

Tidsfristar for melding om endringsordre i fabrikasjon- og entreprisekontraktar

Kandidatnummer: 274

Antal ord: 14362



Jus 399 Masteroppgåve

**Universitetet i Bergen
Det Juridiske Fakultet**

01.06.2015

1 Innleiing.....	2
1.1 Tema.....	2
1.2 Avgrensing.....	4
2 Endringssystema	5
2.1 Omsyn bak endringssystema.....	5
2.2 Utviklinga av høvet til å endre standardkontraktane	6
2.3 Generelt om endringssystemet.....	7
2.4 Kort om forholdet til bustadoppføringslova	10
Forholdet til bakgrunnsrett	10
3 Nokre metodiske utgangspunkt.....	12
4 Tidsfristar for krav om endring og for tilsvar.....	18
4.1 Innleiing.....	18
4.2 Omsyna bak tidsfristane for krav om endringsordre	18
4.3 Krav frå leverandør om endringsordre etter NS 8405.....	19
4.3.1 Frist for krav om endringsordre.....	19
4.3.2 Oppdragsgjevars svarplikt.....	24
4.4 Situasjonen når leverandør krev endringsordre etter NF 07.....	27
4.4.1 Fristen for krav om endringsordre.....	27
4.4.2 Oppdragsgjevars svarplikt.....	33
4.5 Tidsfristane i endringssystema/betraktningar	34
4.5.1 Nærare om “uten ugrunnet opphold”	34
4.5.2 Absolutte tidsfristar og samanheng med annan praksis.....	39
4.5.3 Enkelte særspørsmål	41
Konseptuelle skilnadar	41
6 Litteraturliste	47

1 Innleiing

1.1 Tema

Emnet for denne framstillinga er tidsfristar for melding om endringsordre i fabrikkasj- og entreprisekontraktar. I kontraktar om utveksling av ytingar, til dømes kjøp eller tenestekontraktar, vil ein gjerne definere kva partane skal yte så presist som mogeleg på førehand, slik at omfanget av partane sine plikter er klare frå kontraktsinngåinga. I store, komplekse fabrikkasj- og entreprisavtaler vil dette likevel vere både urealistisk og ofte uheldig. I praksis har særleg oppdragsgjeveren behov for eit visst spelarom for å be om endringar i den naturalytinga han skal motta.

Årsakene til at det kan vere naudsynt eller ynskjeleg å endre innhaldet i ytinga kan vere fleire. I offshore-opppdrag er det ikkje uvanleg at oppdragsgjevar ikkje har ferdigstilt alle sidene av prosjektet før oppstart av arbeidet, slik at det må gjerast til dels omfattande endringar undervegs. I andre tilfelle kan det oppstå upårekna hendingar, eller endringar i offentlege reguleringar, som gjer at arbeidet må leggjast om. I slike avtaler er endringar undervegs i kontraktsperioden nærast uunngåeleg. Det vil vere praktisk umogleg å føresjå alle situasjonar som kan oppstå i løpet av avtaletida. I fabrikkasj-avtaler kan det i avtaletida komme fleire hundre forskjellige endringsordre. Ei auke på 40-50 prosent av den totale kontraktsprisen er ikkje unormalt.¹

Det er vanleg å regulere retten til å gjera endringar, og framgangsmåten som skal nyttast i kontrakta mellom partane. Standardkontraktane for fabrikkasj, NF 07, og entrepris, NS 8405, inneheld eit omfattande endringssystem, som bl.a. gjev oppdragsgjevar nokså vidtgåande rett til å påleggje leverandøren å utføre meir, anna eller mindre arbeid enn det som i utgangspunktet var avtalt. Begge standardavtalane inneheld i prinsippet klausular om høve til å endre kontraktsplikta.² Den generelle regelen i norsk rett er at tilleggsarbeid skal gjerast opp ved rekning etter avslutta avtale. I nokre tilfelle kan eit slikt oppgjær verte kostbart, og det kan gje insentiv til å spekulere på ein måte som ikkje er

¹ Kaasen, Knut: Fabrikkasjonskontrakten: Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet, Festeskrift til Sjur Brækhus, Universitetsforlaget, Oslo 1988, s. 311.

² Knut Kaasen, "Dynamisk kontraktsrett - et fruktbart grep?" TFR 2005 s. 237

lojal. I slike høve kan ein part legge anbudssummen lågt, fordi han ser at det er stor sannsynlighet for tilleggsarbeid, som kan fakturerast høgt. Ved å ha eit meir avansert endringssystem kan ein legge til rette for ein meir lojal og prisriktig endringspraksis.

Når oppdragsgjevaren med heimel i kontrakta pålegg leverandøren å utføre noko anna enn det som opphavleg var avtalt, oppstår det også behov for å klargjera kva vilkår dette skal skje på, først og fremst om endringa kan gje krav på tilleggsvederlag eller fristforlenging. Ein kunne tenkje seg at ein venta, og tok spørsmålet om tilleggsvederlag som ein del av sluttoppgjeret. Dette er ikkje tilstrekkeleg i dei store og kompliserte oppdraga som det ofte er tale om. For partane er det viktig å kunne ha ein effektiv kontraktsadministrasjon, og sikre at ein har oversyn over, og kontroll med endring i arbeidsomfang og –innhald over kostnadane dette fører med seg. Ved å ha eit stringent endrings- og varslingsystem, er målet å få ei hurtig, men balansert handtering av spørsmåla og av eventuelle konflikhtar som måtte oppstå.³

Det er viktig at usemje kring spørsmålet om noko er ei endring, ikkje skal føre til stogg eller forseinking i framdrifta. Reglane i begge dei nemnde standardkontraktar gjev difor leverandøren plikt til å gjennomføre arbeidet i samsvar med instruksen. Det blir så fastsett ei prosedyre for handtering av spørsmålet om instruksen inneber ei endringsordre. Leverandøren må setje fram krav om endringsordre til oppdragsgjevar "uten ugrunnet opphold"⁴, dersom han meiner at dette er ei endring, og han vil krevje ekstra betaling eller tid til fullføring av kontakten på grunn av dette. Dersom krav vert framsett for seint, kan leverandøren tape kravet på tilleggsvederlag eller ekstra tid. Dersom krav om endringsordre er sett fram i tide, må oppdragsgjevar på si side gje tilsvar til leverandøren "innen rimelig tid"⁵ eller "uten ugrunnet opphold"⁶ dersom han vil gjere gjeldande at det ikkje ligg føre ei endringsordre.

Oppgåva skal gje ei framstilling, og samanliknande analyse, av reglane om tidsfristar for krav om endringsordre og tidsfristar for oppdragsgjevars respons

³ Tørum Amund Bjøranger, Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise- illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten. "På rett grunn" 2010 s. 463

⁴ jf. NF 07 art. 16.1 andre ledd og NS 8405 pkt. 23.2 fyrste ledd.

⁵ jf. NF 07 art. 16.2

⁶ NS 8405 pkt. 23.3

på dette kravet. Utgangspunktet for fristen, og fristens lengde vil vere det sentrale i vurderinga.

1.2 Avgrensing

I denne framstillinga er det NF 07 om fabrikasjon og NS 8405 om entreprise som vil verte behandla. På begge kontraktsområder er det liknande avtalar for totalentreprise, Norsk totalkontrakt 07 for fabrikasjon og NS 8407 (totalentreprise) for entreprise, som langt på veg inneheld dei same reglane som i dei aktuelle kontraktane i denne framstillinga. Desse kontraktane skil seg fra NF 07 og NS 8405 ved at dei pålegg leverandøren ansvaret både for prosjektering og utførelse. Det tas utgangspunkt i NF 07 og NS 8405 fordi desse er rekna som "hovudkontraktar" som har tent som mal for totalkontraktane, og andre liknande standardavtalar, som NS 8406 (foreinkla utføringsentreprise), Shipbuilding 2000 og Norwegian Subsea Contract 2005.

Behovet for endring oppstår når en av partane, som regel oppdragsgjevar har ønska det. Det kan likevel oppstå situasjonar der typisk ingen av partane ynskjer endring. Dette gjeld ved offentlege reguleringar som set grense for kontrakta, eller force majeure-tilfeller, som gjer at oppfyljing vert hindra.⁷ i desse tilfella er det andre reglar og omsyn som gjer seg gjeldande, i forhold til den ordinære endringssituasjonen. Endringar som følge av pålegg frå offentlege myndigheiter, bristande føresetnadar eller som følge av force majeure, vil difor ikkje verte behandla vidare i denne framstillinga.

⁷ Kaasen, "Dynamisk kontraktsrett" – et fruktbart begrep?

2 Endringssystema

2.1 Omsyn bak endringssystema

Behovet for å kunne tilpasse kontrakta undervegs har først og fremst samanheng med at kontraktane ofte blir inngått før prosjekta er modne for å ferdigstillast. Det ville vera lite hensiktsmessig å ha eit system som tvingar kontraktspartane til å halde seg til ei avtale som i praksis viser seg å vere utenleg.⁸ Poenget er at oppdragsgjevar skal sikre seg rett ting til rett tid.⁹ Partane ynskjer å komme i gang med arbeidet og ha eit system som gjer at arbeid, og slutt- eller detaljprosjektering skal kunne gå parallelt. Dei må også kunne ta omsyn til nye forskrifter, ny teknologi eller nye idear om korleis produktet bør vere, som oppstår undervegs.

Det er også fleire andre omsyn som gjer seg gjeldande for endringssystema. Det første ein kan trekke fram er tidsaspektet. Både innan fabrikkasjon og entreprisestrekk avtalane seg ofte over lengre tidsperiodar, noko som naturleg kan føre til behov for endringar undervegs. Samstundes vil det også vere naudsynt for oppdragsgjevar å halde seg innanfor dei tidsrammene som er gjevne. Det kan vere fordyrande å gjere endringar og rettingar etter leveringstidspunktet. Det kan også vere svært skadeleg for bedrifta dersom den må utsette eit nytt prosjekt, fordi det måtte gjerast justeringar etter levering i det førre.

Når kontraktane har eit langvarig tidsaspekt, kan det komme nye teknologiske utviklingar på området, eller endringar i reguleringar. Omsynet til effektivitet og økonomisk vinning gjer det naudsynt og hensiktsmessig å ha eit endringssystem som gjev ei vid opning til å endre kontrakta. Det vil også vere nyttig å ha eit fungerande endringssystem dersom leverandøren har lite erfaring med den aktuelle typen oppdrag. Å ha moglegheit til å gjere endringar undervegs opnar for å inkludere fleire i anbudskrigen, og vil kunne føre til større konkurranse om oppdraga. Det vil uansett vere lønsamt å ha ei løysing som gjer at ein kan utvikle

⁸ Kaasen (2006) s. 271

⁹ Kaasen, Fabrikasjonskontrakten: Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet, Festeskrift til Sjur Brækhus, Universitetsforlaget, Oslo 1988 s. 309-323

og tilpasse produktet undervegs, og slik skape ei optimal løysing for oppdragsgjevar.

2.2 Utviklinga av høvet til å endre standardkontraktane

I byrjinga av oljefunn på norsk kontinentalsokkel rundt 70-talet, var avtalane om tilverking i petroleumsbransjen prega av eit behov for å starte arbeidet raskt. Før den første NF-kontrakta kom i 1987, hadde dei store operatørane eigne avtalar og vilkår som vart nytta, og det var ingen generell standard. Desse avtalane vart utvikla på grunnlag av andre internasjonale avtalar, og gjekk dårleg overeins med norsk kontraktstradisjon. Behovet for å starte byggjeprosessane og arbeidet hurtig, førte til eit behov for større fleksibilitet i kontraktinngåinga. Det viktigaste var å starte prosjektet, for deretter å ta naudsynte justeringar undervegs. Ved å innarbeide mekanismar som opnar for endringar i kontrakta, ville avtalen kunne verte tilpassa utviklinga i prosjektet, slik at resultatet i større grad vart meir tilfredsstillande enn det elles ville vore.

Fabrikasjonskontraktane er meir prega av uferdig prosjektering ved arbeidsstart enn entreprisekontraktane. Systemet om endringsordre vart først utvikla i NS 1987 og vidareført gjennom revideringane i NF 92, NF 05 og sist i NF 07. NF-kontraktane har lagt grunnlaget for standardiserte avtalar, også for andre typar tilverkingsavtalar.¹⁰

For entreprisekontraktane fekk oppdragsgjevar allereie i NS 3401 frå 1969, rett til å pålegge leverandøren å utføre endringar. Denne kontrakta inneheldt ikkje ein preklusiv varslingsregel på grunnlag av einheitsprisar, berre ein preklusiv varslingsregel for produktivitetstap og liknande.¹¹ Fristen var difor berre dels preklusiv, ettersom oppdragsgjevar uansett måtte betale dersom han forstod, eller burde forstått at endringane ville medføre krav om tilleggsvederlag.

NS 3401 vart revidert ved NS 3430 i 1990. NS 3430 vart i stor grad påverka av petroleumsindustrien sine endringssystem.¹² NS 3430 hadde ei stor utvikling frå sin forgjengar. Oppdragsgjevar fekk no rett til å pålegge forsering, og moglegheita for bindande ekspertavgjersler. Ei anna omfattande endring var

¹⁰ Døme på dette er Norsk Totalkontrakt og Norwegian subsea contract (basert på NF 92)

¹¹ Tørum (2010) s. 467

¹² Kaasen (2006) s. 271

utviding og samordning av endringsreglane. Den preklusive regelen vart stilt opp med ein relativt vid ordlyd:

*“unnlater entreprenøren å fremsette krav uten ugrunnet opphold, taper han retten til å påberope seg arbeidet som grunnlag for fristforelgingelse, ekstra betaling eller erstatning”.*¹³

Revisjonen førte til større grad av detaljstyring av endringane, samt reglar for handtering av tvistar.¹⁴

2.3 Generelt om endringssystemet

Endringssystema i NF 07 og NS 8405 er langt på veg identiske. Historisk har fabrikkasjonskontraktane eit meir anglo-amerikansk utgangspunkt enn entreprisekontraktane, og er prega av svært sterke oppdragsgjevarar. Det kan difor vere nyttig å samanlikne dei to endringsmekanismane for å sjå etter ulikskapar, og i kva grad fabrikkasjonskontraktane kan ha påverka norsk enterpriserett. Kontraktane har enkelte forskjellar som følge av at dei regulerer ulike ytingar.

