

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tap av preklusjonsinnsigelse

En vurdering av reglene for bortfall av preklusjonsinnsigelser på avtalt og ulovfestet grunnlag i entreprisekontrakter

Kandidatnummer: 663

Leveringsfrist: 25. mai 2020

Antall ord: 17873



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Rettskildebildet	1
1.3	Begrepsavklaringer og avgrensning	3
1.4	Fremstillingen videre	4
2	REGELEN OM KONTRAVARSLING I NS 8405 PUNKT 8 TREDJE LEDD	5
2.1	Presentasjon av regelen.....	5
2.2	Virkeområde.....	6
2.3	Krav til varselet.....	9
2.3.1	Innholdskrav	9
2.3.2	Formkrav	10
2.4	Forsendelsesrisiko.....	13
2.5	Varslingsfristen	14
2.6	Konsekvenser ved unnlatt varsel.....	18
3	GIR KONTRAVARSLINGSREGELEN UTTRYKK FOR ET ALMINNELIG ENTREPRISERETTLIG PRINSIPP?	21
4	BORTFALL AV PREKLUSJONSINNSIGELSER PÅ ULOVFESTET GRUNNLAG	25
4.1	Presentasjon av problemstillingen	25
4.2	Den alminnelige læren om rettstap på grunnlag av passivitet	27
4.3	Ulovfestede passivitetsprinsipper anvendt på preklusjonsinnsigelser	30
4.4	Rettstap ved passivitet og annen konkludent adferd	35
4.5	«Læren om realitetsdrøftelser» anvendt på preklusjonsinnsigelser	38
4.6	Kort om muligheten for å oppstille en kontravarslingsregel i NS 8406	39
5	ENKELTE RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....	41
5.1	Gir regelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd uttrykk for en god regel?	41
5.2	Tvisteløsningsmekanismen	41
	KILDELISTE	44

1 Innledning

1.1 Tema

At en frist er preklusiv betyr at en retts- eller kravsposisjon forspilles hvis fristen ikke overholdes.¹ Lovgivningen inneholder preklusive regler flere steder, blant annet i reklamasjonsbestemmelser, i foreldelsesregler og i prosesslovgivningen. Avtalebestemt preklusjon er særlig utbredt i entreprise- og tilvirkningskontrakter. Flere av standardkontraktene for entreprise- og tilvirkningsprosjekter i bruk i Norge i dag oppstiller omfattende preklusive varslingsregler, så som NS 8405:2008² punkt 24 og 25, NS 8407:2011³ punkt 33 og 34 og NF 15⁴ og NTK 15⁵ artikkel 12 til 16.

Et spørsmål som har vært reist er om man må gjøre preklusjon gjeldende innen visse frister. Lovgivningen angir normalt ikke regler for når og hvordan preklusjon må påberopes for at preklusjonsinnsigelsen skal være i behold. Rettspraksis har imidlertid utviklet en lære om at reklamasjonsinnsigelser kan tapes på bakgrunn av ulovfestede passivitetsprinsipper og konkludent adferd.

I entrepriseretten derimot, har man etter hvert fått en tradisjon for å regulere dette. De moderne standardkontraktene har inntatt regler som angir at mottaker av et varsel plikter å gjøre gjeldende at det er varslet for sent innen en knapp frist. Vi finner eksempler på slike regler i NS 8405 punkt 8 tredje ledd, NS 8407 punkt 5 tredje ledd, og i NF 15 og NTK 15 artikkel 16.2 fjerde punktum. Slike reguleringer forekommer også i utenlandske og internasjonale kontraktsstandarder.⁶

Problemstillingen som skal drøftes i avhandlingen er om, og i tilfelle på hvilke vilkår, en preklusjonsinnsigelse kan falle bort i entrepriseretten. Analysen tar utgangspunkt i den avtalte regelen om dette i NS 8405 punkt 8 tredje ledd, før jeg deretter går over til å se om denne regelen kommer til uttrykk i mer alminnelige regler.

1.2 Rettskildebildet

Entrepriseretten kan kategoriseres ulikt. En måte å kategorisere på er å skille mellom forbrukerentreprise og entreprise mellom næringsdrivende. Oppgaven avgrenses mot det førstnev-

¹ Krüger (1999) s. 554.

² Alle referanser til NS 8405 *Norsk bygge- og anleggskontrakt* i denne teksten viser til NS 8405:2008, hvis det ikke gjøres oppmerksom på noe annet. Heretter kun «NS 8405».

³ Alle referanser til NS 8407 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser* i denne teksten viser til NS 8407:2011. Heretter kun «NS 8407».

⁴ Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015. Heretter kun «NF 15».

⁵ Norsk Totalkontrakt 2015. Heretter kun «NTK 15».

⁶ Se for eksempel FIDIC Silver Book Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects 2nd edition (heretter kun FIDIC Silver Book) og FIDIC Red Book Conditions of Contracts for Construction 2nd edition (heretter kun FIDIC Red Book) clause 20.2.2 «Initial response».

te. Jeg tar utgangspunkt i entrepriseretten som gjelder mellom næringsdrivende. Denne delen av entrepriseretten er ikke lovregulert. På forbrukerrettens område er det to lover som omhandler entreprise, bustadoppføringslova⁷ og håndverkertjenesteloven.⁸ Forbrukerentrepriselovene kodifiserer i stor grad den ulovfestede entrepriseretten, og det kan derfor være relevant å se hen til lovbestemmelsene i forbrukerentrepriselovene. Forskjellene mellom forbrukerentreprise og næringsentreprise begrunnes som regel i forbrukerhensyn. Forbrukerentrepriselovene oppstiller derimot i liten grad preklusive regler,⁹ og inneholder ingen kontravarslingsregler. Jeg kan heller ikke se at behovet for kontravarslingsregler har vært drøftet i forarbeidene der det er gitt preklusive regler.¹⁰ Det er derfor lite lovarbeid å støtte seg på ved behandlingen av dette emnet.

Standardkontraktene for entreprise utgitt av Norsk Standard har hatt stor betydning for forståelsen av entrepriseretten der partene er profesjonelle. Standardkontraktene er utarbeidet av representanter fra bransjeorganisasjoner for både entreprenør og byggherre («agreed documents»¹¹). Entreprisestandardene utgitt av Norsk Standard har stor oppslutning i Norge og har derfor en særlig posisjon som rettskilde på entrepriserettens område.¹²

Som nevnt ovenfor tar jeg utgangspunkt i NS 8405 punkt 8 tredje ledd i drøftelsen, men store deler av redegjørelsen for bestemmelsen i NS 8405 er også relevant for tilsvarende bestemmelse i NS 8407. Jeg vil derfor også se hen til NS 8407 og kilder som knytter seg til denne standarden. Offshorestandardene NF 15 og NTK 15, samt de internasjonale standardene FIDIC Silver Book og FIDIC Red Book, inneholder også en avtalt kontravarslingsregel og vises til i noen grad.

Ved drøftelsen av hva som skal til for at en preklusjonsinnsigelse skal falle bort etter bakgrunnsretten, er NS 8401¹³ og NS 8406¹⁴ også relevante, da disse standardene ikke inneholder en regulering av preklusjonsinnsigelsen. Relevant rettspraksis omhandler dessuten forgjengeren til NS 8405 – NS 3430¹⁵ – og jeg kommer også til å vise til denne standarden.

⁷ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

⁸ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere [håndverkertjenesteloven].

⁹ To relevante preklusive bestemmelser i forbrukerentrepriselovgivningen er bustadoppføringslova § 11 fjerde ledd om tilleggsvederlag, og § 48 tredje ledd om sluttoppstilling.

¹⁰ NOU 1992:9 s. 65 og 98, Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s. 52 og 78.

¹¹ Krüger (1989) s. 457.

¹² Dette er lagt til grunn av Høyesterett siden Rt-1967-1248.

¹³ Alle referanser til NS 8401 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag* i denne teksten viser til NS 8401:2010. Heretter kun «NS 8401».

¹⁴ Alle referanser til NS 8406 *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt* i denne teksten viser til NS 8406:2009. Heretter kun «NS 8406».

¹⁵ Alle referanser til NS 3430 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* i denne teksten viser til NS 3430:1994. Heretter kun «NS 3430».

Det finnes mye underrettspraksis på entrepriserettens område, og jeg gjør bruk av dommer fra lagmannsrettene og tingrettene, i den utstrekning de anses relevante. Rettskildevekten av underrettspraksis er ikke spesielt stor, men det er en relevant rettskilde, og viser hvordan domstolene har anvendt rettsreglene jeg drøfter på konkrete tvister. Etter hvert har vi også fått mer Høyesterettspraksis på entrepriserettens område, og jeg vil vise til denne der det er relevant.

Av juridisk teori er det utgitt flere kommentarutgaver til entreprisstandardene som beskriver hvordan standardkontraktens bestemmelser er forstått i praksis. Denne teorien blir ofte referert i rettspraksis. Jeg kommer til å vise til mye av denne teorien i fremstillingen.

Av generell entrepriserettslig litteratur er tilfanget mindre. Hagstrøm og Bruserud har en fellesbehandling av en del relevante emner fra 2014. Av spesiell interesse for problemstillingen i denne oppgaven er særlig Jan Einar Barbos doktoravhandling fra 1997, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Barbo drøfter nettopp de spørsmålene som er temaet for avhandlingen i del 4.

Entrepriseretten er en spesiell kontraktsrett, slik at rettspraksis og teori fra den alminnelige kontraktsretten også er relevant. For oppgavens problemstilling er det særlig praksis og teori knyttet til tap av reklamasjonsinnsigelser som er relevant. For spørsmålet har en artikkel av Erik Monsen i *Jussens Venner* fra 2010, «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser» hatt stor innflytelse på underrettspraksis de siste ti årene. En avgjørelse som gjør bruk av argumentasjonen til Monsen vedrørende tap av reklamasjonsinnsigelser er sluppet inn til behandling i Høyesterett i år.¹⁶ Jeg kommer nærmere tilbake til denne argumentasjonen i del 4.

1.3 Begrepsavklaringer og avgrensning

Med begrepet «preklusjonsinnsigelse» sikter jeg til en påstand om at det er varslet for sent med den følge at et krav er prekludert. Med begrepet «reklamasjonsinnsigelse» sikter jeg til en påstand om at det er reklamert for sent.¹⁷

Med uttrykket tap av preklusjonsinnsigelser sikter jeg til det dobbelte negative – at en rett til å avskjære motpartens krav som prekludert har gått tapt. Egne varslingsfrister for å gjøre preklusjonsinnsigelser gjeldende er regulert i mange av de moderne standardkontraktene. Som nevnt finnes slike i NS 8405 punkt 8 tredje ledd og NS 8407 punkt 5 tredje ledd. Denne reguleringen blir noen ganger omtalt som «kontravarslingsregelen». Begrepet fungerer som et koblingsord mellom vilkårene og rettsvirkningene. For å lette omtalen vil jeg gjøre bruk av denne betegnelsen i det følgende.

¹⁶ LE-2018-187163 henvist i beslutning HR-2020-104-U.

¹⁷ Slik også Monsen (2010) s. 193 flg.

Det er oftest entreprenøren som setter frem et varsel om fristforlengelse og vederlagsjustering etter NS 8405, fordi entreprenøren får krav på kompensasjon dersom kontraktsgjennomføringen blir rammet av en risikohendelse utenfor entreprenørens egen risikofære. Reglene om fristforlengelse og vederlagsjustering oppstiller imidlertid også svarplikter for byggherren. Dersom byggherren ikke svarer på et spesifisert varsel fra entreprenøren uten ugrunnet opphold taper han retten til å gjøre innsigelser gjeldende mot entreprenørens krav.¹⁸ I de fleste tilfellene er det derfor byggherren som har grunn til å reagere på et for sent fremsatt varsel, og entreprenøren som har grunn til å reagere på et for sent fremsatt svar. I det følgende vil jeg bruke partsnøytrale begrep som «part» og «motpart» for å favne om begge scenarioer.

Avtalte fristregler kan også foranledige bevisbyrdebetraktninger og gi opphav til erstatningskrav, som et alternativ til at de tolkes absolutt preklusive.¹⁹ Jeg vil i noen grad behandle problemstillingen for varslingsbestemmelsene som kontravarslingsregelen kommer til anvendelse på, men i det følgende avgrenses det mot å drøfte bevisbyrde og erstatning som konsekvenser av overtredelse av kontravarslingsregelen selv.²⁰

Avtalte preklusive frister gjelder ved siden av lovbestemte foreldelsesregler. Når vi snakker om tap av en preklusjonsinnsigelse er det den alminnelige foreldelsesfristen for det underliggende materielle kravet som setter rammen for passiviteten, jf. foreldelsesloven²¹ § 1. Avhandlingen avgrenses mot foreldelse i sin helhet.

1.4 Fremstillingen videre

Som presentert innledningsgivs vil jeg ta utgangspunkt i den konkrete kontravarslingsregelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd. De ulike aspektene ved denne regelen vil bli gjennomgått i del 2.

Deretter stilles det spørsmål om regelen kan sies å ha blitt en del av den alminnelige entrepriseretten. Denne problemstillingen behandles i del 3.

Deretter ses det på om kontravarsling kan bygge på mer alminnelige passivitetsbetraktninger og lojalitetshensyn i del 4. Her blir det først sett på om en preklusjonsinnsigelse kan falle bort som følge av passivitet, deretter som følge av en kombinasjon av passivitet og aktivitet fra rettighetshavers side, ofte omtalt under merkelappen «realitetsdrøftelser».

Til slutt, i del 5, vil jeg komme med noen rettspolitiske betraktninger om kontravarslingsregelen.

¹⁸ Se NS 8405 punkt 24.7 og 25.5.

¹⁹ Krüger (1999) s. 554.

²⁰ Se Monsen (2010) s. 203 for noen betraktninger om sistnevnte.

²¹ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

2 Regelen om kontravarsling i NS 8405 punkt 8 tredje ledd

2.1 Presentasjon av regelen

I de moderne standardkontraktene innen entrepriseretten er det tatt inn særlige regler om tap av preklusjonsinnsigelse. I NS 8405 punkt 8 tredje ledd har den fått følgende ordlyd:

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

Bestemmelsen var ny i NS 8405:2004.²² NS 3430 inneholdt ikke en tilsvarende bestemmelse. I kommentarutgaven til NS 8405 kommenter Hans Jakob Kolrud, formann for komitéen som utarbeidet NS 8405:2004, vedtakelsen av punkt 8 tredje ledd: «Ved denne regelen er det skapt en forutberegnelighet i forhold til slike innsigelser, som man tidligere kunne savne.»²³ Litt senere uttales det: «Det var under NS 3430 ingen bestemmelse om når partene kunne gjøre gjeldende at slik frist var oversittet. Dette medførte at innsigelsen etter omstendighetene først ble fremsatt så sent som under sluttoppgjørbehandlingen.»²⁴

Som det fremgår var noe av bakgrunnen for å innta regelen å unngå at preklusjon ble påberopt så sent som ved sluttoppgjøret. Videre skulle regelen skape forutberegnelighet for om preklusjon kom til å bli påberopt.

Det kan være gode grunner for å kreve at partene gjør hverandre oppmerksom på at de akter å påberope preklusjon på et tidlig stadie i kontraktsforholdet. Dersom preklusjon først påberopes ved sluttoppgjøret, får preklusjonsreglene mer karakter av å være «sovende trusler», istedenfor de styringsverktøyene de er ment å være. Formålet med preklusjonsreglene er å bidra til å avklare uenigheter og belyse ukjente risikomomenter underveis i kontraktsavviklingen, slik at byggherren kan beholde kontrollen over prosjektets rammer.²⁵ Dersom preklusjon ikke påberopes løpende mister preklusjonsreglene denne virkningen.

Hensynet til lojalitet, og det særlige samarbeidsforholdet i langvarige kontraktsforhold, tilsier videre at partene bør gjøre hverandre oppmerksom på at man oppfatter motpartens krav som bortfalt, slik at motparten får mulighet til å innrette seg deretter. Hensynet til kontradiksjon, og muligheten til å fremskaffe tidsnære bevis, ivaretas også best dersom partene blir konfrontert med preklusjon tidlig.

²² Kolrud (2004) s. 77.

²³ Kolrud (2004) s. 78.

²⁴ Kolrud (2004) s. 81.

²⁵ Kaasen (2009) s. 53 flg.

Domstolene har også i visse tilfeller anerkjent at preklusjonsreglene kan falle bort ved partenes manglende håndhevelse av reglene.²⁶ For denne grunn er det viktig å gjøre motparten tidlig oppmerksom på at man akter å gjennomføre kontraktens formalistiske bestemmelser.

Kontravarslingsregelen i NS 8405 ivaretar etter min mening en rekke viktige hensyn i entreprisekontrakten. Men det kan samtidig stilles spørsmål ved om regelen, med den utformingen den har fått, er for streng. Preklusjonsinnsigelser må gjøres gjeldende «uten ugrunnet opphold». Dette kan etter omstendighetene være en meget knapp frist. Dersom preklusjonsinnsigelserne regelmessig faller bort, kan det føre til at varslingsreglene mister sin effekt. Man kan stille spørsmål ved om kontravarslingsregelen til en viss grad undergraver de hensynene den er ment å ivareta. Dette spørsmålet kommer jeg noe mer tilbake til i del 5.

