

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Sofie Komissar

Uekte endringer

Bruken av endringsreglene i NS 8405 og NF 07
på utilsiktede forhold

Uekte endringer

Bruken av endringsreglene i NS 8405 og NF 07
på utilsiktede forhold

Sofie Komissar



Marlus nr. 434
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

Forord

Denne oppgaven ble skrevet mens jeg var ansatt som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett (NIFS), Avdeling for energi- og petroleumsrett. Avhandlingen publiseres i all hovedsak slik den ble levert som studentavhandling.

Året ved Instituttet var faglig utfordrende, lærerikt og svært inspirerende. Takk til avdelingen for et inkluderende og stimulerende miljø.

En særlig takk går til min veileder Knut Kaasen, for sin smittende entusiasme for faget og for sin unike evne til å få meg til å se løsninger der jeg var sikker på at det bare var problemer. Han tok seg alltid tid til å lytte til mine refleksjoner og delte sjenerøst av sin kunnskap og erfaring. Takk for de mange inspirerende samtalene.

Takk også til Ola Mestad, mine sensorer Ivar Alvik og Sondre Dyrland, for nyttige innspill.

Jeg vil også takke de øvrige vitenskapelige assistentene ved avdelingen, og særlig mine kontorfeller Jenny Walderhaug Jensen og Cato Løwer. Uten deres støtte og Catos innspill i slutfasen, hadde jeg ikke kommet i mål.

Dette gjelder også mine venner og familie, og min evig tålmodige og positive kjæreste.

Takk også til pappa, som ga meg tro på at jeg kan få til akkurat hva jeg vil.

Sofie Komissar

Innhold

1	INNLEDNING.....	9
	1.1 Om tema for avhandlingen	9
	1.2 Rettskilder og metode	10
2	PRESENTASJON AV NS 8405 OG NF 07.....	14
	2.1 NS 8405.....	14
	2.2 NF 07.....	14
	2.3 Prosjektering og tilvirkning.....	15
	2.4 Prosjektets gang - endringsbehovet	16
	2.5 Fremstillingen videre	20
3	ENDRINGER UNDER KONTRAKTSAVVIKLING	20
	3.1 Styrende og gjenopprettende endringer.....	20
	3.1.1 Styrende endringer gjennom endringsordre	22
	3.1.2 Styrende endringer gjennom tegningsrevisjon	23
	3.1.3 Formriktig instruks – grensen mellom det som allerede følger av kontraktsforpliktelsene og styrende endringer.....	24
	3.1.4 Gjenopprettende endringer.....	27
	3.2 Varslingsreglene – krav om endringsordre – identifisering av situasjonen	28
	3.3 Uenighet om hvorvidt det foreligger en endring	29
	3.3.1 Systemet for avklaring av hvorvidt det foreligger en endring... ..	29
	3.3.2 Noen særegne spørsmål <i>før</i> det foreligger avklaring av hvorvidt tilvirkeren har krav på endringsordre – rett og plikt til å forsere	30
	3.4 Justering av vederlag og fremdriftsplan	37
	3.4.1 Justering av vederlag	38
	3.4.2 Justering av fremdriftsplan	39
4	BRUK AV ENDRINGSREGLENE PÅ UTILSIKTEDE ENDRINGER. 40	
	4.1 Innledning	40
	4.2 Generelt om bruken av endringsregler på utilsiktede endringer – noen utgangspunkter om hvorvidt reglene samsvarer med partenes interesser	41
	4.3 Hvordan kobler kontraktene seg inn på endringsreglene?	43
	4.3.1 Virkningen av at det gis en gjenopprettende endring	43
	4.3.2 Gjelder begrensningen i endringskompetansen ved gjenopprettende endringer?.....	44

5	FORCE MAJEURE	46
5.1	Innledning	46
5.2	Situasjonen.....	47
5.3	Bruk av endringsreglene ved Force Majeure	60
5.3.1	Den alminnelige Force Majeure-reguleringen i kontraktene ...	60
5.3.2	Hvordan identifiseres Force Majeure-situasjonen?.....	64
5.3.3	Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris? ..	73
5.3.4	Tvisteløsning ved uenighet om hvorvidt en av partene er rammet av Force Majeure – hvilken virkning får situasjonen på kontrakten?.....	78
5.4	Bemerkninger	82
6	BESTILLERS MISLIGHOLD AV FORPLIKTELSE SOM HAR BETYDNING FOR FREMDRIFTEN	86
6.1	Innledning	86
6.2	Situasjonen.....	86
6.2.1	Forhold som ikke utgjør mislighold.....	87
6.3	Når foreligger det mislighold?	88
6.4	Retten til å kreve gjenopprettende endring ved bestillers mislighold.....	93
6.4.1	Varslingsreglene – identifisering av situasjonen	96
6.4.2	Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris? ..	99
6.4.3	Midlertidig tvisteløsning.....	102
6.5	Bemerkninger	102
7	ENDRINGER I LOVER, FORSKRIFTER OG KRAV FRA MYNDIGHETENE	103
7.1	Innledning	103
7.2	Situasjonen.....	104
7.3	Plikten til å etterkomme lover, forskrifter og andre myndighetskrav	104
7.4	Retten til å kreve gjenopprettelse ved endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav.....	107
7.4.1	Varslingsreglene.....	112
7.4.2	Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris? ..	114
7.4.3	Tvist om hvorvidt forholdet utgjør en endring.....	115
7.5	Bemerkninger	117
8	ANDRE GRUNNLAG FOR GJENOPPRETTING OG LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER	119

9	TILSVARENDE ANVENDELSE – FUNGERER DET?.....	123
	LITTERATURLISTE.....	131
	SJØRETTSFONDETS UTGIVELSER.....	135

1 Innledning

1.1 Om tema for avhandlingen

Avviklingen av større tilvirkningskontrakter vil nærmest aldri forløpe nøyaktig som planlagt. Bestillers ønsker og de rammebetingelser partene ikke har herredømme over vil underveis i prosjektet endre kravene til ytelsen og forutsetningene for tilvirkningen. Dette gjelder særlig hvor kontraktsforholdet er langvarig. For å ta høyde for disse forholdene må kontraktsreguleringen inneha en fleksibilitet som åpner for justering av kontraktsforpliktelsen i tiden *etter* kontraktsinngåelse. Flexibiliteten må imidlertid ikke gå på akkord med partenes hovedinteresser i prosjektet. For bestillers vedkommende ligger hovedinteressen i å få riktig ting til riktig tid. For tilvirkerens vedkommende er det vederlaget som er det avgjørende.

Å ta hensyn til både partenes interesser og behovet for fleksibilitet reiser kontraktstekniske utfordringer. Endringsreglene i NS 8405 og NF 07 søker å utgjøre et verktøy for å håndtere disse delvis motstridende interessene.

Endringsreglene bygger i utgangspunktet på bestillers behov for å justere kravene til tilvirkerens kontraktsforpliktelser, og knytter seg derfor hovedsakelig til (mer eller mindre) *tilsiktede* endringer. Dette skjer gjennom utstedelse av endringsordre. Endringsreglene er på denne måten en «avtale i avtalen», om hvordan endringer i den opprinnelige kontrakten skal skje. Endringsreglene ivaretar imidlertid også mange av de behovene som gjør seg gjeldende når det inntreffer endringer av mer *utilsiktet* art, så som endringer i rettslige eller faktiske rammebetingelser for kontraktsavviklingen. Derfor er endringsreglene gitt tilsvarende anvendelse for visse tilfeller av utilsiktede endringer.

Avhandlingens siktemål er å ta for seg bruken av endringsreglene ved utilsiktede endringer i NS 8405 og NF 07. Dette vil behandles særlig i relasjon til tre situasjoner: Force Majeure, bestillers mislighold og endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav. Hovedformålet med

avhandlingen er å se på hvordan den tilsvarende bruken av endringsreglene gjennomføres i kontraktene. Det vil særlig tas sikte på å vurdere hvorvidt gjennomføringen fremstår rasjonell og hensiktsmessig.

Med dette mål for øyet er det ikke nødvendig med en gjennomgang av samtlige risikoforhold som kan inntre under avvikling av kontraktsforholdet. Det tillater heller ikke avhandlingens rammer. Bakgrunnen for at det nettopp er disse tre situasjonene som behandles, er at de fremstår velegnet for å synliggjøre forskjellene mellom de to standardkontraktene i hvordan gjennomføringen av endringsreglene skjer.

Det er de samme hensyn og behov som gjør seg gjeldende ved inntrøden av ulike risikoforhold i både NF 07 og NS 8405. Allikevel gjennomføres den utvidede bruken av endringsreglene ganske ulikt i de to kontraktene. Utgangspunktet i NF 07 er at alle kontraktsregulerte risikoforhold kobles inn på endringsreglene gjennom vilkåret om krav på endringsordre. I NS 8405 er det utelukkende reguleringen om rettsvirkningene av slik endringsordre som får tilsvarende anvendelse.

Dette er imidlertid bare utgangspunktene for det systemet kontraktene legger opp til. Som avhandlingen vil vise er det store forskjeller mellom reguleringen av de tre situasjonene som spesielt skal behandles, også innenfor den enkelte standard.

1.2 Rettskilder og metode

Det vil i det følgende redegjøres for de rettskildemessige forhold som har særlig betydning for NS 8405 og NF 07. Det vil ikke foretas en generell behandling av alminnelige rettskildeprensipp.

Avtalefriheten innebærer at den viktigste rettskilden for løsningen av spørsmål knyttet til NS 8405 og NF 07 er kontrakten selv.¹ Dermed blir læren om avtaletolkning et særlig viktig verktøy i behandlingen av disse kontraktene. Dersom det ikke kan påvises noen felles forståelse mellom partene, er ordlyden utgangspunktet for all avtalerettslig tolk-

¹ Se Woxholth (2012) s. 24 for en redegjørelse av prinsippet om avtalefrihetens tilblivelse.

ning.² Dette gjelder også for tolkning av NS 8405 og NF 07. Ettersom forutberegnelighet er en stor motivasjonsfaktor for å utarbeide standardavtaler bør man legge betydelig vekt på ordlyden også i de tilfeller hvor dette ikke nødvendigvis leder til det rimeligste resultatet. Kontraktene er utarbeidet av representanter fra begge parter, er å anse som «agreed documents»³ og regulerer kontraktsforholdet mellom profesjonelle aktører. Høyesterett har uttrykt at det er særlig grunn til å legge avgjørende vekt på ordlyden ved denne typen avtaler.⁴

I den grad det er mulig å fastlegge en *individuell* partsvilje vil den komme til uttrykk gjennom spesifikke tilpasninger i standardkontrakten. Disse må tolkes på linje med andre individuelt fastsatte kontraktsvilkår.⁵ Dersom standardkontrakten gjelder i sin opprinnelige form vil den eneste muligheten til å utlede en partsvilje ligge i referater fra forhandlingene mellom kontraktskonsipistene.⁶ Slike referater finnes fra forhandlingene til både NS 8405 og NF 07. Referatene er imidlertid vanskelig tilgjengelige og ikke utarbeidet med sikte på å gi uttrykk for partenes forståelse av de ulike bestemmelsene, men for å dokumentere fremdriften i forhandlingene.⁷ Dertil kommer at de enkelte kontraktsvilkårene ofte gir uttrykk for et kompromiss mellom partene. Dette taler for at slike referater benyttes med varsomhet.⁸

Andre viktige tolkningsmomenter er kontraktens formål,⁹ systembetragtninger og operative hensyn.¹⁰ At en bestemt tolkning samsvarer med kontraktens system og at den gir den aktuelle bestemmelsen et

² Jf. Rt. 2011 s. 670, i avsnitt 37.

³ Jf. Sandvik (1977) s. 23.

⁴ Jf. Rt. 2010 s. 1345, avsnitt 45 for den særlige betydningen av at avtalen er å anse som «agreed documents», og Rt. 2000 s. 806 på s. 815 med generelle betraktninger om at det kreves sterke holdepunkter for å fravike ordlyden i avtaleforhold mellom profesjonelle parter. Dette bekreftes også i en rekke andre dommer, blant annet i Rt. 2012 s. 1729, se avsnitt 57.

⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 54.

⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 54.

⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 56.

⁸ Jf. Kaasen (2006) s. 56.

⁹ Jf. Woxholth (2012) s. 366.

¹⁰ Jf. Woxholth (2012) s. 361.

operativt innhold, tilsier at denne løsningen skal legges til grunn.¹¹

Dersom man gjennom tolkningsreglene ikke finner tilstrekkelige holdepunkter for en løsning på et aktuelt problem må man også se hen til bakgrunnsretten.¹² Spørsmålet blir da hvilken bakgrunnsrett som skal legges til grunn. NS 8405 er uttrykkelig unntatt fra kjøpsloven,¹³ jf. § 2 (1), og er heller ikke underlagt annen lovregulering. Kontrakten benyttes mellom profesjonelle parter og derfor kommer verken bustadoppføringslova eller håndverkertjenestelova til anvendelse.¹⁴ Ved anvendelse av bakgrunnsretten må man dermed falle tilbake på entrepriserettslige og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.¹⁵

NF 07 er ikke direkte unntatt fra kjøpsloven. Det avgjørende spørsmålet er hvorvidt «bestiller skal skaffe en vesentlig del av materialet», jf. § 2 (1). Skal han det, faller kontraktsforholdet utenfor kjøpslovens anvendelsesområde. Svaret beror i utgangspunktet på hvordan oppgavene er organisert mellom partene i den enkelte kontrakt. Både Mestad og Kaasen konkluderer med at loven kommer til anvendelse dersom dette vilkåret *ikke* er oppfylt.¹⁶ Kaasen fremholder imidlertid at spørsmålet om kjøpslovens eventuelle anvendelse har begrenset betydning, all den tid loven gir uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper som uansett vil ha betydning som bakgrunnsrett.¹⁷

Det foreligger lite rettspraksis vedrørende tolkningen av NF 07, mens det i tilknytning til NS 8405 og tidligere entrepriserstandarder finnes en god del. Den rettspraksis som finnes er imidlertid ofte basert på helt konkrete fakta i den spesifikke tvisten, og har derfor liten overføringsverdi

¹¹ Jf. Rt. 2012 s. 1729, se avsnitt 67.

¹² Jf. Kaasen (2006) s. 50.

¹³ Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27. Loven er deklarasjonsrett, og gjelder bare dersom ikke annet følger av avtalen, jf. § 3.

¹⁴ Jf. henholdsvis Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43 § 1 og Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63 § 1.

¹⁵ Se Hagstrøm (2011) s. 46 og 60 for en behandling av entrepriserett som rettskilde også hvor kontrakten ikke gir konkrete svar.

¹⁶ Jf. Mestad (1991) s. 235 og Kaasen (2006) s. 52.

¹⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 53.

til andre tilfeller.¹⁸ Videre foreligger en god del voldgiftspraksis, særlig knyttet til entrepriserettslige standarder. På grunn av den manglende publisitet er disse dommene imidlertid vanskelig tilgjengelige, og deres rettskildestatus omdiskutert.¹⁹ I lys av deres argumentasjonsverdi kan de imidlertid tillegges større vekt i praksis, enn det rettskildelæren i utgangspunktet legger opp til.²⁰

Standardkontraktene etablerer et særegent tvisteløsningssystem med ekspert- og oppmannsavgjørelser. I den grad disse avgjørelsene er publisert kan de være egnet til å belyse løsninger av aktuelle spørsmål. Ekspertavgjørelsene i tilknytning til NF 07, samt visse voldgiftsdommer, ble i en periode publisert i *Petrius*.²¹ Hva gjelder oppmannsavgjørelser i tilknytning til entreprisstandardene blir disse til en viss grad publisert av Byggebransjens Faglige Juridiske Råd, sammen med andre avgjørelser fra rådet, blant annet på *Rettsdata*.²²

Av litteratur i tilknytning til NF 07 er *Kaasen* (2006) sin fremstilling av forgjengeren NF 05 og NTK 05 den mest omfattende kommentaren av disse kontraktene. Videre kan litteratur i tilknytning til tidligere standarder bidra til løsninger. Dette gjelder for eksempel *Borchenius*, Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987, publisert i *MarIus* nr. 172 (1989). For konkrete spørsmål i tilknytning til Force Majeure, foretar *Mestad* (1991) en bred behandling av disse spørsmålene både i entrepriseretten og fabrikkasjonskontraktene.

For entrepriserettens vedkommende foreligger en rekke kommentarer til de ulike standardene. Det er kun *Marthinussen* (2010) som direkte behandler 2008-versjonen av NS 8405. Den første versjonen er imidlertid også kommentert av *Kolrud* (2004). *Sandvik* (1966), *Entreprenørrisikoen*, bidrar også med generelle entrepriserettslige betraktninger. Dette gjelder også *Barbo* (1997) sin fremstilling av endringsreglene i NS 3430 og NF 92. Videre foreligger det en del juridiske artikler om ulike emner i tilknyt-

¹⁸ Jf. *Marthinussen* (2010) s. 52.

¹⁹ Jf. *Barbo* (1997) s. 21.

²⁰ Jf. *Kaasen* (2006) s. 58.

²¹ Jf. *Saga* (2013) s. 12.

²² Jf. *Saga* (2013) s. 12.

ning til begge kontraktstypene. Disse bidrar også til løsninger for de ulike problemstillingene som behandles i oppgaven. Særlig har Kaasen forfattet en rekke aktuelle artikler som er relevante i denne sammenheng.

2 Presentasjon av NS 8405 og NF 07

2.1 NS 8405

NS 8405 regulerer utførelse av bygge- og anleggsarbeid, jf. NS 8405 pkt. 1. Det er arbeid som består i oppførelse, forandring eller reparasjon av bygning eller anlegg på fast eiendom. Boliger, kontorbygg, kjøpesentre, mm. faller innunder bygg, mens anlegg omfatter tunneller, demninger, bruer, veier o.l.²³ Flyplasser vil gjerne falle innenfor begge kategorier. Flyterminalen regnes som bygg og flystripene som anlegg. Vanlig ved entreprisekontrakter er at entreprenørens arbeid ikke bare omfatter fysisk utførelse av arbeidet og å stille maskiner og redskaper til disposisjon, men også å skaffe de byggematerialer som trengs for å tilvirke kontraktsgjenstanden.²⁴ I motsetning til fabrikasjon under petroleumskontraktene, er det mer uvanlig at bestiller (byggherren) stiller med materialene.

NS 8405 er fremforhandlet i regi av Standard Norge.²⁵ Standarden er utarbeidet av komitéer som er sammensatt av representanter fra begge parter. NS 8405 ble innført i 2004 og kom i revidert utgave høsten 2008. Kontrakten er beregnet på utførelsesentreprise jf. NS 8405 pkt.1.

2.2 NF 07

²³ Jf. Sandvik (1966) s. 31-32.

²⁴ Jf. Sandvik (1966) s. 32-33.

²⁵ Standard Norge er en privat medlemsorganisasjon med medlemmer fra både privat og offentlig sektor. Organisasjonens formål er etter vedtektene å være en nøytral og uavhengig organisasjon for standardisering rettet mot næringsliv, forvaltning, arbeidsliv og forbrukere. Organisasjonen er også det norske medlem av de internasjonale standardiseringsorganisasjonene CEN og ISO.

Norsk fabrikkasjonskontrakt (NF) kom i sin opprinnelige utgave i 1987. Det er standardvilkår for fabrikkasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk sokkel. Vilkårene ble fremforhandlet av Norsk Hydro ASA, Statoil ASA og Saga Petroleum ASA på den ene siden og Teknologibedriftenes Landsforening (TBL) på den andre siden (fusjonerte med andre organisasjoner i 2006 under navnet Norsk Industri).²⁶ Vilkårene har blitt revidert i flere omganger og nåværende NF 07 er foreløpig siste versjon.

Partene i de to kontraktene er realdebitor og realkreditor. I NS 8405 betegnes disse som *byggherren* og *entreprenøren*. I NF 07 er partene betegnet *selskapet* og *leverandøren*. I avhandlingen vil disse begrepene brukes når det kun siktes til den enkelte kontrakt. Når det gjøres generelle bemerkninger og når begge kontraktene omtales i fellesskap, vil jeg derimot benytte begrepet *bestiller* som felles betegnelse på både byggherre og selskapet, og *tilvirker* som felles betegnelse på entreprenør og leverandør.

2.3 Prosjektering og tilvirkning

Tilvirkningskontrakter er tradisjonelt inndelt etter hvorvidt det er bestiller eller tilvirker som har risikoen for prosjektering. Ved totalentrepriser²⁷ (NS 8407) er det totalentreprenøren som står for prosjektering, mens det ved utførelsesentreprise (NS 8405) er byggherren som overfor entreprenøren har ansvar for prosjekteringen. Samme gjelder for henholdsvis NTK 07 og NF 07. Denne grunnleggende forskjellen gir utslag i hvordan arbeidsforpliktelsen er beskrevet. Mens den i totalentreprisen/-kontrakten i stor grad er beskrevet som et ønsket resultat, er de enkelte elementer av arbeidet beskrevet ved de rene utførelseskontrakter.²⁸ Allikevel er ikke forskjellene på de to kontraktsformene alltid like store i praksis. Verken utførelseskontrakter eller totalkontrakter finnes i sin absolutt rendyrkede form. Bestiller vil komme med føringer under totalkontraktene, på

²⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 19 (side før sidetall).

²⁷ Også kalt EPC(I)-kontrakter, som står for Engineering, Procurement and Construction og eventuelt Installation.

²⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 45.

samme måte som visse deler av prosjekteringen kan ligge hos tilvirker under utførelseskontraktene.

Som nevnt gjelder begge de kontraktene avhandlingen behandler, NS 8405 og NF 07, kontraktsforhold hvor det er bestiller som i utgangspunktet har ansvaret for prosjekteringen og tilvirker har en ren utførelsesforpliktelse. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. Det er bare gjennom en tolkning av arbeidsbeskrivelsen man kan kartlegge tilvirkers konkrete kontraktsforpliktelser.

2.4 Prosjektets gang - endringsbehovet

Endringsreglene åpner for endringer av tilvirkerens kontraktsforpliktelser i tiden etter kontraktsinngåelse. For å forstå behovet for slike endringer må man ha en viss oversikt over tilvirkningsprosjektene gang og hvilke forhold som kan kreve omlegging. Det vil i det følgende redegjøres kort for slike forhold og når de vanligvis oppstår.

De fleste tilvirkningsprosjekter starter med en planleggingsfase, hvor bestiller fastlegger behovene, finansieringsmulighetene og kostnadsrammen for prosjektet. Her utarbeides planer og funksjonskrav. Når dette er på plass lager man en grov skisse av det som skal tilvirkes. Dette skjer gjerne med bistand fra ulike konsulenter, som for byggeprosjektene vedkommende ofte vil være en arkitekt.

Utover i planleggingsfasen utarbeides prosjekteringen og ideelt sett blir dette arbeidet ferdigstilt i denne fasen. Generelt vil behovet for endringer i stor grad bero på hvorvidt prosjekteringen korresponderer med de faktiske rammebetingelser. Dersom prosjekteringen er uferdig eller lider av mangler vil det følgelig bli behov for justeringer underveis.

Det tilhører imidlertid sjeldenhetene at prosjekteringen faktisk er helt ferdig ved oppstart av tilvirkningsarbeidene. For fabrikkasjonskontraktene vedkommende er det svært vanlig at større deler av prosjekteringsgrunnlaget er uferdig når arbeidene startes opp. Utbyggingsprosjekter på norsk sokkel gjennomføres ofte med maksimal vekt på fremdrift. Bakgrunnen for dette er at tidspunktet for start av inntektsstrøm er helt avgjørende for nåverdien og derfor for prosjektets økonomi. At prosjektet skal tjene

penger gjelder nødvendigvis også for bygge- og entreprisprosjekter. Villigheten til å investere friskere og ta risikoen ved å starte bygging på uferdig prosjekteringsgrunnlag er imidlertid generelt mye større ved offshore-prosjekter. Dette har også sammenheng med skattesystemet og regulering om fradrag for investeringskostnader.²⁹

I praksis innebærer det at prosjektering, innkjøp og byggevirksomhet skjer overlappende. Behovet for justeringer og endringer er derfor stort underveis i tilvirkningen. Forskjellene mellom de ulike petroleumfeltene er også store, slik at utvikling av nye tekniske løsninger tilfører ytterligere usikkerhetsmomenter.

I entreprisprosjekter er grunnforholdene et usikkerhetsmoment som tradisjonelt tilfører store ekstrautgifter. Grunnforholdene kan heller ikke enkelt kartlegges i prosjekteringsfasen, da det kostnadmessig ikke er lønnsomt å foreta mer enn rent sporadiske undersøkelser av grunnforholdene i denne fasen.³⁰ Hvis byggearbeidene skal skje på tidligere ubebygde grunn er det derfor først ved oppstart av grunn- og betongarbeider at de fleste problemer i grunnforholdene avdekkes. Dette kan medføre behov for større eller mindre omlegginger i prosjektering og utførelse av arbeidet underveis.

Prosjekteringsfeil kan altså oppstå fordi prosjekterende ikke har tilstrekkelig kunnskap om alle forhold av betydning for utførelsen av prosjektet. Dette kan knytte seg til manglende kunnskap om de faktiske rammebetingelsene, som grunnforholdene, men det kan også knytte seg til manglende kunnskap om de rettslige rammene for prosjektet. Det kan for eksempel være at man ikke har tatt hensyn til gjeldende lover og forskrifter og derfor må justere arbeidet underveis.³¹

Både når prosjekteringen lider av mangler og når byggearbeidene starter opp med et prematurt prosjekteringsgrunnlag, vil dette få følger for utførelsen av arbeidet og det vil oppstå behov for endringer av tilvirkernes kontraktsforpliktelser.

²⁹ For en innføring i skattesystemet for petroleumindustrien se Jansen (2011) s. 315-370.

³⁰ Jf. Sandvik (1966) s. 87.

³¹ Holth (2010) s. 4.

Prematurt eller mangelfullt prosjekteringsgrunnlag er imidlertid ikke de eneste årsakene til behovet for endringer. Større tilvirkningsprosjekter varer ofte over en lang tidsperiode, gjerne flere år. Da er det mange utilsiktede forhold som kan inntre i løpet av kontraktsavvikling og som vil endre forutsetningene for tilvirkers kontraktsforpliktelser. Force Majeure, bristende forutsetninger og endringer i lover og forskrifter med betydning for utførelsen av arbeidet, er noen av forholdene som kan inntre.

Tilvirkingen vil også bli påvirket dersom bestiller ikke oppfyller sine forpliktelser i henhold til kontrakten til avtalt tid. Spesielt i fabrikkasjonskontraktene er det ofte bestiller som skal levere store deler av materialene som skal anvendes i tilvirkningen av kontraktsgjenstanden. Dette er i mindre grad tilfellet ved entreprisekontrakter, men også her forekommer det. Dersom bestiller er forsinket med disse leveransene vil dette ofte føre til at tilvirker også blir forsinket.

En annen sak er at bestiller også kan endre sine ønsker til kontraktsforpliktelsen, uten at dette har noen sammenheng med utenforliggende endringer i forutsetningene for prosjektet. Bestiller kan endre oppfatning av hva som vil være den mest hensiktsmessige utformingen av kontraktsgjenstanden, eller han kan rett og slett forandre sine ønsker knyttet til fargevalg, visuell utforming eller funksjonsevne. Dette har også en side til at prosjektene ofte strekker seg over flere år. I løpet av disse årene kan det skje teknologiske nyvinninger og bestiller får tid til å forandre mening om hvordan han ønsker at kontraktsgjenstanden til slutt skal bli.

I større tilvirkningsprosjekter er det i tillegg ofte flere sideordnede tilvirkere. For bestiller kan det være økonomisk gunstig å dele opp større prosjekter i flere konkurranser, men prosjektet kan også ramme svært ulike fagdisipliner, slik at oppdeling anses hensiktsmessig.

Sideordnede tilvirkere vil ha hvert sitt kontraktsforhold til bestilleren og ansvar for sin del av prosjektet i form av en egen entreprise eller fabrikkasjon. Dersom det skjer endringer i kontraktsforholdet til én tilvirker vil dette ikke bare få betydning for denne tilvirkerens videre arbeid, men ofte også for sideordnede tilvirkere. Dette gjelder særlig hvor de ulike tilvirkere er avhengige av hverandres leveranser og generelle fremdrift for sitt eget videre arbeid, eller hvor ulike entreprenører arbeider på

samme bygg eller samme geografiske område. Begge disse forholdene knytter seg til hvor mange *kontaktflater*, eller *grensesnitt*, det er mellom de ulike tilvirkernes kontraktsforpliktelser.

Hvilken betydning en endring skal ha for tilvirkeren og eventuelle sideordnede tilvirkere er altså avhengig av grensesnitt, men også av hvor i fremdriftsplanen den aktuelle endringen inntreffer. Herunder spesielt hvorvidt endringen innvirker på *kritisk linje* eller dagmulktsanksjonert milepæl. Kritisk linje er en betegnelse på de aktiviteter som er styrende for ferdigstillingen av kontraktsgjenstanden.³² Hvilke aktiviteter som er styrende for ferdigstilling er ikke en gitt faktor, men vil ofte endre seg underveis i prosjektet. Skjer det for eksempel endringer som fører til stans i én del av arbeidet, vil man forsøke å rokkere på arbeidsoppgaver for å unngå forsinkelse. Ved slik rokking vil det være andre aktiviteter som nå befinner seg på kritisk linje.

Dårlige værforhold er et typisk eksempel på ytre omstendigheter som ikke nødvendigvis fører til full stans i arbeidet, men som kan føre til at aktiviteter må bytte plass i fremdriftsplanen. Avhengig av omfanget av sideordnede tilvirkere er aktiviteter på kritisk linje også avgjørende for at andre tilvirkere skal kunne utføre sine arbeidsoppgaver etter kontrakten. Derfor er aktiviteter på prosjektets kritiske linje ofte tilknyttet dagmulktsanksjoner.

Når det først skjer endringer i prosjektering eller det pålegges nye arbeidsoppgaver, vil dette kunne gi en rekke ringvirkninger. For eksempel vil et materialbytte kunne føre til at konstruksjonen blir tyngre og at det derfor må gjøres endringer i også andre deler av utformingen. Eksempelvis vil det av og til bli behov for å endre armeringstype dersom man i et byggeprosjekt bytter til materialer som gjør konstruksjonen tyngre enn opprinnelig forutsatt.

Hyppige endringer fører til perioder med dårligere produktivitet, forsinkelser og kostnadsøkninger. Kostnadsøkningene kan imidlertid tjenes inn gjennom den økonomiske gevinsten som ligger i å komme tidlig i gang med produksjonen for fabrikkkontraktens vedkommende, eller tidligere salg eller utleie for entreprisekontraktens del. Det er som nevnt nettopp de store inntjeningsmulighetene som er bakgrunnen for at man ofte prioriterer hurtig byggestart fremfor grundig prosjekte-

³² Jf. Kaasen (2006) s. 289.

ring. Derfor er det også avgjørende for bestiller at fremdriftsplanen utsettes for minimalt med forsinkelser, på tross av de endringsbehov som oppstår i løpet av kontraktsavvikling. Endringsreglenes varslings-, preklusjons- og tvisteløsningsregler søker å ivareta denne interessen, samtidig som tilvirker skal sikres sitt krav på vederlag.

2.5 Fremstillingen videre

Avhandlingens tema knytter seg i hovedsak til bruken av endringsreglene ved utilsiktede endringer. Før det er hensiktsmessig å si noe om dette finner jeg det nødvendig å behandle endringsreglenes tradisjonelle område. Dette er tema nedenfor i pkt. 3. Her vil jeg ta for meg bestillers ulike fremgangsmåter for å pålegge tilvirkeren endringer og tilvirkerens adgang til å kreve endringsordre. I tillegg vil jeg redegjøre for varslingsreglene, reglene om hvordan uenighet mellom partene håndteres og hvordan justering i tilvirkerens vederlag og fremdriftsplan skjer.

Deretter vil det redegjøres for visse særegne forhold ved bruk av endringsreglene for andre tilfeller enn de tradisjonelle, pkt. 4, før det foretas en gjennomgang av bruken av endringsreglene ved Force Majeure, bestillers mislighold, og endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav, i pkt. 5-7. Deretter vil jeg kort si noe om hvordan bruken av endringsreglene stiller seg i tilknytning til andre utilsiktede forhold enn de som er direkte behandlet, i pkt. 8. Til slutt vil jeg forsøke å dra noen slutninger rundt hensiktsmessigheten av reguleringen i pkt. 9.

3 Endringer under kontraktsavvikling

3.1 Styrende og gjenopprettende endringer

Det tradisjonelle området for endringsreglene er bestillers ensidige rett til å endre tilvirkerens kontraktsforpliktelser *etter* kontraktsinngåelse. Dette skjer gjennom utstedelse av endringsordre. Endringsordren gir

uttrykk for en plikt til å gjøre noe, og er i denne forstand *styrende* for tilvirkerens kontraktsforpliktelser. Dersom bestiller eksempelvis ombestemmer seg med tanke på fargevalg, må han utstede en endringsordre for å pålegge tilvirkeren å endre farge fra det opprinnelig avtalte.

Når endringsreglene anvendes utenfor sitt opprinnelige område, er det først og fremst for å sikre en ryddig og forutberegnelig *gjenoppretting* av balansen i kontraktsforholdet, som det inntrufne forhold forutsetningsvis har forrykket. Dersom for eksempel tilvirkeren blir forsinket fordi bestiller ikke leverer materialer til avtalt tid, vil han ha krav på justering av sine frister og eventuelt tilleggsvederlag for å dekke de ekstra kostnader det medfører å måtte holde arbeidstokken over en lengre periode. Tilvirkeren har ikke fått noe mer å gjøre i forhold til det som følger av de opprinnelige kontraktsforpliktelsene, men han skal holdes skadesløs for effekten av et forhold bestiller har risikoen for. I NF 07 skjer dette også gjennom utstedelse av endringsordre. I NS 8405 skjer gjenoppsettelsen utelukkende gjennom justering i vederlag og fremdriftsplan, uten at dette har grunnlag i en endringsordre.

De to typer av endringer fremmer med andre ord ulike formål. Jeg finner det hensiktsmessig å beskrive dette skillet ved å anvende begrepene «styrende» og «gjenoppsettende endringer». Dette gjør det lettere å se hvordan partenes interesser forandrer seg alt etter hvilken type endring det er snakk om. Dermed blir det også enklere å ta stilling til hvorvidt de endrede interesser kan medføre at endringsreglene ikke passer like godt for alle forhold.

Fordi NS 8405 i hovedsak ikke anvender endringsordre som grunnlag for justering utenfor de tradisjonelle områdene, kommer skillet mellom styrende og gjenoppsettende endringer tydeligere fram her enn i NF 07. Dette begrunner også hvorfor avhandlingen anvender ordet styrende og gjenoppsettende endringer, ikke endringsordre.³³

Sondringen mellom styrende og gjenoppsettende endringer knytter seg til endringens *primærfunksjon*. Dersom bestiller utsteder en styrende endringsordre vil denne vanligvis ha gjenoppsettning som *bivirkning*.

³³ Hvor det faktisk er snakk om styrende endringer gjennom endringsordre vil det imidlertid være naturlig å anvende begrepet endringsordre.

Enten vil dette fremgå allerede av den styrende endringsordren, eller så vil endringsordren danne grunnlag for slikt krav. Dette gjelder selvsagt bare hvor endringen faktisk krever mer tid eller penger for leverandøren. Eksempellet med endring i fargevalg vil ikke nødvendigvis gi slik effekt.

I de tilfeller hvor det *ikke* er bestillers endringsordre som gir behov for justering vil endringsordrens *primærfunksjon* utelukkende være gjenoppbyggende. Gjennom den gjenoppbyggende endringen gir man tilvirkeren en forpliktelse til å tåle noe, mot at han får justering i fremdriftsplanen og vederlaget. Men han har ikke med dette fått noen plikt til å overkomme den eventuelle hindringen som foreligger. Den gjenoppbyggende endringen kan imidlertid *foranledige* en styrende endring som gir slik plikt. For eksempel når bestiller gir et forseringspålegg i kombinasjon med gjenoppbyggende fremdriftsjustering ved Force Majeure.

Det er en grunnleggende forskjell mellom de interesser som ivaretas ved henholdsvis styrende og gjenoppbyggende endringer. Gjennom de styrende endringer ivaretas *bestillers* interesse i å ha full kontroll over utførelsen av kontraktsgjenstanden, også etter kontraktsinngåelse. Riktignok gir endringsordren adgang til justering i tid og pris, men primærvirkningen er at tilvirker pålegges en «hoppeplikt». Gjennom de gjenoppbyggende endringer er det i hovedsak *tilvirkerens* interesse i å bli holdt skadesløs for endringer i hans oppfylleelsesforutsetninger som blir ivaretatt.

3.1.1 Styrende endringer gjennom endringsordre

Utgangspunktet for endringsreglene er at bestiller gis en ensidig rett til å pålegge tilvirkeren å gjøre noe mer, annet, unnlate å gjøre noe eller gjøre noe annerledes enn det som følger av de opprinnelige kontraktsforpliktelsene. Dette innebærer at balansen i kontraktsforholdet forrykkes. Derfor inneholder endringsreglene også bestemmelser om hvilke konsekvenser en eventuell endring har for tilvirkerens vederlag og fremdriftsplan.

Bestiller har en utstrakt endringskompetanse. Risikoen for at det vil forekomme betydelige endringsarbeider er medregnet når tilvirker inngir tilbud og er en forutsetning for begge parter ved kontraktsinngåelse. Endringsadgangen kan imidlertid ikke være fullstendig ubegrenset.

