

# Varsling og preklusjon ved endringer i NS 8405:2008



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 659

Leveringsfrist: 26. April 2010

Veileder: Heikki Giverholt

Til sammen 15 185 ord

25.04.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema .....	1
1.2	Hva er NS 8405:2008? .....	3
1.3	Avgrensning .....	4
1.4	Metode og kilder .....	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>REDEGJØRELSE FOR VARSLINGSREGLENE</u></b> .....	<b>7</b>
2.1	Varslings- og preklusjonsreglene – Hensyn og formål .....	7
2.2	Påberopelse av for sent varsel – pkt 8, 3. ledd .....	8
2.3	Entreprenørens plikt til å varsle .....	10
2.3.1	Hva må varsles? .....	10
2.3.1.1	Avgrensning mot endringsordre .....	12
2.3.1.2	Hva ligger i uttrykket ”pålegg om en ytelse” .....	14
2.3.1.3	Må arbeidspålegget være skriftlig? .....	15
2.3.2	Varslingsfristen .....	16
2.3.2.1	Fristens utgangspunkt .....	16
2.3.2.2	Hvor lang er fristen? .....	18
2.3.2.3	Fristavbrudd .....	22
2.3.3	Form- og innholds krav til varselet .....	22
2.3.4	Konsekvens av unnlatt eller for sent varsel .....	23
2.4	Byggherrens svarplikt .....	25
2.4.1	Hva må varsles? .....	25
2.4.2	Krav til varselet .....	27
2.4.3	Varslingsfristen .....	29
2.4.3.1	Fristens utgangspunkt .....	29

2.4.3.2	Hvor lang er fristen? .....	29
2.4.3.3	Fristavbrudd.....	31
2.4.4	Konsekvens av unnlatt varsel .....	31
<b>3</b>	<b><u>ER PREKLUSJONSREGLENE ABSOLUTTE? .....</u></b>	<b>32</b>
<b>3.1</b>	<b>Utgangspunktet: preklusjon.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2</b>	<b>Betydningen for bevisbyrde/tvilsrisiko.....</b>	<b>32</b>
<b>3.3</b>	<b>Avkall på å påberope reglene.....</b>	<b>33</b>
<b>3.4</b>	<b>Konkludent atferd.....</b>	<b>33</b>
3.4.1	Vurderingstemaet .....	35
3.4.2	Momenter i vurderingen.....	36
3.4.2.1	Hypighet av tilfeller der standarden fravikes.....	36
3.4.2.2	Formål og hensyn bak varslingsreglene.....	36
3.4.2.3	Partenes profesjonalitet/størrelse .....	37
3.4.2.4	Store og komplekse prosjekter.....	39
3.4.2.5	Omstendigheter ved vedtakelse av standarden og betydningen for konkludent atferd.....	40
3.4.2.6	Samarbeidsklimaet mellom partene.....	41
3.4.2.7	Ensidig/gjensidig avkall .....	41
<b>3.5</b>	<b>Illojalitet.....</b>	<b>42</b>
<b>3.6</b>	<b>Avtaleloven § 36.....</b>	<b>44</b>
	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b>49</b>
<b>4</b>	<b><u>VEDLEGG.....</u></b>	<b>1</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

I svært mange større bygge- og anleggsprosjekter vil det være behov for endringer underveis i prosjektet. En viktig grunn til dette er at det ved kontraktsinngåelsen kan være vanskelig å forutse og fastlegge alle forhold som har betydning for prosjektet.<sup>1</sup> Byggherrens behov kan for eksempel endres underveis i prosjektet, offentlige pålegg kan gjøre endringer nødvendig, eller byggherren kan av ulike årsaker ønske andre løsninger enn det som opprinnelig ble avtalt mellom partene.

Med bakgrunn i dette behovet gis byggherren i standardavtalene for bygg- og anleggsbransjen en svært vidtgående mulighet til å pålegge entreprenøren å utføre arbeid som ikke er del av den opprinnelige kontrakten. Det kan være tale om fradrag eller tillegg til det som følger av den opprinnelige kontrakten, at det skal ytes noe i stedet for den opprinnelige kontrakten eller en endring av ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse. For alle disse tilfellene er det tale om ”endringer” i standardens forstand.

Ønsker byggherre å pålegge entreprenøren noe som ikke følger av den opprinnelige kontrakten, er utgangspunkt at det skal utstedes en skriftlig endringsordre. En endringsordre skal gi beskjed om at det kreves en endring, samt hva endringen går ut på. Endringer i form av arbeidspålegg som blir gitt på andre måter enn ved en skriftlig endringsordre kalles irregulær endringsordre.<sup>2</sup> En irregulær endringsordre kan være nærmest et hvilket som helst pålegg fra byggherren om å utføre et arbeid. Når det blir gitt en slik irregulær endringsordre, aktualiseres varslingsreglene. Entreprenøren må da varsle byggherren innen en gitt frist om at han anser arbeidspålegget som en endring. Dersom byggherren er uenig i at arbeidspålegget er utenfor det opprinnelig avtalte, må han avslå entreprenørens krav. Hovedgrunnen for at det må varsles er for å avklare

---

<sup>1</sup> Marthinussen (2006) s. 289

<sup>2</sup> jfr. Overskriften i NS 8405:2008 pkt 23

mellom partene om det foreligger en endring.<sup>3</sup> I tilfeller der det utstedes endringsordre er varsling unødvendig. Partene vil da være enig i at det foreligger en endring av opprinnelig kontrakt. Byggherren har allerede erkjent at det er tale om en endring ved endringsordren og entreprenøren vil neppe være uenig i det.

Varslingsfristene ved endringer er preklusive. Kort fortalt innebærer preklusjon tap av rett til å gjøre krav gjeldende uavhengig av om kravet materielt sett er berettiget. For entreprenøren medfører for sent varsel om at arbeidspålegget innebærer en endring at han taper retten til å påberope at pålegget innebærer en endring. For sent svar fra byggherren på entreprenørens varsel medfører at arbeidspålegget anses som en endring av den opprinnelige kontrakten. En endring vil kunne gi rett til vederlagsjustering eller fristforlengelse. Når retten til å påberope at det foreligger en endring tapes, ser man at unnlatt varsling kan medføre at den som misligholder varslingsplikten risikerer å måtte bære de økonomiske konsekvensene. Men det er viktig å understreke at endringer ikke nødvendigvis behøver å innebære økning av vederlaget eller forlengelse av frist for ferdigstilling. Endringene kan være uten slike konsekvenser, eller vederlaget kan reduseres dersom endringen gjør byggeprosjektet rimeligere.

Reglene om varsling i standardavtalene som benyttes i bygg- og anleggsbransjen er altså svært formalistiske og kan få store økonomiske konsekvenser for partene. Likevel er det en kjensgjerning at en god del aktører i bransjen ikke alltid er like nøye med å forholde seg til regelverket. Selv om preklusjonsreglene i standarden er uten unntak, ser man en tendens i rettspraksis til at domstolene i en del tilfeller er tilbakeholdne med å konstatere preklusjon. Dette er særlig tilfelle der partene ikke har forholdt seg til standarden i særlig grad. I denne oppgaven, som tar for seg varsling og preklusjon ved endringer, vil det derfor være naturlig å redegjøre for ulike grunnlag for fravikelse av dette regelverket. Domsgrunnene i saker som omhandler slik fravikelse er ofte nokså knappe. I mange tilfeller vises det kun til at partene ikke har forholdt seg til standarden og til rimelighetshensyn. I oppgavens pkt. 3 er det derfor lagt stor vekt på hvor terskelen for fravikelse ligger, og hvilke momenter som er relevante i vurderingen.

---

<sup>3</sup> De liknende bestemmelsene i NS 3430 pkt 23 hadde overskriften "uenighet om det foreligger en endring".

## 1.2 Hva er NS 8405:2008?

NS 8405:2008 er en standardavtale utarbeidet av en komité, oppnevnt av Standard Norge, bestående av organisasjoner på byggherre- og entreprenørsiden. Dette er en revidert utgave av NS 8405 som kom ut i 2004. Videre i oppgaven vil standarden fra 2008 benevnes som NS 8405. Der det vises til utgaven fra 2004 vil dette presiseres.

Standarden er egnet for bruk i kontraktsforhold der entreprenøren påtar seg å utføre et bygg- og anleggsprosjekt for byggherren, og hvor byggherren står for det vesentlige av prosjekteringen.<sup>4</sup> Standarden er dermed egnet for såkalte utførelsesentrepriser. For totalentrepriser er NS 3431 bedre egnet.

Videre følger det av NS 8405 pkt. 1 at standarden er egnet der ”prosjektets omfang eller organisasjon tilsier behov for formaliserte varslingsregler med strenge konsekvenser (preklusjon) for unnlatt varsling, eller utstrakt plikt til samordning med alle aktørene i prosjektet”. Dette betyr at standarden normalt er egnet i større prosjekter med mange involverte entreprenører.<sup>5</sup> For mindre og enklere prosjekter er NS 8406 bedre egnet, og i underentrepriseforhold er NS 8415 bedre egnet. Standarden er ikke egnet i forbrukerforhold, da det i slike avtaleforhold ikke kan avtales vilkår som stiller forbruker dårligere enn det som følger av bustadoppføringslova.<sup>6</sup>

Videre er det klart at standarden må være avtalt mellom partene for at regelverket skal komme til anvendelse.<sup>7</sup> Og dersom standarden er avtalt mellom partene, vil den komme til anvendelse, med unntak av i forbrukerforhold, selv om den i utgangspunktet ikke er egnet i det aktuelle avtaleforholdet. Det at partene burde benyttet en annen standardavtale kan kanskje spille inn som et moment ved tolkningen av standarden,

---

<sup>4</sup> Jfr. NS8405:2008 pkt. 1

<sup>5</sup> Marthinussen (2006) s. 58

<sup>6</sup> jfr. Bustadoppføringslova § 3 første ledd.

<sup>7</sup> Enkelte prinsipper kan oppstilles på deklatorisk grunnlag, og vil komme til anvendelse i et hvert avtaleforhold.

men det klare utgangspunktet er at den avtalte standarden kommer til anvendelse slik den er avtalt mellom partene.

### 1.3 Avgrensning

Oppgaven tar for seg varslingsreglene ved endringer etter NS 8405. Virkningene av unnlatt eller for sent varsel blir også behandlet. Dersom varslingsreglene er overholdt blir neste spørsmål om det kan kreves vederlagsjustering eller fristforlengelse. Her finnes det også varslingsregler, men dette vil ikke være tema i denne oppgaven.

Videre er det kun reglene NS 8405 annen utgave som blir behandlet i denne oppgaven. Likevel vil redegjørelsene ha stor overføringsverdi til andre standardavtaler.

Varslingsreglene og de preklusive konsekvensene er svært like i flere av standardavtalene. Grunnen til at NS 8405 er valgt som tema er at dette er den nyeste standarden som Standard Norge anbefaler partene i byggebransjen å benytte. I tillegg vil behandling av alle standardene fort kunne bli svært mye opplisting av standardenes bestemmelser. Overføringsverdien til andre standarder gjelder særlig oppgavens pkt. 3 om fravikelse av varslings- og preklusjonsreglene, da store deler av redegjørelsen omhandler generell avtalerett.

### 1.4 Metode og kilder

I dette avsnittet vil det bli redegjort for rettskildemessige forhold av betydning for varslings- og preklusjonsreglene ved endringer i NS 8405. Det vil altså ikke bli foretatt noen uttømmende generell rettskildevurdering av entrepriseretten.

I utgangspunktet vil ikke bestemmelsene i NS 8405 komme til anvendelse i avtaleforhold med mindre dette er avtalt mellom partene. Flere av prinsippene i standarden er imidlertid godt innarbeidet i bransjen og er å anse som alminnelig entrepriserett. Disse prinsippene vil komme til anvendelse i avtaleforhold selv der standarden ikke er avtalt mellom partene. Det er derimot antatt at varslings- og

preklusjonsreglene ved endringer ikke kan oppstilles på deklarasjonsgrunnlag, slik at disse reglene må avtales mellom partene for å komme til anvendelse i avtaleforholdet.<sup>8</sup>

Utgangspunktet ved tolkning av standardavtaler er en objektiv og naturlig språklig forståelse av standardens bestemmelser. Dette gjelder særlig for standardavtaler som tar rimelig hensyn til begge parter sine interesser.<sup>9</sup> Som for de fleste andre standardavtalene utarbeidet av komiteer oppnevnt av Norsk Standard, foreligger det ikke tilgjengelige forarbeider. Ved lovtolkning henviser domstolene ofte til lovens forarbeider, og undertiden vil forarbeidene kunne ha utslagsgivende effekt.<sup>10</sup> En naturlig konsekvens av at det ikke foreligger tilgjengelige forarbeider er at det må legges større vekt på ordlyden i standardens bestemmelser.

Også formålsbetraktninger vil ha betydning ved tolkning av standardens bestemmelser. Høyesterett har i mange avgjørelser lagt stor vekt på formålsbetraktninger ved tolkning av avtaler.<sup>11</sup> Tolkningsoalternativer som står i strid med formålet vil sjelden forekomme.<sup>12</sup> I en Høyesterettsdom fra 1984<sup>13</sup> uttalte retten:

*En forståelse som på denne måten motvirker det totalresultat klausulen nettopp skulle sikre, finner jeg unaturlig.*

Det kan kanskje diskuteres om standardavtalene bør tolkes mer på samme måte som lover enn avtaler.<sup>14</sup> Men uansett om dette er tilfelle, vil formålsbetraktninger og hensyn bak regelverket spille inn ved tolkningen.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Barbo (1997) s. 180 og Marthinussen (2006) s. 51, se dog LH-1999-522

<sup>9</sup> Woxholth (2003) s. 463

<sup>10</sup> Eckhoff (2001) s. 79

<sup>11</sup> Se f. eks Rt 1987 s. 1223, Rt 1988 s. 570, Rt 1991 s. 220

<sup>12</sup> Woxholth (2001) s. 445

<sup>13</sup> Rt 1984 s. 785. Uttalelsene fra dommen er i forbindelse med tolkning av en entreprisekontrakts bestemmelser om regulering av kontraktsprisene på grunnlag av endringer i lønnsnivået sammenholdt med forskrifter om pristoppregler.

<sup>14</sup> Woxholth (2001) s. 462

<sup>15</sup> Eckhoff (2001) s. 104



Annen utgave av NS 8405 er fra 2008, og det foreligger følgelig svært beskjedne mengder juridisk litteratur og rettspraksis som omhandler denne standarden. Endringsbestemmelsene i forgjengerne, særlig NS 3430 og NS 8405 første utgave, er imidlertid nokså like som annen utgave av NS 8405. I tillegg foreligger det blant annet standarder for underentreprise<sup>16</sup>, totalentreprise<sup>17</sup> og forenklet bygg- og anleggskontrakt<sup>18</sup> med likhetstrekk til NS 8405 annen utgave. Rettspraksis og juridisk litteratur fra disse standardene vil derfor ha betydelig interesse for fortolkningen av denne standarden. I tillegg finner man varslingsregler i flere andre bestemmelser<sup>19</sup> i standardene som kan være retningsgivende for varslings ved irregulære endringsordre. Det foreligger ingen høyesterettsdommer med prinsipielle uttalelser vedrørende varslings- og preklusjonsreglene ved irregulære endringsordre. I denne oppgaven er det derfor for det meste vist til underrettspraksis. I en høyesterettsdom fra 2009<sup>20</sup> behandlet Høyesterett varslings ved byggherrens uriktige opplysninger om grunnforhold. Uttalelsene om fristutgangspunkt er generelle i formen og kan ha overføringsverdi til andre standarder og bestemmelser. Når det gjelder juridisk litteratur kan nevnes kommentarutgaver til NS 3430<sup>21</sup> og NS 8405<sup>22</sup> og doktoravhandlingen til Jan Einar Barbo fra 1997.<sup>23</sup>

Det formalistiske varslingsystemet ved endringer er basert på prinsipper fra offshorekontraktene.<sup>24</sup> Endringssystemet i NS 8405 ligger tett opp til løsningen som er valgt i NF 05 og NTK 05<sup>25</sup>. Voldgiftspraksis<sup>26</sup> og litteratur fra dette rettsområdet vil dermed også kunne ha relevans ved fortolkningen av NS 8405. Verdt å nevne i den

---

<sup>16</sup> NS 8415 – Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider

<sup>17</sup> NS 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise

<sup>18</sup> NS 8406 – Forenklet norsk bygge og anleggskontrakt

<sup>19</sup> F.eks varslings ved fristforlengelse, vederlagsjustering, mangler, sluttoppgjør etc.