Oppdragsgjevaren har etter begge kontraktar ein rett til å pålegge leverandøren å utføre endringar. Frå NF 07 art. 12.1 føl det at:

“Selskapet har rett til å gi pålegg om slike Endringer av Arbeidet som etter Selskapets oppfatning er ønskelige.

Endringer i Arbeidet kan angå økning eller reduksjon i omfang eller endring av karakter, kvalitet, art eller utførelse av Arbeidet eller noen del av dette, samt endringer i Vedlegg C.

Selskapet har likevel ikke rett til å foreskrive Endringer av Arbeidet som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått.”

Frå NS 8405 pkt. 22.1:

“Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

¹³ NS 3430 art. 28.3.1

¹⁴ Marthinussen m.fleire, NS 8405 med kommentarer s. 302.

En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenren endringer ut over 15% netto i tillegg til kontraktssummen.

[...]”

Ordlyden i begge kontraktane opnar for at leverandøren kan påleggjast meir, mindre- eller anna arbeid. Isolert sett tilseier ordlyden at oppdragsgjevar nærmast uavgrensa kan pålegge leverandøren endringar. Endringane vert gjennomført ved endringsordre jf. NF 07 art. 14.1 første ledd og NS 8405 pkt. 22.1.

Endringsordra kan omfatte både positive (anna eller meir arbeid) og negative (reduksjon av arbeidet) endringar. Når leverandøren har motteke ei endringsordre i samsvar med kontrakta,¹⁵ har han plikt til å utføre arbeidet han er ilagd jf. NS 8405 pkt. 22.3 og NF 07 art. 15.1. Dette gjeld sjølv om verknaden av endringa enno ikkje er fastsett.

Det føreligg enkelte ytre avgrensingar for omfanget av endringsordre. Ifølge NF 07 art. 12.1 andre ledd må endringane samla sett ikkje gå lenger enn det partane med rimelegheit kunne vente ved kontraktsinngåinga. Her vert det sikta til den samla verknaden av endringane.¹⁶ Dette gjev leverandøren noko grad av vern mot å bli pålagt ytingar som går langt ut over det han har kapasitet til. Uvisse om det vil komme omfattande endrings- eller tilleggsarbeid, vil kunne påverke leverandøren sitt høve til å ta på seg andre oppdrag, fordi han alltid må vera budd på at det blir stilt krav om endringar eller tillegg.

NS 8405 set opp eit krav til samanheng mellom kravet og kontrakta, og eit krav til at endringa ikkje må vere av “vesentlig annen art”¹⁷ enn det opphavlege

¹⁵ Korrekt utforma etter reglane om formkrav i NS 8405 pkt. 22.3 og NF 07 art. 14.2.

¹⁶ Kaasen (2006) s.336

¹⁷ NS 8405 pkt. 22.1 andre ledd

arbeidet. Ordlyden talar for at det må vere av ein betydeleg annan art dersom ein skal kunne skulde på at den er utanfor endringstilgangen. Omsynet bak ei slik avgrensing i endringstilgangen, er å avgrense arten av endringa til eit naturleg framhald av den opphavslege kontrakta.¹⁸ Om endringa er av ein vesentleg annan art, vil avhenge av kva kompetanse leverandøren har. Endringar som krev innleigd kompetanse kan raskt verte ramma av avgrensningane til kontrakta.¹⁹ Dersom avtalen er å bygge eit hotell, kan ein ikkje påleggje leverandøren å bygge eit skiheisanlegg i tillegg.²⁰ Ein må sjå oppdragsgjevars endringstilgang i samanheng med omsynet bak endringssystemet; nemleg å kunne forandre framdriftsplanen undervegs, ikkje å nytta leverandørens kompetanse til det ein ynskjer så lenge kontraktsperioden varer.

Entreprisekontrakta set også opp ein strengare terskel for kor stor økonomisk verknad endringane kan ha. Ein viktig forskjell frå fabrikkasjon, er at det etter NS 8405 ikkje er høve til å gi endringsordrar som overstig 15% av kontraktssummen jf. NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd. Dette gjeld også dersom endringa samla sett reduserer kontraktsprisen med 15%. Dersom dette er tilfellet, er dette rekna som ei delvis avtinging.²¹ Dette er ein effektiv måte å hindre at oppdragsgjevar avbestiller delar av avtalen, for så å tildele jobben til ein rimelegare entreprenør.

Når endringa er pålagd, skal leverandøren som nemnt starte arbeidet, og etter NF 07 art. 12.2 første ledd, "uten ugrunnet opphold" varsle oppdragsgjevar om konsekvensane av endringa: krav om tilleggsvederlag eller tilleggstid. Oppdragsgjevar tar deretter stilling til om han vil stanse det pålagde arbeidet, eller om det skal fortsette etter planen. Leverandøren har uansett krav på betaling for det arbeidet som vert utført, og dei meirkostnadane det fører med seg, sjølv om arbeidet vert stoppa. Etter NS 8405 treng ikkje leverandøren å svare oppdragsgjevar med eit tilsvaret slik han skal etter NF 07. Dette stilleiande samtykket frå leverandøren, er den mest vanlege måten å inngå ein endringsavtale i entrepriseretten. Dersom endringsordren er uklar eller inneheld manglar, må han derimot varsle oppdragsgjevar om dette.²²

¹⁸ Marthinussen m/fleire (2010) s. 305

¹⁹ Marthinussen m/fleire (2010) s. 306

²⁰ Eksempel henta frå Marthinussen m/fleire (2010) s. 305-306.

²¹ jf. NS 8405 pkt. 38.1: "[...] Dersom reduksjonen blir 15% av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling".

²² Varselet skal i slike situasjonar verte gjeve etter regelen i pkt. 23.2.

Etter NF 07 art. 12.3 kan leverandøren sjølv føreslå endringar av arbeidet. Dette tek sikte på situasjonar der det oppstår utilsikta endringar som leverandøren sjølv avdekker.

Etter NF 07 art. 12.1 tredje ledd kan ein ikkje pålegge store endringar tett opp mot leveringsdatoen. Dette kan føre til belastande ekstraarbeid som leverandøren ikkje har moglegheit til å utføre.

For å kunne avgjere tvistar hurtig, har begge kontraktar ein mekanisme om førebels tvisteløysing ved bruk av ein oppmann eller ein "ekspert", NF 07 art. 16.3 og NS 8405 pkt. 26.2. Eksperten har myndigheit til å avgjere om den omtvista endringsordra inneheld ei faktisk endring eller ikkje. Leverandøren kan dermed få ei avgjersle på om instruksen frå selskapet utgjer ei endring. Får leverandøren medhald, får han førebels krav på justering av tid og pris, på same måte som om det var ei vanleg endringsordre.²³ Det må merkast at eksperten derimot ikkje har myndigheit til å avgjere andre tilhøve i tvisten enn om det er gjeve ei endring eller ikkje.

Avgjersla eksperten kjem fram til, kan overprøvast og omgjert etter det ordinære tvisteløysingssystemet til kontraka, ordinært søksmål. Partane kan også velje å få saka avgjort ved skiltsdom. Dersom ein av partane ynskjer å få omgjort ekspertavgjersla ved ordinær tvisteløysing, må dette gjerast innan 6 månadar etter denne er avlagt.

2.4 Kort om forholdet til bustadoppføringslova

Forholdet til bakgrunnsrett

Med vedtaking av bustadoppføringslova av 1997, fekk ein lovregulert entreprisekontraktane for forbrukartilhøve. Lova bygger i utgangspunktet på ein del alminnelege entrepriserettslege bakgrunnsreglar,²⁴ og har fleire stader same innhald som i NS 8405. Påverknaden har gitt forbrukaren rett til å krevje

²³ Kaasen Fabrikasjonskontrakten: Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet (1988) s. 314

²⁴ Tørum s. 458

endringar og tilleggsarbeid i avtaleforholdet. Retten til å pålegge endringar er likevel snevrare enn den mellom næringsdrivande.²⁵

Etter bustadoppføringslova § 9 kan forbrukaren kreve “endringar i arbeidet og påleggje entreprenøren å utføre tilleggsarbeid som står i samanheng med den ytinga som er avtalt, og som ikkje i omfang eller karakter skil seg vesentleg frå denne ytinga. Forbrukaren kan likevel ikkje krevje endringar eller tilleggsarbeid dersom dette ville føre til ulemper for entreprenøren som ikkje står i høve til forbrukarens interesse i å krevje endringa eller tilleggsarbeidet”.

Det er viktig å merke seg at det etter bustadoppføringslova er forbrukaren som er oppdragsgjevar. Han har difor ei vesentleg anna rolle i kontraktsforholdet enn oppdragsgjevar i standardkontraktar, og eit større behov for vern. Dette medverkar også til at bustadoppføringslova ikkje utan vidare eignar seg som grunnlag for bakgrunnsrett for entrepriser.

Retten til å påleggje ekstraarbeid, er kopla saman med reglar om tilleggsvederlag etter § 42. Krav om tilleggsvederlag må framsettast “i samband med krav om endringar eller tilleggsarbeid”. Ihht. motiva i bustadoppføringslova, må entreprenøren sette fram kravet “innan rimeleg tid” etter at han har motteke “forbrukarens krav om tilleggsarbeid”. I forarbeida vert det uttalt at kva som ligg i ordlyden må vurderast ut frå tilhøva, men at det i dei fleste tilfeller vil vere “grunnlag for å krevje ein reaksjon innan ei veke eller to”.²⁶

²⁵ Kåre Lilleholdt, Avtale om ny bustad, Universitetsforlaget Oslo, 2001, s. 52

²⁶ Ot.prp.21 (1996-1997) s. 75

3 Nokre metodiske utgangspunkt

Ei overordna utfordring ved framstilling av norsk rett på området for tilvirkningskontraktar, er eit generelt fråvær av lovregulering. Med unntak av bustadoppføringslova av 1997, der forbrukaromsyn har ein framtreddande plass, eksisterar det ikkje lovregulering.²⁷ Til dette kjem også at norsk alminneleg obligasjonsrett i liten grad har retta særleg merksemd mot større tilvirkningskontraktar; utover handsaming av tilverkingskjøp, som gjekk inn under kjøpslova av 1907, har dette området vore lite behandla.²⁸ Dette gjer at det kan vere særleg krevjande å fastlegga bakgrunnsrett. Dei standardkontraktane som vert nytta, og som skal behandlast i denne framstillinga, vil ofte kunne få ein funksjon som bakgrunnsrett sjølv.

Analogisering eller indusering frå preklusive fristar er likevel svært uvanleg. Det eksisterar til dømes ikkje høgsterettsavgjersler som nyttar absolute reklamasjonsfrister utanfor sitt anvendingsområde. I den alminnelege obligasjonsretten er det i staden ulovfesta passivitetsreglar som stort sett kjem til anvending. Dei reglane som skal analyserast her, vil difor normalt ikkje kunne nyttast som deklarasjons bakgrunnsrett. Det kan likevel tenkast at innarbeida bruk av preklusive varslingsreglar, vil ha betydning også utanfor kontrakta sitt nytteområde som moment i vurderingar av når passivitet kan føre til binding eller tap av rettar for kontraktspartar i tilverkingsforhold.

Ettersom preklusive reglar normalt ikkje kan få særleg anna tyding utanfor sitt nytteområde enn som moment i passivitetsvurderingar, finnast det i realiteten ikkje særleg relevant bakgrunnsrett for tolkinga av slike preklusive fristar som her skal behandlast. Det skapar særlege utfordringar for tolkinga av kontraktsbestemmelsane, fordi tolkningsgrunnlaget vert tynnare. Ved å samanlikne to av dei viktigaste tilverknadskontraktane, NS 8405 og NF 07, gjev dette, i alle fall ei viss moglegheit til å få eit betre tolkningsgrunnlag. Ettersom endringssystemet i entreprisekontraktane, som nevnt over i punkt 2.2, er

²⁷ Jf. Nærmere Krüger, Norsk kontraktsrett s. 459

²⁸ Sjå f.eks. Augdahl, Den Norske obligasjonsrets almindelige del s. 306-307 og Arnholm, Almindelig obligasjonsrett s. 231.

inspirert av fabrikkkontrakta, vil det klart nok vere relevant å sjå på begge kontraktane i tolkingsprosessen.

I Rt. 1993 s. 546 uttalte retten at “det primære formål ved all kontraktstolking er å finne ut hva partene har ment.” Formuleringa omfattar klart nok standardavtalar, og det er liten tvil om at dette utgangspunktet også gjeld for standardavtalar i form av såkalte “agreed documents” som NS- og NF-kontraktane. Det er likevel like klart at standardavtalar generelt, og agreed documents utarbeida med tanke på profesjonelle partar spesielt, reiser ein del særlege spørsmål om forholdet mellom kontrakta si ordlyd og partane si mening.

Høgsterett har i fleire saker understreka ordlyden si sentrale tyding ved tolking av avtalar mellom profesjonelle partar. I Rt. 1994 s. 42 uttalte retten:

“Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkingen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet (...) At man ved avtaletolking også i forretningsforhold kan trekke inn den utvikling som har funnet sted etter avtalens inngåelse, og at det ved mer langvarige kontrakter kan tillegges vekt at forholdene har endret seg, får etter mitt syn ikke betydning her. Man kan ikke ved tolking fange opp tilfelle som det var nærliggende å regulere dersom avtalen også skulle omfatte dem.”

