

FORUTSETNINGSLÆRENS Plass I NF / NTK 07 – FORHOLDET TIL KONTRAKTENES ENDRINGSSYSTEM

Kandidatnummer: 704

Leveringsfrist: 27. April 2009

Til sammen 15255 ord

21.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Rettskildebildet	3
1.4	Den videre oppbygningen av avhandlingen	7
<u>2</u>	<u>PARTENES RISIKO FOR REALFORPLIKTELSER</u>	<u>8</u>
<u>3</u>	<u>ENDRINGSREGLENE I NF '07 OG NTK '07</u>	<u>13</u>
<u>4</u>	<u>LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER</u>	<u>22</u>
4.1	Kort om forutsetningslæren generelt	22
4.2	Forutsetningslæren i entreprise og petroleumskontrakter	26
4.3	Rettsvirkningene av bristende forutsetninger	33
<u>5</u>	<u>KONTRAKTSREVISJON I ELLER UTENFOR KONTRAKTENS ENDRINGSSYSTEM</u>	<u>35</u>
5.1	Nærmere om avhandlingens problemstilling	35
5.2	Leverandørens første valg; varsle eller ikke varsle selskapet?	45
5.2.1	Artikkel 11	45
5.2.2	Den ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsplikten	49
5.3	Leverandørens andre valg; Stanse arbeidene eller fortsette arbeidene for å overkomme det endrede forholdet?	54

5.3.1	Handlingsplikt på grunnlag av lojalitetsplikten?	55
6	<u>OPPSUMMERING OG AVSLUTNING</u>	59
7	<u>BEGREPSFORKLARING</u>	61
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	62
8.1	Standardkontraktene	62
8.2	Bøker	62
8.3	Artikler	63
8.4	Lover	63
8.5	Dommer og voldgiftsavgjørelser	64

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Avhandlingens tema er behandlingen av bristende forutsetninger i standardkontraktene NF '07 og NTK '07. NF og NTK er standardkontrakter for bygging av installasjoner til petroleumsvirksomhet på den norske kontinentalsokkelen. Kontraktene er fremforhandlet mellom Oljeindustriens Landsforening og Norsk Industri. Revisjon av kontraktene er regulert i kontraktens eget endringssystem. Rent teknisk er kontraktene bygget opp med egne artikler som regulerer de rettslige grunnlagene for revisjon. Disse artiklene henviser deretter videre til de generelle bestemmelsene som utgjør endringssystemet. Bristende forutsetninger er et rettslig grunnlag for kontraktsrevisjon som bare i begrenset grad er regulert i kontraktene.¹ I de tilfeller hvor vi står overfor bristende forutsetninger som ikke reguleres av avtalen, blir avhandlingens problemstilling sentral. Spørsmålet blir om kontraktsrevisjonen også i slike tilfeller skal følge kontraktens endringssystem, eller om revisjonen må gjøres utelukkende på bakgrunn av den ulovfestede kontraktsrettslige læren om bristende forutsetninger.

1.2 Avgrensning

Læren om bristende forutsetninger behandles i juridisk litteratur gjerne sammen med andre tilgrensende kontraktsrettslige emner. NF/NTK regulerer dessuten selv enkelte tilfeller som

¹ Se avsnitt om forutsetninger regulert i avtalen, avhandlingens del 1.2

normalt må anses som en del av forutsetningslæren. Under vil jeg liste opp tilstøtende emner, og hvorfor jeg har valgt å holde disse emnene utenfor oppgaven.

Avtalelovens § 36 er en generell lempningsregel som bygger på urimelighetsbetraktninger. Innføringen av denne lempningsregelen har ført til debatt i juridisk teori om forutsetningslæren fremdeles har en selvstendig stilling som kontraktsrettslig rettsgrunnlag. Spørsmålet er godt belyst i høyesteretts praksis. Jeg forutsetter for min oppgaves del at forutsetningslæren fremdeles må anses som et selvstendig rettsgrunnlag for krav om kontraktsrevisjon. Forholdet mellom bristende forutsetninger og Avtl. § 36 vil derfor ikke bli behandlet videre.

Kontraktsbrudd oppstår hvis det foreligger oppfyllelessvikt, og svikten ikke skyldes kreditor eller forhold på hans side.² Grunnlaget for forutsetningslæren er derimot at endrede forhold etter kontraktsinngåelsen fører til bortfall eller modifisering av debtors plikter etter kontrakten. I de tilfeller debitor har grunnlag for å påberope seg bristende forutsetninger, vil det følgelig ikke kunne foreligge oppfyllelessvikt. Kontraktsbrudd er regulert i kontraktens del VI. Dette vil ikke bli behandlet videre.

Begrepet "Force Majeure" er definert i kontraktens art. 1.8. Det er ingen klar grense mellom de hendelser som regnes som force majeure og de som regnes som bristende forutsetninger.³ Virkningene av force majeure er regulert i kontraktens art. 28. Force

² Hagstrøm (2003) s. 314

³ Hagstrøm (2003) s. 266

majeure vil, med unntak for enkelte betraktning i avhandlingens kapittel 5.1, ikke bli behandlet videre i avhandlingen.

Kontraktene regulerer to særskilte forutsetninger direkte. Art. 3.3 regulerer forstyrrelse fra selskapets representant. Art. 5.1 regulerer endringer i lover og forskrifter etter kontraktsinngåelse. Kontraktsrevisjon på grunnlag av brist i disse forutsetningene må søkes gjennom endringssystemet, jf. henholdsvis art. 3.3 2.ledd og art. 5.1 2.ledd siste pkt. Art. 3.3 og 5.1 vil ikke bli behandlet videre.

1.3 Rettskildebildet

Temaet for avhandlingen begrenser i stor grad hvilke rettskilder som er relevante. Siden vi tematisk befinner oss i kontraktsretten og partene er likeverdige, begrenses bruken av lovtekst og lovforarbeider på grunn av partenes omfattende avtalefrihet. Avhandlingens problemstilling er med nevnte unntak for art. 3.3 og art. 5.1, ikke regulert av standardkontraktene. Det begrenser betydningen av kontraktens ordlyd og tolkningen av denne. Dette gjør at spørsmålene som reises i avhandlingen i stor grad må besvares med utgangspunkt i en begrenset rettspraksis, ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper, juridisk teori og reelle hensyn. Jeg vil allikevel si litt om rettskildene på petroleumskontraktens område i det følgende.

Den sentrale rettskilden i kontraktsrett er kontrakten selv. NF/NTK er fremforhandlet mellom profesjonelle parter. Det tilsier en stor grad av avtalefrihet, og øker betydningen av kontrakten og tolkningen av den. NF/NTK har fått status som "agreed document" da

kontraktene er fremforhandlet til enighet mellom partene. Dette er også et moment som taler for å tillegge kontraktens ordlyd spesielt stor rettskildemessig vekt.

Det foreligger ingen formelle samlede eller utgitte forarbeider til kontraktene.⁴ Kaasen trekker frem møtereferater som en mulig kilde til partenes vilje og forståelse av kontraktens bestemmelser. Han fremhever at slike kilder må benyttes varsomt, da de sett løsrevet fra hverandre lett kan gi et skjevt bilde av partenes standpunkter.

To av de mest sentrale lovene i den obligasjonsrettslige bakgrunnsretten er Avtaleloven (Avtl.) og Kjøpsloven (Kjl.). Avtaleloven er deklarasjonsrett for kontrakter basert på NF/NTK, og inneholder bestemmelser om avtalesensur på flere ulike grunnlag. Bristende forutsetninger er ikke regulert i Avtl., men har en tilgrensende regulering i lovens generell bestemmelse om avtalesensur på grunnlag av urimelighet i § 36.⁵ Forutsatt at standardene benyttes uten endringer, skal det mye til før kontrakten revideres på dette grunnlag.⁶ I så måte skiller NF/NTK seg ut som standardkontrakter fremforhandlet over tid mellom meget profesjonelle parter. En enkelt regulering som kan fremstå som urimelig i et individuelt kontraktsforhold kan gjerne være et kompromiss som er inngått sett i lys av helheten i partenes forhandlinger. Selv om sensur av urimelige enkeltbestemmelser selvsagt ikke kan utelukkes på dette grunnlag, kan det rådes til varsomhet med slik bruk av avtl. §

⁴ Kaasen (2006) s. 56

⁵ Se om grensedragningene i avhandlingens kapittel 1.2

⁶ Kaasen (2006) s. 50

36 ved en eventuell sensur av kontrakter basert på NF/NTK.⁷ Kjøpsloven bygger i stor grad på kodifisering av kontraktsrettslige prinsipper. Loven gir derfor ofte bare en nærmere regulering av ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper som kan få betydning som deklarasjonsrett uavhengig av lovreguleringen. I tillegg kommer det at Kjl. viker for avtale og etablert praksis mellom partene og for handelsbruk som må anses bindende for partene, jf. § 3. Derfor kan etablert praksis mellom partene og kontraktstradisjonen ved kontrahering av petroleumsinstallasjoner, være like sentral som kjøpslovens regler ved tolkning av avtaler basert på NF/NTK. Kjl. anvendelsesområde reguleres i §§ 1 og 2. Kjl. § 2 regulerer lovens anvendelse i tilvirkningsoppdrag. Det avgjørende er om bestilleren skal "... skaffe en vesentlig del av materialet ..." som skal benyttes under tilvirkningen av kontraktsgjenstanden. Dette følger av § 2 første ledd første punktum. Hvis selskapet stiller med en "vesentlig del" av materialene kommer altså Kjl. ikke til anvendelse. Mestad⁸ og Kaasen⁹ er samstemte om at selskapets immaterielle ytelser må holdes utenfor ved denne vurderingen. Kaasen konkluderer med at Kjl. kommer til anvendelse som deklarasjonsrett for kontrakter basert på NF/NTK. Problemstillingen reiser flere usikre spørsmål, men da den praktiske betydningen som tidligere nevnt er liten, og kjøpsloven ikke vil bli behandlet videre i avhandlingen, blir det for omfattende å behandle disse spørsmålene her.¹⁰

⁷ Kaasen (2006) s. 50

⁸ Mestad (1991) s. 232 note 5

⁹ Kaasen (2006) s. 51

¹⁰ For mer om Kjøpslovens anvendelse på NF/NTK, se Kaasen (2006) s. 51-53

Spørsmål innen både generell kontraktsrett og entrepriser på land har vært omfattende prøvet for domstolene. Det har gitt rettspraksis som i samspill med juridisk litteratur har utviklet rettstilstanden på begge fagområder. Denne rettspraksisen er også relevant for de mer spesialiserte problemstillingene i petroleumskontrakter. I tillegg til Høyesterettspraksis finnes det også et større antall ekspertavgjørelser avsagt i forbindelse med tvister mellom parter under NF/NTK. Disse er samlet og gitt ut av Institutt for Sjørett ved Universitetet i Oslo, i publikasjonen *PetrIus*. Foreløpig siste utgave kom ut i 1999. Partene i store entreprisekontrakter foretrekker ofte voldgiftsdomstoler som redskap for konfliktløsning. Så også selskaper og leverandører som benytter seg av NF/NTK. Voldgift gir frihet til selv å velge dommere slik at de kan få tvisten løst av eksperter på det aktuelle juridiske området. I tillegg gir voldgift partene mulighet til å avgjøre i hvilken grad saken og avgjørelsen skal offentliggjøres og det muliggjør en hurtigere saksgang enn ved sivil søksmål. Voldgiftsdommer blir i liten grad trykt eller publisert. Det gjør dem vanskelig tilgjengelig for rettsanvendere og teoretikere. Det kan potensielt hindre det tradisjonelle samspillet mellom rettskildene og føre til at rettstilstanden på fagfeltet kan virke mer statisk enn det den i realiteten er.

Den ulovfestede kontraktsretten blir omfattende behandlet i norsk juridisk litteratur. Petroleumskontraktene er naturlig nok mindre behandlet i teorien, da det er et mer spesialisert fagfelt. Et særtrekk ved litteraturen om petroleumskontrakter er at de få forfatterne som behandler temaet står sentralt i eller tett på det fagmiljøet som har utviklet kontraktene. Den tilgjengelige litteraturen er derfor generelt godt utfyllende og gir dybdeinnsikt både i de juridiske og de praktiske sidene ved utarbeidelsen og bruken av

kontraktene. Avhandlingens problemstilling er i liten grad behandlet i juridisk litteratur. De to sentrale kildene er Kaasens kommentarer til NF/NTK og Barbos doktoravhandling om kontraktsomlegging i entrepriseforhold. Kaasen tar utgangspunkt i et praktisk scenario når han fremstiller emnet. Barbo behandler mange av de samme spørsmålene med en mer teoretisk tilnærming. Selv om oppgavens problemstilling i liten grad er behandlet i juridisk teori, er det til en viss grad uenighet om hvilke løsning som er å foretrekke. Som argument mot behandling av bristende forutsetninger i endringssystemet fremheves gjerne partenes unnlattelse av å helhetlig regulere spørsmålet i kontraktene. Som argument for behandling i endringssystemet vises det gjerne til at bruk av like regler i flest mulige tilfeller gjør løsningen av bristende forutsetninger enklere for kontraktspartene. Bruken av endringssystemet kan også bidra til å gi partene økt forutberegnelighet.

1.4 Den videre oppbygningen av avhandlingen

Avhandlingen består i hovedsak av tre deler. Kapittel 2, 3 og 4 er en generell redegjørelse for partenes ytelsesrisiko, endringsreglene i NF/NTK og den kontraktsrettslige læren om bristende forutsetninger. Kapittel 5, som er den sentrale delen av oppgaven, er en redegjørelse for og drøftelse av hvorvidt kontraktsrevisjon på grunnlag av bristende forutsetninger skal søkes løst i eller utenfor kontraktens endringssystem. Kapittel 6 og 7 er henholdsvis oppsummering av det foregående og forklaring av noen av standardkontraktenes forkortelser/begreper.

