

UiO : **Det juridiske fakultet**

NF 07 artikkel 6 i lys av den alminnelige lojalitetsplikten

Kandidatnummer: 631

Leveringsfrist: 25/11 2012

Antall ord: 17737



Innholdsfortegnelse

1	I INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Plassering av emnet.	1
1.4	Hensyn bak lojalitetsplikten i NF art 6: i lys av alminnelig kontraktsrett.	4
1.5	Rettskildebildet: standard kontrakter/ tolkning.	7
1.6	Juridisk teori.	8
1.7	Rettspraksis/voldgift.....	8
1.8	Juridiske kontrakter/kilder som benyttes i oppgaven.	9
1.9	Internasjonale kilder.	10
1.10	Avgrensning.....	10
2	HOVEDDEL.	10
2.1	Partsforholdet i NF.	11
2.2	Rettslig grunnlag for lojalitetsplikten; Ordlyden i NF art 6.	12
2.3	Art 6.1; «Tegninger og Spesifikasjoner»; Undersøkelsens gjenstand, dens form og intensitet.....	13
2.3.1	Undersøkelsesplikten etter NF art 6.1.....	13
2.3.2	«Uoverensstemmelse».....	14
2.3.3	Hva kreves undersøkt etter art 6.1?.....	14
2.3.4	Omfanget av undersøkelsesplikten i art 6.1.	15
2.4	Mer om de «Tegninger og Spesifikasjoner» som inngår i undersøkelsespliktene etter art 6.1.	17
2.4.1	En sammenligning mellom undersøkelsespliktene i NF art 6.1 og NS.....	19
2.4.2	Aktsomhetsplikten etter NF art 6 og NS pkt. 21.....	22
2.4.3	En sammenligning med NF art 6.1 til parallellene i NTK, Logic og Fidic..	25
2.4.4	Andre momenter for å fastlegge innholdet i ordlyden i art 6.1.....	28

2.5	Innholdet i varslingsplikten i art 6.1.....	32
2.6	Undersøkelsesplikten for Leveranser Art 6.2, 1 ledd.	33
2.6.1	Undersøkelsens innhold og intensitet etter art 6.2, 1 ledd.	36
2.6.2	Undersøkelsens innhold og intensitet etter art 6.2, 2 ledd.	37
2.6.3	Tidspunkt for undersøkelse etter art 6.2.....	40
2.6.4	Tidspunkt for varslingsplikten etter art 6.2.....	41
2.6.5	Sammenligning mellom NF art 6.2, annet ledd og parallellene i NS, Logic og Fidic.....	41
3	KONSEKVENSER VED BRUDD PÅ LOJALITETSPLIKTENE I ART 6: PLIKTENES RETTSLIGE BETYDNING.	43
3.1	Konsekvenser ved sviktende varslingsplikten etter art 6.3.	45
3.1.1	Uttrykket «ekstra utgifter» i art 6.3.....	45
3.2	Leverandørens ansvar ved sviktende varslingsplikten etter art 6.3.....	47
3.3	Konsekvensene ved brudd etter art 6.4.....	49
3.3.1	En sammenligning mellom konsekvensene av brudd på NF art 6 og NS....	50
3.3.2	En parallell til konsekvensregulering etter Fidic.	54
3.4	forholdet til art 27; Virkninger av selskapets mislighold.	55
3.4.1	Risikoplassering ved prosjekteringsfeil etter art 6 og art 27; og forholdet til endringsreglene i art 12-16.....	58
3.4.2	Risikoplassering ved naturalytelser etter art 6 og art 27.	61
3.4.3	Leverandørens fremsettelse av endringsordrekrav etter art 27.2.	62
3.4.4	En sammenligning med den tilsvarende bestemmelsen i Logic.	64
	3.4.5 Bakgrunnsrettens regulering.	64
3.5	Manglende varsel og rettighetstap.	65
3.6	Rettsvirkninger på annet grunnlag; Bristende forutsetninger og endringsreglene.	65
4	OPPSUMMERING.	67
5	AVSLUTNING.....	71

1 I INNLEDNING.

1.1 Oppgavens tema.

NF art 6 pålegger leverandøren undersøkelse og varslingsplikter ved svikt i selskapets leveranser. Disse pliktene er langt på vei en kontraktsfestning av lojalitetsplikten. I denne oppgaven vil jeg forsøke å klarlegge hvilke deler av NF art. 6 som inneholder typiske lojalitetsplikter, i hvilken grad disse går lenger enn bakgrunnsretten og om lojalitetsplikten kan supplere art 6 ved å være en tolkningsfaktor. Jeg vil også ta for meg de rettslige konsekvensene ved brudd på art 6, og belyse i hvilken grad konsekvensene er i tråd med lojalitetsaspektet.

1.2 Problemstilling

NF 07 artikkel 6 i lys av den alminnelige lojalitetsplikten.

1.3 Plassering av emnet.

Innholdet i lojalitetsprinsippet etter bakgrunnsretten vil kunne være med på å belyse pliktene i art. 6. Lojalitetsplikten etter den alminnelige kontraktsretten kan være en tolkningsfaktor.¹ I tillegg kan den supplere kontrakten ved å være et selvstendig grunnlag for å pålegge parter rettigheter og plikter.

¹ Jf.Rt.2004s.1256-Rt.2005.s.268

Kjernen i det alminnelige lojalitetsprinsippet er at partene på tilbørlig vis plikter å ta hensyn til den andre kontraktspartens interesser.² Partene i avtalen plikter begge å opptre aktsomt og lojalt.

Prinsippet bærer preg av å være en rettslig standard som er vanskelig å klarlegge presist.³ Det kan løst defineres som subjektive pliktnormer med det formål å ivareta medkontrahtenes interesser i rimelig grad.⁴ Den ulovfestede lojalitetsplikten er en rettslig standard hvor gjennomslagskraften varierer fra sak til sak.⁵

Selv om lojalitetsprinsippet må anses som en rettslig standard er det ikke nedfelt i noen konkret lov i norsk rett. Prinsippet har fått sin forankring og blitt utviklet gjennom teori, rettspraksis og sedvane.⁶ Innholdet av standarden har heller ikke på en klar måte blitt uttrykt av Høyesterett i generell form.

Juridisk teori forklarer standarden som at partene i en viss utstrekning plikter å ta vare på den andres interesse.⁷ Lojalitetsstandarden er svært skjønnsmessig, men i den juridiske teori er det oppstilt visse minstevilkår på bakgrunn av Høyesteretts praksis. Henriette Nazarian formulerer minstevilkårene for at standarden skal komme til anvendelse slik:

"Lojalitetssubjektet må avstå fra å utføre en handling som kan påføre medkontrahtenten negativ effekt, hvis det ut fra medkontrahtentens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å utføre den».⁸

² Thorsen(1993)s.37

³ Ibid.s.36.

⁴ Nazarian(2007)s.195

⁵ Ibid.s.195

⁶ Jf. Rt.1988 s.1078, Selvig s.332–333.

⁷ Nazarian(2007)s.195

⁸ Ibid.s.326

Lojalitetsplikten er en gammel europeisk standard. Prinsippet gjenfinnes også i Tyskland, USA, Italia og Frankrike. Det franske ordet «loyal» stammer fra det latinske ordet «Lex», som betyr lov. I engelsk rett er prinsippet i liten grad anerkjent.⁹ Moderne kontraktslover har kodifisert dette prinsippet i mange relasjoner, men som Hagstrøm skriver, var allerede den fellesnordiske kjøpsloven ansett som utslag av alminnelige prinsipper, og lojalitetsplikten var et av disse.¹⁰

Både handlinger og unnlaterer kan utgjøre brudd på lojalitetsplikten.¹¹ Siden plikten er så tett knyttet til de konkrete omstendigheter, vil en handling eller en unnlaterelse etter sin art kunne være lojal i ett kontraktsforhold, men illojal i et annet. Spørsmålet om lojalitet kan derfor i liten grad knyttes til typen eller arten handling eller unnlaterelse i seg selv.

Det avgjørende etter den alminnelige kontraktsretten er altså om leverandøren kan bebreides for handlingen eller unnlaterelsen. Dette må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av hele forholdet.¹² Det sentrale er om leverandørens opptreden kan karakteriseres som bebreidelsesverdig. Derfor må det ses hen til ikke bare hva som er en god løsning for typetilfellet, men det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor forholdene i det enkelte tilfellet, herunder subjektive forhold, tillegges utslagsgivende vekt. Lojalitetspliktens materielle innhold vil derfor avhenge av de konkrete omstendigheter rundt avtaleforholdet og partenes innsikt.¹³

NF art 6 er et utslag av lojalitetshensynene som et grunnlag for oppstilling av partenes rettigheter og plikter i kontrakten. Innholdet i pliktene må justeres til hvert enkelt kontrakts-

⁹ Brownsword.2006.s.111–138.

¹⁰ Hagstrøm(2003)s.66.

¹¹ Jf.F.eks.Rt.2004.s.1256-Rt.1984.s.28

¹² Nazarian(2007)s.195

¹³ jf.b.la.1987.s.442-Rt.2005s.268.

forhold, hvor blant annet leverandørens kunnskap vil ha betydning for hvor streng normen vil være. Pliktene i art 6 blir derfor kun en retningsangivelse for hvordan leverandøren skal forholdet seg til selskapets leveranser. Bakgrunnsrettens alminnelige lojalitetsplikt er en størrelse som ikke fast. Prinsippene i lojalitetsplikten antas derfor å kunne utgjøre tolkningsfaktorer for det konkrete kontraktsforhold.¹⁴

1.4 Hensyn bak lojalitetsplikten i NF art 6: i lys av alminnelig kontraktsrett.

Formålet med bestemmelsen i art 6 er å pålegge leverandøren en aktsomhetsplikt med hensyn til vurderingen av det som er grunnlaget for hans kontraktsplikter. Leverandøren skal ikke risikofritt kunne utføre sine kontraktsplikter dersom han blir oppmerksom på at det foreligger feil ved selskapets ytelser. Dette er en kontraktsfestning av en alminnelig lojalitetsplikt mellom partene.

Standardvilkår er en forenkling av kontraktsforholdet. Lojalitetsplikten kan begrunnes ut i fra hensynet til forutberegnelighet. Partene har på forhånd fastlagt en ansvars- og risiko fordeling i henhold til leverandørens undersøkelse og varslingsplikter ved sviktende selskapsleveranser. Skulle ansvaret ha blitt fordelt mellom partene etter at feilen var helt konstaterbar, ville dette vært tidkrevende og fordyrende. Tid vil som oftest være en kritisk faktor for begge parter.

Dette er i tråd med den alminnelige kontraktsretten, som også bygger lojalitetsplikten på at den er med på å fremme omsetningens sikkerhet ved at en part kan stole på at hans medkontrahent utfører sine plikter lojalt etter avtalen. Den andre part er dermed fritatt fra å bruke ressurser for å passe på at dette gjøres.

¹⁴ Jf.Rt.1987s.442-Rt.2005s.268

Prinsippet har mest å si i varige avtaleforhold som forutsetter et særlig tillitsforhold mellom partene. Lojalitet og tillitt er spesielt viktig i fabrikkasjonskontrakter, der gjensidighet og samarbeid er helt nødvendig for å nå kontraktmålet. Det er antatt at lojalitetsprinsippet er sterkest i kontraktene som er basert på samarbeid.^{15 16}

En standard man kan oppstille er hva det i hvert enkelt kontraktsforhold vil være rimelig å forvente av medkontrahenten. Uten disse momentene ville kontraktsforholdet være en mer utrygg affære for partene.

Det er viktig at partene opptrer hensynsfullt og oppriktig overfor hverandre. Lojalitetsplikten anses å fremme omsetningens sikkerhet, ved at selskapet kan stole på at leverandøren utfører sine plikter lojalt etter avtalen, slik at det ikke er nødvendig å bruke ressurser for å passe på at dette gjøres.

I en slik begrunnelse av lojalitetsplikten følger også et hensyn om kostnadsbesparelser for kontraktspartene. Verdibesparelseshensyn i form av tapsbegrensningsplikt og omsorgsplikt er noen av de mer sentrale hensyn som er med på å begrunne lojalitetsplikten etter den alminnelige kontraktsretten. Dette gjør seg også sterkt gjellende i NF art 6, noe som fremgår av de rettslige konsekvensene ved brudd på pliktene i bestemmelsen.

Et annet viktig element er NF omhandler store prosjekter, og det er alltid mye penger involvert. Oppfyllelsen av kontrakten kan om prosjektet skal utføres offshore, kompliseres av hav, vær og avstander. Rettekostnadene kan dermed bli uforholdsmessig store. Og det er et betydelig tapspotensiale ved skade og mangler. Disse utgiftene sikres best ved en risiko-fastlegging i forkant av skaden. Det dynamiske aspektet ved fabrikkasjonskontraktene tilsier at endringer vil forekomme. Kontraktene må derfor ha verktøy som raskt tar seg av disse endringene, og plasserer arbeidsoppgaver og risiko.

¹⁵ Dalbak(2007)s.608

¹⁶ I motsetning til de rene spekulasjonskontraktene, der lojalitetsprinsippet nærmest er fraværende.

Partene har grunnleggende ulike interesser i kontraktsforholdet. Leverandøren skal ha penger for utført arbeid, alt annet er stadier på veien dit.¹⁷ Mens selskapet skal ha en ferdig og feilfri kontraktsgjenstand, som et middel for senere å tjene penger.¹⁸ Disse ulikhetene setter sitt preg på utformingen av ansvars- og misligholdsreglene. Selskapets mislighold bør ha konsekvenser som holder leverandøren skadesløs. Mens leverandørens mislighold bør føre til at selskapet får riktige ting til riktig tid, og på den måte holder selskapet minst mulig skadelidende. Disse forskjellene er bakgrunnen for at reglene om selskapets mislighold i art 27.1 er enklere enn ved leverandørens mislighold.¹⁹

Balansen i kontraktsforholdet tilsier at brudd på lojalitetsplikten bør sanksjoneres. Misligholdsreglene bør være av den art at de gjør at det er lønnsomt for leverandøren å oppfylle kontraktsmessig. Videre må de, et stykke på vei, føre til at selskapet holdes skadesløs for det tap leverandørens mislighold påfører det.

De pliktige undersøkelsespliktene i art 6 virker således preventivt. Har ikke Leverandøren undersøkt etter «mangler eller uoverensstemmelser», må han selv ta regningen for de eventuelle konsekvensene dette medfører.

På den andre siden bør leverandørens reparasjonsplikt stå i et rimelig forhold til kontraktens størrelse.²⁰ Forholdsmessigheten bør her eksponere den risikoen som leverandøren tar på seg ved kontraktinngåelsen.

NF består av en omfattende naturalplikt fra selskapets side. Disse naturalleveransene er ofte en forutsetning for leverandørens egen oppfyllelse. Reglene om selskapets mislighold byg-

¹⁷ Kaasen(2006)s.150

¹⁸ Ibid.s.150

¹⁹ Ibid. s 590

²⁰ Ibid.s.586

ger på dette synspunktet.²¹ Leverandøren har også krav på å slippe misligholdsvirkninger, samt bli holdt skadesløs for ekstrakostnader og forsinkelser.²²

Omsorgsforpliktelser i kontraktsforholdet tilsier at det skal lønne seg å ta vare på hverandre i et gjensidig kontraktsforhold. Dersom man ensidig hevder sine egne interesser eller bryter en lojalitetsplikt ovenfor den andre parten må man selv ta regningen for det.

Partsforholdet består av to likevektige parter. Dette fører til at det i utgangspunktet ikke er mildere regler for noen av partene, som det vil være i kontrakter med ulikevektige parter f.eks. bustadsoppføringslova.

Kontrakten uten lojalitetspliktene i art 6 kunne ha gjort NF til en omstendelig affære. Selskapet er avhengig av at deres ytelser blir godt ivaretatt. Kunne det ikke ha stolt på at leverandøren ville opptre så lojalt som kontrakten påla han, ville prosjektene ha vært for risikable. Lojalitetsplikten i NF er hentet fra den alminnelige kontraktsretten. I NF spiller nok lojalitetspliktene en enda større rolle enn i mindre kontrakter, nettopp på grunn av prosjektenes omfang og skaderisiko.

1.5 Rettskildebildet: standard kontrakter/ tolkning.

NF er i norsk rett en omfattende standardkontrakt. Det oppstår likevel situasjoner der kontrakten ikke angir løsning på problemet. Her kommer spørsmålet om hvilken bakgrunnsrett man kan forholde seg til for tolkning og utfylling av avtalen. Det har i juridisk litteratur vært diskutert²³ i hvilken grad NF/NTK faller inn under de deklatoriske bestemmelsene i

²¹ Ibid.s.584

²² Ibid.s.586

kjøpsloven.²⁴ Det er antatt at kjøpsloven vil kunne oppfattes som et uttrykk for mer generelle kontraktsrettslige prinsipper, som kan gis analogisk anvendelse ved tolkning og utfylling av NF.²⁵

Fabrikasjonskontrakter kan inngås særskilt for det enkelte oppdrag. Grunnet kompleksiteten ved større entrepriseoppdrag vil dette imidlertid være en både tid- og kostnadskrevede prosess. Derfor er det utarbeidet standardkontrakter til bruk mellom de forskjellige aktørene, Statoil, Hydro og Norsk industri.

