

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tilsidesettelse av preklusjonsreglene i NF 07

Kandidatnummer: 647

Leveringsfrist: 25.november 2012

Antall ord: 16 829



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Bakgrunnsrett..... | 4 |
| 1.3 | Hensyn | 5 |
| 1.3.1 | Generelle hensyn bak endringssystemet | 5 |
| 1.3.2 | Hensyn bak preklusjonsreglene spesielt..... | 8 |
| 1.4 | Rettskildesituasjonen: Kilder og metode | 11 |
| 1.5 | Oppgavens videre fremstilling..... | 14 |
| 2 | PREKLUSJONSREGLENE I ENDRINGSSYSTEMET | 16 |
| 2.1 | Innledning | 16 |
| 2.2 | Endringssystemets grunnleggende trekk | 17 |
| 2.2.1 | Behovet for å be om endringsordre | 17 |
| 2.2.2 | Når kan leverandøren kreve endringsordre? | 19 |
| 2.3 | Preklusjonsfristene i NF 07 | 20 |
| 2.4 | Hovedelementer | 22 |
| 2.4.1 | Fristens utgangspunkt..... | 22 |
| 2.4.2 | Fristens lengde | 23 |
| 2.4.3 | Form- og innholdskrav til varselet | 27 |
| 2.4.4 | Konsekvenser av for sent varsel..... | 28 |
| 2.5 | Er det adgang til å tolke preklusjonsreglene innskrenkende?..... | 29 |
| 3 | AVTALT TILSIDESETTELSE AV PREKLUSJONSREGLENE | 33 |
| 3.1 | Innledning..... | 33 |
| 3.2 | Konkludent atferd | 34 |
| 3.3 | Rettspraksis knyttet til konkludent atferd | 37 |
| 3.3.1 | Oppsummering..... | 40 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.4 | Vurdering og konklusjon | 43 |
| 3.5 | Realitetsdrøftelser | 44 |
| 3.6 | Integrasjonsklausuler | 46 |
| 4 | AVTALESENSUR..... | 50 |
| 4.1 | Innledning | 50 |
| 4.2 | Anvendelse av avtl. § 36 på NF 07- Generelle utgangspunkter | 50 |
| 4.3 | Anvendelse av avtl. § 36 på preklusjonsreglene..... | 55 |
| 4.3.1 | Vurdering og konklusjon..... | 58 |
| 5 | PRINSIPPET OM LOJALITET I KONTRAKTSFORHOLD | 60 |
| 5.1 | Innledning | 60 |
| 5.2 | Lojalitetsprinsippets betydning generelt..... | 60 |
| 5.3 | Fravikelse av preklusjonsreglene på grunnlag av lojalitetsprinsippet | 62 |
| 5.3.1 | Anvendelse av lojalitetsprinsippet på NF 07 | 62 |
| 5.3.2 | Lojalitetsprinsippet som selvstendig fravikelsesgrunnlag..... | 63 |
| 5.3.3 | Vurdering og konklusjon..... | 66 |
| 6 | AVSLUTTENDE KOMMENTARER..... | 68 |
| 7 | LITTERATURLISTE..... | 70 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

I offshorebransjen benyttes ofte avtalte standardvilkår, hvorav "Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007" (heretter NF 07) er den mest anvendte.¹ Fabrikasjonskontrakten er utarbeidet av representanter fra både leverandør- og selskapssiden, og anvendes ved «...større oppdrag om fabrikasjon for leveranser til norsk kontinentalsokkel.»²

Partenes forpliktelser kan ved bruk av endringsreglene i NF 07 endres opptil flere ganger før leveringstidspunktet.³ Standarden har derfor omfattende regler om endringer av kontraktsarbeidet, som utgjør et eget endringsystem.⁴ Knut Kaasen (heretter Kaasen) betegner systemet som en «...kontrakt om hvordan endre kontrakt».⁵ Endringssystemet er en kontraktsmekanisme, særlig utarbeidet for å imøtegå behovet for fleksibilitet.⁶ Systemet kartlegger løpende partenes forpliktelser ved å avklare eventuelle endringer og deres virkninger. Hensikten er å løse eventuelle tvister på et tidlig stadium. For å ivareta formålet er systemet i stor grad formalisert. Partene må forholde seg til formelle regler om frister og formkrav.⁷ I denne anledning benyttes strenge preklusjonsregler. Det sentrale med preklusjonsreglene er at de er prosessuelle regler, som innebærer at leverandørens

¹ Se definisjon i Store Norske Leksikon: «Fabrikasjonskontrakt, kontrakt om tilvirkning av maskineri og mekanisk utstyr, brukes først og fremst om større tilvirkningsoppdrag til petroleumsvirksomhet.

² Se protokollen i NF 07

³ Kaasen (1988) s. 311 og Hagstrøm (2003) s. 129-131

⁴ Den korrekte betegnelsen på NF 07 er avtalte standardvilkår, såkalte «agreed documents». I oppgaven vil betegnelsen «standard» bli brukt. Se Kaasen (2006) s. 19

⁵ Kaasen (2005) s. 237

⁶ Kaasen (1988) s. 309

⁷ Kaasen (2009) s. 48

eventuelle krav og innsigelser mot selskapet må fremmes innen visse frister for å bli ivarettatt.⁸ Oversittelse av en preklusiv frist kan medføre store konsekvenser, som jeg kommer nærmere tilbake til.

Oppgavens hovedproblemstilling er hva som kreves for å fravike preklusjonsreglene i NF 07. De mulige grunnlag for tilsidesettelse, som vil bli drøftet er avtaletolkning, avtalesensur og det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet. En problemstilling som vil bli drøftet underveis er om terskelen for fravikelse er lik uavhengig av situasjonen og dermed grunnlaget for leverandørens innsigelser.

Anvendelsen av endringsregler som sådan bygger på alminnelige entrepriserettslige prinsipper. Det finnes også endringsregler i bakgrunnsretten, blant annet i Håndverkertjenestelova (heretter hvtjl.) og Bustadoppføringslova (heretter buofl.).

Det er flere trekk som er karakteristiske ved endringsreglene i NF 07, da de utgjør et eget system.⁹ Dette kan for så vidt også sies om entreprisestandarden NS 8405, som i økende grad nærmer seg NF 07.¹⁰ Utgangspunktet i bakgrunnsretten er at partenes forpliktelser fastslås på tidspunktet for avtaleinngåelse.¹¹ Til sammenligning vil en fabrikkasjonskontrakt ofte endres opptil flere ganger før leveringstidspunktet.¹²

Andre særtrekk er for det første at leverandøren har arbeidsplikt ved omtvistede endringer, en såkalt «hoppeplikt.»¹³ For det andre anvendes preklusjonsregler, og for det tredje har systemet et utvidet virkeområde. I tillegg til den tradisjonelle endringssituasjonen hvor

⁸ Kaasen (2009) s. 48

⁹ Tørum (2010) s. 462

¹⁰ l.c.

¹¹ Kaasen (1988) s. 311

¹² l.c.

¹³ Kaasen (2006) s. 283 og s. 392

selskapet ber om tilleggsarbeid, gjelder den ved utilsiktede endringer, herunder selskapets mislighold og force majeure.¹⁴

Det vil i det følgende bli søkt å illustrere oppgavens problemstilling fra en praktisk innfallsvinkel. Utgangspunktet er at leverandørens kontraktsforpliktelser kan endres ved både tilsiktede og utilsiktede endringer. Dersom leverandørens plikter blir berørt har han i utgangspunktet krav på å få gjenopprettet balansen i form av tilleggsbetalt og/eller fristforlengelse. Dersom selskapet er passivt og ikke sender en formell endringsordre må leverandøren kreve dette selv. For å ivareta eventuelle krav må leverandøren innen en preklusiv frist formelt kreve endringsordre fra selskapet.

Konsekvensene av prekluderte krav kan ved tilsiktede endringer bli at tilleggsarbeid anses som del av leverandørens opprinnelige kontraktsforpliktelser, slik at han verken har krav på tilleggsbetalt og/eller fristforlengelse.¹⁵ Ved utilsiktede endringer vil leverandøren ikke ha krav på kompensasjon grunnet forhold selskapet har risikoen for (selskapets mislighold), eller for uforutsette forhold som ingen av partene har risikoen for (force majeure).¹⁶ Konsekvensen av oversittelse av preklusjonsfristene er dermed i både tilsiktede og utilsiktede endringssituasjoner at leverandøren kan miste eventuelt berettigede krav.¹⁷

En ytterligere konsekvens av at leverandøren mister eventuelt berettigede krav vil være å komme i kontraktsmislighold.¹⁸ Dersom leverandøren eksempelvis mister krav på fristforlengelse og dermed blir forsinket, vil han komme i forsinkelsesansvar overfor selskapet.¹⁹ Preklusjonsreglene kan derfor få vidtgående konsekvenser for leverandøren.

¹⁴ Kaasen (2006) s. 269-270

¹⁵ *ibid.* s. 292-293

¹⁶ *ibid.* s. 303-304 og Kaasen (1988) s. 316

¹⁷ Kaasen (2006) s. 303-304

¹⁸ *ibid.* s. 431-432

¹⁹ *ibid.* s. 290

For noen leverandører kan de formelle krav til opptreden virke som en «felle», og således fremstå som urimelige i konkrete tilfeller.²⁰

1.2 Bakgrunnsrett

Jeg vil i det følgende søke å plassere oppgavens tema og problemstilling inn i en kontraktsrettslig kontekst, ved å se på bakgrunnsrettens alminnelige reklamasjonsregler. Reklamasjonsreglene i den kontraktsrettslige lovtrilogi og i buofl. har i prinsippet samme funksjon og virkning som preklusjonsreglene i NF 07.²¹ De lovbestemte reklamasjonsreglene er også preklusive, og en kan kalle de for «prosessuelle vilkår for å kunne nyttiggjøre seg sanksjonsreglene».²² At krav kan bli avskåret grunnet sen fremsettelse er dermed ikke et ukjent fenomen i kontraktsretten.²³

En vesentlig ulikhet, og som også er særegent ved reglene i NF 07 er at både leverandørens krav og innsigelser kan prekluderes. Dersom kravet om endringsordre ikke fremmes innen fristen, vil også hans innsigelse om at tilleggsarbeidet ikke er en del av hans opprinnelige forpliktelse føre frem. Heller ikke hans innsigelser om at endringene skyldes selskapets forhold eller force majeure vil føre frem. Leverandørens innsigelser blir dermed prekludert i likhet med kravet om endringsordre.

Etter bakgrunnsretten er det i utgangspunktet ingen reklamasjonsfrist knyttet til eventuelle innsigelser.²⁴ Et eksempel fra kjøpsretten vil være illustrerende. En selger har oversittet

²⁰ Tørum (2010) s. 467-468

²¹ Sml. Avhendingslova § 4-19, Kjøpslova § 32, Håndverkertjenestelova §§ 12 og 22 og Bustadoppføringslova § 30

²² Simonsen (1999) s. 326

²³ Kaasen (2009) s. 48

²⁴ En kan imidlertid tenke seg innsigelser prekludert gjennom passivitetsbetraktninger, men dette er ikke en særlig praktisk problemstilling

leveringstidspunktet for noen varer, og kjøperen fremmer krav om prisavslag. Selgerens innsigelse mot kravet er imidlertid at forsinkelsen skyldtes forhold på kjøpers side, og således ikke er berettiget prisavslag. I motsetning til under NF 07 vil en slik innsigelse som utgangspunkt ikke prekluderes etter bakgrunnsretten. På denne bakgrunn er preklusjonsreglene i NF 07 strengere, og har mer vidtgående konsekvenser enn de alminnelige reklamasjonsregler.

1.3 Hensyn

1.3.1 Generelle hensyn bak endringssystemet

Det vil i det følgende bli redegjort for to hovedhensyn bak endringssystemet. Det vil først bli redegjort for selskapets behov for fleksibilitet, før jeg går over til å se på leverandørens behov for rebalansering i form av tilleggsbetalt og/eller fristforlengelse.

Hensynet til fleksibilitet innebærer at selskapet har behov for styring og kontroll under kontraktsarbeidet.²⁵ Et karakteristisk trekk ved offshore-prosjekter er at de er svært langvarige.²⁶ Tidsmomentet innebærer høy risiko for at det oppstår behov for endringer og reguleringer underveis.²⁷ Som nevnt tidligere kan partenes kontraktsforpliktelser endre seg flere ganger fra kontraktsinngåelse til leveringstidspunktet. Det er på denne bakgrunn at begrepet «dynamisk kontraktsrett» har vokst frem, og det formaliserte endringsordresystemet med tilhørende preklusjonsregler ble etablert.²⁸ For å ivareta selskapets primære målsetting om å få «riktig ting til riktig tid», har selskapet etter art.12.1 fått vid kompetanse til å foreta endringer i arbeidet.²⁹ I artikkelens første ledd følger det at

²⁵ Kaasen (2006) s. 271-273

²⁶ I.c.

²⁷ Kaasen (2005) s. 242

²⁸ ibid. s. 240

²⁹ Kaasen (1988) s. 310 og Kaasen (2006) s. 302

selskapet kan pålegge de endringer som «er ønskelige».³⁰ Ut fra ordlyden virker adgangen til å endre arbeidet ubegrenset. Slik er det imidlertid ikke da det i annet ledd følger mer spesifisert hva endringene kan bestå i. Det følger også en begrensning i tredje ledd ved at omfanget av endringene ikke kan overstige det «partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått.»

Selskapets vidtrekkende rett til å pålegge leverandøren endringer er som nevnt begrunnet i behovet for styring og kontroll, herunder kostnadskontroll.³¹ Behovet skyldes i stor grad at byggearbeidet starter før prosjekteringen er ferdig utarbeidet.³² I løpet av kontraktperioden kan det oppstå flere forhold, som krever endring av arbeidet. Det kan eksempelvis komme nye regler og forskrifter fra petroleumstilsynet, som gjør det nødvendig med reorganisering av arbeidet.³³

Det kan også i kontraktstiden bli utviklet nye materialer, eller bedre og billigere måte å bygge på.³⁴ Videre kan prosjektet bli dyrere enn først antatt, slik at det nødvendiggjør avbestillinger. Leverandøren kan i denne forbindelse bli instruert til å utføre mindre arbeid enn det som opprinnelig var avtalt, jfr. art. 12.1 annet ledd. Dette kalles for en negativ endringsordre.³⁵

Forholdet til andre leverandører kan også tilsi endringer. En forsinkelse eller en mangel på en leverandørs side kan lett få dominoeffekt for de øvrige leverandørene.³⁶ Selskapet kan

³⁰ Sml. Håndverkertjenestelova § 9, jfr. § 33, og Bustadoppføringslova § 9

³¹ Kaasen (2006) s. 274

³² Hagstrøm (2003) s. 129 og Kaasen (1988) s. 309-310

³³ Kaasen (2005) s. 243

³⁴ Kaasen (2006) s. 272

³⁵ *ibid.* s. 334

³⁶ Kaasen (2005) s. 242

også befinne seg i den situasjonen at de rett og slett har ombestemt seg vedrørende deler av arbeidets utførelse.³⁷

Endringssystemet bygger på et balanseprinsipp, og søker å opprettholde en rettferdig balanse mellom partene.³⁸ Balansen forrykkes imidlertid når endringssystemet tillegger selskapet en vid endringsadgang.³⁹ Endringssystemet imøtegår leverandørens behov for rebalansering ved å gi han endringsordren som verktøy til å kreve tilleggsbetalt og/eller fristforlengelse.⁴⁰

For å opprettholde balansen må systemet også ivareta leverandørens behov for risikobegrensning.⁴¹ Det er avgjørende for leverandøren og til enhver tid ha klare rammer for hans kontraktsforpliktelser. Desto klarere hans forpliktelser fremgår, jo mindre risiko er det for å trå feil og miste eventuelle krav, og kanskje komme i kontraktsrettslig mislighold.⁴²

Endringsreglene søker dermed å ivareta to til dels motstridende hensyn, nemlig selskapets behov for styring, og hensynet til at leverandøren får riktig motytelse. Målet er at det skal foreligge fleksibilitet for selskapet, samtidig som leverandøren skal få det han har krav på i form av fristforlengelse og /eller tilleggsbetalt.⁴³ Hensynet til fleksibilitet må ikke ødelegge den kommersielle balanse mellom partene.⁴⁴

³⁷ Kaasen (2005) s. 243

³⁸ Kaasen (2009) s. 52

³⁹ Kaasen (2005) s. 238

⁴⁰ Kaasen (1988) s. 322

⁴¹ Kaasen (1997) s. 612 og 614

⁴² *ibid.* s. 612

⁴³ Kaasen (2006) s. 274

⁴⁴ *ibid.* s. 272-273

1.3.2 Hensyn bak preklusjonsreglene spesielt

Jeg vil i det følgende se på hensyn som spesielt gjør seg gjeldende bak preklusjonsreglene. Det vil bli tatt utgangspunkt i de tilsktede endringssituasjonene. Når preklusjonsreglene i stor grad også gjelder for utilsiktede endringer, oppstår spørsmålet om de samme hensyn gjør seg gjeldende i slike situasjoner. Dette er et interessant spørsmål, da det kan belyse prinsipielle spørsmål i oppgaven underveis. Det vil i slutten av avsnittet bli kommentert om de samme hensyn gjelder uavhengig av leverandørens innsigelser.