2 Partenes risiko for realforpliktelser

I tradisjonelle tilvirkningskontrakter har tilvirkeren risikoen for realforpliktelsen; den fysiske tilvirkningen av kontraksobjektet. Bestilleren har den motsvarende risikoen for pengeforpliktelsen; plikten til å overføre kontraksprisen til tilvirkeren ved ferdigstillelse og levering av kontraksobjektet. Mer generelt kan vi si at partenes risiko fordeles etter funksjonsfordelingen i kontrakten.¹¹ I det følgende vil jeg i grove trekk redegjøre for partenes risiko for realforpliktelser i fabrikkasjons- og totalkontrakter.

I norske entreprisekontrakter er utgangspunktet at byggherren har risikoen for prosjektering, tegninger og spesifikasjoner. Entreprenøren bærer risikoen for at arbeidet utføres faglig forsvarlig og i overensstemmelse med byggherrens tegninger og spesifikasjoner. I EPC¹²/totalkontrakter påtar entreprenøren seg i tillegg de prosjekteringsoppgaver som tradisjonelt har tilligget byggherren. I totalkontraktene vil entreprenøren derfor i utgangspunktet bære den omfattende risikoen for prosjektering, tegninger og spesifikasjoner, så vel som for den fysiske utførelsen av arbeidene.

I NF'07 og NTK'07 er utgangspunktet for partenes realforpliktelser regulert i kontraktens del II. Det følger av Art. 4.1 at Leverandøren har plikt til å utføre "... Arbeidet på en fagmessig og aktsom måte ...". Hva som omfattes av uttrykket "Arbeidet" er definert i kontraktens art. 1.1 som: "... alt arbeid som Leverandøren skal utføre eller besørge utført i

¹¹ Hagstrøm (1997) s. 81

¹² Engineering, Procurement, Construction (EPC)

henhold til Kontrakten.”. Mange av kontraktens andre bestemmelser og vedlegg om Leverandørens plikter kan anses som utdypninger av denne grunnleggende standarden.¹³

Selskapets forpliktelser kan deles i tre. For det første plikter det å betale kontraktsprisen, jf. art. 20. For det andre skal selskapet levere prosjekteringen av kontraktsgjenstanden. For det tredje skal selskapet skaffe til veie og levere diverse naturalytelser/materialer som skal benyttes under kontraktsarbeidet. Standardvilkårene i NF/NTK har ingen særskilt regulering av selskapets plikt til å levere realytelser. Selskapets forpliktelser må derfor søkes i den enkelte kontrakts særbestemmelser og vedlegg. Omfanget av selskapets ansvar for prosjektering og naturalytelser kan variere mye fra kontrakt til kontrakt. Når det gjelder prosjektering kan selskapets forpliktelse variere fra de tilfeller hvor selskapet står for all prosjektering og leverandøren kun foretar innkjøp av materialer og selve byggingen av kontraktsgjenstanden, til de tilfeller hvor leverandøren har det hele ansvaret for prosjektering, innkjøp og bygging. I det første tilfellet blir prosjekteringsmaterialet mer å regne som en del av kontraktsgrunnlaget, enn som en kontraktsplikt for selskapet.¹⁴ I det andre tilfellet, hvor leverandøren påtar seg ansvaret for alle ledd i prosjektet, betegnes gjerne kontrakten som en EPC-kontrakt.¹⁵

Det er altså vanlig at begge parter tar del i prosjekteringsarbeidet. Derfor har de som utgangspunkt ansvar for eventuelle feil eller mangler de selv forårsaker i forbindelse med

¹³ Kaasen (2006) s. 107

¹⁴ Kaasen (2006) s. 138

¹⁵ Se note 12

prosjekteringen. For leverandørens del er dette ansvaret regulert i art. 23.1 som i første ledd fastslår at leverandøren skal garantere at prosjekteringen er "... egnet for det formål og den bruk den i henhold til Kontrakten er ment å tjene.". Noe tilsvarende krav finnes ikke for selskapets prosjektering, men i den grad en kontrakt sier noe spesifikt om selskapets prosjekteringsforpliktelser, vil brudd på slike forpliktelser kunne få konsekvenser for selskapet på lik linje med andre av selskapets kontraktsbrudd regulert i art. 27.1. I art. 6.1 første ledd er leverandøren pålagt en plikt til å søke etter "mangler og uoverensstemmelser ("feil")" i de tegninger og spesifikasjoner som han får oversendt fra selskapet. Oppdager leverandøren slike feil, plikter han "uten ugrunnet opphold" å varsle selskapet, jf. art. 6.1 annet ledd. Hvis leverandøren ikke varsler selskapet, eller ikke oppdager feil som han "burde ha oppdaget", må han selv bære de ekstra kostnadene som selskapet påføres som følge av den manglende oppdagelsen eller varslingen, jf. art. 6 siste ledd. Leverandørens undersøkelsesplikt står i kontrast til det faktum at kontrakten sjelden inneholder eksplisitte holdepunkter for selskapets prosjekteringsansvar. Slik kan det se ut som om selskapet står fritt til å levere mangelfulle tegninger og spesifikasjoner, og at leverandøren uansett løper en risiko for å måtte bære det økonomiske ansvaret hvis han ikke oppdager manglene. Leverandørens risiko for tap som følge av manglene, begrenses av leverandørens varslings- og undersøkelsesplikt etter kontraktenes art. 6. Hvis leverandøren overholder plikten til å undersøke selskapets leveranser og varsle selskapet "uten ugrunnet opphold" jf. art. 6.1, har selskapet plikt til å rette feilen eller instruere leverandøren, jf. art. 6.3. I realiteten er imidlertid ikke selskapets frihet ubegrenset.¹⁶ Den delen av prosjekteringen som er

¹⁶ Kaasen (2006) s. 139.

utarbeidet ved kontraktsinngåelsen må oppfattes som retningsgivende for de senere stadiene i prosjekteringen. I tillegg er det et generelt krav at all prosjektering i det vesentlige er fri for selvmotsigelser – såkalte ”prosjekteringsinterne feil”.¹⁷ Til slutt kan det være et krav at informasjonen som fremkommer i prosjektering og spesifikasjoner er objektivt riktige. Med andre ord kan det være et kontraktsbrudd dersom informasjonen er feilaktig. Det er her en glidende overgang mellom de faktafeil som må regnes som mangler jf. art. 27.1, og de feil som er uforutsett og kan tenkes omfattet av læren om bristende forutsetninger.¹⁸ Ved prosjekteringsfeil som må regnes som bristende forutsetninger står vi overfor et eksempel på avhandlingens problemstilling. Spørsmålet blir om feilen skal behandles kun på grunnlag av den ulovfestede kontraktsrettslige læren, eller om kontraktens endringssystem i kontraktens art. 12-16 kommer til anvendelse. Dette avhenger som vi senere skal se av om endringsreglene trer i kraft eller ikke. I dette tilfellet er den aktuelle inngangsporten til endringssystemet kontraktens art. 16.1. Hvis selskapet fastholder leverandørens arbeidsplikt til tross for at prosjekteringsfeilen medfører mer arbeid eller større kostnad for leverandøren, kan leverandøren utstede endringsordrekrav jf. art. 16.1.

I kontraktsforhold som bygger på NF/NTK er det vanlig at begge partene i kontrakten påtar seg naturalytelse. Leverandøren har oftest ansvaret for selve den fysiske utførelsen av arbeidene, og har som regel også ansvaret for størsteparten av de nødvendige materialinnkjøpene. Noe litt særegent ved entreprisekontraktene for

¹⁷ Kaasen (2006) s. 139.

¹⁸ Se som eksempel Rt. 1999 s. 922 ”Salhus flytebru”, behandlet i avhandlingens kapittel 4.1.

petroleumsinstallasjoner er at byggherren gjerne også bidrar med naturalytelser. Det typiske er innkjøp av nødvendige materialer eller komponenter som er vanskelig tilgjengelige eller har lang bestillingstid. Når bestillingstiden er lang, velger selskapet gjerne å forhåndsbestille komponentene før leverandørens igangsettelse, slik at komponentene kan være tilgjengelige når leverandørens arbeid skrider fram og behovet oppstår. For å sikre seg tilgang på materiale eller komponenter som er knapphetsgoder, velger selskapet ofte å inngå rammeavtaler med produsenten. Et godt eksempel på et knapphetsgode er ventiler. Kontrakten gjenspeiler da selskapets valg av rammeleverandør ved at selskapet forplikter seg til å levere ventiler til leverandøren underveis i kontraktstiden. Kontrakten med vedlegg inneholder detaljerte krav til leverandørens naturalytelser og tidsfrister for levering av ytelsene. Krav til selskapets naturalytelser er ofte i mindre grad detaljregulert i kontraktene. Hvis kontrakten ikke er spesifikk nok må den søkes utfylt gjennom tolkning.¹⁹ Om det godtgjøres at selskapet har brutt sin kontraktsplikt, plikter selskapet etter art. 27.1 å utstede endringsordre som "... skal reflektere konsekvensene av den forsinkelse som Leverandøren er påført ved Selskapets kontraktsbrudd.". Leverandøren er i slike tilfeller fri for ansvar for eventuelle egne forsinkelser som stammer fra selskapets kontraktsbrudd. Leverandøren skal kompenseres for følgene av forsinkelsen som oppstår ved selskapets kontraktsbrudd, men bestemmelsen hjemler ikke nødvendigvis en fullstendig skadesløsholdelse for leverandøren.²⁰ Dette følger av at spørsmålet løses gjennom reglene i endringssystemets art. 13.2 som fastsetter

¹⁹ Kaasen (2006) s. 142

²⁰ Kaasen (2006) s. 143

prinsippene for vederlagsendring.²¹ Selskapets plikt til å utstede endringsordre jf. art. 27.1 er ikke avhengig av årsaken til kontraktsbruddet. Plikten er objektiv, med unntak for tilfeller av force majeure som reguleres i kontraktenes art. 28. I force majeure-tilfellene reguleres leverandørens kompensasjon annerledes, jf. art. 28.3.²² Hvis selskapets ytelse ikke er å regne som en mangel jf. art. 27.1, kan det tenkes at leverandøren kan påberope seg forholdet som en bristende forutsetning. Et interessant spørsmål i denne forbindelse er om det kun er leverandøren som kan påberope seg bristende forutsetninger, eller om også selskapet kan påberope seg læren om bristende forutsetninger når uforutsette forhold oppstår og vanskeliggjør oppfyllelsen av selskapets realforpliktelser.²³

3 Endringsreglene i NF '07 og NTK '07

Ved utformingen av NF/NTK har partene tatt konsekvensen av at kontraktene er ment å virke over lang tid. Derfor har de i art. 12-16 innarbeidet et omfattende system for å behandle endringer underveis i kontraktstiden. Endringssystemet er laget for å håndtere endringer av veldig forskjellig karakter. Det er bygget opp slik at det skal synliggjøre endringer som oppstår underveis, og løse eventuelle uenigheter om disse endringene. Endringssystemet er bygget opp av både materielle og prosessuelle bestemmelser. De materielle reglene i kontrakten regulerer hva som kan endres og hvilke følger slik endring

²¹ Kaasen (2006) s. 143

²² Kaasen (2006) s. 143

²³ Se mer om dette i avhandlingens kapittel 5.

skal ha for fremdriftsplanen og vederlaget. De prosessuelle reglene regulerer hvordan uenighet og tvister om slike endringer skal løses.

Den grunnleggende bestemmelsen i endringssystemet er art. 12. Art. 12.1 gir selskapet hjemmel til å pålegge endringer underveis i kontraktstiden. Utgangspunktet er at selskapet etter art. 12.1 første ledd kan pålegge endringer ”... som etter Selskapets oppfatning er ønskelig.”. Annet ledd oppregner de forhold endringene kan angå, i prinsippet alle tenkelige endringer relatert til kontraktsarbeidet og kontraktsgjenstanden. Denne vide endringsadgangen begrenses imidlertid av tredje ledd, som slår fast at selskapet ikke har rett til å ”... foreskrive endringsarbeider som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått.”. Hva som ligger utenfor selskapets endringsrett må altså søkes ved å fastlegge grensen for hva partene med rimelighet kunne regne med ved kontraktsinngåelsen. Det følger av ”kunne regne med” at kriteriet er objektivt og derfor uavhengig av hva partene faktisk la til grunn ved tidspunktet for kontraktsinngåelsen.²⁴ Når den objektive grensen skal fastlegges kan man ta utgangspunkt i kontraktens generelle rammer²⁵, som kan komme til uttrykk gjennom kontraktstiden, hva slags type oppdrag det er snakk om, størrelsen på arbeidene og liknende. Samlet kan slike forhold ved kontraktsforholdet gi grunnlag for hva slags type kontraktstradisjon som bør legges til grunn ved fastlegging av den objektive grensen. Kaasen trekker også fram den informasjonen som fremkom under prekvalifisering. De grenser for leverandørens prestasjonsevne som følger av prekvalifiseringen, kan gi et godt inntrykk av hva partene

²⁴ Kaasen (2006) s. 337

²⁵ Kaasen (2006) s. 336

måtte regne med at var grensene for endringsretten. Det samme gjelder de grenser som måtte følge av Vedlegg B – Vederlag. Ratene kan det fastsettes med ulike intervaller. Hvis den aktuelle endringen overskrider det øverste intervallet for vederlag i Vedlegg B, kan det indikere en grense for hva som for partene kunne framstå som sannsynlig. Den helhetlige vurderingen som må benyttes for å fastlegge hva partene ”kunne regne med”, har likhetstrekk med den vurderingen som gjøres for å fastslå bristende forutsetninger. Hvor vurderingen etter art. 12.1 tredje ledd er objektiv, er imidlertid vurderingen ved bristende forutsetninger subjektiv. Ved bristende forutsetninger må man søke å klarlegge hvilke forventninger partene faktisk la til grunn ved kontraktsinngåelsen.²⁶ Det skal vi se nærmere på i avhandlingens kapittel 4.

Når selskapet skal pålegge en endring, må det gjøres skriftlig på et bestemt skjema kalt ”endringsordre”²⁷, jf. art. 14. Hvis leverandøren blir pålagt et arbeid utenfor hans kontraktsplikt på annen måte enn via endringsordre, kan han kreve endringsordre med hjemmel i art. 16. Slikt krav må også gjøres skriftlig på fastsatt skjema for ”endringsordrekrav”²⁸. Endringsordren og endringsordrekravet er kontraktsmekanismer som kan sees på som ”penser” som bringer spørsmål om endringer inn i endringssystemet.