Standardkontraktene er en bransjeoverenskomst. De er et resultat av flere kompromisser mellom de ulike interessene som de forskjellige aktørene i en entreprise representerer. Fabrikasjonskontraktene er en del av den dynamiske kontraktsretten.²⁶

1.6 Juridisk teori.

I mangel av andre kilder vil juridisk teori kunne bidra med forslag til rimelige tolkninger. Vekten av uttalelser i teorien må imidlertid avgjøres ut fra styrken i argumentasjonen.²⁷

1.7 Rettspraksis/voldgift.

Rettspraksis er relevant ved tolkningen av kontraktene på lik linje som ellers i kontraktsretten. Det er begrenset med praksis fra de alminnelige domstolene om

²⁴ Kaasen(2006)s.53

²⁵ Selvig.(2006)s.51-52

²⁶ Se Kaasen(2005)

²⁷ Eckhoff(2001)s.269-271

fabrikasjonskontrakter. Bakgrunnen for dette er at mange tvister enten løses gjennom forhandlinger, eller gjennom voldgift. Voldgiftsdommer publiseres sjelden og vil derfor ha begrenset betydning.

Twisteløsning mellom partene i NF kontrakter må skje raskt på grunn av tidspress og fordi det er mange kontrakter og underleverandørforhold i omløp, som til sammen skal utgjøre det ferdige kontrakts resultat.

Den alminnelige lojalitetsplikten vil bli belyst med rettspraksis.

1.8 Juridiske kontrakter/kilder som benyttes i oppgaven.

NF/NTK 07 (heretter NF/NTK):

NF/NTK er fabrikasjons/totalkontrakt inngått mellom Statoil, Hydro og Norsk industri. Kontraktene skal benyttes for alle kontrakter inngått mellom vedkommende oljeselskap og en NI bedrift ved større oppdrag om fabrikasjon av leveranser til norsk sokkel, jf. protokollen art 1.2 ledd.

NTK 07 benyttes i de større byggeprosjektene der leverandøren skal stå for store deler av prosjekteringen.

NS 8405 (heretter NS):

NS er den grunnleggende juridiske standarden i NS-systemet.

Det vanlige ved bruk av denne standarden er at en byggherre engasjerer en hoved entreprenør. Standarden er utarbeidet for bruk i kontraktsforhold hvor entreprenøren påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for en byggherre. Det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren.²⁸

²⁸ Marthiniussen(2010)s.263

1.9 Internasjonale kilder.

Logic:

Logic er den engelske kontraktstandarden for gass og olje industrien. Det overordnede formålet med kontrakten er å gi føringer på konkurransedyktige retningslinjer innenfor olje og gas på det engelske markedet. Standarden fra 2003 vil bli anvendt for å belyse og sammenligne NF art 6.²⁹

FIDIC standardvilkår:

Disse opprinnelige engelske standardvilkårene, er i dag de mest brukte ved gjennomføring av internasjonale entrepriseoppdrag.³⁰ Fidic Yellowbook er den standarden jeg vil omtale i denne oppgaven. Den omhandler kontraktvilkår for fabrikasjon og levering av mekaniske eller elektriske anlegg, samt oppføring av bygg og anlegg, der prosjekteringen i hovedsak skjer hos oppdragsgiver.

1.10 Avgrensning.

Det avgrenses mot temaer som faller inn under art 4 om leverandørens generelle plikter under kontrakten. Det samme gjelder art 8, om underleveranser og tiltransporterte varer.

2 Hoveddel.

I punkt 2 vil jeg først redegjøre for innholdet i undersøkelsespliktene i art 6.1 og 6.2. Deretter vil jeg belyse varslingspliktene.

²⁹ Engelsk kontraktsrett avviker betydelig fra den norske, man skal derfor være forsiktig med å utfylle NF med engelsk kontrakts tolkning.

³⁰ Nisja(2003)s.302

Videre vil jeg se på konsekvenser ved brudd på art 6, og hvilken rettslig betydning brudd på pliktene representerer (pkt.3).

2.1 Partsforholdet i NF.

Selskapet har i hovedsak tre plikter under kontrakten. Det skal betale leverandøren, levere naturalytelser og prosjektere. Det sentrale i denne oppgaven er selskapets levering av naturalytelser og dokumenter som grunnlag for prosjekteringen.

Leverandøren skal levere det selskapet pålegger han ved sine tegninger og spesifikasjoner. Kontrakten trekker blant annet opp rammer for hvordan og når leveranser og prosjektering skal finne sted, samt fordeler plikter og ansvar mellom partene.

Hovedsakelig er det selskapet som står for prosjekteringen. Leverandøren er bundet til å levere en kontraktsgjenstand som svarer til de tegninger og spesifikasjoner som gjelder på leveringstidspunktet, jf. art 23.1, annet ledd. Dette gjelder uavhengig av hvilken form prosjekteringen gjøres til kontraktsgrunnlag.³¹

I denne oppgaven har jeg den rene fabrikkkontrakten for øyet. Den kjennetegnes ved at selskapet i forhold til leverandøren utfører det vesentlige av prosjekteringen.³² Den motsatte ytterlighet er EPC kontraktene. I disse tilfellene vil Leverandøren stå for den vesentlige delen av prosjekteringen. NF brukes ofte i begge tilfeller, selv om den er utformet med

³¹ Kaasen(2006)s.139

³² Ibid.s.138

tanke på fabrikkasjonskontrakter. NTK er bedre egnet dersom leverandørens prosjekteringsoppgaver er betydelige.³³

Kravene til prosjekteringen innhold vil bli mer utførlig behandlet nedenfor i pkt. 3 om risikofastlegging og konsekvenser ved brudd på art 6.

Den rettslige betydning for partenes plikter i art 6 bygger særlig på fordelene av at man på forhånd fastlegger hvem av partene som skal ha risikoen for feil ved selskapets leveranser. En sviktende leveranse i en fabrikkasjonskontrakt vil eskalere, og må derfor oppdages så tidlig som mulig for at konsekvensene ikke skal bli for store. Ved å tillegge leverandøren lojalitetsoppgaver med påfølgende strenge sanksjoner ved mislighold av pliktene, søker man en sikkerhet for at svikten i selskapets ytelser vil kunne bli oppdaget så tidlig som mulig.

Utgangspunktet er at selskapet selv har risikoen ved leveransen av ytelser. Dette er i tråd med alminnelig kontraktsrett. Foreligger det en svikt i selskapsytelsene modifieres dette utgangspunktet raskt. Art 6 regulerer ansvar og risikofordelingen i slike situasjoner.

2.2 Rettslig grunnlag for lojalitetsplikten; Ordlyden i NF art 6.

Art 6 gjelder der det er noe feil ved selskapets tilveiebringelser av det som det etter kontrakten skal levere til leverandøren. Det kan være alt fra informasjon og instruksjoner, til materialer og annet utstyr. Art 6 pålegger i disse tilfellene leverandøren en handlingsplikt, som ikke er regulert andre steder i kontrakten. Denne handlingsplikten kan tenkes å være et utslag av alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsregler.³⁴

³³ Ibid.s.138

³⁴ Ibid.s.138

Pliktene i art 6 sanksjoneres av at leverandøren pålegges ansvar for kostnader som pliktbruddet medfører. Det bunner altså ut i en risikofordeling for de konsekvensene som svikten i selskapets tilveiebringelser har medført. Svikten fra selskapet har ofte karakter av å være et kontraktsbrudd. Derfor vil art 27.1,2 ledd henge tett sammen med art 6 ved konsekvensene av brudd på art 6.

2.3 Art 6.1; «Tegninger og Spesifikasjoner»; Undersøkelsens gjenstand, dens form og intensitet.

2.3.1 Undersøkelsesplikten etter NF art 6.1.

Art 6.1, første ledd gir pålegg om at «Leverandøren skal søke etter mangler og uoverensstemmelser i «Tegninger og Spesifikasjoner».

Som nevnt innledningsvis er kjernen i det alminnelige lojalitetsprinsippet at partene på tilbørlig vis plikter å ta hensyn til den andres interesser. Det risikofylte ansvaret som påhviler ved denne undersøkelsesplikten er et typisk uttrykk for lojalitetsprinsippet. Leverandøren plikter å opptre aktsomt og lojalt ved mottagelse av selskapets ytelser.

Selskapets «tegninger og spesifikasjoner» utgjør prosjekteringsytelsene. Art 6.1, første ledd gir anvisning på en undersøkelse etter «mangler og uoverensstemmelser» ved prosjekteringsytelsen. Mangelsvurderingen følger de kravene kontraktsbeskrivelsen gir. De er ofte upresist og flytende angitt i dokumentene. Kvaliteten på prosjekteringsytelsen bør gi leve-

randøren det avtalte og rimelige forutsatte grunnlag for hans eget kontraktsarbeid.³⁵ Leverandøren har også krav på at de ulike elementene i ytelsen passer sammen.

2.3.2 «Uoverensstemmelse».

En «uoverensstemmelse» foreligger først når informasjonen i den ene står i motstrid med informasjonen i den andre.³⁶ En innbyrdes uoverensstemmelse er en svikt fra selskapets side.

Både overskriften til art 6, samt ordlyden er taus angående lojalitetsplikten og dens rekkevidde. Art 6 pålegger leverandøren to plikter. For det første må han undersøke leveransene og for det andre må han varsle selskapet om eventuelle svikter ved leveransene. Bestemmelsen gir anvisning på en lojalitetsplikt som baserer seg på en handlingsplikt av en viss kvalitet, hvor unnlatelse av handling vil være illojalt.

2.3.3 Hva kreves undersøkt etter art 6.1?

Det fremgår ikke av art 6.1 hvilke dokumenter som inngår i «Tegninger og Spesifikasjoner».

Pliktene etter art 6.1 gjelder for alle dokumentene som inngår i kontraktens vedlegg E (spesifikasjoner) og vedlegg F (tegninger)³⁷

³⁵ Ibid.s.695

³⁶ Ibid.s.141

³⁷ Jf.art2.1

Art 2.2 henviser til vedleggene som er oppramset i art 2.1, med de eventuelle endringene som er foretatt etter endringsmekanismene i art 12-16. De spontane endringene omfattes således også av undersøkelsesplikten. Selskapet kan ensidig endre vedleggene helt formløst, uten at leverandøren i tide har bedt om å få endringsordre etter art 16.1. Dette innebærer at leverandøren må være på vakt for endringer som medfører at undersøkelsesplikten utvides. Både planlagte og mer impulsive endringer kan forekomme fra selskapets side.

2.3.4 Omfanget av undersøkelsesplikten i art 6.1.

Formålet med undersøkelsen er å avdekke feil. Det er ikke bare «mangler og uoverensstemmelser» som fører til kontraktsbrudd det skal letes etter. Det må kunne legges til grunn at plikten omfatter alle typer feil som kan få en betydning, liten som stor.

Bestemmelsen oppstiller en «skal» plikt. Dette gir anvisning på at søkeplikten alltid må foretas, i motsetning til plikter som angis med vagere ord som f.eks. «kan». Selv om omfanget av undersøkelsen kan variere i de ulike prosjektene, kan leverandøren ikke under noen omstendighet la være å undersøke etter NF art 6.1.

Dersom leverandøren f.eks. mottar spesifikasjoner som tyder på at egnetheten av de spesifiserte skruene ikke vil være den beste, oppstår spørsmålet om han må varsle om dette. Det er ikke gitt at disse skruene fører til et kontraktsbrudd, men leverandøren vet at det finnes bedre egnede skruer på markedet. Spørsmålet er om slike forbedringer omfattes av leverandørens varslingsplikt. Ordlyden legger bare opp til en søkeplikt for å avdekke avvik som kan utgjøre mangler og uoverensstemmelser. Er de spesifiserte skruene uegnede for prosjektet, vil varslingsplikten falle inn under lojalitetspliktene i art 6. Dersom det kun er snakk om en kvalitetsforskjell, er det mer nærliggende at leverandøren skal kunne forholde seg til det selskapet har spesifisert, uten å måtte varsle om bedre alternativer.

Begrunnelser for dette standpunktet kan være at art 6 ikke direkte gir grunnlag for å pålegge en ekstra lojalitetsplikt for ivaretagelse av egnetheten. Så lenge det spesifiserte ikke medfører kontraktsbrudd, bør leverandøren kunne forholde seg til det selskapet har prosjektert. Selskapet kan ha valgt en løsning av andre hensyn, f.eks. kostnadsbesparelser.

På den andre siden kan man muligens tolke art 6 i lys av den alminnelige lojalitetsplikten. Leverandørens bør melde fra dersom han innehar kunnskap om en mer egnet løsning, da dette vil være nyttig for selskapet og for kontraktsresultatet, selv om bruken av de skruene som var spesifisert, ikke hadde ledet til et kontraktsbrudd. Leverandøren er fagkyndig og lojalitetsplikten tilsier at selskapet skal kunne stole på at leverandøren legger all sin viten inn i prosjektet.

På dette punkt går nok den alminnelige lojalitetsplikten lenger enn det som følger direkte av ordlyden i NF art. 6.

2.3.4.1 Hva kjennetegner vanligvis en mangel etter art 6.1?

Ordlyden sier ikke noe om hva som utgjør en mangel. Selskapets svikt kan forekomme ved at tegningene og spesifikasjonene motsier hverandre innbyrdes. Tegningene kan også inneholde uriktige mål eller gi uttrykk for noe som viste seg å være vanskelig å bygge med de ressursene man på forhånd hadde forestilt seg. Opplysningene om sveisbarheten av det påbudte stål kan være feilaktige. Kravene er altså utenfor rekkevidde i henhold til det egnede sluttresultatet som kontrakten anviser.³⁸

³⁸ Kaasen(2006)s.142

2.4 Mer om de «Tegninger og Spesifikasjoner» som inngår i undersøkelsespliktene etter art 6.1.

Ved kontraktinngåelsen får leverandøren oversendt en rekke dokumenter fra selskapet.

Dette er som oftest instruksjoner, spesifikasjoner, beregninger, tegninger, ISO standarder, mv.

Undersøkelseskravene blir ofte listet i vedlegg G. Noen dokumenter kan ligge i grenseland for denne plikten. Dette grensesnittet styres i hovedsak av selskapet selv og kan føre til en vidtrekkende undersøkelsesplikt for leverandøren.³⁹

Mange av dokumentene er bransjestandarder og ISO standarder, som leverandøren forventes å kjenne til. Dette er kjente krav, som leverandøren alltid skal ha kontroll på.

En av de mest tyngende undersøkelsene leverandøren pålegges etter art 6.1 er gjennomgang og kontroll av FEED studiene (Front end engineering design). FEED studiene er store konseptuelle utredninger som selskapet bestiller fra blant annet store leverandørgrupper for å undersøke om prosjektet er mulig og til hvilken kostnad.

FEED studiet fokuserer særlig på de tekniske kravene. I tillegg anslår den grovt investeringskostnaden for prosjektet. FEED pakken brukes som grunnlag for budgivning for gjennomføringsfasen både i NF og NTK. Den benyttes også som basis for prosjekteringen.

Leverandøren må etter art 6.1 sette seg inn i alle dokumentene og spesifikasjonene bak denne studien. Alle dokumenter, tegninger og spesifikasjoner blir en del av vedlegg E og F.

FEED kontrakter vanligvis tar rundt 1 år å fullføre for større mellomstore prosjekter. Størrelsen på studiet er omfangsrikt og det samme er mengden av tekniske utredninger og spesifikasjoner. Foreligger det mangler i studiet vil leverandøren få risikoen dersom han unnl-

³⁹ Norsk industri.(1/11-12)

ter å varsle om feil som han faktisk oppdager. Så er det et spørsmål om leverandøren også har risikoen for feil som burde vært oppdaget.⁴⁰

En full undersøkelsesplikt av denne studien blir sett på som en urimelig stor påkjenning fra leverandørsiden.

Etter norsk rettspraksis er det en tradisjon at standardkontraktenes ordlyd skal stå sterkt.⁴¹ Krav om like inngående undersøkelse, med de samme konsekvensene for disse studiene som ved andre dokumenter fra selskapet, kan tyde på en utvidende tolkning av ordlyden i art 6. En objektiv ordlydsfortolkning av «tegninger og spesifikasjoner» innlemmer ikke uttrykkelig en studie foretatt på konsulentoppdrag. Det er likevel praksis mellom partene at Feedstudien skal gjennomgås på samme måte som «tegninger og spesifikasjoner» etter art 6.1.

Høyesterett har uttalt om tolkning av standardkontrakter at «det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn».⁴² Anvendt på NF kan det tilsi at undersøkelsespliktene for Feedstudien ivaretar hensynet til lojalitetspliktene i art 6. På den andre siden kunne det hende at full undersøkelse her i noen tilfeller vill ha ført til at leverandøren ble pålagt en vel stor undersøkelsesplikt, slike at lojalitetsplikten ville ha blitt uthullet.

⁴⁰ Se pkt.2.3.6

⁴¹ Jf.Rt.2010-961. Høyesterett uttaler at for spørsmål som er regulert av fremforhandlede standardkontrakter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden. Dommen omhandler tolkning av NS 3431 pkt 36.1 sammenholdt med punkt 30.3. Men er relevant da den gir uttrykk for Høyesteretts syn på tolkning av standardkontrakter.

⁴² Jf. Rt-2010-961. Spørsmålet i saken var om entreprenøren hadde tapt sitt krav på innestående som følge av at dette ikke var medtatt i slutfakturaen. Høyesterett kommer enstemmig til at kontraktens ordlyd må tolkes innskrenkende i lys av rimelighetshensyn.

Vanskelige er også spesifikasjonene rundt vedlikeholdskontraktene. I forhold til nybyggskontraktene, kan spesifikasjonene stamme fra mange ulike arbeider som er foretatt av andre leverandører. Standarder og krav vil også ofte ha endret seg med tiden, slik at de gamle arbeidernes spesifikasjoner må gjennomgås i tillegg. Dette omfattes heller ikke av ordlyden i art 6.

