

Fordeling av prosjekteringsrisiko ved sammensatte totalentrepriser

Med særlig vekt på hvem som har risikoen for det
prosjekteringsmaterialet byggherren har utarbeidet

Kandidatnr: 274

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 17307 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	TEMA	1
1.2	RETTSKILDESITUASJONEN	2
1.2.1	STANDARDAVTALER	2
1.2.2	RETTSPRAKSIS OG VOLDGIFTSPRAKSIS	3
1.2.3	REELLE HENSYN	3
1.3	OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	3
2	<u>NÆRMERE OM RISIKOBEGREPET</u>	4
2.1	VEDERLAGS – OG OPPFYLLELSESRISIKO	4
2.2	FORDELING AV VEDERLAGSRISIKO ETTER PARTENES FUNKSJONSFORDELING	7
2.3	BRUK AV BEGREPENE ”RISIKO” OG ”ANSVAR”	8
3	<u>RISIKOFORDELING ETTER NS 3431 FOR DET PROSJEKTERINGSMATERIALET BYGGHERREN HAR UTARBEIDET</u>	8
3.1	INNLEDNING	8
3.2	HOVEDREGEL ETTER NS 3431 VED SAMMENSATTE TOTALENTREPRISER	9
3.2.1	FUNKSJONSFORDELINGSPRINSIPPET	9
3.2.2	RISIKO SOM BYGGHERREN HAR ETTER NS 3431	9
3.2.3	KAN BYGGHERRENS INTENSJON FORSKYVE RISIKOFORDELINGEN?	11
3.3	BEGRENSET RISIKOOVERFØRING I FORM AV UNDERSØKELSES - OG VARSLINGSPLIKT FOR TOTALENTREPRENØREN	14
3.3.1	INNLEDNING	14
3.3.2	TOTALENTREPRENØRENS UNDERSØKELSES - OG VARSLINGSPLIKT ETTER PKT. 9.6 FOR DE DOKUMENTER BYGGHERREN LEVERER ETTER KONTRAKTSINNGÅELEN	15
3.3.3	TOTALENTREPRENØRENS UNDERSØKELSE - OG VARSLINGSPLIKT FOR DET PROSJEKTERINGSMATERIALET BYGGHERREN LEVERER FØR KONTRAKTSINNGÅELEN	20

3.3.4	TOTALENTREPRENØRENS PLIKT TIL Å UNDERSØKE KVALITETEN PÅ LØSNINGER FORESKREVET AV BYGGHERREN ETTER PKT. 9.7	24
4	<u>RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER</u>	27
4.1	INNLEDNING	27
4.2	ADGANGEN TIL Å INNGÅ RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER	28
4.3	VEDTAKELSESPØRSMÅLET	30
4.4	SPØRSMÅLET OM INNSKRENKENDE TOLKNING AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER	32
4.4.1	PROBLEMSTILLING	32
4.4.2	DEN GENERELLE HOLDNINGEN TIL RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER	32
4.4.3	KONKRETE GRUNNLAG FOR EN RESTRIKTIV TOLKNING FOR RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER I SAMMENSATTE TOTALENTREPRISER	39
4.4.4	HVILKEN KONSEKVENNS FÅR DET AT EN RISIKOOVERFØRINGSKLAUSUL TOLKES RESTRIKTIVT?	46
4.5	HVILKE DELER AV BYGGHERRENS MATERIALE OMFATTES AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULENE?	47
4.5.1	BYGGHERRENS MATERIALE SOM LEVERES FØR KONTRAKTSINNGÅELSE	47
4.5.2	BYGGHERRENS ETTERFØLGENDE PÅVIRKNING PÅ PROSJEKTERINGEN	49
4.6	RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULERS BETYDNING FOR DE ULIKE RISIKOTYPER	52
4.6.1	GENERELT	52
4.6.2	FØRHOLD I GRUNNEN	52
4.6.3	FEIL OG SVAKHETER I PROSJEKTERINGSMATERIALET	53
4.6.4	UHELDIG VALG AV LØSNINGER	54
4.6.5	UTVIKLINGSRISIKOEN	55
4.7	TID FOR UNDERSØKELSE AV PROSJEKTERINGSMATERIALE FØR OVERTAKELSE AV RISIKO	57
5	<u>KILDEREGISTER</u>	59
5.1	LITTERATUR	59
5.2	RETTSPRAKSIS	59
5.3	LOVER OG STANDARDAVTALER	60

1 Innledning

1.1 Tema

Ved klassisk totalentreprise, slik vi blant annet finner den i NS 3431 - Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser – har totalentreprenøren påtatt seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen, jf. pkt. 1. Han har følgelig den kontraktsrettslige risiko for prosjekteringsmaterialet, jf. pkt. 9.8 og 9.9.

Jeg vil i denne avhandlingen forlate dette utgangspunktet og se nærmere på såkalte sammensatte totalentrepriser. Uttrykket **sammensatt totalentreprise** brukes om de kontrakter som er en sammenblanding av klassisk totalentreprise og utførelsesentreprise (NS 8405), det vil si at partene har avtalt at NS 3431 skal gjelde selv om byggherren har prosjektert hele eller deler av bygget/ anlegget.

Ved inngåelse av sammensatte totalentrepriser avtales ikke sjelden særskilte risikooverføringsklausuler. Det er de klausulene som overfører risikoen for det prosjekteringsmaterialet byggherren har utført som er av interesse for denne avhandlingen.

Siktemålet med avhandlingen er å redegjøre for fordelingen av vederlagsrisikoen mellom partene for den delen av prosjekteringen byggherren har utarbeidet. Jeg vil både se på risikofordeling i forhold til hva som følger av NS 3431, og hvordan risikofordelingen blir når det er avtalt særskilte risikooverføringsklausuler. Dette innebærer at oppfyllelsesrisiko ikke vil bli nærmere behandlet, med den følge at ansvarsspørsmål og de ulike mangelsbeføyelser holdes utenfor.

Avhandlingen avgrenses videre mot kontrakter om oppføring av ny bolig der byggherren er forbruker. Denne typen kontrakter reguleres av lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad mm. av 13. juni 1997 nr. 43 (heretter: bustoppfl.). Andre forbrukerentrepriser faller også utenfor. Det vil si at forbrukerhensyn generelt ikke drøftes.

