

Iverksettelse av akserelasjonstiltak etter NS 8405 og NF 07

Kristine Hyldmo



Marlus nr. 432
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2014
ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Universitetet i Oslo
Nordisk institutt for sjørett
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Professor dr. juris Trond Solvang
Bidrag sendes til trond.solvang@jus.uio.no

Abonnement og løssalg:
Den norske bokbyen <http://bokbyen.no/butikk> - post@bokbyen.no

Trykk: 07 Xpress as

Innhold

1	INNLEDNING.....	7
1.1	Om temaet for fremstillingen	7
1.2	Presentasjon av NS 8405 og NF 07.....	8
1.3	Rettskildebildet	10
1.4	Den videre fremstilling.....	14
2	FREMDRIFTSUTFORDRINGER – NOEN UTGANGSPUNKTER OM ÅRSAKER OG RISIKOFORDELING	15
2.1	Innledning	15
2.2	Forhold på tilvirkersiden	16
2.2.1	Mislighold. Ineffektiv produksjon.....	16
2.2.2	Forsinkelser hos undertilvirkere eller ved leveranser	17
2.3	Forhold på bestillersiden	17
2.3.1	Mangler eller forsinkelse i leveranser fra bestiller.....	17
2.3.2	Mislighold av betalingsplikt	19
2.3.3	Grensesnitt mot andre kontrakter	20
2.3.4	Bestiller forstyrrer tilvirkers progresjon.....	20
2.3.5	Endringsordre utstedt av bestiller	20
2.4	Omstendigheter utenfor partenes kontroll.....	21
2.5	Bristende forutsetninger	23
2.6	Nye lovregler eller forskrifter.....	24
2.7	Skader på kontraktsgjenstanden	24
2.8	Oppsummering.....	25
3	TILVIKERS SITUASJON VED FREMDRIFTSUTFORDRINGER..	26
4	KONTRAKTENES UTGANGSPUNKT FOR HÅNTERING AV FREMDRIFTSUTFORDRINGER.....	28
4.1	Innledning	28
4.2	Om de generelle varslingsreglene hvor fremdriften er truet.....	29
4.3	Prinsipielt utgangspunkt: Hvem har risiko for fremdriften	35
4.3.1	Innledning	35
4.3.2	Risikoen ligger hos tilvirker.....	36
4.3.3	Risikoen ligger hos bestiller.....	38
4.3.4	Risikoen ligger verken på tilvirker- eller bestillersiden	46
4.3.5	Oppsummering og fortsettelse.....	47

5	UTFORDRINGEN: AVGJØRELSEN MÅ TAS FØR RISIKOEN ER KJENT.....	48
5.1	Kompliserende faktorer	48
5.1.1	Årsaken til fremdriftsutfordringen er ukjent	48
5.1.2	Kontraktens risikoplassering er ukjent.....	49
5.1.3	Dokumentasjon er vanskelig å fremskaffe	49
5.2	Konsekvenser av å velge feil	50
5.3	Konsekvens av å velge feil: Forsering uten krav på kostnadsdekning 51	
5.4	Konsekvens av å velge feil: Unnlatelse av å forsere selv om det forelå forseringsplikt	53
5.4.1	Innledning. Om forsinkelse.....	53
5.4.2	Dagmulkt	55
5.4.3	Heving	57
5.4.4	Erstatning	58
5.4.5	Konsekvenser av unnlatt forsering som ikke er misligholdssanksjoner	88
6	MATERIELLE OG PROSESSUELLE HOLDEPUNKTER FOR Å LØSE UTFORDRINGEN	92
6.1	Kontraktens materielle holdepunkter for plassering av fremdriftsrisikoen	92
6.1.1	Innledning.....	92
6.1.2	Tilvirkers fremdriftsansvar i lys av forutsetningene ved kontraktsinngåelse	93
6.1.3	Den generelle plikten til samordning/samarbeid	97
6.1.4	Forseringspålegg fra selskapet / byggherren.....	100
6.1.5	Foreligger det absolutte yttergrenser for omfanget av tilvirkers forseringsplikt når tilvirker har den økonomiske r isiko for fremdriften?	104
6.2	Situasjonen etter fremsatt VOR eller krav om fristforlengelse. Kontraktens prosessuelle reglers bidrag til valget.	108
6.2.1	Innledning.....	108
6.2.2	Bestiller godtar tilvirkers pretensjon.....	110
6.2.3	Bestiller er uenig i tilvirkers pretensjon.....	111
6.2.4	Særtilfelle: DVO som aksepterer fristforlengelse	112
6.2.5	Bestiller frafaller instruksen.....	114
6.2.6	Bestiller gjør gjeldende at VORen eller kravet om endringsordre/fristforlengelse ikke tilfredsstiller formkravene	115

6.2.7	Perioden frem til bestillers reaksjon eller frem til reaksjonsfristens utløp.....	124
6.2.8	Søksmålsbyrden som moment i vurderingen	129
7	AVSLUTTENDE KOMMENTAR	130
	LITTERATURLISTE.....	132
	SJØRETTSFONDETS UTGIVELSER	136

1 Innledning

1.1 Om temaet for fremstillingen

Tilvirkningskontrakter benyttes i situasjoner hvor realkreditor bestiller en bestemt gjenstand som realdebitor skal produsere etter kontraktsinngåelsestidspunktet. Kontrakts-gjenstanden kan være alt fra et skip, en maskin eller et klesplagg til et byggverk eller et dataprogram. Avhengig av kontrakts-gjenstandens art, kan slike kontraktsforhold være langvarige. Frem til realdebitor har levert det ferdige produktet, vil det av ulike grunner kunne oppstå situasjoner som medfører at tilvirkningsprosessen avviker fra det opprinnelig planlagte. Eksempler kan være ny lovregulering som medfører at produksjonen må utføres på en alternativ måte, endrede behov på bestillersiden, eller at det inntreffer hindringer for arbeidet.

Et av spørsmålene som reiser seg i slike situasjoner, er hvilke konsekvenser de nye omstendighetene vil ha for den tidsmessige siden av kontraktsarbeidet. I enkelte tilfeller vil det ikke påvirke fremdriften at tilvirkeren for eksempel må endre fremgangsmåte ved omstokking av rekkefølgen på enkeltoperasjoner. Andre ganger vil omstendighetene medføre at arbeidet blir mer tidkrevende. Grunnforholdene viser seg eksempelvis å kreve bruk av andre og mer kompliserte arbeidsmetoder, eller det oppstår avbrudd fordi et materiale ikke leveres til realdebitor til avtalt tid. Dersom slike omstendigheter påvirker fremdriften, oppstår det et spørsmål om hvordan dette skal håndteres.

Ofte vil det kunne la seg gjøre å hente inn tapt tid eller unngå at en potensiell forsinkelse materialiserer seg ved eksempelvis å øke bemanningen, bestille materialer fra en annen leverandør eller anvende mer eller bedre utstyr. Dersom slike tiltak iverksettes, vil imidlertid kostnadene ved produksjonen kunne øke. Alternativet er å fortsette arbeidet med de planlagte ressurser, slik at progresjonen avviker fra det planlagte. Temaet for avhandlingen er å belyse i hvilken utstrekning realdebitor har en kontraktsmessig plikt til å overvinne omstendigheter som påvirker

fremdriften ved å iverksette akselerasjonstiltak. Det vil videre redegjøres for hvilke holdepunkter realdebitor har for å avgjøre om arbeidet skal akselereres i situasjoner hvor det er uklart hvorvidt realdebitor har en slik plikt etter kontrakten.

I analysen av disse spørsmålene vil to standardkontrakter for tilvirkning, NS 8405 og NF 07, behandles. Disse kontraktene er valgt dels fordi de anvendes på forretningsforhold hvor avvik fra planlagt fremdrift vil kunne ha store ulemper for bestiller, og dels fordi de begge er utbredte kontraktsvilkår innenfor sentrale tilvirkningsforhold.

Et formål med fremstillingen er også å undersøke hvorvidt det er forskjeller på de to standardkontraktenes regulering av de ovennevnte spørsmålene, og eventuelt hvilke forskjeller det dreier seg om.

1.2 Presentasjon av NS 8405 og NF 07

Norsk Standard 8405 og Norsk Fabrikasjonskontrakt 07 er to omfattende tilvirkningskontrakter som regulerer bygging og levering av nærmere bestemte produkter til en bestemt tid mot et pengevederlag. Mens NS 8405 er beregnet for entrepriseforhold på land, er NF 07 utarbeidet for anvendelse innen petroleumsvirksomheten.¹ Selv om kontraktene anvendes innenfor ulike industrier og er forskjellige i mange henseende, har de mange fellestrekk.

Avtalepartene i tilvirkningskontraktene er tilvirkeren (realdebitor), som skal bygge og levere objektet, og bestilleren (reakkreditor), som skal motta objektet mot å betale vederlag. I NS 8405 benevnes partene henholdsvis entreprenør og byggherre,² mens terminologien i NF 07 er leverandør og selskap.³ Begge standardkontraktene er utarbeidet for bruk mellom profesjonelle kontraktsparter.

Omfanget og arten av arbeidet tilvirkeren skal utføre kan variere, både hva gjelder landentrepriser og avtaler om fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten. Kontraktsgjenstandene inngår

¹ Nærmere om anvendelsesområdet, se NS 8405 pkt. 1 og protokollen til NF 07, pkt. 1.

² NS 8405 pkt. 1.

³ NF 07 art. 1.

imidlertid i fysisk omfangsrrike, teknisk komplekse byggverk til sjøs eller på land. Felles for tilvirkningsprosesser som reguleres av de aktuelle kontraktene er også at de ofte pågår over lang tid. Disse faktiske likhetene medfører at en del bestemmelser i NS 8405 og NF 07 gir anvisning på lignende rettslige løsninger.

På grunn av at kontraktsytelsen gjerne er en del av et større prosjekt hvor flere tilvirkere skal bidra, er det ofte av avgjørende betydning for bestilleren at ting skjer til rett tid. Forsinkelser hos en tilvirker kan bety avbrudd i hele prosjektet. Levering av kontraktmessig ytelse ved kontraktsforholdets opphør er ikke alltid tilstrekkelig for bestiller. Ofte har bestiller behov for å følge progresjonen underveis, og både etter NS 8405 og NF 07 utarbeides en fremdriftsplan som gir bestiller anledning til å følge med på fremdriften etter hvert som kontraktsgjenstanden tilvirkes.⁴

NF 07 og NS 8405 gjelder produkter som ikke er påbegynt på kontraheringstidspunktet. Kontraktene kjennetegnes ved at de gjelder avtaleforhold der bestilleren i all hovedsak står for prosjekteringen.⁵ Ofte er ikke prosjekteringen ferdigstilt når avtalen inngås, fordi kontraktsgjenstanden er omfattende og teknisk komplisert. Videre kan bestillerens behov endre seg etter avtaleinngåelsen. Kontraktene inneholder derfor mekanismer som åpner for tilpasninger til bestillerens behov underveis i prosjektet, uten å måtte gå veien om reforhandling. Både etter NF 07 og NS 8405 har bestilleren blant annet adgang til ensidig å endre kravene til tilvirkernes ytelse underveis.⁶

NS 8405 ble senest revidert i 2008, og er den siste i en lang rekke standardkontrakter hvorav den tidligste forelå i 1890.⁷ Også NF 07 har forgjengere, men fabrikkasjonskontraktene har kortere fartstid i norsk rett enn landentreprikkontraktene.⁸ NS 8405 er utarbeidet av en komité

⁴ NS 8405 pkt. 18 og NF 07 art. 11.

⁵ Kontraktene som anvendes når tilvirkeren forestår prosjektering er NTK 07 i offshorerebransjen, og NS 3431 for landentreprikk.

⁶ NS 8405 pkt. 22.1, NF 07 art. 12.1.

⁷ Om standardens tilblivelseshistorie, se Barbo (1997) s. 11 flg.

⁸ Den første standardavtalen (North Sea Offshore Lump Sum Construction Contract) forelå i 1983.

med entrepriseekspertes fra både entreprenørsiden og byggherresiden, og er i likhet med sin seneste forgjenger, NS 3430, utarbeidet som ”agreed documents”, eller fremforhandlede standardvilkår.⁹ NF 07 er også fremforhandlede standardvilkår - mellom Norsk Hydro ASA og Statoil ASA på den ene siden og Norsk Industri på den andre. NS 3430 sin forgjenger, NS 3401, var resultat av en såkalt ”ekspertprosedyre” hvor en gruppe entrepriseekspertes kom til enighet om vilkårene uten forhandlinger. Fordi NS 8405 stammer fra denne, kan kanskje NF 07 sies å være et mer renskåret forhandlingsprodukt enn NS 8405 på de punkter hvor løsningene fra NS 3401 er videreført.

Avtalekonsipistene har ikke oppstilt noen plikt til å anvende NS 8405 i angitte kontraktsforhold. Av protokollen til NF 07 følger det at kontraktsvilkårene skal benyttes i avtaler mellom Hydro/Statoil og medlemmene i Norsk Industri, men brudd på plikten er ikke sanksjonert. NS 8405 og NF 07 benyttes likevel ofte i de situasjoner de er utarbeidet for. Dette kan skyldes fordelene partene har ved bruk av standardiserte kontraktsvilkår: Kontraktsinngåelse og administrasjon underveis forenkles, og standardiseringen har resultert i kontrakter som er mer kommersielt velbalanserte enn det som sannsynligvis ville vært oppnådd ved forhandlinger mellom de individuelle partene.¹⁰ Både NS 8405 og NF 07 forutsetter at avvik fra kontraktsteksten kun kan avtales i begrenset grad, blant annet for å hindre at den fremforhandlede balansen forrykkes.¹¹

1.3 Rettskildebildet

I den følgende redegjørelsen for rettskildesituasjonen vil det ikke redegjøres generelt for alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper og rettskildeprinsipper. Fokuset vil ligge på betraktninger som har særlig betydning for tolkningen og anvendelsen av NS 8405 og NF 07, herunder særlig bestemmelsene som omhandler fremdriftsutfordringer.

⁹ Barbo (1997) s. 14.

¹⁰ Om fordelene ved standardisering av kontraktsvilkår, se Andenæs (1989) s. 68-77 og Bernitz (2008) s. 20-23.

¹¹ Se NS 8405 i forordet og NF 07 i protokollen pkt. 6.

Innledningsvis vil forholdet mellom de to standardkontraktene og den aktuelle kontraktsrettslige lovreguleringen kommenteres kort. Hva gjelder NF 07 er det sentrale spørsmålet om kjøpsloven kommer direkte til anvendelse som bakgrunnsrett.¹² Konklusjonen beror på en vurdering av om bestiller skal ”*skaffe en vesentlig del av materialet*”, jf. kjøpsloven § 2 (1). Kaasen (2006) og Mestad (1991) har begge konkludert med at kjøpsloven antakelig ofte gjelder som bakgrunnsrett for NF 07.¹³ Som påpekt av Kaasen, vil resultatet ha liten betydning i praksis.¹⁴ Selv om fabrikkasjonskontrakter falt utenfor lovens virkeområde, ville loven ha relevans fordi dens løsninger i stor grad sammenfaller med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og kan sees som et uttrykk for disse.

Hva gjelder entrepriseretten, følger det uttrykkelig av kjøpsloven § 2 (1) at slike kontraktsforhold faller utenfor kjøpslovens virkeområde. Ettersom NS 8405 er ment for bruk mellom profesjonelle aktører, vil det falle utenfor fremstillingen å behandle forholdet til håndverkertjenestelova og bustadoppføringslova, som kun er aktuelle for forbrukerentrepriser.¹⁵ For NS 8405 foreligger dermed ingen lovregulering som kommer direkte til anvendelse, og bakgrunnsretten vil være entrepriserettslige og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Utgangspunktet for tolkningen av NS 8405 og NF 07 er, som i annen avtaletolkning, kontraktens ordlyd.¹⁶ Siden kontraktene anvendes i forhold mellom profesjonelle parter, vil en alminnelig, objektiv forståelse av ordlyden ofte være av avgjørende betydning.¹⁷ Etter tradisjonell avtaletolkningslære tillegges partenes felles oppfatning av avtalen stor vekt, men fordi standardkontraktene som her behandles er forhandlet og utarbeidet av andre enn partene i den konkrete avtale, blir innfallsvin-

¹² Kjøpsloven er deklatorisk, jf. dens § 3, og vil kun gjelde i den grad kontrakten ikke gir noen klar løsning.

¹³ Kaasen (2006) s. 52-53, Mestad (1991) s. 235.

¹⁴ Kaasen (2006) s. 51.

¹⁵ For en oversikt over lovreguleringen av forbrukerentrepriser, se Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 14 flg.

¹⁶ Woxholth (2009) s. 408.

¹⁷ Eksempler på at Høyesterett vektlegger ordlyden i tolkning av kommersielle avtaler er Rt. 2003 s. 1132, Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2000 s. 806.

kelen en noe annen enn i andre avtaler: Det finnes to ulike sett med ”partsvilje” som vil være relevante i kontraktsfortolkningen.¹⁸

For det første vil avtalepartenes partsvilje selvsagt være sentral. Den har særlig betydning dersom det er foretatt individuelle tilpasninger eller endringer i forhold til standardenes løsninger, fordi avtalepartene ikke alltid har tenkt gjennom ordlyden i standardvilkårene som beholdes som de er. Videre vil avtalekonsipistenes hensikt da standardene ble formulert, være relevant. Dette gjelder særlig i fortolkningen av de standardvilkår som gjelder mellom partene uten endringer. Også der det er foretatt endringer, kan avtalekonsipistenes mening bidra til å kaste lys over hva avtalepartene har tilsiktet å avtale seg bort fra.

Avtalepartenes felles forståelse av standardvilkårene må selvsagt legges til grunn, men det vil sjelden la seg gjøre å bringe en slik felles forståelse på det rene. Hva gjelder avtalekonsipistenes forståelse, kan denne forsøksvis klarlegges ved å se på ”forarbeider” - møtereferater fra forhandlingsprosessen. Rt. 1991 s. 719 er et eksempel på at forarbeider til en standardkontrakt anvendes i kontraktstolkningen. For NS 8405 foreligger ikke slike forarbeider, men spørsmålet er aktuelt i tolkningen av NF 07. Referatene er imidlertid vanskelig tilgjengelige. Videre er de ikke utformet med tanke på å kaste lys over hva konsipistene har ment, og det kan være vanskelig å utlede noe av relevans fra referatene.¹⁹

En kontrakts formål er også et moment som kan tillegges betydning i kontraktstolkningen. Dette følger blant annet av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1999 s. 878. Jo bedre et tolkningsalternativ harmonerer med avtalens formål, jo større grunn er det til å legge tolkningsalternativet til grunn.²⁰ Videre kan kontraktens systematiske oppbygging være av betydning.²¹ Dersom én fortolkning harmonerer bedre enn en annen med kontraktens system, er det et moment som tilsier at den førstnevnte løsningen legges til grunn.

Hensynet til rimelige resultater i det konkrete tilfellet kan i tradisjonell

¹⁸ Kaasen (2006) s. 54-55.

¹⁹ Kaasen (2006) s. 55 flg.

²⁰ Woxholth (2009) s. 418.

²¹ Woxholth (2009) s. 412-413.

avtaletolkning være et sentralt hensyn. Dette momentet vil få mindre vekt i tolkningen av NS 8405 og NF 07. Grunnen er at disse kontraktene er resultater av grundige forhandlinger hvor partene kan ha firet på kravene på ett område for å få gjennomslag for egne forslag på andre punkter. Løsninger som isolert sett kan synes urimelige, kan derfor være et resultat av at kontraktsparten har byttet til seg en svakere posisjon mot å stå sterkere i en annen sammenheng. Den aktuelle kontrakten må derfor sees som en helhet, i lys av sin forhistorie. Også behovet for forutberegnelighet, som gjør seg særlig sterkt gjeldende i forretningsforhold, trekker i retning av å tolke kontraktene i tråd med en objektiv forståelse av ordlyden.

Rettspraksis er også for fortolkning av NS 8405 og NF 07 en relevant rettskildefaktor, men den praktiske betydningen vil være mindre enn ellers. Delvis skyldes dette at det foreligger mindre rettspraksis her enn på en del andre rettsområder. Videre er mange av avgjørelsene som eksisterer, baserte på svært konkrete fakta, noe som reduserer prejudikatverdien. Det foreligger en del voldgiftspraksis, særlig innenfor entrepriseretten. Voldgiftsdommer har tradisjonelt vært tillagt relativt liten vekt på grunn av publisitetshensyn.²² Mangelen på andre rettskilder kan imidlertid styrke voldgiftspraksisens vekt. Videre kan den praktiske argumentverdien være større enn rettskildeprinsippene tilsier.²³ Rettspraksis i tilknytning til annen kontraktsrett, herunder forbrukerentrepriser, kan også være relevant.

På entrepriserettens område kan uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd være relevante, men rettskildevekten må bygge på "*argumentasjonens saklige tyngde*".²⁴ I NF 07 finnes et system hvoretter en ekspert kan avgjøre hvorvidt arbeidet under omtvistet endringsordre utgjør en endring av kontrakten.²⁵ Ekspertavgjørelsene publiseres, men også de fleste av disse avgjørelsene angår svært konkrete spørsmål.²⁶

Det foreligger et begrenset utvalg juridisk litteratur hva gjelder fabri-

²² Om voldgiftsdommer som rettskildefaktor, se Brækhus (1998) s. 187 flg.

²³ Kaasen (2006) s. 58.

²⁴ Barbo (1997) s. 25-26.

²⁵ NF 07 art. 16.3.

²⁶ Kaasen (2006) s. 57.

kasjonskontrakter. *Kaasen* (2006) har forfattet en fremstilling om petroleumskontrakter, med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Litteratur i tilknytning til NF 92 og NF 87 kan også være av interesse. Når det gjelder entrepriseretten er utvalget noe bredere. Det foreligger to kommentarutgaver til NS 8405 (2004), forfattet av *Kolrud m.fl.* (2004) og *Marthinussen m.fl.* (2006). Videre har *Barbo* (1997) skrevet en fremstilling av endringsreglene i NS 3430 og NF 92. For både fabrikkasjonskontrakten og entreprisekontrakten gjelder at de benyttes som eksempler i kontraktsrettslige fremstillinger, og at det foreligger spredte arbeider som omhandler snevrere tema. Det foreligger en håndfull artikler som behandler underproblemstillinger i avhandlingen. Mest generell er artikkelen *Tidsproblemet i tilvirkning*, skrevet av *Kaasen* (1997).

NF 07 er trykket både på engelsk og norsk. I praksis er den engelske oversettelsen hyppigst brukt. Ved tolkningstvil vil imidlertid den norske versjonen kunne være relevant, og vice versa. I fremstillingen vil den norske ordlyden anvendes.

NS 8405 bærer preg av at forgjengeren, NS 3430, er inspirert av forgjengeren til NF 07, NF 92. Et tolkningsmoment av relevans ved tolkning av både NS 8405 og NF 07 kan derfor være løsningene som følger av den andre standarden. Dette vil imidlertid bero på blant annet hvorvidt kontraktene håndterer det aktuelle rettsspørsmålet på samme måte. Videre kan standardenes forgjengere bidra til klarhet, for eksempel med tanke på hvilke løsninger som er søkt endret. Også standardkontrakter og litteratur fra andre land kan være relevante.

1.4 Den videre fremstilling

I kapittel 2 vil det redegjøres for ulike faktiske forhold som kan føre til fremdriftsutfordringer, samt for deres kontraktsmessige risikoplassering. I kapittel 3 vil situasjonen ved fremdriftsutfordringer presenteres slik den kan fremstå for tilvirker, og problemstillingen for avhandlingen vil presiseres nærmere. Kapittel 4 inneholder en presentasjon av kontraktens prosessuelle system for håndtering av fremdriftsutfordringer. I kapittel 5 og 6 vil kontraktens regler om fremdrift analyseres.

2 Fremdriftsutfordringer – noen utgangspunkter om årsaker og risikofordeling

2.1 Innledning

I dette kapitlet vil det, for det første, redegjøres for ulike faktiske forhold som kan forårsake utfordringer knyttet til fremdrift. For det andre vil det fortløpende redegjøres for utgangspunktene for kontraktens risikomessige plassering av disse forholdene.

Tilvirker har plikt til å tilvirke kontraktsgjenstanden i henhold til avtalte frister.²⁷ Utgangspunktet er dermed at tilvirker må akselerere arbeidet dersom det er nødvendig for å unngå at en potensiell forsinkelse materialiserer seg, eller for å hente inn igjen tiden dersom tilvirkningsprosessen er på etterskudd. Kontraktene plasserer imidlertid risikoen for enkelte forhold som kan medføre fremdriftsutfordringer hos bestiller. Generelt er utgangspunktet at risikofordelingen følger kontraktens funksjonsfordeling.²⁸ En fremdriftsutfordrings årsak og risikoen for årsaken er derfor prinsipielt avgjørende for tilvirkers handlemåte når han står overfor utfordringer i tilknytning til fremdrift.²⁹

Allerede her skal det nevnes to forhold som medfører at årsaker og risikoplassering ikke automatisk er avgjørende for hvem som i en gitt situasjon sitter med fremdriftsrisikoen. For det første gjelder dette kontraktens formalistiske regler om varsling og preklusjon, som foreløpig vil holdes utenfor. For det andre er årsaksbildet som regel sammensatt.³⁰ En fremdriftsutfordring kan eksempelvis skyldes flere omstendigheter som har virket over tid, og det kan i siste omgang ha vært en dråpe som fikk begeret til å renne over. I den grad årsakene i det hele tatt kan identifiseres, vil det ofte knytte seg utfordringer også til å dokumentere

²⁷ Kaasen (1997) s. 608.

²⁸ Hagstrøm (1997) s. 16, Tapper (1983) s. 194-195.

²⁹ Se kapittel 4.

³⁰ Se kapittel 5.1.

årsaksbildet overfor bestiller. Dette er imidlertid bevismessige spørsmål som ikke skiller seg prinsipielt fra bevismessige spørsmål i andre rettsforhold. Det vil tas høyde for usikkerhetene knyttet til disse vurderingene i kapittel 5 og 6.

Tilvirker må uansett foreta en foreløpig vurdering av årsaksbildet når det oppstår fremdriftsutfordringer. Hensikten med dette kapittelet er å gi en presentasjon av utgangspunktene med hensyn til årsaksbilde og risikofordeling, for derved å danne en referanseramme for drøftelsene av fremdriftsutfordringer i de følgende kapitler. De formelle reglene er såpass kompliserte at det kan forenkle fremstillingen å skille ut de faktiske og risikomessige utgangspunktene til behandling i forkant. I kapittel 4 vil de formelle reglene presenteres, og knyttes opp mot de faktiske og risikomessige utgangspunkter som presenteres i kapittel 2.

2.2 Forhold på tilvirkersiden

2.2.1 Mislighold. Ineffektiv produksjon.

Fremdriftsutfordringer kan selvsagt skyldes forhold hos tilvirker selv. Tilvirkers grunnleggende kontraktsplikt er å utføre kontraktsarbeidet i tråd med de retningslinjer som er avtalt mellom partene.³¹ I løpet av et langvarig prosjekt vil ikke kontraktsarbeidet alltid gå på skinner, noe som lett kan tenkes å påvirke prosjektet tidsmessig. Tilvirker kan for eksempel utføre arbeidsoperasjoner på en måte som avviker fra det som følger av tegninger eller spesifikasjoner, slik at det går med tid til retting.

Produktiviteten kan videre være lavere enn forutsatt. Produktivitetsforstyrrelser kan skyldes at tilvirker har uerfarne folk på jobb, for eksempel fordi de mest erfarne i tilvirkers arbeidsstokk er opptatte med et annet prosjekt. Andre interne forhold, eksempelvis mangelfull ledelse eller konflikter på arbeidsplassen, kan også svekke produktiviteten. Behov for retting eller lav produktivitet i én arbeidsoperasjon kan videre påvirke produktiviteten i andre arbeidsoperasjoner. En del slike forhold tar tilvirker høyde for ved kontraktsinngåelse, noe som gjerne betegnes som

³¹ NF 07 art. 4.1 og NS 8405 pkt. 11.1 (1).

”flyt” i fremdriftsplanen.³² Likevel oppstår det ofte utfordringer i tilknytning til fremdrift i større utstrekning enn det er tatt høyde for på forhånd.

2.2.2 Forsinkelser hos undertilvirkere eller ved leveranser

Fremdriften kan også tenkes forstyrret på grunn av forsinkelse eller mangler knyttet til leveranser av materialer eller utstyr som tilvirker selv skal skaffe gjennom kontraktsmedhjelpere. Dersom utstyr eller materialer ikke fungerer eller må skiftes ut, kan planlagt fremdrift glippe - med mindre det settes inn ekstra ressurser.

Forsinkelser kan også forårsakes av at underentreprenører eller underleverandører blir forsinket i sitt kontraktsarbeid eller leverer en kontraktsgjenstand med mangler. Også dette er forhold som tilvirker har ansvar for overfor bestiller, med mindre annet er avtalt.³³

2.3 Forhold på bestillersiden

2.3.1 Mangler eller forsinkelse i leveranser fra bestiller

Bestillers mangelfulle ivaretagelse av sine kontraktsplikter kan også medføre fremdriftsutfordringer. Som nevnt i kapittel 1.2, kjennetegnes både NS 8405 og NF 07 av at bestilleren forestår det meste av prosjekteringen. Dersom det foreligger feil i tegninger eller annet prosjekteringsmateriale som bestiller har levert, kan det lett tenkes å oppstå utfordringer i forhold til fremdriften. Omlegging av arbeidsoperasjoner og eventuell retting av arbeid som er blitt feil på grunn av feil i prosjekteringen, kan være kostnads- og tidkrevende. Forsinkelser og mangler i bestillerens utførelse av sine kontraktsplikter vil eventuelt materialisere seg i et fremdriftsproblem hos tilvirker. I den grad tilvirker har oppfylt sin undersøkelsesplikt³⁴, er slike forhold bestillers risiko.³⁵

Tilsvarende kan detaljprosjekteringen underveis i prosjektet nødven-

³² Se kapittel 6.1.2 om ”flyt”.

³³ NS 8405 pkt. 15.1 (1) og NF 07 art. 8.2 (1).

³⁴ NS 8405 pkt. 21.1 og NF 07 art. 6.2.

³⁵ NS 8405 pkt. 24.1 b) jf. pkt. 19.2 og NF 07 art. 27.1.

diggjøre omlegging av arbeidsoperasjoner. Dersom en tegningsrevisjon foretas senere i prosessen enn avtalt, er det ikke gitt at tilvirker vil klare å innpasse denne i arbeidet uten å påvirke produktiviteten. Spesifikasjoner av prosjekteringen underveis kan også være vanskeligere å implementere enn tilvirker opprinnelig hadde regnet med. Dette er bestillers risiko dersom spesifikasjonene anses for å være en endring som gir tilvirker krav på endringsordre, se kapittel 2.3.5.

Bestiller kan videre ha risiko for mangler eller forsinkelser knyttet til levering av materialer eller utstyr, dersom han etter avtalen skal skaffe dette. Det kan være mange grunner til en slik arbeidsfordeling. Eksempelvis vil bestiller i et stort prosjekt kunne få bedre vilkår ved bestilling av store mengder av et bestemt materiale enn det hver enkelt tilvirker selv ville kunnet forhandle frem.³⁶ Det kan også være ønskelig at alle tilvirkere på prosjektet benytter de samme materialene.³⁷ Forsinkelse i tilknytning til levering av materialer kan etter dette være bestillers ansvar.³⁸ Det samme gjelder dersom det foreligger mangler ved materialene, og tilvirker har oppfylt sin undersøkelsesplikt.³⁹

På hvilket tidspunkt bestiller har plikt til å levere tegninger og materialer til tilvirkeren, kan være uklart. I NS 8405 følger det av pkt. 20.2 at byggherren skal yte sin medvirkning i så god tid at entreprenørens planlegging og fremdrift ikke hindres eller forsinkes i forhold til entreprenørens produksjonsopplegg, med mindre det er avtalt frister jf. pkt. 20.1. Av NF 07 art. 4.4 følger det at selskapet skal levere sine ytelser ”*innen rimelig tid*” hvis det ikke er angitt frister. Dette innebærer antakelig ikke annet enn at selskapet må yte sine bidrag tidnok til at leverandøren kan foreta kontraktsarbeidet uten å bruke mer ressurser enn han med rimelighet måtte forvente på kontraktsinngåelsestidspunktet.⁴⁰

³⁶ Kaasen (2006) s. 176.

³⁷ Kaasen (2006) s. 176.

³⁸ NS 8405 pkt. 24.1 b) jf. 19.5, NF 07 art. 27.1 (1) jf. 8.2 (2) og (3), og art. 4.4.

³⁹ NF 07 art. 27.1 (2) jf. 6.2. Av art. 6.4 fremgår det at selskapet har plikt til å rette eventuelle mangler ved ytelsene. Ansvaret for underleveranser følger av art. 8.2. For NS 8405 fremgår risikoplasseringen av pkt. 24.1 b) jf. 19.5 (2) og 21.1.

⁴⁰ Se Kaasen (2006) s. 117 om den tilsvarende bestemmelsen i NTK 05 art. 4.5.

2.3.2 Mislighold av betalingsplikt

Dersom bestiller er forsinket med betaling, kan tilvirker tenkes å ha anledning til å stanse eller retardere arbeidet for å presse bestiller til å oppfylle. Entreprenøren er uttrykkelig gitt en slik rett i NS 8405 pkt. 30.2, hvor det av første ledd fremgår at entreprenøren kan stanse utførelse med 24 timers skriftlig varsel. Av annet ledd følger det at konsekvensen av stansing er krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag i henhold til de alminnelige reglene om dette i pkt. 24 og 25. Entreprenøren må altså varsle på alminnelig måte for å unngå at kravene prekluderes.

NF 07 inneholder ingen tilsvarende kontraktsregulering av spørsmålet om stansning eller retardasjon ved betalingsmislighold. Utgangspunktet er fortsatt at leverandøren har en ubetinget kontraktsplikt til å holde planlagt fremdrift, jf. art. 11. Prinsippet om ytelse mot ytelse gjelder imidlertid også for NF 07, noe som tilsier at selskapet ikke kan fastholde kravet om fremdrift ved enhver uenighet om betaling.⁴¹ Av alminnelig kontraktsrett synes det å følge at tilvirker kan innstille arbeidet dersom tilbakehold ikke fremstår som uforholdsmessig, og Kaasen (2006) konkluderer med at denne regelen må gjelde også etter NF 07.⁴²

Det er dermed grunn til å regne med at tilvirker har adgang til stansing etter begge kontraktene dersom reaksjonen ikke er uforholdsmessig. Risikoen for å ta feil er imidlertid på tilvirkers side dersom stansing anvendes som pressmiddel ved betalingsmislighold.⁴³ Tilvirker vil derfor kunne stå overfor flere av vurderingene som det skal gjøres rede for i kapittel 5 og 6. Konsekvensene av uberettiget stansing av arbeidet kan sammenlignes med konsekvensene av å unnlate å iverksette tiltak for å hente inn tid der tilvirker hadde plikt til det. Konsekvensene av å fortsette arbeidet selv om det forelå detensjonsrett vil i det langsiktige perspektiv avhenge av bestillers økonomiske stilling.⁴⁴ På kort sikt vil konsekvensene være rent likviditetsmessige, noe som i og for seg kan være av stor betydning for tilvirker.

⁴¹ Kaasen (2006) s. 704-705.

⁴² Kaasen (2006) s. 705 og Hagstrøm (2003) s. 355.

⁴³ Kaasen (2006) s. 704-705.

⁴⁴ Tilvirker risikerer at bestiller senere ikke vil kunne betale for de utførte arbeidene.

2.3.3 Grensesnitt mot andre kontrakter

Det kan også tenkes at tilvirker er avhengig av at andre tilvirkere som står i kontraktsforhold til bestiller ferdigstiller hele eller deler av sine ytelser i tide. Grunnen kan være at nødvendig informasjon må formidles tilvirker før han fortsetter arbeidet, eller at rekkefølgen i ytelsene er avgjørende slik at han ikke kan fortsette tilvirkningen før ytelsen fra den andre tilvirkeren er på plass. Fremdriftsforstyrrelser som skyldes slike forhold er i utgangspunktet bestillers risiko.⁴⁵

2.3.4 Bestiller forstyrrer tilvirkers progresjon

Fremdriftsforstyrrelser kan videre oppstå som en konsekvens av bestillers styringsrett. I NF 07 fremgår det av art. 3.3 (1) at selskapets representant har rett til adgang til byggeplassen og kontraktsarbeidet. Hvis dette medfører forstyrrelser i arbeidet, er det et forhold som selskapet har ansvar for, jf. art. 3.3 (2). Tilsvarende er det selskapets ansvar dersom progresjonen forstyrres som følge av at selskapet utfører arbeid på kontraktsgjenstanden, eller lar andre utføre slikt arbeid, utover det som er avtalt med leverandøren, jf. art. 4.3 (2). NS 8405 oppstiller i pkt. 14.1 en rett for byggherren til å føre kontroll, noe som forutsetter tilretteleggelse fra entreprenørens side for slik kontroll i form av adgang på byggeplass med videre. Byggherren har en diskresjonær kompetanse til å avgjøre hvordan, og på hvilket tidspunkt, kontrollen skal skje.⁴⁶ Hvis kontrollen forstyrrer entreprenørens fremdrift, kan det være et forhold byggherren har ansvar for, jf. pkt. 24.1 c).

Etter NF 07 kan også selskapet velge å innstille leverandørens arbeid midlertidig, jf. art. 18.1. Fremdriftsforstyrrelsene som oppstår som en følge av innstillingen, er selskapets risiko, jf. art. 18.2 og 18.3.

2.3.5 Endringsordre utstedt av bestiller

Som nevnt i kapittel 1.2, har bestilleren etter NS 8405 og NF 07 mulig-

⁴⁵ NS 8405 pkt. 19.7. Dette gjelder også etter NF 07, og følger av kontraktens system selv om det ikke fremgår uttrykkelig.

⁴⁶ *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 185.

het til ensidig å kreve tilleggsarbeider eller endre kravene til utførelsesmåte i forhold til det opprinnelig avtalte. Denne adgangen fremgår av NS 8405 pkt. 22.1 og 22.2, og av NF 07 art. 12.1. Slike endringer fører ofte til at fremdriften forstyrres. For det første kan endringer gjelde fremdriften direkte, jf. NS 8405 pkt. 22.2 (1) og (2) og NF 07 art. 12.1 (2).

Tidsvirkningen kan for det andre være indirekte, og oppstå som en bieffekt av en endring som direkte gjelder utførelsen, jf. NF 07 art. 12.1 (2) og NS 8405 pkt. 22.1 (2).⁴⁷ Dette kan for eksempel være tilfellet dersom endringen øker kontraktsarbeidets omfang – leverandøren blir bedt om å levere 20 meter ekstra rørledning eller entreprenøren får beskjed om at kledningen som skal leveres, skal dekke et større areal enn opprinnelig planlagt. Kvalitative endringer kan også påvirke tilvirkers tidsbruk, for eksempel skal en type sement endres til en annen sementtype som tørker saktere. For å opprettholde balanse i kontraktene, medfører slike endringer at tilvirker kan kreve mer tid eller ekstra vederlag, jf. NF 07 art. 13 og 16.1 og NS 8405 pkt. 24.1 og 25.1. Virkningene på fremdriften er derved bestillers risiko.

