

Tap av rettigheter etter NS 8406

Hva skal til for at krav og innsigelser tapes grunnet passivitet i kontrakter inngått etter NS 8406?

Kandidatnummer: 511

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17006



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Presiseringer og avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskildebildet	3
1.4	Fremstillingen videre	5
2	VARSLINGSREGLER I ENTREPRISEKONTRAKTER	6
2.1	Hensyn bak varslingsreglene i entrepriseforhold	6
2.2	Historisk utvikling av preklusjon ved manglende varslings.....	9
3	RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	11
3.1	Innholdet i varslingsplikten etter NS 8406	11
3.2	Tap av rettigheter grunnet manglende varslings.....	14
4	LÆREN OM RETTSTAP GRUNNET PASSIVITET I NORSK RETT	18
5	LÆREN OM PASSIVITET ANVENDT PÅ RETTIGHETER ETTER NS 8406	23
5.1	Innledning	23
5.2	Passivitetsutslag i de øvrige entreprisestandardene	23
5.3	Forskjellen mellom tap av krav og tap av innsigelser.....	24
5.4	Kommentar til underrettspraksis om passivitet i NS 8406	26
5.5	Momenter for å vurdere rettstap grunnet passivitet i NS 8406	29
5.5.1	Valget av NS 8406 som kontraktstandard	29
5.5.2	Partene	31
5.5.3	Medgått tid.....	32
5.5.4	Klanderverdighet	33
5.5.5	Byggherrens valgrett og kostnadsstyring	35
5.5.6	Mulighet til å begrense skade/tap	35
5.5.7	Dokumentasjon og begrunnelse.....	37
5.5.8	Partenes tidligere atferd i kontraktsforholdet	38
5.5.9	Rimelighet	39
5.5.10	Realitetsdrøftelser ved reklamasjonsinnsigelser.....	40
6	KONKLUSJON.....	43
	KILDELISTE	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede temaet for oppgaven er tap av rettigheter etter NS 8406¹. Problemstillingen er hva som skal til for at krav og innsigelser tapes grunnet passivitet i kontrakter inngått etter NS 8406.

Varslingsbestemmelser utgjør en sentral del av kontrakten i alle entreprisestandardene. I de fleste utarbeidede standardkontraktene virker varslingsfristene preklusive. At en frist virker preklusiv innebærer at rettigheten fristen gjelder for faller bort dersom fristen ikke overholdes.² To eksempler på preklusive frister fremgår av NS 8405³ punkt 24.4 og tilsvarende i NS 8407⁴ punkt 33.4 om varslingsfrist ved krav om fristforlengelse. I bestemmelsene står det uttrykkelig at kravet på fristforlengelse tapes dersom det ikke varsles innen fristen. Slik avtalebasert preklusjon er svært utbredt i både entreprise- og tilvirkningskontrakter. I NS 8406 er varslingsystemet i hovedsak løst på en annen måte.

Enkelte bestemmelser i NS 8406 har uttrykkelig preklusjonsvirkning slik som i NS 8405 og NS 8407. Dette gjelder blant annet punkt 25 om sluttoppgjøret og punkt 27.5 om tap av mangelskrav.⁵ Bestemmelsene fastslår at rettigheter tapes dersom fristene ikke overholdes. At virkningen av oversittet frist er inntatt i bestemmelsen, gjelder imidlertid mindretallet av varslingsbestemmelsene i NS 8406. I NS 8406 er det heller gjennomgående slik at virkningen av for sen varslingsfrist ikke er inntatt i bestemmelsene. De fleste varslingsbestemmelsene inneholder en plikt til å varsle innen en gitt frist, uten noen angivelse av virkningen av oversittet frist. I eksempelvis punkt 19.4 pålegges entreprenøren å varsle krav på vederlagsjustering eller fristforlengelse «innen rimelig tid», men det står ikke noe om hva virkningen er dersom fristen ikke overholdes.

Systemet i NS 8406 er ikke en ny måte å regulere varslingsfrist på. I de tidligere standardene NS 401⁶ og NS 401A⁷, og etterfølgende NS 3401⁸, var det i likhet med NS 8406 inntatt en rekke varslingsbestemmelser uten uttrykkelig preklusjonsvirkning. Domstolene var ved anvendelsen av disse tilbakeholdende med å la berettigede krav falle bort som følge av manglende rettidig

¹ NS 8406:2009 *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt*.

² Hagstøm (2011) s. 785.

³ NS 8405:2008 *Norsk bygge- og anleggskontrakt*.

⁴ NS 8407:2011 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser*.

⁵ Se også for eksempel punkt 22.2 fjerde og femte ledd om tap av henholdsvis deler av krav ved manglende dokumentasjon, og tap av innsigelse ved manglende varsel.

⁶ NS 401:1938 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*.

⁷ NS 401A:1961 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*.

⁸ NS 3401:1969 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*.

varsel.⁹ Ved vedtakelsen av NS 3430¹⁰ i 1991 mistet de ulovfestede reglene om tap av rettigheter i entreprisestandardene mye av sin aktualitet fordi den nye standarden selv inneholdt preklusjonsvirkninger.¹¹ Da NS 8406 ble vedtatt i 2006, ble anvendelsen av de ulovfestede reglene igjen et tema. Dette aktualiserer spørsmålet om hva som skal til for at rettigheter tapes der preklusjon ikke er direkte inntatt i varslingbestemmelsene.

I NS 8406 punkt 3 er det inntatt en generell regel om tap av rettigheter. Punkt 3 lyder som følger under overskriften «passivitet»:

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

Formålet med oppgaven er å avklare hva som skal til for at et krav eller en innsigelse som har oppstått i en kontrakt inngått etter NS 8406, tapes grunnet manglende eller for sen varsling. Oppgaven vil forsøke å identifisere hvilke momenter som kan utledes fra rettskildene og som blir avgjørende for vurderingen av tap av rettigheter. I den forbindelse vil det bli sett hen til hvilken betydning det får for anvendelsen av bakgrunnsretten at avtalen er inngått etter NS 8406.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Avhandlingen avgrenses mot avtaler inngått med forbruker som part. Oppgaven vil derfor ikke ta for seg potensielle avtaler som er inngått etter NS8406 og som samtidig faller inn under virkeområdet til reglene i bustadoppføringslova¹² eller håndverkertjenesteloven¹³ som er ufravikelige til ugunst for forbruker.¹⁴

Krav med grunnlag i kontrakt inngått etter NS 8406 kan tapes etter reglene i foreldelsesloven¹⁵. Denne oppgaven ser på tap av rettigheter grunnet for sen varsling, og avgrenses derfor i sin helhet mot tap av rettigheter etter denne loven. Det avgrenses også mot avkall på rettigheter ved avtale mellom partene.

Problemstillingen i denne oppgaven gjelder tap av rettigheter som følge av bakgrunnsretten grunnet for sen varsling. Oppgaven behandler derfor kun de varslingsfristene i NS 8406 der

⁹ Arvesen m.fl. (2014) s. 54.

¹⁰ NS 3430:1991 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*.

¹¹ Giverholt (2007) s. 391.

¹² Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

¹³ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven).

¹⁴ Bustadoppføringslova § 3 og håndverkertjenesteloven § 3.

¹⁵ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

preklusjon ikke er inntatt som uttrykkelig virkning. Tap av rettigheter i ettertid til tross for rettidig varsling vil heller ikke behandles, selv om det også her kan tenkes at passivitetsbetraktninger kan spille en rolle.

En rent praktisk virkning av manglende varsling, er at kravet ofte ikke anses tilstrekkelig bevist. For å kunne påberope seg et krav i sluttoppgjøret, må kravet være tilstrekkelig dokumentert underveis i prosjektet da det relevante forholdet inntraff. Manglende overholdelse av varslingsbestemmelsene kan inngå som et moment i bevisvurderingen. Motsetningsvis vil varsling være en del av dokumentasjon for kravet. Denne oppgaven omhandler ikke denne typen spørsmål, men forutsetter at det er materielt grunnlag for kravet.

1.3 Metode og rettskildebildet

Oppgaven er rettsdogmatisk, og tar sikte på å gi en oversikt over gjeldende rett. Avhandlingens problemstilling ligger i grenseland mellom entrepriseretten og generell kontraktsrett.

De kontraktrettslige spørsmål i entrepriseretten mellom næringsdrivende er ikke lovregulert. Reglene i bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven kodifiserer i stor grad entrepriserettslige prinsipper, og kan derfor i noen grad benyttes som tolkningsfaktor utenfor anvendelsesområdene.¹⁶ Grunnet de særlige forbrukerhensyn og at lovene ikke opererer med tilsvarende varslingsregimer som standardene, vil lovene ha begrenset vekt som rettskilde i denne oppgaven. Også kjøpsloven¹⁷ som i stor grad kodifiserer generelle obligasjonsrettslige prinsipper kan tenkes å ha relevans. I og med at entrepriseretten er en del av obligasjonsretten, kan enkelte lovbestemmelser ha overføringsverdi i tolkningen av entrepriserettslige spørsmål.

Forarbeidene til forbrukerentrepriselovene og kjøpsloven kan gi noe veiledning som tolkningsfaktor. I forarbeidene til bustadoppføringslova nevnes blant annet allmenne passivitetsregler flere steder.¹⁸ Rettskildevekten er likevel begrenset da forarbeidene tilhører lover som ikke direkte får anvendelse på kontraktsforholdet i denne oppgaven.

En av grunnene til at entrepriseretten i all hovedsak ikke er lovregulert, er at det er foregått en selvregulering ved bruk av standardkontrakter fra slutten av 1800-tallet.¹⁹ Standardkontraktene er utarbeidet av bransjen, har stor oppslutning og har derfor som rettskilde en særlig plass innenfor entrepriseretten.²⁰ Standardkontraktene har ingen forarbeider tilsvarende

¹⁶ Se også Hagstrøm (2014) s. 29 om dette.

¹⁷ Lov 13. mai 1988 om Kjøp (kjøpsloven).

¹⁸ Se for eksempel NOU 1992:9 s. 78.

¹⁹ Hagstrøm (2014) s. 25.

²⁰ Se for eksempel Rt-1967-1248.

lovforarbeider. Det utarbeides visse høringsuttalelser, men disse gir i utgangspunktet liten veiledning for hvordan kontraktsbestemmelser er å forstå, og vil ha svært begrenset vekt som rettskilde.²¹

Utover NS 8406 vil det også være relevant å se hen til andre kontraktstandarder fordi kontraktene i stor grad skal ivareta de samme hensynene. NS 8406 er en forenklet versjon av NS 8405. Formålet med vedtakelsen av NS 8406 var at kontrakten skulle benyttes på mindre prosjekter som ikke krevde de samme formaliserte varslingsprosedyrene som NS 8405 inneholder.²² Det er derfor særlig relevant å se hen til NS 8405 som sammenligningsgrunnlag.

Rettspraksis er en avgjørende rettskilde for å løse problemstillingen. Det skal nevnes at det er avsagt relativt få dommer om entrepriserettslige problemstillinger. Dette gjelder særlig høyesterettsdommer. Tidligere standarder inneholdt voldgiftklausuler som medførte lite domstolsbehandling.²³ I de senere år har imidlertid flere saker om entrepriserett vært oppe i domstolene.

Det er en rekke høyesterettsdommer som omhandler spørsmål om rettstap grunnet passivitet innenfor andre kontraktstyper enn NS 8406 som vil kunne ha overføringsverdi til problemstillingen. Det er likevel ingen høyesterettsdommer som direkte tar opp problemstillingen reist i denne avhandlingen. Derfor er det behov å se hen til relevant underrettspraksis. Selv om disse avgjørelsene i utgangspunktet har liten vekt som rettskilde, viser de hvordan domstolene har vurdert problemstillingen denne oppgaven reiser i konkrete saker. Det kan også være relevant å se på argumentasjonen som benyttes i underrettspraksis, og vurdere argumentasjonens legitimitet. Ved langvarig og samstemt underrettspraksis vil også dette kunne gi avgjørelsen større rettskildevekt, ved å gi uttrykk for en festnet praksis. Det er innenfor rammen av oppgaven ikke mulig å gå inn på all praksis som kan tenkes av verdi, men jeg har valgt ut de dommene jeg anser mest relevante.

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BFJR) er et privat tvisteløsningsorgan som avsier rådgivende uttalelser. BFJRs uttalelser publiseres som hovedregel på Rettsdata og er dermed tilgjengelig som rettskilde. Uttalelsene har en viss rettskildemessig relevans da rådet består av faglige kompetente medlemmer i en avgrenset bransje.²⁴ Uttalelsene kan også gi uttrykk for en festnet praksis i bransjen. Samtidig er det i dag færre saker som bringes inn for rådet enn før.²⁵

²¹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 24.

²² Arvesen (2006) s. 137.

²³ Hagstrøm (1997) s. 14 og se for eksempel NS 3401 punkt 29 der voldgift er hovedregelen ved tvister.

²⁴ Barbo (1997) s. 25.

²⁵ Bygg.no (2010).

Dette kan henge sammen med at flere entreprisesaker i dag bringes inn for de ordinære domstolene.

På entrepriserettens område har juridisk litteratur hatt en særlig plass grunnet manglende andre rettskilder.²⁶ Det er utgitt en rekke kommentarutgaver til de ulike standardene som er relevante for denne avhandlingen, da særlig kommentarutgaven til NS 8406.²⁷ Rettspraksis benytter seg aktivt av disse kommentarutgavene som rettskilde.²⁸ I og med at entrepriseretten er en spesialgren innenfor kontraktsretten, vil også litteratur om generell kontraktsrett kunne være relevant. Det er skrevet en del litteratur om passivitet som grunnlag for rettstap som er relevant for denne oppgaven.

1.4 Fremstillingen videre

Jeg vil først se overordnet på varslingsregler i entreprisekontrakter i punkt 2. Dette vil gi en ramme for hvilke særlige hensyn som blir avgjørende for spørsmålet om tap av rettigheter i NS 8406. Deretter vil jeg presentere de rettslige utgangspunktene for oppgaven i punkt 3. I punkt 4 vil jeg gi en redegjørelse for den alminnelige passivitetsregelen i norsk rett.

Drøftingen av hva som skal til for at passivitet medfører rettsvirkninger etter NS 8406 vil komme i punkt 5. Det sentrale for å løse problemstillingen vil være å finne frem til de momentene som gjør seg særlig gjeldende i en passivitetsvurdering for kontrakter inngått etter NS 8406. Til slutt vil jeg konkludere i punkt 6.

²⁶ Hagstrøm (1997) s. 15.

²⁷ Arvesen (2014).

²⁸ Se for eksempel HR-2019-1225-A avsnitt 63.

2 Varslingsregler i entreprisekontrakter

2.1 Hensyn bak varslingsreglene i entrepriseforhold

Partene i en entreprisekontrakt må håndtere utfordringer som skiller seg fra andre kontraktstyper. Utfordringene aktualiserer noen særlig hensyn. De forholdene som skiller entreprisekontraktene fra andre kontraktstyper, og de særlige hensynene, danner bakteppet for hvorfor entreprisestandardene er regulert slik de er. Jeg vil nå gjennomgå de mest sentrale særpregene ved entreprisekontraktene, og se på hvordan varslingsreglene bøter med noen av utfordringene som kan oppstå.

