

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tilsidesettelse av preklusive varslingsregler ved endringer under NS 8405

Kandidatnummer: 545

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17379



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av oppgavens emne og problemstilling – rettslig perspektiv.....	1
1.2	Fasene i en bygge- eller anleggsetreprise	3
1.3	Former for entreprise	5
1.4	Avgrensning av oppgaven.....	5
1.5	Videre fremstilling	6
2	RETTSKILDEBILDE OG METODE	6
3	TOLKNING AV STANDARDKONTRAKTER I ENTREPRISEFORHOLD	10
4	HENSYN BAK DE PREKLUSIVE VARSLINGSREGLENE.....	12
5	REDEGJØRELSE FOR DE PREKLUSIVE VARSLINGSREGLENE VED ENDRINGER UNDER NS 8405.....	15
5.1	Innledning og oversikt over reglene.....	15
5.2	Det nærmere innholdet i varslingsreglene	17
5.2.1	Entreprenørens krav på endringsordre.....	17
5.2.2	Entreprenørens krav om justering av kontraktsvederlaget	19
5.2.3	Entreprenørens krav på fristforlengelse.....	21
6	RETTSLIG GRUNNLAG FOR TILSIDESETTELSE AV PREKLUSJONSREGLENE	22
6.1	Innledende bemerkninger.....	22
6.2	Uttrykkelig avtalerettslig avkall.....	22
6.3	Avtaletolkning - konkludent adferd	23
6.3.1	Innledning og utgangspunkt for drøftelsen.....	23
6.3.2	Hvor konsekvent er den uformelle praksisen?	25
6.3.3	Årsak til manglende varslingsreglene.....	27
6.3.4	Lojalitetsbetraktninger.....	29
6.3.5	Tidligere praksis mellom partene	31
6.3.6	Partenes stilling og kontraktens omfang.....	32
6.3.7	Byggherren er kjent med virkningen av endringspålegget.....	33
6.3.8	Forholdet til avtaleloven § 36.....	34
6.3.9	Kravet er klart berettiget.....	34
6.4	Passivitetsbetraktninger - NS 8405 punkt 8 tredje ledd.....	35
6.5	Hensyn bak varslingsreglene som grunnlag for tilsidesettelse	37

6.6	Avtalerevisjon	39
6.6.1	Rettslig perspektiv og generelle utgangspunkter	39
6.6.2	Avtalerevisjon på grunnlag av avtaleloven paragraf 36	42
7	RETTPOLITISKE VURDERINGER	46
8	LITTERATURLISTE	49
8.1	Standardavtaler.....	49
8.2	Litteratur.....	49
8.3	Lover	49
8.4	Forarbeider	50
8.5	Rettspraksis	50
8.6	Andre kilder	51

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens emne og problemstilling – rettslig perspektiv

Tema for avhandlingen er hva som kreves for tilsidesettelse av regler om preklusjon av krav som følge av for sent varsel i forbindelse med endringer under Norsk Standard 8405:2008, heretter omtalt som NS 8405.

Et entreprisprosjekt er et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold om arbeid på fast eiendom. Kontrakten gjelder oppføring eller forandring av bygning eller anlegg på fast eiendom.¹ Byggeprosjektene kan således gjelde både tilvirkning av bygning eller anlegg som ikke finnes når arbeidet igangsettes, samt endringer på allerede eksisterende bygning eller anlegg. Det siste kalles gjerne rehabiliteringsarbeid.

Entreprisearbeidet foregår ofte over forholdsvis lang tid, og arbeidet er sammensatt av en rekke innsatsfaktorer. Et byggeprosjekt vil for eksempel kreve fysisk håndverksarbeid, maskiner, materialer til bygging, prosjektering, byggegrunn, offentlige tillatelser, finansiering mv. Videre gjennomføres dette gjerne av flere engasjerte entreprenører og underentreprenører med ulik fagkompetanse.

Et særtrekk ved entrepris er det dynamiske elementet som preger slike prosjekter. I dette ligger at det vanligvis foretas en rekke forandringer og tillegg i arbeidet etter hvert som det skrider frem. Slike endringer skaper behov for å legge om og tilpasse partenes forpliktelser i tråd med endringene som er bestemt. Det være seg endringer i prisen for endret, ytterligere eller redusert arbeid, og/eller endringer i den fastlagte fremdriftsplanen. Endringer i kontraktsarbeidet kan utløses av såkalte formelle² eller irregulære³ endringsordre fremsatt av byggherren. Han ønsker for eksempel parkett i stedet for fliser, en ekstra etasje, balkong eller lignende. Omlegging av kontrakten kan også foranlediges av byggherrens mislighold⁴, endringer i offentligrettslige krav og bristende forutsetninger⁵, eller force majeure⁶. Med andre ord forhold som omfattes av byggherrens risikofære.

¹ Henry Ussing: *Enkelte Kontrakter*, 2. utgave, København 1946, side 397

² Jf. NS 8405 punkt 22.1

³ NS 8405 punkt 23.1 forutsetter dette

⁴ Jf. NS 8405 punkt 21.1

⁵ Jf. NS 8405 punkt 21.1 tredje ledd

⁶ Jf. NS 8405 punkt 24.3

Disse karakteriske trekkene gir behov for en fleksibel kontraktsregulering. NS 8405 gir regler om byggherrens endringsadgang⁷. Bestemmelsene trekker de materielle grensene for endringsadgangen kvalitativt og kvantitativt, samt prosessuelle regler som for eksempel krav til hvordan endringsordren skal utformes⁸, i tillegg til gjensidig krav til varsling.

I endringsregimet inngår et sett med strenge varslingsregler som gjelder både overfor entreprenøren og byggherren. Det mest aktuelle for denne fremstillingen, er varslingsplikten entreprenøren er underlagt. Det er brudd på disse som gjerne kommer opp for domstolene. Hvilke hensyn reglene hviler på kommer jeg tilbake til nedenfor, men helt sentralt nevnes blant annet byggherrens behov for kostnadskontroll over prosjektet.

Entreprenørens varslingsplikt er todelt og utløses ved såkalt irregulære endringsordre fremsatt av byggherren. Hva dette innebærer kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under punkt 5. Først må entreprenøren fremsette et varsel om at arbeidspålegget innebærer en endring av kontraktsarbeidet. Varselet må inneholde et krav om at byggherren utsteder en formell endringsordre etter kontraktens system.⁹

Dernest må han varsle byggherren om krav på vederlagsjustering og/eller krav på fristforlengelse innenfor kontraktens frister. Dette skjer gjerne i to omganger; først gjennom et nøytralt¹⁰ varsel om justering av kontrakten, og deretter et spesifisert¹¹ varsel når entreprenøren er kjent med konsekvensene av endringen for kontraktsvederlaget og fremdriften. Mer om dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Dersom varslingsplikten overholdes, ivaretas eventuelle krav på justering av kontrakten. Unnlatt varsling innenfor kontraktens strenge frister medfører på den annen side bortfall av potensielt berettigede krav på vederlag for endringsarbeidet og/eller fristforlengelse. Rettsvirkningen blir dermed at entreprenøren må gjennomføre¹² endringsarbeidet uten kompensasjon verken i tid eller penger. I tillegg vil bortfall av krav på fristforlengelse vil han eksponeres for risikoen for forsinket fremdrift. Det kan bestå i brudd på løpende dagmulktssanksjonerte¹³ milepæler og/eller tilsvarende dagmulktssanksjoner ved oversittelse av prosjektets sluttfrist¹⁴.

⁷ Se NS 8405 punkt 22.1

⁸ Se NS 8405 punkt 22.3

⁹ Se NS 8405 punkt 23.2

¹⁰ Se NS 8405 punkt 24.4 og 25.3

¹¹ Se NS 8405 punkt 24.6 og 25.4

¹² Jf. NS 8405 punkt 23.1 første ledd om entreprenørens utførelsesplikt

¹³ Dette må imidlertid avtales, jf. NS 8405 punkt 34.1 annet ledd

¹⁴ NS 8405 punkt 34.1 første ledd

Preklusjon av krav ved endringer kan altså utsette entreprenøren for vidtrekkende økonomiske konsekvenser. Entreprenører er ofte være spesielt sårbare ettersom marginene i landentrepriser ofte er svært begrensede¹⁵. Store og uforutsette sprekker i budsjettet utsetter entreprenøren for konkurrisiko, som også kan koste byggherren dyrt ettersom engasjement av nye entreprenører underveis i et byggeprosjekt ofte er meget kostbart. Dette illustrerer dels at overholdelse av varslingsreglene er av stor økonomisk betydning for entreprenøren, dels at bortfall av preklusjonsvirkningen er tilsvarende viktig, og dels at byggherrens påberopelse av varslingsreglene ofte må undergis en forretningsbasert lønnsomhetsvurdering.

Reguleringen av endrings- og varslingsreglene er tydelig utformet i NS 8405 og inneholder klare rettsvirkninger. Det stramme regimet er godt begrunnet og hviler på en balansert interesseavveining av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende i en endringssituasjon. Disse kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under punkt 4.

Likevel ser man at domstolene til tider setter preklusjonsreglene til side, med den følge at krav på justering av vederlaget og fristforlengelse innrømmes til tross for misligholdt varslingsplikt. Dette er tema for denne oppgaven.

Fremstillingen baseres i hovedsak på en gjennomgang av rettspraksis hvor tilsidesettelse har vært et tema. Sentralt for fremstillingen blir å definere hvilke rettslige grunnlag domstolene anvender for tilsidesettelse, herunder analysere hvilke momenter som utkrystalliserer seg i disse vurderingene.

1.2 Fasene i en bygge- eller anleggsentreprise

Et entrepriseprojekt kan deles inn i ulike faser. For oversiktens skyld finner jeg det passende i korte trekk å gi en redegjørelse for disse.

Overordnet deles byggeprosessen inn i fire faser; programfasen, forprosjektfasen, detaljprosjektfasen og utførelsesfasen.¹⁶ Som en fellesbetegnelse på de tre første fasene bruker man gjerne prosjekteringsfasen. Ved en utførelsesentreprise som NS 8405 regulerer, står som utgangspunkt byggherren for det vesentlige av prosjekteringen og entreprenøren for utførelsen.

¹⁵ Ofte ikke mer enn 6-7 %

¹⁶ Aktiv HMS sine nettsider, <http://aktivhms.no/Byggeprosessen/Byggeprosessen.htm>

I den såkalte programfasen skapes de første ideene til byggherren og de sentrale rammeforutsetningene defineres. Typisk vil byggherren definere hva han vil ha, hvilke funksjoner og kvaliteter bygget skal ha, hva som trengs av grunnressurser, finansielle rammer også videre.¹⁷

Deretter er man over i forprosjektfasen. Her utvikles ideene og rammeforutsetningene på et større detaljnivå med opprettelse av tegninger og beregninger av dimensjoner på materialer, ventilasjonsmengder og energibruk, før man foretar en mer overordnet prosjektering.

Prosjekteringsfasen består av ytterligere detaljering i detaljprosjektfasen. Som den klare hovedregel i større prosjekter foretas prosjekteringsarbeidet, både i forprosjektfasen og i detaljprosjektfasen, av innleide konsulenter. Under detaljprosjekteringen vil byggherren i samråd med konsulentene sørge for at detaljerte tegninger til bruk i forbindelse med entreprenørens arbeider opprettes. Dette brukes gjerne ved anbuds- og tilbudskonkurransen hvor byggherren engasjerer sin entreprenør som skal foreta installasjon og bygging.

Etter avsluttet prosjektering, innledes utførelsesarbeidet av entreprenøren basert på instruksene definert under detaljprosjekteringen.

Det er grunn til å understreke at disse fasene i praksis ikke kan skilles så skarpt fra hverandre som man kan gå inntrykk av her, men overlapper i stor grad. Prosjekterings- og byggefasen foregår ofte parallelt grunnet tidshensyn. Det betyr at når byggearbeidet starter, vet man ikke nødvendigvis helt hvordan sluttresultatet blir fordi endelig detaljprosjektering ikke foreligger. Dette er en sentral årsak til at byggherren hyppig krever endringer som igjen kan utløse tvister. Kanskje byggherren ikke helt har definert sine ønsker, eller kanskje han ombestemmer seg underveis i prosjekteringen, og dermed instruerer entreprenøren om nærmere bestemte endringer eller tillegg.

Vi ser dermed at reglene om endring, herunder de tilknyttede varslingsreglene, kommer til anvendelse allerede fra prosjekteringsfasen til og med selve utførelsen av prosjektet. Oppgavens problemstilling kan således være aktuell så tidlig i kontraktsavviklingen.

Standardkontraktene er tilpasset for å ta høyde for denne noe uoversiktlige og ikke helt klart definerte prosessen. For byggherren vil det være helt sentralt å få utført et bygg eller anlegg som er i tråd med det han ønsker, herunder at kvaliteten er slik han forestilte seg, at prisen er lavest mulig og at sluttproduktet leveres innen avtalt tid. Dersom byggherren for eksempel skal oppføre et leilighetsbygg, er det helt nødvendig for ham at bygget står ferdig og er klart

¹⁷ Aktiv HMS sine nettsider, <http://aktivhms.no/Byggeprosessen/Byggeprosessen.htm>

for innflytning på tidspunktet dette er avtalt med kjøper eller leietaker. Byggherren er med andre ord eksponert for en rekke risikoelementer med vidtrekkende konsekvenser dersom disse kommer på spissen. Standardkontraktenes adgang til å pålegge endringer og tillegg i kontraktsarbeidet, og adgangen til å pålegge forsering, er dermed viktige elementer for å tilfredsstille byggherrens behov. Tilsvarende er den klare hovedregelen at entreprenøren mottar kompensasjon i form av justeringer i vederlaget og fremdriftsplanen.

1.3 Former for entreprise

Tradisjonelt skiller man gjerne mellom to entrepriseformer; utførelsesentreprise og totalentreprise.

Med utførelsesentreprise menes at byggherren står for all, eller det vesentlige av, prosjekteringen, mens entreprenøren foretar installasjons- og byggingsarbeidet. Ved en totalentreprise vil derimot entreprenøren forestå all, eller det vesentlige, av prosjekteringen, i tillegg til utførelsesarbeidet.

Risikofordelingen mellom partene beror på hvilken form som er valgt. Feil eller mangler i prosjekteringen ved en utførelsesentreprise vil være byggherrens risiko, mens feil eller mangler ved utførelsen vil være kontraktsbrudd fra entreprenørens side. Ved en totalentreprise vil risikoen for mangler ved både prosjekteringen og utførelsen derimot påhvile entreprenøren. Man kaller gjerne dette for prosjektets funksjonsfordeling, som kort sagt innebærer at partene bærer risikoen for egen ytelse basert på betraktninger om hvem som er nærmest til å forutse og forebygge risikobegivenheter.¹⁸ Det må imidlertid understrekes at entrepriseformen kun gir en indikasjon om funksjonsfordelingen. Avgjørende er hva som følger av en tolkning av partenes kontrakt.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgavens tema knytter seg til avtaleforhold mellom profesjonelle aktører. Det innebærer at avhandlingen avgrenses mot en fremstilling av reglene i bustadoppføringslova, som kommer til anvendelse når byggherren er forbruker.¹⁹

Videre vil oppgaven gjelde NS 8405, som gjelder entreprisarbeider på land. Drøftelsen vil likevel kunne ha overføringsverdi til andre standardkontrakter med et tilsvarende varslings-

¹⁸ Jf. Rt. 1917 s. 673 (Monierfabrikken)

¹⁹ Jf. lov om bustadoppføring av 13. juni 1997 nr. 43 § 1 første ledd

system. Fremstillingen vil i stor grad baseres på rettsavgjørelser under andre standardkontrakter, særlig NS 3430, som er forgjengeren til NS 8405. Denne standardkontrakten praktiserte et tilsvarende endrings- og varslingsregime, og har dermed overføringsverdi på NS 8405.

Standardkontraktene for offshore-entreprise, i hovedsak Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005 (NF 05) og Norsk Totalkontrakt 2005 (NTK 07), vil ikke berøres. Likevel vil rettskilder under disse kontraktene anvendes ved drøftelsen i den utstrekning disse kan kaste lys over forståelsen av relevante bestemmelser i NS 8405.

Standardkontraktene pålegger varsling i en rekke henseender, ikke bare ved pålagte endringer og tillegg i kontraktsarbeidet. Denne fremstillingen vil imidlertid kun konsentrere seg om varslingsreglene i forbindelse med disse situasjonene. Dermed vil varslingsreglene ved søksmålsfrister, sluttoppgjør og hevning mv. falle utenfor. Samtidig utelukkes ikke at rettspraksis under disse reglene blir kommentert, dersom dette er relevant for oppgaven.