I det videre vil jeg redegjøre for de ulike aspektene ved NS 8405 punkt 8 tredje ledd og drøfte det nærmere innholdet i regelens elementer.

2.2 Virkeområde

Kontravarslingsregelen får etter sin ordlyd anvendelse på «*varsel*» og «*svar*» som fremsettes i standarden. Reguleringen må ses i sammenheng med punkt 8 første ledd som fastsetter et skriftlighetskrav for alle «*varsler og krav og svar på disse som skal meddeles etter bestemmelsene i kontrakten*». Det er alminnelig antatt at begrepet omfatter alle meldinger som skal sendes etter standarden, også de som betegnes som annet enn varsel og svar.²⁷ Kontravarslingsregelen har et like vidt anvendelsesområde som skriftlighetskravet etter første ledd på grunn av sin plassering i tredje ledd. I det følgende vil jeg for enkelthets skyld bruke begrepet «*varsel*» om alle varsler, krav og svar som kontravarslingsregelen får anvendelse på.

Det kan spørres om kontravarslingsregelen også kommer til anvendelse «*på seg selv*». Rent språklig omfattes også kontravarsel etter punkt 8 tredje ledd av begrepet «*varsler og svar*».

Borgarting lagmannsrett tok stilling til spørsmålet i LB-2017-177705. Retten fant at byggherren hadde påberopt preklusjon for sent jf. NS 8407 punkt 5 tredje ledd. Byggherren anførte imidlertid at entreprenøren hadde tapt sin rett til å påberope at preklusjonsinnsigelsen var tapt, fordi han ikke hadde gjort dette gjeldende overfor byggherren «uten ugrunnet opphold». Lagmannsretten fant at anførselen ikke kunne føre frem. Dersom kontravarslingsregelen var ment å komme til anvendelse på selve kontravarslingen, måtte dette ha fremgått uttrykkelig, etter lagmannsrettens syn. Jeg er enig i lagmannsrettens vurdering. Avgjørelsen illustrerer imidlertid at regelen slik den er utformet ikke løser uenighet knyttet til selve preklusjonen.

²⁶ Se blant annet LB-2001-3116, LE-2008-48886, og LF-2012-183059.

²⁷ Marthinussen (2016) s. 95 og Kolrud (2004) s. 78.

Dette kan ses på som en svakhet ved reguleringen. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i del 5.

Kontravarslingsregelens anvendelsesområde er først og fremst på de varsler i NS 8405 som oppstiller en preklusiv frist. De fleste varslingspliktene som inngår i reguleringen av entreprenørens krav på fristforlengelse og vederlagsjustering i punkt 24 og 25 regulerer eksplisitt den preklusive virkningen. Se for eksempel NS 8405 punkt 24.4 siste ledd om nøytralt krav på fristforlengelse: «*Krav (...) tapes dersom det ikke varsles innen utløpet av fristen.*»

NS 8405 inneholder også noen varslingsbestemmelser som ikke er gjort preklusive. Dette er for eksempel punkt 18.2 andre ledd, som bestemmer at «*Entreprenøren skal uten ugrunnet opphold varsle byggherren dersom det oppstår eller vil kunne oppstå avvik av betydning i forhold til gjeldende fremdriftsplan.*» Neste setning bestemmer at entreprenøren må fremsette krav etter punkt 24 og 25 dersom han ønsker å kreve fristforlengelse og vederlagsjustering på grunn av forsinkelsen. Det følger av sammenhengen at mislighold av varslingsplikten i punkt 18.2 andre ledd ikke alene fører til preklusjon.

Når en varslingsregel ikke er gjort preklusiv er den tradisjonelt ansett som en handlingsregel som kan medføre et selvstendig erstatningsansvar ved overtredelse.²⁸ Når konsekvensen av overtredelse ikke er preklusjon, vil det heller ikke være behov for å påberope at det er varslet for sent, jf. punkt 8 tredje ledd.

Noen varslingsregler i NS 8405 oppstiller det som kan omtales som «delvis preklusive» regler. Punkt 24.6 og punkt 25.4 regulerer plikten til å spesifisere og begrunne et krav på henholdsvis fristforlengelse og vederlagsjustering. Dersom spesifisert varsel ikke sendes innen fristen, vil parten bare ha krav på slik fristforlengelse eller vederlagsjustering «*som den andre parten måtte forstå at han hadde krav på*». En liknende regulering finner vi også i punkt 25.7.3 som regulerer en parts plikt til å varsle et krav om justering av enhetspriser. Unnlates varselet får parten bare krav på «*slik justering av enhetsprisen som den andre parten måtte forstå at forholdet ville føre til*». Krav som varsles etter disse bestemmelsene kan altså ikke tapes for den delen som den andre parten «måtte forstå» at han hadde krav på. Regelen må forstås slik at preklusjonen kun rammer det overskytende.

En reservasjon må gjøres for de tilfellene hvor en part setter fram et krav hvor den andre parten overhodet ikke «måtte forstå» at det kom til å oppstå et krav. Ettersom reglene om spesifiserte varsler skal settes frem etter et forutgående nøytralt varsel hvor den andre parten gjøres oppmerksom på hvilken hendelse som har inntrådt, fremstår imidlertid ikke slike scenarier som veldig sannsynlige.

²⁸ Marthinussen og Giverholt (2010) s. 306.

Et eksempel kan tenkes hvor entreprenøren varsler om at det vil kreves fristforlengelse etter punkt 24.4 fordi byggherren har krevd at bygget skal males med en annen farge enn kontraktdokumentene forutsatte. Entreprenøren krever så 14 dagers fristforlengelse jf. punkt 24.6 fordi leveringen av den nye malingen tok to uker. Byggherren vil etter omstendighetene kunne avskjære hele entreprenørens krav på fristforlengelse dersom det ble varslet for sent etter punkt 24.6, fordi å bytte farge normalt ikke fører til at malejobben tar lenger tid. 14 dagers forsinkelse var ikke en konsekvens byggherren «måtte forstå» kom til å være tilfellet.

I teorien er det fremhevet at varslingsreglene som gjør unntak for det den andre parten «måtte forstå» i realiteten får virkning som en bevisbyrderegel.²⁹ Dersom det spesifiserte varselet er inngitt for sent må parten godtgjøre hvor stor fristforlengelse eller tilleggsvederlag den andre parten «måtte forstå» ville bli tilfellet. Ordlyden «måtte forstå» gir videre anvisning på en streng aktsomhetsvurdering, hvor partenes profesjonalitet må vektlegges.³⁰ Som en følge vil parten ordinært ha krav på den fristforlengelsen eller vederlagsjusteringen han kan bevise var konsekvensen av den risikobegivenheten som har inntrådt, så lenge det ligger innenfor det man normalt kan forvente.

Til slutt kan det bemerkes at NS 8407 punkt 5 tredje ledd er nesten identisk med reguleringen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd, med et unntak. Kontravarslingsregelen i NS 8407 gjør eksplisitt unntak for krav, og for forespørsler etter punkt 40.4, som fremsettes «*for første gang i eller i forbindelse med sluttoppgjøret.*» Det kan spørres om tilsvarende unntak må innfortolkes i NS 8405.

Forespørsler etter NS 8407 punkt 40.4 er forespørsler fra entreprenør til byggherren om han vil benytte sin rett til å kreve dagmulkt på en dagmulktbelagt frist. Svarer ikke byggherren bekreftende uten ugrunnet opphold, taper han sin rett til å kreve dagmulkt. Vi finner omtrent samme regel i NS 8405 punkt 34.4. I likhet med kontravarslingsregelen for krav i NS 8405 punkt 8 tredje ledd, kan varslingsplikten for dagmulkt i punkt 34.4 føre til at byggherren taper et krav dersom han ikke reagerer uten ugrunnet opphold.

Formålet med å gjøre unntak fra disse reglene for krav og forespørsler som settes frem «for første gang» i forbindelse med sluttoppgjøret må være at krav som ikke fremsettes i forbindelse med sluttoppgjøret uansett prekluderes ved den absolutte fristen «to måneder fra overtakelsen», jf. punkt 33.1 første ledd. Tilsvarende prekluderes byggherrens innsigelser to måneder etter mottatt sluttoppgjør, jf. punkt 33.2 første ledd. Det kan tenkes at det kan oppstå kryssninger dersom både en relativ frist og en absolutt frist for preklusjon gjelder ved siden av

²⁹ Marthinussen (2016) s. 365, Nordtvedt (2013) s. 496.

³⁰ Nordtvedt (2013) s. 496. Se også Hagstrøm (2011) s. 162 flg. om skyldkravet i kunnskapsvurderinger.

hverandre.³¹ At partene sannsynligvis ikke har samme behov for rask avklaring av uenigheter ved sluttoppgjøret som underveis i kontraktsavviklingen er også et relevant hensyn.³²

Unntaket fra plikten til å påberope preklusjon i NS 8407 punkt 5 tredje ledd begrenser seg naturlig nok for krav og forespørsler etter 40.4 som settes fram «for første gang» i forbindelse med sluttoppgjøret. Krav som har blitt fremsatt på et tidligere tidspunkt prekluderes dersom de ikke fremmes uten ugrunnet opphold, og det følger av kontravarslingsregelen at preklusjonsinnsigelsen er tapt dersom den ikke er fremmet uten ugrunnet opphold. Krav som er prekludert før sluttoppgjøret er tapt, og kan ikke fremmes på nytt i sluttoppgjøret.³³

En tolkning av punkt 33.1 fjerde ledd, jf. første ledd taler etter min oppfatning for at krav som fremmes for første gang i forbindelse med sluttoppgjøret i NS 8405 ikke prekluderes før fristen for å sende inn sluttoppstillingen er ute. Dette følger forutsetningsvis av punkt 33.1 første ledd siste punktum, som bestemmer at innsendt sluttoppstilling kan korrigeres inntil fristens utløp, sammenholdt med fjerde ledd, som angir at alle krav som ikke er tatt med innen fristen tapes. Når krav som fremmes for første gang i forbindelse med sluttoppgjøret ikke kan prekluderes før en absolutt frist, er det ikke behov for å pålegge byggherren en plikt til å påberope preklusjon for disse kravene. Dette kan tolkes som en spesialbestemmelse som gjør unntak fra den generelle bestemmelsen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd.³⁴

Samlet taler dette for at NS 8405 punkt 8 tredje ledd må tolkes innskrenkende, slik at det oppstilles et unntak for krav, og forespørsler etter punkt 34.4, som settes frem for første gang i forbindelse med sluttoppgjøret.

2.3 Krav til varselet

2.3.1 Innholdskrav

NS 8405 punkt 8 tredje ledd gir få holdepunkter for hvilke krav som stilles til innholdet i varselet, kun at det skal «gjøre[s] gjeldende at den andre parten har varslet eller svart for sent». Der kravet til varselet ikke følger av bestemmelsen, må det innfortolkes. HR-2020-228-A er et eksempel på at Høyesterett måtte fastlegge hvilke krav som stilles til en varslingsbestemmelse. Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden, tolket den i lys av formålet med bestemmelsen,

³¹ Slik også Nordtvedt (2013) s. 102.

³² Nordtvedt (2013) s. 102.

³³ Slik også Kaasen (2018) s. 553 om tilsvarende regel i NTK 15.

³⁴ Av interesse kan merkes at tilsvarende bestemmelse i NS 8407 punkt 39.1 første ledd har fjernet muligheten til å korrigere sluttoppgjøret inntil fristens utløp. Unntaket fra preklusjonsbestemmelsen i punkt 5 tredje ledd følger derfor etter min mening ikke forutsetningsvis av ordlyden i punkt 39.1, men det er uten betydning når unntaket er tatt direkte inn i punkt 5 tredje ledd siste punktum.

og så hen til sammenhengen i standardens system.³⁵ Vi kan bruke Høyesteretts metode som forbilde for å fastlegge innholdskravet i kontravarslingsregelen.

Ordlyden er som nevnt veldig knapp. At en part må «gjøre gjeldende at den andre parten har varslet eller svart for sent» tyder på at parten må gjøre det klart overfor den andre parten at han anser motpartens krav for prekludert. Kravet til varselet må dessuten fastlegges på bakgrunn av konteksten det skal sendes i. Her er konteksten svært enkel. Det er kun to alternativer som er gyldige; enten er det varslet tidsnok eller for sent. Det skal derfor trolig lite til for at kravet er oppfylt.

Rettspraksis som omhandler kravene til nøytral reklamasjon etter bakgrunnsretten vil kunne gi en pekepinn på hvilket meningsinnhold som kreves. Avgjørelsen i Rt-2012-1779 *Victocor* er sentral. Høyesterett fant at en parts henvendelser vedrørende mangler ikke oppfylte kravene til nøytral reklamasjon.³⁶ Reklamerende part hadde blant annet ikke fulgt reklamasjonsprosedyren som var etablert mellom partene, og kommunikasjonen fremsto mer som et innlegg i en pågående diskusjons- og problemløsningsfase.³⁷ Samlet sett gav ikke kommunikasjonen mot-takeren tydelig nok beskjed om at reklamasjon ble gjort gjeldende.

På bakgrunn av dette kan vi trekke konklusjonen at varsel etter NS 8405 punkt 8 tredje ledd må være egnet til å gjøre det klart overfor motparten at varslende part har tatt det standpunkt at hans krav er prekludert. Dersom varselet ikke oppfyller innholdskravet i varselet, anses det for å ikke være gitt.³⁸

2.3.2 Formkrav

Når det gjelder hvilke formkrav som stilles til varselet, bestemmer punkt 8 tredje ledd uttrykkelig at varsel skal settes frem «skriftlig». Bestemmelsen er viktig fordi den regulerer når et kontravarsel etter bestemmelsen har rettsvirkning.

For det første kan vi på bakgrunn av ordlyden slutte at varsel gitt i brevs form har rettsvirkning. De nærmere reglene om skriftlighetskravet er inntatt i punkt 8 første og andre ledd.

I tillegg til et generelt skriftlighetskrav, bestemmer punkt 8 første ledd at varsler skal fremsettes til partenes representanter, som utpekes i samsvar med punkt 6, eller til avtalte adresser. Standarden forutsetter altså at personlig overrekkelse av varsler oppfyller skriftlighetskravet, i

³⁵ HR-2020-228-A (62).

³⁶ Rt-2012-1779 (73). At avgjørelsen er relevant for fastsettelsen av innholdskravet til nøytralt varsel etter entreprisstandardene er blant annet lagt til grunn i LA-2017-194079.

³⁷ Rt-2012-1779 (70-72).

³⁸ Se LE-2019-78862 for et eksempel på at varsel om fristforlengelse etter NS 8407 punkt 33.4 ikke ble ansett for å være gitt fordi entreprenørens skriftlige kommunikasjonen ikke oppfylte innholdskravet.

tillegg til brev sendt til avtalte adresser. Kolrud kommenterer at det må antas at telefaks og endog håndskrevne notater også kan oppfylle skriftlighetskravet.³⁹

Skriftlighetskravet i første ledd får etter sin ordlyd anvendelse på alle varsler i standarden, inkludert varsler etter tredje ledd. Mange av de øvrige varslingsbestemmelsene i standarden inneholder også et eget skriftlighetskrav, slik at det gjelder et dobbelt skriftlighetskrav for mange av bestemmelsene i standarden. Forfatterne av kommentarutgavene antar at det dobbelte skriftlighetskravet ikke har en rettslig betydning, men er inntatt av pedagogiske hensyn og fungerer dermed som en påminnelse for partene.⁴⁰

Punkt 8 andre ledd bestemmer at varsel og krav som er innført i byggemøtereferater anses som skriftlige. Det er en praktisk viktig regel. Andre ledd bestemmer dessuten at varsel og krav gitt ved elektronisk kommunikasjon bare anses som skriftlige dersom det er avtalt.

I NS 8407 punkt 5 første ledd er det tatt et mer liberalt utgangspunkt med hensyn til elektronisk kommunikasjon. Bestemmelsen angir at varsler og krav gitt ved «*e-post til avtalt adresse*» regnes som skriftlig hvis ikke annet er avtalt. NS 8407 er noe nyere enn NS 8405. Den ble utgitt i 2011, mens siste utgave av NS 8405 er fra 2008. Regelen i NS 8407 kan derfor sees på som et uttrykk for rettsutviklingen.

I praksis er avtale om elektronisk varsling heller hovedregelen enn unntaket etter NS 8405. Dersom partene innretter seg på at varsler gitt elektronisk oppfylder skriftlighetskravet vil det også etter omstendighetene kunne føre til at dette anses som avtalt mellom partene.⁴¹

Det kan spørres om skriftlighetskravet i tredje ledd er en gyldighetsregel eller en bevisregel. Sagt på en annen måte, hva er konsekvensene dersom skriftlighetskravet brytes? Dersom det kan bevises at meldingen har kommet frem til riktig vedkommende, får et slikt varsel rettsvirkninger, eller er skriftlighetskravet absolutt?