2.4 Omstendigheter utenfor partenes kontroll

Undertiden forstyrres fremdriften av forhold som ikke ligger innenfor noen av partenes funksjonsområder eller kontroll. Slike forhold kan forstyrre fremdriften på flere måter. Det kan dreie seg om en omstendighet som medfører at tilvirker ikke får utført kontraktsarbeidet, for eksempel ekstreme værforhold. Eller fremdriftsforstyrrelsen kan skyldes at materialer som skal inkorporeres i kontraktsgjenstanden, ødelegges. Slike ødeleggelse kan nødvendiggjøre omprosjektering eller bestilling av nye leveranser, og det kan være dette som medfører fremdriftsutfordringen.

For slike forstyrrelser opereres det med innenfor kontraktsretten med begrepet ”force majeure”. Hva som ligger i begrepet, varierer med rettsområde. Både NS 8405 og NF 07 inneholder egne definisjoner av begre-

⁴⁷ Kaasen (1997) s. 610.

pet.⁴⁸ Etter begge kontraktene må fire vilkår være oppfylt for at en omstendighet som medfører fremdriftsutfordringer skal omfattes: Det første vilkåret er at det må foreligge en hindring for fremdriften. Videre må hindringen befinne seg utenfor den rammede parts kontroll. Hindringen må for det tredje ikke være noe den rammede part burde forutsett ved kontraktsinngåelse. For det fjerde må parten heller ikke med rimelighet kunne overvinne eller avverge følgene av hindringen. Et eksempel på at det forelå force majeure i form av ekstraordinære værforhold i entrepriserforhold er inntatt i Rt. 1999 s. 878, hvor det ved byggingen av to store broer ble anerkjent at en flom kvalifiserte som force majeure.

Ordlyden er noe ulik i de respektive kontraktene, og terskelen for å konstatere force majeure er ikke nødvendigvis sammenfallende. For inneværende fremstilling kan det imidlertid konstateres at kjernen i de fire vilkårene er den samme. Det vil gå utenfor rammene for fremstillingen å foreta en nærmere analyse av vilkårene for at en hindring skal kategoriseres som force majeure, og hvilke rettsvirkninger force majeure har.⁴⁹ To spørsmål knyttet til force majeure og fremdrift skal likevel nevnes.

Tilvirker har i utgangspunktet ikke risikoen for fremdriftskonsekvensene av force majeure, jf. NS 8405 pkt. 24.3 (1) og NF 07 art. 28.1. Selv om en force majeure-lignende omstendighet ikke oppfyller vilkårene for force majeure, kan den imidlertid lett tenkes å forstyrre fremdriften. Det første spørsmålet som skal nevnes, er om tilvirker har risikoen for å søke å unngå eller overvinne tidsvirkningene av en slik omstendighet. Antakelig kan det - av vilkårene for force majeure - utledes en viss plikt for tilvirker til forsøksvis å unngå eller overvinne hindringen.⁵⁰ Følgelig kan tilvirker ha plikt til å øke ressursinnsatsen i force majeure-lignende tilfeller. Tvedt og Bruserud (2010) fremhever følgende relevante momenter for å fastlegge grensen for en slik plikt: *”den opprinnelige kontraktsverdien, og at det må foreligge en viss forholdsmessighet mellom de ressurser som*

⁴⁸ NF 07 art. 1.8, NS 8405 pkt. 24.3. Formuleringene som er valgt, er formet etter kontrollansvarsmodellen som finnes blant annet i kjøpsloven § 27 (1).

⁴⁹ For en nærmere fremstilling av force majeure, se Mestad (1991) i kapittel 6 og 8.

⁵⁰ Tvedt (2010) s. 438-440.

settes inn og det som oppnås gjennom det nødvendige kostnadspådraget".⁵¹

Det andre spørsmålet er hvorvidt tilvirker har plikt til å anvende ekstra ressurser for å redusere virkningen av en force majeure-begivenhet. Av selve definisjonen følger det at hindringen ikke med rimelighet kan overvinnes helt, men tilvirker kan kanskje anvende ekstra ressurser og redusere dens tidsvirkning. Dersom et forhold først kvalifiserer for force majeure, vil imidlertid tilvirker antakelig ikke ha en slik plikt.⁵² Tilvirker må likevel søke å redusere tidsvirkningen av force majeure, eksempelvis ved omrokering av arbeidsoperasjoner. Dette følger av NS 8405 pkt. 24.5 og av lojalitetsplikten i pkt. 5.⁵³ For NF 07 kan dette utledes av en alminnelig ulovfestet lojalitetsplikt.

2.5 Bristende forutsetninger

Kontraktene inngås på grunnlag av en rekke faktiske forutsetninger, som er med på å avgjøre det nærmere innholdet i avtalen. Bestiller gir i prosjekteringen uttrykk for hvilke grunnforhold tilvirker må regne med, og undertiden gis det informasjon om materialegenskaper eller påkrevde redskaper.⁵⁴ Dersom det viser seg at slike forutsetninger ikke er riktige, vil prosjektet kunne være mer tidkrevende enn opprinnelig forutsatt og gi tilvirker krav på fristforlengelse.

Bristende forutsetninger har fellestrekk med force majeure – det gjelder omstendigheter som kommer utenfra, og som påvirker tilvirkningsprosessen. Forskjellen er imidlertid at bristende forutsetninger ikke er uttrykkelig regulert i kontraktene, og at det derfor er bakgrunnsretten som avgjør hvordan dette skal håndteres.

De alminnelige kontraktsrettslige vilkårene for at det skal foreligge en bristende forutsetning er at kontrakten ble inngått på grunnlag av en bestemt forutsetning som var motiverende for tilvirker, at forutsetningen og kausaliteten var synbar for bestiller, og at forutsetningsbristen er

⁵¹ Tvedt (2010) s. 439.

⁵² Tvedt (2010) s. 439.

⁵³ Tvedt (2010) s. 440.

⁵⁴ Kaasen (2006) s. 309.

relevant etter en nærmere vurdering.⁵⁵ Dersom tilvirkers løfte om å oppfylle til et bestemt tidspunkt bygger på bristende forutsetninger, vil tidsproblemer på grunn av dette kunne være bestillers risiko.⁵⁶

2.6 Nye lovregler eller forskrifter

Tilvirker har plikt til å sørge for at tilvirkningsprosessen skjer i samsvar med gjeldende lover og myndighetskrav. Det hender imidlertid at det vedtas nye lover eller forskrifter i løpet av kontraktperioden. Tilvirker har åpenbart en plikt til å overholde preseptoriske lover eller forskrifter, men kan ha krav på fristforlengelse eller tilleggsvederlag som følge av tidsproblemene regelendringer underveis eventuelt medfører. I NF 07 er spørsmålet om regelendringen gjør at arbeidet eller utførelsen av dette endres som en følge av den, jf. art. 5.1. Plikten til å følge gjeldende regelverk i NS 8405 følger av pkt. 12.1. NS 8405 bør også tolkes slik at regelendringer som nødvendiggjør tillegg eller endringer i arbeidsutførelsen, vil behandles etter endringsreglene.⁵⁷

2.7 Skader på kontraktsgjenstanden

Fremdriftsutfordringer kan også skyldes at kontraktsgjenstanden påføres skader før levering som må utbedres før kontraktsgjenstanden kan tas i bruk. Skader kan skyldes mannskap på tilvirkersiden, bestillersiden, eller ytre omstendigheter som ingen av partene rimeligvis kan svare for.⁵⁸ Etter NS 8405 har entreprenøren risikoen for skader på kontraktsgjenstanden som han selv forårsaker i løpet av byggetiden, jf. pkt. 17 (1). Å ha risikoen innebærer ansvar for å utbedre uten vederlag og innenfor kontraktsfestet leveringstid, jf. pkt. 11.2.⁵⁹ Dersom skaden skyldes forhold på byggherresiden eller force majeure, har ikke entreprenøren risikoen,

⁵⁵ Hagstrøm (2003) s. 248.

⁵⁶ Kaasen (2006) s. 314, Barbo (1997) s. 314. Bristende forutsetninger vil ikke behandles videre i fremstillingen.

⁵⁷ Dette er forutsatt i *NS 8405 kommentarutgave* (2004) på s. 123, men kunne med fordel fremgått tydeligere av kontraktsteksten.

⁵⁸ Se kapittel 2.4.

⁵⁹ *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 231.

jf. pkt. 17 (2) og (3).

Leverandøren har en ubetinget plikt til å utbedre skader som inntreffer før leveringstidspunktet, uansett hvem som forårsaket skaden.⁶⁰ Det økonomiske ansvaret er begrenset, men med hensyn til tilvirkers umiddelbare handlingsplan er det sentrale at leverandøren har utbedringsplikt, uansett hvordan skaden har skjedd.⁶¹ Hvorvidt leverandøren har krav på fristforlengelse, beror på årsaken til skaden.

2.8 Oppsummering

I kapittel 2 er det presentert flere mulige årsaker til at fremdriften i et prosjekt kan svikte. Årsakene er knyttet opp mot hovedtrekkene i kontraktens risikomessige regulering. Fremstillingen er ment å danne et bakteppe for den videre behandlingen av kontraktens regler om fremdriftsutfordringer. I kapittel 4 vil kontraktens formelle regler om varsling og preklusjon behandles, og det vil der legges til grunn at årsakene og kontraktens risikoplassering av dem er på det rene. Årsakene og deres risikoplassering vil da være av avgjørende betydning for tilvirkers håndtering av fremdriftsutfordringer. I kapittel 5 og 6 vil det oppstilles holdepunkter som tilvirker kan ta i betraktning når det er usikkerhet knyttet til årsaksbildet eller risikoplasseringen. I kapittel 6.1 vil tråden fra kapittel 2 tas opp igjen, og fremdriftsrisikobildet under kontraktene vil nyanseres.

Først vil det, i kapittel 3, gis en illustrasjon av hvordan problemstillinger knyttet til fremgangsmåte ved fremdriftsutfordringer kan se ut i praksis.

⁶⁰ NF 07 art. 29.1.

⁶¹ Selv om tilvirker har forårsaket skaden, kan partenes forsikring dekke en del av kostnadene, jf. NF 07 art. 29.1 (1) og NS 8405 pkt. 17. Spørsmål knyttet til forsikringsdekning eller fordeling av kostnader vil ikke behandles nærmere her.

3 Tilvirkers situasjon ved fremdriftsutfordringer

Tilvirkningen av en separasjonsmodul som skal leveres til en oljeplattform er planlagt å vare i 18 måneder. 12 måneder ut i prosjektet merker leverandøren, som har best oversikt over fremgangen i prosjektet, at det i økende grad blir vanskelig å holde planlagt progresjon. Det konstateres at ferdigstillingen vil bli forsinket, med mindre det treffes tiltak for å overholde fremdriftsplanen. Leverandøren må foreta et valg. Skal det forsøres⁶², det vil si settes i verk akselerasjonstiltak, for å unngå at fremdriftsutfordringen materialiserer seg i en forsinkelse? Eller skal leverandøren fortsette kontraktsarbeidet i tråd med planen, uten å hente inn tapt tid? Dette valget er temaet for den videre fremstillingen.

Skjematisk kan tilvirkerens dilemma i tilknytning til hvorvidt det skal forsøres, rubriseres som en tredelt problemstilling. Det første spørsmålet er om tilvirkeren rent faktisk *kan* forsere. Det foreligger ikke fysisk gjennomførbare tiltak for å overkomme enhver potensiell fremdriftstrusel. Dersom det rent fysisk ikke lar seg gjøre å overholde fremdriftsplanen, er det selvfølgelig ikke et handlingsalternativ å forsere. Et eksempel på et slikt tilfelle kan være at en potensiell forsinkelse kun kan forhindres ved å sette inn ekstra mannskap på en arbeidsoperasjon, men at operasjonen skal utføres på et så begrenset fysisk område at det er for trangt til at mange nok jobber med kontraktsarbeidet samtidig. For tilvirker vil det sjelden være en optimal situasjon ikke å ha mulighet til å forsere, men han slipper i slike tilfeller å velge hvorvidt han skal forsøke å holde seg til avtalt progresjon eller ikke. Denne situasjonen faller derfor utenfor temaet for den videre fremstillingen.

I et annet plan ligger spørsmålet om tilvirkeren *må* iverksette tiltak. Dersom tilvirker ikke ferdigstiller kontraktsarbeidet til avtalt tidspunkt,

⁶² Forsering vil i avhandlingen benyttes synonymt med iverksettelse av akselerasjonstiltak både etter NS 8405 og NF 07. Pettersson (2010) definerer forsering slik at arbeidet ”utføres raskere enn det ellers ville ha blitt utført”. I NS 8405 anvendes begrepet forsering, mens det ikke forekommer i NF 07.

er utgangspunktet at det foreligger mislighold i form av forsinkelse. Ofte vil tilvirker derfor ha en kontraktsforpliktelse til å overkomme potensielle tidshindringer. Fremdriftsutfordringen kan imidlertid være forårsaket av forhold som etter kontraktene innebærer at tilvirker kan skyve fremdriftsrisikoen over på bestiller. I kapittel 4 vil det redegjøres for hvordan tilvirker kan håndtere disse situasjonene. Dersom et aktuelt tiltak *kan* gjennomføres, men det er usikkerhet knyttet til hvorvidt det foreligger en kontraktsplikt til å iverksette tiltaket, er han henvist til en mer skjønnspreget vurdering: Er det likevel hensiktsmessig å forsere? Hvilke holdepunkter kontraktene gir tilvirker for vurderingen som da må foretas, vil drøftes i kapittel 5 og 6.

4 Kontraktenes utgangspunkt for håndtering av fremdriftsutfordringer

4.1 Innledning

I kapittel 3 er det redegjort for tilvirkerens situasjon når det erkjennes at fremdriften i tilvirkningen er truet. Når denne erkjennelsen først er gjort, vil tilvirkeren ha en plikt til å varsle bestilleren om situasjonen. Dette gjelder etter begge kontraktene, uavhengig av årsaken til den potensielle eller aktuelle fremdriftsutfordringen, og uavhengig av hvem som har risikoen for fremdriften. Reglene som tilvirker må forholde seg til i forbindelse med den generelle varslingsplikten vil derfor behandles i kapittel 4.2.

Hvordan situasjonen utvikler seg etter at tilvirkeren har varslet om at det foreligger en potensiell eller aktuell fremdriftstrussel, vil variere. Utgangspunktet for tilvirkers handlingsplan beror på plasseringen av risikoen for årsaken til den aktuelle fremdriftsutfordringen.⁶³ Den største utfordringen er imidlertid ofte å fastslå hvorfor fremdriften er truet, og dermed også hvem som i et gitt tilfelle har risikoen for at fremdriftsplanen står i fare for å glippe. Kompleksiteten av kontraktsarbeidet, omfanget av kontraktsarbeidet og prosjektet som kontraktsarbeidet utgjør en del av, og antallet aktører i prosjektet er noen av forholdene som medfører at det oftest vil foreligge omstendigheter som kompliserer bildet. Likevel er det hensiktsmessig å redegjøre for utgangspunktene før de kompliserende faktorene settes inn i bildet. En slik oppbygging kan bidra til at behandlingen av de formelle reglene tilvirker har å forholde seg til når bildet kompliseres, vil være mer oversiktelig.⁶⁴ De prinsipielle utgangspunktene behandles derfor i kapittel 4. Omstendigheter som kan komplisere valget for tilvirker, behandles deretter i 5.1.

I tilfeller hvor tilvirker ikke vurderer situasjonen dit hen at det foreligger en klar kontraktsplikt til å forsere, er spørsmålet hvorvidt forsering

⁶³ Se kapittel 2.

⁶⁴ Se kapittel 6.2.

likevel er å foretrekke fremfor å la fremdriften glippe. Dette vil avhenge av sannsynligheten for å treffe med en vurdering av risikoplasseringen, samt av hvilke konsekvenser tilvirker må regne med dersom det senere⁶⁵ viser seg at han har feilvurdert risikoplasseringen. Disse vurderingene vil det gjøres rede for i kapittel 5 og 6.

I enkelte tilfeller vil kontrakten gi tilvirker stødige holdepunkter å forankre handlingsplanen i, selv om risikoplasseringen er usikker. Dette gjelder blant annet for situasjonene hvor bestiller utsteder endringsordre som direkte gjelder forsering. Situasjonene hvor de materielle reglene i kontraktene kan gi grunnlag for å plassere fremdriftsrisikoen, og dermed virke avklarende på tilvirkers handlingsplan, vil behandles i kapittel 6.1. I andre tilfeller vil den foreløpige risikoplasseringen være et sjansespill, og konsekvensene av å velge feil vil da være sentrale for tilvirkers avgjørelse.⁶⁶ Kontraktene er også utstyrt med prosessuelle regler for å håndtere endringer underveis, herunder utfordringer knyttet til fremdrift. I kapittel 6.2 vil det redegjøres for de prosessuelle reglernes bidrag til tilvirkers valgsituasjon, men disse reglene vil som nevnt introduseres allerede i kapittel 4.

4.2 Om de generelle varslingsreglene hvor fremdriften er truet

Som nevnt i kapittel 1.2, er både NS 8405 og NF 07 utstyrt med mekanismer for å håndtere uforutsett utvikling i løpet av kontraktsperioden. For at kontraktspartene skal kunne håndtere fremdriftsproblemer på en best mulig måte, må problemene først identifiseres.⁶⁷ I tillegg til et avtalt leveringstidspunkt, vil det etter begge kontraktene foreligge en fremdriftsplan. I NF 07 er fremdriftsplanen inntatt som et kontraktsdokument

⁶⁵ Dersom partene ikke blir enige, kommer avklaring ved rettskraftig dom fra de alminnelige domstolene med mindre partene har avtalt noe annet, jf. NS 8405 pkt. 43.3 og NF 07 art. 37.2. Krav som overstiger 100 G skal imidlertid i entreprisforholdene bringes inn til voldgift med mindre annet er avtalt, jf. NS 8405 pkt. 43.4. Avklaring kan også skje ved at en oppmannsavgjørelse eller ekspertavgjørelse blir endelig, jf. NS 8405 pkt. 43.2 og NF 07 art. 16.4 (3) jf. 16.3.

⁶⁶ Se kapittel 5.2-5.4.

⁶⁷ Kaasen (2006) s. 220.

i kontraktens vedlegg C, jf. art. 2.1. Etter NS 8405 har entreprenøren plikt til å utarbeide fremdriftsplan ”innen seks uker etter kontraktsinngåelsen”, jf. pkt. 18.1. Planen fungerer som et styringsverktøy for byggherren.⁶⁸ Fremdriftsplanen er i begge kontraktene en sentral referanseramme for å avgjøre hvorvidt det foreligger fremdriftsutfordringer underveis i tilvirkningsprosessen.⁶⁹ Tilvirker pålegges etter begge kontraktene derfor en helt generell varslingsplikt overfor bestiller når han ser at fremdriftsplanen glipper eller står i fare for å glippe. Grunnen til at varslingsplikten er lagt til tilvirker, er at han er nærmest til å ha oversikt over fremgangen i kontraktsarbeidene.⁷⁰ Reglene sikrer identifikasjon av potensielle fremdriftsproblemer tidlig, og medfører at kontraktspartene har anledning til å vurdere hvordan de skal håndteres.

For bestilleren ivaretar varslingsreglene viktige hensyn. Bestiller har en styringsrett som i en viss utstrekning innebærer en rett til å velge hvordan fremdriftsutfordringer skal håndteres.⁷¹ Denne valgretten ivaretas gjennom at bestiller får oversikt over fremdriftstrusler ved varslingsreglene. Varslingsreglene medfører en trygghet for bestiller ved at han får beskjed dersom det er grunn til bekymring. Prinsipielt kan han derfor senke skuldrene inntil han får beskjed om noe annet.⁷²

Også for tilvirkerens vedkommende innebærer varslingsplikten visse fordeler. En visshet om å bli varslet ved potensielle fremdriftsproblemer kan redusere bestillerens behov for å kikke tilvirkeren over skulderen underveis i kontraktsarbeidet. Videre legger varslingsreglene opp til at tilvirker må holde styr på fremdriften underveis. Dokumentasjon kan i etterkant være vanskelig å fremskaffe, og det kan for tilvirker da være en fordel at kontraktens system, blant annet i form av varslingsplikt, tvinger ham til å være ryddig også i løpet av kontraktsperioden.

⁶⁸ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 240-241.

⁶⁹ Fremdriftsplanens kontraktsmessige betydning er imidlertid forskjellig, se kapittel 4.3.1 og 5.4.1.

⁷⁰ Kaasen (2006) s. 222.

⁷¹ Nærmere om adgangen til å pålegge forsering, se kapittel 6.1.4.

⁷² I kontraktsforhold som reguleres av NS 8405 og NF 07 har imidlertid bestiller i stor grad oversikt over fremdriften, på grunn av jevnlig møter og tilstedeværelse på verkstedet eller byggeplassen.

NF 07 art. 11.1 (2) oppstiller en generell varslingsplikt for leverandøren med følgende innhold: *”Får Leverandøren grunn til å anta at Arbeidet ikke kan utføres i samsvar med de milepæler som er fastsatt i Vedlegg C, skal han straks gi Selskapet varsel om dette”*. Vedlegg C er fremdriftsplanen, jf. art. 2.1. En tilsvarende generell varslingsplikt oppstilles i NS 8405 pkt. 18.2 (2), hvorefter *”Entreprenøren skal uten ugrunnet opphold varsle byggherren dersom det oppstår eller vil kunne oppstå avvik av betydning i forhold til gjeldende fremdriftsplan”*. Etter begge kontraktene skal varselet gis skriftlig, jf. NF 07 art. 36.1 og NS 8405 pkt. 8.

Varslingsplikten innebærer etter begge kontraktene utvilsomt at det må varsles når fremdriften faktisk avviker fra fremdriftsplanen. Tilvirker må imidlertid etter begge kontraktene også varsle dersom det oppstår potensielle avvik fra fremdriftsplanen. Det er dermed ikke tilstrekkelig, verken etter NF 07 eller NS 8405, å vente med å varsle bestiller helt til fremdriftsproblemet faktisk medfører forsinkelse. Den nærmere vurderingen av hvilke omstendigheter som utløser varslingsplikt, blir nødvendigvis preget av å være skjønnsmessig etter begge bestemmelsene.

Verken NF 07 eller NS 8405 synes å skulle tas bokstavelig hva gjelder rekkevidden av varslingsplikten. I NF 07 legges, etter ordlyden, listen høyt for å oppstille varslingsplikt. I de fleste tilfeller er det praktisk gjennomførbart å overholde planlagt fremdrift ved forsering, slik at fremdriftsplanen strengt tatt *”kan”* holdes. Kaasen (2006) legger derfor til grunn at det avgjørende synes å måtte bli om *”leverandøren får grunn til å anta at det vil kreve markert større eller annerledes ressursinnsats å holde fremdriftsplanen enn det som med rimelighet kunne ventes da planen ble utarbeidet”*.⁷³ Dersom leverandøren ser at fremdriften står i fare for å glippe, og har en begrunnet antakelse om at det vil være nødvendig å iverksette forseringstiltak som innebærer et markert avvik fra planlagt ressursinnsats, vil han dermed ha varslingsplikt.

En større ressursinnsats kan for eksempel bestå av å legge inn nattskift i tillegg til planlagte dagskift eller å oppbemanne prosjektet. En annerledes ressursinnsats kan eksempelvis være omrokering i rekkefølgen av arbeidsoperasjoner. At kun markerte avvik vil nødvendiggjøre varsel,

⁷³ Kaasen (2006) s. 257.

betyr at leverandøren ikke trenger å varsle om ethvert behov for forsering. Dette er en løsning som synes å ha mye for seg, fordi selskapet ikke har behov for å vite om alle små forseringstiltak som leverandøren iverksetter underveis. For eksempel kan det være unødvendig å varsle i tilfeller hvor arbeidet i en periode har vært mindre effektivt enn forutsatt, så lenge leverandøren kan hente seg inn uten at ressursbruken avviker markert fra det planlagte.⁷⁴

NS 8405 legger, etter ordlyden, opp til at entreprenøren har varslingsplikt når det er mulig at det vil oppstå avvik – uten at det oppstilles noe krav til at et slikt utfall må være mer eller mindre sannsynlig. På nærmest ethvert tidspunkt i løpet av kontraktsperioden vil det ”kunne” oppstå avvik av betydning. Spørsmålet er om det på dette punkt bør innfortolkes visse krav til at mistanker om potensielle avvik skal bygge på et saklig grunnlag, slik løsningen er etter NF 07.

Kolrud m.fl. (2004) tolker bestemmelsen slik at entreprenøren må varsle ”om enhver realistisk mulighet for betydelige avvik”.⁷⁵ Formuleringen antyder at varslingsplikten kun utløses dersom det er en viss sannsynlighet for betydelig avvik – muligheten må være ”realistisk”. Marthinussen m.fl. (2006) legger til grunn at entreprenøren skal varsle ”der entreprenøren forstår at et eller annet forhold kan komme til å medføre et fremtidig avvik av betydning for fremdriften”.⁷⁶ Ut fra formuleringen kan det ikke utledes særlig mer enn det som følger av selve kontraktsteksten. I fortsettelsen er det imidlertid gitt et eksempel, hvoretter varslingsplikten gjelder dersom en leverandør går konkurs eller opplever at lageret brenner ned og entreprenør antar at dette vil påvirke leveringstiden. Slike omstendigheter gir entreprenøren en konkret foranledning for å anta at fremdriften vil kunne påvirkes, og utløser definitivt varslingsplikten. Sammenholdt med eksempelet, synes det derfor også forutsatt av Marthinussen m.fl. at det må foreligge et

⁷⁴ Til en viss grad vil tilvirker kunne avhjelpe avvik ved bruk av kontraktens fleksibilitet (”flyt”), og ikke alle avvik fra planlagt fremdrift vil da representere utfordringer i forhold til fremdriftsplanen. Se kapittel 6.1.2 om ”flyt”.

⁷⁵ NS 8405 *Kommentarutgave* (2004) s. 183.

⁷⁶ NS 8405 *med kommentarer* (2006) s. 248.

saklig grunnlag for mistanken om at et avvik av betydning kan oppstå.

Det avgjørende i henhold til NS 8405 blir etter dette hva som skal til for at et avvik skal være ”av betydning” i forhold til fremdriftsplanen. Hensynet bak regelen er, som i fabrikkasjonskontrakten, blant annet å ivareta bestillers behov for å ha styring med fremdriften, herunder valget mellom tid og penger. Det kan derfor være grunn til å legge lignende vurderingskriterier til grunn som etter NF 07, slik at entreprenøren må varsle dersom fremdriftsplanen vil glippe uten at det iverksettes forsering av et visst omfang.

Et spørsmål er hvilke krav som i NS 8405 og NF 07 stilles til varselets innhold. Varselet må i det minste inneholde informasjon om at det er grunn til å anta at planlagt fremdrift ikke kan holdes uten ekstra ressursinnsats. Andre krav til innholdet fremgår ikke av ordlyden i verken NF 07 eller NS 8405. Bestemmelsene oppstiller etter ordlyden eksempelvis ikke krav om at tilvirker skal anslå omfanget av innvirkning på fremdriften. Tidsvirkningen vil kunne være vanskelig å anslå på varslings-tidspunktet, særlig dersom det dreier seg om en potensiell fremdriftstrusel. Det er videre sentralt for bestiller å få informasjonen om at det kan oppstå problemer i tilknytning til fremdrift så raskt som mulig, og å stille store krav til varselets innhold vil lett gå på bekostning av hurtighet.

For NF 07 underbygges dette av at varslingsplikten etter art. 11.1 (2) er supplert med varslingsregler i henholdsvis art. 11.2 og art. 11.3, alt etter hvordan leverandøren vurderer risikoplasseringen. Disse varslingsreglene stiller større krav til innhold, og leverandøren har noe bedre tid på seg. Dersom leverandøren vil gjøre gjeldende at fremdriftsutfordringen skyldes forhold selskapet har risikoen for, må varselet etter 11.2 fremsettes innen en preklusiv frist. Den generelle varslingsplikten suppleres også etter NS 8405 av en varslingsregel med preklusiv frist dersom entreprenøren mener at byggherren har risikoen for fremdriftsutfordringen, jf. NS 8405 pkt. 24.4.

Et spørsmål er hvorvidt varsel må gis for fremdriftstrusler som bestiller allerede kjenner til. Ordlyden i kontraktene gjør ingen unntak for slike situasjoner. Hensynet til at bestiller skal ha oversikt og styringsmuligheter, som er en stor del av begrunnelsen for varslingsplikten, gjør seg

imidlertid ikke nødvendigvis gjeldende hvis et eventuelt varsel ville inneholde informasjon som allerede er kjent for bestiller. Lojalitetsplikten mellom kontraktspartene, som også er et hensyn bak varslingsplikten, gjør seg heller ikke gjeldende med styrke for varslingsplikten om forhold som bestilleren kjenner til. Undertiden kan imidlertid bestiller kjenne til omstendighetene som utgjør en fremdriftstrussel, men ikke være klar over at fremdriften vil kunne påvirkes. Da vil hensynene bak varslingsplikten tale for at tilvirker har en plikt til å varsle.

Verken i NS 8405 pkt. 18.2 eller NF 07 art. 11.1 oppstilles det konsekvenser i forbindelse med mislighold av den generelle varslingsplikten. Det angis ingen særskilte sanksjoner som bestiller kan gjøre gjeldende ved unnlatt varslingsplikten etter disse bestemmelsene. Dette skyldes til dels at begge kontraktene inneholder andre sanksjonerte varslingsfrister som ivaretar hensynet til bestiller. Også brudd på den generelle varslingsplikten er imidlertid mislighold av kontraktspliktene, og prinsipielt kan bestiller gjøre gjeldende kontraktenes misligholdssanksjoner. Erstatning kan være aktuelt, men ikke for så vidt bestillers tap i realiteten skyldes forsinkelse.⁷⁷

For tilvirker vil et generelt varsel etter disse reglene kunne innebære at han raskt må gjøre gjeldende eventuelle krav om fristforlengelse eller kompensasjon på grunnlag av at bestiller har risiko for fremdriften, for å unngå at slike krav prekluderes. Grunnen til det er at plikten til å varsle ved potensielle og aktuelle hindringer for fremdriften suppleres av spesielle varslingsregler som går igjen som en rød tråd i både NF 07 og NS 8405, og at tilvirker vanskelig vil kunne hevde at fristen ikke begynner å løpe dersom han allerede har varslet bestiller. De spesielle varslingsreglene behandles nedenfor, blant annet i kapittel 4.3.3.

En side ved de spesielle varslingsreglene som er fremtredende både i NS 8405 og NF 07 er at mange av fristene er preklusive. Det vil si at den kontraktspart som unnlater å overholde plikten til varslingsplikten, taper retten til å kreve erstatning. Mange av fristene er preklusive, det vil si at den kontraktspart som unnlater å overholde plikten til varslingsplikten, taper

⁷⁷ Kaasen (2006) s. 258. Ved forsinkelse kan bestiller som hovedregel kreve dagmulkt, men ikke erstatning, jf. NS 8405 pkt. 34.2 (1) og 34.1 (3) og NF 07 art. 24.2 og 24.4.

retten varselet skulle sikre ham. Begrunnelsen for å ha et sterkt innslag av preklusjon i NS 8405 og NF 07 er at det dreier seg om kontraktsforhold hvor tid er av essensiell betydning. Det er derfor behov for den raske avklaringen preklusjonsreglene medfører.⁷⁸

Konsekvensene ved forsinket levering kan være av slike proporsjoner at bestiller ikke kan holdes skadesløs gjennom misligholdssanksjonene. For offshoreprosjekter kan forsinkelse i verste fall bety utsatt produksjonsstart. Neddiskonteringen av forventet verdi av feltets siste produksjon vil gi betydelig lavere verdi enn tilsvarende produksjon i dag.⁷⁹ Også for landentrepriser kan konsekvensene av forsinkelse være store, for eksempel dersom et forretningsbygg, et sykehus eller et olympisk anlegg ikke kan tas i bruk til planlagt tidspunkt. Når kostnadene knyttet til forsinkelser er av en størrelsesorden som medfører at bestiller ikke kan holdes skadesløs ved hjelp av kontraktens forsinkelsessanksjoner, vil det være særlig sentralt for bestiller å ha oppsyn med fremdriften underveis.

Preklusive frister er en effektiv måte å sikre tidlig identifikasjon av fremdriftsproblemer på, og preklusjonssystemet legger opp til at kontraktspartene kommer til løsninger underveis. Dersom konfliktene ble samlet opp til sluttoppgjøret, ville partene måtte rekonstruere hele kontraktsforholdet for å kartlegge kostnadsfordelingen. I mange tilfeller ville ikke en slik rekonstruksjon være praktisk gjennomførbar, og oppgjøret ville være overlatt til tilfeldigheter.

4.3 Prinsipielt utgangspunkt: Hvem har risiko for fremdriften

4.3.1 Innledning

Begge kontraktene innebærer etter sitt system at det avgjørende for tilvirkerens handlingsplan når det oppstår fremdriftsutfordringer, vil være hans vurdering av risikoen for fremdriften. Utgangspunktet er at tilvirker har fremdriftsrisikoen. Dette følger av tilvirkers kontraktsplikt til å levere

⁷⁸ Kaasen (2009) s. 52-54.

⁷⁹ Kaasen (2006) s. 219.

kontraktsmessig gjenstand til avtalt leveringsdato og til å overholde dagmulkbelagte milepæler underveis, jf. NF 07 art. 11.1 (1) og NS 8405 pkt. 11.1 (1). En forskjell mellom kontraktene er at leverandøren har en kontraktsplikt også til å følge fremdriftsplanen jf. art. 11.1 (1), mens fremdriftsplanen i NS 8405 ikke etablerer et bindende produksjonsopplegg i seg selv.⁸⁰

Dersom en fremdriftsutfordring skyldes forhold som bestiller har risiko for, kan fremdriftsrisikoen skyves over på bestiller. De ulike årsakene til fremdriftsutfordringer og deres risikoplassering ble behandlet i kapittel 2. I kapittel 4.3 vil det bygges videre på utgangspunktene som der ble oppstilt. Det forutsettes i det følgende at det foreligger en situasjon hvor årsaken til fremdriftsutfordringen og årsakens risikoplassering er brakt på det rene.

4.3.2 Risikoen ligger hos tilvirker

Hvis tilvirker vurderer situasjonen dit hen at han selv har risikoen for forholdet som har materialisert seg i en fremdriftsutfordring, skal han først varsle bestiller om fremdriftsutfordringen som beskrevet i kapittel 4.2. I tillegg til den generelle varslingsplikten i NF 07 art. 11.1, oppstilles det i NF 07 art. 11.3 en plikt til å gi melding til selskapet innen 14 dager dersom leverandøren mener at arbeidet ikke kan utføres i tråd med fremdriftsplanen. Meldingen skal omhandle

”a) årsaken til forsinkelsen, og

b) antatt virkning for Fremdriftsplanen og andre deler av Arbeidet, og

c) de tiltak som Leverandøren anser egnet for å unngå, innhente eller begrense forsinkelsen.”

Etter ordlyden kan det synes å foreligge et krav om at meldingen må være forholdsvis detaljert. Hvor detaljert leverandørens melding må være, vil

⁸⁰ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 243. Se også kapittel 5.4.1 nedenfor.

bero på en konkret vurdering av det aktuelle forholdet som foranlediger meldingen. Tiden tilvirker har til rådighet og alvorligheten av problemet vil være viktige faktorer i å fastlegge kravet til presisjon. Å gi melding etter art. 11.3 har ingen preklusiv virkning for leverandørens mulighet til senere å gjøre gjeldende at fremdriftsproblemet skyldes forhold selskapet hadde ansvar for.⁸¹ Det kan imidlertid tenkes at fristen for å gjøre slike krav gjeldende i praksis vil løpe ut før 14-dagersfristen i art. 11.3, eller at leverandøren har lite tid til rådighet fra utstedt melding.

I annet ledd oppstilles en plikt for selskapet til å meddele sitt syn på meldingens innhold *”uten ugrunnet opphold”*. Leverandøren vil da ofte få en pekepinn om hvordan selskapet ønsker at han skal opptre. Det oppstilles ingen særlige sanksjoner i art. 11.3 for det tilfelle at selskapet oversitter fristen for tilbakemelding. Prinsipielt er imidlertid fristoversittelsen et kontraktsbrudd, hvoretter leverandøren kan utstede endringsordrekrav i henhold til art. 27.2, jf. 27.1 (1). Hvis selskapet responderer i tråd med art. 11.3, har ikke denne meddelelsen noen rettslig virkning.

Noen tilsvarende varslingsregel fremgår ikke av NS 8405, men entreprenøren må fortsatt varsle etter den generelle varslingsplikten i NS 8405 pkt. 18.2. Andre regler om entreprenørens fremgangsmåte når fremdriftsrisikoen ligger hos ham selv, oppstilles ikke.

Selskapet kan velge å respondere etter NF 07 art. 11.3 ved en instruks til leverandøren om hvilke tiltak som bør treffes. Også byggherren kan instruere entreprenøren om valg av tiltak.⁸² Slike instruksjoner vil være en endring av tilvirkers kontraktsmessige posisjon, fordi tilvirker prinsipielt fratras en valgtrett som han etter kontrakten hadde - i den utstrekning det forligger alternative fremgangsmåter. Dette innebærer at tilvirker kan kreve endringsordre for slike instruksjoner, jf. NF 07 art. 16.1 og NS 8405 pkt. 23.2. Den materielle konsekvensen etter begge kontraktene vil være at fremdriftsutfordringen fortsatt er tilvirkers risiko, men at han skal holdes skadesløs for ulempene ved ikke å få velge tiltak. I den grad

⁸¹ Kaasen (2006) s. 262-263.

⁸² Dette følger for byggherrens vedkommende av NS 8405 pkt. 22.1. (2), hvorav det blant annet fremgår at endringer kan angå endring av arbeidets utførelse.

tilvirkers valg uten innblanding fra bestiller ville ført til et annet resultat, vil ansvaret fordeles etter en differansebetraktning.⁸³ Bestiller kan bli ansvarlig for den del som skyldes at bestillers valgte tiltak ikke fører frem, eller for at valgt tiltak fører frem men må antas å være dyrere enn et tiltak som tilvirker ville ha valgt og som også ville ha ført frem.

Hvis bestiller ikke griper inn med instruks eller endringsordre, er det tilvirker som må velge fremgangsmåte når risikoen ligger hos ham. Utgangspunktet er som nevnt at han har en plikt etter kontrakten til å levere til avtalt tidspunkt, og til å sørge for at kontraktsarbeidet skrider frem i tråd med fremdriftsplanen og dagmulftsanksjonerte milepæler. Dersom tilvirker forserer, vil han derfor ikke ha rett til å få de ekstra kostnadene han i den forbindelse pådrar seg kompensert fra bestiller.⁸⁴ En unnlattelse av å forsere vil være et kontraktsbrudd dersom fremdriftsutfordringen materialiserer seg i en forsinkelse.⁸⁵

4.3.3 Risikoene ligger hos bestiller

Dersom årsaken til fremdriftsutfordringen skyldes forhold på bestillersiden som beskrevet i kapittel 2.3, kan tilvirkeren skyve dilemmaet knyttet til å velge hvorvidt det skal forseres over på bestiller. I disse tilfellene er det opp til bestiller å velge hvilken fremgangsmåte han foretrekker, og det er han som må bære konsekvensene for tid og penger.