1.5 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg redegjøre for hvilke prinsipper som gjelder for tolkning av standardavtaler, punkt 3. Deretter vil jeg gjennomgå hvilke sentrale hensyn som begrunner varslingsreglene, punkt 4. Hovedtrekkene i varslingsreglene fremstilles i punkt 5. Hovedtemaet i oppgaven, det vil si de ulike rettslige grunnlag for tilsidesettelse av preklusjonsreglene gjennomgås, redegjøres for i punkt 6 og 7. Avslutningsvis ønsker jeg å peke på enkelte rettspolitiske synspunkter, punkt 8.

Først vil jeg imidlertid forsøke å sette oppgavens tema inn i et større rettslig perspektiv, herunder en redegjørelse for rettskildebildet og tilknyttede metodiske spørsmål, punkt 2.

2 Rettskildebilde og metode

Entrepriseretten som rettsdisiplin faller inn under kontraktsrettens spesielle del. Selv om entrepriseretten har stor samfunnsmessig betydning, og er et rettsområde med høyt konfliktnivå med behov for klare rettsregler, er ikke entrepriseretten mellom profesjonelle parter lovfestet.²⁰ Entreprisekontrakter hvor byggherren er forbruker reguleres derimot av bustadoppføringslova, som gir forbrukeren ufravikelige minimumsrettigheter.

²⁰ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 25

I næringsentreprise vil dermed partenes avtale være den primære rettskilde, supplert med entrepriserettslige- og alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. I Norge har det dessuten vært lange tradisjoner med selvregulering i form av standardkontrakter som i det alt vesentlige har erstattet behovet for lovfestede regler.²¹

Standardkontraktene fremforhandles av representanter på vegne av aktører som normalt er involvert i entrepriseprosjekter. Dette er gjerne foreninger som har til formål å ivareta medlemmenes interesser. Medlemmene vil i denne sammenheng være selskaper fra byggherre- og entreprenørnæringen, samt konsulenter, for eksempel rådgivende ingeniører og arkitekter. Gjennom en slik partssammensetning, er hensikten å skape standardkontrakter som ivaretar partenes kryssende interesser på en balansert måte.

NS 8405 ble vedtatt i 2004, og senere revidert i 2008.²² Denne er som nevnt en videreføring av NS 3430, og inneholder hovedsakelig de samme regler.

Som nevnt ovenfor domineres entrepriseretten av alminnelige entreprisrettslige prinsipper og standardkontraktene. De sistnevnte kan betraktes som dels en kontraktsfesting av allerede gjeldende prinsipper som uavhengig vil komme til anvendelse²³, og dels som spesialregulerte bestemmelser som er avtaleskapte og som ikke er en del av den alminnelige entreprisrettslige bakgrunnsretten. Det gjelder for eksempel de preklusive varslingsreglene som er tema for denne oppgaven. Vi har riktignok alminnelige obligasjonsrettslige regler om reklamasjon i kontraktsforhold, men varslingsreglene, slik de er utformet i NS 8405, er spesialregulering.

På denne bakgrunn må standarden inntas i partenes avtale for at de skal bli bundet. I juridisk teori er det alminnelig antatt at en ren henvisning til standarden vil være tilstrekkelig for å anse partene bundet.²⁴ Ved etablert praksis mellom profesjonelle parter om bruk av standardene, vil også det kunne være nok.²⁵

Utover standardkontrakten og de entreprisrettslige prinsippene, vil i tillegg alminnelige kontraktsrettslige prinsipper kunne bidra til utfylling av kontrakten, dersom forholdet ikke allerede reguleres av den underliggende avtalen. Dette kan være for eksempel regler om betaling etter pengekravsrettslige prinsipper.

²¹ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 25

²² Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 25

²³ Jf. Rt. 1967 s. 1248

²⁴ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 27

²⁵ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 27

Videre kan regler fra nærliggende rettsområder få betydning ved fastleggelsen av rettsforholdet mellom entreprenør og byggherre. Typisk gjelder det bestemmelser som ikke er utslag av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, men som er basert på det vanlige rettskildet. I entrepriserettslig øyemed kan regler med særlig overføringsverdi fra for eksempel håndtverks-tjenesteloven være relevante rettskilder.

I entrepriseretten er tilgangen til rettspraksis nokså beskjedent, særlig fordi kontraktene har inneholdt voldgiftsbestemmelser. Det betyr at spørsmål om fortolkningen av standardene sjelden har kommet opp for de ordinære domstoler. Tidligere har voldgiftsavgjørelser som hovedregel vært hemmelige, og har dermed, for alle praktiske formål, vært utilgjengelige.

Antakeligvis vil denne trenden ta en annen retning i tiden fremover. For det første pekes det på at NS 8405 nå inneholder regler hvor de ordinære domstolene skal være den primære tvisteløsningsarena.²⁶ Standarden bestemmer at saker med krav under 100 G²⁷ skal løses ved de ordinære domstoler, mens de over 100 G²⁸ skal avgjøres ved voldgift. Det innebærer at saker inntil rundt åtte millioner kroner skal føres for de ordinære domstoler.²⁹ Tvisten skal altså være av et nokså stort omfang før voldgift er aktuelt.

For det andre pekes det på at hovedregelen i dag er at voldgiftsavgjørelser ikke er underlagt taushetsplikt.³⁰ Riktignok kan dette fravikes ved avtale.³¹ Dersom det ikke er gjort, er avgjørelsen gjenstand for offentlig innsyn og vil lettere påvirke rettsutviklingen.

Samlet er dette to faktorer som vil kunne prege utviklingen av entrepriseretten og bidra til at vekten av standardkontrakten påvirkes av et bredere rettskildet.

Når det gjelder saker fra Høyesterett, er disse ofte meget omfattende og utfallet beror gjerne på en konkret bevisvurdering. Gjennom tidene har disse dermed hatt liten overføringsverdi på andre saker.³² De siste årene har vi derimot sett at Høyesterett har behandlet saker med tvilsomme juridiske spørsmål.³³ Dette kan ha sammenheng med at de alminnelige domstoler nå

²⁶ Riktignok forutsatt domstolsbehandling i det kontrakten primært legger opp til minnelig løsning og foreløpig oppmannsavgjørelse, jf. henholdsvis NS 8405 43.1 og 43.2

²⁷ Se NS 8405 punkt 43.3 første ledd

²⁸ Se NS 8405 punkt 43.4 første ledd

²⁹ 1 G er inntil 1. mai 2015 kr 88 370

³⁰ Se lov om voldgift av 14. juli 2004 nr. 25 (voldgiftsloven) § 5 første ledd

³¹ Jf. voldgiftsloven § 2

³² Karl Marthinius, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 52

³³ For eksempel Rt. 2010 s. 1345

er den primære tvisteløsningsarena, i tillegg til at Høyesterett ser behovet for rettsavklaring på et såpass viktig rettsområde samfunnsmessig og økonomisk.

En annen rettskilde som tradisjonelt har vekt på entrepriserettens område, er uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BFJR) i Bergen. BFJR er et uavhengig råd som fungerer som et tvisteløsningsorgan for bygge- og anleggsnæringen i Norge. Basert på henvendelser yter rådet bistand i å løse en konkret konflikt, og tilbyr hjelp til avklaring på sin egen rettslige posisjon.³⁴ Rådet er i dag ledet av professor ved Universitetet i Bergen Kai Krüger, og anses som et organ med betydelig faglig tyngde. Dette illustreres ved at Høyesterett ofte kommer til samme resultat som rådet, selv om underinstanser har ment noe annet.³⁵

Videre foreligger det et nokså betydelig omfang av entrepriserettslig litteratur, i form av juridiske bøker, doktoravhandlinger, og juridiske artikler skrevet av professorer, advokater eller andre tilknyttet det entrepriserettslige miljøet.

Videre finnes det, som antydnet ovenfor, et vell av andre standardavtaler tilpasset andre tjenester på det entrepriserettslige området. Argumenter utledet fra disse kontraktene kan også være en relevant rettskilde, selv om rettsanvenderen naturlig nok må lese reglene i lys av det kontraktsforhold disse er ment å regulere, herunder ta i betraktning de hensyn disse hviler på. Særlig aktuelt er det å se hen til er kontraktene for fabrikkarbeid på norsk sokkel, NF 05 og NTK 07. Entreprisekontraktene på land og offshore er i stor grad inspirert av hverandre, og vi ser at NS 8405 i stor utstrekning opererer med tilsvarende stramt regime som etter NF 05.

Tilsvarende gjelder for reglene i bustadoppføringsloven, som også kan ha betydning som bakgrunnsrett. Disse må imidlertid også leses i lys av de særlige forbrukerhensyn som gjør seg gjeldende.

Andre nordiske lands kilder kan dessuten ha overføringsverdi. Man ser at de samme rettslige spørsmålene ofte oppstår utenfor landets grenser, og de skandinaviske landene har tradisjonelt hatt et mer eller mindre overlappende syn på kontraktsrettslige spørsmål.

³⁴ BFJR sine nettsider: <http://www.bfjr.no>

³⁵ Til illustrasjon: se Rt. 2003 s. 1531 og Rt. 2012 s. 1729

3 Tolkning av standardkontrakter i entrepriserforhold

Når partene har vedtatt standardvilkårene, er disse en del av partenes forpliktelser.

Ved fastleggelsen av innholdet i en standardkontrakt gjelder alminnelige avtalerettslige regler. Utgangspunktet for tolkningen er den naturlige forståelsen av kontraktens ordlyd. Dersom det finnes holdepunkter for at partene har lagt til grunn en annen oppfattelse av avtalens innhold enn den som kan utledes av en objektiv fortolkning av ordlyden, er det derimot dette som skal legges til grunn.³⁶ I den forbindelse minnes om at den part som hevder en annen forståelse enn den som kan leses ut av kontrakten, har bevisbyrden for at dette er avtalt.³⁷

Karakteristiske trekk ved standardkontrakter reiser imidlertid en del særlige tolkningsproblemer. Til forskjell fra alminnelige avtaler mellom to parter, hvor begge partene normalt deltar ved utformingen av ordlyden, er standardavtaler inngått mellom representanter på vegne av næringen uavhengig av den konkrete avtalesituasjonen. Derfor er det grunn til å anta at partene i en tilvirkningskontrakt ikke nødvendigvis hadde klare oppfatninger av innholdet i forbindelse med avtaleinngåelsen.³⁸ En annen årsak er at standardavtalene ikke er inngått med sikte på ett avtaleforhold, men et ubestemt antall fremtidige, konkrete kontraktsforhold av en nærmere bestemt type.³⁹ Disse særtrekk betyr at man har færre partsspesifikke og individualiserende momenter enn det man har i alminnelige avtaleforhold, og tilsier at det bør utvises varsomhet med å gi avtalen et meningsinnhold med grunnlag i forhold utenfor kontraktsdokumentet.⁴⁰

På denne bakgrunn må det klare utgangspunkt være at innholdet i standardavtaler må fastlegges på grunnlag av den objektive forståelsen av kontraktens ordlyd.⁴¹ Ved tilvirkningsavtaler inngått mellom profesjonelle parter, må det legges særlig vekt på den naturlige forståelsen.⁴²

Jeg ser det videre slik at dette utgangspunktet dessuten ivaretar hensynet til tredjemenn, som ofte kan ha egeninteresse i å gjøre seg kjent med rettsforholdet mellom byggherre og entre-

³⁶ Jf. Rt. 2010 s. 1345, Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012, s. 356 og forutsetningsvis i Rt. 2010 s. 961

³⁷ Jf. blant annet Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 57 og Rt. 2002 s. 1155

³⁸ Se Rt. 1981 s. 445 hvor Høyesterett uttaler at det er «grunn til å utvise adskillig varsomhet ved tolkningen av en avtale som knytter seg til en standardkontrakt, som partene neppe i synderlig grad overveier innholdet av ved kontraktslutningen».

³⁹ Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013, s. 410

⁴⁰ Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012, s. 385

⁴¹ Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012, s. 356

⁴² Jf. blant annet Rt. 2010 s. 961, Rt. 2012 s. 1729 og LH-2010-033528

prenør. Det være seg øvrige kontraktsforbindelser med tilknytning til den aktuelle tilvirkningen, eller for eksempel finansieringsinstitusjoner. Slike aktører vil vanskelig kunne gjøre seg kjent med partenes forpliktelser dersom meningsinnholdet har sitt grunnlag utenfor kontrakten.

Tilsvarende synspunkt gjelder overfor en potensiell oppkjøper av et selskap som er part i en entreprisekontrakt. I en oppkjøpssituasjon vil kjøper i de fleste tilfeller foreta en due diligence med sikte på å kartlegge selskapets rettigheter og plikter i diverse kontraktsforhold.

Selv om ordlyden skal tillegges betydelig vekt, viser avgjørelser fra Høyesterett at domstolen i tillegg ser hen til andre tolkningsdata, og da særlig hensynet til rimelighet og hvilket formål avtalen er ment å ha. I denne forbindelse vises det til en dom inntatt i Rt. 2010 s. 961, som gjaldt spørsmål om preklusjon av deler av kontraktsvederlaget fordi dette ikke var inntatt i slutfakturaen. Høyesterett kom til at kravet ikke var bortfalt. Ved vurderingen var et sentralt spørsmål hvordan bestemmelsen i NS 3431 punkt 36.1 skulle tolkes. I denne forbindelse slo Høyesterett fast enkelte utgangspunkter for tolkningen. Fra dommen hitsettes:

*«Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukken-
de skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Be-
stemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre
reelle hensyn.»* (Avsnitt 44)

Høyesterett slår dermed fast at de alminnelige avtalerettslige prinsipper gjelder for tolkningen av standardkontrakter, men at særtrekk ved disse tilsier at det bør legges ytterligere vekt på ordlyden sammenlignet med tolkningen av individuelt formulerte avtaler. I denne saken la retten særlig vekt på andre tolkningsdata, nemlig avtalens formål og reelle hensyn.

Spørsmålet blir etter dette hva som skal til for å sette til side standardavtalens ordlyd til fordel for et annet tolkningsresultat forankret i øvrige tolkningsdata. Dette tok Høyesterett stilling til i Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei), som gjaldt spørsmålet om entreprenørens krav om tilleggsvederlag for veidrift. Nærmere om rettens vurdering og konklusjon er ikke av interesse for vårt spørsmål. Derimot vises det til dommer Skoghøys votum, som er relevant i denne sammenhengen, og som er følger av dommens avsnitt 59:

*«For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fra-
vike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt.
2000 side 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 mel-
lom interesseorganisasjoner.»*

Ut fra denne uttalelsen kan det sluttes en norm om at det skal «sterke grunner» til for å fravike standardavtalens ordlyd. Avgjørelsen ble imidlertid avsagt under dissens, og dommer Endresen, med tilslutning fra to av rettens medlemmer, ga uttrykk for et mer nyansert syn på vekten av andre tolkningsdata enn ordlyden. Fra hans votum hitsettes:

«Ved tolking av standardkontrakter, vil det være mindre rom for individuelle tolkingsmomenter, og jeg er enig i at det vil være nærliggende å legge stor vekt på ordlyden. Når det gjelder standarder med stor utbredelse, som har vært benyttet over lang tid, vil det imidlertid på ulike punkter ha kunnet danne seg allment aksepterte tolkninger av standarden, som da må legges til grunn. Det kan i det minste ha blitt avklart gjennom praksis at ulike bestemmelser i standarden ikke kan tas på ordet. Dette er en høyst aktuell problemstilling ved tolkingen av NS 3430.»

Annenvoterende åpner her for at tolkingen bør styres av «allment aksepterte tolkninger av standarden» i den utstrekning dette kan påvises, selv om han er enig med førstvoterende i at ordlyden må tillegges stor vekt. Dommerens noe mer reserverte og liberale uttalelse kan likevel tolkes som at han er mer åpen for tolkningsalternativer med støtte i øvrige tolkningsdata, herunder aksepterte tolkninger i bransjen. På denne bakgrunn kan det, slik jeg leser uttalelsen, være grunn til å tolke hans votum som en antydning om at det ikke skal så «sterke grunner» til å fravike ordlyden, dersom slike tolkningstradisjoner eksisterer. Eventuelt at dette tolkningsmomentet i alminnelighet bør tillegges så stor vekt at det i så fall foreligger «sterke grunner». Avslutningsvis skal det imidlertid understrekes på at førstvoterendes uttalelse ble gitt bredest tilslutning i Høyesterett, samtidig som hans standpunkt var tydelig forankret i tidligere rettspraksis. Alminnelige rettskildепrinsipper tilsier dermed at regelen er at det skal «sterke grunner» til for å fravike en naturlig forståelse av standardavtalens ordlyd.