Bevissspørsmål er et svært viktig tema innenfor entrepriseretten da faglige og tekniske vurderinger og bevisføring her kan være vanskelige. En vurdering av dette ville gå utover avhandlingens omfang, og vil derfor ikke bli behandlet nærmere. Det samme gjelder andre prosessuelle problemstillinger.

Avhandlingen omhandler bare entrepisekontrakter for bygg og anlegg. Offshorekontrakter og andre entrepisekontrakter vil ikke bli behandlet. Drøftelsen vil likevel til en viss grad ha overføringsverdi på denne typen kontrakter.

1.2 Rettskildesituasjonen

1.2.1 Standardavtaler

Jeg vil i denne oppgaven bruke tradisjonell rettskildelære og metode, men visse særegenheter i entrepriseretten gjør seg gjeldende i vurderingen:

Det eksisterer ikke noe lovverk som konkret regulerer entrepriserettslige spørsmål utenfor forbrukerforhold. Følgelig eksisterer det heller ikke forarbeider. Entrepriseretten har lang tradisjon for å være regulert av standardavtaler. Disse har derfor stor betydning på området. En standardavtale må avtales for å gjelde mellom partene. En henvisning eller referanse vil normalt være tilstrekkelig. Standardavtalene bygger til dels på grunnleggende prinsipper i entrepriseretten og vil derfor være av betydning uavhengig av om de er avtalt å skulle gjelde eller ikke, jf. Rt. 1967 s. 1248. Videre inneholder standardavtalen bestemmelser som entreprenørsiden og byggherresiden er kommet fram til gjennom forhandlinger.

I denne avhandlingen er utgangspunktet at partene har avtalt at NS 3431 skal legges til grunn for kontrakten. NS 3431 er fremforhandlet i regi av Norges Byggstandardiseringsråd, nå: Standard Norge, som er faglig ansvarlig for standardavtalens innhold. Standard Norge er delvis finansiert av det offentlige, hvilket taler for at den er en upartisk instans. Standardavtalen er utarbeidet i en komité sammensatt av representanter fra både byggherresiden og entreprenørsiden. Dette skulle tilsi at begge parters interesser ivaretas slik at standardavtalens klausuler inneholder en rimelig avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende.

Det vil på nyåret bli satt i gang arbeid med å revidere NS 3431, etter at arbeidet med ny standard innefor utførelsesentreprise (NS 8405) er fullført. Ettersom det er usikkert når ny standardavtale for totalentreprise er ferdig, forholder jeg meg til NS 3431 slik den nå foreligger.

Ettersom avhandlingen omhandler avtaler mellom profesjonelle parter vil en etablert bransjepraksis i bruken av NS 3431 gi relevante tolkningsmomenter.

1.2.2 Rettspraksis og voldgiftspraksis

Innenfor avhandlingens problemstilling er det sparsommelig med Høyesterettspraksis som konkret sier noen om de spørsmål som stilles. Høyesterettspraksis fra andre områder av avtaleretten vil derfor være tungtveiende i den grad de kan ha en overføringsverdi. Videre vil mangel av Høyesterettspraksis tilsi at lagmannsrettspraksis får større betydning, ettersom sakene aldri er blitt prøvd for høyere instans. Det foreligger noen lagmannsrettsdommer på området som jeg vil se nærmere på.

Det foreligger videre en omfattende voldgiftspraksis¹ innenfor entrepriseretten. Problemet med disse dommene er at de ofte er unndratt offentligheten og dermed er det svært varierende i hvilken grad de publiseres. Manglende tilgjengelighet gjør det vanskelig å danne seg et helhetlig og korrekt bilde av hvilke entrepriserettslige regler som kan trekkes ut fra voldgiftspraksis. Av den grunn vil voldgiftspraksis måtte brukes med forsiktighet.

1.2.3 Reelle hensyn

Ettersom det er få tradisjonelle rettskilder på området vil reelle hensyn være av stor betydning. Slik rimelighetsvurdering vil derfor få en framtrekkende plass i de ulike drøftelsene.

1.3 Oversikt over den videre fremstillingen

Under punkt 2 vil jeg se nærmere på risikobegrepet, ettersom en redegjørelse for dette begrepet er essensielt for den videre drøftelsen.

¹ Obligasjonsretten fra 2002 av Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke (heretter: Hagstrøm 2002) s. 53 flg.

Hoveddelen av oppgaven starter under punkt 3. Her vil risikofordelingen for byggherrens utarbeidede prosjekteringsmateriale bli vurdert opp mot de alminnelige kontraktsbestemmelsene i NS 3431. Det tas utgangspunkt i at partene har avtalt å legge NS 3431 til grunn, uten ytterligere tilpasninger eller avvik.

I punkt 4 vil jeg behandle bruken av risikooverføringsklausuler, hvor totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens utarbeidede prosjekteringsmateriale. Slike avtaleklausuler er svært utbredt i sammensatte totalentrepriser, og det er behov for en redegjørelse for bruken av disse.

2 Nærmere om risikobegrepet

2.1 Vederlags – og oppfyllelserisiko

Risikobegrepet² kan deles opp i oppfyllelserisiko og vederlagsrisiko.

Med **oppfyllelserisiko** menes plikten til å oppfylle sin kontraktsytelse uansett hvilke hindringer som oppstår. Dersom man ikke oppfyller sin forpliktelse, risikerer man sanksjoner i form av dagmulkt eller erstatning. Det er derimot vederlagsrisikoen som skal drøftes videre i denne fremstillingen.

I følge Barbo³ kan spørsmålet om **vederlagsrisiko** formuleres på to måter. Enten kan man spørre om hvilke forhold som fører til at kreditor mister sitt krav på det avtalte vederlag, eller om hvilke betingelser som må oppfylles for at vederlaget skal opptjenes.

Dette betyr at dersom totalentreprenøren har risikoen for forholdet, vil manglende overvinnelse av feil eller hindringer enten føre til forsinkelse/ - ikke oppfyllelse, eller til at bygget leveres mangelfullt. I begge tilfeller vil det foreligge et mislighold av kontrakten. Konsekvensen vil være at han ikke oppnår krav på hele vederlaget som

² Se Hagstrøm 2002 s. 40.