For landentreprisenenes vedkommende skyves valget over på byggherren ved at entreprenøren fremmer krav om fristforlengelse. Dette følger av NS 8405 pkt. 24.1, hvoretter entreprenøren kan fremme krav om fristforlengelse dersom fremdriften hindres på grunn av endringer, forsinkelse i byggherrens medvirkning eller leveranser, og *”andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for”*. Etter bestemmelsens ordlyd dekker den alle hindringer som byggherren har risikoen for. Hvorvidt risikoen for en gitt hindring ligger hos byggherren, beror på kontraktens risikoregulering. En oversikt over årsaker til fremdriftsutfordringer som bestiller har risikoen for, herunder endringer, ble gitt

⁸³ Kaasen (2006) s. 248.

⁸⁴ Se kapittel 5.3.

⁸⁵ Se kapittel 5.4.

i kapittel 2.3.

For å gjøre gjeldende krav om fristforlengelse, må entreprenøren varsle byggherren om kravet ”uten ugrunnet opphold”, jf. pkt. 24.4 (1). Fristen er preklusiv, jf. pkt. 24.4 (2). Dersom entreprenøren venter med å fremsette fristforlengelseskravet uten at det foreligger en saklig grunn til å vente, vil kravet dermed falle bort. Kontraktens fremdriftsplan vil da forbli uendret, slik at det oppstår plikt til å forsere uten krav på tilleggsvederlag. I tillegg må entreprenøren spesifisere kravet på fristforlengelse uten ugrunnet opphold etter at ”det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet” jf. pkt. 24.6 (1). Fristen for å spesifisere kravet på fristforlengelse er delvis preklusiv. Av pkt. 24.6 (2) følger det at virkningen av å oversitte denne fristen er at entreprenøren bare har ”krav på slik fristforlengelse som den andre parten måtte forstå at han hadde krav på”. Entreprenøren har dermed to sett preklusive regler å forholde seg til dersom han vil unngå å tape retten til fristforlengelse helt eller delvis.

Dersom foranledningen til fremdriftsproblemet var et forseringspålegg eller en annen materiell endring i form av en irregulær endringsordre, har imidlertid entreprenøren tre sett med preklusive regler å forholde seg til etter NS 8405. Entreprenøren må varsle byggherren ”uten ugrunnet opphold” dersom han mottar en irregulær endringsordre og vil påberope seg at den utgjør en endring, jf. pkt. 23.2 (1).⁸⁶ Også denne varslingsregelen er preklusiv. Av NS 8405 pkt. 24.1 fremgår det at også slike irregulære endringsordrer kan gi krav på fristforlengelse. For å oppnå fristforlengelse, må entreprenøren varsle i henhold til reglene i pkt. 24.4. Dernest må han spesifisere kravet etter pkt. 24.6 dersom han vil unngå å tape deler av fristforlengelseskravet.

Hvis entreprenøren forserer, er grunnlaget for å kreve vederlagsjustering NS 8405 pkt. 25. Dersom forseringen skyldes forsinkelse eller svikt i byggherrens leveranser eller medvirkning, eller andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risiko for, må han varsle uten ugrunnet opphold når han ”blir eller burde ha blitt klar over forholdene” for å unngå preklusjon, jf. pkt. 25.3 (1). Varslingsplikten gjelder

⁸⁶ En irregulær endringsordre defineres i NS 8405 pkt. 23.1 som et pålegg som oppfyller enkelte krav, men som ikke fremsettes som en endringsordre.

ikke dersom entreprenørens grunnlag for å kreve vederlagsjustering er endringer, jf. pkt. 25.3 (1).⁸⁷ Også for å unngå å tape deler av kravet på vederlagsjustering må entreprenøren spesifisere kravet uten ugrunnet opphold etter at det foreligger grunnlag for å beregne dets omfang, jf. pkt. 25.4.

Etter NF 07 kan også valget skyves over på selskapet ved at leverandøren varsler om at fremdriftsutfordringen skyldes forhold som selskapet har risikoen for. Når det gjelder endringer som beskrevet i kapittel 2.3.5, må leverandøren varsle hvis en instruks eller arbeidsbeskrivelse fra selskapet etter hans oppfatning er en endring som har innvirkning på fremdriften. Den preklusive varslingsplikten følger av NF 07 art. 16.1 (2): *”Dersom Leverandøren ikke har fremsatt Endringsordrekrav uten ugrunnet opphold etter at Selskapet har krevd et slikt arbeid utført på den måten som er nevnt i første avsnitt, taper han retten til å gjøre gjeldende at arbeidet er en Endring av Arbeidet.”* Som etter NS 8405, må et eventuelt opphold være grunnet for at kravet ikke skal prekluderes.

Et opphold etter at tilvirker har gitt generelt varsel i henhold til reglene beskrevet i kapittel 4.2, vil sjelden være et grunnet opphold. Dette er en konsekvens av de beskjedne innholdsmessige kravene som stilles til tilvirkers krav. Tilvirker må derfor snu seg raskt rundt etter å ha gitt et generelt varsel, for å unngå preklusjon.

Leverandøren må også utstede endringsordrekrav (Variation Order Request, VOR), jf. art. 16.1 (1), for å beholde sine krav på fristforlengelse eller tilleggsvederlag i de tilfeller hvor virkningen på fremdriftsplanen skyldes andre forhold enn endringer som selskapet har risiko for. Dette følger av spredte kontraktsbestemmelser som behandler de ulike forhold selskapet har risiko for, hvor det henvises til endringsreglene. I tillegg fremgår endringssystemets rolle i denne sammenheng av NF 07 art. 11.2, hvorav det fremgår at leverandøren, for å ha rettigheten i behold, må utstede VOR i henhold til art. 16 dersom han mener at *”Arbeidet ikke kan utføres i samsvar med Vedlegg C på grunn av forhold Selskapet skal holde*

⁸⁷ Dette følger av at det i pkt. 25.3 (1) kun vises til pkt. 25.2 b) og c). Se likevel pkt. 25.3 (2) om særskilt varsel for angitte utgiftsposter, som gjelder uavhengig av grunnlaget for vederlagsjusteringskravet.

ham skadesløs for". Selv om det fremgår av kontraktens system at alle fremdriftsproblemer fanges opp av endringsreglene, er det en pedagogisk fordel at 11.2 minner leverandøren om at fremdriftsproblemer omfattes av endringsreglene. Videre er det en pedagogisk fordel at art. 11.2 henviser til artiklene som regulerer hvilke forhold leverandør skal holdes skadesløs for.⁸⁸ En oversikt over forhold som selskapet har risikoen for, ble gitt i kapittel 2.3.

Det vil føre for langt å behandle alle bestemmelsene om situasjoner hvor leverandøren kan gjøre gjeldende at fremdriftsrisikoen ligger hos selskapet i denne fremstillingen. Felles for bestemmelsene er at det henvises til endringsreglene i art. 12-16. I det følgende vil art. 27, som omhandler kontraktsbrudd fra selskapet, behandles. For de andre artiklenes vedkommende vises det til kapittel 2 om årsaker til fremdriftsutfordringer.

For de tilfellene hvor fremdriftsutfordringen skyldes forhold på selskapets side som beskrevet i kapittel 2.3.1 til 2.3.4, følger det av NF 07 art. 27 at selskapet har fremdriftsrisikoen dersom leverandøren utsteder rettidig VOR. I følge art. 27.1 (1) gjelder dette dersom "*Selskapet er forsinket med levering av ytelser, med å fatte beslutninger eller å utføre andre plikter som Selskapet har i henhold til Kontrakten*". Bestemmelsen inneholder en direkte henvisning endringsreglene i artikkel 12-16, som gjelder tilsvarende. Videre oppstilles det en retningslinje for utmålingen av fristforlengelse eller tilleggsvederlag, nærmere bestemt at justeringen skal "*reflektere konsekvensene for Leverandøren av Selskapets forsinkelse*". Leverandøren har derved krav på fristforlengelse som tilsvarende den ekstra tiden han vil trenge på grunn av selskapets forsinkelse, eller krav på kompensasjon for kostnadene han pådrar seg ved forsering.

Av art. 27.1 (2) fremgår det at leverandøren på samme måte kan flytte fremdriftsrisikoen over på selskapet dersom han påføres forsinkelser eller økte kostnader som skyldes "*mangelfull oppfyllelse av ytelser som påhviler Selskapet etter Kontrakten*". Av art. 27.1 (2) fremgår det videre

⁸⁸ NF 05 viste kun til art. 27.2 og 28.3, og er blitt kritisert for å være ufullstendig av Kaasen (2006) s. 260. NF 07 viser til art. 3.3, 4.3, 5.1, 6.4, 8.2, 18.3, 27.2 og 28.3, og er en pedagogisk forbedring.

at ”Slik justering skal likevel ikke foretas i den utstrekning forsinkelsen skyldes at Leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser i henhold til art. 6.” Av artikkel 6 fremgår det at leverandøren har plikt til å undersøke selskapets leveranser. Leverandøren kan altså ikke kreve fristforlengelse eller tilleggsvederlag så langt fremdriftsutfordringen skyldes feil han burde ha oppdaget i selskapets prosjektering eller leveranser.

Den preklusive varslingsfristen følger av art. 27.2, hvoretter leverandøren, for ikke å tape retten til å påberope seg misligholdet, må fremsette endringsordrekrav ”uten ugrunnet opphold etter at han har oppdaget kontraktsbruddet”. Presiseringen av den preklusive fristen har bakgrunn i at ordlyden i art. 16.1 (2) ikke passer når årsaken til endringsordrekravet ikke er en endring. I henhold til ordlyden starter ikke fristen å løpe før leverandøren har positiv kjennskap til kontraktsbruddet. Prinsipielt kunne det tenkes å stille et aktsomhetskrav til leverandøren, ved å la fristen løpe fra han faktisk fikk kjennskap til misligholdet eller burde ha blitt kjent med det. Artikkel 27.2 gir i seg selv ikke leverandøren noe incentiv til å lete etter mislighold på et tidlig tidspunkt.

I tilfeller hvor misligholdet har betydning for fremdriften, kommer imidlertid artikkel 11 inn. Dersom leverandøren mener at fremdriftsplanen ikke kan overholdes uten akselerasjonstiltak, må leverandøren uansett varsle selskapet etter artikkel 11.1. Etter at et slikt varsel er gitt, vil leverandøren av egen interesse forsøke å kartlegge hvorfor fremdriften er truet. Dersom han finner knagger som kan anvendes for å skyve risikoen over på selskapet, vil han måtte reagere raskt med VOR. Et opphold etter at det aktuelle kontraktsbruddet er oppdaget, vil oftest være vanskelig å begrunne i forhold som kan hindre preklusjon. Leverandøren må derfor være tidlig ute for ikke å miste retten til å påberope seg mislighold fra selskapets side.

Systemet etter både NF 07 og NS 8405 innebærer etter dette at tilvirker kan slippe å velge fremgangsmåte dersom fremdriftsproblemet skyldes et forhold bestiller har risikoen for, ved å varsle bestiller innen utløpet av de preklusive fristene. Dette innebærer at reaksjonen fra bestiller har betydning for hvorvidt tilvirker skal forsere eller ikke. Det kan også forekomme at bestillers reaksjon skyver valget tilbake på tilvirker. I det følgende skal

det redegjøres for tre reaksjoner tilvirker kan bli møtt med fra bestiller.⁸⁹

For det første kan bestiller respondere ved å kreve forsering eller unnlatt forsering ved en endringsordre, jf. NF 07 art. 16.2 og NS 8405 pkt. 23.3.⁹⁰ Dersom bestiller krever forsering ved endringsordre, har tilvirker en forseringsplikt, jf. NF 07 art. 15.1 og NS 8405 pkt. 22.3 (3), men for bestillers regning. Dersom bestiller angir hvilke forseringstiltak som skal treffes, har bestiller risikoen for at de valgte tiltakene har den tilsiktede effekt. I den grad bestiller ikke legger føringer for hvordan forsering skal skje, har tilvirker selv frihet til å velge fremgangsmåte. For det tilfellet at det valgte tiltaket ikke har tilsiktet effekt, vil det bero på en differansebetraktning hvorvidt tilvirker må bære konsekvensene av feilvalget. Dersom tilvirkers tiltak ikke er valgt på en forsvarlig måte, er tilvirker ansvarlig for den del av forsinkelsen som ville vært unngått dersom forsvarlige tiltak var iverksatt.⁹¹

Den andre reaksjonen tilvirker kan få fra bestiller, er et avslag på kravet om fristforlengelse. På dette punktet foreligger det en forskjell mellom kontraktens system. I NF 07 legges det fortsatt opp til en fullstendig regulering gjennom endringsreglene. Dersom selskapet er uenig i at leverandøren har rett til justering av fremdriftsplanen, vil responsen fra selskapet være å utstede en omtvistet endringsordre (Disputed Variation Order, DVO), jf. art. 16.2. For situasjonene som nå drøftes, nemlig når det i leverandørens øyne er på det rene at kravet på fristforlengelse er berettiget, vil denne DVOen på sikt bli en ren endringsordre (Variation Order, VO). Det sentrale er imidlertid at leverandøren ved DVO får en plikt til å starte forseringen jf. art. 16.2 (2), og utfordringen knyttet til å velge er derved eliminert.

En forskjell mellom kontraktene ligger i at entreprenøren ikke har forseringsplikt ved avslag på fristforlengelseskrav.⁹² Dersom byggherren

⁸⁹ En grundigere gjennomgang av de alternative hendelsesforløp etter utspillet fra tilvirker vil foretas i kapittel 6.2.

⁹⁰ Adgangen til å pålegge forsering vil behandles i kapittel 6.1.4.

⁹¹ Kaasen (2006) s. 236-237.

⁹² Entreprenøren har også plikt til å utføre irregulære endringsordrer jf. NS 8405 pkt. 23.1 (1). Dersom byggherren avslår et krav om endring, må derfor entreprenøren likevel utføre arbeidet jf. pkt. 26.1.

avslår kravet på fristforlengelse, gis entreprenøren en mulighet til å ”anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre” innenfor visse beløpsgrenser, jf. NS 8405 pkt. 24.8 (1). Dette gjelder imidlertid etter pkt. 24.8 (1) bare dersom kravet om fristforlengelse er berettiget, noe det foreløpig forutsettes at er tilfellet. Det vil si at entreprenøren igjen må velge mellom å forsere eller å la fremdriften glippe. Valget er imidlertid risikofritt, i den forstand at tilvirker verken risikerer misligholdssanksjoner ved å unnlate å forsere eller å måtte bære kostnadene knyttet til forsering.

Det oppstilles to vilkår for at entreprenøren skal kunne forsere uten å bære villfarelsesrisiko. For det første må byggherren varsles om dette i forkant, ”med angivelse av hva forseringen antas å ville koste” jf. NS 8405 pkt. 24.8 (2). For det andre må vederlaget for forseringen på betalings-tidspunktet ikke ”antas å ville overstige” dagmulkten som ville påløpt hvis avslaget var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %, jf. pkt. 24.8 (1). Hvordan entreprenøren bør reagere på byggherrens avslag, avhenger derfor av flere omstendigheter.

Et første spørsmål er hva som følger av vilkåret om at vederlaget ikke må antas å overstige dagmulkten som ville påløpt hvis avslaget var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %. Da det i de fleste situasjoner vil være stor usikkerhet knyttet til denne beregningen, må vilkåret være at entreprenøren har foretatt en forsvarlig beregning hvoretter forseringsutgiftene må antas ikke å ville overstige grensen.⁹³

Neste spørsmål er hvilke forseringsutgifter entreprenøren har krav på å få dekket dersom han anser avslaget som et pålegg om å forsere. Det fremgår ikke av bestemmelsen hva konsekvensen skal være dersom entreprenørens anslag viser seg å være feil, eller hvordan vederlaget for forseringen skal beregnes. Siden avslaget kan anses som ”et pålegg om forsering gitt ved endringsordre”, må imidlertid utgangspunktet være at entreprenøren kan kreve dekket sine faktiske kostnader ved forseringen - som ved endringsordre, jf. NS 8405 pkt. 25.1. At entreprenøren i etterkant påvises å ha feilberegnet, har dermed ingen betydning for adgangen til å anse avslaget som et forseringspålegg eller for kostnadsdekningen.⁹⁴

⁹³ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 409.

⁹⁴ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 409

Et tredje spørsmål er hvordan entreprenøren bør reagere dersom hans beregninger viser at forseringskostnadene ”må antas å overstige” grensen. I juridisk teori er det lagt til grunn at han kan forsere uten å miste ethvert krav på vederlag, men at han ikke vil få dekket kostnadene som overstiger grensen.⁹⁵ For tilfellene som foreløpig behandles, hvor entreprenøren er sikker på sin pretensjon om fristforlengelse, bør han selvfølgelig unnlate å forsere i dette tilfellet.⁹⁶ Som det fremgår av det ovenstående, står entreprenøren friere enn leverandøren dersom bestiller er uenig i tilvirkers risikovurdering. Mens det for leverandøren oppstår en plikt til å iverksette akselerasjonstiltak dersom selskapet avslår kravet på fristforlengelse ved en DVO, har entreprenøren ved avslag valget mellom å forsere eller å la være, innenfor de rammer som nettopp ble skissert.

En tredje alternativ situasjon tilvirker kan møte, er at bestiller ikke responderer på tilvirkers krav. I NS 8405 pkt. 24.7 oppstilles en svarplikt for byggherren som innebærer at han taper sine innsigelser dersom han ikke svarer uten ugrunnet opphold. Av NF 07 art. 16.2 fremgår det at også selskapet har plikt til å respondere på leverandørens VOR innen rimelig tid. Det foreligger på dette punkt to forskjeller mellom NF 07 og NS 8405.

Fristene for bestillers svarfrist er for det første ulike. Byggherren må respondere ”uten ugrunnet opphold”. Ordlyden svarer til fristen for tilvirker etter begge kontraktene. Fristen vil dermed ha samme prinsipielle innhold som fristen for tilvirkers varslingsplikt. Hvilke forhold som kan medføre at et opphold er grunnet, vil imidlertid kunne stille seg noe annerledes for byggherren. Selskapet skal på sin side respondere ”innen rimelig tid”, jf. NF 07 art. 16.2. Vurderingstemaet for å fastlegge selskapets svarfrist er derved et noe annet enn for å fastlegge fristene for byggherre, entreprenør og leverandør. Vurderingen av om selskapet utsteder VO eller DVO innen rimelig tid er, etter ordlyden å dømme, bredere og mer fleksibel. Hvorvidt tidsbruken er rimelig, kan blant annet bero på om selskapet hadde grunn til å vente. De samme momentene vil derfor kunne ha betydning både for byggherrens svarfrist etter NS 8405 og selskapets frist etter NF 07. Det er eksempelvis større grunn til å bruke tid på å ta

⁹⁵ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 410, NS 8405 kommentarutgave (2004) s. 317.

⁹⁶ Vurderingen kompliseres hvis risikovurderingen er usikker, se kapittel 6.2.3.

stilling til en tvilsom eller omfattende VOR enn en mindre omfangsrik eller kompleks VOR.⁹⁷

For det andre er fristen for selskapet etter NF 07 ikke er kombinert med preklusjon, mens byggherrens frist etter NS 8405 er preklusiv. I praksis vil NF 07 på dette punkt åpne for en mellomsituasjon hvor selskapet oversitter fristen, uten at det fører med seg konsekvenser eller innebærer en avklaring av hva leverandøren skal foreta seg. Denne situasjonen vil behandles nærmere i kapittel 6.2.7. Det skal likevel, allerede nå, nevnes at jo tryggere en leverandør er på at selskapet har risikoen for fremdriften, jo større grunn kan han ha til å unnlate å forsere i tidsrommet mellom VOR på den ene siden og VO eller DVO på den andre. Leverandøren kan stå i en kommersielt sterk forhandlingsposisjon ved å unnlate å forsere. Dette skyldes viktigheten av fremdrift i prosjekter hvor NF 07 anvendes. Unnlatt respons vil dermed, etter begge kontraktene, innebære at tilvirker trygt kan velge å la fremdriftsplanen glippe dersom fremdriftsrisikoen ligger hos bestiller.⁹⁸

4.3.4 Risiko ligger verken på tilvirker- eller bestillersiden

Dersom fremdriften trues av force majeure, som verken tilvirker eller bestiller har risiko for, reguleres situasjonen av NF 07 art. 28.1 og NS 8405 pkt. 24.3. For både leverandør og entreprenør er situasjonen ved force majeure at det oppstår et krav på fristforlengelse. Allerede definisjonene av force majeure, som berørt overfor i kapittel 2.4, innebærer at det ofte ikke vil foreligge aktuelle forseringstiltak mens hindringen foreligger. Tilvirker har heller ingen plikt til å holde fremdriften, mens bestiller ikke har plikt til å betale for utgiftene tilvirker påføres i forbindelse med det inntrufne forholdet. Kravet på fristforlengelse ved force majeure prekluderes dersom det ikke fremmes uten ugrunnet opphold, jf. henholdsvis NF 07 art. 28.3 og NS 8405 pkt. 24.4.⁹⁹ Dersom tilvirkers

⁹⁷ Se kapittel 6.2.8.

⁹⁸ Hvilke øvrige alternativer han har, og deres konsekvenser, vil behandles i kapittel 6.2.

⁹⁹ For fabrikkasjonskontrakten reguleres også disse situasjonene av endringsreglene i art. 12-16, jf. art. 28.3 (3).

krav prekluderes, innebærer det at forsinkelsen som oppstår på grunn av force majeure gir bestiller krav på misligholdssanksjoner.¹⁰⁰

4.3.5 Oppsummering og fortsettelse

På grunnlag av drøftelsene i kapittel 4.3 kan det legges til grunn at valget mellom å forsere eller å unnlate forsering for tilvirker vil være forholdsvis ukomplisert der de faktiske forhold så vel som risikospørsmålet er avklart. Hvis risikoen ligger hos tilvirker, vil leverandør eller entreprenør normalt forsere for å unngå å misligholde kontrakten, med forbehold for rent økonomiske betraktninger knyttet til forsering som det vil redegjøres for i kapittel 5.3. Ligger risikoen hos bestiller, vil selskap eller byggherre som et utgangspunkt, på bakgrunn av varsel fra tilvirker, vurdere om det gunstigste er å pålegge tilvirkeren å forsere eller om det skal gis fristforlengelse. Dersom bestiller unnlater å gi tilbakemelding, har tilvirker i disse tilfellene ingen forseringsplikt. Etter NS 8405 har entreprenøren heller ikke forseringsplikt hvis byggherren avslår fristforlengelseskravet. Hvis selskapet er uenig med leverandøren og utsteder DVO, må leverandøren forsere.

For de fleste fremdriftsproblemer er det imidlertid, som nevnt i kapittel 2.1, vanskelig å bringe årsaken til at fremdriften trues i dagen. Dette medfører at tilvirkerens vurdering kompliseres. I kapittel 5 og 6 vil de praktisk viktige situasjonene hvor virkeligheten er mer sammensatt, behandles.

¹⁰⁰ Bestillers forsinkelsessanksjoner behandles i kapittel 5.4.

5 Utfordringen: Avgjørelsen må tas før risikoen er kjent

5.1 Kompliserende faktorer

I kapittel 5.1 vil enkelte faktorer som kompliserer situasjonen for tilvirker i forhold til presentasjonen i kapittel 4, presenteres. I kapittel 5.2 til 5.4 vil det redegjøres for konsekvenser av å velge feil. I kapittel 6 vil det redegjøres for holdepunkter i kontraktene for å foreta et begrunnet valg av handlingsalternativ.

Som nevnt i kapittel 2.1, er det ofte usikkerhet knyttet til fremdriftsutfordringers årsaker og risikoplassering. Avgjørelser knyttet til håndtering av fremdriftsutfordringer må tas raskt, oftest før det foreligger noen endelig avklaring av disse spørsmålene. Tilvirker står derfor på egne bein i vurderingen av hvorvidt han skal forsere, og det er flere elementer som kan bidra til at vurderingen er komplisert – selv for tilvirker som står nærmest til å foreta den.¹⁰¹

5.1.1 Årsaken til fremdriftsutfordringen er ukjent

I mange tilfeller vil en fremdriftsutfordring skyldes flere av årsakene skissert i kapittel 2. Enkelte ganger vil fremdriftsutfordringen ha flere årsaker, andre ganger vil ikke tilvirker klare å sette fingeren på en eneste årsak. Det er i slike tilfeller åpenbart at de prinsipielle vurderingene ovenfor ikke vil være til særlig hjelp for tilvirker. Som en følge av at årsakene er uklare, vil også risikoplasseringen være forbundet med tvil. Både NS 8405 og NF 07 innebærer at tilvirker, som står nærmest til å vurdere hvilke årsaker som medfører fremdriftsproblemet, likevel må foreta en foreløpig vurdering av situasjonen. Tilvirker har i utgangspunktet ansvaret for hvilken forståelse av fakta han baserer sin foreløpige vurdering og håndtering av fremdriftsproblemet på, og risikoen for å bomme med vurderingene av de faktiske forholdene ligger på tilvirker.

¹⁰¹ Se til det følgende Pettersson (2010) s. 348.

5.1.2 Kontraktens risikoplassering er ukjent

Enkelte ganger kan det være åpenbart for tilvirker hvilken årsak som har medført fremdriftsutfordringen. Andre ganger kan tilvirker være sikker på at et bestemt forhold i hvert fall har forårsaket deler av fremdriftsproblemet. Eksempelvis kan entreprenøren ha slått fast at grunnforholdene har medført at kontraktsarbeidet tar lenger tid enn planlagt, men han kan samtidig ikke utelukke at forsinkelsen også delvis skyldes at utstyret burde vært bedre.

Selv om tilvirker er nokså sikker på at årsaken til problemet skyldes et visst forhold, kan det være tvil knyttet til hvem som hadde risiko for den aktuelle årsaken etter kontrakten. Et eksempel fra rettspraksis som gjaldt kostnadsspørsmålet, ikke tidsspørsmålet, kan illustrere at risikospørsmålet i seg selv kan by på vanskeligheter. I Høyesteretts dom inntatt i Rt.1999 s. 922 var et av spørsmålene hvem som hadde risikoen for at det var mer problematisk enn forutsett å sveise høyfast stål i forbindelse med oppføring av en bro. Det var åpenbart at ekstra utgifter oppstod på grunn av at sveisingen ble uventet komplisert. Det tvilsomme spørsmålet gjaldt hvem som hadde risikoen for denne konkrete årsaken.

Hvis det viser seg at tilvirker har tolket kontrakten feil med hensyn til risikoplassering, er utgangspunktet at dette går ut over ham selv. At en kontraktspart selv har risikoen for å tolke kontrakten feil, gjelder generelt i kontraktsretten. Høyesterett har i flere tilfeller lagt dette til grunn. Av Rt. 2006 s. 372 fremgår det for eksempel uttrykkelig at en kontraktspart er ansvarlig ”for villfarelse vedrørende egen forpliktelse i kontraktsforhold uten hensyn til skyld”. Slik prinsippet er kommet til uttrykk, synes det å få stor slagvidde med hensyn til fremdriftsutfordringer i kontraktsforhold som reguleres av NS 8405 eller NF 07. Grunnen er at beslutninger med hensyn til fremdrift må fattes raskt og på usikkert grunnlag, slik at det er relativt lett å ta feil.¹⁰²

5.1.3 Dokumentasjon er vanskelig å fremskaffe

Selv om tilvirker er klar over årsaken til en fremdriftsutfordring, og selv

¹⁰² Kaasen, Dynamisk kontraktsrett (2005) s. 257.

om han er sikker på at bestiller har risikoen for denne, kan det være problemer knyttet til å dokumentere årsakssammenhengen overfor bestiller. Det er dermed ikke sikkert at tilvirker vil få skjøvet risikoen over på bestiller, selv om han mener å ha grunnlag for det. Mange av årsakene til fremdriftsproblemer som behandlet i kapittel 2 er vanskelige å beregne og bevise. Sandvik (1966) legger til grunn at det kan være vanskelig å beregne kostnadene ”idet en stor del av forseringskostnadene vil kunne tilbakeføres til at økt innsats av materiell og personell ikke fører til en tilsvarende økt produksjon”.¹⁰³ Ofte vil tilvirker i sin planlegging ha lagt opp til den mest lønnsomme ressursinnsatsen i forhold til produktivitet, og en eventuell forseringsinnsats vil da i de fleste tilfeller bety at økningen i ressursinnsats ikke medfører en tilsvarende økning i produktivitet. Dersom fremdriftsproblemet skyldes en sammensetning av ulike årsaker, kan det videre være vanskelig å dokumentere hvor stor del av behovet for ekstra ressursinnsats som skyldes de ulike forholdene.

5.2 Konsekvenser av å velge feil

For tilfeller hvor tilvirker, på bakgrunn av omstendighetene som det er redegjort for i kapittel 5.1, ikke har sikre holdepunkter for å velge hvorvidt det skal forseres, vil det være relevant å ta stilling til hvilken risiko han løper ved å velge feil. Hvis fallhøyden er stor, bør tolkningen av egen kontraktsposisjon være beheftet med mindre usikkerhet for at en gitt handlingsmåte skal velges. Risikoen knyttet til å velge feil handlingsmåte, vil i det følgende benevnes villfarelsesrisikoen¹⁰⁴. I kapittel 5.3 vil det redegjøres for hvilke konsekvenser tilvirker kan måtte regne med dersom han forserer uten at det foreligger plikt til det, og i kapittel 5.4 hvilke konsekvenser som kan påregnes dersom tilvirker unnlater å forsere hvorpå forsering viser seg å ha vært en kontraktsplikt.¹⁰⁵

¹⁰³ Sandvik (1966) s. 345. Se også Pettersson (2010) s. 356-357.

¹⁰⁴ Begrepet anvendes også av blant andre Barbo (1997), eksempelvis på s. 191.

¹⁰⁵ Risikoplassering og hvilke konsekvenser den skal ha avgjøres, som nevnt i kapittel 4.1, ved avtale eller tvist for de ordinære domstoler, voldgift eller oppmann/ekspert.

5.3 Konsekvens av å velge feil: Forsering uten krav på kostnadsdekning

Et alternativ er å forsere, selv om tilvirker ikke med sikkerhet kan fastslå at det foreligger en plikt til forsering i henhold til kontrakten. Dersom det i etterkant viser seg at risikoen for fremdriften lå på bestiller, vil tilvirker være i den situasjonen at han har akselerert arbeidene uten at han hadde en kontraktsplikt til å sette i verk forseringstiltakene. Begge kontraktene er lagt opp slik at de etter sitt system innebærer at det er bestiller som i slike situasjoner skal ha adgang til å foreta valget mellom tid og penger.¹⁰⁶ En forsering hvor fremdriftsutfordringen var bestillers risiko vil derfor være en tilsidesettelse av bestillers valgrett. Tilvirker har da forsert uten at dette følger av den opprinnelige kontrakten, og uten at bestiller har beordret endring. Konsekvensen er at tilvirker ikke har krav på å få de ekstra kostnadene knyttet til forseringen dekket av bestiller. Forseringstiltaket har skjedd ”på eget initiativ”.¹⁰⁷

Ulempene ved å foreta et slikt feilvalg kan være større enn det ved første øyekast kan se ut til. Selv om forseringen er knyttet til å utføre opprinnelig kontraktsarbeid og ikke representerer noe ekstra som tilvirker skal yte, vil det som regel innebære økte kostnader for tilvirker å forsere. Grunnen til dette er at kostnadene knyttet til forsering ofte representerer en uforholdsmessig kostnadsøkning sett i forhold til produktivitet, fordi tilvirker har planlagt å foreta kontraktsarbeidet i det kostnadsmessige mest gunstige tempo.

Eksempelvis kan en forseringskostnad oppstå i tilknytning til at tilvirkeren, i henhold til den opprinnelige fremdriftsplanen, har belaget seg på å leie inn en viss mengde arbeidskraft. Et forseringstiltak kan være å øke prosentandelen innleid arbeidskraft, noe som medfører økte utgifter. Et annet forseringstiltak er å legge opp til at arbeidsstokken jobber lengre skift, noe som kan innebære krav på overtidsvederlag, slik at gjennomsnittlig timepris på egen arbeidskraft øker. En annen utgift kan oppstå

¹⁰⁶ Dette kommer også til uttrykk formelt i NF 07, ved at VO alltid er leverandørens grunnlag for å få tilleggsvederlag eller fristforlengelse.

¹⁰⁷ Mulige modifikasjoner i dette utgangspunktet vil behandles i kapittel 6.2.7 og 6.2.8.

dersom forsering skjer ved at rotasjonen endres. Arbeidskraften må for eksempel hentes fra andre lokasjoner, slik at det må regnes inn reisetid. Forseringskostnader kan også være knyttet til at arbeid må utføres ut av sekvens, noe som vil si at rekkefølgen på arbeidsoperasjoner endres. Slike sekvensendringer kan være både kostnads- og tidkrevende. Kompleksitetsfaktoren, eller produktiviteten, kan også bidra til at arbeidsoperasjoner tar lenger tid. Disse betraktningene gjør seg gjeldende både hva gjelder NS 8405 og NF 07.

Et moment i vurderingen av konsekvensene ved forsering, kan være muligheten til å oppnå bonuser. Dette følger ikke direkte av kontraktene, men synes å være utbredt i praksis og skal derfor forklares nærmere. Det er ofte av stor betydning for bestiller ikke bare at kontraktsarbeidet er ferdigstilt i tråd med avtalt levering, men at tilvirker også utfører kontraktsarbeidet i tråd med fastlagte milepæler underveis. Milepælene i kontrakten kan ha betydning fordi de ofte representerer grensesnitt mot andre tilvirkningskontrakter på samme prosjekt. I tillegg representerer de en sikkerhet for bestiller i den forstand at for hver milepæl som passerer hvor progresjonen er i tråd med fremdriftsplanen, reduseres risikoen for at endelig ferdigstillelse forsinkes.

Disse fordelene ved at milepæler underveis holdes, er bakgrunnen for at kontraktens sanksjonssystem undertiden suppleres med et incentivsystem hvoretter tilvirker kan opparbeide seg bonuser underveis. Dersom en milepæl nås i tråd med fremdriftsplanen, oppnår tilvirker en bonus. Dette innebærer at forsering undertiden kan lønne seg selv om tilvirker er usikker på hvorvidt det foreligger en forseringsplikt, fordi ulempen ved eventuelt å bære forseringskostnadene oppveies av fordelene ved å motta bonusen og å unngå misligholdsvirkninger. Tanken bak systemet er å gi tilvirker et incentiv til å overkomme potensielle hindringer underveis. En ulempe med et slikt system kan være at tilvirkeren vil regne med å oppnå bonusene underveis dersom han får presentert bonusordningen tidlig. Bonusene legges inn i budsjettet, og bonusutbetalingen ved overholdelse av en milepæl vil dermed ikke oppfattes som en belønning. Det kan tenkes at det tvert imot vil oppfattes som en straff dersom fremdriften – og bonusen – glipper. Den positive incentiveeffekten

vil være bedre sikret dersom bonusen presenteres like før fristen, slik at tilvirker ikke har foranledning til å legge den inn i budsjettet.

I enkelte tilfeller kan det tenkes at bestiller ikke ville ha ønsket å betale for forsering selv om alternativet ville vært at tilvirker hadde krav på fristforlengelse. I andre tilfeller ville bestiller, dersom tilvirker hadde ventet med å iverksette forseringstiltakene, uansett ha gitt instruks om forsering. Tilvirker ville da ha vært bedre stilt dersom han hadde ventet med å sette i verk ønskelige tiltak inntil slik instruks fra bestiller forelå.

Dersom tilvirker får det for travelt med å akselerere arbeidet, slik at driften ikke er forsvarlig, kan en konsekvens av forseringen være at kontraktsgjenstanden skades.¹⁰⁸ Dette har tilvirker risiko for. Dersom skaden skyldes at forseringen var uforsvarlig, kan det tenkes at bestiller vil kunne kreve full erstatning for sitt tap på grunn av en eventuell forsinkelse. Risikoen for at bestiller kan nå frem med et erstatningskrav ved forsinkelse vil analyseres nærmere i kapittel 5.4.4. Hovedtemaet for drøftelsen vil være erstatning på grunn av unnlatt forsering, men det vil knyttes noen særskilte bemerkninger også hva gjelder erstatning ved forsinkelse som skyldes skade.

5.4 Konsekvens av å velge feil: Unnlattelse av å forsere selv om det forelå forseringsplikt

5.4.1 Innledning. Om forsinkelse

Det andre alternativet for tilvirker er å unnlate å forsere. Presumptivt vil tilvirker da pretendere at fremdriftsrisikoen er på bestillers side, og at bestiller eventuelt må komme på banen for at forsering skal skje. Dersom tilvirker velger å unnlate forsering, vil han fortsette arbeidet i tråd med den opprinnelige planen, uten å sette inn ekstra ressurser eller omrokere for å hente inn tid. Dersom det i etterkant viser seg at han selv hadde fremdriftsrisikoen, vil oversittelsen av dagmulktbelagte frister eller av leveringsfristen være et mislighold av kontrakten i form av for-

¹⁰⁸ Se kapittel 2.7.

sinkelse.¹⁰⁹ Spørsmålet i kapittel 5.4 er hvilke forsinkelsessanksjoner og andre reaksjoner tilvirker da risikerer å bli møtt med. Først skal det redegjøres nærmere for hva som omfattes av kontraktens forsinkelsesbegrep.

I følge NF 07 art. 24.1 foreligger forsinkelse både ved overskridelse av avtalt leveringstidspunkt og når ”*det Arbeid Fremdriftsplanen forutsetter ikke er kontraktsmessig utført på tidspunktet for en dagmulftsanksjonert milepæl*”.¹¹⁰ I tillegg henvises det til art. 11, som stadfester at leverandøren har plikt til å holde fremdriftsplanen. Etter NF 07 vil derfor ethvert avvik fra fremdriftsplanen være forsinkelse, men konsekvensene vil variere.

I NS 8405 er ikke forsinkelse uttrykkelig definert. Av pkt. 34 fremgår det imidlertid hvilke frister det knytter seg misligholdssanksjoner til, og forsinkelsesbegrepet kan utledes av sammenhengen. Av pkt. 34.1 (1) fremgår det at sluttfristen for kontraktarbeidene er dagmulktbelagt. Det vil dermed foreligge forsinkelse ved oversittelse av denne. Andre frister er bare dagmulktbelagte i den grad det er uttrykkelig angitt, jf. pkt. 34.1 (2). Det kan imidlertid kreves erstatning også ved overskridelse av frister som ikke er dagmulktbelagte, jf. pkt. 34.1 (3). Etter NS 8405 vil derfor enhver overskridelse av en kontraktsfestet frist være forsinkelse, men også her vil konsekvensene av forsinkelse variere.