De generelle hensyn bak endringssystemet og de spesielle hensyn bak preklusjonsreglene henger naturlig nok sammen i stor grad, da preklusjonsreglene er en viktig funksjon i endringssystemet. Preklusjonsreglene er prosessuelle regler utformet for at endringssystemets materielle regler skal fungere etter sin hensikt. Det vil først bli redegjort for hensyn bak preklusjonsregler, før det blir sett på eventuelle mothensyn.

Behovet for forutberegnelighet er det viktigste hensynet bak preklusjonsreglene. Det er av avgjørende betydning for både leverandøren og selskapet å kunne forutberegne sin rettsstilling på en relativ enkel måte.⁴⁵ Offshore-prosjektene er ofte langvarige, omfattende og kompliserte. Ettersom tiden går kan flere problemer flette seg i hverandre, og føre til at identifisering og tvisteløsning blir vanskeliggjort.⁴⁶ På denne bakgrunn er det viktig å identifisere endringer og deres virkninger på et tidlig stadium. Det må følgelig avklares når det foreligger tilsktede eller utilsiktede endringer, om det foreligger endringer, og i så fall hvilken virkning de har for partene. I offshore- prosjektene er det derfor et sterkt dokumentasjonsbehov.⁴⁷ For å sikre behovet til avklaring stiller endringssystemet strenge krav til formell opptreden ved at alle instruksjer, meldinger og krav må skje skriftlig, jfr.standardens art.36.

⁴⁵ Kaasen (2006) s. 274-275

⁴⁶ Kaasen (2009) s. 52-53

⁴⁷ Kaasen (1988) s. 318

For at avklaringer skal skje underveis er det etablert preklusive frister for leverandøren til å fremme krav om endringsordre. Dette henger sammen med selskapets kontroll og styringsbehov. Dersom leverandøren mener han er blitt pålagt mer enn det kontrakten tilsier, og således er en endring av arbeidet, må han uten ugrunnet opphold kreve endringsordre.⁴⁸ På denne måten får selskapet kunnskap om forholdet og anledning til å eventuelt endre eller tilbakekalle instruksen. Til illustrasjon ville sluttoppgjøret kunne blitt komplisert og uoversiktlig for begge parter om det var mulig å komme med innsigelser på et sent stadium av kontraktsforholdet.

Preklusjonsreglene bidrar til bevissikring, oversiktlig og effektiv identifisering av problemer. Den praktiske konsekvensen av preklusjonsreglene er dermed at tvister enten blir identifisert og løst på et tidlig stadium eller bortfaller.⁴⁹ På denne måten vil ikke fremdriften til prosjektet hindres.⁵⁰

Hensynet til forutberegnelighet gjør seg også gjeldende bak reklamasjonsreglene i bakgrunnsretten. Reglene i den kontraktsrettslige lov trilogi innebærer at en må reklamere innen «rimelig tid» for å beholde eventuelle krav.⁵¹ Vilkåret om «rimelig tid» er begrunnet i hensynet til den annen part. Etter en viss tid skal selger eller håndverker være sikker på at han ikke kan stilles til ansvar for noe han var ansvarlig for i kontraktsperioden.

Foruten hensynet til forutberegnelighet er det flere likheter mellom disse regelsett. De skal også sikre åpenhet og forhindre spekulasjoner. Det ulovfestede lojalitetsprinsippet innebærer blant annet «...en plikt til å *holde medkontrahenten underrettet* om forhold av betydning for kontraktsforholdet».⁵² Preklusjonsreglene bygger som nevnt på et sterkt

⁴⁸ Kaasen (2006) s. 276-277

⁴⁹ *ibid.* s. 424

⁵⁰ *ibid.* s. 275

⁵¹ Kaasen (1997) s. 608

⁵² Haaskjold (2002) s. 36

avklaringsbehov. Det er avgjørende for selskapet å få eventuelle endringer og deres virkninger tidlig avklart. Det er slik selskapet på best mulig måte får ivareta sine interesser om å holde prosjektets fremdrift som planlagt. Varsels- og preklusjonsreglene kan dermed sies å bygge på et lojalitetshensyn.

På den annen side foreligger det også mothensyn til preklusjonsreglene. Til tross for at de er en viktig faktor i endringssystemet motvirker de i realiteten hensynet til balanse, som systemet opprinnelig er ment å opprettholde. Dette taler mot preklusjon da ubalanse i kontraktsforholdet kan medføre urimelige konsekvenser.⁵³ Preklusjonsreglene kan blant annet medføre at leverandøren ikke får betalt for tilleggsarbeid, som selskapet har nytte av. Det kan også sies å være urimelig at leverandøren må ta konsekvensene av forhold som selskapet i utgangspunktet hadde risikoen for (selskapets mislighold).

Et annet hensyn mot preklusjon er at de for noen leverandører kan være vanskelige å forholde seg til:

«Preklusive varslingsregler og formelle prosedyrer for å håndtere omtvistede endringer, kan her virke tungvint og formalistisk. Preklusjon kan dessuten virke som en felle for parter som ikke har ressursene til å administrere reglene.»⁵⁴

Det kan avslutningsvis stilles spørsmål ved om hensynene bak preklusjonsreglene, spesielt hensynet til forutberegnelighet og selskapets behov for kontroll og styring gjør seg gjeldende, om enn i like stor grad, uavhengig av situasjonen og grunnlaget for leverandørens innsigelser. Etter ordlyden i art.16.1 er det leverandøren som må varsle uavhengig av situasjonen. Kaasen mener at «man kan i praksis vanskelig tenke seg at andre enn leverandøren pålegges å fremprovosere avklaringen».⁵⁵

⁵³ Se Kaasen (2006) s. 276 hvor han omtaler balansehensynet som et relevant tolkningsmoment

⁵⁴ Tørum (2010) s. 467-468

⁵⁵ Kaasen (2006) s. 291

I en ordinær endringssituasjon, hvor selskapet er klar over at deres instruks innebærer en endring foreligger det ikke et avklaringsbehov for selskapet. Det samme gjelder ved selskapets eget mislighold av kontrakten. Hensyn bak preklusjonsreglene vil i slike situasjoner ikke være like beskyttelsesverdige.⁵⁶

Når det gjelder selskapets mislighold kan det foretas en distinksjon mellom tilfeller hvor selskapet uvitende har misligholdt kontrakten, og hvor de er vel vitende om forholdet. Slik reglene er utformet vil imidlertid en slik distinksjon ikke ha noen betydning.

I likhet med tilsiktede endringer vil selskapets behov for avklaring også gjøre seg gjeldende ved force majeure situasjoner. På den ene siden synes hensynet til forutberegnelighet derfor å være like beskyttelsesverdig. På den annen side er det i praksis leverandøren som er mest utsatt for force majeure, da han står for naturalytelsen. Det vil kunne virke urimelig og overraskende for leverandøren å ikke få kompensasjon, eller bli holdt ansvarlig for noe som var utenfor ens kontroll.

1.4 Rettskildesituasjonen: Kilder og metode

I den alminnelige kontraktsrett er kontrakten den primære rettskilde.⁵⁷ Det samme gjør seg gjeldende på fabrikkasjonsrettens område, som er en del av den spesielle kontraktsrett. En må ta utgangspunkt i kontrakten for å etablere hva partene har bundet seg til av rettigheter og plikter.

Praksis vedrørende fabrikkasjonskontrakter er per i dag relativt sparsom. Det finnes ingen avgjørelser av de alminnelige domstoler. I stedet har man voldgift og ekspertavgjørelser.

⁵⁶ Tørum (2010) s. 467

⁵⁷ Hagstrøm (2003) s. 42

Ekspertavgjørelser er en kontraktsfestet måte å midlertidig løse eventuelle tvister på. Bestemmelsen om innkalling av en ekspert finner en i NF 07 art. 16.3:

«Leverandøren kan kreve at spørsmålet om hvorvidt arbeid under en Omtvistet Endringsordre er en del av Arbeidet, skal avgjøres foreløpig av en ekspert. Eksperten skal dessuten, dersom Selskapet ber om dette, ta stilling til hvorvidt et krav om utstedelse av Endringsordre i henhold til art. 16.1 er fremsatt innen fristen i art. 16.1.»

En ekspertavgjørelse er kun en foreløpig avgjørelse, det vil si at den gjelder kun frem til tvisten eventuelt blir løst gjennom «avtale, voldgift, søksmål eller etter reglene i art. 16.4 tredje avsnitt», jfr. art. 16.4 første og annet ledd. Det følger av art. 16.4 tredje ledd at:

«Den foreløpige avgjørelse i henhold til art. 16.3 blir endelig dersom ikke søksmål er reist eller voldgift avtalt innen seks måneder etter datoen for den foreløpige avgjørelse.»

Til tross for at ekspertavgjørelser er ment å være midlertidige blir de i praksis ofte stående. En ekspertavgjørelse i forhold til en avgjørelse i den alminnelige domstolen vil her være å foretrekke av flere grunner. En ekspertavgjørelse skjer i motsetning til en alminnelig rettergang svært raskt. Tidsmomentet i fabrikkkontrakter blir sterkt vektlagt, da mye penger står på spill. Det faktum at avgjørelsen blir tatt mens prosjektet pågår vil også kunne ha virkninger for partenes samarbeidsklime og således prosjektets fremdrift.⁵⁸

Ekspertavgjørelsene bærer preg av at de løser svært konkrete saker, og får dermed begrenset prejudikatsverdi. På bakgrunn av at det foreligger lite praksis på området er de likevel en verdifull kilde. Ekspertavgjørelsens rettskildemessige betydning har derfor relativt stor vekt. Publisiteten av ekspertavgjørelsene var tidligere vanskelig tilgjengelig. I dag er den bedre siden de nå blir publisert i *Petrus*, et tidsskrift med avgjørelser i tilknytning til «Norsk Fabrikasjonskontrakt» m.v.

⁵⁸ Tørum (2010) s. 464

De fleste i kommersielle avtaleforhold avtaler voldgift.⁵⁹ Det ytres i teorien ulike meninger om voldgiftsdommers vekt.⁶⁰ En kan sannsynligvis si at voldgiftsdommer generelt har en relativt lav egenvekt. Hagstrøm skriver at den rettskildemessige vekten må bero på hvordan rettskildebildet på det aktuelle område ser ut for øvrig.⁶¹ På fabrikkasjonsområdet er det som nevnt lite autorativ praksis, og Hagstrøm fremhever dette som et viktig moment:

«en avgjørelse av en voldgiftsrett med faglig høyt kompetente dommere, truffet på grunnlag av en grundig prosedyre hvor motstående hensyn er kommet frem, må presumeres å ha betydelig interesse på et rettsområde med så få tungtveiende rettskilder for øvrig.»⁶²

Publisiteten av voldgiftsdommer har tidligere vært dårlig, da de ofte var hemmelighetsgjort. I dag blir de i mye større grad publisert i Nordiske domme i sjøfartsanliggender (heretter ND).

Når det gjelder rettsområdene fabrikkasjon, entrepris og skipsbygging foregår det en såkalt «fri flyt av rettskilder».⁶³ Årsaken er at flere problemstillinger er felles på disse områdene, spesielt vedrørende endringsreglene.⁶⁴ Både teori og praksis vedrørende det ene området får dermed overføringsverdi til det andre. Bakgrunnen for den store overføringsverdien ligger i at NF bygger på alminnelige entrepriserettslige prinsipper, og at NS er dannet med NF som forbilde. På denne bakgrunn vil det i oppgaven aktivt bli vist til entrepriserettslige avgjørelser.

⁵⁹ Hagstrøm (2003) s. 55

⁶⁰ *ibid.* s. 56

⁶¹ *l.c.*

⁶² *l.c.*

⁶³ Tørum (2010) s. 456

⁶⁴ *l.c.*

Praksis fra de alminnelige domstoler er ikke like sparsom på entrepriserettens område som hos NF. Spesielt når det gjelder reglene om varsling og preklusjon, er praksis i entrepriseretten en viktig kilde ved tolkning av de samme regler i NF 07. Dette har nok flere årsaker, men den viktigste er kanskje som nevnt at tvister offshore løses gjennom voldgift eller ekspertavgjørelser, og sjelden blir offentliggjort. De entrepriserettslige sakene har det derimot blitt flere av, og flere blir løst i Høyesterett. Dette kommer som nevnt fabrikkasjonsretten til gode og bøter på dens manglende autorative praksis.⁶⁵ Avgjørelsene er tilgjengelig på lovdata og i tidsskriftet «Avgjørelser i Byggesaker», som blir utgitt av Norges Byggestandardiseringsråd. Til tross for at NF på mange måter er et forbilde, vil praksis til NS påvirke tolkningen av NF. En kan si at de to standardene lever i et dynamisk samspill med hverandre. Høyesterettsdommene inntatt i Rt. 1999 s. 922 «Salhus Flytebru» og Rt. 2005 s. 788 «Oslofjordtunnelen» illustrerer at praksis på land og offshore kan influere hverandre.⁶⁶

1.5 Oppgavens videre fremstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er som nevnt hva som kreves for å tilsidesette preklusjonsreglene i NF 07. De følgende kapitler er derfor inndelt etter mulige fravikelsesgrunnlag.

I kapittel 2 vil grunnleggende trekk ved endringssystemet bli presentert, herunder preklusjonsreglene. Preklusjonsreglene vil bli redegjort for ut fra en naturlig tolkning av artiklenes ordlyd. For å vise at preklusjonsreglene utgjør en vesentlig del av systemet blir det gitt en kort oversikt over alle preklusjonsreglene i NF 07.

⁶⁵ Tørum (2010) s. 456-457

⁶⁶ *ibid.* s. 457

Det første mulige fravikelsesgrunnlaget som blir presentert er avtaletolkning. Da kapittel 2 er forbeholdt tolkning av artiklene i NF følger det naturlig å se på muligheten for å fravike preklusjonsreglene ved å tolke preklusjonsreglene innskrenkende.

Som en videreføring av avtaletolkning som fravikelsesgrunnlag vil det i kapittel 3 bli sett på konkludent atferd. Problemstillingen er om partene kan anses å avtalerettslig ha fraveket preklusjonsreglene ved konkludent atferd.

Deretter vil avtalesensur bli presentert i kapittel 4, før det blir sett på lojalitetsprinsippet i kapittel 5. Avslutningsvis i kapittel 6 følger mine avsluttende kommentarer.

2 Preklusjonsreglene i endringssystemet

2.1 Innledning

Endringssystemet er opprettet for å identifisere og løse eventuelle tvister som oppstår under kontraktsarbeidet.⁶⁷ Under utarbeidelsen av NF 07 ble det bestemt at systemet skulle anvendes både ved tilsiktede og utilsiktede endringer.⁶⁸ Det kommer for det første til anvendelse ved den ordinære endringssituasjonen, hvor en av partene krever en endring. For det andre kommer det til anvendelse ved utilsiktede endringer, herunder selskapets mislighold og force majeure.⁶⁹ Systemet har dermed fått et vidt anvendelsesområde og kan defineres som

«...et avtalt materielt og prosessuelt system for justering av opprinnelige kontraktsfaste rettigheter og plikter når en av kontraktpartene ensidig krever det eller når andre forhold griper inn i oppfyllelsesforutsetningene.»⁷⁰

Endringssystemet utvidede anvendelsesområde kommer ikke direkte frem i kontrakten. At systemet også gjelder utilsiktede endringer ser man kun ved å følge krysshenvisningene til hver artikkel. Da endringssystemet hovedsakelig benyttes likt i de fleste situasjoner vil det i det følgende tas utgangspunkt i den ordinære endringssituasjonen. Eventuelle ulikheter vil i tillegg til å bli poengtert underveis, fremkomme av punkt 2.3, som er en oversikt over preklusjonsfristene i NF 07.

⁶⁷ Kaasen (2006) s. 273

⁶⁸ *ibid.* s. 303

⁶⁹ Kaasen (1988) s. 316

⁷⁰ Kaasen (2006) s. 270

2.2 Endringssystemets grunnleggende trekk

Det vil først bli skissert situasjoner hvor leverandøren kan få behov for å be om en endringsordre («Variation Order».⁷¹ Deretter vil vilkårene for å kunne kreve en VO bli presentert, før det til slutt redegjøres for hovedelementer ved preklusjonsfristen.

2.2.1 Behovet for å be om endringsordre

Kontrakten gir som nevnt selskapet kompetanse til å ensidig endre kontrakten underveis, jfr.art 12. Hensynet bak instruksjonsretten er å oppnå «riktig ting til riktig tid».⁷² Utgangspunktet er at selskapet for å kunne endre leverandørens plikter må gjøre dette gjennom et formelt dokument, som kalles endringsordre (heretter VO), jfr. art. 14.⁷³ Dokumentet utgjør selve linken mellom endringer av leverandørens forpliktelser og dens konsekvenser i form av endring i tid og /eller pris.⁷⁴ En VO og dens eventuelle vedlegg vil være en del av den opprinnelige kontrakten jfr. NF 07 art. 2, jfr. art. 1.11, og dermed få virkning som en ordinær endringsavtale.⁷⁵ Den formelle fremgangsmåten søker å hindre eventuelle uklarheter og tvister mellom kontraktspartene.

I praksis kan det for leverandøren oppstå behov for å *be om* endringsordre. (min uth.) Behovet kan tenkes i flere situasjoner, blant annet dersom selskapet gjennom en formløs

⁷¹ Se definisjon på endringsordre i NF 07 art. 1.5: «Endringsordre betyr instruks om Endring av Arbeidet utstedt i henhold til art. 14.»