Dette følgast opp i Rt. 2001 s. 59, der Høgsterett uttaler at *“det finnes støtte så vel i teori som i rettspraksis for at slike kontrakter [mellom profesjonelle] som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt”*.

Det synast å vere grunnlag for å tolke Høgsterett slik at ordlyden har ein særleg sterk posisjon ved tolkinga av avtalar mellom profesjonelle. Dette har også gode grunnar for seg: Det verkar preventivt, ved at partane må sørge for å formulere seg tydelig, og partane må sørge for å få nedfelt forventningar i sjølve avtalen.

Dei framforhandla avtalane som vert behandla i denne framstillinga, er avtalar som er utarbeidd med tanke på profesjonelle partar. Dei ovanfor refererte dommane gjev difor ordlyden i avtalen ein sentral plass. For desse dokumenta kan det dessutan spørjast om ikkje førehald knytt til dei konkrete partane kjem endå meir i bakgrunnen, fordi partane ved å velge å nytta seg av slike kontraktar,

ikkje kan forutsettast å ha eigne avvikande oppfattingar om enkeltpunkt i kontrakta. Ved ein slik framforhandla kontrakt, vil formålet med bruken normalt vere at partane stolar på avtaleverket som heilheit. Partane føreset at reguleringa er balansert, og sjølv om partane skulle ha ein felles, avvikande oppfatting av ein klausul i standarden, er det ikkje dermed gjeve at partane si vilje ikkje må forutsettast å vere at den rette tolkinga, det vil seie uavhengig av deira eiga subjektive oppfatting, skal leggst til grunn.

Dette poenget vert godt illustrert av skiltsdom inntatt i ND 1983 s. 309 "Arcia". M/S Arcia lei motorhavari på reise frå USA til Japan, og vart slept over Stillehavet. Spørsmålet i saka var om leige for skipet skulle betalast også for perioden etter motorhavariet, fram til det tidspunktet skipet skulle komme fram ved normal drift (berre netto tidstap som det ikkje skulle betalast leige for), eller om skipet vart "off-hire" frå det tidspunktet motorhavariet inntraff.

Det vart nytta ei standardkontrakt for frakt, utarbeida av Texaco for frakt av olje, Texacotime 2. Partane hadde likevel avtalt at norsk rett skulle gjelde på kontrakta. Etter den norske sjølova var det berre netto tidstap som ikkje skulle kompensast i slike tilfelle, i motsetnad til engelsk rett. Sidan standardkontrakta var utarbeidd på bakgrunn av løysinga i engelsk rett, meinte fleirtalet i skiltsdomsretten at *kontrakta* måtte tolkast slik at skipet umiddelbart kom "off-hire", altså at det ikkje skulle betalast leige for perioda etter motorhavariet. I staden for å utfylle ein ordlyd som ikkje gav eit klart svar, tolka fleirtalet i volgiftsretten kontrakta i tråd med det som måtte antas å ha vore forfattarane si meining med klausulen, sjølv om partane i det konkrete tilfellet neppe hadde særlege føresetnadar for å meine noko om eit så spesielt tolkingsspørsmål i kontrakta.²⁹ Dette illustrerar den særprega tolkingprosessen ved slike framforhandla kontraktar: Den ligg langt tettare opp mot ordinær lovtolking, ved bruk av forarbeider og rettspraksis, enn det meir "ordinær" kontraktstolking gjer, der partane si oppfatting og innretting ofte vil stå sentralt.

Når profesjonelle partar kontraherar ved å nytte NS 8405 og NF 07, vil dei, med mindre det tydeleg vert gjort avvik frå standardane, i utgangspunktet

²⁹ Sjå nærmare Erling Selvig, "Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk", Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986 s. 1-26.

underleggast ein objektiv og generell fortolking av kontraktane. Kva partane sjølv har forutsatt vert dermed av underordna tydning.³⁰

Eit særstilt problem som oppstår i denne samanhengen, er at både NS 8405 og NF 07 har ein skiltdoms klausul. Skiltdoms praksis sin status som rettskilde er omstridt. Det er i utgangspunktet liten tvil om at skiltdoms praksis tilfredsstillar minstekrav til å kunne klassifiserast som ei rettskilde: Det er ein form for praksis mellom private partar som det ut frå omsynet til lik behandling av like tvistar og forutberegnelighet prinsipielt sett kan leggast vekt på. Samstundes er det også enkelte vesentlege grunninnvendingar mot å legge særleg vekt på skiltdoms praksis: For det første er det berre ein privat, avtalt tvisteløysings mekanisme, som ikkje er gitt ein tilsvarende autorisasjon av rettssystemet som praksisdannande som dei ordinære domstolane. For det andre kan det vere noko tilfeldig kva skiltdoms dommar som vert publisert og dermed kjent. Ei av årsakane til at profesjonelle tidvis vel skiltdom, er nettopp at dommane kan haldast hemmelege. Dersom berre eit lite utval avgjersler er tilgjengelege, er det vanskeleg å vite om disse er representative, og dermed svekkast både omsynet til lik behandling av like tilfeller og omsynet til forutberegnelighet.

I Sjur Brækhus sin artikkel “voldgift som rettskilde” vert det gjennomgått ein del argument som han meiner talar for å legge vekt på skiltdoms praksis. Han meiner for det første at “voldgifts dommerne gjerne er spesialkyndige på vedkommende område, og at de avgjør sakene som siste instans, med det økede ansvar dette innebærer”. Han skriv vidare: “Særleg oppfordring til å akseptere voldgiftspraksis som rettskilde er det på rettsområder som skipsbygging, salg av annenhands skib, tidsbefraktning, m.v., hvor voldgift er blitt den helt dominerende form for konfliktløsning. På disse områder er det først og fremst voldgifts dommerne som står for rettsutviklingen gjennom domspraksis”. Han vektlegg også at det ved valet av kva skiltdoms avgjersler som vert publisert, skjer ein kvalitetskontroll av argumentasjonen i dommane. Endelig framhevar Brækhus at argumentet om at det er noko tilfeldig kva dommar som vert

³⁰ I rettskildelitteraturen pågår det ein diskusjon om avtalar skal ansjåast som rettskjelder i tradisjonell forstand, sjå særleg Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utg. Bergen 2004 s. 340-344 med vidare henvisningar. For mitt formål er det ikkje naudsynt å ta stilling til dette meir teoretiske spørsmålet, det er tilstrekkeleg å vise til at tolkningsprosessen her vert liggande tett opp mot meir ordinære lovtolkingsspørsmål. Det kan her visast til Nygaards uttaling på s. 340, kor han skriv at “ein standardavtale blir lettare akseptert som rettskjeldefaktor, fordi den er av generell karakter”.

publisert ikkje bør tillegast for stor betydning, ettersom ein tilsvarande utvelgelse skjer ved publisering av underrettsdommar, og at det berre er eit “forsvinnende lite og nokså tilfeldig utvalg” saker som blir forelagt Høgsterett.³¹

At skiltdomsdommarar kan vere særleg kyndige, er i seg sjølv eit lite overbevisande argument. Så fram argumentasjonen er overbevisande, vil sjølvsgt sjølve rettskjeldebruken i dommen kunne tene som overtydningsargument. Det vert som med juridisk teori, som ikkje er rettskjelde i tradisjonell forstand, men som likevel kan ha stor innflytelse.

Til dette kjem at publiseringsordninga for praksis frå tingrettar og lagmannsrettar i dag er vesentleg endra sidan Brækhus skreiv sin artikkel, slik at argumentet om at det også her skjer ei siling er mindre overtydande. Tilbake vert særleg argumentet om at det kan vere skiltdomsdommarar som står for rettsutviklinga på områder der dei ordinære domstolar i liten grad involverast. Det er klart at dersom det føreligg ein rimeleg fast praksis som brukarane av standardane innrettar seg etter, så bør dette tillegast relativt stor vekt. Brækhus sine avsluttande merknadar gjev her eit treffande bilete:

«Plikter en dommer, når han skal treffe sin avgjørelse, å vurdere de ulemper som et eventuelt brudd med tidligere praksis vil innebære? Og er han på den annen side berettiget til å følge denne praksis til tross for at han finner at den avvikende løsning isolert sett er like heldig eller klart er å foretrekke? Stilt på denne måten må spørsmålene besvares bekræftende, også forsåvidt gjelder voldgiftspraksis. (...) [N]år det gjelder de områder av næringslivet hvor voldgift er den dominerende form for tvisteløsning, er det grunn til å minne om at et sikkert rettssystem og en fast praksis ofte vil være viktigere enn tilfredsstillelsen av den fulle individuelle rettferdighet i det enkelte tilfelle. Sett i dette perspektiv vil det være uheldig at en dommer eller voldgiftsdommer fraviker den etablerte og publiserte voldgiftspraksis uten at dette tilsies av sterke reelle grunner.»³²

Dette synspunktet vil danne utgangspunktet for bruken av skiltdomspraksis også i denne framstillinga. Det innebér at der det føreligg ein rimeleg fast, innarbeidd praksis, vil denne kunne måtte vektleggast relativt tungt. Det vil også vere av sentral betydning om det finnast avgjersler frå dei ordinære domstolane, ettersom det vil påverke korleis partane kan tenkast å innrette seg etter

³¹ Sjur Brækhus, “Voldgiftspraksis som rettskilde” i ...den urett som ikke rammer deg selv, Festskrift til Anders Bratholm, s. 447-461, på s. 459-460.

³² Sjur Brækhus, “Voldgiftspraksis som rettskilde” s. 461.

skiltdomspraksis. Den nærare betydninga av skiltdomspraksis for enkeltspørsmål som skal løysast, vil måtte vurderast individuelt, i tilknytning til dei spørsmål som behandlast i framstillinga.

4 Tidsfristar for krav om endring og for tilsvar

4.1 Innleiing

Utgangspunktet i kontraktane er som nemnt at oppdragsgjevar har rett til å pålegge endringar under arbeidet, og leverandøren er pålagd å rette seg etter endringa omgåande.³³ Dette gjeld sjølv om ikkje alle konsekvensar av endringa er avdekka på dette tidspunktet.³⁴ Ein instruks vil seie at leverandøren får melding om å gjennomføre ein del av avtalen annleis enn tidlegare fastsett, utan at dette vert gjort ved ordinær endringsordre. Årsaka til at ein slik instruks vert gjeven kan vere at oppdragsgjevar har misforstått eller feiltolka den originale avtalen eller at han vurderer det slik at endringa ikkje fører tilleggsarbeid som skulle gje krav på kompensasjon. Argumentasjonen for å gje ein slik instruks er i alle tilfelle at endringa inngår i kontrakta, og dermed ikkje gjev krav på endringsordre, og følgeleg ingen ekstra rettar.

Kontraktane fastset ulike reglar for den vidare prosedyra for å avklare om endringa fører til at leverandøren har krav på tilleggsvederlag eller fristforlenging på grunn av endringa. Vidare i framstillinga vil det verte fokusert på reglane og tidsfristane i situasjonar der det er tvist om ei endring føreligg eller ikkje. Konsekvensen av ein slik tvist er at leverandøren må framsetja eit krav om endringsordre. Oppdragsgjevar har i prinsippet ein ubetinga rett til å avvise eit krav frå leverandøren dersom dette ikkje er sett fram innan utløpet av tidsfristen. Dette gjeld også sjølv om leverandøren sitt krav er legitimt. Det vil først verte tatt ein gjennomgang av omsyna bak tidsfristane for krav om endringsordre. Deretter vil reglane i begge kontraktar behandlast kvar for seg, då innhaldet ikkje er identisk.

4.2 Omsyna bak tidsfristane for krav om endringsordre

³³ Jf. NF 07 art. 15.1 og NS 8405 pkt. 22.3 tredje ledd. Denne ubetinga arbeidsplikta vert populært omtala som "hoppeplikt". I den gamle entreprisestandarden, NS 3430, hadde leverandøren ikkje plikt til å starte arbeidet utan at instruksjonen var skriftleg jf. pkt. 28.2 andre ledd.

³⁴ NS 8405 pkt. 22.3 tredje ledd og NF 07 art. 15.1

Oppdragsgjevar har behov for å ha kontroll over både kostnader, framdrift og prosjektstyring. Dei preklusive tidsfristane tvingar leverandøren til å setje fram sitt krav om endringsordre hurtig, slik at oppdragsgjevaren blir kjend med at det eksisterer eit krav om tilleggsvederlag eller fristforlenging.³⁵ Ein unngår på denne måten at krava blir sett fram like før overlevering. Leverandøren har plikt til å utføre arbeidet han vert ilagd, og eventuelt rett på betaling. Det er difor viktig at oppdragsgjevar raskt får beskjed dersom leverandøren meiner at instruksjonen er ei endring som påverkar tidsaspektet eller prisen. På denne måten kan oppdragsgjevar trekke instruksjonen tilbake, dersom han likevel ikkje ynskjer arbeidet gjennomført etter å ha blitt klar over konsekvensen.

Kontraktane har eit strengt system som regulerer tidsfristar for å avdekke usemje, og for løysing av tvistar undervegs. Gjennom eit slikt system, kan ein hindre unødig og kostbar stans i arbeidet. Systemet kan også avgrense kompliserte tvistar mellom partane i ettertid. Preklusjonsfristane gjer til at tvistar vert identifisert tidleg, motivert av trugsmål om at kravet elles kan falle bort.³⁶ Dermed hindrar ein vanskelege og ofte langvarige tvisteoppgjer ved overlevering. Arbeidet i både fabrikkstilhøve og ved entrepris er ofte komplekst og går over lang tid. Å identifisere tvistane i ettertid vil ofte vere vanskeleg og krevjande økonomisk og tidsmessig. Ved å tvinge partane til å ta stilling til tvistane undervegs, får partane også mulighet til å sikre bevis. På denne måten vil ein kunne bevise saksforløpet i eit eventuelt sluttoppgjer, og forhindre at viktig dokumentasjon går tapt undervegs.³⁷

4.3 Krav frå leverandør om endringsordre etter NS 8405

4.3.1 Frist for krav om endringsordre

Preklusjon dersom det ikkje vert varsla

³⁵ Kaasen, Knut. Formalisme i komplekse tilvirknings- kontrakter. I Tidsskrift for Forretningsjuss 2009, s. 54 punkt 4.