Kontraktene begrenser derfor endringsadgangen ved at endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, ikke være av vesentlig annen art eller at endringene samlet sett ikke må gå ut over det partene med rimelighet kunne regne med ved kontraktsinngåelse, jf. henholdsvis NS 8405 pkt. 22.1 (3) og NF 07 art. 12.1 (3). I NS 8405 skal heller ikke tilleggsarbeider omfatte mer enn 15 % av netto tillegg til den opprinnelige kontraktssummen.

Begrensningen i endringsadgangen må påberopes av tilvirker. Sannsynligvis er det kun i situasjoner hvor han har alternative, mer inntjenende oppdrag, eller hvor prosjektet har vært særlig problematisk eller tapsbringende at dette vil være aktuelt. I andre tilfeller vil spørsmålet ofte ta form som et spørsmål om vederlag.³⁴

Systemet legger opp til at styrende endringer skal skje gjennom utstedelse av endringsordre, jf. NF 07 art. 14 og NS 8405 pkt. 22.1. Endringsordren gir tilvirkeren arbeidsplikt, eventuelt plikt til å avstå fra noe dersom det dreier seg om en negativ endringsordre, jf. NF 07 art. 15.1 og NS 8405 pkt. 22.3 (3). Fordi endringsordren også gir krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse er det uproblematisk å knytte arbeidsplikt til endringsordren.³⁵

Endringsordren må oppfylle visse formkrav, som i hovedsak knytter seg til at endringsordren skal være skriftlig og identifisere at det er snakk om en endring, jf. NS 8405 pkt. 22.3 og NF 07 art. 14.2. At konsekvensene av endringsordren for vederlag og fremdriftsplan fremgår av endringsordren er ikke nødvendig for at formkravene skal anses oppfylt. Ofte er det heller ikke mulig for bestiller å ta stilling til dette, uten å konferere med leverandøren. I tillegg er det ofte uenighet mellom partene om disse spørsmålene.

3.1.2 Styrende endringer gjennom tegningsrevisjon

I tillegg til endringsordre kan bestiller pålegge styrende endringer gjennom tegningsrevisjon. Tegningsrevisjoner er forandringer av ar-

³⁴ Jf. Kaasen (1988) s. 311.

³⁵ Jf. Tørum (2010) s. 473.

beidstegninger eller spesifikasjoner av prosjekteringen. Slike revisjoner gir tilvirkeren arbeidsplikt selv om de måtte utgjøre endringer, uten at bestiller utsteder endringsordre, jf. NF 07 art. 15.1 jf. art. 14.1 (2) og NS 8405 pkt. 23.1 litra c. Dette er praktisk begrunnet, fordi det er vanlig med et stort antall revisjoner og det ville vært tungvint om alle disse skulle komme i form av endringsordre.³⁶ Tilvirkeren må allikevel kreve endringsordre i henhold til NF 07 art. 16.1 og NS 8405 pkt. 23.2 for å ha krav på justering i tid og pris.³⁷

3.1.3 Formriktig instruks – grensen mellom det som allerede følger av kontraktsforpliktelsene og styrende endringer

Under kontraktsavvikling vil ulike aktører fra bestiller-siden i større eller mindre grad føre kontroll med tilvirkningen og være tilstede på tilvirkningsstedet. At bestiller fører slik løpende kontroll er nødvendig for å opprettholde effektiv styring av prosjektet. Denne kontrollen fører også til et kontinuerlig samvirke mellom partene hvor den som fører kontroll ofte vil komme med løpende instruks. Dette er ikke nødvendigvis den som etter kontrakten har kompetanse til å pålegge endringsordre og derfor følger heller ikke nødvendigvis instruksene formkravene til endringsordre. Slike instruks kan være en spesifisering eller påminnelse av forpliktelser som allerede følger av kontrakten, men instruksene kan også innebære endringer av forpliktelsene. Utgjør instruksen en endring av kontraktsforpliktelsene vil dette være en styrende endring, men før dette er avklart faller instruksene i en mellomstilling, mellom endringer og rene påminnelser.

Det er likevel begrenset hvilke instruks som har slik rettslig betydning for tilvirker, og som derfor krever oppmerksomhet og handling fra ham i form av et krav om endringsordre. Etter NF 07 art. 16.1 er det skriftlig instruks fra selskapets representant eller møtereferat som er undertegnet eller skriftlig bekreftet av ham, som har rettsvirkning overfor

³⁶ Jf. Tørum (2010) s. 475.

³⁷ For en mer utførlig behandling av tegningsrevisjon se Kaasen (2006) s. 386-387.

leverandøren. Art. 16.1 er en av kontraktens mest sentrale reguleringer.³⁸ Bestemmelsen anvendes også ved andre situasjoner enn formriktig instruks³⁹ når leverandøren må fremme krav om endringsordre for å få justering av fremdriftsplan og vederlag. Når det inntreffer endrede oppfyllelsesomstendigheter som får konsekvenser for leverandørens utførelse av sine kontraktsforpliktelser, er det art. 16.1 som – gjennom henvisning fra andre bestemmelser – regulerer hans krav på endringsordre.

Det må fremgå av instruksen eller møtereferatet at det er et «krav», jf. art. 16.1 (1).⁴⁰ Det er altså ikke nok at det antydes, foreslås eller bes om at noe må utføres.⁴¹ Videre må kravet knytte seg til «utførelse av et nærmere bestemt arbeid». Begrepet «utførelse» må likevel anses å omfatte instruks om å unnlate å gjøre noe, finne seg i noe eller å gjøre noe til en annen tid enn opprinnelig fastsatt.⁴² Videre ligger det i uttrykket «nærmere bestemt arbeid» at instruksen må ha et visst *presisjonsnivå*. Det må være mulig å utlede hva som kreves utført.⁴³

I NS 8405 er det pkt. 23.1 som regulerer situasjonen når byggherrens pålegg skjer gjennom formriktig instruks. Etter pkt. 23.1 litra a, kan instruks for det første gis gjennom pålegg om ytelse gitt av en person med fullmakt til å gi endringsordre etter pkt. 22.3 (2) jf. pkt. 6. For det andre kan instruks gis av person som «har fullmakt til å kontrollere entreprenørens utførelse og pålegget er gitt under gjennomføring av

³⁸ Jf. Kaasen (2006) s. 416.

³⁹ Instruks i henhold til bestemmelsen ble tidligere omtalt «formløs instruks». Etter innføring av skriftlighetskravet i NF 07 er det nå mer naturlig å snakke om «formriktig instruks». Begrepet er hentet fra Saga (2013) s. 34.

⁴⁰ I NF 05 var ordlyden i art. 16.1 «Krever Selskapet utført et nærmere bestemt arbeid som etter Leverandørens oppfatning ikke er en del av hans plikter etter Kontrakten (...)». Det var ikke noe skriftlighetskrav og det var ikke noe krav om at pålegget kom fra selskapets representant. Bestemmelsen har altså fått et betydelig innsnevret anvendelsesområde. Dette sikrer selskapet mot krav om endringsordre fra leverandøren på bakgrunn av instruks gitt fra alle mulige selskapsansatte og eventuelt andre som må identifiseres med selskapet, se Kaasen (2006) s. 418. Dette gjør det også lettere for leverandøren å vite når det foreligger en instruks som krever handling og når han kan se bort ifra instruksen.

⁴¹ Jf. Kaasen (2006) s. 419.

⁴² Jf. Kaasen (2006) s. 419.

⁴³ Jf. Kaasen (2006) s. 420.

personens ordinære oppgaver i prosjektet», jf. pkt. 23.1 litra b. Dette er en klart videre personkrets enn den som er kompetent i henhold til bestemmelsens litra a. Dersom personkretsen ikke er konkret spesifisert må denne fastlegges på grunnlag av den alminnelige fullmaktslæren.⁴⁴ Generelt kan man legge til grunn at byggelederen, samt en rekke konsulenter, vil ha slik fullmakt.⁴⁵ Formriktig instruks skal gis skriftlig i henhold til pkt. 8.⁴⁶

På samme måte som ved tolkningen av NF 07 art. 16.1, må det her legges til grunn at det kreves en viss presisjon i instruks gitt i henhold til pkt. 23.1 litra a og b, for at disse skal anses som «pålegg om ytelse». Fordi den relevante personkretsen i henhold til pkt. 23.1 litra b kan være vanskelig å fastlegge, vil det være naturlig å stille enda strengere krav til presisjon i pålegg etter denne bestemmelsen. Kravet til presisjon underbygges også av at pålegget automatisk gir arbeidsplikt, jf. pkt. 23.1 første punktum. Det fremgår ikke av bestemmelsen hvor raskt arbeidsplikten inntreffer. Det må derfor legges til grunn at dette må vurderes konkret, hvor det ses hen til sammenhengen med entreprenørens øvrige operasjoner, og hvor det gis tid til nødvendig planlegging.⁴⁷

Etter begge kontrakter må tilvirkeren fremme krav om endringsordre innen preklusive frister, for å avklare hvorvidt instruksen utgjør en endring, jf. NF 07 art. 16.1 og NS 8405 pkt. 23.2. Fremmer tilvirker ikke slikt krav, skal instruksen anses som en del av hans opprinnelige kontraktsforpliktelser. Dette innebærer at han må utføre arbeidet uten at dette gir ham krav på ytterligere vederlag eller tid jf. NF 07 art. 16.1 (2) og NS 8405 pkt. 23.2 (1). Inntil dette er avklart er det tilvirkeren som har risikoen for å tolke egne kontraktsforpliktelser, og må ta stilling til hvorvidt instruksen utgjør en endring. I NS 8405 utløses imidlertid automatisk arbeidsplikt for entreprenøren på grunnlag av instruksene, jf. pkt. 23.1. Han fritas dermed for risikoen for å tolke situasjonen galt. I NF 07 er det derimot først etter at tilvirker har krevd endringsordre, og

⁴⁴ Jf. Marthinussen (2010) s. 322.

⁴⁵ Jf. Marthinussen (2010) s. 322.

⁴⁶ Se Marthinussen (2010) s. 92.

⁴⁷ Jf. Marthinussen (2010) s. 323.

bestiller har besvart denne med utstedelse av endringsordre eller ved å avslå kravet (utstede omtvistet endringsordre), at arbeidsplikten utløses, jf. NF 07 art. 15.1 og art. 16.2 (2).⁴⁸

Fristen for å fremme krav om endringsordre er «uten ugrunnet opphold», jf. NS 8405 pkt. 23.2 og NF 07 art. 16.1 (2). Fristens utgangspunkt er når den formriktige instruksen er kommet frem til tilvirkeren.⁴⁹

Grensen for de plikter bestiller kan pålegge gjennom endringsordre i henhold til art. 12.1 (3) og NS 8405 pkt. 22.1 (3),⁵⁰ må også gjelde når pliktene pålegges gjennom formriktig instruks.⁵¹ Noe annet ville gitt bestiller en mulighet til å omgå begrensningen ved å fremsette alle pålegg i form av instruks. En slik tolkning ville klart stride mot formålet til bestemmelsene.

3.1.4 Gjenopprettende endringer

En gjenopprettende endring har som hovedformål å justere tilvirkers vederlag og/eller fremdriftsplan. Slike endringer er ikke bestillerinitierte, men har sin bakgrunn i tilvirkers påberopelse av å bli holdt skadesløs for et forhold han mener er bestillers risiko. I NF 07 vil slike endringer også ta form som en endringsordre, men hvor forskjellen fra en styrende endringsordre fremgår ved at bestiller ikke krever noe mer, annet eller annerledes i leverandørens arbeid. I NS 8405 er en konsekvens av at man ikke anvender hele endringssystemet ved utilsiktede endringer, men kun justeringsbestemmelsene, at byggherren ikke trenger å utstede en endringsordre for å gjenopprette.

Bakgrunnen for en gjenopprettende endring er at det har intrådt forhold som endrer forutsetningene for tilvirkers utførelse av sitt arbeid. Et slikt forhold kan for eksempel være at bestiller er forsinket med levering av materialer. Dersom tilvirkeren har lagt opp til å anvende materialene idet de skulle bli levert, vil denne forsinkelsen forplante seg hos

⁴⁸ Se om betydningen av at bestiller *ikke* utsteder endringsordre nedenfor i pkt. 3.3.2.

⁴⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 425, og Marthinussen (2010) s. 326.

⁵⁰ Se om begrensningen i bestillers endringskompetanse ovenfor i pkt. 3.1.1.

⁵¹ Jf. Kaasen (2006) s. 420.

ham. For at tilvirker skal holdes skadesløs for dette forholdet gis han rett til justering i fremdriftsplan og vederlag.⁵² Dette forutsetter imidlertid at han varsler om kravet innen preklusive frister.

3.2 Varslingsreglene – krav om endringsordre – identifisering av situasjonen

Både i NS 8405 og NF 07 oppstilles regler om at tilvirker skal varsle dersom han mener at det foreligger forhold som utgjør en endring av forutsetningene for hans kontraktsforpliktelser. Gjennom varsling sikrer man at forholdet identifiseres så tidlig som mulig og at man raskt kan sette i gang eventuelle tiltak for å sikre fremdriften.

I NS 8405 er det kun hvor byggherren har utstedt formriktig instruks, foretatt tegningsrevisjon eller hvor entreprenøren mottar pålegg fra offentlig myndighet som utgjør en endring, jf. henholdsvis pkt. 23.1 og 23.2 (2), at varsling skal skje gjennom fremsettelse av et krav om endringsordre. Kravet om endringsordre må da fremmes «uten ugrunnet opphold», jf. pkt. 23.2. Andre krav skal fremmes som et krav på fristjustering i henhold til reglene i pkt. 24, eller som et krav om vederlagsjustering i henhold til pkt. 25.⁵³

I NF 07 behandles en rekke situasjoner på samme måte som en formriktig instruks.⁵⁴ Dersom leverandøren mener at en slik situasjon utgjør en endring av forutsetningene for hans forpliktelser, skal dette varsles gjennom et krav om endringsordre i henhold til art. 16.1. Varslingsfristens utgangspunkt varierer etter det aktuelle grunnlaget for kravet, men er i alle tilfelle gjort preklusiv. Det samme gjelder for ovennevnte varslingsfrist i NS 8405. Fremmer tilvirker ikke slikt krav innen fristen taper han retten til å påberope seg at forholdet utgjør en endring, og han må oppfylle kontraktsforpliktelsene (slik de står etter eventuelt tillegg av formriktig instruks⁵⁵) uten å ha krav på frist- og/eller vederlagsjustering.

⁵² For en behandling av terskelen for krav på tilleggsvederlag, se Harris (2010) s. 229-246.

⁵³ Se mer om disse varslingsreglene nedenfor i pkt. 3.4.

⁵⁴ Jf. NF 07 art. 11.2 og art. 12. 3 for en liste over hvilke forhold dette gjelder.

⁵⁵ Dette gjelder selvsagt bare hvor det er kravet om endringsordre for den formriktige

3.3 Uenighet om hvorvidt det foreligger en endring

Dersom tilvirker rettidig varsler sitt krav om endringsordre skal bestiller i utgangspunktet utstede en styrende eller gjenopprettende endringsordre, avhengig av hva kravet går ut på. Er imidlertid bestiller uenig i at forholdet utgjør en endring skal han avslå kravet, jf. NS 8405 pkt. 23.3 litra b, og NF 07 art. 16.2.

Avslag på kravet om endringsordre reiser to spørsmål. For det første reiser det spørsmål om hvordan partene skal komme til enighet uten at prosjektets fremdrift må lide mer enn nødvendig. Dette er tema nedenfor i pkt. 3.3.1.

For det andre reiser det spørsmål om hvordan tilvirker skal forholde seg i tiden før han har fått en avklaring. Dette omfatter også tilfellet hvor bestiller på tross av sin svarplikt forholder seg passivt til tilvirkerens krav. Dette er tema i pkt. 3.3.2.

3.3.1 Systemet for avklaring av hvorvidt det foreligger en endring

I NF 07 skjer avslaget på leverandørens krav på endringsordre gjennom utstedelse av *omtvistet endringsordre*, jf. art. 16.2. Når leverandøren mottar en omtvistet endringsordre får han arbeidsplikt på samme måte som ved alminnelig endringsordre, jf. art. 16.2 (2). På denne måten sikres fremdriften selv om partene er uenige i hvorvidt det aktuelle forholdet utgjør en endring av leverandørens kontraktsforpliktelser.

På bakgrunn av en omtvistet endringsordre har tilvirkeren rett til å kreve spørsmålet om hvorvidt forholdet utgjør en endring, avgjort av en ekspert, jf. art. 16.3. Ekspertsystemet er et midlertidig tvisteløsningsorgan hvis avgjørelse blir bindende dersom søksmål ikke er reist eller voldgift ikke er avtalt, innen seks måneder etter at avgjørelsen forelå, jf. art. 16.4 (3). Dersom ekspertavgjørelsen gir leverandøren medhold i at forholdet utgjør en endring av hans opprinnelige kontraktsforpliktelser, skal den

instruksen som er prekludert. Knytter det prekluderte kravet seg til eksempelvis fristjustering på grunn av Force Majeure er ikke kravet på endringsordre på grunn av *etterfølgende instruks* prekludert. Dette er to separate forhold, med to separate varslingsfrister.

omtvistede endringsordren behandles som en alminnelig endringsordre inntil videre, jf. art. 16.4 (1). Dette innebærer at leverandøren får krav på vederlags- og fremdriftsjustering. Er partene uenige om hvordan justeringen skal skje, skal den foretas i henhold til art. 15.2 og 15.3. En ekspertavgjørelse som gir selskapet medhold fører imidlertid til at leverandøren må utføre det arbeidet som den omtvistede endringsordren foreskriver, uten å ha krav på justering i tid og/eller vederlag, jf. art. 16.4 (2).

I NS 8405 finnes et lignende midlertidig tvisteløsningsorgan, men her er det i tillegg et annet verktøy for å sikre at konflikter ryddes av veien på et tidlig stadium. Når byggherren mottar entreprenørens krav på endringsordre er nemlig svarfristen hans gjort preklusiv. Det følger av pkt. 22.3 (2) at dersom byggherren ikke besvarer entreprenørens krav, enten gjennom å utstede endringsordre eller avslå kravet «uten ugrunnet opphold», skal kravet anses akseptert. Dette innebærer at byggherrens passivitet kan lede til at endringsordre skal anses utstedt og dermed at uenigheten avklares allerede her.

Dersom byggherren velger å avslå kravet plikter entreprenøren allikevel å utføre det omtvistede arbeidet, jf. NS 8405 pkt. 26.1 (1). Avslaget innebærer at entreprenøren kan kreve spørsmålet om hvorvidt forholdet utgjør en endring avgjort av oppmann etter reglene i pkt. 26.2. Oppmannsavgjørelsen er på samme måte som ekspertavgjørelser bindende inntil avgjørelsen fravikes ved avtale eller dom. Dersom partene ikke har brakt tvisten inn for domstol eller voldgift innen seks måneder etter at avgjørelsen forelå, blir den stående, jf. pkt. 26.2 (2).

3.3.2 Noen særegne spørsmål før det foreligger avklaring av hvorvidt tilvirkeren har krav på endringsordre – rett og plikt til å forsere

Slik vi har sett legger kontraktene opp til at bestiller har en plikt til å besvare tilvirkerens krav på endringsordre. Plikten innebærer at det enten skal utstedes endringsordre i samsvar med kravet eller at kravet skal avslås. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig vil bestiller selvsagt

også ha anledning til å frafalle en eventuell formriktig instruks.⁵⁶ I NS 8405 er svarplikten gitt preklusiv frist. Dermed tvinges byggherren til å ta stilling til kravet.

I NF 07 er ikke svarplikten underlagt slik preklusiv virkning. Dette innebærer at selskapet har anledning til å forholde seg passivt til leverandørens krav. Riktignok vil det være et mislighold dersom selskapet ikke besvarer kravet på endringsordre «innen rimelig tid» i henhold til art. 16.2. På bakgrunn av dette misligholdet kan leverandøren igjen ha krav på endringsordre, jf. art. 27.2. Men også for dette kravet på endringsordre kan selskapet forholde seg passivt.⁵⁷ Uansett vil ikke en endringsordre på grunn av misligholdet av svarplikten nødvendigvis avklare hvorvidt leverandøren har krav på endringsordre for det første forholdet. Dette innebærer i realiteten at leverandøren selv må ta stilling til hvordan han skal forholde seg til situasjonen.

Spørsmålet reiser seg både hvor bestiller nekter å etterkomme tilvirkerens krav på endringsordre på bakgrunn av formriktig instruks, og hvor han nekter å etterkomme et krav på fristforlengelse for et forhold tilvirker mener er bestillers risiko. For å lette fremstillingens tilgjengelighet vil drøftelsen ta utgangspunkt i kravet på fristforlengelse. Det er også dette spørsmålet som er viktigst i tilknytning til behandlingen av de utilsiktede endringene, som er avhandlingens hovedtema. Spørsmålet om hvordan tilvirkeren skal forholde seg til den formriktige instruksjonen vil imidlertid også bli berørt.

Spørsmålet er altså hvordan tilvirkeren skal forholde seg til en utilsiktet endring før han får avklaring av hvem som har risikoen for forholdet, enten gjennom svar fra bestiller eller gjennom oppmanns-/ekspertavgjørelse. Tilvirkeren står i denne situasjonen overfor to alternativer. For det første kan han velge å legge til grunn at fremdriftsplanen vil bli justert i henhold til kravet på fristforlengelse og legge opp det videre arbeidet i henhold til dette. For det andre kan han velge å *forsere* arbeidene

⁵⁶ Retten til å frafalle fremgår nå uttrykkelig av NS 8407 pkt. 32.3 litra c.

⁵⁷ Det kan imidlertid tenkes at det etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper må innrømmes leverandøren en rett til å heve kontrakten, dersom denne typen mislighold er vedvarende, jf. Kaasen (2006) s. 688.

slik at han opprettholder den opprinnelige fremdriftsplanen.

Forsering innebærer å utføre arbeider raskere enn det som følger av den opprinnelige fremdriftsplanen.⁵⁸ Typiske eksempel på forseringstiltak er å tilføre ekstra ressurser i form av skiftarbeid, overtid eller arbeid gjennom ferie og omlegging av rekkefølgen på operasjoner. Dersom tilvirker pådrar seg forsinkelse på grunn av forhold han selv bærer risikoen for, må han forsere for egen regning for å unngå forsinkelsesansvar i henhold til NS 8405 pkt. 34.1 og NF 07 art. 24.2. Er det imidlertid bestiller som har risikoen for de forholdene som har medført forsinkelse, har ikke tilvirker plikt til å forsere.

Dette innebærer at dersom tilvirkeren er helt sikker på at grunnlaget for kravet på fristforlengelse er bestillers risiko, er saken grei og han kan legge til grunn en justert fremdriftsplan uten å måtte forsere. Er han imidlertid usikker på hvorvidt det er bestiller som har risikoen for forholdet befinner han seg i en utsatt posisjon. Det er et alminnelig avtalerettslig prinsipp at partene selv bærer risikoen for sin egen tolkning av kontrakten.⁵⁹ Dette innebærer at tilvirkeren må ta et valg. Velger han å forsere har han valgt riktig om det senere viser seg at det var han som etter de underliggende forhold hadde risikoen for forsinkelsen. Viser det seg derimot at det var bestiller som hadde risikoen for forholdet, har han gjennom forsering påtatt seg utgifter han egentlig ikke skulle bære.

Velger tilvirkeren på den annen side å arbeide ut ifra en fremdriftsplan som er justert i henhold til kravet på fristforlengelse, vil han pådra seg forsinkelsesansvar dersom det senere viser seg at han etter de underliggende forhold ikke hadde krav på fristforlengelse. Dette vil tilvirkeren normalt ikke risikere og dermed vil han vanligvis forsere i påvente av avklaring fra bestiller. Dette knytter seg også til det praktiske faktum at de som utfører arbeidet er mer opptatt av å få jobben gjort, enn å krangle om hvem som til syvende og sist skal betale for det.⁶⁰

Spørsmålet om hvordan leverandøren under NF 07 skal forholde seg til selskapets manglende stillingtagen, har i teorien blitt formulert som

⁵⁸ Generelt om forsering se Kaasen (2006) s. 229-231.

⁵⁹ Jf. Tørum (2010) s. 475 og Kaasen (2006) s. 444.

⁶⁰ Jf. Kaasen (2009) s. 62.

et spørsmål om hvorvidt leverandøren har suspensjonsrett eller suspensjonsplikt.⁶¹ Spørsmålet kommer ofte opp i tilknytning til drøftelsen av hvordan leverandøren skal forholde seg til at selskapet ikke utsteder endringsordre når han har fremsatt krav om at en formriktig instruks innebærer en endring. Når leverandøren fremmer et krav om gjenopprettede endringsordre på grunnlag av utilsiktede endringer, er det i utgangspunktet ikke gitt noen instruks fra selskapet om at leverandøren skal yte noe mer eller annet. Spørsmålet i disse tilfellene blir derfor utelukkende hvorvidt leverandøren – etter å ha fremsatt sitt krav på endringsordre – kan forholde seg til en justert fremdriftsplan eller om han må forsere for å overvinne den tidsmessige konsekvensen av det utilsiktede forhold.

At leverandøren ikke har *plikt* til å suspendere synes det å være enighet om i teorien.⁶² En slik plikt ville innebære at leverandøren måtte forholde seg til en justert fremdriftsplan og derfor ikke hadde noen rett til å forsere, etter å ha fremsatt sitt krav på endringsordre. For de formriktige instruksenes vedkommende ville det innebære at leverandøren ikke hadde noen rett til å gjennomføre arbeid i henhold til instruksjonen og derfor ville vært pålagt å innstille det videre arbeidet etter å ha fremsatt sitt krav om endringsordre.⁶³ En slik suspensjonsplikt ville åpenbart vært et effektivt pressmiddel overfor selskapet, men det er altså ikke grunnlag for å innfortolke en slik plikt.

At leverandøren har en slik *rett* til å suspendere arbeidet må imidlertid være klart. Dette innebærer at leverandøren har valget mellom å suspendere eller ikke. Det vil si at han har valget mellom å forholde seg til en justert fremdriftsplan eller forsere arbeidene. En slik rett korresponderer med utgangspunktet om at leverandøren selv har risikoen for tolkningen av sin egen kontraktsposisjon.⁶⁴

Spørsmålet er imidlertid om leverandøren beholder risikoen for å ha valgt galt. Tørum synes å legge til grunn at leverandøren har en rett til

⁶¹ Jf. Tørum (2010) s. 475.

⁶² Jf. Tørum (2010) s. 477, Kaasen (2006) s. 445 og Barbo (1997) s. 191.

⁶³ Jf. Tørum (2010) s. 476.

⁶⁴ Jf. Tørum (2010) s. 476.

å suspendere, men at denne ikke er «ekte» i den forstand at han vil pådra seg misligholdsansvar dersom det viser seg at han etter de underliggende forhold ikke hadde krav på endringsordre.⁶⁵ På den annen side mener han allikevel at leverandøren har rett til å gjennomføre en formløs instruks, og at han har krav på tilleggsbetaling dersom selskapet velger å frafalle instruks.⁶⁶ Dette besvarer allikevel ikke spørsmålet om hvorvidt leverandøren må forsere etter å ha fremsatt krav om gjenopprettende endringsordre på grunn av forhold selskapet (angivelig) har risikoen for.

Kaasen legger til grunn at leverandøren har valget mellom å suspendere eller ikke, men at han blir sittende med villfarelsesrisikoen uansett.⁶⁷ Selv om dette ikke nødvendigvis er den mest heldige løsningen, foreligger det ikke holdepunkter for noe annet. Det er dermed den eneste løsningen som kan forankres i en naturlig tolkning av kontrakten.⁶⁸ Dette innebærer at leverandøren blir sittende med risikoen for å tolke sin egen kontraktsposisjon både hvor selskapet unnlater å utstede endringsordre som opprettholder en formriktig instruks, og hvor det unnlater å utstede gjenopprettende endringsordre for tidskonsekvensene av et utilsiktet forhold (eventuelt omtvistet endringsordre).

Slik vi så under pkt. 3.3.1 løses spørsmålet om suspensjonsrett og -plikt i NS 8405 ved at byggherrens plikt til å besvare entreprenørens krav om endringsordre er gjort preklusiv. Dersom byggherren ikke besvarer kravet uten ugrunnet opphold anses kravet akseptert. Dermed er entreprenøren fritatt villfarelsesrisikoen. Før fristens utløp bidrar imidlertid ikke dette til å avklare entreprenørens stilling. For de formriktige instruks følger arbeidsplikten allerede av pkt. 23.1, slik at i disse tilfeller er ikke villfarelse noe problem. Dersom kravet om endringsordre bygger på pålegg fra offentlig myndighet i henhold til pkt. 23.2 (2) er imidlertid arbeidsplikten mer usikker.⁶⁹ Også her må det derfor legges til grunn at entreprenøren blir sittende med villfarelsesrisikoen inntil

⁶⁵ Jf. Tørum (2010) s. 482.

⁶⁶ Jf. Tørum (2010) s. 484.

⁶⁷ Jf. Kaasen (2009) s. 61-62.

⁶⁸ Slik også Hyldmo (2010) s. 113.

⁶⁹ Se mer om dette nedenfor i pkt. 7.

byggherren har besvart kravet på endringsordre eller den preklusive fristen er utløpt.

For de utilsiktede forhold som kan gi grunnlag for gjenoppretting etter justeringsbestemmelsene i NS 8405 pkt. 24.2 og pkt. 25.2, er det som nevnt ikke gjort tilsvarende bruk av selve endringsordren. Også her skal imidlertid entreprenørens krav på justering følges opp av svar fra byggherren, og på samme måte fører manglende svar på det spesifiserte kravet til at kravet anses akseptert, jf. pkt. 24.7 og pkt. 25.5. Dersom byggherrens svarfrist utløper, slipper med andre ord entreprenøren å forsere og kan forholde seg til fremdriftsplanen justert i henhold til kravet på fristforlengelse. Før fristens utløp vil imidlertid entreprenøren også her sitte med villfarelsesrisikoen for hvorvidt han plikter å forsere eller ikke.

Dersom byggherren riktignok besvarer et krav på fristforlengelse innen fristen, men gjør dette gjennom et avslag, gis entreprenøren rett til å forsere arbeidet under kontrakten dersom avslaget er uberettiget, jf. pkt. 24.8. Bestemmelsen fritar altså entreprenøren for risikoen ved å velge galt, når byggherren nekter å etterkomme kravet. Dermed er bestemmelsen et slags substitutt for regelen i pkt. 26.1 som gjelder ved alminnelige endringer, og som gir entreprenøren arbeidsplikt selv ved avslag på endringsordre. Velger entreprenøren å forsere vil han ha krav på tilleggsvederlag i henhold til NS 8405 pkt. 24.8, dersom det senere viser seg at han hadde rett i sitt krav på fristjustering.

Viser det seg på den annen side at byggherrens avslag var berettiget, må entreprenøren bære forseringskostnadene selv. Men hadde han valgt å ikke forsere ville han pådratt seg forsinkelseskostnader i form av dagmulkt. Bestemmelsen gir altså et klart insitamement til å forsere og derved redusere aktuelle forsinkelser.⁷⁰

I og med at kostnadene av forsering ved uberettiget avslag på fristforlengelse skal bæres av byggherren, er det også naturlig at han skal varsles før entreprenøren iverksetter tiltakene, jf. pkt. 24.8 (2). Det følger av bestemmelsen at varselet skal angi hva forseringstiltakene antas å ville koste. Varselet skal gi skriftlig i henhold til pkt. 8. Ved å bli varslet

⁷⁰ Jf. Marthinussen (2010) s. 362.

oppretholdes både byggherrens kostnadskontroll over prosjektet og han får anledning til å ta stilling til hvorvidt han allikevel ønsker å gi fristforlengelse.⁷¹ På denne måten ivaretas byggherrens styring av prosjektets fremdrift, samtidig som han tvinges til å ta stilling til spørsmålet.

Bestemmelsen begrenser imidlertid entreprenørens rett til å forsere dersom vederlaget for forseringen antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt dersom avslaget på fristforlengelse var berettiget og forsering ikke hadde blitt iverksatt, tillagt 30 %, jf. pkt. 24.8 (1) annet punktum. Vurderingen av hvilken dagmulkt som ville påløpt må baseres på kravet om fristjustering som entreprenøren har fremsatt.⁷² Entreprenøren må altså sammenholde det han kan risikere å betale i dagmulkt opp mot hva det vil koste å forsere.⁷³ Vil forseringskostnadene overstige det han antar at han måtte ha betalt i dagmulkt med et tillegg på 30 %, har han ikke rett til å forsere etter bestemmelsen. Ordlyden sikter til det entreprenøren «antar» at forseringsutgiftene vil bli. Marthinussen legger derfor til grunn at så lenge entreprenøren foretar et forsvarlig skjønn må han kunne kreve alle kostnadene dekket.⁷⁴ I tillegg henviser bestemmelsen til «vederlaget» av forseringen. Dette må innebære at entreprenøren kan velge å ikke fakturere de kostnader som må anses å overstige dagmulktkostnadene tillagt 30 %.⁷⁵ At forseringskostnadene overstiger dette innebærer med andre ord ikke at entreprenøren taper hele sitt krav.⁷⁶

At leverandøren får dekket sine forseringskostnader ved uberettiget avslag må også gjelde i NF 07. Det følger av art. 16.2 (2) at en omtvistet endringsordre utløser leverandørens *arbeidsplikt*. Når endringsordrekravet knytter seg til fristjustering på grunn av et utilsiktet forhold er det imidlertid ikke opplagt hva denne arbeidsplikten innebærer. Det foreligger ikke her noen instruks som skal gjennomføres. Den omtvistede endringsordren gir utelukkende uttrykk for at selskapet er uenig i kravet

⁷¹ Jf. Marthinussen (2010) s. 364.

⁷² Jf. Marthinussen (2010) s. 362.

⁷³ Jf. Marthinussen (2010) s. 363.

⁷⁴ Jf. Marthinussen (2010) s. 363.

⁷⁵ Jf. Marthinussen (2010) s. 363.

⁷⁶ Jf. Rt. 1999 s. 878, på s. 884, hvor det ble lagt vekt på at den motsatte løsning ville gitt byggherren en tilfeldig fordel.

på fristforlengelse, og at det med andre ord *fastholder den opprinnelige fremdriftsplanen*. For leverandøren vil dette si at han pålegges å innhente eventuell forsinkelse. En naturlig følge av dette må være at han får dekket sine forseringskostnader dersom det i ekspertavgjørelse eller dom fastslås at han hadde rett i sin pretensjon.

Redegjørelsen har vist at NF 07 mangler et system for å presse bestiller til å ta stilling til tilvirkers endringsordrekrav tilsvarende det man finner i NS 8405 pkt. 22.3 (2), pkt. 24.7 og pkt. 25.5. Har imidlertid bestiller tatt stilling til kravet, men dette skjer gjennom et avslag, fritas tilvirkeren for villfarelsesrisikoen etter begge kontrakter fordi avslaget etablerer arbeidsplikt. For å opprettholde økonomisk styring av prosjektet er det imidlertid tryggere for bestiller selv å ta avgjørelsen om hvilke forseringstiltak som skal iverksettes. Det er derfor nærliggende å tenke at bestillers avslag vil følges opp av instruks om forseringstiltak.

3.4 Justering av vederlag og fremdriftsplan

Når tilvirker mottar en endringsordre får han mer eller mindre øyeblikkelig arbeidsplikt til å gjøre noe annet eller annerledes enn det som følger av hans opprinnelige kontraktsforpliktelser. Dette forrykker balansen i kontraktsforholdet. For å gjenopprette balansen inneholder kontraktene bestemmelser om justering av tilvirkers vederlag og fremdriftsplan. Arbeidsplikten inntreer imidlertid selv om det måtte være uenighet mellom partene om virkningene for tid og pris, jf. NF 07 art. 16.2 (2) og NS 8405 pkt. 23.1.

I NF 07 er kravet på vederlag regulert i art. 13.1-13.3 og kravet på fristjustering i art. 13.4. Inngangsportene til de begge er endringsordre, og det avgjørende for leverandørens rett til gjenoppsettelse er dermed et rettidig fremsatt krav om endringsordre. Se ovenfor i pkt. 3.2 om dette.

I NS 8405 er fristjustering regulert i kap. 24 og vederlagsjustering i kap. 25. Det følger av pkt. 24.2 og 25.3 at entreprenøren har krav på henholdsvis fristjustering og vederlagsjustering dersom kravet bygger på endringer, jf. begge bestemmelsers litra a. Utover dette har entreprenøren slikt krav dersom kravet er begrunnet i «forsinkelse eller svikt ved

byggherrens leveranser eller annen medvirkning i punktene 19 og 20», jf. pkt. 24.2 og 25.3 begges litra b. Det samme gjelder dersom kravet bygger på «andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for», jf. de samme bestemmelsenes litra c. Det er altså litra b og c i de to bestemmelsene som regulerer de utilsiktede forhold som måtte inntre og som byggherren overfor entreprenøren har risikoen for. Videre følger det av pkt. 24.3 at entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom han selv rammes av Force Majeure, og dersom byggherren får fristforlengelse på grunn av Force Majeure som igjen fører til forsinkelse av fremdriften på entreprenørens hånd.

3.4.1 Justering av vederlag

Både NS 8405 og NF 07 legger opp til at vederlagsjusteringen i utgangspunktet skal skje på bakgrunn av rater eller enhetspriser, som man i vedleggene til kontrakten har avtalt at skal anvendes på de ulike typer endringsarbeider, jf. NS 8405 pkt. 25.7-25.9 og NF 07 art. 13.2 bokstav a-f. Avgjørende for utregningen er derfor innholdet i vedleggene til kontrakten. Dersom rater og enhetspriser ikke er avtalt, eller ikke finnes anvendelige på det aktuelle endringsarbeidet, er partene henvist til å komme til enighet om vederlagets størrelse. I disse tilfellene skal vederlagsjusteringen skje på bakgrunn av rater som nå etableres (NF), eller som regningsarbeid (NS).