³ Kontraktsomlegging i entrepriserforhold fra 1997 av Jan Einar Barbo (heretter: Barbo 1997) s. 295 flg.

avtalt. Totalentreprenøren må med andre ord overvinne de feil eller hindringer som oppstår for egen regning. Han må levere sin ytelse kontraktmessig, selv om det betyr at oppfyllelsen av oppdraget blir dyrere enn forutsatt.

Har derimot byggherren risikoen, vil ikke manglende oppfyllelse fra totalentreprenøren føre til at det foreligger mislighold av kontrakten. Totalentreprenøren får da enten krav på fristforlengelse slik at han ikke kommer i forsinkelse, eller det foreligger ingen mangel ettersom årsaken til oppfyllelssvikten skyldes forhold byggherren har risikoen for.

Mest praktisk er det at totalentreprenøren sørger for at kontrakten blir oppfylt til tross for at han ikke har risikoen for det forhold som har oppstått. Han får da krav på tilleggsvederlag for den merutgift utbedring av feilen eller overvinnelse av hindringen har medført. Slik mottar byggherren en fullverdig ytelse, og det vil som oftest være det mest hensiktsmessige.

Barbo⁴ mener derimot at vederlagsrisikoen ikke kan benyttes til å begrunne at entreprenøren har krav på økt vederlag. Å fastlegge hvem som har vederlagsrisikoen for de ulike forhold, er å avklare hva som faller innefor partenes kontraktsforpliktelse.

Barbo forklarer dette nærmere ved å illustrere forholdet med to konsentriske sirkler. Den innerste sirkelen symboliserer grensene for entreprenørens kontraktsforpliktelse i forhold til det avtalte vederlag. Denne grensen må fastlegges ved tolkning/ utfylling av kontrakten, eller ved at kontraktsforpliktelsene modifiseres på grunnlag av avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Den ytterste sirkel symboliserer grensene for de forpliktelser som ligger utenfor det arbeidet han plikter å utføre etter det opprinnelige avtalte vederlag, men som kan aktualiseres under det samme kontraktsforhold. Det vil typisk være byggherrens rett til å pålegge tilleggsarbeider ved å gi endringsordre, jf. NS 3431 pkt. 33.

At entreprenøren har risikoen innebærer etter dette at det arbeidet han må utføre for å overvinne feilen/ hindringen er en del av den forpliktelse som følger av kontrakten. Det

⁴ Barbo 1997 s. 295 flg.

handler om å fastlegge betingelsene for vederlagsopptjening. Motsetningsvis plikter ikke entreprenøren automatisk å overvinne konsekvensene av de feil eller hindringer som har oppstått, når det er et forhold som faller inn under byggherrens risiko. Plikten til å overvinne hindringen må følge av annet grunnlag, som også gir rett på tilleggsvederlag.

Retten til tilleggsvederlag avgjøres dermed ikke bare på bakgrunn av hvem som har vederlagsrisikoen, men må også begrunnes i annet rettslig grunnlag. Et slikt rettslig grunnlag følger av sedvanerett som til dels er kodifisert i NS 3431. Som oftest vil situasjonen være slik at totalentreprenøren har en plikt eller pålegges en plikt til å fullføre oppdraget, selv om byggherren har risikoen for forholdet. Entreprenørens arbeidsplikt står sterkt. Han må da utføre det merarbeid som kreves for å kunne levere den forventede ytelse. De merutgifter dette medfører kan kreves dekket ved krav om tilleggsvederlag, jf. blant annet NS 3431 pkt. 26.

Sandvik⁵ har en annen tilnærming til bruken av uttrykket vederlagsrisiko. Han fastslår som følger at:

”hvis entreprenøren kan kreve fullt vederlag for et bygg eller anlegg som ikke svarer til kontraktens krav, kan en ikke med rimelighet si at han bare skal ha det samme beløp dersom han utfører det merarbeid som må til for at kontraktens krav til bygget eller anlegget skal være oppfylt”.

I praksis er det ofte et spørsmål om retten til tilleggsvederlag. Sandvik mener derfor at risikospørsmålet må bli avgjørende for om entreprenøren kan kreve tilleggsvederlag. Barbo mener på sin side at dette er en klar utvidelse av vederlagsrisikobegrepet, og at denne utvidelsen er uheldig.

Jeg er til dels enig med Barbo sin tolkning av uttrykket. Retten til tilleggsvederlag har grunnlag i entrepriserettslig sedvanerett, og følger ikke direkte av risikofordelingen. Sedvaneretten på dette området er stadfestet i NS 3431 som regulerer når totalentreprenøren har krav på fristforlengelse og krav på tilleggsvederlag for dekning

⁵ Entreprenørrisikoen fra 1966 av Tore Sandvik (heretter: Sandvik 1966) s. 107.

av merutgifter. Dette taler for at det kan bli noe unyansert å la risikospørsmålet alene gjelde både for retten til vederlag etter kontrakten, og retten til tilleggsvederlag. Barbo hevder videre at en slik fortolking ikke gir en tilstrekkelig rettslig forklaring på grunnlaget for kravet, noe jeg er enig i. Det er også enklere for tanken å forholde risikospørsmålet til risikoen for vederlag, og la annet grunnlag regulere risikoen for tilleggsvederlag.

Ettersom det i praksis er et spørsmål om retten til fristforlengelse og retten til dekning av merutgifter, vil jeg i denne avhandlingen ikke holde risikoen for tilleggsvederlag utenfor spørsmålet om hvem som har vederlagsrisikoen. Dersom totalentreprenøren har risikoen vil han som oftest måtte overvinne hindringene uten å kunne kreve dekning av merutgifter. Motsetningsvis må totalentreprenøren pga. arbeidsplikten fortsatt måtte overvinne hindringen hvis det er byggherren som har risikoen, men det blir da et spørsmål om retten til tilleggsvederlag. Jeg tar derfor et forbehold om at totalentreprenøren har plikt til å overvinne hindringen når det ikke er han som har risikoen, og at det i så fall medfører et berettiget krav om tilleggsvederlag. Når jeg behandler spørsmålet om hvem som har vederlagsrisiko, vil derfor begge disse forhold behandles under ett. Jeg ser ingen grunn til å skille mellom retten til kontraktsvederlag, og retten til tilleggsvederlag, men det er viktig å være bevisst på forskjellen.