4 Hensyn bak de preklusive varslingsreglene

Etter alminnelig rettskildelære vil hensyn bak reglene være en sentral bidragsyter under rettsanvendelsesprosessen. Begrunnelsen for reglene kan være argumentbærende i flere henseender, blant annet som et sentralt tolkningsmoment i forbindelse med kartleggingen av innholdet i partenes forpliktelser⁴³ og, som vi skal se på senere, som et potensielt selvstendig rettslig grunnlag for tilsidesettelse av preklusjonsreglene under varslingsregimet i NS 8405.

⁴³ Se blant annet resonnementet i Rt. 2010 s. 961, som vist til under punkt 3

På denne bakgrunn finner jeg det hensiktsmessig å gi en redegjørelse for enkelte av de sentrale hensyn varslingsreglene i tilvirkningskontraktene generelt, og NS 8405 spesielt, bygger på. Både byggherre og entreprenør er underlagt varslingsplikter etter standardkontrakten. Av den grunn vil jeg redegjøre for hensynet bak regelsettene sett fra begge parters perspektiv. Først vil jeg peke på de mest sentrale hensyn bak varslingsreglene pålagt entreprenøren.

En av de mest sentrale begrunnelser bak varslingsreglene er byggherrens behov for oversikt og kontroll over kostnadene i byggeprosessen.⁴⁴ For byggherren er prosessøkonomi et sentralt tema, og han har derfor behov for å kjenne til kostnadene som påløper under byggingen. Dersom entreprenøren unnlater å varsle om priskonsekvensene, og gjennomfører arbeidet, går byggherren glipp av denne kontrollmuligheten.

Et likeartet hensyn er byggherrens behov for styring og påvirkningsmulighet ut over den rene kostnadskontrollen.⁴⁵ Det være seg valgt knyttet til om han overhode ønsker å gjennomføre instruksjonen, når han blir kjent med rettsvirkningene. Kanskje ser han at endringsarbeidet vil forrykke finansieringsforutsetningene i prosjektet, og dermed ønsker å trekke tilbake eller foreta andre endringer for å kompensere for prisen, for eksempel redusere kvalitet andre steder for å kunne gjennomføre endringen innenfor kostnadsrammene. En slik valgt forutsetter imidlertid at varselet inngis før arbeidet igangsettes. Generelt vil endringsadgangen være større tidlig i et prosjekt, enn mot slutten, fordi det er lite som er utført på dette stadiet. Jo senere i prosjektet man er kommet, desto mer må gjøres om for å gjennomføre endringsarbeidet. Kanskje blir det til og med nødvendig å åpne konstruksjoner og gjøre arbeider på nytt, som også er samfunnsøkonomisk uheldig.

Videre er det i byggherrens interesse å bli innrømmet mulighet til å påvirke endringen i form av for eksempel å pålegge forsering fordi arbeidet vil påvirke fremdriftsplanen, eller gi entreprenøren fristforlengelse. Dette er valgmuligheter som er av sentral betydning for byggherren. Dersom entreprisoppdraget for eksempel gjelder tilvirkning av et leilighetskompleks, er han sårbar for eventuelle forsinkelser som oppstår under byggingen i og med at han selv som oftest er underlagt frister overfor kjøpere av leilighetene.

Når det gjelder byggherrens varslingsplikt overfor entreprenøren, er disse reglene særlig begrunnet i entreprenørens behov for avklaring underveis i prosjektet. Når byggherren har instruert entreprenøren om et nærmere bestemt arbeid, og entreprenøren deretter varsler ham om

⁴⁴ Viggo Hagstrøm og Herman Bruslerud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 265

⁴⁵ Tore Sandvik: *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966, s. 354 og LB-2010-27697

konsekvensene for forpliktelsene, har entreprenøren en beskyttelsesverdig interesse i å slippe å vente på byggherrens avgjørelse for lenge.⁴⁶

Videre sørger varslingsreglene for en effektiv og rasjonell fremdrift i prosjektet. Ved at partene innrømmes relativt korte varslingsfrister for å ivareta eventuelle krav, reduseres risikoen for overskridelser av fremdriftsplanen og konsekvenser av slik oversittelse.

Dersom en part oversitter varslingsplikten, sørger kontraktens bestemmelser for at eventuelle krav prekluderes. For byggherrens vedkommende fører preklusjon til bortfall av innsigelser som potensielt kunne avskåret entreprenørens fremsatte krav. Med et slikt restriktivt system ivaretar kontrakten de ulike hensyn varslingsreglene hviler på i større grad enn dersom oversittelse ikke hadde preklusiv virkning. Da hadde man antageligvis i større grad opplevd materielle drøftelser, og kanskje også innsigelser basert på mer eller mindre uklare lojalitets- og passivitetsbetraktninger etter den alminnelige obligasjonsretten. Et strengt regime og klare regler hindrer dermed slike diskusjoner, og retter i stedet fokuset mot fremdriften i prosjektet. Formodentlig har reglene også en preventiv effekt i den forstand at partene etterstreber å varsle i henhold til kontrakt fordi konsekvensene av oversittelse er vidtrekkende.

Varslingsreglene bygger videre på hensynet til forutberegnelighet, som søkes oppnådd ved at potensielle krav behandles underveis i prosessen. Man unngår på den måten at disse tas opp ved sluttoppgjøret, som gjerne avholdes lenge etter at kravet eventuelt oppsto.⁴⁷

Videre står hensynet til lojalitet sterkt. Plikten til å ivareta kommunikasjon og avklaring under prosessen skaper gjensidig lojalitet. Det samme oppnås gjennom endringssystemets hovedregel, nemlig at byggherrens endringspålegg må formaliseres for å gjøre entreprenøren oppmerksom på at arbeidet foranlediger en justering av kontrakten.

Samfunnsøkonomiske hensyn kan også trekkes frem som begrunnelse for varslingsreglene. Klare regler for kommunikasjonen i forbindelse med en kontraktsjustering, er med på å hindre tvister og fremmer god prosessøkonomi.

Endelig har varslingsreglene bevismessige fordeler. Strenge varslingsplikter tvinger partene til å ta opp spørsmål og problemer om endringer «der og da», og hindrer at partene venter med å diskutere dette i forbindelse med sluttoppgjøret da arbeidet ofte ligger langt tilbake i tid.

⁴⁶ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 265

⁴⁷ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 375

5 Redegjørelse for de preklusive varslingsreglene ved endringer under NS 8405

5.1 Innledning og oversikt over reglene

I entrepriseretten har standardkontraktene hatt lange tradisjoner for regler om varslingsregler i forbindelse med endringer, herunder ved krav om kompensasjon for merkostnader og endringer i fremdriftsplanen. Tidligere har disse bestemmelsene imidlertid hatt mer preg av å være kodifisering av lojalitetsbetraktninger, og brudd har vært sanksjonert med en eventuell erstatningsplikt.⁴⁸

Med NS 3430, forgjengeren til NS 8405, innførte standarden derimot preklusive varslingsregler. Fra og med denne kontrakten ville misligholdt varslingsplikt medføre at eventuelle krav eller innsigelser ble prekludert, uavhengig hvilken betydning kravet eller innsigelsen hadde for den annen part.

NS 8405 pålegger både entreprenør og byggherre plikt til å varsle i en rekke henseender, og felles for disse reglene er at oversittelse av de oppstilte frister har preklusjonsvirkning.⁴⁹

Som overskriften antyder, er tema i denne oppgaven kun en fremstilling av innholdet i varslingsreglene i forbindelse med endringer i kontraktsarbeidet. Overordnet har entreprenøren først og fremst plikt til å varsle byggherren dersom han blir pålagt et arbeid basert på en formøls instruks han mener innebærer en endring av kontraktsarbeidet.⁵⁰ Misligholder han denne plikten, bortfaller eventuelle krav på vederlag eller endringer i fremdriftsplanen.⁵¹

Dersom entreprenøren overholder denne plikten, utløses byggherrens svarplikt.⁵² Byggherren har da to muligheter; enten utstede formell endringsordre⁵³ eller avslå entreprenørens krav.⁵⁴ Unnlater han dette, anses entreprenørens krav på endringsordre akseptert.⁵⁵ Byggherrens potensielt berettigede innsigelser blir dermed prekludert.

⁴⁸ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 264

⁴⁹ Se NS 8405 pkt. 22, 23, 24, 25, 21.1, 34.4, 33.2, 25.7.3

⁵⁰ NS 8505 23.2

⁵¹ NS 8405 punkt 1. ledd annet punktum

⁵² NS 8405 punkt 23.3

⁵³ NS 8405 punkt 23.3 første ledd bokstav a

⁵⁴ NS 8405 punkt 23.3 første ledd bokstav b

⁵⁵ NS 8405 punkt 23.3 annet ledd

Et endringsarbeid vil kunne utløse to krav hos entreprenøren; vederlagsjustering og endringer i fremdriftsplanen. For disse kravene oppstilles det ytterligere varslingsplikter. Etter NS 8405 punkt 25.3 første ledd pålegges entreprenøren plikt til å varsle byggherren dersom han vil kreve vederlagsjustering forårsaket forhold som nevnt i punkt 25.2 b) og c).⁵⁶ Dette kalles et nøytralt varsel.⁵⁷ Varsel om krav på vederlagsjustering ved endringsarbeid er ikke nødvendig dersom entreprenøren har krevd endringsordre, da denne erstatter et nøytralt varsel etter punkt 25.3 første ledd.⁵⁸

Nøytralt varsel gjelder også for krav om fristforlengelse uavhengig av hvilken part som fremsetter dette, også dersom entreprenøren har fremsatt krav på endringsordre ved irregulært pålegg.⁵⁹ Rettsvirkningen ved manglende varsel er også her preklusjon.⁶⁰

Felles for krav om kompensasjon for merutgifter og justering i fremdriftsplanen, er at det nøytrale varselet må følges opp med et spesifisert varsel. Her ser vi at standardens hensyn til kontinuitet skinner gjennom. For vederlagsjustering reguleres dette av NS 8405 punkt 25.4. Rettsvirkningen her er imidlertid ikke så drakonisk som ved manglende nøytralt varsel. Kravet beholdes, men regelen har en egen beregningsmetode for omfanget.⁶¹ Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Et spesifisert varsel må også fremsettes ved krav om fristforlengelse. Rettsvirkningen er heller ikke her preklusjon, men en tilsvarende beregningsmetode⁶² kommer til anvendelse, som jeg vil redegjøre for nedenfor.

Endelig pålegges den part som mottar spesifisert krav på fristforlengelse en svarplikt hvor hans eventuelle innsigelser mot kravet må fremsettes innen en viss frist for ikke å bli prekludert.⁶³

⁵⁶ Bokstav b) knytter seg til forsinkelse eller svikt i byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter punktene 19 og 20, mens bokstav c) gjelder andre hindringer for entreprenøren som byggherren har risikoen for.

⁵⁷ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 265

⁵⁸ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 372

⁵⁹ NS 8405 punkt 24.4

⁶⁰ NS 8405 punkt 24.4 annet ledd

⁶¹ Se NS 8405 punkt 25.4 annet ledd

⁶² Se NS 8405 punkt 24.6 annet ledd

⁶³ Se NS 8405 punkt 24.7

5.2 Det nærmere innholdet i varslingsreglene

5.2.1 Entreprenørens krav på endringsordre

Som nevnt under innledningen, vil en entrepriseprosess ofte foregå over lang tid, og sjelden vil prosjekteringen være fullført før utførelsen starter. Derfor må standardkontrakten åpne for at kontraktsarbeidet kan endres underveis. Og dette skjer hyppig. Dette kan for eksempel forårsakes av endringer i offentlige krav, det kan ha kommet nye materialer eller løsninger på markedet som gir en mer optimal konstruksjon, eller byggherren kan ha endret sin oppfatning av hvordan han ønsker bygget eller anlegget og derfor ønsker å gjøre om eller legge til noe. Både av hensyn til byggherren og av samfunns- og miljømessige hensyn, er det ønskelig å legge til rette for dette. NS 8405 åpner derfor i stor utstrekning for slik endring⁶⁴, men med enkelte kvalitets- og kvantitetsbegrensninger.⁶⁵

Utgangspunktet er at byggherren må sende entreprenøren en skriftlig, formell melding om at han ønsker en endring og hva denne eventuelt skal gå ut på.⁶⁶ Når entreprenøren mottar en slik melding, er han etter kontrakten forpliktet til å utføre endringsarbeidet.⁶⁷ Entreprenørens utførelsesplikt gjelder altså ubetinget (såfremt endringen ligger innenfor kontraktens rammer), hvilket innebærer at varslingsreglene ikke påvirker plikten til å gjennomføre arbeidet, men konsekvensene av endringen for entreprenør og byggherre.

Selv om et endringsarbeid ofte pålegges formelt, er det ikke alle instruksjoner som tilfredsstiller kontraktens formkrav. Dette kan være av ulike årsaker, typisk at byggherren ikke mener eller er klar over at pålegget innebærer en endring.

Derfor har kontrakten et system også for såkalte irregulære endringsordrer. Akkurat som ved formelle endringsordrer, plikter entreprenøren å utføre arbeidet selv om endringsmeldingens formkrav ikke er oppfylt, forutsatt at det er gitt fra rett myndighet i byggherrens persongalleri.⁶⁸

⁶⁴ Se NS 8405 punkt 22.1 annet ledd

⁶⁵ Se NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd

⁶⁶ Se NS 8405 punkt 22.3

⁶⁷ Se NS 8405 punkt 22.3 tredje ledd

⁶⁸ Se NS 8405 punkt 23.1 første ledd

En irregulær endringsordre utløser entreprenørens varslingsplikt. Denne innebærer at entreprenøren må varsle byggherren om at han vil påberope seg instruksen som en endring.⁶⁹ Plikten gjelder altså kun for irregulære endringsordre – ikke for de formelle.⁷⁰

Etter NS 8405 punkt 23.2 må entreprenøren gi byggherren varsel «uten ugrunnet opphold» etter at pålegget er mottatt. Unnlatelse medfører bortfall av eventuelle krav. Bestemmelsen hjemler også krav på endringsordre dersom entreprenøren mottar «pålegg fra offentlig myndighet om en ytelse som innebærer en endring». Dette vil typisk være offentligrettslige krav som stilles, for eksempel krav til ventilasjonssystem og rømningsveier.

Fristutgangspunktet for beregningen er når entreprenøren «mottar» pålegget. En naturlig språklig forståelse tilsier at fristen tar til å løpe allerede idet entreprenøren mottar instruksjonsdokumentet innenfor sin kontrollsfære, for eksempel i postkassen eller per epost. Samtidig kan det ofte være litt tid mellom mottakelsen av påleggsdokumentet og utførelsestidspunktet. Siden det ofte går litt tid fra mottakelse til utførelsen tar til, er det i juridisk teori argumentert for at fristen ikke begynner å løpe før entreprenøren burde oppdaget forholdene ved en vanlig aktsom gjennomgang.⁷¹

Spørsmålet blir deretter hvor lang fristen er. Etter regelens ordlyd «uten ugrunnet opphold» vil fristen være oversittet dersom entreprenøren har innrømmet seg et opphold uten begrunnelse for dette. Utgangspunktet er dermed at varslingsplikten inntreer umiddelbart idet mottakelsen finner sted, med mindre han kan vise til en grunn for oppholdet. Fristen er altså nokså kort, og han kan neppe innrømmes særlig mer enn noen få dager.⁷² En kontraktsmessig grunn kan for eksempel være tiden det tar for å kartlegge forholdene og kommunisere dette i egen organisasjon, mens kommunikasjonssvikt antageligvis vil være «ugrunnet».⁷³

For å oppnå tidlig avklaring og kommunikasjon i prosessen, er byggherren forpliktet til å besvare entreprenørens varsel.⁷⁴ Kontrakten gir byggherren i denne forbindelse to valg; enten kan han svare med å utstede en endringsordre etter 22.3, med den følge at instruksen behand-

⁶⁹ Se NS 8405 punkt 23.2 første ledd

⁷⁰ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 324

⁷¹ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 326

⁷² Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 326

⁷³ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 267

⁷⁴ NS 8405 punkt 23.3

les etter reglene om endringsordrer. Alternativt kan han avslå entreprenørens krav. Deretter er han forpliktet til å begrunne avslaget.⁷⁵

Dersom byggherren er uenig i at instruksene innebærer en endring, ledes uenigheten inn i kontraktens tvisteløsningsmekanisme. Dette finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på utover å peke på at tvistene ofte oppstår og løses i forbindelse med sluttoppgjøret.