³⁶ Kaasen (2006) s. 424

³⁷ Kaasen, Knut. Formalisme i komplekse tilvirknings- kontrakter. I Tidsskrift for Forretningsjuss 2009, s. 54

Som nemnd over, skal leverandøren starte arbeidet ein instruks gjev, sjølv om han meiner at arbeidet utgjer ei endring, som gjev han rett på tilleggsvederlag eller ekstra tid jf. pkt. 23.1:

"Mottar entreprenøren pålegg om en ytelse uten at dette skjer i form av en endringsordre, skal han iverksette pålegget selv om han mener at pålegget innebærer en endring[...]"

Eit slikt "pålegg", vert i kontrakta omtala som ei "irregulær endringsordre",³⁸ og er ein vanleg måte å ilegge endringar i arbeidet på. Ei irregulær endringsordre er endring, pålegg eller reduksjon som ikkje vert gjeve som ordinær endringsordre. Det føl av ordlyden i kontrakta at arbeid eller reduksjon av arbeid som den irregulære endringsordra inneheld, utløyser ei arbeidsplikt for leverandøren. Dersom leverandøren meiner at arbeidet han er pålagd inneber ei endring etter pkt. 23.1, skal han "uten ugrunnet opphold" melde frå til oppdragsgjevar om dette. Verknaden av å ikkje varsle innan denne fristen, er at kravet om endringsordre vert prekludert etter pkt. 23.2 første ledd:

"Mottar entreprenøren pålegg som angitt i 23.1, skal han uten ugrunnet opphold varsle byggherren dersom han vil påberope seg dette som en endring. Gjør han ikke det, taper han retten til å påberope seg at pålegget innebærer en endring"

Preklusjon på grunn av manglande varsel vart drøfta i LE-1999-554. Saka gjaldt legging av kloakkledning. Partane hadde nytta NS 3430, og spørsmålet var om leverandør kunne krevje ekstra betaling for endringar i arbeidet etter art. 28.3.1.³⁹ Leverandøren hadde ikkje varsle om kravet, men oppdragsgjevar måtte etter leverandørens syn forstå at endringa ville føre til slike konsekvensar. Retten kom til at dette ikkje var tilstrekkeleg, og at partane måtte vere enige om at det var ei endring dersom leverandøren skulle ha rett på tillegg. Leverandøren hadde difor tapt sin rett til ekstra vederlag, som fylgje av at han ikkje hadde varsle etter pkt. 28.4.1.⁴⁰

Utgangspunktet for fristen

³⁸ Omgrepet vart innført for første gang i 2008-revisjonen av NS 8405. Årsaken til dette er at det i større grad vert nytta irregulære endringsordrer i entrepriseretten enn den vanlege endringsordra. Dette er tatt omsyn til i den nyaste standarden.

³⁹ Bestemmelsen i NS 3430 pkt. 28.4.1 er identisk med NS 8405 pkt. 23.2.

⁴⁰ Marthinussen m/fleire (2010) s. 325

Før ein kan sjå på lengda av fristen, vil det vere naudsynt å klarlegge det tidspunktet fristen startar frå. Tidspunktet for når fristen byrjar å gå kjem ikkje fram av ordlyden i kontrakta. Dersom ein tek utgangspunkt i den alminnelege påbudsregelen i avtalelova §§ 2 og 3, vil fristen starte når instruksen er “kommet frem” til leverandøren.⁴¹ I den første utgåva av NS 8405 i 2004, var det presisert at fristen starta når leverandøren var blitt “klar over” dei omstendene som begrunna endring. Det same fulgte også av NS 3430 (pkt 17.5 første ledd). I siste versjonen av NS 8405 er denne presiseringa av fristen sitt utgangspunkt tatt bort.

Utgangspunktet for fristen etter ordlyden i 23.2, er det tidspunktet leverandøren “mottar” instruksen.⁴² Tas kontrakten på ordet her, innebær det at entreprenøren kan miste retten til tilleggsvederlag og fristforlenging, sjølv om han ikkje kunne forstå at instruksen reelt innebar ei endring. Ein slik regel verker svært hard, og det kan spørjast om ikkje det må krevjast at entreprenøren burde ha skjønt at instruksen innebar ei endring.

Fristen vil seinast starte frå det tidspunktet då leverandør faktisk oppdagar at instruksen inneheld ei mogleg endring.⁴³ Det kan så spørjast om det er mottak av instruksen, tidspunktet entreprenør burde oppdaga at den utgjir ei endring, eller når han får kunnskap om at dette, som er avgjerande. Etter NS 8405 pkt. 25.3 første ledd (varsel om vederlagsjustering) vil fristen for varsling byrja gå frå det tidspunktet då leverandøren “blir eller burde bli klar over”. Ein slik presisering finn vi derimot ikkje i ordlyden i pkt. 23.3.

I Rt. 2009 s. 160 gjev Høgsterett nokre retningslinjer for når tidsfristen startar å gå. I saka fekk leverandøren større utgifter enn planlagt, etter bygging av eit vasskraftanlegg. Årsaken til den auka kostnaden var at oppdragsgjevar ikkje hadde gjeve korrekte opplysningar om grunnforholda rundt anlegget.

Partane nytta i hovudsak NS 3431, men med enkelte modifikasjonar. Etter pkt. 8.5 i denne kontrakta, måtte varsel vere gitt “uten ugrunnet opphold”, tilsvarende ordlyden i NS 8405 pkt. 23.2. Retten uttalar i saka at føresegnene må

⁴¹ Barbo (1997) s. 214

⁴² Marthinussen m/fleire (2010) s. 326

⁴³ Marthinussen m/fleire (2010) s. 326

lesast på same måte.⁴⁴ I saka vart det tatt stilling til om krav av dekning av meirutgifter var prekludert på grunnlag av at det ikkje var varsla i tide. Retten uttalte at:

”Etter punkt 22.5 begynner varslingen å løpe når totalentreprenøren er blitt ”klar over” at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører merutgifter og tilsvarende må da gjelde etter punkt 8.5. Dette innebærer at entreprenøren må ha faktisk kunnskap om at det er gitt feil opplysninger om grunnen som har medført eller vil medføre merutgifter – det er ikke tilstrekkelig at han burde ha slik kunnskap. Videre må han ha tid til å foreta en samlet bedømmelse av forholdene. Derimot kreves det ikke at entreprenøren er klar over kravets totale omfang”.

Varslingsfristen ville difor gå frå det tidspunktet då leverandøren hadde positiv kunnskap om dei faktiske forholda som førte til at byggherren hadde ansvar for å dekke kostnadane. Varselet om krav på tilleggsbetaling vart etter rettens syn gjeve ein dag etter at leverandøren var blitt klar over forholda som ville medføre endringar, og var difor varsla i tide. Retten la også til at leverandøren måtte ha tid til å foreta “en samlet bedømmelse av forholdene”, og at han må “gis tid til å vurdere ansvarsspørsmålet”.⁴⁵

Det kan likevel virke som det er ein viss splid i teorien på dette området.. Barbo uttrykkjer at det etter hans skjønn “prinsipielt er uriktig å ta utgangspunkt i det tidspunkt entreprenøren får eller burde fått kunnskap om kravet”.⁴⁶ I kommentarutgåva til kontrakta vert det lagt til grunn at fristen vil starte frå det tidspunktet leverandøren “burde ha oppdagat forholdene ved en vanlig aktsom gjennomgang”. Det krevjast derimot ikkje ein spesielt grundig gjennomgang.⁴⁷

I reklamasjonsretten elles, er det vanleg at fristar går frå tidspunktet ein burde kjenne til omstendene. Hagstrøm slår fast at “det alminnelige utgangspunktet for reklamasjonfrister må vere det tidspunktet parten ble kjent med, eller burde blitt kjent med, forhold.”⁴⁸ Dersom ein ikkje kunne klandra leverandøren for forhold han burde visst om, ville det kunne føre til eit urimeleg resultat der

⁴⁴ Sjå punkt 42 i dommen

⁴⁵ Det samme ble tidligere lagt til grunn av Borgarting Lagmannsrett (LB-2002-3890) der det ble uttalt at fristen for når ein må varsle, startar frå “det øyeblikk da entreprenøren har fått kjennskap til det forhold som regulerer hans krav”.

⁴⁶ Barbo (1997) s. 214

⁴⁷ Marthinussen m/fleire (2010) s. 326

⁴⁸ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Universitetsforlaget, 2011 s. 353

leverandøren får medhald når han sjølv har vore uoppmerksom. I og med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2009 s. 160 synes det likevel vanskeleg å komme utanom at det må vere kunnskapstidspunktet som er avgjerende.

Lengda på fristen

Frå ordlyden “uten ugrunnet opphold”, forstår ein at det må vere ein saklig grunn for ikkje å reagere tidlegare. Opphaldet må vere “grunna”, og ordlyden talar for at fristen er relativt kort. Det er einigheit både i teori og i bransjen om at denne fristen er svært kort, gjerne berre nokre få dagar.⁴⁹ Det er likevel gjeve få handfaste retningsliner på kva ordlyden etter denne regelen egentlig betyr. Dersom ein ser på fristlengda i samanheng med omsyna bak tidsfristane, støttar omsynet til oppdragsgjevars kostnadskontroll den korte fristen. Likevel kan det spørjast om fristen som er oppstilt i teorien er uforholdsmessig kort for leverandøren. Å tape sitt krav på grunnlag av for sein varsling kan ha store konsekvensar, og potensielt vere katastrofale i enkelte tilfelle. Det må difor kunne takast høgde for at også noko lengre opphald før varsling må kunne sjåast som “grunna”. Det må i den enkelte situasjon verte tatt ei konkret vurdering, ut i frå kva som er praktisk gjennomførbart for leverandøren å rekke.

I LB-2000-2809, var det avtalt at ein maskinetrepreneur skulle fjerne grusmasser for byggherren. Ein tredjedel av massane viste seg å vere meir kostbare å fjerne enn foventa. I saka vart det vurdert om dei ekstra kostnadane, som følge av problema med massane, var varsla “uten ugrunnet opphold” etter NS 3430 pkt. 17.5. Leverandøren vart klar over at utgravinga baud på problem i månadskiftet mars/april 1999. Varsel vart gjeve 27 april 1999. Retten uttalte at det i utgangspunktet vanskeleg kunne reknast som eit “grunna” opphald, ettersom det var gått så lang tid. Ein av årsakane til at varslinga kom så seint, var at oppdragsgjevar hadde forsikra leverandøren om at omstendene rundt dei dårlege massane ville bedrast. Oppdragsgjevar hadde difor hatt kontinuerlig kommunikasjon om omstenda med leverandøren, og leverandøren hadde uttrykt at det ville komme tilleggskrav om problema fortsatte. På grunnlag av denne kontrakta, og omstenda ellers, kom retten til at leverandøren hadde sakleg grunn til å varsle då han gjorde.

⁴⁹ Mathinussen m/fleire (2010) s. 326

Dommen illustrerer at konkrete omstender må leggest til grunn, og er viktige for vurderinga av fristlengda. Det vi kan utlede frå dommen, er at eit varsel, gjeve over nesten ein månad etter ein oppdaga det endrande forholdet, normalt vil vere for seint framstilt.

4.3.2 Oppdragsgjevars svarplikt

Etter NS 8405 pkt. 23.3 har oppdragsgjevar to val når han får eit krav om endringsordre:

“Når byggherren mottar varsel i henhold til 23.2, skal han besvare varslet ved enten å

- a. utstede endringordre i henhold til 22.3, eller*
- b. avslå* *entreprenørens* *krav.*

[...]”.

Oppdragsgjevar må etter denne regelen reagere på leverandøren sin påstand om at instruksen inneber ei endring. Oppdragsgjevar kan akseptere leverandøren sitt krav, og utstede ei ordinær endringsordre. Leverandøren vil då ha krav på ekstra betaling eller tid, som om endringsordra var gitt på vanlig måte. Vil ikkje oppdragsgjevar godta at det skal gjevast ein endringsordre, må han avslå entreprenøren sitt krav, med ein begrunnelse.⁵⁰ jf. NS 8405 pkt. 23.3 bokstav b. Oppdragsgjevar kan også velje å trekke tilbake instruksen, sjølv om dette ikkje føl av ordlyden i pkt. 23.3

Tilsvaret etter alternativ a eller b, må også vere gjeve “utan ugrunna opphald”. Ordlyden peikar på same måte som pkt. 22.2, mot at fristen er kort.⁵¹ Det er lite som talar for at denne fristen skulle vere lenger enn den leverandøren har, for å framsetja sitt krav om endringsordre. Ein må kunne forvente at byggherren har nok kunnskap og innsikt i prosjektet til å hurtig kunne vurdere og ta standpunkt til kravet.⁵² Omsynet bak å ha ei slik kort frist, er at leverandøren, har behov for

⁵⁰ Kravet til begrunnelse føl ikkje av ordlyden i okt. 23.3, men framkjem av pkt. 24.7 og 25.5

⁵¹ Marthinussen m/fleire (2010) s. 329.

⁵² Marthinussen m/fleire (2010) s. 329.