2.2 Fordeling av vederlagsrisiko etter partenes funksjonsfordeling

I entrepriseretten er det nær sammenheng mellom partenes avtalte funksjonsfordeling og fordeling av vederlagsrisiko, heretter funksjonsfordelingsprinsippet. Den enkelte har i utgangspunktet risikoen for den delen av arbeidet han etter avtalen skal utføre. Dette illustreres godt i forhold til prosjektering. Dersom det er feil i det prosjekterte materialet, har den som har utarbeidet prosjektet også risikoen for de konsekvenser denne feilen fører med seg i utførelsen av byggearbeidet. Funksjonsfordelingsprinsippet ble allerede fastslått i Rt. 1917 s 673 (Pæledommen), og er senere blitt videreført både i rettspraksis og juridisk litteratur, se blant annet Entreprenørrisikoen⁶ s. 243:

”At risikofordelingen skal rette seg etter funksjonsfordelingen anser en i praksis som noe selvsagt, som et utslag av `alminnelige rettsgrunnsetninger”.

⁶ Sandvik 1966 s. 243.

Avtalepartene vil ikke bare ha risikoen for sitt eget arbeid, men også for det arbeidet som utføres av deres kontraktsmedhjelpere. Dette følger naturlig av at partene har risikoen for sine valg av medhjelpere, jf. NS 3431 pkt. 16.1 og Rt. 1978 s.1157.

2.3 Bruk av begrepene "risiko" og "ansvar"

Begrepene "risiko" og "ansvar" er ikke entydig brukt i de ulike entreprisekontrakter, men betydningen følger ofte av begrepets kontekst. Den naturlige forståelsen av ansvarsbegrepet er knyttet til erstatningsansvar. Med "risiko" siktes det, som nevnt over, først og fremst til vederlags - og oppfylleelsesrisiko. Ettersom uttrykkene risiko og ansvar brukes noe om hverandre, ofte i betydningen risiko, må man likevel tolke hva de innholdsmessig betyr ut i fra konteksten de står i.

3 Risikofordeling etter NS 3431 for det prosjekteringsmaterialet byggherren har utarbeidet

3.1 Innledning

Som nevnt ovenfor er det i entrepriseretten et grunnleggende prinsipp at risikofordelingen følger den avtalte funksjonsfordeling mellom partene. I klassisk totalentreprise betyr det at byggherren har risikoen for det materialet han overleverer til totalentreprenører. Dette gjelder for eksempel for den informasjon han gir om grunnforholdene, jf. NS 3431 pkt. 8.2.1, eller all annen informasjon som følger av de dokumenter som byggherren har levert, jf. NS 3431 pkt. 9.9. Motsetningsvis har totalentreprenøren risikoen for den prosjekteringen og det arbeidet han utfører, jf. blant annet NS 3431 pkt. 9.8.

Fordeling av risiko etter den avtalte funksjonsfordeling mellom partene er ikke nødvendigvis det mest hensiktsmessige for kontrakter om sammensatt totalentreprise. Når det er inngått en avtale etter NS 3431 og partene har valgt å kalle kontraktsforholdet totalentreprise, leder det tanken mot at det er totalentreprenøren som har all prosjekteringsrisiko. Grunnen til at NS 3431 velges som kontraktstype kan i blant være

at byggherren ikke ønsker den risikoen som følger av NS 8405 / utførelsesentreprise. Byggherren ønsker i mange tilfeller ikke å ha risikoen for sitt eget arbeid. Det er her risikooverføringsklausuler kommer inn, noe jeg vil komme tilbake til senere. Nedenfor forutsettes at NS 3431 alene er avtalt å gjelde, og det er risikoforholdet mellom partene etter denne standardavtalen som skal drøftes.

3.2 Hovedregel etter NS 3431 ved sammensatte totalentrepriser

3.2.1 Funksjonsfordelingsprinsippet

Rådgivning og prosjektering er først og fremst regulert i NS 3431 kap. 9, herunder risikofordeling for prosjekteringsmateriale. De punktene som er relevante for denne fremstillingen er pkt. 9.6 flg.

Byggherren bærer risikoen for det materialet han overleverer til totalentreprenøren, uavhengig av om han selv eller andre har utført arbeidet, jf. pkt. 9.9. Det er også uttrykkelig slått fast i pkt. 9.8 at totalentreprenøren ikke svarer for feil i tegninger og dokumenter som er levert av byggherren. Videre har han ikke ansvar for anvendeligheten av løsninger som byggherren forlanger anvendt, jf. pkt. 9.8 (3).

Punktene 9.8 og 9.9 gjelder uavhengig av om byggherren har utført mindre eller større deler av prosjekteringen. Når partene ikke har avtalt noen annen risikofordeling enn det som følger av NS 3431, taler dette klart nok for at risikofordelingen følger den avtalte funksjonsfordeling i kontrakter om sammensatt totalentreprise, jf. drøftelsen nedenfor i pkt. 3.2.3.

3.2.2 Risiko som byggherren har etter NS 3431

Jeg vil her kort redegjøre for hvilke risikotyper som faller inn under byggherrens risikoområde i forhold til de opplysninger og dokumenter han overleverer til totalentreprenøren. De samme punktene vil senere i oppgaven bli vurdert i forhold til risikooverføringsklausuler, jf. pkt. 4.6.

a) Forhold i grunnen

Risiko for grunnforholdene er regulert i NS 3431 pkt. 8.2. Etter pkt. 8.2.1 har byggherren risikoen for de opplysninger om grunnforholdene han gir totalentreprenøren.

For grunnforhold generelt har byggherren etter pkt. 8.2.2 en objektiv risiko. Totalentreprenøren har risiko for forhold i grunnen bare i de tilfeller hvor han ikke kan godtgjøre at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning. Det er altså et krav om uaktsomhet fra totalentreprenøren sin side for at han skal ha risikoen for grunnforholdene.

b) Feil og svakheter i prosjekteringsmaterialet

Med feil og svakheter i prosjekteringsmaterialet mener jeg for eksempel at de løsninger som er valgt ikke lar seg anvende, at det er motstrid mellom tegninger og beskrivelser, eller at tegningene rett og slett ikke er gode nok å utføre oppdraget etter. Et annet forhold kan være at den byggemetoden som er valgt ikke er anvendelig. Slike feil kan føre til en dyrere byggeprosess, forsinkelser i fremdriften, og eventuelt mangler ved det ferdige bygget. Når byggherren har levert prosjekteringsmaterialet vil han ha risikoen for slike feil, jf. NS 3431 pkt. 9.8 (2) og 9.9.

c) Uheldige valg av løsninger

Funksjonskrav, referanseobjekt og andre beskrivelser fra byggherren viser hva oppdraget går ut på, og følgelig hva totalentreprenøren har påtatt seg å yte.