⁷² Kaasen (1988) s. 310

⁷³ Kaasen (2006) s. 291-292

⁷⁴ Kaasen (2003) s. 279

⁷⁵ Kaasen (1988) s. 311-312

instruks fremsetter krav om endring av arbeidet.⁷⁶ Årsaken til en uformell instruks kan være at selskapet ikke oppfatter instruksene som en endring av kontrakten. Det kan også tenkes at de «prøver seg», eller at de har feiltolket situasjonen. Grunnet endringssystemets utvidete anvendelsesområde vil det for leverandøren også kunne oppstå behov for å be om endringsordre ved såkalte utilsiktede endringer, som selskapets mislighold eller force majeure.⁷⁷

Dersom leverandøren mener den formløse instruksene, misligholdet eller force majeure situasjonen medfører at hans opprinnelige plikter under kontrakten blir endret, må han gjennom et formelt endringsordrekrav⁷⁸ («Variation Order Request» heretter VOR) kreve en endringsordre.⁷⁹ Det er leverandørens pretensjoner som her er avgjørende, altså hans oppfatning av situasjonen. For å bevare muligheten til å få medhold i at pliktene hans har blitt endret, og således få kompensasjon i form av tid og/eller penger utløses dermed en aktivitetsplikt for leverandøren til å kreve en VO.

Preklusjonsreglene er en viktig del av endringsordresystemet. De kan ses på som en avgjørende komponent til at systemet fungerer. Bakgrunnen og hensynene bak reglene, er som nevnt å bidra til nødvendig avklaring slik at de materielle reglene virker mer effektivt og etter sitt formål. Preklusjonsreglene som prosessuelle regler er som en «støvsuger» i endringssystemet ved at tvister blir identifisert, før de deretter enten blir avhjulpet eller bortfaller.⁸⁰ Eventuelle tvister blir således håndtert fortløpende i stedet for å bli hengende i løse luften.

⁷⁶ Se definisjon på endring i NF 07 art. 1.4: «Endring av Arbeidet betyr endring av Arbeidet, Arbeidsbeskrivelsen, Fremdriftsplanen, Spesifikasjoner, Tegninger og Selskapets Leveranser etter reglene i art. 12 til 16.»

⁷⁷ Se punkt 2.1 om endringssystemets utvidete anvendelsesområde

⁷⁸ Jfr. NF 07 art. 1.6: «Endringsordrekrav betyr krav fremsatt av Leverandøren i henhold til art. 16.1.»

⁷⁹ Kaasen (2006) s. 276-277 og s. 293

⁸⁰ *ibid.* s. 424 og s. 426

Endringsystemet får dermed gjennom preklusjonsreglene svært viktige praktiske konsekvenser.⁸¹ For det første får selskapet muligheter til å endre kontrakten underveis, samtidig som leverandøren blir sikret nødvendig klarhet under hele prosessen. Som nevnt tidligere blir selskapets styringsbehov og leverandørens behov for risikobegrensning søkt harmonisert.⁸² For det andre sikrer systemet at eventuelle tvister blir identifisert på et så tidlig stadium som mulig. For det tredje og kanskje den mest avgjørende konsekvens er at fremdriften til prosjektet ikke blir påvirket, eller påvirket i minst mulig grad.⁸³

2.2.2 Når kan leverandøren kreve endringsordre?

Ved tilsiktede endringer kan leverandøren etter art.16.1 første ledd kreve endringsordre når selskapet har fremsatt «krav om utførelse av et nærmere bestemt arbeid». Som nevnt tidligere følger det av kontraktens system at endringsreglene får tilsvarende anvendelse ved utilsiktede endringer.⁸⁴ Det følger derfor av art. 16.6 at dersom «...forsinkelse, ekstra tiltak eller annen endring som skyldes kontraktsbrudd fra Selskapets side eller Force Majeure...» medfører at leverandørens plikter endres, «...gjelder reglene i denne art. 16 tilsvarende..»

Det følger av art. 16.1 første ledd at «...Dersom arbeidet etter Leverandørens oppfatning ikke er en del av hans plikter etter Kontrakten, *skal* Leverandøren fremsette Endringsordrekrav til Selskapet...» (min uthev.) Det fremgår av ordlyden at leverandøren har en plikt til å kreve endringsordre. Dette er misvisende da leverandøren står fritt til å velge om han vil utstede en endringsordre.⁸⁵ Adgangen til å kreve endringsordre er et

⁸¹ Kaasen (2003) s. 283

⁸² Kaasen (1997) s. 614

⁸³ Kaasen (2006) s. 275

⁸⁴ *ibid.* s. 417

⁸⁵ *ibid.* s. 422

valgfritt verktøy gitt leverandøren dersom han mener han blir pålagt plikter utenfor det som er avtalt.⁸⁶

2.3 Preklusjonsfristene i NF 07

Endringssystemet, herunder preklusjonsreglene er regulert i standardens art. 12-16. Grunnet systemets utvidede anvendelsesområde kommer preklusjonsreglene til anvendelse i flere ulike situasjoner. For å vise hvor stor del av kontrakten som benytter seg av preklusive frister, vil det her gis en kort oversikt.

De ulike preklusjonsreglene henviser alle til art. 12-16. Utgangspunktet er derfor at fristene kommer tilsvarende til anvendelse i alle hensender.⁸⁷ Det forekommer imidlertid unntak, hvor den alminnelige fristen har blitt modifisert.⁸⁸ Eventuelle ulikheter vil bli kommentert.

I art. 3.3 annet ledd reguleres situasjonen hvor leverandøren mener selskapets representant har hindret fremdriften ved sitt nærvær. Dersom leverandøren ønsker å fremsette krav om endringsordre må det gjøres «uten ugrunnet opphold» etter han ble klar over forholdet, jfr. Art. 16.1 annet ledd.

Etter art. 4.3 annet ledd kan selskapet ha rett til å delta i arbeidet, enten selv eller gjennom andre leverandører. Dersom selskapet bestemmer seg for dette etter kontraktsinngåelse, eller ønsker å utvide retten vil det anses som en endring av kontrakten.⁸⁹ Bestemmelsen henviser direkte til reglene i art. 12-16, slik at dersom leverandøren ønsker å kreve endringsordre må han gjøre det «uten ugrunnet opphold», jfr 16.1 annet ledd.

⁸⁶ Kaasen (1988) s. 322

⁸⁷ Kaasen (2006) s. 305

⁸⁸ l.c

⁸⁹ l.c

Art. 5.1 regulerer myndighetskrav og tillatelser. I artikkelens annet ledd vises det til at reglene i 12-16 gjelder tilsvarende, slik at leverandøren må fremsette krav om endringsordre «uten ugrunnet opphold», jfr.art 16.1. Fristens utgangspunkt er imidlertid ulik da den begynner å løpe «fra det tidspunkt Leverandøren fikk eller burde ha fått kunnskap om de forhold som begrunner kravet.», jfr.art.5.1 annet ledd.

Art. 8.2 regulerer underleveranser. Dersom selskapet har utpekt en underleverandør og de senere går konkurs, og underkontrakten faller bort, må leverandøren fremme krav om endringsordre «uten ugrunnet opphold» etter art. 16.1.⁹⁰

Kontraktsarbeidets fremdrift er regulert i art. 11. Selskapet kan etter art. 11.4 pålegge leverandøren å utføre visse tiltak for å innhente forsinkelsen.⁹¹ Dersom leverandøren har innsigelser mot dette må han kreve endringsordre «uten ugrunnet opphold» etter at han mottok selskapets instruks, jfr. Art.16.1.

Etter art. 18.1 kan selskapet velge å innstille arbeidet. Dersom dette får konsekvenser for fremdriften, må leverandøren kreve endringsordre «uten ugrunnet opphold», jfr. Art.16.1. Fristens utgangspunkt er også her presisert ved at den begynner å løpe fra det tidspunkt «Selskapet har krevd Arbeidet gjenopptatt», jfr.art 18.3.

Selskapets mislighold er regulert i art. 27. Dersom misligholdet synes å gå utover leverandøren må han kreve endringsordre uten ugrunnet opphold» etter art. 27.2, jfr.art 16.1. Fristens utgangspunkt er imidlertid presisert, jfr art. 16.6 til å begynne når leverandøren «har oppdaget kontraktsbruddet». Dette innebærer at leverandøren må være klar over de omstendigheter som objektivt sett utgjør et mislighold fra selskapet.⁹²

⁹⁰ Kaasen (2006) s. 306

⁹¹ l.c

⁹² ibid. s. 699

Ved force majeure er det fristens lengde som er presisert, jfr. art. 28.3, jfr. art.16.6. Leverandøren må kreve endringsordre «Innen 14 Dager etter at Force Majeure-situasjonen har opphørt».

2.4 Hovedelementer

Det tas i det følgende utgangspunkt i den ordinære endringssituasjonen som er regulert i NF 07 art 16.1. Eventuelle ulikheter vedrørende force majeure og selskapets mislighold vil bli påpekt.

2.4.1 Fristens utgangspunkt

Det første spørsmålet er hva som er fristens utgangspunkt. Etter ordlyden er det når «Selskapet har krevd et arbeid utført». Det blir i teorien lagt til grunn at det er den alminnelige påbudsregelen som kommer til anvendelse, jfr. Avtaleloven (heretter avtl.) §§ 2 og 3.⁹³ Fristen begynner dermed å løpe fra og med tidspunktet kravet kom «frem» til leverandøren. Hva som menes med uttrykket «kommet frem», vil variere etter omstendighetene i hvert enkelt tilfelle, jfr avtalelovens forarbeider:

«Hvad der skal til, for at en aksept skal være kommet frem til tilbydereren, vil bero paa omstændighederne i hvert enkelt tilfælde. I almindelighet maa det forlanges at akseptanten har bragt aksepten under slike ydre forhold, at han efter livets almindelige regel kan regne paa, at tilbydereren umiddelbart blir bekjendt med den, saaledes at det beror paa denne selv om dette skal bli tilfældet eller ikke.»⁹⁴

⁹³ Kaasen (2006) s. 425

⁹⁴ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 25

Preklusjonsfristens utgangspunkt er som nevnt i punkt 2.3 ulik ved blant annet selskapets mislighold og force majeure. Ved selskapets mislighold er fristens utgangspunkt da leverandøren «oppdaget kontraktsbruddet», jfr. art 27.2. Dette innebærer at leverandøren må være klar over de omstendigheter som objektivt sett utgjør et mislighold fra selskapet.⁹⁵ Ved force majeure begynner fristen å løpe fra det tidspunkt situasjonen har «opphevet» jfr art. 28.3 tredje ledd.

2.4.2 Fristens lengde

Fristens lengde varierer etter hvilken situasjon det er tale om. Jeg vil først presentere fristens lengde ved den ordinære endringssituasjonen og selskapets mislighold, før jeg går over til å se på force majeure.

Den ordinære endringssituasjon og selskapets mislighold

Ved ordinære endringer og selskapets mislighold må leverandøren fremme en VOR «uten ugrunnet opphold». , jfr art 16.1 annet ledd og art.27.2. Ordlyden henviser dermed til et vagt vurderingstema. Dette er ikke ukjent i den alminnelige kontraktsretten, hvorav det i lovgivningen fremkommer et vilkår om å reklamere «innen rimelig tid».⁹⁶ Spørsmålet blir hva som ligger i begrepet «uten ugrunnet opphold». Ved å tolke ordlyden antitetisk vil et «grunnet opphold» være innenfor fristen. Det er leverandøren som har bevisbyrden for at det faktisk har vært et «grunnet» opphold. Et grunnet opphold må være både saklig og rimelig. Hva som er saklig og rimelig beror på omstendighetene i hvert enkelt tilfelle, og gjør det vanskelig å stille opp klare holdepunkter.⁹⁷ Det har imidlertid i praksis blitt utviklet en rekke momenter som kan anvendes i en konkret vurdering. De følgende momenter er kun et utvalg, da de ikke er uttømmende.⁹⁸

⁹⁵ Kaasen (2006) s. 699-700

⁹⁶ Sml. Kjøpsloven § 32, Håndverkertjenesteloven § 12 og Avhendingslova § 4-19

⁹⁷ Kaasen (2006) s. 426

⁹⁸ *ibid.* s. 246-249

Utgangspunktet er at det skal være en balanse i kontraktsforholdet, fra begynnelse til slutt. Når en kontrakt endres må partenes rettigheter og plikter tilpasses endringen underveis. Dersom en instruks fra selskapet innebærer endring av arbeidet, har leverandøren i utgangspunktet krav på å få tilleggsbetaling og/eller fristforlengelse. Balansen i kontraktsforholdet søkes dermed opprettholdt gjennom endringssystemet.⁹⁹ Dette er også et utslag av det kontraktsrettslige prinsippet ytelse mot ytelse. Balansehensynet bygger også på alminnelige lojalitetsbetraktninger i kontraktsforhold. Som tidligere nevnt i punkt 1.3.2 motvirker imidlertid preklusjonsreglene hensynet til balanse. Preklusjonsreglene kan føre til at leverandøren ikke får endret kontrakten, og dermed mister krav om tilleggsbetalt og eller fristforlengelse. Grunnet det sentrale hensyn til balanse i kontraktsforhold, vil en ubalanse i partenes ytelser kunne tale mot preklusjon.¹⁰⁰

Vurderingen av om kravet er blitt fremsatt uten ugrunnet opphold må avgjøres på grunnlag av to motstridende hensyn. På den ene siden har leverandøren behov for rimelig tid til å vurdere instruksens innhold, og eventuelt fremsette et krav etter art. 16.1 tredje ledd. På den annen side har selskapet behov for å få rask avklaring fra leverandøren. Kravet om endringsordre kan føre til at selskapet enten endrer eller frafaller instruksene i sin helhet. En annen mulighet er at selskapet utsteder en VO eller en omtvistet endringsordre (DVO), jfr. art.16.2. Da selskapets primære mål er å få «riktig ting til riktig tid», vil tidsmomentet ha stor betydning. Dersom prosjektet går mot slutten, eller er på en såkalt «kritisk linje» kreves det mer årvåkenhet av leverandøren enn om prosjektet var i startfasen.¹⁰¹

En kan også få veiledning av tidligere praksis. I ekspertavgjørelsene vises hvilke momenter som er relevante og hvordan de ble veid mot hverandre. Veiledningen kan imidlertid bli begrenset. De konkrete omstendigheter i hver sak er en avgjørende faktor, og vil kunne gi

⁹⁹ Kaasen (2009) s. 57

¹⁰⁰ Kaasen (2006) s. 276

¹⁰¹ *ibid.* s. 428

vage holdepunkter i en foreliggende sak. Et illustrerende eksempel er ekspertavgjørelsen av 19. august 1994.¹⁰² Resultatet i saken ble preklusjon da leverandøren fremsatte kravet åtte måneder etter han mottok selskapets instruks. Den oppnevnte ekspert herredsrettsdommer Jon Bonnevie Høyér (heretter Høyér) holder likevel muligheten åpen for at åtte måneder kan være innenfor fristen i noen tilfeller:

«Jeg vil ikke se helt bort fra at en domstol, etter en omfattende umiddelbar bevisføring, i enkelte spesielle situasjoner vil akseptere 8-10 måneder som *uten ugrunnet opphold*.»¹⁰³

Et siste moment som kan gi argumenter for og mot en fristoversittelse er kontraktsadministrasjonen. Momentet vil kunne ha ulik betydning etter hvilken situasjon som foreligger, og graden av leverandørens profesjonalitet.

Selskapets behov for rask avklaring kan variere etter hvilken situasjon som foreligger og grunnlaget for leverandørens innsigelser. Som nevnt under hensyn er ikke hensynet til forutberegnelighet like beskyttelsesverdig hvor selskapet *vet* at det foreligger en endring eller de vel vitende har misligholdt kontrakten.

Det er blitt hevdet at leverandøren har den beste totale oversikten, og således er «edderkoppen i prosjektets spindelrev». ¹⁰⁴ Det stilles dermed svært strenge krav til leverandørens rutiner. Det er han som til enhver tid presumeres å ha oversikt over kravene fra selskapet, og hva de innebærer. Siden leverandøren her også er en profesjonell part, skulle ikke dette i seg selv tilsi noen urimelighet.

En annen side av saken er at leverandøren kan være et lite selskap bestående av tre personer, med lite erfaring med kontraktsadministrasjon. Det kan stilles spørsmålsteget ved

¹⁰² Petrus 1996 s. 121 [1994] ved herredsrettsdommer Jon Bonnevie Høyér

¹⁰³ *ibid.* s. 132

¹⁰⁴ Kaasen (2009) s. 55

om det da er rimelig å legge hele ansvaret til leverandøren, og prekludere hans eventuelle innsigelser. Kaasen uttaler på sin side at leverandøren selv har påtatt seg en kommersiell risiko, og har derfor ansvaret for å bygge opp en fungerende kontraktsadministrasjon.¹⁰⁵ Rimelighetsbetraktninger tilsier imidlertid at slike distinksjoner burde tillegges vekt ved vurderingen av om fristen er oversittet eller ikke.