Et av de viktigste særpregene ved entreprisekontrakter, er deres dynamiske karakter.²⁹ At kontrakten er dynamisk vises både gjennom adgangen til endring og tilleggssarbeid, samt prosjektenes sårbarhet for ytre påvirkning.³⁰ Entreprenørens gjennomføring av kontrakten er grunnet dette beheftet med betydelig usikkerhet.³¹ Det tilhører unntakene at en kontraktsgjennomføring i et entrepriseprosjekt utvikler seg etter planen på alle områder.³² For entreprenøren vil det være usikkert hvilke utfordringer han vil møte på i sitt arbeid, mens det for byggherren kan være usikkerhet knyttet til om han får sin levering slik han ønsker. Dette dynamiske elementet kan gjerne omtales som det mest betydningsfulle særpreget ved entreprisekontrakter sammenlignet med andre typer kontrakter.³³

Tidsaspektet er en del av kontraktens dynamiske karakter. Kontraktene er langsiktige.³⁴ Ofte gjelder kontraktene flere år med arbeider som krever samarbeid mellom partene. Oppfyllelsen av kontrakten skjer ikke til et gitt tidspunkt, men løpende ved entreprenørens utførelse.³⁵ Dette skiller entreprisekontrakten fra for eksempel en kjøpskontrakt hvor oppfyllelsen skjer ved overlevering av realytelsen. Ved kjøp av en bil vil kontrakten knytte seg til tidspunkt for overlevering av bilen, mens det i entreprisekontrakter er snakk om oppfyllelse over et langt tidsrom. At prosjekter går over lang tid, aktualiserer også generelle bevishensyn. Dersom en domstol skal ta stilling til en tvist som skjedde flere år i forveien, kreves det mekanismer som sikrer tilstrekkelig dokumentasjon.

I og med at entrepriseprosjekter i all hovedsak gjennomføres utendørs, er gjennomføringen sårbar for vær og andre naturfenomener.³⁶ Dette spiller også inn i kontrakten dynamiske

²⁹ Hagstrøm (2014) s. 148.

³⁰ Hagstrøm (2014) s. 148-149.

³¹ Sandvik (1966) s. 85.

³² Barbo (1997) s. 3.

³³ Barbo (1997) s. 3.

³⁴ Sandvik (1966) s. 85 og Hagstrøm (1997) s. 10.

³⁵ Hagstrøm (1997) s. 10.

³⁶ Hagstrøm (1997) s. 11.

karakter. Kulde, vind, snø og regn kan vanskeliggjøre, og til tider også umuliggjøre, gjennomføringen av kontrakten slik det var forespeilet på forhånd. Disse ytre faktorene er igjen med på å skape usikkerhet i gjennomføringen av kontrakten. Ingen av partene kan forutse akkurat hvordan været vil bli gjennom hele byggeperioden.

Også uventede grunnforhold kan skape problemer som krever fleksibilitet.³⁷ Dersom grunnforholdene ikke er slik man forventet, vil gjennomføringen av kontrakten kunne være vanskeligere enn hva man forutsatte ved kontraktsinngåelsen. Arbeider i grunnen er ofte en stor del av kontrakten.³⁸ Grunnundersøkelser på forhånd er kostbart, og derfor gjennomføres det ofte ikke slike i hele grunnen, men kun stikkprøver. At dette er et særpreg ved entreprisekontrakter fremgår også av at risikoen for grunnforhold ofte er regulert i standardkontraktene.³⁹

Offentligrettslige reguleringer kan komme overraskende på både byggherre og entreprenør. Siden entreprisekontrakter omfatter arbeid som ofte er underlagt offentligrettslige reguleringer, kommer dette også inn som et særpreg ved kontraktstypen.⁴⁰ Ulike pålegg fra offentlig myndighet kan bidra til at gjennomføringen av kontrakten vanskeliggjøres, eller må endres.⁴¹

Entreprenørprosjekter krever ofte samordning av flere aktører. Det er gjennomgående snakk om kompliserte ytelser som krever mye samordning av aktørene og materiell.⁴² Ved oppføringen av et stort bygg, for eksempel et kontorbygg, er det som regel ikke kun én byggherre og én entreprenør involvert. Det kreves arkitekter, snekkere, malere, rørleggere, elektrikere og noen som fikser solskjermingen. Hver arbeidsprosess kreves en spesialist på det aktuelle feltet. For at prosjektet skal gå fremover, kreves det at alle disse aktørene gjør sitt arbeid i riktig rekkefølge. En aktørs forsinkelse, vil kunne få store konsekvenser for de andre aktørenes arbeid.

Sårbarhet for ytre påvirkninger og samordningsproblematikk gir entreprisekontrakter et improvisasjonspreg.⁴³ Det kan fort inntreffe hendelser som krever at gjennomføringen tilpasses etter det som har skjedd, eller at faktiske forhold viser seg å være annerledes enn det man trodde ved kontraktsinngåelsen. Dersom entreprenøren møter på slike utfordringer, må han ofte endre sin gjennomføring fra den opprinnelige planen.

³⁷ Hagstrøm (2014) s. 149.

³⁸ Hagstrøm (1997) s. 11.

³⁹ Se eksempelvis NS 8405 punkt 19.3 andre ledd, NS 8406 punkt 18.1 bokstav c og NS 8407 punkt 23.

⁴⁰ Hagstrøm (1997) s. 11 og Hagstrøm (2014) s. 149.

⁴¹ Sandvik (1966) s. 89.

⁴² Hagstrøm (1997) s. 11.

⁴³ Hagstrøm (1997) s. 11.

For å bøte med utfordringene nevnt over, opererer entreprisestandardene med rigide varslingsystemer sammenlignet med andre kontraktstyper. Varslingsbestemmelsene skal ivareta en rekke hensyn og påse at kontraktsgjennomføringen går så effektivt som mulig.

Varslingsplikten springer ut av lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten går ut på at hver part plikter å ta hensyn til motpartens interesser.⁴⁴ I entreprisekontrakter vil varsling være sentralt for å hensynta den andres interesser. Kravet til lojalitet kan være ulikt for forskjellige typer avtaler. Det som påvirker lojalitetskravet, vil være de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innenfor det aktuelle kontraktsområdet.⁴⁵ I entreprisekontrakter vil lojalitetsplikten stå relativt sterkt fordi prosjektets fremgang er sårbart for mange ytre påvirkninger. Varsling fra den ene part gir den andre part mulighet til å igangsette tiltak som kan begrense både økonomiske tap og tidsbruk.

I et entrepriseprosjekt har byggherren et behov for å holde oversikt og kontroll over prosjektets fremdrift og økonomiske situasjon. Dette er et av de overordnede hensyn som entreprenørens varslingsplikt hviler på.⁴⁶ Byggebransjen er preget av mye konkurser sammenlignet med andre bransjer.⁴⁷ Ved bedre økonomisk kontroll kunne potensielt antall konkurser gått ned. Dette er noe samfunnet ville gjøre seg tjent med.

For å kunne føre denne kontrollen og ha oversikten, er byggherren nødt til å varsles om forhold som medfører at kontraktsgjennomføringen vanskeliggjøres. Dette henger også sammen med byggherrens valgrett. Dersom det oppstår situasjoner som krever tiltak, er det byggherren som skal kunne velge hvilke tiltak som skal igangsettes, og på hvilken måte. Sandvik trekker frem byggherrens valgrett som et helt grunnleggende hensyn bak varslingsreglene i entrepriseretten.⁴⁸ For at byggherren skal ha sin valgrett i behold, kreves det at han blir oppmerksom på de forhold som oppstår. Byggherren skal for eksempel ha muligheten til å velge mellom forsering eller fristforlengelse.⁴⁹

Varslingssystemene som er valgt for entreprisestandardene skal sikre byggherrens kontroll med fremgang i prosjektet, og at partene kan ta vare på sine egne interesser i kontraktsforholdet. Samarbeid og samordning mellom de ulike aktørene gjør at varsling blir en helt essensiell del av kontrakten. De biforpliktelsene som varsling og lojalitet i kontraktsforhold utgjør, spiller

⁴⁴ Buskerud Christoffersen (2016) s. 154.

⁴⁵ Buskerud Christoffersen (2016) s. 155.

⁴⁶ Kolrud m.fl. (2004) s. 262.

⁴⁷ Davanger (2018).

⁴⁸ Sandvik (1966) s. 355.

⁴⁹ Kolrud m.fl. (2004) s. 262.

derfor en enda viktigere rolle i entreprisekontrakter enn i andre kontraktsforhold. Ved at partene forholder seg passive og ikke varsler under gjennomføringen, blir det vanskeligere å bøte med de utfordringer og ivareta de hensyn som er skissert ovenfor.

2.2 Historisk utvikling av preklusjon ved manglende varsling

Den historiske utviklingen av håndhevelsen av varslingsreglene viser hvordan behovet for varsling har vært søkt løst ved ulike regeloppsett. Alle de tidligere entreprisestandardene har inneholdt varslingsregler.⁵⁰ Det har variert om varslingsbestemmelsene i standardene har inneholdt preklusive frister. Tidlig rettspraksis var uansett lite villig til å gi varslingsbestemmelser selvstendig betydning for om et krav var i behold.⁵¹ Grunnen til dette er at det generelt ble ansett mer rimelig å la de reelle forholdene vinne over de formelle.⁵² Preklusjon ved manglende varsling er tross alt unntaket fra hovedregelen om at man skal kunne vinne frem med sine berettigede krav og innsigelser.

Ved vedtakelsen av NS 3430 i 1991 ble varslingsregimene betydeligere strengere enn i de tidligere standardene NS 401, NS 401 A og NS 3401. NS 3430 er forgjengeren til NS 8405, og vedtakelsen medførte et systemskifte.⁵³ I de tidligere standardene medførte sjelden for sen varsling at kravet bortfalt, med kunne være et grunnlag for erstatning der den andre part hadde lidt et økonomisk tap.⁵⁴ I NS 3430 ble det uttrykkelig inntatt at manglende varsling skulle medføre bortfall av krav, og man kunne derfor ikke lenger si at fristene ikke var ment å etterleves.⁵⁵ Ved vedtakelsen ble standarden kritisert for å være for formalistisk, og at den var mindre egnet for enklere entrepriseprosjekter.⁵⁶ Formålet med å innføre en så drastisk virkning ved oversittelse av fristene, er å skape et oppfyllelsespress. Ved å ha en streng virkning, vil varslingsreglene i større grad følges av partene.

Fortsatt var rettspraksis restriktive med å la formalitetene medføre at et berettiget krav bortfalt. I LH-2005-140477 kom lagmannsretten til at konsekvensen av manglende varsling om krav på fristforlengelse etter NS 3430 var at kravet tapes. Likevel konkluderte retten med at «forholdet må ha fremstått så åpenbart for Tromsø kommune at det vil være urimelig og stride mot den alminnelige rettsoppfatning å avslå kravet fordi formelt krav om fristforlengelse ikke ble sendt» og viste til juridisk teori. Det skal legges til at retten likevel lot flere andre krav falle bort grunnet

⁵⁰ Marthinussen m.fl. (2016) s. 93.

⁵¹ Arvesen m.fl. (2014) s. 53.

⁵² Sandvik (1966) s. 371.

⁵³ Hagstrøm (1997) s. 62.

⁵⁴ Hagstrøm (1997) s. 62.

⁵⁵ Arvesen m.fl. (2014) s. 55.

⁵⁶ Kolrud m.fl. (2004) s. 22.

manglende varsling. Dommen illustrerer likevel domstolenes tilbakeholdenhet med å la berettigede krav prekluderes grunnet manglene formaliteter.

I senere tid må det kunne legges til grunn at varslingsfristene har fått større selvstendig betydning.⁵⁷ Overholdelse av varslingsreglene ivaretar de hensyn som er beskrevet over, slik at utfordringene som oppstår i entreprisekontraktene kan håndteres på en best mulig måte. Rettspraksis viser fortsatt at domstolene tidvis setter fristene til side, men dette er særlig der det er spesielle situasjoner som medfører at kravet likevel skal være i behold tross manglende varsling.⁵⁸ Det klare utgangspunkt er kontraktens ordlyd, og partene må derfor innrette seg etter at rettigheter og innsigelser faller bort etter for eksempel NS 8405 dersom varslingsfristene ikke overholdes.

NS 8406 er ment å ha lempeligere varslingsregimer enn NS 8405 og andre standarder med tilsvarende uttrykkelige preklusive frister. Dette fremkommer også uttrykkelig i NS 8406 punkt 1. Den historiske utviklingen som særlig gjelder fremveksten av NS 8405 kan likevel ha betydning også for forståelsen av tap av rettigheter også etter NS 8406. Det økte fokuset på varsling og preklusjon som den historiske utviklingen viser, vil delvis også gjelde NS 8406. Hensynene bak varslingsreglene gjør seg gjeldende også etter denne standarden.

⁵⁷ Se eksempelvis LE-1998-648 og LE-1999-554.

⁵⁸ Arvesen m.fl. (2014) s. 56.

3 Rettslige utgangspunkter

3.1 Innholdet i varslingsplikten etter NS 8406

Selv om denne oppgaven handler om virkningen av manglende varsling, er det nødvendig med en oversikt over hvordan varsling er regulert i NS 8406. For å definere hva som er særegent med varslingsreglene i NS 8406, er det hensiktsmessig å sammenligne dem med hvordan varsling er regulert i NS 8405. Jeg vil derfor først gjennomgå noen likheter og ulikheter mellom varslingsystemet i NS 8406 og NS 8405, før jeg går over til å se på fristens utgangspunkt og fristens lengde i NS 8406. Til slutt vil jeg se på virkningen av oversittet frist.

Det er definert i NS 8406 punkt 1 at standarden er egnet der det ikke er nødvendig med «formaliserte varslingsprosedyrer». NS 8406 oppstiller likevel en rekke varslingsplikter som har både likheter og forskjeller med varslingspliktene i NS 8405. Lojalitetshensyn er som nevnt det bærende hensynet bak varslingsreglene. Selv om NS 8406 ikke har et generelt punkt om lojalitet slik NS 8405 har, gjelder lojalitetsplikten også etter denne standarden.⁵⁹

Etter NS 8406 punkt 7 skal «alle varsler og krav og svar på disse» etter bestemmelsene i kontrakten «fremsettes skriftlig». Dette er viktig av bevisshensyn. I og med manglende varsling kan få konsekvenser, er det av stor betydning at det ikke er tvilsomt om varsling er sendt, og at det er sendt til riktig adressat.⁶⁰ Varslingsregimet skiller seg i realiteten ikke nevneverdig ut fra NS 8405, men det er mye mindre omfattende regulert. Poenget er uansett at det skal varsles ved forhold som medfører avvik fra kontrakten i begge standardene.

NS 8406 har en rekke varslingsbestemmelser, men skiller seg her ut fra NS 8405 ved at fristene i utgangspunktet ikke har preklusive virkninger. Dette kan begrunnes ut fra flere ulike hensyn. For det første er NS 8406 ment å ha et annet anvendelsesområde enn eksempelvis NS 8405 som har strenge preklusive frister selv om både NS 8405 og NS 8406 skal anvendes i utførelsesentrepriser. Dette fremkommer uttrykkelig i NS 8406 punkt 1 hvor det står at standarden ikke bør anvendes der «mange entreprenører arbeider samtidig på byggeplassen» og at standarden er egnet for kontrakter hvor «forholdene ligger til rette for at byggherrens økonomiske, fremdriftsmessige og kvalitetsmessige kontroll og oversikt kan gjennomføres uten formaliserte varslingsprosedyrer». Dette samsvarer godt med virkeområdet til NS 8405 som defineres i punkt 1 som at standarden er egnet der «prosjektets omfang eller organisering tilsier behov for formaliserte varslingsregler med strenge konsekvenser (preklusjon) for unnlatt varsling [...]». Videre står det at NS 8406 er «klart mer egnet» der «det på grunn av organiseringen eller omfanget av prosjektet ikke er slike behov».

⁵⁹ Se NS 8405 punkt 5 og Arvesen (2006) s. 138.

⁶⁰ Arvesen m.fl. (2014) s. 81.