Forsinkelse hos tilvirker er et mislighold som foranlediger en rett for bestiller til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Aktuelle sanksjoner kan være dagmulkt, heving eller erstatning. Forsinkelsesbeføyelsene selskapet kan gjøre gjeldende mot leverandøren, er uttømmende angitt i NF 07 art. 24.4. Beføyelsene gjelder kun for forsinkelser i forhold til leveringsfristen eller dagmulftsanksjonerte milepæler. Annen forsinkelse i forhold til fremdriftsplanen gir ikke selskapet rett til å fremsette krav i henhold til art. 24, og art. 24.4 medfører dermed at selskapet ikke har tilgjengelige sanksjoner ved slik forsinkelse.¹¹¹

¹⁰⁹ Se imidlertid kapittel 6.2.7 og 6.2.8 om de formalistiske reglens innvirkning på dette punkt.

¹¹⁰ Forsinkelsessanksjonen dagmulkt vil behandles i kapittel 5.4.2.

¹¹¹ Kaasen (2006) s. 629.

NS 8405 inneholder ingen tilsvarende oppsamlingsbestemmelse med sikte på uttømmende å angi forsinkelsessanksjoner. De mulige sanksjonene ved forsinkelse skal gjennomgås i kapittel 5.4.2 til 5.4.4. Bestiller har også enkelte virkemidler til rådighet som ikke defineres som misligholdssanksjoner, men som kan foranlediges av forsinkelse og oppfattes som ulemper fra tilvirkers synsvinkel. I kapittel 5.4.5 skal det gis en oversikt over konsekvenser av forsinkelse som ikke rubriseres som forsinkelsessanksjoner.

5.4.2 Dagmulkt

Den mest praktiske forsinkelsessanksjonen tilvirker risikerer å bli møtt med er dagmulkt, jf. NS 8405 pkt. 34.1 og NF 07 art. 24.2.¹¹² Dagmulkten er en standardisert erstatning som bestiller kan kreve ved overskridelse av det kontraktene angir som dagmulktbelagte frister. Et viktig hensyn bak dagmulktssanksjonen er å unngå kompliserte bevis- og utmålings-spørsmål.¹¹³ Begge kontraktene forutsetter at dette er den primære sanksjonen ved forsinkelse. I følge begge kontraktene er sluttfristen dagmulktbelagt, noe som fremgår uttrykkelig av NS 8405 pkt. 34.1 (1) og følger av systemet i NF 07.¹¹⁴ Milepæler underveis er dagmulktbelagte i den grad det følger av avtalen.¹¹⁵ Den samlede dagmulkten for all forsinkelse under kontrakten er oppad begrenset til 10 % av kontraktsprisen, jf. NF 07 art. 24.2 (3) og NS 8405 pkt. 34.3 (3).

I langvarige fabrikkasjonskontraktsforhold, undertiden også i landentrepriser, kan det foreligge mange dagmulktbelagte milepæler underveis i prosjektet. Grunnen til dette er at progresjon i tråd med fremdriftsplanen er av vesentlig betydning for bestiller. Ofte belegges en frist med dagmulkt når fristen representerer grensesnitt mot andre kontrakter, slik at forsinkelse hos én tilvirker vil bety at en annen tilvirker ikke får utført sitt

¹¹² Om dagmulkt, se Kaasen (2006) s. 614-622, *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 553-568 og *NS 8405 Kommentartutgave* (2004) s. 418-425.

¹¹³ Kaasen (2006) s. 615, *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 555.

¹¹⁴ Selv om begge parter er innforstått med at sluttfristen er dagmulktbelagt, kunne dette med fordel ha fremgått eksplisitt av kontrakten.

¹¹⁵ NS 8405 pkt. 34.1 (2) og NF 07 art. 24.2 (1).

kontraktsarbeid i henhold til planen. Både etter NS 8405 og NF 07 svarer bestiller overfor hver enkelt tilvirker for forsinkelser hos andre tilvirkere som han står i kontraktsforhold med.¹¹⁶ Ringvirkninger på grunn av forsinkelse hos en tilvirker vil derfor være en stor ulempe for bestiller. Dersom tilvirkere må vente på hverandre, koster det oftest både tid og penger.

På grunn av kostnadene dagmulkten og eventuelle tapte bonuser medfører, vil tilvirkeren vanligvis velge å forsere dersom han vurderer risikospørsmålet slik at risikoen ligger hos ham selv. Det er likevel ikke helt opplagt at tilvirker i ethvert tilfelle vil velge å forsere for å overholde dagmulktselagte frister. Dette kan eksempelvis skyldes størrelsen av kostnadene som pådras i tilknytning til forsering.¹¹⁷ Dagmulkten innebærer videre en ansvarsbegrensning i de tilfeller hvor bestillers økonomiske tap på grunn av forsinkelsen, overstiger dagmulktkravet.¹¹⁸

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt tilvirker bør forsere for å overholde dagmulktselagte milepæler underveis, er det grunn til å nevne en mekanisme i NF 07 som ikke har noen parallell i NS 8405: Regelen i NF 07 art. 24.2 (1) medfører at selskapet mister retten til dagmulktselagte frister, dersom leverandør, til tross for den tidligere forsinkelsen, leverer produktet til avtalt sluttfrist. Dette gjelder likevel ikke *”for så vidt selskapet godtgjør å ha lidt tap på grunn av slik tidligere forsinkelse”*. Det tapet selskapet kan påvise å ha lidt, må leverandøren erstatte innenfor de ytre rammene som angir dagmulktselagtes maksimale omfang.¹¹⁹ Dersom leverandøren vet at det er lagt inn marginer ved grensesnitt, kan dette være et moment ved forseringsvurderingen.¹²⁰

NF 07 art. 24.2 (1), siste setning viser at de dagmulktselagte fristene underveis først og fremst skal bidra til å gi selskapet sikkerhet i forhold til at produktet leveres til avtalt sluttfrist. Dersom det vil være kost-

¹¹⁶ Se kapittel 2.3.

¹¹⁷ Se kapittel 5.3.

¹¹⁸ *NS 8405 Kommentartutgave* (2004) s. 419.

¹¹⁹ Regelen reduserer dagmulktselagtes funksjon som retts teknisk forenkende.

¹²⁰ Regelen fungerer som en ”bonus” for leverandøren ved rettidig levering. Se kapittel 5.3 om bonuser.

nadskrevende å forsere for å overholde en dagmulktbelagt frist, kan leverandøren ta i betraktning at selskapet ikke nødvendigvis har dagmulktkravet i behold ved levering. I den grad den aktuelle dagmulktbelagte milepælen representerer et grensesnitt mot en annen kontrakt, vil det imidlertid være nærliggende at selskapet lider tap ved en eventuell forsinkelse, og leverandøren vil da måtte dekke dette tapet.

En situasjon skiller seg ut for tilvirker når det gjelder dagmulkt: Det kan tenkes at tilvirker, når det oppstår en fremdriftsutfordring, fra før har vært forsinket i kontraktsarbeidet slik at dagmulktkravet allerede har nådd maksimalgrensen på 10 % av kontraktsprisen. Som et utgangspunkt risikerer ikke tilvirker på dette tidspunkt ytterligere dagmulktkrav fra bestiller med mindre kontraktsprisen endres, uansett hva tilvirker foretar seg.¹²¹ I slike tilfeller er det økonomisk ulønnsomt for tilvirker å bruke ressurser på å forsere. Rent økonomisk kan det i stedet lønne seg å legge fra seg arbeidet i kontrakten hvor maksimalkravet er nådd, for eksempel for heller å sette inn alle ressurser på en annen kontrakt tilvirker jobber med.

Slike betraktninger kan gjøre seg gjeldende, om enn ikke med samme styrke, selv om maksimalgrensen ikke er nådd. En tilvirker som har flere prosjekter på gang for flere bestillere, kan velge å sette inn mannskap på det ene, for heller å bære dagmulktkostnaden i et annet prosjekt. Kanskje er tilvirker usikker på hvor fremdriftsrisikoen i prosjekt A ligger, mens han er mer sikker på at han har fremdriftsrisikoen i prosjekt B. Eller tilvirker kan i kontrakt A ha mulighet til å overholde en frist hvis overholdelse er belønnet med en bonus, ved heller å pådra seg et dagmulktkrav i kontrakt B. Tilvirker bør imidlertid trå forsiktig for ikke å havne i en situasjon hvor han kan holdes erstatningsansvarlig, se kapittel 5.4.4.

5.4.3 Heving

Heving er en annen mulig sanksjon som tilvirker risikerer at bestiller gjør gjeldende ved forsinkelse, jf. NF 07 art. 26.1 og NS 8405 pkt. 39.1. Heving er imidlertid en upraktisk sanksjon i de fleste tilvirkningsavta-

¹²¹ Se imidlertid kapittel 5.4.4.

leforhold som reguleres av NS 8405 eller NF 07. Bestiller ønsker en ferdig kontraktsgjenstand, og det vil sjelden lønne seg, verken i forhold til tid eller kostnader, å heve kontrakten med en tilvirker for så å engasjere en annen for å ”fyll hullene” eller ferdigstille arbeidet.

Heving kan etter begge kontraktene skje dersom forsinkelsen utgjør vesentlig mislighold, jf. NF 07 art. 26.1 c) og NS 8405 pkt. 39.1 (1), antesipert vesentlig mislighold i henhold til NS 8405 pkt. 39.1 (1) og antesipert forsinkelse med mer enn 15 % av kontraktperioden (eller 120 dager) jf. NF 07 art. 26.1 b), samt ved insolvens. Av NF 07 følger det i tillegg uttrykkelig at selskapet kan heve dersom det har rett til maksimal dagmulkt, jf. art. 26.1 a). Hevingsadgangen behandles ikke videre av hensyn til avhandlingens omfang.

5.4.4 Erstatning

5.4.4.1 Problemstillingen og aktuelle rettslige grunnlag for erstatning

Utgangspunktet etter både NS 8405 og NF 07 er at bestiller ikke har rett til alminnelig erstatning ved forsinkelse. Dette må ses i sammenheng med at bestillers prinsipale forsinkelsesbeføyelse er dagmulkt, en standardisert erstatning som nettopp skal komme i stedet for alminnelig erstatning.¹²² NS 8405 åpner imidlertid uttrykkelig for at erstatning likevel kan kreves i stedet for dagmulkt på visse vilkår. Av NS 8405 pkt. 34.1 (3) fremgår følgende:

”Byggherren kan ikke kreve erstatning i stedet for dagmulkt ved overskridelse av dagmulktbelagte frister, med mindre det foreligger forsett eller grov uaktsomhet. Han kan ikke kreve erstatning for overskridelse av frister som ikke er dagmulktbelagte, med mindre det foreligger brudd på samordningsplikten jf. punkt 35.”

NS 8405 pkt. 34.1 (3) innebærer dermed at byggherren kan velge å kreve erstatning i stedet for dagmulkt ved overtredelse av dagmulktbelagte

¹²² Se kapittel 5.4.2.

frister, dersom det foreligger forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren. Kontrakten inneholder imidlertid ingen definisjoner av forsett eller grov uaktsomhet. Det er heller ikke fastsatt ytterligere regler om vilkårene for, eller utmålingen av, en eventuell erstatning. Et erstatningskrav basert på forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren må dermed bygges på alminnelige kontraktsrettslige erstatningsprinsipper.

Byggherren kan videre kreve erstatning for overskridelse av frister som ikke er dagmulktbelagte, forutsatt at det foreligger brudd på samordningsplikten.¹²³ Dette følger av pkt. 34.1 (3), siste setning. For overskridelse av frister som ikke er dagmulktbelagte, vil denne erstatningen være byggherrens eneste mulighet til å få kompensasjon for et eventuelt økonomisk tap som er oppstått på grunn av forsinkelsen. Adgangen til å kreve erstatning for brudd på samordningsplikten reguleres av NS 8405 pkt. 35, som vil behandles kort i kapittel 5.4.4.7. En oversikt over hvordan bakgrunnsretten kan supplere kontrakten når det gjelder erstatningskrav fra byggherren på grunn av forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren, vil gis i kapittel 5.4.4.4, 5.4.4.5 og 5.4.4.9.

NF 07 art. 24.4 angir uttømmende hvilke forsinkelsesbeføyelser selskapet har etter kontrakten. Av bestemmelsen fremgår blant annet følgende: *”Det som er fastlagt i art. 11, art. 24 og i art. 26 er Selskapets eneste beføyelser mot Leverandørens forsinkelse.”* Artikkelen 11 gir selskapet hjemmel for å kreve bestemte forseringstiltak iverksatt, eventuelt i form av endring. Artikkelen 24 hjemler dagmulktkrav, og artikkelen 26 heving. Alle andre forsinkelsesbeføyelser er selskapet, etter kontrakten, uttrykkelig avskåret fra å kunne gjøre gjeldende. Etter NF 07 er det på denne måten avtalt en ansvarsbegrensning som innebærer at selskapet under ingen omstendighet kan kreve alminnelig erstatning for sine økonomiske tap ved forsinkelse. Selv om dagmulkten i prinsippet kan tenkes å overskride selskapets økonomiske tap, vil situasjonen oftere være at dagmulkten innebærer en avgrensning av ansvaret.¹²⁴ Dersom selskapet skal kunne kreve kompensert den delen av tapet som overskrider dagmulkten, må

¹²³ I kapittel 6.1.3 vil det vurderes hvorvidt samordningsplikten kan innebære en plikt til å forsere.

¹²⁴ Dette skyldes at selskapets tap, særlig ved utsatt produksjon, kan være enorme.

dette skje ved en tilsidesettelse av kontrakten.¹²⁵

Utgangspunktet er at partene har kontraktsfrihet, og at ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.4 derfor skal respekteres.¹²⁶ Det kan imidlertid oppfattes som støtende og rokke ved kontraktsforholdets grunnleggende balanse dersom enhver ansvarsbegrensning skal respekteres under alle omstendigheter, uavhengig av en parts opptreden.¹²⁷ Avtalte ansvarsbegrensninger kan av den grunn settes til side i enkelte situasjoner.¹²⁸ I prinsippet foreligger det tre aktuelle grunnlag for tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4: Avtaleloven § 36, NL 5-1-2 og det ulovfestede lojalitetsprinsippet.¹²⁹

Flere spørsmål må analyseres for å kartlegge i hvilken utstrekning, og i hvilke situasjoner, leverandøren risikerer å bli erstatningsansvarlig overfor selskapet ved unnlatt forsering etter NF 07.¹³⁰ Først vil det, i kapittel 5.4.4.2, gjøres rede for de ulike alternative rettslige grunnlagene som kan anvendes for å sette til side ansvarsbegrensningen i NF 07. I kapittel 5.4.4.3 vil dernest det rettslige grunnlaget for selskapets eventuelle erstatningskrav behandles.

Enkelte spørsmål kan behandles i fellesskap for erstatningskrav fra henholdsvis byggherre og selskap. For det første gjelder dette spørsmålet om hvilke personer internt i tilvirkers organisasjon som skal identifiseres med tilvirker når det gjelder spørsmål knyttet til tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger og erstatning. Dette vil behandles kort i kapittel 5.4.4.5. Dernest vil det foretas en felles oppstilling av praktisk tenkelige situasjoner hvor unnlatt forsering kan medføre erstatning for tilvirker,

¹²⁵ NF 07 gir anvisning på en annen løsning ved mangler. Av NF 07 art. 25.3 (3) følger det at erstatning kan kreves som følge av mangler. Dette har sin forklaring i at dagmulkten fungerer som en standardisert erstatning for forsinkelser, og at denne er ment å være uttømmende. Noe tilsvarende standardisert erstatningssystem eksisterer ikke ved mangler.

¹²⁶ Prinsippet om kontraktsfrihet slås fast i NL 5-1-2.

¹²⁷ Kaasen (2006) s. 597.

¹²⁸ Hagstrøm (2003) s. 624-649 og Hagstrøm (1996).

¹²⁹ De samme rettsgrunnlagene er også aktuelle for eventuell tilsidesettelse av de øvrige ansvarsbegrensningene i NF 07.

¹³⁰ Risikoen for å bli erstatningsansvarlig ved forsinkelse der forsering ikke er aktuelt, vil behandles i kapittel 5.4.4.8.

samtidig som situasjonene knyttes opp mot normen for tilsidesettelse og vilkårene for erstatning i kapittel 5.4.4.6. Det vil gis eksempler på andre situasjoner hvor erstatning kan være en aktuell forsinkelsessanksjon i kapittel 5.4.4.8. Utmålingen av en eventuell erstatning behandles i kapitlene 5.4.4.9 og 5.4.4.10, før det gis en oppsummering av spørsmålene knyttet til erstatning i kapittel 5.4.4.11.

5.4.4.2 Tilsidesettelse av ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.4

I det følgende vil det redegjøres for de ovennevnte rettslige grunnlagene som selskapet kan påberope seg for å sette til side ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.4. Det vil videre redegjøres for forholdet mellom de ulike rettslige grunnlagene. Redegjørelsene vil ikke gå lenger enn det som er hensiktsmessig for å danne et utgangspunkt for den videre vurderingen av i hvilken utstrekning erstatning er en sanksjon som leverandøren bør ta høyde for i sin vurdering av hvorvidt han skal forsere i en gitt situasjon.

Avtaleloven § 36 vil, som den nyeste lovbestemmelsen som hjemler tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4, presenteres først. Ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.4 kan, i henhold til avtaleloven § 36 (1), settes helt eller delvis til side *”for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningskikk å gjøre den gjeldende”*. Bestemmelsen gir derved anvisning på en utpreget skjønnsmessig helhetsvurdering.¹³¹ I avtaleloven § 36 (2) stilles det opp enkelte momenter som vil kunne være relevante i vurderingen av om en kontrakt skal settes til side etter bestemmelsen. Det skal tas hensyn til *”avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse”*, samt til *”senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”*. Oppstillingen er etter ordlyden ikke uttømmende, og det oppstilles ingen grenser for hva som kan være relevant å ta i betraktning.

Det foreligger ingen høyesterettspraksis hvor ansvarsbegrensninger

¹³¹ Det nærmere innholdet i vurderingen når leverandøren har unnlatt å forsere, vil behandles i kapittel 5.4.4.6.

uttrykkelig er tilsidesatt etter avtaleloven § 36.¹³² Forarbeidene sier lite om bestemmelsens anvendelse som grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, men slik tilsidesettelse synes å være innenfor det sentrale nedslagsfeltet for avtaleloven § 36.¹³³ Av forarbeidene til den svenske avtaleloven § 36 fremgår det at grensen for adgangen til ansvarsfraskrivelse må trekkes etter en totalvurdering.¹³⁴ Hagstrøm (2003) legger, på grunnlag av de svenske forarbeidene, til grunn at adgangen til tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelse *”ikke kan trekkes etter linjen i den eldre lære om forsett/grov uaktsomhet, men må bero på en totalvurdering av kontraktsforholdets egenart og arten av kontraktsbruddet”*.¹³⁵ Relevante momenter i forbindelse med eventuell tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 etter avtaleloven § 36 kan blant annet være hvem innad i leverandørens organisasjon som har forvoldt selskapets tap, hvor sterkt leverandøren kan bebreides for forholdet, og hvilken innsikt den ansvarlige hadde i konsekvensene av handlingen.¹³⁶ Videre må det legges vekt på hvordan selskapet har forholdt seg til situasjonen, særlig dersom endringsreglene er brakt i spill. Det er uaktuelt å sette til side NF 07 art. 24.4 dersom ikke selskapet ved VO eller DVO har pålagt leverandøren å treffe tiltak mot forsinkelse.¹³⁷

Høyesterett har hittil aldri anvendt avtaleloven § 36 for å sette til side eller lempe en avtale i kommersielle kontraktsforhold.¹³⁸ I Rt. 1988 s. 295 legger Høyesterett til grunn at det skal mer til for å sette til side kontrakter i *”forretningsmessig forhold hvor det kan være særlig grunn til å la hver*

¹³² Det finnes noen få underrettsdommer, eksempelvis LE-1991-247.

¹³³ NOU 1979: 32 s. 52.

¹³⁴ SOU 1974: 83 s. 178. De svenske lovforarbeidene bør tillegges vekt ved fortolkningen av den norske avtaleloven § 36, ettersom bestemmelsene er et utslag av lovsamarbeid og ettersom de nordiske land har forholdsvis like rettstradisjoner. Om deres rettskildemessige posisjon, se Hagstrøm (2003) s. 640.

¹³⁵ Hagstrøm (2003) s. 641.

¹³⁶ Kaasen (2006) s. 758.

¹³⁷ Kaasen (2006) s. 600.

¹³⁸ I Rt. 2007 s. 862 reduserte imidlertid Høyesterett dagmulktkravet i en forbrukeren-treprise til fordel for entreprenøren. Grunnlaget for lempingen var bustadoppføringslova § 23, og førstvoterende uttalte at det neppe ville hatt noen reell betydning om avtaleloven § 36 var anvendt i stedet.

part bære risikoen for sine forutsetninger” (s. 301). Også i Rt. 1999 s. 922 gir Høyesterett uttrykk for at avtaleloven § 36 har liten plass i ”*kontraktsforhold som det vi her står overfor*” (s. 932). Saken gjaldt en entreprise mellom to profesjonelle parter. Sitatet kan forstås slik at Høyesteretts flertall mener at avtaleloven § 36 har liten plass i entrepriseforhold eller i kommersielle kontraktsforhold.¹³⁹ To senere dommer, Rt. 2000 s. 806 og Rt. 2003 s. 1132, trekker i retning av at Høyesterett mente å tilkjenne avtaleloven § 36 liten plass i kommersielle kontraktsforhold. I Rt. 2003 s. 1132 legger en enstemmig Høyesterett følgende til grunn: ”*Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter*”(pkt. 46). Terskelen for tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 etter avtaleloven § 36 må, allerede på bakgrunn av Høyesteretts praksis i kommersielle avtaleforhold, ligge svært høyt.

På grunn av enkelte særtrekk ved fabrikasjonskontraktene som redegjort for av Kaasen (2006), heves terskelen ytterligere.¹⁴⁰ For det første er fabrikasjonskontraktene ”agreed documents” som har vært gjenstand for grundige forhandlinger.¹⁴¹ NF 07 er derved langt unna kjerneanvendelsesområdet for avtaleloven § 36, fordi kontrakten er gjennomarbeidet og styrkeforholdet mellom partene forholdsvis jevnt.¹⁴² Videre vil selskapet som regel være den sterkere part i den grad det foreligger noen skjevhet mellom partene. Dersom ansvarsbegrensningen i art. 24.4 settes til side, vil det gå ut over leverandøren. Isolert sett er dette et moment som medfører at det sjelden vil være urimelig å gjøre begrensningen gjeldende.

Ansvarsfraskrivelsene er videre gjensidige. Dette må særlig vektlegges for bestemmelsene om skadesløsholdelse ved skade på kontraktsgjstanden, andre eiendeler og mannskap jf. NF 07 art. 29 og 30, samt for ansvarsbegrensningen mot indirekte tap i art. 32.1. For art. 24.4 finnes

¹³⁹ Bruserud (2009) s. 93.

¹⁴⁰ Se til det følgende Kaasen (2006) s. 758-759.

¹⁴¹ Se kapittel 1.2 ovenfor og Bernitz (2008) s. 96-97.

¹⁴² Av avtaleloven § 36 (2) følger det uttrykkelig at styrkeforholdet mellom partene er et moment i vurderingen, jf. ordlyden ”*partenes stilling*”.

det ingen parallell ansvarsbegrensning hva gjelder selskapet. Dette skyldes imidlertid ikke noen skjevhet i kontrakten. Selskapets mislighold vil ta en annen form fordi ytelsene under kontrakten er av vidt forskjellig karakter. Samtidig gjelder NF 07 også i leverandørens kontrakter med underleverandører, og grensen i art. 24.4 er i den forstand gjensidig.¹⁴³

Et tredje forhold som kan begrunne en høyere terskel for tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene i NF 07 er kontraktens forsikringsordning. Tap som skyldes forsinkelse dekkes imidlertid i praksis sjelden av forsikring, men momentet står sentralt i vurderingen av om ansvarsbegrensningene ved skader kan settes til side.

Det fjerde forholdet som er fremhevet av Kaasen (2006) er at reguleringen fremstår som

”en nødvendig del av en gjennomarbeidet helhet som synes kommersielt fornuftig: En ubegrenset ansvars eksponering gir ikke kommersiell mening i kontraktsforhold av denne størrelse og type, kanalisering til forsikringsdekning synes å være en rasjonell ordning, og det er et gode å redusere behovet for eksempelvis årsaksvurderinger og individuell tapsutmåling.”¹⁴⁴

For ansvarsbegrensningen knyttet til dagmulkt er dette et sentralt moment. En ubegrenset ansvars eksponering ved unnlatt forsering vil kunne være ruinerende for leverandør. I den forbindelse kan det nevnes at et hensyn som gjennomgående synes å veie tungt i begrunnelsen for at Høyesterett ikke har anvendt avtaleloven § 36 i kommersielle kontraktsforhold, er hensynet til forutsigbarhet.¹⁴⁵ At forutsigbarhet er et viktig hensyn ved eventuell lemping av kommersielle avtaler, fremgår også av forarbeidene til avtaleloven § 36.¹⁴⁶ For leverandøren foreligger et klart behov for forutsigbarhet knyttet til eksponering under NF 07.¹⁴⁷

¹⁴³ Kaasen (2006) s. 751.

¹⁴⁴ Kaasen (2006) s. 759.

¹⁴⁵ Se for eksempel Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2003 s. 1132.

¹⁴⁶ Se for eksempel NOU 1979: 82 s. 48.

¹⁴⁷ Kaasen (2006) s. 600.

Det kan ikke utelukkes at NF 07 art. 24.4 i visse situasjoner kan settes til side etter avtaleloven § 36. På bakgrunn av Høyesterettspraksis og momentene Kaasen (2006) har lagt vekt på, og da særlig momentet knyttet til at reguleringen er en kommersielt fornuftig del av en gjennomarbeidet helhet, ligger imidlertid terskelen for tilsidesettelse svært høyt. Ettersom en eksponering ut over dagmulkt kan være ruinerende for leverandøren, er det vanskelig å se for seg at art. 24.4 skal kunne tilsidesettes i medhold av avtaleloven § 36 foruten i helt spesielle situasjoner.¹⁴⁸

Den andre lovbestemmelsen som kan være aktuell som grunnlag for tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4, er NL 5-1-2. Etter bestemmelsen kan avtaler settes til side dersom de strider mot lov eller ærbarhet. NL 5-1-2 var tidligere den sentrale hjemmelen for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger. Av rettspraksis avsagt før vedtakelsen av avtaleloven § 36 følger det at ansvarsbegrensninger skulle settes til side som stridende mot ærbarhet jf. NL 5-1-2 dersom en part forsettlig hadde forvoldt skade i kontraktsforhold.¹⁴⁹ Enkelte formuleringer i Rt. 1926 s. 712 trekker i retning av at ansvarsbegrensninger heller ikke ville stå seg ved grovt uaktsom skadeforvoldelse. I en del juridisk teori fra tiden før vedtakelsen av avtaleloven § 36 er det dermed lagt til grunn at NL 5-1-2 hjemlet tilsidesettelse av kontraktsfestede ansvarsfraskrivelser ved forsettlig eller grovt uaktsomt forhold fra den ansvarlige selv.¹⁵⁰

Forholdet mellom avtaleloven § 36 og NL 5-1-2 når det gjelder tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser er ikke uttrykkelig avklart, verken i rettspraksis eller i avtalelovens forarbeider. I Rt. 1994 s. 626, som er den eneste avgjørelsen hvor spørsmålet har vært aktuelt, tok Høyesterett utgangspunkt i spørsmålet om det ”*strider mot preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtalelovens § 36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende*” (s. 630). Dommen innebærer ingen avklaring av forholdet mellom reglene, men det forelå i saken ikke grunnlag for tilsidesettelse verken etter ”*alminnelige retts-*

¹⁴⁸ Se kapittel 5.4.4.6.

¹⁴⁹ Rt. 1948 s. 370 har her stått sentralt.

¹⁵⁰ For en gjennomgang av rettspraksis og juridisk teori, se Hagstrøm (1996) s. 424-430 og 448-476.

grunnsetninger eller avtaleloven § 36” (s. 631).

I forarbeidene til avtaleloven § 36 er det lagt til grunn at ansvarsfraskrivelser ligger innenfor bestemmelsens sentrale virkningsfelt.¹⁵¹ Om bakgrunnen for å beholde NL 5-1-2, fremgår det at *”det utgangspunkt som bestemmelsen angir – både om kontraktsfrihetens prinsipp og om prinsippets begrensninger – fortsatt bør være lovfestet. Bestemmelsen bør derfor ikke endres.”*¹⁵² Forholdet mellom bestemmelsene er sparsommelig behandlet. Som nevnt, kan det imidlertid utledes av forarbeidene at avtaleloven § 36 er sentral ved eventuell tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser. NL 5-1-2 gjelder likevel fortsatt, og forholdet mellom bestemmelsene når det gjelder tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser er noe uklart.

Ut fra bestemmelsenes ordlyd synes det vanskelig å begrunne at en ansvarsbegrensning skal settes til side etter NL 5-1-2 selv om den ikke anses for å ha et urimelig resultat i det enkelte tilfelle i henhold til avtaleloven § 36. Etter ordlyden synes terskelen å ligge høyere for tilsidesettelse etter NL 5-1-2, hvor kriteriet er at det må *”stride mot ærbarhet”* å gjøre begrensningen gjeldende enn etter avtaleloven § 36, hvoretter det må være *”urimelig”*. Avtaleloven § 36 har imidlertid aldri blitt anvendt for å lempe avtaler i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, og terskelen for slik lemping synes å ligge høyt. Videre foreligger det ingen rettspraksis som avklarer kriteriene for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger etter avtaleloven § 36, mens vurderingstemaet etter NL 5-1-2 er forholdsviss fast.

Av Rt. 1994 s. 626 kan det utledes enkelte momenter som vil tale mot tilsidesettelse uansett hvilken lovbestemmelse som anvendes: Høyesterett fremhevet at det forelå en fremforhandlet standardkontrakt hvis ansvarsreguleringer bygget på en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende. Videre uttrykte Høyesterett følgende: *”Ikke minst gjør hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger seg gjeldende med styrke”* (s. 630). Disse momentene synes å ha vært avgjørende for Høyesterett, slik at ansvarsbegrensningen ikke kunne settes til side verken

¹⁵¹ NOU 1979: 32 s. 52.

¹⁵² NOU 1979: 32 s. 55.

etter avtaleloven § 36 eller alminnelige rettsgrunnsetninger.

I juridisk teori har forholdet mellom bestemmelsene vært gjenstand for diskusjon. Hagstrøm (2003) legger til grunn at sensur av ansvarsfraskrivelser skal skje etter avtaleloven § 36, ”*supplert med den absolutte grense som følger av NL 5-1-2.*”¹⁵³ Videre legger Hagstrøm (2003) til grunn at eldre rettspraksis fortsatt vil ha betydning, fordi avtaleloven § 36 ikke var ment å innebære noe brudd med rettstradisjonen.¹⁵⁴ Hvorvidt eldre rettspraksis hevdes å ha direkte betydning for anvendelsen av avtaleloven § 36, eller om dens betydning kommer av at NL 5-1-2 står som en absolutt grense for vurderingen, er noe uklart. Hagstrøm synes å legge til grunn at NL 5-1-2 vil ha samme anvendelsesområde som før, og at den kan hjemle tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger som står seg etter avtaleloven § 36. For det tilfellet at en ansvarsbegrensning kan settes til side på begge grunnlag, synes avtaleloven § 36 å være hovedgrunnlaget. Dette kan utledes av sitatet ovenfor, hvorav det følger at avtaleloven § 36 suppleres av NL 5-1-2.

Woxholth (2009) formulerer forholdet mellom avtaleloven § 36 og andre ugyldighetsregler, herunder NL 5-1-2, slik at reglene overlapper hverandre.¹⁵⁵ I forbindelse med tilblivelsesmangler legger han videre til grunn at hvorvidt sensur av avtaler skjer på grunnlag av avtaleloven § 36 eller andre bestemmelser kan være noe tilfeldig. Et argument som etter en slik tilnærming vil kunne trekke i retning av at domstolene vil bygge på NL 5-1-2, er at vurderingstemaet er klarlagt i tidligere rettspraksis og at det dermed er et fastere skjønnsstema.

Barbo (1997) legger til grunn at avtaleloven § 36 bør være grunnlaget for problemstillingen, men at NL 5-1-2 oppstiller ”*et absolutt forbud mot ansvarsfraskrivelser for grov egenskyld – idet dette er ”en av de faste regler*

¹⁵³ Hagstrøm (2003) s. 625-626. Denne absolutte grensen vil, i henhold til rettspraksis og juridisk teori vedrørende NL 5-1-2, innebære at ansvarsbegrensningene i NF 07 skal settes til side i situasjoner hvor det foreligger forsett eller grov uaktsomhet hos leverandøren.

¹⁵⁴ Hagstrøm (2003) s. 626.

¹⁵⁵ Woxholth (2009) s. 345. Han forutsetter at ærbarhetsstandarden etter NL 5-1-2 konsumeres av avtaleloven § 36, men behandler ikke ansvarsbegrensninger særskilt (s. 332-333).

som kan utledes av lovstedet”. *Utgangspunktet synes således å måtte bli at kontraktsbaserte ansvarsfraskrivelser ikke er gyldige i forhold til forsettlig eller grovt uaktsomt mislighold fra den ansvarlige selv, og at gyldigheten utenfor dette området må bero på en konkret rimelighetsvurdering med forankring i avtaleloven § 36.*¹⁵⁶ Det synes forutsatt at avtaleloven § 36 etter denne betraktningmåten vil kunne medføre tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger som ikke er forsettlige eller grovt uaktsomme.

Kaasen (2006) gir uttrykk for et noe annet syn når det gjelder tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i fabrikkkontrakter. Han skriver at det er mest nærliggende å bruke avtaleloven § 36 som grunnlag for sensuren av slike klausuler, og uttrykker følgende:

*”NL 5-1-2 er imidlertid ikke opphevet, og det ligger nok et sensurelement i ærbarhetsstandarden som ikke i alle situasjoner vil være dekket av kriteriene i avt. § 36. Men med den generelle form og rekkevidde avtl. § 36 har fått, sammenholdt med at bestemmelsen tross alt gir mer detaljerte holddepunkter for sensuren, er det vanskelig å tilsidesette ansvarsfraskrivelser etter NL 5-1-2 hvis de går klar av § 36. Dette synspunktet tilsier også en viss varsomhet med å ta rettspraksis fra før vedtagelsen av avtl. § 36 (1983) som direkte uttrykk for rettstilstanden etter vedtagelsen.”*¹⁵⁷

Etter denne tilnærmingen vil avtaleloven § 36 dekke det meste av anvendelsesområdet til NL 5-1-2. Det åpnes for at ansvarsbegrensninger i enkelte tilfeller vil kunne stå seg etter avtaleloven § 36, men tilfredsstillende vilkårene for tilsidesettelse etter NL 5-1-2. I disse tilfellene vil det imidlertid være vanskelig å sette ansvarsfraskrivelsene til side, på grunn av avtalelovens utforming og rekkevidde. Dette synet innebærer at rettstilstanden er endret ved vedtakelsen av avtaleloven § 36 - for eventuelle ansvarsbegrensninger som omfattes av NL 5-1-2 og styrer klar av avtaleloven § 36. Rettspraksis avsagt før vedtakelsen av avtaleloven § 36 vil dermed være av mindre betydning.

Oppsummeringsvis synes det å være enighet i juridisk teori om at avtaleloven § 36 vil stå sentralt for vurderingen av om ansvarsbegrensninger i NF 07 kan settes til side. Det foreligger en viss uenighet om

¹⁵⁶ Barbo (1997) s. 441.

¹⁵⁷ Kaasen (2006) s. 598.

hvilken betydning NL 5-1-2 vil ha i spørsmål om tilsidesettelse. Ordlyden trekker i retning av at NL 5-1-2 vanskelig kan begrunne tilsidesettelse av en ansvarsbegrensning som ikke er urimelig, og i Rt. 1994 s. 626 la Høyesterett avgjørende vekt på hensynet til forutsigbarhet, som er et sentralt hensyn etter avtaleloven § 36. En fordel de lege ferenda med å gi NL 5-1-2 mindre plass i vurderingen, er at en tolkning av begrepene ”forsett” og ”grov uaktsomhet” i forhold til fabrikkasjonskontrakten kan bli av mindre betydning. Begrepene er hentet fra strafferetten, og det er ikke uproblematisk å anvende dem i kontraktsrettslig sammenheng.¹⁵⁸ I det følgende vil tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 drøftes på grunnlag av avtaleloven § 36, ettersom NL 5-1-2 legges til grunn å ha liten plass som grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger etter at avtaleloven § 36 ble vedtatt.

Et tredje mulig rettslig grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelse er det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Det ulovfestede lojalitetsprinsippet er generelt i liten grad gitt oppmerksomhet i juridisk teori om ansvarsbegrensninger, men prinsippet og dets posisjon som grunnlag for avtalerevisjon behandles i en doktoravhandling av 2007.¹⁵⁹ Avtaleloven § 36 kan imidlertid sees som et lovfestet uttrykk for dette prinsippet ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, og bestemmelsen gir plass for en lojalitetsvurdering. Det kan derfor settes spørsmålsteget ved om lojalitetsprinsippet skal stå selvstendig som hjemmel for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, eller om vurderingene med grunnlag i lojalitetsbetraktninger skal inkorporeres i avtaleloven § 36.

Nazarian (2007) legger til grunn at lojalitetsprinsippet kan få anvendelse i tillegg til avtaleloven § 36 i ”*situasjoner hvor den illojale adferden har ledet til et urimelig resultat*”.¹⁶⁰ Selvstendig betydning legger hun til grunn at lojalitetsprinsippet vil kunne få fordi avtaleloven § 36 er resultatorientert, mens lojalitetsplikten retter seg mot atferden i seg selv.¹⁶¹

¹⁵⁸ Se kapittel 5.4.4.4.

¹⁵⁹ Nazarian (2007).

¹⁶⁰ Nazarian (2007) s. 67. Se også s. 74, hvor det konkluderes med at Høyesteretts praksis tilsier at lojalitetsprinsippet kan anvendes i tillegg til avtaleloven § 36.

¹⁶¹ Nazarian (2007) s. 72.

Hun legger imidlertid til grunn at en vurdering av lojalitetsplikten og en vurdering etter avtaleloven § 36 i de langt fleste tilfeller vil lede til samme resultat,¹⁶² og at det ikke kan bli tale om noen kontraktsrevisjon på bakgrunn av lojalitetsprinsippet simpelthen ved at det konstateres brudd på prinsippet.¹⁶³ Kravet om at lojalitetssvikten skal ha konsekvenser for kontraktsparten for å tillegges rettslige virkninger, medfører at tilfellene som eventuelt kunne tenkes tilsidesatt på grunnlag av lojalitetsplikten, uansett vil kunne settes tilside i medhold av avtaleloven § 36. Lojalitetsprinsippet vil derfor ikke behandles som et eget grunnlag for tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 videre, men det vil trekkes inn lojalitetsbetraktninger i vurderingen etter avtaleloven § 36.

5.4.4.3 Grunnlag for eventuell erstatning ved tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4

Dersom det er etablert at NF 07 art. 24.4 kan settes til side, er spørsmålet hvilket grunnlag selskapet kan basere et erstatningskrav på. Ettersom kontrakten selvsagt ikke inneholder noen regulering på dette punkt, må NF 07 suppleres av bakgrunnsretten. Som det fremgår av kapittel 1.3, gjelder kjoepsloven antakelig som bakgrunnsrett for de fleste kontraktsforhold hvor NF 07 anvendes. Hvorvidt en fabrikkasjon omfattes av kjoepsloven eller ikke, beror på hvorvidt selskapet skal skaffe en vesentlig del av materialet, jf. dens § 2 (1).