Force majeure

Fristens lengde i force majeure situasjoner skiller seg fra tilsiktede endringer og selskapets mislighold. Den er delt opp i en relativ varslingsfrist og en absolutt preklusjonsfrist. Den relative varslingsplikten reguleres i art. 28.2. Den som oppdager en force majeure situasjon har plikt til å varsle den andre part «så snart som mulig». En må her foreta en rimelig tolkning av uttrykket «så snart som mulig». Leverandøren må gis en rimelig frist på å få en viss oversikt over situasjonen før han varsler selskapet.¹⁰⁶

Spørsmålet er om varslingsplikten gir uttrykk for en preklusjonsregel i likhet med endringer og selskapets mislighold. Kaasen mener det ikke kan påvises en uttrykkelig preklusjonsregel. Han er av den oppfatning at varslingsplikten er selvstendig, og ikke har noen tilknytning til den absolutte frist i art. 28.3.¹⁰⁷ Etter art.28.3 følger det imidlertid etter hans mening en klar og tydelig preklusjonsfrist på «14 Dager etter at Force Majeure-situasjonen har opphørt».¹⁰⁸

¹⁰⁵ Kaasen (1988) s. 319

¹⁰⁶ Kaasen (2006) s. 718

¹⁰⁷ *ibid.* s. 719

¹⁰⁸ Se ekspertavgjørelse inntatt i *PetrIus* 1996 s. 157 [1989] ved ekspert h.r.advokat Helge Myhre, s. 168 hvor han skriver at art.28.3 ikke er en preklusjonsregel siden varslingsplikten etter art.28.2 ikke er preklusiv

2.4.3 Form- og innholdskrav til varselet

Det neste spørsmålet er hva som er de materielle kravene til en VOR. De materielle krav til form og innhold følger av NF 07 art. 16.1 tredje ledd:

«Et Endringsordrekraft skal uttrykkelig betegnes som dette og fremsettes på fastsatt skjema. Det skal inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder.»

Når det gjelder de formelle krav til innhold må endringsordren «inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder.» Spørsmålet blir her hva som menes med en «spesifisert beskrivelse». Leverandøren må her klart få frem hva han mener er grunnlaget for hans krav, og hvorfor han mener selskapets instruks er en endring som går ut over hans kontraktsforpliktelser.¹⁰⁹ Selskapet skal dermed få klar beskjed at kravet faktisk er en VOR, og hva som er dens grunnlag.¹¹⁰

Bakgrunnen for de formelle krav til endringsordrens form og innhold er hensynet til dokumentasjon og bevissikring.¹¹¹ Det at selskapet har rett til å hele tiden få vite hva som skjer, og hva leverandøren til enhver tid krever, er begrunnet i hensynet til forutberegnelighet.¹¹² I en voldgiftsdom fra 1989 fremhever voldgiftsdommeren betydningen av å stille strenge formelle krav til endringsordren:

«*Nettopp* fordi entreprenøren har det i sin makt å fremtvinge endringsordrer fra selskapet gjennom bestemte pretensjoner, er det av vesentlig betydning at det stilles strenge formelle krav til hvorledes kravet om endringsordre er formulert og til redegjørelsen for hvilket grunnlag dette kravet bygger på».¹¹³

¹⁰⁹ Kaasen (2006) s. 434-435

¹¹⁰ I.c.

¹¹¹ Se oppgavens punkt 1.3.2

¹¹² Kaasen (2006) s. 434-435

¹¹³ ND-1989-318 (ved professor dr.juris H.J Bull som voldgiftsdommer). Se punkt 5 i voldgiftsdommerens bemerkninger

Voldgiftsdommeren nevner også at de formelle kravene er satt av hensyn til leverandøren selv. Leverandøren har ingen arbeidsplikt før det foreligger en endringsordre fra selskapet. Det vil derfor være av stor betydning for leverandøren å få avklart om det foreligger grunnlag for å kreve endringsordre.

Bestemmelsens fjerde ledd gir selskapet mulighet til å godta leverandørens VOR til tross for at den inneholder form og/eller innholdsmangler.¹¹⁴ Det kan stilles spørsmål ved om det er mer urimelig å avvise et krav om VOR, som prekludert, dersom årsaken er at den er fremsatt på feil skjema. Det kan argumenteres for at innholdet er det viktigste og ikke formen på det. På den annen side er partene profesjonelle og det forutsettes således at de skal ta i bruk de formelle regler. Endringssystemet forutsetter den svært formalistiske bruk av regler for at den skal fungere etter sin hensikt.

2.4.4 Konsekvenser av for sent varsel

Det følger av art.16.1 annet ledd at et for sent varsel medfører at leverandøren mister «...retten til å gjøre gjeldende at arbeidet er et Endring av Arbeidet.» Dersom fristen oversittes, mister dermed leverandøren sitt eventuelle krav på endringsordre. Endringene vil således bli en del av leverandørens plikter, og ikke gi han krav på tilleggsbetaling og/eller fristforlengelse.¹¹⁵ Ved selskapets mislighold vil konsekvensen av en fristoversittelse bli den samme som ved tilsiktede endringer, ved at leverandøren «taper retten til å påberope seg» selskapets kontraktsbrudd, jfr. art. 16.6, jfr 16.1 annet ledd. Det samme gjelder også ved force majeure jfr, 28.3 tredje ledd, som viser til art 12-16.

De praktiske konsekvensene av å miste kravet til en VO er for det første at det utløses det en arbeidsplikt for leverandøren, og for det andre at selskapet kan avvise kravet formløst.

¹¹⁴ Kaasen (2006) s. 435

¹¹⁵ *ibid.* s. 431-432

Leverandørens aktivitetsplikt innebærer at han må rette seg etter selskapets instruksjoner, som om de var en del av den opprinnelige avtalen. I tillegg følger det klart av artikkelens ordlyd at han også mister sine eventuelle krav på tilleggsvederlag og/ eller fristforlengelse, jfr. Kaasen: «konsekvensen er at arbeidet skal utføres innenfor den opprinnelige fremdriftsplan og uten tilleggsvederlag».¹¹⁶ Arbeidsplikten medfører dermed at leverandøren kommer i et kontraktsrettslig mislighold dersom han ikke retter seg etter selskapets instruksjoner. De preklusive fristene innebærer dermed svært omfattende passivitetsvirkninger.¹¹⁷

Fristoversittelsen avgjør videre hvordan selskapet plikter å respondere på den for sent fremsatte VOR-en. De kan selvfølgelig ta den til etterretning til tross for at den er for sent fremsatt, men de har ingen plikt i så måte. Dersom selskapet ønsker å avvise kravet om VO, kan de gjøre dette formløst. Dette følger antitetisk av art. 16.2, jfr. art. 16.1. Selskapet plikter således kun å utstede en endringsordre eller en (DVO) dersom kravet kommer frem «innen fristen».

Konsekvensen av en oversittet frist, modifierer hovedregelen om at selskapet kun kan kreve endringer gjennom en formell endringsordre. Overholder ikke leverandøren fristen, vil han måtte føye seg etter dette, selv om det kun foreligger en formløs instruks.¹¹⁸

2.5 Er det adgang til å tolke preklusjonsreglene innskrenkende?

Ved å tolke preklusjonsreglene etter sin ordlyd vil en oversittet preklusjonsfrist kunne få omfattende konsekvenser for leverandøren. Problemstillingen er om det er adgang til å tolke preklusjonsregelen innskrenkende slik at den ikke får anvendelse i en konkret situasjon.

¹¹⁶ Kaasen (2006) s. 432

¹¹⁷ Kaasen (1988) s. 317

¹¹⁸ Kaasen (2006) s. 292

En må her ta utgangspunkt i alminnelige tolkningsprinsipper. Etter en ren ordlydsfortolkning synes bestemmelsen å være fleksibel grunnet vilkåret om «ugrunnet opphold». Vilkåret gir uttrykk for en skjønnsmessig og konkret vurdering hva som er et grunnet opphold i en konkret situasjon. I tolkning av standardkontrakter er ordlyden av vesentlig betydning, og spesielt ved såkalte «agreed documents» som NF 07.¹¹⁹ Da bestemmelsen i seg selv er fleksibel og således kan søke rimelige resultater, taler det imot en adgang til å tolke bestemmelsen innskrenkende.¹²⁰

Begrunnelsen bak preklusjonsreglene er blant annet å fremme forutberegnelighet i et komplekst kontraktsforhold. Endringsreglene og herunder preklusjonsreglene utgjør dermed et strengt og formalistisk system. Behovet for å benytte et strengt system i fabrikkkontrakter har i praksis vist seg å være reelt.¹²¹ Ved å tolke preklusjonsreglene innskrenkende vil det muligens kunne undergrave deres formål. Således vil kontraktens system, og hensyn bak preklusjonsreglene tilsi at det ikke er adgang for innskrenkende tolkning. Flere argumenter taler dermed for at preklusjonsreglene i utgangspunktet ikke kan tolkes innskrenkende.

Det neste spørsmålet er om det kan gjøres unntak hvor selskapet vet at det foreligger en endring, eller at de selv har misligholdt kontrakten. I slike situasjoner vil en preklusjon muligens lettere fremstå som urimelig. Selve formålet med å tolke en bestemmelse innskrenkende er å komme frem til rettferdige og rimelige resultater.¹²² Til tross for at ordlyden her har stor vekt, er det således fortsatt viktig for domstolene å lande på et rimelig

¹¹⁹ Masteroppgave ved UIO, 2006 s. 4

¹²⁰ Se for øvrig Kaasen (2006) s. 433-434, hvor han skriver at vilkåret «uten ugrunnet opphold» vanskeliggjør bruken av avtl. § 36

¹²¹ Tørum (2010) s. 468

¹²² Haaskjold (2002) s. 162

og rettferdig resultat.¹²³ Et eksempel på at Høyesterett foretok en innskrenkende tolkning av en entreprisestandard (NS 3431) for å komme frem til et rimelig resultat er Rt. 2010 s.961. Høyesterett uttalte at det gjennom en objektiv fortolkning ikke bare kunne tillegges ordlyden vekt:

”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»¹²⁴

Overført til preklusjonsreglene i NF 07, vil som nevnt tidligere hensynene bak reglene ikke gjøre seg gjeldende i alle situasjoner. Når hensyn og formål bak en regel mister sin virkning, vil det dermed være adgang til å legge mindre vekt på ordlyden, og således foreta en innskrenkende tolkning.

Overføringsverdien til Høyesteretts uttalelser til oppgavens tema kan imidlertid diskuteres da det i «Veisaltdommen» ble uttalt:

«For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt–2000–806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.»¹²⁵

Utgangspunktet er at partene ved å inngå et agreed document har risikoen for egne interesser. På den annen side vil NF 07 aldri kunne bli helt skreddersydd. I offshore bransjen må kontrakter inngås raskt, og et av formålene med å anvende en standard er å slippe et omfattende og kostnadskrevende kontraktsinngåelse. Et moment her er at

¹²³ Presthus ved Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

¹²⁴ Rt. 2010 s. 961 note 44

¹²⁵ Rt.2010 s. 1345 note 59

preklusjonsreglenes utvidete anvendelsesområdet ikke kommer klart frem i kontrakten.¹²⁶ Ut fra et lojalitetshensyn vil en kunne si at selskapet burde «advare» om at preklusjonsreglene også gjelder ved f.eks. selskapets mislighold. I teorien er det også sagt at lojalitetsprinsippet er et moment som kan brukes dersom en klar ordlyd gjør det utfordrende å tolke innskrenkende.¹²⁷

Det meste taler dermed for at det i prinsippet må det være mulig å tolke preklusjonsreglene innskrenkende, dersom de vil føre til høyst urimelige resultater. Spørsmålet har imidlertid ikke kommet opp i praksis vedrørende NF 07. Til tross for at norske domstoler i stor grad søker å oppnå rimelige resultater, vil terskelen for en innskrenkende tolkning være høy. Årsaken er at dette gjelder en avtalt standardavtale inngått av profesjonelle parter, og som er avhengig av klare og forutsigbare regler.

Skillet mellom avtaletolkning og avtalesensur er forøvrig flytende, da de begge er verktøy for å oppnå et rimelig resultat. Den flytende grensen kan illustreres ved dommen inntatt i Rt. 1991 s. 220 «Sollia Borettslag».¹²⁸ Domstolene ble her beskyldt for å sensurere sin bruk av avtl. § 36, ved å si at de tilsidesetter en avtale som urimelig på grunnlag av tolkning eller utfylling.

Konklusjonen er at preklusjonsreglene i NF kan tolkes innskrenkende hvor en preklusjon vil få høyst urimelige virkninger.

¹²⁶ Tørum (2010) s. 465-466

¹²⁷ Hasaas s. 333

¹²⁸ Hagstrøm (2003) s. 44

3 AVTALT TILSIDESETTELSE AV PREKLUSJONSREGLENE

3.1 Innledning

Det følger av protokollen inntatt i NF 07 at «Statoil, Hydro og NIs medlemsbedrifter skal benytte NF 07 for alle kontrakter inngått mellom vedkommende oljeselskap og en NI-bedrift...»¹²⁹ Utenlandske oljeselskaper er således ikke forpliktet til å benytte standarden.¹³⁰ I stedet for å tilsidesette standarden i sin helhet kan de individualisere kontrakten etter de særskilte forhold som måtte foreligge, og bruke NF som rettesnor eller utfyllende kontrakt. En kan eksempelvis eksplisitt avtale seg bort fra reglene om preklusjon. Dersom dette fremgår klart i kontrakten, vil det som regel ikke oppstå noen tvist vedrørende preklusjon av leverandørens krav og innsigelser. Problemene oppstår derimot om man har avtalt en tilsidesettelse implisitt gjennom opptreden eller annet.

I oppgavens punkt 3.2 vil konkludent atferd, som mulig fravikelsesgrunnlag bli presentert. Deretter vil terskelen for fravikelse drøftes på bakgrunn av rettspraksis i punkt 3.3. I punkt 3.4 vil realitetsdrøftelser, som er en form for konkludent atferd bli presentert som mulig grunnlag eller moment for tilsidesettelse. Det vil avslutningsvis i punkt 3.5 bli drøftet om det foreligger en integrasjonsklausul i NF 07, og hvilken betydning den eventuelt vil ha. En integrasjonsklausul kan i prinsippet utelukke enhver form for konkludent atferd i en konkret tvist.

¹²⁹ Se protokollen inntatt i NF 07

¹³⁰ Tørum (2010) s. 461

3.2 Konkludent atferd

Det finnes flere grunnlag for kontraktsrettslige forpliktelser. Avtaler kan inngås både skriftlig og muntlig, eller ved atferd. Hagstrøm beskriver konkludent atferd og passivitet som «kvasiløfter».¹³¹ Konkludent atferd innebærer at en binder seg avtalerettslig i form av sine handlinger.¹³² I praksis har det i norsk entrepris og offshore prosjekter vært en avslappet holdning til formelle kontraktsdokumenter. Partene har i stor grad vært løsningsorienterte og vektlagt hensynet til «work fremfor paperwork». Det er på denne bakgrunn at konkludent atferd er et svært aktuelt grunnlag for å anse preklusjonsreglene i NF 07 fraveket.

Problemet med konkludent atferd er at den ikke blir formalisert i et skrevet dokument. Dersom partene har hatt et uformelt forhold til standardens prosedyreregler vil det kunne oppstå tolkningstvill ved eventuelle tvister.

En praktisk situasjon er at partene opptrer uformelt frem til det oppstår uenigheter. Uenigheten vil ofte bestå i om leverandørens krav på endringsordre er prekludert. I slike tvister vil leverandøren følgelig anføre at partene etter hans oppfatning har avtalt seg bort fra preklusjonsreglene, slik at hans krav fortsatt er i behold. Selskapet vil på sin side anføre at kravene er prekludert etter standardens bestemmelser.

Preklusjon av krav og innsigelser vil som nevnt kunne få store konsekvenser for leverandøren. Preklusjon vil også være urimelig dersom partene faktisk hadde avtalt gjennom konkludent atferd at preklusjonsreglene ikke skulle gjelde. Tilsidesettelse på

¹³¹ Hagstrøm (2003) s. 84

¹³² Hov (2002) s. 86

grunnlag av konkludent atferd har dermed en side mot lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold, som jeg kommer tilbake til i kapittel 5.

Problemstillingen er når partene kan anses for å ha fraveket preklusjonsreglene i form av konkludent atferd. Problemstillingen reiser to spørsmål, det første er om partene har avtalt en tilsidesettelse, og det andre er hvor høy terskel det er for å si at det gjennom konkludent atferd har skjedd en tilsidesettelse.

Det første spørsmålet er hva partene anses for å implisitt ha avtalt. Dette vil bero på den alminnelige avtalerett og dens ulovfestede tolkningsprinsipper.¹³³ Ved tolkning av kontrakter, er ordlyden den sentrale tolkningsfaktor. Det skal mye til før en kan fravike avtalens ordlyd, og da spesielt hvis kontrakten er inngått av profesjonelle parter. Dette har blitt fremhevet av Høyesterett:

«Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkingen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet».¹³⁴

Konkludent atferd er imidlertid en tolkningsfaktor som kan tas i betraktning. Jeg viser i den anledning til kjl. § 89 annet ledd hvor det fremgår at:

«Når en skal fastlegge meningen eller forståelsen etter første ledd, tas det omsyn til alle relevante forhold i saken, så som forhandlingene, den praksis partene har fulgt seg imellom, handelsbruk og partenes seinere handlemåte.»