Noen av dokumentene kan også være bedriftsspesifikke spesifikasjoner. Selskapet har ofte egne spesifikasjoner, som kan variere i de ulike prosjektene. De vil derfor måtte bedømmes konkret. I noen tilfeller er de kanskje spesielt omfattende og innbyr til andre undersøkelser, enn ved et lignende prosjekt for et annet selskap.

Ofte er mengden av dokumentene og spesifikasjonene kjent for leverandøren før anbudsprosessen. Han kan beregne gjennomgang av dokumentene, i henhold til standarden i art 6, inn i tilbudet. Likevel er det ikke på forhånd mulig å fastlegge nøyaktig undersøkelsens omfang og rekkevidde. Et kjennetegn ved de dynamiske fabrikkkontraktene er at hele prosjekteringen ofte ikke er ferdig ved anbudsprosessen. I tillegg foreligger det vanligvis endringer underveis i kontraktsløpet.

Art 6 gjelder like fullt selv om leveransen ikke fysisk kommer direkte fra selskapet selv. Leverandøren må etter NF, forholde seg til disse leveransene som om de kom direkte fra selskapet selv. Den snevre ordlyden i art 6 nevner ikke disse tilfellene. Likevel er dette vanlig praksis mellom partene i kontrakten.

2.4.1 En sammenligning mellom undersøkelsespliktene i NF art 6.1 og NS.

Systemet rundt undersøkelse og varslingsfrister i NS er bygget opp litt annerledes enn NF. Pkt. 21 inneholder varslingsregler som gjelder for entreprenøren ved eventuell svikt ved byggherrens leveranse og medvirkningsplikt. Den regulerer kun mangler i byggherrens leveranser, ikke svikt ved forsinkelser av hans ytelse.

Pkt. 19.2, første ledd pålegger byggherren å levere de dokumentene som er «nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet». Denne formålstjenlige anvisningen fremgår ikke av NF. Det er en viss begrensning i hva byggherren kan levere av dokumenter som skal inngå som grunnlag for prosjekteringen. Dersom byggherren krever gjennomgang av flere dokumenter enn de som kan tenkes å falle inn under pkt. 19.2, må dette gjøres i særskilt avtale.

Hva som er «nødvendig og egnet» må bedømmes konkret.⁴³ Jo mer omfattende arbeidet er, jo mer omfattende er som oftest prosjekteringen også.

Prosjekteringsplikten omfatter ikke selve utførelsen av de beskrevne arbeider. Den forutsettes å følge av normal bransjepraksis og god håndverksskikk.

Pkt. 21.1, første ledd pålegger entreprenøren allerede «i forbindelse med egen produksjonsplanlegging gjennomgå byggherrens leveranser og annen medvirkning med sikte på produksjon».

Dette innebærer de leveranser og den medvirkningen som byggherren uttrykkelig har risikoen for etter pkt. 19 og pkt. 20.⁴⁴ Hva som ligger i denne gjennomgangen er ikke presisert i ordlyden. En forsvarlig gjennomgang med tanke på produksjonens art og størrelse, bør kunne innfortolkes.⁴⁵

Pkt. 21.1, annet ledd bygger på det grunnleggende skille mellom risiko og funksjonsfordeling i en utførelsesentreprise. Byggherren har risikoen for å utarbeide, samt levere grunnmaterialet, mens entreprenøren har risikoen for å oppføre bygget på grunnlag av byggherrens prosjektering. Risikoen for tegninger og beskrivelser ligger på byggherren, jf pkt. 19.2, andre ledd. Dette er i samsvar med NF, der selskapet også i utgangspunktet har risikoen for å levere mangelfrie ytelser. NF fastlegger ikke dette utgangspunktet uttrykkelig. Forskjellen i tydeligheten i denne funksjonsfordelingen i de to kontraktene er stor. I NS sies det

⁴³ Marthiniussen(2010)s.266

⁴⁴ Ibid.s.290.

⁴⁵ Ibid.s.290

uttrykkelig i hvilke tilfeller byggherren har risikoen for ytelsene og det spesifiseres mer utførlig hva dette innebærer.

Formålet med bestemmelsen er, i likhet med NF, å pålegge entreprenøren en aktsomhetsplikt med hensyn til vurderingen av grunnlaget for sine kontraktsplikter. Dette bygger på det alminnelige prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.⁴⁶

Det følger av pkt. 21.1, annet ledd at varslingsplikten gjelder for både kontraktsdokumentene, tegninger, beskrivelser, beregninger og uegnet prosjektering. Det han skal søke etter er «uoverenstemmelser eller andre feil, eller på annen måte ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen». Entreprenørens undersøkelsesplikt etter NS er klarer fastlagt og ordlyden gir antydning på en bredere undersøkelse enn etter NF. I realiteten innebærer undersøkelsene det samme, da begge bestemmelsene gir anvisning på en omsorgsforpliktelse for den andre parts leverte ytelser.

NS pkt. 21.1, annet ledd kan synes mildere for entreprenøren da flere forhold kan anpasses inn under hva han kan varsle fra om. Samtidig vil den også virke begrensende på undersøkelsesplikten til det som faktisk er oppramset.

NF sin vage og snevre ordlyd har ført til at selskapet har anlagt en linje hvor det opplistes en bred undersøkelsesplikt i vedleggene. Samt at praksis mellom partene også har utviklet seg i den retning at selskapet krever at dokumenter til forstudier og tegninger utført av andre leverandører skal gjennomgås på samme måte.

Pkt. 21.2, annet ledd, er med en mer utførlig ordlyd skrevet på en entreprenørvennlig måte sammenlignet med NF art 6.⁴⁷

Leverandørens plikt til å undersøke om prosjekteringen er uegnet fremgår ikke av NF art.6. Plikten etter NS gjelder i de tilfellene der prosjekteringen ikke vil gi det resultatet som er

⁴⁶ Ibid.s.290

⁴⁷ Se.pkt.4.

ønsket etter byggherrens formål. Entreprenøren må sammenholde prosjekteringen slik den er beskrevet, i forhold til det forventede resultat.

Dette kan sammenlignes med at leverandøren etter NF art 6. må se an til hva formålet med selskapets prosjektering vil være etter art 23.1, for å bedømme om den er i «egnet til det formål den i henhold til Kontrakten er ment å tjene».

NS pkt. 21.1, annet ledd om uegnet prosjektering omfatter også den prosjekteringen som viser seg å være uforsvarlig. Dette kan være forhold som utgjør faremomenter for entreprenøren, men som ikke nødvendigvis fører til at kontraktsgjenstanden får et mangelfullt resultat.⁴⁸ Det er ingen tilsvarende bestemmelse i NF. Det kan vanskelig innfortolkes tilfeller som ikke vil utgjøre en «mangel eller uoverensstemmelse» inn i ordlyden, i samme grad som i NS.⁴⁹

Brudd på bestemmelsen i NS regnes, som et forsettlig kontraktsbrudd, og entreprenøren vil derfor kunne risikere og måtte dekke byggherrens ytterligere kostnader som følger av kontraktsbruddet.^{50 51}

2.4.2 Aktsomhetsplikten etter NF art 6 og NS pkt. 21.

Etter NF art 6.1er leverandøren er pålagt å varsle «dersom mangler og uoverensstemmelser Oppdages». Ved å fastlegge i hvilken grad leverandøren blir ansvarlig for mangler han burde eller rent faktisk oppdaget, kan man få en pekepinn på rekkevidden av lojalitetsplikten i art 6.

⁴⁸ Marthiniussen(2010).s.294

⁴⁹ Dersom det ikke er noe i veien med selskapets ytelser

⁵⁰ Marthiniussen(2010)s.290.

⁵¹ I likhet med NF

Ordlyden i art 6.1 gir ikke alene holdepunkter for at det også skal varsles for feil leverandøren burde ha oppdaget. Isolert sett er det nærliggende å tolke art 6.1 som et krav om at varslingskravet først aktiveres ved faktisk kunnskap. Ordlyden i art 6.3 utdyper videre at leverandøren vil komme i ansvar dersom han ikke har varslet «Selskapet i henhold til art. 6.1 eller 6.2 om mangler og uoverensstemmelser som er oppdaget». Ordet «er» taler for at det stilles krav om faktisk kunnskap, for at leverandøren ikke skal bli ansvarlig for selskapets tap som følge av manglene. Videre følger det enda et krav av art 6.3 «Det samme gjelder dersom slike mangler og uoverensstemmelser burde ha vært oppdaget gjennom Leverandørens kvalitetsstyringssystem eller ved slike undersøkelser som nevnt i art. 6.2». Kravet om at leverandøren «burde ha» oppdaget selskapssvikten peker her kun mot undersøkelsene i kvalitetsstyringssystemet og de visuelle undersøkelsene i art 6.2. Normale undersøkelser etter Art 6.1 er ikke nevnt i denne sammenhengen.

Denne forskjellen i ordlyden er trolig ikke tilfeldig.⁵² Der kravet uttrykkelig er «burde ha» oppdaget, kontra «er» oppdaget, bør dette skjerpe undersøkelsesplikten hos leverandøren.

Likevel er ikke dette så enkelt å fastlegge, da leverandøren etter kvalitetsstyringssystemet kan bli ansvarlig dersom han burde ha oppdaget manglene. Reglene om kvalitetsstyring i art 10 sier ikke uttrykkelig noe om undersøkelsespliktene i art 6. Ordlyden i art 6.3, siste setning gir trolig en anvisning på at dette må være en konkret vurdering hvor bl.a subjektive forhold kan få betydning for hva leverandøren «burde ha vært oppdaget». Den henvisningen som er gjort til de standardiserte kvalitetssikringssystemene i art 10, kan gi en viss pekepinn på hva som «burde» være oppdaget i noen tilfeller. Etter dette vil kravet til kunnskap etter art 6.1 i utgangspunktet aktivere varslingsplikten ved en faktisk kunnskap. I noen tilfeller vil likevel kvalitetssystemet i art 10 tilsi at kravet aktiviseres også der leverandøren «burde ha oppdaget» manglene.

⁵² Ordlyden er videreført fra NF05,6.1,tredje ledd

Etter art 6.2, første ledd skal leverandøren gi varsel om mangler som «er oppdaget» ved de undersøkelsene som er anvist i bestemmelsen. Ordet «er» peker her, som i art 6.1, for et krav om faktisk kunnskap om mangelen. Bestemmelsens annet ledd pålegger også leverandøren en varslingsplikt «straks en mangel oppdages». Også denne ordlyden vil kunne tolkes som at leverandøren rent faktisk må ha oppdaget mangelen. Art 6.3, første setning bruker også uttrykket «er oppdaget», som i art 6.2, første ledd, som taler for faktisk kunnskap.

Tolkningen av art 6.3 inf. kan for art 6.2 også by på usikkerhetsmomenter.

Siste setning lyder «Det samme gjelder dersom slike mangler og uoverensstemmelser burde ha vært oppdaget gjennom Leverandørens kvalitetsstyringssystem eller ved slike undersøkelser som nevnt i art. 6.2.» Spørsmålet blir om denne setningen betyr at aktsomhetsplikten i art 6.2 er «burde ha vært oppdaget», uavhengig av at art 6.2 selv har en ordlyd som tilsier et faktisk kunnskapskrav.

Litteraturen⁵³ gir uttrykk for at leverandøren blir ansvarlig for mangler han burde ha oppdaget etter 6.2.

Art 6 ble endret fra 05 utgaven ved at art 6.1, tredje ledd og 6.2, tredje ledd ble slått sammen i en ny bestemmelse i art 6.3. I 05 utgaven var det kun art 6.1, tredje ledd som hadde et krav om det leverandøren «burde ha oppdaget» gjennom sitt kvalitetsstyringssystem. Av denne grunnen er det mest nærliggende å tolke det som om kvalitetsstyringen kun gjelder undersøkelser etter art 6.1, og at leverandøren blir ansvarlig dersom han ikke varsler for mangler som burde ha vært fanget opp gjennom dette systemet.

For art 6.2 er det mest nærliggende å tolke årsaksplikten som at leverandøren i noen tilfeller vil kunne bli ansvarlig for mangler han «burde ha oppdaget», mens i andre tilfeller vil et krav om faktisk kunnskap være mer riktig. Bakgrunnen for dette er fordi art. 6.2, første og annet ledd lyder «er oppdaget, mens art 6.3 lyder «burde ha vært oppdaget».⁵⁴

Det samme vil kunne gjelde art 6.1, da det er usikkert hva som egentlig vil fanges opp av kvalitetssikringssystemet.

⁵³ Kaasen(2006)s.156

Konkrete omstendigheter som kan skjerpe aktsomhetskravet fra det faktiske til hva han «burde» ha oppdaget, kan være tilfeller der leverandøren både har laget Feedstudien, samt vunnet anbudet. Hans inngående kjennskap til dokumentene, vil her tilsi at lojalitetspliktene skjerpes.

Et slingringsmonn for de konkrete omstendighetene er på den ene siden et godt element for å gjøre lojalitetspliktene i art 6 mer rimelige for leverandøren. På den andre siden blir det et usikkerhetsmoment når ordlyden er såpass uklar, og de konkrete tilfellene varierende. Trolig vil det i en del situasjoner ikke være tid til å vurdere hvilken aktsomhetsgrad som er den riktige. Leverandøren bør ikke ta sjanser her, da risikoen for feiltrinn fører til store konsekvenser.

Etter den alminnelige kontraktsretten er det avgjørende for om handlingen var illojal om leverandørens opptreden konkret sett var bebreidelsesverdig.⁵⁵ Anvendt på denne diskusjonen passer dette utgangspunktet godt. Kontraktslovene⁵⁶ bruker også i noen tilfeller den samme aktsomhetsplikten.⁵⁷

Etter NS pkt. 21.1 er entreprenørens varslingsplikt begrenset til de feil han «blir oppmerksom» på. Det vil si i de tilfeller hvor entreprenøren faktisk oppdager feil i byggherrens leveranse. Det er bare ved en faktisk kunnskap at entreprenørens varslingsplikt aktiveres.

2.4.3 En sammenligning med NF art 6.1 til parallellene i NTK, Logic og Fidic.

⁵⁵ Se.pkt.1.3

⁵⁶ Som er kodifisering av den alminnelige kontraktsretten.

⁵⁷ jf.F.eks.Kjl.§.18.(2)

Ordlyden i NTK art 6. 1 til art 6.4 er tilnærmet lik NF art 6.1 til art 6.4.

NTK har imidlertid en litt annen regulering av de endringer i vedleggene som skjer underveis. NTK art 6.1, annet ledd lyder; «Selskapet er ansvarlig for mangler og uoverensstemmelser som avdekkes... med mindre annet følger av art 6.3». Ordet «ansvarlig» betyr her at leverandøren skal stilles som om feilen ikke hadde vært tilstede.

NF art 6.1 inneholder ikke et lignende uttrykk og er derfor mindre tydelig angående leverandørens ansvar. Ordlyden var tilsvarende i 05 utgavene av NF og NTK. Mye tyder på at det kan være lettere å komme i ansvar for leverandøren etter NTK. Forskjellen i ordlyden er muligens et uttrykk for at risikoen for leverandøren øker ved at han har et større prosjekteringsansvar, som han vanligvis har i NTK.

Logic cl. 7.1 nevner også uklarheter og tvetydigheter som en type feil det skal søkes etter, jf. «errors, deficiencies, omissions, contradictions or ambiguities».

NF art 6 er knapp til sammenligning, hvor leverandørens plikter etter ordlyden begrenser seg til å lete etter «mangler og uoverensstemmelser».

Cl 7.1 har en mer omfattende ordlyd enn NF art 6. Engelsk kontraktsrett har mindre tradisjon for rimelighetsbetraktninger og anerkjenner ikke lojalitetsprinsippet.⁵⁸ Disse forholdene tilsier at ordlyden cl 7.1 tolkes strengere enn NF art 6.1.

Som nevnt ovenfor, må det være klart at leverandøren etter NF også skal lete etter alle typer forhold som kan påvirke byggingen, «constructability». Dette er av hensyn til kontraktens system. Avdekker man slike forhold før byggingen starter forhindrer man at tap eskaleres.

NF går imidlertid ikke så langt som Logic når det kommer til undersøkelses og varslingsplikter.

⁵⁸Jf.pkt.1.3

Etter FIDIC Yellowbook cl 5.1 er det entreprenøren som er ansvarlig for tegninger og spesifikasjoner som utarbeides for prosjektet, jf. første ledd «The Contractor shall carry out, and be responsible for, The design of the Works». Entreprenøren må gå god for de medhjelperne han velger å bruke i utarbeidelsen av dette materialet, og er ansvarlig for deres arbeid ovenfor oppdragsgiveren.

Ved oppstart av arbeidet skal entreprenøren granske arbeidsgiverne krav. Dette inkluderer designkriterier, beregninger og elementer av det som er nevnt i pkt. 4.7.

Innen den fristen som er angitt i anbudsvedlegget, beregnet fra tiltredelsesdato, skal leverandøren varsle «The engineer»⁵⁹ om «any error, default or defect» som finnes i henhold til arbeidsgiverens fastsatte krav.

En varslingsplikt direkte til «the engineer» i stedet for til oppdragsgiveren skiller seg fra både NS og NF.

Etter at «The engineer» har mottatt meldingen fra entreprenøren, skal han avgjøre om det gir grunnlag for justeringer ved endringsreguleringen. Han skal videre varsle entreprenøren om sine funn.