å få avklart situasjonen raskt. Leverandøren har plikt til å starte arbeidet umiddelbart etter han mottar ein instruks jf. pkt. 23.1. Det vil difor vere viktig for leverandøren å få avklart sine forplikingar hurtig, slik at han kan ha best mogleg oversikt over framtidig drift. Dersom ikkje andre omsyn talar mot, vil fristen normalt verte satt til 4-5 dagar.⁵³ Lengda på fristen vil likevel avhenge av ei samansatt vurdering av tilhøva i den enkelte situasjon. Byggebransjens Fagleg Juridisk Råd avgjorde i sak nr. 403 i 1993, at to veker frå krav om endring, til avslaget kom, var for lang tid.

I LB-2010-22340 behandlar lagmannsretten fleire tilfelle der spørsmålet var om oppdragsgjevar hadde svart på krav om endringsordre i tide. Netel hadde hyra Baneservice som underleverandør, og NS 3406 vart nytta som del av kontrakta. I det første aktuelle spørsmålet for denne framstillinga, hadde Netel venta 10 månadar før svar på krav om endringsordre vart satt fram. Retten la til grunn at ein måtte godta noko lenger tidsbruk når leverandøren først måtte framlegge kravet sitt for ein tredjepart (hovedentreprenøren), og vente på hans standpunkt. I dette tilfellet meinte retten at Netel hadde gått "langt utenfor hva som kan betegnes som "ugrunnet opphold". Det vart derfor presumert at Netel, som følge av å ha satt fram omtvista endringsordre for seint, hadde akseptert kravet frå Baneservice. Retten ansåg også fem månadar, for eit anna svar på krav om endringsordre. I eit anna spørsmål kom retten, under tvil, til at respons på endringsordrekrav etter 4 månadar var "grunna" opphald. Dette var fordi forseinkinga skuldast andre aktørar høgare i kontraktskjeda. Også i spørsmål om 2 ½ månad var innanfor fristen, kom retten til same konklusjon. Dette var også begrunna med at ventetida priært kunne skuldast Siemens, som var hovudleverandør. Retten uttala her at ein som: *"utgangspunkt og innenfor visse grenser, (må) kunne vente og se hva ledd høyere opp i kjeden gjør før en selv godtar eller avviser et krav"*. Det at Baneservice også visste om at kravet måtte via Siemens, vart også vektlagt i vurderinga i om tidsbruken var rimeleg. Det vart også vektlagt at *"partene gjennom sin praksis i kontraktperioden har godtatt atskilling lengre responsfrister enn de som følger av [...]avtalen mellom Baneservice og Netel"*.

Dersom krav om endringsordre er for seint framset, må leverandøren som nemnd utføre arbeidet. Arbeidsplikta for leverandøren trer inn som eit påbod frå det tidspunktet då han fekk instruksen, dvs. før preklusjon i det heile har trått i

⁵³ Marthinussen m/fleire (2010) s. 329.

kraft. Teoretisk sett kan difor forpliktinga vere misleghaldt før leverandøren sitt krav er prekludert.⁵⁴ Verkinga understrekar nødvendigheten av at leverandøren har ein administrasjon som er rusta til å handtere dei varslingsmekanismane i kontrakta.

Dersom oppdragjevar ikkje varslar leverandøren “uten ugrunnet opphold” om at han anser krav om endringsordre for seint framsatt, vil kravet om endringordre verte rekna som framkome i tide jf. NS 8405 pkt. 23.3. På denne måten har ein effektivisert byggherrens plikt til å svare på kravet om endringsordre, og ivaretar såleis leverandørens behov for hurtig tilbakemelding.

Dersom oppdragjevar vel å avvise kravet frå leverandøren etter regelens bokstav b, må leverandøren likevel starte arbeidet jf. pkt. 26.1 første ledd. Etter bestemmelsens andre ledd kan oppdragsgjevaren velje å utsetje arbeidet til situasjonen er klarlagd. Regelen sitt tredje ledd er meint for å oppretthalde balansen mellom partane, ved å gje leverandøren krav på at oppdragsgjevar må stille sikkerheit for verdien av kravet. Det kan verka urimeleg for leverandøren å måtte fortsette arbeidet etter at selskapet har avslått kravet om endringsordre. Tredje ledd gjer til at arbeidsplikta likevel ikkje kan sjåast som for urimeleg.

⁵⁴ Babro (1997) s. 226-227

4.4 Situasjonen når leverandør krev endringsordre etter NF 07

4.4.1 Fristen for krav om endringsordre

På same måte som i NS 8405, er det leverandøren sitt ansvar å be om endringsordre dersom han meiner at ein instruks utgjer ei endring av arbeidet. Leverandøren må fremje endringsordra utan ugrunna opphald etter NF 07 art. 16.1 andre ledd. Dersom han ikkje gjer dette, kan kravet verte prekludert. NF art. 16.1 fyrste ledd, regulerer oppdragsgjevars moglegheit til å gi ein slik uformell instruks:

“Selskapets representant kan ved skriftlig instruks eller ved møtereføret underteget eller skriftlig bekreftet av ham, framsette krav om utførelse av et nærmere bestemt arbeid”.

Dersom det ikkje føreligg eit ”krav” frå oppdragsgjevar, er heller ikkje art. 16.1 aktuell. Selskapet må tydeleg insistere på at arbeidet skal utførast, det er ikkje tilstrekkeleg med antydingar eller forslag. Kravet må vere framsett på ein klar og utvetydig måte.⁵⁵ Oppdragsgjevar må sjølv kunne bevise at han har gitt ein tydeleg instruks dersom det seinare oppstår tvist om leverandørens endringsordrekrav.

Leverandør kan ikkje sende ut krav om endringsordre, utan at denne er ein reaksjon på ein instruks.⁵⁶ Dersom det ikkje føreligg ein instruks, kan ein difor ikkje krevja å få ei endringsordre etter art. 16.1. Kravet til reaksjon på instruks frå leverandøren kjem fram av art. 16.1 første ledd:

“[...]Dersom arbeidet etter Leverandørens oppfatning ikke er en del av hans plikter etter Kontrakten, skal Leverandøren fremsette Endringsordrekrav til selskapet og så snart som mulig deretter utarbeide overslag i henhold til art. 12.2[...].”

⁵⁵ Barbo (1997) s. 197

⁵⁶ Kaasen (2006) s. 418

Endringsordrekravet må etter ordlyden i tredje ledd,⁵⁷ innehalde ein “spesifisert beskrivelse” av dei verknadane leverandøren meiner arbeidet vil få. Ellers må endringsordrekravet innfri krava til ordinær endringsordre jf. art. 14.2 Denne beskrivinga av arbeidet vil ofte dekke kravet til tilsvar av vanleg endringsordre etter art. 12.2.⁵⁸ Plikten om at leverandøren i ettertid utarbeidar eit “overslag” vil difor ikkje vere naudsynt i alle tilfelle, då endringsordra ofte vil vere grundig nok i seg sjølv. Dersom kravet om endringsordre ikkje innfrir krava til innhald og form, vil det kunne avvisast av oppdragsgjevar.

Regelen i art. 16.1 krev at leverandør utarbeider og sender eit overslag over verknaden av arbeidet, etter han har sendt kravet om endringsordre. Dette må skje “så snart som mulig”. Denne fristen er ikkje omfatta av preklusjonsregelen i andre ledd.⁵⁹

Art. 16.1 andre ledd set grensa for tidsfristen når endringsordrekravet må vere satt fram;

”Dersom Leverandøren ikke har fremsatt Endringsordrekrav uten ugrunnet opphold etter at Selskapet har krevd et slik arbeid utført på den måten som er nevnt i første avsnitt, taper han retten til å gjøre gjeldende at arbeidet er et Endring av Arbeidet”.

Utgangspunktet for fristen

Fristen for når leverandøren må ha gitt endringsordrekrav, vil i frå ordlyden i art. 16.1 begynne å gå frå det tidspunktet oppdragsgjevar krevjar arbeidet utført. På same måte som i NS 8405, må fristen ta utgangspunkt i den alminnelege påbudsregelen i avtl. §§ 2 og 3. Fristen byrjar difor å gå frå instruksen er “kommet frem”.⁶⁰ til leverandøren. Spørsmålet er om varslingsfristen også etter NF 07 vil starte frå det tidspunkt leverandøren faktisk fekk kunnskap om dei forholda som medførte at det kunne føreligge ei endring, om den startar når han

⁵⁷ *”Et endringsordrekrav skal uttrykkelig betegjes som dette og fremsettes på fastsatt skjema. Det skal inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder”.*

⁵⁸ Kaasen (2006) s. 422

⁵⁹ Kaasen (2006) s. 422

⁶⁰ Kaasen (2006) s. 425 og Barbo (1997) s. 214

burde visst at instruksen medførte ei endring eller om ordlyden si strenge løysing, tidspunktet instruksen kom fram, må leggest til grunn.

Dersom fristen skal gå frå når instruksen er “kommet frem” til leverandøren, kan den i prinsippet begynne å gå før leverandøren får kunnskap om at instruksen inneber ei endring. I slike tilfelle vil ein kunne argumentere for at opphaldet er “grunna”, med mindre leverandøren kan klandrast for å ikkje å ha fått kunnskapen før.⁶¹

I skilddom av 26 januar 1993 “Peconor-saken”, uttalte skilddomsdommarane⁶² at krav om endringsordre måtte vere gitt “innen rimelig tid etter at man ble klar over de forhold som dannet bakgrunn for kravet”. Her legg retten til grunn at leverandøren må ha blitt klar over forholda, og går noko lenger enn det teorien legg til grunn. Kaasen uttrykker same standpunkt:

*“Preklusive frister forutsetter at både starttidspunkt og varighet angis. også starten kan være definert på en måte som åpner for rimelighetsvurdering, som eksempelvis når leverandørens frist for å reise krav i anledning feil ved selksapets leveranser er knyttet til hvilke feil som “burde ha vært oppdaget” jf. NF 07 art. 6.2. Fristen for å reise krav på grunnlag av påstått mislighold fra selkapes side er derimot knyttet til det mer abolutte at leverandøren “har oppdaget” kontraktsbruddet jf art. 27.2. Tilsvarende løper fristen for krav i anledning instruks fra instruksens er gitt jf. art. 16.1”.*⁶³

Kaasen synast å leggje til grunn at fristen for å fremje endringsodrekrav etter ein instruks, vil starte når “har oppdaget” forholdet som utløyer ei endring.

Vanlege reklamasjonsbetraktningar og ordlyden i kontrakta (jf. “ugrunnet” opphald) tilsier strengt tatt at det er “burde fått kjennskap” som bør vere avgjerande. Når avgjerda i Pecanor-dommen ses i sammenheng med Rt. 2009 s. 160, knyttet til det identiske spørsmålet for NS 8405, trekker det sterkt i retning av at det er kunnskapstidspunktet som er avgjerande. Barbo meiner likevel at

⁶¹ Kaasen (2006) s. 425 note 170, med vidare henvisning til ekspertavgjersle inntatt i Petrius 1999 s. 27 [1993].

⁶² Høgsterettsdommarar H.Stang og J. Skåre og prof. dr.jur. H.J Bull

⁶³ Kaasen, Knut. Formalisme i komplekse tilvirknings- kontrakter. I Tidsskrift for Forretningsjuss 2009, note 12.

ordlyden i art. 16.1 første ledd, er utvetydig og ikkje opnar for at leverandøren må varsle frå han hadde kunnskap, eller burde visst.⁶⁴ I ekspertavgjersle 22. september 1993 og i Petrus 1996 s. 37 vert det lagt til grunn at fristen startar frå leverandøren får eller burde fått kunnskap om forholdet som utløyser varslingsplikta.⁶⁵ Praksis synes klart å ha ei vidare tilnerming til ordlyden, og samla sett synast det etter mi meining rett å legge størst vekt på Rt. 2009 s. 160, slik at kunnskapstidspunktet blir avgjørende.

Lengda på fristen

For at leverandøren skal kunne ivareta retten til å hevde at instruksen er ei endring av arbeidet, må han varsle "uten ugrunnet opphold". Som for NS 8405, viser ordlyden til vurderingar av den enkelte situasjonen, og avgrensast mot dei tilfella som er "grunna".⁶⁶ Etter ordlyden er det forholda på leverandøren si side som må leggest til grunn for vurderinga av kor lang fristen skal vera. Dette inneber at oppdragsgjevars behov for rask tilbakemelding i utgangspunktet ikkje kan verte avgjerande. I "uten ugrunnet opphold", ligg det at det vert satt objektive krav til leverandøren si handtering av den mottekne instruksen.⁶⁷ Ein stiller også krav til hans kapasitet til å handtere innspel, og kva prioritet det må forventast at han skal gje kravet.⁶⁸ Endringar som skal utførast innan kort tid, vil kunne krevja at leverandøren reagerar raskare enn dersom endringa ligg lenger framme i tid. Eit døme på dette er i ekspertavgjersle inntatt i Petrus 1995 s.145. I saka vart krav om endringsordre satt fram etter 20 månadar. Eksperten (Mestad) kom til at leverandøren hadde framsatt sitt krav for seint, til tross for at den aktuelle instruksen ikkje skulle gjennomførast før på eit endå seinare tidspunkt. Mestad la vekt på at omsynet bak den preklusive fristen var å sikre kontinuerleg klarleik i prosjektet.⁶⁹

I art. 16.1 tredje ledd, stillast det som nemnd krav til innhaldet av endringsordra. Ettersom endringsordra må "uttrykkeleg betegnes som dette" etter art. 16.1 tredje ledd, og innehalde "spesifisert beskrivelse" jf. art. 14.2, av arbeidet kravet

⁶⁴ Barbo (1997) s. 214

⁶⁵ Barbo (1997) s. 214

⁶⁶ Barbo (1997) s. 216

⁶⁷ Kaasen (2006) s. 426

⁶⁸ Kaasen (2006) s. 428

⁶⁹ Kaasen (2006) s. 429

gjeld, talar dette for at leverandøren må få nok tid til å områ seg om situasjonen før han må sende kravet.⁷⁰ Dette kan tale for noko lenger frist enn etter NS 8405.