<sup>20</sup> Rt 2009 s. 160

<sup>21</sup> Kolrud (1992)

<sup>22</sup> Marthinussen (2006) og Kolrud (2004)

<sup>23</sup> Barbo (1997)

<sup>24</sup> Marthinussen (2006) s. 50

<sup>25</sup> Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005 og Norsk totalkontrakt 2005

<sup>26</sup> Utvalgt voldgiftspraksis fra petroleumsretten er inntatt i PetrIus

sammenheng er Knut Kaasens ”Petroleumskontrakter – med kommentarer til NF 05 og NTK 05”.

Kilder fra alminnelig avtale- og kontraktsrett vil i tillegg være relevant. Dette gjelder særlig i forhold til tilsidesettelse av varslings- og preklusjonsreglene i medhold av avtaleloven § 36, konkludent atferd og illojalitet. På dette området finnes det mye rettspraksis og juridisk litteratur. Verdt å nevne er Hagstrøms Obligasjonsrett fra 2003.<sup>27</sup>

## **2 Redegjørelse for varslingsreglene**

### **2.1 Varslings- og preklusjonsreglene – Hensyn og formål**

Et grunnleggende mål ved utforming av reglene er at det skal bygges og leveres i henhold til avtalt tid og pris.<sup>28</sup> For entreprenøren er det klart at han vil ha betalt fullt ut for det arbeidet som er bestilt, mens byggherre selvfølgelig ikke ønsker å betale ekstra for arbeid som i utgangspunktet er omfattet av kontrakten. Utgangspunktet er også klart; endringer som får vederlagskonsekvenser gir også partene krav på justering av vederlaget. Preklusjon av slike rettigheter må dermed begrunnes i behovet for en ryddig kontraktsadministrasjon.<sup>29</sup>

Varslingsregler med korte frister vil fremtvinge avklaring på et tidlig stadium i byggeprosjektet. Tidlig avklaring vil sikre at partene kan ivareta egne posisjoner og dokumentasjon.<sup>30</sup> Fremsettes krav om endringsordre, vil byggherren kanskje reversere arbeidspålegget som danner grunnlag for endringsordrekravet, ta annet arbeid ut av

---

<sup>27</sup> Hagstrøm (2003)

<sup>28</sup> Kaasen (2009) s. 50

<sup>29</sup> Kaasen (2006) s. 426

<sup>30</sup> Kaasen (2009) s. 4

kontrakten, velge billigere løsninger på andre deler av prosjektet, etc. Byggherren vil kunne miste denne muligheten om det ikke varsles eller varsles sent.

Tar det lang tid før kravene blir fremmet kan det bli vanskeligere å avgjøre om kravene er materielt berettiget. Forsinkelser og endringer vil ofte få økonomiske ringvirkninger, og tar det lang tid før kravene blir fremmet kan det bli problematisk å avgjøre hvem eller hva som er årsak til dette. Det at partene ikke har forholdt seg til standardens formalia, kan kanskje være en av årsakene til at entrepriseraker som kommer for retten ofte blir omfattende, og ofte ender med at partene må bære egne saksomkostninger. Varslingsreglene vil kunne bidra til klare linjer og færre uenigheter mellom partene. Dette vil igjen kunne bidra til økt produktivitet og sunnere økonomi i prosjektene.

Formalistiske regler uten unntak vil kunne slå urimelig ut i enkelte tilfeller. For entreprenøren kan det kanskje fremstå urimelig om han må utføre omfattende arbeid uten å få betalt for dette kun fordi varslingsreglene ikke er overholdt. Dette vil særlig være tilfelle dersom begge parter i utgangspunktet aldri var uenige om at det forelå en endring av avtalen. Fordelen med slike regler er at partene tvinges til å følge standardens formalia i alle tilfeller. Klare regler vil også kunne virke prosessdempende. Urimeelige følger vil i tillegg kunne avdempes av den skjønsmessige fristlengden: ”uten ugrunnet opphold”.

For at varslingsreglene skal fungere på en effektiv måte må unnlattelse eller for sen varsling få konsekvenser. De preklusive virkningene sikrer dermed effektive varslingsregler.<sup>31</sup>

## 2.2 Påberopelse av for sent varsel – pkt 8, 3. ledd

En nyvinning ved NS 8405 er pkt 8 tredje ledd. Bestemmelsen er som følger:

---

<sup>31</sup> Barbo (1997) s. 179

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

Etter denne bestemmelsen må altså partene påberope for sent varsel ”uten ugrunnet opphold”. Dersom dette ikke gjøres, anses varselet eller svaret for å være gitt i tide. Det stilles ingen krav til innholdet av meddelelsen foruten at den skal være skriftlig, og at det må fremgå at parten ønsker å gjøre gjeldende at det er svart eller varslet for sent. Det vil i tillegg være naturlig at det vises til hvilket varsel eller krav som er for sent fremsatt. Denne bestemmelsen fant man ikke i NS 3430. Etter denne standarden var konsekvensen av for sent varsel at preklusjon inntrådte direkte i kraft av standarden.<sup>32</sup> Men dersom parten innlot seg i realitetsdrøftelser av kravet, kunne innsigelsen om for sent varsel være tapt.<sup>33</sup> I tillegg kunne innsigelsen være tapt pga passivitet etter norsk retts vanlige regler.

Løsningen som er valgt i NS 8405 synes å være mer i tråd med hensynene bak varslingsreglene. Dersom byggherren bare forholder seg passiv etter entreprenørens varsel kan entreprenøren tro at varselet er rettidig. Et av hovedhensynene bak varslingsreglene er at partene skal bli klar over sine rettsposisjoner på et tidlig stadium for å kunne ivareta sine interesser på best mulig måte. Etter NS 3430 risikerte man at krav ble ”hengende i lufta” uten avklaring. I tillegg kan det anføres at ”uten ugrunnet opphold”-fristen er enklere å praktisere og mer håndfast enn passivitetsvurderinger og realitetsdrøftelser. Tap av innsigelser ved passivitet eller realitetsdrøftelser kan i tillegg nærmest fremstå som en ”felle” for partene ettersom dette unntaket fra preklusjonsreglene ikke følger av standardens bestemmelser.

Partene vil etter NS 8405 ha kort tid på seg til å påberope for sent varsel.<sup>34</sup> I juridisk litteratur har det vært anført at fristen bør være den samme etter punkt 8.3 som det

---

<sup>32</sup> Barbo (1997) s. 230

<sup>33</sup> Se LE-1993-2338 og LH-1998-589

<sup>34</sup> Marthinussen (2006) s. 93

”tilhørende” materielle spørsmålet.<sup>35</sup> Dette kan kanskje bygges opp med den tankegang at det vil være naturlig å først ta stilling til det materielle spørsmålet for deretter å vurdere om fristen er overholdt. På den annen side står denne bestemmelsen på egne ben. Selv om begrepet ”uten ugrunnet opphold” er benyttet flere steder i standarden, er det klart at fristlengden må fastsettes etter en konkret vurdering. Partene trenger heller ikke mye tid på å vurdere om varselet er fremsatt rettidig.<sup>36</sup> Hensynet til effektiv kontraktsadministrasjon tilsier også at fristlengden er kort, og at varslingsfristen dermed behandles uavhengig av det materielle spørsmålet.

Det kan spørres om realitetsdrøftelser kan ha betydning for fristlengden i pkt. 8 tredje ledd. Vil fristlengden innsnevres dersom kontraktsparten først diskuterer realiteten i kravet? Spørsmålet vil nok ha mer teoretisk enn praktisk interesse ettersom ”uten ugrunnet opphold”-fristen i de fleste tilfeller er meget kort. Kontraktsparten kan nok få inntrykk av at for sent varsel ikke vil bli påberopt. Men vurderingen av om svar er gitt ”uten ugrunnet opphold” beror på avsenders forhold, ikke mottakers forventning.<sup>37</sup> I tillegg anføres det i litteraturen at det må gå litt tid fra realitetsdrøftelsene har funnet sted til innsigelsen er tapt pga realitetsdrøftelser.<sup>38</sup> Da vil nok ”uten ugrunnet opphold”-fristen i de fleste tilfeller uansett være oversittet. Derimot vil nok parten som innlater seg i realitetsdrøftelser ofte ha hatt muligheten til å påberope for sent varsel på et tidligere tidspunkt, kanskje allerede fra drøftelsene innledes. Påberopelse om for sent varsel etter først å ha diskutert realiteten vil dermed i de fleste tilfeller ikke være ”uten ugrunnet opphold”.

## 2.3 Entreprenørens plikt til å varsle

### 2.3.1 Hva må varsles?

Entreprenørens varslingsplikt ved irregulære endringsordre *følger av* standardens pkt. 23.2. Det som derimot *utløser* varslingsplikten følger av pkt. 23.1. Bestemmelsene er som følger:

---

<sup>35</sup> Kolrud (2004) s. 82

<sup>36</sup> Marthinussen (2006) s. 93

<sup>37</sup> Kaasen (2006) s. 426

<sup>38</sup> Kolrud (1997) s. 585

### **23.1 Entreprenørens utførelsesplikt**

*Mottar entreprenøren pålegg om en ytelse uten at dette skjer i form av en endringsordre, skal han iverksette pålegget selv om han mener at pålegget innebærer en endring, dersom*

- a) det er gitt av en person som har fullmakt til å gi endringsordre etter 22.3 annet ledd, eller*
- b) det er gitt av en person som har fullmakt til å kontrollere entreprenørens utførelse og pålegget er gitt under gjennomføring av personens ordinære oppgaver i prosjektet, eller*
- c) det fremgår av arbeidstegninger, arbeidsbeskrivelser eller liknende utarbeidet av byggherrens prosjekterende*

### **23.2 Entreprenørens varslingsplikt**

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

*Bestemmelsen i første ledd gjelder også hvis entreprenøren mottar pålegg fra offentlig myndighet om en ytelse som innebærer en endring.*

Det som må varsles er dermed tilfeller der entreprenøren mottar ”pålegg om en ytelse uten at dette skjer i form av en endringsordre” som er gitt av en person med fullmakt eller dette fremgår av arbeidstegninger, arbeidsbeskrivelser eller liknende gitt av prosjekterende. Det følger videre av pkt 23.2 annet ledd at varslingsregelen også gjelder i tilfeller der entreprenøren mottar pålegg fra offentlig myndighet. Spørsmålet blir hva som ligger i uttrykket ”pålegg om en ytelse”. Etersom tilfeller der det blir gitt en endringsordre ikke omfattes av bestemmelsen, blir det i tillegg nødvendig å redegjøre for kravene til en endringsordre.

### 2.3.1.1 Avgrensning mot endringsordre

Formkrav og innholds krav til endringsordren følger av standardens pkt. 22.3 første ledd første punktum:

*En endringsordre skal være skriftlig og gi beskjed om at det kreves en endring, samt hva endringen går ut på.*

Bestemmelsen oppstiller tre krav til endringsordren. For det første må endringsordren være ”skriftlig”, for det andre må den gi beskjed om ”at det kreves en endring” og for det tredje må det opplyses ”hva endringen går ut på”.

Skriftlighetskravet ville uansett fulgt av standardens pkt. 8 første ledd. Men når bestemmelsen eksplisitt krever skriftlighet, fremheves viktigheten av formkravet ved endringsordre. Elektronisk kommunikasjon oppfyller skriftlighetskravet dersom dette er avtalt mellom partene, jfr standardens pkt 8 annet ledd.

Videre må endringsordren være utformet tilstrekkelig klart slik at entreprenøren oppfatter at det ”kreves en endring”.<sup>39</sup> Om kravet er oppfylt, beror på en avtalerettslig vurdering. Kort fortalt må endringsordren fremgå ved normal lesing av brevet.<sup>40</sup> Det er intet krav om at endringsordren må gis i et separat brev eller fremsettes i et bestemt skjema.<sup>41</sup> Men det er imidlertid ikke uvanlig at store og profesjonelle parter avtaler at det skal benyttes bestemte skjema ved endringsordre.

Endringsordren må også gi beskjed om ”hva endringen går ut på”. Det kreves ikke at det redegjøres for endringens konsekvenser, men det må fremgå hva som konkret skal utføres. Denne beskrivelsen kan godt fremgå av tegninger eller skisser som vedlegges endringsordren.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Kolrud (2004) s. 230

<sup>40</sup> Marthinussen (2006) s. 311

<sup>41</sup> Marthinussen (2006) s. 311

<sup>42</sup> Kolrud (2004) s. 230

Som nevnt medfører utstedelse av endringsordre at varslingsreglene ved irregulær endringsordre ikke aktualiseres. Men kan man av dette slutte at dersom vilkårene i pkt. 22.3 ikke er oppfylt, så aktualiseres varslingsreglene for irregulære endringsordre? For å besvare spørsmålet må det sondres mellom de tre nevnt vilkårene i bestemmelsen.

Om ikke skriftlighetskravet er oppfylt, er det tale om en irregulær endringsordre som aktualiserer varslingsreglene. Skriftlighet skal sikre notoritet om forholdet og reduserer byggherrens mulighet for tvil om forholdet.

Videre vil det være tale om en irregulær endringsordre dersom det ikke fremgår klart nok at det kreves en endring.<sup>43</sup> Er det uklart om det kreves en endring, vil entreprenøren ha en oppfordring om å avklare situasjonen. I tillegg er det slett ikke sikkert byggherre har ment å utstede en endringsordre. Varsling etter pkt 23.2 vil dermed avklare situasjonen. Har partene avtalt å benytte et fast skjema ved endringsordre og byggherren unnlater å benytte dette, kan det spørres om det i slike tilfeller er tale om en irregulær endringsordre. Det vil trolig ikke være tilfelle dersom det ikke er avtalt noen konsekvens av at skjemaet ikke benyttes. Det vil være mest naturlig å anse en slik regulering som en ordensbestemmelse. Entreprenøren vil jo oppfatte at det er tale om en endringsordre dersom vilkårene i pkt. 22.3 er oppfylt. At byggherren også har ment at det foreligger en endring i en slik situasjon, er også høyst sannsynlig. Det ville være en uheldig løsning om entreprenøren risikerte å tape retten til å påberope at det forelå en endring bare fordi det ikke var benyttet riktig skjema.<sup>44</sup>

Men dersom det ikke fremgår klart nok hva endringen går ut på, er det naturlig at varslingsreglene for irregulære endringsordre ikke aktualiseres. Dersom de to andre vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, vil entreprenøren være klar over at det kreves en endring. Men det vil være uklart hvilket arbeid han skal utføre. Hvis man i slike tilfeller var over i varslingsreglene for irregulære endringsordre, ville man fått samme

---

<sup>43</sup> Marthinussen (2006) s. 311

<sup>44</sup> Se dog NF 05 art. 16.1 fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen har selskapet en rett, men ingen plikt, til å behandle arbeidspålegget som en endringsordre dersom kravet etter sitt innhold er en endringsordre, men det ikke er benyttet skjema som avtalt.



problemet etter denne bestemmelsen. Entreprenøren måtte uansett krevet supplerende opplysninger for å kunne utføre det aktuelle arbeidet. Løsningen bør bli at ved uklar angivelse av endringsarbeidet, må entreprenøren kreve supplerende opplysninger eller kreve at det utstedes ny endringsordre.<sup>45</sup> Etter standardens pkt. 21.1 annet ledd har entreprenøren også en plikt til å varsle byggherren, dersom endringsordren ”ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen”.