Etter NS 8405 løper preklusive frister for entreprenørens rett til å påberope seg vederlagsjustering på bakgrunn av endringsordre. Entreprenøren har imidlertid uansett krav på det vederlag som måtte være påregnelig for bestiller, jf. pkt. 25.4 (2). Er kravet på vederlagsjustering knyttet til formriktig instruks i henhold til pkt. 23.1, skal entreprenøren varsle om at pålegget utgjør en endring «uten ugrunnet opphold» i henhold til pkt. 23.2. Det samme gjelder dersom entreprenøren mottar pålegg fra offentlig myndighet, jf. pkt. 23.2 (2). Deretter må han fremme spesifisert krav på vederlagsjustering i henhold til pkt. 25.4. Dersom fristen for spesifisering ikke overholdes har han allikevel krav på den vederlagsjustering byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre, jf. pkt. 25.4 (2).

Knytter kravet på vederlagsjustering seg imidlertid til utilsiktede forhold, er det NS 8405 pkt. 25.3 som regulerer den første fristen for varsel om vederlagsjustering, jf. henvisningen til pkt. 25.2 litra b og c. Vil entreprenøren kreve utgifter knyttet til de forhold som nevnes i pkt. 25.3 litra a og b – såkalte «plunder og heft»-utgifter – må han imidlertid varsle særskilt om dette.⁷⁷ Dette gjelder også dersom kravet på vederlagsjustering knytter seg til formriktig instruks og varslingsplikten i utgangspunktet er ivaretatt gjennom varslingsplikten etter pkt. 23.2. Også ved vederlagsjustering som bygger på endringsordre må varselet følges opp med spesifisering av kravet i henhold til pkt. 25.4.

I NF 07 må ikke leverandøren varsle spesifikt om at han vil påberope seg at endringen medfører krav på vederlagsjustering. Det er følgelig heller ingen tilsvarende regel om at leverandøren ved manglende spesifisering av vederlagskravet uansett får det vederlaget selskapet måtte forstå at endringen medførte. NF 07 har imidlertid en særskilt regulering av hvordan vederlagskrav og fremdriftsjustering skal skje dersom partene er uenige om dette, jf. art. 15.2 og 15.3. Løsningene i disse bestemmelsene er midlertidige. Dersom det ikke er reist søksmål eller avtalt voldgift innen seks måneder etter at selskapet utstedte endringsordre med de midlertidige priskonsekvensene blir de imidlertid endelige, jf. art. 15.2 (2).

3.4.2 Justering av fremdriftsplan

Retningslinjene for justering av fremdriftsplanen lar seg ikke på samme måte som vederlagsspørsmålet fastlegge konkret på forhånd. Det er generelt vanskeligere å forutse tidsmessig effekt av en endring enn økonomisk effekt. Bakgrunnen for endringen, hva den innebærer og på hvilket tidspunkt den kommer, er her avgjørende faktorer som umulig kan forutses ved kontraktsinngåelse. De fleste tilvirkningskontraktene mangler derfor en gjennomgående regulering av tidskonsekvensen, men begrenser seg til bestemmelser om at man for eksempel skal se hen til

⁷⁷ Avhandlingen foretar ingen videre behandling av spørsmål knyttet til plunder og heft. For en behandling av disse spørsmålene vises det til Petterson (2010) s. 347-363. Se også Barbo s. 384 flg. og s. 422 flg.

den samlede effekt av alle endringer.⁷⁸ Dette gjelder også for NS 8405 pkt. 24.5 og NF 07 art. 13.4, hvor det etter begge bestemmelser skal tas utgangspunkt i den virkning forholdet har hatt på fremdriftsplanen, men også tas hensyn til de samlede virkninger av tidligere endringer.

Justering av fremdriftsplanen må i NS 8405 påberopes innen preklusive frister, jf. pkt. 24.4. Deretter må kravet spesifiseres og begrunnes når det er grunnlag for det, jf. pkt. 24.6. Dersom kravet er rettidig fremsatt og spesifisert, har også byggherren en preklusiv frist for å besvare dette. Manglende overholdelse av denne svarfristen innebærer at entreprenøren har rett til den fristforlengelse han har påberopt seg, jf. pkt. 24.7. Tilsvarende frister løper verken for tilvirker eller bestiller etter NF 07.

I NS 8405 innebærer fristforlengelse først og fremst utsettelse av avtalt frist for ferdigstilling, jf. pkt. 34.1.⁷⁹ I kontraktsforhold regulert av NS 8405 er også denne fristen i utgangspunktet den eneste som er belagt med dagmulkt. I NF 07 er det imidlertid vanligere at flere frister er dagmulktbelagte. Dersom en fristforlengelse skal ha sin tiltenkte effekt – nemlig å fritta tilvirker for forsinkelsesansvar – må således også disse fristene justeres.

4 Bruk av endringsreglene på utilsiktede endringer

4.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for noen utgangspunkter for vurderingen av kontraktens tilsvarende anvendelse av endringsreglene på utilsiktede endringer, i pkt. 4.2. På et rent overordnet plan vil det tas en foreløpig vurdering av reglens egnethet. Deretter vil det foretas en kort redegjørelse for hvordan den tilsvarende anvendelse gjennomføres og visse

⁷⁸ Jf. Kaasen (1997) s. 611.

⁷⁹ Jf. Marhtinussen (2010) s. 334.

særegne spørsmål som reiser seg i tilknytning til dette, i pkt. 4.3.

Den foreløpige vurderingen av reglens egnethet vil utgjøre bakteppet for behandlingen av endringsreglens rolle ved Force Majeure, bestillers mislighold, endringer i lover og andre myndighetskrav og andre utilsiktede endringer i pkt. 5-8. Etter denne behandlingen vil vurderingen justeres i henhold til det som der har blitt avdekket, og det vil tas noen endelige slutninger om reglens gjennomføring i pkt. 9.

4.2 Generelt om bruken av endringsregler på utilsiktede endringer – noen utgangspunkter om hvorvidt reglene samsvarer med partenes interesser

Når endringsreglene anvendes på utilsiktede forhold innebærer det at man lar bestemmelser som opprinnelig er utarbeidet med et annet formål for øye få tilsvarende anvendelse på helt andre situasjoner. Dette reiser spørsmål om hvorvidt reguleringen også passer for tilfeller av utilsiktede endringer.

I hovedsak er dette et spørsmål om hvilke interesser partene har når det inntreffer utilsiktede forhold som har betydning for utførelsen av kontraktsforpliktelsene, og i hvilken grad reglene samsvarer med disse interessene. Generelt er bestillers hovedinteresse å få riktig ting til riktig tid, uten altfor store kostnadsoverskridelser. Det er altså i hovedsak han som har interesse i at prosjektet ferdigstilles slik som forutsatt. Han har derfor behov for å få beskjed når det inntreffer forhold som gjør at fremdriftsplanen kan svikte. Uten varsling har han ingen muligheter til å iverksette tiltak og sørge for effektiv styring av prosjektet.

For tilvirkerens vedkommende er hovedinteressen knyttet til kravet på vederlag. Ved utilsiktede forhold har han i utgangspunktet ingen interesse i å fritas fra sine kontraktsforpliktelser, men han har heller ingen interesse i å gjøre noe mer enn han er forpliktet til for det *samme vederlaget*. Han har altså et behov for å sikre sitt krav på tilleggsvederlag. Dette behovet kan lettest ivaretas dersom det allerede er fastsatt i kontrakten at han har et slikt krav.

Dersom partene skal kunne sikre dokumentasjon for sine respektive standpunkter med tanke på hvem som har risikoen for det inntrufne forhold, krever også dette at forholdet identifiseres så tidlig som mulig. I forlengelsen av dette forutsetter identifisering at den som er nærmest til å oppdage forholdet er pålagt å varsle den andre parten.

Det er ikke nødvendigvis kun ett enkelt forhold som er årsaken til for eksempel en forsinkelse. Tvert imot oppstår forsinkelser ofte på bakgrunn av samvirkende årsaker, hvilket i seg selv gir behov for tidlig varsling.⁸⁰ Deler av forsinkelsen kan det være tilvirker selv som må svare for, selv om hovedårsaken til forsinkelsen bygger på bestillers forhold. Skal det overhodet være mulig å ta stilling til årsakssammenheng i slike situasjoner, er det avgjørende at det ikke går for lang tid før spørsmålet kommer på spissen.

Selv om forholdet varsles er det ikke gitt at partene vil komme til enighet om hvilken virkning forholdet skal ha for tilvirkerens arbeid under kontrakten. Usikkerhet rundt tilvirkerens kontraktsforpliktelser vil alltid true fremdriften. Derfor er det behov for at partene tvinges frem til enighet, eventuelt at en midlertidig avgjørelse skal gjelde inntil videre.

Partenes interesser og behov kan etter dette oppsummeres slik: Det er behov for at forholdet identifiseres så tidlig som mulig, at det ikke får unødvendig betydning for fremdriften i prosjektet, at partene tvinges til en avgjørelse i saken og at tilvirkeren ikke blir utsatt for uholdbar økonomisk eksponering.

I endringssystemet finner vi i begge kontrakter regulering av varslingsplikter, preklusive frister, tvisteløsningsmekanismer og bestemmelser om justering av vederlag og fremdriftsplan. Vi ser dermed at partenes interesser i stor grad er sammenfallende med det som er kjennetegnet ved de alminnelige endringer. På overordnet plan kan man derfor si at endringsreglene utgjør et hensiktsmessig verktøy for håndtering av utilsiktede endringer.

Det kan allikevel være særegne forhold ved de ulike tilfellene av utilsiktede endringer som gjør at endringsreglene ikke alltid egner seg like godt. Det er heller ikke slik at de to kontraktene gjennomfører den

⁸⁰ Jf. Kaasen (1997) s. 616.

tilsvarende anvendelse av endringsreglene helt likt. Derfor er det nødvendig å foreta en grundigere analyse av hvordan endringsreglene gis tilsvarende anvendelse i de to kontraktene og hvilke utslag dette gir i praksis. Det er dette som er tema nedenfor i pkt. 5-7. Først skal det imidlertid redegjøres for noen utgangspunkter om hvordan kontraktene kobler seg inn på endringsreglene og noen generelle betraktninger rundt dette.

4.3 Hvordan kobler kontraktene seg inn på endringsreglene?

I NS 8405 er utgangspunktet for det utvidede anvendelsesområdet til endringsreglene at man lar visse risikoforhold underlegges den samme reguleringen for justering i vederlag og fremdriftsplan som gjelder ved alminnelige endringer. Det er altså rettsvirkningene av endringsordre som gis tilsvarende anvendelse.

I NF 07 kobler man seg inn på endringsreglene ved å la visse risikoforhold bli et spørsmål om hvorvidt leverandøren har krav på endringsordre. Dette skjer gjennom en henvisning til art. 12-16 (endringsreglene). Når forholdet knyttes til vilkåret om endringsordre, og ikke til rettsvirkningen, omfatter man alle reglene som gjelder om preklusjon og uenighet mellom partene om hvorvidt forholdet utgjør en endring.

4.3.1 Virkningen av at det gis en gjenopprettende endring

Selv om de ulike risikoforhold som inntreer behandles ulikt i de to kontraktene er resultatet av at gjenopprettende endring faktisk er gitt i hovedsak det samme. Tilvirkeren får justering i tid og/eller pris, som reflekterer virkningen av forholdet på hans kontraktsarbeid.

Dersom det inntrådte risikoforhold krever at visse kontraktsforpliktelser omlegges gir imidlertid ikke den gjenopprettende endringen svar på hvordan dette skal skje. For selv om tilvirkeren nå har fått lenger tid eller større vederlag, står hans plikter etter kontrakten uendret. For å pålegge tilvirkeren å gjøre noe annet må bestiller derfor utstede en styrende endringsordre eller instruks. Denne kan selvsagt fremgå av den

samme ordren som gir gjenoppretting, men gir også i seg selv et selvstendig grunnlag for krav om justering i tid og pris.

Fordi kravet om gjenopprettende endring er underlagt preklusive frister i begge kontrakter kan tilvirkeren tape sitt krav på justering. Dette innebærer at han må tåle den ulempen forholdet medfører for arbeidet for egen regning, og oppfylle sine kontraktsforpliktelser innenfor de opprinnelige tidsfrister. Men det er først når bestiller utsteder instruks om at tilvirker må forandre på utførelsen av arbeidet at han må tåle noe mer enn de direkte virkningene av det inntrådte forholdet. Fordi krav på endringsordre på bakgrunn av instruks også er tilknyttet preklusiv virkning, kan tilvirkeren i verste fall risikere å måtte bære utgiftene og fremdriftskonsekvensene av både det inntrådte forhold og den eventuelle instruks, dersom han ikke varsler sine krav i tide.

4.3.2 Gjelder begrensningen i endringskompetansen ved gjenopprettende endringer?

Slik vi så ovenfor i pkt. 3.1.1 begrenses bestillers endringskompetanse i NF 07 art. 12.1 (3) og NS 8405 pkt. 22.1 (3). Når endringsreglene gis tilsvarende anvendelse ved inntreden av ulike risikoforhold reiser dette spørsmål om hvorvidt begrensningen i endringskompetansen også gjelder ved gjenopprettende endringer.

NS 8405 pkt. 22.1 (3) knytter seg uttrykkelig til hvilke endringer byggherren kan pålegge entreprenøren. Fordi gjenopprettende endringer ikke gis gjennom endringsordre i NS 8405, må det allerede av denne grunn kunne konkluderes med at begrensningen ikke gjelder for justering i tid og pris ved inntreden av utilsiktede forhold. Men dette må sannsynligvis også gjelde for NF 07 sitt vedkommende. For selv om gjenopprettende endringer i NF 07 gis gjennom endringsordre, er det hvilke «endringsarbeider» selskapet kan pålegge som begrenses i art. 12.1 (3).

Riktignok må man for de utilsiktede endringers vedkommende tolke bestemmelsene i lys av at vi nå står overfor et tilfelle av tilsvarende anvendelse, og dermed ikke kan forholde oss til ordlyden på samme måte. Allikevel må det være avgjørende at en gjenopprettende endringsordre i sin rendyrkede form ikke pålegger noen nye arbeider, men søker uteluk-

kende å holde leverandøren skadesløs for et inntrådt forhold som selskapet har risikoen for. Formålet med bestemmelsene er å modifisere bestillers vide adgang til å pålegge endringsarbeider og beskytte tilvirkeren mot at et eventuelt tapsbringende prosjekt skal bli evigvarende. Når endringen utelukkende består i mer tid eller vederlag tilsier ikke dette formålet at begrensningen bør komme til anvendelse.

Når det er sagt er den gjenopprettende endring en konsekvens av at prosjektet faktisk har blitt mer krevende for tilvirkeren enn forutsatt. Dette gjelder selv om det ikke er bestiller som er årsaken til dette. Dermed kunne man tenke seg at det burde finnes grunnlag for tilvirkeren til å fri seg fra kontrakten. Hjemmelen for dette kan imidlertid ikke utledes fra begrensningsreglene som direkte knytter seg til endringskompetansen. En slik løsning må i tilfelle løses på bakgrunn av forutsetningslæren eller avtl. § 36.⁸¹

En annen sak er at det inntrådte forhold kan lede til at bestiller utsteder en styrende endringsordre eller instruks som pålegger tilvirkeren endringsarbeider. Den styrende endringsordren er underlagt den samme begrensningsregelen, selv om bakgrunnen for endringen er inntreden av utilsiktede forhold.

Endringer i lover og forskrifter og pålegg fra offentlige myndigheter kan her tenkes å stå i en særstilling. Dette er det eneste forholdet som direkte gir hjemmel for arbeidsplikt for tilvirkeren, uten at dette skjer gjennom bestillers utstedelse av endringsordre (eventuelt formriktig instruks eller tegningsrevisjon).⁸² I begge kontrakter skal slike myndighetskrav behandles på lik linje med endringer og utgjør grunnlag for krav om endringsordre fra tilvirkeren. Dersom myndighetskravet krever omlegging av tilvirkerens kontraktsforpliktelser vil endringsordren omhandle hvordan dette skal skje, i tillegg til eventuell tilkjennelse av justering i tid og pris for endringens effekt. Med andre ord vil endringsordren i disse tilfellene ofte omfatte både styrende og gjenopprettende elementer. Dette kan muligens trekke i retning av at begrensningsbestemmelsene også må gjelde her.

⁸¹ Noen sider ved forutsetningslæren behandles nedenfor i pkt. 8, men det faller utenfor avhandlingens rammer å ha en generell drøftelse av forutsetningslæren og avtl. § 36.

⁸² Se nedenfor i pkt. 7 om dette.

På den annen side knytter begrensningen i endringskompetansen seg i utgangspunktet til hva *bestiller* har kompetanse til å pålegge tilvirkeren, utover det som opprinnelig følger av kontrakten. Når endringene skjer gjennom pålegg fra offentlige myndigheter eller gjennom endring i lov og forskrift har ikke bestiller noe valg med tanke på hvorvidt myndighetskravene skal gjennomføres eller ikke.

Samtidig kan det være vanskelig og også fremstå noe konstruert, å skulle sondre mellom styrende endringer som har sin bakgrunn i bestillers (mer eller mindre) ønskede endringer, og de som bygger på offentlige myndigheters krav til utførelsen av arbeidet og kontraktsgjengen. I bunn og grunn er det jo også i bestillers interesse at disse kravene overholdes. Også systembetraktninger taler for at alle styrende endringsordrer skal behandles likt. Det må derfor konkluderes med at også styrende endringsordre med bakgrunn i myndighetskrav omfattes av begrensningsbestemmelsene.⁸³

Gjenopprettende endringer med bakgrunn i myndighetskrav må imidlertid behandles på samme måte som andre gjenopprettende endringer og vil følgelig heller ikke her rammes av begrensningen.

Begrensningen må påberopes av tilvirkeren, men det stilles ingen formkrav til påberopelsen og det oppstilles ingen preklusiv frist.⁸⁴ Etter alminnelige lojalitetsprinsipper kan det allikevel være grunn til å anta at det gjelder en frist for påberopelse «uten ugrunnet opphold».⁸⁵

5 Force Majeure

5.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for reguleringen av Force Majeure i NS 8405 og NF 07. Det vil innledningsvis kort gjøres rede for situasjonen, i

⁸³ Et viktig poeng her er jo imidlertid at begrensningen må påberopes av tilvirker, se like nedenfor.

⁸⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 338 og Barbo (1997) s. 130.

⁸⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 338.

pkt. 5.2. Hovedvekten av behandlingen i pkt. 5 ligger på endringsreglenes anvendelse ved Force Majeure. Dette er tema i pkt. 5.3. Til slutt vil det i pkt. 5.4 foretas en vurdering av endringsreglenes egnethet i disse situasjonene. I pkt. 5.2.1.1 – 5.2.1.3 vil det imidlertid først redegjøres for Force Majeure-tilfeller som reguleres av andre bestemmelser.

5.2 Situasjonen

Force Majeure-hendelser er hendelser som ligger utenfor partenes kontroll og som typisk gjør det vanskeligere eller umulig å oppfylle kontraktsforpliktelsene etter sitt innhold. Både tilvirker og bestiller kan stå overfor en Force Majeure-situasjon. Hva slags type situasjon som kvalifiserer som Force Majeure er avhengig av definisjonen i den konkrete kontrakt. De klassiske tilfeller av Force Majeure knytter seg typisk til naturkatastrofer, krig, opprør og lignende.⁸⁶ I entrepriseretten har man imidlertid latt slike mer inngripende tilfeller gå under et katastrofeunntak, jf. NS 8405 pkt. 17, og lagt listen mye lavere for hva som regnes som Force Majeure i en egen bestemmelse, jf. Art. 24.3.⁸⁷ I denne har man en eksemplifiserende liste over tilfeller som kvalifiserer som Force Majeure. Det er «så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout, og overenskomstbestemmelser», jf. pkt. 23.4 (1).

I NF 07 finner man ingen lignende eksemplifisering. Man må derfor falle tilbake på en tolkning av de kriterier som fremgår i Force Majeure-reguleringen i art. 28 og definisjonen i art. 1.8, og holde dette opp mot den aktuelle situasjon. Visse av de tilfeller som ramses opp i NS 8405 faller allikevel klart utenfor Force Majeure-bestemmelsen i NF 07, så som offentlige påbud og forbud, som må anses

⁸⁶ Jf. Hagstrøm (2011) s. 281.

⁸⁷ Sandvik sondret mellom de to bestemmelsene ved å kalle de mer graverende forhold i pkt. 17 «vis major» og de mildere former i pkt. 24.3 for «Force Majeure», se Sandvik (1966) henholdsvis s. 171 og s. 185. Betegnelsen har allikevel ingen betydning for fastleggelsen av innholdet, og ettersom bestemmelsenes anvendelsesområde ikke er strengt avgrenset finner jeg det hensiktsmessig å omtale begge under pkt. 5 om Force Majeure. Slik også Barbo (1997) s. 498, som viser til at Force Majeure-begrepet kun er et koblingsord og at begrepene vis major og Force Majeure er de samme begreper på henholdsvis latin og fransk.

omfattet av den særskilte bestemmelsen i NF 07 art. 5.⁸⁸

Et Force Majeure-tilfelle vil innebære at fremdriften blir forsinket dersom partene ikke foretar seg noe for å hindre at konsekvensene av situasjonen rammer de fastsatte tidsfrister. Det er her endringsystemet kommer inn. Før det redegjøres for hvordan situasjonen får sin løsning innenfor dette systemet, vil det foretas en gjennomgang av tilfeller som ikke omfattes av endringsreglene.

5.2.2.1 Katastrofeunntaket i NS 8405 pkt. 17

NS 8405 pkt. 17 regulerer utgangspunktet om at risikoen følger funksjonsfordelingen⁸⁹ mellom partene. Dette innebærer at entreprenøren bærer risikoen for skader på kontraktsgjenstanden og materialer som er i hans besittelse inntil overtakelse, jf. pkt. 17 (1). På den annen side bærer byggherren risikoen for skader forårsaket av ham eller hans kontrakt-medhjelpere, jf. pkt. 17 (2).

Det relevante i denne sammenheng er imidlertid bestemmelsen i tredje ledd. Det fremgår der at det er byggherren som bærer risikoen for skader på materialer og kontraktarbeidet som er forårsaket av «ekstraordinære og upåregnelige omstendigheter som krig, oppgjør, naturkatastrofe m.m.» - det såkalte katastrofeunntaket. Regelen har røtter tilbake til romerretten og finnes i de fleste entreprisestandarder.⁹⁰

Det skal mye til for at entreprenøren skal bli fritatt for beskadigelsesrisikoen etter bestemmelsen. Det må dreie seg om en «ekstraordinær» og «upåregnelig» omstendighet. Det følger av ordlyden at det er skadeårsaken, ikke omfanget, som er det avgjørende. Sandvik la imidlertid til grunn at også skadens omfang kan få betydning dersom det er usikkert hvorvidt det aktuelle risikoforhold omfattes og dette må avgjøres ut ifra en mer skjønnspreget vurdering.⁹¹ Vilkårene er kumulative og det er altså ikke nok at skadeårsaken er ekstraordinær, dersom den var påregnelig.

⁸⁸ Se nedenfor i pkt. 5.2.1.3 om grensen mot andre kontraktbestemmelser.

⁸⁹ Prinsippet om at risikoen følger funksjonsfordeling ble fastlagt allerede i Rt. 1917 s. 673, jf. Hagstrøm (1997) s. 16. Se også Hagstrøm (1997) s. 81.

⁹⁰ Jf. Sandvik (1977) s. 171.

⁹¹ Jf. Sandvik (1977) s. 172.

Videre må det være årsakssammenheng mellom skaden og de ekstraordinære og upåregnelige omstendigheter.⁹²

Opplistingen av de ulike alternative ekstraordinære og upåregnelige skadeårsaker avsluttes med uttrykket m.m. og er således ikke uttømmende. Dersom for eksempel strømforsyningen stanses over lengre tid og dette forårsaker skade, kan også dette omfattes av bestemmelsen.⁹³

At byggherren bærer risikoen innebærer at entreprenøren skal holdes økonomisk skadesløs. Men han har ikke etter denne bestemmelsen krav på fristforlengelse. Dette henger sammen med at tap i form av forsinkelse ikke kan karakteriseres som «skade».⁹⁴ Krav på fristforlengelse vil han imidlertid kunne ha etter fristjusteringsbestemmelsen i pkt. 24.4, som knytter seg til Force Majeure-hendelser, jf. pkt. 24.3. Det skal imidlertid mye mer til for at en hendelse skal omfattes av katastrofeunntaket i pkt. 17 (3) enn Force Majeure-begrepet i pkt. 24.3. Dessuten må situasjonen ha forårsaket en skade, noe som ikke kreves for fristforlengelse ved Force Majeure. Dersom en skade på den annen side inntreffer og kan utbedres uten å hindre fremdriften, vil ikke entreprenøren ha krav på fristforlengelse etter pkt. 24.4, jf. pkt. 24.3 (1).

Grensen mellom katastrofeunntaket i pkt. 17 (3) og Force Majeure-bestemmelsen i pkt. 24.3 ligger dermed i hvor graverende omstendighetene er, uten at rettsvirkningen av den ene nødvendigvis utelukker rettsvirkningen etter den andre. Har entreprenøren krav på å bli holdt skadesløs etter pkt. 17 (3), må han varsle byggherren om sitt krav på vederlagsjustering uten ugrunnet opphold etter at han ble eller burde blitt klar over forholdene, jf. pkt. 25.3, jf. pkt. 25.2 litra c.

I NF 07 fremgår en lignende katastrofe-bestemmelse i art. 29.2. Bestemmelsen er på samme måte som i NS 8405 et unntak fra hovedregelen om at leverandøren har risikoen for skader på kontraktsgjenstanden før levering, jf. art. 29.1. Art. 29.2 pålegger selskapet å dekke omkostningene ved skade på kontraktsgjenstanden, dersom skadene skyldes «krig, atomskade eller terror». Listen må anses uttømmende og unntaket er

⁹² Jf. Marthinussen (2010) s. 242.

⁹³ Eksempelet er hentet fra Marthinussen (2010) s. 243.

⁹⁴ Jf. Marthinussen (2010) s. 243.

således ikke like omfattende som i NS 8405 pkt. 17 (3).

5.2.2.2 Retten til å fri seg fra kontrakten på grunn av Force Majeure

En Force Majeure-situasjon kan i verste fall bli langvarig og kan medføre lengre opphold i tilvirkningen. Dette kan medføre at partenes interesse i å fullføre kontraktsforholdet bortfaller.⁹⁵ Derfor finnes det under begge kontrakter bestemmelser som gir partene rett til å si opp kontraktsforholdet, dersom fremdriften på grunn av slike forhold blir hindret over en gitt periode.

I NS 8405 pkt. 38.2 har begge parter rett til å si opp kontrakten på grunn av «ekstraordinære og upåregnelige forhold utenfor partenes kontroll, så som krig, opprør, naturkatastrofe m.m.», dersom dette forholdet innebærer at «fremdriften hindres eller vil bli vesentlig hindret i mer enn seks måneder», eller dersom «byggearbeidene på grunn av slike forhold blir uaktuelle å utføre», jf. pkt. 38.2 (1). Det er normalt på entreprenørens side det vil kunne oppstå slik kvalifisert Force Majeure. Bestemmelsen er således i hovedsak aktuell for entreprenørens vedkommende.⁹⁶ Samtidig kan jo byggeprosjektet være organisert slik at visse naturalytelser skal besørges av sideordnede entreprenører, som overfor entreprenøren anses som byggherrens forhold. Rammes disse sideordnede entreprenørene av Force Majeure vil dette være forhold på byggherrens side.

Force Majeure-begrepet i bestemmelsen er likelydende med katastrofeunntaket i pkt. 17 (3). Det kreves altså mye mer for at denne klausulen skal kunne påberopes enn det som er tilfellet for Force Majeure-begrepet i pkt. 24.3. Det må foreligge en kvalifisert hindring som gjør det nærmest umulig å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Det er ikke tilstrekkelig at utførelsen har blitt vesentlig vanskeligere eller mer kostbar.⁹⁷ Betegnende for forskjellen mellom Force Majeure-begrepet i pkt. 24.3 og det som er relevant i pkt. 38.2 er begrepene «ekstraordinære værforhold» og «na-

⁹⁵ Jf. Marthinussen (2010) s. 639.

⁹⁶ Jf. Marthinussen (2010) s. 640.

⁹⁷ Jf. Marthinussen (2010) s. 640.

turkatastrofe», jf. henholdsvis pkt. 24.3 (1) og pkt. 38.2 (1).⁹⁸ Dertil kommer at pkt. 38.2 krever at Force Majeure-situasjonen enten har medført en hindring av fremdriften i mer enn seks måneder⁹⁹, eller at den vil medføre en vesentlig hindring av fremdriften i en slik tidsperiode. Teoretisk sett innebærer det at partene kan si opp kontrakten allerede idet de ekstraordinære forhold inntreffer.¹⁰⁰ Hvilken sannsynlighetsovervekt som kreves for at hindringen vil vare i seks måneder fremgår ikke av ordlyden. Marthinussen antar at uttalelser i forarbeidene til bustadoppføringslova § 60 om at det må være på «det reine» at hindringen vil vare i den angitte tidsperioden også gjelder for pkt. 38.2.¹⁰¹

Som nevnt gir pkt. 38.2 oppsigelsesadgang dersom fremdriften hindres i mer enn 6 måneder. Dette reiser spørsmål om hvorvidt det er selve *det ekstraordinære forholdet* som må vare i angitt lengde, eller om det er den *forsinkelse* som forholdet medfører som må vare i hele tidsperioden. Marthinussen legger til grunn at hindringen må bestå i hele perioden.¹⁰² Kaasen fremholder, i tilknytning til den tilsvarende bestemmelsen i NF 07 art. 28.4, at det sentrale må være hvilken forsinkelse hindringen medfører for kontraktsarbeidet.¹⁰³ Selve Force Majeure-hendelsen kan etter hans syn være kortvarig, så lenge forsinkelsen som denne hindringen har medført varer i kvalifisert tid. Ordlyden i de to bestemmelsene er imidlertid ulik. NF 07 art. 28.4 knytter tidsperioden til «Force Majeure-situasjonen», mens NS 8405 pkt. 38.2 knytter tidsperioden til at «fremdriften hindres».

Det synes som at Kaasen legger til grunn at begrepet «Force Majeure-situasjon» henviser til selve forsinkelsen som har oppstått på grunn av den hindringen et Force Majeure-tilfelle har medført. Jeg mener det ville vært mer naturlig å legge til grunn at «fremdriften hindres» i NS 8405 pkt. 38.2 henviser til forsinkelsen, enn å tolke dette inn i «Force Majeure-

⁹⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 641.

⁹⁹ Se drøftelse rett nedenfor.

¹⁰⁰ Jf. Marthinussen (2010) s. 642.

¹⁰¹ Jf. Marthinussen (2010) s. 644.

¹⁰² Jf. Marthinussen (2010) s. 643.

¹⁰³ Jf. Kaasen (2006) s. 731, se nedenfor om bestemmelsen i NF 07 art. 28.4.

situasjonen» i NF 07 art. 28.4. Jeg synes den mest naturlige tolkningen av «Force Majeure-situasjonen» er at dette er en henvisning til definisjonen i art. 1.8 og knytter seg til selve det ekstraordinære forhold, så som streiken eller stormen.¹⁰⁴ Dertil kommer at definisjonen overhodet ikke forutsetter at Force Majeure-situasjonen utgjør en hindring. Det er imidlertid sannsynlig at dette bygger på en litt uheldig utforming av reglene, hvor det er lagt opp til at selve hindrings-vilkåret fremgår av art. 28.1. Art 28.1 knytter seg i utgangspunktet kun til påberopelse av Force Majeure som ansvarsfritaksgrunn ved mislighold. Bestemmelsen har ingen annen tilknytning til art. 28.4 utover det faktum at de begge inngår i art. 28.

Samtidig vil det jo praktisk sett være likegyldig for partene hvilken varighet Force Majeure-situasjonen som sådan har, dersom den ikke utgjør en hindring som igjen fører til forsinkelse. Det synes derfor å ha mye for seg å legge til grunn at det er lengden på forsinkelsen som er det avgjørende for at vilkåret for oppsigelse i art. 28.4 skal være oppfylt.

Dette innebærer imidlertid at begrepet «Force Majeure-situasjon» får et annet innhold i art. 28.4 enn i art. 28.3 (3). I art. 28.3 (3) oppstilles en frist for leverandøren til å kreve fristforlengelse innen 14 dager etter opphøret av Force Majeure-situasjonen. «Force Majeure-situasjonen» kan her opplagt ikke vise til forsinkelsen. Det vil her heller være naturlig å se det som en henvisning til hindringen. At det samme uttrykket således får ulikt innhold i to etterfølgende bestemmelser er uheldig, men kan allikevel ikke få avgjørende betydning for tolkningen.¹⁰⁵

Oppsigelsesadgangen må videre ses i lys av kontraktens endrings-system. Endringsreglene søker å regulere alle utilsiktede forhold på en slik måte at de får minst mulig betydning for ferdigstillingen av prosjektet. Det må derfor legges til grunn at det skal svært mye til for at det skal foreligge adgang til oppsigelse. Dersom man holder seg strengt til ordlyden og legger til grunn at varigheten av Force Majeure-situasjonen er

¹⁰⁴ Det ser ut til at Mestad også legger til grunn at Force Majeure-situasjon og -hendelse er det samme og at begrepet knytter seg til selve det ekstraordinære forhold, se Mestad (1991) s. 251.

¹⁰⁵ Slik også Kaasen (2006) s. 732 i fotnote 44, og Mestad (1991) s. 251, som legger til grunn at denne tolkningen kan forsvares da brukssammenhengene er så ulike.

det relevante, vil oppsigelsesadgang kunne foreligge selv om situasjonen kun har ført til en kortere forsinkelse.

Formålet med oppsigelsesadgangen i 28.4 må videre være at partene ved helt *særegne* situasjoner, hvor hele arbeidet stanser over lengre tid, skal ha en mulighet til å fri seg fra et tapsbringende prosjekt. Det fremstår derfor nærliggende å legge til grunn at det er lengden på selve forsinkelsen som er det avgjørende.¹⁰⁶

Hvordan dette stiller seg i forhold til ordlyden i NS 8405 pkt. 38.2 er ikke med dette avgjort. Ordlyden i pkt. 38.2 knytter seg til at «fremdriften hindres» i den angitte lengde. Marthinussen legger, som nevnt, til grunn at det er hindringen som må bestå i den angitte perioden. Her er det imidlertid snakk om hindring av fremdriften, ikke for eksempel hindring av arbeidet. At fremdriften hindres vil normalt innebære forsinkelse på den rammede parts hånd. Jeg finner det derfor naturlig å legge til grunn at det også i NS 8405 pkt. 38.2 er den forsinkelse som hindringen medfører som er avgjørende.¹⁰⁷ Både i NS 8405 pkt. 38.2 og NF 07 art. 28.4 må altså forsinkelsen vare i henholdsvis mer enn 6 måneder og 180 dager.

Rettsvirkningen av at det foreligger en Force Majeure-forårsaket forsinkelse i henhold til NS 8405 pkt. 38.2, som varer – eller det er på det rene at den vil vare – i mer enn seks måneder, er at begge parter gis rett til å si opp kontrakten. Det skal også gjennomføres overtakelsesforretning i henhold til pkt. 32.3, og de alminnelige virkninger av at overtakelse har funnet sted inntre i henhold til pkt. 32.6, jf. pkt. 38.2 (3). Entreprenøren har krav på vederlag for det arbeid som er utført, jf. pkt. 38.2 (4). Han

¹⁰⁶ En annen sak er at man muligens hadde oppnådd en lettere tilgjengelig regulering dersom man byttet ut «Force Majeure-situasjonen» i art. 28.4 med for eksempel «den forsinkelse som Force Majeure-situasjonen har ført til». Videre er det noe uheldig at definisjonen av Force Majeure i art. 1.8 ikke omfatter hindrings-vilkåret.

¹⁰⁷ Det kan anføres at fremdriftshindringer og forsinkelse er to vidt adskilte forhold, all den tid forsinkelsesbegrepet er knyttet til dagmulktbelagte frister i kontrakten, jf. NS 8405 pkt. 34.1. Jeg mener imidlertid at det er den *faktiske* forsinkelse som må være avgjørende i forhold til art. 28.4 og pkt. 38.2, ikke bare den forsinkelse som ligger i oversittelse av dagmulktbelagte frister. Det er slik jeg forstår Kaasens argumentasjon i tilknytning til NF 07 art. 28.4 og det er også gjennom en slik forståelse jeg mener man oppnår den mest hensiktsmessige tolkning av bestemmelsene, nemlig at det er forsinkelsen som er det avgjørende også hvor ordlyden knytter seg til hindring av fremdriften.

har imidlertid ikke krav på vederlag for arbeid som ennå ikke er utført eller for materialer som ikke er levert ved oppsigelsestidspunktet.¹⁰⁸

I NF 07 reguleres alle rettsvirkninger av Force Majeure i art. 28, bortsett fra skadetilfellene i art. 29.2 som ble behandlet ovenfor i pkt. 5.2.1.1. Det fremgår av art. 28.4 og 28.5 at det foreligger to muligheter til å fri seg fra kontraktsforholdet ved langvarig Force Majeure. For leverandørens vedkommende er det imidlertid kun bestemmelsen i art. 28.4 som gir slik adgang.