Unnlater byggherren å besvare entreprenørens varsel innen «*ugrunnet opphold*», skal kravet anses akseptert; instruksene innebærer en endring av kontraktsarbeidet.⁷⁶ Dette selv om instruksene faktisk ikke innebærer noen endring. Noen realitetsforskjell innebærer for så vidt ikke dette for byggherren. Riktignok ledes pålegget inn i endringssystemet, men betydningen av instruksene for kontraktsvederlaget og fremdriftsplanen, beror i bunn og grunn ikke på om instruksene innebærer en endring, men om endringen utløser merkostnader og behov for ytterligere tid til utførelsen. Entreprenøren har ikke krav på justeringer i kontrakten mer enn i den utstrekning endringen faktisk betinger dette.

Når det gjelder hvilket innhold entreprenørens varsel skal ha, gis det ikke nærmere krav om dette utover at det må fremmes «*skriftlig*»⁷⁷ av hensyn til bevissikring og dokumentasjon, for eksempel via epost eller telefaks, eventuelt nedtegnet i referat etter byggemøte⁷⁸. Utover dette bør varselet inneholde en viss begrunnelse og en henvisning til hvilke faktiske forhold som utløser kravet.⁷⁹ Jo bedre begrunnet varselet er, desto bedre grunnlag har byggherren for å vurdere varselet og dermed kan partene unngå å bruke unødvendig tid til avklaring.

5.2.2 Entreprenørens krav om justering av kontraktsvederlaget

Ved endring i kontraktsarbeidet har entreprenøren krav på kompensasjon i vederlaget tilsvarende omfanget den pålagt endringen.⁸⁰ Dersom arbeidspålegget innebærer et tillegg eller noe annet enn det avtalte arbeidet, vil entreprenøren ha krav på ytterligere vederlag. Innebærer endringen derimot en reduksjon i kontraktsarbeidet, vil byggherren på sin side også ha krav på vederlagsjustering.⁸¹

⁷⁵ NS 8405 punkt 23.3 tredje ledd

⁷⁶ NS 8405 punkt 23.3 annet ledd

⁷⁷ NS 8405 punkt 8

⁷⁸ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 326 og forutsetningsvis i LH-2010-16541

⁷⁹ Karl Marthiniussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 326 og LE-1998-648

⁸⁰ NS 8405 punkt 25.2 første ledd bokstav a)

⁸¹ NS 8405 punkt 25.1

Varslingsreglene for krav på vederlagsjustering er ulike alt ettersom hvilket forhold som utløser kravet. Systemet opererer her med to typer varsler, hvorav kun ett er påkrevet i forbindelse med endring. Helt kort nevnes at entreprenøren er forpliktet til å fremsette et nøytralt varsel dersom vederlagsjusteringen er forårsaket av *"forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20"*, eller *"andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for"*.⁸² Ved endringer vil imidlertid byggherrens formelle endringsordre, eller entreprenørens krav på endringsordre ved irregulær arbeidsinstruks erstatte et nøytralt varsel om vederlagsjustering. Dette følger direkte av ordlyden i punkt 25.3 første ledd, ettersom bestemmelsen kun pålegger entreprenøren nøytralt varsel under de nærmere angitte forhold beskrevet i punkt 25.2 første ledd bokstav b) og c).⁸³

For vederlagsjustering forårsaket endringer i kontraktsarbeidet, kreves derimot et spesifisert varsel. Med dette menes at entreprenøren er pålagt å *"sende byggherren et spesifisert og begrunnet krav" "uten ugrunnet opphold" "når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet på vederlagsjustering"*.⁸⁴ I kravet til spesifisering ligger at entreprenøren utvetydig må angi størrelsen på tilleggsvederlaget eller hvor store ekstraavgifter han krever dekket.⁸⁵ Videre må kravet begrunnes slik at byggherren lettere kan vurdere kravet.

Misligholdt spesifisert varslingsplikt medfører imidlertid ikke preklusjon, men kontrakten legger opp til et utmålingssystem basert på hva *"byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre"*.⁸⁶ Avgjørelsen beror på en konkret skjønnsmessig vurdering med utgangspunkt i forholdene i det aktuelle tilfellet.

Etter at entreprenøren har fremsatt sitt spesifiserte varsel, må byggherren besvare dette *"uten ugrunnet opphold"* etter mottakelsen av det spesifiserte kravet.⁸⁷ Her, som ved entreprenørens varslingsplikt, må byggherren innrømmes tid til å kommunisere kravet innad i egen organisasjon og rimelig tid til å ta stilling til dette. Det er nærliggende å formulere et vurderingstema

⁸² NS 8405 punkt 25.3 første ledd, jf. 25.2 første ledd bokstav b) og c)

⁸³ Se også Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 291

⁸⁴ NS 8405 punkt 25.4 første ledd

⁸⁵ Helge Jakob Kolrud m.fl.: *NS 8405 Kommentarutgave*, 1. utgave, Oslo 2004, s. 273

⁸⁶ NS 8405 punkt 24.4 annet ledd

⁸⁷ NS 8405 punkt 25.5

basert på hva en aktsom saksbehandling krever.⁸⁸ For sent svar fra byggherren medfører at hans innsigelser mot kravet prekluderes.⁸⁹

5.2.3 Entreprenørens krav på fristforlengelse

Endringer i kontraktsarbeidet er et av flere forhold som kan utløse krav på forlengelse av kontraktens frister. Det kan gjelde fristen for ferdigstillelse, eller delfrister underveis i prosessen. Fristoversittelse kan medføre vidtrekkende konsekvenser for entreprenøren, for eksempel plikt til å betale dagmulkt.⁹⁰

Et vilkår for krav på fristforlengelse ved endringer i kontraktsarbeidet, er at fremdriften "*hindres*".⁹¹ Hvis endringen ikke faktisk påvirker utførelsestiden, foreligger ikke vilkårene for fristforlengelse. Videre kreves at entreprenøren kan påvise årsakssammenheng mellom endringen og utførelshindringen.⁹² Enkle justeringer i arbeidet, for eksempel endringer av gulvkvalitet, i god tid før den planlagte utførelsen vil for eksempel neppe utløse krav etter punkt 24.1.

Ut over dette, er vilkårene for krav på fristforlengelse langt på vei tilsvarende utformet som ved vederlagsjustering. Til forskjell kan imidlertid nevnes at entreprenøren må fremsette både et nøytralt og spesifisert varsel, uavhengig av om arbeidsendringen er pålagt ved en formell eller irregulær endringsordre.⁹³ Rettsvirkningen av tilsidesatt varsling er preklusjon.⁹⁴

Den spesifiserte varslingsregelen ved fristforlengelse oppstiller tilsvarende frist som ved vederlagsjustering⁹⁵. Videre bygger beregningen av krav på fristforlengelse på samme metode som for kompensasjon av kontraktsvederlaget.⁹⁶ Endelig vises til byggherrens plikt til å besvare krav som følge av fremsatt endringsinstruks, som også er utformet tilsvarende.⁹⁷

⁸⁸ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 267

⁸⁹ NS 8405 punkt 25.4 annet ledd

⁹⁰ Se henholdsvis punkt 34.1 annet og første ledd

⁹¹ NS 8405 punkt 24.1 første ledd

⁹² Jf. NS 8405 24.4 første ledd og formuleringen "*som følge av*"

⁹³ Jf. NS 8405 punkt 24.4 første ledd som ikke skiller mellom endringer og andre forhold som nevnt i bokstavene a) til c)

⁹⁴ NS 8405 punkt 24.4 annet ledd

⁹⁵ Se ordlyden "*uten ugrunnet opphold*", jf. 24.4 og 25.3

⁹⁶ Se ordlyden "*som den andre parten måtte forstå at han hadde krav på*", jf. 24.6 og 25.4

⁹⁷ Sml. 24.7 og 25.5

6 Rettslig grunnlag for tilsidesettelse av preklusjonsreglene

6.1 Innledende bemerkninger

Forutsetning for den videre drøftelsen er at entreprenøren er pålagt utførelse av et endringsarbeid uten at det har skjedd ved en formell endringsordre, og at entreprenøren har unnlatt å varsle byggherren. Hovedregelen er da at eventuelle krav på justering av kontraktsvederlaget og/eller fremdriftsplanen prekluderes.

Spørsmålet blir dermed hva som skal til for at preklusjonsreglene likevel ikke kommer til anvendelse.

NS 8405 oppstiller ingen unntaksregler. Varslingsreglene er derimot ubetingede. Likevel ser man i rettspraksis at domstolene på ulike grunnlag tilsidesetter preklusjonsreglene.

Strukturelt vil fremstillingen av stoffet deles inn de ulike rettslige grunnlag domstolene anvender for tilsidesettelse. Som nevnt under redegjørelsen for rettskildebildet under punkt 2, er det få entrepriserettslige tvister som når Høyesterett. Derfor baseres gjennomgangen i stor grad av gjennomgang av underrettspraksis, herunder særlig lagmannsrettsavgjørelser. Der øvrige rettskilder kan belyse problemstillingen, vil naturlig nok disse også kommenteres. Likevel er dette et spørsmål som nesten utelukkende er drøftet i rettspraksis.

6.2 Uttrykkelig avtalerettslig avkall

Først og fremst har partene naturligvis rettslig adgang til ikke å anvende de preklusive varslingsregler på grunnlag av privat autonomi. I offshore-kontraktene er dette også forutsatt gjennom bestemmelser om at selskapet kan behandle ikke formriktige endringsordrekraav fra leverandøren som om det var formriktig.⁹⁸ Antageligvis forekommer også det, at entreprenøren påtar seg tilleggs- eller endret arbeidsoppdrag og mottar betaling for dette uten at varslingsregime følges. Dette kan fortone seg som en praktisk løsning i kontraktsforhold hvor partene utviser lojalitet og hvor det foregår kommunikasjon og kostnadskontroll på annen måte enn gjennom skriftlig dokumentasjon og strenge varslingsrutiner.

Barbo har imidlertid tatt til orde for at byggherrens adgang til å frafalle retten til å fremme en preklusjonsinnsigelse, har visse grenser.⁹⁹ Forutsetningsvis må dette være til fordel for entre-

⁹⁸ Jf. NF 05 punkt 16.1.4

⁹⁹ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo 1997, s. 229

prenøren. Dersom byggherren mener at instruksen ikke innebærer en endring av kontraktsforpliktelsene, må han gjøre det gjeldende før arbeidet igangsettes av entreprenøren. Etter en eventuell preklusjon, vil utførelsen av pålegget innebære en oppfyllelse av endringsarbeidet. Da kan byggherren neppe påberope mislighold av arbeidet, og deretter kreve erstatning for å fjerne dette.

6.3 Avtaletolkning - konkludent adferd

6.3.1 Innledning og utgangspunkt for drøftelsen

Konkludent adferd kan utløse ulike rettsvirkninger. Den som for eksempel opptrer på en måte som er egnet til å skape berettigede forventninger hos medkontrahenten om at avtale er kommet i stand, er bundet til denne.¹⁰⁰ Således kan en bestemt konkludent adferd virke avtalestiftende. Dessuten vil partenes etterfølgende opptreden, typisk i form av et bestemt adferdsmønster, etter avtaleinngåelsen inngå som et tolkningsmoment ved avtaletolkningen.¹⁰¹

For oppgavens vedkommende, kan det spørres om domstolene rubriserer partenes adferd som grunnlag for en *ny avtale* om at varslingsreglene ikke skal gjelde, eller om adferden tilsier at avtalen skal *tolkes* slik at varslingsreglene ikke gjelder, selv om reglene følger av ordlyden i den vedtatte standardavtalen.

Domstolene synes ikke å være opptatt av å trekke dette skillet, kanskje fordi det er av mer teoretisk enn praktisk betydning. Likevel tolker jeg avgjørelsene dit hen at spørsmålet domstolene stiller er hvorvidt partenes nærmere bestemte adferd gir støtte for et *tolkningsresultat* om at varslingsreglene ikke skal gjelde. Rettspraksis foretar dermed en tolkningsøvelse hvor adferdsmønsteret utgjør et selvstendig tolkningsdata ved fastleggelsen av hvilke kontraktuelle plikter partene er underlagt i det bestemte avtaleforholdet.

Tolkningsprosessen tar sikte på å avdekke om en bestemt kontraktspraksis har gitt medkontrahenten en berettiget forventning om at varslingsreglene er tilsidesatt. Dette har sitt utspring i forventningsprinsippet i norsk kontraktsrett.¹⁰²

Vurderingen beror på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering med utgangspunkt i en tolkning av partenes adferd.¹⁰³ Denne må sees i lys av Høyesteretts uttalelse om at det må «sterke

¹⁰⁰ Se Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave 2012, s. 89

¹⁰¹ Se Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave 2012, s. 369

¹⁰² Se Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave, s. 361-362

¹⁰³ Se for eksempel LF-2012-183059

grunner» til for å fravike en standardavtale mellom profesjonelle parter i et entrepriserforhold, se punkt 3 i fremstillingen ovenfor.¹⁰⁴

Fra rettspraksis utkrystalliseres tolkningsmomenter som har betydning for vurderingen. Min fremstilling under dette punktet vil bestå av en gjennomgang av rettspraksis for å avdekke hvilke momenter domstolene vektlegger ved avgjørelsen av om det foreligger en konkludent handlemåte til støtte for at partene har tilsidesatt varslingsreglene.

Som et utgangspunkt vises det til Borgarting lagmannsretts dom (LB-2009-52844). Saken gjaldt spørsmål om byggherren kunne gis medhold i at entreprenøren hadde varslet endringer i prosjektet for sent, slik at han ikke hadde krav på tilleggsvederlag. Rettens mindretall mente partene hadde fraveket varslingsreglene ved sine konkludente adferd. Fra den innledende drøftelsen hitsettes følgende generelle uttalelse:

"Lagmannsretten legger til grunn at når det er lagt opp til at partene skal benytte NS 3431 i kontraktsforholdet, må det klare utgangspunktet være at de kun må forholde seg til disse prosedyrereglene, jf. Jan Einar Barbo: Kontraktsomlegging i entrepriserforhold (1997) side 188."

I en annen dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2001-94307), som gjaldt det samme spørsmål, uttalte retten følgende om kravet til dokumentasjon:

"Det må klare holdepunkter til for å anse standardens regler for fraveket når uenigheten mellom partene gjelder betydelige beløp, og behovet for tidlig å kunne vurdere forholdene og sikre dokumentasjon for krav eller innsigelser dermed er særlig sterkt."

Etter domstolens mening skal det altså en del mer til enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å statuere tilsidesettelse. Dette må sees i sammenheng med uttalelsen ovenfor om at utgangspunktet om at varslingsreglene i avtalen gjelder. Samtidig gjaldt denne saken et beløp av en betydelig størrelse, som domstolen påpekte og formulerte sitt utgangspunkt på bakgrunn av. Det kan dermed antas å være noe varierende krav til overbevisning om avvikende praksis alt ettersom kravets størrelse. Dette fremstår også naturlig, slik jeg ser det, idet mindre endringsarbeider i større grad bør kunne tillates utført uten bruk av varslingssystemet i den utstrekning dette er tidseffektivt og administrativt besparende.

¹⁰⁴ Jf. Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei)

I litteraturen er det tatt til orde for at det skal en del til for at konkludent adferd skal kunne tilsidesette varslingsreglene. Det er blant annet vist til at utstrakt anerkjennelse av muntlig kommunikasjon under avviklingen av kontraktsarbeidet, herunder i forbindelse med endringer, kan være egnet til å uthule varslingsreglene.¹⁰⁵ For å ivareta de hensyn og interesser varslingsregimet hviler på, er det argumentert for at domstolene må utvise varsomhet med å innrømme partene en slik praksis.

Videre understreker enkelte forfattere at avgjørelsen bør bero på graden av partenes profesjonalitet.¹⁰⁶ I større entrepriser med høyst profesjonelle parter og store kontraktssummer, er det fremholdt at det skal mye til for å la partenes adferd konstituere en endring av kontrakten. I disse entreprisene er behovet for kontraktsadministrative rutiner gjerne stort, og et sentralt poeng med reglene er nettopp for å kunne håndtere slike prosesser.¹⁰⁷ Hensynet bak reglene tilsier dermed at det skal mer til å statuere tilsidesettelse i slike prosjekter.

I mindre kontraktsarbeider kan det derimot tenkes en lavere list for tilsidesettelse. Det kan forekomme at partene ikke kjenner alle reglene som inngår i standardkontrakten, eller ikke ønsker å benytte disse. Dermed bør det være større adgang for å akseptere partenes felles praktisering.

6.3.2 Hvor konsekvent er den uformelle praksisen?

For domstolene har det stått som et sentralt moment i helhetsvurderingen om den pågående praksisen har vært konsekvent, eller om uformelle endringer kun har forekommet ved enkelte anledninger.