Tidligere ble varslingsregler ansett som «ordensforskrifter» og bevisregler, fremfor preklusive frister i entrepriseretten.⁴² NS 3401, som ble avløst av NS 3430 i 1991, oppstilte ikke noe skriftlighetskrav for varsler, og regulerte ikke konsekvensene av unnlatt varsel. Varsel etter standarden var ansett for å være en selvstendig handleplikt som kunne sanksjoneres med erstatningsansvar dersom den var misligholdt, men ble ikke ansett som et vilkår for å gjøre gjeldende krav.⁴³ Varsel ble videre ansett unødvendig der motparten hadde kunnskap om forholdet det skulle varsles om.⁴⁴

³⁹ Kolrud (2004) s. 79.

⁴⁰ Se Kolrud (2004) s. 79, Marthinussen (2016) s. 94, Nordtvedt (2013) s. 97.

⁴¹ Marthinussen (2016) s. 95.

⁴² Se Sandvik (1966) s. 354 flg.

⁴³ Sandvik (1977) s. 90.

⁴⁴ Sandvik (1977) s. 89.

At kunnskap hos motpart unntar fra varslingsplikt er for øvrig en naturlig følge av at varsel kun anses som en handleplikt. Dersom motparten har kunnskap om forholdet han skulle ha blitt varslet om, vil det ikke være årsakssammenheng mellom et eventuelt tap som oppstår og den misligholdte varslingsplikten.

Skriftlighetskravet for varsler ble introdusert i NS 3430, forgjengeren til NS 8405. I kommentarutgaven til NS 3430 skriver Kolrud at hensynet til å kunne dokumentere hva som har skjedd når det senere oppstår uenighet eller tvist om sluttoppgjøret var avgjørende for å innta et krav om skriftlighet.⁴⁵ Som en konsekvens av skriftlighetskravet, hevder Kolrud, kan den part som har rett på en skriftlig melding nekte å innrette seg etter muntlig kommunikasjon fra den annen part.⁴⁶ At skriftlighetskravet i NS 8405 skal tolkes på samme måte er lagt til grunn i kommentarutgavene.⁴⁷

Ordlyden i NS 8405 punkt 8 tredje ledd tilsier utvetydig at skriftlighetskravet er en forutsetning for å gjøre gjeldende at motparten har varslet for sent. Det taler for å anse skriftlighetskravet som et gyldighetsvilkår.

Det som kunne tale for å tolke regelen annerledes, er at varselet som skal gis etter tredje ledd har et binært innhold. Det er ikke snakk om å varsle om en risikobegivenhet som har inntruffet, eller spesifisere og begrunne et krav om vederlagsjustering. Det eneste meningsinnholdet som skal kommuniseres er en oppfatning av at den annen part har varslet for sent. En så enkel beskjed kunne rimeligvis vært kommunisert muntlig.

Bevishensyn tilsier imidlertid med styrke at skriftlighetskravet anses som et gyldighetskrav der det anføres at en part har varslet muntlig. Muntlige varsler kan sjelden bevises på en fullgod måte, især der varselet blir fremsatt i en komplisert byggeprosess, i et mylder av varsler og begivenheter, årevis før en sluttoppgjørsbehandling. Å åpne opp for å godta muntlige varsler kan videre føre til en del usikkerhet ved praktiseringen av varslingsreglene.

Dersom situasjonen isteden er at en part har fremsatt en preklusjonsinnsigelse på e-post til rett adressat, men hvor partene ikke har avtalt elektronisk kommunikasjon, bør utgangspunktet etter min mening være annerledes.

Reelle hensyn taler for at en preklusjonsinnsigelse varslet på e-post likevel tillegges rettsvirkninger. En e-post er sporbar og datostemplet. Varsler fremsatt på e-post kan etter omstendighetene utgjøre enda mer pålitelig dokumentasjon enn brevkommunikasjon, såfremt e-postene blir arkivert på en oversiktlig og trygg måte.

⁴⁵ Kolrud (1992) s. 361.

⁴⁶ Kolrud (1992) s. 362.

⁴⁷ Kolrud (2004) s. 80, Marthinussen (2016) s. 95.

Det som taler for å ta skriftlighetskravet på ordet er særlig hensynet til at regelen skal være enkel og håndterbar. Reelle hensyn, og den generelle rettsutviklingen, taler i min mening imidlertid for at e-poster til rett adressat også bør anses for å ha rettsvirkning etter bestemmelsen. Skriftlighetskravet bør først og fremst ha en side til muntlige varsler, for der har regelen en klar funksjon. Når det derimot gjelder elektronisk kommunikasjon, virker et skriftlighetskrav som aksepterer brev, telefaks og håndskrevne notater, men ikke e-post, utpreget gammeldags. En slik streng tolkning av skriftlighetskravet er videre ikke tilpasset virkeligheten i bransjen og vil kunne føre til urimelige resultater. At reguleringen i NS 8407 tar et annet utgangspunkt støtter denne konklusjonen, og viser videre at det er adgang til å differensiere et avvik fra skriftlighetskravet for henholdsvis muntlige og elektroniske varsler.

Dersom skriftlighetskravet ikke skal oppfattes som et gyldighetskrav for elektronisk kommunikasjon, kan man isteden spørre om avviket fra det avtalte vilkåret bør få en betydning for forsendelsesrisikoen. Som det vil fremgå av drøftelsen under, finner jeg at utgangspunktet i NS 8405 er at mottaker har forsendelsesrisikoen der varsler er forsvarelig avsendt.

Dersom konsekvensen av å fravike skriftlighetskravet fører til at avsender får forsendelsesrisikoen, vil det bety at avsender får risikoen for at det uregelmessige varselet kommer til mottakers kunnskap. Dersom e-posten med preklusjonsinnsigelsen for eksempel skulle sette seg fast i mottakers spamfilter, vil vi kunne finne at avsender ikke har oppfylt sin varslingsplikt, selv om han kan bevise at e-posten er sendt. Dette betyr at å bryte skriftlighetskravet medfører noen konsekvenser. Etter min mening kan det ha gode grunner for seg å flytte forsendelsesrisikoen slik fra mottaker til avsender, der vi tillater avsender å bryte skriftlighetskravet.

2.4 Forsendelsesrisiko

NS 8405 inneholder ikke regler om hvem av partene som har forsendelsesrisikoen for et varsel. Forsendelsesrisiko forstås gjerne som risikoen for at et varsel går tapt etter at det er avsendt, men før det blir mottatt av adressaten. Når løsningen ikke er regulert i standarden, er det relevant å se hen til hvordan forsendelsesrisikoen er regulert i bakgrunnsretten.

I kommentarutgaven til NS 8407 påpeker Nordtvedt m.fl. at forsendelsesrisiko typisk bestemmes av en meldings rettslige karakteristikk, og at det også må være tilfellet etter entreprisstandarden.⁴⁸ En melding med løftevirkninger, som tar sikte på å skape en rett for mottaker og en plikt for avsender, får først anvendelse når den kommer til mottakers kunnskap, jf. § 7 i avtaleloven.⁴⁹ Et rettsbevarende utsagn får virkning når det er avgitt på forsvarlig måte, jf. avtaleloven § 40. Kontraktslovene har valgt samme regulering som avtaleloven § 40 for mel-

⁴⁸ Nordtvedt (2013) s. 98 flg.

⁴⁹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven].

dinge som skal sendes i samsvar med loven, se blant annet kjøpsloven⁵⁰ § 82, håndverkertjenesteloven § 4, og bustadoppføringslova § 5.⁵¹

En preklusjonsinnsigelse etter punkt 8 tredje ledd kan best beskrives som et rettsbevarende utsagn. På samme måte som en reklamasjon, skal preklusjonsinnsigelsen ivareta avsenders rett til å påberope et forhold.⁵² Gode grunner taler for å legge til grunn løsningen i avtaleloven § 40.⁵³

Vilkåret for at en part har oppfylt sin varslingsplikt etter punkt 8 tredje ledd er dermed at varselet er forsvarlig avgitt. Spesifikasjonene i punkt 8 andre ledd om at varsel må være sendt til utpekte adressater eller avtalte adresser, kan sies å stille øvrige vilkår til hva som anses som en forsvarlig avsendelse av varselet, og bidrar til å snevre inn området for mottakers risiko.

2.5 Varslingsfristen

Det er to elementer som er viktige ved vurderingen om en part har varslet for sent; fristens utgangspunkt og fristens lengde.

Punkt 8 tredje ledd bestemmer at det skal varsles «*etter å ha mottatt varsel eller svar*». Det kan spørres om det er tilstrekkelig at varselet er forsvarlig avsendt for at det skal anses «mottatt», jf. drøftelsen om forsendelsesrisikoen over. At mottaker av et varsel har forsendelsesrisikoen betyr imidlertid ikke annet enn at avsender har oppfylt sin varslingsplikt dersom det blir forsvarlig avsendt innen fristen. Det er ikke det samme som at varselet er mottatt. Det må kreves at varselet faktisk har kommet fram til mottaker, for at varslingsfristen i tredje ledd skal begynne å løpe.

Det kan også spørres om varselet må ha kommet til partens kunnskap for at fristen skal begynne å løpe, eller om det er tilstrekkelig at varselet er kommet fram til hans adresse. Det må legges til grunn at dersom varselet har blitt levert til mottakers postkasse eller e-postserver, så er det «mottatt» i henhold til bestemmelsen. Det er mottakers risiko å sørge for å sjekke posten sin ofte nok til å fange opp et varsel til å tidsnok gjøre gjeldende at det er varslet for sent.⁵⁴

Dette spørsmålet kom på spissen i LE-2019-4810, hvor spørsmålet var om innsigelser til slutt-faktura var fremsatt innen fristen, etter «mottakelsen» av sluttoppstillingen. Kontrakten var regulert av NS 8406, men lagmannsrettens tolkning er også relevant for tolkningen av «mottatt» i NS 8405. Sluttoppstilling var sendt til kommunens fakturamottak, slik partene hadde avtalt. Det tok imidlertid noe tid før sluttoppstillingen nådde fram til rette vedkommende hos

⁵⁰ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp [kjøpsloven].

⁵¹ Løsningen er den samme i avhendingslova § 2-8, forbrukerkjøpsloven § 4 og husleieloven § 1-5.

⁵² Se Monsen (2010) s. 148 som karakteriserer reklamasjon som et rettsbevarende utsagn.

⁵³ Slik også Marthinussen (2016) s. 94.

⁵⁴ Slik også Nordtvedt (2013) s. 458.

kommunen. Retten fant at det at «kommunens rutiner medførte at det eventuelt tok tid før [byggeleder] fikk fakturaen på sitt bord, er i denne sammenhengen kommunens risiko.»

Varslingsfristen etter punkt 8 tredje ledd er «uten ugrunnet opphold». Dette er en mye brukt relativ varslingsfrist i entreprisekontraktene, og gjelder for alle de preklusive varslingspliktene i NS 8405 og NS 8407. «Uten ugrunnet opphold» er generelt holdt for å være en strengere frist enn «innen rimelig tid» som vi finner i NS 8406 og i reklamasjonsbestemmelsene i kontraktslovene.⁵⁵

En ordlydsfortolkning av bestemmelsen tilsier at det er kun det oppholdet som kan begrunnes som kan gi en utsettelse av fristen.⁵⁶ Det må i utgangspunktet legges til grunn at fristen krever at det skal varsles umiddelbart, og enhver forsinkelse må være begrunnet.⁵⁷ Dette gir anvisning på en meget knapp frist. At fristregelen er relativ betyr videre at den må bedømmes konkret. Det er flere momenter som er relevante ved fastleggelsen av fristens lengde, blant annet kontraktsforholdets art, partene, og hvor lang tid det tar å klarlegge grunnlaget for kravet.

I næringsentrepriser må det normalt forutsettes at partene er profesjonelle aktører med en profesjonell kontraktsadministrasjon og generelt reagerer raskt på varsler.⁵⁸ For kontravarslingsregelen vil det dessuten måtte legges til grunn at partene ikke behøver lang tid til å ta stilling til kravet.⁵⁹ Det eneste parten som vil påberope preklusjon behøver å ta stilling til er om det er varslet for sent eller ikke. Det er ikke behov for vanskelige undersøkelser av underliggende ansvarsforhold.

I Rt-2009-160 *Stryn Energi* la Høyesterett til grunn at undersøkelser av ansvarsforhold kunne føre til en utsettelse av fristens utgangspunkt. Etter min mening bør nødvendige undersøkelser av ansvarsforholdene også hensyntas ved fastleggelsen av fristens lengde der fristens utgangspunkt ligger fast. Dette synes også forutsatt av Hagstrøm og Bruserud: «Den tid entreprenøren må ha for å sette seg inn i forholdene (...) vil dermed regelmessig måtte sies å være begrunnet (...).»⁶⁰

I prinsippet bør det alltid minst tillates at det går noen dager slik at kravet som er mottatt rekker å bli behandlet av partens kontraktsadministrasjon, som presumptivt også har andre gjøremål.⁶¹ Noe særlig lenger enn dette vil etter min mening vanskelig kunne aksepteres å være «uten ugrunnet opphold» for kontravarsling etter tredje ledd, slik fristregelen skal forstås.

⁵⁵ Se blant annet kjøpsloven § 32, avhendingslova § 4-19, håndverkertjenesteloven § 22, bustadoppføringslova § 30. Se også Rt-2010-103 *Kistebakkane* om forståelsen av «innen rimelig tid» etter avhendingslova.

⁵⁶ Slik også Barbo (1997) s. 216.

⁵⁷ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 267.

⁵⁸ Slik også Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 267.

⁵⁹ Slik også Marthinussen (2016) s. 97.

⁶⁰ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 267.

⁶¹ Slik også Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 267.

Kolrud tar imidlertid til orde for at der preklusjonsinnsigelsen settes frem sammen med en materiell innsigelse, bør fristen for preklusjonsinnsigelsen være den samme som for det «tilhørende» materielle spørsmålet.⁶² Marthinussen er uenig med denne tolkningen.⁶³ For min del mener jeg det er gode grunner for å legge Kolruds mer romslige tilnærming til grunn. Fristen for å påberope preklusjon er ellers strengere enn det som er formålstjenlig etter min mening. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i del 5 under.

En naturlig konsekvens av at det skal varsles «uten ugrunnet opphold» etter punkt 8 tredje ledd, er at en part som fremmer materielle innsigelser til et krav, men unnlater å fremme en preklusjonsinnsigelse i samme varsel, normalt er avskåret fra å fremsette preklusjonsinnsigelsen på et senere tidspunkt. Det faktum at han har svart på varselet viser at han kunne fremmet preklusjonsinnsigelsen på et tidligere tidspunkt, slik at en senere fremsatt preklusjonsinnsigelse ikke er varslet «uten ugrunnet opphold».

Dette var også resultatet i LB-2017-177705, som gjaldt oppføring av et kombinert næringsbygg og badeanlegg med leilighetsseksjoner på Røa. Lagmannsretten fant at entreprenøren hadde fremmet et spesifisert varsel om fristforlengelse etter NS 8407 punkt 33.6.1 for sent. Byggherren på sin side svarte på det spesifiserte varselet fire dager etter at han mottok det. I svaret avviste byggherren at det var grunnlag for kravet, men han gjorde ikke gjeldende at det var prekludert. Preklusjonsinnsigelsen ble først fremmet fire og en halv måned senere. Lagmannsretten fant at dette ikke var «uten ugrunnet opphold», og preklusjonsinnsigelsen var følgelig tapt jf. NS 8407 punkt 5 tredje ledd. Retten fant at når byggherren hadde fremsatt materielle innsigelser fire dager etter at han mottok varselet, viste det at han «allerede da hadde rikelig anledning til å påberope for sen varsling».

Et problem ved anvendelsen av kontravarslingsregelen, slik jeg ser det, er at en part som vil gjøre gjeldende at det er varslet for sent, sjeldent vil kjenne alle relevante faktorer ved fastsettelsen av varslingsfristen for motpartens varsel. Hvordan kan en part vite at det er varslet for sent, når han ikke vet om motparten kan vise til saklige grunner for bedømmelsen av fristens lengde?

For noen typer krav finner vi veiledning i standarden. Nøytrale varsler om fristforlengelse og vederlagsjustering etter punkt 24.4 og 25.3 er forutsatt fremsatt så snart som mulig, selv om ikke alle forhold er avklarte. At det nøytrale kravet skal følges opp med et spesifisert varsel underbygger denne tolkningen.

De nøytrale kravene er viktige for at byggherren skal ha mulighet til å utøve sin styringsrett. Dersom entreprenøren for eksempel oppdager problemer med grunnforholdene som overstiger det entreprenøren «hadde grunn til å regne med» jf. punkt 19.3, kan han få krav på fristfor-

⁶² Kolrud (2004) s. 82.

⁶³ Marthinussen (2016) s. 97.

lengelse og vederlagsjustering jf. punkt 24 og 25. Dersom det viser seg at problemene er så omfangsrige at det vil vesentlig fordyre arbeidet, kan dette føre til at byggherren får behov for å nedskalere prosjektet. Det kan imidlertid ta lang tid før entreprenøren får oversikt over konsekvensene ved de uventede grunnforholdene, og i mellomtiden går prosjektet sin gang. Jo raskere byggherren får varselet om problemene med grunnen, jo bedre muligheter har han til å ta beslutninger som kan ivareta hans interesser i prosjektet. Det kan for eksempel tenkes at en veitrasé må legges om for å spare kostnader. Disse hensynene tilsier at «uten ugrunnet opphold» må utgjøre et kortere tidsrom ved nøytralt varsel om fristforlengelse og vederlagsjustering enn ved det spesifiserte varselet.