Der varslingsprosedyrene og samordningsplikten ikke er like viktig vil typisk være for mindre prosjekter, eller prosjekter med færre aktører. Ved bygging av en næringseiendom vil det typisk være en rekke ulike entreprenører som har ansvar for sin del, og valget vil naturlig være NS 8405. Maleren kan ikke male veggen før veggen er bygget. Her vil tidlig varsling være helt essensielt for å holde kontroll over prosjektet, og slippe unna merkostnader. Der aktørene er færre, som ved bygging av vei, kan det være mer naturlig å velge NS 8406. Prosjektet er ikke nødvendigvis så mye mindre, men varslingsprosedyrer og samordningsplikter vil ikke være like viktig i og med at det er færre sideentreprenører. Omfanget av arbeidet er derfor ikke det avgjørende for om valget skal falle på NS 8406.⁶¹ Det er verdt å merke seg at NS 8406 fortsatt har varsling som en sentral del av kontrakten selv om de enkelte fristene ikke er gitt preklusjonsvirkninger.

I NS 8406 er det ikke egne varslingsbestemmelser. Varslingsplikten er som regel bare inntatt i et ledd i de enkelte punktene. Dersom entreprenøren krever fristforlengelse grunnet svikt ved byggherrens medvirkning, kreves det etter punkt 19.4 varsling om krav på fristforlengelse «innen rimelig tid» etter andre ledd. Tilsvarende varslingsplikt i NS 8405 er skilt ut i et eget punkt i 21.1. Gjennomgående er varslingsplikter gitt egne punkter i NS 8405, se for eksempel NS 8405 punkt 25.3 om entreprenørens varslingsplikt om vederlagsjustering, og punkt 23.3 om byggherrens svarplikt ved mottakelse av endringskrav. Dette illustrerer godt hvordan NS 8406 er en forenklet versjon av NS 8405 med mindre formaliserte varslingsprosedyrer.

Varslingsregimet i NS skiller seg fra NS 8405 også på andre måter enn at fristene ikke er uttrykkelig preklusive eller skilt ut i egne punkter. I NS 8405 skilles det mellom nøytrale og spesifiserte varslingsregler. Et eksempel på dette er punkt 25.3 og punkt 25.4. Ved oversittelse av fristen for nøytralt varsel om vederlagsjustering etter punkt 25.3 vil entreprenøren tape retten til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for vederlagsjustering. Ved oversittelse av den spesifiserte fristen for varsling etter punkt 25.4 vil han kun ha krav på det vederlag som byggherren «måtte forstå» at forholdet ville medføre.

Det kan stilles spørsmål om det kan innfortolkes et videre krav til spesifisert varsling også etter NS 8406. En situasjon som kan oppstå er at entreprenøren krever fristforlengelse helt nøytralt grunnet et byggherreforhold som avslås av byggherre, og først i sluttoppgjøret tre år senere oppgir antall dager som kreves i fristforlengelse. Etter NS 8405 ville entreprenøren i en slik situasjon bare hatt krav på det byggherren «måtte forstå» etter NS 8405 punkt 24.6, forutsatt at det på et tidligere tidspunkt var grunnlag for å beregne omfanget av kravet. De hensyn som varslingsreglene skal ivareta vil bare i begrenset grad bli avhjulpet hvis ikke varselet spesifiseres. Det er ikke innenfor rammen av denne oppgaven å gå nærmere inn i dette

⁶¹ Arvesen m.fl. (2014) s. 47.

spørsmålet eller hva som eventuelt ville vært innholdet av en slik spesifisert varslingsplikt. Det må derfor legges til grunn at et nøytralt varsel være tilstrekkelig for at grunnlaget for kravet er i behold.

Hva som er fristens utgangspunkt, fremgår av den enkelte varslingsbestemmelse. NS 8406 punkt 19.3 pålegger entreprenøren å «innen rimelig tid» varsle byggherren dersom han mener at byggherrens påleggelse av ytelse uten utsendelse av endringsordre er en endring. Utgangspunktet for fristen er da når byggherren gir pålegget om ytelsen. Det er fra dette tidspunkt det må beregnes om parten har varslet innen fristen. På samme måte vil utgangspunktet for fristen til å varsle krav om vederlagsjustering grunnet svikt ved byggherrens medvirkning etter punkt 19.4, være når byggherrens svikt inntreffer.

Fristens lengde i NS 8406 er gjennomgående «innen rimelig tid». Dette tilsier at det skal tas hensyn til den andre part ved vurderingen av hvor lang tid som vil falle innenfor. Hver situasjon vil måtte vurderes konkret.⁶² Ordlyden «innen rimelig tid» benyttes også i kjøpsloven § 32 om reklamasjon. I forarbeidene til lovbestemmelsen understrekes det at dersom tingen er kjøpt av en næringsdrivende «kreves det raskere reaksjon enn om det dreier seg om en forbrukerkjøper».⁶³ Det trekkes også frem at hvor god sakkunnskap kjøperen har, er et moment. Disse betraktningene kan ha betydning også for forståelsen av «innen rimelig tid» i NS 8406. Partene vil være profesjonelle og ofte ha god sakkunnskap. Dette tilsier at rammen for hvor lang tid en part har på å varsle ikke er så lang.⁶⁴

I Rt. 2012 s. 1779 (Victocor) ble det uttalt i avsnitt 55 at «[d]et alminnelige lojalitetskravet i kontraktsforhold danner grunnlag også for reklamasjonsreglene: Den som mener å ha mottatt en vare som er mangelfull, må gi beskjed om dette på en slik måte at det gir den annen part rimelig mulighet for å ivareta sine interesser.» Saken omhandlet om påføringen av et korrosjonsbeskyttende belegg på bildeler utgjorde en mangel etter avtalen, og videre om det var reklamert i tide. Avgjørelsen illustrerer hva som er hensynene bak reklamasjonsreglene, og at den andre partens mulighet for å ivareta sine interesser er sentralt i vurderingen av fristens lengde.

Ved den konkrete vurderingen av om en part har varslet «innen rimelig tid» må det sees hen til de særlig entrepriserettslige hensynene som varslingen bygger på. Selv om ordlyden er den samme for de ulike varslingspliktene i kontrakten, vil tiden en part har til å varsle kunne variere mellom de ulike bestemmelsene. Dette fordi alle forhold vil være av betydning for den konkrete

⁶² Se for eksempel Rt-2010-103 (Kistebakkane) avsnitt 64 og Arvesen m.fl. (2014) s. 225.

⁶³ Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 80.

⁶⁴ Se også Arvesen m.fl. (2014) s. 225 der poenget trekkes frem.

vurderingen av hva som anses å være «innen rimelig tid». Dersom det er et særlig behov for den andre part til å få varsel tidlig, og parten som skal varsle har tilstrekkelig med kunnskap til å varsle, vil fristen ofte være kortere enn der varslingen ikke får betydning for den andre part.⁶⁵ Siden vurderingen skal fortas konkret for hvert enkelt tilfelle, er det ikke mulig å angi et tidsintervall som vil passe til alle tilfeller. En varslingsplikt som har kritiske følger av å ikke bli fulgt, og der varsling kreves raskt for å unngå store konsekvenser, vil «innen rimelig tid» kanskje kun være en uke. I andre situasjoner vil «innen rimelig tid» kunne forstås som at en part har flere måneder på å varsle. Det vil måtte gjøres en avveining av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.

Spørsmålet blir så hva virkningen av å ikke ha varslet «innen rimelig tid» er. I og med at preklusjon bevisst ikke er inntatt som virkning slik som i NS 8405, må det forutsettes at det også er meningen at fristene ikke skal være preklusive. Det er foretatt et bevisst valg at varslingsreglene er bygget opp annerledes. NS 8406 har også et annet anvendelsesområde enn NS 8405. Marthinussen og Giverholt tar til orde for at varsling og preklusjon har vært et tema i årevis, og at det må kunne forutsettes at det er foretatt bevisste valg når bestemmelsene er utformet.⁶⁶ Det kan derfor ikke innfortolkes preklusjon som virkning der dette ikke er uttrykkelig bestemt. En oversittet frist kan imidlertid være et kontraktsbrudd som kan medføre erstatningsansvar, men det faller utenfor oppgaven å gå nærmere inn på dette.

3.2 Tap av rettigheter grunnet manglende varsling

Spørsmål om tap av rettigheter i kontrakter inngått etter NS 8406 må i utgangspunktet løses gjennom en tolkning av avtalen mellom partene. Som jeg allerede har nevnt, inneholder NS 8406 som hovedregel varslingsfrister uten direkte preklusive virkninger ved oversittelse av fristene.

Det er inntatt en generell regel i punkt 3 i standarden. Bestemmelsen er ny sammenlignet med de tidligere standarder. NS 8406 punkt 3 lyder som følger:

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

Spørsmålet blir så hvordan dette punktet egentlig må forstås. Ved tolkningen av kontrakter i entrepriseforhold er det lagt til grunn at prinsippet om en objektiv fortolkning får en særlig

⁶⁵ Se likevel HR-2020-2254-A (Rambøll) avsnitt 53 der retten i vurderingen av om det er reklamert «ugrunnet opphold», uttaler at motpartens mulighet til å begrense skade ikke alene er avgjørende for fristens lengde.

⁶⁶ Marthinussen (2010) s. 306.

styrke.⁶⁷ Dette henger blant annet sammen med at standardene ikke har forarbeider slik som lover. Heller ikke hva de medvirkende til vedtakelsen av standardene mener kan være avgjørende, da disse meningene er ikke allment tilgjengelige.⁶⁸ Ordlyden vil derfor være det sentrale ved tolkningen av avtalen, og det må foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig språklig forståelse.⁶⁹ Samtidig må hele kontrakten leses i sammenheng. Det er ikke hvert enkelt punkt alene som er avgjørende.⁷⁰

Punkt 3 viser til «en part» som ikke varsler eller svarer. Bestemmelsen fanger derfor opp begge partene i kontraktsforholdet, både entreprenøren og byggherren. I NS 8406 finnes det varslingsregler begge veier, og begge parter vil kunne tape rettigheter.

Bestemmelsen angir at den både gjelder den som ikke «varsler eller svarer». Varsler gjelder de omstendigheter der en part ifølge standarden er pålagt å varsle den annen part. Et eksempel er NS 8406 punkt 19.1 siste ledd der entreprenøren er pålagt å varsle byggherren om sitt krav på justering av vederlag og tidsfrister innen rimelig tid. Med «svarer» menes for eksempel punkt 20 siste ledd om at den part som mottar et krav om fristforlengelse innen rimelig tid skal ta stilling til kravet.

Videre viser «innen kontraktens varslingsfrister» til de bestemte fristene som gjelder i NS 8406. Det kan selvfølgelig også være avtalt spesifikke andre frister, men dette faller utenfor denne avhandlingen. Et eksempel på en varslingsfrist er NS 8406 punkt 20 om partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure. I sjette ledd står det at «[p]arten skal innen rimelig tid varsle den andre parten om sitt krav på fristforlengelse etter denne bestemmelsen.» Kontraktens varslingsfrister vil variere etter hvilken bestemmelse i kontrakten som er aktuell, men i NS 8406 er det spesielt pålegg om å varsle «innen rimelig tid» som går igjen. Hva som er «innen rimelig tid» vil måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Både «rettigheter» og «innsigelser» kan tapes ifølge punkt 3. En rettighet kan være en rett til vederlagsjustering eller rett til fristforlengelse grunnet force majeure. Rettigheter er ikke begrenset til rene pengekrav. En innsigelse er den andre parts innvending mot det påståtte kravet.⁷¹ En innsigelse er et svar på et varsel. Dersom byggherren mener at entreprenøren ikke har krav på den fristforlengelse han har varslet etter punkt 20 sjette ledd, må han innen rimelig tid gi sin innsigelse til dette etter syvende ledd.

⁶⁷ Se for eksempel Rt. 2012 s. 1729 (Mika).

⁶⁸ Hagstrøm (1997) s. 15.

⁶⁹ Rt-2010-1345 (Oslo Vei) avsnitt 59.

⁷⁰ Se eksempelvis Rt-2012-1729 (Mika) avsnitt 66.

⁷¹ Se for eksempel HR-2020-228-A avsnitt 51.

Punkt 3 i seg selv sier ikke noe om hva som skal til for at et krav eller en innsigelse går tapt, men er kun en henvisning til andre regler. Punktet henviser både til fristene oppstilt i kontrakten som nevnt over, og til «norsk retts vanlige rettsregler». «Norsk retts vanlige rettsregler» sammenholdt med overskriften «passivitet» henviser til bakgrunnsretten, herunder passivitetsregelen i norsk rett. Høyesterett har nylig brukt læren om rettstap grunnet passivitet på både krav og innsigelser i entrepriseforhold i HR-2018-383-A (dagmulkt-dommen) og HR-2020-2254-A (Rambøll-dommen). Jeg vil omtale disse avgjørelsene nærmere under punkt 4.

Den alminnelige regelen om rettstap grunnet passivitet i norsk rett kan i utgangspunktet anvendes i alle kontraktsforhold, også der det ikke er noen bestemmelse i kontrakten om dette. Dette fremkommer blant annet av forarbeidene til bustadoppføringslova som gjelder forbrukerentrepriser. Her uttales det blant annet at behovet for reklamasjonsregler underveis i byggeprosessen ikke er til stede fordi forbrukeres krav vil kunne komme til fradrag i sluttoppgjøret.⁷² Likevel uttales det videre at allmenne passivitetsregler kan komme inn og medføre rettstap dersom forbrukeren venter «urimeleg lenge» med å fremme sine krav.⁷³ Det kreves derfor verken uttrykkelige varslingsfrister eller bestemmelser tilsvarende punkt 3 for at rettstap grunnet passivitet kan inntreffe for rettigheter oppstått i kontrakten.

Hvilken selvstendig betydning punkt 3 dermed egentlig har kan diskuteres. Bakgrunnsretten ville uansett kunne kommet til anvendelse for rettigheter etter NS 8406. Teorien legger også til grunn at selv uten denne generelle henvisningen i punkt 3 i NS 8406, ville norsk retts vanlige rettsregler om bortfall av rettigheter grunnet passivitet kommet til anvendelse.⁷⁴ Punkt 3 i NS 8406 kan derfor anses som overflødig.

Likevel understreker punkt 3 at krav og innsigelser kan tapes selv om det ikke uttrykkelig står i de enkelte varslingsbestemmelsene. At punkt 3 er inntatt tydeliggjør at partene i alle tilfeller ikke har avtalt at bakgrunnsretten ikke skal komme til anvendelse. Punktet fungerer som en påminnelse til partene om at bakgrunnsretten gjelder. Dette har betydning for hvilke forventninger partene berettiget kan ha med tanke på spørsmål om tap av rettigheter. Begge parter vil ved anvendelse av NS 8406 som kontraktstandard, være klar over at rettigheter kan falle bort ved manglende eller for sen varsling. Vurderingen av rettstap må ta utgangspunkt i den ulovfestede regelen om passivitet i norsk rett, supplert med de særlige entrepriserettslige hensynene som gjør seg gjeldende.

⁷² NOU 1992:9 s. 44.

⁷³ NOU 1992:9 s. 44.

⁷⁴ Arvesen m.fl. (2014) s. 53.

Det er etter denne gjennomgangen klart at rettigheter kan tapes grunnet passivitet i kontrakter inngått etter NS 8406. Slik kontrakten er bygget opp vil likevel ikke fristene alene være avgjørende for om en rettighet tapes. Ordlyden i punkt 3 sammenholdt med at det ikke kan innfortolkes preklusjon i fristene, gjør at det må foretas en selvstendig vurdering av om kravet eller innsigelsen skal anses tapt grunnet passivitet dersom den aktuelle fristen i kontrakten er oversittet.⁷⁵ Hva som anses som «innen rimelig tid» i det enkelte tilfellet, vil likevel kunne få betydning ved vurderingen av om et krav eller en innsigelse er tapt grunnet passivitet. De samme hensynene som begrunner hva som er «innen rimelig tid» i det konkrete tilfellet, vil kunne gjøre seg gjeldende også i den etterfølgende passivitetsvurderingen.