### 2.3.1.2 Hva ligger i uttrykket ”pålegg om en ytelse”

En naturlig tolkning av ordet ”pålegg” tilsier at det må foreligge mer enn et forslag eller en antydning om å utføre arbeidet. Det må fremgå at byggherren krever eller insisterer at arbeidet blir utført.<sup>46</sup>

I tillegg bør det kreves en viss presisering av arbeidet som skal utføres. Bestemmelsen oppstiller tilsynelatende intet krav om presisering. Men dette vil være en lite heldig løsning. For det første vil det være vanskelig å avgjøre hvilket arbeid som skal utføres. For det andre vil det være vanskelig for entreprenøren å avgjøre om arbeidspålegget er innenfor eller utenfor den opprinnelige kontrakten.<sup>47</sup> Og for det tredje vil det være vanskelig å avgjøre hvilke krav som er gjenstand for preklusjon. I NS 3430 fremgår det at byggherren må fremsette krav som gjelder ”et nærmere bestemt arbeid”, jfr. pkt 28.3.1. Dette ble tolket slik at det kreves en viss presisjon av hva byggherren krever gjort.<sup>48</sup> Som nevnt er det flere grunner til å tolke NS 8405 på samme måte som NS 3430, selv om sistnevnte standard tilsynelatende krever større presisjon ved angivelsen av hvilket arbeid som skal utføres.

Dersom pålegget ikke er tilstrekkelig presist, inntretr altså ikke preklusjon i forhold til entreprenørens krav. Men selv om pålegget ikke er tilstrekkelig presist, kan

---

<sup>45</sup> Marthinussen (2006) s. 313

<sup>46</sup> Kaasen (2006) s. 419

<sup>47</sup> Barbo (1997) s. 200

<sup>48</sup> Kolrud (1992) s. 237

byggherrens innsigelse prekluderes dersom entreprenøren pretenderer at det foreligger et arbeidspålegg. Om byggherrens pretensjon se pkt. 2.4.1.<sup>49</sup>

### 2.3.1.3 Må arbeidspålegget være skriftlig?

Det kan videre stilles spørsmål ved om det kreves skriftlighet for at varslingsreglene skal aktualiseres. Altså om byggherrens pålegg om ytelse må være skriftlig. Pkt. 23.1 nevner intet eksplisitt om at arbeidspålegget må være skriftlig, men et skriftlighetskrav følger av standardens pkt 8 første ledd. Etter bestemmelsen skal alle ”varsler og krav” fremsettes skriftlig. Men fører denne bestemmelsen til at preklusjonsreglene ikke kommer til anvendelse ved muntlige arbeidspålegg?

Bevis hensyn er et av de viktigste hensyn bak skriftlighetskravet. Ved skriftlig kommunikasjon vil det være enklere å fastslå innholdet av et varsel, krav eller arbeidspålegg. I tillegg kan man med større sannsynlighet slå fast når eller om et varsel er foretatt. Hensynet til etterprøvbarhet taler altså for at også arbeidspålegg etter pkt. 23.1 må gis skriftlig. Likevel er det neppe tvil om at muntlige arbeidspålegg i mange tilfeller er praktisk. Et arbeidspålegg kan kanskje gis hurtigere dersom det gis muntlig og i enkelte tilfeller med større presisering. Det mest praktiske eksempelet er muntlige arbeidspålegg som gis på byggeplassen. Det foreligger altså et behov for muntlige arbeidspålegg.

I tillegg er varslingsplikten etter bestemmelsen kun aktuell i tilfeller der det ikke er gitt formriktig endringsordre.<sup>50</sup> I tilfeller der det gis muntlige arbeidspålegg, ville man ikke få noen avklaring av situasjonen dersom bestemmelsen ikke kom til anvendelse. Disse kravene ville dermed bli ”hengende i luften”. Den nokså likelydende bestemmelsen i NF 05 tolkes også slik at det er tilstrekkelig med muntlig arbeidspålegg for at den

---

<sup>49</sup> I juridisk litteratur har det vært vanlig å behandle entreprenørens pretensjon i forbindelse med entreprenørens varslingsplikt. I denne oppgaven har jeg valgt å behandle dette i forbindelse med byggherrens svarplikt. Grunnen til det er at entreprenørens varslingsplikt kun inntreffer i tilfeller der det faktisk foreligger en endring. Men dersom entreprenøren pretenderer at det foreligger en endring utløses byggherrens svarplikt, uavhengig av om kravet materielt sett er berettiget.

<sup>50</sup> Marthinussen (2006) s. 316

preklusive varslingsbestemmelsen kommer til anvendelse.<sup>51</sup> Denne standarden inneholder også bestemmelser om at varsler og krav skal fremsettes skriftlig. Førsteutgaven av NS 8405 og NS 3430 nevnte eksplisitt arbeidspålegg i form av ”tegninger, spesifikasjoner, pålegg eller på annen måte”. Bestemmelsen ble oppfattet slik at den fikk anvendelse på alle former for meddelelser fra byggherren om at et arbeid kreves utført.<sup>52</sup> Det kan tenkes at dette er grunnen til at det i NS 8405 annen utgave benyttes det vide uttrykket ”pålegg om en ytelse”. Det synes derfor rimelig klart at det ikke kan oppstilles et skriftlighetskrav for at varslingsreglene skal komme til anvendelse.

### 2.3.2 Varslingsfristen

For å kunne ta stilling til om et krav er prekludert må man ta stilling til tre spørsmål. For det første fristens utgangspunkt, for det andre fristens lengde og for det tredje må man ta stilling til hva som avbryter fristen.

#### 2.3.2.1 Fristens utgangspunkt

Det fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen, men den mest naturlige tolkning av ordlyden i pkt 23.2 er at friststart er det tidspunktet der entreprenøren mottar arbeidspålegget. Ettersom pålegget er et påbud overfor entreprenøren, vil tidspunktet mer eksakt være det tidspunktet når kravet er ”kommet frem” i tråd med alminnelig avtalerettslige regler.<sup>53</sup> Sendes arbeidspålegget per brev, vil friststart dermed være det tidspunkt pålegget kommer frem i postkassen til entreprenøren. Dermed kan fristen starte å løpe allerede før entreprenøren får kunnskap om arbeidspålegget.

I juridisk litteratur nevnes at friststarten kan være vanskelig å anslå i tilfeller der entreprenøren får oversendt flere tegninger hvorav noen ikke skal benyttes før senere i prosjektet. I slike tilfeller argumenteres det for at fristen ikke tar til å løpe før det er naturlig å sjekke vedkommende tegning.<sup>54</sup> Friststart vil da være det tidspunkt

---

<sup>51</sup> Kaasen (2006) s. 865

<sup>52</sup> Kolrud (1992) s. 236

<sup>53</sup> Barbo (1997) s. 214

<sup>54</sup> Kolrud (2004) s. 236, Marthinussen (2006) s. 317 og Marthinussen (2007) s. 231

entreprenøren burde oppdaget endringen, men senest fra det tidspunkt entreprenøren faktisk oppdager endringen.

En annen måte å se det på er at fristen i alle tilfeller tar til å løpe ved mottak av arbeidspålegget, og at tilfeller der det ikke er naturlig å kontrollere tegninger, instruksjoner etc. påvirker fristens lengde - ”uten ugrunnet opphold”.<sup>55</sup> Dette harmonerer best med ordlyden i bestemmelsen. Det kan argumenteres for at den skjønnsmessige fristen nettopp skal fange opp slike forhold. Med andre ord; sent varsel pga. at det ikke er naturlig å sjekke vedkommende tegning før senere i prosjektet, vil kunne være et grunnnet opphold. Bestemmelser i lovgivningen som pålegger den ene parten en varslings- eller reklamasjonsplikt innen en skjønnsmessig frist etter at parten har blitt klar over forholdet det skal reklameres over regulerer dette eksplisitt.<sup>56</sup> Hadde dette vært meningen med bestemmelsen i NS 8405, ville det kanskje vært naturlig om dette fremgikk eksplisitt av bestemmelsen. Også NF 05 pkt 16.1 angir fristutgangspunktet eksplisitt til ”etter at selskapet har krevd et arbeid utført”. Hadde en annen løsning enn dette vært ønskelig, hadde det vært naturlig å presisere dette uttrykkelig ettersom endringsreglene i entreprisekontraktene er utformet med påvirkning fra petroleumskontraktene.<sup>57</sup>

Hvilken løsning som velges, vil nok ha mer teoretisk enn praktisk interesse, da resultatet trolig vil bli det samme om man velger å strekke på fristutgangspunktet eller om man forlenger tidsfristen. Men kanskje kan det være en fordel ved anvendelse av regelen om vurderingstemaet er det samme i alle tilfeller. På den annen side vil man vanskeligere kunne anslå et gitt antall dager som i normalt tilfeller vil være innenfor eller utenfor fristen dersom man velger løsningen å strekke på fristlengden. ”Uten ugrunnet opphold” er et nokså vagt kriterium, selv for jurister, og det kan derfor være nyttig for partene i entreprisavtalen om de har en pekepinn på hvor lang tid de har på seg fra endringen oppdages. I tillegg kan det tenkes at uansett hvilken løsning som velges, så vil realiteten være at man setter friststarten til tidspunktet entreprenøren burde oppdaget

---

<sup>55</sup> Barbo (1997) s. 214

<sup>56</sup> Se f. eks kjøpsloven § 32, forbrukerkjøpsloven § 27, håndverkertjenesteloven § 22 etc.

<sup>57</sup> Barbo (1997) s. 13

endringen. At kravet skal være tapt før entreprenøren burde oppdaget endringen, synes nokså utenkelig. Da vil det kanskje være mer naturlig å sette friststarten til dette tidspunkt i stedet for å benytte det som et absolutt kriterium i en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det finnes altså argumenter for begge løsninger. I denne oppgaven har jeg valgt å behandle spørsmålet om når entreprenøren burde oppdaget endringen i forhold til fristlengden da dette harmonerer best med bestemmelsens ordlyd.

### 2.3.2.2 Hvor lang er fristen?

Fristens lengde er ”uten ugrunnet opphold”. Entreprenøren kan altså vente så lenge som han har saklig grunn til.<sup>58</sup> Om fristen er overholdt eller ei, avgjøres etter en konkret vurdering, basert på konkrete omstendigheter.<sup>59</sup> Det lar seg derfor ikke gjøre å angi hvor lang tid det kan være snakk om. Men som et utgangspunkt kan det nevnes at fristen er kort. Entreprenøren vil i normaltillfeller bare ha få dager på seg, og varsel skal i utgangspunktet gis umiddelbart etter friststart.<sup>60</sup> Det er alminnelig antatt at fristen ”uten ugrunnet opphold” er strengere enn fristen ”innen rimelig tid” som benyttes i NS 8406. Bestemmelsen stiller heller ikke store krav til innholdet av varselet, se pkt. 2.3.3. Dette tilsier at varsel kan og må gis relativt raskt.<sup>61</sup> I tillegg er det i mange prosjekter et stort behov for rask avklaring av situasjonen. I en lagmannsrettsdom fra 2005<sup>62</sup> uttalte retten at 14 dager etter at entreprenøren oppdaget endringen ”må sies å være uten ugrunnet opphold.”

I begrepet ”uten ugrunnet opphold” fremgår antitesen at saklig ”grunnet opphold” aksepteres.<sup>63</sup> Ved avgjørelsen av hva som er grunnet opphold, må man ta utgangspunkt i varslingsreglens formål,<sup>64</sup> se oppgavens pkt 2.1. Utgangspunktet er at entreprenøren skal ha betalt for det arbeid som bestilles i tillegg til den opprinnelige avtalen.

---

<sup>58</sup> Kaasen (2006) s. 425

<sup>59</sup> Barbo (1997) s. 215, Kaasen (2006) s. 425

<sup>60</sup> Marthinussen (2006) s. 318 (Det er viktig å merke seg at forfatter forutsetter at friststart er da entreprenøren burde oppdaget endringen)

<sup>61</sup> Barbo (1997) s. 221

<sup>62</sup> LH-2005-140477

<sup>63</sup> Kaasen (2006) s. 427 og Barbo (1997) s. 216

<sup>64</sup> Kaasen (2006) s. 426 og Barbo (1997) s. 217

Preklusjon av dette kravet må begrunnes ut i fra behovet for ryddig kontraktsadministrasjon. Men hva som er ”grunnet opphold” må bygges på entreprenørens forhold og ikke byggherrens behov.<sup>65</sup> At byggherren har det travelt, spiller derfor ingen rolle i bedømmelsen, men dette kan være et moment i vurderingen hvis entreprenøren er klar over at byggherren har behov for rask avklaring.<sup>66</sup> En naturlig konsekvens av at det er entreprenørens forhold som gir grunnlag for ”grunnet opphold”, er at bevisbyrden for at slike forhold foreligger påhviler entreprenøren. I det videre skal det redegjøres for forhold som kan være grunnlag for saklig ”grunnet opphold”.

Velger man løsningen at friststart i alle tilfeller er når entreprenøren mottar arbeidspålegget, kan det være av betydning for fristens lengde om endringen oppdages på et senere tidspunkt fordi tegninger, instruksjer etc. som overleveres skal benyttes senere i prosjektet.<sup>67</sup> Hvis ikke det handles nokså umiddelbart etter at endringen faktisk er oppdaget, vil det trolig være varslet for sent om det ikke foreligger andre grunner til at varselet trekkes ut.

Men kravet kan være prekludert allerede før endringen oppdages. Etter NS 8405 pkt 21.1 skal entreprenøren ”gjennomgå byggherrens leveranser og annen medvirkning med sikte på produksjon”. Plikten til å gjennomgå leveransene er oppstilt for å avdekke feil og mangler i forhold til egen produksjon, ikke for at mulige endringer skal avdekkes. Men misligholdes denne plikten kan det anføres at entreprenøren *burde* oppdaget endringen ved en gjennomgang, og at et evt. sent varsel etter dette tidspunktet bør gå ut over entreprenøren. Om entreprenøren burde oppdaget endringen, avhenger også av hvorledes arbeidspålegget er fremsatt. Det vil være lettere å oppdage eksplisitte endringer enn endringer som fremgår av tegninger, særlig dersom pålegget er sterkt infiltrert i det arbeidet som ubestridt omfattes av kontrakten.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Kaasen (2006) s. 426, se dog Voldgiftsdom av 7. april 1988 (Brækhus, Evans, Olbjørn) der et opphold på to måneder ble ansett å være ”uten ugrunnet opphold” da et tidligere varsel ikke ville hatt betydning for byggherrens disposisjon. Avgjørelsen er kritisert av Barbo (1997) side 217.