Kun fantasien setter grenser for hvilke endrede forhold som kan oppstå underveis i oppfyllelsen av en langvarig kontrakt. Allikevel har partene til NF/NTK bare valgt å

²⁶ Se avhandlingens kapittel 4.1, Kort om forutsetningslæren generelt

²⁷ Se avhandlingens kapittel 7, Begrepsforklaring

²⁸ Se avhandlingens kapittel 7, Begrepsforklaring

regulere noen særskilte forutsetningsbrudd i kontrakten. Uforutsette forstyrrelser fra selskapets representant og endringer i lover og regler etter kontraktsinngåelsen er regulert i hhv. art. 3.3 og art. 5.1. Som nevnt i avhandlingens del 1.2 er det ingen skarp grense mellom tilfeller som faller inn under læren om bristende forutsetninger og de som reguleres av art. 28 om force majeure. Derfor kan bestemmelsen om force majeure også sees som en regulering av en bestemt sett med bristende forutsetninger. Med unntak for disse tilfellene er bristende forutsetninger ikke regulert i NF/NTK. Det er derfor av interesse å se på hvordan tilfeller av bristende forutsetninger skal behandles når partene har inngått en avtale basert på NF/NTK. I de tilfeller hvor vi står overfor bristende forutsetninger som ikke reguleres av kontrakten, blir problemstillingen om kontraktsrevisjonen også i slike tilfeller både materielt og prosessuelt skal følge kontraktens endringssystem. Alternativt at revisjonen må gjøres utelukkende på bakgrunn av den ulovfestede kontraktsrettslige læren om bristende forutsetninger.

Hvis selskapet velger å utstede en endringsordre er den videre gangen i saken grei.

Selskapet påtar seg vederlagsrisikoen for tilleggsarbeidet, og leverandøren påtar seg en ny realforpliktelse og får krav på tilleggsvederlag. Annerledes blir det hvis selskapet ikke ønsker å utstede endringsordre. Leverandøren kan da forsøke å tvinge selskapet til å utstede endringsordre ved å fremsette et endringsordrekrav etter art. 16.1. Art. 16.1 setter som vilkår at selskapet "krever" at leverandøren skal utføre et arbeid som leverandøren mener ligger utenfor sin kontraktsforpliktelse. For å unngå forvirring mellom begrepene "rettskrav" og det at selskapet "krever" et arbeid utført, vil jeg i denne forbindelse bruke betegnelsen selskapets "pålegg" nå jeg omtaler det at selskapet formidler et krav om

arbeide i en annen form enn endringsordre. Påleggets form kan variere fra en klar skriftlig instruks, til muntlige utsagn fra selskapets representant om at de minner om den plikten leverandøren har etter kontrakten. Formen er ikke avgjørende. Det sentrale vilkåret er om selskapets kommuniserte budskap må anses å ha pålagt leverandøren å utføre arbeidet. Hva som er å regne som et pålegg fra selskapets side blir et tolkningsspørsmål. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg praktiske tilfeller hvor selskapet skulle ha et ønske om å formidle en påminnelse om leverandørens plikter, uten at det står i sammenheng med et arbeid de ønsker å pålegge leverandøren å utføre. Det mest praktiske skillet går derfor mellom de tilfellene hvor selskapet kommuniserer med leverandøren om arbeidene, og de tilfellene hvor selskapet forholder seg passivt. I den første typen tilfeller skal det nok lite til for at vilkåret i art. 16.1 er oppfylt. Hvis selskapet forholder seg passivt er det vanskeligere å se at vilkåret skal kunne være oppfylt.

Når selskapet har mottatt varsel fra leverandøren hender det at selskapet velger å forholde seg helt passive. Leverandøren må da selv vurdere sin forpliktelse etter kontrakten, og velge om og i tilfelle hvilke tiltak de skal iverksette for å overkomme hindringen. Er leverandøren trygg på sitt krav, kan han fastholde revisjonskravet og fortsette arbeidet som om kontraktsplikten er modifisert. Er han ikke trygg på sitt krav, kan han fortsette arbeidet i henhold til den opprinnelige kontraktsplikten. Hvis leverandøren velger rett alternativ vil han ikke lide noe tap. Velger han feil vil han kunne pådra seg et unødvendig tap. Hvis han frafaller kravet og fortsetter arbeidene, pådrar han seg kostnader han kunne krevd dekket av selskapet om kravet var berettiget. Siden leverandøren valgte å fortsette arbeidene uten selskapets samtykke, må han selv bære kostnaden av arbeidene. Om leverandøren

fastholder kravet og fortsetter arbeidet som om kontraktsplikten er modifisert, risikerer han å pådra seg misligholdsansvar dersom han tar feil. Begge de to alternativene innebærer altså en risiko for leverandøren, men ikke for selskapet. Ved å forholde seg passive, kan selskapet på denne måten flytte risikoen for valget over på leverandøren. Denne muligheten kan gjøre det fristende for selskapet å unnlate å svare på leverandørens henvendelser når det oppstår endrede forhold. Hvis leverandøren blir stående i denne vanskelige stillingen, har han imidlertid et siste handlingsalternativ for å legge press på selskapet. Han kan true med å stanse alt arbeid, eller true med å unnlate å utføre den omtvistede delen av arbeidene. Selskapet frykt for forsinkelse kan da provosere frem en instruks om å fortsette arbeidene, som igjen gir leverandøren mulighet til å fremsette endringsordrekrav etter art. 16.1. Dette er imidlertid et pressmiddel som de fleste leverandører ikke ønsker å ta i bruk. I det enkelte kontraktsforhold basert på NF/NTK er selskapet som oftest den sterkeste parten. Leverandøren ser det nok ofte som viktigere å opprettholde et godt samarbeidsklima under kontraktstiden, enn å hevde sin rett med et hvert mulig maktmiddel.

Hvis vilkåret i 16.1 er oppfylt kan leverandøren fremsette endringsordrekrav, men vilkår for virkningen er at det fremsettes ”uten ugrunnet opphold”, jf. art. 16.1 annet ledd. Om leverandøren overholder preklusjonsfristen i art. 16.1 og utsteder endringsordrekrav etter formkravene i samme artikkel, følger det av art. 16.2 at Selskapet ”innen rimelig tid” kan reagere på tre måter. For det første kan de etterkomme kravet og utstede endringsordre. For det andre kan de utstede en omtvistet endringsordre. For det tredje kan de frafalle instruksjonen som ligger til grunn for leverandørens endringsordrekrav. De to første alternativene følger direkte av art. 16.2, mens det tredje følger naturlig av at selskapet har

mulighet til å trekke tilbake sine instruksjoner. Hvis arbeid er igangsatt som følge av instruksjonen, kan selskapet allikevel bare trekke tilbake instruksjonen for de delene av det instruerte arbeidet som eventuelt ennå ikke er påbegynt.²⁹

Hvis leverandøren har fremsatt endringsordrekrav etter fristen eller uten å følge formkravene i art. 16.1, kan selskapet påberope seg dette som grunnlag for at leverandørens krav er falt bort. Dette reiser spørsmålet om selskapet må påberope seg dette ved en omtvistet endringsordre, eller om de kan avvise leverandørens krav formløst. Hvis selskapet mener at endringsordrekravet er fremsatt etter utløp av preklusjonsfristen i art. 16.1, følger det av art. 16.2 første ledd siste punktum at det må "... fremgå av den omtvistede endringsordren.". Det er klart at påberopelse av preklusjonsfristen må fremgå av den omtvistede endringsordren hvis den utstedes. Ordlyden i art. 16.2 gir imidlertid ikke svar på hvorvidt et krav om bortfall av endringsordrekravet basert på preklusjonsfristen må fremmes ved omtvistet endringsordre eller ikke. I følge Kaasen³⁰ har det gode grunner for seg å pålegge selskapet plikt til å svare med en omtvistet endringsordre. Han henviser også til Borchsenius som inntar samme standpunkt.³¹ Kaasen begrunner dette med at selskapet ellers vil ha mulighet til å undergrave endringssystemet, og slik overlate til leverandøren alene å vurdere sin rettslige stilling før et eventuelt sivil søksmål. Dette undergraver endringssystemets funksjon som en balansert mekanisme for tvisteløsning. Selskapet

²⁹ Kaasen (2006) s. 439

³⁰ Kaasen (2006) s. 440

³¹ Borchsenius (1989) s. 72

påføres heller ingen stor byrde ved en slik plikt. Kaasen skriver: ³²”Regelen må altså være at selskapet må utstede omtvistet DVO dersom det vil gjøre gjeldende at VOR-en er prekludert eller ikke tilfredsstillende form- og innholds krav. Tvist om gyldigheten av VOR-en blir dermed behandlet etter de samme reglene som tvisten om det underliggende forhold – hvorvidt det arbeid VOR-en gjelder utgjør en endring.”

Et mer usikkert spørsmål får vi i de tilfellene hvor leverandørens henvendelse ikke tilfredsstillende art. 16.1 siste ledds vilkår om at henvendelsen ”... etter sitt innhold er et krav om endringsordre ...”. Dette vilkåret er tredelt: 1. leverandøren må henvise til den aktuelle instruksen, 2. han må gi direkte uttrykk for at instruksen innebærer arbeid utenfor hans kontraktsforpliktelser og 3. han må uttrykkelig kreve endringsordre for det aktuelle arbeidet.³³ Hvis det tredelte vilkåret ikke er oppfylt, bortfaller selskapets mulighet til å på tross av manglene behandle leverandørens krav som et endringsordrekrav. Da har selskapet ingen plikt til å svare med en omtvistet endringsordre og kan avvise leverandørens krav formløst.³⁴ Regelen er tilsynelatende grei. Problemer oppstår først i tilfeller hvor leverandøren anser det for overdrevent formalistisk å fremme endringsordrekrav. Hvis han kun henvender seg til selskapet med et formløst krav om økt vederlag eller mer tid, blir det opp til en skjønnsmessig vurdering av henvendelsen om vi er inne i endringssystemet eller ikke. En slik skjønnsmessig inngangsport til endringssystemet står i sterk kontrast til endringssystemets andre bestemmelser. De er typisk formalistiske med strenge formkrav og

³² Kaasen (2006) s. 440

³³ Kaasen (2006) s. 437

³⁴ Kaasen (2006) s. 441

preklusjonsfrister. Det at kostnadene forbundet med en omtvistet endringsordre er små for selskapet, taler for å kunne pålegge de en plikt til også i disse tilfellene å benytte seg av denne mekanismen. Kaasen konkluderer slik:³⁵ ”Selv om kontrakten vanskelig gir grunnlag for den absolutte regel at *enhver* VOR som pretenderer å oppfylle de tre nevnte grunnvilkår må besvares med DVO (eller VO eller frafallelse), er det derfor god grunn til å anbefale en slik regel fulgt.”.

Etter at leverandøren har utstedt endringsordrekrav og selskapet svarer med endringsordre eller omtvistet endringsordre, har partene blitt ”penset” over i endringssystemet.

Leverandøren kan da med hjemmel i art. 16.3 kreve at spørsmålet tas opp til ekspertavgjørelse. Hvis eksperten finner at det omtvistede arbeidet er et endringsarbeid, blir det tatt inn i kontrakten som en endringsordre. I motsatt fall er arbeidet allerede en del av leverandørens kontraktsforpliktelse, og han er forpliktet til å oppfylle i henhold til kontrakten uten krav på tilleggsvederlag. Hvis partene ønsker ytterligere prøving av spørsmålet må de søke dette gjennom voldgift eller sivilt søksmål.

³⁵ Kaasen (2006) s. 441-442

4 Læren om bristende forutsetninger

4.1 Kort om forutsetningslæren generelt

Jeg vil i det følgende gjøre kort rede for læren om bristende forutsetninger. Avhengig av terminologi kan bristende forutsetninger også omfatte de uriktige forutsetninger.³⁶ Uriktige forutsetninger er en tilblivelsesmangel ved avtalen, og må løses med utgangspunkt i Avtl. §33 eller læren om lojalitetsplikt i kontrakt.³⁷ Uriktige forutsetninger vil ikke bli behandlet videre her.

Den ulovfestede kontraktsrettslige læren om bristende forutsetninger er etablert gjennom juridisk teori, sedvane og rettspraksis. Bristende forutsetninger foreligger når en part har bygget på en forutsetning som endrer seg underveis i kontraktperioden, slik at det parten forutsatte ved avtaleinngåelsen ikke lenger er tilfelle. I juridisk litteratur skilles det mellom to ulike former for forutsetninger; individuelle forutsetninger og typeforutsetninger. Vi skal senere se at vilkårene for påberopelse av bristende forutsetninger varierer avhengig av om vi har å gjøre med en individuell forutsetning eller en typeforutsetning. Gjennom rettspraksis og juridisk teori har det utviklet seg tre kumulative vilkår for krav bygget på bristende forutsetninger. Disse er senere stadfestet av Høyesterett i Rt. 1999 s. 922 ("Salhus flytebru"). Saken gjaldt en entreprenørs krav om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med bygging av en del av Nordhordalandsbroen over Salhusfjorden. Det første og mest sentrale kravet i saken knyttet seg til tilleggsarbeider og ekstrakostnader i

³⁶ Se f.eks. Barbo (1997) s. 309, note 37

³⁷ Se Woxholth (2003) s. 334 - 353

forbindelse med sveising av stål. Entreprenøren gav tilbud der han benyttet stål av en slik høyfast kvalitet at det senere viste seg å være behov for forvarming av stålet før det kunne sveises med tilfredsstillende resultat. Forvarmingen medførte store tilleggsutgifter for entreprenøren, og partene ble ikke enige om hvem som hadde ansvaret for utgiftene. Entreprenøren fikk ikke medhold i sitt krav. Høyesterett delte seg 3-2 i begrunnelsen for sin avgjørelse. Flertallet tok utgangspunkt i læren om bristende forutsetninger, mens mindretallet valgte å løse spørsmålet med utgangspunkt i Avtalelovens § 36. Flertallet baserte seg på tanken om at det i profesjonelle forhold skal mer til for revisjon på grunnlag av urimelighet enn på grunnlag av forutsetningslæren. Mindretallet mente derimot at vurderingen måtte bli den samme etter begge bestemmelser, siden vurderingen av vilkåret om relevans i forutsetningslæren må bli en samme som urimelighetsspørsmålet etter avtl. § 36.