Den alminnelige passivitetsregelen i norsk rett er ulovfestet og skapt gjennom langvarig rettspraksis. Det rettslige utgangspunktet for å foreta en vurdering av rettstap grunnet passivitet er derfor Høyesteretts praksis. Praksisen er langvarig og momentene som går igjen er konsekvente.

⁷⁵ Se også for eksempel sak fra Nedre Romerike tingrett 11-150684TVI-NERO hvor retten først konkluderer med at fristen i NS 8406 punkt 19.4 er oversittet, for deretter å vurdere om kravet er tapt.

4 Læren om rettstap grunnet passivitet i norsk rett

Passivitet har i norsk rett både blitt anvendt som grunnlag for avtalebinding og rettstap.⁷⁶ Utgangspunktet i norsk rett er at det er gjennom handling og utsagn at man tilkjenne gir partsvilje til å binde seg til en avtale, og dermed at passivitet motsetningsvis ikke binder.⁷⁷ Det samme utgangspunktet gjør seg gjeldende for avkall av rettigheter i en kontrakt. Den alminnelige regelen om passivitet modifierer dermed dette utgangspunktet ved at unnlatelse av å handle kan medføre rettsvirkninger.

Hensynet bak at en slik regel om binding og rettstap ved passivitet er vokst frem er blant annet innrettelseshensyn, forutberegnelighet, rimelighet og lojalitet i kontraktsforhold. Hensynene begrunner en aktivitetsplikt avtaleforholdet i enkelte situasjoner. For avtalebinding ved passivitet vil det være snakk om en plikt til å handle i en prekontraktuell fase dersom man ikke ønsker å binde seg. En parts handlinger eller unnlatelse av å handle kan binde dersom den gir den andre part rimelig grunn til å tro at avtale er inngått.⁷⁸ Avtalebinding ved passivitet vil jeg ikke gå nærmere inn på da det faller utenfor oppgaven. Poenget er uansett at passivitet kan få inngripende rettslige konsekvenser.

Anvendelsesområdet til passivitetsregelen er i utgangspunktet i alle kontraktsforhold, og regelen eksisterer ved siden av og supplerer lovgivingen.⁷⁹ I og med at norsk rett baseres på at manglende eller for sen reklamasjon medfører rettstap⁸⁰, vil likevel læren først og fremst få anvendelse i kontraktsforhold der det ikke er lovfestede eller uttrykkelige reklamasjonsfrister. I lovgivingen finnes flere reklamasjonsbestemmelser som er utslag av passivitets hensyn, blant annet kjøpsloven § 23 og bustadoppføringslova § 11 fjerde ledd. Ved oversittelse av disse lovbestemte fristene, vil rettsvirkningen være rettstap. Passivitetslæren vil derfor i all hovedsak supplere der det ikke er reklamasjonsfrister, eller der det ikke er avtalt uttrykkelig hva som er virkningen av oversittet frist.

Hallsteinsen skriver at det avgjørende for Høyesterett ved vurderingen av etablering, endring og bortfall av forpliktelse har vært om den ene part har rimelig grunn til å tro at en forpliktelse er etablert, endret eller bortfalt.⁸¹ Ved en vurdering av om passivitet fra den ene parten har medført tap av et krav, vil det derfor være avgjørende hvordan den andre parten oppfatter den

⁷⁶ Hagstrøm (2011) s. 53.

⁷⁷ Woxholth (2021) s. 120.

⁷⁸ Se for eksempel Rt-2001-1288 (Gate Gourmet) s. 1300 og Rt-2008-969 avsnitt 30.

⁷⁹ Se blant annet HR-2018-383-A (dagmulkt) avsnitt 40 hvor dette uttales.

⁸⁰ Se Monsen (2010) s. 193.

⁸¹ Hallsteinsen (2018) s. 657.

andres passive atferd. Dette vil henge tett sammen med innrettelse. Også rettspolitiske betraktninger om hva som er rimelig og rettferdig vil spille inn i vurderingen.⁸²

Vea Lund skriver i sin bok at «Det å halde seg passiv når lojalitetsbaserte handlenormer tilseier at ein bør handle må ut frå omstenda reknast som ei aktlaus åtferd» når hun knytter passivitet til lojalitet.⁸³ Hun ser at passivitetsvurderingen på mange måter tilsvarer en culpa-vurdering. Høyesterett legger vekt på rimelighet og lar ofte krav tapes grunnet passivitet der de finner grunn til å bebreide parten for at ikke forholdet er lagt på bordet tidligere. Helhetsvurderingen ligner på en vurdering av om parten «burde sagt fra tidligere» som vi kjenner igjen fra vurderingen av culpa i erstatningsretten. I forarbeidene til bustadoppføringslova brukes formuleringen «urimelig lenge» som en terskel for rettsvirkninger av passivitet.⁸⁴ Også Monsen bruker denne formuleringen som det sentrale spørsmålet i vurderingen av passivitet.⁸⁵

I vurderingen av om en part har ventet «urimelig lenge» med å fremme sin rettighet, vil det være ulike hensyn som må veies opp mot hverandre. Den ulovfestede regelen om rettstap grunnet passivitet har som tidligere nevnt vokst frem gjennom rettspraksis. Spørsmålet har vært oppe i en rekke høyesterettsdommer, og her har vurderingstemaet blitt nærmere definert.

I Rt-1992-295 (Custos) er en sentral dom der spørsmålet om rettstap grunnet passivitet kom på spissen. Dommen omhandlet leie av en lastebil og spørsmålet var både om det var inngått en bindende avtale, og om kravet var tapt grunnet passivitet. Flertallet kom til at avtalen i utgangspunktet var bindende, men at kredittselskapet hadde tapt sitt krav ved å forholde seg passive i nesten ett år. Det ble vektlagt at selskapet hadde en klar oppfordring om å undersøke saken nærmere og at selskapet var den profesjonelle part. Den sterke oppfordringen til å handle sammen med innrettelseshensyn hos motparten ble i stor grad avgjørende.

Dommen viser tydelig hvor sentrale både oppfordringen til å handle og innrettelseshensynet er når man vurderer om passivitet skal medføre rettsvirkninger. Der en part får den andre til å tro at et krav ikke eksisterer, vil det være rimelig at kravet tapes. Generelt vil forutberegnelighet spille inn som sentralt her. Når en part forholder seg passivt der han skulle handlet, vil det være vanskelig for en motpart i god tro å ta vare på sine egne interesser. Motparten vil da ikke være klar over at han har et krav mot seg.

⁸² Hagstrøm (2011) s. 366.

⁸³ Vea Lund (2017) punkt 8.4.1.3.

⁸⁴ NOU 1992:9 s. 44.

⁸⁵ Monsen (2010) s. 31.

Fra nyere rettspraksis kan dagmulkt-dommen nevnes. I dommen var spørsmålet om et dagmulktkrav etter bustadoppføringslova var tapt grunnet passivitet fra forbrukerne. Kravet om dagmulkt hadde blitt fremsatt tidligere, men gjentatt 10 måneder etter overtakelse, og åtte måneder etter å ha mottatt sluttoppstilling fra entreprenøren. I avsnitt 41 stiller Høyesterett opp følgende utgangspunkt for vurderingen:

«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. Høyesterett foretok, slik jeg ser det, en vurdering etter slike linjer i den nevnte Custos-dommen.»

Høyesterett fant at det var «utelukket» at dagmulktkravet var gått tapt før mottakelse av sluttoppstillingen.⁸⁶ Dette fordi oppgjøret fortsatt var uavklart, og dermed hadde ikke forbrukerne noen oppfordring til å gjenta sitt krav på dagmulkt. Ved mottakelsen av sluttoppstillingen fikk forbrukerne en viss oppfordring til å handle, men siden entreprenøren var klar over at forbrukerne ventet på et tilleggskrav fra ham, hadde han da ikke «noen rimelig grunn til å innrette seg på at dagmulktkravet var frafalt».⁸⁷

Etter en samtale fire måneder senere hvor entreprenøren gjorde det klart at han ikke lenger ville kreve noe av forbrukerne, mente Høyesterett at forbrukerne fikk en klar oppfordring til å fremme dagmulktkravet. Forbrukerne fremmet ikke kravet før fire måneder etter dette igjen, men Høyesterett kom likevel til at kravet ikke var tapt. Det ble særlig lagt vekt på at forbrukere gjennomgående må innrømmes rommeligere frister enn andre.⁸⁸

Dommen følger opp momentene fra Custos. Momentene som trekkes frem av førstvoterende er om parten har hatt en «særlig oppfordring til å si fra før» og den annen parts «særlig behov for å innrette seg på at kravet ikke eksisterer eller ikke blir forfulgt». Det skal foretas en helhetsvurdering av alle omstendigheter, og i helhetsvurderingen vil alt relevant i kontraktsforholdet kunne trekkes inn. De forventninger til gjensidig lojalitet som avtaleforholdet har skapt vil typisk bero på hva slags avtale det er. I dagmulkt-saken ble både oppfordring og innrettelse sentrale momenter, mens avtaleforholdet spilte sin rolle ved at forbrukerhensyn ble avgjørende.

⁸⁶ HR-2018-383 (dagmulkt) avsnitt 42.

⁸⁷ HR-2018-383 (dagmulkt) avsnitt 45.

⁸⁸ HR-2018-383 (dagmulkt) avsnitt 46.

I Rambøll-dommen følges vurderingstemaet fra tidligere rettspraksis opp i en sak om en entreprisekontrakt i næring. Saken gjaldt en prosjekteringsavtale inngått med kontraktstandard NS 8401. En mengde oppgitt i konkurransegrunnlaget viste seg å være angitt betydelig lavere enn de faktiske kostnadene. Byggherren (staten) krevde erstatning fra konsulenten (Rambøll) som hadde utarbeidet grunnlaget. En enstemmig Høyesterett kom til at staten ikke hadde reklamert «uten ugrunnet opphold» slik kontrakten krevde, og at de derfor hadde reklamert for sent. Det ble imidlertid videre et spørsmål om Rambøll hadde tapt sin reklamasjonsinnsigelse grunnet passivitet ved å ikke komme med reklamasjonsinnsigelsen før etter rundt tre år etter reklamasjonen var fremsatt. Kontrakten inneholdt ingen uttrykkelig bestemmelse om plikt til å gjøre reklamasjonsinnsigelser gjeldende innen en viss tid. Høyesterett uttalte det at selv om kontrakten ikke inneholdt noen uttrykkelige bestemmelser om dette, måtte kontrakten kunne suppleres av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, herunder ulovfestede passivitetsregler.

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av om passiviteten skulle få rettsvirkninger formuleres i dommens avsnitt 60 som:

«om prosjekteringssiden gjennom sin opptreden og mulige passivitet ga byggherren rimelig grunn til å tro at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli gjort gjeldende. Dette vil blant annet bero på hvorvidt prosjekteringssiden hadde en særlig oppfordring til å gjøre innsigelsen gjeldende på et tidligere tidspunkt, og på hvorvidt byggherren hadde et særlig behov for å innrette seg på at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli påberopt. Helhetsvurderingen må skje i lys av de forventinger til gjensidig lojalitet som følger av avtaleforholdet mellom partene»

Retten vurderte all korrespondanse mellom partene, blant annet et brev sendt fra Rambølls skadeoppgjørsselskap. Brevet i seg selv ble ikke ansett som et frafall av reklamasjonsinnsigelser, men selskapet avslo et krav fordi var for sent fremsatt, mens de avslo det aktuelle kravet i saken på materielt grunnlag. Førstvoterende uttalte at dette kunne gi staten grunn til å tro at det ikke ville bli gjort gjeldende noen reklamasjonsinnsigelse senere for det kravet som ble avvist på materielt grunnlag. Foreldelsesfristen ble også suspendert grunnet lang behandlingstid. Også dette ga selskapet en særlig oppfordring til å ta stilling til reklamasjonsinnsigelsen. Retten konkluderte med Rambøll hadde tapt sin rett til å påberope seg at det var reklamert for sent.

Det avgjørende for retten synes å være at etter en helhetsvurdering av kontakten mellom partene, var det rimelig at staten innrettet seg etter at en reklamasjonsinnsigelse ikke ville bli fremlagt. I løpet av kommunikasjonen mellom partene var dere på flere tidspunkt en

oppfordring til å si fra om man ønsket å påberope seg dette. Ved å forholde seg passiv til reklamasjonen i rundt tre år ble reklamasjonsinnsigelsen tapt.

Dommen illustrerer at passivitet som grunnlag for tap av innsigelser kommer inn uavhengig av om det er en konkret bestemmelse i kontrakten om dette. Vurderingstemaet som oppstilles av Høyesterett følger dagmulkt-dommen og viser at det er oppfordring til å varsle tidligere og innrettelse hos den annen part som er de sentrale momentene.

Oppsummert vil rettstap grunnet passivitet inntreffe dersom en part har ventet «urimelig lenge» med å påberope seg sin rettighet. Det sentrale vurderingstemaet som er løftet frem av Høyesterett, og som er avgjørende i vurderingen av rettstap grunnet passivitet, er om den ene part har hatt en særlig oppfordring til å varsle den andre parten tidligere, og om den andre part har hatt et særlig behov for å innrette seg etter at det ikke vil bli varslet senere. Begge disse momentene springer ut fra hensynet til lojalitet i kontraktsforhold. Vurderingen skal foretas i lys av de forventninger til lojalitet avtaleforholdet har skapt.

5 Læren om passivitet anvendt på rettigheter etter NS 8406

5.1 Innledning

For å se på hva som skal til for at rettigheter tapes grunnet passivitet etter NS 8406, er utgangspunktet det sentrale vurderingstemaet som fremgår av forrige punkt. Det avgjørende vil være om en av partene har ventet «urimelig lenge» med å varsle. I denne vurderingen vil hvilken oppfordring parten hadde til å varsle, samt den andre parts innrettelse stå sentralt. Det vil være en rekke momenter som gjør seg særlig gjeldende for kontrakter inngått etter NS 8406 grunnet de hensyn som gjør seg gjeldende.

Jeg vil først se på hvordan passivitetshensyn har fått utslag i øvrige entreprisestandarder for å se om dette kan ha noe overføringsverdi til NS 8406. Deretter vil jeg foreta en sontring mellom tap av krav og tap av innsigelser, da dette kan få betydning for vurderingen av rettstap. Jeg vil så gi en kort kommentar til underrettspraksis' vurdering av passivitetsspørsmål etter NS 8406 før jeg gjennomgår en rekke momenter. Momentene er de jeg mener kan utledes fra de entrepriserettslige hensynene og rettspraksis som må vektlegges i vurderingen av om en rettighet skal anses bortfalt grunnet passivitet i en avtale inngått etter NS 8406.

5.2 Passivitetsutslag i de øvrige entreprisestandardene

Når den alminnelige passivitetsregelen skal anvendes på kontraktsbestemmelser i NS 8406, kan det være interessant å se hvordan passivitetshensyn har fått utslag i de øvrige entreprisestandardene. Dette fordi standardene i stor grad skal ivareta de samme hensynene selv om virkeområdet er noe annerledes. I og med at NS 8406 er en forenklet versjon av NS 8405, vil særlig denne standarden være av interesse som sammenligningsgrunnlag. Selv om NS 8406 skiller seg fra NS 8405 på flere områder, har kontraktene også mange likheter.