Av kjoepsloven § 27 (1) følger det at kjoeper kan kreve erstatning for det direkte tap han lider som følge av forsinkelse fra selgers side, dersom forsinkelsen ikke skyldes hindring utenfor selgerens kontroll som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av.¹⁶⁴ Utmålingen av erstatningen vil behandles i kapittel 5.4.4.10. Her skal det imidlertid vises til kjoepsloven § 27 (5), hvoretter kjoeperen uansett kan ”*kreve erstatning dersom forsin-*

¹⁶² Nazarian (2007) s. 67.

¹⁶³ Nazarian (2007) s. 75-76.

¹⁶⁴ Avgrensningen til direkte tap følger av kjoepsloven § 27 (4). Vilkaarene for erstatning etter kontrollansvaret tilsvare vilkaarene for å konstatere force majeure, men de skal ikke uten videre fortolkes på samme måte, jf. kapittel 2.4.

kelsen eller tapet skyldes feil eller forsømmelse på selgerens side". Terskelen for å sette tilside NF 07 art. 24.4 innebærer at erstatning ikke vil være aktuelt med mindre leverandøren har opptrådt på en måte som tilfredsstillende vilkårene etter kjøpsloven § 27 (5). Selskapet vil derfor uansett kunne påberope seg kjøpsloven som grunnlag for erstatning både for direkte og indirekte tap.¹⁶⁵

Ettersom fabrikasjonsforhold unntaksvis kan falle utenfor kjøpslovens anvendelsesområde, skal erstatningsgrunnlaget etter bakgrunnsretten behandles kort. Hagstrøm (2003) legger til grunn at kontrollansvaret vil være den alminnelige erstatningsregel for generisk bestemte forpliktelser og for en del speciesforpliktelser.¹⁶⁶ Som eksempel på speciesforpliktelser hvor ansvaret fortsatt vil være betinget av skyld, vises det imidlertid til rettspraksis knyttet til byggmesteransvar. Antakelig vil ansvarsgrunnlaget i fabrikasjonsforhold være det alminnelige skyldansvaret. Grensdragningen har imidlertid ikke praktisk betydning for erstatning ved forsinkelse etter NF 07, ettersom leverandøren forutsetningsvis alltid vil ha opptrådt culpøst dersom NF 07 art. 24.4 først er satt til side. Det kan konstateres at dersom det først foreligger grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsgrensene, vil det foreligge ansvarsgrunnlag for leverandøren.

5.4.4.4 Erstatning etter NS 8405 pkt. 34.1: Begrepene forsett og grov uaktsomhet

For at byggherren skal kunne kreve erstatning for forsinkelse, må entreprenøren ha utvist forsett eller grov uaktsomhet, jf. NS 8405 pkt. 34.1 (3). Spørsmålet er hva som skal til for å konstatere forsett eller grov uaktsomhet ved unnlatt forsering etter NS 8405. Begrepene er ikke definert i standarden. Det foreligger lite rettspraksis i tilknytning til NS 8405 som avklarer begrepene rekkevidde i denne sammenheng. Av juridisk teori kan det heller ikke utledes noen enhetlig og klar oppfatning om begrepene innhold under NS 8405. I det følgende er formålet å forsøke å kartlegge vurderingstemaet etter begrepene, slik at det kan

¹⁶⁵ Se kapittel 5.4.4.2.

¹⁶⁶ Hagstrøm (2003) s. 504.

foretas en analyse av i hvilke situasjoner entreprenøren risikerer at unnlatt forsering møtes med erstatningskrav.

Begrepene har sin opprinnelse i strafferetten, men anvendes også i stor utstrekning innenfor andre rettsområder. Selv om begrepenes innhold kan variere med rettsområde, kan det være grunn til å ha hovedtrekkene av deres strafferettslige betydning i bakhodet når begrepene skal fortolkes i kontraktsrettslig sammenheng.¹⁶⁷ For det første er begrepene, i strafferettslig sammenheng, knyttet til overtredelse av en objektiv norm.¹⁶⁸ I strafferetten følger de objektive normene av gjerningsbeskrivelsene i straffebud, noe som vanskelig kan overføres til kontraktsretten. For det andre må gjerningspersonen ha handlet med en bestemt grad av innsikt, eller han burde ha hatt slik innsikt.¹⁶⁹ Forsett foreligger dersom gjerningsmannen har påregnet det straffbare forhold som en sikker eller overveiende sannsynlig konsekvens av den aktuelle handlingen. Grov uaktsomhet kan være bevisst eller ubevisst, slik at gjerningsmannen anså det mindre sannsynlig at handlingen ville medføre det straffbare forhold, eller ikke hadde det i tankene overhodet. Ettersom NS 8405 ikke inneholder gjerningsbeskrivelser, vil vurderingstemaet for om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet nødvendigvis bli mindre stringent enn i strafferetten.

I kontraktsrettslig litteratur har det vært diskutert hvorvidt ”*forsettlig kontraktsbrudd forutsetter at forsettet omfatter følgene*”.¹⁷⁰ For unnlatt forsering vil begrepet få et vidt nedslagsfelt dersom det er tilstrekkelig å konstatere at entreprenøren forsettlig har unnlatt å forsere. Entreprenøren vil alltid opptre forsettlig når han velger å unnlate forsering. Det gir ikke mening å snakke om at entreprenørens unnlattelse av å sette på ekstra skift eller omrokere arbeidsoperasjoner etter varsling ikke har skjedd forsettlig, fordi det mangler ethvert element av tilfeldighet. Dersom den ovennevnte fortolkningen legges til grunn, er det overflødig å oppstille krav om forsett eller grov uaktsomhet så lenge det foreligger mulige

¹⁶⁷ Jf. eksempelvis Rt. 1989 s. 1318 og Hagstrøm (2003) s. 462 flg.

¹⁶⁸ Eskeland (2006) s. 263.

¹⁶⁹ Eskeland (2006) s. 264 flg. Se straffeloven (2005) §§ 22 og 23.

¹⁷⁰ Hagstrøm (2003) s. 463.

forseringstiltak. Byggherren ville i realiteten stå fritt til å velge mellom dagmulkt og erstatning ved enhver forsinkelse dersom det *kan* forseres. Dette synes ikke å ha vært avtalekonsipistenes hensikt.¹⁷¹

Til sammenligning legger Krüger (1973) følgende til grunn om forsettlig deviasjon i sjøfartsforhold: *”Velger bortfrakteren eller skibsføreren å la skibet følge rute A hvor man skulle valgt B, kan det ikke bestrides at det foreligger forsett. Dette betyr imidlertid ikke at ansvaret av den grunn bør skjerpes (..)”*.¹⁷² Han legger videre til grunn at forsett, fortolket slik at det er tilstrekkelig å påvise et bevisst valg mellom alternativer, vil ramme flere av de *”mest unnskyldelige tilfelle av culpa”*.¹⁷³ Dette synes å være treffende for situasjonen dersom den ovennevnte fortolkningen legges til grunn etter NS 8405. Forsettbegrepet etter pkt. 34.1 (3) kan derfor neppe forstås slik at det er tilstrekkelig å påvise forsettlig unnlatt forsering.

Marthinussen m.fl. (2006) har lagt til grunn at forsett etter NS 8405 er *”forbeholdt de situasjoner hvor entreprenøren har valgt en bestemt handlemåte som han med overveiende sannsynlighet måtte regne med kom til å forsinke byggeprosjektet”*.¹⁷⁴ Anvendt på unnlatt forsering, synes sitatet å oppstille et krav til at unnlattelsen av å forserer må være forsettlig, men at det ikke kreves at entreprenøren *faktisk* hadde innsikt i at byggeprosjektet sannsynligvis kom til å bli forsinket – det holder at han *burde* hatt det. Synspunktet har mye til felles med de konklusjoner Hagstrøm (1996) utleder av en voldgiftsdom av 6. juli 1982 om en skipsbyggingskontrakt (kalt *”Trans Tind-dommen”*).¹⁷⁵

Å oppstille et krav om at entreprenøren burde ha forstått at unnlatt forsering sannsynligvis ville medføre forsinkelse, vil imidlertid ikke avgrense nedslagsfeltet for NS 8405 pkt. 34.1 (3). Entreprenøren vil som regel ha et bevisst forhold til at unnlatt forsering vil medføre et avvik fra

¹⁷¹ Se kapittel 5.4.2.

¹⁷² Krüger (1973) s. 682.

¹⁷³ Krüger (1973) s. 683.

¹⁷⁴ *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 561.

¹⁷⁵ Dommen er inntatt som bilag til ND-1984-384. Hagstrøm (1996) s. 492 tolker voldgiftsdommen dit hen at den krever at forsett innebærer en *”bevisst overtredelse av kontraktens normer kombinert med grov uaktsomhet mht følgene”*.

avtalt fremdrift. I motsatt fall hadde ikke forseringsspørsmålet vært aktuelt i utgangspunktet. Ettersom mange av de dagmulktbelagte milepælene er dagmulktbelagte på grunn av grensesnitt mot andre kontrakter, vil det være nærliggende at entreprenøren også er klar over at byggherren, som en følge av hans unnlattelse av å forserere, vil påføres et tap. Dersom situasjonen er at levering vil bli utsatt dersom forsering unnlates, er det oftest åpenbart for entreprenøren at unnlatt forsering vil medføre utsatt utnyttelse av kontraktsgjenstanden for byggherren, og at han derved vil bli påført et tap. Selv om det oppstilles som et vilkår at følgene av kontraktsbruddet må omfattes, vil dermed entreprenøren som regel bli erstatningsansvarlig ved unnlatt forsering. Også en slik fortolkning av pkt. 34.1 (3) synes å medføre et for bredt nedslagsfelt.

Et spørsmål er om en unnlattelse av å forserere alltid er forsettlig dersom entreprenørens unnlattelse var basert på en villfarelse med hensyn til fremdriftsutfordringens årsaker eller risikoplassering under kontrakten. Det følger av blant annet Rt. 2006 s. 372 at partene i kontraktsforhold har objektivt ansvar for sin forståelse av egen rettsposisjon. I avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 632 kom Høyesterett til at et mislighold under en strømleveransekontrakt som bygget på en feilbedømming av egen rettslig posisjon under kontrakten, var forsettlig. Dersom denne betraktningmåten overføres til NS 8405, ville stillingen igjen være at alle situasjoner hvor tilvirker trådte feil med hensyn til forsering, utgjør forsettlig mislighold av NS 8405. Byggherren ville fortsatt, ved enhver forsinkelse, kunne velge mellom å kreve dagmulkt og erstatning.¹⁷⁶ Det er derfor grunn til å lete etter andre markører for vurderingen av hvorvidt det foreligger forsett jf. pkt. 34.1 (3).

Krüger (1973) legger for deviasjon i sjøfartsforhold til grunn at et skjerpet omlegningsansvar må begrunnes gjennom en henvisning til grov skyld, og at dette særlig er på sin plass der omlegningen skjer *”av bekvemmelighetsgrunner og representerer en rettsstridig prioritering av egne på bekostning av transportkundens interesser.”*¹⁷⁷ Hagstrøm (2003) legger til grunn at dette kan være et utgangspunkt for vurderingen, men

¹⁷⁶ Med unntak for situasjoner hvor forsering er fysisk ugjennomførbart.

¹⁷⁷ Krüger (1973) s. 685.

at analysen uansett må skje ”på et lavere abstraksjonsnivå”.¹⁷⁸ Videre legger han til grunn at løsningen ”bør være at om en kontraktspart bevisst nedprioriterer oppdraget og setter seg ut over den annens mer sentrale interesser, er dette tilstrekkelig til å konstatere forsettlig mislighold”.¹⁷⁹ Kaasen (2005) legger i sin behandling av forsettbegrepet i forbindelse med tilsidesettelse av fabrikkasjonskontrakten følgende til grunn: ”Bare hvis leverandøren på kvalifisert klanderverdig måte setter sine interesser over medkontrahentens, bør gjennombrudd kunne skje”.¹⁸⁰ Formuleringene som fremgår av sitatene synes å oppstille andre avveiningsmarkører for hvorvidt det foreligger forsett enn det som kan utledes av at forsett må omfatte følgene. Alle tre sitatene synes å forutsette at parten har opptrådt illojalt, eller i hvert fall kvalifisert klanderverdig. En slik fortolkning av forsettbegrepet har mye for seg etter NS 8405.¹⁸¹

Neste spørsmål er hva som kreves for å konstatere grov uaktsomhet etter NS 8405 pkt. 34.1 (3). Høyesterett har flere ganger, innenfor ulike rettsområder, lagt til grunn at grov uaktsomhet forutsetter en handlemåte som innebærer et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte, og at handlemåten er sterkt klanderverdig.¹⁸² Den objektivt forsvarlige handlingsnormen vil i utgangspunktet være streng for yrkesutøvere, jf. Rt. 2000 s. 679. Høyesterett uttalte i Rt. 1995 s. 1350 at det i utgangspunktet gjelder ”et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet.” (s. 1356). For at det skal kunne konstateres grov uaktsomhet, må avviket fra denne normen være markert, og handlingen må fremstå som kvalifisert klanderverdig.

¹⁷⁸ Hagstrøm (2003) s. 464.

¹⁷⁹ Hagstrøm (2003) s. 465.

¹⁸⁰ Kaasen *Ansvarsbegrensning* (2005) s. 253.

¹⁸¹ De lege ferenda hadde forsettbegrepet med fordel kunne vært skiftet ut. De ovennevnte markørene synes å ligge nærmere en rimelighetsvurdering enn en vurdering av forsett. For fabrikkasjonskontrakten legger Kaasen *Ansvarsbegrensning* (2005) s. 253 til grunn at det avgjørende for tilsidesettelse av ansvars grensene er om naturaldebitors avveining av sine interesser mot kreditors har vært hensynsløs, sterkt illojal eller lignende, og at begrepene forsett og grov uaktsomhet er mindre egnet som kriterium.

¹⁸² Rt. 1995 s. 486, Rt. 1989 s. 1318, Hagstrøm (2003) s. 458.

I kontraktsforhold som reguleres av NS 8405 vil valget om å unnlate forsering ikke nødvendigvis fravike fra en alminnelig aktsom handlemåte. Forsvarlighetsnormen må kartlegges ut fra en objektiv vurdering av hva det kan legges til grunn at en forsvarlig entreprenør i en tilsvarende situasjon ville gjort. Den konkrete situasjonen entreprenøren er i, vil derfor ha betydning for hvilke valg som objektivt sett er forsvarlige.¹⁸³ Momenter av betydning kan i forseringssammenheng være hvilke konsekvenser forsinkelsen vil ha for byggherren, og i hvilken utstrekning entreprenørens unnlattelse bærer preg av en tilsidesettelse av byggherrens interesser.

Basert på fortolkningen av forsett og grov uaktsomhet som redegjort for ovenfor, kan byggherren kreve erstatning dersom entreprenøren illojalt har satt sine egne interesser over byggherrens. Videre kan han kreve erstatning dersom entreprenøren har opptrådt kvalifisert klanderverdig og det foreligger et markert avvik fra en forsvarlig handlemåte. Byggherren kan imidlertid ikke kreve erstatning i enhver situasjon hvor entreprenøren har valgt å unnlate forsering med innsikt i at unnlattelsen ville innebære avvik fra kontraktsfestede frister. Som det fremgår ovenfor, synes en slik fortolkning av forsettbegrepet å gi bedre sammenheng i kontrakten enn en fortolkning som nærmest gir byggherren valgfrihet mellom dagmulkt og erstatning ved forsinkelse generelt. De aktuelle tilfellene hvor entreprenøren kan tenkes å bli ansvarlig etter NS 8405 pkt. 34.1 (3) vil behandles i kapittel 5.4.4.6.

5.4.4.5 Hvilke personers opptreden kan være erstatningsbetingende?

I forbindelse med erstatningskrav på grunnlag av forsettlig eller uaktsom opptreden fra en kontraktspart, har det vært diskutert hvilke personer som skal identifiseres med kontraktsparten. Det har generelt vært lagt til grunn at ansvarsfraskrivelser ikke kan opprettholdes når det foreligger forsett eller grov uaktsomhet hos ”ledende personell”, og at definisjonen

¹⁸³ Eksempelvis i tilfeller hvor byggherren har avslått kravet om fristforlengelse, men forseringskostnadene overskrider grensen i NS 8405 pkt. 24.8 (1).

av organbegrepet på dette punkt avviker fra det selskapsrettslige.¹⁸⁴ Dersom vekten legges på illojal tilsidesettelse av kontraktspartens interesser slik det er argumentert for ovenfor, vil imidlertid den personelle siden av spørsmålet få mindre selvstendig betydning.

Kaasen (2006) behandler spørsmålet om identifikasjon med leverandøren ved eventuell tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene i NF 07 på s. 605-607. Han oppstiller som et mulig veiledende synspunkt at *”leverandøren identifiseres med organer og ansatte som er gitt i oppgave å treffe avgjørelser eller foreta andre handlinger som direkte fastlegger grunnleggende forutsetninger for hans oppfyllelse – i motsetning til de nødvendige enkeltelementer som må utføres for å oppfylle.”*¹⁸⁵ Styret og administrativ direktør omfattes definitivt. For øvrig er den ansattes formelle posisjon et utgangspunkt for vurderingen, og personer som *”har den øverste myndighet innenfor et avgrenset område av leverandørens virksomhet, i hvert fall forutsatt at området dekker en selvstendig funksjon i forhold til kontraktsoppfyllelsen”* kan tenkes identifisert med leverandøren.¹⁸⁶ Utgangspunktene harmonerer godt med at tilsidesettelse avhenger av lojalitetsbaserte prioriteringer på vegne av tilvirker, og synes derfor å kunne legges til grunn også for NS 8405 slik pkt. 34.1 (3) er fortolket ovenfor. Om den tradisjonelle grensdragningen, se Sandvik (1977) s. 239 og Hagstrøm (1996) s. 507 flg. med videre henvisninger.

5.4.4.6 Praktiske situasjoner hvor erstatning kan være en aktuell følge av unnlatt forsering

På bakgrunn av drøftelsene i kapittel 5.4.4.1 til 5.4.4.5 kan det oppstilles enkelte utgangspunkter for tilvirkers vurdering av om det i et gitt tilfelle kan medføre erstatningsansvar å unnlate forsering. Det tas utgangspunkt i situasjonene hvor tilvirker, på bakgrunn av rasjonelle vurderinger, kan tenkes å velge å unnlate forsering og derved bli forsinket.

For det første gjelder dette der tilvirker bevisst tilsidesetter sine forpliktelser hos en kontraktspart for å unngå å misligholde en annen

¹⁸⁴ Hagstrøm (1996) s. 507 flg. med videre henvisninger.

¹⁸⁵ Kaasen (2006) s. 605.

¹⁸⁶ Kaasen (2006) s. 606.

kontrakt. For det andre i situasjoner hvor tilvirker har feilvurdert den faktiske årsakssituasjonen. For det tredje i situasjoner hvor tilvirker har feiltolket sine rettigheter eller plikter under kontrakten. For det fjerde i tilfeller hvor bestiller allerede har opparbeidet seg krav på maksimal dagmulkt etter kontrakten. For det femte hvor tilvirker bommer i sin analyse av konsekvensene av unnlatt forsering, enten hva gjelder konsekvensene for seg selv eller konsekvensene for bestiller. For det sjette hvor tilvirker er av den oppfatning at det vil være større kostnader knyttet til å forsere enn å måtte betale dagmulkt. De ovennevnte forholdene kan også virke sammen og medføre at tilvirker unnlater å forsere.

Spørsmålet om krav om erstatning etter NS 8405 pkt. 34.1 (3) vil bero på hvorvidt entreprenørens unnlattelse av å forsere innebar en hensynsløs tilsidesettelse av byggherrens interesser, og om entreprenørens opptreden var klanderverdig og avvek markert fra en forsvarlig handlemåte.¹⁸⁷ Spørsmålet om tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 vil bero på en konkret vurdering av om det vil være urimelig å gjøre ansvarsbegrensningen gjeldende.¹⁸⁸ Selv om begge vurderingene må skje konkret i det enkelte tilfelle, vil det i det følgende foretas en grov gjennomgang av de ovenfor beskrevne situasjonene. Formålet er å vurdere hvor stor risikoen generelt vil være for at bestiller skal kunne få erstatning. Fellestrekket for alle disse situasjonene er at tilvirker bevisst har valgt å unnlate å forsere, og at dette - eventuelt i etterkant - viste seg å innebære et mislighold av kontrakten.¹⁸⁹ Dersom bestiller vil kunne kreve erstatning i stedet for dagmulkt i noen av de ovennevnte situasjonene, vil dette være av vesentlig betydning for tilvirkers valg.

Tilvirker vil i praksis sjelden unnlate forsering dersom han vurderer kontrakten slik at risikoen ligger på hans side, som drøftet i kapittel 4.3.2. Rent økonomiske betraktninger kan likevel begrunne en slik unnlattelse. Som nevnt kan det eksempelvis være lønnsomt for tilvirker å pådra seg

¹⁸⁷ Se kapittel 5.4.4.4.

¹⁸⁸ Se kapittel 5.4.4.2.

¹⁸⁹ Som nevnt i kapittel 5.4.4.2, er en forutsetning for tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 at selskapet har utstedt VO eller DVO. Leverandøren vil derfor ha innsikt i at unnlatt forsering innebærer mislighold.

dagmulkt i et prosjekt for å unngå forsinkelse i et annet. Videre kan tidligere forsinkelser ha medført at tilvirker har et dagmulktkrav mot seg fra før som overstiger den øvre grensen som følger av ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.2 (3) og NS 8405 pkt. 34.3 (3), hvoretter det samlede dagmulktansvaret ikke skal overstige 10 % av kontraktssummen eller kontraktsprisen.¹⁹⁰ I situasjoner hvor den øvre grensen for dagmulkten er overskredet, vil tilvirker ha få incentiver til å forsere.¹⁹¹ For det tredje kan tilvirker foreta beregninger og anslå hvor dyrt forsering vil være i det konkrete tilfellet, samt hva et dagmulktkrav vil komme på dersom forsering unnlates. Dersom forsering er dyrere enn dagmulkt, vil tilvirker ha en økonomisk rasjonell begrunnelse for å unnlate forsering.¹⁹² I de skisserte situasjonene vil det, rent økonomisk, lønne seg å unnlate å forsere selv om dette innebærer ytterligere forsinkelser i kontraktsarbeidet. For bestiller kan imidlertid slike situasjoner være katastrofale. Spørsmålet er om bestiller er henvist til å heve kontrakten, eller om han har adgang til å fremme erstatningskrav.

Situasjonene hvor tilvirker unnlater å forsere på grunn av rent økonomiske betraktninger, har mye til felles. Forsinkelsene kan medføre katastrofale tap for bestiller. Selv om hvert tilfelle må vurderes konkret, bærer de skisserte situasjonene som et utgangspunkt preg av at tilvirker bevisst setter sine egne interesser foran bestillerens. Tilvirkerens unnlattelse fremstår som illojal, særlig i lys av at tilvirker forutsetningsvis er klar over at forseringen er et mislighold.¹⁹³ Tilvirker vil videre ofte ha innsikt i at unnlattelsen av å forsere vil påføre bestiller et omfattende tap.¹⁹⁴ Til dette kommer at bestiller vil ha få andre muligheter til å legge et oppfyllellespress på tilvirker enn å true med heving av kontrakten.

¹⁹⁰ NS 8405 pkt. 2.8, NF 07 art. 1.13.

¹⁹¹ Det viktigste incentivet kan være opprettholdelse av renommé, særlig i relativt små markeder. For leverandørene i fabrikkkontrakter er det nokså få kunder å velge mellom, slik at det er sentralt å beholde et godt renommé.

¹⁹² Slike beregninger er imidlertid forbundet med stor usikkerhet.

¹⁹³ I motsatt fall vil tilvirker være i en av de andre situasjonene som beskrives i dette kapittelet.

¹⁹⁴ Situasjonene hvor tilvirker feilvurderer konsekvensene av unnlatt forsering vil behandles nedenfor.

Det er derfor nærliggende å legge til grunn at tilvirkers vurdering i slike tilfeller, etter omstendighetene, kan være klanderverdig og innebære en illojal tilsidesettelse av byggherrens interesser, og derved kvalifisere som forsettlig eller grovt uaktsomt mislighold jf. NS 8405 pkt. 34.1 (3).¹⁹⁵ Videre kan unnlatt forsering i disse tilfellene bære preg av å være en illojal nedprioritering av kontraktspartens interesser på en måte som gjør at det kan være aktuelt å sette NF 07 art. 24.4 til side etter avtaleloven § 36. Som det fremgår av kapittel 5.4.4.2, ligger imidlertid terskelen for tilsidesettelse svært høyt.

Unnlatt forsering på grunn av en feilvurdering av faktum skiller seg særlig fra unnlatt forsering som følge av økonomiske vurderinger ved at den førstnevnte unnlattelsen bærer mindre preg av illojalitet mot bestiller. Felles for kontraktene er at tilvirker forutsetningsvis vil varsle om forsinkelsen, og kreve fristforlengelse eller VO, dersom han er av den oppfatning at fremdriftsrisikoen kan skyves over på bestiller. Dersom tilvirker har ivarett sine varslingsplikter, og i tillegg har fremsatt krav om fristforlengelse eller VOR, vil tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene i utgangspunktet være utenkelig.¹⁹⁶ Etter NS 8405 kan imidlertid et avslag på fristforlengelseskravet være problematisk dersom kostnadene ved forsering er høyere enn antasert dagmulkt tillagt 30 %, jf. pkt. 24.8.¹⁹⁷ Entreprenørens vurdering av de faktiske forhold må antakelig da holdes opp mot en objektiv norm for å kartlegge om den er uforsvarlig eller bærer preg av at entreprenøren illojalt har satt sine interesser foran byggherrens. Vurderingen må foretas ut fra situasjonen slik den så ut for entreprenøren på valgtidspunktet.

Hver situasjon må selvsagt vurderes konkret. Generelt synes årsaksbetraktninger å være beheftet med så stor usikkerhet at feiltakelser ikke uten videre er markerte avvik fra en forsvarlig handlingsnorm eller bærer preg av å være en hensynsløs tilsidesettelse av kontraktspartens interesser.

¹⁹⁵ Se Hagstrøm (2003) s. 465 om overbooking, det vil si prioritering av ett oppdrag på bekostning av et annet.

¹⁹⁶ Se kapittel 5.4.4.2 ovenfor og Kaasen (2006) s. 600 om NF 07. For NS 8405 løses denne situasjonen ved at byggherrens svarfrist er preklusiv, se kapittel 6.2.7.

¹⁹⁷ Se kapittel 4.3.3 ovenfor og kapittel 6.2.3 nedenfor om NS 8405 pkt. 24.8.

Unnlatt forsering medfører dermed ikke uten videre erstatningsansvar etter NS 8405 pkt. 34.1 (3). Byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren forsering i slike tilfeller innebærer også at unnlatt forsering bærer mindre preg av å være en hensynsløs tilsidesettelse av byggherrens interesser.¹⁹⁸ Som nevnt ovenfor, risikerer ikke leverandøren at ansvarsbegrensningen settes til side etter avtaleloven § 36 dersom VOR er rettidig utstedt.

Unnlatt forsering på grunn av en feil tolkning av egen posisjon under kontrakten bærer også mindre preg av illojalitet. I strafferetten sondres det imidlertid mellom faktisk villfarelse og rettsvillfarelse, slik at den første lettere er unnskyldeleg.¹⁹⁹ I kontraktsretten har en part, som nevnt, objektivt ansvar for egen villfarelse av både faktisk og rettslig art. Dette kan, som drøftet i kapittel 5.4.4.4, ikke være avgjørende for erstatningsspørsmålet. Det kan være vanskelig å sondre mellom faktisk og rettslig villfarelse, for eksempel dersom tilvirker er av den oppfatning at han ikke har fremdriftsrisiko grunnet at han mener at en fremdriftshindring er av en slik art at den kvalifiserer for force majeure.²⁰⁰ Dette tilsier at vurderingene av hvorvidt entreprenøren har opptrådt tilstrekkelig klanderverdig og i strid med forsvarlighetsnormen, samt vurderingen av hvorvidt det vil være urimelig at art. 24.4 opprettholdes, vil ha mye til felles med vurderingen av faktiske feiltakelser som drøftet ovenfor.

Den siste situasjonen hvor tilvirker kan tenkes å unnlate forsering, er dersom han vurderer konsekvensene av unnlatt feilaktig. Eksempelvis regner han med at han likevel vil kunne ferdigstille i god tid før et kommende grensesnitt mot en annen kontrakt. Eller han regner med at bestiller alt i alt ikke vil bli påført så store tap på grunn av forsinkelsen. Slike vurderinger har mye til felles med situasjonen hvor tilvirker vurderer årsakene til fremdriftsutfordringen feil. Selv om hvert tilfelle må vurderes konkret, synes feilvurderinger av konsekvensene å bære mindre preg av å være klanderverdig eller illojal opptreden fra tilvirkers side enn de bevisste nedprioriteringene av bestillers interesser på grunn av økonomi.

Generelt vil det nok være en forskjell mellom kontraktene når det

¹⁹⁸ Se kapittel 6.1.4 om adgangen til å pålegge forsering.

¹⁹⁹ Eskeland (2006) s. 302 flg. og 310 flg.

²⁰⁰ Se kapittel 2.4.

gjelder risikoen for at bestiller kan kreve erstatning, ettersom NS 8405 uttrykkelig åpner for at byggherren kan ha krav på erstatning i visse tilfeller. Etter NF 07 har partene utvilsomt ment å avtale seg bort fra et erstatningsansvar.

Som vurderingsgrunnlag av situasjonen er avtaleloven § 36 etter sin ordlyd mer fleksibel. Også NS 8405 pkt. 34.1 (3) åpner imidlertid for en forholdsvis fleksibel vurdering, dersom det ikke legges til grunn en fortolkning av skyldbegrepene hvoretter det er tilstrekkelig å konstatere forsettlig mislighold i snever forstand. Ettersom det er uenighet i juridisk teori knyttet til fortolkningen av begrepene, er det imidlertid usikkert hvor fleksibel vurderingen etter NS 8405 pkt. 34.1 er.²⁰¹

5.4.4.7 Erstatning på grunn av brudd på samarbeidsplikt jf. NS 8405 pkt. 35

Av NS 8405 pkt. 34.1 (3) følger det som nevnt at byggherren kan kreve erstatning for forsinkelse i forhold til frister som ikke er belagt med dagmulkt, forutsatt at det påvises brudd på entreprenørens samarbeidsplikt.²⁰² Etter ordlyden synes det som om en konstatering av brudd på samarbeidsplikten er tilstrekkelig som grunnlag for erstatning. Ettersom erstatningen gjelder fristene som ikke er dagmulktbelagte, vil erstatningen være byggherrens eneste middel for å få erstattet sine mulige tap.

Av NS 8405 pkt. 35 (1) følger det at entreprenøren skal erstatte byggherren de utgifter han påføres *”ved at sideentreprenører eller andre av byggherrens kontraktsmedhjelpere blir forsinket, dersom årsaken er at entreprenøren har forsømt sin samordningsplikt etter 18.3”*. Erstatningsansvaret etter pkt. 35 er begrenset til 10 % av kontraktssummen, *”med mindre plikten er forsømt ved forsett eller grov uaktsomhet”*. Videre oppstilles det en preklusiv frist for byggherrens adgang til å kreve erstatning. Etter pkt. 35 (2) må byggherren, for å unngå preklusjon, varsle entreprenøren *”uten ugrunnet opphold etter at han ble klar over grunnlaget for å reise kravet”*.

²⁰¹ Dette gjelder særlig forsettbegrepet.

²⁰² Samarbeidspliktens omfang vil behandles nærmere i kapittel 6.1.3.

5.4.4.8 Enkelte andre situasjoner som kan foranledige erstatningskrav

Bestiller kan fremsette erstatningskrav for forsinkelse selv om forsering ikke var et alternativ for tilvirker. Hvorvidt slike krav vil føre frem, beror på de samme avveiningsmarkørene som redegjort for ovenfor. Av hensyn til oppgavens omfang skal ikke alle tenkelige foranledninger for erstatningskrav behandles, men et par typetilfeller som er av interesse for fremstillingen vil nevnes kort.

Som nevnt i kapittel 2.7, kan skader på kontraktsgjenstanden medføre forsinkelse. Et spørsmål er om tilvirker risikerer å bli erstatningsansvarlig for tapet bestiller lider som en følge av slik forsinkelse. Etter NF 07 art. 29.1 har leverandøren ansvar for å utbedre skader uansett hvordan kontraktsgjenstanden ble skadet. Jo tettere opp mot levering skaden inntreffer, jo større er risikoen for at skaden medfører forsinkelse. For spørsmålet her, nemlig om tilsidesettelse av NF 07 art. 24.4 kan være aktuelt, kan visse situasjoner skilles ut. Dersom skaden skyldes force majeure eller forhold på selskapssiden, vil det ikke være urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen overfor selskapet.²⁰³

Selv der skaden er voldt av leverandøren på en grov og uforsvarlig måte, skal det mye til for at NF 24.4 kan settes til side. Leverandøren har allerede plikt til å utbedre kontraktsgjenstanden, og han må betale dagmulkt for forsinkelse. At det skal være urimelig å nekte selskapet erstatning i disse tilfellene, er vanskelig å tenke seg. Dette gjelder selv om leverandørens kostnadseksposering modifiseres av art. 29.2 (2), hvoretter omkostningsansvaret er begrenset til egenandelen under selskapets forsikringer.²⁰⁴

Etter NS 8405 må hvert tilfelle vurderes konkret, for å fastslå om entreprenørens opptreden bærer preg av illojalitet eller kvalifisert klanderverdighet. Et eksempel på en situasjon hvor erstatningsansvar kan være nærliggende, kan være dersom entreprenøren har skadet kontrakts-

²⁰³ Fremdriftsplanen kan uansett justeres ved rettidig VOR, jf. art. 28.3 (3) og 27.1, og Kaasen (2006) s. 763.

²⁰⁴ Begrensningen av omkostningsansvaret gjelder med visse forbehold, jf. art. 29.2 (2) a) og b).

gjenstanden for eksempel ved å ta snarveier i forhold til sikkerhetsrutiner.

En annen foranledning for erstatningskrav kan være svikt i tilvirkers planlegging av fremdriften.²⁰⁵ Dersom tilvirker ved kontraktsinngåelse har satt av for lite tid eller ressurser til prosjektet, slik at det underveis oppstår forsinkelser som ikke kan innhentes ved forsering, kan dette utgjøre grunnlag for erstatning. Etter NS 8405 vil spørsmålet være om feilene ved ressursberegningene er forsettlig eller grovt uaktsomme. For NF 07 vil spørsmålet være om det vil være urimelig å begrense leverandørens ansvar til dagmulkt.

5.4.4.9 Erstatningsutmåling i henhold til NS 8405

Fordi det i forbindelse med NS 8405 pkt. 34.1 (3) ikke er gitt noen retningslinjer for erstatningsutmålingen, må kontrakten på dette punkt utfylles med alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler. Entreprenøren vil da bli ansvarlig for hele det økonomiske tap som byggherren klarer å dokumentere, forutsatt at det foreligger en adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tap og ansvarsgrunnlaget.²⁰⁶

Dersom det foreligger en forsinkelse som kunne vært unngått ved forsering, vil årsakssammenhengen være til stede. Tapspostene byggherren krever erstattet som en følge av forsinkelsen, kan være direkte eller indirekte. Det avgjørende for om entreprenøren må erstatte den enkelte tapspost, er om posten har en tilstrekkelig adekvat årsakssammenheng med den forsettlig eller grovt uaktsomme unnlåtelsen av å forsere.²⁰⁷ En utfordring for byggherren vil være å dokumentere at tapspostene som kreves dekket, ikke ville ha oppstått uansett. Byggherren må i den forbindelse påvise at forsering ville ha eliminert eller redusert den aktuelle forsinkelsen, og at de konkrete tapspostene som en følge av dette ville ha vært unngått. Problematikken knyttet til dokumentasjon av kravet vil ikke behandles i denne fremstillingen, men det er liten tvil om at byggherren står overfor bevisetema som det kan være vanskelig å håndtere.

Av NS 8405 pkt. 34.3 (3) fremgår det at ansvarsbegrensningen for

²⁰⁵ Se kapittel 6.1.2.

²⁰⁶ Hagstrøm (2003) s. 533, *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 562.

²⁰⁷ *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 562.

dagmulkt som innebærer at det samlede ansvar for dagmulkt ikke skal overskride 10 % av kontraktssummen, ikke gjelder dersom forsinkelsen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren. Dette avklarer mulig tvil med hensyn til om også denne ansvarsbegrensningen skulle settes til side.

Typiske tap entreprenøren kan bli erstatningsansvarlig for er byggherrens tapte leieinntekter, erstatning til leietakere, og andre tap byggherren lider på grunn av forsinkelse. Eksempelvis kan det ved lengre forsinkelser tenkes at en potensiell kjøper eller leietaker hever kontrakten, slik at alternative leietakere eller kjøpere må spores opp. For tap av langvarige leiekontrakter kan det oppstå grenser mot det upåregnelige - og byggherren har en plikt til å begrense sitt tap.²⁰⁸

5.4.4.10 Erstatningsutmåling ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i NF 07

Dersom NF 07 art. 24.4 settes til side, vil grunnlaget for erstatning i de fleste kontraktsforhold være kjøpsloven § 27.²⁰⁹ Som det fremgår av kapittel 5.4.4.3, kan ikke tilsidesettelse tenkes uten at det foreligger feil eller forsømmelser hos leverandøren. Leverandøren vil derfor, som et utgangspunkt, kunne bli erstatningsansvarlig for selskapets økonomiske tap i sin helhet. I likhet med byggherren, vil selskapet måtte påvise at tapspostene står i adekvat årsakssammenheng med leverandørens unnlatte forsering.

Selskapets erstatningskrav står imidlertid i en særstilling som følge av at avtaleloven § 36 er anvendt. Selv om art. 24.4 er satt til side, inneholder NF 07 flere andre ansvarsbegrensninger av ulik karakter. Det vil derfor kunne settes spørsmålstegn ved om de øvrige ansvarsbegrensningene vil opprettholdes, eller om også disse settes til side.

Av NF 07 art. 24.2 (3) følger det at leverandørens samlede dagmulktansvar ikke kan overstige 10 % av kontraktsprisen. Det må imidlertid være på det rene at denne ansvarsbegrensningen ikke vil bli respektert

²⁰⁸ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 562.

²⁰⁹ Se kapittel 5.4.4.3.

dersom selskapet først har krav på erstatning i stedet for dagmulkt. En av situasjonene hvor ansvar kan være aktuelt, er jo nettopp hvor leverandøren allerede har pådratt seg et maksimalt dagmulktsansvar etter kontrakten.