Vilkårene for påberopelse av bristende forutsetninger slås fast på dommens side 931, hvor førstvoterende (flertallet) uttaler:³⁸

”For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være "relevant", noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”

Etter dette blir vi stående med følgende tre vilkår:

³⁸ Rt. 1992 s. 922 på side 931.

Vilkår 1: Forutsetningen må ha vært **motiverende** for løftegiver;

Det må altså påvises at den aktuelle forutsetningen var et moment ved kontraktsforholdet som motiverte løftegiver til å inngå avtalen.

Vilkår 2: Forutsetningen må ha vært **synbar** for motparten;

Her skilles det i teorien mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger.

Typeforutsetninger er gjerne vanlige for den aktuelle kontraktsformen, og krever derfor en lavere grad av synbarhet. Enkelte typeforutsetninger kan være så vanlige for en kontraktsform at de må regnes som åpenbart synbare. En individuell forutsetning er mindre vanlig, og krever derfor ofte at det godtgjøres at motparten var gjort klar over den aktuelle forutsetningen ved inngåelsen av kontrakten. Grensen mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger er ikke skarp, slik at kravet til synbarhet vil øke eller minke avhengig av hvor individuell forutsetningen er.³⁹

Vilkår 3: Forutsetningen må være **relevant**;

Vurderingen av om forutsetningssvikten er relevant må baseres på en helhetsvurdering av hva som er en god byrdefordeling for det aktuelle typetilfelle, og hva som er den beste løsningen i den aktuelle sak.⁴⁰ Om relevanskravet uttaler førstvoterende i Rt. 1999 s. 922 på side 931 følgende:

³⁹ Kaasen (2006) s. 311 og Hagstrøm (2003) s. 249

⁴⁰ Hagstrøm (2003) s. 254

”Et element i denne samlede vurdering vil være størrelsen av det tap som oppsto eller vil oppstå gjennom den uventete utviklingen. Et visst tap må en entreprenør tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre enden av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans.”

Vurderingen førstvoterende her legger til grunn kan betegnes som fastlegging av løftegiverens tålegrense. Grensen må fastlegges ved en helhetlig vurdering av hvilke part som er nærmest til å bære risikoen for den aktuelle forutsetningen innen den aktuelle kontraktstypen.

Det må også nevnes at vilkårene om motivasjon og synbarhet må baseres på en subjektiv vurdering i hver enkelt sak, mens vilkåret om relevans etter norsk rett hovedsakelig er en objektiv standard for hva som må regnes som en rimelig fordeling av byrdene innen den aktuelle kontraktstypen.⁴¹

I motsetning til flertallet baserte som nevnt mindretallet i høyesterett sin vurdering på avtl. § 36. Det at begge fraksjonene kom til samme resultat etter å, til tross for å legge ulik hjemmel til grunn, ha basert sin vurdering på veldig like synspunkter og momenter, betyr nok at resultatet i framtidige tvister ikke vil avhenge så mye av om partene påberoper seg urimelighet eller bristende forutsetninger. Siden Høyesterett delte seg 3-2 i begrunnelsen av saken, er det allikevel god grunn til å tro at Høyesteretts siste ord om bristende forutsetninger i entrepriseforhold ennå ikke er talt.

⁴¹ Hagstrøm (2003) s. 249

4.2 Forutsetningslæren i entreprise og petroleumskontrakter

Bristende forutsetninger i entreprise er grundig behandlet både i rettspraksis og juridisk litteratur. Utgangspunktet er at entreprenøren har risikoen for realytelsen. Endrede forhold som gjør entreprenørens ytelsesplikt tyngre å bære, vil derfor som hovedregel stå for hans egen regning. Førstvoterende i Rt. 1999 s. 922 uttaler på s. 931 at denne hovedregelen kun er et utgangspunkt som begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger. Videre siterer Høyesterett det Høyesterettsadvokat Arne Bech på grunnlag av voldgiftspraksis skriver i ”Entreprisekontrakter – risiko og ansvar”⁴² s. 13:

”det er ”berettiget å si at vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten.””

Forhold som avviker vesentlig fra den normalsituasjonen entreprenøren la til grunn ved kontraktsinngåelsen gir grunnlag for krav om kontraktsrevisjon. Dette gjelder likevel bare hvis normalsituasjonen entreprenøren la til grunn, bygget på en nøktern vurdering av tilgjengelige data.

⁴² Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962

Høyesterett finner støtte for Bechs syn hos forfatterne Sandvik⁴³ og Hagstrøm⁴⁴.

Det henvises til Hagstrøm som skriver om Bechs resonnement at:⁴⁵

”Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid med kompensasjon for den forlengede byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.”

Forutsetningslærens vilkår om motivasjon, synbarhet og relevans kan få ulik betydning innen ulike rettsområder. I entreprisekontrakter skal det godt gjøres om ikke vilkåret om motivasjon er oppfylt. Dette kommer av at kontraktene er fremforhandlet mellom profesjonelle parter som begge søker å maksimere sin fortjeneste. Når spørsmålet er om den rammede parten ville disponert annerledes hadde han visst om forutsetningssvikten ved kontraktsinngåelsen, vil svaret nok stort sett være ja i slike profesjonelle forhold som entreprisekontrakter regulerer. Vilkåret om synbarhet varierer som nevnt av om vi har å gjøre med en individuell forutsetning eller en typeforutsetning. Individuelle forutsetninger må som sagt godtgjøres synliggjort i hvert enkelt tilfelle. Typeforutsetninger innen det enkelte fagfelt blir derimot uten videre å anse som synbare. Det er noen typeforutsetninger som kan sies å gå igjen i entrepris av petroleumsinstallasjoner. For det første gjøres det ofte forutsetning om at valget av arbeidsmetode vil føre fram til det ønskede resultat.

⁴³ Sandvik (1966) s. 208-209

⁴⁴ Hagstrøm (1997) s. 53

⁴⁵ Hagstrøm (1997) s. 53

Teknologien som skal benyttes er ofte ikke oppfunnet på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, og ligger i alle fall så i forkant av den teknologiske utviklingen at partene gjerne har lite erfaring å trekke på fra tidligere prosjekter. De forhold som installasjonene skal operere under er gjerne ekstreme på grunn av dårlig vær eller høyt trykk, slik at beregningene av hva installasjonene må tåle av påkjenninger fort kan endres underveis i kontraktstiden. Siden kravene til det ferdige produktet kan variere underveis i kontraktperioden, hender det ofte at den arbeidsmetode som ble forutsatt ved kontraktsinngåelsen, må vike for en annen og bedre egnet arbeidsmetode senere i kontraktstiden. Andre typeforutsetninger som går igjen i kontraktsforhold basert på standardkontraktene er brist i forutsetninger ved prosjektering. Det samme gjelder de tilfellene hvor partene gjør forutsetninger ved valg av de materialene de skal benytte underveis i produksjonen. Her er eksempelet med stålqualität i bolter illustrerende. Til sist kan det nevnes at det ofte gjøres forutsetninger med tanke på grunnforhold på bunnen og værforholdene under bygging og installasjon. Det følger naturlig av at det ikke alltid er mulig å forutse disse forholdene før man faktisk installerer eller starter arbeidene.

Et godt eksempel på en bristende forutsetning om arbeidsmetode i entrepriseforhold, er voldgiftsdommen omtalt som "Tirrana II" inntatt i RG. 1992 s. 728. Saken gjaldt utpumpning av olje fra det grunnstøtte vraket av skipet MS "Tirrana". Statens forurensningstilsyn satte arbeidet med utpumpning av skipets gjenværende olje ut på anbud, og Ingeniør Knut Nergaard AS vant anbudskonkurransen. Selskapet valgte selv arbeidsmetoden for utpumpning av oljen. Oljens beskaffenhet ble i noen grad diskutert i

kontraktsforhandlingene, men i liten grad regulert i kontrakten. Når det senere viste seg at oljen var av en særlig tyktflytende konsistens som var vanskelig å pumpe ut, oppsto spørsmålet om hvilken av partene som skulle bære risikoen for de tilleggsarbeidene som måtte til for å fjerne oljen fra vraket. Entreprenøren reiste søksmål mot SFT for å få dekket de utgifter de anså som pådratt utenfor kontraktens forpliktelser. SFT hevdet på sin side at kontrakten påla entreprenøren en resultatforpliktelse til å fjerne all oljen, og at saksøker derfor hadde risikoen for den valgte arbeidsmetoden og oljens beskaffenhet. Voldgiftsretten tolker kontrakten og partenes etterfølgende handlinger. Kontraktens regulering gir grunnlag for å besvare spørsmålet med sikkerhet. De etterfølgende handlinger tar retten til inntekt for saksøker, da han i motsetning til saksøkte hadde fremholdt samme standpunkt til risikofordelingen helt siden problemstillingen ble kjent. For å utfylle kontraktens bestemmelser, foretar retten en vurdering med utgangspunkt i deklarasjonsrett. Retten hevder det har gode grunner for seg å legge risikoen til saksøker (leverandøren) da han er ekspert på sakens område, og burde tatt forbehold om oljens beskaffenhet i kontrakten.⁴⁶ Dette standpunktet ble også fremført av saksøkte (SFT). Allikevel velger en enstemmig voldgiftsrett å gi saksøker medhold, og begrunner beslutningen på følgende måte⁴⁷:

”Det må være tillatt for to kontrahenter å slutte avtale på bakgrunn av en foreliggende eller forutsatt normalsituasjon, uten at de behøver å tenke gjennom og kontraktsregulere de forskjellige vanskeligheter som de vet kan oppstå under avviklingen av kontrakten, det

⁴⁶ RG. 1992 s. 742

⁴⁷ RG. 1992 s. 742

være seg krig, forlis, brann – eller ikke-pumpbar olje. De må ha lov til å ”koste” slike latente problemer ”under teppet”, i den tro eller med det håp at problemene ikke vil bli aktuelle. Det blir enklere og lettere å få kontraktene i havn på denne måten.”.

Retten bygger sitt syn på ⁴⁸ ”... doktrine og praksis fra entrepriserforhold vedrørende uforutsette hindringer som medfører at entreprenørens arbeid blir vesentlig mer tyngende og kostbart enn man regnet med ved kontraktsslutningen.”. Retten henviser og siterer i denne sammenheng tidligere nevnte sitat av Arne Bech i ”Entreprisekontrakter – risiko og ansvar” på s. 13.⁴⁹

I tillegg siteres Sandvik som skriver⁵⁰: ”Blir det påkrevet å fravike arbeidsmetoder som direkte er angitt i beskrivelsen eller andre kontraktsdokumenter for å gå over til mer kostbare metoder, må utgangspunktet være at dette er å regne som en endring, og at det økede arbeid ligger utenfor det entreprenøren har påtatt seg for den avtalte pris.”.

Videre skriver retten om hensiktsmessigheten og rimeligheten ved en slik løsning⁵¹: ”Hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for forhold som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt anbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere anbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser

⁴⁸ RG. 1992 s. 743

⁴⁹ Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962

⁵⁰ Sandvik (1966) s. 210

⁵¹ RG. 1992 s. 743

seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt. Hvis det i det konkrete tilfellet er på det rene at entreprenørens pris er kalkulert ut fra en normalsituasjon, vil det også være ubillig å belaste ham med omkostningene ved å overvinne hindringer som hans kalkyle ikke gir dekning for, omkostninger som kan være av en slik størrelsesorden at entreprenørbedriften vanskelig kan bære dem.”.

De momenter retten holder fram som sentrale i vurderingen av rimelighet og hensiktsmessighet, kjenner vi igjen fra forutsetningslærens vilkår om relevans. Dommen gir derfor gode holdepunkter for hvordan vurderingen av vilkåret må vurderes i entrepriseforhold.

Rettspraksis om bristende forutsetninger i fabrikkkontrakter er i liten grad tilgjengelig. Et interessant eksempel har vi allikevel i den utrykte voldgiftsdommen av 26. januar 1993, omtalt som ”Peconor-dommen”. Kaasen gjengir noen utdrag av voldgiftsdommen.⁵² Min redegjørelse for dommen bygger på det Kaasen gjengir. Saken gjaldt oppgjøret for ”Ekofisk-veggen” mellom Phillips-gruppen og Peconor. Tvisten gjaldt tilleggsarbeider som leverandøren pådro seg i forbindelse med skjøtemetoden for sammenkobling av de to halvdelene av veggen. Metoden for skjøten var av stor betydning for hvordan veggen ble designet og bygget. Underveis i kontraktstiden ble metoden endret på viktige punkter. Jeg antar at Peconor gikk til sak for å kreve vederlag for de tilleggsarbeidene omleggingen av skjøtemetoden medførte. Jeg antar også at Phillips-gruppen bestred Peconors krav, og

⁵² Kaasen (2006), s. 313

hevdet arbeidene var en del av leverandørens kontraktsforpliktelse. Retten delte seg 2-1 i avgjørelsen hvor flertallet kom til at det lå bristende forutsetninger til grunn for leverandøren Peconors faste pris, og på det grunnlag gjorde en mindre justering av vederlaget. Mindretallet som kom til motsatt konklusjon, mente det ikke forelå bristende forutsetninger siden den opprinnelige metoden fremdeles var gjennomførbar, selv om den ikke lenger var mest hensiktsmessig. Flertallet mente også at den opprinnelige metoden fremdeles var gjennomførbar, men begrunnet sin omvendte konklusjon med flere ulike omstendigheter i forbindelse med kontraktsforholdet. Flertallet mente at selv om ikke en enkelt forutsetning hadde bristet, måtte omstendighetene sett under ett regnes som grunnlag for påberopelse av bristende forutsetning for leverandøren. Flertallet skriver:⁵³

”Det enkelte problem var riktignok ikke av en slik art eller størrelse at det representerte en avgjørende begivenhet. Sett i sammenheng fikk man likevel en situasjon der Peconor etter flertallets mening ikke lenger kunne være forpliktet til å bære byrdene alene”.