Et klart tilfelle finner vi i LF-2001-00565. Her hadde flere entreprenører inngått avtale basert på NS 3430, og det var foretatt en rekke endringer i entreprisen uten bruk av varslingsregimet. Ved vurderingen av hvilken betydning dette skulle tillegges, uttalte retten at partene i realiteten hadde sett helt bort fra standardens formregler. Etter lagmannsrettens oppfatning måtte det medføre at varslingsreglene skulle anses ekskludert fra partenes side. Dermed kunne byggherren ikke påberope disse i forbindelse med sluttoppgjøret.

Like konsekvent hadde ikke partene forholdt seg i avgjørelsen fra Hålogaland lagmannsrett LH-2013-095815, som gjaldt sluttoppgjøret etter oppførelsen av distribusjonslageret til AS-

¹⁰⁵ Helge Jakob Kolrud m.fl.: *NS 8405 Kommentarutgave*, 1. utgave, Oslo 2004, s. 262-264

¹⁰⁶ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 234

¹⁰⁷ Se likevel LF-1995-00175 A som gjaldt 48 millioner, hvor lagmannsretten mente at partene hadde en gjensidig oppfatning på tvers av kontraktens ordlyd. Saken gjaldt NS 3401.

KO Nord. Under entreprisen hadde elektroentreprenøren inngått avtale med hovedentreprenøren om totalentreprise etter NS 3406. Ved sluttoppgjøret var ett av spørsmålene om standardens varslingsregler var tilsidesatt ut fra partenes praksis under byggeprosessen.

Lagmannsretten kom til at varslingsreglene ikke var tilsidesatt og at underentreprenørens krav dermed var bortfalt. I helhetsvurderingen pekte retten på at partene i stor grad fulgte standardens endringsregler og at de kun unntaksvis hadde foretatt muntlige endringsbestillinger som forutsetningsvis skulle følges opp skriftlig. På denne bakgrunn mente retten at det ikke var tilstrekkelig dokumentert en praksis til støtte for tilsidesettelse av varslingsreglene.

Tilsvarende synspunkt gjorde seg gjeldende i en dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2008-49504). Saken gjaldt tvist om sluttoppgjør i totalentreprise hvor entreprenøren fremmet krav om oppgjør for endringsarbeider. Byggherren mente imidlertid dette var fremsatt for sent. Ved vurderingen av byggherrens preklusjonsinnsigelse, bemerket domstolen følgende:

«Lagmannsretten finner det imidlertid ikke sannsynliggjort at partene for øvrig i noen særlig utstrekning ikke fulgte de prosedyrer som NS-3431 gir anvisning på. Det ble sendt endringsmeldinger for de aller fleste endringsarbeider som omfattes av tvisten her. Fremsettelse av sluttoppgjør og innsigelser mot dette, har også i det alt vesentlige fulgt standardens regler.»

Avgjørelsene tilsier at domstolene forutsetter en nokså uformell praktisering for å betrakte varslingsreglene tilsidesatt på grunnlag av konkludent adferd. Lagmannsretten bruker i LB-2008-49504 uttrykk som *«i det alt vesentlige fulgt standardens regler»*. At partene ved enkelttilfeller fraviker det formelle varslingsssystemet, er altså ikke tilstrekkelig. Særlig dersom muntlige endringsordre er fulgt opp med skriftlig nedtegning i ettertid.

I samme retning trekker også en dom fra Frostating lagmannsrett (LF-2012-183059), som gjaldt spørsmål om sluttoppgjør etter et tømmer- og snekkerarbeid, herunder om entreprenøren hadde tapt retten til betaling som følge av manglende varslings av endringsarbeider. I den forbindelse uttaler retten følgende:

Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at Heimdal temmelig konsekvent unnlot å sende skriftlig varsel om endringer slik punkt 2.2 i kontrakten fastsatte at Heimdal skulle gjøre.

Under kontraktsavviklingen hadde byggherren besluttet en rekke endringer i arbeidstegningene som ble utarbeidet, og i tillegg foretok flere muntlige bestillinger av nye arbeider. Når dette da skjedde *«temmelig konsekvent»* representerte det etter lagmannsrettens syn en praktisering

av kontraktsforholdet som innebar en tilsidesettelse av kravene til skriftlighet ved endringer og tilleggsarbeider slik standardkontrakten legger opp til.

Enda lenger går lagmannsretten i avgjørelsen LB-2010-27697, som gjaldt spørsmål om ansvar for grunnforhold i forbindelse med et totalentreprisoppdrag om oppføring av et kombinert bolig- og næringsbygg i Oslo, samt kostnadsansvaret for en rekke tilleggsarbeider. Saken gjaldt riktignok NS 3430, men avgjørelsen har, som nevnt under innledningskapitlene, overføringsverdi til NS 8405, da reglene i det vesentlige overlapper. Domstolen kom til at entreprenøren hadde risikoen for merkostnadene som påløp som følge av de uforutsette grunnforholdene og at han hadde varslet en rekke tilleggsarbeider for sent. Entreprenøren anførte at varslingsystemet var tilsidesatt i saken, men fikk ikke medhold. Som begrunnelse argumenterte retten med følgende:

"Forutsetningen for å kunne legge Hagstrøms synspunkt til grunn, må være at partene i fellellskap nærmest fra første stund har satt endringsordresystemet til side, noe som ikke er tilfellet i vår sak."

Avtalerettslig tilsidesettelse forutsetter altså at den uformelle praktiseringen har funnet sted allerede fra arbeidets begynnelse.

Slik jeg oppfatter det, må bakgrunnen for et slikt krav være at hyppig bruk av varslingsystemet ved arbeidets begynnelse tilsier at partene har vært seg bevisst på eksistensen av disse reglene, og at det dermed har formodningen mot seg at til dels inkonsekvent bruk av uformell tone senere i prosjektet har sin bakgrunn i gjensidig forståelse om at varslingsreglene ikke lenger skal anvendes under kontraktsavviklingen. Derimot gir unnlatt bruk av varslingsreglene allerede fra arbeidets begynnelse et klart inntrykk av at partene har hatt en gjensidig forståelse om at disse ikke skulle gjelde, og at adferdsmønsteret ble styrt på denne bakgrunn.

Oppsummeringsvis vil det, slik jeg leser lagmannsrettens avgjørelser, være sentralt i helhetsvurderingen om partenes adferd viser en konsekvent fravikelse av varslingsreglene, og om systemet er fraveket allerede fra arbeidets begynnelse.

6.3.3 Årsak til manglende varsling

Videre synes domstolene å vektlegge årsaken til den uformelle praksisen. Under entreprisprosjekter er det gjerne begrenset tid og arbeidene må skje etter koordinering av flere aktører. Dermed kan det oppstå uforutsigbare utfordringer som gjør det vanskelig å forholde seg til formalia.

Illustrerende er en dom fra Eidsivating lagmannsrett (LE-2006-00267). Saken gjaldt spørsmål om bekostning av merutgifter som påløp ved snømåking på byggeplassen og frost i massene ved en underentreprise for grunnarbeider. Arbeidet ble utført i forbindelse med Lillehammer-OL. Retten kom til at hovedentreprenøren måtte dekke utgiftene til snømåking, og det ble ikke lagt vekt på at varslingsrutinene etter NS 3430 ikke var fulgt. Lagmannsretten bemerket at partene ikke hadde funnet det påkrevet eller mulig i alle situasjoner å følge den fremgangsmåte som var angitt i NS 3430. Domstolen anså det bevist at arbeidet ikke ville blitt ferdig til OL-start dersom fremgangsmåten i NS 3430 ved endringer skulle benyttes.

Avgjørelsen viser at domstolene vektlegger årsaken til manglende bruk av standardens endringssystem i sin vurdering. Hvis fremgangsmåten er egnet til å hindre prosessen mot et viktig tidspunkt, viser domstolene en mer liberal holdning til å anerkjenne en etablert kontraktspraksis.

Det er imidlertid verdt å understreke at lagmannsretten peker på at den manglende etterlevelsen ikke gjorde prosjektet og kommunikasjonen uoversiktlig eller ute av kontroll. I den forbindelse ble det vist til jevnlig byggemøter, at representanter fra underentreprenøren noterte ned ekstraarbeider som skulle utføres og at partene fikk eksemplarer av dette notatet. Således hindret ikke den uformelle praksisen at sentrale hensyn bak varslingsreglene ble tilsidesatt. På denne bakgrunn kan det spørres hvordan domstolene stiller seg dersom praksisen går på bekostning av et oversiktlig og kontrollert prosjekt.

Dommen illustrerer at avgjørelsen beror på en helhetsvurdering hvor vekten av momentene er relative; de må vurderes mot hverandre. Slik jeg leser LE-1996-00267, hadde hoved- og underentreprenøren ikke fraveket endringsregime allerede fra arbeidets begynnelse, men senere, utløst som følge av begrenset tid til bruk av formalia. Årsaken til den nyetablerte praksisen ble dermed vektet som det tyngste argument i den saken.

Det kan reises spørsmål om en tilsvarende grunn for unnlatt varsling ville vært like tungtveiende i dag. Dagens bruk av tekniske kommunikasjonsmidler fører til en langt mer forenklet og effektivisert kommunikasjon mellom byggherre og entreprenør enn den som fant sted tidlig på 1990-tallet. Ofte aksepteres endringer via e-post som et tilstrekkelig skriftlig varsel. Det kan dermed tenkes at domstolene i dag ikke er like villige til å vektlegge argumenter om problemer med å oppnå en effektiv kommunikasjon.

Endelig vises til at lagmannsretten reserverer seg noe for tilfeller av arbeid av et visst omfang eller hvor det knytter seg tvil til om noe er et endringsarbeid. I slike tilfeller mener lagmannsretten, slik jeg leser uttalelsen, at det skal mer til for å se bort fra manglende anvendelse av varslingsreglene. Om dette hitsettes følgende fra dommen:

"Ikke desto mindre må man kunne fastslå at for å unngå rettighetstap, når partene formelt har vedtatt at NS 3430 skal være en del av avtaleverket, så bør prosedyrene ha vært fulgt ihvertfall hvis det dreier seg om endringer/ tilleggssarbeider av noen størrelse eller hvis det kan være sterk tvil om hvorvidt et konkret arbeid omfattes av avtalen eller ikke."

6.3.4 Lojalitetsbetraktninger

I den alminnelige kontraktsretten står hensynet til lojalitet mellom partene i avtaleforholdet meget sentralt. Lojalitetsprinsippet består av en plikt hos partene til å ta rimelig og tilbørlig hensyn til den annen parts interesser.¹⁰⁸ Prinsippet er gitt uttrykk i en rekke kontraktsrettslige lovfestede regler¹⁰⁹, og brudd på plikten vil kunne innebære kontraktsbrudd og utløse misligholdssanksjoner.

Som tidligere nevnt er lojalitetsplikten særlig sterk i entrepriserforhold. En begrunnelse for dette er at kontraktsforholdet ofte går over lang tid og er preget av utstrakt samarbeid. Dermed er det tatt til orde for at det vil kunne være rimelig å stille strengere krav til lojal opptreden i slike kontraktsforhold enn for eksempel ved kjøp av en løsøre gjenstand.¹¹⁰ Som vi skal se på, er det en gjennomgående trend at domstolene legger stor vekt på lojalitet mellom entreprenør og byggherre, og stiller strenge krav til slik adferd.

I dommen fra Frostating lagmannsrett (LF-2012-183059), som redegjort for i punktet ovenfor, drøftet retten tilsidesettelse på grunnlag av konkludent adferd i lys av lojalitetsbetraktninger. Partene hadde inntatt NS 3431 i sitt kontraktsgrunnlag, og byggherren hadde opprettet et særtrykk med innstrammede regler om varsling ved endringer av kontraktsarbeidet.

Lagmannsretten kom til at byggherren ikke kunne påberope preklusjonsvirkning. Som begrunnelse, viste retten til at partene ved sin praksis hadde fraveket varslingsregimet avtalerettslig. Byggherren hadde selv unnlatt å følge varslingsreglene, for til tross for at han hadde bestilt en rekke endringer, hadde han ikke sendt en eneste endringsordre. Etter lagmannsrettens oppfatning tilsa hensynet til lojalitet i kontraktsforhold at han i ettertid da ikke kunne påberope at preklusjonsreglene skulle gjelde på tross av at byggherrens varslingsplikt var skjerpet.

¹⁰⁸ Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013, s. 303

¹⁰⁹ For eksempel avtaleloven paragraf 33 og håndtverkstjenesteloven paragraf 7

¹¹⁰ Samuel Skrunes og Harald S. Kobbé: *På rett grunn*, 1. utgave, Oslo 2010, side 415-416

Avgjørelsen illustrerer at domstolene vektlegger lojalitetshensynet som et sentralt moment i vurderingen av om partene har etablert en adferd som setter til side varslingsreglene. Den er også egnet til å underbygge at lojalitetsprinsippet står særlig sterkt i entrepriseretten, ettersom partene i utgangspunktet hadde formalisert et enda strengere varslingsregime enn kontrakten la opp til.

Tilsvarende betraktninger ble lagt til grunn i LE-1996-267. Saksforholdet og resultatet er redegjort for ovenfor, og det vises til dette. Retten mente i denne saken at partenes adferd innebar en tilsidesettelse av varslingsreglene som en praktisk følge av tidspresset før OL på Lillehammer. Når partenes representanter på byggeplassen likevel hadde oversikt over foretatte endringsarbeider, og det syntes å foreligge en underforstått enighet om at dette skulle belastes byggherren, tilsa lojalitetsbetraktninger at entreprenørens krav ikke kunne møtes med preklusjonsinnsigelser, selv om det ikke var tvil om at varslingsfristen var oversittet.

Endelig vises det til LB-2001-03115, som gjaldt krav på sluttoppgjør etter et utført entreprisoppdrag. For lagmannsretten sto spørsmålet om partene overhode hadde inngått muntlig avtale om endringsarbeider. Dette besvarte retten bekreftende på. Dernest var spørsmålet om entreprenøren kunne kreve betaling for tilleggsarbeidet. Det var på det rene at arbeidene ikke ble bestilt i tråd med de formelle endringsreglene, og at varslingsplikten ikke var overholdt. Likevel kom domstolen til at vederlagskravet var i behold, og som begrunnelse viste retten til at:

"(...) 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 adferd 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 som det. Det er ikke blitt gjort."

Saksforholdet har klare paralleller til saken i LF-2012-18309, og drøftelsene harmonerer i den forstand at domstolene ikke tillater påberopelse av preklusjonsregler når parten selv ikke har fulgt standardens varslingsystem.

Dommene harmonerer også med betraktninger i juridisk teori. Marthiniussen og Giverholt peker på at en part i et kontraktsforhold hvor de formelle kravene er tilsidesatt, ikke plutselig

skal kunne møtes med preklusjonsinnsigelser uten at dette i alle fall er gjort klart på forhånd.¹¹¹

6.3.5 Tidligere praksis mellom partene

Det følger av ulovfestede prinsipper om avtaletolkning at kontraktens ordlyd skal tolkes i lys av partenes adferd både før og etter inngåelsen. Begrunnelsen for dette er at det er lettere å forstå hva partene har ment med de ord som er valgt, dersom man samtidig er kjent med forholdene på avtaletidspunktet.¹¹²

Ovenfor har vi sett at partenes etterfølgende praktisering av avtalen kan gi grunnlag for tilsidesettelse av varslingsreglene i NS 3430. Det vil imidlertid også være av interesse å tolke partenes adferd før inngåelsen fant sted, ettersom slike opplysninger kan bidra til å underbygge på hvilken måte de har oppfattet innholdet av forpliktelsene. En tidligere gjensidig forståelse av avtalen vil kunne ha overføringsverdi på et nytt avtaleforhold om utføring av den samme typen tjeneste.

I dommen fra Frostating lagmannsrett (LF-2012-183059), som er vist til, ble tidligere praksis vektlagt som et moment til støtte for at partene konkludent hadde fraveket endringssystemet i standardkontrakten. Fra rettens bemerkninger hitsettes:

"Det nevnes i denne forbindelse at Primahus var engasjert som entreprenør av Heimdal for tilsvarende arbeider med to bygninger av samme type i Ilsvika i Trondheim. Dette prosjektet varte fra mai 2010 med overlevering juli 2010. Partene hadde der en tilsvarende kontrakt, men uten låste masser. Også i Ilsvika ble det fulgt en uformell praksis uten skriftlig varsling ved tilleggsarbeider og endringer. Det dreide seg om bare to bygninger, og partene kom fram til en omforent løsning av sluttoppgjøret. Selv om dette gjaldt langt lavere kostnadsrammer, noe som gjorde det lettere å komme til enighet, bekrefter dette at partene bevisst hadde satt til side de formelle reglene, og at preklusjonsreglene ikke var aktuelle."