<sup>66</sup> Barbo (1997) s. 216

<sup>67</sup> Barbo (1997) s. 218

<sup>68</sup> Kolrud (1992) s. 237

Det er klart at partenes handlemåte kan medføre at preklusjonsreglene (eller andre bestemmelser i standarden) tilsidesettes, se oppgavens pkt. 3.4. Det kan anføres at partenes handlemåte også kan påvirke fristens lengde. Om partenes handlemåte kun knytter seg til fristens lengde, er det gode grunner for at det kun strekkes litt på fristens lengde i stedet for å bortfortolke hele regelsettet. Setter man varslingsreglene helt ut av spill vil det kunne oppstå mer usikkerhet i avtaleforhold enn om det strekkes litt på fristene. Gitt at entreprenøren gjentatte ganger fremsetter krav om endringsordre to-tre uker etter mottak av arbeidspålegget uten at for sent varsel påberopes av byggherren, er man i utgangspunktet i faresonen i forhold til fristens lengde. Men byggherrens handlemåte kan ha gitt entreprenøren inntrykk av at det hele tiden er varslet i tide. Da vil det være lite rimelig om byggherren plutselig snur og velger å påberope for sent varsel. På denne måte kan kanskje varslingsfristens lengde utvides noe. Men om varslingsfristen kan innsnevres pga. at entreprenøren tidligere i prosjektet har vært veldig rask med å kreve endringsordre er mer tvilsomt. Som nevnt er det entreprenørens forhold som gir grunnlag for et ”grunnet opphold”. Forventninger på byggherresiden vil dermed i utgangspunktet ikke innvirke på bedømmelsen om oppholdet er grunnet eller ei. I tillegg vil kanskje en slik løsning medføre at entreprenøren unnlater å varsle så tidlig som mulig dersom dette vil kunne komme ham til skade senere i prosjektet.

Er arbeidet igangsatt, kan krav om endringsordre lett tenkes fremsatt for sent. Og er arbeidet ferdigstilt, er utgangspunktet at kravet er prekludert.<sup>69</sup> Grunnen til dette er at varselet i slike tilfeller ikke oppfyller formålet med varslingen. Byggherren vil i slike tilfeller ikke ha mulighet til å frafalle endringen fremfor å gjennomføre det mot tilleggsbetaling.<sup>70</sup> Men ettersom vurderingen beror på konkrete omstendigheter, kan det selvsagt tenkes at det foreligger grunnet opphold også i slike tilfeller.

Det kan inntre preklusjon selv i tilfeller der byggherren må være fullstendig klar over at arbeidspålegget innebærer en endring.<sup>71</sup> Standarden gjør heller ingen unntak for tilfeller

---

<sup>69</sup> Kaasen (2006) s. 428

<sup>70</sup> Kaasen (2006) s. 428

<sup>71</sup> Hagstrøm (1997) s. 21, se dog Johansen (1999) s. 162

der byggherren eksplisitt erkjenner at det foreligger en endring, men likevel ikke benytter en endringsordre. Men det kan kanskje argumenteres for en lempeligere tolkning av hva som anses som "uten ugrunnet opphold" i slike tilfeller.<sup>72</sup> Byggherren vil ikke ha det samme behovet for å varsles om at det foreligger en endring når han selv er klar over endringen.

På den annen side kan ikke byggherren vite grunnen til at det ikke varsles. Entreprenøren unnlater kanskje varsling fordi han mener at endringen ikke får pris- eller fremdriftskonsekvens. På den måten kan et sent endringsordrekrav komme overraskende på byggherren selv om han i utgangspunktet er klar over at det foreligger en endring.

Videre kan det stilles spørsmål om størrelsen på kravet kan medføre at fristen utvides. Altså om entreprenøren gis lenger frist til å fremsette endringsordrekravet om det aktuelle tilleggsvederlaget er stort. Rimelighetshensyn kan tilsynelatende tale for en slik løsning. Men en rimelig løsning for entreprenøren, blir fort en urimelig løsning for byggherren. Bestemmelsens ordlyd legger heller ikke opp til en løsning der det gis lenger frist der det er tale om potensielt store krav. Hensynene bak regelverket gjør seg nok heller i større grad gjeldende når det er tale om arbeidspålegg som får store priskonsekvenser. Byggherren vil kanskje ha større behov for at det varsles tidlig slik at arbeidspålegget kan reverseres eller eventuelle justeringer i prosjektet kan foretas. At et stort krav krever mer tid til beregninger, er heller intet argument for en slik løsning da det ikke stilles krav til spesifisering av dette varselet. I mange tilfeller vil nok heller et arbeidspålegg som fører til betydelige merkostnader være lettere for entreprenøren å oppdage.

Av og til vil en endring være gjennomgående for hele bygget. For eksempel endring av gulv i alle etasjer eller endring av alle balkongene i alle etasjer. Som hovedregel vil et endringsordrekrav være for sent fremsatt for alle disse endringene dersom fristen allerede er oversittet for arbeidet ved den første delen.<sup>73</sup> En selvsagt forutsetning er at entreprenøren må forstå at det er tale om gjennomgående endringer. Dette vil være

---

<sup>72</sup> Kaasen (2006) s. 431

<sup>73</sup> Marthinussen (2006) s. 319



tilfelle dersom det fremgår av arbeidspålegget eller fordi det er en klar forutsetning at alle etasjer/deler av bygget skal være likt.

### 2.3.2.3 Fristavbrudd

Fristen avbrytes når entreprenøren varsler byggherren om at han vil påberope arbeidspålegget som en endring. Nærmere om dette varselet, se pkt 2.4.2. Det fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen hvilket tidspunkt fristen avbrytes. Men ettersom entreprenørens varsel i avtalerettslig sammenheng er et rettsbevarende utsagn,<sup>74</sup> vil fristavbrudd være det tidspunkt varselet er forsvarlig avsendt og ikke det tidspunkt varselet mottas, som er tilfelle for påbud.<sup>75</sup> Det vil være naturlig å anse varsel avsendt i henhold til standardens pkt. 8 som forsvarlig avsendt.

### 2.3.3 Form- og innholds krav til varselet

Endringsordrekravet må fremsettes skriftlig overfor en av byggherrens representanter. Dette følger av standardens pkt 8. Brev og telefaks må åpenbart godtas,<sup>76</sup> mens annen elektronisk kommunikasjon, som e-post, kun godtas dersom dette er avtalt mellom partene. Det er også tilstrekkelig om kravet innføres i byggemøtereferat. Begrunnelsen for at det skal varsles er at byggherren skal bli klar over at entreprenøren anser arbeidspålegget som en endring av den opprinnelige kontrakten. Dette hensynet oppfylles også ved et muntlig varsel, men bevisshensyn og hensynet til at kontraktsadministrasjonen i størst mulig grad skal følge kontraktens bestemmelser tilsier at kravet om skriftlighet ikke fravikes.<sup>77</sup>

Dersom partene ikke har avtalt at elektronisk kommunikasjon godtas, men likevel valgt å varsle ved slike kommunikasjonsmidler er det gode grunner for at skriftlighetskravet er oppfylt. Det vil være lite rimelig om en av partene velger å påberope preklusjon pga manglende skriftlig varsling, dersom partene har godtatt slik varsling tidligere i prosjektet. E-post har i tillegg blitt en mer og mer vanlig kommunikasjonsform. Hensynet til at varsling skal skje raskt taler også for at e-post bør godtas i slike tilfeller. Rettslig kan en slik løsning forankres i at partene ved konkludent atferd har "avtalt" at e-post oppfylder skriftlighetskravet.

---

<sup>74</sup> Barbo (1997) s. 207

<sup>75</sup> Woxholth (2003) s. 64

<sup>76</sup> Marthinussen (2006) s. 92

<sup>77</sup> Barbo (1997) s. 208

Det fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen hva varselet materielt sett skal inneholde. Det er tilstrekkelig at det fremgår av varselet at entreprenøren ”vil påberope seg [arbeidspålegget] som en endring”. Entreprenøren trenger altså ikke eksplisitt kreve at det utstedes endringsordre, selv om dette er realiteten i varselet. Begrepet ”krav om endringsordre” er benyttet i denne oppgaven for å forenkle fremstillingen og fordi dette er realiteten i varselet. Det er heller intet krav i denne bestemmelsen om at varselet må fremsettes på et fast skjema. Avtaler partene at det skal benyttes faste skjemaer, vil det være naturlig å tolke en slik avtaleregulering som en ordensforskrift. I NF 05 må leverandøren (entreprenøren) kreve ”endringsordre utstedt” av selskapet (byggherren). Også i NS 3430 var det et krav om at entreprenøren måtte ”kreve at byggherren utformer kravet som et pålegg om endring etter 28.2”, altså som en endringsordre.<sup>78</sup>

Byggherrens arbeidspålegg er foranledningen til entreprenørens varsel. Det er derfor en naturlig konsekvens at det stilles et minstekrav om at varselet må referere eller knyttes til det arbeidspålegget som er gitt. Hvis det ikke stilles et slikt krav, vil det være vanskelig å fastslå hvilken rettsposisjon etter kontrakten er gjenstand for preklusjon.<sup>79</sup>

#### 2.3.4 Konsekvens av unnlatt eller for sent varsel

Hvis entreprenøren varsler for sent, eller overhodet ikke varsler, taper han retten til å ”påberope seg at pålegget innebærer en endring”. Entreprenøren må dermed utføre arbeidspålegget som om dette var en del av den opprinnelige avtalen uten mulighet til å kreve tilleggsvederlag eller fristforlengelse. Det betyr ikke at entreprenøren automatisk vinner frem med krav om tilleggsvederlag eller tilleggsfrist om han varsler innen fristen. Om entreprenøren vinner frem med slike krav må behandles etter reglene i standardens kapittel 24 og 25 hvis varslingsplikten i pkt 23.2 er oppfylt.

Bestemmelsen er i utgangspunktet uten unntak. Kravet prekluderes selv om byggherren måtte forstå at det var snakk om en endring. Preklusjon er i utgangspunktet også tilfelle selv når byggherren erkjenner at det er tale om en endring, jfr. pkt. 2.3.2. Det kan argumenteres for at preklusjon ikke forekommer i slike tilfeller ettersom det i realiteten

---

<sup>78</sup> Se Barbo (1997) s. 210, der det argumenteres for at bestemmelsen ikke skal tolkes bokstavelig.

<sup>79</sup> Barbo (1997) s. 211

ikke er noen uenighet om at det foreligger en endring.<sup>80</sup> Men en slik tankegang har nok mer for seg ved bruk av NS 3430 der overskriften i varslingsbestemmelsen, pkt. 28.3, er ”uenighet om det foreligger en endring”. Den rådende oppfatning av denne bestemmelsen er at preklusjon er tilfelle dersom det ikke er varslet etter en irregulær endringsordre selv der det i realiteten ikke er noen uenighet om at pålegget innebar en endring.<sup>81</sup> Det følger av rettspraksis at selv om byggherren måtte forstå at endringen fikk konsekvenser for vederlag og fremdrift, inntreer preklusjon dersom det ikke varsles i henhold til pkt. 23.2.<sup>82</sup>

Eneste unntaket som følger direkte av standarden er tilfeller der entreprenøren varsler for sent og byggherren ikke uten ugrunnet opphold gjør gjeldende at det er varslet for sent, jfr. standardens pkt. 8 tredje ledd. Når det gjelder tilsidesettelse av preklusjonsbestemmelsene ved konkludent atferd, illojalitet og avtaleloven § 36, behandles dette i oppgavens pkt. 3.

Det kan spørres om varslingsregler uten unntak er en heldig løsning. Systemet er meget formalistisk, likevel oppfordrer regelverket tilsynelatende byggherren til ikke å forholde seg til formalia. Det kan se ut til at byggherren ved å utstede en irregulær endringsordre kan spekulere i kontrakten.<sup>83</sup> Slik spekulasjon kan selvsagt forekomme. Men det er viktig å være klar over at entreprenøren ofte er den som har best kunnskap til å vurdere kontraktsarbeidet. I tillegg kan en endring selvsagt føre til reduksjon av vederlag, slik at det er byggherren som kan bli rammet av preklusjon ved å utstede en irregulær endringsordre. Når man tar i betraktning hensynet til et enkelt regelverk å praktisere, og at det stilles små krav til entreprenørens varsel, synes løsningen som er valgt å være rimelig balansert.

---

<sup>80</sup> Johansen (1999) s. 162

<sup>81</sup> Hagstrøm (1997) s. 21, Kaasen (2006) s. 431

<sup>82</sup> LE-1999-00554. Dette er en innstramming i forhold til NS 3401, der entreprenøren hadde krav på tilleggsvederlag som byggherren ”forstod eller burde forstått at endringen eller tilleggsarbeidet førte til”, jfr. pkt. 11.4.

<sup>83</sup> Johansen (1999) s. 162

## 2.4 Byggherrens svarplikt

### 2.4.1 Hva må varsles?

Byggherrens svarplikt etter entreprenørens varsel følger av NS 8405 pkt 23.3:

***Pkt. 23.3 Byggherrens svarplikt***

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

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

*Dersom han ikke uten ugrunnet opphold enten utsteder endringsordre eller avslår kravet, skal entreprenørens krav om endringsordre anses som akseptert.*

*Byggherren skal uten ugrunnet opphold etter at han har avslått kravet, begrunne sitt avslag.*

*Ved uenighet mellom partene gjelder bestemmelsene i punkt 26.*

Etter denne bestemmelsen skal byggherren enten utstede endringsordre eller avslå entreprenørens endringsordrekrav når han mottar dette. Selv om det ikke fremgår av bestemmelsen, er det klart at byggherren også kan velge å frafalle arbeidspålegget som danner grunnlaget for endringsordrekravet.<sup>84</sup> Det vil være naturlig å tolke et slikt frafall som en erkjennelse om at arbeidspålegget ligger utenfor den opprinnelige kontrakten.

Det som utløser svarplikten er ”varsel i henhold til 23.2”. Det kan spørres om et hvert varsel fra entreprenøren utløser en svarplikt for byggherren. Vil for eksempel svarplikten utløses dersom det ikke foreligger noe arbeidspålegg som foranledning til entreprenørens varsel eller dersom det er åpenbart at arbeidspålegget ligger innenfor den opprinnelige kontrakten? En ren ordlydsfortolkning av bestemmelsene taler for at det må foreligge et arbeidspålegg som foranledning til entreprenørens endringsordrekrav. Dette fordi varslingsplikt inntreer når entreprenøren ”mottar [...] pålegg som angitt i 23.1”, jfr. pkt 23.2. Byggherrens svarplikt inntreer når han mottar varsel ”i henhold til 23.2”. Det kan da argumenteres med at hvis det ikke foreligger et

---

<sup>84</sup> Barbo (1997) s. 254

arbeidspålegg, vil ikke entreprenørens varsel være ”i henhold til 23.2”.<sup>85</sup> Når det gjelder tilfeller der det er åpenbart at arbeidspålegget er en del av kontrakten, tilsier bestemmelsenes ordlyd at byggherrens svarplikt aktualiseres. Det er tilstrekkelig at det foreligger et arbeidspålegg og at entreprenøren ”vil påberope seg dette som en endring”. For begge de nevnte tilfeller taler hensynet til en ryddig kontraktsadministrasjon at varslingsystemet aktualiseres. Det kan være uvisst hva som er grunnen til at entreprenøren krever endringsordre; feiltolkning av kontrakten, feiltolkning av standarden, misoppfatning av faktiske forhold eller entreprenøren kan handle uredelig ved å ”prøve seg”. Med unntak av de uredelige handlingene, som vil bli behandlet i oppgavens pkt. 3.5, vil det derfor være ønskelig med en avklaring av situasjonen gjennom bruk av varslingsreglene. Varslingsreglenes funksjon er nettopp å avklare uenighet om kontraktsforpliktelsene. Det vil derfor være lite naturlig om ikke tilfeller der partene burde oppfattet at det var tale om en endring eller ei, ikke var omfattet av regelverket. I tillegg vil det være svært enkelt for byggherren å besvare et krav som det åpenbart ikke er grunnlag for. Hensynet til enkle regler, som kan virke prosessdempende, taler for at det ikke gjøres unntak for de nevnte tilfellene.