Hvis det kan legges til grunn at entreprenøren burde ha oppdaget feilen, som en erfaren og aktsom entreprenør ville ha gjort, vil han ikke ha krav på endring av fremdriftsplan eller justering av kontraktsprisen. I denne vurderingen må det tas hensyn til prosjektets tidsaspekt og kostnader. Entreprenøren forutsettes å ha gjort tilstrekkelige undersøkelser av oppdragsgivers krav og forutsetninger i tiden før anbudet sendes.

Videre forutsettes det at entreprenøren skal ha satt seg inn i alt av prosjekteringsbeskrivelser som knyttes til de praktiske forholdene på byggestedet, sammenholdt med oppdragsgivers krav. I og med at han selv er ansvarlig for utarbeidelsen av tegningene og spesifika-

⁵⁹ Entreprenørens medhjelper

sjonene er det likevel ikke så unaturlig at det stilles strenge krav til hans kunnskap på dette punkt.

2.4.4 Andre momenter for å fastlegge innholdet i ordlyden i art 6.1.

For å fastlegge ytterligere innhold i uttrykket «mangler og uoverensstemmelser» i NF art 6.1, kan man se hen til hvilke kontraktsplikter som ellers påhviler leverandøren. Større undersøkelser av fagverkskonstruksjoner kan redusere i de tilfellene der leverandøren kun skal sveise mindre komponenter, enn der kontrakten omfatter bygging av en komplisert terminal.

Kontraktssummen kan gjenspeile hvor omfattende leverandørens leting etter «mangler og uoverensstemmelser» bør være. Kaasen uttrykker det slik (Kaasen, 2006) «store rundsummer til engineering i en fabrikkkontrakt med lite prosjektering fra leverandørens side vil under ellers like vilkår tyde på en mer omfattende undersøkelsesplikt enn ellers».⁶⁰ Betaler selskapet godt for en liten prosjekteringsjobb, kan dette gi indikasjoner til leverandøren at han bør foreta en mer omfattende undersøkelse, enn ved en mindre utbetaling for samme type arbeid.

Dette kan ha sammenheng med at en stor utbetaling vil kunne gjenspeile selskapets syn på risikoen ved det foreliggende prosjektet.

Undersøkelsesplikter som er vesentlig større enn det som naturlig følger av leverandørens kontraktsplikter generelt, må ha støtte i kontrakten utover det som er regulert i art 6.⁶¹ Dette synes å følge av kontraktens funksjonsfordeling og system.

⁶⁰ Kaasen(2006)s.149

⁶¹ Ibid.s.149

Grundigheten av undersøkelsesplikten i art 6 er ikke utdypet i kontrakten. Det synes derfor usikkert om det er holdepunkter for å pålegge leverandøren mer enn det den prosjekteringen kontrakten forutsetter at leverandøren skal utføre. Ofte kan det være begrenset til kun å utarbeide byggetegninger, på grunnlag av selskapets ferdige prosjektering. Synspunktet har vært at fordi undersøkelsesplikten er en særlig plikt, så må den strekke seg et stykke utover de arbeidsoppgaver leverandøren er satt til å utføre. Rekkevidden av dette synspunktet er usikkert.⁶² En fabrikkasjonskontrakt stiller store krav til levering av riktig ting til riktig tid og en gjennomgang av alt materialet, vil ikke alltid være hensiktsmessig. På den andre siden er det mer risikabelt å utelate noe fra undersøkelsesplikten etter art 6, siden konsekvensene ved brudd er så store sammenlignet med andre typer kontrakter.⁶³

Art 6.3 henviser i siste ledd til leverandørens kvalitetsstyringssystem, som kan gi en pekepinn på rekkevidden og kvaliteten av søkeplikten etter art 6.1.⁶⁴

2.4.4.1 Begrepet «spesifikasjon» i art 6.1.

En spesifisering kan være alt fra en bruksanvisning til en beskrivelse av en tegning. Ordets betydning er ikke definert i kontrakten. Spørsmålet er om betydningen av ordet i NF gir anvisning på en bred tolkning eller om man kan avgrense betydningen.

I realiteten kan man innfortolke alle dokumenter som følger med tegningene og spesifikasjonene inn i ordlyden til art 6.1, dersom det listes av selskapet i vedleggene.⁶⁵ Dette gjel-

⁶² Ibid.s.150

⁶³ F.eks.NS.8405

⁶⁴ Se også pkt.2.3.7 om dette.

der alt fra innholdsfortegnelser til bruksanvisninger. Dokumenter som kun er ment for «information only» må også undersøkes på tilsvarende måte, ved oppnevning i vedleggene. Ordet «spesifikasjon» blir nok i praksis tolket utvidende i NF. Er det uoverensstemmelse i et dokument som kun er ment for informasjon, kan leverandøren komme i ansvar for ikke å ha oppdaget dette.

Betydningen for leverandøren vil være at han må være nøye med hvert enkelt dokument, uavhengig av hva tittelen lyder. Lojalitetsplikten tilsier at leverandøren må ha gode rutiner for kontroll, da viktig informasjon kan gjenfinnes i ulike dokumenter.

I NTK er det en egen bestemmelse om leverandørens ansvar og risiko for sine egne spesifikasjoner, jf art 7. Denne bestemmelsen har ingen parallell i NF. I NF utfører leverandøren en del av sin prosjektering på basis av grunnlagsprosjektering og spesifikasjoner fra Selskapet. Leverandørens plikter i den forbindelsen behandles etter art 6.

Det samme gjelder et stykke på vei for kontrakter under NTK også. NTK skiller seg fra NF spesielt ved at leverandøren som ledd i anbudskonkurransen utarbeider sine egne spesifikasjoner for løsning av de foreliggende prosjekteringsutfordringene. Spesifikasjonene blir leverandøren kontraktmessig bundet av. Det inntas for det første i kontraktens vedlegg I, jf art 2.1. Leverandøren er videre pålagt å oppfylle de krav som ligger i spesifikasjonene jf art 7, 1 ledd.

Leverandørens spesifikasjon er likevel ikke et statisk dokument.⁶⁶ Det må stadig balanseres mellom behovet for å holde fast ved det man har lovet gjennom spesifikasjonene, og på den annen side behovet for at kontraktsgjenstanden skal oppfylle kontraktens grunnleggende funksjonskrav.⁶⁷

Konsekvensen av dette er at også leverandørens spesifikasjoner er gjenstand for en dynamisk utvikling i løpet av kontraktperioden. For å håndheve denne utviklingen er det inntatt

⁶⁶ Kaasen(2006)s.161

⁶⁷ Ibid.s.161

i NTK art 23.1, bokstav c at leverandøren garanterer at hans spesifikasjon og prosjektering er «egnet for det formål og den bruk dette etter Kontrakten er ment å tjene».

Det følger av art 23.1, bokstav a at dette kravet skal tilfredsstilles gjennom hele kontraktsperioden. Denne forpliktelsen følger av at leverandørens prosjektering styres av formålsangivelsen i Selskapets dokumenter, vedlegg E. Selv om leverandøren har et stort prosjekteringsansvar i NTK kontraktene, er det alltid selskapets formål og ønskede resultat som skal komme først. Leverandøren plikter derfor å korrigere sine spesifikasjoner dersom de ikke samsvarer med formålsangivelsen og selskapets dokumenter. Retteplikten fremgår av art 7.1, annet ledd, annet punktum. Denne retteplikten er en del av leverandørens opprinnelige kontraktsgrunnlag og er derfor ingen «Endring av Arbeidet», jf art 7.1, annet ledd, in fine.

Rettingen av spesifikasjonen er likevel en forandring av kontraktsdokumentene. Leverandøren må derfor varsle Selskapet «uten ugrunnet opphold» om manglene han oppdager i vedlegg I, jf art 7.1, annet ledd, første punktum.

Konsekvensene av manglende eller forsinket varsel fra leverandøren i disse tilfellene reguleres ikke av kontrakten. Selskapet kan pådra seg kostnader som kunne ha vært unngått dersom varsel var gitt på riktig måte. Leverandøren kan tenkes å bli ansvarlig for disse kostnadene på alminnelig kontraktrettslig grunnlag.⁶⁸

Etter dette ser man at regelen prinsipielt er lik bestemmelsen om manglende påbudt varsel om feil ved Selskapets prosjektering etter NF og NTK art 6.3. Men at ansvaret for å rette feilen naturligvis blir forskjellig, da rettingen er en del av leverandørens opprinnelige kontraktsplikt og ikke gir han krav på endringsorde.

⁶⁸ Ibid.s.162

2.5 Innholdet i varslingsplikten i art 6.1.

Art 6 oppstiller ingen formkrav for varselet som kreves. Det spiller ingen rolle hvordan feilen er oppdaget. Det følger imidlertid av art 36.1 at alle varsler skal gis skriftlig, dette gjelder også her. Det er ikke andre krav til innhold i varselet enn en identifikasjon av uoverensstemmelsen. Dette er nødvendig da tiden ofte er knapp. Tunge formkrav her ville ikke vært i tråd med hensynene bak bestemmelsen.

Varslingsfristen er angitt som «uten ugrunnet opphold» etter at han oppdaget feilen. (Pkt. 2.1.4) Ser man hen til at varselet ikke behøver å være spesifikt, så gir dette anvisning på at det ikke er «grunnet opphold» å ta seg tid til grundige utredninger av følger, årsaker og andre hensiktsmessige gjøremål på dette stadiet av prosessen.

Kontrakten angir ikke uttrykkelig når undersøkelsen skal foretas, kun at varselet om «mangler» skal gis «uten ugrunnet opphold». Uten at det er uttrykkelig fastsatt kan ikke selskapet forvente en ubetinget undersøkelse umiddelbart etter levering.⁶⁹ Ofte skal den prosjekteringen som kommer fra selskapet videreutvikles, og ikke benyttes av leverandøren umiddelbart. Dette tilsier også at undersøkelsene kan vente til leverandøren trenger dokumentene i arbeidet.

Leverandøren har en kontinuerlig undersøkelsesplikt, så lenge prosjekteringen ikke er sluttført.⁷⁰

Et annet spørsmål kontrakten ikke regulerer er om leverandøren er fritatt fra varslingsplikten dersom selskapet selv er klar over feilen. Selskapet er ikke pålagt noen varslingsplikt i en slik situasjon. Leverandøren er heller ikke under noen omstendigheter fritatt fra noen varslingsplikt etter ordlyden i art 6.1 – 6.3. Alminnelige kontraktsrettslige synspunkter vil

⁶⁹ Ibid.s.148

⁷⁰ Ibid.s148

tilsi at selskapet ikke kan påberope seg leverandørens manglende varsling i disse tilfellene.⁷¹

I noen tilfeller vil Avtaleloven § 33 kunne være relevant. Vilkåret er at «det maa antages» at mangelen forelå allerede ved tidspunktet for kontraktinngåelsen. Selskapet må også vite at leverandøren ikke kjente til «mangelen».

De tilfellene der verken selskapet eller leverandøren kjenner til «mangelen», men hvor det kan legges til grunn at de «burde» ha kjent til den, er heller ikke løst i kontrakten. Dette kan representere uaktsomhet fra begge parter. Her vil det ikke være naturlig at leverandørens plikter etter art 6 skal gjelde med full styrke. Dette strider imot alminnelige lojalitetssynspunkter. Skadeerstatningslovens regler om skadelidtes medvirkning kan da komme til anvendelse, jf. Skl. § 5-1.

2.6 Undersøkelsesplikten for Leveranser Art 6.2, 1 ledd.

Det er ytelser som er listet i vedlegg G, selskapets leveranser, som skal undersøkes etter art 6.2.⁷² Dette gjelder vedlegg G slik det ser ut til enhver tid, inkludert de endringer som eventuelt er foretatt etter art 12-16.⁷³ Selskapets naturalytelser omfatter materialer og utstyr som leverandøren delvis etter bearbeidelse skal inkorporere i kontraktsgjenstanden

NF bestemmer at leverandøren skal lete etter «mangler». Kvaliteten på hva som utgjør en mangelfri leveranse må behandles konkret. Art 6.2 gir ikke noen anvisning på hva som utgjør en «mangel» i selskapets leveranser. I mangel av uttrykkelig beskrivelse i kontraktens vedlegg, må man falle tilbake på en tolkning og utfylling av kontrakten.⁷⁴

⁷¹ Hagstrøm(2011)s.77.flg.

⁷² Kaasen(2008)s.154

⁷³ Ibid.s.154

⁷⁴ Ibid.s.146

Ordlyden i NS pkt. 19.5 pålegger byggherren en risiko for «kvalitet og anvendelighet» av det han leverer.

Selv om ikke ordlyden i NF art 6.2 pålegger leverandøren en undersøkelse av anvendelighet eller korrekt kvalitet, kan det være nærliggende å innfortolke slike egenskaper av selskapets leveranser inn i ordlyden.⁷⁵ Selv om leveransen er korrekt, kan den føre til et sluttresultat som ikke er kontraktsmessig. Dette vil kunne være en «mangel», som leverandøren må varsle selskapet om etter art 6.2.⁷⁶

Rekkevidden av søkeplikten i NF art 6 strekker seg derfor lenger enn det som kan leses ut av ordlyden.⁷⁷

NS pkt. 19.5 legger risikoen for materialer byggherren bestiller, men ikke selv leverer på byggherren selv.⁷⁸ I bestemmelsens annet ledd, 2 pkt. er det gjort et unntak for byggherrens risiko for anvendeligheten av de navngitte materialene han krever at entreprenøren bruker. Et slikt unntak finnes ikke i NF.

Det er ikke fastlagt i bestemmelsen om risikoen for anvendelighet i disse unntakstilfellene går over på entreprenøren, eller om det er bestillingsstedet for de navngitte produktene som har risikoen. Det er mest nærliggende å legge risikoen for anvendeligheten over på entreprenøren, da det er han som sitter med prosjekteringsbeskrivelsen.

NF art 6 er taus angående hvilken kvalitet undersøkelsene bør holde. Kravene til hvilke standarder ytelsene skal holde følger av art NF 23.1. Kjernen i standarden er at kontrakts-gjenstanden ved levering og i garantiperioden skal svare til de gjeldende «tegninger og spe-

⁷⁵Ibid.s.154

⁷⁶ Det samme gjaldt ved mottakelse av riktige tegninger og spesifikasjoner, som nevnt ovenfor i pkt.2.4.

⁷⁷ Kaasen(2006)s.154

⁷⁸ Marthiniussen(2010)s.278

sifikasjoner», jf art 23.1, annet ledd. Etter art 6.1 skal leverandøren søke etter «mangler og uoverensstemmelser» i selskapets dokumenter. Viser det seg at kontraktsgjenstanden har mangler som kunne ha vært unngått dersom leverandøren hadde overholdt undersøkelse og varslingsfristene i art 6, blir han ansvarlig for «Selskapets Leveranser», jf art 23, 1 annet ledd.⁷⁹

Poenget her er at leverandørens visshet om garantibestemmelsen i art 23 bør gi han intensiv til å sørge for at «selskapets Dokumenter» til enhver tid er uten «mangler og uoverensstemmelser». Selv om leverandøren aldri garanterer for selskapets leveranser, så garanterer han for utførelsen av det arbeidet som består i å inkorporere leveransene i kontraktsgjenstanden. Overholder han ikke sine plikter etter art 6, vil jobben med å rette de eventuelle manglene etter at de er inkorporert, bli mye større. Konsekvensen av ikke å overholde pliktene etter art 6 er at leverandøren blir ansvarlig for ekstra utgifter som selskapet påføres ved at varsel ikke er gitt som pålagt. I realiteten har ikke leverandøren et fullt garantiansvar for selskapet leveranser, men leverandørens ansvar kan etter konsekvensreguleringen bli så stor at den praktiske forskjellen er minimal.⁸⁰

I noen tilfeller står både selskapet og leverandøren for deler av prosjekteringen sammen. Det fremgår også at kravene til leverandørens prosjektering generelt sett skal være «egnet for det formål og den bruk den i henhold til Kontraktene er ment å tjene», jf art 23,1, første ledd. Ofte skal leverandøren bygge videre på selskapets prosjektering. Formålet og bruken må fastlegges ut fra det som selskapet til det punkt har utført. Selskapets del av prosjekteringen er bindende for leverandørens slutføring. Foreligger det her definerte krav som viser seg å være gale, så er det i utgangspunktet selskapets problem.⁸¹ Men også her vil pliktene i art 6 komme inn. Leverandøren skal «søke etter mangler og uoverensstemmelser i selskapets prosjektering».⁸²

⁷⁹ Jf.pkt.3

⁸⁰ Kaasen(2006)s.557

⁸¹ Ibid.s.558

⁸² Ibid.s.558

Denne plikten skjerpes jo mer prosjekteringsarbeid som tillegges leverandøren.⁸³

2.6.1 Undersøkelsens innhold og intensitet etter art 6.2, 1 ledd.

Undersøkelsesplikten i art 6.2 er todelt. Bakgrunnen for dette er en dobbelt sikkerhet for at feil blir oppdaget tidligst mulig.

Art 6.2, 1 ledd pålegger leverandøren en plikt til og «umiddelbart foreta en visuell undersøkelse». Tidsfristen er fra og med mottagelsen av leveransene, og i hvert fall innen 48 t etter at de er mottatt. Bestemmelsen gir uttrykk for en typisk lojalitetsplikt, med pålegg om handling og påfølgende reaksjon dersom situasjonen krever det.

Hensynet bak denne umiddelbare undersøkelsen er trolig at den vil kunne avdekke mangler som på et senere stadium vil kunne eskalere, og dermed påføre flere kostnadskrevenne forsinkelser og prosesser. Selskapet skal også kunne stole på at leveransene deres blir tilstrekkelig undersøkt etter befraktning.