Art. 28.4 regulerer oppsigelsessituasjonen og fastslår at begge parter har rett til å si opp kontraktsforholdet dersom en Force Majeure-situasjon har en sammenhengende varighet på 180 dager eller mer, eller at det er klart at situasjonen vil ha slik varighet. Force Majeure-begrepet defineres i art. 1.8.¹⁰⁹ Kravet om at Force Majeure-situasjonen har en varighet på 180 dager knytter seg til den enkelte Force Majeure-situasjon. Uavhengige Force Majeure-hendelser eller suksessive hendelser av samme art kan ikke slås sammen.¹¹⁰ Som tidligere fremholdt legger jeg til grunn at det sentrale må være lengden på den forsinkelse hindringen medfører for kontraktsarbeidet, selv om ordlyden legger opp til at det er selve Force Majeure-situasjonen som må ha denne varigheten.¹¹¹ Videre må man ta utgangspunkt i lengden på forsinkelsen uten iverksettelse av eventuelle forseringstiltak.¹¹² Dertil er det ikke nok at deler av arbeidet forsinkes. Det må enten være snakk om aktiviteter på tidskritisk linje¹¹³ eller at

¹⁰⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 645.

¹⁰⁹ Se nedenfor i pkt. 5.3.1 om art. 1.8.

¹¹⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 731.

¹¹¹ Jf. Kaasen (2006) s. 731 og drøftelsen ovenfor.

¹¹² Jf. Kaasen (2006) s. 732.

¹¹³ Selv om en Force Majeure-situasjon fører til forsinkelse (i 180 dager) av operasjoner på kritisk linje kunne man tenke seg at dette ikke automatisk førte til at vilkårene for oppsigelse foreligger. Fordi det følger av definisjonen på Force Majeure i art. 1.8 at tilvirkeren har en offergrense, se pkt. 5.3.1 om dette, ville det vært naturlig å tenke at det ligger innenfor denne offergrensen å rokkere aktiviteter på kritisk linje, slik at Force Majeure-situasjonen ikke får avgjørende betydning for fremdriften. Offergrensen ligger imidlertid innbakt i Force Majeure-definisjonen, slik at det allerede er forutsatt at leverandøren har gjort det han kan for å avverge virkningene. Når det allikevel forekommer langvarig forsinkelse av aktiviteter på kritisk linje vil dette altså kunne utgjøre selvstendig grunnlag for oppsigelse.

forsinkelsen knytter seg til fremdriften av det totale arbeidet.¹¹⁴

Alternativt må det være «klart» at slik forsinkelse vil inntre på grunn av Force Majeure-situasjonen. Kaasen legger til grunn at det må kreves «meget solide holdepunkter».¹¹⁵ Holder man ordlyden i NF 07 art. 28.4 og ordet «klart (...) vil» opp mot «vil» i NS 8405 pkt. 38.2 fremstår det som om det er et strengere krav til sannsynlighet i NF 07 art. 28.4. Som nevnt ovenfor er det imidlertid grunn til å tolke NS 8405 pkt. 38.2 slik at det må være på det «reine» at det vil foreligge slik forsinkelse, noe som innebærer et minst like strengt krav som «meget solide holdepunkter». Det må derfor antas at kravet til sannsynlighet for antesipert forsinkelse er tilnærmet likt i de to bestemmelsene.

Oppsigelse skjer ved skriftlig varsel i henhold til art. 36.1, jf. art. 28.4. Det er ikke knyttet noen frister eller krav om innhold til dette varselet.¹¹⁶ Oppsigelsen gjennomføres etter reglene om avbestilling i art. 17, med unntak fra art. 17.3 om avbestillingsgebyr. Etter reglene i art. 17 har leverandøren krav på vederlag for det arbeid som er utført samt dekning av diverse andre utgifter som er pådratt på oppsigelsestidspunktet eller forbundet med ordnet avslutning av arbeidet, jf. art. 17.2 litra a-d. I tillegg skal leveringsprotokoll opprettes, jf. art. 17.5.

Art. 28.5 regulerer selskapets adgang til å kreve levering selv om kontraktsgjenstanden ikke er ferdig, når leveringsdato har kommet. Mens oppsigelse etter art. 28.4 betinger aktuelt eller antesipert langvarig Force Majeure, er vilkåret for uferdig levering etter art. 28.5 at opprinnelig leveringsdato er kommet, uten at Force Majeure-situasjonen har opphørt. Det er altså irrelevant hvor lenge Force Majeure-situasjonen har vart og må antas å komme til å vare etter denne bestemmelsen.

Bestemmelsen i art. 28.5 har store likheter med art. 24.3 om uferdig levering. Forskjellen på de to bestemmelsene er at 24.3 forutsetter at kontraktsgjenstanden er uferdig ved leveringsdato fordi leverandøren er forsinket, mens det i art. 28.5 ikke er snakk om noe mislighold. Bakgrunnen for at kontraktsgjenstanden ikke er ferdig er i art. 28.5 at det forelig-

¹¹⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 732.

¹¹⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 732.

¹¹⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 731.

ger en Force Majeure-situasjon som hindrer ferdigstilling. Ordlyden gir uttrykk for at det er Force Majeure-situasjonen som må bestå ved leveringsdato. Det må imidlertid legges til grunn at det er *hindringen* som må bestå ved leveringsdato, ikke selve Force Majeure-hendelsen.¹¹⁷ Videre følger det av bestemmelsen at det er den opprinnelige leveringsdato som er oversittet etter art. 28.5, ikke den som gjelder etter fristjustering etter art. 28.3 (3) på grunn av Force Majeure. Dette innebærer at også hindring som ville bestått ved leveringsdato dersom det ikke var satt i verk forse-ringstiltak, gir selskapet rett til å kreve uferdig levering.¹¹⁸

Fordi denne situasjonen ikke innebærer mislighold fra leverandørens side, kan ikke selskapet kreve dagmulkt for de dager som leveringsdato ville vært oversittet med dersom leverandøren skulle avsluttet arbeidet, slik tilfellet er etter art. 24.3 (2).¹¹⁹ I stedet skal leverandørens kontraktsforpliktelser endres slik at det gjenstående arbeidet tas ut. Dette skjer ved at selskapet utsteder en negativ endringsordre, jf. henvisningen til endringsreglene i art. 28.5. Når situasjonen reguleres av endringsreglene innebærer dette at prisvirkningen av reduksjonen av kontraktsforpliktelserne skal fastsettes etter art. 13.2. Bruken av endringsratene kan føre til at den reduserte del av kontraktsarbeidet får større verdi av det gjenstående arbeid enn den tilsvarende del av kontraktsprisen.¹²⁰ Konsekvensen av levering etter art. 28.5 kan således bli at selskapet kan redusere kontraktsprisen med mer enn den gjenstående del.¹²¹

Kaasen tar imidlertid til orde for at dette er en konsekvens av henvisningen til endringsreglene som sannsynligvis ikke er tilsiktet. Derfor vil det være forsvarlig å se hen til løsningen under andre bestemmelser, hvor oppgjøret forutsettes å bestå i at selskapet ikke betaler kontraktsprisen tilsvarende den gjenstående del av arbeidet,¹²² jf. for eksempel art. 24.3 (2) første punktum.

¹¹⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 733.

¹¹⁸ Jf. Kaasen (2006) s. 733.

¹¹⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 734.

¹²⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 734.

¹²¹ Jf. Kaasen (2006) s. 734.

¹²² Jf. Kaasen (2006) s. 735.

På tross av at kontraktene søker å la Force Majeure-situasjoner få sine rettsvirkninger innenfor endringssystemet, har vi altså nå sett at både NS 8405 og NF 07 har bestemmelser som regulerer andre rettsvirkninger av Force Majeure. Dette er nødvendig. For selv om endringssystemet gir den fleksibilitet til kontraktsforholdet som det praktiske liv krever, kan Force Majeure-situasjonene i visse tilfeller sprengne rammene for hva som forsvarlig kan falle innunder endringsreglene. Bli for eksempel en av partene rammet av en langvarig Force Majeure-situasjon kan dette føre til at det ikke lenger er lønnsomt å gjennomføre prosjektet. Derfor må endringsreglene suppleres av bestemmelser som åpner for andre rettsvirkninger, så som oppsigelse og uferdig levering.

5.2.2.3 Situasjoner som reguleres av andre bestemmelser

Ettersom kontraktene opererer med ulike Force Majeure-begrep og har ulik systematikk, kan visse forhold som faller innunder Force Majeure-begrepet i den ene kontrakten, reguleres av andre bestemmelser i den andre. To slike forhold er «offentlige påbud og forbud» og «overenskomstbestemmelser» i NS 8405 pkt. 24.3 (1). I NF 07 reguleres i utgangspunktet alle endringer i lover, forskrifter, påbud og overenskomstbestemmelser av art. 5.1. Kaasen legger til grunn at de forhold som måtte falle under både Force Majeure-bestemmelsen i art. 28 og art. 5, må antas å måtte reguleres av art. 5, i medhold av *lex specialis*-prinsippet.¹²³

«Offentlige påbud og forbud» i NS 8405 pkt. 24.3 (1) omfatter blant annet eksport- og importrestriksjoner som inntreter etter kontraktsinngåelse, og som gjør det umulig å skaffe nødvendige materialer for utførelsen av arbeidet.¹²⁴ Slike eksport- og importrestriksjoner ligger i grensen mellom hva som i NF 07 omfattes av art. 5.1 og hva som omfattes av Force Majeure-bestemmelsen i art. 28. Art. 5.1 krever at det aktuelle påbudet eller forbudet «nødvendigjør Endring av Arbeidet eller dets utførelse som påvirker Leverandørens kostnader eller fremdrift». Det er noe usikkert hvorvidt man kan si at importrestriksjoner har betydning

¹²³ Jf. Kaasen (2006) s. 710.

¹²⁴ Jf. Marthinussen (2010) s. 346.

for selve utførelsen av arbeidet.¹²⁵ Kommer man til at dette vilkåret ikke er oppfylt vil slike restriksjoner falle innunder NF 07 art. 28. Etter art. 28.3 (3) har leverandøren utelukkende krav på justering av fremdriftsplanen når han rammes av Force Majeure. Er det leverandøren som skal anskaffe de materialene som omfattes av en importrestriksjon vil han derfor ikke ha krav på justering av vederlaget. Kommer man derimot til at forholdet reguleres av art. 5.1 (2), har han krav på justering både i vederlag og fremdriftsplan. Leverandøren har derfor stor interesse av at forholdet skal subsumeres under bestemmelsen i art. 5.

Et annet typisk tilfelle av «Offentlige påbud og forbud» er endringer i arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser eller nye HMS-krav som påvirker fremdriften i prosjektet.¹²⁶ Dette vil normalt falle innunder NF 07 art. 5.1.¹²⁷ Her skiller altså kontraktene seg fra hverandre, ved at forhold som i NS 8405 faller under den alminnelige Force Majeure-bestemmelsen i pkt. 24.3 (1) har sin særegne regulering i NF 07 art. 5.1.

Også «overenskomstbestemmelser» i NS 8405 pkt. 24.3 (1) er i NF 07 regulert av art. 5.1, jf. bestemmelsens litra c. Tariffavtaler som for eksempel endrer arbeidstidsregulering eller omfatter bestemmelser om pålagt hviletid, er typiske forhold som faller utenfor partenes kontroll og som vil kunne ha innvirkning på utførelsen av kontraktsforpliktelsene. Dette er også forutsatt av bestemmelsen i NF 07 art. 5.1. Men i motsetning til endringer i lover og forskrifter – som har direkte innvirkning på utførelsen av arbeidet – gir ikke endringer i slike avtaler grunnlag for krav på justering av tilvirkers vederlag eller fremdriftsplan, jf. motsetningsvis art. 5.1 (2). Betydningen av at forholdet er særskilt regulert og ikke omfattes av Force Majeure-bestemmelsen i art. 28 får derfor enda større konsekvenser for leverandøren her. Lex specialis-synspunktet må også her legges til grunn, slik at disse endringene anses utelukkende regulert av art. 5. Slike «overenskomstbestemmelser» er altså også et eksempel på forhold som følger den alminnelige Force Majeure-bestemmelsen i NS 8405 pkt. 24.3, og som er særskilt regulert i NF 07 art. 5.1.

¹²⁵ Nærmere om dette nedenfor i pkt. 7.

¹²⁶ Jf. Marthinussen (2010) s. 346.

¹²⁷ Se nedenfor pkt. 7.

Avhandlingen følger en annen systematikk enn NS 8405. Fordi endringer i lover, forskrifter eller overenskomstbestemmelser reguleres av Force Majeure-bestemmelsen i NS 8405 vil deler av reguleringen av disse forholdene behandles her, mens de resterende spørsmål behandles særskilt i avhandlingens pkt. 7 om endringer i lover, forskrifter og krav fra myndighetene.

Force Majeure-reguleringen har også en grense mot kontraktens bestemmelser om bestillers mislighold. Dette fordi unnlatt varsling om Force Majeure fra bestillers side, vil kunne manifestere seg som et kontraktsbrudd overfor tilvirker.¹²⁸ I NS 8405 er imidlertid rettsvirkningene ganske ulike avhengig av hvorvidt det dreier seg om en alminnelig forsinkelse fra byggherren eller Force Majeure. Ved Force Majeure har entreprenøren kun krav på fristjustering av den effekt på fremdriften som byggherrens fristforlengelse, på grunn av Force Majeure, har medført. Ingen av partene har krav på vederlagsjustering, jf. henholdsvis pkt. 24.3 (4) og (5). Er det imidlertid snakk om alminnelig forsinkelse fra byggherren har entreprenøren krav på justering av både fremdriftsplan og vederlag, jf. pkt. 24.1 og pkt. 25.2, begges litra b. Byggherren har under NS 8405 derfor et insentiv til å varsle og kreve fristforlengelse for egen Force Majeure.

I NF 07 er rettsvirkningene avhengig av hvorvidt det er selskapet eller leverandør som har blitt rammet av Force Majeure. Er det leverandøren som er rammet, har han kun krav på justering av fremdriftsplan, jf. art. 28.3 (3), jf. art. 28.3 (1). Er det derimot selskapet som er rammet av Force Majeure, er rettsvirkningene tilnærmet identiske med de som gjelder ved selskapets mislighold. Da har nemlig leverandøren krav på både fremdriftsjustering og vederlagsjustering etter begge regelsett, jf. henholdsvis art. 28.3 (3) (fristforlengelse ved Force Majeure) og art. 28.3 (2) jf. art. 18.1 og 18.2 (dekning av leverandørens kostnader ved selskapets Force Majeure), og art. 27.2 (justering av vederlag og fremdriftsplan ved bestillers mislighold). Både for leverandøren og for selskapet spiller det altså liten rolle hvilket regelsett den aktuelle forsinkelse skal falle innunder. I avhandlingens pkt. 5.3.2.1 vil jeg komme tilbake til dette. Først

¹²⁸ Se mer om dette nedenfor i pkt. 5.3.2.1.

vil det imidlertid foretas en generell redegjørelse for kontraktens bruk av endringsreglene ved Force Majeure.

5.3 Bruk av endringsreglene ved Force Majeure

5.3.1 Den alminnelige Force Majeure-reguleringen i kontraktene

Den alminnelige Force Majeure-reguleringen i kontraktene legger opp til at endringsreglene skal håndtere situasjonen. I det følgende skal det redegjøres for hvordan dette skjer. Først vil det kort sies noe om hvilke elementer Force Majeure-reguleringen i de to kontraktene inneholder og om reguleringens systematikk.

Mestad fremholder at en Force Majeure-regulering må inneholde fire hovedelementer, tre på vilkårsiden og ett på rettsvirkningssiden. Vilkårsidens elementer er fastlegging av hvilke årsakstyper som er relevante, fastlegging av kravet til hindringen, fastlegging av kravet til årsakssammenheng mellom hindringen og årsaken og til slutt rettsvirkningssidens element som knytter seg til fastlegging av virkningen av at de tre vilkårene er oppfylt. Dersom ett av disse elementene mangler, må man utfylle reguleringen før den kan anvendes i det konkrete tilfellet.¹²⁹ I tillegg inneholder reguleringen gjerne en culpa-modifikasjon. Force Majeure som grunnlag for justering av kontraktsforpliktelsene gjelder altså kun såfremt vedkommende ikke kunne forutse, avverge eller overvinne hindringen eller årsaken. Det ligger i dette en *offergrense*. Forholdet må gå utover det som med rimelighet kan ventes å hindres eller overvinnes, før det kvalifiserer som relevant Force Majeure.

I NF 07 art. 1.8 fremgår begge disse culpa-modifikasjonene i selve definisjonen av Force Majeure. Det fremgår der at det kun er snakk om Force Majeure dersom det er en «hendelse utenfor en parts kontroll som han ikke burde ha forutsett da Kontrakten ble inngått og som han heller ikke med rimelighet kan ventes å overvinne eller avverge virkningene

¹²⁹ Jf. Mestad (1991) s. 4-5.

av».¹³⁰ I NS 8405 følger det samme av pkt. 24.3 (3) hvor culpa-modifikasjonen er knyttet til kravet på fristforlengelse. Det fremgår der at kravet på fristforlengelse ikke gjelder dersom det er snakk om en hindring som «han eller hans kontraktsmedhjelper burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av». At culpa-modifikasjonen er knyttet til kravet på fristforlengelse og ikke til definisjonen på Force Majeure innebærer ingen realitetsforskjell. Hele poenget med å påberope seg Force Majeure vil være å oppnå fristforlengelse og eventuelt utgiftsdekning.

Både i NS 8405 og NF 07 er Force Majeure spesifikt regulert i egne bestemmelser. Reguleringen er gjensidig, hvilket er naturlig når begge parter har naturalforpliktelser.¹³¹ Den er også generell, i den forstand at den omfatter alle forpliktelser under kontrakten. Den knytter seg heller ikke til en bestemt tidsfrist, for eksempel leveringsdato. Alle avtalte frister kan suspenderes på bakgrunn av en Force Majeure-situasjon.¹³² Og i begge kontraktene er rettsvirkningen av en korrekt og tidsriktig varslet Force Majeure-situasjon at tidsfrister blir justert og at den berørte part som utgangspunkt selv bærer kostnadene som situasjonen har påført. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid kraftig i NF 07, i de tilfeller hvor det er bestiller som er rammet av Force Majeure.

Systematikken i de to kontraktene er ulik. I NF 07 reguleres alle alternative rettsvirkninger ved Force Majeure i én bestemmelse, jf. art. 28.¹³³ Også vilkårene for å kunne påberope seg Force Majeure fastsettes i denne bestemmelsen, men suppleres av Force Majeure-definisjonen i art. 1.8. I NS 8405 er Force Majeure-reguleringen fordelt tematisk under ulike deler av kontrakten. Partenes rett til å fri seg fra kontrakten ved langvarig stans på grunn av ekstraordinære og upåregnelige forhold er plassert i kapittel 8 «Avbestilling, oppsigelse og heving», jf. pkt. 38.2. Entreprenørens rett

¹³⁰ At hendelsen må utgjøre en hindring fremgår imidlertid av art. 28.1.

¹³¹ Jf. Kaasen (2006) s. 709.

¹³² Jf. Kaasen (2006) s. 709.

¹³³ Med unntak fra de helt ekstraordinære omstendigheter som fører til skade på eller tap av kontraktsgjenstanden, som for omkostningsspørsmålet del reguleres av art. 29.2. Slik det også er for NS 8405 pkt. 17 (3), jf. ovenfor i pkt. 5.2.1.1.

til å bli holdt skadesløs ved skade på materialer og kontraktsgjenstanden ved de samme typer forhold er regulert i kapittel 2 «Entreprenørens ytelser», jf. pkt. 17 (3). Og partenes rett på fristforlengelse dersom de rammes av Force Majeure er regulert i kapittel 24 om «Fristforlengelse».

I samsvar med det som er sagt om kontraktens inngangsport til endringssystemet er det forskjeller på hvordan reguleringen er utformet i de to kontraktene også her. I NS 8405 pkt. 24.3 er det kravet på fristforlengelse ved Force Majeure som er det sentrale i bestemmelsen. Regelen står i utgangspunktet isolert fra det alminnelige endringssystemet. Men allikevel, som nevnt, plassert under kapittel «24 Fristforlengelse» og er dermed tilknyttet de samme fristjusteringsbestemmelser som gjelder når endringsordre er utstedt. Bestemmelsen gir begge parter krav på fristforlengelse på grunn av Force Majeure og dersom fremdriften hindres av den annen parts krav på fristforlengelse etter bestemmelsen, dersom det varsles «uten ugrunnet opphold» i henhold til pkt. 24.4 (1).

Det fremgår ikke av NS 8405 hvorvidt en part har anledning til å påberope seg Force Majeure som ansvarsfritaksgrunn ved mislighold, dersom han ikke har varslet om krav på fristforlengelse i henhold til pkt. 24.4. I utgangspunktet er det ikke noe i veien for at han skal kunne gjøre det. Manglende varsling etter pkt. 24.4 prekluderer kun kravet på fristforlengelse, og sier ingenting om påberopelse av Force Majeure som ansvarsfritaksgrunn ved mislighold. På den annen side er det muligens naturlig å se pkt. 24.3 som uttømmende regulering av hva en part kan påberope seg når han blir rammet av Force Majeure.

I NF 07 art. 28.1 fremgår imidlertid den alminnelige obligasjonsrettslige regel om at man ikke anses for å ha misligholdt sine kontraktsforpliktelser dersom oppfyllelsen har blitt hindret av Force Majeure uttrykkelig. Hvorvidt denne bestemmelsen har selvstendig betydning er avhengig av om det er selskapet eller leverandøren som er rammet av Force Majeure. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor i pkt. 5.3.2.1. Utover dette har bestemmelsen som hovedfunksjon å henvise situasjonen til endringsreglene. Leverandøren må fremme eventuelle krav om fristjustering etter reglene i art. 12-16, jf. art. 28.3 (3). Dette innebærer at det er et krav om en gjenopprettende endringsordre leverandøren må fremme,

jf. art. 16.1 (1). Det gjelder imidlertid kun for kravet om fristforlengelse. Som det vil fremgå nedenfor omfattes ikke et eventuelt krav om prisjustering på bakgrunn av Force Majeure av bestemmelsen i art. 28.3 (3).

I begge kontrakter har altså tilvirker krav på fristforlengelse ved Force Majeure. Dette innebærer at dersom Force Majeure-situasjonen fører til *skade* på kontraktsgjenstanden, får tilvirkeren lengre tid til ferdigstilling og levering, men han har i utgangspunktet ingen andre beføyelser. Fristforlengelse er imidlertid endringsreglenes løsning på situasjonen. Det reiser spørsmål om endringsreglene ekskluderer andre virkninger av Force Majeure. Siden endringsreglene gjelder frem til levering¹³⁴, vil svaret på dette avhenge av om skaden blir avdekket *før* eller *etter* levering.

Blir skaden avdekket *før levering* vil det være naturlig å tolke kontraktene dithen at endringsreglene regulerer forholdet uttømmende. Formålet med endringsreglene er å sikre at kontraktsgjenstanden skal bli ferdigstilt uten altfor store forsinkelser og kostnadsoverskridelser. Det ville stride mot dette formålet dersom man åpner for at endringsreglene kan suppleres med en rett til å påberope seg Force Majeure som ansvarsfritaksgrunn for en mangel som avdekkes før levering. Det følger også av NF 07 art. 29.1 og NS 8405 pkt. 17 (1) at tilvirkeren har en ubetinget utbedringsplikt. Tilvirkeren kan allikevel ha krav på dekning av utbedringskostnadene i visse ekstraordinære tilfeller, jf. NF 07 art. 29.2 og NS 8405 pkt. 17 (3).¹³⁵

Dersom skaden oppstår før levering, men først avdekkes *etter levering*, kan løsningen stille seg noe annerledes. Det kan for eksempel tenkes at Force Majeure-situasjonen består i ekstrem kulde som leder til skjulte sprekkdannelser i materialer. Spørsmålet blir da hvorvidt tilvirkeren kan påberope seg Force Majeure for å slippe utbedringsplikten for mangelen. Fordi forholdet avdekkes etter levering, gir ikke endringsreglene noen løsning på dette spørsmålet. For NF 07 sin del kan det innebære at art. 28.1 får selvstendig betydning i disse tilfellene. Utbedringsplikten knytter

¹³⁴ Se Barbo s. 86-88 om kontraktperioden som ramme for endringskompetansen.

¹³⁵ Se ovenfor i punkt 5.2.1.1 om katastrofeunntaket. Dersom skadene er svært omfattende og dette fører til langvarig forsinkelse kan også oppsigelsesadgangen i NF 07 art. 28.4 og NS 8405 pkt. 38.2 aktualiseres.

seg til mangler, jf. art. 25.1 jf. art. 23.1. Hvorvidt Force Majeure kan fritak for utbedringsplikten beror med andre ord på om mangelsspørsmålet åpner for vurdering av hvem som har risikoen for forholdet. Er det tilstrekkelig at det foreligger objektivt avvik fra kontraktsmessig levering, er det antakeligvis ikke rom for påberopelse av ansvarsfritakende grunner så som Force Majeure. Mangelsbeskrivelsen i art. 23.1 synes å legge til grunn at objektivt avvik er tilstrekkelig. Samtidig trekker begrepet «mangel» i art. 25.1 i retning av en alminnelig misligholdsvurdering, som etter bakgrunnsretten vil omfatte både avvik- og risikospørsmål.¹³⁶ Bestemmelsen er med andre ord ikke helt klar på dette punkt og løsningen fremstår dermed noe usikker.¹³⁷

I NS 8405 finnes ingen tilsvarende bestemmelse som knesetter fritak for misligholdsansvar ved Force Majeure. Utgangspunktet må være at dersom det ikke finnes konkrete holdepunkter for noe annet i kontrakten, står kontraktsforpliktelsene ved lag på tross av eventuelle skader på grunn av Force Majeure. På den annen side åpner bestemmelsen om utbedringsplikten i pkt. 36.1 for påberopelse av at mangelen ikke «skyldes forhold entreprenøren svarer for». Det må antas at Force Majeure kan være grunnlag for slik påberopelse.¹³⁸ I tillegg kan det være grunn til å anta at katastrofeunntaket i pkt. 17 (3) også gjelder her. Selv om mangelen ble *oppdaget* etter levering oppstod skaden før. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens rammer å foreta en videre drøftelse av tilvirkerens ansvar for mangler.

5.3.2 Hvordan identifiseres Force Majeure-situasjonen?

Både NS 8405 og NF 07 oppstiller varslingsplikter for den part som er rammet av Force Majeure. Varslingspliktene skal bidra til å identifisere

¹³⁶ Jf. Hagstrøm (2011) s. 327.

¹³⁷ Kaasen synes å trekke i retning av at leverandøren ikke nødvendigvis har mangelsansvar for skader som viser seg etter levering, dersom skadene skyldes forhold leverandøren i henhold til kontrakten ikke har risikoen for. Det fremgår imidlertid ikke klart hva han bygger dette på. Se Kaasen (2006) s.551 i petit.

¹³⁸ I samme retning Kolrud m.fl. (2004) s. 437. Motsatt Marthinussen (2010) s. 586, som synes å legge til grunn at nevnte formulering i pkt. 36.1 kun er en henvisning til funksjonsfordelingen i kontrakten. Med andre ord at entreprenøren svarer for alle sine kontraktsforpliktelser.

situasjonen så raskt som mulig. Dette er nødvendig for at partene skal kunne fastslå virkningen av Force Majeure-situasjonen, sikre seg dokumentasjon for å underbygge sine respektive standpunkter, at avviklingen av kontrakten med eventuelle omleggelser skal kunne fortsette uten for mye tidstap og at tvister ryddes av veien på et tidlig stadium.¹³⁹

For at varslingsfrister skal kunne bidra til å identifisere situasjonen er det optimalt om de er klare og entydige. Objektive fristutgangspunkt som knytter seg til faktiske forhold vil ofte være det mest effektive. For eksempel slik at varslingsfristen løper fra det tidspunkt Force Majeure-hendelsen inntreffer.¹⁴⁰ Det er også en fordel dersom fristens lengde er objektiv, for eksempel en konkret tidsangivelse. Effektiviteten vil styrkes ytterligere dersom det er knyttet preklusive virkninger til fristen. Slik preklusiv virkning kan imidlertid også lede til urimelige resultater i det enkelte tilfellet.

I både NF 07 art. 28.2 og NS 8405 pkt. 24.4 ser vi at verken fristens utgangspunkt eller lengde etter ordlyden tar utgangspunkt i objektive forhold.

5.3.2.1 Når bestiller rammes av Force Majeure

Bestemmelsene i NF 07 art. 28 og NS 8405 pkt. 24.3 omhandler som nevnt både tilvirkers og bestillers Force Majeure. Bestiller har under begge kontraktene både naturalforpliktelser og vederlagsforpliktelser. Det skal imidlertid svært mye til for at oppfyllelse av en vederlagsforpliktelse skal rammes av Force Majeure.¹⁴¹ Således er det i hovedsak bestillers naturalytelser som er aktuelle her.

Når bestiller rammes av Force Majeure identifiseres situasjonen overfor tilvirker ved at det oppstilles varslingsplikter. Etter NF 07 art. 28.2 følger en generell varslingsplikt for den «part som vil påberope seg Force Majeure». Fristens lengde er «så snart som mulig». Hvorvidt uttrykket den «part som vil påberope seg Force Majeure» er ment å

¹³⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 718.

¹⁴⁰ Se Kaasen (2006) s. 718 som i fotnote 25 viser til MVL/NIFO og Shipbuilding 2000 som anvender denne typen objektive frister.

¹⁴¹ Jf. Kaasen (2006) s. 721 i fotnote 31 og Mestad (1991) s. 245.

innebære et fristutgangspunkt hvor det er tidspunktet når den aktuelle parten vil påberope seg Force Majeure-situasjonen som er det avgjørende, eller om det kun er snakk om en påpeking av at fristen kun gjelder den som ønsker å påberope seg situasjonen, kommer ikke klart frem. Kaasen synes å legge til grunn at det er snakk om fristens utgangspunkt.¹⁴² Ordlyden tilsier imidlertid at fristen knytter seg til et rent subjektivt forhold – når en part ønsker å påberope seg Force Majeure. Dette er en uheldig formulering av en varslingsfrist. Kaasen fremholder derfor at det må legges til grunn at «varsel må gis når den rammede har informasjon som tilsier at det er aktuelt å påberope seg situasjonen som Force Majeure».¹⁴³ Med andre ord synes fristen å løpe fra det tidspunkt den aktuelle part blir klar over at han står overfor et tilfelle av Force Majeure. Det er altså ikke tilstrekkelig at parten burde forstått at han var rammet av Force Majeure.

At varsel skal gis «så snart som mulig» må innebære at varslingsfristen er relativt kort. Dette underbygges av at det ikke oppstilles noen krav til spesifisering av varselet, utover at det må være skriftlig, jf. art. 36. Som et minimum må man likevel legge til grunn at man må påberope seg Force Majeure og eventuelt også informere om hva slags type relevant hindring det er snakk om. Muligens faller varslingsfristen sammen med den som følger av art. 11.1, for leverandørens vedkommende, men da slik at både forsinkelse i fremdriften og Force Majeure-situasjonen må varsles.¹⁴⁴

Det fremgår ikke av kontrakten hvilke rettsvirkninger det vil ha at varslingsplikten ikke overholdes. Kaasen legger til grunn at man ikke kan oppstille en preklusjonsregel uten uttrykkelig hjemmel, særlig fordi kontrakten allerede inneholder mange uttrykkelige preklusjonsregler.¹⁴⁵ På den annen side kan man se det naturlig å tolke art. 28.2 i sammenheng med 28.1, og på denne måten se det som et vilkår for å kunne påberope

¹⁴² Jf. Kaasen (2006) s. 718.

¹⁴³ Jf. Kaasen (2006) s. 718.

¹⁴⁴ Slik Mestad (1991) s. 264. Kaasen åpner for en slik tolkning, men tar ikke fullt ut stilling til spørsmålet, se Kaasen (2006) s. 719. Heller ikke denne varslingsfristen er tilknyttet preklusiv virkning, jf. art. 11.1 (2).

¹⁴⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 719.

seg Force Majeure etter 28.1 at varslingsplikten i 28.2 overholdes. Dertil kommer at plikten om å varsle blir svært lite effektiv dersom det ikke er knyttet noen sanksjoner til manglende overholdelse.

En annen sak er at Kaasens tolkning innebærer at selskapet overhodet ikke har noen sanksjonerte plikter etter bestemmelsen. Som vi skal se nedenfor er det kun leverandøren som har en preklusiv frist for å kreve fristforlengelse gjennom krav om endringsordre ved Force Majeure, jf. art. 28.3 (3). Dette innebærer at det vil være leverandøren som fremmer krav om fristforlengelse også når det er selskapet som rammes. Da vil leverandøren fremme et krav basert på det tidstap han har lidt på grunn av selskapets forsinkelse. I utgangspunktet er det jo ingenting i veien for at selskapet utsteder en endringsordre med fristforlengelse av eget initiativ og påberoper seg Force Majeure. Spørsmålet er om selskapet har noen interesse i dette, når det ikke er knyttet noen preklusive virkninger til dets manglende påberopelse.

For det første vil denne mangelen på preklusiv virkning innebære at selskapet kan påberope seg Force Majeure som ansvarsfritakelsesgrunn dersom den forsinkelse det måtte bli påført på grunn av situasjonen senere skulle materialisere seg som et mislighold overfor leverandøren. Dette vil være tilfellet dersom forsinkelsen rammer frister for leveranser fra selskapet til leverandøren. For leverandørens vedkommende ligger derimot ansvarsfritaket ved Force Majeure i selve kravet på fristforlengelse. Fremmer han ikke krav på fristforlengelse, kan han ikke senere påberope seg den samme Force Majeure-situasjonen som ansvarsfritaksgrunn dersom hans forsinkelse skulle medføre mislighold. Det kan imidlertid selskapet. Det er med andre ord en viss ubalanse i de plikter bestemmelsen oppstiller mellom partene.

For det andre gir dette selskapet en anledning til å spekulere i eget mislighold – det vil si det mislighold som ligger i unnlatt varsling om Force Majeure i henhold til art. 28.2. Selskapet vil nemlig kunne tjene på ikke å overholde varslingsplikten i art. 28.2, da leverandørens frist for å fremme krav om fristforlengelse kan være lengre ved Force Majeure enn ved selskapets mislighold. Leverandørens frist for å kreve fristforlengelse på grunn av Force Majeure er «Innen 14 dager etter at Force

Majeure-situasjonen har opphørt», jf. art. 28.3 (3). Ved selskapets mislighold er den tilsvarende varslingsfristen «uten ugrunnet opphold» etter at leverandøren oppdaget kontraktsbruddet, jf. art. 27.2. Når kontraktsbruddet knytter seg til forsinkelse av selskapets leveranser vil forsinkelsen normalt oppdages av leverandøren idet avtalt leveringstidspunkt er kommet. Etter dette må han varsle uten ugrunnet opphold i henhold til art. 27.2. Dersom oppholdet ikke er grunnet i for eksempel at kommunikasjonen tar noe tid,¹⁴⁶ vil annet type opphold være ugrunnet og fristen derfor relativt kort.

Ved Force Majeure starter fristen først å løpe når Force Majeure-situasjonen har *oppført*, jf. art. 28.3 (3). Dette vil normalt være en viss tid etter at forholdet *inntraff*. Alt avhengig av hvor i selskapets leveranseplan Force Majeure-situasjonen rammer og hvorvidt leveringsfrister overfor leverandøren er fjernt eller nært forestående, vil selskapets Force Majeure raskt kunne føre til forsinkelse overfor leverandøren. Inntreer Force Majeure-situasjonen like før leveringstidspunktet og det er nettopp denne leveransen som blir rammet, vil forsinkelsen kunne oppfattes av leverandøren lenge før Force Majeure-situasjonen *opphører*. Det kan således lett tenkes at fristen i art. 27.2 vil være kortere enn 14-dagersfristen som gjelder ved Force Majeure. Selskapet kan derfor kunne tjene på ikke å påberope seg Force Majeure, ved at sannsynligheten for at leverandøren skal miste sine krav ved preklusjon er større dersom det er fristen i art. 27.2 som kommer til anvendelse.

Kaasen tar ikke opp problemstillingen, men drøfter lignende problemstilling knyttet til leverandørens varslingsplikt etter art.11.1 (2), om forsinkelse av selskapets leveranser. Heller ikke denne varslingsplikten er tilknyttet preklusive virkninger. Kaasen synes imidlertid å legge til grunn at manglende varslingsplikt etter denne bestemmelsen må få konsekvenser for leverandørens rett til å påberope seg selskapets mislighold. Han fremholder at det er «en klar alminnelig regel at man ikke skal kunne profittere på eget kontraktsbrudd. Den virkning av selskapets forsinkelse som ville vært unngått dersom leverandøren hadde gitt riktig varsel om egen

¹⁴⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 700.

forsinkelse (...) kan leverandøren derfor ikke kreve å bli holdt skadesløs for (...).¹⁴⁷ I vårt tilfelle er det imidlertid kun en kortere frist for å kreve frist- og prisjustering for leverandøren som selskapet kan tjene på å misligholde varslingsplikten etter art. 28.2. Eventuelt kan denne kortere fristen lede til preklusjon av kravet og dette har jo selskapet åpenbart noe å tjene på. Men leverandøren kan umulig ha innrettet seg til den lengre fristen i art. 28.3 (3). Forutsetningen for drøftelsen er jo at selskapet ikke har påberopt seg forholdet som Force Majeure. Avkortningssynspunkter kan dermed vanskelig anlegges på situasjonen.