I juridisk litteratur hevdes det at det er entreprenørens pretensjon som avgjør om varslingsreglene aktualiseres.<sup>86</sup> Altså, pretenderer entreprenøren at det foreligger en endring aktualiseres endringsordresystemet uavhengig av om kravet materielt sett ikke er holdbart. Som Barbo uttrykker det: *Hvorvidt pretensjonen er materielt holdbar, er i prinsippet irrelevant. Holdbarheten skal nettopp avklares gjennom prosedyrereglene.*<sup>87</sup> Dette synes som den beste løsningen i tråd med hensynene bak regelverket.

Videre kan det spørres om byggherrens svarplikt inntreder dersom entreprenørens endringsordrekrav ikke er fremsatt ”uten ugrunnet opphold”. At svarplikten ikke inntreder i slike tilfeller kan begrunnes med at dersom byggherren mottar et endringsordrekrav for sent, vil ikke varselet fra entreprenøren være ”i henhold til 23.2”.<sup>88</sup> Dersom en slik

---

<sup>85</sup> Barbo (1997) s. 250

<sup>86</sup> Kaasen (2006) s. 422 og Barbo (1997) s. 201

<sup>87</sup> Barbo (1997) s. 201

<sup>88</sup> Sml. Kolrud (2004) s. 275

løsning skal holde vann må bestemmelsen være et unntak fra standardens pkt. 8 tredje ledd. Andre bestemmelser i standarden<sup>89</sup> som krever svar fra byggherren, oppstiller intet krav om at entreprenørens varsel må være ”i henhold” til varslingsbestemmelsen. Det kan dermed argumenteres for at pkt. 23.3 er et tilsiktet unntak fra pkt. 8 tredje ledd. På den annen side er det ingen særlige forhold ved dette svaret som taler for en slik tolkning. Hensynet til en rask avklaring taler for at svarplikten aktualiseres. Dette stemmer også med synspunktet at det er entreprenørens pretensjon om forholdet som er av betydning. Tilfeller der entreprenøren pretenderer at det materielt sett foreligger et krav, og tilfeller der entreprenøren pretenderer at varselet er rettidig, bør behandles likt. I begge tilfeller er en avklaring av situasjonen ønskelig. I tillegg vil det være meget enkelt for byggherren å avslå et krav som for sent fremsatt. Gode grunner taler derfor for at byggherrens svarplikt inntreer også i tilfeller der entreprenørens endringsordrekrav fremsettes for sent.<sup>90</sup>

Etter dette ser man at et manglende eller for upresist arbeidspålegg ikke aktualiserer *entreprenørens* varslingsplikt, jfr. oppgavens pkt. 2.3.1.2. Men dersom entreprenøren pretenderer at det foreligger et arbeidspålegg og varsler i henhold til dette, aktualiseres *byggherrens* svarplikt. Gode grunner taler for at svarplikten også inntreer selv om entreprenørens endringsordrekrav er for sent fremsatt. Løsningen er i tråd med hensynene bak regelverket. Rask avklaring av misforståelser eller uenighet anses i mange tilfeller viktigere enn å avgjøre realiteten i et krav.

#### 2.4.2 Krav til varselet

Når det gjelder kravet om skriftlighet vises til oppgavens pkt. 2.3.3. Som nevnt kan byggherren velge mellom å utstede endringsordre, å avslå kravet fra entreprenøren eller frafalle arbeidspålegget.

Det er byggherrens manglende avlag som kan medfører preklusjon. Spørsmålet blir derfor hva som skal til for at det foreligger et avslag i henhold til bestemmelsen.

---

<sup>89</sup> Se f. eks pkt. 21.2, 24.7 og 25.5.

<sup>90</sup> Samme synspunkt har også Marthinussen (2006) s. 351 (selv om dette gjelder byggherrens svar på et begrunnet og spesifisert krav om fristforlengelse eller vederlagsjustering)

Poenget med bestemmelsen er å ”besvare varselet”, altså besvare entreprenørens ”endringsordrekrav”. Det må derfor fremgå av varselet hvilket endringsordrekrav som besvares. Det er ikke noe vilkår at ordet ”avslag” er benyttet. Det avgjørende vil være om entreprenøren hadde rimelig grunn til å oppfatte varselet som et avslag,<sup>91</sup> noe som følger av alminnelig avtalerettslige prinsipper.<sup>92</sup>

Det kan hende at byggherren delvis er enig i entreprenørens endringsordrekrav. Det er klart at byggherren i slike tilfeller har muligheten til å avslå deler av kravet til entreprenøren og ha sine rettigheter i behold for dette kravet.<sup>93</sup> Hva som er avslått, hva som eventuelt er godtatt ved endringsordre, og hva som ikke er besvart og dermed gjenstand for preklusjon, vil bero på en konkret avtalerettslig vurdering av byggherrens svar.

Etter pkt 23.3 tredje ledd skal byggherren begrunne sitt avslag. Begrunnelsen skal fremsettes uten ugrunnet opphold ”etter at [byggherren] har avslått kravet”. De preklusive virkningene er knyttet til avslaget og ikke til begrunnelsen, som kan komme i ettertid. Etter NS 3430 var slik begrunnelse et vilkår for formriktig svar.<sup>94</sup> Det er alminnelig antatt at endringen i NS 8405 er tilsiktet, og at bestemmelsen om begrunnelse er å anse som en ordensregel.<sup>95</sup> Preklusjon i tilfeller der standardene ikke eksplisitt angir en slik konsekvens er derimot ikke uvanlig. I NS 3430 pkt 17.5 annet ledd skal entreprenøren ”innen rimelig tid nærmere spesifisere og begrunne sitt krav” om fristforlengelse eller merutgifter. Bestemmelsen ble tolket slik at entreprenøren tapte kravet dersom det nøytrale varselet ikke ble fulgt opp av et spesifisert krav.<sup>96</sup>

Gode grunner taler allikevel for at endringen fra NS 3430 er tilsiktet. For det første har det blitt mer vanlig i de nyere standardene å angi eksplisitt der preklusjon er tilfelle. For

---

<sup>91</sup> Barbo (1997) s. 257

<sup>92</sup> Woxholth (2003) s. 66

<sup>93</sup> Barbo (1997) s. 257

<sup>94</sup> Kolrud (1992) s. 238

<sup>95</sup> Kolrud (2004) s. 240 og Marthinussen (2006) s. 321

<sup>96</sup> Se LH-2005-140477 med henvisning til Kolrud (1992) s.154. Se også NS 3430 pkt. 31.3 som tolkes på samme måte, jfr Kolrud (1992) s. 289.

det annet er det ikke foretatt noen endring fra første til annen utgave av NS 8405 på dette punkt. Når problemstillingen ble diskutert i juridisk litteratur, og allikevel samme løsning er valgt i annen utgave av standarden, er det sannsynlig at man står overfor et bevisst valg.<sup>97</sup> For det tredje taler hensynet til forutberegnelighet at det ikke foretas tolkninger som avviker fra standardens ordlyd. Dette gjelder særlig dersom en slik tolkning fører til tap av rettigheter. Om løsningen er god kan nok diskuteres. Entreprenøren vil ha behov for å vite hvorfor byggherren ikke anser arbeidspålegget som en endring, slik at han kan vurdere sakligheten av byggherrens standpunkt.<sup>98</sup>

### 2.4.3 Varslingsfristen

#### 2.4.3.1 Fristens utgangspunkt

Byggherren må svare uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt endringsordrekravet. Fristutgangspunktet er dermed når byggherren mottar endringsordrekravet, i tråd med alminnelige avtalerettslige regler om påbud.<sup>99</sup>

#### 2.4.3.2 Hvor lang er fristen?

Fristlengden er uttrykt på samme måte som fristen etter pkt. 23.2, altså ”uten ugrunnet opphold”. Også etter denne bestemmelsen må lengden på fristen vurderes konkret.<sup>100</sup> I litteraturen anføres at noe mer enn 4-5 dager fra mottakelse av kravet normalt ikke bør godtas.<sup>101</sup> I en avgjørelse i Byggebransjens Faglig Juridiske Råd fra 1993<sup>102</sup> ble to uker ansett som for sent varsel.

Det kan stilles spørsmål om 21-dagersfristen i NS 3430 pkt. 17.5 tredje ledd kan være retningsgivende for fristlengden i NS 8405 pkt 23.3. Etter bestemmelsen i NS 3430 må byggherren svare ”uten ugrunnet opphold, dog innen 21 dager” på entreprenørens krav om fristforlengelse eller merutgifter. Fristen er altså

---

<sup>97</sup> Se Kolrud (2004) s. 240. Kolrud var formann i komiteen som reviderte NS 3430 og NS 8405 første utgave. Når han tar opp problemstillingen i boken Kommentarer til NS 8405 er det sannsynlig at problemstillingen er kjent for komiteen som reviderte standarden.

<sup>98</sup> Marthinussen (2006) s. 320

<sup>99</sup> Barbo (1997) s. 261

<sup>100</sup> Marthinussen (2006) s. 321, Barbo (1997) s. 262 og Kolrud (2004) s. 240

<sup>101</sup> Marthinussen (2006) s. 321

<sup>102</sup> BFJR saknr. 403 (1993)



”uten ugrunnet opphold”, men aldri lenger enn 21 dager. Den tilsvarende bestemmelsen i NS 3401<sup>103</sup> hadde en absolutt frist på 6 dager. Den betydelige økningen av den absolutte fristen var trolig fordi den korte fristen førte til flere urimelige resultater, og til en viss grad oppfordret til spekulasjon fra useriøse aktører.<sup>104</sup> Noen analogisk anvendelse av en slik absolutt fristlengde vil det selvsagt ikke være rom for. Men de absolutte fristene kan kanskje tolkes som et signal fra aktørene i bransjen, som tross alt har utarbeidet og anvender standardene, om hva de anser for å være ”uten ugrunnet opphold”. Av dette kan man kanskje slutte at det bør utvises forsiktighet med å operere med en ”normalfrist” på kun noen få dager, mens det skal svært gode grunner til for å gå ut over 21 dager.

Det er antatt at byggherrens svarfrist er kortere enn entreprenørens varslingsfrist etter pkt 23.2.<sup>105</sup> Grunnen til at byggherrens svarfrist ofte er kortere er ikke fordi det generelt sett stilles strengere krav til byggherren, men fordi forhold som kan begrunne en lengre frist etter pkt 23.2 i de fleste tilfeller ikke gjør seg gjeldende etter pkt. 23.3. Det ble i oppgavens pkt. 2.3.2 slått fast at entreprenørens kjennskap til endringen kunne påvirke fristlengden. Byggherrens manglende kjennskap til entreprenørens endringsordrekrav vil sjelden være saklig grunn til fristforlengelse. Byggherren er hovedårsaken til at varsel etter pkt. 23.2 gis. I tillegg vil et endringsordrekrav i de fleste tilfeller være mer eksplisitt uttrykt enn et arbeidspålegg etter 23.1. Det vil derfor være lettere å oppfatte at varsling er nødvendig. Men det er klart at fristlengden kan påvirkes av hvor klart endringsordrekravet er utformet.<sup>106</sup> Et uklart endringsordrekrav kan kanskje oppfordre byggherren til å avklare med entreprenøren om varselet er ment som et endringsordrekrav. Dette vil kunne føre til at fristlengden utvides noe. Men en slik avklaring vil kunne foretas meget raskt slik at det neppe vil være tale om noen betydningsfull utvidelse. I praksis vil nok byggherren oppfatte endringsordrekravet umiddelbart.

Hvor komplisert vurderingen byggherren må foreta er, kan påvirke fristlengden. Er det tale om et stort, komplekst og komplisert byggeprosjekt kan byggherren kanskje innvilges noe lenger tid hvis forholdet må diskuteres med entreprenøren.<sup>107</sup> Men å gi byggherren mye tid slik at han får foretatt alle undersøkelser, diskutert med entreprenøren og kanskje rådført seg om det juridiske for å være sikker i sin sak, vil det

---

<sup>103</sup> NS 3401 pkt. 8.7 tredje ledd

<sup>104</sup> Kolrud (1992) s. 154

<sup>105</sup> Barbo (1997) s. 263

<sup>106</sup> Barbo (1997) s. 263

<sup>107</sup> Barbo (1997) s. 263

neppe være rom for. Selv om byggherren avslår entreprenørens endringsordrekrav, er det ikke endelig slått fast at det ikke foreligger en endring. Uenigheten mellom partene vil løses etter standardens pkt. 26. I tillegg kan byggherren velge å utstede endringsordre selv om kravet i første omgang er avslått.

Det kan reises spørsmål ved om det at entreprenøren har brukt lang eller kort tid på å svare etter pkt. 23.2 påvirker fristlengden i pkt. 23.3. Det er entreprenørens forhold som kan gi grunnlag for et ”grunnet opphold” etter pkt. 23.2. På samme måte er det forhold på byggherresiden som kan gi grunnlag for et ”grunnet opphold”. I tillegg skal det som sagt foretas en konkret vurdering. Dette taler for at fristlengden i de to bestemmelsene må vurderes uavhengig av hverandre. Men dersom byggherren er klar over at en rask avklaring er nødvendig, vil dette kunne påvirke fristlengden.<sup>108</sup>

#### 2.4.3.3 Fristavbrudd

Fristen avbrytes når byggherren varsler entreprenøren. Nærmere om dette varselet i pkt.2.4.2. Også her er det tale om et rettsbevarende utsagn som medfører at fristavbrudd er det tidspunkt varselet er forsvarlig avsendt.

#### 2.4.4 Konsekvens av unnlatt varsel

Konsekvensen av unnlatt eller for sent varsel er at ”entreprenørens krav om endringsordre anses som akseptert”, jfr. pkt 23.3 annet ledd. Det er da avgjort at det foreligger en endring av den opprinnelige kontrakten. Byggherren må dermed betale det ”endringen” koster eller gi entreprenøren fristforlengelse til tross for at han kanskje i ettertid kan påvise at arbeidspålegget i realiteten ikke innebar noen endring av den opprinnelige kontrakten. Men som nevnt behøver ikke endringen medføre krav på tilleggsvederlag, selv om dette ofte vil være tilfelle. For eksempel vil et annet fargevalg enn det opprinnelig avtalte selvsagt være en endring i standardens forstand, men i de fleste tilfeller vil ikke dette påvirke vederlaget.

---

<sup>108</sup> Kolrud (1997) s. 238

### 3 Er preklusjonsreglene absolutte?

Varslingsreglene og de preklusive konsekvensene fremstår absolutte i standarden. I det videre vil det drøftes om det finnes unntak fra preklusjonsreglene når standardens regler er avtalt mellom partene.

#### 3.1 Utgangspunktet: preklusjon

Det klare, og selvsagte utgangspunkt er at det inntreffer preklusjon i de tilfeller standarden oppstiller varslingsfrister med tilhørende preklusive konsekvenser.<sup>109</sup> Hvis entreprenøren for eksempel ikke fremsetter krav om endringsordre uten ugrunnet opphold, er konsekvensen at han taper retten til å påberope seg at byggherrens pålegg innebærer en endring, jfr. NS 8405 pkt 23.2.