I de nyere standardene NS 8405 for utførelsesentrepriser og NS 8407 for totalentrepriser, er det oppgitt strenge preklusive frister. Et eksempel på dette er entreprenørens varslingsplikt dersom han ønsker å påberope seg et pålegg som en endring i NS 8405 punkt 23.2. Her står det at entreprenøren må varsle byggherren «uten ugrunnet opphold» dersom han ser pålegget som en endring, hvis ikke «taper han retten til å påberope seg at pålegget innebærer en endring». NS 8405 punkt 8 innebærer også en generell plikt til å komme med innsigelser uten ugrunnet opphold, ellers tapes reklamasjonsinnsigelser på samme måte.

Varslingsfristene med preklusive virkninger er utslag av passivitetshensyn. Reglene tvinger partene til å ikke forholde seg passive når ulike forhold oppstår. Tiden en part har til å varsle, angir på mange måter det tidsrom en part har til å handle før han eller hun anses å være passiv. Det skal altså lite til for å anses passiv etter de andre standardene, og dermed lite til for at krav og innsigelser tapes. Det skal sies at domstolene ved flere anledninger har satt til side den strenge preklusive virkningen grunnet rimelighet uten at jeg skal gå nærmere inn på det her.

INS 8405 punkt 1 står det at standarden er egnet for entrepriseavtaler der omfanget tilsier behov for «formaliserte varslingsregler med strenge konsekvenser (preklusjon) for unnlatt varsling» eller av samordningsgrunner. At formaliteter skal kunne gå over realitetene kan i enkelte situasjoner virker urimelig. Samtidig medfører de preklusive varslingsreglene at partene til enhver tid i større grad vet sin egen posisjon i forhold til den andre parten. Et krav eller en innsigelse vil ikke komme overraskende i et sluttoppgjør. Dette har sine klare fordeler, blant annet at partene er bedre rustet til å ta vare på egne interesser, og at byggherren har bedre oversikt over økonomien i prosjektet underveis.

Det er ellers liten plass for mer generelle passivitetsvurderinger etter standardene som allerede inneholder preklusive frister. En part kan ikke miste sitt krav eller innsigelse grunnet passivitet tidligere enn de de oppgitte fristene. Dette fordi fristene er angitt svært kort frem i tid. Å tape krav og innsigelser grunnet passivitet vil derfor være lite praktisk i standarder som allerede regulerer spørsmålet uttrykkelig. Et krav som er varslet i tide, kan imidlertid tenkes tapt i ettertid grunnet passivitet. Dette faller utenfor oppgaven.

5.3 Forskjellen mellom tap av krav og tap av innsigelser

Det er ikke det samme å tape et krav og å tape en innsigelse, men begge tap kan medføre store konsekvenser. Å tape et krav vil medføre at man for eksempel ikke vil ha krav på vederlag for den jobben som er gjennomført. Å tape en innsigelse vil som regel medføre at det den andre parten har krevd, legges til grunn. Dette kan også ha stor betydning dersom man faktisk mener at det som er krevd ikke er riktig. I verste fall ender man opp med å betale for noe som den andre parten ikke er berettiget til. Det kan stilles spørsmål om terskelen for å tape et krav og for å tape en innsigelse grunnet passivitet er lik. Ved vurderingen av tap av rettigheter grunnet passivitet må hvert forhold vurderes konkret.

Et eksempel på en situasjon som kan oppstå er at entreprenøren krever fristforlengelse etter NS 8406 punkt 19.4. Han varslar da dette til byggherren etter andre ledd. I det byggherren mottar dette varselet vil han få en «særlig oppfordring» til å tilkjennegi sitt syn på saken. Han har mottatt varselet skriftlig, og det er naturlig å tenke at dette er noe man raskt skal ta stilling til. På samme måte vil entreprenøren, dersom han ikke får noen innvendinger på sitt varsel, innrette seg på at byggherren godtar fristforlengelseskravet. Denne innrettelsesprosessen vil som regel skje raskere i påvente av en innsigelse, enn i påvente av et krav som kan komme uventet.

Samtidig er entreprisekontraktens system bygget opp slik at alle krav og innsigelser skal avgjøres endelig ved sluttoppgjøret. I NS 8406 punkt 25.1 andre ledd er det bestemt at sluttoppstillingen fra entreprenøren skal inneholde en «full oversikt over partenes mellomværende». Byggherren må etter punkt 25.2 fremme sine innsigelser innen to måneder

etter mottakelse av sluttoppstillingen, hvis ikke tapes disse etter andre ledd. Ut ifra dette kunne det tenkes at det er rimelig at byggherren kan tillates å fremme sine innsigelser til entreprenørens krav først ved sluttoppgjøret. Det er her alt mellomværende mellom partene uansett skal løses, og det kan anses strengt at byggherren må ta stilling til alle entreprenørens krav før dette tidspunktet.

Likevel ville det brutt med varslingsystemet i kontrakten dersom dette skulle vært en bastant regel. Regler om kontravarsling springer på samme måte som regler om varsling ut fra hensynet til lojalitet, og sikrer at partene kan ta vare på egne interesser. Entreprenøren vil ofte ha behov for å vite hvordan byggherren stiller seg til hans krav for å kunne ta veloverveide beslutninger om hvordan kontraktsgjennomføringen skal foretas. Dersom entreprenørens krav på fristforlengelse blir avslått av byggherren, vil dette medføre at entreprenøren vil kunne ta et bevisst valg rundt om han vil opprettholde kravet, eller forsere og heller kreve vederlag i tilfelle kravet viser seg å ikke være berettiget senere. Om en innsigelse skal anses tapt grunnet passivitet vil derfor måtte vurderes konkret på samme måte som for krav. Det er også noen særlige faktorer som medfører at innsigelser kanskje generelt kan tapes grunnet passivitet raskere enn krav.

I Byggebransjens Faglig Juridiske Råd sak 403 (1993) ble en innsigelse til krav om tilleggsvedelag for riving av veggstrie ansett tapt etter kun to uker. Avgjørelsen gjaldt NS 3401 punkt 11.4 som ikke inneholdt noen uttrykkelig bestemmelse om innsigelsesfrist. Begrunnelsen var at entreprenøren på disse to ukene måtte kunne forholde seg til at kravet om tillegg var godtatt av byggherren. Den rådgivende uttalelsen illustrerer at det i spørsmål om tap av innsigelser må kunne stilles krav til raskere respons enn for varsel om selve kravet.

NS 3401 punkt 11.4 tilsvarer i stor grad dagens NS 8406 19.3 der byggherren etter tredje ledd «innen rimelig tid» må ta stilling til entreprenørens krav om endring. Arvesen m.fl. har også lagt til grunn i sin kommentarutgave til NS 8406 at byggherren etter denne bestemmelsen vil ha en kort frist til å fremme sine innsigelser. I og med at byggherren er hovedårsak til at varsel etter punkt 19.3 skal gis, kan det kreves at han skal svare raskt.⁸⁹ Også hensynet til entreprenøren og hans stilling kommer inn som hensyn.

Barbo mente også at det var flere forhold som tilsa at byggherren måtte pålegges å gi en rask respons. Vanligvis måtte en innsigelse til et krav komme langt raskere enn hva som kunne kreves av entreprenøren i hans fremsettelse av krav om endringsordre.⁹⁰ Dette begrunnet han med at problemstillingen og vurderingstemaet ville være klart avgrenset for byggherren i det

⁸⁹ Arvesen m.fl. (2014) s. 238.

⁹⁰ Barbo (1997) s. 263.

han mottok varselet, noe som gjorde vurderingen mye mindre kompleks.⁹¹ Barbo tar her utgangspunkt i NS 3430 der fristen for å komme med innsigelser er «uten ugrunnet opphold», men de samme hensyn gjør seg gjeldende i vurderingen av om en innsigelse er tap etter NS 8406. Det vil selvfølgelig måtte gis en lenger frist, men hva som er «innen rimelig tid» vil påvirkes av at byggherren ikke står foran noen vanskelig vurdering. Han skal kun ta stilling til en klart avgrenset problemstilling.

Avgjørelsen fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd, uttalelser i kommentarutgaven av NS 8406, Barbos betraktninger og reelle hensyn tilsier at fristen til å komme med en innsigelse ofte vil være kortere enn fristen til å varsle et krav. Særlig der byggherrens handling iverksetter entreprenørens varslingsplikt vil byggherren måtte komme med sine innsigelser relativt kjapt. Byggherren vil da være kjent med grunnlaget for entreprenørens varsel fordi det skyldes hans handlinger. Tilsvarende vil det etter vurderingstemaet for passivitet oppstilt av Høyesterett være en «særlig oppfordring» til å komme med sin innsigelse dersom man selv har forårsaket den andres varsling. Det vil også være en større grunn til innrettelse hos den andre part dersom ikke en innsigelse påberopes fort fordi man er inne i en kommunikasjon om forholdet.

5.4 Kommentar til underrettspraksis om passivitet i NS 8406

Saksnummer 15-056355TVI-SENJ fra Senja tingrett (Implenia-dommen), 17-198790TVI-SOFT fra Sogn og Fjordane tingrett (E39-dommen) og 11-150684TVI-NERO fra Nedre Romerike tingrett (Bjørkelangen-dommen) er alle tingrettsdommer som omhandler tap av krav i kontrakt inngått etter NS 8406. Tingrettsdommer generelt har begrenset rettskildemessig vekt. Disse dommene er likevel relevante å se hen til fordi de direkte omhandler problemstillingen om tap av rettigheter etter NS 8406. Jeg vil kort presentere dommene og deretter komme med en kommentar til hvordan tingretten setter opp det rettslige grunnlaget for vurderingen av om kravet skal anses tapt grunnet manglende varsling.

Implenia-dommen omhandlet en rekke tvister i forbindelse med sluttoppgjør etter NS 8406 mellom Statens Vegvesen Nord (heretter «SVV») og Implenia Norge AS (heretter «Implenia»). Tingretten kom til at et fristforlengelseskrav grunnet sen kontraktsinngåelse var ansett tapt grunnet passivitet, mens et annet krav på fristforlengelse grunnet avvik i antall slagserier hardramming ble ansett å være i behold til tross for manglende varsling. Saken ble anket og behandlet av lagmannsretten i LH-2016-93008, men spørsmål om preklusjon grunnet passivitet ble i all hovedsak kun behandlet i tingretten. Jeg vil derfor anvende tingrettens vurdering i det videre, men jeg vil opplyse om det dersom lagmannsretten uttalte seg om spørsmålene.

⁹¹ Barbo (1997) s. 263.

E39-dommen omhandlet også tvist om krav etter NS 8406 mellom Af Gruppen Norge AS (heretter «AF») og Staten v/Samferdselsdepartementet (heretter «SVV»). Saken gjaldt en rekke tilleggskrav etter bygging av vei E39. AF krevde blant annet tilleggsvederlag fra SVV fordi de måtte ta hensyn til kollektivtrafikken under arbeidet. De anførte i denne forbindelse at kravet ikke kunne være prekludert fordi NS8406 ikke inneholdt preklusive varslingsregler. Retten kom til at kravet på tilleggsvederlag var tapt grunnet passivitet.

I Bjørkelangen-dommen var det spørsmål om passivitet skulle medføre bortfall av et krav om plunder- og heft etter NS 8406. Saken gjaldt en kontrakt inngått etter NS 8406 mellom Tronrud Entreprenør AS (heretter «TE») og Akershus fylkeskommune (heretter «AFK») om arbeider på en skole. Det oppsto tvist ved sluttoppgjøret om en rekke punkter, blant annet et krav fra TE om plunder og heft. AFK anførte at kravet var for sent fremsatt etter NS 8406 punkt 19.4 andre ledd jf. Punkt 3. Tilleggskravet om plunder og heft gjaldt fra hele byggeperioden på 62 uker, og ble ikke fremmet før i sluttoppgjøret, omtrent to måneder etter byggetiden. Det var altså gått over ett år uten at kravet var påberopt. Kravet ble av retten ansett tapt grunnet passivitet.

Slik gjennomgangen under punkt 4 ovenfor viser, er det sentrale utgangspunktet i en passivitetsvurdering om en part har ventet urimelig lenge med å fremme sitt krav. I denne vurderingen har Høyesterett oppstilt som det avgjørende om den ene part hadde en særlig oppfordring til å varsle tidligere, og om den andre part hadde et særlig behov for innrettelse. Tingretten oppstiller ikke disse rettslige utgangspunktene.

I Implenia-dommen i vurderingen av fristforlengelseskrav grunnet sen kontraktsinngåelse, begynner retten med å vise til NS 8406 punkt 3. Deretter går de rett over i en konkret vurdering og uttaler at Implenia hadde en særlig oppfordring til å tilkjenne sitt syn. Retten oppstiller ikke dette som sentralt for vurderingen tidligere. Innrettelseshensyn hos motparten virker videre å være avgjørende, uten at heller dette blir definert som vurderingstema innledningsvis. Dette kravet var ikke anket til lagmannsretten, og ble følgelig ikke behandlet der.

Ved kravet om fristforlengelse grunnet antall slagserier hardramming i samme dom, viser retten igjen til punkt 3. Deretter uttales det at utgangspunktet er at krav ikke faller bort grunnet manglende varsel, og at det kreves «særlige forhold» som kan begrunne en slik rettsvirkning. Deretter går retten inn i den konkrete vurderingen. Her virker tingretten å angi «særlige forhold» som vurderingstema for om kravet skal falle bort, og viser til juridisk teori til støtte for dette. Dette følger ikke linjene oppstilt av Høyesterett i vurderingen av passivitet. I ankebehandlingen i lagmannsretten ble det uttalt at «også tingrettens vurdering av betydningen av manglende varslings er lagmannsretten enig i», uten å gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Også i E39-dommen viser retten først til NS 8406 punkt 3. Deretter går retten rett over i å se på hensynene som begrunner varslingsreglene. I vurderingen ble det de entrepriserettslige hensyn om byggherrens kostnadsstyring og hans valgfritt avgjørende for at kravet ble ansett tapt. I dommen vises ikke til et mer overordnet vurderingstema for passivitetsvurderingen.

I Bjørkelangen-dommen viser retten til NS 8406 punkt 3 slik som i de andre dommene, og oppstiller som utgangspunkt at vurderingen er «en konkret rimelighetsvurdering om for sen varsling skal tillegges den betydning av kravet er tapt». Deretter trekkes betydningen den sene varslingen har hatt for den andre parten frem som sentralt. Retten lister opp innrettelse, mulighet til å begrense skade, om kravet må anses kjent av motparten og hvor klart, velbegrunnet og godt dokumentert kravet er som momenter i vurderingen. Tingretten er her nærmere det vurderingstemaet som er oppstilt av Høyesterett, men det angis ikke like konkret og oversiktlig.

I alle de tre dommene foretas en helhetsvurdering av om rettigheter etter kontrakten skal falle bort i tråd med slik læren om passivitet er utpenslet ovenfor. Likevel uttales det ikke uttrykkelig i noen av sakene at de knytter den konkrete vurderingen opp til vurderingstemaet som er oppstilt av Høyesterett. Tingrettene viser heller til NS 8406 punkt 3, for deretter å gå rett på en konkret rimelighetsvurdering av om kravet skal anses bortfalt grunnet manglende varsling. Bjørkelangen-dommen er noe nærmere å følge høyesteretts linje når de ramser opp sentrale momenter, men det oppstilles ikke som et utgangspunkt for vurderingen. I de avgjørelsene der kravet anses tapt, konkluderes det også med at kravet tapes etter NS 8406 punkt 3. Dette er noe upresist da kravet i og for seg ikke tapes etter punkt 3, men etter bakgrunnsretten som punkt 3 henviser til.