Selv om det medfører en viss ubalanse i reguleringen å legge til grunn at manglende overholdelse av varslingsplikten i 28.2 ikke gir noen sanksjoner, kan det – ut ifra ordlyden og de reelle betraktninger ovenfor – vanskelig argumenteres for noe annet. En kunne muligens tenke seg et alminnelig obligasjonsrettslig synspunkt, og legge til grunn at manglende overholdelse av varslingsplikten innebærer at man får redusert sitt krav for det tap man kunne unngått dersom man hadde varslet. Det er imidlertid først og fremst selskapet som vil kunne lide tap på grunn av manglende varslingsplikten fra leverandøren, ikke motsatt. Leverandøren vil uansett – dersom forsinkelsen som oppstår på bakgrunn av selskapets Force Majeure kommer til uttrykk som et brudd på fastsatte frister overfor han – ha det samme krav på justering av fremdriftsplan og vederlag.¹⁴⁸ Ved leverandørens Force Majeure, kan det imidlertid tenkes at leverandøren vil kunne bli ansvarlig for de tap som selskapet har blitt påført og som kunne vært unngått ved rettidig varslingsplikten.¹⁴⁹

I Force Majeure-bestemmelsen i NS 8405 pkt. 24.3 oppstilles ingen generell varslingsplikt for den part som blir rammet av Force Majeure. Etter pkt. 20.3 (2) har imidlertid byggherren plikt til å varsle entreprenøren «uten ugrunnet opphold» dersom det oppstår «avvik av betydning» i hans plan for medvirkning. Hvorvidt det vil oppstå avvik som har betydning for byggherrens plan for medvirkning ved et Force Majeure-tilfelle

¹⁴⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 692.

¹⁴⁸ Se om kravet på justering av fremdriftsplan og vederlag nedenfor i pkt. 5.3.3.

¹⁴⁹ Slik Kaasen (2006) s. 719 og Mestad (1991) s. 265.

er avhengig av hvordan denne planen er utformet.

Det følger av pkt. 24.3 (1) at Force Majeure-situasjonen må hindre fremdriften av en parts forpliktelser for å være relevant. Alt etter hvordan byggherrens plan for medvirkning er lagt opp og når hindringen inntreffer, kan en tenke seg tilfeller hvor fremdriften av hans forpliktelser blir hindret uten at dette medfører «avvik av betydning» i forhold til planen i henhold til pkt. 20.3 (2). Planen skal omfatte tidspunkter for byggherrens eventuelle leveranser, samt de ulike arbeider og tidsfrister til andre aktører som har betydning for entreprenørens utførelse av sine kontraktsforpliktelser.¹⁵⁰ Utformingen av planen for medvirkning er således uløselig knyttet til hvordan prosjektet er organisert og omfanget av byggherrens naturalforpliktelser overfor entreprenøren. Dersom byggherrens leveranser er begrenset i omfang, er det således ikke opplagt at varslingsplikten i 20.3 (2) vil bli aktivert selv om det inntreffer Force Majeure på byggherrens hånd.¹⁵¹

Derimot følger det av pkt. 24.4 (1) at den part som vil kreve fristforlengelse på grunn av Force Majeure, må varsle den andre parten «uten ugrunnet opphold». Varslingsplikten er altså knyttet til rettsfølgen – kravet på fristforlengelse – ikke til rettsvilkåret – Force Majeure-situasjonen. Denne varslingsfristen er såpass kort, at dette nok vil være tilstrekkelig varsel også om Force Majeure-situasjonen.

At varslingsplikten er knyttet til kravet på fristforlengelse er uproblematisk, så lenge den parten som er rammet av Force Majeure har en interesse av å kreve slik fristforlengelse. Det følger av pkt. 24.3 (4) at en part har krav på fristforlengelse dersom hans fremdrift hindres av at den annen part har krav på fristforlengelse på grunn av Force Majeure. En kunne derfor tenke seg at en byggherre som rammes av Force Majeure kan ha interesse av å unnlate å kreve fristforlengelse, slik at entreprenøren ikke får det samme, og med

¹⁵⁰ Jf. Marthinussen (2010) s. 287.

¹⁵¹ I tilknytning til byggherrens varslingsplikt i pkt. 20.3 (2) tar Marthinussen til orde for at manglende overholdelse vil innebære at byggherren må bære de kostnader som entreprenøren ville ha unngått dersom han rettidig hadde blitt varslet. Se Marthinussen (2010) s. 288. Det kunne være mulig å anlegge tilsvarende synspunkt også ved manglende varslingsplikten om Force Majeure. Det oppstilles imidlertid overhodet ingen generell varslingsplikt ved Force Majeure i kontrakten. Et slikt standpunkt må derfor i tilfelle bygge på alminnelig obligasjonsrettslig argumentasjon om lojalitet o.l.

dette unngå at hele fremdriften i prosjektet blir forrykket. Dette gjelder spesielt hvis byggherren tenker at det er mulig at han selv, på tross av Force Majeure-hindringen, har en potensiell mulighet til å nå sine frister overfor entreprenøren. Skulle det imidlertid vise seg at byggherrens antagelse om å nå sine frister ikke holder, vil byggherren ha misligholdt sine medvirkningsplikter og entreprenøren vil ha krav på både fristforlengelse og vederlagsjustering, jf. henholdsvis pkt. 24.1 litra b, og pkt. 25.2 litra b. En naturlig tolkning av pkt. 24.3 og 24.4 tilsier at byggherren ikke kan påberope seg Force Majeure-situasjonen som ansvarsfritaksgrunn for dette misligholdet. Det er kun kravet på fristjustering, altså et krav om gjenoppretting, som oppstår ved Force Majeure, se om dette ovenfor i pkt. 5.3.1. Dermed vil byggherren ha en interesse i å varsle kravet om fristforlengelse selv om det vil medføre at entreprenøren får tilsvarende rett.

Fristens utgangspunkt er på samme måte som i NF 07, knyttet til partens subjektive vilje. Det følger av ordlyden at det skal varsles uten ugrunnet opphold «Dersom en part vil kreve fristforlengelse», jf. pkt. 24.4 (1). I første utgave av 8405-standarden var fristens utgangspunkt knyttet til når parten hadde blitt «klar over» at forholdet «kunne hindre fremdriften». Marthinussen legger til grunn at fristens utgangspunkt fortsatt må være når parten faktisk har kunnskap om at den aktuelle situasjonen medfører at fremdriften blir forsinket.¹⁵² Dette fordi en vanskelig kan tenke seg at en part vil kreve fristforlengelse før det foreligger faktisk kunnskap. På linje med bestemmelsen i NF 07 art. 28.2 er det altså heller ikke her tilstrekkelig at parten burde hatt slik kunnskap.

5.3.2.2 Når tilvirker rammes av Force Majeure

Når tilvirker rammes av Force Majeure er det på samme måte som tilfellet for bestiller, behov for at situasjonen identifiseres og varsles så tidlig som mulig. I NF 07 art. 28.2 pålegges leverandøren den samme generelle varslingsplikt som selskapet, dersom han ønsker å påberope seg Force Majeure. Men heller ikke for leverandørens vedkommende kan man

¹⁵² Jf. Marthinussen (2010) s. 351.

legge til grunn at manglende overholdelse av varslingsfristen i art. 28.2 har preklusiv virkning. Derimot kan det muligens anføres at manglende varsling fra leverandørens side kan føre til et erstatningsansvar for de utgifter som kunne vært unngått, dersom leverandøren hadde varslet. Dette kan også følge av den alminnelige varslingsregel ved forsinkelse etter art. 11.1 (2), slik vist til ovenfor i pkt. 5.3.2.1.¹⁵³

En lignende regel følger allerede av art. 27.1 (2) jf. art. 6. Det fremgår i art. 27.1 (2) at leverandørens krav på frist- og vederlagsjustering ved selskapets mislighold, skal avkortes i den utstrekning leverandøren ikke har oppfylt sin varslingsfrist i henhold til art. 6. At det her fremgår uttrykkelig av bestemmelsen kan imidlertid være et argument mot å anlegge lignende konsekvenser ved manglende varsling etter art. 28.2. Det er imidlertid ikke et avkortningssspørsmål det er snakk ved manglende varsling etter art. 28.2, men et alminnelig erstatningsspørsmål etter bakgrunnsretten for utgifter som kunne vært unngått. Manglende varsling fra leverandørens side vil kunne påføre selskapet store utgifter, all den tid det er selskapet som har ansvaret for koordinering av de (ofte mange) ulike leverandører. Det ville derfor være uheldig om leverandøren ikke skal kunne pålegges slikt ansvar ved tap på grunn av manglende varsling. Kontrakten kan heller ikke sies å utelukke slike virkninger. Det må derfor legges til grunn at manglende overholdelse av varslingsplikten i art. 28.2 kan medføre erstatningsansvar for det tap selskapet har blitt pådratt, og som kunne vært unngått ved overholdelse av plikten.¹⁵⁴ Rene forsinkelseskostnader må det imidlertid legges til grunn at selskapet ikke kan kreve erstattet, da det følger av art. 24.4 at dette reguleres uttømmende av dagmulktsbestemmelsene i art. 24.

Som for byggherren oppstilles ingen generell varslingsplikt i NS 8405 for entreprenøren når han blir rammet av Force Majeure. I pkt. 18.2 (2) oppstilles det imidlertid en varslingsplikt «dersom det oppstår eller vil kunne oppstå avvik av betydning i forhold til gjeldende fremdriftsplan».

¹⁵³ Hvor det henvises til Kaasens slutning om dette i Kaasen (2006) s. 692.

¹⁵⁴ Slik også Mestad (1991) s. 263 og Kaasen (2006) s. 719, som også viser til at ansvarsgrunnlaget ikke vil være noe problem slik varslingsplikten er formulert, da manglende overholdelse normalt vil være uaktsom.

Det fremgår ikke helt klart hvorvidt det er nok at det kommer til å foreligge et avvik i fremdriftsplanen for at varslingsplikten skal aktiviseres, eller om avviket må være av en viss størrelse for at det skal anses å ha betydning. Klart er det i alle fall at avvik innenfor entreprenørens slakk¹⁵⁵ faller utenfor varslingsplikten. Går imidlertid avviket utover entreprenørens aktiviteter på kritisk linje, eller får betydning for sideordnede entreprenørers arbeid eller leveranser, må varslingsplikten gjelde.¹⁵⁶ Varslingsplikten gjelder også dersom det er grunn til å anta at det vil oppstå slikt avvik. Dette innebærer at et Force Majeure-tilfelle som ikke enda har fått betydning for fremdriftsplanen i praksis skal varsles i henhold til bestemmelsen.

For entreprenørens vedkommende følger det altså av NS 8405 pkt. 18.2 (2) at han har plikt til å varsle om Force Majeure. Varselet skal gis skriftlig, jf. pkt. 8. På samme måte som i NF 07 art. 28.2 fremgår det heller ikke her hvilke konsekvenser det skal ha dersom varslingsplikten ikke overholdes. De samme erstatningssynspunkter som ble anført for leverandørens del under NF 07 ovenfor, må imidlertid også kunne anføres her. Det må derfor antas at entreprenøren kan bli erstatningsansvarlig for utgifter byggherren har pådratt seg og som kunne vært unngått ved overholdelse av varslingsplikten.¹⁵⁷ Også i NS 8405 reguleres forsinkelseskostnader uttømmende gjennom dagmulktsreglene i pkt. 34.1, slik at disse kostnadene kan altså ikke omfattes av et slikt erstatningsansvar.¹⁵⁸

5.3.3 Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris?

Som nevnt er hovedvirkningen av Force Majeure at partene har krav på fristforlengelse. Fritaket for misligholdsvirkninger i NF 07 art. 28.1 ligger

¹⁵⁵ Begrepet «slakk» sikter til det slingringsmonn entreprenøren legger inn i sin egen fremdriftsplan for å ta høyde for eventuelle endringer i arbeidene underveis i prosjektet. Utgangspunktet er at entreprenøren selv eier denne slakken og disponerer denne etter eget ønske. Byggherren kan derfor ikke utnytte denne slakken uten å pålegge forsering i henhold til pkt. 22.2, jf. Marthinussen (2010) s. 336.

¹⁵⁶ Slik også Marthinussen (2010) s. 253.

¹⁵⁷ Slik også Marthinussen (2010) s. 254.

¹⁵⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 254.

for leverandørens vedkommende utelukkende i kravet på justering av fremdriftsplanen i henhold til art. 28.3 (3). I NS 8405 er også fristjustering i utgangspunktet den eneste beføyelsen partene har, jf. pkt. 24.3.

Dette innebærer at dersom Force Majeure-situasjonen har påvirket *kvaliteten* til kontraktsgjenstanden eller deler av denne, får tilvirkeren fristforlengelse slik at han kan utbedre forholdet, men han ikke fritas for mangelsansvar dersom utbedringen ikke fører frem.¹⁵⁹

For at Force Majeure-situasjonen skal lede til fristjustering må imidlertid partene varsle om slikt krav. I NF 07 er det kun leverandøren som kan fremme krav om fristforlengelse, jf. art. 28.3 (3). Er det selskapet som er rammet av Force Majeure, er det altså et krav om fristforlengelse for den effekt denne forsinkelsen har påført leverandøren, som skal fremgå av kravet om endringsordre. Selskapet kan selvfølgelig pålegge endringer i fremdriftsplanen i kraft av sin endringskompetanse i henhold til art. 12. Men all den tid kontrakten gir leverandørens manglende krav på slik fristjustering preklusiv virkning, har selskapet ingen interesse i å utstede slik endringsordre av eget initiativ. Den preklusive virkning innebærer her som ellers, at leverandøren må holde seg til den opprinnelige fremdriftsplanen, selv om Force Majeure-situasjonen har påført forsinkelser. Dette betyr i realiteten at leverandøren må forsere for egen regning og risiko, for å unngå å komme i mislighold. Men han har ikke plikt til å utføre arbeidet på annen måte. Uten instruks eller endringsordre fra selskapet har han bare plikt til å utføre de opprinnelige kontraktsforpliktelsene, nå med kortere tid til disposisjon.

Det følger av art. 28.3 (3) at leverandøren skal fremme «eventuelle krav om justering av Vedlegg C etter reglene i art. 12 til 16», innen «14 Dager etter at Force Majeure-situasjonen har opphørt». Henvisningen til art. 12 til 16 er en henvisning til endringsreglene. Kravet om justering skal altså skje som et krav om endringsordre, jf. art. 16.6 jf. art. 16.1. Vedlegg C inneholder fremdriftsplanen, jf. art. 2.1 (1). Art. 28.3 (3) regulerer således kun kravet på fristforlengelse.

Fristen for å kreve endringsordre i art. 28.3 (3) løper fra Force Majeure-

¹⁵⁹ Se ovenfor i pkt. 5.3.1 om hvorvidt det kan tenkes tilfeller hvor tilvirkeren fritas for mangelsansvar ved Force Majeure.

situasjonen har *opphevet*. Det vil imidlertid ikke alltid være like lett å angi når dette tidspunktet er. Utgangspunktet må i alle tilfelle være at når situasjonen ikke lenger kvalifiserer til Force Majeure i henhold til art. 28.1 jf. art. 1.8, begynner varslingsfristen å løpe.¹⁶⁰ Dersom det er selskapet som er rammet av Force Majeure er det derimot ikke sikkert at leverandøren er klar over at hindringen er bortfalt. Selv om ordlyden tilsier at det er et objektivt spørsmål, må man i slike tilfeller derfor legge til grunn at preklusjon ikke kan inntre før leverandøren har blitt klar over opphøret.¹⁶¹ Er det på den annen side leverandøren selv som er rammet, er det han som har risikoen for sine kunnskaper om at situasjonen ikke lenger kvalifiserer som Force Majeure.¹⁶² Fristens lengde er fra dette tidspunkt 14 kalenderdager, jf. art. 1.3. Fremmer leverandøren ikke slikt krav om endringsordre innen fristen prekluderes kravet, jf. art. 16.6 jf. art. 16.1 (2).

I NS 8405 følger det som nevnt av pkt. 24.4 (1) at den part som vil kreve fristforlengelse på grunn av Force Majeure må varsle den andre parten «uten ugrunnet opphold». Fristens utgangspunkt er etter ordlyden når «en part vil kreve fristforlengelse», jf. pkt. 24.4 (1). Som vist til ovenfor i pkt. 5.3.2.1 må det imidlertid legges til grunn at fristen løper fra det tidspunkt parten har *faktisk* kunnskap om at den aktuelle situasjonen medfører at fremdriften blir forsinket. I og med at bestemmelsen gjelder begge parter, må også byggherren varsle om fristforlengelse for å unngå å komme i mislighold. For entreprenørens vedkommende betyr dette at han bare skal kreve fristforlengelse i henhold til bestemmelsen dersom det er han selv som er rammet. Vil en av partene imidlertid kreve fristforlengelse fordi fremdriften har blitt hindret av den andre partens krav på slik fristforlengelse i henhold til pkt. 24.3 jf. pkt. 24.3 (4), må dette også gjøres gjennom reglene i pkt. 24.4. Varselet skal være skriftlig i henhold til pkt. 8.

Virkingen av manglende varsling er at alle krav på fristforlengelse på bakgrunn av Force Majeure-situasjonen går tapt, jf. pkt. 24.4 (2).

¹⁶⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 724.

¹⁶¹ Jf. Kaasen (2206) s. 724.

¹⁶² Jf. Kaasen (2006) s. 724.

Unntak kan bare tenkes i de tilfeller partenes praksis har vært å se bort i fra kontraktens varslingsregler.¹⁶³ Det nøytrale varselet etter pkt. 24.4, må følges opp med en spesifisering og begrunnelse av kravet på fristforlengelse i henhold til pkt. 24.6. Gjøres ikke dette har parten kun krav på den fristforlengelse den andre parten måtte forstå at han hadde krav på, jf. pkt. 24.6 (2).

Varslingsfristene for å kreve justering av fremdriftsplanen er svært ulike i de to kontraktene. Mens den naturlige tolkning av fristens utgangspunkt i NS 8405 pkt. 24.4 jf. pkt. 24.3, er når forholdet som medfører hindring av fremdriften *inntreffer*, er den tilsvarende frist i NF 07 art. 28.3 (3) 14 dager etter at situasjonen har *opphørt*. Fordelen med å knytte varslingsfristen til når hindringen inntreffer, er at partene har større anledning til å kartlegge årsaksforholdene jo nærmere i tid man befinner seg. Derimot kan det vanskelig tenkes å ha noen verdi å prøve å angi lengden på den fristforlengelse man krever, når forholdet nettopp har inntruffet. På dette tidspunktet lar det seg vanskelig fastslå hvor stor effekt hindringen totalt sett vil ha. På den annen side krever pkt. 24.4 kun et nøytralt varsel om krav på fristforlengelse. Som nevnt skal dette følges opp av en spesifisering i henhold til pkt. 24.6. Fristen for slik spesifisering er «Når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet», jf. pkt. 26.4 (1). At man ved varsling etter pkt. 24.4 ikke har oversikt over kravet fører altså ikke til noe tap.

Fristforlengelsen skal svare til den virkning Force Majeure-situasjonen har forårsaket på fremdriften, jf. NS 8405 pkt. 24.5. Det skal også tas hensyn til den samlede virkning av tidligere varslede forhold som kunne gitt rett til fristforlengelse, jf. pkt. 24.5 (1) *in fine*. Det samme følger av NF 07 art. 28.2 (3), hvor det fremgår at fremdriftsplanen skal justeres med tanke på den forsinkelse leverandøren er påført på grunn av Force Majeure-situasjonen.

Hvilken fristjustering tilvirkeren konkret har krav på må altså bygge på en skjønnsmessig vurdering hvor netto tidseffekt vil være avgjørende. Sentralt vil det også være hvorvidt situasjonen har gjort det nødvendig

¹⁶³ Se Marthinussen (2010) s. 352. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens rammer å behandle slike tilfeller.

å legge om arbeidet og utføre ulike arbeidsoperasjoner i en annen rekkefølge enn opprinnelig planlagt.¹⁶⁴ En slik vurdering vil ofte bli helt abstrakt dersom den ikke skjer så nært opp til hendelsen som mulig. Som nevnt er det her verdien av de preklusive varslingsregler ligger. I begge kontraktene skal justering skje etter de samme prinsipper som ved alminnelige endringer. Det er imidlertid et grunnleggende skille mellom disse situasjonene fordi endringer ofte innebærer at det skal gjøres noe mer enn det som følger av de opprinnelige kontraktsforpliktelsene, mens en Force Majeure-situasjon innebærer en hindring av at arbeidet blir utført.¹⁶⁵ Det er først når selskapet eventuelt utsteder en ny endringsordre som krever arbeidet utført på en annen måte at det tilføres noe nytt.

Det følger av NS 8405 pkt. 24.3 (5) at partene ikke har krav på justering av vederlaget på bakgrunn av Force Majeure. Dette er også utgangspunktet i NF 07, jf. art. 28.3 (1). Er det imidlertid selskapet som påberoper seg Force Majeure har leverandøren krav på dekning av de fleste omkostninger, jf. art. 28.3 (2), jf. art. 18.1 og 18.2. Art. 18 regulerer i utgangspunktet selskapets rett til å innstille arbeidet midlertidig. Når art. 18.1 er gitt tilsvarende anvendelse når selskapet rammes av Force Majeure innebærer dette at de varslings- og beredskapsreglene som gjelder ved innstilling også skal gjelde her. Selskapet skal således gi leverandøren beskjed om hvilke deler av arbeidet som skal innstilles på grunn av Force Majeure-situasjonen, tidspunkt for slik innstilling og når det er forventet å gjenoppta arbeidet. Dette innebærer også at selskapet har en viss kontroll over hvilke kostnader som skal pådras som følge av situasjonen.¹⁶⁶

I art. 18.2 reguleres de kostnadene selskapet må erstatte leverandøren på grunn av Force Majeure-situasjonen. Leverandøren har krav på dekning av alle sine kostnader på grunn av innstillingen. I tillegg til oppramsing av ulike kostnadsposter i bestemmelsens litra a-d, fremgår det nemlig av sekkeposten i litra e at alle kostnader skal dekkes. Bestemmelsen er skrevet med sikte på de rene innstillingstilfeller og ordlyden

¹⁶⁴ Jf. Mestad (1991) s. 247.

¹⁶⁵ Jf. Mestad (1991) s. 248.

¹⁶⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 721.

knytter de relevante kostnadene til «innstillingen». Når denne bestemmelsen er gitt tilsvarende anvendelse ved selskapets Force Majeure må det imidlertid legges til grunn at det er tilstrekkelig at kostnadene knyttes seg til *forsinkelsen* leverandøren er påført.

De kostnadene som skal dekkes i henhold til art. 18.2 må være «nødvendige». Leverandøren må altså opptre forsvarlig.¹⁶⁷ Et praktisk viktig eksempel er kostnader knyttet til et etterfølgende oppdrag som påvirkes av *forsinkelsen*.¹⁶⁸

Henvisningen i art. 28.3 (2) til art. 18 omfatter kun art. 18.1 og 18.2. Disse bestemmelsene sier ingenting om hvordan dekning av disse kostnadene skal kreves. Det kan synes som om det oppstilles en plikt for selskapet til å varsle de tiltak som følger av art. 18.1 og utbetale den erstatning som følger av art. 18.2. Manglende overholdelse av denne plikten kan imidlertid vanskelig tenkes å gi noen konsekvenser. Bestemmelsene legger heller ikke opp til at det er leverandøren som skal kreve å bli holdt økonomisk skadesløs gjennom et krav om endringsordre etter kontraktens alminnelige system. Det eneste man kan utlede av bestemmelsen er at betaling skal skje i samsvar med reglene i art. 20, jf. art. 18.2 (2). Art. 20 inneholder reglene om fakturering. Det må altså være tilstrekkelig at leverandøren fremmer sine krav i henhold til art. 18.2 gjennom å dokumentere de utgifter han har pådratt seg og fakturerer dette på alminnelig måte. Kravet på økonomisk skadesløsholdelse må altså ikke varsles gjennom et krav på endringsordre og er heller ikke gjenstand for preklusjon.

5.3.4 Twisteløsning ved uenighet om hvorvidt en av partene er rammet av Force Majeure – hvilken virkning får situasjonen på kontrakten?

Dersom det er uenighet mellom partene om hvorvidt det foreligger Force Majeure, vil det raskt føre til at forholdet får større innvirkning på fremdriften i prosjektet enn det som er en strengt nødvendig følge av at situasjonen faktisk er inntruffet. For det første fordi tilvirker ikke er

¹⁶⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 722.

¹⁶⁸ Jf. Kaasen (2006) s. 479.

interessert i å overvinne konsekvensene av hindringen uten noen form for sikkerhet for at han vil få betalt for sitt merarbeid. Men også fordi han i utgangspunktet heller ikke har noen rett til selv å bestemme hvilken alternative arbeidsmetode eller fremdriftsplan som nå skal legges til grunn. Det er bestiller som har enekompetanse til å pålegge endringer. Selv om det i det enkelte tilfelle kan være rimelig opplagt hvilken fremgangsmåte som nå må anvendes, er det til syvende og sist han som skal betale for kontraktsgjenstanden. Han bør derfor ha fullt herredømme over utformingen. For det andre er det ikke nødvendigvis slik at bestiller er interessert i å anvende sin endringskompetanse, så lenge det er uenighet om hvorvidt det faktisk foreligger Force Majeure.

En tvist om hvorvidt det foreligger Force Majeure vil ofte ta form som en tvist om hvorvidt tilvirker har krav på fristforlengelse. Men i de fleste tilfeller vil bestiller utstede en endringsordre som gir føringer for hvordan tilvirker, på grunn av situasjonen, skal utføre det videre arbeidet. Ofte vil også bestiller ønske at tilvirkeren skal forsere, for å sikre at konsekvensene av Force Majeure-hendelsen ikke får for stor innvirkning på fremdriftsplanen. Da er det avgjørende for begge parter å vite hvorvidt disse eventuelle endringsordrene har sin bakgrunn i Force Majeure eller ikke. Dersom det *ikke* er Force Majeure som er bakgrunnen for en forsinkelse, vil en instruks som pålegger forsering for å innhente tidstap, i utgangspunktet allerede følge av tilvirkers kontraktsforpliktelser og derfor ikke gi noe krav på justering av vederlaget. Skyldes imidlertid forsinkelsen Force Majeure, har tilvirker krav på vederlagsjustering når han blir pålagt forsering. Derfor er det avgjørende for fremdriften i prosjektet at uenighet mellom partene blir avklart.

I NF 07 har man valgt å gi hele endringssystemet tilsvarende anvendelse også ved Force Majeure, jf. art. 28.3 (3). Dette innebærer at leverandøren får tilgang til ekspertavgjørelse. Når selskapet mottar leverandørens krav om endringsordre på grunn av Force Majeure, skal det enten utstede ordinær endringsordre eller, dersom selskapet er uenig i kravet, en omtvistet endringsordre, jf. art. 16.2 (1). Er selskapet enig i kravet og utsteder endringsordre, er problemet løst. Leverandøren skal utføre kontraktsforpliktelsene slik de stod, nå med justerte frister. Og dersom

selskapet har utstedt en påfølgende eller samtidig endringsordre om forsering, har leverandøren krav på fullt tilleggsvederlag for de merkostnader dette innebærer.

Er selskapet imidlertid uenig i kravet skal det utstedes en omtvistet endringsordre. Denne gir tilvirker arbeidsplikt, jf. henvisningen i art. 16.2 (2). For de gjenopprettende endringer innebærer dette at selskapet fastholder den opprinnelige fremdriftsplanen. Med andre ord får tilvirkeren plikt til å forsere for å overkomme den forsinkelsen Force Majeure-situasjonen har medført. En omtvistet endringsordre utgjør også inngangsporten for å kreve ekspertavgjørelse, jf. art. 16.3 (1). Eksperten vil da ta stilling til om den situasjon som tilvirker påberoper seg som Force Majeure utgjør en endring av arbeidet.

Selv om ekspertavgjørelsen er et viktig ledd i tvisteløsningen mellom partene, er det kanskje enda viktigere for fremdriften at partene vet hvordan de skal forholde seg i påvente av slik avgjørelse. Verdien av at den omtvistede endringsordre gir umiddelbar arbeidsplikt er derfor minst like viktig for å unngå at Force Majeure-situasjonen får for store konsekvenser for fremdriften, som hva ekspertsystemet er.

I NS 8405 er det kun justering av fremdriftsplanen som følger reglene for alminnelige endringer. Dette innebærer at byggherren ikke skal utstede endringsordre. De reglene som gjelder ved alminnelig endringsordre og som inneholder preklusjonsregler dersom entreprenøren ikke varsler, og muligens viktigere – at kravet på endringsordre skal anses godtatt dersom byggherren ikke reagerer, jf. henholdsvis pkt. 23.2 og pkt. 23.3 (2), kommer altså ikke til anvendelse. Fristjusteringsreglene oppstiller imidlertid også en preklusiv svarfrist, jf. pkt. 24.7. Dersom byggherren ikke besvarer entreprenørens spesifiserte og begrunnede fristjusteringskrav «uten ugrunnet opphold» tapes hans innsigelser mot kravet. Med andre ord skal kravet anses akseptert.

Avslår imidlertid byggherren kravet er det kun gjennom oppmannsavgjørelse at entreprenøren kan få gjennomslag for fristforlengelse. Det følger av NS 8405 pkt. 26.2 (b) at det kan kreves oppmannsavgjørelse ved tvist om «hvorvidt det foreligger forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning, eller det foreligger andre hindringer

for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for». Spørsmålet er imidlertid hvorvidt Force Majeure kan anses som en situasjon som byggherren har risikoen for.

I utgangspunktet må spørsmålet om hvilke forhold byggherren har risikoen for avgjøres konkret på grunnlag av den enkelte kontrakt.¹⁶⁹ På det generelle plan er det likevel visse aspekt som kan kommenteres. Tradisjonelt har man lagt til grunn at risikoen i entreprisekontrakter følger funksjonsfordelingen¹⁷⁰ og at Force Majeure i utgangspunktet ikke vil ha noen innvirkning på den risikofordeling denne utgjør.¹⁷¹

Formålet med bestemmelsen må imidlertid være å ramme alle tilfeller hvor entreprenøren pretenderer å ha et krav mot byggherren. Når entreprenøren krever oppmannsavgjørelse ved egen Force Majeure pretenderer han i realiteten at byggherren har risikoen for dette. Dersom entreprenøren får medhold vil resultatet i alle fall bli at byggherren pålegges fremdriftsrisikoen. Det må derfor legges til grunn at entreprenøren kan kreve oppmannsavgjørelse uavhengig av hvem av partene som påberoper seg å være rammet av Force Majeure.

Før oppmanns- eller ekspertavgjørelse foreligger kan tilvirkeren velge å forsere. Gir avgjørelsen medhold i kravet vil entreprenøren ha krav på dekning av forseringskostnadene i henhold til NS 8405 pkt. 24.8. Det må også være utfallet i NF 07 dersom selskapet utsteder omtvistet endringsordre og på denne måten fastholder opprinnelig fremdriftsplan.

Det følger av dette at den midlertidige tvisteløsningsmekanismen kommer til anvendelse ved Force Majeure både i NF 07 og NS 8405. I tillegg har man i NS 8405 visse preklusjonsregler knyttet til kravet på fristforlengelse. I henhold til pkt. 24.7 vil byggherrens manglende innsigelser på entreprenørens krav om tilleggsfrist innebære at kravet anses akseptert. Dette er en generell bestemmelse som gjelder ved alle krav om fristforlengelse, uavhengig av grunnlaget for kravet. Selvsagt forutsatt at

¹⁶⁹ Jf. Kolrud (2004) s. 249. Uttalelsen knytter seg riktignok til den tidligere bestemmelsen i pkt. 21.1 i første utgave av 8405-standard, men fremgår i tilknytning til vurderingen av ordlyden «andre forhold byggherren bærer risikoen for».

¹⁷⁰ Jf. Sandvik (1966) s. 118.

¹⁷¹ Jf. Sandvik (1966) s. 287.

kravet er fremsatt innen sin respektive frist. Preklusjonsvirkningen innebærer også en form for tvisteløsning.

5.4 Bemerkninger

Redegjørelsen av Force Majeure-reguleringen i de to kontraktene har vist hvordan bruken av endringsreglene ved Force Majeure fungerer i praksis. I utgangspunktet fremstår det hensiktsmessig å anvende endringssystemet også her. Endringsreglene gir regler både for å identifisere situasjonen så tidlig som mulig, for å avgjøre tvister om hvorvidt situasjonen kvalifiserer som Force Majeure og for justering av fremdriftsplan og i visse tilfeller vederlaget, for de konsekvenser situasjonen har medført. Dette er alle sider av en nødvendig regulering av Force Majeure. Redegjørelsen har imidlertid også avdekket visse svakheter ved systemet. Disse er ikke først og fremst knyttet til det faktum at endringsreglene får anvendelse, men heller på hvilken måte kontraktene gjennomfører nettopp dette.

I NS 8405 er det tilsynelatende en svakhet at det kun er den delen av endringssystemet som knytter seg til justeringsbestemmelsene som får anvendelse. NS 8405 har et gjennomført og effektivt system for behandling av entreprenørens krav på endringsordre og byggherrens svar, eventuelt manglende svar på dette, jf. pkt. 23.2 og 23.3. Disse reglene sørger for å etablere arbeidsplikt ved byggherrens avslag på endringsordre, jf. pkt. 26.1, og for å presse byggherren til raskt å ta stilling til kravet gjennom preklusiv svarfrist, jf. pkt. 23.3 (2). Disse to forholdene er avgjørende for at endringsreglene skal fungere optimalt. I fristjusteringsreglene finnes det imidlertid andre bestemmelser som ivaretar nettopp de samme forholdene. I pkt. 24.7 finner man den preklusive svarfristen. Denne sørger for et svar på fristforlengelseskravet selv når man står overfor en motvillig part. I pkt. 24.8 oppstilles riktignok ikke en ren arbeidsplikt ved byggherrens avslag på samme måte som i pkt. 26.1. Det oppstilles imidlertid en arbeidsrett. Entreprenøren har i henhold til bestemmelsen rett til å forsere ved avslag på fristjusteringskravet, og denne retten er «ekte» i den forstand at han får krav på dekning av for-

seringskostnadene dersom det viser seg at han hadde rett i det underliggende forhold (at det foreligger Force Majeure).

Pkt. 24.8 fritar med andre ord entreprenøren for villfarelsesrisikoen av å tolke situasjonen galt. Viser det seg at han faktisk er rammet av Force Majeure og dermed har krav på fristjustering, vil han få dekket eventuelle forseringskostnader. Viser det seg på den annen side at det er han selv som bærer risikoen for forsinkelsen må han dekke disse kostnadene selv. Hadde han imidlertid valgt å forholde seg til en justert fremdriftsplan i påvente av avgjørelsen ville han pådratt seg forsinkelsesansvar dersom det skulle vise at han hadde tatt feil. Bestemmelsen gjør det dermed lønnsomt for entreprenøren å forsere. På denne måten reduseres fremdriftseffekten av Force Majeure til det strengt nødvendige. Dette er noe begge parter tjener på.

For NF 07 sitt vedkommende har redegjørelsen vist at endringsreglene legger opp til to alternative varslingsveier for leverandøren, avhengig av om bakgrunnen for kravet er selskapets Force Majeure eller selskapets mislighold. I praksis er det ikke nødvendigvis et behov for en egen bestemmelse om selskapets Force Majeure. Selskapets Force Majeure vil fremstå på nøyaktig samme måte som selskapets mislighold overfor leverandøren. Som et eksempel kan man tenke seg at selskapet skal levere ventiler til verftet til en fastsatt tid i henhold til kontrakten. Dersom ventilene ikke blir levert til det fastsatte tidspunkt registrerer leverandøren dette som et mislighold i form av forsinkelse. Det eneste leverandøren oppfatter er jo at ventilene ikke blir levert i henhold til avtalen. Har ikke selskapet varslet om at det foreligger Force Majeure – og det trenger selskapet heller ikke slik drøftelsen under pkt. 5.3.2.1 viste – har leverandøren ingen forutsetninger for å anta at det foreligger Force Majeure.

All den tid det er leverandøren som er ansvarlig for å varsle de fremdriftsproblemer som måtte oppstå, er det derfor lite hensiktsmessig å ha to ulike bestemmelser om disse forholdene. Det spiller heller ingen rolle for leverandøren om han da skal fremme et krav om endringsordre på grunn av selskapets mislighold eller Force Majeure. Kravene til endringsordren er de samme og rettsvirkningene tilnærmet identiske. Leveran-

døren har etter begge bestemmelser krav på justering i tid og pris. Når ventilene er forsinket er det altså ingen forskjell for leverandøren hvorvidt dette beror på Force Majeure eller alminnelig mislighold. Riktignok er varslingsfristen lengre i Force Majeure-bestemmelsen i art. 28.3 enn ved mislighold i art. 27.2. Men dette er en tilfeldig fordel som ikke kan begrunnes i beskyttelsesverdige hensyn. Heller ikke selskapets interesser tilsier at det bør være to ulike reguleringer. Både prinsipielt og pedagogisk er det derfor uheldig at kontrakten introduserer tilsynelatende alternative varslingsveier.

Det er kun ved Force Majeure at situasjonen kan bli slik at det er overfor selskapet forholdet inntreffer, mens det er leverandøren som har interesse i å få gjenopprettelse. Ved alle andre former for utilsiktede forhold som er regulert i NF 07 vil forholdet manifestere seg overfor leverandøren direkte og det er således mer naturlig at det er han som krever endringsordre. Det er hensiktsmessig at det er den som blir påvirket av forholdet og er nærmest til å oppdage det som er den som skal varsle, og som herunder kan tape på manglende varslingsordrer. Det er slik man sikrer den tidlige identifisering av situasjonen som er formålet med disse varslingsfristene. Formålet er jo på ingen måte at en part skal tape sine krav på grunn av at kontrakten krever urimelig mye av kontraktsadministrasjonen, men å sørge for at konfliktene blir løst så tidlig som mulig, og så riktig som mulig. Tar det lang tid før forholdet blir varslet er det vanskelig for partene å ivareta sine interesser, men ikke minst er det vanskelig å avdekke hva som virkelig var årsaken til forsinkelsen og således komme til det riktige resultat. Når man på denne måten legger opp til at det er leverandøren som skal ha interesse i den gjenopprettende endringsordre, hadde det også vært hensiktsmessig at alle situasjoner som krever slikt krav om endringsordre tok utgangspunkt i forholdene slik de fremstår for leverandøren.