Dersom partene ikke har avtalt eller klart forutsatt at standarden kommer til anvendelse, vil varslings- og preklusjonsreglene ikke komme til anvendelse i avtaleforholdet. Selv om reglene ikke får anvendelse i den strenge form de fremstår i NS 8405, kan krav tapes etter alminnelig kontraktsrettslige regler. Varslingsregler kan kanskje oppstilles med grunnlag i alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Tap av rettigheter og innsigelser kan tenkes etter norsk retts alminnelig regler om passivitet. NS 8406 har for eksempel regler om varslings, men vedrørende tap av rettigheter pga manglende varslings vises det kun til ”norsk retts vanlige regler”.<sup>110</sup> Partene kan også benytte standarden, men avtale at enkeltbestemmelser ikke skal komme til anvendelse. Dette følger av avtalefriheten og er forutsatt i forordet til standarden. I slike tilfeller må man falle tilbake på alminnelige regler.

#### 3.2 Betydningen for bevisbyrde/tvilsrisiko

Ettersom utgangspunktet er at preklusjonsreglene kommer til anvendelse, vil dermed den som påstår at dette ikke er tilfelle pålegges bevisbyrden.<sup>111</sup> Det er ikke snakk om noen skjerpet objektiv bevisbyrde i form av høyere grad av sannsynlighet, men den som

---

<sup>109</sup> Barbo (1997) s. 188

<sup>110</sup> NS 8406 pkt. 3

<sup>111</sup> Se f.eks LB-2009-052844

påstår at noe annet enn at de avtalte preklusjonsreglene kommer til anvendelse må bevise dette med alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>112</sup>

### 3.3 Avkall på å påberope reglene

Utgangspunktet er at en kontraktspart kan velge å ikke påberope sine rettighetsposisjoner, hvis han av ulike årsaker skulle ønske det. Rettslig kan dette forankres i prinsippet om at partene selv kan disponere over sine rettigheter.<sup>113</sup>

Påberopelse av formalregler kan kanskje fremstå som en uvennlig handling som forsurer samarbeidsklimaet.<sup>114</sup> Byggherre kan i langvarige prosjekter eller med tanke på forestående prosjekter se seg bedre tjent med å ”svelge en kamel” for å sikre et godt samarbeidsklima i fremtiden. Entreprenøren kan på sin side unnlate å påberope for sen innsigelse med tanke på senere mulige oppdrag fra byggherren. Slike ensidige frafall av rettigheter kan selvsagt bare aksepteres der frafallet er til gunst for den annen part.<sup>115</sup>

Som regel vil avkall på å påberope preklusjon være til den annen parts gunst. Men som et eksempel på avkall som ikke kan godtas nevner Barbo tilfellet der byggherren ønsker å påberope at kontrakten ikke er endret, fordi han ikke har utstedt formriktig endringsordre. Dette må påberopes før entreprenøren har utført arbeidet. Etter at det eventuelt har inntrådt preklusjon, vil entreprenørens utførelse i prinsippet være en oppfyllelse av de endrede kontraktsforpliktelse.<sup>116</sup> Partene kan også endre den allerede inngåtte avtalen og bestemme at preklusjonsreglene ikke skal komme til anvendelse.

### 3.4 Konkludent atferd

Avtalefriheten tilsier at partene på ethvert tidspunkt kan inngå ny avtale eller endre den allerede inngåtte avtalen. Også avtalepartenes handlemåte, konkludente atferd, kan være avtalestiftende på samme måte som en uttrykkelig avtale.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> Hov (2007) s. 349

<sup>113</sup> Barbo (1997) s. 229

<sup>114</sup> Kaasen (2009) s. 50

<sup>115</sup> Barbo (1997) s. 229

<sup>116</sup> Barbo (1997) s. 229

<sup>117</sup> Hagstrøm (2003) s. 84

I tilfeller hvor partene ikke har forholdt seg til avtalens varslingsregler, har domstolene av og til kommet til at et krav ikke kan avvises med henvisning til manglende varslings.<sup>118</sup> I en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2009<sup>119</sup> sier lagmannsretten seg enig med tingretten som uttaler:

*”Ingen av partene har vært nøye med å følge varslingsreglene, og retten finner det derfor mest naturlig å se helt bort fra de strenge preklusjonsbestemmelser som følger NS 3430-systemet. Noe annet ville etter rettens syn slå urimelig ut her.”*

Det finnes flere underrettsdommer i tråd med denne avgjørelsen.<sup>120</sup> Hvor lista ligger i det enkelte tilfellet for at partene skal anses å ha fraveket reglene ved konkludent atferd, er vanskelig å slå fast, da dette beror på konkrete vurderinger. I det videre skal det drøftes hvilke forhold som kan tilsi en strengere eller mindre streng norm ved tilsidesettelse av reglene der partene ikke har forholdt seg til avtalen.

Som et utgangspunkt kan nevnes at det i juridisk teori anføres at det har blitt reagert strengere og strengere overfor den som ikke har varslet når han burde<sup>121</sup> og at det advares mot en uthuling<sup>122</sup> av varslingsreglene. Eldre rettspraksis bør derfor benyttes med varsomhet. Likevel ser man ikke så rent sjelden i praksis at varslingsreglene ikke følges.<sup>123</sup> At reglene i mange tilfeller ikke følges, har vært kjent for partene som har utarbeidet standarden. Likevel er preklusjonsreglene så å si uten unntak. Dette tilsier at terskelen for å fravike standardens regler ligger høyt.

---

<sup>118</sup> Marthinussen (2006) s. 290

<sup>119</sup> LB-2008-33181

<sup>120</sup> Se f.eks LB-2001-3116, RG-1996-1529 (Frostating), LE-2008-48886, LF-2001-565 (gjelder sluttoppgjør)

<sup>121</sup> Marthinussen (2006) s. 341

<sup>122</sup> Kolrud (2004) s. 263

<sup>123</sup> Kolrud (2004) s. 263 og Barbo (1997) s. 233

Den usikkerhet som oppstår ved å fravike det regelverket partene eksplisitt har vedtatt tilsier også at det skal en del til for at man ved vagere dispositive utsagn, som partenes atferd er, kan fravike standarden.

### 3.4.1 Vurderingstemaet

Spørsmålet om en part er avtalerettslig bundet beror på ulovfestet rett. Det følger av avtalelovens forarbeider at det avgjørende for om en part er bundet er om han har hatt ”til hensikt umiddelbart at binde seg”.<sup>124</sup> Om dette er tilfelle beror på en tolkning av utsagnet, handlemåten eller annen atferd.<sup>125</sup> I flere domsgrunner har Høyesterett derimot stilt spørsmålet om mottaker av løftet har ”rimelig grunn” til å tro at den annen part har bundet seg.<sup>126</sup> Den rådende oppfatning blant rettsteoretikere er også at det avgjørende er hva mottaker ”med rimelighet kan legge i løftet”.<sup>127</sup> Men om parten ”har ment å binde seg” vil likevel kunne spille inn ved vurderingen.<sup>128</sup>

Spørsmålet ved konkludent atferd blir dermed om den ene parts atferd med rimelighet kan tolkes av den annen part som et uttrykk for fravikelse av standarden. I det videre vil det redegjøres for ulike momenters betydning for spørsmålet om standarden er fraveket ved konkludent atferd.

Det kan kanskje hevdes at dette er en for teoretisk tilnærming til problemstillingen. I domsgrunnene til avgjørelsene som omhandler fravikelse av preklusjonsreglene ved konkludent atferd spørres det ikke om hva den annen part med rimelighet kan legge i atferden. Det konstateres stort sett bare at partene ikke har forholdt seg til standardens varslingsregler, og at det dermed vil være urimelig om en av partene i slike tilfeller velger å påberope de strenge preklusjonsreglene. Det kan dermed synes som om domstolene ofte hjemler fravikelse av reglene dels i den konkludente atferd, og dels i hensyn som følger av § 36, selv om dette ikke uttales uttrykkelig. Det noe teoretiske utgangspunktet for konkludent atferd er allikevel valgt fordi konkludent atferd kan tenkes som et selvstendig grunnlag for endring av standarden, selv i tilfeller der påberopelse av preklusjonsreglene ikke fører til et urimelig resultat. I tillegg har § 36-vurderinger liten plass i kontraktsforhold basert på NS 8405, se oppgavens pkt. 3.6. På den måten blir vurderingen av konkludent atferd ofte ”hovedgrunnlaget” for fravikelse, mens rimelighetsvurderinger kan komme inn som et tilleggsmoment i vurderingen.

---

<sup>124</sup> Ot.prp.nr. 63 (1917) s. 24 og se f.eks. Rt. 1985 s. 1265, Rt. 1964 s. 1260

<sup>125</sup> Giertsen (2006) s. 38

<sup>126</sup> Se for eksempel Rt. 1991 s. 1170 og Rt. 2001 s. 1288

<sup>127</sup> Woxholth (2003) s. 66

<sup>128</sup> Woxholth (2003) s. 65

### 3.4.2 Momenter i vurderingen

#### 3.4.2.1 Hyppighet av tilfeller der standarden fravikes

Det viktigste momentet ved en total tilsidesettelse av preklusjonsreglene i hele byggeprosjektet er hyppigheten av tilfeller der partene ikke har forholdt seg til standarden. Å slå fast noe konkret om antallet fravikelser vil være umulig og heller ikke hensiktsmessig ettersom tilsidesettelse av reglene må vurderes konkret og avhenger av en rekke faktorer.

I ekspertavgjørelse 7. august 1995<sup>129</sup> ble krav om endringsordre fremsatt 11-15 mnd. etter at selskapet (byggherren) hadde krevet det aktuelle arbeidet utført, ansett som klart for sent fremsatt. Preklusjonsfristen kunne ikke anses modifisert til tross for at selskapet hadde akseptert fire endringsordrekav fremsatt ½ - 1 år etter arbeidspålegget ble fremsatt, bl.a. fordi selskapet i samme periode også hadde påberopt preklusjon ni ganger.

En måte å se det på er at det bør foreligge en jevn praksis i avtaleforholdet om fravikelse av reglene, ikke bare tilfeldig fravikelse av standarden. Har partene stort sett forholdt seg til standarden, og fravikelse fremstår tilfeldig eller som unntak fra den praksis partene har, skal det nok mye til for at avtalen er endret ved konkludent atferd. Grunnen til dette er at jo hyppigere fravikelse av standarden det er tale om, jo større grunn har kanskje partene til å tolke den annen parts handlemåte som et uttrykk for endring av avtalen.

#### 3.4.2.2 Formål og hensyn bak varslingsreglene

Videre må man ved avgjørelsen av tilsidesettelse av regelverket ta utgangspunkt i regelverkets formål og hensyn bak reglene. Hvis formålet eller hensyn bak reglene blir like godt eller bedre ivaretatt ved en handlemåte som avviker fra standarden, senkes nok terskelen for at standarden anses fraveket ved konkludent atferd. I første rekke er det partenes styringsmuligheter varslingsreglene skal ivareta. Og i tilfeller der det er vanskelig eller umulig å følge standardens varslingsregler skal det neppe mye til før varslingsreglene settes til side. Dette var tilfelle i en lagmannsrettsavgjørelse fra

---

<sup>129</sup> Inntatt i Petrius 1997 s. 89 (1995). Preklusjonsfristen ble i denne saken ansett å løpe fra selskapet krevet arbeidet utført, og ikke fra et senere tidspunkt under diskusjoner om arbeidets forhold til kontrakten.

1997<sup>130</sup> som gjaldt en entreprise etter NS 3430. Retten fant det bevist at partene ”ikke har funnet det påkrevet eller mulig i alle situasjoner å følge den fremgangsmåte som er angitt i NS 3430. [...] Partene synes ved sin konkludente atferd selv å ha hatt en felles forståelse av at det ikke lot seg gjøre i alle forhold å følge de prosedyrer som standarden forutsetter”. Retten fant dermed at det “vanskelig kan konstateres rettighetstap for noen av partene dersom man ikke fullt ut har forholdt seg som foreskrevet.” Selv om avtalen var et ”sammensatt kompleks av enkeltelementer”, var ikke forholdene på byggeplassen uoversiktlig. De hensyn varslingsreglene skal ivareta ble oppfylt ved at partene noterte ned tilleggsarbeider på byggemøter.

Men dersom partene har fraveket standarden i enkelttilfeller der det har vært hensiktsmessig, men forholdt seg til standardens prosedyrer ellers, bør ikke reglene fravikes generelt. Har derimot fravikelsen ikke vært knyttet til tilfeller der det har vært hensiktsmessig, kan dette tale for en generell tilsidesettelse av reglene for hele prosjektet. Hensynet til at partene kan forutberegne sin rettsstilling taler for en slik løsning.

### 3.4.2.3 Partenes profesjonalitet/størrelse

NS 8405 kan kun avtales mellom profesjonelle parter. Det er altså ikke tale om noen sondring mellom næringsdrivende og forbruker, men det er klart at partenes profesjonalitet varierer stort fra prosjekt til prosjekt. NS 8405 blir ofte benyttet av store så vel som små entreprenører, og ”engangsutbyggere” som erfarne byggherrer. Større aktører vil ofte ha bedre rutiner og en større administrasjon enn mindre aktører i bransjen. Det kan derfor stilles spørsmål ved om partenes varierende profesjonalitet påvirker hvor mye som skal til før preklusjonsreglene er fraveket ved konkludent atferd.

I juridisk litteratur anføres at det i større byggeprosjekter, der byggherre er profesjonell og entreprenøren er av en viss størrelse, bør utvises varsomhet med å la partenes atferd påvirke innholdet av kontraktsvilkårene.<sup>131</sup> Mindre profesjonelle parter kjenner kanskje ikke til regelverket, og partene mener reglene er unødig formalistiske. Realiteten er da

---

<sup>130</sup> LE-1996-267

<sup>131</sup> Barbo (1997) s. 234



at partene har benyttet en standard de ikke burde benyttet.<sup>132</sup> Der partene er store og profesjonelle vil rimelighetshensyn spille en mindre vesentlig rolle. Dette ser man blant annet i forhold til tilbakeholdenheten med å anvende avtaleloven § 36 der partene er profesjonelle og jevnbyrdige.<sup>133</sup>

Det finnes allikevel tilfeller der store profesjonelle parter har fraveket standarden ved konkludent atferd. Dette var tilfelle i voldgiftsdommen inntatt i Petrius 1997 s. 101. Partene i saken var Norske Shell AS og Hitec-Dreco AS.

Men det kan kanskje stilles spørsmål ved betraktningen om at det skal mer til for at profesjonelle parter anses å ha fraveket standarden ved konkludent atferd. Det kan for eksempel stilles spørsmål ved om store og profesjonelle parter har større behov for tidlig avklaring enn mindre parter. Mindre profesjonelle parter vil ofte ha dårligere likviditet enn større parter. Dette tilsier at mindre parter ofte kan ha større behov for tidlig avklaring av de økonomiske konsekvensene, slik at dette kan spares inn på andre områder.

Videre kan det settes spørsmålstegn ved betraktningen om at mindre profesjonelle parter ikke kjenner til regelverket godt nok, og at dette fører til lavere terskel for fravikelse ved konkludent atferd. En atferd i strid med kontraktens bestemmelser vil altså ikke være noen bevisst atferd. I mange domsgrunner der spørsmålet har vært om avtale er inngått, har Høyesterett stilt spørsmålet om partene ”har ment å binde seg”.<sup>134</sup> Det kan nok være større grunn til å anse den bevisste atferd som et uttrykk for at parten ”har ment å binde seg”. Et bindende løfte vil også avhenge av hva mottaker ”med rimelighet kan legge i løftet”.<sup>135</sup> Mottaker av ”kvasiløftet” (løfte gitt ved konkludent atferd)<sup>136</sup> har nok større grunn til å anse atferden som et uttrykk for endring av kontrakten der avgiver av løftet kjenner til regelverket og er profesjonell, enn der parten ikke er profesjonell og kanskje ikke kjenner regelverket.