Etter Rambøll-dommen og dagmulkt-dommen kan det stilles spørsmål ved om tingretten etter to så klare prejudikater på entrepriserettens område bør starte med å uttrykkelig oppstille det samme utgangspunktet. Selv om ingen av disse to Høyesterettsdommene direkte omhandler NS 8406, handler de om tap av krav og innsigelser i entrepriseforhold forankret i bakgrunnsretten. Det er nettopp denne bakgrunnsretten som også henvises til i NS 8406 punkt 3, og som dermed skal avgjøre om et krav eller en innsigelse er tapt etter NS 8406. Underrettspraksis bør i utgangspunktet følge det vurderingstemaet som Høyesterett oppstiller.

Om resultatet ville blitt annerledes dersom tingretten oppstilte det vurderingstemaet som Høyesterett har gjort, er vanskelig å svare på. I tingrettens helhetsvurderinger kommer både om parten burde varslet tidligere, og hensynet til den andre partens innrettelse inn som tungtveiende momenter. Mest sannsynlig ville vurderingen blitt veldig lik uavhengig av om utgangspunktet stilles opp slik som Høyesterett gjør det. Dette fordi vurderingen uansett innebærer en helhetsvurdering. De momentene som tingretten vektlegger, er helt sentrale for helhetsvurderingen og ville nok bli vektlagt uansett hvordan inngangen til vurderingen foretas.

5.5 Momenter for å vurdere rettstap grunnet passivitet i NS 8406

5.5.1 Valget av NS 8406 som kontraktstandard

For å vurdere om en rettighet er prekludert i NS 8406, må det foretas en konkret helhetsvurdering av alle omstendigheter. Det sentrale er om den ene part hadde en særlig oppfordring til å varsle på et tidligere tidspunkt, og hvorvidt den andre part hadde en særlig grunn til å innrette seg etter at det ikke vil bli varslet senere. Helhetsvurderingen må skje i lys av de forventninger til gjensidig lojalitet som avtaleforholdet har skapt. Et naturlig spørsmål som kan reises er om den ene part har gitt den andre part rimelig grunn til å tro at kravet eller innsigelsen ikke eksisterer eller vil påberopes senere. I denne vurderingen vil selve valget av kontraktstandard utgjøre et sentralt moment.

Generelt er varslingsreglene noe særegent som skiller entreprisekontrakter fra andre kontraktsforhold. Dette henger sammen med at entreprisekontrakter ofte går over lang tid, og er særlig påvirket av ytre faktorer som er gjennomgått ovenfor. Varsling mellom partene underveis i kontraktgjennomføringen har derfor en helt sentral plass i disse kontraktene. Dette gjelder også for NS 8406 selv om varslingsfristene ikke i utgangspunktet virker preklusive.

For det første spiller ordlyden i standarden en sentral rolle i hva som skal til for å miste rettigheter grunnet passivitet. For å sikre forutberegnelighet for begge parter, må avtalen være utgangspunktet ved vurderingen av om et krav eller en innsigelse kan anses tapt. Etter ordlyden i NS 8406 tapes ikke krav automatisk ved oversittelse av fristene. Dette motsetningsvis til hvordan preklusjon er regulert i de andre standardkontraktene som NS 8405 og NS 8407.

Valget av NS 8406 i stedet for NS 8405, tilsier at partene har ment at varslingsreglene ikke var like viktig for det aktuelle prosjektet. Dette er understreket i NS 8406 punkt 1 hvor det står at standarden er egnet for «kontraktsforhold hvor forholdene ligger til rette for at byggherrens økonomiske, fremdriftsmessige og kvalitetsmessige kontroll og oversikt kan gjennomføres uten formaliserte varslingsprosedyrer». NS 8405 med sine strenge frister og uttrykkelig bestemte preklusjonsvirkninger, er bevisst valgt bort av begge parter. Valget av kontraktstandard tilsier derfor noe tilbakeholdenhet med å la partene miste rettigheter. Det er klart at det ikke var ment fra partene at varslingsfristene skulle ha de samme preklusjonsvirkninger som følger av NS 8405 og øvrige standarder. Det må derfor skulle mer til å tape rettigheter i NS 8406 enn i NS 8405.

Det er i praksis lagt til grunn at hvilke forventninger til lojalitet kontraktsforholdet har skapt, er sentralt i vurderingen av tap av rettigheter. Selv om NS 8406 ikke er ment å ha de samme strenge varslingsreglene med preklusive frister som NS 8405, vil inngåelsen av avtalen gi noen forventninger om lojal opptreden. Generelt vil entrepriseavtaler skjerpe kravet til lojalitet fordi kontraktsforholdet går over lang tid, og hver part er avhengig av kommunikasjon med den

andre. I Rambøll-dommen understrekes dette av førstvoterende når hun uttaler om entreprisekontrakter at:

«[i] slike kontraktsforhold vil det i anleggsfasen normalt være et utstrakt samarbeid mellom partene. Forholdene ligger derved godt til rette for å drøfte utfordringer i prosjektet, også med tanke på å finne minnelige løsninger i tilknytning til krav som måtte være varslet.»

Uttalelsen kommer i forbindelse med en vurdering av hvorvidt realitetsdrøftelser skulle kunne avskjære en reklamasjonsinnsigelse. Uttalelsen tydeliggjør det samarbeidet mellom partene som forutsettes ved gjennomføringen av en entreprisekontrakt. Dette samarbeidet tilsier at lojalitetskravet står sterkt.

Standarden skjerper også lojalitetskravet gjennom de bestemte varslingsreglene. Selv om fristene i utgangspunktet ikke virker preklusive, er det et kontraktsbrudd å ikke følge bestemmelsene. For å handle lojalt innad i kontraktsforholdet er det naturlig at partene unngår kontraktbrudd. I og med at kontrakten har varslingsreglene, gir dette en forventning om at de også følges underveis i prosjektet. Varslingsreglenes funksjon er å sikre at begge parter på best mulig måte kan ivareta sine egne interesser. Regelen om rettstap grunnet passivitet er anvendt flere ganger på rettigheter i kontrakter uten uttrykkelige varslingsfrister. Ved kontrakter som har varslingsfrister vil dette tilsi en skjerpet plikt. Det vil være en større oppfordring til å varsle dersom det står i kontrakten at man skal gjøre det.

Varslingsregimet i NS 8406 kan sådan sies å gi partene en særlig oppfordring til å varsle den andre parten om et forhold. Siden det står i kontrakten at entreprenøren skal varsle innen rimelig tid dersom han krever fristforlengelse, vil ordlyden i seg selv gjøre at det foreligger en særlig oppfordring til å varsle om forholdet så fort som mulig. Varslingspliktene skjerper den handlingsplikten man etter norsk retts regel om rettstap grunnet passivitet har.

Innrettelseshensynet gjør seg også særlig gjeldende grunnet varslingsplikten. I og med at det er oppstilt varslingsfrister, vil den andre parten ofte innrette seg etter at forhold som ikke påberopes innen fristen, heller ikke vil påberopes senere. I vurderingen av rettstap grunnet passivitet, vil innrettelseshensynet tilsi at kravet eller innsigelsen er tapt. At det i det hele tatt er varslingsplikter med varslingsfrister i kontrakten, tilsier at parten lettere vil få en høyere grad av innrettelse ved manglende eller for sen varslings.

Også de særlige entrepriserettslige hensynene tilsier et økt krav til lojalitet, og dermed også et større behov for innrettelse. I de situasjonene der manglene varslings medfører at byggherren eksempelvis mister sin valgrett, vil dette fort kunne anses å være brudd på lojalitetsplikten. For

det første foreligger det et kontraktsbrudd, og for det andre vil byggherren ved manglende beskjed anta at et forhold enten ikke har inntruffet, eller er uten betydning. Det vil i alle tilfeller være rimelig å anta at han ikke ser for seg et krav om tilleggsvederlag eller fristforlengelse senere.

Punkt 3 i NS 8406 kan også bidra til å skjerpe kravene til handling for partene. Regelen om rettstap grunnet passivitet har blitt anvendt i en rekke dommer i kontraktsforhold som verken hadde oppstilte frister, eller noen henvisning til passivitetsregelen. At punkt 3 er en del av kontrakten er i seg selv med på å bygge opp under forventningen om at varslingsreglene skal overholdes. Partene er ved kontraktinngåelsen klar over at krav og innsigelser kan tapes da dette uttrykkelig står i kontrakten. Selv om punkt 3 i seg selv ikke er avgjørende, vil bestemmelsen sammenholdt med varslingsfristene tilsi at rettstap grunnet passivitet inntreffer på et tidligere tidspunkt enn i andre kontraktstyper som ikke inneholder slike bestemmelser.

5.5.2 Partene

Partene som inngår avtaler etter NS 8406 er i all hovedsak profesjonelle parter. Siden partene må anses kjent med kontraktsområdet, vil det måtte kunne stilles større krav til deres gjennomføring av kontrakten. Varslingsregler kan med andre ord ikke anses som noe nytt for partene.

Ved profesjonelle parter styrkes kravet til lojalitet, og krav til handling hos partene. I Custosdommen ble dette blant annet vektlagt når flertallet uttalte at:

«Custos var den profesjonelle part, og minner også om at Custos hadde overlatt selve kontraktsslutningen til Contractors. Custos burde på denne bakgrunn ikke ha slått seg til ro med at Høstland heftet i henhold til kontraktsdokumentet, og at ytterligere tiltak var unødvendige.»⁹²

Når både byggherre og entreprenør er profesjonelle parter, samt at hver part som regel består av et stort apparat som er godt kjent med hvordan entreprisekontrakter er oppbygget, må det stilles skjerpede krav til at varslingsplikten overholdes. Partene får ved å være profesjonelle en større oppfordring til å varsle på et tidligere tidspunkt.⁹³ Selv om partene bevisst har valgt NS 8406 fremfor andre kontraktstandarder, er de likevel klar over det kravet til samordning som et entrepriseprojekt krever.

⁹² Rt-1992-295 s. 303.

⁹³ Veia Lund (2017) punkt 13.4.3.

5.5.3 Medgått tid

Medgått tid fra det oppståtte forhold til varsling vil naturligvis har noe å si i vurderingen av om passiviteten skal medføre rettsvirkninger.⁹⁴ Her vil også hva som er innenfor «rimelig tid» spille en rolle. I noen situasjoner kan det tenkes at passiviteten medfører rettsvirkninger samtidig med at fristen er ute, mens det i andre situasjoner kreves passivitet i lenger tid. Her vil de ulike momentene og hensynene måtte veies opp mot hverandre.

Helt overordnet vil jo lenger tid en part har forholdt seg passiv, gi større grunn til å la kravet eller innsigelser anses tapt grunnet passivitet. Dette kan begrunnes med innrettelseshensynet. Dersom det går lang tid før et forhold påberopes, vil den andre parten naturlig få en større grunn til å tro at forholdet ikke kommer til å påberopes senere. For å vurdere om en part har hatt et særlig behov for å innrette seg etter at det ikke vil bli varslet noe krav vil medgått tid i stor grad være avgjørende for hvor sterkt innrettelsesbehovet har vært.

I den overnevnte Rambøll-dommen ble spørsmål om passivitet innenfor en entrepriseavtale i næring reist. De generelle uttalelsene om passivitet kan anvendes også på krav og innsigelser i andre kontraktstandarter enn NS 8401. Etter min mening gir denne dommen god veiledning for hvordan en passivitetsvurdering må foretas, og hva som skal til for å tape krav og innsigelser i avtaler inngått etter NS 8406. Vurderingstemaet som Høyesterett setter opp, indikerer at det i entrepriseforhold kan stilles strengere krav til lojalitet fordi avtaleforholdet kan være med å bygge opp en slik forventning.

Retten konkluderte i Rambøll-dommen etter en helhetsvurdering med at Rambøll hadde tapt sin rett til å påberope seg av det var reklamert for sent. Førstvoterende uttaler seg ikke direkte om det faktum at det er gått tre år før innsigelsen ble fremmet, men innrettelseshensynet ble i stor grad avgjørende for resultatet. I avsnitt 71 uttales det at «[e]tter så lang tid mener jeg Vegvesenet måtte kunne innrette seg på at det ikke ville bli gjort gjeldende noen reklamasjonsinnsigelse.» Ved at det har gått «så lang tid» øker innrettelsen hos den annen part, og tre år anses som lang tid.

I Implenia-dommen var et av tvistepunktene for tingretten at Implenia krevde fristforlengelse fordi kontrakten ble inngått sent grunnet svikt ved byggherrens medvirkning etter NS 8406 punkt 19.4. Dette tvistepunktet ble som nevnt over ikke anket til lagmannsretten. Tingretten konkluderte under punkt 5 i dommen med at det ikke var varslet innen rimelig tid slik NS 8406 punkt 19.4 krever. Implenia mistet derfor retten til å påberope seg fristforlengelse grunnet sen kontraktinngåelse. Tingretten uttalte at «Selv om manglende overholdelse av varslingsfristen i NS 8406 punkt 19.4 annet ledd ikke fører til preklusjon, gjelder punkt 3 om passivitet [...]

⁹⁴ Hallsteinsen (2018) skriver om dette på s. 659.

Undertegningen av kontrakten ga Implenia en særlig oppfordring til straks å tilkjennegi sitt syn, noe Implenia unnlot å gjøre». Retten la blant annet vekt på at varsling ville gitt den andre parten mulighet til å innrette seg etter dette. Det avgjørende ble en kombinasjon av at Implenia underskrev kontrakten, og at de så i tre år forholdt seg passive.

Tingretten begynner her med utgangspunktet, at krav kan prekluderes også etter NS 8406. At det hadde gått tre år ble her vektlagt tungt, noe som etter min mening også er naturlig. Å forholde seg passive til et krav i tre år vil medføre at den annen part innretter seg i stor grad. Medgått tid ble derfor i denne saken helt avgjørende. Kravet om fristforlengelse var ikke nevnt i det hele tatt før etter så lang tid.

I E39-dommen krevde AF tilleggsvederlag fra SVV grunnet utgifter i forbindelse med å ta hensyn til kollektivtrafikken. I punkt 3.3.3.5 uttaler tingretten at:

«Varslingsreglenes hensikt er å gi den andre parten en melding snarest mulig slik at han kan foreta sine disposisjoner og andre tiltak for å begrense eventuelle ekstraomkostninger eller skadevirkninger. Kontraktens varslingsregler synes å bli av svært begrenset betydning dersom de i slike tilfeller som den foreliggende ikke skal ha noen konsekvens.»

Tingretten konkluderte med at kravet som kom etter syv måneder ikke var varslet «innen rimelig tid», og at kravet derfor var tapt. At et krav prekluderes etter NS 8406 etter 7 måneder grunnet passivitet er relativt strengt sammenlignet med de andre avgjørelser der det har vært snakk om tre år. Syv måneder er ikke nødvendigvis så lang tid i et kontraktsforhold som strekker seg over flere år. Likevel ble byggherrens økonomistyring og rett til å velge tiltak her avgjørende. Dette er momenter jeg kommer tilbake til under. I situasjoner slik som i overnevnte sak, vil nok disse hensynene trumfe den eksakte tiden. Dommen illustrerer derfor at det ikke nødvendigvis er medgått tid som avgjør.

Det er vanskelig å si nøyaktig hvor lang tid som kreves før et krav eller en innsigelse prekluderes etter NS 8406. Det vil i stor grad bero på de andre momentene sett sammen med medgått tid. Ved en vurdering av innrettelse vil som nevnt over tiden ofte være et tungtveiende moment, men også andre forhold rundt avtalen kan spille inn.

