i byggebransjen, at deres innhold har festnet seg som entrepriserettslige prinsipper. Dette innebærer at NS-bestemmelse egner seg som en så generell regel, at gode grunner taler for å lovfeste den. Det ville da overensstemme med rettsoppfatninger i bransjen dersom en slik bestemmelse kom til uttrykk i formell lov.

For det tredje kan formell lov gi entrepriseregler bedre notoritet. Regler i lovs form er allment tilgjengelige og dermed vil hensynet til forutberegnelighet bedre kunne ivaretas. Dersom ulovfestede rettskilder i stor grad regulerer et rettsområde, kan det være vanskeligere for kontraktsparter å forutberegne sin rettsstilling. Grunnen til dette kan være

¹⁰⁴ Woxholth *Avtalerett*. (2009) s. 27-28.

at det blant annet kreves særlig juridisk kompetanse for å få oversikt over hva som kan utledes av ulovfestet rett. På entrepriserettens område ville dette også tjene samfunnsmessige hensyn, da forutsigbare rettslige rammer kan øke incitamentet til inngå forretninger om entreprisprosjekter.

Eksempelvis ville det være praktisk for parter i entreprisekontrakter å få lovfestet prinsippet om eiendomsrettens overgang underveis i prosjektfasen, jf. NS 8405 punkt 40.1. Denne bestemmelsen medfører at eiendomsretten til bygget går over på byggherren etter hvert som arbeidet blir utført. Byggherren får dermed sikkerhet for sine avdragsbetalinger i prosjektfasen, jf. NS 8405 punkt 28.1.¹⁰⁵

For det fjerde vil en formell lov som et rettslig utgangspunkt, kunne skape rettsenhet for entrepriserforhold. Når det da blir behov for å utfylle kontraktens bestemmelser med bakgrunnsretten vil den formelle lov være utgangspunktet. Dette kan gjøre domstolenes avgjørelser på visse områder mer konsekvente, hvilket styrker rettsenheten. Dessuten vil det over tid dannes rettspraksis i tilknytning til den enkelte lovbestemmelse, som kan gi disse et mer definert innhold.

6.3 Hensyn mot lovfesting

For det første kan en deklarasjonslov komme til å få bredere anvendelse ved løsningen av entrepriserettslige tvister, enn det som er ønskelig. Selv om kontraktsparter står fritt til å avtale helt andre løsninger enn det som følger av en slik lov, vil loven nemlig allikevel fungere som utgangspunktet for gjeldende bakgrunnsrett. Der hvor partenes kontrakt er uklar, vil en slik lov måtte tillegges betydelig vekt som utfyllende bakgrunnsrett. Dette kan medføre en risiko for at lovbestemmelsene utfyller avtalens innhold der hvor partene egentlig ikke ønsket at den skulle få anvendelse.

¹⁰⁵ Se punkt 5.2.4.1, under omtalen av Rt. 1990 s. 59.

For det andre kan det være upraktisk med en formell lov, dersom det er behov for jevnlige oppdateringer av bestemmelsene. Teknologisk og kommersiell utvikling i byggebransjen, og derav nye arbeidsmetoder og entreprisereformer, kan gjøre at det blir nødvendig med for eksempel endret ansvars- og risikofordeling mellom entreprenør og byggherre. Det kan også tenkes at økte krav til helse, miljø og sikkerhet får innvirkning på kostnadsrammen for prosjektet, og derfor gjør at bestemmelser om f. eks. betalingsordninger ikke egner seg i samme grad.

For det tredje kan en formell lov bli overflødig, dersom kontraktspraksis viser at ordningene som avtales festes avviker betydelig fra lovbestemmelsene.

7. Avslutning

NS-kontraktens innhold er et resultat av et privat utarbeidelsestiltak, dvs. uten grunnlag i det offentliges vedtagelseskompetanse. Dette gjør at de ikke automatisk kan anses som relevante rettskilder, slik som f.eks. formelle lover. I nærverende avhandling har det derfor vært forsøkt å si noe nærmere om hvilken status NS-kontraktene har som rettskilde, både hva angår relevans og vekt.