Flertallet henviste til ”dråpen som fikk begeret til å flyte over”, når de så flere ulike momenter samlet og konkluderte med at det forelå bristende forutsetninger. Det er verdt å merke seg denne noe spesielle måten å benytte forutsetningslæren på. Det vanlige er at en enkelt hendelse eller en enkelt forutsetningsbrist påberopes som en bristende forutsetning. I Peconor-dommen åpner altså flertallet for at man kan se mange mindre avvik fra det opprinnelig forutsatte samlet, summere opp avvik som i seg selv ikke er nok til å regnes

⁵³ Kaasen (2006) s. 313

som en bristende forutsetning, og deretter konkludere med at en bristende forutsetning foreligger. Flertallet la blant annet vekt på prosjektets meget stamme tidsrammer. De førte til at design av løsningene fortsatt pågikk under anbudsperioden, slik at grunnlaget for leverandørens anbud forelå sent. På grunn av tidspresset var det heller ikke mulig å foreta god nok etterprøving av beregningene som skjøtemetoden bygget på. Videre måtte Peconor selv foreta deler av prosjekteringsarbeidet som skulle vært ferdig tidligere, slik at de fikk mindre tid til andre arbeidsoppgaver. De fysiske kraftoverføringene i nedre del av skjøten medførte også at prosjekteringen og arbeidet var blitt mer komplisert enn opprinnelig forutsatt. Hver for seg må momentene anses som innenfor den offergrense som leverandøren må sies å bære risikoen for. Retten kom som nevnt allikevel fram til at momentene samlet sett overskred leverandørens offergrense, og at han derfor hadde krav på delvis kompensasjon for tilleggskostnadene.

4.3 Rettsvirkningene av bristende forutsetninger

Rettsvirkningen av en bristende forutsetning er i alminnelig kontraktsrett at den rammede partens plikt etter kontrakten modifiseres eller faller bort i sin helhet.⁵⁴ Hvis partenes forpliktelser er gjensidig bebyrdende, vil også den annen parts forpliktelse måtte anses som bortfalt. Det er bare denplikten som rammes av bristende forutsetninger, og ikke eventuelle andre plikter under kontrakten, som faller bort. I den grad kontrakten også inneholder plikter som ikke rammes av den bristende forutsetningen, vil disse pliktene leve videre etter at den rammede plikten bortfaller. Den parten som påberoper seg bristene forutsetninger

⁵⁴ Hagstrøm (2003) s. 250-251

blir slik forpliktet til å stå ved den modifiserte utgaven av kontrakten. Den andre parten vil derimot ha rett til å velge om han ønsker å la kontrakten bortfalle i sin helhet eller at den skal videreføres med det modifiserte innholdet.⁵⁵ Dette allikevel ikke i de forhold der en mindre modifisering av pliktene sett i forhold til størrelsen på hele kontrakten er tilstrekkelig til å kompensere for den bristende forutsetningen.

Kontraktene for fabrikasjon og totalentreprise inneholder som oftest så mange og ulike plikter at bortfall av hele kontrakten på grunnlag av bristende forutsetninger er lite sannsynlig. Også bortfall av noen av hovedforpliktelsene i kontrakten er sjelden, fordi de ofte er så omfattende at en bristende forutsetning kun vil ramme mindre deler av en hovedforpliktelse. Den praktiske konsekvensen av bristende forutsetninger blir derfor at den eller de enkelte rammede pliktene modifiseres. Det mest praktiske tilfellet er at leverandøren har en realforpliktelse under kontrakten, men at den må anses bortfalt på grunnlag av bristende forutsetninger. Leverandøren plikter da ikke lenger å utføre arbeidet, og kan kreve at selskapet skal dekke kostnadene ved arbeidet om de ønsker det utført. Leverandøren er allikevel forpliktet til å stå ved og oppfylle alle de andre forpliktelsene han har påtatt seg under kontrakten. Bristende forutsetninger kan som hovedregel bare begrense, ikke øke, en parts forpliktelser. Det finnes imidlertid eksempler på at forutsetningslæren også har blitt benyttet til å modifisere en plikt slik at den øker. I entrepriseforhold skjer dette typisk ved en vederlagsøkning når entreprenøren krever

⁵⁵ Hagstrøm (2003) s. 250 tar dette standpunktet og henviser videre til Krokeide i TfR 1977 s. 569 ff. på s. 590.

forlenget byggetid, økede rater eller tilleggsvederlag.⁵⁶ Kaasen ser også denne muligheten, men anser det for mest sannsynlig at selskapet i slike tilfeller vil foreta en prioritering av hva de ønsker og deretter foreta justeringer i kontrakten gjennom endringssystemet, slik at spørsmålet ikke trengs å løses etter bakgrunnsretten.⁵⁷

5 Kontraktsrevisjon i eller utenfor kontraktens endringssystem

5.1 Nærmere om avhandlingens problemstilling

Spørsmålet om bristende forutsetninger skal behandles i eller utenfor endringssystemet avhenger av om spørsmålet ”penses” inn i endringssystemet eller ikke. Om vi ”penses” inn i endringssystemet eller ikke, avhenger av partenes handlinger etter at den bristende forutsetningen er oppstått. For å klarlegge hvordan bristende forutsetninger skal behandles blir vi derfor nødt til å ta for oss partenes ulike handlingsalternativer, og beskrive gangen i og konsekvensene av disse. I det følgende skal jeg derfor redegjøre for partenes handlingsalternativer og de juridiske spørsmål som alternativene reiser i relasjon til bristende forutsetninger.

⁵⁶ Hagstrøm (2003) s. 250

⁵⁷ Kaasen (2006) s. 314

Siden løsningen på oppgavens problemstilling avhenger av partenes handlingsmønster, har jeg valgt å ta utgangspunkt i en praktisk situasjon der leverandøren rammes av forutsetningssvikt. Situasjonen er eksempelvis som den følgende. Leverandøren skal koble sammen en skjøt mellom to rør. Det viser seg at skjøten ikke blir tett fordi boltene som skal feste rørene er av for mykt stål, slik at de ikke kan strammes med det momentet som er nødvendig for å oppnå en tett skjøt. Spørsmålet om stål kvaliteten ble ikke reist forut for kontraktsinngåelsen. Partene gikk ut fra at den stål kvaliteten de vanligvis benytter til slike bolter ville være tilstrekkelig også i dette tilfellet. Senere har det vist seg at trykket i røret vil bli høyere enn det som tidligere har vært vanlig. For at skjøten skal bli tett må derfor boltene strammes med et kraftigere moment enn tidligere. Ved kontraktsinngåelsen forutsatte partene at det stålet som skulle brukes var av tilstrekkelig kvalitet. På grunn av det endrede forholdet blir partene nødt til å anskaffe ny bolter av kraftigere stål, slik at skjøten kan strammes tett med det nødvendige moment.

Underveis i kontraktperioden oppstår det altså en brist i en forutsetning partene la til grunn ved kontraktsinngåelsen. Det er mest sannsynlig at det er leverandøren som oppdager forutsetningssvikten først. Arbeidet foregår typisk ved leverandørens anlegg og ved hjelp av hans arbeidskraft. Selskapet har rett til å ha representanter på byggeplassen til enhver tid, men byggeprosessene er så komplekse at selskapets representanter ikke kan ha oversikt over alle arbeidene. Hvis leverandøren er sen til å oppdage den bristende forutsetningen kan det få to ulike konsekvenser. For det første kan leverandørens krav på tilleggsvederlag være tapt på grunnlag av den kontraktsrettslige læren om bortfall av krav ved passivitet.

For det andre kan leverandøren bli erstatningsrettslig ansvarlig for eventuelle tap selskapet lider som følge av at leverandøren var sen til å oppdage den bristende forutsetningen.

Når leverandøren blir oppmerksom på det endrede forholdet, må han først ta stilling til om han selv skal bære risikoen og regningen. Hvis han ikke selv ønsker å bære risikoen for det inntrådte, må han forsøke å velte ansvaret over på selskapet. For at leverandøren skal kunne legge ansvaret for den bristende forutsetningen over på selskapet, blir han før eller senere nødt til å gjøre selskapet oppmerksom på den endringen som er oppstått. Når selskapet mottar varsel fra leverandøren om at det er oppstått en bristende forutsetning, er det som nevnt opp til selskapet å ta stilling til den videre framdriften. De har tre mulige handlingsalternativer. Hvis selskapet er enig i leverandørens krav, kan det for det første utstede en endringsordre. Leverandøren må da fortsette arbeidet, men nå som et tillegg til de opprinnelige kontraktspliktene. For det andre kan selskapet fastholde leverandørens kontraktsforpliktelse og instruere ham om å fortsette arbeidene for å forsere hindringen - altså uten å erkjenne at dette innebærer endring av kontraktsforpliktelsene. For det tredje kan selskapet forholde seg fullstendig passivt og ikke svare på leverandørens henvendelse. Det kan hende leverandøren ikke anser det som hensiktsmessig å ta opp spørsmålet med selskapet underveis i kontraktstiden, og derfor vil vente med å ta opp problemet til partene skal foreta sluttoppgjøret. Dette reiser spørsmål om leverandøren står fritt til selv å velge når han vil informere selskapet om den bristende forutsetningen.

Leverandøren må også ta standpunkt til en mer håndfast side av problemet; framdrift og utførelse av arbeidene. Framdriften i kontraktsarbeidene er av stor betydning for selskapet.

En dag forsinkelse i kontraktsarbeidene betyr at selskapet må vente en dag lenger før de får satt installasjonen i drift slik at den genererer inntekter. Dette gjenspeiles i kontrakten, som truer leverandøren med dagbøter ved forsinkelse.⁵⁸ Leverandørens kontraktsplikter er vanligvis veldig omfattende, slik at den bristende forutsetningen kun rammer en liten del av det totale arbeidet. Det er derfor ikke mulig å se for seg at han skal stanse alt arbeid til spørsmålet om den bristende forutsetningen er avklart. Det er mer praktisk å se for seg at leverandøren må finne en måte å omgå det endrede forholdet på, slik at arbeidet kan fortsette uten for store forsinkelser. Vi fortsetter på eksempelet fra tidligere. Leverandøren kan enten selv skaffe til veie nye bolter, eller han kan la arbeidet med skjøten ligge og jobbe videre med andre deler av kontraktsarbeidene, mens han venter på at spørsmålet skal avklares. Dette reiser først spørsmålet om leverandøren står fritt til å stanse deler av arbeidene. Videre reiser det spørsmålet om leverandøren har krav på å få dekket utgiftene hvis han selv velger å skaffe nye bolter for å overkomme den bristende forutsetningen. Vi skal se nærmere på de nevnte spørsmålene i avhandlingens kapittel 5.2 flg.

I avhandlingens kapittel 2 så vi både på leverandørens og selskapets realforpliktelser. Det er som der nevnt vanlig at også selskapet påtar seg realforpliktelser under kontrakten. Forpliktelsene består som regel i å levere tegninger, spesifikasjoner, råmaterialer eller komponenter underveis i kontraktsperioden. Vi så at selskapet på objektivt grunnlag er forpliktet til å utstede endringsordre jf. art. 27.1 hvis de misligholder en slik realforpliktelse, og det derigjennom oppstår forsinkelser for leverandøren som

⁵⁸ NF/NTK Art. 24.2

leverandøren krever endringsordre for i tide jf. art 6. Det finnes noen kontraktsregulerte unntak fra selskapets objektive plikt. For det første bortfaller selskapets plikt i tilfeller av force majeure jf. art. 28. For det andre kan leverandøren som nevnt måtte bære noe av ansvaret selv hvis han oversitter varslingsfristene i art. 6.1 og art. 6.2. Til slutt kan leverandørens krav prekluderes ved at han oversitter fristen for å utstede endringsordrekrav jf. art. 16.1. Et interessant spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt selskapets forpliktelse også kan tenkes modifisert ved påberopelse av læren om bristende forutsetninger.

Spørsmålet reises nok sjelden i praksis, da begge parter og spesielt selskapet har stor interesse i å overholde fremdriftsplanen. Siden selskapet av egne forhold er motivert til å omgå problemet, velges det heller minnelige løsninger som omgår problemet, enn å sette spørsmålet på spissen. Slike løsninger kan være fordyrende for selskapet, men det overordnede målet om ferdigstilling til rett tid gjør nok at partene er villige til å samarbeide for å finne en løsning i slike situasjoner. I valget mellom forsinkelse og økte kostnader kan nok ofte det siste alternativet være å foretrekke. Siden spørsmålet sjelden reises av partene er det også i liten grad, om enn i noen, behandlet i juridisk teori.

Spørsmålet kan av nevnte grunner synes lite praktisk. Det er allikevel ikke til hinder for at spørsmålet er av juridisk interesse.

Utgangspunktet for å besvare spørsmålet må være læren om bristende forutsetninger. Den er en del av den ulovfestede kontraktretten og deklatorisk bakgrunnsrett i kontraktsforhold. Forutsetningslæren skiller ikke mellom partenes rolle i kontrakten, slik at enhver kontraktspart vil ha adgang til å påberope seg forutsetningslæren om ikke avskjæring av forutsetningslæren er avtalt. Selvsagt kan det tenkes kontrakter som

begrenser partenes generelle adgang til å påberope seg forutsetningslæren. Med unntak for art. 3.3 og art. 5.5 regulerer imidlertid ikke NF/NTK bristende forutsetninger. Det er derfor bakgrunnsretten som må legges til grunn når spørsmålet skal besvares. Det kan innvendes at selskapets realforpliktelser under kontrakten ikke kan sees som en enkeltstående realforpliktelse i tradisjonell forstand. Det vanlige i kontraktsforhold er at den ene parts forpliktelse motsvares av at den annen part får et krav på den samme ytelsen. I kontraktsforhold basert på NF/NTK har imidlertid ikke leverandøren et selvstendig krav på at selskapet skal oppfylle sine realforpliktelser. Selskapets forpliktelser er i større grad forutsetninger for at leverandøren kan yte sine realforpliktelser, slik at de vanskelig sees som løse tvang forpliktelser leverandøren har krav på uavhengig av resten av kontrakten. Det at realforpliktelsene må anses som forutsetninger for oppfyllelsen av leverandørens kontraktsforpliktelse, likner mye på selskapets plikt etter kontrakten til å svare vederlag. Kaasen⁵⁹ hevder på dette grunnlag at selskapets mislighold av en realforpliktelse blir mer å regne som en utgave av kjøpsrettslig kreditormora, enn som en misligholdt realforpliktelse i tradisjonell forstand. Siden det skal betydelig mer til for påberopelse av forutsetningslæren ved kreditormora enn ved mislighold av realforpliktelser, mener han det er vanskelig å tenke seg situasjoner hvor selskapet skulle være i en slik situasjon og at de samtidig kan godtgjøre bristende forutsetninger. Kaasen utelukker imidlertid ikke muligheten for at slike situasjoner kan oppstå.