Jeg vil anta at parter med mye erfaring fra næringsentrepriser etter hvert vil utvikle en forståelse for hva slags frist som er «vanlig» for ulike typer krav. Selv om aktører i næringsentreprisen nok kjenner til hva slags tidsintervall som normalt anses som tidsnok for ulike kategorier varsler, skal fristen «uten ugrunnet opphold» fastsettes på bakgrunn av momentene i hvert enkelt tilfelle. Det er nok sjelden slik at en part har komplett oversikt over når den annen part fikk nok kunnskap til at varslingsfristen begynte å løpe og alle forhold som påvirket fristens lengde.

For å være på den sikre siden hender det derfor at byggherrer regelmessig påberoper preklusjon etter punkt 8 tredje ledd når de mottar et varsel, uten å ta stilling til hva varslingsfristen i det aktuelle tilfellet er. Ved slik varsling *en masse* er byggherren i det minste sikret at hans preklusjonsinnsigelse er i behold til sluttoppgjøret. Dersom entreprenøren kan begrunne tidsintervallet fram til det ble varslet, fører heller ikke byggherrens påberopelse av preklusjon til at entreprenørens krav tapes. Slik ukritisk påberopelse av preklusjon kan imidlertid oppleves konfliktskapende og bidrar til å undergrave formålet med preklusjonsreglene. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i del 5 under.

Det kan også spørres hvordan fristregelen skal tolkes dersom parten først på et senere tidspunkt får greie på at det første varselet ikke var fremsatt uten ugrunnet opphold. Etter ordlyden starter fristen å løpe når kravet blir «mottatt», slik at fristens utgangspunkt ligger fast selv om parten får kunnskap på et senere tidspunkt. Det kan imidlertid spørres om manglende kjennskap til at varselet var for sent fremsatt kan utgjøre et «grunnet opphold», slik at det hensyntas ved beregning av fristen.

Jeg er mer usikker på hva løsningen blir her. Et relevant moment vil kunne være hvor lang tid det går fra varselet blir mottatt til parten får kunnskap om at varselet egentlig var forsinket. Dersom parten som varslet for sent har fabrikkert grunner for å varsle sent, vil det uansett kunne sanksjoneres. Det må imidlertid antas at dette ikke er en særlig praktisk problemstilling.

2.6 Konsekvenser ved unnlatt varsel

Konsekvensen av at en part unnlater å varsle i medhold av bestemmelsen, er at «*varslet eller svaret anses som gitt i tide*». Dette er ensbetydende med at preklusjonsinnsigelsen faller bort. Regelen oppstiller således en uttrykkelig preklusiv virkning for preklusjonsinnsigelsen dersom den ikke fremsettes formriktig,⁶⁴ oppfyller innholdskravet til varselet, og gjøres gjeldende innen fristen.

Unnlatt varsel etter tredje ledd påvirker i utgangspunktet ikke de underliggende materielle kravene. Parten som ikke reagerer i tide mister sin rett til å avskjære motpartens krav på prosessuelt grunnlag, men vurderingen av hvor lang fristforlengelse, eller hvor stort tilleggsvederlag en part har krav på, skal avgjøres på bakgrunn av realiteten. Det gjelder imidlertid et unntak fra dette utgangspunktet som etter omstendighetene kan få stor betydning.

Når et varsel blir fremsatt for sent, utløser det normalt ikke motpartens svarplikt.⁶⁵ Se for eksempel punkt 24.7 om partenes svarplikt etter å ha mottatt spesifisert krav på fristforlengelse:

«Den parten som mottar krav på fristforlengelse, skal svare uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt et spesifisert og begrunnet krav, jf. 24.6. Innsigelser mot kravet tapes dersom de ikke fremsettes innen fristen.»

Bestemmelsen angir at svarpliktens frist starter å løpet etter at parten mottar et krav «jf. 24.6». Svarplikten henviser til en annen bestemmelse, og det er naturlig å tolke dette som at vilkårene i bestemmelsen det vises til må være oppfylt for å utløse svarplikten.⁶⁶ Et av vilkårene i punkt 24.6 er at det spesifiserte varselet på fristforlengelse må fremsettes «uten ugrunnet opphold».

Når det spesifiserte varselet er fremsatt for sent, utløses altså i utgangspunktet ikke svarplikten i punkt 24.7. Men dersom motparten ikke «uten ugrunnet opphold» gir melding om at varselet etter 24.6 er fremsatt for sent, skal det «anses som gitt i tide» jf. punkt 8 tredje ledd. Dersom motparten både unnlater å påberope preklusjon og å fremme innsigelser jf. punkt 24.7, blir virkningen at innsigelsene mot kravet tapes. At innsigelsene er for sent fremsatt må imidlertid også gjøres gjeldende uten ugrunnet opphold av den andre parten.

For både spesifisert varsel om fristforlengelse og vederlagskrav etter NS 8405 er konsekvensen av manglende varsel at partens krav blir redusert til det den andre parten «måtte forstå» at

⁶⁴ Med det forbeholdet at et elektronisk fremsatt varsel kan anses å oppfylle skriftlighetskravet, jf. drøftelsen i punkt 2.3.2.

⁶⁵ Gode grunner kan imidlertid tale for at mottaker av et ikke formriktig varsel gitt i tide får en varslingsplikt begrunnet i lojalitetshensyn. Etter omstendighetene vil man kunne få en enda sterkere oppfordring til å reagere på varselet dersom det er klart at motparten ikke selv er klar over at varselet ikke er formriktig. Se også dette punkt 2.6 om rettsmisbruk.

⁶⁶ Slik også Marthinussen (2016) s. 399, Nordtvedt (2013) s. 499.

han hadde krav på, jf. ovenfor under punkt 2.2. Konsekvensene ved å ikke påberope preklusjon av et for sent fremsatt spesifisert krav fører dermed til at parten som varslet for sent, får hele kravet sitt, ikke bare det den andre parten «måtte forstå». I de fleste tilfeller er kanskje ikke forskjellen mellom disse to størrelsene så stor hensett til det strenge aktsomhetskravet som må legges til grunn. Dersom kravet som ble fremsatt langt overstiger det motparten «måtte forstå», vil parten som ikke påberopte preklusjon kunne lide et tap.

Det kan spørres hva som blir resultatet dersom en part varsler et materielt uberettiget krav. Vi kan for eksempel se for oss at en entreprenør varsler et klart uberettiget krav om vederlagsjustering etter NS 8405 punkt 25.3. Det gjelder ikke noen svarplikt for det nøytrale varselet, så byggherren er ikke forpliktet til å svare på det for å beholde sin rettsposisjon. Entreprenøren fremsetter så et spesifisert krav på vederlagsjustering jf. punkt 25.4. Byggherren formidler kanskje muntlig at kravet er uberettiget, men unnlater å fremsette formriktige innsigelser etter punkt 25.5 eller påberope preklusjon i medhold av punkt 8 tredje ledd. Som redegjort for ovenfor er følgen da at byggherren taper sine innsigelser til kravet jf. punkt 25.5.

Det kan spørres om standarden virkelig skal forstås på denne måten. Kan entreprenøren på denne måten binde byggherren til å betale et tilleggsvederlag som overhodet ikke har rot i realiteten? En isolert ordlydsfortolkning kan tyde på det. At en part som ikke reagerer innen den svært knappe fristen «uten ugrunnet opphold» ved mottakelsen av et for sent fremsatt varsel, står i fare for å tape enhver innsigelse mot kravet, fremstår som dramatisk. Det gjelder i enda større grad der kravet er materielt uberettiget. En slik virkning fremstår som lite begrunnet og vil etter omstendighetene kunne gi parten som fremsetter kravet en tilfeldig fordel.

Standarden kan imidlertid ikke leses i et vakuum. Dersom entreprenøren fremsetter et klart uberettiget krav, og senere forsøker å låse byggherren til den rundsum han krever, ved å påberope at byggherrens innsigelser er tapt jf. punkt 8 tredje ledd, må det anses som en illojal rettsbruk av entreprenøren. Etter omstendighetene vil entreprenørens påberopelse av kontravarslingsregelen i dette tilfellet kunne anses som misbruk av rett.⁶⁷

Rettsmisbruk kjennetegnes ved at rettigheten som påberopes er formelt sett korrekt, men den konkrete utøvelsen er illojal og gir utøveren en tilfeldig fordel.⁶⁸ Rettsmisbruk antas videre å innbefattes av avtaleloven § 36,⁶⁹ slik at preklusjonsbestemmelsen kan revideres for misbrukstilfellet.

⁶⁷ Evald (2001) s. 264.

⁶⁸ Evald (2001) s. 264. Evald definerer rettsmisbruk slik: «*Rettsmisbrug er karakteriseret ved, at rettighedshaverens beskrivelse af retsfakta er korrekt eller loyal. Reelt er retsudøvelsen dog uretmæssig eller illoyal, da rettighedshaveren forsøger at opnå en utilsigtet fordel.*»

⁶⁹ Hagstrøm (2011) s. 317.

Denne tolkningen støttes av en uttalelse av Kolrud i kommentarutgaven til NS 8405:2004. Han skriver at det under arbeidet med standarden ble diskutert om det skulle inntas et nytt annet ledd til partenes lojalitetsplikt i punkt 5, med det innholdet at preklusjon ikke ville kunne påberopes dersom det ville stride mot redelighet og god tro. Bestemmelsen ble ikke inntatt, men prinsippet vil uansett kunne gjøres gjeldende i medhold av avtaleloven § 33, skriver Kolrud. Videre at: «Standarden inneholder en del svært strenge og preklusive varslingsregler (...) og slike regler skal ikke kunne misbrukes i strid med redelighet og god tro. Et utslag av dette prinsipp formes i pkt. 8 tredje ledd (...)»⁷⁰

Uttalelsen er illustrerende for at preklusjonsreglene i standarden må anvendes i tråd med sitt formål. Når kontravarslingsregelen er tatt inn for å hindre at preklusjonsreglene anvendes i strid med redelighet og god tro, følger det at den ikke selv kan brukes på en klart uredelig måte.

Det er nok likevel gode grunner for at dette unntaket ikke ble tatt inn i kontrakten. Et uttrykkelig unntak vil kunne gi anvendelse på en videre unntaksadgang enn den mer snevre adgangen som følger av forbudet mot uredelige avtaler etter bakgrunnsretten.

Det kan til sist også nevnes at det i rettspraksis har utviklet seg en lære om at partene kan fra-vike den preklusive virkningen av varslingsreglene ved manglende etterlevelse.⁷¹ Partenes adferd kan i slike tilfeller anses som gjensidige avkall på retten til å håndheve preklusjon.⁷² Det har imidlertid, så langt jeg kan se, vært mindre gjennomslag for denne anførselen i praksis i de senere år. Hagstrøm og Bruserud anfører også at med den utbredelsen preklusive varslingsregler har fått etter vedtakelsen av NS 8405, så må det antas at det skal en del til før partene kan anses for å ha satt varslingsreglene til side.⁷³

⁷⁰ Kolrud (2004) s. 64.

⁷¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 268. Synspunktet har blant annet blitt lagt til grunn i LE-2008-48886 og LF-2012-183059.

⁷² Barbo (1997) s. 233 flg.

⁷³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 268.

3 Gir kontravarslingsregelen uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp?

Begrepet «alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp» brukes om rettsregler som gjelder generelt på kontraktsrettens område, selv der de ikke er avtalt eller følger av anvendelige rettsregler.⁷⁴ Med begrepet «alminnelig entrepriserettslig prinsipp» sikter jeg til en rettsregel som gjelder generelt på entrepriserettens område. Dette begrepet er også anerkjent i rettspraksis.⁷⁵

Siden standardiseringsarbeidet for byggekontrakter startet i Norge i 1928, har standardkontraktene utarbeidet av Norsk Standard vært ansett for å dels kontraktsfeste alminnelige entrepriserettslige regler, og dels oppstille nye avtaleskaptede ordninger.⁷⁶ For de reguleringene der standardkontraktene har fraveket bakgrunnsrettens løsninger, eller regulert et spørsmål som ikke løses av bakgrunnsretten, er løsningen standardkontrakten har valgt en relevant rettskilde på entrepriserettens område.⁷⁷ I noen tilfeller anses dessuten reguleringen etter hvert for å utgjøre et alminnelig prinsipp. Dette kan være fordi regelen er godt begrunnet, eller fordi regelen har fått en utbredelse som tilsier at den nå må sies å utgjøre sedvane i bransjen.

Et eksempel på at Høyesterett fant at en løsning valgt i standardkontraktene utgjorde et alminnelig prinsipp på entrepriserettens område er HR-2019-830-A *Magne Sveen*, hvor førstvoterende uttalte: «Jeg kan ikke se at NS 8406:2009 har en tilsvarende bestemmelse i punkt 4, men dette må anses som et alminnelig prinsipp som får anvendelse også under denne standarden.»⁷⁸

Problemstillingen i det følgende er om kontravarslingsplikten som kommer til uttrykk i NS 8405 punkt 8 tredje ledd gjelder som en alminnelig plikt på entrepriserettens område, selv der den ikke er avtalt mellom partene.

Det er flere momenter som kan tale for at kontravarslingsregelen gjelder som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. For det første er regelen et utslag av lojalitetshensyn i entrepris-kontrakter og den motvirker utilsiktede konsekvenser av preklusjonsreglene. At kontravarslingsregelen har en stor utbredelse innenfor entrepris- og tilvirkningskontraktene taler også for at regelen har blitt en del av den entrepriserettslige bakgrunnsretten.

⁷⁴ Se blant annet Rt-2005-257 (45) *Hårfjerningsapparat*.

⁷⁵ Se blant annet Rt-2010-1345 *Oslo Vei*, LB-2019-13312 og LB-2014-141441.

⁷⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 27.

⁷⁷ Se blant annet Rt-1967-1248, Hagstrøm (2011) s. 60 flg. Se også uttalelse i LG-2018-29806: «Standardavtalen i NS 3431 og etterfølgeren NS 8407 må for øvrig uansett være relevante rettskilder for å fastlegge bakgrunnsretten hva gjelder utbedringspliktens rekkevidde på entrepriserettens område.»

⁷⁸ HR-2019-830-A (51) *Magne Sveen*. Et av spørsmålene Høyesterett måtte ta stilling til var om beskrivelser gikk foran tegninger der det var intern motstrid mellom disse. NS 8405 har en uttrykkelig regulering av at beskrivelser får prioritet over tegninger der det er motstrid i kontrakten i punkt 3.2 andre ledd jf. punkt 3.1.

Som antydnet innledningsvis i punkt 2.1 er den sentrale begrunnelsen for kontravarslingsregelen den alminnelige lojalitetsplikten i kontrakt. Kontravarslingsregelen bidrar videre til å ivareta flere av de sentrale hensynene i entreprenkontrakter, som effektiv ressursbruk og byggherrens styringsbehov.

Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold defineres gjerne som en kontraktsparts plikt til å i rimelig utstrekning ta hensyn til den andre parts interesser.⁷⁹ Varslingsregler som oppstilles på bakgrunn av lojalitetsplikten i kontrakt, begrunnes ofte i at en part med liten ulempe for seg selv kunne gi informasjon til den andre part som ville sette ham i stand til å begrense sitt tap.⁸⁰

Parten som varslet sent kan ha innrettet seg på at hans materielt berettigede krav på fristforlengelse og vederlagsjustering er i behold. Dersom det først ved sluttoppgjøret gjøres gjeldende at det er varslet for sent, mister han muligheten til å tilpasse seg at kravet er tapt under utføringen av arbeidet og muligheten for å begrense sitt tap. Tilpasninger han kan gjøre under arbeidet kan for eksempel være forsering av forsinkelse. Dette kan være ønskelig dersom hans kostnader ved forsering er mindre enn dagmulkten han risikerer ved forsinket ferdigstilling.

Ved å innføre en plikt til å påberope preklusjon raskt, etter mottak av et varsel eller svar som man mener er fremsatt for sent, får partene videre større forutsigbarhet underveis i kontraktsavviklingen.⁸¹ Partene får dermed bedre muligheter til å innrette seg etter hvilken kompensasjon de har krav på.

Når det går lang tid fra det varsles til det påberopes at det var varslet for sent, er det dessuten sannsynlig at bevis som kan kaste lys over omstendighetene rundt varslingen har gått tapt. Vanskelige bevisvurderinger knyttet til om det forelå omstendigheter som kunne begrunne en lengre varslingsfrist kan bidra til å komplisere og fordyre sluttoppgjøret der partene ikke har avtalt en kontravarslingsregel.

Sen påberopelse av preklusjon fører også til at de opprinnelige hensynene bak preklusjonsreglene ikke kommer til sin fulle rett. Barbo skriver at dersom byggherren kan forholde seg taus med hensyn til preklusjon fram til sluttoppgjøret, fører det til at heller ikke det underliggende materielle spørsmålet blir brakt inn i kontraktens prosedyremekanismer. «De hensyn prosedyrereglene skal ivareta, især tidlig identifisering av en mulig konflikt og muligheter for rask og smidig løsning av konflikten, ivaretas dermed ikke.»⁸²

Kontravarslingsregelen har videre stor utbredelse. Vi finner eksempler på regelen i de fleste moderne standardkontraktene i bruk i entrepren- og tilvirkningsprosjekter. I tillegg til å være

⁷⁹ Simonsen (1997) s. 7, Buskerud Christoffersen (2019) s. 20, Haaskjold (2013) s. 78, Nazarian (2007) s. 29.