Et tilsvarende synspunkt ble anlagt av mindretallet i LB-2011-094307 (se nedenfor). I sitt votum uttalte de at *"Veidekke og Aurstad har i en periode siden midten av 1990 tallet hatt et nært og tillitsfullt samarbeide som hovedentreprenør/underentreprenør basert på liten grad av formell håndhevelse av kontraktsbestemmelser gitt i dokumenter som NS 3433 eller tilsva-*

¹¹¹ Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.): *"På rett grunn"*, Oslo 2010, side 324

¹¹² Jo Hov og Alf Petter Høgberg: *Alminnelig avtalerett*, 1. utgave, Oslo 2009, side 253

rende." Når det senere, i et nytt prosjekt mellom partene, oppsto spørsmål om partene hadde fraveket det formelle varslingssystemet, mente mindretallet at dette måtte vurderes i lys av tidligere praksis mellom Veidekke og Aurstad. Ettersom denne viste en liten grad av formell håndhevelse, mente mindretallet at dette kastet lys over hvordan partene oppfattet avtaleforholdet. I denne saken; at varslingssystemet var satt til side.

6.3.6 Partenes stilling og kontraktens omfang

Et annet sentralt moment ved vurderingen av partenes adferdsmønster, er partenes stilling og kontraktsarbeidets omfang.¹¹³

Partenes stilling kan si noe om balansen i avtaleforholdet. Er partene likeverdige, er det lettere å akseptere tolkninger som avviker med ordlyden enn ellers. I relasjon til spørsmål om det i et konkret avtaleforhold foreligger fravikelse av et formelt varslingsregime, vil partene ha like forutsetninger for å gjøre gjeldende innsigelser mot en etablert praksis og kreve varslingsregimet håndhevet.

Et slik synspunkt ble vektlagt av mindretallet i Borgarting lagmannsretts dom LB-2011-094307. Saken gjaldt spørsmålet om en underleverandør kunne dokumentere påståtte merutgifter som eventuelt berettiget endringer av kontraktens enhetspriser, samt om øvrige krav var meldt for sent. Underentreprenøren anførte at partene hadde fraveket varslingsreglene i NS 3433 gjennom konkludent adferd med henvisning til at situasjoner på byggeplassen vanskeligjorde bruk av et formalisert endringssystem, men fikk ikke medhold.

Lagmannsrettens flertall mente at det krevdes «klare holdepunkter» for å anse standardens regler for fraveket når uenigheten gjaldt så høye beløp som i den aktuelle saken. Under slike omstendigheter mente retten at partene hadde et særlig incentiv og behov for å vurdere forholdene og sikre dokumentasjon for krav eller innsigelser. Her gjelder særlig bevis hensyn og hensynet til tidlig avklaring av forhold av større økonomisk betydning. Omfanget av kontrakten ble dermed ansett som et sentralt moment hos flertallet mot at varslingssystemet var til-sidesatt gjennom konkludent adferd.

Mindretallet kom imidlertid til at varslingsreglene var fraveket, og tok utgangspunkt i at kontraktsforholdet gjaldt mellom to næringsdrivende og at de dermed var likeverdig bundet til kontrakten. Deretter pekte medlemmene på at kravet til skriftlighet var fraveket en rekke ganger, og at de dermed hadde etablert et uformelt regime. Dessuten ble det vektlagt at parte-

¹¹³ Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013, s. 342

ne var samlokalisert på byggeplassen, og at Veidekke, som var hovedentreprenøren, hadde tilstede et mannskap som hadde tilsvarende eller høyere administrativ kompetanse enn underentreprenøren.

Mindretallets votum illustrerer at partenes profesjonalitet og stilling vektlegges av domstolene ved vurderingen av tilsidesettelse. Når det gjelder vekten av denne uttalelsen, må det understrekes på at momentet inngikk i mindretallets argumentasjon, og at det dissenterende votum normalt har mindre vekt enn flertallets. På den annen side fremgår det ikke av flertallets bemerkninger at de tok avstand fra partenes stilling som et relevant moment i vurderingen. De mente derimot at kontraktssummens størrelse forutsatte en oversiktlig og formalisert kontraktsavvikling, og at dette var nok til å kreve overholdelse av kontraktens endringssystem.

6.3.7 Byggherren er kjent med virkningen av endringspålegget

I forbindelse med et endringsarbeid, har entreprenøren som regel best forutsetninger for å vite hva det vil koste, herunder materialkost som påløper og prisen for arbeidskraft, samt hvor lang tid det vil ta.

Derfor er varslingsreglene formulert slik at entreprenøren bærer ansvaret for å formidle konsekvensene for kontraktsvederlaget og fremdriftsplanen ved pålagte endringer. Det klare utgangspunktet er dermed at entreprenøren har risikoen for unnlatt varsel og kommunikasjon ved utførelsen av endringsarbeid med betydning for pris og fremdrift.

I enkelte situasjoner kan det imidlertid fremstå innlysende for begge parter at byggherren er ansvarlig. Hvis så er tilfelle, synes domstolene å være tilbøyelige til å plassere risikoen hos byggherren, selv om varslingsregimet ikke er fulgt.

I denne retning vises det til Frostating lagmannsretts dom LF-2012-183059, som det er redegjort for ovenfor. Retten bemerket som nevnt at byggherren hyppig foretok endringer uten at han på noe tidspunkt forholdt seg til formkravene i kontrakten. Basert på denne frekvensen og omfanget av endringsarbeidene, var det etter lagmannsrettens syn *«helt på det rene at Heimdal for en lang rekke av disse endringene og bestillingene var klar over at det ville påløpe tilleggskostnader.»*

Avgjørelsen underbygger at byggherrens kunnskap om omstendighetene for kontraktsjusteringen er et forhold av betydning ved helhetsvurderingen. Dersom byggherren utvilsomt er kjent med forholdet som betinger fristforlengelse, avskjæres retten til å påberope preklusjon, fordi domstolen er av den oppfatning at partenes kontrakt skal tolkes slik at varslingsreglene ikke skal gjelde, på grunnlag av praktisering av avtalen.

En slik rettsoppfatning synes å være i tråd med hensynet bak reglene, som tar sikte på å verne byggherrens beskyttelsesverdige mangel på kjennskap om hvilke rettsvirkninger kontraktsomleggingen har. Når han derimot besitter slik kunnskap, fremstår det som en god grunn til å la risikoen pålegges i tråd med funksjonsfordelingen når man ser bort fra varslingsreglene.

6.3.8 Forholdet til avtaleloven § 36

Som et moment i vurderingen av om det foreligger avtalerettslig tilsidesettelse av retten til å påberope preklusjon i form av konkludent adferd, er det anført i juridisk teori at forholdet til avtaleloven § 36 kan ha betydning.¹¹⁴ Med dette menes at tolkningsprosessen styres i lys av regelen, hvor målet er å unngå et tolkningsresultat med urimelige rettsvirkninger. Fra rettspraksis ser man imidlertid at sakene ofte både kan løses ut fra en tolkning og utelukkende på bakgrunn av avtl. § 36, da det ofte er glidende overgang mellom vurderingene. Videre vil sakene ofte variere slik at enkelte vil passe best å subsumeres under avtl. § 36, mens andre ikke. Nedenfor under punkt 7 kommer jeg nærmere tilbake til anvendelse av avtaleloven § 36.

6.3.9 Kravet er klart berettiget

NS 8405 og andre sammenlignbare standardkontrakter tar sikte på å gi et nyansert bilde av aktørenes respektive forpliktelser og risikoner. Risiko for svikt i ytelser innenfor en risikosfære skal som nevnt bæres av aktøren kontrakten utpeker som ansvarlig etter funksjonsfordelingen¹¹⁵, for eksempel har byggherren risikoen for feil i tegninger og beskrivelser¹¹⁶ og endringer i kontraktsarbeidet.

Underveis i et entreprosjekt kan det imidlertid oppstå uenigheter knyttet til hvem av partene som har risikoen for et nærmere inntrådt forhold. Det være seg tvist knyttet til hvordan reglene i kontrakten skal forstås, og/eller hvordan faktum skal tolkes. Av interesse under dette avsnittet, er imidlertid tilfellene hvor det er helt på det rene både faktisk og rettslig hvor ansvaret skal plasseres. Ved domstolenes vurdering av om partene har tilsidesatt varslingsreglene på avtalerettslig grunnlag, ser vi at graden av kravets berettigelse vektlegges.

Situasjonen er typisk at det har inntrådt en hendelse klart innenfor byggherrens risikosfære, og som virker forsinkende på entreprenørens utførelse. For å hindre forsinkelse, pålegger bygg-

¹¹⁴ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktssomlegging i entreprosjektforhold*, Oslo 1997, s. 244

¹¹⁵ Jf. for så vidt Rt. 1917 s. 673 (Monierfabrikken) som stadfester grunnprinsippet i norsk entrepriserett om at risikoen plasseres etter funksjonsfordelingen

¹¹⁶ Jf. NS 8405 punkt 19.2 første, jf. annet ledd

herren entreprenøren en formløs forsering¹¹⁷. Dette utløser krav på merutgifter på entreprenørens side. Dersom han unnlater å varsle om dette, er utgangspunktet at hans krav prekluderes.¹¹⁸

Spørsmål om betydningen av kravets berettigelse, har en glidende overgang til punkt 6.3.7 ovenfor, om at byggherren er kjent med prisvirkningen av endringspålegget. Et sentralt skille er imidlertid at spørsmål om kravets berettigelse beror på en objektivt vurdering, i motsetning til spørsmål om hva byggherren visste eller ikke visste, som beror på subjektive forhold.

Til illustrasjon for problemstillingen vises det til LH-2005-140477. Denne avgjørelsen er det redegjort for ovenfor, og det vises dermed dit for en fremstilling av sakens faktum. Underveis i prosjektet fremsatte entreprenøren en rekke krav. De fleste av disse ble ansett prekludert. For lagmannsretten sto imidlertid entreprenørens krav på fristforlengelse på grunnlag av konkurs hos en av byggherrens øvrige kontraktsforbindelser i en særstilling. Dette var helt klart innenfor byggherrens risikofære og det var således ingen tvil om at entreprenøren hadde rettslig adgang til fristforlengelse. På denne bakgrunn konkluderte lagmannsretten med at manglende varsling fra entreprenørens side skyldes at partene hadde en gjensidig oppfatning om at varsling var unødvendig, og således tilsidesatt disse på avtalerettslig grunnlag.

I dommen peker lagmannsretten dessuten på at preklusjon av entreprenørens krav ville ført til en urimelig kontrakt i strid med alminnelig rettsoppfatning, og således i strid med avtaleloven § 36. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor under punkt 7.2.

6.4 Passivitetsbetraktninger - NS 8405 punkt 8 tredje ledd

NS 8405 legger opp til et stramt kommunikasjonsregime mellom partene underveis i entreprisen. Både byggherren og entreprenøren pålegges strenge plikter for å oppnå dette, og mislighold kan ha vidtrekkende følger.

NS 8405 pkt. 8 tredje ledd er et slikt eksempel. Som vi så på under punkt 5.2, er det nok at byggherren ikke gjør gjeldende at det er varslet for sent «uten ugrunnet opphold» for at preklusjonsvirkningen skal falle bort. Dersom byggherren unnlater å varsle, «skal varselet eller svaret anses som gitt i tide»¹¹⁹. Regelen fører til at partene unngår en materiell drøftelse av kravets realitet i ettertid dersom fristen ikke overholdes.

¹¹⁷ Jf. NS 8405 punkt 22.2 første ledd

¹¹⁸ Jf. NS 8405 punkt 24.4

¹¹⁹ Jf. NS 8405 punkt 8 tredje ledd

NS 8405 pkt. 8 tredje ledd plasserer dermed risikoen hos den part som forholder seg passivt til sin varslingsplikt. Bestemmelsen er en kodifisering av alminnelige prinsipper om passivitet. Siden regelen gjelder både for byggherren og entreprenøren, kan det fort oppstå en «ping-pong-situasjon» hvor partene etter tur påberoper den annen parts forsinkede varsling.

I juridisk litteratur og rettspraksis er det antatt at fristen etter NS 8405 punkt 8 tredje ledd oversettes dersom byggherren inngir seg på en realitetsdrøftelse av kravets berettigelse.¹²⁰ Dette følger ikke direkte av ordlyden i kontrakten og må således bygge på betraktninger fra bakgrunnsretten.

I den alminnelige kontraktsretten er det utviklet et prinsipp om at materielle diskusjoner i stedet for en klar reklamasjonsinnsigelse generelt avskjærer retten til å påberope preklusive frister.¹²¹

Et eksempel fra rettspraksis som illustrerer anvendelse av prinsippet på entrepriserettens område, er LH-2013-95815. Saken gjaldt, som nevnt tidligere, sluttoppgjøret etter oppføringen av distribusjonslageret til ASKO Nord. Totalunderentreprenøren fremsatte en rekke krav overfor hovedentreprenøren, og ble blant annet møtt med innsigelser med henvisning til for sent fremsatte varsler underveis i prosjektet. I tilknytning til et av kravene uttalte lagmannsretten imidlertid følgende:

«Lagmannsretten bemerker at Installatøren ikke har varslet sitt krav om endring vedrørende kablingen til kjøle- og fryseanlegget uten ugrunnet opphold, slik NS 3406 punkt 33.3.1 forutsetter. Dette blir imidlertid ikke avgjørende på dette punkt, siden Consto gikk inn på en realitetsdrøftelse av kravet i e-posten av 18.11.2011 uten å gjøre gjeldende at det var varslet for sent.»

Domstolen tilsidesatt således en ellers berettiget preklusjonsinnsigelse fordi hovedentreprenøren hadde unnlatt å gjøre gjeldende denne virkningen. Man anser dermed deklarasjonsfrister som fraveket gjennom partens handlinger.¹²²

Tilsvarende resonnering lå bak lagmannsrettens konklusjon i LH-1998-00589. Saken gjaldt spørsmål om entreprenøren hadde krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse på grunn av

¹²⁰ Se blant annet Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 266

¹²¹ Se for eksempel Rt. 1960 s. 143 som gjaldt reklamasjon ved salg av fast eiendom. Selgeren ble avskåret fra å påberope den absolutte reklamasjonsfristen i avhendingsloven fordi han innledet en materiell diskusjon om kjøperens fremsatte krav.

¹²² Se Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004, s. 343

ekstraarbeider etter oppføring av spunkai på Engenes i Ibestad kommune. Lagmannsretten kom til at entreprenøren hadde inngitt seg på realitetsdrøftelser med byggherren, og at han dermed var avskåret krav på fristforlengelse. Retten drøftet først om entreprenørens spesifiserte varsel tilfredsstilte kravene i standardkontrakten NS 3430, og konkluderte med at det var tilfelle. På den bakgrunn slo domstolen fast at byggherrens svar var for sent fremsatt. Dette ble likevel ikke tillagt preklusiv virkning. Om dette uttalte lagmannsretten:

«Allerede dagen etter kommunens innsigelser mot Harstadbyggs krav, den 12. november, svarte Harstadbygg i et lengre brev hvor nær sagt samtlige anførsler som fremkommer i saken ble tatt opp, så nær som at det var reagert for sent etter NS 3430 pkt 17.5. Lagmannsretten viser til dette og den senere saksutvikling når det legges til grunn at adgangen til å påberope for sen reaksjon etter NS 3430 pkt 17.5 er tapt som følge av realitetsdrøftinger uten påberopelse av fristen.»

Avgjørelsen slår fast at innsigelser kan falle bort på grunnlag av prinsipper om realitetsdrøftelser.

Når det gjelder nærmere hva som kreves for at det foreligger en realitetsdrøftelse, er det anført i juridisk teori at det utvilsomt må ha skjedd en realitetsdrøftelse.¹²³ Fra rettspraksis er det ikke ansett tilstrekkelig for rettstap at debitor har avvist reklamasjonen som grunnløs, uten uttrykkelig å nevne at den var for sent fremsatt.¹²⁴ Tilsvarende vil debitor neppe være avskåret fra å gjøre gjeldende for sen reklamasjon dersom han først inntar et avvisende standpunkt og senere forsøker å fremforhandle et forlik.¹²⁵

Jeg går ikke videre inn på hva som kreves for at det foreligger en realitetsdrøftelse idet problemstillingens praktiske betydning er begrenset etter innføringen av punkt 8 tredje ledd.

6.5 Hensyn bak varslingsreglene som grunnlag for tilsidesettelse

De preklusive varslingsreglene som følger av NS 8405 og enkelte andre standardkontrakter, er positivrettslige og hviler på noen sentrale hensyn. Disse er gjennomgått over under punkt 4, og det vises dermed dit.