Mer tvilsomt kan det være om den øvre grensen for ansvar i NF 07 art. 32.2 skal respekteres. Av art. 32.2 følger det at leverandøren aldri kan bli ansvarlig for mer enn totalt 25 % av kontraktsprisen. Dette er en begrensning i hans samlede ansvar under kontrakten, både for mangler, forsinkelser, og andre kontraktsbrudd. På den ene siden vil selskapets tap kunne være av ruinerende proporsjoner for leverandøren, noe som tilsier en forsiktighet med å sette grensen på 25 % til side. Samtidig ble det, i kapittel 5.4.4.6, konkludert med at tilsidesettelse av ansvarsbegrensningen i avtaleloven § 36 er forbeholdt helt spesielle unntakstilfeller hvor leverandøren har opptrådt hensynsløst. Det kan derfor tenkes at en konkret vurdering av situasjonen etter avtaleloven § 36 vil kunne slå ulikt ut med tanke på om det er urimelig å opprettholde den øvre grensen i art. 32.2.

Av NF 07 art. 32.1 følger det at partene ikke kan kreve erstattet sine indirekte tap under kontrakten. Dette er en ansvarsbegrensning som retter seg mot begge parter, og som avgrenser kvalitativt mot enkelte tapsposter. Grensens gjensidighet kan være et moment som tilsier at det er rimelig å opprettholde den. Av ordlyden fremgår det uttrykkelig at grensen skal gjelde *”uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form”*, og det er dermed ingen tvil om at partene har ment å avtale seg bort fra bakgrunnsretten. På den andre siden vil ansvarsbegrensningene bare settes til side helt unntaksvis, og det må foretas en konkret rimelighetsvurdering også av denne ansvarsgrensen.

Avtaleloven § 36 gir domstolene en diskresjonær kompetanse til å lempe avtaler helt eller delvis. Dersom selskapet skulle bli tilkjent erstatning i henhold til NF 07, vil det kunne foreligge tap på grunn av utsatt produksjon som lett kan tenkes å bli enormt omfattende. Ansvar av et slikt omfang vil kunne ruinere leverandøren. All den tid domstolene lemper avtalen etter avtaleloven § 36 av rimelighetshensyn, er det vanskelig å se for seg at det i slike situasjoner vil gis full erstatning for produk-

sjonstap. Samtidig fremgår det av kapittel 5.4.4.2 og 5.4.4.6 at det skal så vidt mye til for å sette NF 07 art. 24.4 til side, at leverandøren må påregne at erstatningssummen vil være svært høy.

Fordelen med avtaleloven § 36 på dette punkt er at domstolene står forholdsvis fritt. Ansvarsbegrensningene kan settes helt eller delvis til side, og erstatningen kan dermed fastsettes ut fra konkrete betraktninger knyttet til rimeligheten i det enkelte tilfellet. Dette innebærer imidlertid også at det for leverandøren er usikkerhet knyttet til omfanget av en eventuell erstatning.

5.4.4.11 Oppsummering av erstatningsspørsmålet

Som det fremgår av de ovenstående kapitler, kan det unntaksvis forekomme situasjoner hvor bestiller vil kunne kreve erstatning i stedet for dagmulkt ved forsinkelse. Dette er mest aktuelt i situasjoner hvor tilvirker har unnlatt å forsere, men er tenkelig også i situasjoner hvor forsering ikke lar seg gjøre. For byggherren følger adgangen til å kreve erstatning direkte av NS 8405 pkt. 34.1, mens selskapet må påberope seg avtaleloven § 36 for å få tilsidesatt NF 07 art. 24.4 dersom det vil kreve erstatning. Erstatningskrav under begge kontraktene er mest aktuelt i situasjoner hvor tilvirker med åpne øyne tillater seg å bli forsinket på grunn av økonomiske betraktninger som beskrevet i kapittel 5.4.4.6. Felles for disse situasjonene er at avgjørelsen om å unnlate å forsere bærer preg av en ”*hensynsløs tilsidesettelse*” av bestillers interesser, jf. Kaasen (2006) s. 759.

En av grunnene til at det foreligger forholdsvis lite rettspraksis knyttet til spørsmålet om erstatning i stedet for dagmulkt i entrepris- og offshorekontrakter, kan være utfordringene knyttet til å føre bevis. Det gjelder både spørsmålet knyttet til å påvise at tilvirker har opptrådt forsettlig, grovt uaktsomt eller på en slik måte at det vil være urimelig om NF 07 art. 24.4 opprettholdes, noe som i seg selv kan by på problemer. Videre er årsakssammenheng et vanskelig bevistemå. Å påvise at forseringstiltak ville ha hatt en bestemt effekt på fremdriften, slik at unnlattelsen av å iverksette slike tiltak er årsaken til selskapets tap, kan være utfordrende.

En fordel med å anvende avtaleloven § 36 som hjemmel for tilsidesettelse av ansvarsgrensene etter NF 07 art. 24.4, er at avtaleloven åpner for en bred og fleksibel vurdering både av eventuell tilsidesettelse og av utmålingen av erstatningen. En ulempe er at forutsigbarheten er liten.

En ulempe med å anvende begrepene forsett og grov uaktsomhet som erstatningsgrunnlag etter NS 8405, er at begrepene er flertydige. Ovenfor er det argumentert for at begrepene bør fortolkes slik at byggherren ikke i realiteten stilles fritt til å velge mellom dagmulkt og erstatning i så godt som enhver forsinkelsessituasjon. Ettersom det i kontraktsrettslig litteratur er delte oppfatninger knyttet til fortolkningen særlig av forsettbegrepet, synes det å ha gode grunner for seg å innføre andre vurderingstema som ansvarsgrunnlag etter NS 8405.

Selv om flere av de samme betraktningene kan gjøre seg gjeldende i vurderingene av om bestiller kan få erstatning, vil byggherren i de konkrete situasjonene lettere kunne nå frem med erstatningskrav enn selskapet. Grunnen til det, er at partene i NS 8405 har ment å ta inn erstatning som en sekundær forsinkelsessanksjon. Partene i NF 07 har imidlertid utvilsomt ment å avtale seg bort fra dette i alle situasjoner. Det skal derfor svært mye til før selskapet vil vinne frem med en lemping av NF 07 på grunnlag av avtaleloven § 36.

5.4.5 Konsekvenser av unnlatt forsering som ikke er misligholdssanksjoner

5.4.5.1 Innledning

Unnlatt forsering kan ha flere uønskede konsekvenser for tilvirker enn at bestiller gjør gjeldende misligholdssanksjoner. Tilvirker kan tenkes møtt med ulike former for intervensjon fra bestillersiden. Disse rubriseres ikke som forsinkelsessanksjoner, men kan likevel oppfattes som en ulempe. Felles for intervensjonsformene er at tilvirker vil gå glipp av muligheten til å utføre deler av arbeidet, noe som i ulik grad vil kunne bidra til en reduksjon av vederlagskravet. En annen praktisk konsekvens av unnlatt forsering er at tilvirker ikke opparbeider seg vederlagskrav dersom vederlaget er fremdriftsbasert. I det følgende vil uønskede kon-

sekvenser av unnlatt forsering, som ikke er misligholdssanksjoner, behandles kort.²¹⁰

5.4.5.2 Ikke krav på vederlag

I kontrakter hvor betaling er fremdriftsbasert, vil en åpenbar konsekvens av forsinkelse være at tilvirker ikke får utbetalt vederlag i den utstrekning han ellers kunne ha fått. For kontraktsforhold som reguleres av NF 07 og NS 8405 er fremdriftsbasert betaling et system som passer godt til kontraktsarbeidets art. Som nevnt i kapittel 1.2, kan prosjekter etter NS 8405 og NF 07 være langvarige, og hensynet til tilvirkers likviditet tilsier fremdriftsbasert betaling. Et slikt betalingssystem harmonerer også godt med at bestiller blir eier av kontraktsgjenstanden etter hvert som arbeidet skrider frem.²¹¹ For NF 07 følger betalingssystemet av art. 20 og vedlegg B. For NS 8405 følger det av pkt. 28.1 at entreprenøren, hvis ikke annet er avtalt, kan kreve avdrag av kontraktssummen *”etter hvert som utførelsen skjer”*. Unnlatt forsering kan dermed medføre at tilvirker ikke opparbeider seg krav på vederlag.

5.4.5.3 Krav om uferdig levering, jf. NF 07 art. 24.3

Selskapet kan kreve at kontraktsgjenstanden leveres uferdig dersom leveringsdato inntreer uten at gjenstanden er ferdigstilt, jf. NF 07 art. 24.3. En tilsvarende adgang oppstilles ikke for byggherrens vedkommende i NS 8405.

At leveringstidspunkt er inntruffet, er et nødvendig og tilstrekkelig vilkår for å kreve uferdig levering, jf. art. 24.3 (1). Rettsvirkningene av uferdig levering er flere. Risikoen for kontraktsgjenstanden går over på selskapet, og leverandøren mister adgangen til å fullføre arbeidet. Videre vil leverandørens vederlagskrav settes ned slik at han mister krav på vederlaget for den del av kontraktsarbeidet som er uferdig, jf. art. 24.3 (2). I tillegg har selskapet et krav på dagmulkt, stipulert ut fra estimater over antatt tidsbruk på å ferdigstille kontraktsgjenstanden.

²¹⁰ For NF 07, se til det følgende Kaasen *Ansvarsbegrensning* (2005) s. 234-236.

²¹¹ NF 07 art. 22.1 (1) og NS 8405 pkt. 40.1.

For leverandøren vil dette være en faktor som det er relevant å ta med i beregningen dersom spørsmålet er hvorvidt det skal forsøres for å overholde endelig leveringsfrist. Dersom risikoen for den aktuelle fremdriftsutfordringen er flyttet over på selskapet i henhold til endringsreglene, vil leverandøren imidlertid ha krav på fristforlengelse slik at endelig leveringsdato utsettes.²¹² Selskapet har da ikke adgang til å kreve uferdig levering.

5.4.5.4 Negative endringer

Både selskap og byggherre har en adgang til å kreve negative endringer ved endringsordre, noe som innebærer at tilvirker fratras et arbeid som etter den opprinnelige kontrakten var omfattet av hans arbeidsbeskrivelse. Negative endringer kan kreves på samme vilkår som positive endringer.²¹³ De rettslige virkningene av en slik negativ endringsordre skiller seg fra virkningene som følger av uferdig levering og kansellering. Det er derfor av interesse å trekke grensene mellom de ulike grepene.

En negativ endringsordre vil innebære en forholdsmessig reduksjon av kontraktsvederlaget. Reduksjonen vil imidlertid som oftest innebære en gunstigere økonomisk konsekvens for bestiller enn reglene om kansellering.²¹⁴ Det interessante for tilvirkers vedkommende vil derfor være å kartlegge i hvilken utstrekning bestiller kan pålegge negative endringer.

Av NS 8405 pkt. 38.1 (3) følger det at byggherren kan pålegge negative endringer som utgjør inntil 15 % av kontraktssummen. Av ordlyden fremgår det at alle endringer skal vurderes sammen, slik at nettoverdien blir avgjørende. Dersom kontraktssummen dermed blir redusert med 15 % eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling.

Etter NF 07 har selskapet en videre adgang til å bestille negative endringer. Av art. 12.1 (2) følger det at selskapet kan angå ”reduksjon i

²¹² Kaasen (2006) s. 624.

²¹³ Grensene for å kreve endringer i denne forbindelse følger av NF 07 art. 12.1 (2) og (3) samt NS 8405 pkt. 22.1 (2) og (3).

²¹⁴ Negative endringer prises etter endringsreglene, jf. NF 07 art. 13.2 og 13.3 og NS 8405 pkt. 25.7-25.9. Se kapittel 5.4.5.5 om økonomiske konsekvenser av kansellering.

omfang” av arbeidet. Av art. 12.1 (3) følger yttergrensen om at selskapet ikke kan foreskrive endringer som samlet sett går ut over hva partene kunne regne med. Art. 12.1 (3) vil behandles nærmere i kapittel 6.1.4. Her skal det imidlertid bemerkes at selskapet har en vid adgang til å bestille negative endringer.²¹⁵ Det vises til art. 13.3 som fastsetter at leverandøren, dersom nettoeffekten av alle endringer er at kontraktsprisen blir mindre, har krav på et tillegg i kontraktsprisen med 6 % av differansen. Tillegget reduseres imidlertid etter art. 13.3 hvis leverandøren kan utnytte arbeidsstyrken på annet hold.²¹⁶

5.4.5.5 **Kansellering**

Av NF 07 art. 17.1 og NS 8405 pkt. 38.1 (1) fremgår det at bestiller har adgang til å avbestille tilvirkers ytelse. Ingen av kontraktene oppstiller begrensninger i bestillerens avbestillingsadgang, noe som innebærer at tilvirker på ethvert tidspunkt av kontraktsarbeidet risikerer å måtte avbryte arbeidet. Begrunnelsen for å oppstille egne bestemmelser om avbestilling, er at en slik forandring av kontrakten går utover de endringer bestiller kan pålegge tilvirker i medhold av de alminnelige endringsreglene.²¹⁷

Den økonomiske konsekvensen av kansellering reguleres av NS 8405 pkt. 38.1 (4) og NF 07 art. 17.2 og 17.3. Noen detaljert behandling av disse reglene vil ikke foretas her, men det skal nevnes at tilvirker vil få kompensasjon for å avbøte ulempene i tilknytning til avbestillingen. I de fleste tilfeller er derfor kansellering mer fordelaktig for tilvirker enn uferdig levering eller en negativ endring.

²¹⁵ Det må imidlertid trekkes en grense mot misbruk ved at selskapet ”skummer fløten”, jf. Kaasen (2006) s. 334.

²¹⁶ Se Kaasen (2006) s. 334-335 om forholdet til mislighold og selskapets anledning til partiell heving.

²¹⁷ NF 07 art. 12.1 og NS 8405 pkt. 22.1.

6 Materielle og prosessuelle holdepunkter for å løse utfordringen

6.1 Kontraktens materielle holdepunkter for plassering av fremdriftsrisikoen

6.1.1 Innledning

Av kapittel 5 har det fremgått at tilvirker står overfor en utfordrende vurdering knyttet til forsering når han er usikker på egen forståelse av faktum og/eller kontrakt. Tilvirker har imidlertid enkelte holdepunkter som kan danne grunnlag for å foreta et begrunnet valg av handlingsalternativ. Ett av dem ble behandlet i kapittel 5.2 til 5.4: Konsekvensene forbundet med å velge ”feil”. Oppsummeringsvis kan det sies at et feil valg gjennomgående vil medføre uønskede konsekvenser, men at det ofte vil være større risiko forbundet med å unnlate forsering enn ved å forsere. Dette er imidlertid ikke i seg selv avgjørende. Et annet relevant holdepunkt er sannsynligheten for at tilvirker treffer med sin vurdering av fremdriftsrisikoplasseringen.

I kapittel 2 ble ulike årsaker til fremdriftsutfordringer presentert og plassert på kontraktens risikokart. Bildet bar preg av at risikofordelingen i hovedsak fulgte funksjonsfordelingen etter kontraktene.²¹⁸ Av kapittel 2 fremgikk imidlertid bare utgangspunktene. I kapittel 6.1.2 vil fremdriftsrisikobildet nyanseres. I kapittel 6.1.3 til 6.1.5 vil enkelte materielle sider ved kontraktene som kan belyse tilvirkers forseringsplikt, behandles. Undertiden kan kontraktsreguleringene gi tilvirker et stødig grunnlag for å vurdere hvor solide knaggene han har hengt ansvaret for bestiller på, er. Andre ganger er løsningene usikre, og bestemmelsene gir dermed mindre veiledning for tilvirker. Selv de mer skjønnsmessige holdepunktene kan imidlertid bidra til avklaring i situasjoner hvor det er relativt små ulemper knyttet til å velge feil.

²¹⁸ Rt. 1917 s. 673, Pettersson (2010) s. 348, Hagstrøm (1997) s. 16 og Tapper (1983) s. 78 og s. 194-197.

6.1.2 Tilvirkers fremdriftsansvar i lys av forutsetningene ved kontraktsinngåelse

En side av plikten til å tilvirke kontraktsgjenstanden i henhold til avtalte frister, er at tilvirker må sørge for at han har satt av tilstrekkelig ressurser og beregnet tilstrekkelig tid til å oppfylle kontraktsmessig.²¹⁹ I de fleste kontraktsforhold som bygger på NS 8405 eller NF 07, vil tilvirker av egen interesse legge inn tidsmessige marginer (flyt) for å unngå å bli forsinket. Ved hjelp av flyten kan tilvirker redusere behovet for å sette i verk forseringstiltak når det inntreffer omstendigheter som behandlet i kapittel 2.

I møte med fremdriftsproblemer underveis i tilvirkningsprosessen, vil tilvirker dermed kunne benytte flyten for å holde seg til den avtalte fremdriften. Dersom tilvirker er av den oppfatning at det er grunnlag for å skyve fremdriftsrisikoen over på bestiller, vil han imidlertid ofte ha interesse av å få fristforlengelse. Flyten kan komme godt med på et senere tidspunkt, og det kan derfor være grunn til å spare på den. Ut fra slike betraktninger vil tilvirker, selv om han har flyt tilgjengelig, kunne pretendere at han har krav på fristforlengelse når det inntreffer begivenheter som bestiller har fremdriftsrisiko for.²²⁰ Bestiller vil, på den andre siden, gjerne pretendere at forholdet må innpasses i fremdriften ved å benytte den tilgjengelige flyten.²²¹ Dersom tilvirker ikke har flyt tilgjengelig, vil bestiller videre kunne være av den oppfatning at tilvirker ikke har beregnet tilstrekkelig tid til utførelsen.

Relevansen av tilvirkers flyt med hensyn til forsering er dermed todelt. For det første kan tilvirker ha plikt til å forserer på grunn av at han ikke har lagt inn tilstrekkelig flyt i kontraktene ut fra det han måtte regne med ved kontraktsinngåelse. For det andre kan en plikt til å benytte flyt

²¹⁹ En feilvurdering av ressursbehov innledningsvis kan nødvendiggjøre forsering på et senere tidspunkt. Dersom forsering ikke lar seg gjøre, eksempelvis på grunn av at det ikke er fysisk plass til at flere arbeider samtidig, kan planleggingsvikten unntaksvis tenkes å utgjøre grunnlag for erstatning eller tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, se kapittel 5.4.4.8.

²²⁰ I NF 07 er dette et spørsmål om de tidsmessige virkningene av en VO, jf. NF 07 art. 13.4.

²²¹ Dette kan gjelde selv om forholdet i henhold til kapittel 2 er innenfor bestillers risikoområde – under henvisning til at tilvirker må påregne et visst kvantum ”omstendigheter” underveis.

for å redusere fremdriftsvirkningen av forhold på bestillersiden aktualisere behovet for forsering på et senere tidspunkt. Problemstillingene er imidlertid to sider av samme sak, og formuleres ofte som et spørsmål om hvem som eier flyten.²²² Spørsmålet kan ikke besvares generelt, men det vil i det følgende oppstilles enkelte utgangspunkter for vurderingen knyttet til forsering.

Utgangspunktet etter kontraktene er at tilvirker kan fremsette krav om fristforlengelse / tilleggsvederlag eller VOR når forhold innenfor bestillers risikofære påvirker fremdriften. Tilvirker vil normalt prise arbeidet og legge opp fremdriftsplanen deretter. I noen tilfeller kan imidlertid kontrakten gi direkte holdepunkter for å gi bestiller rett til flyten. I landentrepriser har det undertiden vært avtalt at et visst omfang endringer, for eksempel inntil 15 % av kontraktsprisen, skal kunne bestilles uten at entreprenøren skal ha krav på fristforlengelse.²²³

Selv om det ikke fremgår eksplisitt, kan tilvirker til en viss grad ha plikt til å ta høyde for fremdriftsutfordringer innenfor bestillers risikofære. Dette kan eksempelvis skyldes at bestillersiden ved kontraktsinngåelse har signalisert at det vil forekomme en stor mengde endringer, eller at prosjekteringen er så vidt generell at tilvirker har grunnlag for å regne med at spesifikasjonene underveis vil være avgjørende for hvor lang tid som må beregnes.²²⁴ For tilvirker kan det da være grunn til ikke å nøye seg med å regne med at bestiller velger alternativet som er minst tidkrevende. Partenes alminnelige lojalitetsplikt kan støtte opp under et slikt standpunkt. Det faktiske grunnlaget som er synbart for partene ved kontraktsinngåelse, og som tilvirker bygger sine tidsestimater på, kan på denne måten ha betydning for tilvirkers plikt til å legge inn flyt beregnet for forhold på bestillersiden, og dermed for eierskapet til flyten.

NS 8405 pkt. 25.6 (2) oppstiller en plikt for entreprenøren til å begrense og forebygge virkninger av pålegg om endring. Kolrud m.fl. (2004) legger til grunn at entreprenøren etter dette ”*må planlegge og utføre*

²²² Kaasen (2006) s. 374 og *NS 8405 med kommentarer* (2006) s. 389.

²²³ Dette følger ikke av standarden, men avtales undertiden særskilt.

²²⁴ Kaasen (2006) s. 375.

endringen slik at kostnadene holdes på et forsvarlig nivå".²²⁵ Plikten til å begrense kostnadene er avgrenset til det som kan gjennomføres med rimelige midler. Bestemmelsen fremstår mer som en generell plikt til å gjøre endringer så billig som mulig, enn en regulering av bruk av flyt. Kolrud m.fl. (2004) legger til grunn at den ikke strekker lenger enn det som uansett ville følge av samarbeids- og lojalitetsplikten.²²⁶ NS 8405 pkt. 25.6 har dermed ingen direkte konsekvenser for eierskapet til kontraktens flyt.

Når det gjelder plikten til å benytte foreliggende flyt til å redusere virkningen av fremdriftsutfordringer innenfor bestillers risikofære, viser jeg til Kaasen (1997) som fremmer det syn at utgangspunktet for fastleggelse av tidsvirkninger kan tas i "*hovedtrekkene av fremdriftsplanen, basert på arbeidsomfang, kontraktperiode og andre faktorer. Det er nærliggende å anta at disse hovedtrekkene – i mangel av annen avtale – så langt mulig bør forbli urørt når det senere pålegges endringsarbeider; en stram plan bør fortsatt være det, mens en plan som opprinnelig ga rom for ineffektivitet, fortsatt bør gjøre det*".²²⁷ Dette innebærer at en tilvirker som har lagt inn forholdsvis romslige marginer – forholdene ved avtaleinngåelse tatt i betraktning - ikke vil ha plikt til å anvende flyten til å ta høyde for forhold innenfor bestillers risikofære i en slik utstrekning at hovedinntrykket av kontrakten endres. Tilnærmingen sikrer en opprettholdelse av kontraktens kommersielle balanse med hensyn til tidsaspektet. Hvorvidt hovedinntrykket av kontrakten er endret eller ei, må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle, noe som selvsagt kan by på utfordringer.

Dersom tilvirker har benyttet flyten for å redusere fremdriftsvirkningen av forhold innenfor bestillers risikofære, kan dette, som nevnt, nødvendiggjøre forsering på et senere tidspunkt. Et aktuelt spørsmål for tilvirker vil da være hvilken konsekvens det da skal ha at en tidligere endring ble inkorporert uten fristforlengelse. For å illustrere problemstillingen kan det settes opp et eksempel. I eksempelet har tilvirker to dager

²²⁵ NS 8405 Kommentirutgave (2004) s. 234.

²²⁶ NS 8405 Kommentirutgave (2004) s. 234. Se kapittel 6.1.3 nedenfor om samarbeidsplikten.

²²⁷ Se til det følgende Kaasen (1997) s. 611.

tilgjengelig flyt ved ferdigstillingen av arbeidsoperasjon X. Det betyr at han kunne ha begynt to dager før planen på arbeidsoperasjon Y, men bestiller kommer med en endringsordre som må utføres først. Da denne kan inkorporeres i arbeidet uten forsering, starter tilvirker med arbeidsoperasjon Y til planlagt tid. På grunn av sykdom i arbeidsstokken står imidlertid tilvirker i fare for å bli to dager forsinket med arbeidsoperasjon Y. Dersom denne forsinkelsen materialiserer seg, vil spesialutstyret som skulle benyttes like etter arbeidsoperasjon Y være utilgjengelig i lang tid. Spørsmålet er hvem som i denne situasjonen har fremdriftsrisikoen, og som dermed må bekoste forsering eller ta konsekvensene av forsinkelse.

Av NF 07 art. 13.4 (1) fremgår det at fremdriftsvirkningene av et endringsarbeid skal avtales for den enkelte endringsordre, men slik at det skal *”tas rimelig hensyn til de samlede forsinkende virkninger av tidligere endringsarbeider”*. Dette innebærer at i tilfeller hvor en endring til slutt medfører en forsinkelse, men hvor leverandøren tidligere har lagt endringer inn i arbeidet uten at de har påvirket fremdriften, skal dette hensyntas når virkningen av den siste endring fastlegges. Selv om den utløsende endringen i seg selv ikke medfører noen omfattende forskyvninger i fremdriftsplanen, kan altså fremdriftsvirkningene avtales å ha en slik virkning. At det skal tas hensyn til slike forhold er derved på det rene, men det gis ingen faste holdepunkter for å kartlegge hva det innebærer at tidligere endringer skal hensyntas.

En tilsvarende regel oppstilles i NS 8405 pkt. 24.5 (1), hvoretter det skal *”tas hensyn til den samlede virkningen av tidligere varslede forhold som kunne gi rett til fristforlengelse”*. Innholdet av bestemmelsene er det samme – det skal i rimelig grad tas hensyn til tidligere tidsvirkninger som skyldes forhold på bestillersiden ved fastleggelse av et nytt forhold på bestillersidens innvirkning på fremdriftsplanen. Ingen av kontraktene gir imidlertid noen faste holdepunkter for å vurdere hvor mye vekt det skal legges på slike forhold, og fremdriftsvirkningen beror på hva partene enes om. Dersom partene ikke oppnår enighet, eksempelvis fordi tilvirker mener at endringsarbeidet har hatt en større innvirkning på fremdriften enn bestiller mener, vil uenigheten måtte løses på et senere tidspunkt.

Ved en senere endring eller omstendighet som utgjør ”dråpen som får begeret til å flyte over”, kan tidligere endringer med andre ord hensyntas. Men det kan tenkes at denne siste omstendigheten er av en slik art at det ikke kan knyttes en fristforlengelse av det aktuelle omfang direkte til denne.²²⁸ Spørsmålet vil da være om de tidligere endringsordrene kan gjenåpnes slik at tidsvirkningen av disse kan gi tilvirker krav på fristforlengelse. Etter begge kontraktene må dette bero på hvilke avtaler partene har gjort i tilknytning til de aktuelle forholdene. Dersom fremdriftsvirkningen er avtalt, må tilvirker eventuelt påberope seg avtaleloven § 36 eller bristende forutsetninger for at denne skal tas i betraktning.

6.1.3 Den generelle plikten til samordning/samarbeid

Et spørsmål som kan reises, er om – og eventuelt i hvilken grad – det i visse situasjoner kan utledes en forseringsplikt av tilvirkers samarbeidsplikt. Begge kontraktene oppstiller en generell plikt for tilvirker til samordning eller samarbeid. Samordningsplikten følger av NS 8405 pkt. 18.3, og gjelder overfor ”sideentreprenører, prosjekterende og øvrige aktører i prosjektet”. Grensen for plikten følger av pkt. 18.3 (1) siste setning: Rammene måtte være påregnelige for entreprenøren ved kontraktsinngåelse ”i henhold til kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprisenenes antall, art og fremdrift”. Av dette kan det utledes at entreprenøren må påregne at andre entreprenører kan være avhengig av ham i løpet av kontraktsperioden. Sideentreprenørene kan ha behov for informasjon fra ham på gitte tidspunkt, eller enkelte milepæler for hans kontraktsarbeid kan være nødvendig for at en sideentreprenør skal kunne utføre sitt kontraktsarbeid.

I NF 07 reguleres plikten til samordning hovedsakelig i art. 4.3 (1). Av denne bestemmelsen fremgår det at leverandøren har samarbeidsplikt med selskapet og andre leverandører innenfor rammene som følger av arbeidsbeskrivelsen i vedlegg A og fremdriftsplanen i vedlegg C. Dette slik at ”alle aktiviteter på en Byggeplass kan skje rasjonelt og uten forsin-

²²⁸ Kaasen (2006) s. 377.

kelse”. Selv om kontraktene her benytter ulike begreper, henholdsvis samarbeid og samordning, er det grunn til å tolke bestemmelsene dit hen at innholdet av plikten i prinsippet vil være sammenfallende. Det følger direkte av ordlyden i art. 4.3 at hensikten med samarbeidsplikten er å fremme rasjonell gjennomføring av prosjektet og å bidra til at prosjektet skrider frem i tråd med planlagt fremdrift. De samme hensyn vil gjøre seg gjeldende også i tolkningen av regelen om samordningsplikt i NS 8405. Hvilken betydning dette får, kan variere. En generell forskjell mellom standardkontraktene er at entreprenøren gjerne jobber på byggherrens byggested, mens leverandøren ofte foretar tilvirkingen på sitt eget verksted. Dette medfører at plikten til samordning/samarbeid vil kunne slå ulikt ut under de ulike kontraktene.

Begrunnelsen for å pålegge tilvirker en plikt til å tilpasse seg andre aktører i prosjektet, er at hver tilvirker representerer bare en bit av puslespillet. Bestiller vil ha hele puslespillet ferdig, noe som kan være vanskelig å få til uten at hver tilvirker har en plikt til å tilpasse seg de andre til en viss grad. Begrensningene som følger av vedleggene A og C til NF 07 kan variere, men essensen er at samarbeidsplikten ikke skal påvirke fremdriften eller overskride arbeidsbeskrivelsen som var avtalt. Både i petroleumskontraktene og entreprisekontraktene må dermed grensene for samarbeidsplikten fastlegges konkret, og ikke gå ut over det tilvirkeren måtte kunne regne med da den konkrete kontrakten ble inngått.

Samordningsplikten som påligger tilvirker innebærer at han i planleggingen må ta hensyn til den informasjonen som på forhånd er gitt med hensyn til bestillers og andre aktørers virksomhet.²²⁹ Dette er en kontraktsfestet side av plikten til å sette av tilstrekkelig ressurser og tid som behandlet i kapittel 6.1.2. Særlig tydelig vil samarbeidsbehovet være på en byggeplass hvor flere tilvirkere må dele på utstyr og plass. Dersom prosjektet avhenger av at ulike arbeidsoperasjoner skjer i en bestemt rekkefølge, må tilvirker kanskje på forhånd beregne at det vil gå med noe tid til å vente på at andre aktører får sitt kontraktsarbeid på plass. Det kan også forekomme at tilvirker må stokke om på rekkefølgen for sitt kontraktsarbeid for å tilpasse seg andres progresjon. Informasjonen

²²⁹ Se til det følgende NS 8405 med kommentarer (2006) s. 250 flg.

tilvirker har fått knyttet til samordning, kontraktsarbeidets art og dets omfang er av betydning for hvor stor grad av samordning tilvirker må påregne.²³⁰

Informasjon og fremdrift hos en tilvirker kan derved være avgjørende for at en annen tilvirker skal kunne holde planlagt produktivitet. Slike grensesnitt mellom kontraktene vil imidlertid kunne gå begge veier. Tilvirker vil, av strategiske grunner, kunne avtale med bestiller å motta informasjon fra sidetilvirkere og bestiller på et så tidlig tidspunkt som mulig. Dette gjelder selv om informasjonen strengt tatt ikke behøves før senere ut i tilvirkningsprosessen. Bakgrunnen for å inngå slike avtaler er at bestiller eller sidetilvirker da lettere vil overskride de avtalte fristene for tilveiebringelse av grensesnittinformasjon. Tilvirker har derved skaffet seg en knagg som han vil kunne henge hele eller deler av ansvaret på overfor bestiller når en hindring truer fremdriften.

I den grad tilvirker feilberegner tidsbruk i tilknytning til samordning på forhånd, ut fra det som måtte regnes med etter en tolkning av kontrakten, vil han etter kontrakten være forpliktet til å forsere. Dette er et kontraktsfestet utslag av reglene knyttet til disponering av flyt.²³¹

Samordningsplikten vil videre kunne legge bånd på tilvirkers frihet til å velge hvilke tiltak som eventuelt skal benyttes ved forsering. Dersom det foreligger to alternative tiltak, og det ene er til større ulempe for andre aktører, kan tilvirker være forpliktet til å velge det mest gunstige. På den andre siden vil omrokering i form av at to aktiviteter som skulle utføres etter hverandre må utføres parallelt, kunne legge beslag på større ressurser enn tilvirker har tilgjengelig. Marthinussen m.fl. (2006) legger til grunn at et slikt pålegg *”ofte vil gå ut over det entreprenøren er forpliktet til å gjøre vederlagsfritt”*.²³²

Ut over det ovennevnte synes ikke samordningsplikten å innebære en forseringsplikt for tilvirker. En yttergrense følger av kontraktens uttrykkelige avgrensning mot forseringsplikt i en slik utstrekning at

²³⁰ NS 8405 med kommentarer (2006) s. 252.

²³¹ Se kapittel 6.1.2.

²³² NS 8405 med kommentarer (2006) s. 254.

milepæler i fremdriftsplanen fremskyndes.²³³

6.1.4 Forseringspålegg fra selskapet / byggherren

Kontraktene gir i enkelte tilfeller bestiller rett til ensidig å pålegge tilvirker å forsere. Retten for bestiller har sin motsats i en tilsvarende plikt for tilvirker til å forsere ved slike pålegg. Begrunnelsen for bestillerens adgang til å beordre endringer i form av forsering, er at fremdrift står så sentralt for bestiller. For fabrikkasjonskontrakter er fremdrift generelt av vesentlig betydning.²³⁴ For entrepriser på land kan fremdrift i enkelte kontraktsforhold være mer sentralt enn i andre, for eksempel når et olympisk anlegg skal stå ferdig til åpningsseremonien slik tilfellet var i dom fra Eidsivating lagmannsrett inntatt i lovdata som LE-1996-267.

I henhold til NF 07 har selskapet en vidtgående kompetanse til å pålegge leverandøren å forsere. Selskapet kan utstede slikt pålegg ved endringsordre. Av NF 07 art. 12.1 (2) følger det uttrykkelig at endringer kan gjøres i fremdriftsplanen i vedlegg C. Byggherrens mer begrensede adgang til å pålegge entreprenøren å forsere ved endringsordre følger av NS 8405 pkt. 22.2. Når det utstedes pålegg etter disse reglene, oppstår det etter begge kontraktene en umiddelbar kontraktsplikt for tilvirker til å forsere, jf. NF 07 art. 15.1 og NS 8405 pkt. 22.3 (3). Dersom tilvirker mottar en endringsordre som påbyr forsering, er villfarelsesrisikoen derved eliminert – han kan trygt forsere uten å risikere å utføre et arbeid som lå utenfor kontrakten uten å få kompensasjon, som beskrevet i kapittel 5.3.

Verken NS 8405 eller NF 07 oppstiller en ubegrenset adgang for bestiller til å pålegge tilvirker å forsere. Dersom bestiller hadde vært utstyrt med en slik blancofullmakt til forseringspålegg, ville foruberegneligheten for tilvirker være svært liten. Reglene må hensynta bestillers styringsbehov og viktigheten for bestiller av at arbeidet kan ha planlagt progresjon, og samtidig sikre en viss forutberegnelighet for tilvirker med hensyn til kontraktsarbeidets omfang og å sikre at det gis kompensasjon for ekstra

²³³ NF 07 art. 4.3 (1) og NS 8405 pkt. 18.3 (1).

²³⁴ Kaasen (1997) s. 607.

arbeid. På dette punktet foreligger det en klar forskjell mellom fabrikkasjonskontrakten og entreprisekontrakten.

Byggherren kan kun pålegge entreprenøren å forsere etter NS 8405 pkt. 22.2 dersom ett av to alternative vilkår foreligger. For det første kan forsering pålegges dersom entreprenøren har krav på fristforlengelse, jf. pkt. 22.2 (1). Det er ikke oppstilt reservasjoner i tilknytning til dette vilkåret, noe som medfører at grunnlaget for fristforlengelseskravet er uten betydning. Byggherren kan imidlertid ha behov for å sikre fremdrift selv om han ikke er av den oppfatning at entreprenøren har krav på fristforlengelse. Et spørsmål som kan reises, er om bestemmelsen innebærer at byggherren må påta seg ansvaret for fremdriftsproblemet og anerkjenne at entreprenøren har et berettiget fristforlengelseskrav for å kunne pålegge forsering. Ordlyden trekker i retning av en slik fortolkning: Vilkåret er at entreprenøren ”*har krav på fristforlengelse*”. Dette vil ikke nødvendigvis være tilfellet dersom byggherren ikke påtar seg fremdriftsansvaret, ettersom partene ofte vil ha ulike oppfatninger om fristforlengelseskravets rettmessighet når forseringsspørsmålet er aktuelt. Forgjengeren NS 3430 inneholdt ingen tilsvarende bestemmelse. Adgangen til å pålegge forsering synes derfor utvidet ved NS 8405 (2004), noe som tilsier at byggherrens rett ikke bør tolkes videre enn ordlyden tilsier. Alternativene for byggherren er da enten å påta seg ansvaret for fremdrift, og pålegge forsering, eller å håpe at entreprenøren velger å forsere jf. pkt. 24.8 selv om fristforlengelseskravet ble avvist. En slik fortolkning av pkt. 22.2 (1) medfører at kontraktene gir anvisning på ulike løsninger i denne situasjonen: I henhold til NF 07 vil selskapet kunne utstede DVO som pålegger forsering, uten derved å påta seg fremdriftsansvaret.

For det andre kan forsering i henhold til NS 8405 pkt. 22.2 (2) pålegges dersom hensynet til samordning nødvendiggjør forsering ut over det som følger av entreprenørens samordningsplikt. På dette punkt inneholder ikke NS 8405 noen begrensning i forhold til dagmulktbelagte frister. Fremdriftsplanen begrenser dermed ikke byggherrens adgang til å pålegge forsering dersom det er nødvendig for samordningen. Som det fremgår av kapittel 6.1.3, kan imidlertid en viss forseringsplikt sies å følge av samordningsplikten i seg selv. I den grad de nødvendige samordnings-

tiltak medfører flytting av frister, eller på annen måte går ut over begrensningene for samordningsplikten, kan imidlertid byggherren pålegge forsering. Forskjellen for entreprenøren er at en endringsordre foranlediger et krav om kompensasjon for de pålagte forseringstiltakene.