⁸⁰ Se for eksempel HR-2017-2375-A (34) *Ulvesund Elektro*.

⁸¹ Nordtvedt (2013) s. 100.

⁸² Barbo (1997) s. 230.

inntatt i NS 8405 og NS 8407, er kontravarslingsregelen inntatt i de alminnelige underentrepriestandardene NS 8415 og NS 8417.⁸³ Vi finner også en regulering av plikten til å påberope preklusjon innen en frist i offshorekontraktene NF 15 og NTK 15 artikkel 16.2 første ledd fjerde punktum,⁸⁴ og i FIDIC Red Book og Silver Book clause 20.2.2 «Initial response».⁸⁵

Det kan spørres om utbredelsen av reguleringen tyder på at kontravarslingsregelen må anses for å være sedvane i bransjen. Sedvane, også kjent som handelspraksis eller kutyme, er rettsregler som kommer til anvendelse i ulike næringsområder på bakgrunn av hva som anses som etablert praksis i bransjen. For at noe skal anses som sedvane er det forutsatt i teorien at regelen må være etablert gjennom fast og langvarig praksis på det aktuelle forretningsområdet, og regelen må være godt fundert i reelle hensyn.⁸⁶

Det er relevant å se hen til utbredelsen i standardkontrakter for å vurdere om en regel er etablert i bransjen.⁸⁷ Men det er forutsatt at regelen i tillegg må oppfattes som en bindende regel av aktørene selv.⁸⁸ Det kan vanskelig være tilfellet dersom partene aktivt inntar reguleringen ved å avtale at standardkontraktene skal gjelde i forholdet mellom dem. For å etablere om en regel oppfattes som bindende av partene selv hadde det vært nødvendig å foreta empiriske undersøkelser av bransjepraksis utenom standardkontraktene. Det faller utenfor rammene av denne oppgaven.

Det som taler mot å anse kontravarslingsregelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp er at den er utpreget positivrettslig. Regelen krever at preklusjonsinnsigelser varsles skriftlig uten ugrunnet opphold. Formalkravet og den strenge fristregelen kan vanskelig sies å utgjøre et alminnelig prinsipp. Det er liten tradisjon for å anse slike positivrettslige bestemmelser for å danne alminnelige kontraktsrettslige prinsipper i norsk rettstradisjon.⁸⁹

Rettspolitiske hensyn taler også for at domstolene bør være forsiktige med å kreve at en part varsler skriftlig, innen en knapp frist, for å bevare en rettighet på ulovfestet grunnlag. En uttalelse i HR-2020-228-A kan støtte dette synet. På spørsmål om det skulle innfortolkes et krav

⁸³ NS 8415:2008 punkt 8 tredje ledd og NS 8417:2011 punkt 5 tredje ledd.

⁸⁴ Bestemmelsen er likelydende i de to kontraktene: «*Dersom Selskapet vil gjøre gjeldende at Leverandørens krav er fremsatt for sent, må dette varsles innen 21 Dager etter mottak av Endringsordrekravet.*»

⁸⁵ Clause 20.2.2 «Initial response» første og andre ledd i begge standardkontraktene lyder: “*If the other Party considers that the claiming Party has failed to give the Notice of Claim within the period of 28 days under Sub-Clause 20.2.1 [Notice of Claim] the other Party shall, within 14 days after receiving the Notice of Claim, give a Notice to the claiming Party accordingly (with reasons). If the other Party does not give such a Notice within this period of 14 days, the Notice of Claim shall be deemed to be a valid Notice.*”

⁸⁶ Se Hagstrøm (2011) s. 59 flg., og Eckhoff (2001) s. 258.

⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 60.

⁸⁸ Hagstrøm (2011) s. 59.

⁸⁹ Se til sammenligning Hagstrøm (2011) s. 363 om absolutte reklamasjonsregler.

til å begrunne innsigelser som fremmes til sluttoppgjøret etter NS 8415, uttalte Høyesterett at det måtte «vises stor forsiktighet» med å tolke regelen utvidende når rettsvirkningene var at hovedentreprenøren tapte sine innvendinger mot kravet.⁹⁰

Den positivrettslige utformingen hindrer kontravarslingsregelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd fra å kunne anses som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp, etter min mening. Selv om regelen ikke kan anses som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp, kan det at en kontravarslingsregel er å finne i de fleste standardkontraktene være et moment i en vurdering av om en preklusjonsinnsigelse har falt bort som følge av passivitet. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i del 4 under.

⁹⁰ HR-2020-228-A (61).

4 Bortfall av preklusjonsinnsigelser på ulovfestet grunnlag

4.1 Presentasjon av problemstillingen

Der en entreprisekontrakt ikke inneholder en plikt til å påberope preklusjon etter mottak av et for sent fremsatt varsel, kan det spørres om preklusjonsinnsigelsen kan falle bort på andre grunnlag. Som redegjort for ovenfor er det neppe adgang til å innfortolke en alminnelig plikt til å påberope preklusjon uten ugrunnet opphold, der en slik plikt ikke er avtalt mellom partene.

Som et utgangspunkt kan vi slå fast at preklusjonsinnsigelsen heller ikke kommer til anvendelse dersom den ikke er påberopt. Det følger av disposisjonsprinsippet.⁹¹ Preklusjonsinnsigelsen kan også mistes ved at parten som har rett til å påberope preklusjon gir avkall på retten. Avkall kan skje uttrykkelig, eller ved utøvelse av annen adferd som rettsordenen tillegger løftevirkninger.⁹² Alminnelige passivitetvirkninger og lojalitetsprinsipper kan også begrunne bortfall av rett. I praksis forekommer det oftest at en kombinasjon av passivitet og konkludent adferd gir motparten en berettiget forventning om at fristoversittelsen ikke vil bli påberopt.⁹³

I det følgende skal jeg først redegjøre for rettstap på grunnlag av alminnelige passivitetssynspunkter, deretter på bakgrunn av passivitet i kombinasjon med konkludent adferd. For begge disse grunnlagene vil jeg redegjøre for særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved tap av preklusjonsinnsigelser i entrepriseretten.

Før jeg tar for meg de ulike ulovfestede grunnlagene som kan begrunne bortfall av preklusjonsinnsigelser, er det nødvendig å klargjøre hvor problemstillingen er aktuell. En forutsetning for at problemstillingen kommer på spissen er at partene har avtalt preklusive frister. Dersom fristene ikke er preklusive, vil det heller ikke eksistere en rett til å avskjære kravet på grunn av for sen varsling, og det kan ikke være tale om å tape en preklusjonsinnsigelse. Videre er det en forutsetning at partenes kontrakt ikke allerede inneholder en plikt til å påberope preklusjon.

Som redegjort for over, inneholder de fleste moderne standardkontraktene i bruk i Norge i dag en kontravarslingsregel. To standardkontrakter i NS-serien som mangler en slik regel er NS 8406 og NS 8401.

Prosjekteringsstandarden NS 8401 oppstiller preklusive varslingsregler for den prosjekterende i punkt 10.2 tredje ledd og punkt 11.1.5 første ledd. Disse reglene gjør i likhet med spesifiserte varsler etter NS 8405 unntak for det den andre parten «måtte forstå» ville bli konsekvensen.

⁹¹ Barbo skriver om dette spørsmålet: «Utgangspunktet i norsk rett er at en kontraktspart kan velge ikke å påberope sine egne rettighetsposisjoner. (...) Rettslig kan dette forankres i prinsippet om at partene selv kan disponere over sine egne interesser.» (Barbo (1997) s. 229) Slik også Monsen (2010) s. 196.

⁹² Barbo (1997) s. 232.

⁹³ Jf. punkt 4.4.

Varslingsreglene kan derfor karakteriseres som «delvis preklusive» jf. punkt 2.2 over. Som vi så i punkt 2.6 kan det imidlertid tenkes at hele krav prekluderes dersom den andre parten ikke «måtte forstå» at kravet kom til å oppstå. Etter omstendighetene kan også det «overskytende» – differansen mellom hva en part måtte forstå og hva som rent faktisk var konsekvensen – utgjøre et betydelig krav. Preklusjon kan derfor få store konsekvenser for den prosjekterende. Det øker behovet for en kontravarslingsregel. Spørsmålet om hvorvidt oppdragsgivers preklusjonsinnsigelse kan gå tapt dersom han venter urimelig lenge med å gjøre den gjeldende er derfor relevant for NS 8401.

Den forenklete bygge- og anleggsstandarden NS 8406 oppstiller i utgangspunktet ikke preklusive varslingsregler. Spørsmålet om en preklusjonsinnsigelse kan falle bort etter NS 8406 stiller seg derfor noe annerledes. Jeg vil redegjøre kort for noen betraktninger rundt den rettslige adgangen til å påberope at en preklusjonsinnsigelse er tapt for NS 8406 nedenfor i punkt 4.6.

En annen standardkontrakt som har preklusive frister, men ingen kontravarslingsregel, er NS 3430, forgjengeren til NS 8405. Spørsmålet om den ene parten har tapt sin preklusjonsinnsigelsen har kommet på spissen flere ganger for kontraktsforhold som er regulert av NS 3430. Jeg redegjør nærmere for denne praksisen i punkt 4.2 og 4.4 under.

Spørsmålet om tap av preklusjonsinnsigelse er også relevant for kontrakter som er regulert av private parters standardvilkår. Disse kan være delvis inspirert av eksisterende entrepris- og tilvirkningskontrakter, men kan være modifisert slik at det ikke gjelder frister for å påberope preklusjon. Dette er ikke en helt upraktisk problemstilling.

Private parters standardvilkår kjennetegnes ofte ved at de har en tendens til å være mer ensidig utformet og mindre balanserte enn standardkontrakter som er utarbeidet i samarbeid mellom bransjeorganisasjoner. Ofte er kontraktene utformet til byggherrens fordel, da det er byggherren som inviterer til anbud og kan velge hvilken entreprenør han vil inngå avtale med. Trenden i entreprisemarkedet de siste årene har vært at det er «kjøpers marked». Dersom byggherren stiller som vilkår for kontraktsinngåelsen at kontrakten skal inngås på bakgrunn av hans standardvilkår, vil mange entreprenører være villige til å inngå kontrakt selv om vilkårene er i byggherres favør.

En type regulering som er utformet i byggherres favør er fraværet av preklusive svarplikter. Når kontrakten ikke oppstiller preklusive svarplikter for byggherren, er det bare entreprenøren som er underlagt preklusjonsfrister. Typisk vil kontrakten da heller ikke oppstille en plikt for byggherren til å påberope preklusjonen.

Drøftelsen i det videre tar utgangspunkt i en kontrakt som oppstiller preklusive frister, men uten en uttrykkelig plikt til å påberope preklusjonen.

4.2 Den alminnelige læren om rettstap på grunnlag av passivitet

Det er sikker rett at en part kan tape et rettskrav på bakgrunn av ulovfestede passivitetsprinsipper. Passivitetssynspunkter kan etter omstendighetene begrunne både rettstap og stiftelse av rett.⁹⁴ Disse rettsgrunnlagene kan til tider flyte sammen, dersom vi spør om passivitet hos rettighetshaver må tolkes slik at han har bundet seg til å gi avkall på sin rett.⁹⁵ Vurderingen for begge rettsgrunnlagene vil imidlertid ofte foretas på bakgrunn av de samme momentene, og vurderingstemaet er i stor grad sammenfallende. Det sentrale er hvordan en part – alle omstendighetene tatt i betraktning – hadde grunn til å tolke motpartens adferd.⁹⁶

Innholdet i den ulovfestede passivitetsvurderingen i obligasjonsretten har blitt formulert som at krav og innsigelser kan gå tapt dersom kreditor venter urimelig lenge med å fremme kravet.⁹⁷ Denne formuleringen finner vi også i kjøpsloven § 23 tredje ledd om tap av krav på naturaloppfyllelse: «Kjøperen taper sin rett til oppfyllelse om han venter urimelig lenge med å fremme kravet.» I forarbeidene til kjøpsloven omtales denne regelen som en «passivitetsregel».⁹⁸ Om den nærmere vurderingen av om kjøper har ventet urimelig lenge, heter det i proposisjonen:

«Hvor lang tid kjøperen kan vente med å fremme kravet, beror på de konkrete forhold, f.eks kjøpets art og selgerens opptreden etter at forsinkelse er inntrådt.(...) Foreldelsesreglene setter en siste tidsgrense (...)»⁹⁹

Synspunktene som kommer til uttrykk i forarbeidene til kjøpsloven samsvarer godt med de retningslinjene for passivitetsvurderingen som er oppstilt i praksis og teori. Hvorvidt en rettighet har gått tapt som følge av passivitet beror på en konkret helhetsvurdering, hvor det sentrale vurderingstemaet er om rettighetshaver har hatt en særlig oppfordring til å handle, sett opp imot debtors innrettelse.¹⁰⁰

Hva slags type krav det er snakk om kan få betydning for passivitetsvurderingen.¹⁰¹ Der det er snakk om rettigheter til fast eiendom er det vanlig å oppstille en (langt) høyere terskel for tap av rett på grunn av passivitet, enn ved tap av krav på en ytelse.¹⁰²

Det er videre antatt at passivitetsvurderingen «tilstrammes» for krav og innsigelser fremsatt i kontraktsforhold.¹⁰³ Kontraktsforhold gjelder normalt innenfor et avgrenset tidsrom. Monsen

⁹⁴ Hagstrøm (2011) s. 366.

⁹⁵ Vealund (2017) s. 341.

⁹⁶ Barbo (1997) s. 239.

⁹⁷ Monsen (2010) s. 149.

⁹⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 68.

⁹⁹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 68.

¹⁰⁰ Skag (2011) s. 527 flg., Vealund (2017) s. 390 og s. 295 flg., Hagstrøm (2011) s. 804.

¹⁰¹ Vealund (2017) s. 683.

¹⁰² Vealund (2017) s. 685, og Rt-2015-1157 (33) *Fårøya*.

skriver at «[i] dette tidsrommet er situasjonen mer eller mindre usikker, og forholdene bør generelt avklares relativt raskt».¹⁰⁴ Som et eksempel på at det i alminnelighet vil være lettere å konstatere klanderverdig passivitet i kontraktsforhold enn utenfor, viser Monsen til at det sjeldent er tale om å tape et erstatningskrav som har oppstått som følge av personskade på grunn av passivitet.¹⁰⁵

Øvrige momenter som kan påvirke passivitetsvurderingen er blant annet hvorvidt kravet er omtvistet, om rettighetshavers passivitet er aktsom eller uaktsom, og om passiviteten har medført ulemper for debitor.¹⁰⁶ De to sistnevnte momentene kan også ses på som sider av kreditors oppfordring til å handle og debtors innrettelse. Jo større grunn kreditor hadde til å handle, jo mer klanderverdig anser vi han normalt for å ha opptrådt. Jo mer debitor har innrettet seg, jo større ulemper vil kreditors passivitet normalt påføre debitor, dersom passiviteten ikke skulle føre til rettstap.

Rt-1992-295 *Custos* har vært sentral i utviklingen av passivitetsvurderingen for tap av krav i kontrakt. I saken (3-2 dissens) ble en maskinentreprenør ansett for å ha bundet seg til en langvarig leasingavtale for en dumper med et kredittselskap. Maskinentreprenøren trodde selv at han hadde bundet seg til en kortvarig leasingavtale som kunne fornyes hver måned, men Høyesteretts flertall fant at maskinentreprenøren var uaktsom i sin forståelse av avtalen. Høyesteretts flertall fant imidlertid at kredittselskapet hadde «utvist en passivitet som må lede til at selskapet har tapt sin adgang til å holde seg til [maskinentreprenøren]».¹⁰⁷

Høyesteretts flertall la vekt på at kredittselskapet hadde forholdt seg passiv i nesten et år, etter at maskinentreprenøren i en telefonsamtale hadde gitt uttrykk for sin feilaktige forståelse av avtalens varighet. Høyesterett fant at denne samtalen gav kredittselskapet en klar oppfordring til å undersøke saken nærmere, og gi maskinentreprenøren beskjed dersom de oppfattet saken annerledes. Når det gikk nærmere et år fra telefonsamtalen til kredittselskapet tok opp kontakten, kunne maskinentreprenøren «med god grunn (...) innrette seg på at selskapet hadde avfunnet seg med hans standpunkt».¹⁰⁸

Høyesterett fulgte opp denne forståelsen av passivitetslæren på et rettsområde som er av direkte relevans for vår problemstilling. I HR-2018-383-A var spørsmålet om et dagmulktkrav hadde gått tapt som følge av passivitet i en forbrukerentreprise. Kjøperne av en eierseksjon hadde ventet i omtrent 10 måneder fra overtakelse, og 8 måneder etter at de mottok sluttopp-

¹⁰³ Se Monsen (2010) s. 189, Veia Lund (2017) s. 686.

¹⁰⁴ Monsen (2010) s. 189.

¹⁰⁵ Monsen (2010) s. 189.

¹⁰⁶ Hagstrøm (2011) s. 802 flg.

¹⁰⁷ Rt-1992-295 på side 303.