Visuelle undersøkelser med det blotte øyet er enkle og lite kostbare undersøkelser. De vil relativt raskt kunne avdekke synlige skjevheter eller bulker. Dette er i tråd med andre kontraktslover⁸⁴. Det er også hensiktsmessig for leverandøren å undersøke naturalytelsene hurtig, i tiden før produksjon eller bearbeidelse av leveransene kommer i gang.

Pliktens omfang begrenses ved regelen om varsling innen 48 timer. Grundigheten vil nok stort sett avgrenses til de feilene man kan se med det blotte øye.

Undersøkelsesplikten synes avhengig av varens art. Normen er en normal undersøkelse for den type vare, etter den transport varen har vært utsatt for.⁸⁵ Har leveransen en skadet forpakning eller emballasje bør denne inspiseres nærmere, da dette vil gi leverandøren en vi-

⁸³ Ibid.s.559

⁸⁴ f.eks.kjl.§20

⁸⁵ Kaasen(2006)s.154

suell visshet om at leveransen kan være skadet. Har leverandøren kunnskap om at transporten har foregått på humpete vei eller stormfullt hav, og det samtidig er en ømfintlig vare som er levert, bør dette påvirke omfanget av undersøkelsesplikten hans etter art 6.2,1 ledd. Kaasen oppsummerer en generell visuell standard slik; (Kaasen, 2006) «Normalt vil dette i hvert fall innebære en kontroll av antall kolli og generell ytre inspeksjon av emballasje med sikte på å avdekke transportskader (for eksempel stålplater, kabeltrommer.) Gjenstander uten emballasje må underkastes en tilsvarende generell inspeksjon for å konstatere deres alminnelige tilstand (rust, bulker, brekkasje, osv.)»

2.6.2 Undersøkelsens innhold og intensitet etter art 6.2, 2 ledd.

Art 6.2, andre ledd gir anvisning på en grundigere undersøkelse. Ofte har kontrakten beskrevet disse pliktene i vedlegg G.

«Vedlegg G» kan typisk være mer spesifikk angående særegenheter ved den type leveranser som den konkrete kontrakten inneholder. Den kan gi leverandøren informasjon om omstendigheter ved selskapets leveranser som han bør være klar over. Dette kan ha betydning for omfanget undersøkelsesplikten etter art 6.2

Dersom vedlegg G pålegger leverandøren mer omfattende plikter enn det som fremgår av art 6.2, vil prioritetsbestemmelsen i art 2.3 kunne komme til anvendelse. Spesielt dersom det er motstrid mellom det vedlegg G pålegger leverandøren og det som kan utledes av art 6.2.

Art 2.3 bestemmer at artiklene i kontrakten til en hver tid skal gå foran vedleggene ved motstrid. Likevel kan nok ikke art 2.3 tolkes så strengt. Det er antatt at vedlegg G kan skjerpe undersøkelsesplikten etter art. 6.2, uten at dette rammes av prioritetsreglene.

Ordlyden i art 6.2, annet ledd gir en åpning for en slik tolkning, da leverandøren skal «foreta slike undersøkelser som er beskrevet i vedlegg G». Selskapet har en mulighet til å spesifisere undersøkelsespliktene i forhold til det konkrete prosjektet. I dette må det nok kunne ligge et visst slingringsmonn, som i noen tilfeller kan strekke seg ut over pliktene i art 6.

Har kontrakten ikke beskrevet disse pliktene i vedlegg G, så skal undersøkelsen være så grundig som «en samvittighetsfull kjøper» ville ha utført. Ordlyden i art 6.2, annet ledd sier ingen ting om omfanget av undersøkelsesplikten i uttrykket «samvittighetsfull kjøper»⁸⁶.

Uttrykket er en standard inspirert fra alminnelige kontraktslover, f.eks. kjl. § 18 og hvtjl. § 16.

Innholdet i undersøkelsesplikten vil etter NF variere med hvilke type vare som leveres.⁸⁷ Dette er i tråd med den alminnelige kontraktsretten, der vurderingen av medkontrahentens plikter også vil være konkret, og det er de samme momenter som vektlegges for partenes opplysningsplikt som legges til grunn for denne plikten til å se seg for i hver enkelt situasjon.⁸⁸

Videre kan leverandøren ha en tidligere erfaring med den nåværende type leverte vareslag. Dette kan være et holdepunkt for at leverandørens samvittighetsfulle undersøkelse bør kunne oppdage en «mangel» på samme måte som ved forrige leveranse. I hvert fall bør han undersøke på tilsvarende måte som ved tidligere tilsvarende leveranser. Dersom en leverandør har spesielt god innsikt innenfor et spesielt område, for eksempel en type stål, bør hans samvittighet angående undersøkelsen være større enn hos en som ikke har noen særlig erfaring med denne typen stål. Dersom en gjenstand har vært fraktet på en måte som kan ha medført en transportskade og leverandøren har kunnskap om dette, bør undersøkelsen utvides tilsvarende.⁸⁹ Det samme bør gjelde der utseende på emballasjen eller der godset uten forpakning gir holdepunkter om at den har transportskader.

⁸⁶ Jf.pkt.2.5.2.1

⁸⁷ Kaasen(2006)s.155

⁸⁸ jf.Rt.1959.s.581-Rt.2005.s.257

⁸⁹ Kaasen(2006)s.155

Dersom noen type leveranser er skjøre eller vanskelig utskiftbare kan dette tilsi at en mer utførlig undersøkelse påkreves.

I noen tilfeller må man også avveie kostnadsspørsmål ved undersøkelsene. Selskapet kan ikke alltid forvente at leverandøren skal rigge en pumpe for prøvekjøring, selv om det er klart at en eventuell mangel først vil vise seg ved prøve kjøring, når det er montert sammen med andre innmonterte moduler.

2.6.2.1 Begrepet «Samvittighetsfull kjøper» i art 6.2, annet ledd.

Uttrykket «Samvittighetsfull kjøper» gir en anvisning i retning kjøpslovene⁹⁰, hvor partene ofte består av en svak og en sterk part, hvor en av partene er fagkyndig. Begrepet peker i retning av at lojalitetsplikten til leverandøren i hvert fall skal tilsvare den lojalitetsplikten som en kjøper har etter den alminnelige kontraktsretten.

Det kan stilles spørsmål om hvorfor dette kjøpsrettslige uttrykket er benyttet i art 6.2. NF er en kontrakt med relativt likeverdige parter. Ordlyden kan muligens tale for at dersom selskapet ikke tydelig har fastlagt undersøkelser i vedlegg G, kan den alminnelige lojalitetsplikten benyttes som tolkningsfaktor og til å utfylle lojalitetsplikten.⁹¹

Uttrykket er ment som en oppfordring til at leverandøren skal ha ansatte som er fagkyndige nok til å foreta de undersøkelsene som er påkrevd for de aktuelle leveransene.⁹² «Samvittighetsfull» peker i retning av at leverandøren har ansatte med den rette bakgrunn, erfaringer og kvalifikasjoner.

NS inneholder ingen tilsvarende bestemmelse.

⁹⁰ Jf.f.eks.kjl.§31

⁹¹ Se pkt.1.3

⁹² Norsk industri (1/11-12)

Utrykket er muligens noe misvisende. Formålet med begrepet er antagelig å fastlegge en viss minimumsstandard på undersøkelsen dersom den ikke er klargjort av selskapet i vedlegg G. Det kunne ha vært mer hensiktsmessig med et uttrykk som ga anvisning på en god nok faglig standard på leverandørsiden.

2.6.3 Tidspunkt for undersøkelse etter art 6.2.

Den visuelle undersøkelsen etter art 6.2, første ledd er som nevnt angitt med en «umiddelbar» undersøkelsesplikt, og en 48 timers varslingsfrist etter mottagelse av leveransene.

For den grundigere undersøkelsen etter art 6.2, annet ledd fremgår det at leverandøren «deretter, innen rimelig tid, og ikke senere enn den frist som er nevnt i Vedlegg G» skal undersøke slik vedlegg G pålegger.

Det fremgår her av ordlyden at vedlegg G stort sett inneholder en frist for hva som er «rimelig tid» for undersøkelse i det konkrete tilfellet. Her vil nok arten av leveransene være en relevant faktor hva som er rimelig i hvert enkelt tilfelle.

Vedlegg G burde ikke kunne gi selskapet mulighet til å pålegge leverandøren en alt for omfattende undersøkelse, innenfor urimelige korte tidsfrister.⁹³ Dersom undersøkelsene er omfattende, bør den rimelige tidsfristen utvides tilsvarende.⁹⁴

Henvvisning til hvordan en «samvittighetsfull kjøper» ville ha undersøkt får betydning også her.⁹⁵ Arten av selskapets leveranser kan gi en «samvittighetsfull kjøper» mulighet til å rasjonalisere undersøkelsesarbeidet ved å slå sammen undersøkelser der det er naturlig.⁹⁶

⁹³ I så fall burde det gjøres ved hjelp av endringsreglene.

⁹⁴ Som nevnt vil artiklene i NF i noen tilfeller gå foran vedleggene ved motstrid, jf. art 2.3.

⁹⁵ Kaasen(2006)s.155

⁹⁶ Ibid.s.155

2.6.4 Tidspunkt for varsling etter art 6.2.

Det fremgår av art 6.2, annet ledd at «Leverandøren skal gi Selskapet varsel straks en mangel oppdages». Dette indikerer at Leverandøren plikter å melde fra om den oppdagede «mangelen», uten å bruke mer tid enn det som er nødvendig, for å signalisere et varsel som er kontraktsmessig. Fristen er tilsvarende «uten ugrunnet opphold» i art 6.1.⁹⁷

Varslets form og innhold etter art 6.2, 1 og 2 ledd er lik den som følger av art 6.1.⁹⁸⁹⁹

Oversittelse av disse fristene bringer leverandøren i ansvar, jf art 6.3. Etter art 6.2 kan leverandøren i noen tilfeller også bli ansvarlig selv om han ikke faktisk oppdager «manglene». Dette gjelder dersom han «burde ha oppdaget» manglene, jf. art 6.3. Se punkt 2.3.6 om denne diskusjonen.

2.6.5 Sammenligning mellom NF art 6.2, annet ledd og parallellene i NS, Logic og Fidic.

Det fremgår at varslingsfristen for leverte materialer ellers er «uten ugrunnet opphold», jf pkt. 21.1.annet ledd, jf pkt 19.1, tredje ledd. Det vises til drøftelsen ovenfor i pkt. 2.4 om dette.

Sammenlignet med LOGIC, så pålegges leverandøren der en større risiko ved manglende varsling ved sviktende selskapsleveranser, enn etter NF. Det fremgår av cl. 5.2 at leverandøren har tre dager på seg til å varsle selskapet om uoverensstemmelser eller skader (any discrepancy or damage) ved leveransene. Videre bestemmer art 5.2 at ved manglende vars-

⁹⁷ Ibid.s.155

⁹⁸ Ibid.s.155

⁹⁹ Jf.2.3.5

ling angående en slik «discrepancy or damage» ved leveransene, så skal varene ansees som om de var levert i en feilfri tilstand («delivered in a complete and undamaged state»).

Dette gjelder dersom undersøkelser kunne ha avdekket manglene («to the extent that any discrepancy or damage could have been discovered by a visual inspection»).

Leverandøren kommer her i ansvar for manglende oppdagelse og varsel for enhver mangel. Dette gjelder uavhengig av ansvarsfordelingen i cl. 22.2.

Denne kontraktsreguleringen gir en lite leverandørvennlig bestemmelse. Sammenholdt med den engelske kontraktstolkningen som er firkantet og gir lite rom for skjønn, er dette en vidtrekkende regulering for leverandøren.

Logic cl. 7.1 bestemmer at leverandøren skal varsle selskapet om enhver omstendighet som etter hans mening kan utgjøre «deficiencies, omissions, contradictions and ambiguities» i kontrakten. Det samme gjelder strid med annen aktuell lovgivning. Undersøkelsesplikten gjelder for alle deler som inngår i kontrakten. Dette er en bredere undersøkelsesplikt sammenlignet med NF. Undersøkelsesfristen er «uten ugrunnet opphold», i likhet med både NF og NS.

Selskapet skal undersøke feilene, for så å gi leverandøren nødvendig instruks om hvordan han skal forholde seg. Leverandøren skal ikke utføre arbeid før han mottar en instruks fra selskapet. Instruksen gis derfor som oftest raskt for å forhindre ytterligere forsinkelser.

Dersom instruksen påfører leverandøren mer arbeid eller ytterlige kostnader enn det de opprinnelige kontraktspliktene påla han, har han etter cl. 7.1 krav på endringsordre etter cl. 14. Bevisbyrden for disse ekstra kostnadene og/eller arbeidet ligger på leverandøren, jf. cl. 7.1, inf.

Etter cl. 14.1 har selskapet en videre adgang til å pålegge leverandøren endringer i arbeidet enn det som fremgår av ordlyden i NF art 12.1.

Leverandøren har også en plikt til å iverksette det endrede arbeidet så straks han får beskjed om det, selv om det ikke er klarlagt hvordan han vil stilles i henhold til justeringer av frem-

driftsplan og kostnader, jf. cl. 14.1, b. Dette kan være risikabelt for leverandøren, da han ikke kan være sikker på å få dekket alt som endringsarbeidet pålegger han.

Ser man hen til Fidic Yellowbook cl. 4.20, så bestemmer dens første ledd at oppdragsgiveren skal gi entreprenøren tilgang til alt av hans materialer og utstyr, som er nødvendig for å utføre det avtalte oppdraget. Dette gjelder dersom partene ikke har avtalt.

Oppdragsgiver skal for egen risiko og kostnad, overlevere disse materialene innen den tid og det sted som er angitt i kontrakten. Entreprenøren skal deretter visuelt inspisere dem, og straks gi melding til «the engineer» om mangler, defekt eller feil i disse materialene, jf. tredje ledd.

Denne reguleringen er lik som etter NF og NS. Den part som leverer ytelsene har i utgangspunktet risikoen for den. Entreprenøren blir pålagt en undersøkelsesplikt, med en påfølgende kort varslingsplikt for eventuelle svikt i ytelsene.

Ved materialleveranser fra byggherren til entreprenøren etter NS, stiller ikke pkt. 19.5 krav om at entreprenøren skal søke etter mangler i materialene. Varsling- og søkeplikten fremgår imidlertid av pkt. 21.1, første og tredje ledd. Etter bestemmelsens første ledd skal entreprenøren «gjennomgå leveranser og annen medvirkning» allerede ved produksjonsplanleggingen. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i NF. Pålegget om denne plikten kan bidra til å forhindre feil som kan eskalere senere.

3 Konsekvenser ved brudd på lojalitetspliktene i art 6: Pliktenes rettslige betydning.

Bestemmelsene om leverandørens undersøkelse og varslingsplikter etter art. 6.1 og 6.2, må sees i lys at selskapet har plikt til å kompensere leverandøren for konsekvensene av svikt i selskapets ytelser. Den grunnleggende sammenhengen mellom disse bestemmelsene er at

følgene ved de sviktende selskapsytelsene, forsøkes minimalisert ved å pålegge leverandøren forholdsvis strenge plikter til undersøkelse og varsling om «mangler og uoverensstemmelser» han finner.

Dette er i tråd med den alminnelige kontraktsretten, hvor man også benytter lojalitetsprinsippet til å foreta en modifisering av læren om risiko for egne forutsetninger ved en eventuell irregulær utvikling av kontraktsforholdet.¹⁰⁰

NF skiller seg imidlertid fra den alminnelige kontraktsretten ved at brudd på lojalitetspliktene i art 6 ikke sanksjoneres av de vanlige forsinkelse- og mangelsbestemmelsene i NF. Brudd på art 6 reguleres kun av art 27. De fleste kontraktslovene er kodifisering av den alminnelige kontraktsretten og vil som oftest kunne sanksjoneres etter forsinkelse og mangelsbestemmelsene.¹⁰¹

Systemet i NF er lagt opp slik at selskapets ansvar for kontraktsbrudd og risiko for forutsetningssvikt modifiseres, dersom leverandøren ikke overholder pliktene etter art 6. Dette fremgår av art 27. 1, annet ledd, inf.¹⁰² Videre kan leverandøren også bli erstatningsansvarlig for det tap selskapet lider som følge av manglende varsel om «mangler» han burde ha oppdaget, jf art. 6.3.

Dette gjelder både økonomisk tap, samt tap av rettigheter og garantier. Konsekvensene for leverandøren kan være vidtrekkende. Konsekvensene kan sies å være et incentiv til å oppfyllelse av undersøkelses- og varslingspliktene i art 6.

¹⁰⁰ Jf.f.eks.kjl.§.18

¹⁰¹ Jf.f.eks.kjl.§31

3.1 Konsekvenser ved sviktende varsling etter art 6.3.

Art 6.3 regulerer følgene av at leverandøren ikke gir varsel, eller varsler for sent. Leverandøren vil kunne komme i ansvar, jf art 6.3 eller tape sine rettigheter, jf art 27.1 annet ledd.

3.1.1 Uttrykket «ekstra utgifter» i art 6.3.

Det er kun de «ekstra utgiftene» selskapet påføres, som skal dekkes av leverandøren. Betydningen av uttrykket «utgifter» etter art 6.3, fremgår ikke av ordlyden. Kaasen skriver (Kaasen, 2006) «Utrykket «utgifter» må i denne forbindelsen oppfattes synonymt med «kostnader». Det omfatter så vel «out of pocket costs» som interne utgifter, eksempelvis til administrasjon – også ikke prosjektavhengige kostnader».

Dette er en ganske vidtrekkende betydning av ordet «utgifter».