Når byggherren i sin prosjektering har valgt hvilke løsninger som skal benyttes for å oppnå de funksjonskrav som er forutsatt i kontrakten, vil han ha risikoen for at disse løsninger er anvendelige for dette formålet. Lydkrav og isolasjon er praktisk viktige eksempler. Viser det seg for eksempel senere at bygningen ikke oppfyller de lydkrav som var forutsatt i kontrakten, og dette kan vises tilbake til de løsninger byggherren har valgt, så har han risikoen for dette. Bygningen vil ikke ha en mangel, og totalentreprenøren vil ha krav på fullt vederlag etter kontrakten, jf. NS 3431 pkt. 9.8 (3) og 9.9.

d) Utviklingsrisikoen

Med utviklingsrisiko menes risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt fordi den byggtekniske utvikling var mangelfull. Valgt materiale viser seg f. eks. å ikke tåler den belastningen som man trodde etter den kunnskapen man hadde på byggetidspunktet. Forskning og byggteknisk utvikling vil alltid føre til ny kunnskap om bedre byggemetoder.

Det kan være en viss tvil om hvem som har risikoen for slike forhold ved klassisk totalentreprise, jf. nedenfor i pkt. 4.6. I den grad byggherren har utført prosjekteringen, må det likevel være klart at han har risikoen for utviklingsfeil som kan vises tilbake til hans materiale, jf. NS 3431 pkt. 9.8 og 9.9.

3.2.3 Kan byggherrens intensjon forskyve risikofordelingen?

Hvis partene har en annen felles forståelse av kontraktens innhold enn det som følger naturlig av ordlyden i standardavtalen, vil det få betydning. Dette er et grunnleggende prinsipp i avtaleretten, jf. Rt. 1985 s. 498. En slik felles forståelse kan for eksempel vise seg i partenes handlinger før og etter kontraktsinngåelse. Det kan videre ha vært uttrykt muntlig i avtaleprosessen. Dersom det er enighet om en felles forståelse av avtalens innhold, oppstår ikke problemer. Det er først når partene ikke er enige om avtalens innhold at en videre tolkning må foretas.

En slik tolkning er interessant ettersom partene har valgt å legge NS 3431 til grunn for avtalen, til tross for at byggherren har utarbeidet hele eller deler av prosjekteringen. Spørsmålet er da om man må forstå avtalen slik at risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale forskyver seg over på totalentreprenøren, slik at totalentreprenøren har risikoen for prosjekteringsmaterialet som om han hadde utarbeidet det selv.

Grunnlaget for en slik tolkning er at NS 3431 som utgangspunkt regulerer klassisk totalentrepriseforhold hvor totalentreprenøren utfører hele eller vesentlige deler av prosjekteringen, og dermed har risikoen for dette materialet. Når byggherren har utarbeidet hele eller deler av prosjekteringsmaterialet, ville det vært mer naturlig å velge en utførelsesentreprisekontrakt etter NS 8405. Når partene likevel har avtalt en

totalentreprisekontrakt, er det berettiget å spørre om partenes forutsetning har vært at totalentreprenøren skulle ha en større risiko. Dette er likevel et paradoks da partene ved å inngå en avtale etter NS 3431 har avtalt den risikofordeling som følger funksjonsfordelingen, se foran under pkt. 3.2.1 og 3.2.2.

Utgangspunktet er at kontrakter mellom to profesjonelle parter i næring må tolkes objektivt slik at kontraktens ordlyd får en avgjørende betydning. I Rt. 2002 s. 1155 uttalte førstvoterende:

”At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnlighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer. Jeg antar også at det er riktig, som fremholdt av den ankende part, at betydningen av en fortolkning basert på avtalens ordlyd kan være økende. Det forekommer formentlig ofte at tredjeparter må forholde seg til avtalte rettigheter, enten i forbindelse med garanti – og sikkerhetsstillelse eller ved overdragelse, for eksempel av fast eiendom med tilknyttete utleieavtaler. Hensynet til tredjeparter taler for objektiv fortolkning basert på avtalens tekst”.

Denne teksten er gjentatt i Rt. 2003 s. 1132, men her tilføyes:

”Subjektive momenter ved fortolkning kan imidlertid også i næringslivets kontrakter føre til en annen forståelse enn det som følger av kontraktens ordlyd. I de tilfeller det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra en naturlig forståelse av kontrakten, må den omforente forståelse legges til grunn. Det kreves i slike tilfeller relativt klare holdepunkter for at partene har vært enige om en avvikende forståelse”.

At ordlyden i kontrakten er det klare utgangspunkt, er det ikke tvil om. Særlig ved tolkning av standardavtaler blir spørsmålet i hvilken grad andre momenter, som for eksempel formålet med kontrakten, kan rokke ved den objektive forståelsen av ordlyden. I henhold til Rt. 2002 s. 1155 kan det virke som om ordlyden mer eller mindre alene avgjør innholdet i avtalen. Det åpnes ikke for at andre tolkningsmomenter kan

føre til en annen betydning enn det som følger av den naturlige forståelsen av ordlyden. Dette begrunnes med behovet for sikkerhet og forutberegnlighet i forretningslivet, samt hensynet til eventuelle tredjeparter som må forholde seg til avtalen.

I Rt. 2003 s. 1132 slår førstvoterende fast at utgangspunktet for tolkning av kontrakter i næring mellom to profesjonelle parter er objektiv, og at den naturlige forståelsen av kontrakten må legges til grunn. Han åpner i det videre for at subjektive momenter kan føre til en annen forståelse enn det som følger av kontraktens ordlyd, og at denne forståelsen i visse sammenhenger kan gjøres gjeldende. Men det kreves relativt klare holdepunkter for at partene har vært enige om en avvikende forståelse for at det skal kunne legges til grunn for innholdet av avtalen.