---

<sup>132</sup> Barbo (1997) s. 234

<sup>133</sup> Hagstrøm (2003) s. 288

<sup>134</sup> Woxholth (2003) s. 65

<sup>135</sup> Woxholth (2003) s. 67

<sup>136</sup> Hagstrøm (2003) s. 84

Det kan tenkes at synspunktet om at det skal mer til for profesjonelle parter å fravike standarden ved konkludent atferd egentlig har sitt utspring i betraktningen at store komplekse prosjekter krever strenge varslingsprosedyrer, se pkt. 3.4.2.4. I de fleste tilfeller er det store profesjonelle parter som inngår store byggekontrakter, men kanskje er det akkurat *prosjektets størrelse* som tilsier strenge varslingsregler. Det at det finnes mer rettspraksis hvor mindre parter har handlet i strid med standarden og varslingsreglene settes til side, har kanskje sammenheng med at disse partene oftere fraviker standarden og at det i slike tilfeller oftere er tale om mindre byggeprosjekter. Men selv om slike parter oftere fraviker standarden, tilsier dette neppe at terskelen senkes for at konkludent atferd fører til at regelverket settes til side.

Det som imidlertid kan tenkes er at terskelen for fravikelse av preklusjonsreglene senkes dersom partene ikke er jevnbyrdige. I slike avtaleforhold vil rimelighetsbetraktninger kunne spille en større rolle.<sup>137</sup> Der preklusjonsreglene slår urimelig ut overfor den ”svake” part skal det nok derfor mindre til før regelverket settes til side.

#### 3.4.2.4 Store og komplekse prosjekter

Det fremgår av virkeområdet for NS 8405 at standarden er egnet der prosjektets omfang eller organisering tilsier behov for formaliserte varslingsregler med strenge konsekvenser.<sup>138</sup> Større prosjekter tilsier at det kan forekomme flere endringer eller uforutsette forhold som kan påvirke prisen eller fremdrift. Varslingsreglene vil da være viktig for at dette kommer på bordet så tidlig som mulig. I tillegg vil det i store prosjekter være større sjanse for at endringer i prosjektgjennomføringen får store økonomiske konsekvenser. Her bør det derfor vises varsomhet med å la partenes atferd innvirke på innholdet av kontraktsbestemmelsene.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Hagstrøm (2003) s. 289

<sup>138</sup> NS 8405 pkt. 1

<sup>139</sup> Barbo (1997) s. 234

På den annen side kan det anføres at store prosjekter med stort arbeidsvolum av samme type ofte vil være mer oversiktlig og færre entreprenører er kanskje involvert enn tilfellet er i mindre prosjekter. I slike tilfeller er det ikke like stort behov for strenge varslingsregler.<sup>140</sup> I prosjekter der det er mange sideentreprenører og/eller der selve arbeidet er komplekst, kan endringer og forsinkelser få større ringvirkninger. Her kreves ofte strenge varslingsprosedyrer.<sup>141</sup> Dette kan tale for varsomhet med å fravike reglene.

Det kan derfor hevdes at det er prosjektets kompleksitet, og ikke selve størrelsen, som i første rekke tilsier tilbakeholdenhet med å fravike preklusjonsreglene på bakgrunn av konkludent atferd.

#### 3.4.2.5 Omstendigheter ved vedtakelse av standarden og betydningen for konkludent atferd

Det er en forutsetning at partene har vedtatt standarden eller klart forutsatt at den skal benyttes for at preklusjonsreglene skal komme til anvendelse. Det skal imidlertid lite til før standarden er vedtatt. En henvisning er tilstrekkelig, jfr. Rt. 1991 s 773.<sup>142</sup> Spørsmålet blir om det skal mindre til før standarden er fraveket ved konkludent atferd i tilfeller der man befinner seg i nedre sjiktet av det som skal til for at standarden er vedtatt. Ytterpunkter her vil være tilfeller der partene har diskutert standardens bestemmelser og henvist til standarden flere steder i kontraktsdokumentet, og tilfeller der det bare er en enslig henvisning til standardavtalen uten at partene kjenner til innholdet i standarden.

Som allerede nevnt kan konkludent atferd være avtalestiftende på lik linje med et eksplisitt løfte, jfr. oppgavens pkt. 3.4. Og det avgjørende for om avtale kan anses inngått, og hva innholdet av avtalen er, er hva løftemottaker ”med rimelighet kan legge i løftet”.<sup>143</sup> Når også partenes forutsetninger, så som tidligere avtaler og disposisjonens

---

<sup>140</sup> Marthinussen (2006) s. 45

<sup>141</sup> Marthinussen (2006) s. 45

<sup>142</sup> Marthinussen (2006) s. 51

<sup>143</sup> Woxholth (2003) s. 66

forhistorie er et relevant disposisjonskriterium,<sup>144</sup> kan det anføres at det skal mindre til for at konkludent atferd setter preklusjonsreglene til side når det kun er foretatt en enkel henvisning til standarden. I slike tilfeller vil man kanskje lettere falle ned på at handlemåten fører til at løftemottaker med rimelighet kan anse handlemåten som et ”løfte” om å endre den opprinnelige avtalen.

#### 3.4.2.6 Samarbeidsklimaet mellom partene

Det kan tenkes at terskelen for å sette preklusjonsreglene til side påvirkes av tillitsforholdet og samarbeidsklimaet mellom partene. Parter som har samarbeidet i lang tid i flere prosjekter vil kanskje utvikle et mindre formelt samarbeid i tillit til at den annen part ikke vil påberope preklusjonsreglene. Dette var tilfelle i en lagmannsrettsavgjørelse fra 2008.<sup>145</sup> Retten uttalte at ”parter har vært innforstått med den uformelle samarbeidsformen, og at de har akseptert den gjennom konkludent atferd.” Grunnen til at terskelen i slike tilfeller trolig vil være noe lavere enn ellers, er at partene kanskje har større grunn til å oppfatte atferden som et uttrykk for endring av avtalen. I tillegg kan det anføres at rimelighetshensyn har større betydning. Hvis partene har hatt et uformelt samarbeid i tidligere prosjekter, kan dette kanskje tale for at terskelen for å fravike preklusjonsreglene senkes.<sup>146</sup> Det er klart at avtalene i utgangspunktet må vurderes isolert, men mottaker av ”kvasiløftet” har kanskje større grunn til å oppfatte atferden som at standarden fravikes dersom dette har vært tilfelle i de foregående prosjektene.

#### 3.4.2.7 Ensidig/gjensidig avkall

Et ensidig avkall på å påberope preklusjonsreglene ved konkludent atferd kan være tilfelle der entreprenøren ved flere anledninger fremsetter endringsordrekav for sent uten at byggherren påberoper for sent varsel. Barbo hevder at det skal langt mindre til

---

<sup>144</sup> Woxholth (2003) s. 99

<sup>145</sup> LE-2008-48886

<sup>146</sup> Se LF-2001-565. Avgjørelsen gjelder sluttoppgjør, men mange av de samme hensyn gjør seg gjeldende.

før en part ensidig har gitt avkall på å påberope preklusjon.<sup>147</sup> Dette begrunnes ut i fra culpasanksjonssynspunkter – det reageres mot den uønskede handlemåte. Ønsker partene å reversere en endret avtale, krever det i utgangspunktet enighet. Men ved ensidig avkall på å påberope reglene er det tilstrekkelig at den part som har forholdt seg passiv meddeler at han i fremtiden vil forholde seg til preklusjonsreglene.<sup>148</sup> Meddelelsen må være såpass klar at den annen part oppfatter at varslingsreglene vil bli overholdt i fremtiden.<sup>149</sup> En klar meddelelse må altså kreves i tilfeller der partene har endret avtalen ved konkludent atferd og ønsker å endre avtalen tilbake til det opprinnelige. Men også kommunikasjon mellom partene vil ha betydning for om avtalen mellom partene er endret ved konkludent atferd. Hvor klar meddelelsen om å forholde seg til standarden må være i slike tilfeller, avhenger av konkrete omstendigheter. Trolig må ”kravet” om klarhet avpasses etter hvor gjennomgående og utbredt den avvikende atferd fra standarden er. Illustrerende er en lagmannsrettsdom fra 2009.<sup>150</sup> Rettens mindretall kom til at partene hadde fraveket standarden ved konkludent atferd, mens flertallet mente partene ikke hadde fraveket standarden og viste blant annet til en e-post fra byggherren til entreprenøren. E-posten ble tolket som et uttrykk for at byggherren ikke godtok måten entreprenøren oversendte endringsordrekrav, selv om dette ikke fremgikk eksplisitt og klart av e-posten.

### 3.5 Illojalitet

Unntak fra preklusjonsreglene ved illojalitet følger ikke eksplisitt av standardens bestemmelser. Likevel er det klart at det må oppstilles et slikt unntak.<sup>151</sup> Dette følger av alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold,<sup>152</sup> noe som også er presisert i standardens

---

<sup>147</sup> Barbo (1997) s. 235

<sup>148</sup> Barbo (1997) s. 235

<sup>149</sup> Kaasen (2006) s. 433, med henvisning til PetrIus 1997 s 101.

<sup>150</sup> LB-2009-052844. Interessant er også mindretallets konklusjon på bakgrunn av oppstilling av antall endringsordrekrav som besvares i henhold til standarden og antallet som besvares ”muntlig eller på ikke dokumentert måte”.

<sup>151</sup> Hagstrøm (2003) s. 130, Barbo (1997) s. 245. De fleste kontraktslovene oppstiller også unntak fra reklamasjonsreglene dersom den ene part har handlet uredelig, eller i ond tro. Se f. eks kjøpsloven § 33, forbrukerkjøpsloven § 27, bustadoppføringslova § 30, håndverkertjenesteloven § 22, etc.

<sup>152</sup> Marthinussen (2006) s. 78

pkt. 5. I tillegg vil avtaleloven § 36 kunne være hjemmel for fravikelse, men illojalitet kan også være et selvstendig grunnlag.<sup>153</sup> Avtaleloven § 33 er nok ikke direkte anvendelig, men bestemmelsen kan gi anvisning på hvor terskelen for fravikelse pga. illojalitet ligger.<sup>154</sup>

Selv om det ikke er tvil om at det foreligger et rettslig grunnlag for fravikelse, kan det spørres om hvilke omstendigheter som fører til tilsidesettelse ved illojalitet. Er det for eksempel tilstrekkelig til å konstatere illojalitet at byggherren er klar over at det foreligger en endring, men velger å benytte irregulær endringsordre? Eller dersom entreprenøren mottar et arbeidspålegg som han oppfatter å ligge innenfor kontrakten, men velger å kreve endringsordre utstedt?

Hensyn bak regelverket taler for at regelverket settes til side i alle tilfeller der partene er klar over de reelle forhold, men velger et annet handlingsalternativ enn standarden foreskriver. For eksempel hvis byggherren pålegger entreprenøren å utføre arbeid ved en irregulær endringsordre, selv om han vet at pålegget innebærer en endring. Det kan anføres at byggherren ikke behøver noen avklaring av situasjonen i slike tilfeller.

Likevel er det neppe tvil om at det ikke behøver å foreligge noe illojalt, som gir grunnlag for tilsidesettelse av regelverket, bak de nevnte handlinger. Byggherren kan ha funnet det hensiktsmessig å fremsette arbeidspålegg for eksempel muntlig, ved et sett tegninger etc. Eller partene kan kanskje i ”kampens hete” overse standardens varslingsregler. Slike handlinger hefter det intet illojalt ved. Varslingsreglene i standarden skal nettopp fange opp og avklare slike forhold, som kan danne grunnlag for uenighet senere i prosjektet.

Det som derimot fører til at regelverket tilsidesettes er den bevisste spekulasjon.<sup>155</sup> Altså tilfeller der den ene parten bevisst velger en handlemåte for å oppnå en uberettiget vinning. Dette vil for eksempel være tilfelle der den ene parten vet om den annen parts

---

<sup>153</sup> Jfr. Rt. 1984 s 28 og Rt. 1995 s. 1460

<sup>154</sup> Hagstrøm (2003) s. 130

<sup>155</sup> Barbo (1997) s. 244

manglende kunnskap om standarden, eller manglende kontraktsadministrasjon, og forsøker å utnytte dette. Hovedpoenget med lojalitetsplikten som oppstilles i standardens pkt. 5 er nettopp å presisere at partene plikter å samarbeide og ikke utnytte den annen parts svakheter.<sup>156</sup>

Unntaket fra preklusjonsreglene pga. illojalitet er imidlertid et upraktisk unntak som sjelden kommer til anvendelse.<sup>157</sup> Det kan nok hende at spekulasjon fra tid til annen forekommer, men det vil være svært vanskelig å bevise at den annen part har handlet med en bestemt hensikt. Bevisbyrden vil i tillegg påligge den som påstår at det foreligger illojalitet. Selv om det neppe kan oppstilles noe skjerpet beviskrav for slike tilfeller, vil domstolene kanskje vise noe tilbakeholdenhet med å stadfeste at en av partene har handlet sterkt klanderverdig. Det er derimot tenkelig at domstolene lettere tyr til rimelighetsbetraktninger og avtaleloven § 36 dersom det er forhold som taler for at en av partene har forsøkt å spekulere i kontrakten på den annen parts bekostning.

### 3.6 Avtaleloven § 36

Etter avtaleloven § 36 kan avtaler settes til side ”for så vidt det ville virke urimelig” å gjøre avtalen gjeldende. Bestemmelsen er mer fleksibel enn de øvrige ugyldighetsbestemmelsene i avtaleloven da avtaler også kan settes ”delvis til side eller endres”. Tilsidesettelse av preklusjonsreglene i medhold av avtaleloven § 36 kan dermed tenkes. Her må det sondres mellom generell og individuell tilsidesettelse av preklusjonsreglene.

En generell tilsidesettelse av preklusjonsreglene kan vanskelig tenkes. Det er ikke tvil om at reglene kan ramme en av partene meget hardt, men dette er ikke tilstrekkelig til å sette reglene til side. Det er flere forhold som taler i mot en generell tilsidesettelse. NS 8405 er et resultat av samarbeid mellom diverse organisasjoner på byggherre- og entreprenørsiden.<sup>158</sup> Standardavtalene må dermed antas å være rimelig balansert.

---

<sup>156</sup> Kolrud (2004) s. 65

<sup>157</sup> Hagstrøm (2003) s. 130

<sup>158</sup> Marthinussen (2006) s. 56

Reglene tjener også i utgangspunktet et aktverdig formål, er klart utformet og bør være kjent i bygg- og anleggsbransjen.<sup>159</sup> I tillegg er terskelen for lemping i medhold av § 36 jevnt over høyere der partene er profesjonelle.<sup>160</sup> I høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1999 s 922 uttalte mindretallet at ”en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som har liten plass i et kontraktsforhold som det vi her står overfor.” Kontraktsforholdet det ble siktet til var mellom profesjonelle parter med en kontraktssum på drøyt 453 millioner kroner.<sup>161</sup>

Men dersom partene avtaler særvilkår som avviker fra standardens bestemmelser, kan det tenkes at terskelen for å anvende § 36 senkes, hvis avtaleforholdet mellom partene blir skjevt. ”Stryn Energi-dommen”<sup>162</sup> kan kanskje tale for en slik løsning. I denne saken hadde byggherren gitt uriktige opplysninger om grunnforholdene rundt et vannkraftverk som skulle bygges ut. Dette førte til en fordyring av utbyggingen, slik at entreprenøren hadde krav på merutgifter. Spørsmålet for Høyesterett var om det var varslet for sent slik at kravet var prekludert. Partene hadde avtalt en 24-timersfrist i stedet for ”uten ugrunnet opphold”-fristen etter NS 3431 pkt. 22.5. Retten fant det usikkert om det var varslingsreglene i denne bestemmelsen eller standardens pkt. 8.5 som kom til anvendelse, og uttalte:

*Den svært korte fristen vil lett kunne føre til urimelige resultater. Jeg finner derfor at uklarheten om hvilken varslingsfrist som gjelder, må gå ut over byggherren Stryn Energi, som har formulert kontrakten. Etter dette legger jeg til grunn at varslingsregelen i punkt 8.5 kommer til anvendelse, slik at varsel må gis ”uten ugrunnet opphold”.*

---

<sup>159</sup> Barbo (1997) s. 242

<sup>160</sup> Hov (2008) note 141 og Hagstrøm (2003) s. 288

<sup>161</sup> Uttalelsen var ikke i forbindelse med endringsarbeidet, men i forhold til entreprenørens krav om tilleggsvederlag for uforutsette kostnader. Men det må antas at samme hensyn gjør seg gjeldende der det er tale om tilsidesettelse av preklusjonsreglene. I begge tilfeller er det tale om risikobetraktninger og hvem som er nærmest til å bære kostnaden.