Motsetningsvis oppstilles det ingen særskilte vilkår som begrenser selskapets adgang til å utstede endringsordrer som pålegger forsering etter NF 07 art. 12.1. Selskapet kan etter dette pålegge forsering selv om leverandøren har holdt planlagt fremdrift, og ligger an til å ferdigstille arbeidet i tråd med opprinnelig sluttdato. Den eneste begrensningen følger av den generelle yttergrensen i NF 07 art. 12.1 (3), hvoretter selskapet ikke kan ”foreskrive Endringer av Arbeidet som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått”. Utgangspunktet for grensefastleggelsen må være en bred vurdering av kontraktens regulering av kontraktarbeidets art og omfang, og en tolkning av hva partene med rimelighet kunne forvente ut fra dette. Det er etter ordlyden partenes felles rimelige forventninger som er målestokken. Partene vil imidlertid ved kontraktsinngåelse med rimelighet kunne forvente ulikt omfang av endringer, slik at en felles rimelig forventning kan være vanskelig å etablere.²³⁵

Temaet for vurderingen er om summen av endringene ”samlet sett” overstiger grensen. Også enkeltstående endringer kan imidlertid overskride det partene med rimelighet kunne regne med, men ordlyden verken omfatter eller avgrenser mot enkeltstående endringer. Kaasen (2006) tolker ordlyden på dette punkt dit hen at det ikke utelukker at grensen kan gjøres gjeldende ved ”enkelstående endringer av slikt omfang eller slik art at den overskrider hva partene med rimelighet kunne forventet”.²³⁶ Ut over dette må grensen fastlegges konkret for den enkelte kontrakt. Generelt kan det sies at når det gjelder endringer i form av forsering, vil partene ved kontraktsinngåelse ha grunn til å regne med færre endringer som indirekte medfører konsekvenser for fremdriften jo nærmere ferdigstillingse kontraksarbeidet er.²³⁷ Det er også rimelig å

²³⁵ Kaasen (2006) s. 336.

²³⁶ Kaasen (2006) s. 337.

²³⁷ Kaasen (2006) s. 282.

forvente at selskapet ønsker å holde planlagt ferdigstillelse, og at forseringspålegg vil kunne gis i den forbindelse. Når det gjelder forseringspålegg som fremskynder frister, kan det være grunn til å vurdere hvordan tidsaspektet i kontrakten opprinnelig ble lagt opp for å vurdere hvilken forventning partene hadde grunn til å ha. Visse absolutte grenser må kunne oppstilles: Forsering må være fysisk mulig innenfor grenser som følger av lover og regelverk.²³⁸ Ut over dette vil grensen bero på en konkret fastsettelse.

En generell yttergrense følger også av NS 8405 pkt. 22.2 (3), hvoretter entreprenøren bare har forseringsplikt ”i den utstrekning dette kan skje innenfor rammen av en forsvarlig fremdrift og er praktisk mulig uten urimelige oppfordringer for entreprenøren. Hvis krav til samordning etter annet ledd medfører at en dagmulktbelagt frist forskyves til et tidligere tidspunkt, skal den nye fristen anses som dagmulktbelagt i den utstrekning den kan nås ved forsering innenfor de rammer som følger av foregående punktum.” Av dette kan det utledes at entreprenøren ikke har forseringsplikt hvis forsering ikke lar seg gjøre uten å kutte hjørner, for eksempel når det gjelder sikkerhet. Videre må forseringen være praktisk mulig uten at entreprenøren må foreta urimelige oppfordringer. Grensene er skjønnsmessige, men den ytre rammen for byggherrens adgang til å pålegge forsering synes å være trangere enn selskapets.

Av pkt. 22.2 (3), siste setning fremgår det at en dagmulktbelagt frist som er fremskjøvet på grunn av samordningsbehov, skal anses dagmulktbelagt ”i den utstrekning den kan nås ved forsering” innenfor den ovennevnte yttergrensen. Byggherren kan dermed ikke kreve dagmulkt dersom forsering ligger utenfor den ytre rammen. Forsering ut over rammen er heller ingen kontraktsplikt for entreprenøren jf. pkt. 22.2 (3) første setning, og det ville gitt dårlig sammenheng i systemet dersom byggherren kunne gjøre gjeldende misligholdssanksjoner uten at det foreligger kontraktsbrudd.

Adgangen til å pålegge tilvirker å forsere slik at tidsplanen overholdes til tross for at det er foretatt endringer i tilvirkerens plikter og arbeidsmengde, forrykker balansen i kontraktsforholdet. Dette gjelder åpenbart

²³⁸ Kaasen (2006) s. 337.

også hvis forsering skal skje slik at fremdriftsplanen strammes inn. Skjevheten som da oppstår, skal etter begge kontraktene rettes opp ved å foreta en tilsvarende justering av vederlaget, jf. NF 07 art. 13 og NS 8405 pkt. 25.2 a).

Som nevnt, reguleres selskapets kompetanse til å pålegge forsering av endringsreglene. Dersom selskapet utsteder en formløs forseringsinstruks, kan leverandøren utstede VOR. For det tilfellet at VOR ikke blir fremsatt, vil leverandøren være forpliktet i tråd med instruksene på grunn av preklusjonsreglene. Selskapet kan på bakgrunn av en VOR velge å respondere enten med en VO eller ved en DVO. I begge tilfeller vil det oppstå en plikt for leverandør til å forserer i samsvar med den fremsatte ordren.

Selv om det kan være økonomisk byrdefullt for tilvirker å forserer på grunnlag av slike endringsordrer fra bestiller, vil endringer i form av forsering som regel være positivt for tilvirker. Grunnen til det er nettopp at villfarelsesrisikoen²³⁹ elimineres. Bestiller kan også i stor grad velge forseringstiltak.²⁴⁰ Dersom instruksene går utenfor det tilvirker mener å være forpliktet til, vil bestiller uansett ha en slik kompetanse innenfor grensene som følger av adgangen til å foreskrive endringer.²⁴¹ I praksis innebærer dette at bestiller har en vid kompetanse til å instruere tilvirker om forseringstiltak. I den grad bestiller velger forseringstiltak, vil tilvirker i utgangspunktet ikke ha risiko for egnetheten av det valgte tiltaket.²⁴²

6.1.5 Foreligger det absolutte yttergrenser for omfanget av tilvirkers forseringsplikt når tilvirker har den økonomiske risiko for fremdriften?

I enkelte situasjoner kan det tenkes at en forsering vil innebære så store kostnader for tilvirker at det kan reises spørsmål om det foreligger en øvre tålegrense for tilvirkers plikt til å oppfylle. Verken NS 8405 eller NF

²³⁹ Se kapittel 5.2.

²⁴⁰ Kaasen (2006) s. 265-266.

²⁴¹ En endring kan etter begge kontraktene gå ut på at tilvirker skal gjennomføre et bestemt forseringstiltak.

²⁴² Kaasen (2006) s. 247-249. Det samme må gjelde også etter NS 8405.

07 oppstiller noen uttrykkelig øvre grense for hvilke kostnader tilvirker har plikt til å pådra seg for å oppfylle kontraktmessig. Kaasen (2006) legger til grunn at leverandøren etter fabrikkasjonskontrakten *”innenfor meget vide rammer har risikoen for den økonomiske gjennomførbarhet av de kontraktsplikter han påtar seg”*.²⁴³ Han uttrykker også at utgangspunktet er at *”leverandøren hefter med alt han har for oppfyllelsen av kontrakten, altså at det ikke er grenser for hvilke omkostninger han må pådra seg for å motvirke en truende forsinkelse som han har risikoen for”*.²⁴⁴ Dette må også være utgangspunktet for NS 8405. Spørsmålet i det følgende er om det kan påvises en øvre grense for tilvirkers plikt til å forsere dersom risiko på tilvirkersiden materialiserer seg slik at det krever svært store ressurspådrag å oppfylle kontraktmessig.²⁴⁵

Prinsipielt kunne det tenkes at utgangspunktet kunne tas i kontraktens kvantitative begrensninger for forsinkelsesansvar. Både NF 07 og NS 8405 oppstiller en øvre grense på 10 % av kontraktsprisen hva gjelder dagmulktansvaret.²⁴⁶ Dersom dette var styrende for tilvirkers forpliktelse til å yte kontraktmessig, ville imidlertid dagmulktansvaret *”fremstå som en opsjon for realdebitor”*.²⁴⁷ Kaasen (2006) legger til grunn at *”det forhold at ansvaret for forsinkelser som faktisk materialiserer seg er begrenset, gir ikke grunnlag for å slutte at kostnadseksponeringen mht. forebyggende tiltak er det”*.²⁴⁸ Det synes dermed ikke å være grunnlag for å utlede en yttergrense for tilvirkers plikt til å pådra seg kostnader for å levere i tide av ansvarsgrensen for dagmulkt i NF 07 art. 24.2 (3) og NS 8405 pkt. 34.3 (3).

Et annet potensielt moment for fastleggelsen av en øvre grense i NS 8405 som fremsettes av Tvedt og Bruserud (2010), er hensynet til sam-

²⁴³ Kaasen (2006) s. 593.

²⁴⁴ Kaasen (2006) s. 240.

²⁴⁵ Det forutsettes i det følgende at tilvirker har fremdriftsrisikoen, og at det ikke foreligger force majeure eller force majeure-lignende omstendigheter. Se for øvrig kapittel 2.4.

²⁴⁶ NF 07 art. 24.2 (3) og NS 8405 pkt.34.3 (3).

²⁴⁷ Tvedt (2010) s. 448.

²⁴⁸ Kaasen (2006) s. 245-246.

menheng i kontraktsreguleringen.²⁴⁹ Dersom oppfyllesterskelen settes lavere i situasjoner hvor risiko på tilvirkersiden som klart ikke er force majeure enn for force majeure-lignende tilfeller, vil tilvirker stilles bedre hvor han selv utvilsomt har risikoen.²⁵⁰ Av dette momentet kan det utledes at oppfyllesterskelen ved inntrufne forhold som tilvirker har risiko for, i hvert fall må være på nivå med denne terskelen. Flere konkrete momenter som oppstilles av Tvedt og Bruserud (2010) er hvorvidt tilvirker har tatt en bevisst risiko ved avtaleinngåelse, om risikomaterialisering knytter seg til konjunkturømfintlige innsatselementer, samt det relative styrkeforholdet mellom tilvirker og bestiller.²⁵¹ I tillegg fremheves det at terskelen kan tenkes å ligge lavere dersom tilvirker har betydelig mindre flyt i fremdriftsplanen enn normalt, og dette var synlig for bestiller ved kontraktsinngåelse.²⁵² Synspunktene er relevante også for NF 07.

En ytre grense for tilvirkers plikt til å forsere kunne videre tenkes å følge av en forholdsmessighetsbegrensning.²⁵³ En forholdsmessighetsbegrensning gjelder etter begge kontraktens bakgrunnsrett. For NF 07 gjelder antakelig kjøpsloven § 23 som bakgrunnsrett.²⁵⁴ Etter bestemmelsen kan ikke kjøper kreve naturaloppfyllelse dersom det er uforholdsmessighet mellom leverandørens bidrag og selskapets nytte av bidraget. Kjøpsloven § 23 kan dermed tenkes å modifisere leverandørens fremdriftsplikt.²⁵⁵ Prinsippet om forholdsmessighet er også å gjenfinne i andre lover på kontraktsrettsområdet, herunder i reglene om retting i bustadoppføringslova § 32. Hagstrøm (2003) legger til grunn at det dreier seg om et prinsipp av mer allmenn karakter, men at dets gjennomslagskraft kan variere.²⁵⁶ Prinsippet kan dermed tenkes å få anvendelse også etter NS 8405. Forholdsmessighetsbegrensningen gjelder imidlertid kun plikten

²⁴⁹ Tvedt (2010) s. 445.

²⁵⁰ Se kapittel 2.4.

²⁵¹ Tvedt (2010) s. 449-450.

²⁵² Dette gjelder typisk ved anbudskonkurranser.

²⁵³ Tvedt (2010) s. 436.

²⁵⁴ Se kapittel 1.3.

²⁵⁵ Kaasen (2006) s. 593.

²⁵⁶ Hagstrøm (2003) s. 370.

til å levere naturalytelse.²⁵⁷ Selv om det er uforholdsmessig å oppfylle, vil derfor bestiller ha krav på forsinkelsessanksjoner.

Forholdsmessighetsbegrensningen kan likevel ha betydning også for adgangen til å kreve erstatning, ettersom denne etter NS 8405 beror på en aktsomhetsvurdering og etter NF 07 på en rimelighetsvurdering.²⁵⁸ Disse vurderingene vil farges av hvorvidt tilvirker hadde en kontraktsplikt til å pådra ekstra ressurser ved forsering.²⁵⁹ Dersom forsering forutsetter kostnadspådrag som står i vesentlig misforhold til fordelene som oppnås på selskapets hånd, og leverandøren derfor ikke har plikt til å forsere, vil det neppe være urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen i NF 07 art. 24.4.²⁶⁰ Misforholdsbegrensningen har tvert imot klare linjer til rimelighetsstandarden i avtaleloven § 36: Prinsippet viser til en interesseavveining hvoretter det avgjørende er om gjennomføring av naturaloppfyllelse ”ville være urimelig overfor realdebitor”.²⁶¹ Videre vil entreprenørens opptreden i et tilsvarende tilfelle neppe innebære en rettsstridig eller uforsvarlig tilsidesettelse av byggherrens interesser, slik at han anses for å ha utvist forsett eller grov uaktsomhet jf. NS 8405 pkt. 34.1 (3). Det ligger i forholdsmessighetsbegrensningen at en slik prioritering nettopp er tillatt på grunn av en avveining av partenes interesser.

En eventuell modifikasjon iplikten til naturaloppfyllelse kan videre tenkes å følge av avtaleloven § 36 eller av læren om bristende forutsetninger. Som det fremgår av vurderingen av om ansvarsbegrensningene i NF 07 art. 24.4 kan settes til side, skal det mye til for at avtaleloven § 36 skal komme til anvendelse i kommersielle kontraktsforhold. Oppgaven rommer ikke en videre behandling av adgangen til avtalerevisjon.

²⁵⁷ Kjøpsloven § 23 (1), Hagstrøm (2003) s. 368-370, Kaasen (2006) s. 247.

²⁵⁸ Se kapittel 5.4.4.

²⁵⁹ Se kapittel 5.4.4.4 og 5.4.4.2. Se også Tvedt (2010) s. 450 flg.

²⁶⁰ Kaasen (2006) s. 247.

²⁶¹ Hagstrøm (2003) s. 370.

6.2 Situasjonen etter fremsatt VOR eller krav om fristforlengelse. Kontraktens prosessuelle reglers bidrag til valget.

6.2.1 Innledning

Hittil i fremstillingen er det skissert hvilke holdepunkter tilvirker har for å vurdere hvorvidt han skal forsere eller la fremdriftsplanen glippe dersom årsaksbildet er uskarpt eller brokete, dokumentasjon vanskelig å fremskaffe, eller risikospørsmålet uavklart. Forholdene må kartlegges konkret i den enkelte valgsituasjon for å avgjøre om forsering, alt tatt i betraktning, er den mest hensiktsmessige løsningen på den aktuelle fremdriftsutfordringen.

Oppsummeringsvis kan det være et utgangspunkt at vurderingen som må foretas, i første ledd blir en analyse av hva som er den mest sannsynlige årsakssammensetningen bak fremdriftsutfordringen. Ulike forhold som kan medføre et forseringsbehov ble beskrevet i kapittel 2. Neste ledd i vurderingen vil kunne være å kartlegge hvem som har risikoen for fremdriftsutfordringen, noe som i stor grad vil avhenge av årsaken. Dersom årsaken er brakt på det rene, handler dette om å subsumere de konkrete faktiske forhold under kontraktens bestemmelser om risikoplassering. Utgangspunktene når det gjelder risikoplassering fremgikk av kapittel 2, og risikospørsmålet ble videre behandlet i kapittel 6.1. I de fleste tilfeller er det imidlertid usikkerhet knyttet til årsaksbildet, og dermed til risikoplasseringen. Et neste steg kan da være å bringe ulempene knyttet til å legge feil fakta eller risikovurdering til grunn på det rene i størst mulig grad, som behandlet i kapittel 5.2, 5.3 og 5.4. Etter dette vil vurderingen av hvilket handlingsalternativ som er mest hensiktsmessig koke ned til en avveining av graden av sikkerhet knyttet til risikoplasseringen, holdt opp mot fallhøyden ved å legge feil løsning til grunn. I kapittel 6.1 ble det presentert noen sider ved kontraktene som kan bidra til denne vurderingen.

Kontrakten gir imidlertid tilvirker ytterligere ett holdepunkt for å vurdere om han skal forsere eller ikke. Både NS 8405 og NF 07 har et

sterkt innslag av formalisme som legger rammer for tilvirkers håndtering av utfordringer knyttet til fremdrift. Som beskrevet i kapittel 4.3.3, har tilvirker formelle redskaper for å flytte fremdriftsrisikoen over på bestiller i visse situasjoner. Konsekvensene av bestillers reaksjon på tilvirkers utspill kan være avgjørende for den videre håndteringen av fremdriftsutfordringer. I kapittel 4.3.3 ble disse reglene behandlet under forutsetning av at det utvilsomt forelå grunnlag for å flytte fremdriftsrisikoen over på bestiller. For den følgende drøftelsen opprettholdes ikke denne forutsetningen. Temaet videre i kapittel 6.2 er hva som ved fremdriftsutfordringer kan utledes av kontraktens formalistiske system når det er usikkerhet knyttet til årsaksbilde, kontraktsforståelse eller dokumentasjon.

Tilvirker har i prinsippet to alternativer etter kontrakten – han kan erkjenne å ha ansvaret for fremdriften, eller han kan pretendere at fremdriftsrisikoen ligger hos bestiller. I begge tilfeller vil han kunne fortsette kontraktsarbeidet uten å foreta forsering, eller han kan forsere (helt eller delvis).²⁶²

Dersom tilvirker ikke pretenderer at fremdriftsrisikoen ligger hos bestiller, og velger å forsere uten at bestiller har kommet på banen, vil handlingsmåten vil være som beskrevet i kapittel 4.3.2. Tilvirker vil, som en følge av en slik håndtering, miste adgangen til å kreve mer tid eller penger fra bestiller, på grunn av de preklusive fristene som behandlet i kapittel 4.3.3. Dersom tilvirker på denne måten påtar seg ansvaret, er valget tatt, og vi er utenfor temaet for den videre fremstillingen. Den preklusive effekten vil også inntre dersom tilvirker ufrivillig oversitter fristen. Tilvirker vil da miste muligheten til å få fristforlengelse for forhold innenfor bestillers risikoområde.²⁶³ Uansett årsaken til fristoversittelse, vil tilvirker ha fremdriftsrisikoen. Det innebærer at han må forsere for egen regning for å unngå forsinkelse.

Fremgangsmåten for å pretendere at fremdriftsrisikoen ligger hos selskapet vil i utgangspunktet være den samme som i kapittel 4.3.3. For leverandøren vil utspillet være å utstede en VOR i henhold til art. 16.1,

²⁶² Se kapittel 4.3.

²⁶³ Se kapittel 2.3 flg.

mens det for entreprenøren vil være å kreve fristforlengelse jf. pkt. 24.4.²⁶⁴ Hendelsesforløpet som påfølger utspillet fra tilvirker vil imidlertid lede til mer kompliserte vurderinger enn beskrevet i kapittel 4.3.3. Ballen spilles i begge tilfeller over til bestiller, som må velge hvorvidt han godtar pretensjonen. I det følgende skal det redegjøres nærmere for hvilke situasjoner tilvirker kan forvente når han har pretendert at risikoen ligger hos bestiller, uten at det er på det rene at pretensjonen er holdbar.

De alternative responsene fra bestiller behandles først. Deretter behandles perioden frem til bestiller responderer eller frem til fristen for respons løper ut. Grunnen til at fremstillingen ikke er kronologisk bygd opp på dette punktet, er at stillingen i perioden frem til bestiller responderer kan bero på hvilken respons som i etterkant kommer fra bestiller.

6.2.2 Bestiller godtar tilvirkers pretensjon

Det kan tenkes at bestiller rett og slett godtar tilvirkers pretensjon, og er enig i at tilvirker har krav på endringsordre etter NF 07 eller fristforlengelse etter NS 8405. I så fall vil selskapet utstede VO, mens byggherren vil godta kravet om fristforlengelse. Begge disse reaksjonene er uproblematisk. Bestiller har anerkjent å ha risiko for fremdriften, og kan velge hvorvidt tilvirker skal forsere for bestillers regning eller om han skal få fristforlengelse. Situasjonen vil da reguleres som beskrevet i kapittel 4.3.3.²⁶⁵

Vanskeligere blir situasjonen dersom bestiller ikke godtar tilvirkers pretensjon eller unnlater å respondere.²⁶⁶ I det følgende skal det redegjøres grundigere for hvordan disse situasjonene vil utspille seg der tilvirker er usikker på egen kontraktsposisjon.

²⁶⁴ Eventuelt etter å ha fremsatt endringsordrekrav jf. NS 8405 pkt. 23.2. Kravet om fristforlengelse må for øvrig spesifiseres jf. pkt. 24.6 og kapittel 4.3.3 ovenfor.

²⁶⁵ De økonomiske og tidsmessige konsekvensene av VO vil i etterkant kunne være gjenstand for uenighet, men valget vedrørende forsering vil være tatt. Underveis vil tidsproblemet håndteres slik det fremgår av redegjørelsen i kapittel 4, mens uenighet angående økonomiske konsekvenser håndteres i henhold til NF 07 art. 15.2 og NS 8405 pkt. 25.6 flg.

²⁶⁶ Se kapittel 4.3.3.

6.2.3 Bestiller er uenig i tilvirkers pretensjon

Av NS 8405 pkt. 24.7 fremgår det at byggherrens reaksjon, dersom han er uenig i entreprenørens krav om fristforlengelse, vil være å fremme innsigelser mot kravet. Denne handlingen spiller ballen tilbake til entreprenøren. Entreprenøren kan velge å stole på sin opprinnelige pretensjon og unnlate å sette i verk akselerasjonstiltak. En slik fremgangsmåte setter ham imidlertid i fare for å misligholde kontrakten. Alternativet er å forsere.

Som det fremgikk av kapittel 4.3.3, tilkommer det entreprenøren å velge å anse avslaget som et forseringspålegg dersom byggherrens avslag er uberettiget, jf. NS 8405 pkt. 24.8 (1). Retten til å anse avslaget som et forseringspålegg innebærer at entreprenøren som et utgangspunkt kan forsere uten å bære noen villfarelsesrisiko. Dette skyldes at han har krav på kompensasjon for forseringen dersom fremdriftsrisikoen viser seg å ligge hos byggherren. Dersom fremdriftsrisikoen viser seg å ligge hos entreprenøren, har han bare oppfylt sin kontraktuelle fremdriftsplikt. Som nevnt i kapittel 4.3.3, kan imidlertid ikke entreprenøren anse avslaget på fristforlengelse som en endringsordre dersom forseringsutgiftene ”*må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %*” jf. pkt. 24.8. Dersom dagmulkten må antas å ville overstige denne grensen, har entreprenøren villfarelsesrisikoen for den delen av kostnadene som overstiger grensen.²⁶⁷ Økonomisk kan det dermed lønne seg å unnlate forsering i en slik situasjon. Jo større usikkerhet det er knyttet til risikoplasseringen, jo større grunn har imidlertid entreprenøren til å se hen til erstatningsregelen i pkt. 34.1 (3) ved vurderingen av hvorvidt han skal forsere i disse tilfellene.²⁶⁸

Dersom byggherren avslår kravet om fristforlengelse, bør entreprenøren derfor gjøre et overslag over forseringskostnadene, og vurdere om de må antas å ville overstige grensen i NS 8405 pkt. 24.8. For det tilfellet at de må antas å ville overstige grensen, vil entreprenøren stå overfor et

²⁶⁷ Se kapittel 4.3.3.

²⁶⁸ Se kapittel 5.4.4.4 og 5.4.4.6.

valg og være eksponert for konsekvensene som behandlet i kapittel 5.2, 5.3 og 5.4. Dersom kostnadene knyttet til forsering ikke ”må antas å ville overstige” grensen i pkt. 24.8, vil villfarelsesrisikoen ved forsering være eliminert. Kontrakten inneholder dermed et incentiv for entreprenøren til å holde seg til planlagt fremdrift.

Av NF 07 art. 16.2 fremgår det at selskapets respons ved uenighet i forhold til leverandørens pretensjon vil være å utstede DVO. På dette punktet innebærer NF 07 en avklaring for leverandøren som entreprenøren ikke får etter NS 8405. Særlig sentral er forskjellen der forseringskostnadene må antas å overstige grensen i NS 8405 pkt. 24.8. Selskapet kan for eksempel være uenig i at leverandøren har krav på VO fordi fremdriftsproblemet etter selskapets syn ikke skyldes forsinkede leveranser, men forhold på leverandørens side. Utstedelsen av en DVO vil da innebære at valgfriheten, og dermed også villfarelsesrisikoen, for leverandøren faller bort. Dersom fremdriftsutfordringen i etterkant viser seg å ha vært forårsaket av forsinkede leveranser, har leverandøren krav på kompensasjon i henhold til art. 27.2. Lå fremdriftsrisikoen hos leverandøren, har han unngått å misligholde kontrakten på grunn av feilvurderingen.

Selskapet har ikke anledning til å avvise leverandørens pretensjon om VOR på materielt grunnlag, slik byggherren kan gjøre overfor entreprenøren. Den eneste kontraktmessige respons fra selskapet ved materielle innsigelser er en DVO, alternativt et frafall av instruks dersom VOREn var foranlediget av en formløs instruks.

6.2.4 Særtilfelle: DVO som aksepterer fristforlengelse

Kaasen (2006) legger til grunn at selskapet også kan tenkes å respondere på leverandørens VOR ved en DVO, men slik at selskapet oppgir at leverandøren skal få fristforlengelse dersom han skulle ha rett.²⁶⁹ En slik respons innebærer at selskapet, i hvert fall tilsynelatende, skyver villfarelsesrisikoen tilbake på leverandøren. Kaasen (2006) legger til grunn at dette resultatet synes ”å følge ubønhørlig av endringsreglens

²⁶⁹ Kaasen (2006) s. 237-238.

mekanikk".²⁷⁰ Samtidig gir han uttrykk for at dette bryter med en av hovedideene bak endringssystemet. Problemstillingen er at kontrakten enten må fortolkes slik at selskapet ikke kan prioritere penger over tid uten å påta seg fremdriftsrisikoen, eller slik at leverandøren stilles i en posisjon hvor endringsreglene ikke bidrar til noen avklaring av hans handlingsplan.

Dersom DVO som aksepterer fristforlengelse tillegges virkninger i tråd med selskapets intensjoner, kan leverandøren forsere, men uten å ha krav på kompensasjon dersom selskapet hadde fremdriftsrisikoen. Leverandøren kan videre unnlate å forsere, men vil da risikere å misligholde kontrakten. DVO som aksepterer fristforlengelse synes i utgangspunktet å ligge innenfor selskapets responsalternativer etter kontrakten: Kontrakten fastsetter ikke uttrykkelig at en DVO ved fremdriftsutfordringer *må* gå ut på forsering. Samtidig vil DVO som aksepterer fristforlengelse innebære at en av de sentrale rettsvirkningene ved DVO settes til side: Arbeidsplikten som følger av art. 16.2 (2).

Bakgrunnen for at leverandøren har arbeidsplikt når selskapet utsteder DVO, er at handlingsplanen skal avklares, selv om risikospørsmålet er uavklart.²⁷¹ I de fleste tilfeller er selskapets ensidige adgang til å velge fremgangsmåte ved uenighet en stor fordel for selskapet. For leverandøren innebærer arbeidsplikten ved DVO at han er fratatt sin forhandlingsposisjon og ikke kan "true" med forsinkelse. Systemet balanseres imidlertid ved at leverandøren samtidig fritas for villfarelsesrisikoen. Dersom selskapet skal kunne velge å respondere med en DVO som gir fristforlengelse, med den virkning at leverandøren igjen sitter med villfarelsesrisikoen, vil ikke endringsreglene bidra til noen avklaring av forseringsspørsmålet.²⁷² Valget for tilvirker vil bero på de samme vurderingene som gjør seg gjeldende i utgangspunktet, nemlig risikoplassering, uten at han har fått flere holdepunkter for å bringe risikoplasseringen på det rene.

Selskapet må ha anledning til å bestemme at leverandøren ikke skal

²⁷⁰ Kaasen (2006) s. 239.

²⁷¹ Kaasen (2006) s. 239.

²⁷² Kaasen (2006) s. 237-238.

forsere, eller til å velge penger over tid. Det kan imidlertid argumenteres for at selskapet da ikke kan gjøre forsinkelsessanksjoner gjeldende i etterkant. Problemstillingen vil antakelig ikke oppstå ofte, ettersom selskapet i de fleste tilfeller vil være interessert i å velge tid over penger (fordi tid utgjør mer penger). Hadde ikke fremdrift vært så sentralt for selskapet, ville DVO som aksepterer fristforlengelse være et redskap som åpnet for spekulasjon i leverandørens vilje til å fastholde sin pretensjon om fremdriftsrisikoplasseringen. Uansett synes arbeidsplikten ved DVO å stå så sentralt at kontrakten på dette punkt bør fortolkes slik at leverandøren får plikt til å unnlate å forsere ved DVO som aksepterer fristforlengelse. Konsekvensen er at selskapet ikke kan plassere villfarelsesrisikoen hos leverandøren ved å utstede slik DVO. Dersom selskapet vil at leverandøren skal avstå fra å forsere, må det derfor utstede VO.

6.2.5 Bestiller frafaller instruksen

Dersom foranledningen for at tilvirker fremsatte krav om fristforlengelse eller endringsordre var en uformell instruks fra bestiller, kan bestiller velge å frafalle instruksen på bakgrunn av tilvirkers pretensjon om at det aktuelle arbeidet var utenfor arbeidsbeskrivelsen (Scope of Work, SoW). For de tilfellene hvor instruksen gjelder iverksettelse av akselerasjonstiltak direkte, vil imidlertid ikke et frafall av instruksen løse problemet. Fremdriftsproblemet vil fortsatt eksistere, og tilvirker vil fortsatt befinne seg i en situasjon hvor han må velge hvorvidt han vil sette i verk akselerasjonstiltak. I og med at tilvirker har varslingsplikt ved fremdriftsutfordringer etter begge kontraktene, og på grunn av de preklusive fristene for å skyve villfarelsesrisikoen over på bestiller, vil ofte tilvirkers VOR eller krav om fristforlengelse komme før bestiller rekker å instruere om forsering. Og dersom instruksen skulle være gitt på forhånd og deretter frafalles, kan tilvirker enten fremsette VOR eller krav om fristforlengelse. Med mindre oppholdet er ugrunnet og kravet prekludert, vil dermed de formelle reglene være satt i spill.

6.2.6 Bestiller gjør gjeldende at VORen eller kravet om endringsordre/fristforlengelse ikke tilfredsstillter formkravene

Dersom bestiller pretenderer at leverandørens VOR eller entreprenørens krav om fristforlengelse eller endring ikke er rettidig eller ikke tilfredsstillter formkravene, blir spørsmålet hvilke retningslinjer kontraktene da oppstiller for bestillers håndtering av tilvirkers utspill. Dersom selskapet er av den oppfatning at leverandøren har oversittet fristen for å utstede VOR slik at VORen er prekludert, forutsettes det at selskapet utsteder DVO hvorav innsigelsen fremgår, jf. art. 16.2.²⁷³ Selskapet kan imidlertid tenkes å avvise en henvendelse fra leverandøren som fremmer krav om endringsordre på formelt grunnlag dersom henvendelsen, etter selskapets syn, ikke tilfredsstillter de formelle minstekravene til et endringsordrekrav. Etter NS 8405 kan byggherren tenkes å avvise endringsordrekravet jf. pkt. 23.2, kravet om fristforlengelse jf. pkt. 24.4 eller spesifikasjonen av fristforlengelseskravet jf. pkt. 24.6 på formelt grunnlag. Kontraktene regulerer ikke disse situasjonene uttrykkelig.

Dersom leverandøren pretenderer at VOR er gyldig og rettidig fremsatt, legger Kaasen (2006) til grunn at det med fordel kan oppstilles en plikt for selskapet til å respondere i tråd med endringsreglene, men at kontrakten vanskelig gir grunnlag for en slik absolutt regel.²⁷⁴ Å åpne opp for skjønnsmessige vurderinger i endringssystemet, vil kunne underminere systemet. Kaasen (2006) fremhever videre at ulempene for selskapet synes ganske små, i hvert fall sammenlignet med alternativet hvor situasjonen blir stående uavklart.²⁷⁵ De samme betraktningene gjelder for NS 8405: Dersom entreprenøren pretenderer å ha fremsatt et varsel om fristforlengelse jf. pkt. 24.4 samt en spesifisering av kravet etter pkt. 24.6, vil byggherrens respons bringe kontraktsreglene på banen slik at uenigheten kan løses etter systemet i NS 8405 pkt. 24-26.

Kaasen (2006) legger videre til grunn at det leverandøren i visse tilfeller kan henvende seg til selskapet med ønske om endringsordre, uten å

²⁷³ Kaasen (2006) s. 440.

²⁷⁴ Kaasen (2006) s. 441-442.

²⁷⁵ Kaasen (2006) s. 441.

ha tatt det endelige valget om å sette situasjonen på spissen.²⁷⁶ En DVO fra selskapet vil da være en uønsket effekt sett fra leverandørens side, mens det for selskapet vil være en kjærkommen avklaring. En slik henvendelse vil imidlertid lett medføre at leverandørens frist for å kreve VO løper ut. Ved foreløpige varsler til selskapet om at det i fremtiden vil komme en VOR, skal det mye til for at et opphold i påvente av VORen skal være ”grunnet”.

Det kan videre tenkes at bestiller forholder seg passiv og unnlater å respondere på VOR, endringsordrekrav eller krav om fristforlengelse. Denne situasjonen ble behandlet i kapittel 4.3.3. Forutsetningen var da at årsakene til fremdriftsutfordringen og fremdriftsrisikoplasseringen var på det rene. Som der nevnt, har bestiller en kontraktsplikt til å besvare tilvirkers utspill. For selskapet følger svarplikten ved VOR av NF 07 art. 16.2. Byggherrens plikt til å besvare krav om henholdsvis endringsordre og fristforlengelse følger av NS 8405 pkt. 23.3 og 24.7. I forbindelse med responsplikten, ble det i kapittel 4.3.3 pekt på et særtrekk ved NS 8405: Byggherrens svarfrister er preklusive.

At svarfristene for byggherren er preklusive, spilte ingen stor rolle for entreprenøren i kapittel 4.3.3. Forutsetningen for drøftelsene var imidlertid at det utvilsomt forelå grunnlag for å flytte fremdriftsrisikoen over på bestiller. Når denne forutsetningen fjernes, utgjør de preklusive fristene en sentral forskjell mellom kontraktene. Dersom byggherren unnlater å svare på endringsordrekravet innen fristen, anses endringsordre utstedt jf. NS 8405 pkt. 23.3 (2). Unnlater han å svare på fristforlengelseskravet innen fristen, er hans innsigelser mot fristforlengelseskravet prekludert, slik at entreprenøren får fristforlengelse jf. NS 8405 pkt. 24.7.

Reglene i NS 8405 pkt. 23.3 og 24.7 innebærer at entreprenørens villfarelsesrisiko elimineres etter at byggherren har oversett sine responsfrister.²⁷⁷ Selv når det er usikkerhet knyttet til årsaksbilde og kontraktstolkning, får partene dermed en rask avklaring av forserings-spørsmålet. Dette kan ved første øyekast synes å ramme byggherren hardt. Byggherren kan imidlertid fortsatt utstede endringsordre, herunder

²⁷⁶ Kaasen (2006) s. 437.

²⁷⁷ Se kapittel 6.2.8 om perioden frem til respons eller svarfristens utløp.

forseringspålegg jf. pkt. 22.2, og hans behov for styring er derved ivare tatt.

For leverandøren kan taushet fra selskapet by på utfordringer når det er usikkerhet knyttet til hvorvidt leverandøren har krav på VO. Selskapets svarfrist etter NF 07 art. 16.2 er ikke preklusiv. Det kan av den grunn tenkes at selskapet ser seg tjent med å avvente med å respondere, i håp om at leverandøren skal utføre arbeidene i tråd med instruksen likevel.²⁷⁸ En annen grunn til å oversitte fristen kan være en feilaktig vurdering av når den utløper, ettersom ”*innen rimelig tid*” er et utpreget skjønnsmessig uttrykk.²⁷⁹ Ofte, og særlig dersom foranledningen for VOR er en formløs instruks fra selskapet, er selskapet dessuten forutsetningsvis av den oppfatning at arbeidet omfattes av leverandørens opprinnelige kontraktsplikter.²⁸⁰ Kontrakten inneholder ingen uttrykkelig regulering av situasjonen når selskapet ikke responderer innen rimelig tid. Temaet i det følgende er hvordan kontrakten skal forstås på dette punkt, og hvordan leverandøren bør håndtere situasjonen.

Innledningsvis er det grunn til å peke på at selskapet, gjennom å unnlate å respondere i tråd med art. 16.2, har misligholdt en biforpliktelse etter kontrakten. Av NF 07 art. 27.1 følger det at leverandøren har krav på en forholdsmessig justering av fremdriftsplanen dersom selskapet er forsinket med ”*levering av ytelser, med å fatte beslutninger eller å utføre andre plikter som Selskapet har i henhold til kontrakten*”. Dette må omfatte selskapets svarplikt etter NF 07 art. 16.2.²⁸¹ For å gjøre gjeldende krav etter art. 27.1, må leverandøren gå veien om endringsreglene, jf. art. 27.1 (1). Leverandøren må dermed fremsette en ny VOR jf. art. 16.1 og gjøre gjeldende at selskapets unnlattelse av å besvare leverandørens første VOR gir rett til justering av fremdriftsplanen eller regulering av kontraktsprisen. Dette kan skape praktiske utfordringer dersom selskapet unnlater å respondere også på den nye VORen. Videre skal justering av fremdriftsplan og kontraktspris ”*reflektere konsekvensene for Leverandøren*

²⁷⁸ Kaasen (2009) s. 62.

²⁷⁹ Se kapittel 6.2.8.

²⁸⁰ I motsatt fall skal selskapet utstede VO.

²⁸¹ Tørum (2010) s. 482, Kaasen (2006) s. 442.

av Selskapets forsinkelse”, jf. art. 27.1 (1). Konsekvensene av selskapets mislighold beror på hvilke valgfriheter leverandøren har med hensyn til forseringen. Dersom leverandøren ikke har adgang til å velge mellom suspensjon og forsering, vil et feil valg kunne medføre at selskapets unnlatte reaksjon ikke er grunnen til henholdsvis forsinkelsen eller leverandørens ekstrakostnader. I så fall vil art. 27.1 være av liten interesse. Det blir derfor nødvendig å ta stilling til hvilke valg leverandøren kan foreta uten å ha villfarelsesrisikoen etter at det har gått rimelig tid siden VOR.

Der kontrakten er taus, vil det generelt være av interesse å se hen til bakgrunnsrettens løsninger. Utgangspunktet etter bakgrunnsretten er at hver kontrahent selv har risikoen for en uriktig forståelse av sin egen kontraktsmessige posisjon.²⁸² Etter utstedt VOR medfører bakgrunnsretten at leverandøren har villfarelsesrisikoen, uansett om han forserer eller ikke. Dersom leverandøren forserer, kan selskapet gjøre gjeldende at han ikke har noe kontraktsmessig grunnlag for å kreve vederlag for sin forseringsinnsats.²⁸³ Velger leverandøren å la være å forsere, risikerer han på den andre siden at selskapet gjør gjeldende forsinkelsesbeføyelser.²⁸⁴ Endringssystemet vil da ikke medføre noen avklaring for leverandøren, og han må basere sitt valg på vurdering av konsekvenser knyttet til å velge feil, samt på en vurdering av hvor solide materielle knagger han har for å skyve fremdriftsrisikoen over på selskapet.²⁸⁵

Fabrikasjonskontraktens endringssystem finnes imidlertid ikke i bakgrunnsretten. Etter bakgrunnsretten ville derfor leverandøren under ingen omstendighet ha anledning til å skyve villfarelsesrisikoen over på selskapet ved VOR. Dette ville leverandøren måtte hensynta ved prisingen av arbeidet. NF 07 skiller seg imidlertid fra bakgrunnsretten ved at dens formalistiske endringssystem er gitt anvendelse på situasjonene hvor leverandøren må avgjøre hvorvidt han skal forsere. Endringsreglene gir

²⁸² Se for eksempel Rt. 2006 s. 372, og kapittel 5.1 ovenfor. Se også Kaasen (2006) s. 444 og Tørum (2010) s. 475.