¹⁰⁸ Rt-1992-295 på side 304.

gjøret, før de gjentok et tidligere fremsatt krav om dagmulkt overfor entreprenøren. Høyesterett gav en veldig god beskrivelse av vurderingstemaet:

«Om dagmulktkravet er bortfalt ved passivitet, må avgjøres etter en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saksforholdet, der en rekke momenter vil inngå. Sentralt står om kravshaveren har hatt en særlig oppfordring til å gjøre kravet gjeldende tidligere enn han gjorde, og om skyldneren har hatt et særlig behov for å innrette seg på at kravet enten ikke eksisterer eller ikke blir forfulgt. Vurderingen må skje i lys av de forventninger til gjensidig lojalitet som avtaleforholdet har skapt.»¹⁰⁹

Vi ser at Høyesterett oppstiller det tradisjonelle utgangspunktet for passivitetsvurderingen; at rettsvirkningene av passiviteten må avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering, hvor det særlig legges vekt på rettighetshavers oppfordring til å handle og hensynet til debtors innrettelse. Høyesterett fremhever deretter at vurderingen må skje «i lys av de forventninger til gjensidig lojalitet som avtaleforholdet har skapt.»

Som nevnt over i punkt 3, innebærer den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold en plikt for en kontraktspart til å i rimelig utstrekning ta hensyn til den andre partens interesser. En slik plikt til å ta hensyn til hverandres interesser, påvirker hvilke berettigede forventninger partene kan ha til hverandre og den aktivitet de utviser med hensyn til krav de mener å ha overfor hverandre.

Et av spørsmålene Høyesterett måtte ta stilling til i subsumsjonen i HR-2018-383-A var om dagmulktkravet hadde gått tapt før sluttoppgjøret. Høyesterett fant at det i dette tilfellet var «utelukket».¹¹⁰ Høyesterett la vekt på at oppgjøret var uavklart, og kjøperne hadde derfor ingen oppfordring til å gjenta kravet sitt før de mottok sluttoppstillingen.

Da kjøperne mottok sluttoppgjøret fikk de en viss oppfordring til å handle. Oppfordringen til å handle måtte sees i lys av hensynet til entreprenørens innrettelse. I saken var det på det rene at entreprenøren var klar over at kjøperne forventet å motta et tilleggskrav fra ham for noen tilleggssarbeider.¹¹¹ Høyesterett fant at så lenge entreprenøren antok at kjøperne ventet på et tilleggskrav fra ham, kunne han ikke innrette seg på at dagmulktkravet ikke kom til å bli forfulgt.¹¹²

Noen måneder etter oversendelse av sluttoppgjøret fant det sted en telefonsamtale hvor entreprenøren gjorde det klart at han ikke ville kreve noe mer av forbrukerne. Høyesterett fant at fra dette punktet hadde kjøperne en klar oppfordring til å handle. De fremsatte kravet på dag-

¹⁰⁹ HR-2018-383-A (41).

¹¹⁰ HR-2018-383-A (42).

¹¹¹ HR-2018-383-A (44).

¹¹² HR-2018-383-A (45).

mulkt omtrent fire måneder senere. Høyesterett fant at dette var noe lang tid, men fant at kjøperne var forbrukere som gjennomgående måtte innrømmes noe romsligere frister.¹¹³ Dessuten måtte «de forventninger til lojalitet som her gjør seg gjeldende, [tilsi] at også [entreprenøren] den gang hadde en viss oppfordring til å søke den avklaringen han måtte trenge.» På bakgrunn av disse momentene konkluderte Høyesterett med at dagmulktkravet ikke var bortfalt på grunn av passivitet.¹¹⁴

Etter dette ser vi at utgangspunktet ved vurderingen av om et krav har gått tapt som følge av passivitet i en kontrakt må være hvorvidt parten som hadde rett til å påberope preklusjon ventet urimelig lenge med å gjøre preklusjon gjeldende. Vurderingen må gjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering, hvor særlig relevante momenter vil være oppfordringen en part hadde til å handle, sett opp imot hensynet til den andre parts innrettelse. Vurderingen må gjøres ut ifra den særlige lojalitetsplikten som gjør seg gjeldende i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold.

4.3 Ulovfestede passivitetsprinsipper anvendt på preklusjonsinnsigelser

I det følgende vil jeg redegjøre for noen særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av den alminnelige passivitetslæren på preklusjonsinnsigelser i entrepriseretten.

Drøftelsen i denne delen tar som utgangspunkt at det eneste relevante momentet som foreligger er at en part som har mottatt et varsel i en entreprisekontrakt har unnlatt å svare på varselet. Vi kan for enkelthets skyld benevne dette «ren passivitet».

Utgangspunktet for vurderingen jf. punkt 4.2 er om mottakeren av et varsel som er fremsatt for sent, har ventet urimelig lenge med å gjøre preklusjon gjeldende. Relevante momenter å se hen til ved helhetsvurderingen, er særlig hvilken oppfordring mottaker hadde til å handle, og hensynet til avsenders innrettelse, vurdert ut ifra den lojalitetsplikten som gjør seg gjeldende i kontraktsforholdet.

Det er flere momenter som er særegne ved entreprisekontrakter og som får betydning ved passivitetsvurderingen. For det første gjelder det en særskilt samarbeids- og lojalitetsplikt i entreprisekontrakter. Det kan tale for at passivitetsvurderingen tilstrammes.

For det andre er en preklusjonsinnsigelse foranlediget av en klar begivenhet – et varsel som er fremsatt for sent. Det kan anføres at det ikke formriktige varselet gir den andre parten en oppfordring til å handle, og hensynet til parten som har varslet tilsier at han burde få beskjed dersom hans krav kommer til å bli prekludert.

¹¹³ HR-2018-383-A (46).

¹¹⁴ HR-2018-383-A (47).

På den andre siden må det hensyntas at alle krav og innsigelser i entrepris kontraktene avgjøres ved en felles behandling i sluttoppgjøret. Det kan tale mot at preklusjonsinnsigelser kan gå tapt før sluttoppgjøret. Jeg skal drøfte disse momentene i det følgende.

Entrepriseprosjekter er ofte langvarige, og de fordrer vanligvis at partene samarbeider i stor grad. Partenes syn på viktigheten av lojalt samarbeid har kommet til uttrykk i NS 8405 punkt 5 og NS 8407 punkt 3 som begge bestemmer at «*Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten*». Teorien antar at bestemmelsen først og fremst er av symbolsk betydning, for partenes samarbeidsplikt må uansett følge av den alminnelige lojalitetsplikten i kontrakt.¹¹⁵ Det er også klart at kravene til lojal adferd etter bakgrunnsretten tilspisses når det er tale om en langvarig kontrakt hvor partene samarbeider om å frembringe ytelsene.¹¹⁶

Også relevant for passivitetsvurderingen, er at når en part mottar et varsel eller svar i en entrepris kontrakt, har det funnet sted en klar begivenhet som kan skape en oppfordring til å handle. Den ene part har ved varselet gitt uttrykk for at han anser seg berettiget til et materielt krav. Dersom han ikke får en «motbeskjed», kan han etter omstendighetene få en forventning om at hans krav er akseptert, og innrette seg deretter. Dersom den andre parten oppfatter varselet fremsatt for sent, kan det spørres om han ikke vil ha en plikt til å gjøre dette klart overfor medkontrahenten på bakgrunn av lojalitetshensyn.

Utbredelsen av preklusive regler med korte varslingsfrister tilsier også at partene i en entrepris kontrakt er berettiget til å forvente et høyere aktivitetsnivå med hensyn til hvilke krav som gjøres gjeldende. Dette igjen påvirker hvor lang tid som er «urimelig lenge» å vente med å påberope at et krav er prekludert.

Sluttoppgjøret spiller en sentral rolle i entrepriseretten, og det kan spørres om det i det hele tatt er mulig å tape en preklusjonsinnsigelse alene på bakgrunn av passivitet før sluttoppgjøret. Formålet med sluttoppgjøret er å foreta et endelig oppgjør av alle partenes krav og motkrav. Fram til sluttoppgjøret er ferdigstilt, er mange av kravene og innsigelsene omtvistet, og partene er i en uavklart posisjon overfor hverandre. Byggherren har også normalt betalt avdrag underveis i byggeperioden, og i sluttoppgjøret skal det foretas en siste avregning av partenes mellomværende. Ved sluttoppgjøret vil alle krav og innsigelser prekluderes med endelig virkning.¹¹⁷ Sluttoppgjøret setter således et endelig punktum for byggesaken.

¹¹⁵ Marthinussen (2016) s. 79, Kolrud (2004) s. 64, Nordtvedt (2013) s. 80.

¹¹⁶ Haaskjold (2013) s. 82.

¹¹⁷ NS 8405 punkt 33.1 og 33.2, NS 8407 punkt 39.1 og 39.2, NF 15 og NTK 15 artikkel 20, FIDIC Red Book og Silver Book clause 14.11 og 14.12.

Preklusjonsbestemmelsene og tilgrensende tvisteløsningsmekanismer søker imidlertid å forhindre at omtvistede krav utskytes til sluttoppgjøret.¹¹⁸ Barbo skriver at formålet med preklusjonsreglene er å bidra til effektivisering av kontraktsavviklingen.¹¹⁹ Preklusjonsreglene kan fungere som en «kontraktsadministrativ støvsuger»¹²⁰ ved at den fører til at mulig uenighet mellom partene identifiseres raskt. Reglene skal også virke prosessdempende, ved at preklusjonsreglene hindrer at konflikter oppstår eller løser dem på en kostnadseffektiv måte. Når en uenighet kan avgjøres på bakgrunn av preklusjon fører det til at partene ikke behøver å engasjere seg i kostnadskrevende prosesser for å ta stilling til realiteten.

I HR-2018-383-A, referert ovenfor, uttalte Høyesterett at det var «utelukket» at dagmulktkravet hadde gått tapt før sluttoppgjøret. Førstvoterende la vekt på at partene var i en uavklart stilling overfor hverandre før sluttoppgjøret. Slik vil det normalt også være i næringsentrepri- ser. Høyesteretts uttalelse må imidlertid ses i lys av at Høyesterett før passivitetsvurderingen tok stilling til om dagmulktkravet var tapt dersom det ikke var gjentatt i sluttoppgjøret.¹²¹ Høyesterett fant at dagmulktkravet var et misligholdskrav etter bustadoppføringslova, og gikk derfor ikke tapt selv om det ikke ble fremsatt som en innsigelse til sluttoppgjøret jf. busta- doppføringslova § 48 tredje ledd.

Videre må Høyesteretts uttalelse differensieres fra spørsmålet om en preklusjonsinnsigelse kan gå tapt før sluttoppgjøret, fordi det i saken var tale om å tape et krav på dagmulkt. Etter min mening bør terskelen for bortfall generelt legges lavere når det er tale om en innsigelse, enn når det er tale om et krav på en ytelse. Dette gjelder i særlig grad preklusjonsinnsigelser, hvor konsekvensen av bortfall av innsigelsen i utgangspunktet ikke påvirker realiteten. Resultatet blir at det underliggende materielle forholdet blir avgjørende.

I retningen av at en preklusjonsinnsigelse ikke kan tapes som følge av passivitet før sluttoppgjøret, skriver Barbo: «Det klare utgangspunkt må være at den blotte passivitet ikke er tilstrekkelig til at avkall anses å foreligge. De aktuelle preklusjonsregler er utformet slik at byggherren nettopp ikke plikter å respondere hvis entreprenøren ikke varsler, eller varsler for sent.»¹²²

Barbo fremhever at preklusjonsreglene er utformet slik at det ikke oppstilles en plikt for byggherren til å svare på et for sent fremsatt varsel. Barbos drøftelse er imidlertid fra før kontravarslingsregelen ble inntatt i NS 8405 og NS 8407.¹²³ Som redegjort for over i del 3 er

¹¹⁸ Se for eksempel NS 8406 punkt 26, NF 15 og NTK 15 artikkel 12-16.

¹¹⁹ Barbo (1997) s. 217.

¹²⁰ Kaasen, *Kommentar til NF 92*, Oslo 1994, s. 375, via Barbo (1997) s. 217.

¹²¹ HR-2018-383-A (22 - 36).

¹²² Barbo (1997) s. 236.

¹²³ Barbos doktoravhandling er fra 1997, mens kontravarslingsregelen ble inntatt i NS 8405:2004 og NS 8407:2011.

det nå regelen heller enn unntaket at preklusjon må påberopes i de store entreprise- og tilvirkningskontraktene. Selv om kontravarslingsregelen ikke kan anses for å utgjøre et alminnelig prinsipp, kan utbredelsen likevel tale for at partenes forventning til rask påberopelse av preklusjon er styrket, og vil ha en effekt på passivitetsvurderingen.

Utbredelsen av en kontraktsfestet plikt til å påberope preklusjon ble tillagt vekt av lagmannsretten i LA-2017-194079. Saken gjaldt en sluttoppgjørsvist etter bygging av en veiparsell vest for Kristiansand. Partene var Vest-Agder fylkeskommune og et arbeidsfellesskap bestående av NCC Construction AS og Repstad Anlegg AS. Partenes avtale var regulert av NS 3430, som ikke inneholder en kontravarslingsregel. Under drøftelsen av om en preklusjonsinnsigelse var gått tapt som følge av passivitet viste lagmannsretten til kontravarslingsregelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd, og uttalte at «[i]nnføringen av bestemmelsen viser bransjens syn på behovet for en slik regulering».

I saken var spørsmålet om fylkeskommunen hadde tapt sin preklusjonsinnsigelse som følge av passivitet oppe flere ganger. Så vidt jeg kan se tok lagmannsretten stilling til spørsmålet tre ganger.

Den første gangen retten behandler anførselen gjøres det helt kort i en obiter dictum-uttalelse. I forbindelse med at retten ikke finner at et endringsordrekrav er fremsatt for sent, uttaler retten at den «uansett mener (...) at når byggherren først påberopte seg forsinkelsen (...) mer enn ett år etter at entreprenøren fremsatte kravet, er dette for sent.» Retten viser ikke til noen andre momenter enn at det har gått et år fra kravet ble fremsatt til preklusjon ble påberopt. Det synes som at retten finner at fylkeskommunen har tapt sin preklusjonsinnsigelse som følge av «ren passivitet».

Den andre gangen retten behandler spørsmålet var situasjonen at entreprenøren hadde fremsatt et krav om endringsmelding for sent. Retten fant videre at byggherrens svarplikt ikke ble utløst av entreprenørens for sent fremsatte krav. Entreprenøren hadde imidlertid anført at det at kontrakten inneholdt en svarplikt måtte få betydning for hvor lenge byggherren kunne vente med å påberope preklusjon. Videre ble det anført at fylkeskommunens preklusjonsinnsigelse måtte være tapt på bakgrunn av «alminnelige passivitetsvirkninger og lojalitetsprinsipper» når byggherren først gjorde preklusjon gjeldende tre-fire måneder etter at endringsordrekravet ble fremsatt.

Retten vurderte spørsmålet under problemstillingen «om debitor har ventet urimelig lenge med å påberope seg for sen reklamasjon». Ved subsumsjonen viste retten først til tiden som hadde gått fra kravet ble fremsatt til byggherrens svar. Retten pekte så på at endringsordrekravet ble fremsatt etter at anlegget var overlevert, og uttalte: «Anlegget var allerede overlevert, arbeidene var utført og entreprenøren hadde ikke da slikt behov for rask avklaring som kontraktsbestemmelsene ellers legger opp til.» Til sist viste retten til at kravet ble fremsatt på sommeren når byggherren hadde lavere kapasitet på grunn av ferieavvikling, og at byggherren

måtte gjennomgå en rekke tilleggskrav fra entreprenøren i samme periode. Samlet sett fant retten at «byggherren ikke ventet urimelig lenge med å avvise kravene som prekluderte». Retten konkluderte med at «[h]verken de alminnelige passivitetsregler eller lojalitet i kontraktsforhold, kan føre til at byggherrens preklusjonsinnsigelse ble for sent fremsatt».

Jeg mener at resultatet retten kom til var riktig, og momentene retten ser hen til ved vurderingen av om kravet er tapt på grunn av passivitet er relevante. Det som imidlertid er oppsiktsvekkende er at drøftelsen lagmannsretten foretar kan tyde på at retten legger til grunn at det er mulig å tape en preklusjonsinnsigelse alene på grunn av passivitet innenfor en tidsperiode så kort som fire måneder.

Jeg har ikke funnet noen andre eksempler i rettspraksis hvor retten behandler spørsmålet om hvorvidt en preklusjonsinnsigelse i en entreprisekontrakt har gått tapt som følge av «ren passivitet», men i tilfeller hvor spørsmålet blir behandlet under problemstillingen av om en reklamasjonsinnsigelse har gått tapt som følge av passivitet synes domstolene å anvende en høyere terskel, jf. punkt 4.4 nedenfor. I punkt 4.5 kommer jeg tilbake til betydningen av forskjellen mellom å avskjære et varsel og å avskjære en reklamasjon.