Man kunne kanskje tenke seg at kontrakten kunne innrømme en selvstendig rett også for selskapet til å kreve fristjustering. En slik regulering ville også kunne begrunne en egen bestemmelse om selskapets Force Majeure. I alle de tilfeller hvor det er selskapets fremdrift eller leveranser som blir hindret av Force Majeure vil også selskapet ha et

faktisk behov for fristforlengelse. Men justering av selskapets frister må rent praktisk også lede til fristjustering for leverandøren. Dette er en naturlig konsekvens av at leverandøren er avhengig av selskapets leveranser for å utføre sitt eget arbeid etter kontrakten. Det er også slik situasjonen er løst i NS 8405 pkt. 24.3 (4). På dette punkt ville altså ikke situasjonen vært annerledes enn slik den står i dag. Derimot kunne man tenke seg at dersom selskapet innrømmes en slik rett til fristjustering, gir det leverandøren utelukkende krav på tilsvarende fristjustering, men ikke krav på dekning av omkostningene som har oppstått på grunn av situasjonen. Kanskje er det også en rimelig løsning at det sondres mellom selskapets Force Majeure og selskapets mislighold hva gjelder de konsekvensene selskapet må bære risikoen for. En slik løsning vil imidlertid kreve uttrykkelig regulering.

I tillegg kan det bemerkes at bestemmelsen i art. 28.1 er noe misvisende. Bestemmelsen knesetter den obligasjonsrettslige regel om at man ikke skal anses å ha misligholdt sine kontraktsforpliktelser dersom man er rammet av Force Majeure. Slik redegjørelsen har vist er det imidlertid svært usikkert hvorvidt denne bestemmelsen kan ha noen selvstendig betydning for leverandøren. Det eneste tilfellet hvor dette synes aktuelt er dersom Force Majeure-situasjonen har ført til skade som oppdages først etter levering. Det fremstår allikevel ikke opplagt at en slik rett skal fremgå av art. 28. Det hadde vært mer naturlig om dette fremgikk i tilknytning til mangelsreglene. Det gjelder nok for begge kontraktene at adgangen til å påberope Force Majeure for mangler som avdekkes etter levering kunne vært tydeligere regulert.

Til slutt er det en svakhet ved Force Majeure-reguleringen i NF 07, at leverandørens krav på økonomisk skadesløsholdelse ved selskapets Force Majeure ikke følger det alminnelige endringssystemet. I NF 07 har man klart søkt å knytte alle krav på justering av tid og pris til et krav om endringsordre. At kravet på tilleggsutgifter i henhold til art. 28.3 (2) jf. art. 18.2 verken må varsles eller kan prekluderes, er således uheldig.

6 Bestillers mislighold av forpliktelser som har betydning for fremdriften

6.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for kontraktens anvendelse av endringsreglene ved bestillers mislighold av naturalforpliktelser og visse medvirkningsplikter. Dette er forpliktelser som er avgjørende for prosjektets fremdrift og som derfor er underlagt endringsreglenes system. Det vil ikke redegjøres for mislighold av vederlagsforpliktelsen. Innledningsvis vil det i pkt. 6.2 redegjøres for situasjonen. Deretter vil det foretas en kort gjennomgang av tilfeller som faller utenfor denne reguleringen i pkt. 6.2.1. I pkt. 6.3 og utover knytter behandlingen seg til hvordan bruken av endringsreglene ved bestillers mislighold gjennomføres i de to kontraktene. Til slutt vil det i pkt. 6.5 foretas en vurdering av endringsreglenes egnethet i disse situasjonene.

6.2 Situasjonen

Fordi det i kontraktsforhold som reguleres av NS 8405 eller NF 07 ikke bare ligger til tilvirkeren å oppfylle naturalforpliktelser, men også til bestiller, kan mislighold av bestillers kontraktsforpliktelser få betydning for fremdriften i prosjektet. I NS 8405 er bestillers viktigste naturalytelse knyttet til prosjekteringsansvaret og således til levering av tegninger og spesifikasjoner, jf. pkt. 19.2. Men han kan også være ansvarlig for levering av materialer, alt ettersom hvordan dette er regulert i den enkelte kontrakt, jf. pkt. 19.5. Også hvor deler av prosjektet skal utføres av sideordnede entreprenører i egne entrepriser for eksempel i form av leveranser som skal inngå i byggeprosjektet, er han ansvarlig overfor entreprenøren for at dette skjer til fastsatt tid, jf. pkt. 19.7 og pkt. 20.1.

I NF 07 er også levering av tegninger og spesifikasjoner en del av bestillers naturalforpliktelser. Men under disse kontraktsforholdene er det i tillegg bestiller som står for store deler av materialene som skal

anvendes til tilvirkning av kontraktsgjenstanden. Det vil også her regnes som bestillermislighold dersom underleveranser er organisert slik at kontraktene er inngått direkte mellom selskapet og underleverandøren og leveransene på denne måten anses som selskapets leveranser, dersom disse er forsinket eller mangelfulle.¹⁷²

Fordi bestiller står for naturalforpliktelser som er avgjørende for avviklingen av prosjektet ligger rettsvirkningene av mislighold av disse forpliktelsene nærmere kreditormoravirkninger enn misligholdssanksjoner.¹⁷³ Dette innebærer at i stedet for at tilvirkeren for eksempel blir fritatt for risikoen for rettidig levering, vil han ha krav på justering i fremdriftsplan og eventuelt justering av vederlaget.

Det er kun de naturalforpliktelser som har betydning for tilvirkers utførelse av arbeidet og som ved manglende oppfyllelse kan føre til endringer av tilvirkers forutsetninger, som er relevante i denne sammenheng. I det følgende avgrenses det derfor mot bestillers naturalforpliktelser i form av å bistå til opprettelse av overtakelsesprotokoll og motta kontraktsgjenstanden o.l.

6.2.1 Forhold som ikke utgjør mislighold

Det finnes flere forhold i kontraktene som kan minne om mislighold, og som kan gi tilvirkeren rett til gjenopprettende endring. Som eksempel kan nevnes de tilfeller hvor selskapets representant på byggestedet virker forstyrrende på leverandørens arbeid i så stor grad at dette gir ham grunnlag for krav på endringsordre, jf. NF 07 art. 3.3 (2). I tilknytning til denne avhandlingen er det imidlertid kun mislighold som består i forsinkelse eller mangler som behandles under dette kapitlet. Dette begrenser seg imidlertid ikke til forsinkelse eller mangler i eventuelle materialleveranser. Også forsinkelse med tanke på å gi instruksjer og besvare tilvirkers krav på endringsordre vil utgjøre mislighold av kontrakten.

Misligholdstilfellene har som tidligere fremholdt også en side til Force

¹⁷² Jf. Kaasen (2006) s. 710.

¹⁷³ Motsatt Kaasen (2006) s. 687.

Majeure-tilfellene. Dersom bestiller rammes av Force Majeure og dette leder til forsinkelse, vil situasjonen oppfattes som et kontraktsbrudd for tilvirkerens vedkommende. Hvorvidt det er Force Majeure-reguleringen eller reglene om kontraktsbrudd som da kommer til anvendelse er avhengig av hvorvidt bestiller varsler om at han er rammet av Force Majeure. Gjør han ikke det, og forsinkelsen manifesterer seg overfor tilvirkeren, er det kontraktsbruddsreglene som kommer til anvendelse.

Mislighold fra selskapets side som viser seg som en mangel ved den ferdige kontraktsgjenstanden etter levering, reguleres ikke av endringsreglene og vil ikke behandles i det følgende.

6.3 Når foreligger det mislighold?

Mislighold foreligger dersom bestiller ikke oppfyller sine kontraktsforpliktelser til rett tid, og dersom ytelsene er mangelfulle. Hvilke forpliktelser bestiller har må avgjøres konkret ut fra en tolkning av den enkelte kontrakt. Generelt kan det sies at bestiller under NF 07 og NS 8405 har kontraktsforpliktelser knyttet til prosjektering, herunder leveranser av tegninger og spesifikasjoner, levering av materialer til tilvirkningen, å ta beslutninger og gi instruksjoner til tilvirkeren under avvikling av kontrakten.

Dersom bestiller er *forsinket* med oppfyllelse av sine plikter etter kontrakten, utgjør dette mislighold. Hvorvidt oppfyllelsen er forsinket må avgjøres på grunnlag av det som er regulert om bestillers leveranser i vedleggene til kontrakten, og for medvirkningspliktenes vedkommende vil dette følge av de ulike kontraktsbestemmelsene. Dersom det der ikke fremgår uttrykkelig hvilket tidspunkt leveransene skal finne sted, må dette avgjøres ut i fra alminnelig avtaletolkning. Et utgangspunkt må imidlertid være at bestiller må oppfylle sine kontraktsforpliktelser slik at tilvirkeren faktisk kan få utført det arbeid han skal etter kontrakten, uten å måtte avvente bestiller. For leveransenes del må han antakeligvis også innrømmes en viss tid til å innrette seg. Dette siste gjelder spesielt for tegninger og spesifikasjoner. Tilvirkerens arbeidsbeskrivelse og fremdriftsplan vil derfor også være avgjørende for tolkningen.

Hvorvidt det foreligger *mangel* ved bestillers ytelser er noe mer komplisert. I utgangspunktet beror dette på en alminnelig mangelsvurdering, hvor man holder kontraktsforpliktelsene opp mot det faktisk presterte.¹⁷⁴ Her må man selvsagt først ta stilling til hvilke plikter bestiller har. Dersom det knytter seg til en klart definert ytelse, for eksempel levering av x antall stålrør av angitt type, vil mangelsvurderingen være en forholdsvis enkel øvelse.

Det er imidlertid ikke alltid like lett å avgjøre hvorvidt det foreligger mangler eller uoverensstemmelser på dette grunnlag. Ofte er det ikke like spesifisert hva bestiller skal yte. For eksempel kan det være angitt at det skal leveres materialer etter eget valg.¹⁷⁵ Mangelsvurderingen må i slike tilfeller bero på hvilke krav som kan stilles til en «funksjonsdyktig», «alminnelig god vare».¹⁷⁶ Dersom uoverensstemmelsene i prosjekteringen eller manglene ved materialene er så store at de ikke kan anvendes til sitt formål, må dette klart utgjøre mislighold.¹⁷⁷

Prosjekteringen er knyttet til det særegne forhold at det også utgjør grunnlaget for tilvirkerens kontraktsforpliktelser. Dette innebærer at mangelsvurderingen av tegninger og spesifikasjoner ikke kan skje etter de samme prinsipper. Det er tross alt bestiller selv som bestemmer hvordan kontraktsgjenstanden på bakgrunn av prosjekteringen skal utformes og hvor utfyllende tegningene skal være.¹⁷⁸ Det må imidlertid være en forutsetning at tilvirkeren faktisk kan utføre sitt arbeid på grunnlag av prosjekteringen.¹⁷⁹ For at prosjekteringen skal være kontraktsmessig må den altså gi leverandøren rimelig underlag for å utføre sine kontraktsforpliktelser.¹⁸⁰ Videre må det kreves at det er sammenheng mellom de ulike deler av prosjekteringen, samt at arbeid i henhold til prosjekteringen faktisk er gjennomførbart.

Både NS 8405 og NF 07 gir tilvirkeren en alminnelig plikt til å varsle

¹⁷⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 694.

¹⁷⁵ Jf. Borchsenius (1989) s. 162.

¹⁷⁶ Jf. Hagstrøm, (2011) s. 169.

¹⁷⁷ Jf. Borchsenius (1989) s. 162.

¹⁷⁸ Jf. Borchsenius (1989) s. 162.

¹⁷⁹ Jf. Borchsenius (1989) s. 162.

¹⁸⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 695.

dersom han gjennom utøvelsen av sin undersøkelsesplikt avdekker at bestillers ytelser ikke er i kontraktsmessig stand, jf. NF 07 art. 6 og NS 8405 pkt. 21.1. Fordi varslingsplikten ikke krever at det foreligger mislighold må det legges til grunn at det stilles lavere krav til hva som skal anses som avvik her, enn hva som gir grunnlag for å kreve gjenopprettende endring. I tillegg har bestiller i disse tilfellene helt opplagt en interesse i å bli varslet, selv om forholdet ikke kan sies å utgjøre et mislighold. På denne måten kan også bestiller unngå å komme i mislighold, ved å gi tilvirkeren instruks om hvordan han skal forholde seg eller utstede endringsordre. Dessuten vil varselet sikre at bestiller får anledning til å presisere eller endre tilvirkerens forpliktelser, slik at bestiller faktisk får det han trenger.

Varsling i henhold til NF 07 art. 6.1 og 6.2 og NS 8405 pkt. 21.1, skal som utgangspunkt føre til at tilvirkeren får de instruksjoner han trenger eller at det utstedes endringsordre.¹⁸¹ En slik endringsordre vil for eksempel gå ut på at tidspunktet for bestillers leveranse utsettes slik at han kan rette de feil eller mangler som er oppdaget, og at tilvirkerens fremdriftsplan og/eller vederlaget justeres slik at tilvirkeren ikke lider noe tap på grunn av feilen. Dersom bestiller ikke utsteder endringsordre kan tilvirker i henhold til NS 8405 pkt. 24.1 og pkt. 25.2 allikevel fremme krav om justering i vederlag og tid. I NF 07 blir det derimot et spørsmål om hvorvidt avviket utgjør et mislighold. I art. 27 er det bare misligholdstilfellene som reguleres.

Som påvist ovenfor er det ikke nødvendigvis slik at alle feil i for eksempel prosjekteringen kan sies å utgjøre kontraktsbrudd fra selskapets side. Kaasen fremholder at leverandørens eventuelle krav ved prosjekteringsfeil, som ikke kan sies å utgjøre mislighold, må reguleres etter den alminnelige læren om bristende forutsetninger, eller etter endringsreglene.¹⁸² Han konkluderer med at dersom situasjonen kan tolkes slik at selskapet opprettholder leverandørens kontraktsforpliktelser, på tross av den belastningen som følger av sviktende prosjektering, innebærer dette i realiteten at selskapet krever noe mer av leverandøren enn de opprin-

¹⁸¹ Jf. NS 8405 pkt. 21.2 og NF 07 art. 6.4.

¹⁸² Jf. Kaasen (2006) s. 140-141.

nelige kontraktsforpliktelse, og at leverandøren derfor kan fremme krav om endringsordre i henhold til art. 16.1.¹⁸³ I disse tilfellene legger han altså til grunn at endringsreglene kommer til anvendelse.

Synspunktet er imidlertid knyttet til *NF 05* hvor instruks i henhold til art. 16.1 kunne være formløs. Det eneste som måtte fremgå av instruks for at endringsreglene skulle komme til anvendelse var at selskapet krevde «utført et nærmere bestemt arbeid», som gikk utover de opprinnelige kontraktsforpliktelsene.¹⁸⁴ På grunn av dette løse kravet, kunne man altså legge til grunn at også selskapets fastholdelse av kontraktsforpliktelsene, på tross av endringer i forutsetningene for utførelsen, innebar et krav om utføring av et arbeid som gikk utover de opprinnelige kontraktsforpliktelsene. Slik kunne man la situasjonen reguleres av endringsreglene også her. Etter endringen i kravene til hvilke instruks som er relevante i henhold til art. 16.1 i *NF 07*, kan man ikke lenger anføre tilsvarende argumenter som grunnlag for å anvende endringsreglene ved feil som ikke utgjør mislighold.

Jeg mener imidlertid at det ikke er nødvendig at selve feilen fanges opp av endringsreglene. Det følger av art. 6.4 at selskapet på bakgrunn av leverandørens varsel «skal» gi instruks om hvordan leverandøren skal forholde seg, og at reglene i art. 12-16 (endringsreglene), gjelder tilsvarende. Slik jeg ser det innebærer dette en kontraktsforpliktelse for selskapet til å utstede endringsordre dersom det er nødvendig for å holde leverandøren skadesløs for feil og mangler i selskapets ytelser. Videre vil det utgjøre et kontraktsbrudd i henhold til art. 27.1 dersom denne forpliktelsen ikke overholdes, noe som igjen gir leverandøren krav på endringsordre. Jeg mener dermed at feil som ikke utgjør mislighold også vil reguleres av endringsreglene, enten fordi selskapet skal utstede instruks eller endringsordre i henhold til art. 6.4, eller fordi selskapet misligholder denne forpliktelsen og at dette misligholdet gir grunnlag for endringsordre i henhold til art. 27.

I henhold til *NS 8405* pkt. 21.2 har også byggherren en plikt til å besvare entreprenørens varsel etter pkt. 21.1. Dersom byggherren ikke

¹⁸³ Jf. Kaasen (2006) s. 141.

¹⁸⁴ Se om kravene til formriktig instruks i *NF 07* ovenfor i pkt. 3.1.3.

svarer kan dermed misligholdsynspunktet også anføres her. I NS 8405 er det imidlertid ikke avgjørende at man kan påvise konkret mislighold for at entreprenøren skal ha krav på gjenopprettende endring. Det er derfor ikke nødvendig med en slik begrunnelse for kravet. Kontrakten tar utgangspunkt i hvilke forhold byggherren har risikoen for og hvorvidt det er årsakssammenheng mellom risikoforholdet og den forsinkelse eller de økte kostnader som entreprenøren er påført. Resultatet vil allikevel være forholdsvis likt det man kommer til ut ifra en mangels- og forsinkelsesvurdering. Men grensedragningene vil ikke være like viktige under NS 8405. Heller ikke i NS 8405 kan det legges til grunn at for eksempel helt minimale feil vil gi rett til gjenoppretting. Men der tar forholdet form som et spørsmål om årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og eventuell forsinkelse, og ikke om hvorvidt det overhodet foreligger et krav.¹⁸⁵

Tilvirkeren er også tillagt varslingsplikt dersom det er grunn til å anta at det vil forekomme avvik i forhold til fremdriftsplanen, jf. NF 07 art. 11 og NS 8405 pkt. 18.2. Dette kan være tilfellet ved forsinkelse av bestillers ytelser i henhold til kontrakten, men ikke nødvendigvis.¹⁸⁶¹⁸⁷ Også her kan varslingen i utgangspunktet føre til at bestiller gir instruks om hvordan tilvirkeren skal forholde seg, jf. NS 8405 pkt. 19.7 og pkt. 20.2, og NF 07 art. 11.3 (2) og art. 11.4. Det fremgår imidlertid ikke like tydelig her at det er en plikt til å instruere.

I NS 8405 pkt. 19.7 er byggherren pålagt å «sørge for den tidsmessige koordinering av aktørene». Ut fra denne bestemmelsen kan man muligens utlede en plikt til å komme med instruks når bestiller ser at det vil komme forsinkelse på grunn av andre aktører. Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt manglende overholdelse av en slik plikt vil utgjøre et mislighold. Allerede det faktum at en leveranse bestiller er ansvarlig for er forsinket, vil utgjøre mislighold. Er situasjonen derimot den at

¹⁸⁵ Varslingspliktene i NF 07 art. 6 og NS 8405 pkt. 21.1 kan få innvirkning på tilvirkerens krav på gjenoppretting. Se mer om dette nedenfor i pkt. 6.4.2.

¹⁸⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 245.

¹⁸⁷ Dersom det ikke er tilfellet vil varsling uansett være vilkår for retten til å kreve gjenoppretting i henhold til NF 07 art. 27.2 og NS 8405 pkt. 24.4 og pkt. 25.3.

bestiller utsteder instruks om hvordan tilvirkeren skal forholde seg til forsinkelsen, må tilvirkeren kreve endringsordre dersom han mener at instruksen går utover det som følger av alminnelig koordinering av aktørene og derfor utgjør en endring, jf. NF 07 art. 16.1 og NS 8405 pkt. 18.3.

Uavhengig av plikt er det selvsagt ikke noe i veien for at bestiller gir slik instruks eller utsteder endringsordre om hvordan tilvirkeren skal forholde seg til forsinkelsen. Men i motsetning til avvikstilfellene er forsinkelse av bestillers leveranser alltid mislighold, derfor inntreffer tilvirkerens rett til gjenoppsettning ved mislighold automatisk i disse tilfellene.

6.4 Retten til å kreve gjenopprettende endring ved bestillers mislighold

Hva gjelder retten til å kreve gjenopprettende endring ved bestillers mislighold, følger kontraktene ulik systematikk. Mens NF 07 sonderer mellom forsinkelse ved selskapets leveranser og mangelfulle leveranser, jf. henholdsvis art. 27.1 (1) og (2), er det virkningen av misligholdet som sådan som avgjør hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse i NS 8405. I NF 07 skjer koblingen til endringsreglene ved at leverandøren må kreve endringsordre. Gjennom selskapets utstedelse av endringsordre får leverandøren gjenoppsettning gjennom et avledet krav på justering i tid og pris, som reflekterer virkningen av misligholdet. I NS 8405 skjer koblingen gjennom entreprenørens direkte krav på fristforlengelse og vederlagsjustering.

Mener entreprenøren at mangelen eller forsinkelsen av byggherrens ytelse har hatt betydning for hans *fremdriftsplan* er det NS 8405 pkt. 24.1 litra b, som gir krav på fristforlengelse ved «forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20». Bestemmelsen fastslår at entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom nevnte forhold medfører en hindring på fremdriften, jf. pkt. 24.1 (1) første punktum. Det må altså være årsaksammenheng mellom fremdriftshindringen og byggherrens forhold.

Etter ordlyden fremstår det som om enhver påvirkning av fremdriften utgjør en hindring. Marthinussen legger imidlertid til grunn at det avgjørende må være hvorvidt aktiviteter på kritisk linje blir hindret.¹⁸⁸ Han fortsetter derimot med å si at «enhver hindring som har betydning for fremdriften gir krav på fristforlengelse».¹⁸⁹ Det første taler for at det ikke er nok at arbeidsoppgaver må rokkeres på. Det siste taler for at dersom det på tross av slik rokking allikevel oppstår forsinkelse som skyldes byggherrens forhold, gir det krav på fristforlengelse. Dette henger også best sammen med synspunktet om at det er entreprenøren selv som eier en eventuell «slakk» i egen fremdriftsplan.¹⁹⁰

Hindringsbegrepet i bestemmelsen må ikke sammenblandes med den hindring som må foreligge for at situasjonen skal anses som Force Majeure. I Force Majeure-tilfellene ligger det et krav om at entreprenøren ikke kan avverge eller overvinne følgene av hindringen. En slik «oppfyllelsesterskel» gjelder ikke her.¹⁹¹ Ved bestillers mislighold er utgangspunktet at dette er forhold som er bestillers risiko. Det kan dermed ikke pålegges entreprenøren en tilsvarende terskel før han får krav på fremdriftsjustering.¹⁹²

Kravet på *vederlagsjustering* følger av NS 8405 pkt. 25.2 litra b. De forhold som omfattes er likelydende med de som gir grunnlag for fristjustering i henhold til pkt. 24.1 litra b. Krav på vederlagsjustering i henhold til bestemmelsen har entreprenøren bare dersom kravet «forårsakes» av disse forholdene. Også her oppstilles med andre ord et krav om årsakssammenheng mellom de økte omkostninger og misligholdet. For de tilfeller hvor det må rokkeres på arbeidsoppgaver på grunn av svikt eller forsinkelse ved byggherrens ytelser, men hvor dette *ikke* medfører forsinkelse, gis det som nevnt ikke fristforlengelse. De kostnadene som påføres på grunn av slik omdisponering kan entreprenøren

¹⁸⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 335. Se om begrepet kritisk linje ovenfor i pkt. 2.4.

¹⁸⁹ Jf. Marthinussen (2010) s. 336.

¹⁹⁰ Se om «slakk» ovenfor i fotnote 155.

¹⁹¹ Jf. Tvedt (2010) s. 441.

¹⁹² Jf. Tvedt (2010) s. 441.

imidlertid kreve dekket etter pkt. 25.2.¹⁹³

For NF 07 sitt vedkommende er bestillers mislighold regulert i en egen bestemmelse i art. 27. Artikkelen omfatter mislighold av alle forpliktelsene selskapet har i henhold til kontrakten. Det er art. 27.1 og 27.2 som regulerer mislighold av naturalytelsene, og derfor disse bestemmelsene som er aktuelle her.

Art. 27.1 (1) regulerer når leverandøren har krav på endringsordre for frist- og vederlagsjustering på grunn av *forsinkelse* av selskapets ytelser i henhold til kontrakten. Art. 27.1 (2) regulerer situasjonen dersom de samme ytelsene er beheftet med *mangler*.

I utgangspunktet er sontringen mellom forsinkelse og mangel i bestemmelsen uten betydning for leverandørens krav. Fristen for å fremme krav om endringsordre er den samme, og han har etter begge rettsgrunnlag krav på justering av både fremdriftsplan og vederlag. Imidlertid er det kun ved mangelsbeføyelsen at leverandørens krav kan avkortes på grunn av manglende varsling om mangelen, jf. henvisningen til art. 6 i art. 27.1 (2). Tilsvarende regel følger ikke av art. 27. 1 (1), selv om art. 11.1 pålegger leverandøren plikt til å varsle ved forsinkelse. Slik det er redegjort for ovenfor i pkt. 5.3.2.2, vil imidlertid alminnelige kontraktsrettslige prinsipper kunne begrunne et erstatningsansvar for det tap selskapet ville unngått ved rettidig varsel.¹⁹⁴

Det fremgår av art. 27.1 (1) at leverandøren har krav på justering dersom «Selskapet er *forsinket* med levering av ytelser, med å fatte beslutninger eller å utføre andre plikter» (min uth.) i henhold til kontrakten. Leverandørens varsling om forsinkelse i henhold til art. 11 kan som nevnt føre til at selskapet utsteder endringsordre eller formriktig instruks allerede her, slik at det ikke blir behov for å anvende reguleringen i art. 27. Usteder ikke selskapet endringsordre på bakgrunn av dette varselet, er det misligholdsbestemmelsen som blir aktuell.

Knytter selskapets mislighold seg til *mangelfull* oppfyllelse av ytelsene

¹⁹³ Jf. Marthinussen (2010) s. 335.

¹⁹⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 689.

og dette har ført til forsinkelse eller økte kostnader for leverandøren, er det art. 27.1 (2) som kommer til anvendelse. Bestemmelsen gir leverandøren krav på justering i vederlag og fremdriftsplan i mangelstilfellene. Leverandøren har krav på gjenoppretting både hvor mangelen har ført til forsinkelse og hvor mangelen utelukkende har medført økte kostnader.¹⁹⁵

6.4.1 Varslingsreglene – identifisering av situasjonen

Som ved inntreden av andre utilsiktede forhold er det tilvirker som er nærmest til å avdekke mangler og forsinkelse ved bestillers prosjektering eller leveranser av materialer. Det er tilvirkeren som har best oversikt over sin del av prosjektet og på hvilket tidspunkt de ulike leveransene av tegninger og materialer er påkrevd. Dertil er det han som gjennom sin utførelse av arbeidet er nærmest til å oppdage eventuelle mangler eller uoverensstemmelser. I de fleste tilfeller vil selvfølgelig bestiller også selv være klar over at han er forsinket med levering til en avtalt frist. Men dersom disse leveransene skal utføres av sideordnede tilvirkere, som er underlagt bestiller, er det ikke opplagt at bestiller vil være nærmere til å oppdage forsinkelsen. Ofte har også den sideordnede tilvirkeren kun en plikt til å levere til avtalt tid direkte til vår tilvirker.

Derfor pålegger kontraktene tilvirker varslingsplikter knyttet til oppdagelsen av forsinket levering eller mangler i bestillers ytelser. Varslingspliktene er som nevnt knyttet til det generelle faktum at ytelser er forsinket eller mangelfulle, jf. henholdsvis NS 8405 pkt. 18.2 og NF 07 art. 11.1 (2), og NS 8405 pkt. 21.1 og NF 07 art. 6.

I tillegg til de generelle varslingsplikter, oppstiller kontraktene en plikt til å varsle krav om gjenopprettende endring innen preklusive frister. På samme måte som ved Force Majeure, vil tilvirkeren sitte med risikoen for de konsekvensene misligholdet har for fremdriftsplan og kostnader, inntil han varsler i henhold til disse bestemmelsene, jf. NS 8405 pkt. 24.1 og pkt. 25.2, og NF 07 art. 27.2. Det er her situasjonen

¹⁹⁵ I tilsvarende bestemmelse i *NF 05* var leverandørens rett til justering betinget av at mangelen hadde medført forsinkelse. Det var således ikke tilstrekkelig at det hadde medført økte kostnader.

kobles inn i kontraktens endringsregulering.

I NS 8405 reguleres her, som ellers hvor entreprenøren vil kreve frist- eller vederlagsjustering, varslingsplikten av henholdsvis pkt. 24.4 og pkt. 25.3.

Kravet på *fristforlengelse* skal varsles i henhold til pkt. 24.4. Varslingsfristens utgangspunkt er etter ordlyden «Dersom en part vil påberope seg fristforlengelse». Det avgjørende for fristens utgangspunkt må imidlertid være når parten faktisk har kunnskap om byggherrens mislighold, og at dette forholdet vil medføre at hans fremdrift blir forsinket.¹⁹⁶ I dom inntatt i Rt. 2009 s. 160 vurderte Høyesterett innholdet av bestemmelsen i NS 3431 pkt. 22.5 og begrepet «blitt klar over». Det ble lagt til grunn at varslingsfristen løper selv om entreprenøren ikke har oversikt over kravets omfang. Men den løper ikke før det tidspunkt han har faktisk kunnskap om årsaks- og ansvarsforholdene og dermed er klar over at det er byggherren som er ansvarlig for utgiftene.¹⁹⁷ Det samme må gjelde for fristen for varslingsjustering.

Fristforlengelseskravet skal følges opp gjennom spesifisering og begrunnelse av kravet i henhold til pkt. 24.6. Gjør ikke entreprenøren dette innen ugrunnet opphold etter at det var grunnlag for å beregne kravet, har han bare krav på den fristforlengelse som byggherren måtte forstå at han hadde krav på, jf. pkt. 24. 6 (2).

Varsel om *vederlagsjustering* skal skje i henhold til NS 8405 pkt. 25.3 (1). Det fremgår der at dersom entreprenøren vil kreve slik justering må han varsle uten ugrunnet opphold etter at han «blir eller burde ha blitt klar over forholdene». Krav på vederlagsjustering tapes dersom det ikke varsles innen fristen, jf. bestemmelsen siste punktum. Slik ordlyden er formulert synes det som om entreprenøren må ha faktisk kunnskap om vederlagskravet for at fristen skal starte å løpe, jf. «vil kreve», mens det er tilstrekkelig med burde-kunnskap om forholdet som begrunner kravet. I praksis er det vanskelig å se for seg situasjoner hvor entreprenøren vet at han har krav på vederlagsjustering, selv om han enda ikke har kunnskap om omstendighetene som begrunner kravet. Marthinussen legger

¹⁹⁶ Jf. Marthinussen (2010) s. 351.

¹⁹⁷ Jf. dommen avsnitt 58.

derfor til grunn at bestemmelsen må forstås slik at aktsomhetskravet knytter seg til begge forholdene.¹⁹⁸ Dette innebærer at fristen løper allerede fra det tidspunkt entreprenøren burde forstå at det foreligger slike omstendigheter som reguleres i bestemmelsen, og at disse omstendighetene gir krav på vederlagsjustering. I motsetning til varslingsfristen ved fristforlengelse, er det altså ikke avgjørende at entreprenøren har faktisk kunnskap om forholdene.

Dersom kravet på vederlagsjustering omfatter de kostnader som er regulert i pkt. 25.3 (2), må entreprenøren varsle særskilt om dette, samt holde byggherren løpende orientert om utviklingen, jf. pkt. 25.3 (4). Også dette varselet er tilknyttet preklusiv frist, jf. pkt. 25.3 (3). Videre skal vederlagskravet følges opp med et spesifisert krav etter pkt. 25.4. Fristen for å spesifisere kravet er uten ugrunnet opphold etter at det foreligger grunnlag for å beregne kravet. Denne fristen er også gjort preklusiv. Oversittelse gir allikevel entreprenøren krav på slik vederlagsjustering som byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre. Alle varsler i henhold til kontrakten skal skje skriftlig, jf. pkt. 8.

I NF 07 reguleres kravet på gjenopprettende endringsordre av det alminnelige endringssystemet. Foreligger det bestillermislighold i form av forsinkelse eller mangelfull oppfyllelse, som medfører forsinkelse eller økte kostnader for leverandøren, har han krav på justering av fremdriftsplan og/eller vederlag i henhold til endringsreglene, jf. art. 27.1 og art. 27.2. Her som ellers skal kravet skje i form av et krav på endringsordre innen preklusiv frist, jf. art. 27.2.

Fristen for å fremme krav om endringsordre er «uten ugrunnet opphold etter at han har oppdaget kontraktsbruddet». Fristens lengde er således etter ordlyden den samme som ved andre situasjoner hvor leverandøren må kreve endringsordre i henhold til art. 16.1. Her er imidlertid fristens utgangspunkt knyttet til når leverandøren har *oppdaget kontraktsbruddet*. Fristen løper altså ikke før leverandøren er kjent med det faktiske forhold som utgjør et kontraktsbrudd og at dette innebærer kontraktsbrudd fra selskapets side.¹⁹⁹ Vanligvis må det legges til grunn

¹⁹⁸ Jf. Marthinussen (2010) s. 375.

¹⁹⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 699-700.

at leverandøren er kjent med selskapets kontraktsforpliktelser, slik at det avgjørende tidspunkt er når han blir klar over mangelen eller forsinkelsen.²⁰⁰ Det følger videre klart av ordlyden at det kun er faktisk kunnskap om forholdet som er fristutløsende, ikke eventuell burde-kunnskap.

Fremmer ikke leverandøren krav om endringsordre innen den preklusive fristen, taper han retten til å påberope seg kontraktsbruddet, jf. art. 27.2 in fine. Dette innebærer at han ikke bare taper retten til å påberope frist- og vederlagsjustering på grunn av misligholdet, men at han heller ikke har krav på endringsordre dersom selskapet pålegger forsering for å innhente eventuell forsinkelse forholdet har medført. I utgangspunktet trenger heller ikke selskapet her å pålegge slik forsering. Det følger allerede av tapet på kravet på fristforlengelse at leverandøren må forholde seg til den opprinnelige fremdriftsplanen, og dermed er ansvarlig for å forsere for å innhente forsinkelsen.

Det er allikevel ikke leverandørens ansvar å utbedre eventuelle mangler ved selskapets ytelser. Dette er det selskapet som er ansvarlig for. Dersom neste leveranse også er mangelfull vil det løpe en ny frist for leverandøren til å påberope seg mislighold.²⁰¹ I praksis vil imidlertid leverandøren måtte bære konsekvensene av utbedringen. Den tiden som løper fra selskapets mangelfulle leveranse er oppdaget til den er utbedret, må leverandøren selv bære konsekvensene av i tid og penger.

6.4.2 Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris?

Dersom leverandøren rettidig har varslet sitt krav på endringsordre i henhold til NF 07 art. 27.2, har han krav på endringsordre og påfølgende justering i fremdriftsplan og vederlag etter reglene i art. 12-16. Dette innebærer i utgangspunktet at justeringen skal skje i henhold til art. 13.2 og 13.4, på samme måte som ved alminnelige endringsarbeider. Det følger imidlertid av art. 27.1 (1) at justeringen skal reflektere *virkingen* selskapets forsinkelse eller mangelfulle oppfyllelse har hatt for leverandøren. Dette synes å innebære at leverandøren har krav på full skadesløsholdelse.

²⁰⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 700.

²⁰¹ Jf. Kaasen (2006) i petitavsnitt s.700-701.

For fremdriftsjusteringens vedkommende er dette greit, da det er tilsvarende regel som følger av art. 13.4. For vederlagstilfellene er det derimot ikke sikkert at det ratesystem som skal følges i art. 13.2 faktisk innebærer at leverandøren får justering for den fulle økonomiske konsekvens av misligholdet. Kaasen fremholder at det derfor kan tenkes at rettesnoren må være full skadesløsholdelse og at leverandøren derfor kan ha krav utover det som følger av art. 13.2, men konkluderer med at det allikevel ikke er tilstrekkelige holdepunkter for et slikt standpunkt.²⁰² Uten konkrete holdepunkter må det dermed legges til grunn at vederlagsjustering må skje i henhold til art. 13.2.

For mangelstilfellene må utgangspunktet om full skadesløsholdelse modifiseres, dersom leverandøren ikke har oppfylt sin undersøkelses- og varslingsplikt i henhold til art. 6. Det fremgår av art. 27.2 at justeringen i vederlag og fremdriftsplan i slike tilfeller skal reduseres for den del av forsinkelsen som hadde vært unngått ved riktig undersøkelse og rettidig varslingsplikt. Ordlyden knytter seg til reduksjon i justeringskravet for den «forsinkelse» som skyldes manglende overholdelse av plikten i art. 6. Leverandøren har i disse tilfellene ikke rett til å utbedre eller forsere av eget tiltak. Det ligger til selskapet å ta valget mellom tid og penger.²⁰³ For at leverandøren skal ha slik plikt må selskapet utstede endringsordre eller instruks. Dette innebærer at utgangspunktet i disse tilfellene er at leverandøren kun har et krav på fristjustering. Fristjustering kan imidlertid også lede til økte kostnader, for eksempel i økte lønnsutgifter til arbeidsstokken som følge av at de må arbeide over en lengre periode. Dette vil leverandøren også ha krav på å få dekket, men dette kravet er avledet fristforlengelseskravet. Derfor er det tilstrekkelig at bestemmelsen viser til den *forsinkelse* som direkte skyldes leverandørens forhold.