5.5.4 Klanderverdighet

Klanderverdighet, eller hvor mye en part kan bebreides for å ikke ha varslet i tide, er et moment som vektlegges i passivitetsvurderingen. Dette henger naturlig sammen med at man i helhetsvurderingen ønsker å finne det mest rimelige resultatet. Klanderverdighet kan knyttes opp til vurderingstema «om kravshaver har hatt en oppfordring til å varsle den andre parten».

Spørsmålet kan formuleres som spørsmål om parten burde sagt fra før. Passivitetsvurderingen kan, slik jeg nevnte under punkt 4, på mange måter minne om en culpa-vurdering der jo mer en part er å bebreide for å ikke ha varslet, jo større grunn er det til å la rettigheten gå tap grunnet passivitet.

En sentral dom der klanderverdighet kan utledes som moment, er Custos-dommen. I saken virker det som flertallet først og fremst knytter vurderingen opp mot at Custos hadde en sterk oppfordring til å reagere. Det uttales at «Custos burde på denne bakgrunn ikke ha slått seg til ro med at Høstland heftet i henhold til kontraktsdokumentet, og at ytterligere tiltak var unødvendige»⁹⁵. Custos burde ha handlet og kunne derfor på mange måter bebreides for Høstlands innrettelse.

I Rambøll-dommen uttales det i avsnitt 71 at «[p]rosjekteringssiden har ikke gitt noen plausibel forklaring på hvorfor reklamasjonsinnsigelsen først ble gjort gjeldende rundt tre år etter at reklamasjonen var fremsatt.» Retten virker dermed mer villig til å la en part tape sitt krav der det ikke eksiterer noen god grunn for unnlatt varsling. Dette gir også mening med tanke på vurderingstemaet «særlig oppfordring til å varsle på et tidligere tidspunkt». Dersom det er en grunn til at varslingen ikke er gjort i henhold til kontrakten, foreligger det mest sannsynlig heller ingen særlig oppfordring til å varsle på et tidligere tidspunkt. Der det ikke foreligger noen god grunn, burde parten ha varslet tidligere. Da anses det klanderverdig at dette ikke ble gjort.

I Implenía-dommen som gjennomgått over ble det uttalt at «[u]ndertegningen av kontrakten ga Implenía en særlig oppfordring til straks å tilkjenne sitt syn, noe Implenía unnlot å gjøre». Retten mente altså at Implenía burde ha sagt fra på et tidligere tidspunkt dersom de ønsket å påberope seg fristforlengelsen. Selv om retten ikke direkte uttaler at de anser Implenía å ha handlet klanderverdig, kan dette utledes ved at retten mente at de burde ha handlet annerledes.

Gjennomgående vil nok retten i stor grad vektlegge klanderverdighet, noe som også henger sammen med at de forsøker å finne et rimelig resultat. Klanderverdighet kan komme inn som moment begge veier i vurderingen. Dersom den ene parten er å bebreide for at varsel ikke er sendt eller mottatt, vil det anses mer rimelig å la dette gå utover den parten som er å bebreide.⁹⁶ En part som med vilje har unnlatt å varsle selv om han forutså konsekvenser ved unnlatt varsling, vil også anses å ha handlet illojalt. Dette vil styrke argumentasjonen for at rettigheten skal anses tapt.

⁹⁵ Rt-1992-295 s. 303.

⁹⁶ Se også Veia Lund (2017) punkt 14.3 der uaktsomhet hos rettighetshaveren trekkes frem som et argument for rettstap og Hallsteinsen (2018) s. 663 om klanderverdighet hos realdebitor med henvisning til kjl. § 33.

5.5.5 Byggherrens valgrett og kostnadsstyring

Byggherrens valgrett og kostnadsstyring er sentrale hensyn i entrepriseretten. For at de skal ivaretas, kreves det varsling om forhold av betydning for økonomien i prosjektet. Viktigheten av dette understrekes av andrevoterende i Rt-2011-65 når det uttales i avsnitt 64 at «[b]akgrunnen for varslingsreglene er at byggherren skal ha mulighet for å styre arbeidet og kostnadsutviklingen.» Dommen handler ikke om passivitet, men andrevoterende oppsummerer likevel godt hvorfor varsling er så viktig i entrepriseforhold. Det vil bryte med hele systemet i kontrakten dersom en entreprenør først fratar byggherren hans rett til å velge tiltak, for deretter å få tilkjent ekstra kostnader rundt det samme forholdet.

I E39-dommen ble hensynene som ligger bak varslingsreglene særlig vektlagt, og da spesielt byggherrens valgrett. Det er byggherren som skal kunne velge hvilke tiltak som skal igangsettes, og denne muligheten har han kun dersom han varsles om forholdet som krever tiltakene igangsatt. Retten uttalte at «[d]et synes åpenbart at oppdragsgiveren (SVV), som også er veieier, tidlig burde fått varsel om at AF mente å ha ekstra kostnader knyttet til dette og således kunne benyttet sin kompetanse til å håndtere disse forholdene.»

Retten legger i dommen avgjørende vekt på byggherrens valgrett og økonomistyring i vurderingen av om kravet skulle prekluderes. I dommen ble det spesielt trukket frem at SVV var veieier, og burde fått håndtert forholdene slik de ønsket. Ved at AF ikke varslet ble SVV fratatt denne muligheten.

I og med at NS 8406 er ment for avtaler som ikke krever de samme formaliserte varslingsregimene med preklusjon som avtaler inngått etter NS 8405, vil det kanskje særlig være i de situasjoner der varsling er mer kritisk, typisk der byggherrens valgrett trues, at rettstap vil være en nærliggende og rimelig rettsvirkning av manglende eller for sen varsling. Der byggherren fratas sin mulighet til å velge tiltak fordi entreprenøren ikke overholder sin plikt til å varsle, kan det være ansett riktig at risikoen for dette flyttes over på entreprenøren. I slike situasjoner kan det tenkes at terskelen for at rettstap inntreffer er lavere enn for andre forhold. At byggherrens valgrett krenkes ved manglende overholdelse av varslingsfristene tilsier at entreprenørens krav går tapt på et tidligere tidspunkt enn andre krav i andre kontraktsforhold.

5.5.6 Mulighet til å begrense skade/tap

Muligheten til å begrense skade eller tap dersom varsel hadde vært gitt, har vært vektlagt av domstolene i vurderingen av rettstap. Dette er også rimelig med tanke på de hensyn som varslingsreglene skal ivareta. Et varsel om et forhold skal gi den andre parten mulighet til å ivareta sine interesser.

I Custos-dommen uttales det at dersom Custos hadde reagert etter en telefonsamtale som ga en oppfordring til å handle, «kunne Høstland trolig ha begrenset sitt tap ved å være bundet av leasingkontrakten»⁹⁷. Selv om avgjørelsen omhandler avtalebinding, vil momentet om å begrense tap også gjelde ved en rettstapsvurdering. Hensynene som ligger til grunn, gjør seg like gjeldende i begge tilfeller.

I Implenia-dommen ble kravet om fristforlengelse grunnet avvik i antall slagserier hardramming ikke ansett tapt på tross av manglende varsling. Dette ble blant annet begrunnet med at SVV ikke hadde kunnet begrense følgene dersom kravet hadde vært varslet i tide. Her vektla altså retten at det ikke var noen mulighet for byggherren til å begrense skade selv om varsling hadde vært gjort i henhold til reglene i NS 8406. Det at byggherrens økonomistyring ikke avhenger av varsling kan derfor anses å være et moment som trekker mot at kravet tapes.

Også fra E39-dommen kan det trekkes ut noen av de samme betraktningene. Det ble uttalt at SVV skulle fått benyttet «sin kompetanse» for å løse de utfordringene prosjektet sto overfor. Dette henger sammen med byggherrens valgrett, men det viser også at retten mest sannsynlig så en mulighet i at SVV kunne ha løst kollektiv-utfordringene på en bedre måte. De var tross alt veieiere og mye nærmere til å løse problemene enn hva AF var. Dette tilsier at de kunne ha begrenset skade dersom de hadde blitt varslet.

I Bjørkelangen VGS-dommen måtte retten både ta stilling til om plunder- og heft-kravet var fremsatt innenfor fristen i NS 8406, og deretter om hva slags virkningen det skulle få dersom dette ikke var tilfellet. Retten konkluderte først med at kravet ikke var varslet «innen rimelig tid». Videre ble da spørsmålet om dette skulle medføre at kravet var tapt. Tingretten uttalte at det måtte foretas en konkret rimelighetsvurdering og at:

«Særlig må det legges vekt på hvilken betydning den sene varslingen har hatt for den andre parten. Dersom den sene varslingen for eksempel har medført at byggherren er fratatt muligheten til å innrette seg for å unngå eller redusere kravet, så taler det i retning av at kravet må anses tapt.»

I saken kom retten til at kravet om plunder og heft var tapt. Dette var imidlertid ikke, slik jeg leser dommen, hovedsakelig begrunnet med muligheten til å begrense. Jeg vil komme tilbake til begrunnelsen under neste punkt. Likevel understreker sitatet at byggherrens mulighet til å unngå eller redusere kravet er et moment som er sentralt. For at byggherren skal ha muligheten må forholdet være klart for byggherren. Dette kan gjennomføres ved varsling. Motsetningsvis

⁹⁷ Rt-1992-295 s. 303.

vil et krav som byggherren er klar over medføre mindre grunn til innrettelse, og heller ikke ta fra ham mulighet til å begrense skade i like stor grad.

5.5.7 Dokumentasjon og begrunnelse

Et av hensynene som ligger bak varslingsregler og preklusjon av krav, er bevishensyn. Ved at det går veldig lang tid før et krav fremmes, vil det være vanskelig og uoversiktlig å skulle etterprøve hvilke krav som faktisk er reelle. Dersom en part også har innrettet seg etter at et krav vil føre frem, sikrer han kanskje ikke nok bevis til å ta vare på egne interesser dersom motparten ikke fremmer en innsigelse før etter lang tid. Dette er også noe som særlig har vært vektlagt av tingretten i to av de tidligere nevnte saker om rettstap grunnet passivitet etter NS 8406.

I Implenia-dommen ble kravet på fristforlengelse grunnet avvik i antall slagserier harddrumming ikke ansett tapt. Delvis var dette fordi SVV ikke etter rettens syn hadde noen mulighet til å begrense følgene selv om varsel var gitt i tide slik jeg skrev om over. I tillegg vektla retten at selve kravet var velbegrunnet og veldokumentert. Hvor begrunnet det materielle kravet fra Implenia fremsto virker å ha vært et relativt tungtveiende moment for retten. Dette henger nok sammen med at domstolene ofte vil anse det mest rettferdig at de materielle kravene får medhold selv om de formelle prosedyrene ikke er fulgt. Dette kan sees ut som et uttrykk for at retten setter de reelle forholdene høyest. I mange situasjoner anses nok det som det mest rimelige resultatet.

I Bjørkelangen VGS-dommen virker det som helt avgjørende at kravet på plunder og heft var uklart og dårlig dokumentert. Retten uttaler at «[e]t annet forhold som i praksis har vært vektlagt er om kravet er klart, velbegrunnet og godt dokumentert, eller om det fremstår som mer diffust, usikkert og dårlig dokumentert», og henviser til litteratur. Alt i alt kommer retten til at kravet sto i uklare sammenhenger med andre krav, at det anførte timeforbruket var uklart og dårlig dokumentert og at det ikke var ført noen ordentlig timeføring for merforbruket. Kravet var etter rettens syn «ikke håndtert av TE på en måte som gjør det kontrollerbart for motparten eller for retten».

Selv om retten konkluderer med at kravet er tapt grunnet sen varsling etter NS 8406 punkt 3, kan det virke som de egentlig avgjør kravet basert på bevis. Spørsmålet etter punkt 3 og reglen om passivitet er ikke om kravet materielt sett kan bevises, men om et materielt berettiget krav skal falle bort grunnet passivitet. Denne avgjørelsen er derfor etter min mening uklar. Selv om kravets klarhet kanskje kan inngå i en helhetsvurdering, virker det som retten like gjerne i Bjørkelangen-dommen kunne konkludert med at kravet her ikke var tilstrekkelig bevist. I et slikt tilfelle ville ikke TE hatt et krav som kunne tapes etter regelen om passivitet.

Selv om tingretten har vektlagt dokumentasjon og begrunnelse som et moment i rettstapvurderingen, vil nok dette momentet mer naturlig kunne knyttes til innrettelse som vurderingstema. Det vil kanskje ikke være hvor velbegrunnet og dokumentert et krav i seg selv er som få avgjørende betydning, men hvordan kravet fremstår overfor motparten. Dersom motparten måtte forstå at det forelå grunnlag for et krav, vil dette svekke hensynet til innrettelse på hans side. Dersom det eksempelvis inntreffer en stor flom, men entreprenøren unnlater å formelt varsle fristforlengelse, kan det tenkes at rettstap grunnet passivitet ikke er en så nærliggende virkning. Dette fordi det må ha fremstått helt klart for byggherren at kontraktsgjennomføringen ble vanskeliggjort av flommen. Her kan det kanskje heller bli spørsmål om hvor lang fristforlengelse entreprenøren eventuelt skal tilkjennes, der manglende varsling kan være til ugunst for ham.

5.5.8 Partenes tidligere atferd i kontraktsforholdet

Hvordan partene har forholdt seg til kontraktens bestemmelser tidligere i kontraktsforholdet vil kunne tenkes å få betydning for om en part skal tape sin rettighet grunnet passivitet. Dette fordi man ved sin atferd i kontraktsgjennomføringen oppretter en kutyme for den videre gjennomføringen. Det vil være mulig å se den konkludente atferden som at man avtaler seg bort fra varslingsreglene, men da står man overfor et helt annet spørsmål som ikke er en del av denne oppgaven. Atferden kan også være et moment i passivitetsvurderingen ved at partene ikke anses å ha avtalt seg bort fra reglene, men at atferden likevel påvirker hvordan partene innretter seg i kontraktsforholdet.

Vea Lund skriver i sin bok at en avsluttende vurdering av rettstap grunnet passivitet forutsetter at rettighetshaver har hatt en oppfordring til å handle.⁹⁸ Denne oppfordringen kan anses svekket dersom partene gjennom kontraktsgjennomføringen tidligere ikke har fulgt varslingsreglene. Det kan vanskelig sies å foreligge en særlig oppfordring til å varsle om et krav eller fremme innsigelser tidligere dersom partene har oppbygget seg en kutyme som innebærer at de ikke varsler i henhold til kontrakten. Selv om kontrakten oppstiller varslingsplikter som i utgangspunktet medfører en særlig oppfordring til handling, kan dette modifiseres ved partenes handlinger seg imellom.

Videre skriver Veia Lund at motparten må ha hatt «ei oppfatning som gir argument for rettstap».⁹⁹ Dette kan knyttes til innrettelse. Parten må ha en oppfatning av det manglende varselet som gir grunn til å konkludere med rettstap. En part som ikke har noen forventning om å motta varsel vil vel kanskje ikke ha en slik oppfatning eller innrettelse. Dersom ingen av

⁹⁸ Veia Lund (2017) punkt 15.1.

⁹⁹ Veia Lund (2017) punkt 15.1.

partene i kontraktsforholdet har overholdt varslingsfristene gjennom starten av kontraktsgjennomføringen, vil innrettelsesbehovet kunne tenkes svekket.

En byggherre kan vanskelig sies å ha et særlig behov for innrettelse på at et krav ikke påberopes senere dersom varslingspliktene gjennomgående ikke har vært overholdt av entreprenøren, og dette er noe byggherren har vært innforstått med. Han vil da ikke ha «ei oppfatning som gir argument for rettstap». Dersom byggherren er klar over at entreprenøren gjennomgående ikke varsler tilstrekkelig, og virker å ha akseptert dette ved å for eksempel ha godtatt flere for sent fremsatte krav, vil han ikke ha noen særlig grunn til å innrette seg etter at varsling ved et annet forhold skulle komme i tide. Det vil da kanskje skulle mer til før entreprenørens krav tapes grunnet passivitet.