Det må leggest til grunn at leverandøren må kunne ha tid til å kartlegge dei forskjellige aktivitetane som skjer under eige og underleverandørars ansvar. Dette må likevel vere innanfor rimelege grenser. Dersom ein opnar for mykje opp for at leverandøren kan påberope seg kompliserte saksforhold, kan det føre til at leverandøren nyttar dette som ein strategi for å få utvida varslingsfrist.⁷¹

Leverandøren sitt behov for å områ seg, må likevel sjåast i samanheng med om leverandøren veit at ein instruks truleg vil komme jf. ekspertavgjersle publisert i Petrus 1995 s. 41. I saka vart krav om endringsordre sett fram to månader etter instruksjonen, rekna som for seint. Den aktuelle instruksjonen hadde vore drøfta i eit møte mellom partane, før den vart gitt. I tillegg hadde leverandøren kort tid etter at han fekk instruksjonen, overlevert liste over materialbehov.⁷² Det vert også lagt til grunn i teorien at det skal lite til før eit krav om endringsordre vert prekludert dersom leverandøren har visst om omstenda for den uformelle instruksjonen.⁷³ Ekspertavgjersla passar her godt overens med den skjønsmessige heilskapsvurderinga ordlyden legger opp til. Også Kaasen legg til grunn at:

*“Avgjørende er om det er saklig begrunnet å vente med å fremme kravet, hvilket først og fremst beror på om leverandøren ennå har fått tilgang til de informasjonen som tilsier at han bør fremme kravet”.*⁷⁴

I dom frå Oslo Tingrett i TOSLO-2011-63412-2 – TOSLO-2011-80444, vert det også sett ein terskel for fristlengde opp mot kunnskapen leverandøren hadde. Leverandøren fekk i oppdrag å bygge og montere eit ekstra boliggkvarter offshore. Partane nytta seg av NF 07 som ein del av avtalen.

Det interessante for denne framstillinga var om leverandøren kunne krevje tilleggsbetaling for ventekostnader, etter at ein levering vart forseinka , og

⁷⁰ Kaasen (2006) s. 427

⁷¹ Barbo (1997) s. 224

⁷² I avgjersla vart det også uttalt av dommer Gussgard, at preklusjonsfrista ikkje vert avbroten sjølv om leverandør varslar om at han vil senda endringsordrekav..

⁷³ Kaasen (2006) s. 428

⁷⁴ Kaasen (2009) s. 55

arbeidet dermed innstilt. Spørsmålet var om endringsordrekrav var komme fram "uten ugrunnet opphold" etter NF 07 art. 16. 8. Juni 2010 vart partane samde om at leverandøren skulle sende krav om endringsordre til oppdragsgjeveren , for dei ekstra fostnadane forseinkinga hadde medført. Kravet vart sendt 13 august 2010, 5 veker etter partane var blitt einige om at denne skulle sendast ut. Retten kom til følgjande konklusjon:⁷⁵

"Retten finner spørsmålet noe tvilsomt, men er kommet til at 5 uker ikke kan sies å være uten ugrunnet opphold, idet [leverandøren] Fleximodul hadde foranledning til å beregne bedre det krav som ville bli fremmet [...]."

Vurderingsmomenta som så langt er lagt til grunn for å finne ut lengda på fristen, er opne, og gir generelle anvisningar på rimelegheitsbetraktningar. Det vil difor vere vanskeleg å stille opp ei meir konkret rame for kor lange fristane er. Det vil likevel vere nyttig å vurdere om ein kan stille opp ei øvre, eller nedre grense for fristlengda, eller i det minste et nokolunde fast utgangspunkt. I ein ekspertavgjersle inntatt i Petrus 1996 s. 132, kom herredsrettsdommar, Jon Bonnevie Høyér til at krav om endringsordre som vart framsett 8 månadar etter instruks kom, var framsatt for seint. Likevel uttalte Høyér at:

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

Ekspertuttalinga trekk ordlyden svært langt. At 8-10 månader kan sjåast som "uten ugrunnet opphold", fremstår som overraskande, . I ekspertavgjersle publisert samme år, kom Høyér til at krav om endringsordre framsett 8 månadar etter instruksen var gjeve. Dette var begrunna i at leverandøren berre var tileigna den tida det tok å utarbeide eit overslag, ikkje nok tid til å rekne ut ein nøyaktig pris.

I ei anna ekspertavgjersle i Petrus 1995 s. 145, vart spørsmålet om lengda på tidsfristar tatt opp i kontraktsforhold der NF 87 (med modifikasjonar) vart nytta. I avgjersla kom det fram at det er "berre tale om relativt korte fristar. Det skal etter mitt syn vere gode grunner til for å gå utover meir enn nokre få månader og

⁷⁵ Sjå dommens punkt 7.

til vanlig vil fristen vere kortare enn det”.⁷⁶ Til samanlikning kjem det fram av ekspertavgjersle i Petrlus 1997 s. 89 [1995], at krav om endringsordre sendt 11-15 månadar etter instruksen var for seint satt fram. Eksperten (Gussgard) kom til at ettersom leverandøren ikkje hadde hevda at sakene var spesielt avanserte, burde han sendt kravet sitt “at a far earlier date”.⁷⁷ Også i ei anna ekspertavgjersle (I Petrlus 1996 s. 179 [1995], Mestad) kom ein til at 11-15 månadar ikkje kunne sjåast som “grunna”.

4.4.2 Oppdragsgjevars svarplikt

Når oppdragsgjevar må ta stilling til endringsordrekravet, må han også gje tilsvar innan visse fristar. Den opphavelige instruksen kan koke bort dersom oppdragsgjevar vel å falle frå instruksen. Problemet oppstår når oppdragsgjevar ikkje vil frafalle kravet, men hevdar at det er ein del av den opphavelige kontrakta. I dette tilfellet må ein utstede ei “omtvista endringsordre”.

Når krav om endringsordre er framsett, pliktar selskapet å ta stilling til kravet etter NF 07 art. 16.2:

”Har leverandøren innen fristen fremsatt krav som nevnt i art 16.1, skal selskapet innen rimelig tid enten utstede endringsordre etter reglene i art. 14 eller omtvistet endringsordre. Mener selskapet at dette arbeidet er en del av arbeidet, skal det utstede en omtvistet endringsordre. Omtvistet endringsordre skal uttrykkelig betegnes som dette og fremsettes på et fastsatt skjema som skal identifisere det arbeid som partene er uenige om og inneholde en begrunnelse for hvorfor selskapet mener at dette er en del av arbeidet. dersom selskapet vil gjøre gjeldende at leverandørens krav er fremsatt for sent, må dette fremgå av den omtvistede endringsordre.

Ved mottagelsen av en omtvistet endringsordre skal leverandøren uten ugrunnet opphold iverksette denne”.

⁷⁶ Illustrert i Barbo (1997) s. 215

⁷⁷ Sitert frå Kaasen (2006) s. 429

Reaksjonen frå selskapet må i henhold til ordlyden i kontrakta komme “innen rimelig tid”, anten det er i form av ei ”rein” endringsordre, eller om det er ei omtvista endringsordre. Ordlyden i denne tidsfristen er annleis formulert enn den som gjeld for leverandør for å setje fram sitt krav om endringsordre. Forskjellen mellom desse formuleringene vil i praksis ikkje vere stor, då begge omgrepa opnar for skjønnsmessige vurderingar. Formuleringen “innen rimelig tid” kan framstå som noko meir lempeleg enn “uten ugrunnet opphold”, i følge Barbo.⁷⁸

4.5 Tidsfristane i endringsystema/betraktningar

4.5.1 Nærare om “uten ugrunnet opphold”

Ordlyden “uten ugrunnet opphold” tilseier som nemnd ovanfor ein relativt kort frist. Ut over dette gjev ikkje formuleringa veldig mykje rettleiing, og som vist er det ingen klar raud tråd i praksis knytt til standardkontraktane som behandlast her. For nærare å kunne vurdere den praksis og teori som eksisterar i tilknytning til lengda på fristen i NS 8405 og ND 08, kan det difor vere nyttig å sjå nærare på korleis uttrykket er tolka i andre privatrettslege samanhengar.

Eit godt døme vert illustrert i Rt. 1949 s. 961, som gjeld spørsmål om rettidig reklamasjon i næringskjøp etter kjøpslova av 1907, kor reklamasjon måtte settast fram “uten ugrunnet opphold”. I saka vart ei hoppe solgt som drektig, men viste seg like etter salet, å ikkje vere det. Høgsterett kom til at seljars innvending om for sein reklamasjon var gått tapt som følgje av realitetsdiskusjon rundt kravet. Høgsterett uttalte likevel følgjande om tida som var gått frå salet 30. april, til reklamasjon den 26. juni:

«Når det så gjelder spørsmålet om denne reklamasjon er fremsatt uten ugrunnet opphold, så er jeg - under hensyn til de opplysninger som foreligger for Høyesterett, bl.a. om drektighetsperioden for hopper - tilbøyelig til å mene at kjøperne ikke har vært for sent ute med sin reklamasjon.»

⁷⁸ Jf. Barbo (1997) s. 213.

Ein måned vart altså ikkje ansett som for seint, men Høgsterett si formulering synast å trekke i retning av at dette måtte reknast som i ytterkanten av kva som kan godkjennast som rettidig reklamasjon.

Eit eksempel frå entrepriseretten, gjev Rt. 2006 s. 1076. Spørsmålet var om reklamasjon var inngitt “uten ugrunnet opphold” etter at manglar var eller burde vore oppdaga, jf. NS 3430 pkt. 32.8 fyrste ledd. Det vart her reklamert av kjøpar av leilegheiter til byggherren i oktober og november 2001. Byggherren reklamerte ikkje overfor entreprenøren før i mai 2002. Om dette uttalte Høgsterett:

«Det er noe uenighet mellom partene om [entreprenøren] ble underrettet i mai 2002, eller om det først skjedde senere. Etter mitt syn er dette uten betydning, da det under enhver omstendighet var for sent å reklamere i mai 2002. [Byggherren] burde ha varslet Halvorsen høsten 2001 da selskapet mottok reklamasjonene fra [kjøper].»

“Høsten 2001” er ikkje ei presis angjeving av tidsrommet for reklamasjonen. Byggherren vart kjend med manglar i oktober 2001, og det synast å ligge i Høgsteretts uttaling at det neppe kan akseptrast særleg meir enn ein månads tid her, utan at Høgsterett hadde foranleing til å gå enda nærare inn på lengda av fristen.

Forsikringsavtalelova nyttar også uttrykket “utan ugrunna opphold” som frist i ei rekke lovbestemmingar. Mellom anna seier forsikringsavtalelova § 4-14:

«Hvis selskapet vil gjøre gjeldende at det etter en av reglene i dette kapitlet er helt eller delvis fri for ansvar eller har rett til å si opp forsikringen, skal det gi forsikringstakeren eller sikrede skriftlig beskjed om sitt standpunkt. Beskjeden skal gis uten ugrunnet opphold etter at selskapet ble kjent med det forhold som medfører at regelen kan anvendes.»

Forarbeida til regelen er relativt knappe, og det uttalast berre at «hva som er «ugrunnet opphold» må avgjøres konkret. Selskapet må få en rimelig, kort tid til å vurdere om det vil påberope seg et forutsetningsbrudd som det er blitt kjent med.»⁷⁹ I Rt. 2013 s. 1253 slo Høgsterett fast at varsel som vart gjeve eit år og ti månadar etter skademelding, og eit år og ein måned etter frifinnande dom for forsikringsbedrageri, var for seint. Her var varsel åpenbart for seint framsatt, og

⁷⁹ NOU 1987: 24 s. 104

dommen gjev slik sett lite rettleiing. Også for andre reglar i lova er omtalen i forarbeida knapp. Blant anna heiter det i forarbeida til § 4-1 at:

«Etter første ledd annet punktum skal reklamasjon skje «uten ugrunnet opphold». Uttrykket svarer til det som er benyttet i FAL § 8 (ved forsikringstagerens overtredelse av opplysningsplikten) og innebærer ikke at det er nødvendig med noen øyeblikkelig reklamasjon. Selskapet har anledning til å bruke den tid som etter omstendighetene er nødvendig for å ta standpunkt til avkortningsspørsmålet, men heller ikke mer.»⁸⁰

Og om oppseiing etter lovas § 3-7 står det i forarbeida at “i annet ledd første punktum er selskapet pålagt å reklamere uten «ugrunnet opphold» dersom det vil benytte seg av sin rett til å si opp en løpende forsikring. Bestemmelsen er parallell til utkastet § 4-15. Bestemmelsen krever ingen umiddelbar reaksjon. Selskapet må gis rimelig tid til å vurdere om det vil gå til oppsigelse, men heller ikke mer.»⁸¹

Også pantelova § 3-17 set opp fristen “uten ugrunnet opphold”. Etter pantelova § 3.17 (2) er det et vilkår for rettsvern der salgspant ikkje er avtalt skriftleg, at avtalen “bekreftes skriftlig av en av partene uten ugrunnet opphold etter overleveringen». Om tidsperioden her, vert det skrive i forarbeida at om “faktura blir sendt rutinemessig, si etter en uke eller to, og inneholder et forbehold om salgspant, bør betingelsene i § 3-17 annet ledd anses tilfredsstillt”.⁸² Også i dekningslova § 5-7 bokstav b, finn ein tilsvarande frist. Denne regelen fastslår at det kan skje omstøtelse av sikkerheitsstilling gjort seinare enn tre månadar før fristdagen, dersom “rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt”. Om lengda på fristen kjem det fram i NOU 1972: 20 s. 294 at:

«En låneinstitusjon kan f. eks. utbetale det bevilgede pantelån mot innlevering av undertegnet pantobligasjon uten å risikere omstøtelse etter nærværende paragraf, under forutsetning av at obligasjonen omgående sendes til tinglysing. At det p.g.a. postgangen eller en mellomkommende helg går noen dager før obligasjonen blir dagbokført, er ikke fatalt. Forsinkelser ut over det den normale ekspedisjonsgang nødvendiggjør, f. eks. forsinkelse fordi låntagerens grunnbokshjemmel ikke er i orden, kan derimot normalt ikke tolereres.»