⁵⁹ Kaasens synspunkter er fremkommet i samtaler tilknyttet hans veiledning til arbeidet med avhandlingen.

Vi skal ta utgangspunkt i eksempelet fra tidligere for å så godt som mulig illustrere en slik tenkt situasjonen: Selskapet har gjennom kontrakten forpliktet seg til å levere bolter av en viss stål kvalitet. Partene har valgt denne løsningen fordi bolter av denne bestemte kvaliteten er et knapphetsgode med lang bestillingstid. Ved å inngå en langsiktig rammeavtale med produsenten har selskapet sikret sitt og leverandørens behov for bolter. Underveis i kontraktsperioden viser det seg at produsenten ikke klarer å levere bolter av riktig kvalitet til rett tid. Selskapet kan derfor ikke levere boltene til leverandøren før to uker etter avtalt levering og leverandøren blir forsinket med kontraktsarbeidet. Begge parter påføres tap. Leverandøren er uvirksom i den tiden han venter på boltene og pådrar seg utgifter til mannskaper og utstyr som står i standby. I tillegg blir han forsinket i henhold til fremdriftsplanen og risikerer derfor å pådra seg dagmulftsansvar jf. art. 24. Selskapet risikerer å pådra seg tap som følge av leverandørens forsinkelse i forhold til fremdriftsplanen. Spørsmålet blir så hvilke av partene som er ansvarlig for kostnadene de pådrar seg.

Siden selskapet ikke leverer i henhold til kontrakten, vil leverandøren kreve de ekstra kostnadene han pådrar seg på grunn av uvirksomhet dekket av selskapet. Etter art. 27.1 er utgangspunktet at selskapet har objektiv plikt til å utstede endringsordre ved kontraktsbrudd. Siden selskapet ikke selv er skyld i forsinkelsen, vil de forsøke å avvise leverandørens krav. I de tilfellene hvor det er umulig å skaffe bolter er saken grei. Selskapet kan da påberope seg force majeure jf. art 28 og hver part må bære sine egne kostnader. I tilfeller hvor det er mulig å skaffe bolter, men det blir dyrere enn opprinnelig forutsatt, er det i utgangspunktet selskapet som må ha risikoen for dette og er forpliktet til å

utstede endringsordre jf. art 27.1. I mellom disse klare løsningene er det en glidende overgang. Det kan tenkes tilfeller hvor den alternative løsningen er så kostbar at den må anses for umuliggjort jf. art. 28. Det kan kanskje også tenkes tilfeller hvor den alternative løsningen ikke må anses umuliggjort, men likevel er blitt så mye dyrere enn opprinnelig forutsatt at det er grunnlag for å påberope bristende forutsetninger. Selskapets realforpliktelse må i så fall anses som modifisert slik at den forsinkede leveringen blir å anse som rettidig. Dette utelukker muligheten for kontraktsbrudd jf. art. 27.1.

Selskapet påberopelse av bristende forutsetninger avhenger av at det er i stand til å godtgjøre at forutsetningslærens vilkår er oppfylt. Vilkårene om motivasjon og synbarhet vil nok ofte være oppfylt ved endrede forhold i en forutsetning for selskapets realytelser. Det følger naturlig av at forpliktelsene fastlegges i forbindelse med kontraktsinngåelsen, og gjerne omfatter viktige deler av prosjekteringsarbeidet eller materialleveransene. Siden kontraktsforpliktelsene er fordelt gjennom profesjonelle forhandlinger, kan man nok gå ut fra at selskapet ville valgt å disponere annerledes om de hadde vært klar over den bristende forutsetningen på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Samtidig gir det at begge parter er profesjonelle et holdepunkt for at selskapets forutsetning for disposisjonen også var synbar for leverandøren. Dette varierer imidlertid med hvor vanlig den aktuelle forutsetningen er. Altså vil et endret forhold lettere være synbart hvis det er et kjent problem som oppstår ofte. Er det endrede forholdet mer spesielt og sjeldent forekommende, skal det mer til for å oppfylle vilkåret om synbarhet. Det mest avgjørende vilkåret blir imidlertid om den

bristende forutsetningen kan sies å være relevant.⁶⁰ Som vi har sett i kapittel 4, skal vilkåret vurderes med utgangspunkt i en sammensatt helhetlig vurdering av hva som er den beste byrdefordelingen i like typetilfeller, samt hva som er den beste løsningen i den aktuelle saken. Relevante momenter for vurderingen er blant annet størrelsen på tapene i saken og partenes evne til å bære belastningen av tapene. Dette momentet betegnes gjerne som løftegiverens tålegrense, og avhenger av hvilken av partene som må anses nærmest til å bære risikoen for den aktuelle forutsetningen i den aktuelle kontraktstypen. Vurderingen av relevanskriteriet skal som tidligere nevnt baseres på en objektiv standard. Selv om begge partene i kontrakter basert på NF/NTK er profesjonelle, er det ikke tvil om at selskapene som regel har et styrkemessig overtak på leverandørene i bransjen. Dette omfatter selvfølgelig også partenes økonomiske løfteevne. Ved vurderingen av hvem som er nærmest til å bære og tåle risikoen for forsinkelsen, skal det nok veldig mye til for at selskapets ansvar lempes på bekostning av leverandøren.

Leverandørens forsinkelse i forhold til fremdriftsplanen pådrar ham dagmulftsansvar overfor selskapet. Mot selskapets krav vil leverandøren hevde at de forsinkede boltene også var en bristende forutsetning for hans egen kontraktsmessige oppfyllelse. Selv om dette nok er sjelden forekommende i praksis, har jeg heller ikke her teoretiske motforestillinger mot å se for meg en slik løsning. Er forutsetningslærens vilkår oppfylt, må resultatet bli det samme som for selskapet. Leverandørens kontraktsforpliktelse modifiseres slik at den forsinkede levering må anses rettidig. Selskapets krav på dagmulkt etter art. 24 bortfaller.

⁶⁰ Se om relevansvilkåret i avhandlingens kapittel 4.1.

Det samme må gjelde for krav fra selskapet om dekning av eventuell andre utgifter som følger av forsinkelsen.

Virkingen av at begge parter påberoper seg bristende forutsetninger blir at de må bære sine egne kostnader ved forsinkelsen. Følgen for partene blir altså den samme som ved påberopelse av force majeure jf. art. 28. Det at begge parter blir nødt til å bære sine egne kostnader kan kanskje se ut som et tilfelle av at vinningen går opp i spinningen. Det er allikevel ingen ting i veien for å tenke seg tilfeller hvor omfanget av partenes ekstrautgifter er så ulikt at spørsmålet kan være relevant å tvistes om.

I det følgende vil jeg behandle de spørsmålene leverandørens handlingsvalg reiser.

Hovedspørsmålene blir om leverandøren har plikt til å varsle selskapet, og om han har plikt til å utføre arbeid når han rammes av bristende forutsetninger. Dette reiser igjen flere mindre spørsmål som vi skal se på underveis. For den videre drøftelsen må vi forutsette at leverandøren oppdager en bristende forutsetning. Selskapet vet ennå ikke om denne utviklingen. Leverandøren er av den oppfatning at selskapet har risikoen for det endrede forholdet og vil derfor velte eventuelle tilleggs-kostnader over på selskapet. Hvorvidt leverandøren har rett i antagelsen om at det er rettslig grunnlag for å påberope seg bristende forutsetninger i det enkelte tilfelle, er ikke av betydning for den videre drøftelsen. Det spørsmålet må søkes besvart gjennom endringssystemets regler i de tilfellene hvor det fremgår av det følgende at de kommer til anvendelse.

5.2 Leverandørens første valg; varsle eller ikke varsle selskapet?

Når leverandøren oppdager en bristende forutsetning, må han ta stilling til om han skal varsle selskapet om den oppståtte situasjonen. Dette reiser spørsmålet om han står fritt til å velge om han skal varsle. Det er to ulike grunnlag som kan begrunne en eventuell varslingsplikt for leverandøren. Det ene er kontraktens regulering av varsling om forsinkelser i art. 11.1. Det andre grunnlaget er det ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet. Jeg vil behandle de to grunnlagene hver for seg i det følgende.

5.2.1 Artikkel 11

Kontraktens art. 11 regulerer arbeidets fremdrift. Etter art. 11.1 har leverandøren plikt til å utføre "Arbeidet" i samsvar med fremdriftsplanen i vedlegg C. Hva som ligger i uttrykket "Arbeid" er definert i kontraktens art. 1.1 som "... alt arbeid som Leverandøren skal utføre eller besørge i henhold til kontrakten.". Rettsvirkningen av en bristende forutsetning er normalt at den rammede kontraktsplikten faller bort. Hvis leverandøren har rett i sin antakelse om at det er grunnlag for kontraktsrevisjon, vil derfor forsinkelse som følge av den bristende forutsetningen isolert sett ikke omfattes av art. 11.

Art. 11.1 annet ledd pålegger leverandøren en plikt til "straks" å varsle selskapet hvis han får "grunn til å anta at Arbeidet" vil bli forsinket i forhold til fremdriftsplanen. Den rammede forpliktelsen vil ikke kunne utløse varslingsplikt på egen hånd, siden art. 11 kun omfatter kontraktsfestede arbeider. Hvis den bristende forutsetningen får ringvirkninger også på andre deler av kontraktsarbeidet er saken en annen. Fremdriftsplanen er en plan over tidspunkt for oppstart og avslutning av de viktigste arbeidsoperasjonene i

kontraktsarbeidet. Milepælene gjelder oftest enheter og arbeider av noe størrelse. I de tilfellene hvor leverandøren får grunn til å anta at den bristende forutsetningen vil føre til forsinkelse i forhold til milepælene, har han plikt til straks å varsle selskapet. Leverandøren vil altså være forpliktet til å varsle i mange, men ikke alle tilfeller. Får den rammede plikten ringvirkninger som ikke er av et slikt omfang at de fører til forsinkelse for milepælene i fremdriftsplanen, vil leverandøren heller ikke ha varslingsplikt. Art. 11.2 pålegger altså leverandøren plikt til straks å varsle selskapet hvis den bristende forutsetningen får ringvirkninger for andre kontraktsplikter, og dermed gir han ”grunn til å anta” forsinkelse i forhold til milepælene i fremdriftsplanen.

Art. 11.1 sier ikke noe om konsekvensene av unnlatt varsling. Brudd på varslingsplikten kan allikevel få følger for leverandøren. De følger både av andre bestemmelser i kontrakten og av den alminnelige kontraktsrettslige bakgrunnsretten. For lettere å skille mellom ulike konsekvenser, kan vi se på varslingsregelen både som en plikt til å varsle selskapet og som et vilkår for at leverandøren skal kunne kreve endring av fremdriftsplanen.

Leverandøren har plikt til å varsle selskapet, slik at selskapet får mulighet til å begrense eventuelle tap og skadevirkninger som måtte følge av forsinkelsen. På alminnelig erstatningsrettslig grunnlag kan leverandøren slik bli ansvarlig for tap selskapet er påført, men kunne unngått, hvis det var blitt varslet i rett tid. I vårt eksempel med bolter av feil stål kvalitet, kan sen varsling medføre at selskapet blir nødt til å foreta et hastekjøp av nye bolter. I tillegg til at prisen for nye bolter vil kunne være uforholdsmessig høy, kan det bli behov for en hurtig, men dyrere transport av boltene.

Litt annerledes stiller dette seg i forhold til kontraktens særskilte regulering av erstatning for forsinkelse. Art. 24 pålegger leverandøren å betale dagmulkt hvis han er forsinket i forhold til dagmulktssanksjonerte milepæler i fremdriftsplanen. Etter art. 24.2 tredje ledd er leverandørens samlede ansvar for dagbøter begrenset til 10 % av kontraktsprisen. Art. 24.4 slår fast at selskapets befyelser ved leverandørens forsinkelse er begrenset til det som følger av art. 11, art. 24 og art. 26 om heving. Hvis for sen varsling fører til en forsinkelse som rammes av dagmulkt jf. art. 24.1 og art. 24.2, kan det hevdes at begrensningen i art. 24.4 ikke skal gjelde, fordi årsaken til forsinkelsen var bruddet på varslingsplikten i art. 11.1. Et slikt resonnement kan ikke føre fram, da bruddet på varslingsplikten i art. 11.1 jo nettopp skyldes en tidligere forsinkelse som leverandøren ikke varslet om i tide. Konsekvensen blir at leverandørens ansvar for selskapets tap som følge av forsinkelse i forhold til dagmulktssanksjonerte milepæler, er begrenset til rammene for dagmulktansvaret i art. 24.⁶¹

I en slik situasjon vil leverandøren kunne bli holdt ansvarlig for mellomlegget mellom den fordyrende hasteløsningen og den rimeligere løsningen selskapet kunne benyttet seg av om de var blitt varslet tidligere. Leverandørens ansvar for de tap selskapet påføres uten relasjon til dagmulktssanksjonerte milepæler, er ikke omfattet av den samme begrensningen. En eventuell begrensning kan i slike tilfeller allikevel søkes i kontaktens art. 32.1 som fritar partene, "Selskapsgruppen" og "Leverandørgruppen", jf. definisjonene i henholdsvis art.

⁶¹ Kaasen (2006) s. 258

1.24 og art. 1.15, for ansvar for den annen parts indirekte tap.⁶² Art. 32.2 setter i tillegg en absolutt grense for leverandørens ansvar for kontraktsbrudd ved 25 % av kontraktsprisen. En ikke uttømmende liste over aktuelle indirekte tap er tatt med i art. 32.1 andre ledd. De tap som nevnes er ”... tapt inntekt, tapt fortjeneste, tap forårsaket av forurensning og tapt produksjon.”.