Det som kan ha hatt en betydning i lagmannsrettens vurdering er at partene benyttet NS 3430, som er tilbakekalt og erstattet med NS 8405, og som nå inneholder en kontravarslingsregel. Det var derfor neppe et aktivt valg av partene å ikke innta en kontravarslingsregel i sin avtale. At kontravarslingsregelen er godt begrunnet kan derfor påvirke lengden på passivitetsvurderingen i større grad for NS 3430, enn der utelatelsen av en plikt til å påberope preklusjon fremstår som et bevisst valg. Sistnevnte vil nok ofte være tilfellet for private parters standardvilkår. Rettstap ved passivitet som griper inn i avtalte løsninger er i utgangspunktet en inngripende konsekvens, og domstolene bør være forsiktige med å konkludere med rettstap der det ikke er en overvekt av momenter som taler for det.

Avslutningsvis ser vi at det har blitt lagt til grunn i rettspraksis at en preklusjonsinnsigelse kan gå tapt «alene» på bakgrunn av passivitet. Det særlige lojalitetskravet som partene kan stille til hverandre i langvarige kontraktsforhold, sett i sammenheng med det særlige aktivitetsnivået som korte preklusive frister krever av kontraktspartene, kan føre til at vurderingen av om en preklusjonsinnsigelse har gått tapt på grunn av passivitet i en entreprisekontrakt er «tilstrammet». Vurderingen av om en byggherre har ventet urimelig lenge med å gjøre gjeldende at det er varslet for sent kan kanskje etter forholdene være aktuell der det har gått noen måneder fra entreprenøren har varslet til byggherren avskjærer kravet, selv der partene ikke har avtalt en kontravarslingsregel. For at det skal være tale om å tape en preklusjonsinnsigelse etter kun noen måneder, bør det imidlertid etter min mening kreves at passiviteten en part har utvist er kvalifisert klanderverdig. Det er lagt til grunn i rettspraksis og teori at konkludent adferd, særlig i form av realitetsdrøftelser, i kombinasjon med passivitet kan gjøre passiviteten klart klanderverdig, jf. neste punkt.

4.4 Rettstap ved passivitet og annen konkludent adferd

I del 4.3 drøftet jeg om det var mulig å tape en preklusjonsinnsigelse før sluttoppgjøret på bakgrunn av «ren passivitet». Det forekommer imidlertid ofte at det påberopes at et krav er falt bort som en følge av en kombinasjon av passivitet og annen konkludent adferd.

I den alminnelige kontraktsretten har det i teori og praksis utviklet seg en «lære om realitetsdrøftelser» for tap av reklamasjonsinnsigelser, der selger ikke påberoper at det er reklamert for sent, men istedenfor imøtegår realiteten i kjøpers anførsler. Læren tilskrives ofte Høyesteretts uttalelser i Rt-1920-831.¹²⁴

I en rekke Høyesterettsavgjørelser utover 1900-tallet ble det lagt til grunn at læren om realitetsdrøftelser nærmest automatisk forhindret påberopelse av for sent fremsatt reklamasjon, dersom selger uten forbehold innlot seg på diskusjoner av realiteten i et mangelskrav.¹²⁵ Den noe unyanserte praktiseringen av læren ble etter hvert kritisert i juridisk teori.¹²⁶ Det ble blant annet fremhevet at en slik praktisering kunne hindre minnelige løsninger, og at begrepet «realitetsdrøftelser» ikke hadde en klar betydning, slik at det var uforutsigbart når læren kom til anvendelse.

I Rt-1984-962 *Mesterhus*, som gjaldt reklamasjon i et entrepriserforhold, nyanserte Høyesterett prinsippet anvendt i de tidligere avgjørelsene, og understreket at vurderingen av om selgeren hadde fraskrevet seg adgangen til å påberope at det var reklamert for sent «måtte bero på en samlet vurdering av partenes forhandlinger og forhold for øvrig etter at [kjøperen] første gang tok saken opp med [selgeren]». ¹²⁷

På bakgrunn av denne avgjørelsen har flere forfattere formulert «læren om realitetsdrøftelser» som et spørsmål om det foreligger omstendigheter og adferd fra selgerens side som, alle forhold tatt i betraktning, kjøperen har hatt grunn til å oppfatte som et løfte om at sen reklamasjon ikke kom til å bli gjort gjeldende.¹²⁸ Relevante omstendigheter er blant annet tiden det går før selger påberoper for sent fremsatt reklamasjon, diskusjoner om realiteten i kravet, løfter om utbedring og utbedringsforsøk.

¹²⁴ Kolrud (1997) s. 586, Barbo (1997) s. 236, Simonsen (1999) i punkt 3.6.2, Monsen (2010) s. 198, Hagstrøm (2011) s. 357.

¹²⁵ Kolrud (1997) s. 585 flg., Barbo (1997) s. 236 og Hagstrøm (2011) s. 357 med videre henvisning til Rt-1928-980, Rt-1935-1014, Rt-1937-323, og Rt-1949-961.

¹²⁶ Kolrud (1997) s. 585 flg., Krüger (1989) s. 746, Barbo (1997) s. 237, Simonsen (1999) i punkt 3.6.2, alle med videre henvisninger.

¹²⁷ Rt-1984-962 på s. 967.

¹²⁸ Barbo (1997) s. 238, Simonsen (1999) i punkt 3.6.2, Krüger (1989) s. 746.

Læren har blitt beskrevet både som en dispositiv fraskrivelse av reklamasjonsinnsigelsen, og som rettstap som følge av passivitet. De fleste forfattere mener at begge rettsgrunnlag er anvendelige, avhengig av hvilke momenter som er fremtredende i vurderingen.¹²⁹

I sin artikkel fra 2010 tok Monsen til orde for at det ikke er grunnlag for å operere med en selvstendig lære om realitetsdrøftelser, fordi momentene som rettspraksis har trukket frem som relevante ved vurderingen, mer passende kan vurderes etter regelen om rettstap på bakgrunn av ulovfestede passivitetsprinsipper.¹³⁰

Han skriver at i den konkrete helhetsvurderingen av om en debitor har ventet urimelig lenge med å gjøre reklamasjon gjeldende, er utgangspunktet å se på hvor lenge debitor har forholdt seg passiv. Videre at det må foretas en nærmere vurdering av utvist passivitet, særlig om og i tilfelle i hvilken grad, passiviteten må karakteriseres som klanderverdig. Aktivitet fra debtors side som bidrar til en forventning hos kreditor om at det ikke vil bli gjort gjeldende at det er reklamert for sent, vil kunne utgjøre et tungtveiende moment i denne vurderingen. Monsen påpeker så at «[e]ventuelle realitetsdrøftelser vil åpenbart kunne kvalifisere som slik aktivitet».¹³¹

Denne fremgangsmåten for å vurdere om en reklamasjonsinnsigelse har gått tapt har blitt anvendt i en lang rekke underrettsavgjørelser.¹³² Vurderingstemaet ble også lagt til grunn i LE-2018-187163, som gjaldt en prosjekteringskontrakt for et veiprojekt mellom Statens vegvesen og Rambøll. SVV anførte at Rambøll var avskåret fra å påberope at det var reklamert for sent, fordi reklamasjonsinnsigelsen først ble framsatt to år og ti måneder etter at SVV hadde reklamert.

I tiden mellom reklamasjonen og reklamasjonsinnsigelsen ble påberopt, utvekslet partene en rekke brev om den aktuelle prosjekteringsfeilen. Lagmannsretten foretok en samlet vurdering av den passivitet og aktivitet som Rambøll hadde utvist i tidsperioden og kom under tvil til at reklamasjonsinnsigelsen fremdeles var i behold.

Det fremgår at retten la vekt på at den diskusjonen som hadde foregått om realiteten i kravet i perioden var «lite konkrete», og at kommunikasjonen etter rettens vurdering bar preg av å ha til hensikt å holde saken i gang, «men heller ikke mer». Som eksempel på dette viste retten til at «det har ikke vært tema å utbedre feil eller på noen måte å innrømme ansvar» fra Rambølls side, og at det var først to år og syv måneder etter reklamasjonen at SVV begrunnet og spesifiserte den anførte mangelen. Retten uttalte videre at «[f]or at konkludent adferd/passivitet

¹²⁹ Barbo (1997) s. 235 flg. synes å legge til grunn at det er tale om et dispositivt avkall, mens Krüger (1989) s. 746, Kolrud (1997) s. 592-595 og Simonsen (1999) i punkt 3.6.2, konkluderer med at realitetsdrøftelser kan anføres under begge rettsgrunnlag.

¹³⁰ Monsen (2010) s. 201.

¹³¹ Monsen (2010) s. 202.

¹³² Se blant annet LB-2017-102637, LE-2016-54470, LB-2013-196352, TVEFO-2016-204644.

skal lede til rettstap, bør det kunne utledes relativt klart av adferden/passiviteten at den innebærer en aksept av reklamasjonen. Dette bør gjelde selv mellom profesjonelle parter».

Det er interessant å merke at lagmannsretten synes å anvende en høyere terskel for tap av reklamasjonsinnsigelser, enn det Agder lagmannsrett la til grunn for preklusjonsinnsigelser i LA-2017-194079 (omtalt ovenfor). Jeg kommer tilbake til forskjellen i vurderingstemaet mellom reklamasjonsinnsigelser og preklusjonsinnsigelser i punkt 4.5.

Det kan spørres om Eidsivating legger en for høy terskel til grunn i LE-2018-187163. Etter nærmere tre år med kommunikasjon rundt en mangel det var reklamert over, mener jeg at SVV kunne ha berettigede forventninger om at det ikke ville bli gjort gjeldende at det var reklamert for sent, selv om kommunikasjonen mellom partene ikke bar preg av å være substansielle realitetsdrøftelser. Rambøll hadde i løpet av den lange perioden før de fremmet reklamasjonsinnsigelsen flere oppfordringer til å gjøre preklusjon gjeldende. At det har funnet sted realitetsdrøftelser er et moment i passivitetsvurderingen, men når det hadde gått så lang tid, mener jeg at det ikke bør kreves for mye i retningen av realitetsdiskusjoner for å konstatere rettstap. Det må i betraktningen også ses hen til at SVV sannsynligvis har hatt utgifter til å avdekke rekkeviddene av mangelen og beregne tapet som prosjekteringsfeilen har forårsaket.

Spørsmålet om det er reklamert for sent, og om reklamasjonsinnsigelsen er tapt, er henvist til behandling i Høyesterett.¹³³ Det vil bli interessant å se hvilket vurderingstema Høyesterett tar utgangspunkt i og hvilken terskel Høyesterett legger til grunn. Temaet har også betydning for vurderingen av når preklusjonsinnsigelser kan gå tapt på ulovfestet grunnlag i entrepris-kontrakter, jf. punkt 4.5.

Etter min mening har Monsen formulert vurderingstemaet for tap av reklamasjonsinnsigelser på en kortfattet og forståelig måte. Vurderingen skal foretas ut fra en sammensatt vurdering av passivitet og aktivitet fra debtors side, og det er relevant å se hen til om det har funnet sted drøftelser av realiteten ved vurderingen av hvor klanderverdig passiviteten har vært. Det Monsen sier om hvordan «læren om realitetsdrøftelser» er å forstå samsvarer likevel for det aller meste med det andre forfattere også har fremhevet.¹³⁴ Innfallsvinkelen er videre i samsvar med deler av tidligere Høyesterettspraksis, og den siste Høyesterettsavgjørelsen om temaet, Rt-1984-962.¹³⁵

¹³³ HR-2020-104-U.

¹³⁴ Simonsen (1999) i punkt 3.6.2, Barbo (1997) s. 235 flg., Kolrud (1997) s. 585 flg.

¹³⁵ Rt-1920-831, Rt-1949-961 og Rt-1984-962.

4.5 «Læren om realitetsdrøftelser» anvendt på preklusjonsinnsigelser

Det er lagt til grunn i rettspraksis og teorien at synspunktene knyttet til tap av reklamasjonsinnsigelser på grunnlag av realitetsdrøftelser også kan føre til tap av preklusjonsinnsigelser.¹³⁶ Spørsmålet er i prinsippet det samme; om en samlet vurdering av en parts passivitet og aktivitet fører til at det er urimelig å gjøre fristoversittelsen gjeldende.¹³⁷ Etter vedtakelsen av kontravarslingsregelen i NS 8405 og NS 8407 kommer spørsmålet imidlertid langt sjeldnere på spissen.

I den siste drøftelsen av om byggherrens preklusjonsinnsigelse var gått tapt i LA-2017-194079, så retten hen til aktivitet byggherren hadde utvist, i tillegg til tiden som hadde gått, som kunne gjøre det urimelig å gjøre fristoversittelsen gjeldende.

Fylkeskommunen gjorde først ved mottakelsen av et spesifisert varsel – mer enn to og et halvt år etter det nøytrale varselet – gjeldende at det nøytrale varselet var fremsatt for sent. Retten viste videre til at byggherren hadde fremsatt innsigelser til realiteten i kravet da han mottok det nøytrale varselet, men ikke påberopt at det var varslet for sent. I tillegg hadde byggherren skrevet: «Vi vil imidlertid likevel selvsagt vurdere et eventuelt spesifisert krav». Retten fant på bakgrunn av dette at:

«Entreprenøren hadde dermed en berettiget forventning om at byggherren ikke ville gjøre gjeldende at det nøytrale varselet var for sent fremsatt. Når fristoversittelse først anføres i februar 2014, mer enn 2 ½ år senere, er det urimelig lang tid etter. Adgangen til å påberope seg fristoversittelsen må da anses falt bort ved passivitet.»

Det er etter min mening noen andre momenter som gjør seg gjeldende når det er tale om å avskjære en preklusjonsinnsigelse enn en reklamasjonsinnsigelse, som kan tale for at terskelen for å konstatere rettstap bør være lavere ved tap av preklusjonsinnsigelser.

For det første fremsettes varsler i entreprisekontrakter innenfor rammen av et løpende kontraktsforhold. Reklamasjon gjøres gjeldende etter at kontraktsforholdet avsluttet. Partenes forventning til lojalitet bør kunne settes høyere når kontraktarbeidet fremdeles pågår. Etter at kontraktsforholdet er avsluttet har partene gått hver sin vei, og det er kun dersom det oppstår mangler i ettertid at partene får behov for å kommunisere igjen. Agder lagmannsrett viste også til at «behovet for rask avklaring som kontraktsbestemmelsene ellers legger opp til» var mindre etter overtakelsen, i drøftelsen gjengitt ovenfor i LA-2017-194079.

¹³⁶ LE-2015-48389, LB-2004-4299, LH-1998-589. Barbo (1997) s. 239, Marthinussen (2016) s. 97, Nordtvedt (2013) s. 101.

¹³⁷ Her tar jeg utgangspunkt i vurderingstemaet formulert av Monsen jf. punkt 4.4. Den tradisjonelle formuleringen, slik jeg oppfatter rettspraksis og teori, er mer i retning av: «Om en samlet vurdering av en parts passivitet og aktivitet fører til at den annen part kunne ha berettigede forventninger om at fristoversittelsen ikke kom til å bli gjort gjeldende.» Som nevnt innledningsvis i punkt 4.2 tror jeg ikke forskjellen i formuleringen av vurderingstema fører til en annen konklusjon.

For det andre tilsier hensynene bak reklamasjonsreglene at det skal mer til for å tape en reklamasjonsinnsigelse enn en preklusjonsinnsigelse. Preklusjonsvirkningene er en fordel for, og skal ivareta hensynet til, den som mottar et for sent fremsatt varsel eller reklamasjon.

Etter mitt syn er hensynet til å ivareta debitor i en reklamasjonssituasjon bedre begrunnet enn hensynet til å ivareta mottaker av et for sent fremsatt varsel i et løpende kontraktsforhold.

Reklamasjonsfristene skal blant annet ivareta hensynet til debtors innrettelse, slik at han på et tidspunkt kan si seg ferdig med kontrakten. Hvor det for eksempel er snakk om reklamasjon over et huskjøp etter avhendingslova,¹³⁸ vil en reklamasjon kunne få stor innvirkning på debtors privatøkonomi. Debitor har kanskje kjøpt seg et nytt hus, og har ikke råd til å utbedre skjulte mangler ved huset han har solgt.

Der det er snakk om varsel om et tilleggskrav er kontraktarbeidet normalt fremdeles under oppføring. Preklusjonsreglene er inntatt i entreprisekontraktene for å bidra til en kostnadseffektiv avklaring av uenigheter, men prinsippet om ytelse mot ytelse ligger til grunn. Entreprenøren skal ha rimelig kompensasjon for det arbeidet han gjør, også når det viser seg å bli mer vanskelig eller dyrere enn forutsatt.

4.6 Kort om muligheten for å oppstille en kontravarslingsregel i NS 8406

NS 8406 oppstiller varslingsfrister for å gjøre krav gjeldende, men det er lagt til grunn i rettspraksis og teori at disse varslingsfristene ikke er preklusive.¹³⁹ De enkelte varslingsbestemmelsene i NS 8406 sier heller ikke uttrykkelig at manglende varsel fører til at kravet faller bort.¹⁴⁰ NS 8406 punkt 3 regulerer tap av rettigheter ved oversittelse av varslingsfristene etter standarden. Punkt 3 har overskriften «Passivitet» og bestemmer at:

«En part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts vanlige regler.»