I rettspraksis ser vi at domstolene har unnlatt å anvende varslingsreglene dersom omstendighetene i saken ligger slik an at hensynene ikke slår til. Rettslig sett synes tilsidesettelsen å

¹²³ Se Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004, s. 343

¹²⁴ Jf. Rt. 1934 s. 740

¹²⁵ Se i denne retning Rt. 1922 s. 153

baseres på avtaletolkning med et innskrenkende tolkningsresultat i lys av hensyn bak regelsettet. Tanken synes å være at når grunnlaget for særreguleringen ikke er lenger tilstede, faller samtidig begrunnelsen for vernet bort. Adressatens interesse i å bli varslet anses i slike tilfeller ikke å være beskyttelsesverdig. En sentral dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2002-3890) er egnet til å illustrere problemstillingen. Saken gjaldt tvist ved sluttoppgjøret for Oslofjord-tunellen. I forbindelse med drivingen av tunnelen, ble det oppdaget en sone med løse grusmasser. For lagmannsretten gjaldt oppgjøret for tunneldrivingen gjennom løsmassesonen og en rekke konsekvenskrav i den forlengelse.

Blant utfordringene etter å ha avdekket løsmassene, var tilleggseffekten som oppsto ved at tunneldriverne og innredningsarbeiderne måtte arbeide sammen. Det utløste en smitteeffekt i form av krav på lønnsøkning fra de lavere lønnede innredningsarbeiderne. Samtidig måtte entreprenøren beholde nøkkelressurser for den senere drivingen gjennom løsmassesonen.

Når det gjaldt entreprenørens krav om tilleggsvederlag for økte lønnskostnader, kom første instans til at varsel om dette var fremsatt for sent fra entreprenørens side. Lagmannsretten mente imidlertid på sin side at det *«må ved bedømmelsen av vilkåret om at varselet skal sendes uten ugrunnet opphold ses hen til at ethvert varsel om et krav av denne type ikke ville stille SvOf overfor valgmuligheter.»* Byggherren ville ikke ha innflytelse på lønnsforhandlingene som pågikk i entreprenørselskapet.

Lagmannsretten mente med dette at byggherrens begrensede påvirkningsmulighet på lønnsforholdene hos entreprenøren innebar fravær av valgmuligheter. På denne bakgrunn unnlot domstolen å anvende varslingsreglene, ettersom et bærende hensyn bak disse nettopp er å ivareta byggherrens interesse i å fatte beslutninger i tilfeller hvor omstendighetene åpner for det.

Avgjørelsen viser at domstolene i visse tilfeller ser bort fra varslingsreglene, eller med andre ord tolker avtalen innskrenkende, dersom hensikten med reglene ikke oppnås dersom de anvendes. Dette kan ha en sammenheng med at regelsettet er meget strengt, og at preklusjon kan utsette en part for store økonomiske konsekvenser. I saker hvor det foretas en rekke endringer og oppstår mange uventede situasjoner, fremstår det dessuten nokså strengt å dømme en part for unnlatt varslingsreglene om konsekvenser som er byggherrens risiko og som han uansett ikke har mulighet til å påvirke omfanget av. På den annen side har byggherren fremdeles muligheten til å gjøre endringer andre steder i prosjektet. Dersom for eksempel grunnarbeidene blir dyrere enn antatt, kan man gjøre boligens boder enklere og billigere.

6.6 Avtalerevisjon

6.6.1 Rettslig perspektiv og generelle utgangspunkter

Avtalerevisjon kan skje på bakgrunn av ulike situasjoner. Det kan være forhold på avtaletidspunktet som gjør at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende, for eksempel omstendigheter avtaleloven § 33 retter seg mot eller det kan foreligge rene lojalitetsbrudd. Det typiske er at en av partene er kjent med forhold som gjør det uredelig å slutte avtale uten å adressere dette overfor medkontrahenten.

Interessant for denne drøftelsen, er derimot å se hen til forhold som oppstår etter avtaleslutningen. Ved tidspunktet for kontraktsinngåelsen, vil standardavtalen fremstå som en rimelig og balansert avveining av byggherrens og entreprenørens interesser. Det foreligger dermed ikke rettslig grunnlag for avtalesensur på grunnlag av omstendigheter ved slutningen.

Underveis i kontraktsavviklingen kan det imidlertid inntre forhold som skaper ubalanse mellom partene og som av den grunn gjør det urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre avtalen gjeldende, jf. avtaleloven § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Fremstillingen nedenfor vil ta for seg slike situasjoner og redegjøre for avgjørelser hvor domstolene har tilsidesatt varslingsreglene på grunnlag av avtaleloven § 36 og bristende forutsetninger, men særlig det første grunnlaget. Når det gjelder forholdet mellom regelsettene, kommer jeg tilbake til dette nedenfor, da det er relevant for forståelsen av temaet.

Rettsvirkningen av avtalerevisjon er ikke nødvendigvis at hele avtalen settes til side – dette hører til sjeldenhetene. Enten settes det urimelige vilkår til side på grunn av etterfølgende forhold, eller så sensureres det urimelige ved avtalevilkåret og endres til det mer rimelige, for eksempel prisen på en ytelse. Partene bindes dermed i realiteten av vilkår som de i utgangspunktet ikke har vedtatt, men som domstolene skaper. Det rettslige grunnlaget for domstolenes kompetanse til dette er avtaleloven § 36 første ledd, jf. ordlyden «*eller endres*».

Barbo skiller på sin side mellom generell og individuell tilsidesettelse. Ved generell tilsidesettelse avskjæres partene rett til å påberope varslingsreglene under hele kontraktsavviklingen. Med individuell tilsidesettelse menes derimot at kun en enkelt eller flere påberopelser av vilkåret gjøres virkningsløse.¹²⁶ Forfatteren viser til at hjemmelen for generell sensur følger av avtl. § 36 annet ledd og ordlyden «*avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse*», mens individuell tilsidesettelse har sin forankring i formuleringen «*senere*

¹²⁶ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 242

inntrådte forhold» og «*omstendighetene for øvrig*», jf. samme ledd. Sistnevnte form for sensur er følgelig anvendelig i tilfeller hvor partenes adferd og subjektive forhold begrunner dette. Slik gjennomgangen av rettspraksis nedenfor illustrerer, synes domstolene å anvende denne form for rimelighetssensur. Barbo mener dessuten at generell tilsidesettelse skal betydelig til, med henvisning til at standardkontrakten er inngått mellom profesjonelle parter og formodentlig er begge parter vel kjent med varslingsreglene. Videre er disse godt gjennomtenkt og tjener et aktverdig formål.¹²⁷

Historisk gjaldt læren om bristende forutsetninger før avtaleloven § 36 ble vedtatt. Denne læren ga hjemmel til å i utgangspunktet tilsidesette hele avtalen på grunnlag av en uventet kontraktsutvikling. Anvendelsen hadde dermed drastiske rettsvirkninger. For at domstolene skulle revidere, måtte avtalesensuren foregå basert på mer eller mindre skjulte tolkningsmetoder. Denne rettstilstanden utløste behov for en regel som både ga adgang til tilsidesettelse og revisjon, hvilket dannet grunnlaget for vedtakelsen av avtl. § 36.

Når det gjelder forholdet mellom forutsetningslæren og avtl. § 36, ble dette drøftet i forarbeidene.¹²⁸ Her legger departementet til grunn at anvendelsen av lempningsregelen ved etterfølgende forhold i stor utstrekningen vil måtte basere seg på innholdet av læren om bristende forutsetninger utviklet gjennom høyesterettspraksis. Det uttales at læren vil gi veiledning og være retningsgivende ved domstolenes praktisering av avtl. § 36.

Lovgivers uttalelse er etter min oppfatning ikke helt klar, men kan tas til inntekt for at avtl. § 36 skal brukes med varsomhet på inntrådte forhold etter avtaleslutningen og meningen er neppe at anvendelsesområde for læren om bristende forutsetninger skal utvides.¹²⁹

At læren om bristende forutsetninger skal anvendes på senere inntrådte, uventede forhold, fremfor avtaleloven § 36, har støtte i en sentral avgjørelse fra Høyesterett inntatt i Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebru). Saken gjaldt krav om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med uforutsette vansker under sveising av høyfast stål ved byggingen av en flytebro i stål. Entreprenøren fikk ikke medhold, da Høyesterett kom til at han var nærmest til å bære risikoen for at sveiseprosessen ble uventet komplisert og kostbar. Flertallet mente at det var mest nærliggende å anvende læren om bristende forutsetninger på spørsmålet, og pekte dessuten på at det er lite rom for avtalesensur etter avtaleloven § 36 på dette rettsområdet, hensett kontraktsforholdet art og partenes profesjonalitet.

¹²⁷ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 242

¹²⁸ Ot.prp.nr. 5 for 1982-83 s. 35

¹²⁹ Se i denne retning Rt. 1999 s. 500 (Periscopus)

Når det gjelder anvendelsen av avtaleloven § 36, må denne må knyttes til oppfyllelesstadiet. Avgjørende er om det vil virke urimelig å gjøre vilkåret gjeldende i det konkrete avtaleforholdet. Dermed må det sees hen til om de konkrete omstendigheter fører til en urimelig virkning, og ikke om kontraktsvilkåret generelt fremstår urimelig.¹³⁰

Dette leder over til spørsmålet om skal til før en avtale kan tilsidesettes eller revideres på grunnlag av avtl. § 36. Om dette spørsmålet foreligger det en bred katalog med rettspraksis. For dette formål fremstår det derimot lite tjenlig å foreta en omfattende redegjørelse for disse, foruten å peke på et par sentrale avgjørelser fra Høyesterett som et utgangspunkt for fremstillingen nedenfor.

I en dom inntatt i Rt. 2003 s. 1132 (Norrønafly), som gjaldt krav på forlengelse av feste-kontrakt mellom profesjonelle parter gjennom revisjon etter avtaleloven § 36, uttalte Høyesterett at:

Avtaleloven § 36 gir domstolene myndighet til helt eller delvis å sette til side en avtale når den på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for en part og til å endre avtalen for å avbøte fortsatt urimelighet. Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, jf. eksempelvis Rt-1999-922 flertallet på side 932 og Rt-2000-806 på side 816. Det er kontraktens samlede virkninger som skal vurderes. Ved bedømmelsen av om ett eller flere avtalte vilkår eller hele avtalen er kvalifisert urimelig, vil irregulær utvikling, endrede forutsetninger og de økonomiske virkninger for partene når krav om endring settes fram, være sentrale momenter i helhetsvurderingen”.

Avgjørelsen er av nokså nyere dato og bygger sin rettsforståelse basert på tidligere rettspraksis. Dommen danner derfor et godt bilde av gjeldende rett.

Høyesteretts oppfatning er altså at det kreves «svært meget» for å konstatere urimelighet etter avtaleloven § 36 i avtaleforhold mellom profesjonelle parter. Dette har særlig sammenheng med at kommersielle aktører antas å ha bred bevissthet knyttet til hvilke forpliktelsener de er bundet av, og at virksomheten tilrettelegges i tråd med dette. På den bakgrunn er det klare utgangspunkt at prinsippet om at avtaler skal holdes, står særlig sterkt i slike avtaleforhold.

Dette utgangspunktet har overføringsverdi på entreprisekontrakter, som nettopp gjelder rettsforholdet mellom profesjonelle aktører.

¹³⁰ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 242

Den videre fremstillingen består av en gjennomgang av rettspraksis hvor domstolene har tilsidesatt varslingsreglene under henvisning til at endrede forhold underveis i entreprisen har medført at det vil være urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre preklusjonsreglene gjeldende.

Dels vil vi se at rettspraksis krever at det skal en del til, og dels vil drøftelsen viser at domstolene ofte løser konflikten basert på andre regler, men samtidig peker på at avtl. § 36 vil lede til samme resultat. Dermed vil også slike avgjørelser som ikke direkte gjelder avtl. § 36 ha overføringsverdi.

6.6.2 Avtalerevisjon på grunnlag av avtaleloven paragraf 36

Når domstolene vurderer hvorvidt det er grunnlag for tilsidesettelse etter avtaleloven § 36, vurderes dette i lys av endrede forhold som har oppstått underveis i kontraktsforholdet. Det er sjelden tale om en gradvis utvikling mot noe urimelig, men konkrete omstendigheter i kjølvannet av en endringssituasjon som skaper ubalanse.

Utgangspunktet for vurderingen må være om totalbalansen i kontraktsforholdet er forrykket. Herunder må det først og fremst understrekes at preklusjon er noe entreprenøren prinsipielt kan unngå ved å ha kontroll på de administrative reglene i standarden. Dessuten er varslingsfristen relativ og har dermed litt slingringsmonn. Et alternativ til rimelighetssensur kan i denne sammenheng være å innrømme entreprenøren ytterligere fleksibilitet og på den måten anse ham for å ha varslet i tide, i stedet for å konkludere med det motsatte og deretter foreta en rimelighetsvurdering.¹³¹

I juridisk teori er det pekt på tilfeller hvor det kan være aktuelt å foreta urimelighetssensur. Helge Jakob Kolrud peker i sin kommentarutgave på situasjoner hvor byggherren har positiv kunnskap om forholdet som utløser krav på vederlagsjustering og fristforlengelse hvor det er utvilsomt at ansvaret påligger ham (her ser vi grensen til punkt 6.3.7 som nevnt ovenfor). I tilfeller som dette tar forfatteren til orde for at regelen i avtaleloven § 36 bør få anvendelse fordi en slavisk opprettholdelse av varslingsreglene vil stride mot den alminnelige rettsoppfatning.¹³² Mot dette står hensynet til å ikke uthule varslingsreglene, som jeg har kommentert tidligere i fremstillingen.

¹³¹ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 244

¹³² Helge Jakob Kolrud m.fl.: *Kommentarutgave til NS 3430*, Oslo 1992, side. 153

Forfatterens syn på problemstillingen ble lagt til grunn i LH-2005-140477. Saken gjaldt spørsmål om dagmulkt for forsinket ferdigstillelse. Entreprenøren anførte på sin side at han hadde krav på fristforlengelse basert på forhold som byggherren var ansvarlig for. Lagmannsretten kom imidlertid til at et eventuelt krav på dette i det vesentlige skulle anses tapt under henvisning til unnlatt varsling.

I saken hadde entreprenøren påberopt en rekke grunnlag for fristforlengelse. For de fleste av disse hadde han fremsatt et nøytralt varsel uten å følge dette opp med et spesifisert varsel som gav byggherren anledning til å vurdere kravet. Etter lagmannsrettens oppfatning hadde entreprenøren dermed ikke tilstrekkelig formidlet overfor byggherren hvilke forhold som dannet grunnlag for fristforlengelse. Det medførte at eventuelle krav på dette ble ansett prekludert.

Annerledes stilte det seg imidlertid for ett forhold. Underveis i byggearbeidet hadde en fasadeentreprenøren gått konkurs, og dette hadde skapt forsinkelse. Riktignok hadde entreprenøren verken sendt formelt varsel etter NS 3430, og det fremsto uklart hvilken konsekvens konkursen skulle ha for fremdriften. Likevel var dette forholdet en omstendighet som entreprenøren ikke var ansvarlig for. Selskapet hadde varslet byggherren så snart oppbudet var kjent, og «*formodet*» at dette fikk betydning for fremdriften.

Konkursen var utvilsomt innenfor byggherrens risikosfære. Lagmannsretten mente at de konkrete omstendighetene i saken gjorde at det må ha fremstått «*åpenbart for Tromsø kommune at det ville være urimelig og stride mot den alminnelige rettsoppfatning å avslå kravet fordi formelt krav om fristforlengelse ikke ble sendt*». Retten henviser i den forbindelse til Kolrud side 153.

Avgjørelsen illustrerer at byggherrens kunnskap om omstendighetene for kontraktsjusteringen kan være en relevant omstendighet for å begrunne tilsidesettelse etter avtaleloven § 36. Slik jeg leser dommen, foretar lagmannsretten ikke direkte avtalesensur, men bruker bestemmelsen som et tolkningsmoment. Domstolens tolkningsresultat blir at partene har avtalt seg bort fra varslingsreglene i konkurstilfellet basert på konkludent adferd eller gjensidig partsforståelse. På den måten unngår retten å anvende avtaleloven § 36 direkte ved først å konkludere med at varslingsreglene gjelder, for deretter å vurdere en slik avtale opp mot avtaleloven § 36. Resultatet blir at partenes forpliktelser har et innhold som ikke anses urimelig og i strid med alminnelig rettsoppfatning.

Slik jeg ser det, kunne spørsmålet også vært løst på grunnlag lojalitetsbetraktninger. I en situasjon hvor det er uomtvistelig hvem som har ansvaret for de inntrufne forhold, og partene har en gjensidig, underforstått enighet om hvordan dette skal løses, ville det, slik jeg oppfatter det, fremstått illojalt av byggherren å påberope misligholdt varslingsplikt og preklusjon av

entreprenørens krav på fristforlengelse og/eller vederlagsjustering. Ved vurderingen av om partene har forholdt seg lojale til hverandre, er det i rettspraksis tillagt betydning hvilken kunnskap partene sitter på, jf. ovenfor.