Uttrykket snevres imidlertid inn ved at «utgiftene» i tillegg må være «ekstra». Her må de «ekstra utgiftene» sammenlignes med utgifter selskapet ville ha hatt som følge av feilen, dette gjelder forutsatt av at leverandøren varslet i tide.¹⁰³ De utgiftene som feilen i seg selv forårsaker er selskapets egen risiko,¹⁰⁴ forutsatt at leverandøren i tide ber om at det utstedes en VO, jf. art 14-16.

Foreligger det sviktende varsling fra leverandøren om et forhold som ikke ville ha ført til handling fra selskapets side, så vil neppe utgiften bli «ekstra»

¹⁰³ Kaasen (2006) s 152

¹⁰⁴ Ibid. s 152,

De «ekstra utgiftene» må videre stå i forbindelse med arbeidet. Kravet om årsakssammenheng dekker derfor f.eks. ikke administrasjonsutgifter uten en spesiell sammenheng med kontraktsarbeidet. Dette er en begrensning mot de utgiftene som måtte oppstå ved andre kontrakter. Skulle forsinkelsen påføre «knock –on» effekter i andre kontraktsforhold, vil dette være utenfor årsakssammenhengen og leverandørens dekningsplikt etter art 6.3.¹⁰⁵ Et indirekte tap vil også falle utenfor etter art 32.1

Dette er i tråd med erstatningsregler i alminnelig kontraktsrett. Det økonomiske tapet må være adekvat og stå i årsakssammenheng med skaden.

NF 05 skilte art 6.1, tredje ledd og 6.2, tredje ledd på hvilke tapte «utgifter» leverandøren svarte for som følge av manglende varsling om «feil». Etter art 6.1, tredje ledd var det kun «direkte ekstra utgifter i forbindelse med arbeidet» som skulle bæres av leverandøren. Etter art 6.2, tredje ledd het det at «ekstra utgifter i forbindelse med arbeidet..» skulle bæres av leverandøren. Ordet «direkte» i art 6.1, tredje ledd pekte i retning av at det var et ekstra krav om en nær forbindelse mellom selskapets utgift og den manglende eller sene varslingen fra leverandøren. Adekvanskravet etter NF 05, om at kun en utgift som var nærmest en påregnelig følge av den sviktende varslingen skulle dekkes av leverandøren, er ikke videreført i NF 07 art 6.3. Nå er konsekvensene av sviktende varsling etter art 6.1 og 6.2 likestilt i NF 07. Selv om ordet «direkte» er fjernet i 07 utgaven vil leverandøren aldri svare for et indirekte tap, jf. art 32.1, som avskjærer alle typer indirekte tap for begge parter.

¹⁰⁵ Ibid.s.152

3.2 Leverandørens ansvar ved sviktende varsling etter art 6.3.

Etter 6.3 er ikke Leverandørens ansvar kun begrenset til selskapets «utgifter». Det fremgår av ordlyden at Leverandøren også skal dekke selskapets tap dersom det mister rettighetene eller garantier ved manglende varsel. Dette er en viktig fordeling av ansvaret da selskapets leveranser ofte er anskaffet fra andre leverandører.¹⁰⁶ Selskapet blir således bare en mellomleverandør for leveransene. Undersøkelses og varslingspliktene har derfor en større betydning enn bare å oppdage «mangler og uoverenstemmelser» for den nåværende kontraktsmessigheten. Leverandøren må undersøke og varsle for at selskapet skal ha sine garanti og reklamasjonsrettigheter i behold. Varsler leverandøren for sent, eller unnlater varsling, vil han kunne holdes ansvarlig for selskapets tap ved ikke å kunne gjøre garantitiden gjeldende.¹⁰⁷ Dette er selvfølgelig forutsatt av at tapet ikke ville ha oppstått dersom leverandøren hadde gitt varsel i tide. Leverandøren plikter ikke her å dekke mer enn det tap selskapet har som følge av utløpt garanti og reklamasjonstid.¹⁰⁸

Samtidig så kan art 6.3 innebære at Leverandøren må dekke alle kostnadene med utbedring av «mangelen» eller foreta dekningskjøp.¹⁰⁹

Leverandørens ansvar for å dekke både ekstra utgifter, rettigheter og garantier etter art 6.3 er en konsekvens av lojalitetsprinsippet, og er i tråd med begrunnelsen for lojalitetsprinsippet. Som nevnt innledningsvis plikter partene å ivareta hverandres interesser. Denne risikofordelingen synes hensiktsmessig, da disse tapene skyldes brudd på lojalitetsplikten som påhviler leverandøren. Bestemmelse en et utslag av den den alminnelige kontraktsretten

¹⁰⁶ Kaasen(2006)s.156

¹⁰⁷ Ibid.s.156

¹⁰⁸ Ibid.s.156

¹⁰⁹ Ansvarsbegrensningen i art 25.4 gjelder også for konsekvensene av unnlatt varsling.

som også begrunner lojalitetsprinsippet i hensyn til tapsbegrensningsplikten og læren om passivitet.¹¹⁰

Et viktig forbehold er at selskapet skal levere kontraktmessige eller holde leverandøren skadesløs gjennom VO, ved levering av mangelfulle ytelser.¹¹¹ Den underliggende «mangel» ved selskapets ytelse vil derfor kunne frita leverandøren fra retteplikten. Dette er et eksempel på risikofordeling forut for hendelsen.

For å kunne fastlegge omfanget av «mangelen» ved selskapets ytelser må leverandøren, alltid undersøke de aktuelle tegninger og leveranser etter art 6.1 og 6.2. Undersøkelsesplikten ligger latent ved en hver mottagelse av tegninger, spesifikasjoner og vareleveranser. Videre må det varsles i tide, etter fristene i art 6 der det oppdages mangelfulle ytelser. Plikten i art 6 gjelder unntaksfritt.

Skal leverandøren kunne konstatere at det foreligger «mangler eller uoverenstemmelser» uten selv å få ansvar for svikten, er undersøkelse og påfølgende varsel alltid påkrevd.

Etter NF er konsekvensene ved brudd på art 6.1 og art 6.2 like. Leverandøren kan i noen tilfeller bli ansvarlig selv om han ikke rent faktisk har oppdaget feilene, jf. art 6.3. Bevisbyrden for dette ligger hos selskapet.¹¹²

Etter NS kan entreprenøren også komme i ansvar for utgifter han påfører byggherren ved manglende varsel etter pkt. 21.1. Dette er ikke fastlagt i noen egen bestemmelse i NS.

¹¹⁰ Dalbak(2004)s.604

¹¹¹ Kaasen(2006)s.156

¹¹² Se pkt.2.3.6.

3.3 Konsekvensene ved brudd etter art 6.4

Selskapet har valget mellom å rette «mangelen» eller la det vær.¹¹³ Art 6.4 pålegger selskapet å gi leverandøren instruks etter endringsreglene i art 12 – 16, om hvordan «han skal forholde seg». Her er handlingsplikten lagt på selskapssiden. Kaasen skriver at det i prinsippet kunne ha vært overlatt til leverandøren å ta de nødvendige valg når retting ikke skjer. I praksis er dette utenkelig, da selskapet vil ha kontroll på hva som utgjør en endring som vil gi leverandøren et krav VO, kontra det som viser seg å være leverandørens opprinnelige ansvar i henhold til kontraktspliktene.

Normalt medfører retting en forsinkelse. Lar selskapet være å rette «mangelen» fordi man anser den mindre viktig enn å forsere det videre arbeidet, har leverandøren rett til å bli holdt skadesløs for «mangelen». Unntaket er dersom leverandøren varslar for om «mangelen» for sent, jf. art 27,1, 2 ledd. Dersom rettingen påfører leverandøren belastninger utover kontraktspliktene kan han kreve å bli holdt skadesløs. Dette må bygge på den alminnelige regelen om endringsordre, jf. art. 16.1, fordi art 27.1 kun dekker forsinkelseskonsekvensene.

En endringsordre utstedt etter art 6.4, har ofte av et annet formål enn den som utstedes etter art. 27.1. Typisk pålegges leverandøren her å rette feilen selv. Selv om bakgrunnen og det rettslige grunnlaget er ulikt, vil de i praksis ofte bli slått sammen.¹¹⁴

Dersom selskapet velger ikke å rette feilen selv, eller ved hjelp av andre leverandører, skal han gi leverandøren instruks «om hvorledes han skal forholde seg». Selskapet kan ikke ansvarsfritt forholde seg passivt ved varsel etter art 6.1 eller art 6.2. Men det har heller ingen plikt til å rette feilen, selv om den lar seg rette.

¹¹³ Kaasen(2006)s.157

¹¹⁴ Ibid.s.696

Det kan oppstilles en teoretisk grense for selskapets valgfrihet til å rette i disse tilfellene. Effekten av unnlatt retting er oftest en instruks til leverandøren om å foreta et annet arbeid eller om å gjøre noe mer enn det som opprinnelig fremgikk av kontrakten. Grensene i art 12.1 kan være relevante for å bestemme hvilke endringsarbeider som kan være relevant.

Dersom selskapet ikke velger å «sørge for nødvendig retting», må det gis instruks til leverandøren. To ulike former for instruks er her aktuelle.

Den første innebærer at leverandøren kan pålegges å fortsette arbeidet som om feilen ikke var der. Da vil han ikke få noen oppgaver som går utover hans opprinnelige kontraktsplikter. Dette må kun gjelde dersom feilen er av den art at den ikke spiller noen rolle for leverandøren i hans utføring av oppdraget. Ofte vil han måtte yte ekstra for å neglisjere en mangel og i de situasjonene han pålegges ytterligere plikter har han krav på kompensasjon.

Den andre type instruks selskapet kan gi, er pålegg om tiltak i anledning «mangelen». Også her får leverandøren plikter han ikke hadde, og har krav på kompensasjon for dette.

I begge tilfeller vil endringsreglene komme til anvendelse, enten i form av at leverandøren krever dette, jf art 16.1, etter at selskapet har gitt ham en instruks som ikke er VO. Eller så utsteder selskapet en instruks i form av en endringsordre, jf art 12.1, jf art 14.1

3.3.1 En sammenligning mellom konsekvensene av brudd på NF art 6 og NS.

I NS er det også reglene om endringsmekanismen som blir brukt for å avhjelpe problemet ved svikt i byggherrens ytelser. Det følger av pkt. 21.1, fjerde ledd at entreprenøren må varsle om svikten, dersom han vil kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse. Dette må gjøres i samsvar med reglene om endringer i kapitel IV.

Pkt. 24.4 og 25.3 regulerer at fristen for et varsel om krav på endringer må fremsettes «innen ugrunnet opphold». Rettsvirkningene av manglende eller sviktende varsel fører til at entreprenøren taper kravet på å få fristforlengelse eller en justering på vederlaget. Han stil-

les da som om byggherrens svikt var en del av det opprinnelige kontraktsgrunnlaget. Dette er i samsvar med NF.

NS pkt. 21 sier intet om hva som er de ytterligere konsekvensene av at varsel ikke gis. Det kan være naturlig at en manglende varsling fra entreprenøren kan utløse erstatningskrav fra byggherren. Dette vil være avhengig av hvilken faktisk betydning det forsinkede varselet har for byggherrens mulighet til å rette opp feilene så raskt som mulig, og derved begrense skadevirkningen.¹¹⁵ Byggherren må selv varsle om dette kravet, jf. pkt. 8, tredje ledd.

Etter pkt. 21.2 har byggherren en svarplikt på entreprenørens varsel. Han må «uten ugrunnet opphold» reagere på entreprenørens varsel om svikt eller manglende medvirkning.

Det er ikke grunnet opphold for byggherren å ta seg tid til utredning av konsekvenser av f.eks. hvor svikten har sitt opphav.

Det må gis et svar på om hvordan «entreprenøren skal forholde seg» innen få dager.¹¹⁶ Dersom byggherrens svar ikke blir gitt «uten ugrunnet opphold», gir dette entreprenøren krav på erstatning for det tap dette påfører entreprenøren.¹¹⁷ Han kan måtte innstille arbeidene i en periode mens han venter på svar, noe som kan øke hans krav på fristforlengelse og vederlagsjustering. Dette kan medføre store forsinkelser i byggeprosessen og er lite heldig for byggherren.

Etter NF er det romsligere frister for selskapet til å besvare på en VOR. Det følger av art 16.2 at selskapet «innen rimelig tid» må utstede en VO eller en VOR. Kontrakten fastlegger ingen preklusjon dersom selskapet ikke besvarer en VOR. Selskapets passivitet på dette punkt er også et kontraktsbrudd. Kontraktsbruddet inntreer når svarfristen etter art 16.2 har løpt ut. Leverandøren må parere misligholdet med en VOR innen «uten ugrunnet

¹¹⁵ Barbo(2010).s.322

¹¹⁶ Marthiniussen (2010)s.295.

¹¹⁷ Barbo(2010)s.321

opphold”, jf. art. 27.2, for å bevare kravet sitt. Også på dette punkt ligger det mye plikter på leverandøren for at han skal ha kravene sine i behold.

Gir byggherren et pålegg i form av forsering, er han bundet av begrensningen i NS pkt. 22.2, tredje ledd. Der fremgår det at entreprenøren bare plikter å forsere eller legge om løpet, dersom dette kan skje innen en forsvarlig ramme og «er praktisk mulig uten urimelige oppofrelser for entreprenøren». Videre er det begrensninger om at endringene ikke må utgjøre en vesentlig annen art, den må stå i sammenheng og ikke pålegge entreprenøren mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Noe tilsvarende tak finnes ikke i NF på dette punkt.

I NF har selskapet rett til å gi pålegg om slike «Endringer av Arbeidet som etter Selskapets oppfatning er ønskelige», jf. art. 12.1, første ledd. En begrensning fremgår av bestemmelsens tredje ledd, som bestemmer at det ikke kan gis «pålegg med endringer som samlet sett går utover det som partene med rimelighet kunne regne med da kontrakten ble inngått». Her gis det anvisning på det som var partenes felles oppfatning ved kontraktsinngåelsen. Etterfølgende begivenheter er ikke relevante. Og det er kun de objektive omstendighetene som er av betydning, ikke hva partene rent faktisk forventet. Begrensningen er knyttet til kvantitative kriterier og ikke art.¹¹⁸ Det er likevel på det rene at en enkeltstående handling kan sette ned foten for selskapets pålagte endring.

Disse sammenligningene viser at konsekvensene ved NS er betydelig mildere enn de tilsvarende reguleringene i NF 07. Bestemmelsen i NS 8405 gir også entreprenøren en større adgang til å sette ned foten for endringer. Han har en større beskyttelse etter kontrakten enn det leverandøren har for selskapets endringer i NF, der det er partenes felles oppfatning som skal legges til grunn.

Det å finne en felles oppfatning i disse situasjonene kan være utfordring i seg selv.

¹¹⁸ Kaasen(2006)s.337

Varslingen etter NS pkt. 24.4 og pkt. 25.3 er tilnærmet like. Det første varselet som sendes er for å unngå at kravet prekluderes. Likevel må varselet henviser til det forholdet man mener begrunner endringen. Dette er både klargjørende og tidsbesparende for byggherren ved mottagelsen av varselet.

Videre skal entreprenøren «når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet» spesifisere det ytterligere, innen «uten ugrunnet opphold» jf. pkt. 24.6 og pkt. 25.4. Dersom entreprenøren er forsinket med denne spesifiseringen fører det ikke til like store konsekvenser som ved oversittelse av det første varselet om svikt ved ytelsene. Vurderingstemaet her vil bli hva den andre part ut i fra omstendighetene måtte forstå at den part som krever fristforlengelse hadde krav på. Dette fremkommer også mer uttrykkelig av pkt. 35.4, annet ledd.

Pkt. 24.4 legger opp til at kravet om fristforlengelse ikke behøver å sendes før entreprenøren siter inne med faktisk kunnskap om byggherrens svikt. I NF art 6.1 og 6.2 vil leverandøren i noen tilfeller kunne tape kravet på fristforlengelse og vederlagsjustering, dersom han burde¹¹⁹ ha oppdaget feilen etter de pålagte undersøkelsene.¹²⁰

Årsaken til at NS er mildere på dette punkt, kan være at det først ved en faktisk kunnskap er tydelig for entreprenøren at det foreligger en muligheten for påvirkning av fremdriften. Utgangspunktet er at den andre parten har risikoen for de sviktende leveransene. Dersom man stiller for store krav til aktsomheten her, kan det lett få en karakter av ansvarsfraskrivning.¹²¹

I NF er reglene om leverandørens aktsomhetsplikt strengere og mer firkantede. Risikofordelingen bygger i større grad enn NS på forutsigbarhet og behovet for å unngå skader som eskalerer og påfører prosjektet ytterligere kostnader. Det er i mindre grad enn i NS tatt hen-

¹¹⁹ Se pkt.2.3.6.

¹²⁰ Kaasen(2006)s.156.

¹²¹ Marthiniussen(2010)s.351.

syn til at allokeringen av risikoen for de sviktende selskapsleveransene påfører leverandøren en stor aktsomhetsplikt. Dette gjelder særlig med tanke på størrelsen på kontraktssummene og kostnadene svikten kan medføre, den vide undersøkelsesplikten i art 6.1 og art 6.2 og den firkantede håndhevingen av ordlyden.

I NS pkt. 25.3 presiserer imidlertid standarden at den kunnskapen entreprenøren burde ha, må likestilles med faktisk kunnskap.