Motsetningsvis vil overholdelse av fristene gjennom kontraktsgjennomføringen kunne medføre at oppfordringen til å handle og innrettelsesbehovet øker. Det vil for eksempel være naturlig at byggherren innretter seg i større grad dersom han er vant til at entreprenøren varsler innen de fristene som kontrakten oppstiller. Momentet om partenes atferd kan derfor tale i begge retninger i en vurdering av rettstap grunnet passivitet.

Partenes atferd kan grunnet de forventningene som bygges opp hos partene være et moment i den konkrete helhetsvurderingen av om passiviteten bør tilleggs rettsvirkninger. Det skal sies at det vil kunne være vanskelige bevissspørsmål som reises ut fra dette spørsmålet. Dersom det er enighet mellom partene at de har forstått hverandre på en viss måte, er det ikke noe problem, men ofte vil partene ha ulik oppfatning av hva som har skjedd. Ved å se på all kommunikasjon mellom partene kan man kanskje finne holdepunkter for det ene eller det andre.

5.5.9 Rimelighet

Det er ingen tvil om at domstolene legger vekt på rimelighet i vurderingen av om et krav eller en innsigelse skal anses tapt grunnet manglende varsling. Hagstrøm nevner rimelighet som et moment i vurderingen av alminnelig passivitet, og det samme vil gjelde for en vurdering av passivitet etter inngåelse av kontrakt etter NS 8406.¹⁰⁰ Rimelighet går ut på å finne det mest rimelige resultatet i saken. Hva som anses mest rimelig, eller hvilke reelle hensyn som skal legges vekt på, avgjøres av dommerne. De forsøker imidlertid å finne ut hva som er rimelig etter den allmenne rettsfølelsen.¹⁰¹ Hva som anses å være det mest rimelige resultatet vil bero på en helhetsvurdering. Rimelighet kan sees på mer som enn sammenfatning av de øvrige

¹⁰⁰ Hagstrøm (2011) s. 366.

¹⁰¹ Se LH-2005-140477 der det avgjørende for det ene kravet ble at motsatt resultat ville være «urimelig og stride mot den alminnelige rettsoppfatning».

momentene enn et eget moment i seg selv. Hvordan de øvrige momentene vektes mot hverandre er det som medfører rimeligheten i resultatet.

Gjennom den historiske utviklingen av preklusjon i entrepriseavtaler som gjennomgått over i punkt 4.3 ser man tydelig at domstolene ofte har latt rimelighet trumfe ordlyden i kontraktsbestemmelsene. Tidligere ble da rimelighet benyttet som hensyn for å tilsidesette strenge preklusjonsregler, men rimelighet kan også anvendes som hensyn for å begrunne rettstap.

Ofte legger domstolene vekt på rimelighet uten å uttrykke dette direkte. Det kan være at reelle hensyn kommer inn og styrker vekten til de andre momentene, men uten at dette er noe dommerne uttaler uttrykkelig. I en vurdering av om en rettighet skal falle bort grunnet passivitet, vil et rimelig resultat være et naturlig mål. Regelen om rettstap grunnet passivitet har vokst frem av blant annet hensyn til rimelighet. Det anses mest rimelig at der den ene part har fått den andre parten til å innrette seg etter at en rettighet ikke vil bli påberopt, faller adgangen til å påberope seg rettigheten bort. Klanderverdighet vil også ofte komme inn som et tungtveiende moment i hvor rimelig det er at en rettighet anses tapt.

Også i en helhetsvurdering av om en rettighet skal anses tapt etter en kontrakt inngått etter NS 8406, vil rimelighet komme inn som moment. Rimelighet vil på mange måter bli styrende for hvilke hensyn som får størst gjennomslagskraft i vurderingen. I Bjørkelangen VGS-dommen begynner retten med å uttale at resultatet vil bero på «en konkret rimelighetsvurdering av om for sen varsling skal tillegges den betydning at kravet er tapt». Om dette er riktig utgangspunkt for vurderingen av rettstap kan diskuteres, jamfør punkt 5.4 over, men det underbygger likevel at den helhetsvurderingen som skal foretas ved vurderingen av rettstap grunnet passivitet i stor grad handler om rimelighet. Hele begrunnelsen for å ha en slik regel om rettstap, er at det anses rimelig. Man ønsker at den som har forholdt seg passiv skal måtte bære risikoen for dette.

5.5.10 Realitetsdrøftelser ved reklamasjonsinnsigelser

Realitetsdrøftelser vil si at den som mottar et ikke rettidig varsel om et krav, inngår i drøftelser med den andre parten om det materielle kravet uten å påberope seg at kravet er fremsatt for sent. Hagstrøm skriver om dette at dersom debitor går inn i slike realitetsdrøftelser, kan han som hovedregel ikke senere påberope seg at reklamasjonen ikke var rettidig.¹⁰²

Realitetsdrøftelser har tidligere vært omtalt som et selvstendig grunnlag for å tape en reklamasjonsinnsigelse. Dette synes å være bygget på blant annet Høyesteretts uttalelser i Rt.

¹⁰² Se for eksempel Hagstrøm (2011) s. 357 om dette.

1920 s. 831.¹⁰³ I senere tid har imidlertid en slik måte å anvende realitetsdrøftelser på blitt kritisert. Monsen har tatt til orde for at realitetsdrøftelser ikke er et selvstendig grunnlag for å vurdere rettstap, men et moment i den konkrete helhetsvurderingen av hvilke forventninger motparten har opparbeidet seg.¹⁰⁴ Dette synet er fulgt opp i underrettspraksis, blant annet i LB-2017-102637 der det uttales at «vurderingstemaet vil være hvorvidt realitetsdrøftelsene gir motparten grunn til å regne med at reklamasjonsfristen ikke vil bli påberopt».¹⁰⁵ Dommen omhandlet et erstatningskrav etter avhendingslova¹⁰⁶, der kjøper ble ansett å ha reklamert for sent.

At realitetsdrøftelser inngår i en samlet vurdering av rettstap samsvarer også med vurderingstemaet oppstilt i Rt. 1984 s. 962 (Mesterhus). Her uttalte Høyesterett at:

«[o]m Mesterhus skal anses for å ha frafalt fristinnsigelsen eller eventuelt direkte å ha gått med på å utbedre mangler, vil måtte bero på en samlet vurdering av partenes forhandlinger og forhold for øvrig»¹⁰⁷.

Spørsmålet i saken var om entreprenøren Mesterhus hadde tapt sin rett til å påberope seg at byggherren hadde reklamert for sent. Retten kom etter en helhetsvurdering til at Mesterhus ved sin opptreden var avskåret fra å påberope seg at det var reklamert for sent. Det var pågått forhandlinger om utbedring av mangler i to år, og Mesterhus hadde gitt uttrykk for vilje til å undersøke og foreta utbedringene.

I Rambøll-dommen kom også realitetsdrøftelser som moment i en vurdering av tap av reklamasjonsinnsigelse i entrepriseforhold opp. Retten begynte med å se på hva som var det mest egnede rettslige utgangspunktet for å vurdere tap av reklamasjonsinnsigelse i entrepriseforhold. De ulovfestede reglene om passivitet ble ansett best egnet for å vurdere spørsmålet, men det ble uttalt at:

«[e]ventuelle realitetsdrøftelser vil imidlertid kunne inngå som et element i vurderingen av om reklamasjonsinnsigelsen må anses frafalt eller tapt ved passivitet.»¹⁰⁸

¹⁰³ Hagstrøm (2011) s. 357 viser for eksempel til denne dommen.

¹⁰⁴ Monsen (2010) s. 201.

¹⁰⁵ Se også for eksempel LE-2016-54470 som også viser til Monsen.

¹⁰⁶ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhengning av fast eiendom (avhendingslova).

¹⁰⁷ Rt-1984-962 s. 967.

¹⁰⁸ HR-2020-2254-A (Rambøll) avsnitt 58.

Førstvoterende henviser også til Monsen¹⁰⁹ ved dette resonnementet, og virker enig i hans argumenter i forbindelse med realitetsdrøftelser når det kommer til spørsmål om rettstap i entrepriseforhold. Det bør her nevnes at Høyesterett ikke tar stilling til læren om realitetsdrøftelser stilling generelt, men uttaler at reglene for passivitet er bedre egnet for vurderinger av rettstap i entrepriseforhold.¹¹⁰ Det avgjørende for resultatet var derfor ikke om det var foretatt realitetsavgjørelser, men den helhetlige kommunikasjonen mellom partene ble avgjørende for om prosjekteringssiden hadde gitt byggherresiden «rimelig grunn til å tro at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli gjort gjeldende»¹¹¹.

I NS 8405 punkt 8 tredje ledd og tilsvarende i NS 8407 punkt 5 tredje ledd, er det bestemt at også reklamasjonsinnsigelser tapes dersom de ikke påberopes «uten ugrunnet opphold». Dette medfører at realitetsdrøftelser mister sin aktualitet i disse standardene.¹¹² For en vurdering i avtaler som følger de eldre standardene eller NS 8406 vil realitetsdrøftelser fortsatt være relevant. Vurderingen for tap av reklamasjonsinnsigelse etter NS 8406 vil måtte ta utgangspunkt i slik Høyesterett oppstilte spørsmålet i Rambøll-dommen.

¹⁰⁹ Monsen (2010).

¹¹⁰ Se HR-2020-2254-A avsnitt 58 hvor førstvoterende uttaler at hun ikke vil gå inn på rekkevidden av den eldre rettspraksis.

¹¹¹ HR-2020-2254-A (Rambøll) avsnitt 60.

¹¹² Se Nordtvedt m.fl. (2013) s. 101 og Marthinussen m.fl. (2016) s. 97.

6 Konklusjon

Etter denne gjennomgangen er det mye som taler for at dersom en kontrakt er inngått etter NS 8406, vil dette i seg selv være et moment i passivitetsvurderingen som medfører at krav og innsigelser tapes raskere etter den alminnelige regelen om passivitet sammenlignet med andre kontraktsforhold. Varslingsregimet og de særlig hensyn som gjør seg gjeldende i NS 8406 gir partene en særlig oppfordring til å varsle. Partene har bevisst valgt NS 8406 som følger et mindre formalistisk varslingsregime enn NS 8405, men sammenlignet med andre kontraktstyper vil varslingsreglene likevel medføre en skjerpet plikt til handling. NS 8406 havner sånn sett i en mellomposisjon. Rettigheter vil ikke tapes like raskt som etter NS 8405 og tilsvarende standarder med preklusive frister, men raskere enn ved kontrakter som ikke inneholder varslingsfrister og der hensynet til lojalitet ikke står like sterkt.

De særlige hensyn som gjør seg gjeldende og varslingsregimet som bevisst velges av partene, gjør at det må kunne forventes at varslingsreglene som hovedregel overholdes. Særlig i de tilfellene der et rettidig varsel ville kunne ivarett de særlig entrepriserettslige hensynene som varslingsreglene bygger på, vil det potensielt gå kortere tid før et krav eller en innsigelse anses tapt grunnet passivitet. Dette vil henge sammen med hva som etter de konkrete omstendighetene må anses å være «innen rimelig tid». Det er ikke mulig å angi et tidsintervall for når rettsvirkningene av passivitet inntreffer etter NS 8406 da hvert tilfelle må vurderes konkret.

Siden de entrepriserettslige hensynene medfører et skjerpet krav til lojalitet, må det kunne forventes at partene i all hovedsak følger bestemmelsene i kontrakten og dermed holder seg innenfor varslingsfristene. Spesielt der unnlatt varsling vil gå ut over den andre partens interesser, må det legges til grunn at rettstap grunnet passivitet kan inntreffe på et relativt tidlig tidspunkt. Der de sentrale hensyn bak varslingsreglene trues av for sen varsling, vil det være større rom for å la disse hensynene få avgjørende betydning selv om medgått tid ikke nødvendigvis er så lenge. Manglende varsling som medfører at byggherren fratas sin valgte er et eksempel på en situasjon der rettstap grunnet passivitet vil kunne inntreffe uten at det er gått særlig lang tid.

Kildeliste

Litteratur

- Arvesen (2006) Arvesen, Hans-Jørgen og Heikki Giverholt, «NS 8406 – forenkling eller forverring i henhold til NS 8405?» *Tidsskrift for eiendomsrett* (2006) s. 137-142.
- Arvesen m.fl. (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 (2016) Buskerud Christoffersen, Margrethe, «Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis.» *Ugyldighet i privatretten: Minnebok for Viggo Hagstrøm* (2016) s. 154-182. [Lest i Lovdata.no].
- Bygg.no (2010) Bygg.no. *Vil løse tvistene*. (8. juni 2010) <https://www.bygg.no/vil-lose-tvistene/59399/> hentet 28.10.2021.
- Davanger (2018) Davanger, Christer. *SSB: Flest konkurser i bygg og anlegg*. (5. november 2018) <https://www.buildingsupply.no/article/view/630335/ssb-flest-konkurser-i-bygg-og-anlegg> hentet 21.10.2021.
- Giverholt (2007) Giverholt, Heikki og Hans-Jørgen Arvesen. «NS 8406 pkt. 3 – Passivitet og henvisningen til Norsk entrepriseretts regler om tap av

- rettigheter og innsigelser ved manglende varsel eller svar.» *Tidsskrift for eiendomsrett* volum 3 (2007) s. 391–402. [Lest i Idunn.no].
- Hagstrøm (1997) Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – Utvalgte emner*. Oslo: Vindern Forlag, 1997.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Hallsteinsen (2018) Hallsteinsen, Peter. *Alminnelig obligasjonsrett*. Oslo: Gyldendal, 2018.
- Kolrud m.fl. (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.
- Marthinussen m.fl. (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* (2010) s. 147-203. [Lest i Lovdata.no]
- Nordtvedt m.fl. (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.

Vea Lund (2017)

Vea Lund, Maria. *Passivitet*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017.

Woxholth (2021)

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 11. utg., Oslo: Gyldendal, 2021.

Lover

1979

Lov 18. mai 1979 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 eigedom (avhendingslova).

1997

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

Forarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986–1987)

Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, 11. april 1980.

NOU 1992:9

Forbrukarentrepriselov, april 1992.

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

Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova), 13. desember 1996.

Rettspraksis

Rt-1920-831

Rt-1967-1248

Rt-1984-962 *Mesterhus*

Rt-1992-295 *Custos*

Rt-2001-1288 *Gate Gourmet*

Rt-2008-969

Rt-2010-103 *Kistebakkane*

Rt-2010-1345 *Oslo Vei*

Rt-2012-1729 *Mika*

HR-2018-383-A *Dagmulkt*

HR-2019-1225-A

HR-2020-228-A

HR-2020-2254-A *Rambøll*

LE-1998-648

LE-1999-554

LH-2005-140477

LE-2016-54470

LH-2016-93008

LB-2017-102637

Nedre Romerike tingretts dom 11-150684TVI-NERO *Bjørkelangen*

Senja tingretts dom 15-056355TVI-SENJ *Implenja*

Sogn og Fjordane tingretts dom 17-198790TVI-SOFT *E39*

Andre avgjørelser

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd sak 403 (1993)

Standardkontrakter

NS 401

Standard Norge. (1938) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

NS 401A

Standard Norge. (1961) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

NS 3401	Standard Norge. (1969) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.
NS 3430	Standard Norge. (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 2. utg.
NS 8405	Standard Norge. (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2.utg.
NS 8406	Standard Norge. (2009) Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.
NS 8407	Standard Norge. (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.