I en avgjørelse fra LB-2002-00570, som gjaldt tvist om det økonomiske oppgjøret etter at partene ble enige om å avslutte samarbeidet, tok Borgarting lagmannsrett stilling til om en rekke krav på vederlagsjustering for endrings- og tilleggsarbeider måtte prekluderes fordi de var for sent fremsatt, eller om varslingsreglene måtte tilsidesettes etter avtl. § 36.

Som et utgangspunkt for drøftelsen innledet retten med å peke på at:

«(...) vi står overfor to selskaper som har inngått en forretningsavtale i kjernen av den virksomhet de driver. I en slik situasjon skal det som utgangspunkt mye til for at det skal være grunnlag for avtalesensur.»

Deretter gikk domstolen over til en konkret vurdering av de enkelte krav. Underveis i entreprisen hadde entreprenøren varslet byggherren om de aktuelle forhold selskapet mente utløste krav på fristforlengelse. Krav på vederlagsjustering ble derimot ikke fremsatt før tre måneder etter at kravet oppsto. Lagmannsretten påpekte innledningsvis at dette tidsperspektivet innebar at kontraktens krav om varsel innen «*ugrunnet opphold*», ikke var oppfylt. Likevel mente domstolen at entreprenørens krav måtte gis medhold, og la i den forbindelse «*avgjørende vekt på at AF var vel kjent med undersprengningen, og at dette måtte få konsekvenser for betongarbeidet, og den avtalen som var inngått med SC. AF sende selv flere varsler til byggherren om forsinkelser og merutgifter på grunn av undersprengning og vanskelige topografiske forhold. Forholdet ble diskutert mellom AF og SC, og det ble gitt fristforlengelse. Etter rettens mening må det ha fremstått som åpenbart for AF at det ville bli fremmet et krav fra SC om dekning for merutgifter.*

For de øvrige kravene entreprenøren hadde fremsatt, kom lagmannsretten til at disse også måtte gis medhold under henvisning til det samme grunnlag.

Avgjørelsen illustrerer at det foreligger en konsistent rettsoppfatning om at positiv kjennskap hos byggherren om kravets berettigelse er omstendigheter som danner grunnlag for tilsidesettelse etter avtl. § 36. Viser i denne forbindelse til Hålogaland lagmannsrett i LH-2005-140477 og Kolruds uttalelse gjengitt ovenfor.

Slik jeg oppfatter dommene gjennomgått ovenfor, tar disse sikte på sensur hvor det for så vidt vektlegges subjektive forhold hos byggherren, men hvor det helt sentrale er hvem av partene som objektivt er ansvarlig for merutgiftene.

Barbo trekker på sin side frem tilfeller hvor subjektive elementer hos byggherren er den fremtredende begrunnelsen for rimelighetssensur. Han argumenterer for at dersom byggherren er bevisst på at han pålegger endringsarbeider uten å anvende skriftlig varsel, eller at han er positivt klar over forhold som gir entreprenøren krav på tilleggsvederlag, kan det betraktes som illojal bruk av varslingsregimet og kan gi grunnlag for anvendelse av avtl. § 36.¹³³ Forutsetningen synes å være at byggherren gjør dette bevisst for å unngå å måtte betale tilleggsvederlag eller innrømme entreprenøren fristforlengelse. Det fremtredende illojale element i slike tilfeller, er at byggherren forsøker å oppnå en uberettiget vinning ved å pålegge endringen i muntlig form i håp om at entreprenøren skulle glemme å fremsette krav på endringsordre. Slik utnyttelse av mulighetene preklusjonsreglene gir, er det liten grunn å legge til rette for.

Her må det imidlertid, slik jeg oppfatter Barbo, trekkes et skille mot tilfeller hvor byggherren ikke bevisst søker å oppnå en slik uberettiget gunstig posisjon, samt der han i og for seg tror eller mistenker at instruksene innebærer en endring. Underveis i et entrepriseprojekt vil det ofte forekomme en rekke presiseringer og spesifikasjoner i entreprenørens arbeidsbeskrivelse. Kanskje er disse innenfor byggherrens opsjonsmuligheter, slik at de dermed rettslig ikke innebærer en endring. Videre kan det være tale om endringer som derimot ikke gjør utslag i vederlaget eller fremdriftsplanen. Alternativt kan entreprenøren ønske ikke å kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse selv om det foreligger en egentlig endring, og han har krav på dette.

På denne bakgrunn kan det være behov for å posisjonere entreprenøren som en sentral for siling av de ulike ordre, og at han gis ansvaret for å vurdere hvilke instruksjoner som skal få virkning for kontraktsvederlaget og fremdriftsplanen. Entreprenøren vil, som nevnt tidligere i fremstilling, være nærmest til å ha kontroll over det arbeid som utføres, herunder oversikt over hva som innebærer en endring. Å tillegge ham denne kontrollmyndigheten innebærer dermed at byggherrens antagelser om instruksens rettslige betydning, nedtones, og at ansvaret for å sortere instruksene pålegges entreprenøren. Dette synes å ha støtte både i kontraktens systematikk og reelle hensyn. Sorteringsteknikken vil kunne innebære at papirarbeid og unødvendig kontraktsadministrativt arbeid, reduseres.

Konklusjonen må etter dette være at avgjørende for anvendelsen av § 36 på tilfeller som dette, beror på graden av illojalitet bak byggherrens taushet. Hvis byggherren bevisst søker etter å oppnå en uberettiget vinning, eller er klar over at entreprenørens manglende krav på endringsordre skyldes forglemmelse eller treghet, kan det være grunnlag for å vurdere avtalerevi-

¹³³ Se Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997, s. 244

sjon etter avtaleloven § 36. Ut over dette, bør det vises varsomhet med å fastslå urimelighet, særlig i tilfeller som skissert i drøftelsen ovenfor.

7 Rettspolitiske vurderinger

Som avhandlingen forhåpentligvis illustrerer, oppstiller varslingsreglene i NS 8405 et meget strengt formalistisk regime hvis manglende overholdelse kan medføre betydelige økonomiske virkninger for partene. Særlig tydelig er dette fordi marginene i landentreprise ofte er spesielt begrensede, og sprekker i budsjettet utsetter aktørene for stor konkurrisiko. Ved unnlatt varslings vil entreprenøren være prisgitt enten at byggherren innrømmer ham de krav som fremmes uten å påberope preklusjon, eller at domstolene gir ham medhold i tilsidesettelse av varslingsreglene. Sistnevnte vil kunne fremstå som en tung vei å gå. Manglende varslings er heller ikke nødvendigvis ensbetydende med at entreprenørens krav ikke er velbegrunnet og oversiktlig. På denne bakgrunn kan det være grunnlag for å vurdere om hvorvidt utviklingen i retning av et strengt varslingsystem som vi står overfor i dag, har gått for langt.

Under punkt 4 i fremstillingen gjennomgikk jeg hvilke hensyn reglene blant annet hviler på. Helt kort gjentas først og fremst hensynet til byggherrens behov for tidlig avklaring, valgmuligheter og kostnadskontroll. Videre vil skriftlighetskravet tjene som en sikring av bevis om hva som er varslet og om det faktisk foreligger kontraktsmessig varslings. Dette vil være nyttig dersom det oppstår tvist underveis i entreprisen, eller i forbindelse med sluttoppgjøret, som ofte kan være lenge etter endringsarbeidet ble pålagt og utført. Med andre ord foreligger mange gode grunner bak systemet.

Problemet synes å oppstå i mindre prosjekter uten egen kontraktsadministrasjon, og hvor det fremstår mer eller mindre «tilfeldig» hvilken kontrakt som er valgt. Dersom varslingsreglene i slike prosjekter skaper administrative utfordringer, er det en naturlig løsning at partene lar disse reglene ikke være en del av kontrakten. Alternativt finnes det andre standardkontrakter uten et tilsvarende strengt system, for eksempel NS 8406. Partenes muligheter til å unngå varslingsystemet, sammenholdt med hensynene bak regelsettet, gir derfor støtte for at disse fortsatt skal være en del av kontrakten.

Likevel ser man klare antydninger til at både praktikere og sentrale juridiske forfattere spør om utviklingen er gått i retning av en mer eller mindre ulevelig formalisme.

Det virker som dette ikke bare gjelder varslingsystemet, men også andre formalistiske og strenge kontraktsregler.

En gjennomgående innvending fra aktørene i bransjen er at reguleringen er for komplisert til at den ikke lar seg anvende i praksis, se nedenfor. Når det gjelder varslingsreglene, må aktørene ha kontroll både på hva som utløser plikt til å varsle, når plikten inntreffer, både rettslig og faktisk, hvilke mekanismer kontrakten iverksetter når varsling er fremsatt, herunder hvilke frister som gjelder og hvilken form for kommunikasjon som skal iverksettes. Denne nokså detaljerte reguleringen kan i mange prosjekter være vanskelig å ha oversikt over og overholde samtidig som kontraktsarbeidet skal utføres parallelt. For dette kreves en solid kontraktsadministrering, og særlig for mindre prosjekter er det ikke alltid ressurser til dette.

Et annet problem som trekkes frem, er at den strenge formalismen forurenser samarbeidsklimaet underveis i prosjektet og motvirker smidige løsninger i begge parter interesse. Man kan lett tenke seg at det vil kunne oppstå konflikt dersom byggherren med åpne øyne pålegger uformelle instruksjoner som i realiteten er endringsarbeider, i håp om at entreprenøren ikke avdekker dette før varslingsfristen er utløpt og samtlige krav på vederlag og/eller fristforlengelse er bortfalt. Entreprenøren vil i slike tilfeller riktignok kunne argumentere for tilsidesettelse av reglene, men det skal mye til å få medhold, og poenget er uansett at tvisten da er en realitet.

Dersom det allerede er oppstått et forurenset samarbeidsklima, kan det fort lede til rettslige tvister. Dette vil kunne ta lang tid, betinge involvering av egne ansatte og engasjement av rådgivere, samt at det kan virke hindrende på progresjonen i arbeidet. Alt dette opptar ressurser, og fokuset rettes fra det kontrakten handler om, nemlig bygge- og/eller anleggsarbeidet, til rettslige formaliteter.

Dette ble angitt som en sentral årsak til at Veidekke og AF Gruppen i mars i år valgte å trekke seg som tilbyder til konkurransen om entreprenørarbeider i forbindelse med innføringen av Follobanen til Oslo S. Veidekke måtte tre ut av konkurransen på grunn av det selskapet opplever som høyt konfliktnivå generelt i anleggsbransjen. Pågående rettstvister mot statlige byggherrer opptar selskapets ressurser, og uten tilgjengelig kapasitet til bruk på prosjektene, var selskapet nødt til å trekke seg som aktuell tilbyder.¹³⁴

Administrerende direktør i Leonhard Nilsen & Sønner AS, Frode Nilsen, peker også i sin artikkel¹³⁵ på unødvendige kostnadsøkninger på grunn av stadig flere konflikter som oppstår på byggeplassene. Det understrekes at uttalelsene gjelder konfliktnivået i bransjen generelt, og ikke nødvendigvis særskilt varslingsregimet. Han er negativ til at flere og flere uenigheter ikke løses ute i felten, men av domstolene, og slike tvister opptar ressurser og genererer store

¹³⁴ Kilde: <http://www.bygg.no/article/1229189>

¹³⁵ Se <http://www.bygg.no/article/1212183>

utgifter. Av den grunn savner han enklere tvisteløsningsmekanismer som ikke involverer rettssystemet. En såkalt oppmannsordning tilrettelegger riktignok NS 8405 for, men det gjelder ikke alle standardkontraktene. Nilsen mener slike konflikter kan være utslag av unødig kontraktsformalisme. Som vi har sett tidligere i fremstillingen, virker det som varslingsreglene særlig i mindre prosjekter oppleves unødvendig ettersom partene her finner det praktisk og oversiktlig med muntlig kommunikasjon, eller i alle fall et mindre formalistisk system enn det NS 8405 legger opp til. Likevel øyner enkelte aktører muligheten til å påberope misligholdte varslingsfrister, ettersom det kan være gunstig for budsjettet. I prosjekter hvor et stramt varslingsystem ikke har vært nødvendig, kan tvisten fremstå som et utslag av unødig kontraktsformalisme fordi reglene oppleves ikke å være tilpasset kontraktsarbeidets art og omfang.

Knut Kaasen, som har vært sentralt delaktig i utformingen av både fabrikkasjonskontraktene til bruk offshore og landentreprisekontraktene, mener at innvendingene mot kontraktsformalismen ikke har særlig tyngde i større prosjekter med profesjonelle aktører.¹³⁶ En begrunnelse for dette er, som vi har vært inne på, at slike prosjekter ofte er underlagt en solid administrasjon som håndterer og kontrollerer endringsmeldinger og vurderer om irregulære instruksjoner ligger innenfor eller utenfor kontraktsarbeidet. Dette er spesielt vanlig i offshore-entreprise, men også på større entrepriser på land. For disse prosjektene kan det virke som varslingsystemene i større grad virker etter sin hensikt, enn som en unødvendig konfliktskaper.

Han mener videre at aktørene bør unngå å tilsidesette varslingsystemet uten etter uttrykkelig gjensidig enighet. Kaasen hevder dette er uheldig fordi kontraktsmekanismer som ikke brukes vil virke som latente «feller», for eksempel ved at preklusjonsregler plutselig påberopes. Videre risikerer aktører som ikke anvender regime, og som heller ikke klarer å oppnå minnelige løsninger, å havne i et sluttoppgjør med store tall der hele prosjektarbeidet må rekapituleres. Dette genererer et voldsomt arbeid, binder ressurser og spiser av bunnlinjen.

Kaasen understreker at målet er å oppnå rimelig balanse mellom det teknisk, kommersielt og rettslig optimale og det kontraktsadministrativt mulige, det teknisk akseptable og det psykologisk levelige. Selv om dette kan være vanskelig å oppnå fordi den skal brukes i krevende kontraktsforhold, mener han utviklingen går i retning av at standardkontraktene blir mer og mer tilgjengelig, og dermed lettere å bruke, og at partene blir mer og mer fortrolige med systemet. Det kan føre til at barrierer mot å bruke dem sakte bygges ned.

¹³⁶ Fra offshore- og entrepriseseminar på Holmsbu 2008

8 Litteraturliste

8.1 Standardavtaler

Norsk Standard 8405:2008: Norsk bygge- og anleggskontrakt

Norsk Standard 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1. utgave 1991

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005 (NF 05)

Norsk Totalkontrakt 2005 (NTK 07)

8.2 Litteratur

Henry Ussing: *Enkelte Kontrakter*, 2. utgave, København 1946

Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, 1. utgave, Oslo 2014

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

Geir Woxholth: *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012

Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013

Tore Sandvik: *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966

Helge Jakob Kolrud m.fl.: *NS 8405 Kommentarutgave*, 1. utgave, Oslo 2004

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

Samuel Skrunes og Harald S. Kobbé: *På rett grunn*, 1. utgave, Oslo 2010

Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.): *"På rett grunn"*, Oslo 2010

Jo Hov og Alf Petter Høgberg: *Alminnelig avtalerett*, 1. utgave, Oslo 2009

Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004

Helge Jakob Kolrud m.fl.: *Kommentarutgave til NS 3430*, Oslo 1992

8.3 Lover

Lov om bustadoppføring av 13. juni 1997 nr. 43

Lov om voldgift av 14. juli 2004 nr. 25

Lov om avtaleslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4

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

8.4 Forarbeider

Ot.prp.nr. 5 for 1982-83 s. 35

8.5 Rettspraksis

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1922 s. 153

Rt. 1934 s. 740

Rt. 1960 s. 143

Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1999 s. 500

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2003 s. 1531

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 1981 s. 445

LE-1993-02338

LE-1996-00267

LH-1998-00589

LF-2001-00565

LB-2001-94307

LB-2001-03115

LB-2002-3890

LB-2002-00570

LH-2005-140477

LE-2006-00267

LB-2008-49504

LB-2009-52844

LH-2010-033528

LB-2010-27697

LB-2011-094307

LF-2012-183059

LH-2013-095815

8.6 Andre kilder

Aktiv HMS sine nettsider: <http://aktivhms.no/Byggeprosessen/Byggeprosessen.htm>

BFJR sine nettsider: <http://www.bfjr.no>

Byggeindustriens nettsider: <http://www.bygg.no/article/1229189>

Byggeindustriens nettsider: <http://www.bygg.no/article/1212183>

Forelesning av Knut Kaasen i forbindelse med offshore og entrepris-seminar Holmsbu 2008