3.3.2 En parallell til konsekvensregulering etter Fidic.

Etter Fidic Yellowbook cl. 4.20, fjerde ledd skal oppdragsgiver straks utbedre manglene det er varslet om etter tredje ledd. Her er det ikke gitt rom for at oppdragsgiveren kan gi en instruks om hvordan entreprenøren skal forholde seg. Han må selv rette mangelen ved materialene.

Yellowbook cl 5.1 bestemmer at det er «the engineer» som skal vurdere om endringsordre skal utstedes på grunn av feil i prosjekteringen. Entreprenøren har krav på justering av tid og/eller kontraktspris dersom han har opptrådt så aktsomt som han burde i undersøkelsesfasen i tiden før anbudet ble overlevert, jf. femte ledd.

Etter Yellowbook er det «the engineer» som skal bestemme om entreprenøren skal ha rett på en endringsordre, dersom det foreligger feil ved prosjekteringsgrunnlaget, jf. cl 13. 1. Denne nøytrale tredjepartsrollen finnes ikke NF eller NS.

3.4 forholdet til art 27; Virkninger av selskapets mislighold.

NF art 27.1, første ledd forutsetter at leverandøren påføres en forsinkelse ved selskapets mislighold.¹²² En forsinkelse i denne relasjonen vil alltid utgjøre et kontraktsbrudd.¹²³ Utgangspunktet er som nevnt at selskapet har risikoen for at de leverer feilfrie ytelser. Det skal kompensere leverandøren på objektivt grunnlag. Her er modifikasjonene mange.

Det er kun kontraktsbrudd er omfattet av art. 27 etter NF. Forsinkelse er fortsatt et vilkår for at art 27.1 skal komme til anvendelse. Det gis altså bare grunnlag for å kompensere forsinkelser som selskapet har påført leverandøren. Selv om forsinkelsen senere innhentes ved en forsering fra leverandøren, har han likevel krav på justering og pris av fremdriftsplanen for det forsinkelsen i første rekke påførte han.

Etter art. 27.1, annet ledd har leverandøren også krav på justering av tid og pris dersom selskapet leverer mangelfullt. Dette gjelder kun på samme vilkår som etter første ledd, at selskapet derved påfører leverandøren en forsinkelse.

Mangler ved selskapets leveranser aktualiserer leverandørens undersøkelse- og varslingsplikter etter art 6, mens ved en forsinkelse så må leverandøren varsle etter art 11.1. Art. 11.1 bringer situasjonen inn i endringsreglene, da selskapet må reagere på dette varselet, jf art. 11.2. Art. 6 fastsetter på sin side selvstendige sanksjoner bak pliktene leverandøren innehar etter art 6. Disse sanksjonene medfører at virkningene bak selskapets mislighold kan modifiseres, jf art. 27.1, annet ledd, 2 pkt.

¹²² Kaasen(2006)s.687

¹²³ Ibid.s.687

Skillet mellom hva som utgjør en forsinkelse og hva som utgjør en mangel bestemmes etter de alminnelige regler. Det avgjørende skjæringstidspunktet vil være når selskapet leverer sin ytelse til leverandøren. På dette tidspunkt kan det fastlegges om det foreligger en forsinkelse. Mangelssynspunktet vil videre være sentralt for å avgjøre om det foreligger en mangel som fører til at ytelsen er forsinket. I disse tilfellene vil en mangel som fører til at ytelsen er forsinket kunne sidestilles med de rene forsinkelsestilfellene, jf art. 27.1, annet ledd.

Art 27.1, første ledd regulerer altså de tilfeller der selskapet oppfylder sine kontraktsplikter for sent. Dette innebærer alle pliktene selskapet har etter kontrakten, unntatt betalingsplikten. I tillegg til leveransene etter art 6, har selskapet også en plikt til å medvirke på de ulike trinn av tilvirkningen. Det må treffe beslutninger og generelt kommunisere med leverandøren. Dette fremkommer ikke tydelig i kontrakten. Sammenlignet med NS hvor det er inntatt en egen bestemmelse om partenes plikt til samarbeid og lojalitet, pkt. 5.

Tidspunktene for selskapets leveringsfrister er ikke klart angitt i NF. Vedlegg C og G, om fremdriftsplan og selskapets leveranser, kan ofte gi en pekepinn på eller inneholde holdepunkter for mer presise datoer. Det samme gjelder vedlegg E og F om tegninger og spesifikasjoner. Der det ikke foreligger konkrete holdepunkter for når en levering vil utgjøre en forsinkelse, må man falle tilbake på alminnelige kredtormorasynspunkter. Dette innebærer at selskapet må levere sine ytelser innen den tid, slik at leverandøren kan utføre sine oppgaver uten å yte mer enn det han med rimelighet kunne ha forventet å bruke ved kontraktinngåelsen.¹²⁴ Der det ikke er fastlagte holdepunkter i kontrakten er det leverandøren som har bevisbyrden for å påvise når selskapets input måtte foreligge for at han skal egne kontraktsmessige fremdriftsplan skal kunne følges.¹²⁵

¹²⁴ Kaasen(2006)s.690

¹²⁵ Ibid.s.691

I NS er dette presist angitt i pkt. 20.2 ved at byggherren er pålagt å levere og samordne i «så god tid at entreprenørens planlegging og fremdrift ikke hindres eller forsinkes i forhold til entreprenørens produksjonsopplegg». Denne ordlyden er mer presis og er et mye klarere pålegg om hva som utgjør en forsinkelse.

Den justeringen av fremdriftsplanen som det gis anvisning på i art 27.1, første ledd, skal «reflektere konsekvensene av den forsinkelse som Leverandøren er påført» ved selskapets forsinkelse. Regelen slår fast at det må være en årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og justeringen. Det skal foretas en differansebetraktning ved at justeringen skal stille leverandøren som om kontraktsbruddet ikke hadde funnet sted. Vederlagsjusteringen skal være et verktøy for den faktiske virkningen kontraktsbruddet har for leverandøren. Dette fremgår av art. 13.2 som regulerer vederlagsspørsmålet, jf art 27.1, første ledd, 1 pkt.

Dersom årsaken til leverandørens forsinkelse er at selskapets ytelser er forsinket reguleres ikke forholdet av art. 6. Det er kun art. 11.1 som pålegger leverandøren en varslingsfrist i disse forsinkelsestilfellene. Art. 11. knytter ikke virkninger til overtredelse av varslingsfristen.¹²⁶ Art 27.1 regulerer heller ikke om man i de tilfellene der man foretar en justering av fremdriftsplanen, skal se bort i fra den delen av forsinkelse som skyldes at leverandøren ikke har overholdt varslingsfristene i art 11.1, annet ledd. Den alminnelige kontraktsrettslige regel om at ingen av partene skal kunne tjene på eget kontraktsbrudd vil kunne komme til anvendelse også her.¹²⁷ Leverandøren kan altså ikke kreve å bli holdt skadesløs dersom han unnlater å varsle om forsinkede leveranser. Dette må gjelde uavhengig av om selskapet vet at de er forsinket eller ikke.

Bakgrunnsretten gir ikke grunnlag for en like hard fristregel som den vi finner i art 6 om varsling ved mangler ved selskapets ytelser. Det er noen årsaker til at fristen ikke kan bli

¹²⁶ Kaasen(2006)s.692

¹²⁷ Ibid.s.692

like lang som etter art. 6. For det første kan forsinkelser ofte konstateres raskt. Og for det andre tilsier lojalitetsaspektet at leverandøren varsler så snart han blir klar over forsinkelsen. I praksis blir altså forholdet relativt likt som å varsle ved mangler, «uten ugrunnet opphold», jf art. 6.1 eller «straks», jf art. 6.2

3.4.1 Risikoplassering ved prosjekteringsfeil etter art 6 og art 27; og forholdet til endringsreglene i art 12-16.

Det kan være ulike konsekvenser ved feil i prosjekteringen. Selve kontraktsgjenstanden kan bli annerledes enn det Selskapet hadde forestilt seg. Vekten kan være feil, kapasiteten for liten eller egnetheten annerledes enn planlagt. Slike konsekvenser forekommer oftest der et dokument inneholder feil eller der to dokumenter motsier hverandre, uten at det oppdages.

Den andre gruppen med konsekvenser er de følgene som direkte rammer leverandøren. Dette kan f.eks. være en mer fordyret eller forsinket prosess enn først antatt, fordi arbeidet ble mer krevende eller fordi prosjekteringen har sviktet og må rettes opp i.

Disse to feilene har en sammenheng, men de er likevel prinsipielt forskjellige. Der kontraktsgjenstanden blir annerledes enn planlagt vil normen for leverandørens garantiansvar komme inn, jf. art 23.1. I de tilfellene der leverandøren må utføre retting på kontraktsgjenstanden er det et spørsmål om fristforlengelse og tilleggs vederlag.

Krav om tilleggs vederlag eller fristforlengelse ved situasjoner som feil ved prosjekteringen er ikke direkte regulert i NF. Det er mulig for leverandøren å bygge på art 27.1, annet ledd, som pålegger selskapet å holde ham skadesløs for forsinkelse som skyldes slike «mangelfulle» prosjekteringsytelser etter kontrakten. Forutsetningen for leverandørens krav er her at han har «oppfylt sine forpliktelser i henhold til art. 6», jf art 27.1, annet ledd, inf. Selskapets svikt minimaliseres altså av leverandørens plikter etter art 6.

Lest i sammenheng med art 27. 2 så fremgår det som et vilkår at den «mangelfulle oppfyllelsen» innebærer et kontraktsbrudd fra selskapets side. Dette betyr at dersom den svikten-

de prosjekteringen påfører leverandøren forsinkelser og omkostninger uten å være kontraktsbrudd, så er man utenfor området for art. 27.1.

Dette er en streng regulering av ansvaret sammenlignet med NS, hvor det ikke stilles vilkår om at byggherren svikt må utgjøre et kontraktsbrudd for at entreprenøren skal ha krav på justering av fremdriftsplan og/eller kontraktsprisen.

Leverandøren må i de tilfellene hvor selskapets svikt ikke utgjør et kontraktsbrudd, kompenseres på andre måter. Kontraktens system for å håndtere krav om tilleggs vederlag og fristforlengelse er endringsreglene i art. 12-16.

Dersom disse skal gi leverandøren slike rettigheter, må han ha utført arbeid som strekker seg utover den opprinnelige kontraktsplikten. Synspunktet bygger på at dersom selskapet fastholder kontraktens krav til leverandørens ytelse, til tross for den økte belastningen han sitter med på grunn av svikten i selskapets prosjektering, vil leverandøren bli sittende igjen med oppgaver som går lenger enn det forhånds avtalte vederlag. Endringsreglene fraviker det kontraktsrettslige utgangspunktet om at avtaler skal holdes.

Bakgrunnen for at fabrikkasjonskontraktene har et såpass velutviklet endringssystem er det dynamiske elementet som er fremtredende i kontrakten. Byggearbeidene starter ofte lenge før prosjekteringen er ferdig, derfor må det være rom for å forandre den flytende grensen mellom selskapets presiseringer av ytelsen innenfor kontraktens rammer. NS har også fulgt NF standardens formaliserte endringssystem, og vi har fått utførlige endringsregler også her.

Forutsetningen her er at leverandøren oppfyller de prosessuelle pliktene i blant annet art. 12.2, 15.1 og 16.1. Fristene beregnes på en litt annen måte i disse situasjonene enn ved ordinære endringssituasjoner.¹²⁸ Dette framgår av art.27.1, inf. Preklusjon av fristene medfører at leverandøren ikke kan påberope seg selskapets pliktbrudd, enten det gjelder krav om tilleggs vederlag eller som forsvar mot selv å bli utsatt for misligholds sanksjoner.

¹²⁸ Ibid.s.83

Det fremgår også av art 11.2 at dersom leverandøren mener at arbeid ikke kan utføres i samsvar med fremdriftsplanen, «på grunn av forhold som Selskapet skal holde ham skadesløs for», så skal reglene i art. 16 gjelde tilsvarende. Leverandøren må også her overholde de preklusive fristene i blant annet art. 16.1, jf art. 27.2.

Bruken av endringsordre ved selskapets mislighold innebærer at det ikke er nødvendig å ta stilling til om enkelte av selskapets pliktbrudd har karakter av å være kreditormora mer enn mislighold. Det er da heller ikke nødvendig å avgjøre etter hvilke regler skadesløsholdelsen skal skje, da endringsreglene anvendes i sin helhet og blir nøkkelen til fordelingen av ansvaret i disse situasjonene. Endringsmekanismen kommer inn både for å løse tvister, samt for å avgjøre om det foreligger en situasjon der leverandøren faktisk har krav på skadesløsholdelse og hvordan det i så fall skal foregå.

Siden det er endringsreglene som benyttes ved selskapets mislighold, regulerer disse reglene også leverandørens rett til å holde tilbake det som er gjenstående av egen ytelse.¹²⁹ Densjonsrett i dette tilfellet blir da leverandørens mulighet til å stanse arbeidet ved selskapets mislighold. Leverandøren må likevel alltid «uten ugrunnet opphold» etter at han oppdaget misligholdet be om endringsordre. Selskapet får da muligheten til å skape en arbeidsplikt for leverandøren ved å utstede en ordinær endringsordre med arbeidsinstruks, eller en omtvistet endringsordre dersom det bestrider grunnlaget for kravet.

Reklamasjonsreglene her viser at preklusjonsbestemmelsene i tilknytning til selskapets kontraktsbrudd gjelder generelt for ethvert kontraktsbrudd til enhver tid i løpet av kontraktsperioden. De er altså ikke begrenset til mangler eller tiden etter levering, som for preklusjon av leverandørens misligholdsansvar etter art 25.

¹²⁹ Ibid.s.590-591

Likevel er fristene korte og strenge for leverandøren dersom han skal ha sine krav inntakt. Dette krever at han ikke bare har metoder for undersøkelse og varsling etter art. 6 i orden til enhver tid, men også tilsvarende metoder når det kommer til endringsordremekanismen.

De preklusive fristene som endringsreglene til enhver tid pålegger kommer leverandøren ikke utenom selv om han har varslet i tide etter art. 6. De ligger som en ekstraplikt på leverandøren, dersom han skal dra nytte av at kontrakten åpner for denne løsningen.

Utstedelse av VOR er leverandørens eneste verktøy for å sanksjonere selskapets kontraktsbrudd, hvilket mobiliserer endringsreglene. Vi ser etter dette at rettsvirkningene av selskapets kontraktsbrudd er regulert av endringsmekanismen i art. 12-16.

Dette synes som den mest naturlige løsningen ved selskapets kontraktsbrudd. Særlig fordi endringsreglene er utformet med tanke på å gjenopprette kontraktsbalansen der selskapet ensidig har grepet inn i leverandørens plikter.¹³⁰ Videre inneholder endringsreglene også mekanismer for å bestemme om det faktisk foreligger en endring i de tilfeller der selskapet har gitt leverandøren en instruks. For at endringsreglene skal være effektive med tanke på tidspress og omfang må preklusjonsreglene være så strenge og absolutte som det de er.

3.4.2 Risikoplassering ved naturalytelser etter art 6 og art 27.

Reguleringen her er ganske sammenfallende som for svikt ved prosjekteringen. Dette er et resultat av at NF langt på vei sidestiller selskapets to sentrale ytelser.¹³¹ Det kan derfor for det vesentlige vises til punktet ovenfor, om svikt ved prosjekteringsytelser.

¹³⁰ Kaasen(2006)s.584

¹³¹ Ibid.s.696

NF art 27.1 skiller heller ikke på konsekvensene av svikt i selskapets naturalytelser. Ethvert brudd på plikten til å levere feilfrie materialer og utstyr vil medføre at selskapet har plikt til å utstede endringsordre som skal «reflektere konsekvensene for Leverandøren av Selskapets forsinkelse» bruddet har påført han, jf art 27.1, første ledd. Årsaken til selskapets svikt spiller ingen rolle her, plikten er objektiv.

Som i art 6.4, havner vi her i endringsreglene. Leverandøren er ikke garantert å bli holdt skadesløs her, da dette reguleres av endringsreglene. Art 13.2 kan i prinsippet føre til at tilleggsvederlaget avviker betydelig fra en egentlig skadesløsholdelse.¹³²

Viktig å nevne i denne sammenheng er at leverandøren aldri er avskåret fra søke etter feil etter art 6, selv om svikten kan tenkes å falle utenfor det som reguleres etter art 27. Dette følger av kontraktens system. Lojalitetsplikten etter art 6 påhviler leverandøren ved enhver leveranse fra selskapet.

3.4.3 Leverandørens fremsettelse av endringsordrekrav etter art 27.2.

Art 27.2 regulerer den endringsorden som art. 27.1 gir anvisning på. Den skal danne grunnlaget for justeringen av fremdriftsplanen og/eller kontraktsprisen som selskapets kontraktsbrudd. Denne VOR fra leverandøren følger de vanlige materielle og prosessuelle kravene i art 12 til 16. Et varsel etter 11.1, annet ledd om truende forsinkelse for fremdriftsplanen er ikke tilstrekkelig her, selv om problemene skyldes selskapets mislighold. Formkravene i VOR følger her art 16.1, tredje ledd.

Også her kan selskapet velge mellom å etterkomme kravet, eller motsette seg det ved å utstede en omtvistet endringsordre, jf art. 16.2. Det spesielle her er at selskapet ikke kan

¹³² Ibid.s.144

velge å frafalle det pålegget som opprinnelig førte til leverandørens krav gjennom å utstede en negativ endringsordre.

Virkingen av endringsordren følger av art 13-2 til 13-4. Dette innebærer ikke nødvendigvis at leverandøren skal stilles økonomisk som om misligholdet ikke hadde funnet sted. Art 13.2 kan føre til både høyere eller lavere dekning enn hans faktiske kostnader.