<sup>162</sup> Rt. 2009 s. 160. Retten ville trolig kommet til samme resultat uansett hvilken bestemmelse som kom til anvendelse ettersom friststart ble satt til dagen før det ble varslet.



Høyesterett kom til at det var varslet i tide og at kravet om merutgifter dermed ikke var prekludert. Retten nevnte ikke avtaleloven § 36, selv om dette ble anført av entreprenøren. Dommen viser allikevel at rimelighetsbetraktninger kan få betydning selv i avtaleforhold mellom svært profesjonelle parter.

En generell tilsidesettelse av standardens regler kan altså vanskelig tenkes. Men en individuell tilsidesettelse av preklusjonsreglene kan derimot være aktuelt. Vurderingstemaet etter § 36 er forskjøvet til oppfyllelesstadiet.<sup>163</sup> Spørsmålet er om det vil virke urimelig å gjøre det aktuelle kontraktsvilkåret gjeldende. Ettersom preklusjonsreglene i utgangspunktet er å anse som rimelige, må en slik tilsidesettelse begrunnes ut i fra konkrete omstendigheter som medfører en urimelig virkning.<sup>164</sup> Det er totalvirkningen av avtalen som må vurderes.<sup>165</sup> Selv om preklusjon av et krav isolert sett kan anses urimelig for en av partene, kan dette veies opp av andre forhold i kontrakten eller kontraktsforløpet. Enkelte av momentene som begrunner at en generell tilsidesettelse ikke er aktuell vil komme inn i vurderingen ved en individuell tilsidesettelse. Terskelen for en individuell tilsidesettelse i medhold av § 36 må dermed i utgangspunktet anses for å være høy.

I en lagmannsrettsdom fra 2003<sup>166</sup> hadde entreprenør og underentreprenør valgt å avslutte samarbeidet. Ved det økonomiske oppgjøret ble det tvist om tilleggsvederlag for en rekke endringsarbeider. Retten kom til at varslingsreglene i NS 3430 i utgangspunktet kom til anvendelse. Retten viste til avtaleloven § 36, og etter en konkret rimelighetsvurdering fant retten at enkelte av kravene kunne fremmes, til tross for at det var varslet for sent.

Spørsmålet i det videre blir dermed hvilke forhold som kan begrunne en tilsidesettelse av preklusjonsreglene. Utgangspunktet for vurderingen, som i tillegg taler for en streng vurdering, er at preklusjon alltid kan avverges ved varsling fra parten som rammes av

---

<sup>163</sup> Hagstrøm (2003) s. 278 og Rt. 1988 s. 276

<sup>164</sup> Barbo (1997) s. 243

<sup>165</sup> Hagstrøm (2003) s. 280 og PetriIus, 1995, s 145 (1990): anvendelse av regelen førte til økonomisk forskyvning på knapt en promille av den totale kontraktssum.

<sup>166</sup> LB-2002-00570

preklusjon. Rettidig varsling ligger prinsipielt innenfor denne partens kontrollsfære.<sup>167</sup> I tilfeller der unnlatt eller sen varsling ikke beror på denne partens forhold, vil den skjønnsmessige fristen kunne komme parten til hjelp. Hagstrøm og Svarva hevder at den skjønnsmessige fristen fører til at det er

*[...] vanskelig å tenke seg situasjoner der preklusjonsinnsigelsen fører til et urimelig resultat, uten at man kan si at tidsforbruket er “grunnet” eller “rimelig”, og dermed utelukker preklusjon.*<sup>168</sup>

Fører preklusjon til en vesentlig forskyvning av balansen mellom partene i avtaleforholdet, kan tilsidesettelse være aktuelt. Men det skal nok svært mye til.<sup>169</sup> Selv om avtalen blir tapsbringende for entreprenøren vil ikke dette være tilstrekkelig i seg selv til å fravike preklusjonsreglene.<sup>170</sup>

Har en av partene handlet klanderverdig eller illojalt, vil dette kunne tale for tilsidesettelse av preklusjonsreglene i medhold av § 36.<sup>171</sup> Dette er behandlet i oppgavens pkt. 3.5. Barbo tar til orde for at avtaleloven § 36 i første rekke bør anvendes i tilfeller der påberopelse av preklusjonsreglene bærer preg av misbruk.<sup>172</sup> Men for disse tilfellene der det kun er den rene illojaliteten som begrunner tilsidesettelse av regelverket, er det kanskje mer naturlig å benytte dette grunnlaget som hjemmel for fravikelse. Bestemmelsens annet ledd presiserer at det ved vurderingen ikke bare skal tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, “men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.” Der det foreligger en kombinasjon av klanderverdighet, ubalanse i avtaleforholdet og kanskje konkludent atferd, vil dermed avtaleloven § 36 kunne være aktuell hjemmel for fravikelse av

---

<sup>167</sup> Barbo (1997) s. 243

<sup>168</sup> Hagstrøm (1999) s. 814

<sup>169</sup> I Rt. 1999 s. 922 var det tale om betydelige ekstrakostnader pga uforutsette forhold. Både flertallet og mindretallet stilte spørsmålet om den økonomiske ubalansen i seg selv medførte en urimelig ubalanse i avtaleforholdet. Entreprenøren fikk ikke medhold i dette.

<sup>170</sup> Barbo (1997) s. 244

<sup>171</sup> Hagstrøm (2003) s. 292

<sup>172</sup> Barbo (1997) s. 247

preklusjonsreglene. Men uansett hvilket grunnlag som benyttes, vil rimelighetsbetraktninger i § 36 kunne støtte det ene eller det andre resultatet.<sup>173</sup>

Som nevnt vil partenes profesjonalitet være et argument mot å benytte § 36. Men selv i profesjonell avtaleforhold kan partenes ulike styrkeforhold tale for å benytte bestemmelsen.<sup>174</sup> Forholdet i seg selv gir selvsagt ikke grunnlag for fravikelse av regelverket, men terskelen for fravikelse av preklusjonsreglene i medhold av § 36 senkes.

Kort oppsummert ser man dermed at avtaleloven § 36 kan være aktuell hjemmel for fravikelse av preklusjonsreglene ved illojale handlinger. I tillegg kan bestemmelsen gi grunnlag for tilsidesettelse av regelverket der konkrete omstendigheter medfører urimelig ubalanse i avtaleforholdet. Men som nevnt skal det svært mye til før dette er aktuelt. Noen generell tilsidesettelse av regelverket kommer derimot neppe på tale, med unntak av tilfellene der partene avtaler særvilkår. Det kan også se ut til at domstolene indirekte benytter § 36 der en direkte sensur av standarden hjemlet i bestemmelsen, illojalitet eller konkludent atferd ikke er tilstrekkelig til å begrunne tilsidesettelse av regelverket.

---

<sup>173</sup> Se f.eks LB-2008-33181 der preklusjonsreglene ble satt ut av betraktning på bakgrunn av konkludent atferd. Retten uttalte at en annen løsning ville "virke urimelig".

<sup>174</sup> LB-2002-00570. Her uttalte retten at det under behandling av saken "er fremkommet opplysninger som viser at partene ikke var likeverdige, med SC [underentreprenøren] som den svake part. Men vekten av dette begrenses noe når selskapet selv har fremstilt seg som profesjonell."

## Litteraturliste

### Standardavtaler

- NS 3401: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)
- NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)
- NS 3433: Alminnelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1996)
- NS 8405: *Norsk bygge- og anleggskontrakt (2004)*
- NS 8405:2008: *Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)*
- NS 8406: *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt (2006)*
- NS 8415: Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider [2008]
- NS 8416: Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider [2009]
- NF 05: *Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005*
- NTK 05: *Norsk totalkontrakt 2005*

### Litteratur

- Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo, 1997
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg. Oslo, 2001
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, Bergen, 2006
- Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett – Utvalgte emner*, Oslo, 1997
- Hagstrøm, Viggo og Helge Morten Svarva, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1999 s. 814.
- Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo, 2003
- Hov, Jo, *Rettergang I*, Oslo, 2007

Hov. Jo, *Kommentarer til avtaleloven I: Norsk lovkommentar* (online), 2008 [sitert 5. april 2010]

Johansen, Christian, *Bygherrens Ændringsret*, København, 1999

Kolrud, Helge Jakob. ... [et al.]. *Kommentarer til NS 3430*, Oslo, 1992

Kolrud, Helge Jakob. ... [et al.]. *NS 8405 med kommentarer*, Oslo, 2004

Kolrud, Helge Jakob. *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo, 1997

Kaasen, Knut, *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter*, Tidsskrift for Forretningsjus, 2009, Nr. 1, s 48-70

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

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen m.fl, *NS 8405 med kommentarer*. 2. utg. Oslo, 2006

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen m.fl, *NS 8406*. Oslo, 2007

Woxholth, Geir, *Avtalerett*. 5. utg, Oslo, 2003

### **Lover**

1918 Lov om avslutning av avtaler, fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) av 31.05.1918 nr 4

1997 Lov av avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (Bustadoppføringslova) av 13.06.1997 nr 47

### **Forarbeider**

Ot.prp.nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.

### **Rettspraksis**

Rt. 1964 s. 1260

Rt. 1984 s 28

Rt. 1984 s. 785

Rt. 1985 s. 1265

Rt. 1987 s. 1223

Rt. 1988 s. 276

Rt. 1988 s. 570  
Rt. 1991 s. 220  
Rt. 1991 s. 1170  
Rt. 1995 s. 1460  
Rt. 1999 s. 922  
Rt. 2001 s. 1288  
Rt. 2009 s. 160

LE-1993-2338  
LE-1996-267  
RG-1996-1529 (Frostating)  
LH-1998-589  
LH-1999-522  
LE-1999-00554  
LF-2001-565  
LB-2001-3116  
LB-2002-00570  
LH-2005-140477  
LB-2008-33181  
LE-2008-48886  
LB-2009-052844

Voldgiftsdom av 7. april 1988 (Brækhus, Evans, Olbjørn)  
BFJR sak nr. 403 (1993)  
PetrIus 1995 s 145 (1990)  
PetrIus 1997 s. 89 (1995)  
PetrIus 1997 s 101

## 4 Vedlegg

### Relevante bestemmelser om varsling ved endringer i andre standarder:

#### NS 8405 første utgave

##### **20.5 Entreprenørens plikt til å varsle når han mener en endring foreligger**

Dersom instruks, arbeidstegninger, arbeidsbeskrivelser eller lignende som entreprenøren mottar, etter hans oppfatning inneholder endringer, skal han uten ugrunnet opphold varsle byggherren dersom han vil påberope dette. Gjør han ikke det, taper han retten til å gjøre gjeldende at vedkommende arbeid utgjør en endring.

Bestemmelsen i første ledd gjelder også hvis entreprenøren mottar pålegg fra offentlig myndighet om å utføre arbeid som etter hans oppfatning utgjør en endring.

##### **20.6 Byggherrens svarplikt**

Når byggherren mottar varsel i henhold til 20.5, skal han enten

- a) utstede endringsordre i henhold til 20.3, eller
- b) skriftlig avslå entreprenørens krav. Han skal enten samtidig eller uten ugrunnet opphold skriftlig begrunne hvorfor arbeidspålegget etter hans oppfatning ikke utgjør en endring.

Byggherren må utstede endringsordre eller avslå kravet uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt entreprenørens varsel. Gjør han ikke det, skal pålegget anses som en endring gitt ved endringsordre.

Hvis entreprenøren mottar avslag på et krav om endringsordre, plikter han å utføre det omtvistede endringsarbeidet med mindre byggherren pålegger ham å utsette dette til det er

avklart om det foreligger en endring eller ikke.

Entreprenøren kan kreve at byggherren stiller sikkerhet for verdien av det omtvistede endringsarbeidet. Dersom byggherren ikke stiller slik sikkerhet uten ugrunnet opphold, kan entreprenøren på egen risiko innstille utførelsen av det omtvistede endringsarbeidet.

## **NS 3430**

### **28.3 - Uenighet om hvorvidt det foreligger en endring**

#### **28.3.1**

Krever hovedentreprenøren i form av tegninger, spesifikasjoner, pålegg eller på annen måte, utført et nærmere bestemt arbeid som underentreprenøren mener ikke er en del av hans plikter etter kontrakten, skal han skriftlig kreve at hovedentreprenøren utformer kravet som et pålegg om endring etter 28.2. Unnlater underentreprenøren å fremsette slikt krav uten ugrunnet opphold, taper han retten til å påberope seg arbeidet som grunnlag for fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning.

#### **28.3.2**

Når hovedentreprenøren mottar et skriftlig krav i henhold til 28.3.1, skal han uten ugrunnet opphold *enten*

- a) gi pålegg om endring i henhold til 28.2, *eller*
- b) skriftlig gi begrunnet avslag på underentreprenørens krav.

#### **28.3.3**

Unnlater hovedentreprenøren uten ugrunnet opphold å gjøre noen av delene, anses underentreprenørens krav om at arbeidet ligger utenfor kontrakten som akseptert, slik at en endring foreligger.

#### **28.3.4**

Dersom underentreprenøren mottar avslag på sitt krav, må han innen 6 måneder ha



krevd spørsmålet avgjort etter 40.3 eller 40.4. Gjør han ikke det, anses arbeidet for å være en del av hans plikter etter kontrakten.

### **28.3.5**

Selv om det foreligger tvist, har underentreprenøren plikt til å utføre det som er pålagt mot sikkerhetsstillelse fra hovedentreprenøren.

### **NF 05**

#### **art. 16.1 (Krav om endringsordre)**

Krever selskapet utført et nærmere bestemt arbeid som etter Leverandørens oppfatning ikke er del av hans plikter etter kontrakten, skal Leverandøren kreve Endringsordre utstedt av Selskapet og så snart som mulig utarbeide overslag som nevnt i art. 12.2. Ved ”tegningsrevisjoner” (jf. art. 14.1) gjelder dette likevel bare dersom Leverandøren vil kreve endring i Kontraktprisen eller Fremdriftsplanen som følge av revisjonen.

Dersom Leverandøren ikke har fremsatt krav om Endringsordre uten ugrunnet opphold etter at Selskapet har krevd et arbeid utført, taper han retten til å gjøre gjeldende at arbeidet er et endringsarbeid etter art. 12.

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

Dersom Leverandøren fremsetter krav som etter sitt innhold er et krav om Endringsordre uten å bruke skjema som nevnt, har Selskapet rett til å behandle kravet som et Endringsordrekrav. Leverandøren skal i så fall underrettes skriftlig uten ugrunnet opphold.