Når parten har avtalt at NS 3431 skal gjelde, kan det tilsi at totalentreprenøren var tiltenkt å ha risikoen for prosjekteringsmaterialet som om han hadde utarbeidet det selv, ellers ville de ha valgt en kontrakt etter NS 8405. Hva som framgår av den dialog som har funnet sted mellom partene før og under kontraktsinngåelse, kan i den sammenheng inneholde relevante tolkningsmomenter. Hvis det viser seg av møtereferat og andre dokumenter at intensjonen var at risikoen for det prosjekteringsmaterialet som byggherren har utført skulle ligge hos totalentreprenøren, så kan det være nok til at risikoen faktisk ligger hos totalentreprenøren for dette materialet.

I Rt. 2002 s. 1155 følger det at avtalen skal tolkes på bakgrunn av objektive, tilgjengelige elementer. Det kan finnes dokumenter som viser en annen forståelse enn det som følger av ordlyden i NS 3431, og at disse dokumentene kan anses å være objektive, tilgjengelige elementer. Dette gjelder spesielt der disse dokumentene ligger ved avtalen. For at forståelsen som følger av slike dokumenter skal få avgjørende betydning, må de gi klare holdepunkter for en avvikende forståelse i forhold til det som følger av avtalens ordlyd.

At byggherren har risikoen for det prosjekteringsmaterialet han har utarbeidet følger også av funksjonsfordelingsprinsippet i bakgrunnsretten⁷. Sandvik⁸ mener at dersom

⁷ Rt. 1917 s. 673 Pæledommen

⁸ Sandvik 1966

risikofordelingen skal fravikes radikalt i forhold til det grunnleggende prinsipp om at risikofordelingen følger funksjonsdelingen, må det avtales uttrykkelig. Dette taler for at dersom en annen risikofordeling enn den som følger av NS 3431 skal kunne legges til grunn, må det være tatt inn som en egen bestemmelse i avtalen. En slik tolkning har gode grunner for seg: Å gi totalentreprenøren en større risiko enn det som følger av bestemmelsene i den kontrakten de har inngått, ville være urimelig. Byggherren er en profesjonell aktør og bør kunne ivareta sine egne interesser på en slik måte at den risikofordelingen han ønsker går klart fram av avtalen.

LB 2001 – 03130 Ullevål Stadion – dommen gjaldt et lignende spørsmål. Byggherren mente at det var blitt avtalt en annen ferdigstillelsesgrad enn det som fulgte av NS 3431. Han fikk ikke medhold for dette og lagmannsretten uttalte:

”En avtale med slikt innhold ville innebære et så vesentlig avvik fra den etablerte bransjestandard i NS 3431 og dermed også fra den opprinnelige avtale at det i tilfelle burde ha vært uttrykt langt klarere - noe som kunne ha vært gjort ved en enkel tilføyelse.”

Det som er nevnt over syntes også å være den normale forståelsen i praksis, da det ikke sjelden blir avtalt risikooverføringsklausuler. Uten slike klausuler skal det svært mye til for at totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens prosjekterte materiale. Konklusjonen må derfor bli at som utgangspunkt så må det foreligge klare bestemmelser i avtalen om en annen risikofordeling, for at man skal kunne avvike fra det som følger av NS 3431. Når partene har avtalt at NS 3431 skal legges til grunn, så har de også avtalt den risikofordeling som følger av bestemmelsene i standardavtalen. At byggherrens intensjon med å velge totalentreprise var at han ønsket en annen risikofordeling, er ikke i seg selv nok til å kunne fravike funksjonsfordelingsprinsippet.

3.3 Begrenset risikooverføring i form av undersøkelses - og varslingsplikt for totalentreprenøren

3.3.1 Innledning

Selv om risikoen er klart fordelt, er det åpenbart at partene ikke kan forholde seg passive til feil de oppdager i den andre parts arbeide. Dette følger av den samarbeids –

og opplysningsplikt (lojalitetsplikt) som er grunnleggende i entrepriseavtaler, jf. NS 3431 pkt. 3 og pkt. 7. En begrenset overføring av vederlagsrisiko kan inntre i form av en preklusiv varslingsregel, jf. pkt. 22.5. En ytterligere overføring av risiko kan videre skje ved at totalentreprenøren ilegges en undersøkelsesplikt for det materialet som byggherren har utarbeidet. Skulle det ved en slik undersøkelse av materialet oppdages feil eller uoverensstemmelser, må totalentreprenøren varsle om funnene dersom han ønsker å kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter.

Av hensyn til oppbygningen i NS 3431 pkt. 9.6 har jeg først valgt å se på hvilken undersøkelses – og varslingsplikt totalentreprenøren har for de dokumenter byggherren overleverer etter kontraktsinngåelsen, for deretter å se på hva som gjelder for de dokumenter som overleveres før kontraktsinngåelsen. Bakgrunnen for en slik inndeling er at pkt. 9.6 etter overskriften bare regulerer dokumenter som leveres etter kontraktsinngåelse. Til sist vil jeg redegjøre for hvilken plikt totalentreprenøren har til å undersøke kvaliteten på de løsninger byggherren har valgt etter NS 3431 pkt. 9.7, som i overskriften ikke har et tilsvarende skille for hvilke dokumenter som leveres når.

3.3.2 Totalentreprenørens undersøkelses - og varslingsplikt etter pkt. 9.6 for de dokumenter byggherren leverer **etter** kontraktsinngåelsen

NS 3431 pkt. 9.6.1 gir totalentreprenøren en plikt til å undersøke de dokumenter som er utarbeidet av byggherren. Videre har han en plikt til å varsle dersom dokumentene ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen, eller inneholder uoverensstemmelser.

Dokumenter som ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen, kan ha som følge at totalentreprenøren får vanskeligheter med å utføre arbeidet i henhold til kontrakten. Det er en selvfølge at totalentreprenøren varsler om slike feil ved prosjekteringsmaterialet.

”Uoverensstemmelser” vil foreligge dersom det er motstrid mellom ulike deler av prosjekteringsmaterialet. Det kan for eksempel være motstrid mellom tegninger og beskrivelser, eller det kan være motstrid mellom ulike utregninger etc. Skal totalentreprenøren kunne yte sin del av avtalen, må han naturlig nok få klarhet i hva det er byggherren ønsker, og det er ikke mulig uten å varsle byggherren og be ham avgjøre hvilke dokumenter som skal følges.