At partenes atferd er et relevant tolkningsmoment fremgår også av lagmannsretten i en entreprisesak om preklusjon:

¹³³ Hagstrøm (2003) s. 43

¹³⁴ Rt. 1994 s. 581 på s. 587

«I en situasjon som den foreliggende- hvor det faktisk er inngått en rekke muntlige avtaler om endringsarbeider- er det nødvendig å se hen til så vel den formelle avtale som omstendighetene for øvrig for å kunne ta stilling til omfanget av kommunens avtalemessige forpliktelser». ¹³⁵

For at partenes atferd skal kunne tillegges vekt, må en tolke atferden, og ta utgangspunkt i om leverandøren hadde en rimelig forventning om fravikelse av preklusjonsreglene. I norsk rett er den såkalte tillits- og erklæringsteorien et kontraktsrettslig grunnprinsipp.¹³⁶ Prinsippet skal søke å beskytte mottakerens berettigede forventninger. En problemstilling blir hva som anses å være en berettiget forventning. Dette har blitt belyst i teorien:

«At en forventning er berettiget, vil etter en normal språklig forståelse tilsi at den er forsvarlig og velbegrunnet». ¹³⁷

Spørsmålet om en berettiget forventning er «forsvarlig og velbegrunnet beror på en konkret helhetsvurdering. Momenter i vurderingen vil blant annet være om forventningen er rimelig, og hvorvidt en part som har normal kunnskap og erfaring på området, ville ha bygget på en slik forventning.¹³⁸ I vurderingen anvendes i stor grad de samme momenter som en benytter ved en eventuell lempning etter avtl. § 36.¹³⁹ Prinsippet om berettigede forventninger har derfor en side mot lojalitetsprinsippet og lempning etter avtaleloven § 36. I en helhetsvurdering vil derfor momenter om lojalitet og urimelighet være relevante argumenter. En kan derfor komme frem til en fravikelse, ved hjelp av både tolkning og avtalesensur. Som nevnt under punkt 2.5 om innskrenkende tolkning er skillet mellom tolkning og avtalesensur flytende.¹⁴⁰

¹³⁵ LB-2001-3116

¹³⁶ Hov (2002) s. 63.

¹³⁷ Bjørge og Førland (2007) s. 317-318

¹³⁸ *ibid.* s. 318

¹³⁹ Selvig ved Hagstrøm (2004) s. 245

¹⁴⁰ *ibid.* s. 246

3.3 Rettspraksis knyttet til konkludent atferd

Den neste problemstillingen er når partene anses for å ha fraveket preklusjonsreglene gjennom konkludent atferd. Problemstillingen vil bli drøftet på bakgrunn av aktuell rettspraksis. Som tidligere nevnt medfører den begrensede praksisen vedrørende NF 07 at entrepriserettslig praksis har stor betydning.

Det rettslige utgangspunkt når partene har avtalt at en standard skal gjelde, er at dens prosedyreregler også kommer til anvendelse. Dette ble presisert i en lagmannsrettsavgjørelse på entrepriserettens område.¹⁴¹ Tvisten gjaldt sluttoppgjøret etter entreprisekontrakten NS 3431. Hovedproblemstillingen var om entreprenørens krav om endringsordre var for sent fremsatt, og dermed prekludert. Spørsmålet var i den anledning om partene hadde fraveket standardens formelle endringsregler ved konkludent atferd. Retten bemerket at den part som hevder at standarden er blitt fraveket gjennom avtale, har bevisbyrden for dette. I denne saken fant de etter omstendighetene det ikke bevist at det gjennom konkludent atferd hadde skjedd en fravikelse av preklusjonsreglene.

Flertallet kom frem til at entreprenørens tilleggskrav var prekludert som følge av fristoversittelse. Resultatet ble derfor at tilleggsarbeidene ble regnet som leverandørens opprinnelige forpliktelser og ikke ga grunnlag for tilleggsvederlag. Det var imidlertid dissens da den ene fagkyndige meddommeren mente partene hadde hatt et uformelt samarbeid, og således ved konkludent atferd fraveket de formelle reglene i kontrakten.

Resultatet ble imidlertid motsatt i en annen entreprisesak, som ble avgjort i lagmannsretten.¹⁴² Tvisten dreide seg også om uenigheter vedrørende sluttoppgjøret. Hovedproblemstillingen i saken var om hovedentreprenøren var forpliktet til å betale for

¹⁴¹ LB-2009-052844

¹⁴² LF-2001-00565

poster, som i fakturaen var påtegnet som ekstraarbeid. Hovedentreprenøren avviste kravet på grunnlag av at underleverandøren ikke hadde fremsatt kravet «uten ugrunnet opphold». Det var på det rene at partene hadde benyttet seg av NS 3430. Utgangspunktet var derfor at partene eksplisitt hadde avtalt å forholde seg til preklusjonsreglene. Retten viste her til et sitat fra herredsretten, som la følgende til grunn:

«Det er imidlertid rettens inntrykk at begge parter under kontraktsforholdet generelt har forholdt seg løst til NS regler og de fremgangsmåter standarden gir anvisning på. Begge parter har forklart at det meste som ble avtalt underveis, ble gjort muntlig. Dette til tross for at det slik retten oppfatter det, var en god del fordyrende tilleggsarbeider som kom til underveis. Også når det gjelder avsendelse/mottak av fakturaer avspeiler partenes handlinger at de ikke har hatt noen konkret oppfatning om verken overtagelse eller frister i forhold til NS bestemmelser om sluttoppgjør før det ble en rettslig tvist ut av dette.»

Lagmannsretten uttalte videre:

«Begge parter opptrer tilsynelatende som om standarden ikke eksisterer når man kommer til den praktiske del av kontraktsarbeidene.»

Samarbeidet mellom partene bar dermed sterkt preg av muntlighet, og ellers en svært lite konsekvent bruk av standardens prosedyreregler. Konsekvensen av partenes konkludente atferd ble at retten mente hovedentreprenøren hadde fraskrevet seg muligheten til å anvende standardens strenge formelle regler. De fristene som eventuelt ble oversittet ble dermed ikke ansett som prekludert. Det samme ble resultatet i en annen sak samme år.¹⁴³ I likhet med avgjørelsen overfor gjaldt tvisten sluttoppjøret. Resultatet ble begrunnet i at preklusjonsreglene var tilsidesatt ved konkludent atferd:

¹⁴³ LB-2001-3116

«Under enhver omstendighet har partene innrettet seg slik at de saksbehandlingsprosedyrer som følger av NS- 3430 i mange tilfeller ikke har vært fulgt. Det må antas at begge parter ved sin konkludente atferd har vært innforstått med og også sett seg tjent med det.»

Den samme problemstillingen ble vurdert av lagmannsretten noen år senere.¹⁴⁴ Tvisten bero på entreprenøren hadde krav på tilleggsvederlag. Grunnlaget for kravet var diverse endringer og bestillinger fra byggherren. Byggherren på sin side benektet kravene med grunnlag i at entreprenøren ikke hadde fulgt det formelle endringsordresystemet i NS 3430. Det fremgikk klart i partenes avtale at NS 3430 skulle utfylle deres kontraktsforhold. Til tross for den klare ordlyden kom retten til at entreprenøren, på visse punkter, hadde krav på tilleggsvederlag uavhengig av manglende formell opptreden. Retten fant at partene i lengre tid hadde et uformelt samarbeid, og således gjennom konkludent atferd fraveket preklusjonsreglene.

I en tvist fra samme år kom lagmannsretten frem til at det også her hadde skjedd en fravikelse av preklusjonsreglene gjennom partenes konkludente atferd:

«Ingen av partene har vært nøye med å følge varslingsreglene, og retten finner det derfor mest naturlig å se helt bort fra de strenge preklusjonsbestemmelser som følger av NS 3430-systemet. Noe annet ville etter rettens syn slå urimelig ut her.»¹⁴⁵

Anvendelsen av preklusjonsregelen i NF 87/94 var temaet i en ekspertavgjørelse av 7.august 1995.¹⁴⁶ Leverandøren hevdet at partene gjennom konkludent atferd hadde fraveket kontraktens formalistiske system, og at kravet derfor ikke kunne anses prekludert. Den oppnevnte ekspert Lagdommer Gussgard (heretter Gussgard) påpeker at partenes opptreden må tas i betraktning i avgjørelsen av om preklusjonsreglene kan anses fraveket:

¹⁴⁴ LE-2008-048886

¹⁴⁵ LB-2008-33181. Se avgjørelsens punkt 1.1

¹⁴⁶ PetrIus 1997 s.89 [1995] ved lagdommer Gunvald Gussgard

«Although the Contract prescribes a rather formalistic system to enhance clarity and efficiency, it must be taken into consideration that none of the parties earlier in the project had strictly adhered to the Contract procedures».¹⁴⁷

Leverandøren anførte blant annet at partene hadde vært mer opptatt av «physical work rather than paperwork».¹⁴⁸ Leverandørens anførsler førte imidlertid ikke frem. Gussgard fremholdt at den konkludente atferden ikke var tilstrekkelig til å fravike reglene om preklusjon i dette tilfellet. Han fremhever blant annet at selskapet faktisk hadde tatt i bruk de strenge reglene hele ni ganger i løpet av en ettårs periode.

Avslutningsvis vil jeg nevne en voldgiftsdom (heretter Hitec-Dreco saken), som gjaldt tilsidesettelse av endringsreglene i en kontrakt bygget på NF 87.¹⁴⁹ Spørsmålet var om partene gjennom sin praksis hadde fraveket kontraktens formelle preklusjonsregler. Voldgiftsretten kom frem til at partene gjennom sin opptreden ikke kunne sies å ha fraveket endringsordresystemet i sin helhet, men for en bestemt periode. I den aktuelle perioden mente retten at det hadde vært en såpass uformell opptreden mellom partene, som dermed tilsa en tilsidesettelse. Gjennom en konkret vurdering kom retten dermed frem til at leverandørens krav om endringsordre ikke var prekludert.

3.3.1 Oppsummering

I de fleste avgjørelsene overfor ble preklusjonsreglene ansett fraveket gjennom konkludent atferd. Partenes samarbeid var noe som ble særlig vektlagt. Vurderingene bero i stor grad på hvilken type samarbeid som hadde eksistert mellom partene. I LF-2001-00565 ble det eksempelvis lagt vekt på at partene hadde hatt et langvarig forretningssamarbeid. Et moment er om samarbeidet har vært preget av formaliteter, eller om det har vært en mer avslappet holdning til preklusjonsreglene. I nevnte avgjørelse forelå det utstrakt bruk av

¹⁴⁷ Petrius 1997 s.89 [1995] ved Gussgard, på side 94

¹⁴⁸ ibid. s. 98

¹⁴⁹ Petrius 1997 s. 101 [1996] ved voldgiftsdommer Professor dr.juris Erling Selvig

mundtlige henvendelser. Problemstillingen blir som nevnt i punkt 2.3 hva leverandøren med rimelighet kunne forvente. Det skal mindre til for å konstatere at standarden har blitt fraveket dersom samarbeidet har vært preget av uformelle henvendelser. Et uformelt samarbeid vil kunne vitne om en felles forståelse om å fravike standardens preklusjonsregler.

En fravikelse av kontraktens ordlyd ved konkludent atferd må komme klart til uttrykk for å kunne tas til følge. Utgangspunktet er at ordlyden veier tungt i kontrakter inngått av profesjonelle parter. Dersom leverandøren er en profesjonell part, som er godt kjent med endringssystemet, vil terskelen for å konstatere konkludent atferd kunne være høyere. Dette er imidlertid kun en retningslinje, som ikke trenger ha avgjørende betydning.¹⁵⁰

Terskelen for fravikelse ble illustrert i den nevnte ekspertavgjørelsen av 7. august 1995.¹⁵¹ Til tross for partenes uformelle samarbeid ble partene ikke ansett for å ha fraveket preklusjonsreglene gjennom konkludent atferd. Resultatet ble preklusjon fordi partenes atferd ikke hadde vært konsekvent. Selskapet hadde godtatt flere uformelle krav som endringsordre. Som tidligere nevnt kan selskapet godta en VOR, selv om formkravene ikke er oppfylt.¹⁵² De kan også velge å ta i mot en VOR selv om fristen er oversittet.¹⁵³

På den annen side er det som nevnt under punkt 3.2 et spørsmål om hvordan selskapets atferd oppfattes, og hva leverandøren med rimelighet kan forvente. Selv en inkonsekvent opptreden av selskapet kan i en konkret situasjon fremstå for leverandøren som klar. Leverandøren kan oppfatte atferden dithen at preklusjonsreglene har blitt fraveket. Det er imidlertid den av partene som hevder man har avtalt noe annet enn det som fremgår av

¹⁵⁰ Petrus 1997 s. 101 [1996] ved voldgiftsdommer Professor dr.juris Erling Selvig

¹⁵¹ Petrus 1997 s.89 [1995] ved Gussgard

¹⁵² Se oppgavens punkt 2.4.3

¹⁵³ Kaasen (2006) s. 433

kontrakten, som har bevisbyrden for dette.¹⁵⁴ Realiteten kan i slike tilfeller bli vanskelig å bevise. På denne bakgrunn kan man si at et løst forhold til kontraktens formelle regler i størst grad vil ramme leverandøren.

Dette leder oss over til prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Praksis har benyttet lojalitetsprinsippet som moment i vurderingen om partene anses å ha fraveket preklusjonsreglene. Dersom partene har forholdt seg løst til kontraktens bestemmelser, og leverandøren har grunnlag for å tro at preklusjonsreglene er fraveket, vil det kunne være illojalt av selskapet å gjeninnføre de strenge preklusjonsreglene ved en tvist. I LB-2008-33181 ble slike rimelighetsbetraktninger vektlagt. I tillegg til partenes uformelle opptreden, ble det lagt vekt på deres tillitsforhold, og uttalt at en gjeninnføring av preklusjonsreglene ville slå urimelig ut. Det samme kan utledes av LB-2001-03116:

«Det må antas at begge parter ved sin konkludente atferd har vært innforstått med og også sett seg tjent med det. Når det var situasjonen, kan ikke den ene parten i avtaleforholdet senere påberope strenge fristregler som kan føre til rettighetstap uten at det på forhånd er gitt skriftlig varsel om det.»

På bakgrunn av lojalitetsprinsippet kan det stilles spørsmål ved rimeligheten av resultatet i ekspertavgjørelsen av 7. august 1995. I denne forbindelse vises det til Hitec Dreco-saken. Voldgiftsdommeren bemerker at selskapet i utgangspunktet har stor valgfrihet med hensyn til når de vil anvende preklusjonsreglene. For å balansere eventuelle urimeligheter vil det imidlertid kunne stilles krav til selskapets opptreden, dersom de ikke opptrer konsekvent. En eventuell gjeninnføring av preklusjonsreglene må skje på en tydelig måte.¹⁵⁵ Dette ble klart fastslått i Hitec dreco saken:

¹⁵⁴ LB-2009-052844

¹⁵⁵ Kaasen (2006) s. 433

«Selv om dette i tidligere faser var praktisert på en mindre formell måte, ville Shell etter voldgiftsrettens syn ha rett til å kreve at det igjen ble fullt ut fulgt for fremtiden. En forutsetning for dette er etter voldgiftsrettens syn at H-D ble gitt rimelig varsel om dette.»¹⁵⁶

Dette er av hensyn til leverandørens forutberegnelighet, og lojalitet i kontraktsforholdet. Igjen ser man balansen mellom selskapets styringsbehov og leverandørens behov for risikobegrensning.

3.4 Vurdering og konklusjon

Det er utfordrende å gi en detaljert beskrivelse av terskelen for fravikelse ved konkludent atferd, både på fabrikasjons- og entreprisområdet. Det finnes få klare presedenser, da avgjørelsene beror på svært konkrete vurderinger. Problemstillingen vedrørende fabrikasjonskontrakter har foreløpig kun vært illustrert ved ekspertavgjørelser og voldgiftsdommer. På entreprisområdet har problemstillingen blitt drøftet i flere underrettssavgjørelser. På denne bakgrunn er det behov for avklaring av Høyesterett på entrepriserettens område.¹⁵⁷ Dette vil kunne medføre en avklaring også i fabrikasjonsretten.¹⁵⁸

Ut fra praksis virker det som terskelen for fravikelse er lavere ved bruk av entreprisstandardene enn ved NF 07. Synspunktet støttes i teorien, blant annet av Tørum. Han mener at preklusjonsreglene oftere fravikes på grunnlag av konkrete rimelighetsvurderinger, spesielt på entreprisområdet.¹⁵⁹ Tendensen til en lavere terskel for fravikelse på entreprisområdet kan ses på bakgrunn av variasjonen av aktører i landentreprise.

¹⁵⁶ Petrius 1997 s. 101 [1996] ved voldgiftsdommer Professor dr.juris Erling Selvig, s. 179

¹⁵⁷ Tørum (2010) s. 470

¹⁵⁸ Se oppgavens punkt 1.4

¹⁵⁹ Tørum (2010) s. 469

Det er i likhet med fabrikasjonsområdet også profesjonelle parter som anvender entreprisestandarder. De profesjonelle aktørenes styrke og forhandlingsposisjon i entrepriserforhold varierer likevel i større grad.¹⁶⁰ Variasjonen i entrepriseoppdragene kan dermed tilsi en mer konkret rimelighetsvurdering.¹⁶¹

Konklusjonen er at terskelen for å anse preklusjonsreglene i NF 07 fraveket ved konkludent atferd er høy.