²⁸³ Kaasen (2009) s. 62.

²⁸⁴ Kaasen (2009) s. 62.

²⁸⁵ Se kapittel 5.2 til 6.1.

selskapet en utvidet styringsrett, og en plikt til å anvende denne når leverandøren har utstedt VOR.²⁸⁶ Leverandørens villfarelsesrisiko elimineres ved selskapets respons, og arbeidet kan prises uten å ta høyde for villfarelsesrisikoen etter at det har gått ”rimelig tid” jf. art. 16.2.

Å utfylle kontrakten med kjøpsloven eller alminnelige kontraktsrettslige prinsipper på dette punkt, vil derfor forrykke balansen i endrings-systemet. Spørsmålet er om kontrakten på dette punkt må tolkes slik at den avviker fra bakgrunnsretten, slik at villfarelsesrisikoen for leverandøren er eliminert eller redusert. De lege ferenda har det vært hevdet at en form for deemed-regel som innebærer arbeidsplikt for leverandøren med fordel også kan innføres i NF 07.²⁸⁷ De lege lata kan det av juridisk teori utledes en viss uenighet knyttet til hvordan NF 07 skal tolkes.

Det er enighet i juridisk litteratur om at leverandøren ikke har en ubetinget *plikt* til å arbeide i tråd med VOR etter formløs selskapsinstruks i påvente av selskapets reaksjon.²⁸⁸ Tørum (2010) er av den oppfatning at leverandøren risikofritt kan velge å iverksette arbeider i tråd med selskapets instruks etter utstedt VOR.²⁸⁹ Videre legger han til grunn at leverandøren kan velge å suspendere arbeidene og ha krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag etter art. 27.1.²⁹⁰ Kaasen (2009) legger til grunn at leverandøren kan velge mellom å suspendere arbeidet og å fortsette, men at han selv sitter med villfarelsesrisikoen i begge tilfeller.²⁹¹ Barbo (1997) legger til grunn at arbeidsplikten suspenderes, slik at det ikke foreligger mislighold selv om leverandøren ikke utfører arbeidene omfattet av VOR.²⁹² Videre legger han til grunn at leverandøren dermed er ”fullt ut fritatt fra å bli eksponert for rettsvillfarelsesrisikoen”.²⁹³ I likhet med Tørum, legger Barbo (1997) til grunn at leverandøren risikofritt kan

²⁸⁶ Barbo (1997) s. 247 flg. omtaler dette som påbudsvirkningen av VOR.

²⁸⁷ Barbo (1997) s. 262, Kaasen (2009) s. 62-63, Tørum (2010) s. 488-489.

²⁸⁸ Barbo (1997) s. 191, Kaasen (2006) s. 445, Tørum (2010) s. 477.

²⁸⁹ Tørum (2010) s. 483-484.

²⁹⁰ Tørum (2010) s. 482-483.

²⁹¹ Kaasen (2009) s. 61-62.

²⁹² Barbo (1997) s. 191.

²⁹³ Barbo (1997) s. 191.

arbeide i tråd med selskapsinstruks også etter VOR.²⁹⁴ Juridisk teori er dermed ikke entydig.

Før art. 16.2 tolkes, skal det presiseres at fremstillingen omfatter ethvert tilfelle hvor leverandøren utsteder VOR for å avklare hvorvidt han skal forsere. I juridisk teori har diskusjonen dreid seg om situasjonen hvor VOR er foranlediget av en formløs instruks fra selskapet. Det har vært lite fokus på tilfellene hvor foranledningen for VOR er en annen, eksempelvis mislighold fra selskapet, jf. art. 27.1. Et spørsmål er om det må sondres mellom disse tilfellene etter at leverandøren har utstedt VOR. Selve responsfristen etter art. 16.2 er utpreget skjønnsmessig, og kan selvsagt variere med bakgrunnen for VOR. Når det gjelder konsekvensene av unnlatt respons, synes det imidlertid å være liten grunn til å behandle ulike VOR ulikt. Endringssystemet er gitt anvendelse også utenfor de klassiske endringssituasjonene nettopp for å bidra til enhetlige løsninger. Dette tilsier at konsekvensene av at endringssystemet er brakt på banen ikke bør være forskjellige alt etter bakgrunnen for at systemet er brakt inn. Videre tilsier det at konsekvensene bør være sammenfallende, uansett om temaet for VOR var et akselerasjonstiltak eller en annen endring i utførelsen. I det følgende vil det derfor ikke sondres med hensyn til temaet eller bakgrunnen for leverandørens VOR.

I fortolkningen av NF 07 på dette punkt, er det nærliggende å legge vekt på endringsreglens formål og hensynet til sammenheng i kontraktsreguleringen. Et grunnleggende formål med å gi endringsreglene anvendelse på fremdriftsutfordringer, er som nevnt å hindre at uenighet påvirker fremdriften. Generelt skal endringssystemet avklare tilvirkers handlingsplan, uavhengig av endelig risikoplassering.²⁹⁵ Uenigheten skal identifiseres, løftes ut av prosjekthverdagen og systematiseres. Selskapets rettidige respons er en sentral forutsetning for at endringsreglene skal fungere etter sitt formål. Når selskapet unnlater å opptre i samsvar med sine forpliktelser, bør det i hvert fall oppstilles som et utgangspunkt at selskapet ikke skal stilles bedre enn om plikten var kontraktsmessig ivaretatt. Et moment som også trekker i samme retning, er hensynet til

²⁹⁴ Barbo (1997) s. 280.

²⁹⁵ Kaasen (2006) s. 302.

i størst mulig grad å bevare den kommersielle balanse som følger av endringssystemet. Som en motvekt til selskapets svært vide styringsrett, har leverandøren krav på kompensasjon dersom hans innsats går lenger enn det som følger av SoW.²⁹⁶ Dersom selskapet kan presse leverandøren til å yte innsats utenfor SoW uten kompensasjon ved å misligholde sin responsplikt, vil det medføre en utilsiktet ubalanse i systemet.

Etter kontrakten har selskapet kun to alternativer når leverandøren utsteder en VOR: VO eller DVO. Selskapet kan også frafalle instruksen dersom en uformell instruks foranlediget VORen.²⁹⁷ Andre alternativer enn de ovennevnte har ikke selskapet. Felles for selskapets alternative reaksjoner er at leverandørens villfarelsesrisiko elimineres ved selskapets respons. Hensynet til sammenheng i kontraktsreguleringen tilsier at leverandøren ikke stilles dårligere ved unnlatt respons enn om selskapet hadde opptrådt kontraktmessig.²⁹⁸ Dette taler for å legge til grunn en tolkning av kontrakten som innebærer en eliminering av leverandørens villfarelsesrisiko. I det følgende vil det redegjøres for de tre tolkningsalternativene som ivaretar disse hensynene.

Det første alternativet er å tolke kontrakten slik at leverandøren kan eliminere villfarelsesrisikoen ved å suspendere arbeidene dersom selskapet ikke responderer på VOR.²⁹⁹ Fordelen med en slik tilnæringsmåte er at selskapets adgang til å velge tiltak ikke foregripes.³⁰⁰ I tilfellene hvor VOR ikke direkte gjelder forsering, men materielle endringer, gjør dette hensynet seg gjeldende i stor grad. Selskapet må selv få velge hvilken kvalitet med videre det ønsker å bekoste, og kan få leverandøren i gang ved å utstede VO eller DVO. Også ved fremdriftsutfordringer skal selskapet som et utgangspunkt ha rett til å velge mellom tid og penger. Så lenge selskapet unnlater å svare, og tiden går, vil imidlertid denne valgtretten reduseres uansett. Ettersom løsningen bør være den samme uansett hvilket tema VOR gjelder, taler likevel hensynet til selskapets styringsrett

²⁹⁶ Kaasen (2009) s. 62.

²⁹⁷ Kaasen (2006) s. 294.

²⁹⁸ I denne retning Barbo (1997) s. 275.

²⁹⁹ Barbo (1997) s. 191 legger til grunn en slik fortolkning der VOR er utstedt etter formløs selskapsinstruks.

³⁰⁰ Kaasen (2006) s. 447.

for at leverandøren skal suspendere arbeidene risikofritt dersom selskapet unnlater å respondere på VOR.

Det andre alternativet er å tolke NF 07 slik at leverandøren har en plikt til å forsere dersom selskapet ikke responderer innen fristen. En slik tolkning vil i forseringssammenheng ivareta et grunnleggende formål med endringsreglene, nemlig å unngå fremdriftsforstyrrelser. Også dersom endringen gjelder andre forhold, vil det gjennomgående være ønskelig at tilvirkningsprosessen for øvrig forstyrres minst mulig. At det er usikkerhet knyttet til utførelsen av en arbeidsoperasjon, kan ha ringvirkninger for øvrige arbeidsoperasjoner. Leverandøren vil dessuten gjerne være av den oppfatning at det *”grenser til det naturstridige å stanse arbeid som etter all sannsynlighet skal utføres”*.³⁰¹ Et selvstendig poeng er at kontrakten skal inneholde reguleringer som innbyr til tillit hos partene som skal arbeide under kontrakten.³⁰² Disse hensynene taler for at leverandøren, risikofritt, skal kunne fortsette arbeidene dersom selskapet unnlater å respondere på VOR. Hensynet til selskapets styringsrett taler imidlertid mot en fortolkning hvoretter leverandøren har forseringsplikt. Dette mothensynet gjør seg imidlertid ikke gjeldende med full styrke, all den tid selskapet på ethvert tidspunkt kan gripe inn med en VO og avbryte arbeidene dersom det skulle være ønskelig. En forseringsplikt synes etter dette å gi bedre sammenheng i endringsreglene enn en suspensjonsplikt.

Et spørsmål er imidlertid hvilket grunnlag en slik forseringsplikt eventuelt skulle bygge på. Å anse VO utstedt, ville ikke bare avklare leverandørens handlingsplan – det ville også innebære en avklaring av risikospørsmålet gjennom en preklusjon av selskapets innsigelser. En slik deemed-regel kan neppe innfortolkes uten at det følger uttrykkelig av kontrakten. Å anse DVO utstedt, er mindre inngripende.³⁰³ Løsningen ville da være arbeidsplikt for leverandøren, men uten at risikoen ble endelig plassert hos selskapet. Vederlagsspørsmålet ville løftes ut av situasjonen og behandles på et senere tidspunkt. En slik løsning synes ikke

³⁰¹ Kaasen (2009) s. 63.

³⁰² Kaasen (2009) s. 49 og 68.

³⁰³ En slik løsning drøftes de lege ferenda av Tørum (2010) s. 488-489.

å innebære noe uholdbart inngrep mot selskapets interesser. I de fleste situasjoner vil selskapet være interessert i å bevare fremdriften i prosjektet.³⁰⁴ For leverandøren ville løsningen gi anledning til å bringe saken inn for ekspert i henhold til art. 16.3. Også dette synes å være i tråd med at selskapet ikke skal komme bedre ut av situasjonen på grunn av sin unnlatte respons. Som nevnt, er det imidlertid enighet i juridisk teori om at en arbeidsplikt ikke kan utledes av kontrakten. Dersom DVO automatisk ble ansett utstedt, ville dessuten leverandøren være fratatt muligheten til å suspendere arbeidene.³⁰⁵

Det tredje alternativet er å tolke kontrakten dit hen at leverandøren står fritt til å velge hvorvidt han ønsker å forsere dersom selskapet unnlater å svare på VOR. For at dette alternativet skal eliminere hans villfarelsesrisiko, må leverandøren kunne velge risikofritt. Dersom han har rett til å suspendere arbeidene, kan NF 07 art. 27.1 hjemle kravet om justering av fremdriftsplanen samt hans krav om kostnadsdekning.³⁰⁶ Dersom han forserer, må han ha krav på kostnadsdekning for forseringsutgiftene dersom fremdriftsrisikoen ligger hos selskapet.³⁰⁷ Grunnlaget for et slikt krav kan være å anse DVO utstedt dersom leverandøren velger å forsere. Han vil da ha arbeidsplikt inntil selskapet eventuelt griper inn.

Spørsmålet er hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn. En suspensjonsplikt står i konflikt med hensynet til fremdrift i prosjektet som endringsreglene skal fremme. En eventuell arbeidsplikt hvoretter VO anses utstedt, ville innebære en løsning som tilsvarende NS 8405 pkt. 23.3. Selskapet ville tape sine innsigelser, og endringsordre ville anses utstedt.³⁰⁸ De lege ferenda kunne dette være en aktuell løsning, men det synes ikke å være grunnlag for å innfortolke en slik løsning i kontrak-

³⁰⁴ Kaasen (2006) s. 219.

³⁰⁵ NF 07 art. 16.2 (2).

³⁰⁶ Tørum (2010) s. 482-483 legger dette til grunn hva gjelder suspensjon av arbeidet.

³⁰⁷ Tørum (2010) legger dette til grunn, begrunnet i reelle hensyn.

³⁰⁸ Dette ville være en hardere regel for selskapet enn for byggherren, ettersom endringsordre i NF 07 er nøkkelen til fristforlengelse og tilleggsvederlag for leverandøren, mens entreprenøren etter NS 8405 må fremme ytterligere krav innen preklusive frister for å oppnå fristforlengelse eller tilleggsvederlag. Se kapittel 4.3.3 om systemet i NS 8405.

ten.³⁰⁹ Rene preklusjonsregler er så inngripende at de vanskelig kan innfortolkes der preklusjon ikke følger uttrykkelig av ordlyden. Det synes heller ikke å være grunnlag for å innfortolke en DVO-situasjon, ettersom det i juridisk teori er bred enighet om at leverandøren ikke har noen utbetinget arbeidsplikt etter at VOR er utstedt.

Etter dette taler reelle hensyn, herunder hensynet til sammenheng i kontrakten, for at det foreligger en valgtrett for leverandøren etter at selskapet har misligholdt kontrakten. Som det fremgår ovenfor, vil selskapets unnlattelse av å respondere være et mislighold etter 27.1, og leverandøren må som resultat ha krav på en tilsvarende fristforlengelse ved suspensjon. En praktisk utfordring for leverandøren kan være at han ikke har noe annet alternativ enn å utstede ny VOR for å gjøre sine krav ved suspensjon gjeldende. Dersom selskapet fortsatt ikke responderer, vil leverandøren ha få andre virkemidler å ty til enn å ta ut søksmål.

Dersom leverandøren velger å forsere, kan NF 07 etter mitt syn tolkes slik at DVO anses utstedt. Alminnelige lojalitetsbetraktninger tilsier at leverandøren bør varsle selskapet om sin tilnærming. Leverandøren kan da kreve spørsmålet om hvorvidt han har krav på VO avgjort av ekspert jf. art. 16.3. Leverandøren vil, dersom en slik fortolkning legges til grunn, stilles som om selskapet hadde respondert i tråd med sine plikter. Selskapet vil på sin side slippe å betale ekstra vederlag dersom innsatsen lå innenfor SoW, og kan på ethvert tidspunkt gripe inn ved VO. Ettersom juridisk teori er delt og det er usikkerhet knyttet til om løsningen ovenfor medfører en riktig fortolkning av NF 07, bør situasjonen reguleres uttrykkelig i kontrakten. Behovet for uttrykkelig kontraktsregulering er påpekt av Kaasen (2009) s. 62-63 og Tørum (2010) s. 488-489.

6.2.7 Perioden frem til bestillers reaksjon eller frem til reaksjonsfristens utløp

Som tidligere beskrevet, skal byggherren besvare entreprenørens henvendelser ”uten ugrunnet opphold”, jf. NS 8405 pkt. 23.3 og 24.7. Selskapet skal på sin side besvare leverandørens VOR ”innen rimelig tid”, jf. art.

³⁰⁹ Kaasen (2009) s. 62-64.

16.2. Etter NS 8405 begynner fristene å løpe når byggherren har mottatt henvendelse fra entreprenøren. Selskapets frist begynner etter NF 07 å løpe når leverandøren har fremsatt VOR.³¹⁰ Etter ordlyden synes selskapets frist å være noe rommeligere enn byggherrens.

Fristenes utløp må etter begge kontraktene fastsettes konkret i det enkelte tilfelle. Blant annet kan det være av betydning hva som har foranlediget henvendelsen fra tilvirker. I de tilfellene utspillet kommer på bakgrunn av en uformell instruks fra bestillers side, kan det ofte være grunn til å regne med at fristen vil være forholdsvis kort.³¹¹ Bestiller vil forutsetningsvis ha et ønske om at instruksjonen gjennomføres, og situasjonen under endringsordrekravet eller VOR er veldefinert og dermed enklere å ta stilling til. Som nevnt, anvendes endringsreglene også i andre tilfeller hvor leverandøren pretenderer å ha krav på fristforlengelse. Situasjonen under VOR kan da være vanskeligere å identifisere, og selskapet vil ha behov for å foreta nytte-kost analyser av et visst omfang, slik at fristen er lenger. Hensynet til at de formalistiske reglene skal bidra til raske avklaringer underveis tilsier imidlertid at bestiller har forholdsvis stramme rammer etter begge kontraktene. For tilvirker oppstår det et spørsmål om hvordan han skal forholde seg i perioden frem til bestiller responderer på henvendelsen, eller til svarfristen løper ut.

Entreprenøren skal ved mottatte instruksjoner ”*iverksette pålegget selv om han mener at pålegget innebærer en endring*”, jf. NS 8405 pkt. 23.1. Av pkt. 23.2 fremgår det ikke noe som tilsier at utstedelsen av endringsordrekravet skal endre på denne plikten.³¹² Det foreligger imidlertid ingen tilsvarende regulering etter utstedelse av krav om fristforlengelse jf. pkt. 24.4. På dette punkt må NS 8405 derfor tolkes for å kartlegge konsekvensene av forsering - eller unnlatt forsering - etter krav om fristforlengelse.

Dersom byggherren godtar fristforlengelse eller unnlater å svare innen fristen, får entreprenøren fristforlengelse også for perioden frem til svar. Unnlatt forsering vil da ha vært riktig valg. Dersom byggherren avslår kravet om fristforlengelse, kan entreprenøren etter pkt. 24.8 anse avslaget

³¹⁰ Fristene ble behandlet kort i kapittel 4.3.3.

³¹¹ Tørum (2010) s. 482-483.

³¹² Tørum (2010) s. 485.

som et forseringspålegg. Han kan imidlertid ikke risikofritt unnlate å forsere. Ved uberettiget avslag vil forsering ha vært riktig valg. Spørsmålet er hvordan entreprenøren er stilt dersom han har forsert i mellomperioden og deretter får fristforlengelse, eller dersom han har unnlatt forsering og deretter får avslag. Ettersom endringsreglene ikke er gitt anvendelse på disse situasjonene, synes det nærliggende å legge bakgrunnsrettens løsning til grunn. Antakelig vil entreprenøren dermed sitte med villfarelsesrisikoen i perioden etter at krav om fristforlengelse er utstedt, inntil svarfristen inntre.

De umiddelbare virkningene av VOR er ikke uttrykkelig regulert i NF 07. Forskjellen fra krav om fristforlengelse etter NS 8405 pkt. 24.4, er at situasjonen etter NF 07 reguleres gjennom endringsreglene. Forskjellen fra leverandørens situasjon som behandlet i kapittel 6.2.7, er at selskapet ikke har misligholdt kontrakten i perioden frem til fristen inntre. Temaet i det følgende er hvilke umiddelbare virkninger utstedt VOR har for leverandørens handlingsplan.

Kaasen (2006) sonderer ikke mellom fasene henholdsvis frem til - og etter at - det har gått rimelig tid slik at selskapet har misligholdt sin responsplikt. Kontrakten vil unektelig bli mer komplisert dersom det legges til grunn at VOR får nye rettsvirkninger etter selskapets mislighold. Tørum (2010) sonderer mellom fasene, men ikke når det gjelder rettsvirkningene av VOR. Han legger til grunn at leverandøren kan kreve misligholdssanksjoner etter art. 27 ved fristoversittelse fra selskapets side.³¹³ Barbo (1997) legger til grunn at det vil ha liten praktisk betydning å sondre mellom fasene.³¹⁴ I det følgende vil det redegjøres for de alternative fortolkningene av NF 07 hva gjelder fasen frem til selskapets fristoversittelse. Det tas utgangspunkt i hvilke konsekvenser de ulike alternativene vil medføre.

Som nevnt innledningsvis i kapittel 6.2.1, kan selskapets reaksjon tenkes å ha betydning for konsekvensene av leverandørens opptreden i fasen rett etter VOR. Det kan tas utgangspunkt i situasjonene hvor leverandøren har valgt riktig. Dersom selskapet responderer med VO som

³¹³ Tørum (2010) s. 482.

³¹⁴ Barbo (1997) s. 261.

aksepterer fristforlengelse har leverandøren ingen forseringsplikt, og vil ha valgt riktig dersom han har unnlatt å forserer.³¹⁵ Dersom VO eller DVO er kombinert med et pålegg om forsering, vil leverandøren, dersom han fortsatte arbeidet i perioden frem mot respons, ha krav på fristforlengelse eller tilleggsvederlag også for perioden mellom VOR og VO/DVO. Dersom VOR ble utstedt på bakgrunn av en formløs instruks, og leverandøren suspenderte arbeidet etter VOR, vil på samme måte et frafall av instruksen fra selskapets side være uproblematisk.³¹⁶

Tilbake står de utfordrende situasjonene: Hva er konsekvensen av at selskapet rettidig utsteder VO/DVO dersom leverandøren har suspendert i påvente av selskapets reaksjon? Har leverandøren krav på kompensasjon for arbeidet han har gjort dersom selskapet rettidig trekker tilbake instruksen, eller utsteder VO om ikke å forserer? Og har leverandøren villfarelsesrisikoen i mellomfasen dersom selskapets respons uteblir etter svarfristens utløp?

Tolkningsalternativene er fortsatt som ovenfor i kapittel 6.2.7: Leverandøren kan ha suspensjonsplikt eller arbeidsplikt, eller han kan ha adgang til å velge (med eller uten villfarelsesrisiko). De samme hensyn gjør seg også gjeldende, med ett sentralt unntak: Selskapet har ikke misligholdt sine kontraktsforpliktelser. I det følgende vil det tas utgangspunkt i de tvilsomme situasjonene som beskrevet ovenfor. Spørsmålet er hvor villfarelsesrisikoen ligger dersom leverandøren henholdsvis arbeider (her: forserer) eller suspenderer.

Først behandles situasjonen hvor leverandøren har suspendert, hvorpå selskapet rettidig utsteder VO/DVO og krever forsering. Barbo (1997) legger til grunn at leverandøren risikofritt kan suspendere arbeider som bygger på en formløs instruks, som en direkte følge av utstedt VOR.³¹⁷ Ettersom rettsvirkningene av VOR i nærværende fremstilling legges til grunn å være de samme uansett foranledningen til VOR, innebærer en slik automatisk fristforlengelse en svært inngripende regel. Løsningen tilsvarende en deemed-regel om at VO, med instruks om ikke å utføre de

³¹⁵ Se kapittel 6.2.4 om DVO som aksepterer fristforlengelse.

³¹⁶ Denne situasjonen er imidlertid upraktisk for forseringstilfellene, se kapittel 6.2.5.

³¹⁷ Barbo (1997) s. 191.

aktuelle arbeidene, anses utstedt inntil nærmere beskjed. Tørum (2010) benevner dette tolkningsalternativet ”suspensjonsplikt”.³¹⁸ Tolkningsalternativet innebærer at enhver VOR ville være et redskap for leverandøren til å oppnå litt bedre tid, uansett hvor håpløst ubegrunnet VOR måtte være. Fortolkningen samsvarer dårlig med et av hovedformålene med endringssystemet, nemlig at fremdriften i minst mulig grad skal forstyrres av at partene er uenige underveis i prosjektet.³¹⁹ Leverandøren vil ikke ha noe økonomisk incitament til å forsere, selv i de tilfellene hvor forsering utvilsomt har mest for seg. Også ved VOR foranlediget av formløs instruks, kan det i mange tilfeller virke som et dårlig system hvis leverandøren ikke skal kunne fortsette arbeidet, eksempelvis dersom arbeidet utvilsomt må utføres. I perioden frem til selskapet utsteder DVO/VO og krever forsering, taler derfor mye for at leverandørens suspensjon må skje på egen risiko.

Det andre spørsmålet er om leverandøren har villfarelsesrisikoen dersom han har forsert eller iverksatt annet arbeid i tråd med VOR, hvorpå selskapet trekker tilbake sin instruks, eller velger bort de aktuelle arbeidene ved VO.³²⁰ Dersom kontrakten tolkes slik at leverandøren har krav på vederlag dersom det viser seg at han har arbeidet utenfor SoW, fratas selskapet sin grunnleggende rett til å velge mellom tid og penger. Tørum (2010) og Barbo (1997) legger til grunn at leverandøren har krav på tilleggsvederlag dersom han arbeider i tråd med en formløs instruks. I de fleste tilfeller vil selskapet foretrekke at arbeidene utføres eller at fremdriften opprettholdes, og løsningen samsvarer dermed godt med selskapets normalinteresse. Videre gir en slik fortolkning selskapet et incitament til å respondere raskest mulig dersom det mottar VOR og ikke ønsker arbeidene utført. Resultatet har dermed gode grunner for seg, og en deemed-regel er som nevnt foreslått de lege ferenda også av Kaasen (2009). Grunnlaget for leverandørens vederlagskrav for arbeid etter VOR er imidlertid uklart. Det er dermed en viss usikkerhet knyttet til hvordan NF 07 skal tolkes på dette punkt.

³¹⁸ Tørum (2010) s. 476.

³¹⁹ Barbo (1997), Kaasen (2009) og Tørum (2010) peker alle på denne ulempen.

³²⁰ Se kapittel 6.2.4 om DVO som aksepterer fristforlengelse.

Det tredje spørsmålet er hvordan mellomperioden reguleres dersom selskapet oversitter fristen. Ved suspensjon vil det ikke kunne bli tale om misligholdssanksjoner etter art. 27.1 for mellomperioden frem til fristens utløp.³²¹ Suspensjon skjer med andre ord fortsatt for leverandørens egen risiko frem til fristens utløp. Dersom leverandøren forserer, og DVO anses å være utstedt, bør imidlertid situasjonen reguleres på samme måte som situasjonen ved ordinær DVO, som behandlet ovenfor. Dette følger av at det ikke bør oppstilles andre virkninger enn når selskapet utsteder DVO dersom DVO først anses utstedt. Resultatet blir at leverandøren også har krav på kompensasjon for sin innsats i mellomperioden, dersom DVOen på sikt blir til en VO.

6.2.8 Søksmålsbyrden som moment i vurderingen

Et annet relevant moment i vurderingen kan være hvilken situasjon som vil oppstå dersom det ikke oppnås enighet. Både NS 8405 og NF 07 legger opp til at det er tilvirker som eventuelt må reise sak mot bestiller dersom bestiller avslår tilvirkers krav om fristforlengelse, vederlagsjustering eller endringsordre. Fristene for å reise sak følger av NS 8405 pkt. 26.3 og NF 07 art. 16.5. Et element i risikovurderingen kan da være kostnadene knyttet til å reise søksmål. Dersom bestiller mener seg berettiget til for eksempel erstatning, er det imidlertid bestiller som eventuelt må ta ut søksmål. Et moment for tilvirker kan da være sannsynligheten for at bestiller reiser søksmål.

³²¹ Tørum (2010) s. 482.

7 Avsluttende kommentar

I fremstillingen er det drøftet hvilke holdepunkter tilvirker har for å vurdere hvorvidt han i ulike situasjoner skal forsere. Avslutningsvis skal trådene forsøksvis samles, samtidig som enkelte sentrale forskjeller vedrørende kontraktsreguleringen av forseringsspørsmålet i kontraktene skal fremheves.

Av fremstillingen fremgår det at tilvirkeren, ved fremdriftsproblemer, må velge mellom å forsere eller å la fremdriftsplanen glippe. I enkelte situasjoner er valget forholdsvis enkelt, for eksempel i de ”rene” tilfellene hvor årsaker og risikoplassering ikke byr på for store utfordringer. I andre situasjoner er årsaksbildet brokete eller risikoplasseringen utfordrende, og valget desto vanskeligere. Begge kontraktene gir imidlertid tilvirker en del holdepunkter for å foreta et begrunnet valg av fremgangsmåte ved fremdriftsutfordringer.

Både NF 07 og NS 8405 inneholder formalistiske systemer som kan effektivisere avklaring mellom partene. En vesentlig forskjell på standardene på dette punkt er at alle fremdriftsutfordringer håndteres ved endringsreglene i NF 07. Leverandøren trenger dermed kun å utstede VOR for å ha krav på fristforlengelse eller tilleggsvederlag, mens entreprenøren må varsle i tre omganger for å få fristforlengelse etter de preklusive varslingsreglene i NS 8405. Fra tilvirkers ståsted kan det være ressursbesparende å benytte endringssystemet som en rød tråd ved alle fremdriftsutfordringer, fordi en da kan holde seg til ett system. Kolrud (2009) oppstiller dette som et krav som bør stilles til en god endringsbestemmelse.³²² På den andre siden kan NS 8405 sies å innebære en fordel ved at entreprenøren finner alle regler om fristforlengelse samlet i ett kapittel i kontrakten, mens regler om adgangen til å kreve fristforlengelse eller tilleggsvederlag i NF 07 er spredt rundt i ulike regler som henviser til endringsreglene.³²³

En annen forskjell er at NF 07 inneholder DVO, en mekanisme som

³²² Kolrud (2009) s. 156.

³²³ Tørum (2010) s. 470.

innebærer arbeidsplikt for leverandøren ved uenighet om risikoen for fremdrift i et konkret tilfelle. Etter NS 8405 har entreprenøren arbeidsplikt etter utstedt endringsordrekrav, men valgfrihet dersom byggherren avviser et krav om fristforlengelse. Dersom forsering må antas å overstige grensen i NS 8405 pkt. 24.8, har entreprenøren i en viss utstrekning villfarelsesrisikoen. Løsningen etter NF 07 synes å innebære et mer oversiktlig system som avklarer handlingsplanen i situasjonen, og løfter uenigheten ut av prosjekthverdagen.

En tredje forskjell er at NS 8405 oppstiller preklusive svarfrister for byggherren etter at entreprenøren har krevet endring, fristforlengelse eller tilleggsvederlag. Svarfristen for selskapet etter VOR er ikke uttrykkelig preklusiv. En uttrykkelig preklusiv frist ville kunne innebære en effektivisering av endringssystemet i NF 07 og motvirke en opphopning av uavklarte VORer. Ved endringsordrekrav i NS 8405 reguleres også mellomperioden frem til byggherrens responsfrist uttrykkelig, ved at entreprenøren har arbeidsplikt. Også etter NF 07 kunne mellomperioden med fordel vært regulert uttrykkelig.

En fjerde forskjell er at selskapets kompetanse til å pålegge forsering er videre enn byggherrens. Dette kan ha sammenheng med de store kostnadene ved forsinkelse i offshoreprosjekter. Selv om tidsaspektet undertiden er av avgjørende betydning også i landbasert entrepris, synes det å være gjennomgående viktigere offshore.

En generell betraktning som gjelder begge kontraktene, er at tilvirker skal varsle bestiller om fremdriftsutfordringer tidlig, blant annet for å gi bestiller grunnlag for å styre fremdriften. Også i mellomperioder hvor tilvirker avventer respons fra bestiller, kan det være grunn til å holde bestiller informert om situasjonen. Et eksempel kan være situasjonen etter VOR. Dersom leverandøren meddeler hvordan han vil forholde seg til situasjonen frem til selskapet reagerer, har selskapet full oversikt over situasjonen - og bedre forutsetning for å anvende sin styringsrett. Selv om det i enkelte andre sammenhenger kan være enklere å be om tilgivelse i etterkant enn tillatelse i forkant, kan det nok konkluderes med at det motsatte gjelder i kontraktsforhold som styres av NS 8405 og NF 07.

Litteraturliste

Lovgivning

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 15.
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.
- 2005 Lov om straff (straffeloven 2005) av 20. mai 2005 nr. 28.

Rettspraksis

- Rt. 2007 s. 862
- Rt. 2006 s. 372
- Rt. 2003 s. 1132
- Rt. 2002 s. 1155
- Rt. 2000 s. 806
- Rt. 2000 s. 679
- Rt. 2000 s. 632
- Rt. 1999 s. 922
- Rt. 1999 s. 878
- Rt. 1995 s. 1350
- Rt. 1995 s. 486
- Rt. 1994 s. 626
- Rt. 1991 s. 719
- Rt. 1989 s. 1318

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1926 s. 712

Rt. 1917 s. 673

LE-1996-267

LE-1991-247

Voldgiftsdom av 6. juli 1982 ("Trans Tind-dommen") inntatt som bilag til ND-1984-384

Forarbeider

NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel

Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) Avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)

SOU 1974: 83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry *Kontraktsvilkår*. Oslo, 1989

Bernitz, Ulf *Standardavtalsrett*. 7. utg. Stockholm, 2008

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

Bruserud, Herman *Hardshipklausuler*. Oslo, 2009

Brækhus, Sjur *Voldgiftspraksis som rettskilde*. I: Sjørett, voldgift og lovvalg. Oslo, 1998, s. 185-203.

Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006

Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett. Utvalgte emner*. Oslo, 1997

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Hagstrøm, Viggo *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1996, s. 421-518.

- Kaasen, Knut *Ansvarsbegrensning i fabrikkasjonskontrakter I: Industribygging og rettsutvikling*. Oslo, 2005, s. 233-258.
- Kaasen, Knut *Dynamisk kontraktsrett – et fruktbart begrep? I: Tidsskrift for rettsvitenskap*. 2005, s. 237-263.
- Kaasen, Knut *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter I: Tidsskrift for forretningsjus*. 2009, s. 48-70.
- Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006
- Kaasen, Knut *Tidsproblemet i tilvirkning*. I: Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. August 1997. Oslo, 1997, s. 607-621.
- Kolrud, Helge Jakob *Hvilke krav bør stilles til en god endringsbestemmelse? I: Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*. København, 2009, s. 151-162.
- Krüger, Kai *Transportomlegning. Særlig om deviasjon i sjøtransport*. Oslo, 1973
- Mestad, Ola *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt* Oslo, 1991
- Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* Oslo, 2007
- NS 8405 Kommentarutgave*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.] Oslo, 2004
- NS 8405 med kommentarer*. Karl Marthinussen ... [et al.] 2. utg. Oslo, 2006
- Pettersson, Nils-Henrik *Plunder og heft*. I: På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og entrepriserett. Oslo, 2010, s. 347-363.
- Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966
- Sandvik, Tore *Kommentar til NS 3401*. Oslo, 1977
- Tapper, Jan Kaare *Fabrikkasjonskontrakter*. I: Kontrakter i petroleumsvirksomheten. Oslo, 1983, s. 73-234.
- Tvedt, Odd R. og Herman Bruserud *Entreprenørens kontraktsoppfyllelse – ”oppfyllelsesterskler”*. I: På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 430-452.

Tørum, Amund Bjøranger *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise*. I: På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 453-489.

Woxholth, Geir *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009

Sjørettsfondets utgivelser

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, forsikring, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet *Marlus*, inkludert *Scandinavian Institute Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY)*, publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

Tidsskriftet *Marlus* - siste utgaver

- | | | |
|-----|--|--|
| 425 | FREDLY, Heidi | Befrakterforårsaket off-hire-begivenhet. 2013. 150 s. |
| 426 | LERKERØD, Kjersti | Investeringsbeskyttelse i Russland. Den norsk-russiske BITens betydning for norske leverandører til russisk petroleumsindustri. 2013. 166 s. |
| 427 | Nordisk institutt for sjøretts
50-års jubileum | Bidrag av: Trine-Lise Wilhelmsen, Peter Appel, Stinne Taiger Ivø, Svante Johansson, Finn Arnesen. 2014. 134 s. |
| 428 | HJETLAND, Andreas
MØINICHEN, Henrik | Elektrifisering av petroleumsvirksomheten på norsk sokkel – en konsesjonsrettslig analyse. 2014. 200 s. |
| 429 | Selected master theses
Utvalgte studentoppgaver
2013 | Contributors: Tesfaye T Abebe, Rusudan Tchukuaseli, Vegard A Nymoen, Christopher Huitfeldt. Selma Næss-Ulseth. 2014. 340 p |
| 430 | SIMPLY 2013 | Bidrag av Thor Falkanger, Trond Solvang, Alla Pozdnakova, Jonas Myhre, Sergey S Seliverstov. 2014. 106 p. |
| 431 | SOLHEIM, Henning | Off hire etter sjøloven ved konkurrerende hindringer. 2014. 122 s. |

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

- Syversen, Jan: Skatt på petroleumsutvinning. 762 s. 1991. ISBN 82-90260-33-4
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: Skipsfart og samarbeid. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 1991. ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: Håndbok i kaskoforsikring På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. ISBN 82-90260-37-7
- Hans Peter Michelet: Last og ansvar. Funksjons- og risiko- fordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: Organisational Maritime Law. 121 s. 1993. (Utsolgt)
- Nygaard, Dagfinn: Andres bruk av utvinningsinnretninger. 365 s. 1997. ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: Hefte i sjøforsikringsrett. 60 s. 2. utg. 1997. (Utsolgt)
- Michelet, Hans Peter: Håndbok i tidsbefraktning. 600 s. 1997. ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: Næringsreguleringsrett 187 s. 1998. ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høiby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer 611 s. 1998. ISBN 82-90260-43-1
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett. 344 s. 2005. ISBN 89-90260-47-4
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: Sjørett. 7. utg. 602 s. 2010. ISBN 978-82-90260-48-9©

Distribusjon

Bøker, pensum og tidsskriftet MarIus distribueres via Den norske bokbyen og andre bokhandler. Sjørettsfondet og Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarIus er oppdatert på <http://bokbyen.no/butikk>. Du kan bestille på nett via butikkløsningen, e-post til post@bokbyen.no eller telefon 57 69 22 10.

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: jus.uio.no/nifs. Se banneret MarIus nede til høyre på siden.

Tidsskriftet MarIus – abonnement

Sjørettsfondet tilbyr nå abonnement med flere valgmuligheter:

- A: Alle utgaver
- B: Innbundet årgang
- C: Sjørett (på norsk og engelsk)
- D: Petroleums- og energirett (på norsk og engelsk)
- E: Utgaver på engelsk, inkludert SIMPLY
(både sjørett, petroleums- og energirett)
- F: SIMPLY

For å tegne abonnement, send e-post til post@bokbyen.no. Prisen vil variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. De tolv utgavene på totalt 2892 sider som ble utgitt i 2013 kostet til sammen 5 190 kr i utsalg for enkeltnumerene.