I henhold til pkt. 9.6.2 skal totalentreprenøren **vurdere** om de krav eller løsninger som er beskrevet i dokumenter fra byggherren vil få slik innvirkning på byggeprosessen for øvrig at de vil lede til krav fra ham om fristforlengelse og dekning av merutgifter. I så fall skal han varsle byggherren i overensstemmelse med pkt. 22.5 før utførelsen iverksettes.

Etter pkt. 9.6.2 skal totalentreprenøren vurdere hvorvidt bruken av disse krav og løsninger kan få ringvirkninger på byggeprosessen for øvrig, for eksempel at løsningene ikke passer sammen med andre deler av byggearbeidet, eller at de på annen måte fører til forsinkelse i framdriften. Bestemmelsen er ment å fange opp alle forhold som får følger for byggeprosessen.

Dersom totalentreprenøren ikke varsler uten ugrunnet opphold etter pkt. 9.6.1 og 9.6.2, taper han retten til å påberope seg dokumenter fra byggherren som grunnlag for fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning, jf. NS 3431 pkt. 9.6.3. Etter denne bestemmelsen overføres en begrenset vederlagsrisiko til totalentreprenøren.

Hvis totalentreprenøren ikke varsler, og feilene i prosjekteringsmaterialet ikke overvinnes, kan det ferdige bygget bli mangelfullt. Konsekvensen av det kan bli at totalentreprenøren ikke får krav på fullt vederlag etter kontrakten – han har vederlagsrisikoen.

I mange tilfeller overvinnes totalentreprenøren feilen, men at han varsler ikke i henhold til kontraktens varslingsregler. Resultatet blir da at han ikke kan bruke denne produksjonssvakheten som grunnlag for krav om tilleggsvederlag.

Det er tre spørsmål som må stilles vedrørende pkt. 9.6. For det første; hva må til for å ha oppfylt plikten til å undersøke og vurdere de dokumentene byggherren leverer (1). For det andre; fra hvilket tidspunkt starter fristen for å varsle uten utgrunnet opphold (2). For det tredje; hvor lang tid kan det gå før fristen ikke er overholdt(3).

(1) Plikten til å undersøke/ vurdere byggherrens materiale kan kobles opp mot den generelle lojalitetsplikten mellom partene. Totalentreprenøren må i sin vurdering eller undersøkelse gjøre en alminnelig god jobb. Dersom det ikke kreves at han utfører sin

plikt etter pkt. 9.6 på en aktsom måte, faller hensynet bak bestemmelsen bort. Det er ingen hensikt å gi totalentreprenøren en plikt til å undersøke/ vurdere byggherrens dokumenter dersom han ikke gjør det på en "ordentlig måte". Dette taler for at dersom totalentreprenøren er uaktsom når han utfører denne plikten, så har han ikke gjort det som kreves i henhold til bestemmelsen.

Med "å undersøke" menes normalt ikke at totalentreprenøren må undersøke dokumentene i større grad enn det han trenger for utføringen av oppdraget. Her brukes imidlertid også uttrykket "å vurdere", og det må derfor kunne stilles strengere krav til totalentreprenøren. Han må vurdere prosjekteringsmaterialet utover hva som er strengt nødvendig for sin egen utførelse av oppdraget.

Etter pkt. 14.3 skal totalentreprenøren kunne dokumentere en faglig forsvarlig kvalitetssikringsprosedyre for gjennomføring av kontraktsarbeide. En slik faglig forsvarlig kvalitetssikring må gjelde tilsvarende ved vurderingen av byggherrens dokumenter.

(2) Når er utgangspunktet for varslingsplikten? Konsekvensen av at plikten etter pkt. 9.6.1 og 9.6.2 ikke overholdes, følger av pkt. 9.6.3. Her fastslås det som nevnt tidligere at dersom totalentreprenøren ikke varsler uten ugrunnet opphold taper han retten til fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning.

For å kunne vurdere når varslingsfristen begynner, må det fastlegges når totalentreprenøren plikter å vurdere byggherrens dokumenter. Det er her to muligheter. Den første er at totalentreprenøren må vurderer dokumentene med en gang han får dem overlevert, den andre er at han kan vurdere dem fortløpende ettersom byggeprosessen skrider frem.

Ordlyden i bestemmelsen gir ikke noe klart svar på dette spørsmålet. Det hensiktsmessige er derimot at dokumentene undersøkes og vurderes fortløpende i takt med byggeprosessen. Det vil både være ressursparende og logisk. Dette ser også ut til å være gjeldene i praksis. Jeg vil derfor legge dette til grunn for den videre drøftelsen.

Pkt. 9.6.2 viser til at det må varsles i overensstemmelse med pkt. 22.5. I pkt. 22.5 er det fastslått at fristen starter etter at totalentreprenøren er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forholdt som medfører forsinkelse eller merutgifter. Dette tilsier at det er et krav om faktisk viten før fristen starter.

I henhold til pkt. 9.6.3 må totalentreprenøren varsle uten ugrunnet opphold etter 9.6.1 og 9.6.2. Dette tilsier at dersom totalentreprenøren ikke har overholdt de to bestemmelsene om å undersøke/ vurdere dokumentene på en forsvarlig måte, så har han heller ikke varslet uten ugrunnet opphold. Pkt. 22.5 presiserer at det må faktisk viten til for at det skal oppstå en varslingsplikt. Det er ikke presisert i pkt. 9.6.3. Denne bestemmelsen viser til 9.6.1 og 9.6.2, som etter min mening inneholder et aktsomhetskrav for at plikten skal være oppfylt. Dette taler for at fristen i det minste begynner å løpe fra totalentreprenøren klart ville ha oppdaget feilene dersom han hadde overholdt undersøkelses - / vurderingsplikten.

Uttrykket "uten ugrunnet opphold" kan tolkes slik at totalentreprenøren ikke har varslet uten ugrunnet opphold, dersom han burde ha oppdaget feilen i byggherrens dokumenter på et tidligere tidspunkt. Perioden fra han burde ha oppdaget feilen til han faktisk oppdaget den, vil i en slik sammenheng ikke ha en saklig begrunnelse.