3.5 Realitetsdrøftelser

Læren om realitetsdrøftelser er i tillegg til å være et moment for konkludent atferd, et selvstendig grunnlag for tilsidesettelse av preklusjonsreglene. En illustrerende dom er den såkalte Mesterhus-dommen, som gjaldt et entrepriserettslig reklamasjonsspørsmål.¹⁶² Saken gjaldt reklamasjon på et nyoppført typehus etter NS 3401. Det var på det rene at byggherren hadde reklamert for sent. Høyesterett kom likevel frem til at reklamasjonsretten var i behold. Det rettslige grunnlaget var entreprenørenes realitetsdrøftelser etter at reklamasjonen ble fremsatt. Høyesterett kom frem til dette resultatet gjennom en konkret helhetsvurdering hvor de la vekt på partenes atferd og omstendigheter for øvrig.

«Mesterhus har således hele tiden opptrådt på en måte som måtte gi Gabrielsen inntrykk av at taklekkasjen ville bli avhjulpet uten omkostninger for ham i den utstrekning den hadde sammenheng med mangelfull konstruksjon eller utførelse»¹⁶³

Realitetsdrøftelser som et unntak fra reklamasjonsplikten er et velkjent prinsipp i den alminnelige kontraktsretten, og kommer også til anvendelse på fabrikasjonskontraktene:

¹⁶⁰ Kaasen (2009) s. 59-61

¹⁶¹ *ibid.* s. 59-60

¹⁶² Kolrud (1997) s. 590

¹⁶³ Rt. 1984 s. 962 på s. 969

«Selskapet kan også miste retten til å påberope seg preklusjon, nemlig hvis det inngir seg på realitetsforhandlinger uten å ta forbehold.»¹⁶⁴

I en voldgiftsdom av 26.januar 1993 (Peconor-saken) ble leverandørens innsigelser ikke ansett som prekluderte.¹⁶⁵ Voldgiftsretten la avgjørende vekt på at selskapet hadde innlatt seg i realitetsdrøftelser.

Læren om realitetsdrøftelser har i teorien vært uklar, både med tanke på innhold og rekkevidde. For å sette det inn i en konkret sammenheng kan det være gunstig å se realitetsdrøftelser som en del av prinsippet om konkludent atferd.¹⁶⁶ Dette synet støttes av Kolrud som skriver at læren om realitetsdrøftelser «kan ses på som konkludent atferd og forankres i den vanlige passivitetslæren».¹⁶⁷ Videre skriver Hagstrøm at «de deklatoriske fristregler anses således fraveket ved debtors handlinger».¹⁶⁸ En må dermed tolke debtors handlinger og utsagn, for å se om det gjennom konkludent atferd foreligger en fravikelse av fristreglene. Hovedproblemstillingen blir om kreditor har gitt debitor en berettiget forventning, og hvordan det i så fall fremsto for debitor.¹⁶⁹

Spørsmålet om virkningen av realitetsavgjørelser ble også drøftet i en tidligere nevnt ekspertavgjørelse.¹⁷⁰ Gussgard uttalte at hovedregelen er at en realitetsdrøftelse ikke frarøver selskapet retten til å påberope seg preklusjon. I denne konkrete saken forelå det

¹⁶⁴ Kaasen (2006) s. 433

¹⁶⁵ Voldgiftsdom av 26.januar 1993 (H.r.dommer J. Skåre, professor dr.jur. H.J. Bull og h.r.advokat H. Stang Lund), ikke trykket, sitert etter Kaasen (2006) s. 433

¹⁶⁶ Simonsen (1999) s. 342

¹⁶⁷ Kolrud (1997) s. 594-595

¹⁶⁸ Hagstrøm (2003) s. 343

¹⁶⁹ Simonsen (1999) s. 342. Vurderingen er for øvrig den samme som jeg presenterte overfor i punkt 3.2

¹⁷⁰ PetrIus 1997 s. 89 [1995] ved Gussgard

imidlertid ikke omstendigheter som tilsa et unntak fra hovedregelen. Konklusjonen ble derfor at kravet var prekludert.

Det hevdes i teorien at det skal mye til før realitetsdrøftelser får en avskjærende virkning, og spesielt ved mangelsspørsmål i tilvirkningskontrakter, hvor omstendighetene kan bli svært komplekse.¹⁷¹ En må i denne vurderingen legge stor vekt på hva som er en naturlig reaksjon fra den som mottar innsigelsene.¹⁷² Et viktig moment, og som også ble tillagt stor vekt i mesterhus-saken, var tiden det tok før debitor fremmet sine fristinnsigelser.

På den ene siden har man hensynet til selskapet, som har et behov på å få avklart hva reklamasjonen innebærer og på den andre siden har man hensynet til leverandøren, som vil ha klarhet i sin rettsposisjon så snart som mulig. Av rimelighetshensyn burde ikke en forsvarlig håndtering av reklamasjonsspørsmålet bli tolket som frafall.¹⁷³ På den annen side er leverandørens berettigede forventninger relevante og må forsvares. Det må her foretas en interesseavveining i hvert konkret tilfelle, hvor rimelighetsbetraktninger og lojalitetshensyn vil kunne spille inn.

3.6 Integrasjonsklausuler

En integrasjonsklausul er en kontraktsklausul, som sier at det kun er det som står skrevet i kontrakten som skal tas i betraktning. Ved en eventuell tvist kan ikke partenes opptreden eller andre momenter tillegges vekt. En definisjon følger blant annet av UNIDROIT Principles art. 2.17:

¹⁷¹ Simonsen (1999) s. 343

¹⁷² l.c.

¹⁷³ l.c.

«A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.»¹⁷⁴

Den første problemstillingen er om det foreligger en integrasjonsklausul i NF 07. Et mulig grunnlag for å innfortolke en integrasjonsklausul kan finnes i art 2.1 jfr. Art. 36. Av art. 2.1 fremgår det hva som regnes som «kontrakten» og ut fra ordlyden er dette «kontraktsvilkår, eget avtaledokument når dette er opprettet og følgende vedlegg». Bestemmelsen gir dermed uttrykk for en uttømmende liste over hva som utgjør selve kontrakten.¹⁷⁵ Ut fra en naturlig tolkning kan dette tilsa at andre omstendigheter, som partenes opptreden ikke skal tillegges vekt i en tolkningstvist.

Det er ofte slik at en integrasjonsklausul henger sammen med et skriftlighetskrav.¹⁷⁶ I NF art 36 fremgår det at alle varsler, krav og meldinger må være skriftlige. En kan stille spørsmål ved om dette også gjelder eventuell praksis som oppstår mellom partene. Dersom man ser art 2.1 og art 36 i sammenheng vil det kunne tale for en integrasjonsklausul, eller i alle fall en viss integrasjonstankegang.

I teorien fremgår det at det er normalt å ha integrasjonsklausuler i kontrakter som er svært detaljert utformet.¹⁷⁷ Formålet er å unngå mer uklare tolkningsmomenter, som muntlighet, atferd, vitner osv. i kontraktsforhold hvor dette vanskeliggjøres.¹⁷⁸ Hensynet til forutberegnelighet er som nevnt svært viktig i kontraktsforhold, og da særlig kommersielle forhold. Disse behov og hensyn kan naturlig overføres til fabrikasjonsrettens område. NF-

¹⁷⁴ Hagstrøm (2003) s. 127

¹⁷⁵ Kaasen (2006) s. 82-83

¹⁷⁶ Haaskjold (2002) s. 109

¹⁷⁷ l.c.

¹⁷⁸ l.c.

standarden er en svært omfattende og detaljrik kontrakt, som gir partene stort behov for forutberegnelighet under avviklingen av prosjektet.

For å kunne konstatere at det foreligger en integrasjonsklausul, må det nok kreves en mer presis ordlyd. I en ekspertavgjørelse av 24.september 1990 var et av spørsmålene vedrørende en integrasjonsklausul.¹⁷⁹ Overskriften til klausulen var «entire agreement», og ordlyden ellers uttrykte klart at det kun var det som ble uttrykt skriftlig som var bindende for partene. For å konstatere at det foreligger en integrasjonsklausul taler gode grunner for at det må fremstå klart. På denne bakgrunn fremstår ikke NF art.2.1, jfr. Art 36 som en integrasjonsklausul..

Dersom en legger til grunn at det foreligger en integrasjonsklausul i NF 07 enten gjennom art 2.1 og 36 eller ved en særskilt avtalt integrasjonsklausul, blir den neste problemstillingen hvilken betydning den vil kunne få. Spørsmålet om hvilken virkning en «entire agreement»- klausul har i fabrikkasjonsretten ble drøftet i ovennevnte ekspertavgjørelse:

«Etter norsk rett må det vere klart at ein på grunn av ein slik klausul ikkje er avskoren frå å granske det som skjedde under kontraktsforhandlingane når ein skal ta standpunkt til innhaldet av kontrakten. Men ein slik klausul kan tenkjast å føre til at ein må leggje større vekt på det som kjem inn i det endelege skrivne kontraktsdokumentet.»¹⁸⁰

Ekspertavgjørelsen er dermed i tråd med den generelle rettsoppfatning om dette i norsk rett.¹⁸¹ Konklusjonen må være at selv om en har inntatt en integrasjonsklausul i kontrakten, blir en ikke totalt avskåret fra å tillegge partenes handlinger eller andre omstendigheter til grunn. Utgangspunktet er likevel at en også i norsk rett må påvise sterke holdepunkter for å

¹⁷⁹ Petrus 1996 s. 57 [1990] ved advokat dr.juris Ola Mestad

¹⁸⁰ ibid. s. 63

¹⁸¹ Hagstrøm (2003) s. 128

kunne fravike kontraktens ordlyd, og da spesielt ved bruk av en «entire agreement» - klausul.

4 AVTALESENSUR

4.1 Innledning

Det finnes flere grunnlag for å fravike en bindende avtale i bakgrunnsretten. De mest sentrale er avtl. § 36, læren om bristende forutsetninger, lojalitetsprinsippet, force majeure og avtl. Ugyldighetsbestemmelser. Av plassmessige hensyn vil det kun bli sett på avtl. § 36 som grunnlag for tilsidesettelse av preklusjonsreglene i NF 07.

Problemstillingen er hvilken terskel som foreligger ved bruk av avtl. § 36 som fravikelsesgrunnlag på NF 07, og spesielt vedrørende preklusjonsreglene. Det vil bli avgrenset mot en total tilsidesettelse av fabrikkasjonskontrakten.

4.2 Anvendelse av avtl. § 36 på NF 07- Generelle utgangspunkter

I den alminnelige kontraktsrett er det ingen tvil om at terskelen for å anvende avtl. § 36 generelt er høy, og spesielt i kommersielle avtaler inngått mellom jevnbyrdige parter. Den høye terskelen er blant annet grunnet i prinsippet om at avtaler er bindende og skal holdes slik de er inngått.¹⁸² Hensynet til forutberegnelighet i kontraktslivet forklarer også den varsomme bruken av avtl. § 36.

¹⁸² Norske Lov 5-1-2

Problemstillingen etter avtl. § 36 er om det ville «virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk» å gjøre kontraktsvilkåret gjeldende.¹⁸³ Avtl. § 36 er dermed en rimelighetsstandard, som henviser til en svært konkret rimelighetsvurdering.¹⁸⁴ Det er kontraktens samlede virkning på oppfyllelesstadiet som er avgjørende. Dette innebærer at det aktuelle kontraktsvilkåret ikke kan vurderes separat, men må inngå i vurderingen av kontrakten som helhet.¹⁸⁵

Det nærmere innhold av begrepet «urimelig» ble redegjort for i den såkalte «Ula-saken». «Ula-saken» er en voldgiftsdom om avtalesensur i offshorevirksomhet.¹⁸⁶ Tvisten gjaldt en avtale om rørledningstransport mellom felteierne i BP-gruppen og oljeselskapet Statoil. Avtalen innebar at Statoil skulle bygge rørledningen og deretter frakte oljen. Vederlag fra felteierne til Statoil skulle betales i en to-delt sum, som utgjorde en fast sum, og en sum per enhet som ble fraktet. Den ene del-summen ble dermed regnet ut etter et ratesystem. Tvisten oppsto da det ble utvunnet mye mer olje i feltet enn det man ved avtaleinngåelsen hadde forventet. Den økende mengden olje medførte at også Statoils vederlag ble høyere enn først antatt. BP-gruppen krevde avtalerevisjon etter avtl. § 36 på grunnlag av forholdene ved avtaleinngåelsen, og de senere inntrådte forhold, som gjorde vederlaget urimelig høyt etter deres mening.

Voldgiftsretten uttalte at hva som er «urimelig» varierer og beror på en konkret vurdering. I avtl. § 36 annet ledd fremgår det flere momenter som er relevante i rimelighetsvurderingen.¹⁸⁷:

¹⁸³ Hagstrøm (2003) s. 278

¹⁸⁴ *ibid.* s. 279

¹⁸⁵ *ibid.* s. 279-280

¹⁸⁶ ND 1990 s. 204 (ved Professor dr. juris Sjur Brækhus, høyesterettsdommer Einar Løchen og h.r.adv. Arild Ditlev-Simonsen)

¹⁸⁷ Hagstrøm (2003) s. 280 og s. 288

«Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.»

Av lovens uttrykkelige momenter ser en at «avtalens innhold/kontraktsforholdets egenart» må tillegges vekt i rimelighetsvurderingen.¹⁸⁸ Gjennom rettspraksis har det blitt formulert et prinsipp om at tungtveiende grunner må til for å lempe en kommersiell avtale inngått av jevnbyrdige parter.¹⁸⁹ Når det gjelder domstolenes forhold til å anvende avtl. § 36 har det derfor stor betydning om det gjelder forbrukerforhold eller kommersielle avtaler. Årsaken til dette skille er at hovedformålet til avtl. § 36 var beskyttelse av den svake kontraktspart. Følgen har naturlig blitt at domstolene har fått en aktiv sensurrolle i forbrukerforhold, mens de er mer tilbakeholdne i kommersielle forhold. I kommersielle avtaler er det, som i engelsk rett, fortsatt stort fokus på forutberegnelighet og avtalefrihet, med den risiko det innebærer. I tråd med dette fremheves det i «Ula-saken» at rimelighetsstandarden varierer ettersom hvilket kontraktsforhold en står overfor, og at terskelen er høyest hvor det er snakk om «big business»:

«Rimelighetsstandarden vil naturlig nok preges av det kontraktsmiljø den konkrete avtale tilhører. Sensurbehovet vil være størst, og sensurinngrepene tallrikest i brukerforhold. I kommersielt pregede kontraktsforhold skal det mer til før en domstol vil konstatere urimelighet og dekretere sensur. Og høyest må listen åpenbart legges når det, gjelder « *big business* »: Kontrakter som gjelder store, tildels meget store verdier, inngått mellom store bedrifter som rår over toppekspertise vedrørende såvel den kommersielle som den juridiske side av kontraktsslutningene.»¹⁹⁰

Grunnet den høye terskel for fravikelse tok retten utgangspunkt i prinsippet om at avtaler skal holdes, og fremhevet hensynet til forutberegnelighet.¹⁹¹ Deretter redegjorde de for

¹⁸⁸ Hagstrøm (2003). s. 280

¹⁸⁹ *ibid.* s. 288

¹⁹⁰ ND 1990 s. 204 punkt 5.2

¹⁹¹ Norske lov 5-1-2

nødvendigheten av avtalesensur i visse tilfeller, og at det derfor må skje en avveining av motstridende interesser da det er

«...en tvist mellom sensur og konkret billighet på den ene side, og kontraktssikkerhet og forutberegnelighet på den annen side».

En annen voldgiftsdom, som omhandler avtalerevisjon i fabrikkkontrakter er den såkalte «Troll-saken».¹⁹² Saken gjaldt endring av anvendelsesområdet for veiefaktorer. Spørsmålet var om de etterfølgende forhold hadde medført at de fryste veiefaktorene ble urimelig å opprettholde på oppfyllestidspunktet. På lik linje med «Ula-saken» plasserte de terskelen for å anvende avtl. § 36 inn i en generell kontekst. De fremhevet også at terskelen for avtalerevisjon er høy ved offshorekontrakter da de

«...stiller store krav til presisjon og forutsigbarhet..og at kontraktene ..inngås mellom store og ressurssterke foretagender som råder over ekspertise innenfor alle tekniske, kommersielle og juridiske fagområder ved kontraktsslutningene.»

Gjennom disse uttalelsene henviser retten til en kjent oppfatning i domstolene når det gjelder anvendelsen av avtl. § 36 på kommersielle avtaler.

Partenes opptreden under kontraktsforholdet er også et relevant moment.¹⁹³ I «Ula-saken» bemerker de lojalitetsprinsippet, og fremhever dette som en særlig omstendighet som kan støtte en avtalerevisjon. Spørsmålet var om partenes kontraktsforhold bar såpass stort preg av samarbeid og tillitt at det ble urimelig å fastholde avtalen. Et eventuelt brudd på lojalitetsplikten ble imidlertid raskt avfeiet.