Når det gjelder varslingsregelen som vilkår for leverandørens krav på endring av fremdriftsplanen, sier art. 11.1 heller ikke noe om konsekvensene. Ved utformingen av kontrakten vurderte partene å innta en preklusjonsfrist for leverandørens rett til endring av fremdriftsplanen.⁶³ Om valget sier Kaasen følgende: ”Grunnen til at dette ikke ble gjennomført, var at formålet ivaretas et stykke på vei av art. 27.2 og art. 28.3 siste ledd, og at bestemmelsen for øvrig ble ansett som for bastant.”. Art. 27.2 og art. 28.3 har preklusjonsfrister for leverandørens krav når de fremsettes på grunnlag av henholdsvis selskapets kontraktsbrudd og force majeure. Med unntak for de bristende forutsetningene som kan tenkes å falle innunder art. 28 om force majeure⁶⁴, kan ikke art. 27.2 og art. 28.3 begrunne preklusjon hvor grunnlaget for leverandørens krav er en bristende forutsetning som har rammet leverandørens ytelse. Partene har altså unnlatt å regulere spørsmålet fullt ut i kontrakten. Et eventuelt grunnlag for preklusjon må derfor søkes i kontraktsrettens ulovfestede regler om preklusjon ved passivitet. Hagstrøm skriver at det i slike tilfeller vil kunne være aktuelt å konstatere retten bortfalt ved passivitet dersom; forholdet er slik at

⁶² Kaasen (2006) s. 258

⁶³ Kaasen (2006) s. 258

⁶⁴ Om forholdet mellom bristende forutsetninger og force majeure, se avhandlingens kapittel 1.2 og 5 første avsnitt.

den annen part er gitt ”rimelig grunn” til å regne med at retten ikke ville bli påberopt, og det må betegnes som ”utilbørlig” at den ikke er gjort gjeldene på et tidligere tidspunkt.⁶⁵ Særlig kan dette være aktuelt i de tilfeller hvor den annen part ikke kjente til eller var usikker på om retten eksisterte. I kontraktsforhold basert på NF/NTK trenger det nok ikke gå så lang tid uten påberopelse før vilkårene er oppfylt. Dette er en naturlig konsekvens av at hele kontraktssystemet er bygget opp rundt korte preklusive frister, og at partene derfor må kunne sies å ha forventning om at krav som oppstår underveis i kontraktstiden blir gjort kjent så hurtig som det er mulig.

5.2.2 Den ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten er et ulovfestet kontraktsrettslig prinsipp som er utviklet gjennom langvarig rettspraksis og juridisk teori. Lojalitetsplikten pålegger kontraktspartene å opptre lojalt i forhold til hverandre. Prinsippet har god støtte i rettspraksis, men domstolene har ikke formulert noen norm eller konkrete vilkår for lojalitetsplikten.⁶⁶ Pliktens rekkevidde må derfor søkes gjennom en konkret helhetlig vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Utgangspunktet i entrepriserforhold er at byggherren har en eksklusiv rett til å beslutte at tilleggsarbeider skal utføres.⁶⁷ Til støtte for dette synet, henviser Barbo til Rt. 1898 s. 227. Saken gjaldt sluttoppgjøret etter oppføring av to bygninger i Oslo. Førstvoterende uttaler følgende i relasjon til entreprenørens varslingsplikt: ⁶⁸”Hvis Entreprenøren har den

⁶⁵ Hagstrøm (2003) s. 778

⁶⁶ Nazarian (2007) s. 96

⁶⁷ Barbo (1997) s. 330

⁶⁸ Rt. 1898 s. 277, tredje avsnitt på side 229.

opfatning, at et arbeide, som enten Byggherren ønsker utført eller Entreprenøren selv finner ønskelig, er et extraarbeide, som han kun pligter at utføre mod extrabetaling, faar han sige fra til Byggherren og sikre sig, at denne heri er enig. Og han maa gjøre dette saa betimelig, at Byggherren faar adgang til, naar han erfarer, at arbeidet skal foranledige en ekstraudgift for ham, at bestemme, at arbeidet ikke skal udføres.”. Dette må forstås slik at retten legger til grunn en forutsetning om at byggherren har eksklusiv endringsrett. Barbo henviser også til Byggebransjens Faglige Juridiske Råds Uttalelse nr 50 (1979) siste avsnitt: ”Når det ... gjelder endringsarbeider, er dette å betrakte som en ny vare – og må følgelig alltid rekvireres eller bestilles på forhånd”. Både dommen og uttalelsen gjaldt forøvrig forhold mellom parter som tilsynelatende var likeverdige. Det gir de relevans også i profesjonelle forhold. Jeg mener allikevel at det kan stilles spørsmål ved kildenes rettskildemessige vekt. Dommen er av eldre dato. Uttalelsen er kun rådgivende for partene og har ingen formell autoritet utover hva partene selv legger i den. Uavhengig av dette, vil selskapets eksklusive endringsrett i kontraktsforhold som bygger på NF/NTK følge av den generelle endringsadgangen i art. 12.1.

Ulovfestet varslingsplikt for entreprenøren begrunnes i Rt. 1898 s. 227 med at entreprenøren har plikt til å la byggherren få mulighet til selv å ta stilling til om han ønsker tilleggsarbeidet utført eller ikke. Dette bygger på den nødvendighet det er for byggherrens utøvelse av sin beslutningsrett, at entreprenøren varsler om endringen og deretter avventer byggherrens beslutning. I dommen ble entreprenørens manglende varsel først og fremst brukt som et bevismoment i den konkrete helhetlige vurderingen av hvorvidt en endring i

det hele tatt foreligger.⁶⁹ At dette ikke er uvanlig, følger av Sandvik sin redegjørelse for voldgiftspraksis på området, hvor han uttaler at:⁷⁰ ”For øvrig påberopes det unnlatte varsel ofte som et bevismoment.”.

Barbo skriver videre at:⁷¹ ”En selvstendig plikt til å varsle om at det har inntrådt endrede forhold som gjør det nødvendig eller ønskelig at entreprenørens ytelse omlegges, kan imidlertid i dag forankres i de ulovfestede prinsipper om lojalitetsplikt.”. Til støtte for dette henviser han til dom av 8. mars 1993 i Frostating lagmannsrett.⁷² Saken gjaldt rehabilitering av et bolighus hvor byggmesteren foretok arbeider utover det avtalte uten å varsle byggherren. Spørsmålet var om byggmesteren hadde plikt til å varsle om de forhold som lå til grunn for utvidelsen av arbeidet. Om byggmesterens varslingsplikt uttaler 1. lagdommer: ”Lagmannsretten finner at Aas (*byggmesteren*) i denne situasjonen hadde en plikt til å varsle Brekke (*byggherren*) ...”⁷³ videre ” Dette er et generelt prinsipp i det ulovfestede kontraktsansvar ...”. Retten sier ikke noe om hvilke kilder de bygger dette utsagnet på. I nevnte sak var det ulikt styrkeforhold mellom partene som var henholdsvis forbruker og profesjonell. Dette ble fremhevet av både byggherren og retten selv. Retten tar det ujevne styrkeforholdet til inntekt for at byggmesteren pliktet å opptre lojalt når den uttaler: ”Aas skal være en profesjonell byggmester med lang erfaring. Brekke ... er klart den uprofesjonelle part i dette. Han hadde neppe forutsetninger for å forstå eller forutse at

⁶⁹ Barbo (1997) s. 330

⁷⁰ Sandvik (1966) s. 367-368

⁷¹ Barbo (1997) s. 330 og 331

⁷² LF-1992-306

⁷³ Mine merknader i kursiv

dette skulle bli så mye dyrere enn forutsatt i avtalen.”. Partene i avtaler som bygger på NF/NTK er som nevnt i avhandlingens innledning, som oftest meget profesjonelle selskaper av god størrelse. Det er i tillegg et særtrekk ved NF/NTK at avtalene er et såkalt ”agreed document” mellom partenes bransjeorganisasjoner. Begge disse momentene taler for at dommens rettskildemessige vekt er liten i kontraktsforhold som bygger på NF/NTK. Til tross for dommens usikre rettskildemessige vekt, må jeg si meg enig med Barbo i at en generell regel om varlingsplikt kan være velbegrunnet. Håndverkertjenestelovens § 9 første ledd pålegger håndverkeren en generell varslingsplikt ved oppståtte endringer. Loven regulerer imidlertid bare forhold mellom en håndverker i næringsøyemed og forbruker, jf. hvtjl. § 1 første ledd. I avtaleforhold bygget på NF/NTK er hensynet til de profesjonelle partenes avtalefrihet av stor betydning. Når partene til kontrakten ikke har kontraktsfestet en generell varslingsplikt må man gå ut ifra at dette også er partenes vilje. Det kan tenkes at partene har unnlatt å innføre en slik varlingsplikt av praktiske hensyn. Flere alternativer kunne vært benyttet. En altomfattende varslingsplikt ville nok blitt for omstendelig i praktisk bruk. En regulering som innfører en nyansert varslingsplikt med flere trinnvise innslag, enn det ene om forsinkelse i forhold til fremdriftsplanen i art. 11.1, ville fort bli for omfattende og vanskelig tilgjengelig for brukerne av kontrakten. Det er derfor naturlig at partene har valgt å la de tilfellene som faller utenfor kontraktens regulering, måtte løses etter den ulovfestede kontraktsrettslige bakgrunnsretten. Hvorvidt Barbo har rett i at en generell regel om ulovfestet varslingsplikt basert på lojalitetsplikten i dag kan legges til grunn som følge av rettspraksis, anser jeg imidlertid som usikkert.

Om følgene av unnlatt varslingsplikt skriver Barbo:⁷⁴ ”... varslingsplikten må anses som en selvstendig handlingsplikt. Det innebærer at entreprenøren etter omstendighetene kan bli erstatningsansvarlig for det tap byggherren lider som følge av at han ikke ble varslet (i tide).”. Han henviser igjen til LF-1992-306 og til det Sandvik skriver om voldgiftspraksis vedrørende tolkning av varslingsklausuler i entreprisekontrakter. Sandvik skriver følgende når han oppsummerer praksis i tvister om varslingsklausuler:⁷⁵ ”... praksis har vært tilbøyelig til å se entreprenørens plikt til å varsle mer som en selvstendig handleplikt som ledd i entreprenørens kontraktsoppfyllelse enn som et vilkår for tilleggskrav.”.

Oppsummeringen bygger på voldgiftspraksis fra før 1966 og sier ikke noe om at brudd på den selvstendige handlingsplikten gir grunnlag for erstatning. Sandvik gir i derimot uttrykk for at praksis ikke gir en ”entydig eller klar linje”⁷⁶. Disse to forholdene svekker den rettskildemessige vekten av oppsummeringen til Sandvik. Jeg er allikevel enig i at det har gode grunner for seg å kunne pålegge leverandøren erstatningsplikt hvis det først viser seg at han har brutt en ulovfestet varslingsplikt. Velger leverandøren å unnlate varsling, vil ikke selskapet få kjennskap til den situasjonen som er oppstått og har derfor ingen mulighet til å pålegge leverandøren å overkomme følgene av den bristende forutsetningen. Leverandøren er derfor nærmest til å bære risikoen for det tapet selskapet eventuelt måtte lide som følge av den unnlatte varslingen. Rekkevidden av erstatningsansvaret vil i så tilfelle kunne begrenses på samme måte som ved erstatning for brudd på varslingsplikten i art. 11.1.⁷⁷

⁷⁴ Barbo (1997) s. 332

⁷⁵ Sandvik (1966) s. 371

⁷⁶ Sandvik (1966) s. 371

⁷⁷ Se om dette i avhandlingens kapittel 5.2.1 siste avsnitt

5.3 Leverandørens andre valg; Stanse arbeidene eller fortsette arbeidene for å overkomme det endrede forholdet?

Samtidig som leverandøren tar stilling til spørsmålet om varsling, må han ta stilling til om han skal fortsette arbeidene for å overkomme det endrede forholdet eller om han skal stanse de rammede delene av arbeidet og heller gå videre med andre deler av arbeidet som ikke rammes. Sagt på en annen måte må han bestemme seg for om han skal overkomme eller omgå den bristende forutsetningen. Vi fortsetter på eksempelet fra tidligere. Leverandøren kan overkomme problemet ved selv å skaffe nye bolter av tilfredsstillende kvalitet. Alternativt kan han omgå problemet ved å la arbeidet med skjøten vente til spørsmålet er avklart, og heller jobbe videre med andre deler av kontraktsarbeidet. Hvis han varsler selskapet er saken grei. Leverandøren må da avvente selskapets tilbakemelding, siden det som utgangspunkt kun er selskapet som kan vedta utførelsen av endringsarbeider.⁷⁸ Hvis selskapet deretter utsteder endringsordre eller instruerer leverandøren om å forsere hindringen blir spørsmålet ”penset” over i endringssystemet. Annerledes er det hvis leverandøren unnlater å varsle selskapet, eller han varsler selskapet, men de forholder seg passive og ikke svarer på varselet. Leverandøren blir da tvunget til på egen hånd å ta stilling til om han skal vente med arbeidet eller ikke. Dette reiser spørsmålet om leverandøren står fritt til selv å velge om han skal utføre endringsarbeidene eller vente med disse til hans kontraktsplikt er endelig fastlagt.

⁷⁸ Barbo (1997) s. 332

5.3.1 Handlingsplikt på grunnlag av lojalitetsplikten?

Spørsmålet om leverandøren står fritt til å velge om han vil arbeide eller ikke, kan også sees som et spørsmål om leverandøren i noe tilfelle kan være pålagt en særskilt arbeidsplikt i forbindelse med den bristende forutsetningen. Svaret må delvis søkes i kontraktens bestemmelser, delvis i bakgrunnsretten. Utgangspunktet er klart. En kontraktsforpliktelse som rammes av bristende forutsetninger bortfaller. Det samme gjelder naturligvis også de arbeidsforpliktelsene som står i sammenheng med kontraktsforpliktelsen. Spørsmålet blir derfor om det finnes et annet rettslig grunnlag som pålegger leverandøren en handlingsplikt. Etter kontraktens art. 4.2 skal leverandøren "ta godt vare på" kontraktsgjenstanden. Bestemmelsen kan sees som et uttrykk for leverandørens mer generelle ulovfestede lojalitetsplikt. Hvis det underveis i kontraktstiden oppstår en situasjon hvor det kan være fare for skade på eller ødeleggelse av kontraktsgjenstanden, er altså leverandøren forpliktet etter kontrakten til å foreta tiltak for å unngå skadevirkninger på kontraktsgjenstanden. Et eksempel kan være tildekking eller sikring av gjenstander som oppbevares utendørs, for å forhindre skade som følge av vær og vind.