⁸⁰ NOU 1983: 56 s. 96

⁸¹ NOU 1987: 24 s. 69

⁸² Innst. O. nr. 19 (1979-80) s. 19

Her er fristen vesentleg kortare enn etter pantelova, og reklamasjon etter kjøpslova av 1907.

Det er vanskeleg på bakgrunn av denne gjennomgangen av lengda på fristen andre stader uttrykket "uten ugrunnet opphold" er nytta, å seie noko presist om kor lang fristen kan vere. Gjennomgangen viser nettopp at fristen vil vere avhengig av dei omsyn som ligg bak regelen og at det kan vere relativt store variasjonar - alt frå nokon få dagar til opp mot ein måned. Det synast likevel å vere grunn til å anta at formuleringa "uten ugrunnet opphold" reint ordlydsmessig vanskeleg kan gi rom for tidsrom som strekkjer seg ut over maksimalt eit par månadar.

Det kan trekkast ein paralell til Krügers omtale av den relative reklamasjonsfristen i kjøpslova, som krev reklamasjon "innen rimelig tid". Krüger skriv at

"det alltid vil være et åpent og uforutsigbart skjønnsstema hva en domstol vil legge til grunn som "rimelig tid". Med 25 års kjøpsrettslig forfatterskap bak meg kan jeg for egen del stadig ikke unnlate noe sikkert om hvor lenge f eks en forbrukerkjøper kan drøye før han reklamerer, eventuelt om det er akseptabelt at han samler flere oppstartserfaringer med produktet før han gjør noe med saken, helle rikke etter å ha lest kommentarene i prp s 80. Min tommelfingerregel er at 14 dager synes rimelig i dagens forhold, det skal m a ord gode grunner til for å akseptere at man drøyer lenger enn et par uker med å starte reklamasjonssaken.»⁸³

Til samanlikning kan det visast til Høgsteretts avgjersle i Rt. 2010 s. 103, der spørsmålet var om reklamasjon etter tre månadar var tilstrekkeleg i eit boligkjøpstilfelle, etter avhendingslova § 4-19. Her uttalar Høgsterett:

«Ved bedømmelsen av hvilken tid som i utgangspunkt står til rådighet for en privat huskjøper, er det naturlig å se hen til bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 27. Det er i bestemmelsen - som gjelder i forholdet mellom en næringsdrivende og en forbruker - fastsatt at reklamasjonstiden aldri kan være kortere enn to måneder. Etter min oppfatning kan en normal reklamasjonstid ved kjøp av fast eiendom, ut fra sammenhengen i regelverket, ikke være kortere enn ved forbrukerkjøp av løsøre. En tilsvarende eller kortere reklamasjonstid kan imidlertid tenkes, særlig dersom feilens karakter tilsier rask reklamasjon av hensyn til bevissikring og skadeutvikling. Det er på den annen side få

⁸³ Krüger, Norsk kjøpsrett, 4. utg. 1999 s. 561-562

grunner til at reklamasjonstiden i utgangspunktet skal være så svært mye lenger enn to måneder ved kjøp av fast eiendom.»

Høgsterett kom etter ei nærare vurdering til at det var reklamert for seint. I lys av at dommen gjeld forbrukarforhold, at det trekkast ein parallell til den forbrukervenlege regelen i forbrukarkjøpslova § 27, og at det uttrykkast sterk skepsis mot lenger frist enn dette, underbygger dommen standpunktet over: To månadar synast å vere ei ganske klår yttergrense. Sjølv ein månad kan synast å vere lenge, og Krügers angivelse av 14 dagar virkar å vere eit utgangspunkt med tenke på sjølve forståinga av ordlyden. Dette utelukkar sjølv sagt ikkje at omsyn knytt til den konkrete fristen kan gjere den noko kortare eller lenger enn dette utgangspunktet. Men det synast vanskeleg å akseptere lenger frist enn to månadar, ikkje minst i lys av at uttrykket “innen rimelig tid” synast noko romeslegare enn uttrykket “uten ugrunnet opphold”.

Konkret for entreprisar kan det særleg visast til forarbeida til bustadoppføringslova sin kommentar til kravet om at entreprenøren må gi melding “innan rimeleg tid” etter at han har motteke forbrukarens krav om tilleggsarbeid”. Her vert det uttalt at det i dei fleste tilfelle vil vere “grunnlag for å krevje ein reaksjon innan ei veke eller to”.⁸⁴ Det synast ikkje å vere grunn til å stille vesentleg andre krav til ein entreprenør alt ettersom byggherren er forbruker eller profesjonell her. Det kan hevdast at det er særleg viktig for forbrukaren tidleg å bli gjort oppmerksom på kostnadsauke, men i og med at det i større profesjonelle entreprisar vil kunne dreie seg om langt større summer, vil byggherren også her ha eit behov for snarleg avklaring. Det vil kanskje helst vere i tilfelle der det er tett kontakt mellom entreprenør og ein profesjonell byggherre, og byggherren må forstå at det vil komme krav om tilleggsbetaling eller ekstra tid, at det kan vere grunn til å akseptere noko lenger tidsrom.

Det er grunn til å sette spørsmålstejn ved om den klare oppfattinga i teorien, om at “uten ugrunnet opphold” i NS 8405 vert tolka så snevert som berre 4-5 dagar. Det er vanskeleg å finne støtte for denne tilsynelatande utbredte praksisen i rettspraksis. Rett nok uttalar lagmannsretten i nemnde LB-2000-2809 at rett i underkant av ein månad var for lenge, men på grunn av konkrete omstende (oppdragsgjevar var kjend med at det kunne komme krav), vart det likevel godtatt. I LB-2010-22340 vart eit så langt tidsrom som 2,5 månader akseptert,

⁸⁴ Ot.prp.21 (1996-1997) s. 75

med bakgrunn i at det tidsforbruket skuldast ein annan kontraktspart. Sjølv om det er konkrete omstender som begrunnar aksepten av eit mykje lenger tidsrom enn 4-5 dagar, er det vanskeleg å få dommane til å harmonere godt med teorien sine krav. Eit utgangspunkt på 14 dagar, i tråd med forarbeida til bustadoppføringslova, er gjerne meir teneleg, og i samsvar med dei grunnleggande reelle omsyn. Ein svært kort frist vil gjerne forrykke balansen i favør av byggherren, og det er vanskeleg å sjå at det i norske entreprisekontraktar skal vere behov for ein slik hurtig reaksjon - ikkje minst i lys av at fristen faktisk først startar frå det tidspunktet entreprenøren vart kjend med at instruksjonen innebar ei mogleg endringsordre.

Sett opp mot praksis rundt NF 07, og førgjengarane, er det også ein klår diskrepant. I ekspertavgjersla referert i Petrus 1995 s. 145 vart det som nemnd generelt uttalt at det skal "vere gode grunner til for å gå utover meir enn nokre få månader og til vanlig vil fristen vere kortare enn det". Oslo Tingrett kom til at 5 veker under tvil var for lenge til å kvalifisere som utan ugrunna opphald. Dette er vanskeleg å forene med enkeltuttalingar i andre ekspertavgjersler som antydde opp mot 8-10 månadar, eit synspunkt som neppe kan stå seg. Praksis rundt NF 07 synast likevel vesentleg meir romsleg enn den knytt til NS 8405 - rundt ein månad synast i alle høve normalt å vere innanfor, og muligens kan fristen strekke seg opp mot to. Sjølv om enkelte av oppdraga som NF 07 nyttast til kan vere kompliserte, synast det ikkje umiddelbart enkelt å forstå kvifor synspunkta rundt fristlengda er så ulike. Auka kompleksitet i NF 07-opppdraga kan også vegast opp av at partane normalt er meir profesjonelle.

Dersom ein held synspunkta for begge kontraktane opp mot kvarandre, kan dette tale for ei viss tilnærming av fristane i tråd med det som er antydd over: frå 14 dagar til ein månad, avhengig av dei konkrete omstendene, der det kanskje ligg nærare 14 dagar for entrepris og ein månad for fabrikkasjon.

4.5.2 Absolutte tidsfristar og samanheng med annan praksis

I fleire kontraktar vert det nytta absolutte eller kalendersatte fristar. Dette var systemet etter dei første fabrikkasjonskontraktane også. I Hydro si kontrakt frå 1983 art. 8.2, skulle kravet om endringsordre fremjast "så snart som mulig og

seneste innen tyve dager”.⁸⁵ FIDIC Cl. 52.2 andre ledd, stiller opp ein endå strengare regel, og krevjer at ”the engeneer” varslar innan 14 dagar, etter at instruks vart gjeve.⁸⁶ Det er riktig nok ikkje stilt opp krav til at varselet må vere særleg utdjupande, men berre konstatere om ein har tenkt til å krevja betaling eller ikkje.

Vidare føl det av FIDIC Siljver book, sub clause 20.1 første ledd, at varsel frå leverandøren må vere gitt innan 28 dagar etter at han fikk kunnskap om eller burde fått kunnskap om forholda:

”[...]if the contractor considers himself to be entitled to any extention of the time for completion and/or any additional payment, under any clause of these conditions of otherwise in connection with the contract, the contractor shall (within 28 days) give notice to the employer”.

Varslingsfristen er ganske kort etter begge standardane, og ein kan spørja om dette er ein hensiktsmessig regel. Det vil i alle tilfeller stille strenge krav for utgangspunktet for fristen. Dersom det er uproblematisk å fastsetta utgangspunktet for fristen i desse kontraktane, vil det derimot ha klare fordelar reint retts teknisk å stille opp så klare fristar.⁸⁷ Ein kan likevel merke seg at også friststart her er strengare enn det som gjeld for NS 8405 og NF 07, ettersom det ikkje er det faktiske kunnskapstidspunktet som er avgjerande.

Innanfor både fabrikasjon og entreprise ville korte og kalendersatte fristar kunne ramme leverandøren hardt, og det ville i nokon tilfeller vere praktisk vanskeleg å overholde desse fristene. Leverandøren må ha tid til å orientere seg både rundt eigen virksomhet, og i samband med underleverandørar. Omsynet til samhandel med underleverandørar var ein av hovudårsakene til at ein ikkje vidareførte løysinga etter Hydro 1983. Det vart også lagt argumentert for at ein absolutt frist måtte gjerast relativt lang for at ein slik frist skulle fungere.⁸⁸ I praksis, slik det er illustrert i punkt 4 ser ein at fristane for framsetting av

⁸⁵ Statoil si kontrakt frå same år art. 11.1 var i større grad prega av skjønnsmessige vurderingar, og krevde at leverandøren måtte varsle “without undue delay”. Også i LOGIC, cl. 14.3, må kravet fremjast “without undue delay”, men også “before proceeding” med det påståtte endringarbeidet.

⁸⁶ International Federation of Consulting Engineers. Dette er ein internasjonal organisasjon som gjev ut standarkontraktar for entrepriseindustrien.

⁸⁷ Barbo (1997) s. 212

⁸⁸ Kaasen (2006) s. 425-426

endringsordrekrav er lang i forhold til fristen som vart stillt opp etter Hydro 1983, og dei internasjonale kontraktane. Det er ein tendens i praksis at preklusjonsfristane sjeldan vert påberopt, og oppdragsgjevar aksepterar seint framsette endringsordrekrav, så lenge krava om endringsordre ikkje er klart ubegrunna.⁸⁹

4.5.3 Enkelte særspørsmål

Konseptuelle skilnadar

Etter at leverandør har satt fram krav om endringsordre skal han etter NF 07 artl. 16.1 første ledd “så snart som mulig” utarbeide eit overslag over dei verknadane instruksjonen vil ha. På dette punktet skil NF-kontrakta seg frå NS 8405, i det at NS 8405 har to delvis preklusive reglar. Etter at krav om endringsordre er varsla etter pkt. 23.2, må leverandøren “uten ugrunnet opphold” varsle kva konsekvens endringane vil ha for det vidare arbeidet. Varslinga gjerast etter pkt. 24.4 dersom endringa fører til fristforlenging, eller pkt. 25.3 dersom den gjev grunnlag for vederlagsjustering.⁹⁰ Dersom leverandøren ikkje varslar om konsekvensen innan fristen, kan han likevel ha kravet sitt i behold dersom oppdragsgjevar “måtte forstå” at kravet ville medføre ei slik justering.⁹¹ NS 8405 tar på denne måten utgangspunkt i dei konsekvensane endringa har for arbeidet. NF 07 inneheld ingen tilsvarande delvis preklusive løysingar, men held fast på den meir “allmenne” endringssystemet, som tar utgangspunkt i om ei endringsordre er gjeve eller ikkje.⁹²

NS 8405 har gjennom ordninga med delvis preklusive reglar ein meir praktisk tilnærming, ettersom ein kan gjere gjelande krav for endringar som ein “måtte forstå” at forholdet ville medføre. Det kan likevel stillast spørsmål til om denne løysinga ivaretar oppdragsgjevar sitt behov for kostnadskontroll undervegs i prosjektet.⁹³ Det kan også være vanskelig å bevise kva kostnadar oppdragsgjevar måtte forstå. Sånn sett er løysinga etter NF 07 ryddigare.

⁸⁹ Kaasen (2006) s. 426

⁹⁰ Marthinussen m/fleire (2010) s. 325

⁹¹ Tørum (2010) s. 468

⁹² Kaasen (2009) s. 53

⁹³ Tørum s. 468

Presumert aksept av endringsordre

Ein viktig forskjell mellom NF 07 og NS 8405, er konsekvensen av at oppdragsgjevar ikkje responderar, eller svarar for seint på krav om endringsordre.