¹⁹² ND 2000 s. 240 (ved h.r.dommer Jens Bugge, h.r.advokat Erling C. Hjort og prof.dr.juris Viggo Hagstrøm)

¹⁹³ Hagstrøm (2003) s. 292-293

Et annet relevant moment vil være partenes eventuelle avtalte risikofordeling. I «Ula-saken» drøftes hensynet til balanse i kontraktsforholdet. Det blir presisert at balansehensynet ikke har like stor vekt i offshore-bransjen, som i forbrukerforhold. En av årsakene til dette er at kommersielle avtaler bærer preg av kampen om fortjeneste. I forretningsforhold kan en godt si at «den enes brød er den annens død.» Voldgiftsretten viser til at risikofordelingen var klarlagt og veloverveid i og med transportavtalen:

«En forskyvning av balansen mellom kontrahentenes ydelser som skyldes at en veloverveiet og i og for seg akseptabel risikofordeling slår ut, og kanskje slår sterkt ut til ugunst for den ene part, bør normalt ikke gi grunnlag for en kontraktsrevisjon.»¹⁹⁴

Det overfor siterte er uttrykk for prinsippet om at en går inn i kommersielle avtaler på egen risiko. Det blir presisert at prinsippet kun er et utgangspunkt og at et viktig moment i urimelighetsvurderingen vil være en eventuell maktmisbruk. Dersom en part har misbrukt en maktposisjon overfor den annen part, vil ubalansen som har oppstått lettere kunne sies å være urimelig. I denne konkrete saken fant voldgiftsretten at det ikke forelå omstendigheter som tilsa maktmisbruk fra Statoils side.

Hensynet til avtalt risikofordeling ble også drøftet i «Troll-saken». Voldgiftsretten bemerket at den store endringen i seg selv ikke var nok til å kreve revisjon. De viste til at partene hadde tatt en veloverveid risiko, og at det nå var denne risikoen som realiserte seg. Begge parter hadde inngått en «business decision», med den risikoen det innebar. Retten viser her blant annet til ND-1985-246 «Mascot-saken»:

«Det som blir igjen er usikkerheten i kontraheringsøyeblikket om hvordan kursen ville utvikle seg, og når partene er enige om hvorledes denne risiko skal slå ut mellom dem, kan ikke § 36 brukes for å eliminere denne feilvurdering.»

¹⁹⁴ ND-1990-204 punkt 5.55 (2)

Konklusjonen er ut fra teori og praksis at terskelen for å fravike kontraktsvilkår i fabrikkasjonskontrakter på grunnlag av avtl. § 36 er høy.

4.3 Anvendelse av avtl. § 36 på preklusjonsreglene

Problemstillingen etter avtl. § 36 er som nevnt om det ville være urimelig å gjøre ett eller flere kontraktsvilkår gjeldende på oppfyllelesstadiet. Overført til oppgavens problemstilling blir det et spørsmål om preklusjonsreglene i NF 07, i et konkret tilfelle kan føre til at kontrakten får så urimelige virkninger at det gir grunnlag for fravikelse. Preklusjonsreglene behøver ikke nødvendigvis være urimelige i seg selv for å konstatere urimelighet.¹⁹⁵ Problemstillingen er hvilken terskel som foreligger for å fravike preklusjonsreglene på grunnlag av avtl. § 36.

I teorien hevder Kaasen at avtl. § 36 er overflødig da begrepet «uten ugrunnet opphold», hindrer eventuelle urimelige virkninger av preklusjonsreglene.¹⁹⁶ Videre fremheves det at NF 07 er avtalte standardvilkår, utarbeidet for profesjonelle parter av representanter fra begge sider.¹⁹⁷ Som oppnevnt ekspert i en avgjørelse fra 1990 har advokat dr.juris Ola Mestad (heretter Mestad) uttalt seg om terskelen for å anvende avtl. § 36 på en fabrikkasjonskontrakt:

«Avtaleinnholdet er heilt klart og avtalen byggjer på ein standardkontrakt utarbeidd i fellesskap mellom representantar for hovudaktørane i bransjen...Om stillinga åt partane er det å seie at både [Selskapet]og [Leverandøren]begge er svært profesjonelle og har lang røynsle i oljeverksemda. Det taler og sterkt imot å bruke § 36.»¹⁹⁸

¹⁹⁵ Se Kaasen (2009) s. 69 hvor han konkluderer med at preklusjonsreglene ikke er urimelige

¹⁹⁶ Kaasen (2006) s 433-434

¹⁹⁷ *ibid.* s. 434

¹⁹⁸ *PetrIus* 1995 s. 145 [1990] ved Mestad, på s. 153-154

Eksperten nevner at det i vurderingen har betydning at preklusjonsreglene er godt innarbeidet, og er saklig begrunnet i prosjekteringshensyn. I Hagstrøm er dette momentet beskrevet som «veletablerte kontraktsreguleringer».¹⁹⁹

Et annet moment som talte mot revisjon var at balansen mellom partene ikke hadde blitt forrykket i nevneverdig grad, da leverandøren måtte dekke kun en promille av den totale kontraktssum. Saken stiller seg således i en lang rekke av avgjørelser hvor en høy terskel for avtalesensur er beskrevet.

På denne bakgrunn hevder Kaasen at det vil «vanskelig komme på tale å tilsidesette bestemmelsen med hjemmel i for eksempel avtaleloven § 36».²⁰⁰ Det blir vist til fordelene med preklusjonsregler og at urimelighet vanskelig kan konstateres ene og alene grunnet en enkelt preklusjon.²⁰¹ Det er som nevnt den totale virkning av kontrakten som må være urimelig, og ikke kontraktsvilkåret isolert sett.²⁰²

Den foreløpige konklusjon er at terskelen for å anvende avtl. § 36 for å fravike preklusjonsreglene i NF 07 er høy, og dermed lite praktisk. Det foreligger ingen ekspertavgjørelser hvor preklusjonsreglene har blitt tilsidesatt på grunnlag av avtl. § 36.²⁰³

På bakgrunn av at hensynene ikke er like beskyttelsesverdige i alle situasjoner, kan det stilles spørsmål ved om terskelen er lavere hvor selskapet vet om endringen, selskapets mislighold eller hvor en force majeure situasjon har foranlediget bruken av det formalistiske endringssystemet.

¹⁹⁹ Hagstrøm (2003) s. 296

²⁰⁰ Kaasen (2006) s. 433

²⁰¹ *ibid.* s. 433-434

²⁰² *ibid.* s. 278-279

²⁰³ *ibid.* s. 434

Terskelen for fravikelse av preklusjonsreglene ved selskapets mislighold har blitt illustrert i en voldgiftsdom.²⁰⁴ Problemstillingen var om leverandøren hadde krav på endringsordre, og om kravet eventuelt var prekludert. Voldgiftsdommeren kom frem til at leverandøren i utgangspunktet hadde rett til å kreve endringsordre, men at kravet var fremsatt for sent. Leverandøren hadde fremsatt krav om endringsordre ett år etter at selskapets mislighold ble kjent for dem. Til tross for at grunnlaget for leverandørens innsigelser var selskapets mislighold ble resultatet preklusjon. Voldgiftsdommen vitner om en høy terskel for fravikelse også hvor selskapet har misligholdt kontrakten.

Når det gjelder force majeure foreligger det ikke praksis om terskelen for fravikelse av preklusjonsreglene. Da det ikke foreligger praksis vil dette avsnittet bære preg av vurderinger. Til støtte og bakgrunn vil det bli vist til en ekspertavgjørelse, som til en viss grad kommer inn på temaet.²⁰⁵ Saken reiste to spørsmål. Det ene var om det forelå en force majeure situasjon, og det andre var om reguleringen i kontrakten var urimelig. Den oppnevnte ekspert Mestad fremholdt at det ikke forelå en force majeure situasjon da skaden på skipet ikke lå «beyond the control of the parties». Leverandørens subsidiære anførsel om at kontrakten var urimelig ble klart avvist med henvisning til klar regulering, og at de var to profesjonelle parter.

Siden Mestad kom frem til at det ikke forelå en force majeure situasjon, ble ikke spørsmålet om eventuell fravikelse av preklusjonsreglene berørt. Da en force majeure situasjon er noe som ingen har skyld i, vil rimelighetsbetraktninger kunne tilsi en nokså lang frist for å komme med innsigelser. Som nevnt tidligere vil en preklusjonsinnsigelse kunne komme overraskende på leverandøren i slike situasjoner.²⁰⁶ Det vil for de fleste fremstå som naturlig å få kompensasjon for noe som har skjedd utenfor deres kontroll. På den annen side er man profesjonelle parter som har inngått en avtale med et formalisert

²⁰⁴ ND-1989-318 (ved prof.dr.jur. Hans Jacob Bull)

²⁰⁵ PetrIus 1996 s. 97 [1992] ved Mestad

²⁰⁶ Se oppgavens punkt 1.3.2

system. En plikter også av lojalitetshensyn å raskt varsle om omstendigheter som kan berøre kontraktsavviklingen. På bakgrunn av manglende veiledning i praksis vil spørsmålet om terskelen er lavere ved force majeure foreløpig stå åpent.

4.3.1 Vurdering og konklusjon

I teori og praksis er det enighet om en varsom anvendelse av avtl. § 36, og da spesielt innen fabrikkkontraktene. At terskelen for anvendelse er høy er en naturlig følge av standardens kommersielle og komplekse karakter. En varsom bruk er imidlertid ikke ensbetydende med at bestemmelsen ikke kan anvendes, eller at den ikke er ønskelig på fabrikkkontraktens område:

«Selv om § 36 for så vidt legger en betydelig makt i dommerens hender, kan bestemmelsen i et videre perspektiv neppe sies å underminere prinsippet om kontraktsfrihet og partsautonomi. Når man med hjemmel i § 36 får skåret bort det som fremstår som uheldige utslag eller direkte misbruk av kontraktsfriheten, og kanskje endog får forhindret at slike misbillige kontrakter blir inngått, kan § 36 tvert om sies å styrke kontrakten som formuerettslig institusjon.»²⁰⁷

Når det gjelder terskelen for fravikelse ved selskapets mislighold og force majeure synes den i praksis å være like høy som ellers. Hensyn bak preklusjonsreglene er som tidligere nevnt ikke beskyttelsesverdig uavhengig av situasjon. Jeg er av den oppfatning at situasjonens art og leverandørens profesjonalitet burde vektlegges mer i konkrete saker. Rimelighetshensyn vil da kunne tilsi lavere terskel for fravikelse.

Til støtte for dette synspunktet viser jeg til bakgrunnretten for sammenligning. I NF 07 er preklusjonsreglene knyttet til ordinære endringssituasjoner bygget på alminnelig entrepriserettslige regler. Art 27 og art 28 som henholdsvis regulerer selskapets mislighold og force majeure ligner imidlertid mer på de alminnelige reklamasjonsregler. Da det som påpekt tidligere ikke inntre preklusjon av innsigelser etter de alminnelige

²⁰⁷ ND 1990-204 punkt 5.2

reklamasjonsreglene, vil det kunne ses på som et moment for å senke terskelen for fravikelse etter NF 07 i slike situasjoner. Når det gjelder vurderingen av terskelen for fravikelse vil jeg komme tilbake til det i kapittel 5 om lojalitetsprinsippet.

Konklusjonen er at det er høy terskel for å anvende avtl. § 36 på fabrikkasjonskontrakter generelt, og på preklusjonsreglene i NF 07 spesielt. Den samme høye terskelen synes å foreligge uavhengig av situasjon og grunnlaget for leverandørens innsigelser.

5 Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold

5.1 Innledning

Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold har et vidtrekkende anvendelsesområde, da det i tillegg til å være et moment i avtaletolkning og sensur, også er et selvstendig prinsipp. Prinsippet er ulovfestet og har lang tradisjon i norsk kontraktsrett. Det er fortsatt uklarheter vedrørende prinsippets innhold og rekkevidde.²⁰⁸ Prinsippet innebærer hovedsakelig et

«...krav til aktsom og lojal opptreden....så lenge forpliktelsen består...»²⁰⁹

Formålet med prinsippet er å beskytte kontraktsparters berettigede forventninger, og således bidra til økt tillit og samarbeid i kontraktsforhold. Det vil her bli fokusert på lojalitetsplikten etter at bindende kontrakt er inngått.

Det vil i det følgende bli drøftet hvilken anvendelse og betydning lojalitetsprinsippet har på fabrikkasjonsrettens område. Jeg vil først se på lojalitetsprinsippet som moment, før jeg går over til å se på prinsippet som et mulig selvstendig fravikelsesgrunnlag.

5.2 Lojalitetsprinsippets betydning generelt

At lojalitetsprinsippet anvendes som moment ved tolkning og sensur ble vist i punkt 2.5 om innskrenkende tolkning, kapittel 3 om konkludent atferd, og kapittel 4 om avtalesensur.

²⁰⁸ Hagstrøm (2003) s.65 og Hasaas s. 329. Av plassmessige årsaker vil ikke prinsippet innhold søkes klarlagt i ytterligere grad

²⁰⁹ Rt. 1988 s. 1078 på side 1084

Anvendelsesområdet er således vidt. Det har i teorien blitt skissert noen praktiske situasjoner hvor lojalitetsprinsippet kan ha betydning.²¹⁰ Typesituasjoner som kan være aktuelt på fabrikkasjonsrettens område, og da spesielt i forbindelse med preklusjonsreglene, er tilfeller av maktmisbruk.²¹¹ Det kan oppstå situasjoner hvor selskapet utnytter den makten endringssystemet tillegger de. Dette kan resultere i spekulasjon og utnyttelse av leverandørens eventuelle manglende oversikt.²¹² På bakgrunn av praksis som ble gjennomgått vedrørende avtaletolkning, herunder konkludent atferd og avtalesensur ble lojalitetshensyn vektlagt.

Lojalitetsprinsippet har i økende grad blitt lovkodifisert. Et eksempel er avtalelovens bestemmelser om ugyldighet, jfr. avtl. §§ 33-36. Prinsippet har også fått økt betydning i andre land, og da spesielt Tyskland, som har sin egen generelle bestemmelse om lojalitetsplikt, jfr. BGB § 242 «Treu und Glauben».²¹³ Lojalitetsplikten fremheves blant annet i UNIDROIT Principles art. 1.7 (1): “Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade».²¹⁴

Lojalitetsprinsippet synes dermed ut fra både teori og praksis å være et akseptert og relevant moment.²¹⁵ Konklusjonen er at lojalitetsprinsippet som moment har stor betydning i praksis.

²¹⁰ Hasaas s. 333-334

²¹¹ l.c.

²¹² l.c.

²¹³ Hagstrøm (2003) s. 73

²¹⁴ *ibid.* s. 65

²¹⁵ Hagstrøm (2003) s. 73 og Hasaas s. 329

5.3 Fravikelse av preklusjonsreglene på grunnlag av lojalitetsprinsippet

Hovedproblemstillingen er om lojalitetsprinsippet kan være et selvstendig fravikelsesgrunnlag når det gjelder preklusjonsreglene i NF 07. Det første spørsmålet en må ta stilling til er om det overhodet er mulig å anvende prinsippet på NF 07, uavhengig av partenes vedtakelse.

5.3.1 Anvendelse av lojalitetsprinsippet på NF 07

Lojalitetsprinsippet kan som tidligere nevnt tolkes ut fra preklusjonsreglene i NF 07 grunnet selskapets avklaringsbehov.²¹⁶ Spørsmålet er om det eksisterer et fabrikkasjonsrettslig prinsipp om lojalitet uavhengig av partenes vedtakelse av standarden.

I juridisk teori er det stort sett enighet om at det i alminnelig kontraktsrett og entrepriserett gjelder et ulovfestet lojalitetsprinsipp.²¹⁷ Problemstillingen er blitt berørt når det gjelder lojalitetsprinsippets forhold til entreprisestandardene. Til forskjell fra NF 07 har lojalitetsplikten blitt stadfestet eksplisitt i NS 8405 artikkel 5. I Rt. 2011 s. 65 var et av spørsmålene om det gjaldt et ulovfestet lojalitetsprinsipp i tillegg til standardens bestemmelser.²¹⁸ Tvisten gikk primært ut på om entreprenøren hadde varslet byggherren i tide, og således var berettiget et tilleggsvederlag, eller om kravet var prekludert. Førstvoterende uttalte at han ikke var

«...uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt.»²¹⁹

²¹⁶ Se oppgavens punkt 1.3.2

²¹⁷ Kleive (2008) s. 90

²¹⁸ Farbrot og Ulsted (2011)

²¹⁹ Rt. 2011 s. 65 note 43

Høyesterett tar dermed ikke direkte stilling til om det gjelder en ulovfestet lojalitetsplikt på entreprisområdet. Resultatet i saken ble imidlertid at leverandørens manglende varslingsplikt ikke var representerte brudd på lojalitetsprinsippet. Dommens resultat kan derfor tolkes dithen at prinsippet gjelder uavhengig av partenes vedtakelse.²²⁰ Det er denne forståelsen som blir lagt til grunn i det følgende.

Det er ikke blitt funnet klare ekspertavgjørelser eller voldgiftsdommer vedrørende anvendelsen av lojalitetsprinsippet på NF 07. Spørsmålet er om resultatet i Rt. 2011 s. 65 kan overføres til NF 07 gjennom analogislutninger. Standardene lever som nevnt i et dynamisk samspill med hverandre, hvor tolkninger av den ene kan gi retningslinjer for den andre. Både NS og NF-standardene gjelder langvarige og omfattende kontrakter, slik at de samme hensyn i stor grad gjør seg gjeldende.²²¹ På denne bakgrunn mener jeg at det ikke foreligger noen hindring for å foreta en analogisk tolkning fra entrepriseretten.

Konklusjonen er at det ulovfestede lojalitetsprinsippet kommer til anvendelse på NF 07, uavhengig av en eksplisitt vedtakelse.