Entreprisestandarder anvendes i en avgrenset bransje, og er utformet for å gi aktørene i bransjen et kontraktsrettslig rammeverk. Disse standardene søker å ta entrepriserettslige hensyn i betraktning. At disse reglene får betydning som tolkningsfaktor i kontraktsforhold hvor de ikke uttrykkelig er avtalt, kan derfor være praktisk. Ut i fra rettspraksis kan det se ut som at en slik anvendelse av NS-kontrakter som rettskildefaktor, i en viss grad er tilfelle. Dette varierer imidlertid med hvilket innhold den enkelte NS-bestemmelse har. Visse bestemmelser egner seg som allmenne regler for entrepriserettslige tvister, mens andre etter sitt innhold egner seg bedre som konkrete regler på grunn av sitt positivistiske innhold.

Grunnen til at NS-kontrakter i det hele tatt får anvendelse som rettskildefaktor, kan tenkes å være den manglende formelle lovgivning på området. En entrepriselov ville kunne gjøre

store deler av NS-kontraktene overflødige. Inntil videre er imidlertid NS-kontrakter en vesentlig del av entrepriseretten, hovedsaklig som et kontraktsformular som i stor grad anvendes i byggekontrakter, men delvis også som en del av bakgrunnsretten.

8. Registre

8.1 Bøker

Andenæs, Mads Henry *Kontraktsvilkår*. Oslo, 1989.

Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære*. 2. utgave. Oslo, 2009.

Barbo, Jan Einar *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. Oslo, 1990.

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

Bull, Hans Jacob *Festskrift til Sjur Brækhus: Lov, dom og bok*. Oslo, 1988.

Bull, Hans Jacob *Forsikringsrett*. Oslo, 2008.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.

Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. Oslo, 2012

Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett. Utvalgte emner*. Oslo, 1997

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Oslo, 2011.

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg *Alminnelig avtalerett*. Oslo, 2009.

Hørlyck, Erik *Entreprise*. 6. utgave. København, 2009.

Knophs oversikt over Norges rett. Kåre Lilleholt ... [et al.]. 12. utgave. Oslo, 2004.

Kolrud, Helge Jakob *NS 8405 Kommentarutgave*. Oslo, 2004.

Kristensen, Jørn Terje *Standardkontrakter som rettskildefaktor*. Oslo, 2000.

Lilleholt, Kåre *Avtale om ny bustad*. Oslo, 2001.

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen *NS 8405 med kommentarer*. 3. utgave. Oslo, 2010.

Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

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

Woxholth, Geir *Avtalerett*. 7. utgave. Oslo, 2009.

8.2 Lover og forarbeider

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 10

1997 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr 43

1979 Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) 18. mai 1979 nr 18

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr 27

1980 Lov om pant (panteloven) 8. februar 1980 nr 2

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) 8. juni 1984 nr 59

Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.

NOU 1992:9 Forbrukarentreprise lov.

8.3 Rettsavgjørelser

Høyesterettsdommer Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1978 s. 1157

Rt. 1981 s. 445

Rt. 1984 s. 962

Rt. 1990 s. 59

Rt. 1991 s. 773

Rt. 1997 s. 1086

Rt. 1998 s. 656

Underrettsdommer RG. 1998 s. 909 (Borgarting)

LB-1999-00117

LB-2003-19361

Frostating lagmannsretts dom av 5. desember 1990.

Bodø skifteretts dom av 16. januar 1967

8.4 Standardkontrakter

NS 401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av byggearbeider.

NS 401 A Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygge- og anleggsarbeider.

Referert til følgende punkter:

- 15.1

NS 3401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

Referert til følgende punkter:

- 16
- 22
- 24.3-4
- 25.7-9
- 26

NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

Referert til følgende punkter:

- 25.2-3
- 27.2
- 27.4
- 34.2.1
- 38

NS 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt

Referert til følgende punkter:

- 11.1-2
- 19.1-7
- 28.1
- 31.4
- 34.3
- 36
- 40.1

NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

Norsk Sjøforsikringsplan 1996