Etter NS 8405 pkt. 23.1 har leverandøren ei plikt til å starte arbeidet med ein instruks frå oppdragsgjevar pålegg han, sjølv om han set fram krav om endringsordre etter pkt. 23.2. Oppdragsgjevars plikt til å svare på leverandørens krav om endringordre er gjennom NS 8405 pkt. 23.3 effektivisert gjennom ein såkalla “deemed”-regel. Denne regelen presumerar oppdragsgjevar sitt standpunkt til krav om endringsordre, dersom han ikkje svarar på denne innan den fastsette fristen:

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

På denne måten vert oppdragsgjevar tvinga til raskt å ta stilling til leverandøren sitt krav om endringsordre, slik at entreprenøren får avklart om byggherren godtar kravet, eller om han må iverksette kontrakta sine tvisteløysingsmekanismer. Begrunnelsen bak å ha ein slik regel, er nettopp at ein pressar oppdragsgjevar til å ta stilling til kravet “uten ugrunnet opphold”.⁹⁴

Etter NF 07 har leverandøren ikkje ei tilsvarande arbeidsplikt. Arbeidet skal innstillast fram til leverandør har fått tilsvar på krav om endringsordre etter art. 16.2. Kaasen uttalar at det er mykje som talar for at leverandør har *plikt* til å innstille arbeidet. På denne måten har oppdragsgjevar moglegheit til å trekke tilbake sin instruks, utan å måtte dekke eventuelle kostnadar det påbegynte arbeidet har fått.⁹⁵ Konsekvensen av å sende ut omtvista endringsordre for seint, eller ikkje i det heile, er at oppdragsgjevar misheld kontrakta.⁹⁶ Leverandøren må på nytt sende eit endringsordrekrav med denne påstanden etter art. 27.1.

⁹⁴ Tørum (2010) s. 489

⁹⁵ Kaasen (2009) s. 63

⁹⁶ Dette føresett at kravet om endringordre er framsatt op rett måte jf. art. 16.1 tredje ledd. Dersom kravet ikkje er framsatt har oppdragsgjevar heller ikkje plikt til å respondere

Når oppdragsgjevar ikkje responderar på eit krav om endringsordre, taper leverandøren sin rett på ekstra betaling eller tid. Årsaken til at ein ikkje har ein "deemed"-regel i NF 07, er at ettersom leverandøren ikkje har arbeidsplikt når han mottek instruksen, vil han sjeldan lida noko tap som følge av den manglande responsen.⁹⁷

Kaasen er kritisk til løysinga i NF 07 på dette punktet: "Etter dette må det etter min mening konstanteres at entreprisestandarden på et helt sentralt punkt har truffet en effektiviserende balanse mellom det praktiske og logiske bedre enn petroleumskontraktene har maktet. Midlet er nettopp hva vi vel må kalle en formalisme, nemlig en preklusiv frist for bestilleren til å reagere på tilvirkerens krav om endringsordre".⁹⁸

Fråvikelse gjennom konkludent atferd og realitetsdrøftelse

I fleire dommar om NF 07 har retten komme til det resultat at dei preklusive varslingsreglane er fråveke gjennom konkludent atferd og partane sin realitetsdrøftelse. Dersom partane tidlegare ikkje har nytta seg aktivt av varslingsreglane gjennom kontraktstida, har rettspraksis utvikla seg slik at domstolen raskt går i retning av ei meir praktisk løysing. Partane har rett til å avtale dei fristar dei ynskjer på førehand. I praksis er det ikkje uvanleg at ein avtalar absolutte fristar i staden for den relative "uten ugrunnet opphold".⁹⁹ Dette vart gjort i avtalen mellom Baneservice og Netel i dommen nemd i pkt. 4.3.2. Her hadde partane avtala kalerderfaste fristar på 30 og 14 dagar for varsling. Desse fristane vart forøvrig tilsidesett av retten, då den meinte at partane hadde hatt eit avslappa forhold til fristane i kontraktperioden. Retten kom til at varsling likevel ikkje kunne unnlatast, på grunnlag av lojalitetskravet i kontraktsforhold. Ein fall difor tilbake på det som vart hevda å vere den alminnelege entrepriserettslege regelen: At varsling må gjerast "uten ugrunnet opphold".

Også i skiltdomsavgjersle avsagt 26 Januar 1993, vert spørsmålet behandla. Saka stod mellom Peconor Ekofisk A.F og Phillips Petroleum Company Norway. Partane hadde inngått avtale om Prosjetering, anskaffingar til, bygging og

⁹⁷ Kaasen (2006) s. 443

⁹⁸ Kaasen (2009) s. 65

⁹⁹ Barbo (1997) s. 213 og Engsæth i LoR 1996 s. 370

installasjon av ein vernevegg for Ekofisktanken. Peconor krevde ekstra betaling på kr. 350 millionar, for diverse krav. I punkt 5.2.6 tok skiltdomsretten stilling til om Peconor har mista eventuelle krav ved å ikkje varsle i tide:

“Flertallet mener at i en situasjon hvor kontrakten ikke inneholder relevante bestemmelser om varslingsplikt, vil man måtte falle tilbake på de regler som gjelder om varslingsplikt etter bakgrunnsretten. Det relevante kriteriet vil da vere om Peconor har varslet kravet innen rimelig tid etter man ble klar over de forhold som dannet bakgrunn for kravet.

Flertallet har vanskelig for å se at et varsel pr. 18 august i denne forbindelse kan oppfattes som for sent fremsatt. Det var vanskelig for Peconor på et tidligere tidspunkt å angi at forholdene lå til rette for et krav om ekstrabetaling.

Selvom det skulle kunne hevdes at Peconor har vært sent ute med sin varslingsplikt på ekstrabetaling, finner flertallet at Phillips under enhver omstendighet har mistet adgangen til å påberope seg dette ved å gå inn i realitetsdrøftelser med Peconor om kravet. Såvidt voldgiftsretten kan se er det først i forbindelse med voldgiftssaken at Phillips har gjort gjeldende den innsigelse at kravet er fremsatt for sent. I mellomtiden har Phillips i møter og i brev gått inn i diskusjoner omkring berettigelsen av ekstrakrav, og også om det nærmere innhold av ekstrakravene”.

Det er ikkje overraskande at domstolane sensurerar overraskande bruk av fristar som partane tidlegare ikkje har tatt på alvor. Det kan også tenkast at terskelen for slik sensur fra domstolane si side er lågare dersom fristane oppfattast som urimeleg korte. Det er likevel ein praksis som har vært kritisert. Bl.a skriv Tørum at det vert i for stor grad lagt vekt på eit konkret rimeleg resultat.¹⁰⁰

Det som på denne bakgrunnen er noko meir overraskande, er at praksisen særlig knyttar seg til NF 07, der fristen synst klårt mer romsleg enn etter NS 8405. Kva som vil verte lagt til grunn av domstolane for NS 8405 sitt vedkommande er det vanskeleg å seie noko sikkert om. På den eine sida tilseier praksis kring den meir romslege fristen i NF 07 at det gjerne kan ville virke endå meir støtande for domstolane å handheve fristen i NS 8405 strengt. På den andre sida er rekkevidda av realitetsdiskusjonsargumentet noko uklårt, og det er ikkje gode kjelder i obligasjonsretten som tilseier heilt generelt at realitetsdrøftelser fører

¹⁰⁰ Tørum (2010) s. 469

til tap av innsigelse om at fristen er oversittet.¹⁰¹

5 Kommentarer/ de lege ferenda

Dei preklusive fristene som er behandla i denne framstillingen er varslingsreglar av stor viktighet, ettersom manglande etterleving av fristen fører til at retten vert tapt, uavhengig av kor åpenbart sjølve kravet materielt sett måtte vere. Samstundes er det klårt nok eit visst behov for særleg oppdragsgjevar til å bli varsla relativt raskt dersom han vert påført kostnadar eller forseinkingar som følgje av endringar.

Det kan spørjast om det egentlig er naudsynt med eit så strengt preklusivt system for entreprise. Desse kontraktane er ofte mindre og i større grad prega av behov for pragmatiske løysingar av problem. Bransjen hevdar også at dei strenge preklusive fristane skapar eit spenningsforhold i samarbeidet. Ved mindre entrepriseforhold kan ein nytta NS 8406, som har eit mindre stringent system for tidsfristar. Ein kan spørje seg om ikkje dette vil kunne vere ei praktisk betre løysing for NS 8405 også. Det er i hovudsak oppdragsgjevar som drar fordelar av den preklusive fristen etter NF 07 art. 16.1 andre ledd og NF 8405 pkt. 23.2, og i alle høve den svært korte fristen i teorien knytt til NS 8405 kan virke urimelig for leverandøren. Det veg kanskje noko opp av at fristen ikkje startar å gå før leverandøren får kjenskap om dei omstende som tilseier at det føreligg krav om ei endring, men sjølv då er 4-5 dagar svært kort tid. For NF 07 er nok behovet for eit stringent endringssystem noko større, men det er overraskende nok både rommare frist her og tilsynelatande meir usikkerhet rundt fastlegging av lengda på fristen.

Det kan visast til Krüger, som skriv «En ikke avsluttet debatt i denne del av kontraktsretten er hvorvidt domstoler og voldgiftsretter skal godta preklusive «giljotin»-lignende krav til varsler og frister (...), eller om man tar noe lettere på det. NF 92 og NS3430 stiller opp en del preklusive regler, ikke minst i forbindelse med endrings- og tilleggsarbeider. Utviklingen går kanskje i retning av stigende aksept for nytten av denne slags formkrav som ellers oppleves som noe uvirkelige og stivbente på norske byggeplasser, verkstedsområder og i

¹⁰¹ Se Erik Monsen, "Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser", Jussens Venner 2010 s. 147-203 på s. 196-203.

produsentmiljøer, der rutiner basert på uformelt samarbeid og personlig kontakt nå kan forvitte fordi den ene velger å påberope seg at den annen har oversittet en frist og derfor forspilt sitt krav. Ved slikt kan det tenkes at begge forspiller muligheten for godt samarbeid både i dette og i neste prosjekt. Saken har også en rettsøkonomisk side. Håndhever man preklusive varslingsregler strengt, blir det mindre å krangle om.»¹⁰²

Ein kan også spørje om det ville vere ein fordel med klare kalenderfristar. Ulempa med absolutte fristar er at dei må vere relativt romslege for også å fange opp atypiske tilfelle. Samstundes gjev dei ein større grad av føreseielegheit. Slik det står no, vert avgjerslene tatt på skjønn etter den enkelte situasjon. Dette kan sette leverandøren i ein utsatt posisjon. Dersom han ventar med å varsle fordi hans eigen oppfatting er at dette er rimeleg eller "grunna", kan retten komme til ein annan konklusjon. Det kan i alle høve verte vanskeleg når praksis er sprikande, ved at det dels føreligg praksis frå skilddom og ekspertuttalingar, og dels avgjersler fra dei ordinære domstolane, der det ikke er lett å finne ein klar raud tråd. I det minste gjev det leverandøren ei viss styrka stilling at fristen først startar frå kunnskapstidspunktet. Det gjev likevel igjen ein klår usikkerhet for oppdragsgjevar, som eigentleg aldri kan vite heilt når ein eventuell frist startar, og dette kan også vere tvisteskapande.

Ein noko rommelegare frist, i alle høve for entrepriser, kombinert med friststart på det tidspunktet leverandøren burde skaffa seg kjennskap til at det førelåg ei endring, ville gjerne gitt eit meir forutsigbart system for begge partar. Då er ikkje det viktigaste om fristen er ein kalenderfrist eller ein type "innen rimelig tidfrist". Som Kaasen påpeikar er det ei smidigare ordning å stille krav til at oppholdet må vere "grunna" for å unngå preklusjon, når ein ser det i samanheng med leverandørens underleverandørar, og behov for å orientere seg.¹⁰³ Men i ein slik kontekst kunne det også vere grunn til å revurdere skilddomsklausulane i NF 07 og NS 8405. Skilddoms- og ekspertavgjersler synast ikkje å ha bidratt særleg til å avklare rettstilstanden. Dei seinare år har også Høgsterett behandla stadig fleire entreprisetvistar, slik at det synast å vere større moglegheiter for prinsipielle avklaringar ved bruk av ordinære domstolar. Til samanlikning er skilddom avskaffa for NS 8407.

¹⁰² Krüger, Norsk Kjøpsrett s. 623-624.

¹⁰³ Kaasen (2006) s. 427

6 Litteraturliste

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Universitetsforlaget Oslo 1997.

Bunni, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract, third edition*, Blackwell Publishing, 2005.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget AS, 2011

Kaasen, Knut. "Dynamisk kontraktsrett – et fruktbart begrep?", TFR 2005 s. 237-263.

Kaasen, Knut. *Fabrikasjonskontrakten: Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet*, Festeskrift til Sjur Brækhus, Universitetsforlaget, Oslo 1988, s. 309-323.

Kaasen, Knut. *Formalisme i komplekse tilvirknings- kontrakter*. I Tidsskrift for Forretningsjuss 2009, s. 48-70.

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

Kaasen, Knut. *Tidsproblemet i tilvirkning*. I festskrift til Birger Stuevold Lassen s. 607, 1997.

Krüger, Kai. *Norsk Kjøpsrett*, 4. utgave, Alma Mater Forlag, 1999

Kåre Lilleholdt. *Avtale om ny bustad*, Universitetsforlaget Oslo, 2001

Marthinussen, Giverholdt og Arvensen, *NS 8405 med kommentarer*, Gyldendal Norsk forlag 2010, Oslo.

Monsen, Erik. "Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser", Jussens Venner 2010 s. 147-203.

Tørum, Amund Bjøranger. *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriser- illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten*. Tidsskrift for forretningsjus, 2010, s. 147 og På rett grunn 2010 s.453-489.