Den samme avkortningsregelen følger ikke av manglende overholdelse av varslingsplikten om forsinkelse i art. 11. Dette kan være en følge av at manglende varslingsplikt nødvendigvis vil lede til tap. Vanligvis vil selskapet ha bedre oversikt over egen forsinkelse enn over eventuelle

²⁰² Jf. Kaasen (2006) s. 693-694.

²⁰³ Jf. Kaasen (2006) s. 691.

mangler.²⁰⁴ Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper kan imidlertid tenkes å lede til samme resultat også her.²⁰⁵

For NS 8405 sitt vedkommende ligger det allerede i kravet til årsaks-sammenheng mellom byggherrens forhold og henholdsvis kravet på fristforlengelse eller vederlagskravet, at entreprenøren ikke har krav på justering for det tap som må tilføres han. Dersom entreprenøren ikke varslar i henhold til pkt. 18.2 og 21.1 og dette fører til tap som kunne vært unngått, kan det derfor tenkes at hans rett til justering reduseres tilsvarende.

For øvrig skal justering i vederlag og fremdriftsplan i NS 8405 skje etter reglene om alminnelige endringsarbeider. Også her er det forsinkelse som er primærkonsekvensen av misligholdet. Entreprenøren har ingen plikt til å gjøre noe mer eller annet ved byggherrens mislighold. Det er derfor fristjusteringskravet i henhold til pkt. 24.1 som blir det viktigste for entreprenøren. At arbeidet går over lengre tid vil imidlertid også her medføre kostnader, som igjen kan lede til et vederlagskrav i henhold til pkt. 25.2. Som nevnt ovenfor kan også kostnadene ved merarbeid i tilknytning til omdisponering på grunn av misligholdet også kreves dekket gjennom vederlagsjustering.

At bestillers mislighold har sin eneste sanksjon i tilvirkerens krav på gjenopprettende endring, innebærer at for eksempel heving eller erstatning i utgangspunktet ikke kan påberopes. For at dette utgangspunktet skal opprettholdes må det imidlertid være et krav om at den gjenoppretting som bestiller tilkjenner tilvirkeren faktisk reflekterer kontraktsbruddets virkning. I dom i Stavanger byrett av 17. juni 1993, ble det lagt til grunn at en kontraktspart kan fri seg fra virkningene av sitt kontraktsbrudd gjennom utstedelse av endringsordre, men at «(d)ette forutsetter (...) at den endringsordre som utstedes fullt ut reflekterer kontraktsbruddets innvirkning på fremdriftsplanen samt de økonomiske konsekvenser av kontraktsbruddet.»²⁰⁶ I dommen kom retten til at Statoil ikke hadde utstedt en endringsordre som fullt ut reflekterte virkningene av kon-

²⁰⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 692.

²⁰⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 692.

²⁰⁶ Jf. Petrus 1997/1+2, på s. 80.

traktsbruddet og derfor ikke hadde fridd seg fra misligholdsvirkningene gjennom endringsordresystemet. Retten fant derfor at en del av de økonomiske konsekvensene for Kværner var kompensert gjennom endringsordren, men at det resterende måtte kompenseres gjennom erstatning fastsatt etter det alminnelige obligasjonsrettslige prinsipp om positiv kontraktsinteresse.²⁰⁷

6.4.3 Midlertidig tvisteløsning

På samme måte som ved Force Majeure kommer det alminnelige tvisteløsningssystemet for endringer til anvendelse, dersom det er uenighet mellom partene om hvorvidt det foreligger bestillermislighold som gir tilvirkeren rett til gjenopprettende endring, jf. NF 07 art. 16.3 og NS 8405 pkt. 26.2.

I NF 07 skjer dette ved at selskapet utsteder omtvistet endringsordre i henhold til art. 16.2 som gir leverandøren rett til å kreve avgjørelse av ekspertene, jf. art. 16.3. Får han medhold i kravet, får han midlertidig justering i tid og pris, jf. art. 16.4.

I NS 8405 skal ikke byggherren utstede endringsordre, men utelukkende ta stilling til entreprenørens krav på justering i vederlag og/eller fremdriftsplan. Byggherrens svarfrist er preklusiv, jf. pkt. 24.7 og pkt. 25.5. Har han ikke akseptert eller avslått kravet uten ugrunnet opphold anses kravet akseptert. Velger byggherren å avslå kravet på frist- eller vederlagsjustering har entreprenøren rett til å kreve oppmannsavgjørelse, jf. pkt. 26.2 litra b. Oppmannsavgjørelsen skal følges inntil den fravikes ved avtale eller dom, jf. pkt. 26.2 (2). Før det foreligger oppmannsavgjørelse kan entreprenøren forsere, jf. pkt. 24.8. Gir avgjørelsen medhold i at den aktuelle forsinkelse er byggherrens risiko har entreprenøren krav på dekning av forseringskostnadene i henhold til bestemmelsen.

6.5 Bemerkninger

Behandlingen av reguleringen av bestillers mislighold har på samme måte som ved Force Majeure-reguleringen vist at det er store forskjeller

²⁰⁷ Jf. dommen pkt. 10-1 i Petrus på s. 82.

mellom kontraktene. Utgangspunktene er imidlertid like og legger opp til at det er tilvirkeren som er ansvarlig for å identifisere situasjonen gjennom varslingsplikter. Når varslingsfristene er gjort preklusive sikrer man at identifisering skjer effektivt. I tillegg gis det også her regulering om hvordan partene skal komme til enighet, slik at misligholdet får minst mulig effekt for fremdriftsplanen. På bakgrunn av dette kan man påstå at den tilsvarende anvendelsen av endringsreglene er hensiktsmessig gjennomført.

En styrke ved reguleringen av bestillers mislighold er at den, i motsetning til Force Majeure-reguleringen, forholder seg til situasjonen slik den fremstår for tilvirkeren. Det er tilvirkeren som er pålagt å varsle og som har mest å tape på manglende varslingsfrist. Derfor er det også naturlig at reguleringen tar utgangspunkt i hvordan forholdet manifesterer seg overfor ham.

Redegjørelsen har imidlertid også avdekket en svakhet ved endrings-systemet i NF 07. Selskapets svarfrist på leverandørens krav om endringsordre er ikke gjort preklusiv. Dermed risikerer leverandøren å bli sittende med risikoen for å tolke sin egen kontraktsposisjon.

7 Endringer i lover, forskrifter og krav fra myndighetene

7.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for kontraktens anvendelse av endringsreglene når det skjer endringer i lover, forskrifter og krav fra myndighetene som får betydning for tilvirkerens utførelse av kontraktsforpliktelsene. Innledningsvis vil det i pkt. 7.2 redegjøres for situasjonen. Deretter vil det foretas en gjennomgang av tilvirkers plikt til å etterkomme myndighetskrav i pkt. 7.3 og når endringsreglene gir rett til gjenoppsettende endring i pkt. 7.4. Til slutt vil det foretas en vurdering av endringsreglenes egnethet i disse situasjonene i pkt. 7.5.

7.2 Situasjonen

Tilvirkeren har naturligvis en plikt til å utføre sine kontraktsforpliktelse i henhold til gjeldende lover og forskrifter. Det forekommer imidlertid at det skjer endringer i myndighetens krav til utførelsen av arbeidet og til kontraktsgjenstanden som sådan, i tiden *etter* kontraktsinngåelse. Endringer i lover, forskrifter og krav fra myndighetene representerer et praktisk og særlig tilfelle av bristende forutsetninger. Allerede i 1966 nevner Sandvik offentlige reguleringer som en særskilt «*usikkerhetsfaktor*» i entreprisekontrakter.²⁰⁸

Selv om endringene skjer i tiden etter kontraktsinngåelse, har tilvirkeren åpenbart plikt overfor myndighetene til å etterkomme de myndighetskrav som til enhver tid gjelder. At det i kontraktsforholdets arbeidsbeskrivelse er forutsatt andre myndighetskrav enn de som nå gjelder, har selvsagt ingen betydning for denne plikten. Plikten til å følge gjeldende regelverk følger også av kontraktene, og er dermed gjort til en del av kontraktsforpliktelsene, jf. NS 8405 pkt. 12.1 og NF 07 art. 5.1. Tilvirkeren kan imidlertid ha krav på justering i fremdriftsplan og vederlag på grunn av de økte kostnader eller tidsproblemene som måtte følge av endringen.

Ved rene utførelsesentrepriser er det i utgangspunktet bestiller som er ansvarlig for både prosjektering og innstallering av kontraktsgjenstanden. I tillegg er det han som skal anvende kontraktsgjenstanden når den til slutt skal tas i bruk. Dermed er det også bestiller som i størst grad vil være pliktsubjektet under de ulike myndighetskrav. Bli imidlertid et pålegg rettet direkte til tilvirker som pliktsubjekt, for eksempel som ansvarlig utførende i henhold til plan- og bygningsloven, vil han ha en selvstendig plikt til å etterkomme pålegget, uavhengig av den interne ansvarsfordelingen i kontrakten.

7.3 Plikten til å etterkomme lover, forskrifter og andre myndighetskrav

Endringer i lover, forskrifter og myndighetskrav står i en særstilling i

²⁰⁸ Jf. Sandvik (1966) s. 88.

forhold til andre endringer under kontraktsavvikling. Dette er den ene situasjonen hvor reguleringen omfatter både styrende og gjenopprettende endringer. I andre situasjoner tilligger det bestiller å avgjøre hvorvidt tilvirkers kontraktsforpliktelser skal omlegges eller om det er tilstrekkelig at han holdes skadesløs. Ved myndighetskrav og regelendringer ligger imidlertid det styrende elementet i at kontraktene gir slike endringer direkte forpliktelser overfor tilvirkeren. Det gjenopprettende elementet ligger i at visse slike tilfeller gir tilvirkeren krav på justering i vederlag og fremdriftsplan.

I utgangspunktet er det bestiller som har enekompetanse til å pålegge tilvirkeren endringer. Gjennom tilvirkers plikt til å følge de til enhver tid gjeldende lover og pålegg gjøres imidlertid et unntak fra dette. I og med at denne plikten også er gjort til en kontraktsforpliktelse får tilvirkeren arbeidsplikt i henhold til myndighetskravene, uten at bestiller uesteder endringsordre. Myndighetskravet behandles dermed på lik linje med en endringsordre, men gir ikke tilvirkeren automatisk rett på frist- og vederlagsjustering.

Kontraktene følger også her ulik systematikk. I NF 07 behandles både plikten til å følge lover, forskrifter og andre myndighetsvedtak og tilvirkers eventuelle rett til gjenopprettelse i samme bestemmelse, jf. art 5.1 (1) og (2). I NS 8405 er denne plikten oppstilt i en egen generell bestemmelse, mens den regulering som kommer til anvendelse for retten til gjenopprettende endring er avhengig av hva slags myndighetskrav det er snakk om, se pkt. 12.1, pkt. 23.2 (2) og pkt. 24.3 (1).

I NS 8405 følger plikten til å følge lover, forskrifter og vedtak av bestemmelsen i pkt. 12.1. Bestemmelsen omfatter all lovgivning som gjelder på byggeplassen. Dette innebærer at både offentligrettslige krav i henhold til for eksempel plan- og bygningsloven eller arbeidsmiljøloven, og privatrettslige reguleringer i for eksempel naboloven, må overholdes i henhold til kontrakten.²⁰⁹ Begrepet «Byggeplassen» er ikke definert i kontrakten, men vil i utgangspunktet knytte seg til det bygge- og anleggsmrådet som fremgår i kontrakten eller vedleggene, samt omkring-

²⁰⁹ Se Marthinussen (2010) s. 155-157.

liggende områder hvor utstyr og brakker er plassert.²¹⁰ Selv om en naturlig tolkning av bestemmelsen tilsier at også eventuelle *pålegg* fra offentlig myndighet omfattes,²¹¹ følger også dette forutsetningsvis av retten til å kreve endringsordre for slike forhold i henhold til pkt. 23.2 (2). Allikevel fremgår ikke den automatiske arbeidsplikten i henhold til slike pålegg uttrykkelig i pkt. 23.2 (2). Det kan synes som om arbeidsplikten forutsetter varslings- og senere endringsordre fra byggherren.²¹² Entreprenøren er på den andre siden direkte forpliktet overfor offentlige myndigheter til å gjennomføre pålegget etter sitt innhold, dersom det er rettet mot ham. Hvis byggherren ikke umiddelbart utsteder endringsordre i henhold til varselet må derfor entreprenøren allikevel anses forpliktet til å gjennomføre pålegget.

Den tilsvarende plikten i NF 07 er regulert i art. 5.1 (1). Bestemmelsen oppstiller en absolutt plikt for leverandøren til å gjøre seg kjent med og etterkomme visse «lover og forskrifter», «krav og pålegg» og «fagforenings- og lønnsavtaler».

Art. 5.1 (1) litra a, gjelder «lover og forskrifter som gjelder på en Byggeplass og det sted der Kontraktsgjenstanden skal benyttes». Bestemmelsen omfatter all formell lovgivning fastsatt av lovgivende myndigheter.²¹³ Hvorvidt enkeltvedtak omfattes av alternativet i litra a eller litra b, har ikke avgjørende betydning, da rettsvirkningene er de samme for begge forhold.

De lover og forskrifter som er relevante er de som gjelder på byggestedet og på bruksstedet.²¹⁴ Dette innebærer at dersom tilvirkningen skjer i andre land er leverandøren kontraktsforpliktet til å følge den lovgivningen som gjelder der, men kontrakts-gjenstanden må fortsatt oppfylle de reguleringer som gjelder der kontrakts-gjenstanden skal benyttes.

Art. 5.1 (1) litra b, pålegger leverandøren å etterkomme «krav og pålegg som er fastsatt av klasseinstitusjoner og offentlige myndigheter». Det er

²¹⁰ Jf. Marthinussen (2010) s. 157.

²¹¹ Jf. «Vedtak» i pkt. 12.1 (1).

²¹² Marthinussen synes å legge en slik forståelse til grunn, jf. Marthinussen (2010) s. 325.

²¹³ Jf. Kaasen (2006) s. 122.

²¹⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 122.

ikke avgjørende for plikten hvilken instans det er snakk om, så lenge den aktuelle instansen har et rettslig grunnlag for å utferdige det aktuelle kravet eller pålegget.²¹⁵ Selv om et pålegg fra for eksempel Petroleums-tilsynet er direkte knyttet til selskapet som pliktsubjekt, har leverandøren altså en kontraktsforpliktelse til å rette seg etter dette i henhold til bestemmelsen.²¹⁶

7.4 Retten til å kreve gjenoppsettelse ved endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav

Det følger av ovennevnte at tilvirkeren har en plikt til å holde seg kjent med og rette seg etter de lover og myndighetskrav som til enhver tid gjelder. Og videre at plikten også gjelder når disse er underlagt endringer i løpet av kontraktsavvikling. Slike endringer kan føre til omfattende fordyrelser og/eller forsinkelser for tilvirkeren, avhengig av hva de nye kravene knytter seg til. Er det for eksempel snakk om en endring i arbeidsmiljølovens overtidsbestemmelser, kan dette lede til at fremdriftsplanen må underlegges omfattende revisjon, og at arbeidstokken må forsterkes. Derfor har tilvirkeren i visse tilfeller krav på gjenoppsettende endring for justering av vederlags- og fremdriftsplan.

Men endringer i myndighetskravene kan også føre til besparelser for tilvirkeren. I NF 07 gis derfor også bestiller rett til å kreve justering av kontraktsprisen eller fremdriftsplanen for den besparende effekt endringen har hatt. Dette skjer gjennom utstedelse av endringsordre, jf. art. 5.1 (2) første punktum. Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i NS 8405, men i pkt. 25.1 gis byggherren et generelt krav på slik justering av entreprenørens vederlag som *endringen* har medført. Fordi det kun er «pålegg fra offentlig myndighet», formriktig instruks og tegningsrevisjon som likestilles med endringer i NS 8405, har ikke byggherren krav på slik justering dersom grunnlaget er endringer i andre typer myndighetskrav enn pålegg, så som i lover og forskrifter.

For *fremdriftsplanens* vedkommende gis ikke byggherren i slike tilfel-

²¹⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 124.

²¹⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 124.

ler noen rett til å kreve justering i NS 8405. Man kunne tenke seg at byggherren kan utstede endringsordre for å justere fremdriftsplanen for den effekt den tidsbesparende endringen har hatt. Det ligger i byggherrens endringskompetanse i henhold til pkt. 22.1 (2) at han kan pålegge entreprenøren at visse ytelser skal utgå av det opprinnelige avtalte. I denne situasjonen er det imidlertid ikke byggherren som reduserer entreprenørens kontraktsforpliktelser. Det er myndighetene som – gjennom endringer i sine krav til kontraktsgjenstanden og arbeidets utførelse – reduserer entreprenørens tidsbehov. En endringsordre fra byggherren som utelukkende reduserer den tid entreprenøren har til rådighet vil i realiteten utgjøre et pålegg om forsering i henhold til pkt. 22.2. Forseringspålegg kan etter bestemmelsen kun utstedes for å overholde dagmulktbelagte tidsfrister eller av hensynet til samordning med andre aktører. Dette vil ikke være tilfellet ved en tidsbesparende endring. Det må bety at tidsmessig gevinst med bakgrunn i endringer i myndighetskrav tilligger entreprenøren i henhold til NS 8405.

I NF 07 reguleres tilvirkerens rett til gjenopprettende endring på bakgrunn av alle former for regelendringer eller endringer i myndighetskrav, av bestemmelsen i art. 5. I NS 8405 fremgår det forutsetningsvis av pkt. 23.2 (2) at «pålegg fra offentlig myndighet om en ytelse som innebærer en endring», skal behandles på samme måte som formriktig instruks, og således gi krav på justering i tid og pris etter de samme reglene.

I NS 8405 er det altså kun «pålegg» fra myndighetene som gir endringsreglene tilsvarende anvendelse. Øvrige myndighetskrav reguleres av Force Majeure-bestemmelsen i pkt. 24.3, jf. «offentlige påbud og forbud». Dette antas å omfatte alle endringer i lover og forskrifter som har betydning for utførelsen av arbeidet, se ovenfor pkt. 5.2.1.3. Denne bestemmelsen gir ikke grunnlag for krav om endringsordre og heller ikke krav på vederlagsjustering, men kun et krav på fristjustering, jf. pkt. 24.3 (1) og (5). Det er dermed en avgjørende forskjell mellom NS 8405 og NF 07, i den forstand at tilvirkeren i større grad må bære de økonomiske konsekvensene av endringer i lover og forskrifter i henhold til NS

8405.²¹⁷ Hva gjelder pålegg er imidlertid reguleringen sammenfallende, jf. NS 8405 pkt. 23.2 (2) og NF 07 art. 5.1 litra b, jf. art. 5.1 (2).

NF 07 art. 5.1 omfatter også endringer i fagforenings- og lønnsavtaler, jf. litra c. I NS 8405 er også dette regulert av Force Majeure-bestemmelsen i pkt. 24.3, jf. «overenskomstbestemmelser». Endringer i fagforeningsavtaler gir imidlertid heller ikke i NF 07 tilvirkeren rett til justering i vederlaget. På dette punktet er kontraktene altså like. Men i henhold til NS 8405 pkt. 24.3 har i alle fall tilvirkeren krav på fristjustering. Det har han ikke i henhold til NF art. 5.1. Dette er en konsekvens av at man i NF 07 ser det som leverandørens risiko om det skjer endringer i arbeidsforholdene, mens man i NS 8405 har lagt en motsatt risikofordeling til grunn.

Retten til å kreve gjenopprettende endringsordre ved endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav reguleres i NF 07 av art. 5.1 (2). Dersom det *etter kontraktens undertegning* skjer endringer i de forhold som reguleres i art. 5.1 (1) litra a og b, har leverandøren under visse vilkår krav på gjenopprettende endringsordre. Bestemmelsen henviser kun til grunnlagene i første ledd litra a og b. Det gis som nevnt altså ikke grunnlag for krav om endringsordre dersom det skjer endringer i fagforenings- og lønnsavtaler i henhold til litra c.

Videre er det kun de endringer som «nødvendigjør Endring av Arbeidet eller dets utførelse som påvirker Leverandørens kostnader eller fremdrift», som gir krav etter bestemmelsen. Etter annet punktum gjelder det samme for endringer i offentlige myndigheters «praktisering av lover og forskrifter». Slik endring i praksis har nær tilknytning til alternativet «pålegg» i litra b. For selv om pålegget kommer etter kontraktens undertegning er det bare relevant i denne sammenheng dersom det utgjør en endring fra tidligere praksis.²¹⁸ Videre vil for eksempel en fast dispensasjonspraksis være grunnlag for endringsordre dersom det plutselig ikke innvilges dispensasjon. Men så lenge den aktuelle dispensasjonshjemmel gir rom for skjønnsutøvelse, vil det være vanskelig å bevise at

²¹⁷ Se NS 8405 pkt. 24.3 (5).

²¹⁸ Jf. Kaasen (2006) s. 126.

praksisen har vært så entydig og fast at avslaget utgjør en endring.²¹⁹

Det første vilkåret knytter seg til hvorvidt loven, forskriften, kravet eller pålegget utgjør en endring i forhold til tidligere gjeldende regler. Dette må avgjøres konkret, ved å holde de reguleringer som gjaldt før kontraktsinngåelse opp mot det som nå gjelder.²²⁰ Videre krever bestemmelsen det selvsagte faktum at endringen faktisk har hatt betydning for leverandørens fremdrift eller omkostninger. I motsatt tilfelle vil det jo heller ikke være noen ubalanse å gjenopprette.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at endringen har gitt konsekvenser i fremdriftsplan og kostnader, dersom dette ikke skyldes at endringen har nødvendiggjort «Endring av Arbeidet eller dets utførelse». I dette ligger et kvalifisert krav til årsakssammenheng mellom endringen og konsekvensen for fremdrift og omkostninger.²²¹ Endring av arbeidet er definert i art. 1.4 og omfatter endring av «Arbeidet, Arbeidsbeskrivelsen, Fremdriftsplanen, Spesifikasjoner, Tegninger og Selskapets leveranser etter reglene i art. 12 til 16». Til sammen utgjør dette endring i kontraktsforpliktelsene leverandøren har i henhold til kontrakten.²²² Dette innebærer at alle endringer i myndighetskrav som gjør det nødvendig å endre kontrakten for å etterkomme kravene – fordi det må gjøres noe annet eller arbeidet må utføres på en annen måte – er relevante i henhold til art. 5.1 (2).²²³

Visse endringer i myndighetskrav ligger i grenseland av hva som kan sies å nødvendiggjøre endring av kontrakten på denne måten. Eksempel på dette er endringer i arbeidsmiljøloven i reglene om tillatt arbeidstid. Arbeidet vil være det samme, men utførelsen vil måtte endres i den forstand at organiseringen blir en annen enn forutsatt.²²⁴

Et annet eksempel som ligger i grenseland er dersom det skulle komme en ny lov om handelsblokkade eller importrestriksjoner for materialer

²¹⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 127.

²²⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 127.

²²¹ Jf. Kaasen (2006) s. 128.

²²² Jf. Kaasen (2006) s. 129.

²²³ Jf. Kaasen (2006) s. 129.

²²⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 129.

som er nødvendige for leverandørens utførelse av arbeidet.²²⁵ Slike lover ligger i det ytterste sjiktet av hva man kan si nødvendiggjør endring av arbeidet eller dets utførelse, og fremstår som et spesielt tilfelle av Force Majeure.²²⁶ Slike lover vil også nødvendiggjøre omorganisering av arbeidet, i den forstand at leverandøren må skaffe alternative materialer som i tillegg kanskje krever alternativ utførelse. Men allikevel er det mer nærliggende å se slike lover som at de innvirker på rammevilkårene for kontraktsarbeidet, enn at de innvirker på selve utførelsen.²²⁷ Bestemmelsen passer derfor ikke like godt her.²²⁸ Kaasen synes under tvil å trekke i retning av at slike endringer i rammevilkårene er leverandørens risiko, og at han derfor ikke har krav på endringsordre etter bestemmelsen.²²⁹ Jeg mener at situasjonen har større likhetstrekk med de forhold som reguleres av Force Majeure-bestemmelsen i art. 28, og at dette taler for at situasjonen derfor skal subsumeres der.²³⁰ For leverandørens vedkommende har det store konsekvenser at forholdet subsumeres under art. 28 og ikke art. 5. Er det han som blir rammet av Force Majeure har han kun krav på justering av fremdriftsplanen, ikke av vederlaget slik som i art. 5.²³¹

Det er imidlertid mindre inngripende å la forholdet falle under art. 28, enn å anse slike importrestriksjoner som leverandørens risiko i sin helhet etter art. 5.2. Allikevel kan det være grunn til å se art. 5.1 som *lex specialis* i forhold til Force Majeure-bestemmelsen i art. 28,²³² og tolke art. 5 slik at den regulerer endringer i alle lover og forskrifter *uttømmende*. Ser man det slik innebærer avgrensningen til de lover som «nødvendiggjør

²²⁵ Eksempelen er hentet fra Mestad (1991) s. 262, og så vidt berørt i tilknytning til Force Majeure ovenfor i pkt. 5.2.1.3.

²²⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 121.

²²⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 130.

²²⁸ Jf. Mestad (1991) s. 262. Slik også Kaasen (2006) s. 130.

²²⁹ Jf. Kaasen (2006) s. 130, hvor han viser til at endringer i rammevilkår har likhetstrekk med de forhold som reguleres i art. 5.2 hvor leverandøren har plikt til å innhente og opprettholde godkjennelser og tillatelser som er nødvendige for oppfyllelse av kontrakten.

²³⁰ Også Mestad synes å trekke i denne retning, se Mestad (1991) s. 262.

²³¹ Se ovenfor pkt. 5.2.2.2. om tilvirkers Force Majeure.

²³² Jf. Kaasen (2006) s. 710.

Endring av Arbeidet», at man motsetningsvis har valgt å legge risikoen for endringer i rammebetingelser hos leverandøren. Når man har valgt å ha en så utførlig regulering av myndighetskrav-endringer, som et motstykke til den mer generelle Force Majeure-reguleringen, bærer dette preg av at man har søkt å omfatte alle typer av lover og forskrifter i art. 5. Ordlyden i art. 5.1 litra a sikter også til lover og forskrifter generelt, ikke til de som har nødvendiggjort endringer. Dette må bety at også nye lover eller forskrifter som innvirker på rammebetingelsene for leverandørens kontraktsforpliktelser er omfattet av art. 5.1 (1) litra a, men at de ikke kan sies å nødvendiggjøre endring av arbeidet og således ikke gir grunnlag for å kreve endringsordre etter art. 5.1 (2). Dette må også bety at det ikke er rom for å la forholdet subsumeres under art. 28.

Retten til å kreve gjenopprettende endringsordre ved «pålegg fra offentlig myndighet om en ytelse som innebærer en endring», reguleres i NS 8405 pkt. 23.2 (2).²³³ Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsen at kravet på endringsordre er betinget av årsakssammenheng mellom pålegget og eventuelle konsekvenser for fremdriften og omkostninger. Dette er fordi selve justeringsspørsmålet er adskilt til selvstendig behandling i kontrakten. At byggherren utsteder endringsordre gir ikke i seg selv krav på justering av fremdriftsplan og/eller vederlag. For å kreve dette må endringen medføre en hindring av fremdriften, eller ha forårsaket kravet på vederlagsjustering, jf. henholdsvis pkt. 24.1 og pkt. 25.2. I NS 8405 ligger således kravet til årsakssammenheng i justeringsbestemmelsene, ikke som et vilkår for kravet på endringsordre.

7.4.1 Varslingsreglene

Dersom leverandøren har krav på å bli holdt skadesløs for de økonomiske og fremdriftsrelaterte konsekvensene av endringer i myndighetskrav, må han kreve at selskapet utsteder endringsordre i henhold til NF 07 art. 16.1, jf. art. 5.1 (2) siste punktum. Gjør han ikke dette taper han retten til å påberope seg at de forhold som reguleres i art. 5.1 utgjør en endring.

²³³ Retten til å kreve gjenopprettende endringsordre ved endringer i lover og forskrifter, reguleres som nevnt i NS 8405 pkt. 24.3, og behandles ovenfor i pkt. 5.

Fristen for å kreve endringsordre er «uten ugrunnet opphold», jf. art. 16, og fristens utgangspunkt er «det tidspunkt leverandøren fikk eller burde ha fått kunnskap om de forhold som begrunner kravet», jf. art. 5.1 (2) siste punktum. Dette må innebære at fristen løper fra det tidspunkt leverandøren har de informasjonen som begrunner kravet, men det forutsetter ikke at han har oversikt over kravets størrelse.²³⁴ At bestemmelsen omfatter det tidspunkt leverandøren *burde* ha fått kunnskap om forholdet, har ikke store praktiske konsekvenser. Tiden mellom burde-kunnskap og faktisk kunnskap vil normalt være «grunnet» og således ikke føre til preklusjon.²³⁵

Fristen for å påberope seg at pålegg fra offentlige myndigheter utgjør en endring i NS 8405, er «uten ugrunnet opphold» etter at pålegget er mottatt, jf. pkt. 23.2 (2) jf. (1). Fristens utgangspunkt er i første ledd angitt til når entreprenøren *mottar* pålegget. I motsetning til varslingsfristen i NF 07 er altså ikke entreprenørens kunnskap om forholdet avgjørende,²³⁶ men det er tilstrekkelig for at fristen skal løpe at entreprenøren har mottatt pålegget. Etter dette må entreprenøren varsle uten ugrunnet opphold. Gjør han ikke det, taper han retten til å påberope seg at pålegget utgjør en endring, og taper dermed også kravet på justering i tid og pris i henhold til pkt. 24.1 og pkt. 25.2 begges litra a.

I NS 8405 er det ikke tilstrekkelig for å oppnå gjenoppbygging at man rettidig varsler sitt krav om endringsordre. Entreprenøren må også spesifikt varsle kravet om fristjustering i henhold til pkt. 24.4 og inngi spesifisert krav på vederlagsjustering i henhold til pkt. 25.4. Fordi pålegg fra offentlig myndighet likestilles med formriktig instruks og tegningsrevisjon, og varsles på linje med slike alminnelige endringer, trenger imidlertid ikke entreprenøren å varsle generelt om sitt krav på vederlagsjustering i henhold til pkt. 25.3. Dette må han bare dersom han vil kreve

²³⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 131, riktignok i tilknytning til tilsvarende bestemmelse i NF 05, hvor den konkrete tidsangivelse av fristens utgangspunkt ikke var omfattet, men hvor han ut ifra en tolkning av kontraktens generelle fristssystem la til grunn den samme frist som nå gjelder, med unntak fra burde-kunnskap.

²³⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 131 i petit.

²³⁶ Dette henger også naturligvis sammen med at varslingsplikten i NF 07 også knytter seg til endringer i lover og forskrifter, som leverandøren vanskelig kan sies å «motta».

justering for de spesifikke kostnadene som opplistes i pkt. 25.3 (2) litra a og b.²³⁷ Inngir han imidlertid ikke spesifisert krav på vederlagsjustering i henhold til pkt. 25.4 innen fristen, har han bare krav på den vederlagsjusteringen som byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre, jf. pkt. 25.4 (2). Det samme gjelder for kravet på fristjustering, jf. pkt. 24.6.

Dersom tilvirkeren ikke fremmer krav om endringsordre og for NS 8405 sitt vedkommende også for frist- og vederlagsjustering innen de preklusive frister, mister han altså kravet på at forholdet utgjør en endring. Med andre ord må han overholde myndighetskravet for egen regning og eventuelle tidskonsekvenser er han selv ansvarlig for å overkomme.

7.4.2 Hvilken virkning får situasjonen for justering av tid og pris?

Dersom forholdet oppfyller de vilkår som stilles i NF 07 art. 5.1 (2) og NS 8405 pkt. 23.2 (2), og tilvirkeren rettidig har varslet sitt krav på endringsordre, har han krav på endringsordre og justering i fremdriftsplan og/eller vederlag etter de alminnelige endringsbestemmelser, jf. henholdsvis NF 07 art. 13 og NS 8405 pkt. 24.1 og pkt. 25.2 begges litra a.

Vederlagsjusteringen skal følge det alminnelige systemet i NF 07 art. 13.2 og NS 8405 pkt. 25.7-25.9. Dette innebærer at justeringen i utgangspunktet skal skje på bakgrunn av enhetspriser eller rater, som man i vedleggene til kontrakten har avtalt at skal anvendes på de ulike typer endringsarbeider.

Dersom det er bestiller som gjennom å utstede endringsordre vil kreve justering av vederlaget for den reduksjon i kostnader som endringen har medført, er det de samme bestemmelsene som regulerer hvordan vederlagsjusteringen skal skje. Dette innebærer at systemet med enhetspriser og rater som hovedregel også gjelder her.

I NS 8405 pkt. 25.5 oppstilles en svarfrist for byggherren dersom han vil gjøre innsigelser mot entreprenørens krav på vederlagsjustering. Dette innebærer at dersom byggherren mener at endringer utgjør en reduksjon, ikke en økning, i kostnader for entreprenøren, må han varsle om dette

²³⁷ Generelt om varslingsfristene for fristjustering og vederlagsjustering ovenfor i pkt. 3.4.

uten ugrunnet opphold for å ha sin innsigelsesrett i behold.

Justering av fremdriftsplanen skjer her som ellers etter reglene i NF 07 art. 13.4 og NS 8405 pkt. 24.5. Dette innebærer at justeringen skal gjenspeile nettoeffekten av endringen, samtidig som det tas hensyn til den samlede tidseffekten av tidligere endringer. Denne regelen passer også for de tilfeller hvor det er selskapet som vil kreve fremdriftsjustering for å gjenspeile den reduksjon i tidsbehov som endringen har medført for leverandøren. Som tidligere nevnt gis ikke byggherren tilsvarende rett til negativ justering av fremdriftsplanen i NS 8405.

7.4.3 **Twist om hvorvidt forholdet utgjør en endring**

I NF 07 gis som nevnt hele endringssystemet tilsvarende anvendelse på de kontraktsregulerte tilfeller av utilsiktede endringer. I NS 8405 er det i utgangspunktet kun justeringsbestemmelsene som også anvendes i slike situasjoner. Hva gjelder pålegg fra offentlige myndigheter i henhold til pkt. 22.3 (2) er imidlertid situasjonen likestilt med alminnelige endringer og derfor får hele systemet tilsvarende anvendelse også her. Dette er det eneste tilfellet av utilsiktede endringer som er likestilt med alminnelige endringer i NS 8405.

Når bestiller mottar tilvirkerens krav på endringsordre har han to valg for hvordan han skal reagere. Dersom han er enig i at forholdet utgjør en endring utsteder han endringsordre for å endre kontrakten, slik at den kommer i overensstemmelse med det aktuelle myndighetskravet.²³⁸ Er han imidlertid uenig skal han utstede omtvistet endringsordre i henhold til NF 07 art. 16.2 eller avslå kravet i henhold til NS 8405 pkt. 23.3 litra b. At bestiller er uenig i at forholdet utgjør en endring kan ikke innebære at bestiller ikke mener at myndighetskravet skal gjennomføres etter sitt innhold. Det er kun gjennom eventuell negativ endringsordre, hvor bestiller tar det berørte arbeidet ut av kontrakten, at han kan omgå myndighetskravet. At bestiller er uenig i kravet vil derfor bety at han er uenig i at det er påkrevd med endring av kontraktsforpliktelsene for å tilfredsstille myndighetskravet eller at slike endringer har konsekvenser for tid/pris.

²³⁸ Jf. NF 07 art. 16.2 jf. art. 14, og NS 8405 pkt. 23.2 litra a, jf. pkt. 22.3.

Når selskapet har utstedt endringsordre eller omtvistet endringsordre i henhold til NF 07 art. 16.2 gir dette som normalt leverandøren arbeidsplikt, jf. henholdsvis art. 15.1 og art. 16.2 (2). For de forhold som reguleres av art. 5 følger imidlertid allerede arbeidsplikten av plikten til å holde seg informert og rette seg etter disse i art. 5.1 (1). Det er derfor ikke nødvendig å utstede endringsordre eller omtvistet endringsordre for å utløse arbeidsplikten. Verdien av endringsordre eller omtvistet endringsordre ligger i avklaringen av hvem som har risikoen for forholdet, og adgangen til tvisteløsning gjennom ekspertsystemet med påfølgende justering i tid og pris.

Som nevnt fremgår imidlertid ikke arbeidsplikten like uttrykkelig i NS 8405 pkt. 23.2 (2). Selv om plikten til å overholde lover, forskrifter og vedtak også gjelder her, jf. pkt. 12.1, synes Marthinussen å legge til grunn at byggherren først skal varsles om eventuelle pålegg som utgjør en endring.²³⁹ Entreprenøren kan allikevel ikke fortsette sitt arbeid dersom dette strider mot innholdet i et aktuelt pålegg. Dette må være klart. Hvorvidt entreprenøren imidlertid har plikt til å fortsette arbeidet, nå justert i henhold til pålegget, er mer usikkert. Fordi pålegget som grunnlag for automatisk arbeidsplikt nettopp er usikkert, vil dette være et insitament i seg selv for byggherren til å ta stilling til kravet om endringsordre så raskt som mulig.