Uavhengig av kontraktens regulering følger en slik tapsbegrensningsplikt mellom partene av det ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet. Lojalitetsprinsippet bygger på rimelighetsbetraktningen at partene i et kontraktsforhold bør opptre slik at de unngår skadevirkninger for den annen part så langt det lar seg gjøre. Av dette følger det at partenes lojalitetsplikt begrenser seg til å iverksette de tiltak som er praktisk mulige. Er det umulig å unngå skadevirkningen, kan leverandøren ikke bebreides for å ha unnlatt å ha handlet. Det samme må rimeligvis være tilfellet hvor leverandøren har iverksatt velvalgte tiltak i tide,

men omstendighetene gjør det slik at tiltakene ikke var tilstrekkelige til å overvinne faremomentene.

Det kan tenkes situasjoner hvor leverandøren ikke har tid eller mulighet til å varsle selskapet fordi det haster med å foreta nødvendige tiltak. Utgangspunktet er som alltid at det kun er selskapet som kan vedta endringer i kontraktspliktene.⁷⁹ Spørsmålet blir derfor om leverandøren på noe grunnlag kan få rett eller plikt til å gripe inn i og benytte seg av selskapet eksklusive rett til å vedta endringer i arbeidet. Det er helt klart at leverandøren bare kan ha en slik adgang i de tilfeller hvor selskapet ikke selv er i stand til å ta en avgjørelse. Partene i petroleumskontraktene er så profesjonelle og arbeider så tett under hele kontraktstiden at det skal mye til for at en slik situasjon oppstår. Det er allikevel mulig å tenke seg situasjoner der tiden er så om å gjøre at det ikke er mulig å innhente samtykke fra selskapet. At selskapet unnlater å svare på henvendelsen er heller ikke utenkelig da det ofte er så omfattende kommunikasjon mellom partene at en henvendelse lett kan ”drukne” i den store strømmen av informasjon. Kontraktene regulerer ikke spørsmålet om leverandørens intervensjonsrett utenfor de tilfellene som omfattes av art. 4.2. Ved fare for skade på mannskaper, forurensning eller annen skade, kan en slik intervensjonsrett sees som en konsekvens av lov- eller forskriftspålagte plikter og den erstatningsrettslige culpanormen. Leverandøren kan ikke komme fri fra slikt ansvar ved å henvise til selskapets eksklusive endringskompetanse, derfor er det også naturlig at leverandøren her vil stå fritt til å treffe de nødvendige tiltak for å avverge fare. Om det er leverandøren eller selskapet

⁷⁹ Barbo (1997) s. 340

som ville blitt stående ansvarlig for en eventuell skade kan ikke få betydning for intervensjonsadgangen.⁸⁰ I de tilfellene hvor selskapet står i fare for å lide tap, vil leverandøren også i slike tilfeller ha en intervensjonsplikt som følge av den alminnelige lojalitetsplikten. Brudd på en slik intervensjonsplikt vil kunne pådra leverandøren erstatningsansvar som følge av kontraktsmislighold.⁸¹ Skulle situasjonen være slik at leverandøren ikke har plikt til å intervensjonere på selskapets vegne, vil han heller ikke kunne ha en rett til å gjøre det. Utgangspunktet er at selskapet har endringskompetansen, og er det ikke behov for å pålegge leverandøren plikt til å gripe inn, kan det heller ikke være behov for å innvilge leverandøren intervensjonsrett.⁸²

Det kan også stilles spørsmål ved om leverandøren i noen tilfeller kan ha plikt til å handle på tvers av en instruks eller en endringsordre han mottar fra selskapet. Hvis leverandøren varsler og selskapet instruerer ham om ikke å iverksette tiltak, er leverandøren i utgangspunktet bundet av instruksene. I noen tilfeller kan det allikevel være behov for å gi leverandøren rett til å handle på tvers av selskapets pålegg. Et slikt tilfelle er der leverandøren frykter at det skal oppstå skade på person.⁸³ Leverandøren må da ha adgang til å på tross av selskapets instruks, iverksette tiltak for å unngå fare for menneskers liv og helse. Det samme må være tilfelle hvis selskapets pålegg strider mot lov eller forskrift. Ved fare for tingsskade blir situasjonen mer usikker. Er det snakk om fare for skade på selskapets eiendeler må selskapet anses å være enerådende når det gjelder å vurdere hvilke

⁸⁰ Barbo (1997) s. 346

⁸¹ Barbo (1997) s. 348

⁸² Barbo (1997) s. 348

⁸³ Barbo (1997) s. 350, som henviser videre til Sandvik.

økonomisk risiko det utsetter seg selv for. Er det derimot fare for skade på andres eiendom, blir spørsmålet mer tvilsomt. I følge Barbo bør leverandøren ha stor valgfrihet til å iverksette tiltak, forutsatt at beslutningen om å handle bygger på en fornuftig avveining mellom kostnadene ved tiltaket og den potensielle skaden ved ikke å handle.⁸⁴ Han henviser imidlertid til Sandvik, som er mer restriktiv. Løsningen må anses for noe usikker, da en eventuell rett for leverandøren vil være stå i sterk kontrast til hovedregelen om selskapets eksklusive endringskompetanse.

Hvis leverandøren intervenserer på selskapets vegne, har han plikt til å varsle selskapet om inngrepet i selskapets endringsrett. Dette fordi selskapet har behov for både å få vite hvilke arbeider som er blitt utført og at det kan vente seg krav på dekning av tilleggsutgifter fra leverandøren. Leverandørens varsling må her sees som en selvstendig handlingsplikt.⁸⁵ I relasjon til art. 16 må leverandørens intervensjonsplikt sees som et fiktivt pålegg fra selskapet til leverandøren, jf. art. 16.1.⁸⁶ Leverandørens krav på dekning av tilleggsutgifter er derfor avhengig av at han utsteder et endringsordrekrav ”uten ugrunnet opphold”. I dette særtilfellet strekker fristen seg altså til etter at intervensjonstiltakene er utført, men Barbo åpner for muligheten at det i disse tilfellene er nødvendig med en kortere frist som pålegger leverandøren å ”snarest mulig” utstede endringsordrekrav.⁸⁷ Uansett må endringsordrekravet anses å oppfylle leverandørens selvstendige varslingsplikt.

⁸⁴ Barbo (1997) s. 350-351

⁸⁵ Barbo (1997) s. 353

⁸⁶ Barbo (1997) s. 354

⁸⁷ Barbo (1997) s. 354

6 Oppsummering og avslutning

Vi har sett at utgangspunktet for behandlingen av bristende forutsetninger er klarlegging av partenes kontraktsforpliktelser. Partenes forpliktelser og fordelingen av risikoen for disse forpliktelsene må søkes gjennom tolkning av kontraktsgrunnlaget. Deretter så vi på oppbygningen av kontraktens endringssystem og hvordan partenes handlingsmønster får konsekvenser for bruken av reglene i endringssystemet. Jeg redegjorde så for forutsetningslæren som grunnlag for modifisering av partenes forpliktelser og risiko. Vi så at forutsetningen for å løse slike spørsmål i kontraktens endringssystem er at partenes handlingsvalg ”penser” behandlingen av den bristende forutsetningen over i endringssystemets regler.

Avhandlingen viser at de aller fleste tilfeller av bristende forutsetninger blir å behandle gjennom reglene i kontraktens endringssystem. En slik løsning har da også gode grunner for seg. Endringssystemets mekanismer for behandling av endringer er godt kjent for partene, og brukes til kontraktsadministrasjon gjennom hele kontraktsperioden. Når det oppstår en situasjon som ikke reguleres av kontraktene, er det derfor en fordel at partene kan benytte seg av vante virkemidler for å løse problemet. Det viktigste motivet for å innføre endringssystemet – behovet for justering av kontrakten underveis i kontraktstiden – passer da også like godt på de behovene for endring som oppstår ved bristende forutsetninger.

I de tilfellene hvor det endrede forholdet blir ”penset” over i endringssystemet er den videre behandlingen av spørsmålet grei. Endringssystemet gir da klare og gode

retningslinjer for hvordan den bristende forutsetningen materielt og prosessuelt skal behandles. Den mest grunnleggende forutsetningen for at partene skal kunne ”penses” inn i endringssystemet er at den bristende forutsetningen blir gjort kjent for partene når den oppstår. Her er leverandørens varslingsplikt sentral i å sørge for at selskapet blir oppmerksomt på forutsetningsbristen. I de få tilfellene hvor leverandøren ikke har varslingsplikt, må det bli opp til leverandøren om han velger å søke behandling av den bristende forutsetningen i endringssystemets regler eller ikke. Noe av det samme blir tilfellet i de situasjonene hvor selskapet velger å opptre fullstendig passivt. Nekter selskapet å respondere på leverandørens varsel fratrar selskapet leverandøren mulighet til å utstede endringsordrekrav, og behandlingen av den bristende forutsetningen blir holdt utenfor endringssystemet. Skulle det oppstå situasjoner hvor selskapet påberoper seg bristende forutsetninger for sin egen realytelse, må spørsmålet søkes løst utenfor kontraktens endringssystem. Dette kommer av at endringssystemet kun er laget for å behandle leverandørens krav om endringer. En slik omvendt bruk av endringssystemet for selskapets endringskrav lar seg ikke gjøre, og det er vanskelig å se for seg innføring av et eget alternativt endringssystem for slike spesielle situasjoner. I de tilfellene som ikke ”penses” inn i kontraktens endringssystem, er partene overlatt til seg selv når det gjelder å komme fram til en minnelig løsning. Om dette ikke skulle være mulig må partene i kontrakter som bygger på NF’07 søke uenigheten løst ved sivilt søksmål jf. art. 37.2 med mindre partene avtaler noe annet. Partene i kontrakter som bygger på NTK’07 må søke tvisten løst ved voldgift jf. kontraktens art. 38.2, med mindre annet avtales mellom partene.

Målet for arbeidet med avhandlingen har som kjent vært å redegjøre for behandlingen av bristende forutsetninger i kontraktsforhold som baseres på standardkontraktene NF '07 og NTK '07. Det at problemstillingen er lite behandlet både i juridisk teori og praksis har gjort det både utfordrende og spennende å finne kilder for god belysning av de ulike spørsmålene som avhandlingen reiser. Mine to hovedkilder foruten kontraktene har vært bøkene til Barbo og Kaasen. De fremstiller emnet på ulike måter. Barbo fokuserer som nevnt mest på det teoretiske rettslige grunnlaget når han redegjør for problemstillingen. Kaasen har en mer praktisk, men teoretisk mindre dyptpløyende tilnærming til de samme spørsmålene. Dette er jo også naturlig, all den tid Kaasens bok behandler alle sider ved standardkontraktene, mens Barbos doktoravhandling er en vitenskapelig fordypning i en mer begrenset problemstilling. Innenfor rammene av min avhandling har jeg søkt å gi en utfyllende redegjørelse for både den teoretiske bakgrunnen for og de praktiske sidene ved avhandlingens problemstilling. Om jeg har lykket med dette, skylder jeg en stor takk til de som har hjulpet med underveis i arbeidet med avhandlingen. Mor og far for korrekturlesing, kolleger og medstudenter for utfordrende meningsutvekslinger og oppmuntrende ord på veien, og sist men ikke minst en stor takk til veileder for tålmodig og inspirerende oppfølging.

7 Begrepsforklaring

”VO” – Variation Order – Endringsordre

Begrepet "Endringsordre" er definert i kontraktens art. 1.5 som en "... instruks om endring av Arbeidet utstedt i henhold til art. 14.". Hjemmelen for selskapets instruksjonsrett er art. 12. Art. 14.1 bestemmer at alle endringer skal foretas ved hjelp av endringsordre. Art. 14.2 gir nærmere formkrav for endringsordre.

"VOR" – Variation Order Request – Endringsordrekrav

Begrepet "Endringsordrekrav" er definert i kontraktens art. 1.6 som et "... krav fremsatt av Leverandøren i henhold til art. 16.1.".

"DVO" – Disputed Variation Order – Omtvistet endringsordre

Begrepet "Omtvistet endringsordre" er definert i kontraktens art. 1.19 som en "endringsordre som er utstedt etter art. 16.2.".

8 Litteraturliste

8.1 Standardkontraktene

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007 (NF '07)

Norsk Totalkontrakt 2007 (NTK '07)

Link til kontraktene på nett: http://www.norskindustri.no/kontrakter_olje_og_gass/

8.2 Bøker

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

Byggebransjens faglige juridiske råd i Bergen *Uttalelser i byggesaker I (1977-1987)*, redigert av Kai Krüger. Oslo, 1987.

Byggebransjens faglige juridiske råd i Bergen *Uttalelser i byggesaker II (1987-1996)*, redigert av Kai Krüger. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett*. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.

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

Universitetsforlaget, 2006.

Mestad, Ola *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Oslo, 1991.

Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.

Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

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

8.3 Artikler

Bech, Arne *Entreprisekontrakter – risiko og ansvar*. Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962

Borchsenius, Fredrik Charlo *Marius nr. 172 Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987 – en kommentar*. Oslo, 1989.

Krokeide, Kjetil ”Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold” Artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1997 s. 569-649.

8.4 Lover

Avtaleloven av 1918, 31. mai nr. 4

Kjøpsloven av 1988, 13. mai nr. 27

Håndverkertjenesteloven av 1989, 16. juni nr. 63

8.5 Dommer og voldgiftsavgjørelser

Rt. 1898 s. 277

LF-1992-306

Rt. 1999 s. 922 ”Salhus flytebru”

RG. 1992 s. 742

”Peconor-dommen”, utrykt voldgiftsdom av 26. januar 1993.