Bestemmelsen viser til «norsk retts vanlige regler» for bortfall av rettigheter og innsigelser, men det kan spørres om den uttrykkelige reguleringen i punkt 3, holdt opp mot at det er avtalt at krav og innsigelser etter standarden skal gjøres gjeldende «innen rimelig tid», gir anvisning på en strammere passivitetsvurdering enn det som ellers følger av norsk rett. Som vi har sett er utgangspunktet ved den alminnelige passivitetsvurderingen om en kreditor har ventet «urimelig lenge» med å gjøre sin innsigelse gjeldende. De nevnte bestemmelsene lest i sammenheng kan tyde på at NS 8406 oppstiller en kortere frist.

¹³⁸ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

¹³⁹ Arvesen (2014) s. 49 flg., med videre henvisninger.

¹⁴⁰ NS 8406 punkt 19.1, 19.3, 19.4, 20, 22.2, og 22.3.

Det kan nevnes at i dom avsagt av Sogn og Fjordane tingrett i september 2019, ble det lagt til grunn at et krav var prekludert som følge av for sen varsling etter NS 8406 punkt 19.4 etter et tidsintervall på syv måneder.¹⁴¹ Tingretten så først hen til at manglende varsling i det konkrete tilfellet sannsynligvis hadde ledet til et større nettotap, for byggherren var i en posisjon til å ta grep for å redusere tapet, før retten kommenterte: «*Kontraktens varslingsregler synes å bli av svært begrenset betydning dersom de i slike tilfeller som den foreliggende ikke skal ha noen konsekvens.*»

Tingrettens vurdering i denne saken kan tyde på at passivitetsvurderingen for tap av rett ved manglende varsling etter NS 8406 skal være «strammere» enn utgangspunktet etter norsk rett. Det er også interessant at retten fant at kravet var prekludert, istedenfor å sanksjonere manglende varsling på bakgrunn av de konkrete ulempene det hadde medført.¹⁴² Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette spørsmålet her.

Det som i hovedsak skiller vurderingen av om rett til å påberope preklusjon kan tapes i NS 8406 fra problemstillingen presentert ovenfor, er at varslingsfristene etter NS 8406 ikke er preklusive. Rettigheter etter standarden tapes ved passivitet.

Som vi har sett kommer de ulovfestede grunnlagene for bortfall av en preklusjonsinnsigelse til anvendelse der kreditor venter urimelig lenge med å påberope innsigelsen, eventuelt kombinert med adferd som vil føre til at det er urimelig å gjøre preklusjon gjeldende.

For at det skal være aktuelt å diskutere om en anførsel om at det er varslet for sent er gått tapt etter NS 8406, kan det normalt forventes at det må ha gått en del tid. «Innen rimelig tid» er en romsligere fristregel enn «uten ugrunnet opphold». Dersom det i tillegg skal legges til grunn at kravet må ha gått tapt som følge av passivitet – at en part har ventet urimelig lenge med å gjøre det gjeldende – snakker vi normalt om flere måneder fra kravet oppsto til det kan anses falt bort. For at motpartens innsigelse til kravet også skal ha falt bort som følge av passivitet, snakker vi derfor om to «passivitetsperioder». Spørsmålet om tap av preklusjonsinnsigelser kommer derfor formodentligvis sjeldnere på spissen etter NS 8406.

Når passivitet skal vurderes for både varselet og innsigelsen, kan det videre tenkes at de konkrete omstendighetene som kunne tale for bortfall av kravet, også er relevante ved vurderingen av om preklusjonsinnsigelsen har gått tapt. Det skal for både kravet og innsigelsen foretas en helhetsvurdering av partens passivitet og aktivitet, sett i sammenheng med motpartens innretelse. Momentene som taler for at byggherren har utvist klanderverdig passivitet med hensyn til sin innsigelse, vil etter omstendighetene samtidig kunne tale for at han ikke har innrettet

¹⁴¹ TSOFT-2017-198790, i dommens punkt 3.3.3.5.

¹⁴² Der en varslingsregel anses som en selvstendig handleplikt, anses mislighold av varslingsregelen som et kontraktsbrudd som skal sanksjoneres etter ordinære misligholdsvirkninger, jf. også note 43 over.

seg på at entreprenørens varsel er tapt. Dersom det er tilfellet vil det nok være enklest å konkludere med at entreprenørens krav ikke er tapt.

Det kan imidlertid tenkes at behovet for å gjøre en preklusjonsinnsigelse gjeldende kan være enda større etter NS 8406 enn etter standardkontrakter som oppstiller preklusive frister. Bedømmelsen av varslingsfristens lengde er enda mer usikker etter NS 8406 enn etter standardkontraktene som benytter frister som «uten ugrunnet opphold». Bedømmelsen av om et krav har gått tapt som følge av passivitet er mye mer sammensatt, enn vurderingen av om en part hadde saklige grunner til å varsle sent. Mottaker av et varsel etter NS 8406 som finner at varselet er fremsatt for sent, kan derfor ha en særskilt oppfordring til å varsle motparten om at han mener kravet hans er gått tapt. Lojalitetsplikten kan tale for en slik varslingsplikt.

5 Enkelte rettspolitiske betraktninger

5.1 Gir regelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd uttrykk for en god regel?

Vi har sett at kontravarslingsregelen i NS 8405 punkt 8 tredje ledd ivaretar viktige hensyn i entreprisekontraktene. Selv der kontrakten ikke inneholder en frist for å gjøre preklusjon gjeldende kan gode grunner tale for å la en slik regel komme til anvendelse, dersom vi finner at det er urimelig at en part gjør fristoversittelsen gjeldende.

Men det kan spørres om kontravarslingsregelen inntatt i NS 8405 og NS 8407 er for streng. Fristen for å gjøre preklusjonsinnsigelsen gjeldende er, som vi har sett, svært knapp. Det kan sjelden godtas at en part har brukt mer enn et par uker på å vurdere om preklusjon skal påberopes eller ikke. Dersom partene ikke er tilstrekkelig klar over regelen, risikerer de at motpartens klart for sent fremsatte krav godtas uten sanksjon. Begrunnelsen for å oppstille preklusjonsregler i kontrakten – at byggherren skal beholde sin valgrett når kontrakten utvikler seg annerledes enn forutsatt – får da ingen virkning.

Ved å kreve at preklusjonsinnsigelser gjøres gjeldende «uten ugrunnet opphold» risikerer man at kontravarslingsregelen uthuler den preklusive virkningen av de andre varslingsreglene i kontrakten.

Det kan spørres om ikke en kontravarslingsregel som krevde at preklusjon ble gjort gjeldende «innen rimelig tid» ville utgjøre en bedre balanse mellom lojalitetshensynene som begrunner kontravarslingsregelen og formålet med preklusjonssystemet i kontrakten.

5.2 Tvisteløsningsmekanismen

Det kan videre spørres om det er et problem at uenighet knyttet til preklusjon i NS 8405 utskytes til sluttoppgjøret. NS 8405 punkt 8 tredje ledd oppstiller ingen regler for å løse uenig-

het knyttet til preklusjon. Tvisteløsningsmekanismen i NS 8405 punkt 26 om «Partsuenighet» får ikke anvendelse på preklusjonsinnsigelsene.¹⁴³

Både FIDIC-kontraktene og offshorekontraktene inneholder regler for å løse uenighet knyttet til om et krav er prekludert eller ikke underveis i kontraktsavviklingen.

FIDIC-kontraktene, som er den internasjonale entreprisestandarden med størst oppslutning,¹⁴⁴ regulerer hvordan uenigheten knyttet til om et krav er prekludert skal løses. FIDIC Silver Book og Red Book har omtrent sammenfallende ordlyd. FIDIC Silver Book clause 20.2.2 «Initial response» andre ledd bestemmer at en preklusjonsinnsigelse må settes frem innen 14 dager etter at en part har mottatt et varsel etter kontrakten. Dersom preklusjon ikke gjøres gjeldende innen fristen skal «*the Notice of Claim (...) be deemed to be a valid Notice*». Det for sent fremsatte varselet skal anses som gitt innen fristen. Denne regelen er helt parallell med punkt 8 tredje ledd siste punktum.

Clause 20.2.2 tredje ledd oppstiller imidlertid følgende regulering:

“If the claiming Party receives a Notice from the other Party under this Sub-Clause and disagrees with the other Party or considers there are circumstances which justify late submission of the Notice of Claim, the claiming Party shall include in its fully detailed Claim under Sub-Clause 20.2.4 [Fully detailed claim] details of such disagreement or why such late submission is justified (as the case may be).”

Vi ser at dersom parten som fremsatte det første varselet er uenig med anførselen om at varselet er prekludert, skal parten begrunne hvorfor kravet er sent fremsatt i sitt spesifiserte varsel etter clause 20.2.4. Clause 20.2.4 “Fully detailed claim” inneholder tilsvarende regulering av uenighet knyttet til preklusjon av det spesifiserte varselet.

Bestemmelsen 20.2.5 «Agreement or determination of the Claim» inneholder regulering av hvordan uenighet knyttet til varselet og preklusjon skal løses, og hvilken fristforlengelse og vederlagsjustering parten som fremsetter kravet skal få. Uenighet knyttet til preklusjon er altså satt inn i et system, og uenigheten blir ledet gjennom et kontraktsadministrativt spor.

Preklusjonsinnsigelsen er også satt inn i system etter NF 15 og NTK 15. Preklusjon skal gjøres gjeldende etter artikkel 16.2 fjerde ledd. Kaasen skriver at kontrakten må tolkes slik at

¹⁴³ NS 8405 punkt 26.2 bestemmer kun at en part kan ensidig kreve at en oppmann avgjør spørsmål knyttet til hvorvidt det foreligger en endring, og hvorvidt det foreligger svikt ved byggherrens leveranser eller medvirkning.

¹⁴⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 27.

preklusjonsinnsigelsen skal tas inn i DVO-en¹⁴⁵ som byggherren skal fremsette etter bestemmelsen.¹⁴⁶

Dersom preklusjonsinnsigelsen inntas i DVO-en blir uenigheten traktet gjennom kontraktens prosedyrebestemmelser, og finner sin løsning enten ved at den enten blir frafalt av en av partene, eller en av partene reiser sak for ekspert jf. artikkel 16.3 for midlertidig avgjørelse, eller voldgift er innledet jf. artikkel 16.4. Skjer ingen av disse hendelsene anses DVO-en for en del av arbeidet jf. artikkel 16.5. Det betyr at byggherrens syn legges til grunn, og leverandørens krav er prekludert. Uenigheten omkring spørsmålet om det var varslet i tide er således endelig avgjort underveis i kontraktsavviklingen.

Som skissert i punkt 2.5 kan usikkerheten knyttet til bedømmelsen av varslingsfristene for kravene som fremsettes til tider føre til at motparten ser seg tjent med å påberope preklusjon overfor alle varsler han mottar. Hadde NS 8405 inneholdt en tvisteløsningsmekanisme for uenighet knyttet til preklusjon, hadde man løst problemene med «blanco» påberopelse av preklusjon. For hver gang en part påberopte preklusjon uten at det forelå, kunne den andre parten fått løst tvisten ved midlertidig avgjørelse, og den andre parten måtte bære kostnadene.¹⁴⁷

Det sentrale hensynet som taler mot å innføre en tvisteløsningsmekanisme for uenighet knyttet til preklusjon etter NS 8405, eventuelt la kontraktens eksisterende tvisteløsningsmekanisme få anvendelse på omtvistede preklusjonsinnsigelser, er at standarden ikke burde være for komplisert å følge. Et sted må grensen trekkes, billedlig talt. En god standardkontrakt skal bidra til at kontraktarbeidet gjennomføres innen kontraktens rammer. Formalistiske regler kan bidra til å oppnå det målet. Kontrakten må samtidig være til å leve med. Det hjelper ikke at kontrakten løser alle problemer som tenkelig kan oppstå, dersom kontraktspartene ikke makter å oppfylle kontraktens bestemmelser.¹⁴⁸

Kanskje den mest formålstjenlige løsningen er å utvide varslingsfristen for kontravarsling etter NS 8405 punkt 8 tredje ledd til «innen rimelig tid», jf. drøftelsen i punkt 5.1? Ved en romsligere frist ville hensynene bak preklusjonsreglene i større grad ivaretas, samtidig som fremsettelsen av preklusjonsinnsigelsen om mulig kunne bli mindre konfliktfylt og usikkert.

¹⁴⁵ Omtvistet Endringsordre («Disputed Variation Order»). Heretter kun «DVO».

¹⁴⁶ Kaasen (2018) s. 483.

¹⁴⁷ Det er løsningen etter NS 8405 punkt 26, NF 15 og NTK 15 artikkel 16.3 og 16.4.

¹⁴⁸ Se Kaasen (2009) s. 48 flg.

Kildeliste

Litteratur

- Arvesen (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt. *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. Oslo: Gyldendal, 2014.
- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Buskerud Christoffersen (2019) Buskerud Christoffersen, Margrethe. *Aksjeeiers lojalitetsplikt*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2019.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Evald (2001) Evald, Jens. *Retsmisbrug i formueretten*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelse*. 2.utg., Oslo: Cappelen Damm, 2013.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Kaasen (2009) Kaasen, Knut. «Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter.» *Tidsskrift for forretningsjus*. 01 (2009) s. 48-70.

- Kaasen (2018) Kaasen, Knut. *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Kolrud (1992) Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inger-Johanne Lund, Svein Arild Pihlstrøm og Stein Erik Stinessen. *Kommentar til NS 3430*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- Kolrud (1997) Kolrud, Helge Jakob. «Reklamasjon og realitetsdrøftelser» i *Ånd og rett: festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997*. Peter Lødrup, Magnus Aarbakke red., Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Kolrud (2004) Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, Johnny Johansen, Inger-Johanne Lund, Dag Arne Ruud, Tor Wilhelm Seim og Bjørg Ven. *NS 8405 Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen: Alma mater, 1989.
- Krüger (1999) Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. Bergen: Alma mater, 1999.
- Marthinussen og Giverholt (2010) Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt. «Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter?» i *På rett grunn – Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Jan Einar Barbo, Lasse Simonsen red., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010, s. 304-327.
- Marthinussen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 4.utg., Oslo: Gyldendal, 2016.

- Monsen (2010) Monsen, Erik. «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», *Jussens Venner* nr. 3 (2010) s. 147-203.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo: J.W. Cappelens Forlag, 2007.
- Nordtvedt (2013) Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen. *NS 8407 Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo: Johan Grundt Tanum, 1966.
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo: Universitetsforlaget, 1977.
- Skag (2011) Skag, Miriam. «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsregler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 124, 3-4 (2011), s. 523–564.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt ansvar: det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Simonsen (1999) Simonsen, Lasse. «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene.» *Jussens Venner* 05-06 (1999) s. 305-398 [Sistert fra Idunn.no].
- Vea Lund (2017) Vealund, Maria. *Passivitet*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017.

Lover

1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven].
1979	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).
1988	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp [kjøpsloven].
1989	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere [håndverkertjenesteloven].
1992	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).
1999	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven).
2002	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

Forarbeider

Ot.prp.nr.80 (1986–1987)	Ot.prp.nr.80 (1986–1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løssørekjøp, vedtatt 11. april 1980.
NOU 1992:9	NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov, april 1992.

Ot.prp.nr.21 (1996-1997)

Ot.prp.nr.21 (1996–1997) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova), vedtatt 13. desember 1996.

Rettspraksis

Rt-1920-831

Rt-1928-980

Rt-1935-1014

Rt-1937-323

Rt-1949-961

Rt-1967-1248

Rt-1984-962 *Mesterhus*

Rt-1992-295 *Custos*

Rt-2005-257 *Hårfjerningsapparat*

Rt-2009-160 *Stryn Energi*

Rt-2010-103 *Kistebakkane*

Rt-2010-1345 *Oslo Vei*

Rt-2012-1779 *Victocor*

Rt-2015-1157 *Fårøya*

HR-2017-2375-A *Ulvesund Elektro*

HR-2018-383-A

HR-2019-830-A *Magne Sveen*

HR-2020-104-U

HR-2020-228-A

LH-1998-589

LB-2001-3116

LB-2004-4299

LE-2008-48886

LF-2012-183059

LB-2013-196352

LB-2014-141441

LE-2015-48389

LE-2016-54470

LB-2017-102637

LB-2017-177705
LA-2017-194079
LG-2018-29806
LE-2018-187163
LE-2019-4810
LB-2019-13312
LE-2019-78862

TSOFT-2017-198790
TVEFO-2016-204644

Standardkontrakter

FIDIC Red Book	Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils. (2017) Conditions of Contracts for Construction, 2 nd edition.
FIDIC Silver Book	Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils. (2017) Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects, 2 nd edition.
NTK 15	Norsk Industri. (2015) Norsk Totalkontrakt.
NF 15	Norsk Industri. (2015) Norsk Fabrikasjons- kontrakt.
NS 8401	Standard Norge. (2010) Alminnelige kon- traktsbestemmelser for prosjekteringsopp- drag.
NS 8405	Standard Norge. (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2.utg.
NS 8405:2004	Standard Norge. (2004) Norsk bygge- og anleggskontrakt.
NS 8406	Standard Norge. (2009) Forenklet norsk byg- ge- og anleggskontrakt.

- NS 8407 Standard Norge. (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.
- NS 8415 Standard Norge. (2008) Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider.
- NS 8417 Standard Norge. (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser.
- NS 3430 Standard Norge. (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 2. utg.
- NS 3401 Standard Norge. (1969) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.