I NS 8405 ligger det i tillegg en annen særlig oppfordring for byggherren til raskt å ta stilling til kravet. Bestemmelsen i pkt. 23.3 (2) gjør byggherrens svarfrist preklusiv. Dette innebærer at manglende svar på kravet om endringsordre innen fristen, fører til at kravet skal anses akseptert. Bestemmelsen utgjør et viktig ledd i å sikre at endringsreglene oppfyller sitt formål ved at entreprenøren får den avklaring han har behov for.

Dersom bestiller avslår kravet på endringsordre (i NF 07 gjennom omtvistet endringsordre) har tilvirkeren rett til å kreve spørsmålet avgjort av ekspert eller oppmann, jf. NF 07 art. 16.3 og NS 8405 pkt. 26.2 litra b. Får han i denne avgjørelsen medhold i kravet, gir dette midlertidig rett til frist- og vederlagsjustering på samme måte som ved alminnelig

²³⁹ Jf. Marthinussen (2010) s. 325.

endringsordre. Dersom avgjørelsen ikke angripes gjennom søksmål eller voldgift innen seks måneder, blir den stående som bindende mellom partene, jf. NS 8405 pkt. 26.2 (2) og NF 07 art. 16.4 (3).

7.5 Bemerkninger

Reguleringen legger opp til at tilvirker har en kontraktsfestet plikt til å holde seg oppdatert på og følge den til enhver tid gjeldende regulering som angår utførelsen av arbeidet og utformingen av kontraktsgjenstanden. Dette er en naturlig følge av at det er han som utfører arbeidet og dermed er nærmest til å innrette seg etter eventuelle endringer i lover, forskrifter eller pålegg. Derav er det også naturlig at han må kreve eventuell justering i tid og pris, dersom han mener at endringen gir grunnlag for slik gjenoppsettelse.

For påberopelse av kravet oppstilles varslingsplikter med preklusive frister. Dersom tilvirkeren ikke varsler innen fristen taper han sitt krav på å gjøre gjeldende at reguleringen utgjør en endring og dermed også retten til justering i tid og pris.

Dette sikrer at situasjonen blir identifisert så tidlig som mulig og at tilvirkerens eventuelle krav på gjenoppsettelse får en rask avklaring. Hensynet til partenes mulighet til å sikre seg dokumentasjon gjør seg ikke i like stor grad gjeldende her som ved andre tilfeller av utilsiktede endringer. Endringer i lover, forskrifter og andre myndighetskrav lar seg normalt dokumentere også i ettertid. Det har allikevel en egenverdi å sørge for at tilvirkers krav på gjenoppsettelse blir avdekket tidlig og får en rask avgjørelse enten gjennom preklusjon, enighet mellom partene, ekspert-/oppmannsavgjørelse eller dom. Det er bare slik bestiller sikres en god oversikt og styring av prosjektets økonomiske og tidsmessige rammer.

Varslingsplikten gjelder utelukkende dersom tilvirkeren selv vil påberope seg at forholdet utgjør en endring. Det oppstilles ingen generell varslingsplikt. Bestiller kan imidlertid ha interesse i å bli informert om endringen selv om tilvirker ikke ønsker å kreve justering i tid eller pris. Denne interessen knytter seg særlig til to forhold. For det første kan

endringer i myndighetskrav føre til *besparelse* i tid og kostnader for tilvirkeren. Denne besparelsen vil bestiller ønske å nyte godt av. For det andre er det avgjørende for bestillers styring av prosjektet å bli informert om alle forhold som har betydning for *utformingen av kontraktsgjenstanden*. Dette gjelder selv om forholdet ikke nødvendigvis gir noen økonomisk eller tidsrelatert effekt. I utgangspunktet er det dermed uheldig at tilvirkeren ikke er pålagt en generell varslingsplikt. Det reiser seg allikevel spørsmål om tilvirkeren rent faktisk må varsle, på tross av at det ikke er en uttrykkelig kontraktsforpliktelse.

Dersom endringen medfører en besparelse i tid og kostnader, har bestiller i henhold til NF 07 art. 5.1 (2) full adgang til å kreve tilsvarende reduksjon gjennom utstedelse av endringsordre. Det samme gjelder for reduksjon av vederlagskravet i henhold til NS 8405 pkt. 25.1. Det er likevel ikke knyttet noen preklusiv frist til bestillers rett til å utstede endringsordre som reflekterer den besparelse tilvirkeren har hatt. Kaasen legger i tilknytning til NF 07 til grunn at selskapet må varsle innen rimelig tid etter at det har blitt klar over forholdet som begrunner justeringen.²⁴⁰ Dette kan muligens også anføres for NS 8405 pkt. 25.1 sitt vedkommende, basert på alminnelige passivitetsbetraktninger. Marthinussen legger derimot til grunn at byggherrens krav på vederlagsjustering ikke kan prekluderes før hans rett til å reise innsigelser mot sluttregningen utgår i henhold til pkt. 33.2.²⁴¹ Dermed er ikke tilvirkerens varslingsplikt avgjørende for bestillers krav. Følgelig er det heller ikke nødvendig å oppstille varslingsplikt for å ivareta bestillers interesse i besparelsen alene.

Dersom myndighetskravet overhodet ikke gir økonomiske eller tidsrelaterte konsekvenser betyr allikevel ikke det at kravet ikke gir behov for endring av utførelsen av arbeidet. Det er ikke alle endringer i utførelsen som vil gi slike konsekvenser. Det er bestiller som skal sitte igjen med den ferdige kontraktsgjenstanden og han har derfor åpenbart interesse i å holdes løpende informert om utformingen, uavhengig av

²⁴⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 132.

²⁴¹ Jf. Marthinussen (2010) s. 370-371. Derimot gjelder egne varslingsfrister dersom byggherren vil gjøre krav på justering av enhetspriser, jf. pkt. 25.7.3, eller at reduksjonen skal skje etter reglene om regningsarbeid jf. pkt. 25.8.1.

tids- og vederlagseffekt. Dertil kommer at myndighetskravet kan gi ulike valgalternativer, som alle oppfyller kravet. Så lenge alternativene ligger *utenfor* rammene av tilvirkers valgfrihet i henhold til kontrakten, er det bestiller som har enekompetanse til å velge mellom disse løsningene. Dette må bety at tilvirkeren i disse tilfellene rent faktisk blir forpliktet til å varsle, slik at han får en avklaring av hvilket av alternativene som skal legges til grunn for det videre arbeidet.

Ligger imidlertid alternativene *innenfor* rammene av tilvirkers valgfrihet, kan det ikke ut ifra kontrakten oppstilles en slik plikt. Tolkningen av innholdet i myndighetskravet er på lik linje med andre kontraktsforpliktelse tilvirkerens egen risiko. Dersom han tolker kravet galt kan det innebære at den ferdige kontraktsgjenstanden ikke tilfredsstillende kravet og dermed heller ikke kontraktens krav. Dette vil være et mislighold som tilvirkeren er pålagt å utbedre. På denne måten sikres bestiller den kontraktsgjenstanden han har krav på. Denne prosessen innebærer imidlertid at tilvirker må utføre arbeid på nytt og at det tar lengre tid før kontraktsgjenstanden blir ferdig i kontraktsmessig stand. Derfor ville det vært i begge parter interesse dersom kontraktene oppstilte en uttrykkelig og generell varslingsplikt for endringer i alle myndighetskrav.

8 Andre grunnlag for gjenoppbygging og læren om bristende forutsetninger

Kontraktene regulerer en rekke andre tilfeller av utilsiktede forhold enn de tre situasjonene som er behandlet. I NF 07 opprømses alle forhold som kan gi grunnlag for krav om endringsordre i art. 11.2 og art. 12.3. Disse omfatter blant annet når tilstedeværelsen av selskapets representant på byggestedet hindrer leverandørens fremdrift jf. art. 3.3 og når sideordnede leverandører utfører arbeid på kontraktsgjenstanden utover den opprinnelig avtalte samordningsplikt, jf. art. 4.3 (2), samt visse andre situasjoner, jf. art. 5.1, 6.4, 8.2, 18.3, 27.2 og 28.3.

Også i NS 8405 gis entreprenøren rett til å kreve gjenoppbyggende

endring dersom samordningspliktene går utover det som følger av kontrakten, jf. pkt. 18.3. Videre er et svært praktisk usikkerhetsmoment i bygge- og anleggsarbeid nå regulert i NS 8405 pkt. 19.3 (2), nemlig grunnforholdene. Bestemmelsen er en kodifisering av gjeldende rett og fastslår uttrykkelig at det er byggherren som bærer risikoen for grunnforholdene.²⁴² Dersom forutsetningene i tilknytning til grunnforholdene svikter, har entreprenøren krav på frist- og vederlagsjustering i henhold til pkt. 24.1 og pkt. 25.2 begges litra c. Dette gjelder imidlertid bare dersom svikten går utover det entreprenøren «hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig», jf. pkt. 19.3 (2). Ettersom det er byggherren som står for prosjekteringen må denne vurderingen skje på bakgrunn av de dokumenter som ligger i kontrakten.²⁴³

NS 8405 pkt. 24.1 og pkt. 25.2 begges litra c, gir entreprenøren en generell adgang til å kreve fremdriftsjustering og vederlagstillegg for andre hindringer som «byggherren har risikoen for». Uttrykket sier ikke noe om hvilke risikoforhold byggherren er ansvarlig for, men gir utelukkende svar på hvilken rettsvirkning forholdet skal ha. Hvilke forhold byggherren har risikoen for må avgjøres konkret ut fra en tolkning av den aktuelle kontrakt.²⁴⁴

Mange av de forholdene som er regulert i kontraktene utgjør typetilfeller av læren om bristende forutsetninger. Dette gjelder for eksempel Force Majeure-reguleringen, bestemmelsene om endringer i lover og forskrifter, bestillers mislighold og svikt i tilknytning til grunnforholdene. Disse er alle spesialtilfeller av bristende forutsetninger.²⁴⁵ Men for andre tilfeller av bristende forutsetninger enn de som er direkte regulert, gir kontraktene i utgangspunktet intet svar. I NS 8405 kan justeringsbestemmelsene i utgangspunktet anvendes ved alle situasjoner hvor det er byggherren som har risikoen. Allikevel finner man ikke med dette svar på *når* det er byggherren som bærer risikoen for forholdet.

²⁴² Jf. Marthinussen (2010) s. 272.

²⁴³ Jf. Marthinussen (2010) s. 273.

²⁴⁴ Jf. Lilleholt (2004) s. 34.

²⁴⁵ Jf. Krokeide (1977) s. 608.

Spørsmålet er derfor hvem som har risikoen for andre tilfeller av bristende forutsetninger enn de som er direkte regulert i kontraktene. Dersom det er tilvirkeren som har risikoen for forholdet innebærer dette at hans opprinnelige kontraktsforpliktelser består og at han må overvinne den hindringen forholdet utgjør, uten å ha krav på vederlags- eller fristjustering. Er det på den annen side bestiller som har risikoen for forholdet er tilvirkerens kontraktsforpliktelser i utgangspunktet modifisert, slik at han er fritatt for den uventede merbelastningen.²⁴⁶

Vilkårene i læren om bristende forutsetninger er i Rt. 1999 s. 922 formulert slik at den bristende forutsetningen må ha vært *motiverende* for løftegiver, at forutsetningen var *synbar* for medkontrahenten, og at forutsetningssvikten er *relevant*.²⁴⁷ At forutsetningen var motiverende for løftegiver innebærer at han ikke ville inngått kontrakten med det samme innhold, dersom han hadde hatt kunnskap om den situasjonen som nå foreligger.²⁴⁸ Relevanskriteriet knytter seg til hvem som etter en sammensatt vurdering er nærmest til å bære risikoen for forholdet, ut ifra en rimelig byrdefordeling i kontrakten.²⁴⁹ Videre sondres det mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger, hvorav synbarhetsvilkåret særlig knytter seg til de individuelle.²⁵⁰

Dersom det ut ifra en slik vurdering legges til grunn at det foreligger en bristende forutsetning, er virkningen etter den alminnelige obligasjonsrett at den rammede plikten modifiseres slik at det tas høyde for den endrede forutsetningen eller at plikten bortfaller.²⁵¹ Dette innebærer at læren om bristende forutsetninger som hovedregel ikke er hjemmel for noen økning i tilvirkerens kontraktsforpliktelser.²⁵² Dersom tilvirkeren velger å overvinne de hindringer som bristen innebærer, kan læren hjemle et krav på tilleggsvederlag.²⁵³ Men den hovedsakelige rettsvirkningen av

²⁴⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 309.

²⁴⁷ Jf. Rt. 1999 s. 922, på s. 931.

²⁴⁸ Jf. Rt. 1999 s. 922, på s. 931.

²⁴⁹ Jf. Rt. 1999 s. 922, på s. 931.

²⁵⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 311.

²⁵¹ Jf. Kaasen (2006) s. 314.

²⁵² Jf. Kaasen (2006) s. 314.

²⁵³ Dette var for eksempel tilfellet i Rt. 1999 s. 922, men retten kom til at det konkrete

svikten er altså at den aktuelle plikt bortfaller eller modifiseres.

Det som er sagt innebærer at læren om bristende forutsetninger ikke i seg selv gir grunnlag for å øke tilvirkerens kontraktsforpliktelser slik at han overkommer forholdet, i motsetning til en styrende endringsordre. Tilvirkeren har heller ikke noen rett til selv å endre innholdet i sine kontraktsforpliktelser.²⁵⁴ Det er imidlertid ikke et aktuelt alternativ for bestiller at kontraktsgjenstanden ikke ferdigstilles.²⁵⁵ Dette reiser spørsmål om hvordan ferdigstillelse – til tross for den bristende forutsetningen – allikevel kan sikres.

Slik vi tidligere har sett oppstiller kontraktene varslingsplikter for tilvirkeren dersom det foreligger forsinkelse i fremdriften. Varslingen kan føre til at bestiller utsteder endringsordre, eventuelt instruks, som gir tilvirkeren informasjon om hvordan han skal forholde seg. Dette vil i tilfelle løse problemet, både med tanke på hvorvidt det foreligger en relevant bristende forutsetning og hvilken virkning dette skal ha for tilvirkerens kontraktsforpliktelser.²⁵⁶

Dersom bestiller på den annen side velger å forholde seg passiv til tilvirkerens varsel blir situasjonen en annen. Passiviteten kan være et uttrykk for at han fastholder tilvirkerens kontraktsforpliktelser og at han mener at det ikke foreligger en relevant forutsetningssvikt. I et slikt tilfelle sitter tilvirkeren med villfarelsesrisikoen, og så lenge bestiller ikke utsteder noen instruks kan ikke endringsreglene hjelpe. Tilvirkerens eneste pressmiddel er å true med å stanse arbeidet under henvisning til forutsetningssvikten, og med dette muligens oppnå en instruks fra selskapet, som igjen gir grunnlag for krav om endringsordre i henhold til NF 07 art. 16.1 og NS 8405 pkt. 23.2.²⁵⁷

Etter det som nå er sagt, kan man legge til grunn at kontraktene ikke gir svar for alle tilfeller av utilsiktede forhold som kan inntre under kontraktsavvikling og som har betydning for tilvirkerens utførelse av

forholdet var entreprenørens risiko.

²⁵⁴ Jf. Kaasen (2006) s. 315 i petit.

²⁵⁵ Jf. Sandvik (1966) s. 107.

²⁵⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 316.

²⁵⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 318.

arbeidet. Slik vi har sett kan dette allikevel løses gjennom endringsreglene dersom bestiller – etter å ha blitt varslet om situasjonen – utsteder instruks om hvordan tilvirkeren skal forholde seg. Dette forutsetter imidlertid at partene opptrer aktivt og lojalt, og ønsker en ryddig løsning på situasjonen. Hvis ikke kommer endringsreglene ikke til anvendelse og situasjonen må løses etter bakgrunnsretten. Det er ikke grunnlag for analogisk anvendelse av endringsreglene for andre situasjoner enn de som uttrykkelig er omfattet. For det er reglene av for positivrettslig karakter og anvendelsesområdet for tydelig avgrenset.²⁵⁸

9 Tilsvarende anvendelse – fungerer det?

Redegjørelsen har gjennomgått tre ulike praktiske tilfeller av utilsiktede endringer og hvordan disse reguleres i NS 8405 og NF 07. Det har blitt sett på hvordan de ulike forholdene kobles inn på endringsreglene, hvordan uenighet mellom partene reguleres og når forholdet gir krav på gjenoppsettende endring. Det har også blitt foretatt en kort behandling av reguleringen av andre risikoforhold.

I det følgende vil jeg foreta noen oppsummerende betraktninger rundt endringssystemet og hvorvidt systemet fremstår velegnet for tilsvarende anvendelse ved utilsiktede endringer. Formålet er primært å peke på styrken ved å anvende endringsreglene for disse tilfellene og påvise de svakhetene som har kommet frem gjennom drøftelsen.

Jeg vil starte med å knytte noen bemerkninger til redegjørelsen i pkt. 8. Deretter vil det foretas en mer generell vurdering av systemet.

I pkt. 8 ble det påvist at ikke alle risikoforhold som kan inntre i løpet av kontraktsavvikling omfattes av endringsreglene. I NS 8405 kan riktignok pkt. 24.1 og pkt. 25.2 begges litra c være hjemmel for krav på frist- og vederlagsjustering også for risikoforhold som ikke er direkte regulert i kontrakten, men i NF 07 finnes ingen tilsvarende bestemmelse.

I *NF 05* åpnet ordlyden i art. 16.1 for en tolkning hvor også andre ri-

²⁵⁸ Slik også Saga (2013) s. 37.

sikoforhold enn de spesifikt regulerte kunne kobles inn på endringsreglene. Fordi kravene til hva som ble ansett som en (formløs) instruks var svært vage, var det grunnlag for å likestille selskapets fastholdelse av leverandørens kontraktsforpliktelser – på tross av et inntrådt risikoforhold – med en stilltiende instruks om å utføre arbeid utover det som fulgte av den opprinnelige kontrakten. Tanken var at det inntrådte risikoforholdet modifiserte leverandørens kontraktsforpliktelser. Dermed innebar en fastholdelse av disse pliktene i realiteten et pålegg om å gjøre noe mer.²⁵⁹

I NF 07 begrenser art. 16.1 adgangen til å pålegge instruks gjennom å oppstille formkrav og kompetansekrav. Bakgrunnen for at art. 16.1 nå er snevret inn er selskapets behov for kostnadskontroll. I praksis arbeider ofte partene i integrerte team hvor det i fellesskap utledes løsninger for gjennomføringen av de ulike arbeidene. I slike arbeidsformer reflekteres det sjeldent over hvordan de løsningene man kommer frem til korresponderer med kontrakten. Dermed glemmer man også at løsninger som ligger utenfor leverandørens opprinnelige kontraktsforpliktelser gir rett til vederlags- og fristjustering. I NF 05 ble denne situasjonen omfattet av art. 16.1 og leverandøren hadde krav på endringsordre. I NF 07 vil ikke løsninger som fremgår muntlig i diskusjon mellom partene likestilles med instruks. Selskapet sikres derfor en mer effektiv økonomisk styring av prosjektet. Det er altså et budsjetteringsaspekt som ligger bak endringen i art. 16.1.

Det kan reises spørsmål ved hvorvidt de budsjetteringshensyn som førte til endringen i art. 16.1 burde vike for mer kontraktsoperative hensyn. Et komplett endringssystem vil man først ha dersom man omfatter samtlige risikoforhold som kan inntreffe. Dette kan gjennomføres på ulike måter. Ett alternativ er å åpne art. 16.1 igjen, slik at også formløse instruks gir krav på endringsordre. På denne måten får andre enn de spesifikt regulerte risikoforhold en inngangsport til endringsreglene. Et annet alternativ er å spesifikt regulere ethvert risikoforhold som kan inntreffe. Dette vil imidlertid kunne medføre vanskelige grensdragninger.

Etter min mening er det beste alternativet å innføre en «catch all»-

²⁵⁹ Kaasen la til grunn et slikt standpunkt i tilknytning til endringsreglenes forhold til læren om bristende forutsetninger under NF 05, se Kaasen (2006) s. 318.

bestemmelse som åpner for at alle risikoforhold som gir leverandøren grunnlag for å pretendere et krav på gjenopprettende endring omfattes av endringsreglene.²⁶⁰ Bestemmelsen burde ta høyde for de risikoforhold som allerede er spesifikt regulert. Dette kan skje gjennom en positiv eller negativ avgrensning. Ettersom de allerede regulerte risikoforhold har et klart definert og positivt avgrenset område, vil det være naturlig å foreta en *negativ avgrensning* av en «catch all»-bestemmelse.

Dette vil tilsynelatende minne om reguleringen i NS 8405 pkt. 24.1 og 25.2 begges litra c. Men i NF 07 vil det være naturlig om en slik bestemmelse tar utgangspunkt i leverandørens krav på endringsordre, ikke i kravet på vederlags- og fristjustering slik det er gjennomført i NS 8405.

Selv om endringssystemet ikke omfatter alle risikoforhold, kan man – for de forhold som er omfattet – generelt konkludere med at den tilsvarende bruken av endringsreglene fremstår hensiktsmessig. Selv om det i hovedsak er bestiller som har interesse i utstedelsen av en styrende endringsordre og tilvirkeren er den som har interesse i en gjenopprettende endring, fremstår endringsreglene som et egnet kontraktsverktøy for begge typer forhold. Dette fordi reguleringen tar konsekvensen av at interessene nå er annerledes, ved å legge opp til at det hele tiden er tilvirkeren som skal kreve endringsordre eller fristforlengelse når utilsiktede forhold måtte inntreffe. Det vil alltid være mest effektivt at den som har interesse i påberopelsen også må hevde denne rett. At dette må skje innen preklusive frister er også avgjørende for at reguleringen skal få sin tiltenkte effekt og for å unngå at tvister får unødig påvirkning på fremdriften i prosjektet. Preklusjon kan riktignok lede til et urimelig resultat i det enkelte tilfelle. Dette hensynet må imidlertid være underordnet den generelle rimelighet systemet gir.

I tillegg er det vanskelig å se for seg en alternativ reguleringsmåte av de ulike risikoforhold, som i like stor grad ivaretar de behovene som oppstår. Endringsreglene oppnår i stor grad å ivareta bestillers vitale interesse i at fremdriften sikres, samtidig som de gir den fleksibilitet som forholdene krever. Videre ivaretar reglene tilvirkerens behov for forutberegnelighet og gjenopprettelse i form av klare regler om justering i tid

²⁶⁰ Slik også Barbo, s. 366.

og vederlag. Reglene sørger også for at eventuell uenighet mellom partene blir avgjort så raskt som mulig.

Med unntak av Force Majeure-situasjonen i NF 07, hvor det er begge parter som kan rammes, samsvarer reguleringen godt med partenes interesser. Ved Force Majeure fremstår reguleringen noe mindre gjennomtenkt. At det er leverandøren som må kreve fristforlengelse når selskapet rammes av Force Majeure, og selskapet kan unnlate å varsle om dette uten sanksjoner, fremstår i alle fall teoretisk sett uheldig.

Reguleringen korresponderer heller ikke med det praktiske liv dersom man tar utgangspunkt i hvordan situasjonen vil materialisere seg overfor leverandøren. Som vi så ovenfor i pkt. 5.3 vil et Force Majeure-tilfelle på selskapets hånd, forutsatt at det ikke varsles, komme til uttrykk overfor leverandøren som en forsinkelse av en fastsatt frist. Det eneste leverandøren blir klar over er at tegninger, materialer eller annet ikke blir levert på det avtalte tidspunkt. Hvorvidt dette skyldes en Force Majeure-situasjon eller et alminnelig mislighold på selskapssiden, er i utgangspunktet irrelevant for ham. Det avgjørende for ham er at leveransen er forsinket og at han nå trenger mer tid og/eller penger for å utføre sine forpliktelser etter kontrakten. Dertil kommer at varslingsfristene er ulike og etter Force Majeure-bestemmelsen mye lengre. I og med at situasjonene fremstår like overfor leverandøren vil den lengre fristen gi en tilfeldig fordel som ikke kan begrunnes i de faktiske forhold.

Rettsvirkningene ved selskapets Force Majeure eller mislighold er heller ikke nevneverdig forskjellig, bortsett fra at kravet på å bli holdt økonomisk skadesløs ikke kan prekluderes ved Force Majeure-tilfellene. Dette antas å være en utilsiktet glipp i reguleringen som ingen av partene har noen interesse i å opprettholde.²⁶¹ Dermed kan heller ikke rettsvirkningene begrunne et behov for to forskjellige bestemmelser.

Både praktisk og pedagogisk er det uheldig at reguleringen tilsynelatende legger opp til to alternative varslingsveier. Poenget er at en regu-

²⁶¹ For leverandøren vil det selvsagt være et gode at kravet ikke kan prekluderes, men dette kan vanskelig sies å være en beskyttelsesverdig interesse. Det fremstår klart at kontrakten søker å danne et system hvor samtlige krav på grunn av endringer skal være gjenstand for preklusjon.

lering hvor det er den som har en interesse i den gjenopprettende endring, er den som må påberope slik endring, forutsetter at den interesserte faktisk er klar over at det foreligger en endring. Derfor mener jeg at man ikke har behov for en egen bestemmelse som regulerer selskapets Force Majeure, men at man kan nøye seg med bestemmelsen i art. 27 som regulerer selskapets mislighold.

Hva gjelder endringsreguleringen i NS 8405, har avhandlingen vist at den har et godt system for å sikre at uenighet mellom partene får en rask avklaring. Dette knytter seg særlig til bestemmelsen i pkt. 23.3 (2), som pålegger byggherren en preklusiv frist for å besvare entreprenørens krav på endringsordre. Reguleringen legger press på byggherren og sikrer at entreprenøren får en rask avklaring av sin arbeidsplikt og tilhørende krav på justering. For de utilsiktede endringene er det imidlertid bare pålegg fra offentlig myndighet som likestilles med alminnelige endringer og derfor faller inn under denne bestemmelsen. Det er en konsekvens av at andre risikoforhold kobles inn på endringssystemet gjennom «bakveien»; man går rett til rettsvirkningene.

At det utelukkende er justeringsbestemmelsene som får tilsvarende anvendelse for andre risikoforhold, innebærer at pkt. 23.3 (2) ikke gjelder for disse tilfellene. Justeringsbestemmelsene har imidlertid også preklusive frister, både for entreprenørens krav og for byggherrens svarplikt. Dermed sikrer man også her at entreprenøren får rask avklaring selv om byggherren er motvillig, jf. pkt. 24.7 og pkt. 25.5. Dersom byggherren på den andre siden avslår et krav på fristjustering kommer ikke pkt. 26.1 til anvendelse. Bestemmelsen pålegger arbeidsplikt ved omtvistet endringsordre, men gjelder utelukkende for forhold som anses som endringer i henhold til kontrakten. I pkt. 24.8 gis imidlertid entreprenøren en arbeidsrett, i form av retten til å forsere, ved avslag på fristjusteringskrav. Viser det seg at avslaget var uberettiget får entreprenøren dekket forseringskostnadene. Dette innebærer at det i realiteten ikke er noe tap at utilsiktede endringer ikke likestilles med alminnelige endringer i NS 8405.

Den pedagogiske verdien som ligger i at alle krav kobles inn på endringsreglene gjennom et krav om endringsordre mister man imidlertid

når man sonderer mellom tilfellene på denne måten. Denne verdien bør ikke undervurderes og NF 07 er på dette punkt både kontraktsteknisk og kontraktsadministrativt lettere håndterlig.²⁶² At koblingen knytter seg til begrepet endringsordre kan riktignok være i strid med partenes intuisjon og passer formodentlig heller ikke så godt med den faktiske situasjonen, når det er snakk om en utilsiktet endring. Dette kunne man imidlertid lett kunne forandret på gjennom å endre selve begrepet, for eksempel ved å kalle det «endringsnøkkel» («Variation Key»). Et begrep som muligens bedre reflekterer det mekanismen faktisk representerer.

Hva gjelder endringsreguleringen i NF 07 mangler preklusive frister for selskapet både hvor den inntrådte endringen er en tradisjonell endringsordre og et risikoforhold av utilsiktet art. NF 07 har heller ikke andre bestemmelser som effektivt kan sikre at selskapet besvarer leverandørens krav på endringsordre. Konsekvensen er at leverandøren kan bli stående med villfarelsesrisikoen og selv må avgjøre hvordan han skal forholde seg til endringen. Dersom leverandøren velger å fastholde sitt standpunkt og eksponere seg for et eventuelt forsinkelsesansvar, vil det gå utover fremdriften i prosjektet. Velger leverandøren på den annen siden å forsere, risikerer han selv å måtte bære utgiftene for dette. For selskapets del innebærer dette at det til en viss grad mister styringen med prosjektet og at det ikke får noen oppfordring til å lage effektive rutiner. Og selv om selskapet får erstatning i form av dagmulkt dersom leverandøren velger å fastholde et krav det senere viser seg at var uberettiget, har fremdriften nå blitt forsinket. Med andre ord er det en situasjon som ingen av partene er tjent med.

Etter min mening kunne dette vært avhjulpet gjennom innføring av en «deemed»-regel, som gjør selskapets svarfrist preklusiv.²⁶³ Det er imidlertid tilstrekkelig om en slik regel fører til at manglende overholdelse av svarplikten innebærer at *omtvistet endringsordre* anses utstedt. Med andre ord er det ikke behov for en regel på linje med NS 8405 pkt. 23.3 (2) som gjør *alminnelig endringsordre* virkningen av byggherrens manglende svar. Fordi endringsordre gir direkte krav på frist- og vederlags-

²⁶² Jf. Kaasen (2009) s. 59.

²⁶³ Slik også Kaasen (2009) s. 62-63.

justering i NF 07 vil en tilsvarende regel straffe selskapet hardere enn den vil byggherren i NS 8405.²⁶⁴ I NS 8405 er riktignok endringsordren også ett av flere grunnlag for krav på justering, men der er også disse kravene underlagt preklusive varslingsfrister.²⁶⁵

Kaasen tar til orde for en regulering med ubetinget arbeidsplikt for tilvirkeren, uansett hvilke endringer i forutsetningene for arbeidet han måtte stå overfor.²⁶⁶ Denne løsningen vil kunne være et alternativ til den nevnte «deemed»-regel, med unntak for at den i seg selv ikke gir grunnlag for vederlags- og tidsjustering. Fordelen med en slik ubetinget arbeidsplikt er at man sikrer fremdriften også i tiden *før* en eventuell preklusiv svarfrist er utløpt. Dermed kan en slik regel være et supplement til en «deemed»-regel og også aktuell for NS 8405 sitt vedkommende. På den annen side ville dette innebære en stor omlegging av kontraktens grunnleggende bestemmelser om hvilke forhold som skaper arbeidsplikt.²⁶⁷ I tillegg er det ikke alltid forsering er det adekvate tiltaket. Visse forhold krever omlegging av kontraktsforpliktelsene. Da er det opp til bestiller å avgjøre hvordan dette skal skje. Derfor må bestiller uansett varsles, og han må gis en viss tid til å fatte en avgjørelse. Dermed faller man tilbake på de samme virkningene som en «deemed»-regel vil ha: arbeidsplikt dersom bestiller ikke svarer innen en preklusiv frist og krav på justering i tid og pris.

Konklusjonen må etter dette være at endringsreglene utgjør et egnet verktøy for regulering av utilsiktede endringer. Allikevel er det to forhold som gjør at endringsreglene ikke fungerer optimalt. For det første sørger ikke kontraktene for at alle forhold av betydning for utførelsen av arbeidet blir fanget opp av endringssystemet. For det andre – og viktigere – tvinger ikke systemet i NF 07 fram en rask avklaring av tilvirkerens arbeidsplikt og av hans krav på justering i tid og pris. Det vil være i begge parter

²⁶⁴ Jf. Hyldmo (2010) s. 113 i fotnote 308.

²⁶⁵ Det er likevel ingen opplagte grunner til at preklusjon av byggherrens svaralternativer skal føre til alminnelig endringsordre i NS 8405 heller.

²⁶⁶ Jf. Kaasen (2009) s. 64, slik også Saga (2013) s. 59-60.

²⁶⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 227, som også påpeker at dette ville kreve et kompensasjonssystem på siden av endringsordresystemet. Noe som NS 8405 for så vidt allerede inneholder.

interesse at reguleringen sikrer slik avklaring. Usikkerhet knyttet til hva tilvirkeren skal foreta seg vil kunne påføre partene unødvendig økonomisk tap.²⁶⁸ Etter min mening burde man derfor søke å tette igjen disse hullene.

²⁶⁸ Jf. Saga (2013) s. 58.

Litteraturliste

Lovgivning

- 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.
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenestelova) av 16. juni 1989 nr. 63
- 1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.

Rettspraksis

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2011 s. 670

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2009 s. 160

Rt. 2000 s. 806

Rt. 1999 s. 922

Rt. 1999 s. 878

Rt. 1917 s. 673

Petrlus 1997/1+2 s.1 Dom i Stavanger byrett av 17. juni 1993

Litteratur

Askheim, Lars Olav, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper. *Kontrakter i petroleumsvirksomheten*. Oslo, 1983.

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

- Bjaaland, Marianne Raa og Jan-Erik Nielsen. *Eiendomsprosjekter en praktisk juridisk håndbok*. Oslo, 2010.
- Borchsenius, Fredrik Charlo. *Norsk fabrikkasjonskontrakt 1987 – en kommentar*. Oslo, 1989. (MarLus ; nr. 172)
- Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. Oslo, 2002.
- Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett utvalgte emner*. Oslo, 1997.
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.
- Hansen, Ole. *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem – modsætningsforhold eller fælleskab?* København, 2008.
- Harris, Sam E. *Nedre terskel for tillegg til kontraktens priser – særlig ved enhetspriser*. I: På rett grunn – festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 229-246.
- Holth, Julie Cathrine. *Prosjekteringsrisiko – en sammenligning av rådgiver og totalentreprenørs prosjekteringsforpliktelser*. Masteroppgave (60 sp) – Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2010. (Sisert fra www.duo.uio.no)
- Hyldmo, Kristine Winsnes. *Iverksettelse av akselerasjonstiltak etter NS 8405 og NF 07*. Masteroppgave (60 sp) - Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2010. (Klausulert). MarLus 432, 2012.
- Jansen, Jan B og Joachim M Bjerke. *Norwegian Petroleum Taxation – An Introduction*. I: Articles in Petroleum Law. Oslo, 2011. (MarLus ; nr. 404)
- Kaasen, Knut. *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter*. I: Tidsskrift for Forretningsjuss. 2009, s. 48-70 (Sisert fra Lovdata)
- Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentar til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.
- Kaasen, Knut. *Dynamisk kontraktsrett – et fruktbart grep?* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2005, s. 237-263. (Sisert fra Lovdata)
- Kaasen, Knut. *Tidsproblemet i tilvirkning*. I: Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. aug 1997. 1997, s. 607-621. (Sisert fra Lovdata)

- Kaasen, Knut. *Fabrikasjonskontrakten: Utvikling under avvikling av kontraktsforholdet*. I Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus. 1988, s. 309-324. (Sisert fra Lovdata)
- Kolrud, Helge Jakob. *Hvilke krav bør stilles til en god endringsbestemmelse? I: Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*. København, 2009, s. 151-162.
- Krokeide, Kjetil. *Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet - særlig i langsiktige kontraktsforhold*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1977, s. 569-649. (Sisert fra Lovdata)
- Lilleholt, Kåre. *Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side*. I: Håkonarmål. 2004, s. 33-40. (Universitetet i Bergen)
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2010.
- Mestad, Ola. *Mangelsreguleringa i norsk fabrikkasjonskontrakt 1992*. I: Jussens Venner 1999 s. 272.
- Mestad, Ola. *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Oslo, 1991.
- NS 8405 Kommentarutgave*. Helge Jakob Kolrud...[et al.] Oslo, 2004.
- Petterson, Nils- Henrik. *Plunder og heft*. I: På rett grunn – festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 347-363.
- Saga, Kristian. *Risikoreguleringen i komplekse tilvirkningskontrakter*. Oslo, 2013. (Marlus ; nr. 416)
- Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.
- NS 3401 Sandvik, Tore. Kommentar til NS 3401*. Bergen. 1977.
- Tvedt, Odd R. og Herman Bruserud. *Entreprenørens kontraktsoppfyllelse – ”oppfyllellesteskler”*. I: På rett grunn – festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 430-452.
- Tørum, Amund Bjøranger. *Sammenlignende analyser av fabrikkasjon og entrepriser*. I: På rett grunn – festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 453-489.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, 2012.

NOU 1999:11 *Analyse av investeringsutviklingen på kontinentalsokkelen*.

Rapport fra Oljedirektoratet til Olje- og energidepartementet om fem ulike feltutbyggingsprosjekter på norsk sokkel, av oktober 2013.

Link: <http://www.npd.no/no/Publikasjoner/Rapporter/Vurdering-av-gjennomforte-prosjekter-pa-norsk-sokkel/> (Sist lest 07.11.2013)

Rapport fra styringsgruppen oppnevnt ved Kongelig resolusjon av 16. mars 1979. *Kostnadsanalysen norsk kontinentalsokkel Del II – Utbyggingsprosjektene på norsk sokkel*. Rapport avgitt til Olje- og energidepartementet 29. april 1980.

Standard Norges vedtekter. Link: <http://www.standard.no/no/Om-oss/Standard-Norge/Vedtekter/> (Sist lest 07.11.2013)

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

- | | | |
|-----|--|--|
| 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 Huitfeld. 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. |
| 432 | HYLDMO, Kristine | Iverksettelse av akserelasjonstiltak etter NS 8405 og NF 07. 2014. 138 s. |
| 433 | MELDAHL, Håkon
Stalheim | Prosjekt og utbygging på egen risiko – ”sole risk”. Ein analyse av reglane om utføring av prosjekt og utbygging på eigen risiko i petroleumsverksemda på norsk kontinentalsokkel. 2014. 121 s. |

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

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

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