Leverandørens utstedelse av VOR i disse tilfellene bygger ikke på at selskapet har krevd et ekstra arbeid utført, som i de normale VOR situasjonene. Likevel er preklusjonsfristen i art 16.1, annet ledd den samme, jf art 27.2, jf 16.6. 2 pkt. Fristen begynner å løpe «når leverandøren har oppdaget kontraktsbruddet». Han må ha kjennskap til de faktiske forhold som innebar et objektivt konstaterbart kontraktsbrudd i selskapets ytelser. Det samme må gjelde de omstendigheter som gjør forholdet til et kontraktsbrudd. Her er det irrelevant om leverandøren burde ha hatt slik kunnskap, dersom det ikke er grunnlag for å hevde at han faktisk hadde det.¹³³ Til motsetning for kunnskapen og svikten ved selskapets ytelser etter art 6, hvor det i noen tilfeller kan være tilstrekkelig at leverandøren burde ha hatt kjennskap til svikten.¹³⁴

Når leverandøren rent faktisk oppdager kontraktsbruddet, starter den vanlige fristen for fremsettelse av endringsordrekrav, «uten ugrunnet opphold», å løpe, jf. art. 27.2.

Hva som utgjør grunnede situasjoner her kan være at kommunikasjonen tar noe tid. Det er ikke grunnet opphold å skulle avvente resultater eller virkninger av undersøkelser om hvilke konsekvenser misligholdet kan få, eller om hvordan misligholdet kan motvirkes. Regelen er klar, det må meldes fra til selskapet først.

Oversittelse av denne fristen fører til at leverandøren taper retten til å «påberope seg selskapets kontraktsbrudd». Dette gjelder i alle situasjoner der slik påberopelse ville ha vært

¹³³ Kaasen(2006)s.700

¹³⁴ Se pkt.2.3.6

aktuelt ikke bare den umiddelbare justeringen. Leverandøren kan f.eks ikke kreve en endringsordre for selskapets pålegg om å akselerere for å innhente forsinkelser som kontraktsbruddet har medført, dersom han ikke har varslet innen «ugrunnet opphold». Innebærer oversittelsen i tillegg brudd på varslingspliktene i art 6, kan leverandøren i tillegg pådra seg erstatningsansvar for de ekstra kostnadene selskapet påføres ved ikke å ha fått beskjed om varselet i tide, jf art 6.3.

Preklusjonsfristene bygger på passivitetsbetraktninger, og er et utslag av lojalitetsprinsippet.¹³⁵

3.4.4 En sammenligning med den tilsvarende bestemmelsen i Logic.

Logic cl 14.6, annet ledd pkt. (ii) gir leverandøren rett til en vederlagsjustering som tar i betraktning at leverandøren bl.a «is entitled to recover necessary direct additional cost witch includes any necessary additional overheads but not profit». Logic gir altså leverandøren en videre adgang til å få dekket alle direkte og nødvendige kostnader i disse situasjonene. Den gjør bare unntak for at leverandøren ikke skal tjene på dekingen.

3.4.5 Bakgrunnsrettens regulering.

NF inneholder ingen uttømmende regler om følgene av selskapets kontraktsbrudd. Spørsmålet er derfor om leverandøren på bakgrunn av alminnelige kontraktsrett kan heve kontrakten ved selskapets mislighold. Kontrakten i seg selv er ikke til hinder for dette, og som nevnt innledningsvis så vil den alminnelige kontraktsretten komme inn som tolkning og

¹³⁵ Dalbak(2007)s.604-605

utfyllings grunnlag der NF selv er taus. Det er heller ingen regler i NF som tilsier at misligholdsvirkningene i art 27.1-27.3 er uttømmende.¹³⁶

Når det gjelder leverandørens krav på erstatning der selskapets mislighold fører til forsinkelse, jf art. 27.1, antas det at kontrakten er uttømmende.

I en del tilfeller vil mangelen fra selskapets side kunne påføre leverandøren økte kostnader, men ingen forsinkelse. Art. 27.1 sier ingenting om hans krav på vederlag i disse situasjonene. Den tause ordlyden kan tolkes i retning av at et krav på vederlag ikke er utelukket.

Bakgrunnsretten vil kunne gi ham et krav på vederlag.¹³⁷ Viktig å bemerke i denne sammenhengen er at i disse tilfellene faller dermed kravet utenfor endringsreglene, som ellers er leverandørens verktøy for å kunne bli holdt skadesløs, jf. art 27.2. Dette betyr at konsekvensen av at leverandøren blir påført kostnader, men ikke en forsinkelse på grunn av selskapets mangelfulle leveranser, ikke kan prekluderes etter art 16.1, slik kravene etter 27.1 kan.

3.5 Manglende varsel og rettighetstap.

Brudd på 6.1/6.2 fører til ytterligere forsinkelser i leverandørens arbeid. Denne forsinkelsen må leverandøren selv ta regningen for.¹³⁸

3.6 Rettsvirkninger på annet grunnlag; Bristende forutsetninger og endringsreglene.

¹³⁶ Kaasen(2006)s.591

¹³⁷ Ibid.s.689

¹³⁸ Se pkt.3.2

Svikten fra Selskapets side kan få rettsvirkninger på annet grunnlag. Den vil kunne utgjøre bristende forutsetninger for leverandøren.

Leverandørens plikter hviler på en del forutsetninger knyttet til de faktiske forhold. Selskapets levering av prosjektering og naturalia med riktig type innhold til rett tid er kontraktsregulert forutsetning. Svikter denne forutsetningen vil leverandøren få en økt byrde med å utføre sine plikter etter kontrakten. Spørsmålet i dette avsnittet blir hvem av partene som har risikoen for uventede forutsetninger.

Bristende forutsetninger er et revisjonsgrunnlag som stammer fra den alminnelige kontraktsretten. Læren om bristende forutsetninger vil ikke bare kunne benyttes som grunnlag for en part til å komme ut av kontrakten. Den vil også kunne være et grunnlag for å justere forholdet mellom ytelsene. En vurdering av om det foreligger en relevant bristende forutsetning vil ha en del fellestrekk med vurderingen av hva som er lojalt, men lojalitetsvurderingen fremstår som noe mer subjektiv og rettferdighetsbasert.¹³⁹ Vurderingsgrunnlaget for forutsetningslæren vil være den samme etter NF som i den alminnelige kontraktsretten.

Om dette er regulert av kontrakten eller må det bedømmes etter alminnelige regler, beror på om endringsreglene gjelder i slike situasjoner. Blir endringsreglene benyttet, og begge parter sier seg fornøyd med dette. Er det ikke behov for å revidere på annet grunnlag.

Disse spørsmålene ender ofte som en tvist for ekspertavgjørelsene i art 16.3. Det kan tenkes at leverandøren vil kreve tilleggsvederlag fordi han har brukt vesentlig mer stål enn det han forutsetningsvis la til grunn for fastprisen.

Kontrakten regulerer ikke hva som kan gi grunnlag for revisjon ved uventede endrede forhold. Man må derfor falle tilbake på bakgrunnsretten.¹⁴⁰

¹³⁹ Hagstrøm(2011)318.flg.

¹⁴⁰ Kaasen(2006)s.310

Det er lagt til grunn i rettspraksis at forutsetningslæren er relevant i offshore og entreprisekontrakter, selv om avtl. § 36 har trådt i kraft.¹⁴¹ Alminnelige kontraktsrettslige regler må legges til grunn for å bestemme om forutsetningslæren gjelder i art 6 tilfellene. Leverandøren må reagere, og melde fra om det han mener utgjør en forutsetningssvikt. Reagerer selskapet med å utstede endringsordre, blir situasjonen bragt på rett spor.

Er han passiv vil han etter den alminnelige kontraktsretten, miste retten til å påberope seg forutsetningssvikten. Risikoen kan falle på leverandøren enten ved at han taper retten til å påberope seg den, eller oversitter fristen til å melde fra om en endringsordre.

Konsekvensene av dette er at leverandøren må oppfylle de pliktene som ble rammet av forutsetningssvikten uten å bli kompensert ytterligere for arbeidet.¹⁴²

Etter entrepriseretten er det også grunnlag for å trekke inn bristende forutsetninger.¹⁴³

4 Oppsummering.

Leverandøren plikter etter NF art 6 kan sies å være et mer vidtrekkende utslag av lojalitetsprinsippet sammenlignet med andre norske standardkontrakter og den alminnelige kontraktsretten.

NS har en funksjonsfordeling som er relativt lik NF. Likevel ser vi at pliktene entreprenøren pålegges ovenfor byggherren har et lojalitetsaspekt som er mildere. Samtidige er pliktene mer gjensidig fordelt mellom partene. Konsekvensene for brudd på undersøkelse og varslingspliktene er også mindre vidtrekkende.

¹⁴¹ Jf.Rt.1999.s.922

¹⁴² Kaasen(2006)s.320

¹⁴³ Jf.Rt.1999.s.922

Årsaker til at NF går lengre enn NS, kan være at NS ofte benyttes i mindre kontrakter, både i omfang og verdi. Behov for like alvorlige konsekvenser ved overtredelse av plikter og frister gjør seg ikke gjellende i like stor grad som i de omfattende offshore fabrikkasjonene. Dette både fordi risikoen for feil ikke får like store konsekvenser i landentrepriser, og fordi det kan synes som om det er tilstrebet en kontraktsregulering som stiller partene på en mer jevnbyrdig linje i NS -systemet. Nå har riktig nok NS utviklet seg mer i retning av NF på dette punktet. Likevel har man ikke valgt å legge seg på en like streng lojalitetslinje når det kommer til entreprenørens omsorg for leveranser fra byggherren.

Argumenter for forskjeller mellom standardene NS og NF, vil være at konsekvensene ved feil innenfor NF er større både på det teknisk og økonomiske. Det vil også være mer komplisert å foreta reparasjoner enn kontrakter innenfor NS. Når konsekvensene i prosjektet er mindre, kan man tillate litt løsere frister og en mer skjønnsmessig tolkning av ordlyden.

I tillegg kan det anføres at selskapssiden i NF kontraktene som består av store selskaper, sammenlignet med leverandørsiden. Tendensene er at Statoil legger føringer på kontrakts-tolkningen, og de leverandørene som vil vinne anbudsrundene må følge dette. Et lignende forhold har vi ikke i landentreprisene. Byggherrene er mange og av ulike størrelser. En byggherre kan vanskelig legge føring på en ny retning for tolkningen av NS. Tvister i land-entrepriser havner oftere i rettssystemet enn det de gjør i NF. Derfor vil en rimelighetssensur fra retten være mer nærliggende.

Logic har som nevnt en mer vidtrekkende lojalitetsplikt for leverandøren enn det en tolkning av NF tilsier. Logic, som bygger på angloamerikansk rett, har en strengere og mer firkantet kontraktstolkning, sammenlignet med norsk rett. Angloamerikansk kontraktsrett gir også mindre rom for skjønn enn det som er vanlig i norsk kontraktsrett. Det er også i liten grad plass til bakgrunnsrett i engelske standardkontrakter, mens vi i norsk kontraktsrett tolker og utfyller kontrakter med prinsipper fra den alminnelige kontraktsretten.

Engelsk rett anerkjenner heller ikke lojalitetsprinsippet, noe som kan ha satt spor i Logic.¹⁴⁴

I norsk rett er det akseptert at reelle hensyn er en relevant faktor ved tolkingen, særlig i tilfeller der kontraktens ordlyd er uklar. Reelle hensyn rommer en hel rekke ulike argumenter, som hensynet til et rimelig og fornuftig resultat og hensynet til lojalitet.

Sammenlignet med den alminnelige lojalitetsplikten, ser vi at pliktene etter NF art 6 ikke i samme grad har et balansert uttrykk for en gjensidig lojalitetsforpliktelse.

Anvendes Nazarins definisjon¹⁴⁵ av lojalitetsplikten på NF art 6, kan man argumenteres for at leverandøren ikke kan la være å undersøke eller varsle om forhold ved selskapets leveranser. Dette vil være lenge undersøkelsen av dette er en beskyttelsesverdig forventning for selskapet. Ordlyden i art 6 gir, som vi har sett, ikke klare holdepunkter for hvor langt denne beskyttelsesverdige interessen går. Tendensen etter NF er at selskapet trekker sine beskyttelsesverdige forventninger svært langt. Av og til vil det gå så langt at det fra leverandørsiden kan føles som en uthuling av lojalitetsprinsippet.

NF art 6 bygger på en del av de momentene Høyesterett har fastlagt som retningslinjer for en balansert lojalitet mellom partene.¹⁴⁶ Art. 6 stiller krav om å ivareta den andre parts eiendeler, handlingsplikter, og det er tatt hensyn til partenes innsikt og profesjonalitet.

Når det kommer til den risikofordelingen NF art 6 representerer, strekker bestemmelsen seg muligens ut over lojalitetsprinsippets rekkevidde slik det er utviklet i norsk rett.

Høyesterett har lagt vekt på om kontraktsforholdet er preget av en særskilt risiko for den ene eller den andre parten.¹⁴⁷ Det vil kunne være i strid med lojalitetsprinsippet slik det er

¹⁴⁴ Brownsword(2006)s.111–138

¹⁴⁵ Jf.pkt.1.3

¹⁴⁶ Jf.pkt.1.3

¹⁴⁷ Jf.Rt.1984.s.28-Rt.1983.s.716

utviklet av Høyesterett, hvis den ene part pålegges urimelige store arbeidsoppgaver med svært risikofylte konsekvenser for at kontraktspliktene skal anses oppfylt.¹⁴⁸

Det er på det rene at noen må ha risikoen for selskapets sviktende ytelser, og det er hensiktsmessig å legge den hos leverandøren, for å ta kontroll på eventuelle problemer så tidlig som mulig. Dette er kjernen i lojalitetsplikten som art 6 presenterer og som går lenger enn det som kommer til uttrykk i den alminnelige kontraktsretten.

Den alminnelige lojalitetsplikten er som nevnt et vagt og skjønnsmessig begrep. En kontraktsbestemmelse¹⁴⁹ som fastlegger en lojalitetsplikt, blir derfor også nødvendigvis vag og må utfylles med hjelp av det alminnelige prinsippet som en tolkningsfaktor.

I norsk rett er bakgrunnsretten en viktig del av kontraktsretten og inngår aktivt som element i tolkningen av partenes avtale. Bakgrunnsretten sees på som en kilde til tolkning og utfylling av avtalen. Etter den engelske kontraktsretten har man villet unngå at kontraktene blir påvirket av bakgrunnsretten.¹⁵⁰ På dette grunnlag vil tolkningen av NF være mer skjønnsmessig enn det den som foretas etter Logic.

NF har lagt seg på en streng linje for leverandøren til å måtte påta seg risikoen for sviktende selskapsleveranser. I tillegg kommer lojalitetssynspunktet i norsk kontraktsrett inn som en tolkningsfaktor, som tilsier at leverandøren er bundet av en lojalitetsforpliktelse allerede fra forhandlingsstadiet. Alt han påtar seg i anbudsprosessen skal han ha full kontroll på. Dette gjelder selv om det viser seg å være både mer omfattende studier som skal undersøkes eller nye varer og spesifikasjoner som innlemmes, uten at de er nevnt tidligere.

Disse elementene sett i lys av at ordlyden i art 6 er vag og at grensesnittet for undersøkelsene i økende grad blir utvidet, er nærliggende årsaken til at lojalitetsplikten for leverandøren i NF art 6 går lenger enn lignende kontrakter i norsk rett.

¹⁴⁸ Jf. Rt. 1984.s.28- Rt. 1983.s.716-Rt. 1995.s.1460-Rt. 1991.s.220

¹⁴⁹ Som NF.art.6

¹⁵⁰ Institutt for privatrett(2008).nr.3

5 Avslutning.

Litteraturliste.

Bøker:

Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5 utg. Oslo 2001

Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 1 utg. Oslo 2003

Knut Kaasen. Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Oslo 2006

Roger Brownsword. Contract Law—Themes for the twenty-first century, Oxford 2006

Henriette Nazarian. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, 1. utg. Oslo 2007

Karl Marthinussen; Heikki Giverholt; Hans-Jørgen Arvesen. Kommentartutgave til Norsk standard 8405. 3. utg. 2010

Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2 utg. Oslo 2011

Erling Selvig. Kjøpsrett 3 utg. Oslo 2006.

Artikler:

Arne Falkanger Thorsen: «Lojalitetsplikt i kontraktsforhold», Jussens Venner, 1993. s. 36–54.

Ola Nisja. Standardvilkår. Tidsskrift for forretningsjus. Oslo (2003) s.302

Knut Kaasen. "Dynamisk kontraktsrett" - et fruktbart grep? Tidsskrift for rettsvitenskap. Oslo 2005 s 237- 263

Institutt for privatrett. Forskningsprosjekt om engelske kontraktsmodeller og norsk bakgrunnsrett. Nytt i privatretten Oslo. 2008, nr. 3

Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo 2010

Camilla Dalbak. Lojalitetsplikt som grunnlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold. Lov og Rett 2007.nr.10 Oslo s. 598-612

Personlig meddelelse:

Norsk industri ved Runar Rugtvedt og Svein Dahl. Muntlig i møte.1/11.2012.

Lovsregister.

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) 1969-06-13-26

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) 1988-05-13-27

1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) 1997-06-13-43

Domsregister.

Rt.1983.s.716

Rt.1984.s.28

Rt.1987.s.442
Rt.1988 s.1078
Rt. 1991.s.220
Rt.1995.s.1460
Rt.1999.s.922
Rt.2004s.1256
Rt.2005.s.268
Rt.2010s.961