5.3.2 Lojalitetsprinsippet som selvstendig fravikelsesgrunnlag

Etter bakgrunnsretten har flere av de kontraktsrettslige lovene unntak fra sine reklamasjonsregler grunnet illojalitet.²²² En tilsidesettelse av preklusjonsreglene som følge av illojalitet følger derimot ikke eksplisitt av NF 07.²²³ Lojalitetsprinsippet er likevel et prinsipp som ligger som et bakteppe i alle kontraktsforhold, og som innebærer plikt til å være lojal mot den andre part. Lojalitetsplikten er en kontraktsrettslig biforpliktelse.²²⁴ Et

²²⁰ Farbrot og Ulsted (2011)

²²¹ Rostveit (2003) s. 105

²²² Se eksempelvis Avhendingslova § 4-19 tredje ledd

²²³ Masteroppgave ved UIO, (2008), s. 42

²²⁴ Hagstrøm (2003) s. 112-113

eventuelt brudd på lojalitetsplikten vil dermed kunne ses på som et kontraktsbrudd.²²⁵ Virkningen av kontraktsbrudd varierer, og kan i ytterste konsekvens føre til ugyldighet.²²⁶ Etter min mening kan denne tankegangen tas til inntekt for at lojalitetsprinsippet er et selvstendig fravikelsesgrunnlag. En vil derfor kunne si at illojal opptreden fra selskapet kan føre til kontraktsbrudd, med den konsekvens at preklusjonsregelen faller bort som ugyldig.

Et annet argument er at varsels- og preklusjonsreglene i NF 07 kan sies å bygge på lojalitetsprinsippet.²²⁷ Tanken er at man motsetningsvis kan si at illojalitet vil kunne tilsidesette preklusjonsreglene. Selskapet kan i noen situasjoner være den som har overtaket ved å få kunnskap om endringer før leverandøren. Rimelighetshensyn vil kunne tilsi at rollene da blir snudd. Lojalitetsplikten er gjensidig, og balansehensynet i NF 07 tilsier at begge parter forventninger og interesser er like beskyttelsesverdige.

Konklusjonen er at lojalitetsprinsippet er et selvstendig fravikelsesgrunnlag.

Det neste spørsmålet er hvilken betydning lojalitetsprinsippet har som selvstendig fravikelsesgrunnlag. I likhet med rimelighetsstandarden etter avtl. § 36 vil lojalitetspliktens styrke og omfang variere. Terskelen for å konstatere illojalitet og således anvende prinsippet beror blant annet på hvilket kontraktsforhold det er tale om.²²⁸

I forhold til oppgavens problemstilling er det snakk om profesjonelle parter, som frivillig har inngått et «agreed document», utarbeidet av representanter for begge parter interesser. I kommersielle avtaler er partene i mye større grad henvist til å ivareta sine egne interesser. For å konstatere brudd på lojalitetsplikten må atferden subjektivt sies å være illojal. Lojalitetsprinsippet stiller således krav til partenes subjektive handlinger. I et kommersielt

²²⁵ Fløisand (ved Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA)

²²⁶ l.c

²²⁷ Se oppgavens punkt 1.3.2

²²⁸ Fløisand (ved Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA)

avtaleforhold hvor en i utgangspunktet skal ivareta egne interesser, kan det være utfordrende å konstatere brudd på lojalitetsplikten. På denne bakgrunn er det naturlig å hevde at en høy terskel er begrunnet i NFs kommersielle art og partenes profesjonalitet.

Terskelen for fravikelse kan illustreres i to ekspertavgjørelser hvor selskapet var klar over at deres instruks til leverandøren innebar en endring. I den første avgjørelsen var spørsmålet om leverandørens krav på endringsordre var prekludert.²²⁹ Til tross for kunnskapen selskapet hadde om forholdet, bidro de ikke til å «hjelp» leverandøren med å overholde preklusjonsfristen. Det faktum at eksperten ikke drøfter selskapets lojalitetsplikt vitner om en høy terskel.

Den samme problemstilling ble drøftet i en ekspertavgjørelse året etter.²³⁰ Selskapet var også her klar over at deres instruks innebar en endring, og en fordyrelse av prosjektet. Det ble imidlertid ikke sannsynliggjort at leverandøren fremmet kravet om endringsordre «uten ugrunnet opphold». I motsetning til den forrige ekspertavgjørelsen uttaler eksperten seg mer generelt og holder muligheten åpen for rimelighetsbetraktninger i slike situasjoner. Den oppnevnte ekspert herredsrettsdommer Jon Bonnevie Høyser bemerker blant annet at selskapets kunnskap kunne tilsi at de burde «åpnet ballet», og utstedt en VO når de satt med verdifulle opplysninger for leverandøren.²³¹ Det fremkommer at slike rimelighetsbetraktninger kan få større vekt i en alminnelig domstolsprøvelse, hvor sakens faktum kunne bli mer belyst.

²²⁹ Petrius 1995 s. 145 [1990] ved Mestad

²³⁰ Petrius 1996 s. 121 [1994] ved Høyser

²³¹ *ibid.* s.133

5.3.3 Vurdering og konklusjon

Dersom det forelå en lav terskel for å konstatere brudd på lojalitetsplikten, og således fravike preklusjonsreglene, ville det kunne motvirke hensynet til forutberegnelighet. På den annen side er det også i kommersielle forhold behov for tillitt, samarbeid og lojalitet. Det kan også her oppstå behov for beskyttelse av forventninger om lojal oppreden. Som nevnt vil behovet for å konstatere illojalitet oppstå dersom selskapet misbruker makten endringssystemet har tillagt dem. En kan på denne bakgrunn stille seg kritisk til resultatet i de omtalte ekspertavgjørelsene overfor. Etter min mening kan det problematiseres om preklusjon var riktig ut fra rimelig- og rettferdighetshensyn. Når partene i et kontraktsforhold samarbeider over såpass lang tid, vil et lojalitetsprinsipp kunne tilsi at selskapet burde ha sagt fra om den reelle situasjonen. Det å spekulere i om leverandøren klarer å overholde sin preklusive frist vil kunne ses på som både illojalt og uttrykk for ond tro. Lojalitetsplikten er gjensidig, og burde således ha en side mot selskapet. Lojalitetshensyn tilsier at selskapet plikter å ivareta leverandørens interesser.

I den ene ekspertavgjørelsen ble det som nevnt bemerket at selskapet burde ha «åpnet ballet.» Det har tidligere blitt redegjort for Kaasens mening om at leverandøren er den som må varsle uansett.²³² Dette blir etter min mening en for sterk kategorisering av alle typer situasjoner, hvor hensynene bak reglene tilsynelatende ikke har like stor slagkraft.

Det har tidligere blitt bemerket at avklaringshensynet bak preklusjonsreglene ikke i like stor grad er til stede, dersom selskapet er klar over endringen. Det samme gjelder ved selskapets mislighold, ved at de da er oppmerksom på den utilsiktede endringen. I en slik situasjon blir behovet for avklaring omvendt ved at det er leverandøren som trenger avklaring i størst grad. Rimelighetshensyn tilsier at det i slike situasjoner er selskapet som

²³² Se oppgavens punkt 1.3.2

har ansvaret for å varsle leverandøren.²³³ Dersom det hadde blitt påvist brudd på lojalitetsplikten i de to ekspertavgjørelsene, ville prinsippet etter min mening ha ført til tilsidesettelse av preklusjonsreglene. Enten som moment eller som selvstendig fravikelsesgrunnlag.

Da prinsippet aldri har blitt brukt som selvstendig grunnlag virker det som om praksis er mer komfortabel med å anvende prinsippet som moment sammen med et annet mulig fravikelsesgrunnlag, nemlig konkludent atferd eller avtalesensur. Årsaken til denne tilsynelatende forskjellen er nok selve terskelen for å konstatere illojalitet er høy. Terskelen for å anvende prinsippet som et moment, og ikke som en konstatering av illojal opptreden vil naturlig være lavere. Dersom det er utfordrende å konstatere illojalitet, er det mulig å i stedet påberope seg avtl. § 36, som ikke stiller krav til subjektiv opptreden.²³⁴ Se forøvrig ekspertavgjørelsene under avtl. § 36, hvor det ikke ble ansett grunnlag for sensur.

Konklusjonen er at lojalitetsprinsippet kan tilsidesette preklusjonsreglene på selvstendig grunnlag. Prinsippet som fravikelsegrunnlag har imidlertid ingen stor selvstendig betydning i praksis.

²³³ Petrius 1996 s. 121 [1994] ved Høyner, s. 133

²³⁴ Hasaas s. 330

6 Avsluttende kommentarer

Oppgaven har vist at en ved bruk av ulike verktøy kan komme frem til samme resultatet, nemlig fravikelse av preklusjonsreglene. Gjennom rimelighetsbasert tolkning, eller tolkning basert på konkludent atferd kan man tilsidesette preklusjonsreglene. En kan også anvende avtl. § 36 med dens rimelighetsbetraktninger for å lempe avtalen, og dermed fravike reglene om preklusjon. Et likhetstrekk mellom avtaletolkning og avtalesensur er bruken av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Prinsippet er et moment i begge henseender, og i tillegg et selvstendig fravikelsesgrunnlag.

Når det gjelder terskelen for å fravike preklusjonsreglene vil jeg vise til en uttalelse fra voldgiftsdommen «Troll»:

«Voldgiftsretten i nærværende sak er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rukke ved kontraktsbundne posisjoner på dette område, det være seg på tolkningsgrunnlag eller gjennom avtalerevisjon.»²³⁵

Denne uttalelsen beskriver med få ord hva jeg gjennom oppgaven har funnet ut, nemlig at terskelen for fravikelse av preklusjonsreglene i NF 07 er høy. Når det gjelder oppgavens underproblemstilling om terskelen er lik uavhengig av situasjonen vil dette måtte svares bekræftende slik det fremstår i dag. Adgang til fravikelse på grunnlag av avtl. § 36 og lojalitetsprinsippet synes å ha like høy terskel uavhengig av leverandørens innsigelser. Jeg

²³⁵ ND 2000 s. 240. Se voldgiftsrettens avgjørelse punkt 1

fant imidlertid støtte i en ekspertavgjørelse for det muligens er en lavere terskel dersom det påvises illojal opptreden fra selskapet.²³⁶ Det faktum at Høyer kun uttalte seg hypotetisk vitner om en uavklart rettsstilling. Siden Høyer også viste til at resultatet kanskje ville blitt et annet i de alminnelige domstoler, synes det å være ønskelig med en avklaring på dette av domstolen, hvor det kan føres en bredere bevisføring.

En annen mulighet vil være å endre på preklusjonsreglene for å bedre ivareta leverandørens interesser. Til sammenligning har man i NS 8405 regler om delvis preklusjon, dersom selskapet måtte forstå at det ville få konsekvenser for entreprenøren.²³⁷ Slike regler vil kunne senke risikoen for illojalitet og urimelige resultater. I entrepriseforhold har man også en egen standard, NS 8406, som er mer tilpasset enklere forhold.²³⁸ Behovet for å kunne benytte denne ligger i den varierende grad av profesjonalitet som foreligger på landentreprisens område.²³⁹ Selv om profesjonaliteten ikke varierer i like stor grad i fabrikkasjonsretten vil det som nevnt kunne oppstå behov for mer nyanserte regler.²⁴⁰

Når det gjelder preklusjonsreglenes utvidete anvendelsesområdet kunne det ha fremgått klarere i NF 07.²⁴¹ På bakgrunn av ordlyden i art.16 og de mange krysshenvisningene kan standarden være villedende for leverandøren. Til sammenligning har man i FIDIC Silver Book (Sub-Clause 20.1), en preklusjonsregel som tydelig viser at den omfatter både tilsiktede og utilsiktede endringer.²⁴² Dersom konsekvensene av preklusjonsreglene fremgikk klarere, ville leverandøren ved kontraktinngåelsen få bedre mulighet til å forberede seg eller eventuelt forhandle frem individuelle vilkår.

²³⁶ Petrus 1996 s. 121 [1994] ved Høyer

²³⁷ Tørum (2010) s. 467

²³⁸ *ibid.* s. 468

²³⁹ Kaasen (2009) s. 59-60

²⁴⁰ Se oppgavens punkt 2.4.2 om preklusjonsfristens lengde

²⁴¹ Tørum (2010) s. 465

²⁴² *ibid.* s. 465-466

7 LITTERATURLISTE

Standardavtaler

NF 07: Norsk Fabrikasjonskontrakt (2007)

NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)

Litteratur

Bjørge, Eirik og Ole Henrik Førland. *Berettigede forventninger i kontraktsrettslig og tingsrettslig belysning*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. Årg. (2007), nr 4, s. [316]-339 (Sisert fra Rettsdata)

Farbrot, Sven og Tor André Ulsted. *Preklusjon basert på ulovfestet lojalitetsprinsipp*.

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

<http://www.steenstrup.no/media/150007/preklusjon.pdf> (Sisert 19.november 2012)

Artikkel også publisert i Byggeindustrien nr. 11 – 2011

Fløisand, Åshild. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*.

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA.

http://www.steenstrup.no/media/56055/lojalitetsplikt_i_kontraktsforhold.pdf

(Sisert 19. november 2012). Artikkel også publisert i bladet Næringsbygg, 2008/2009

Giertsen, Johan. *Avtaler*. Utg. 1. Bergen, 2006

Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelse*. Oslo, 2002

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Hasaas, Olav. *Lojalitetsplikt i norske og internasjonale kontraktsforhold*.

I: Festskrift for juridisk avdeling i Norsk Hydro- 100 år, Kapittel om Internasjonalt kontraktsarbeid, (År ikke oppgitt), s. [329]-338

http://www.hydro.com/library/attachments/no/Festskrift_72dpi.pdf

(Sisert 19.november 2012)

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet- Kontraktsrett I*. Utg. 3. Oslo, 2002

Kaasen, Knut. *Dynamisk kontraktsrett- et fruktbart begrep?* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. (2005), s. [237]- 263 (Sisert fra Lovdata)

Kaasen, Knut. *Fabrikasjonskontrakten: Utvikling under avviking av kontraktsforholdet*. I: Lov, dom og bok- Festskrift til Sjur Brækhus, Oslo 19. juni 1988, s. [309]-323

Kaasen, Knut. *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. Årg. 2009, Nr. 1, s. [48]-70 (Sisert fra Rettsdata)

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

Kaasen, Knut. *Some major features of Norwegian offshore standard contracts*. I: Simply Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook 2003 nr.309, s. [271]-289

Kaasen, Knut. *Tidsproblemet i tilvirkning*. I: Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Oslo, 1997, s. [607]-621

Kleive, Henrik. *Entreprenørens samordningsplikt – kontraktspraksis og bakgrunnsrett*. I: Tidsskrift for eiendomsrett. Årg. 2008, nr.1, s. [64]-92 (Sisert fra Rettsdata)

Kolrud, Helge Jakob. *Reklamasjon og realitetsdrøftelser*. I: Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Oslo, 1997, s. [585]-595

Masteroppgave. *Avvisning innenfor skipsbygging: Kjøperens rett til å nekte å overta skipet etter Standard Form Shipbuilding Contract 2000.* Ved Universitetet i Oslo, 18.06.2006
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/123456789/20765/39325.pdf?sequence=2>
(Sisert 19.november 2012)

Masteroppgave. *Varsling og preklusjon ved endringer i NS 8405:2008.* Ved Universitetet i Oslo, 25.04.2010
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/123456789/18707/101423.pdf?sequence=3>
(Sisert 19.november 2012)

Presthus, Anne Kieding. *Høyesterett tolker standardkontrakt innskrenkende.*
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
<http://www.steenstrup.no/media/123100/h%C3%B8yesterett%20tolker%20standardkontrakt%20innskrenkende.pdf> (Sisert 19.november 2012)

Rostveit, Andreas. *Entreprenørens kontrollplikt etter NS 3430 pkt. 7.5 (2) b.* I: Tidsskrift for Forretningsjus. Årg. (2003), nr.1, s. [100]-108 (Sisert fra Rettsdata)

Selvig, Erling ved Viggo Hagstrøm. *Kontraktsretten.. I: Knophs oversikt over Norges rett* 12.utg. Oslo, 2004, s. [214]-273

Simonsen, Lasse. *Kreditors mangelsbeføyelser- særlig for tilvirkningskontraktene.* I: Jussens Venner Hefte 5-6/1999, s. [305]-398

Store Norske Leksikon
<http://snl.no/fabrikasjonskontrakt> (Sisert 21. november 2012)

Tørum, Amund Bjøranger. *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepris-*
illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten.

I: Entreprenørens festskrift, 2010, s. [453]-489

<http://www.kvaleco.no/wip4/news.epl?cat=7582&id=481019&offset=48>

(Sisert 19. november 2012)

Lover

1687 Kong Christians femtis Lov (Norske lov) av 15. april 1687

1918 Lov om avslutning av avtaler, fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
(avtaleloven) av 31.mai 1918 nr 4.

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

1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr 93.

1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
av 16. juni 1989 nr 63.

1997 Lov av avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.
(bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr 47.

Forarbeider

Ot.prp.nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og
om ugyldige viljeserklæringer.

Rettspraksis

Rt 1984 962

Rt 1988 1078

Rt 1994 581

Rt 2010 1345

Rt 2010 961

Rt 2011 65

LB-2001-3116

LB-2008-33181

LB-2009-052844

LE-2008-48886

LF-2001-00565

ND-1989-318

ND-1990-204

ND-2000-240

PetrIus 1995 s 145 [1990]

PetrIus 1996 s. 121 [1994]

PetrIus 1996 s. 157 [1989]

PetrIus 1996 s. 57 [1990]

PetrIus 1996 s. 97 [1992]

PetrIus 1997 s. 101 [1996]

PetrIus 1997 s. 89 [1995]