En slik tolkning fører til at bestemmelsen blir svært normativ, og kan ikke utelukkende legges til grunn. At fristen begynner å løpe fra det tidspunktet det ville være opplagt at totalentreprenøren hadde oppdaget forholdet dersom han hadde overholdt plikten etter pkt. 9.6, vil derimot være en rimelig tolkning. Da får det en konsekvens dersom ikke totalentreprenøren overholder kontraktsforpliktelsen.

Pkt. 9.6.3 sammenholdt med pkt. 9.6.1 og pkt. 9.6.2 er spesialregler i forhold til pkt. 22.5, noe som tilsier at disse har forrang ved motstrid, jf. pkt. 4.2 (3). Selv om pkt. 9.6.2 viser til pkt. 22.5, så kan ikke det alene være avgjørende. Dette innebærer at varslingsregelen etter pkt. 9.6.3 må gå foran hva som følger av varslingsregelen i pkt. 22.5.

For at pkt. 9.6 i det hele tatt skal ha noen funksjon utover hva som følger av pkt. 22.5, kan det ikke stilles et krav om faktisk viten for at varslingsplikten skal inntre. Det ville

være for enkelt for totalentreprenøren å overse plikten til å undersøke/ vurdere byggherrens dokumenter.

Det må legges til grunn for en slik tolkning at standardavtalen på dette området antagelig ikke er godt nok gjennomtenkt, ettersom ordlyden skaper slik tolkningstil. Videre må vi se dette i sammenheng med det lojalitetsforholdet som gjelder mellom partene, som også taler for en slik konsekvens som beskrevet over. Byggherren må kunne stole på at totalentreprenøren overholder forpliktelsene etter standardavtalen, og må videre kunne forvente å bli varslet om forhold som normalt oppdages hvis plikten overholdes. Det gir en trygghet for byggherren at totalentreprenøren skal vurdere prosjekteringsmaterialet, og det er en hensiktsmessig bruk av totalentreprenørens kompetanse.

Totalentreprenøren plikter altså å vurdere dokumentene fortløpende i takt med byggeprosessen, og varslingsplikten starter fra det tidspunktet totalentreprenøren klart måtte ha oppdaget forholdene dersom vurderingsplikten overholdes.

(3) Siste spørsmål blir hvor lang fristen til å varsle er. Uttrykket ”uten ugrunnet opphold” er skjønnspreget. Det regulerer tidsrommet mellom totalentreprenørens ”kunnskap” om de forhold som skal varsles, og tidspunktet som han faktisk varsler byggherren. Rent språklig betyr det at totalentreprenøren må varsle straks dersom han ikke har en saklig begrunnelse for å vente. Formålet med å varsle så raskt som mulig er å synliggjøre feilene på et så tidlig tidspunkt som mulig, slik at unødvendige konsekvenser kan unngås, og byggherrens budsjett og framdriftsplan kan justeres.

Oppsummeringsvis har altså totalentreprenøren en plikt til å undersøke/ vurdere de dokumentene byggherren overleverer på en faglig forsvarlig måte. Fristen til å varsle starter fra det tidspunktet forholdet ville vært oppdaget dersom plikten var blitt overholdt, eller ved faktisk viten. Fra fristen starter må totalentreprenøren varsle straks, med mindre han har saklig grunn for å vente.

3.3.3 Totalentreprenørens undersøkelse - og varslingsplikt for det prosjekteringsmaterialet byggherren leverer **før** kontraktsinngåelsen

Etter overskriften i NS 3431 pkt. 9.6 regulerer den totalentreprenørens plikt til å undersøke og vurdere de dokumenter som leveres av byggherren etter kontraktsinngåelse. Ved en antitetisk tolkning innebærer det at totalentreprenøren ikke har noen tilsvarende plikt til å vurdere de dokumenter som leveres før kontraktsinngåelse.

I den kontraktsform som omhandles her er ofte store deler av dokumentene overlevert før kontraktsinngåelse. Dette er naturlig når byggherren har utarbeidet hele eller dele av prosjekteringen. Materialet vil gi totalentreprenøren en oversikt over omfanget av oppdraget. Dokumentene er også avgjørende for å kunne prise og gi et tilbud på oppdraget. Spørsmålet blir derfor om det kan innfortolkes en undersøkelses –/ vurderings – og varslingsplikt for totalentreprenøren for dette materialet. En slik plikt vil i så fall inntre etter kontraktsinngåelsen, slik at totalentreprenøren må vurder disse dokumentene i takt med framdriften i utbyggingen, på lik linje med de dokumenter som blir levert etter kontraktsinngåelsen.

Det er to mulige tolkninger som kan føre til at totalentreprenøren har en plikt til å vurdere/ undersøke de dokumenter som leveres før kontraktsinngåelse. Det er å anvende NS 3431 pkt. 9.6 analogisk (1), eller det kan følge av alminnelige lojalitetsbetraktninger (2).

(1) For å kunne avgjøre om det finnes noe grunnlag for å anvende pkt. 9.6 analogisk, må vi se hva som kan være grunnlaget for at partene i fremforhandlingen av NS 3431 valgte å begrense bestemmelsen til å bare gjelde dokumenter som leveres etter kontraktsinngåelse.

Begrunnelsen for at pkt. 9.6 bare gjelder dokumenter overlevert etter kontraktsinngåelse, kan være at de dokumentene som er overlevert før er gjennomgått av begge parter som en del av kontrakten. En slik tolkning har formodningen for seg i forhold til den kontraktstypen som NS 3431 skal regulere. I klassisk totalentreprise har ikke byggherren utarbeidet prosjekteringen i vesentlig grad og de dokumenter han har utarbeidet inneholder stort sett bare funksjonskrav og andre beskrivelser/ tegninger som

viser hva oppdraget skal gå ut på. Dette materialet legger føringer for den videre prosjekteringen, men inneholder ofte ikke omfattende reguleringer av materialvalg eller hvilke arbeidsmetoder som skal brukes. Totalentreprenøren har en viss valgfrihet i forhold til valg av løsninger, materialbruk osv, jf. pkt. 11. Det har ut i fra et slikt synspunkt ikke vært behov for en regulert undersøkelsesplikt for de dokumenter som overleveres før kontraktsinngåelse. Totalentreprenøren vil uansett sette seg godt inn i disse dokumenter, fordi de er en del av kontraktsdokumentene og vil vise hva byggherren ønsker. Det følger av standardavtalens pkt. 4.1 hvilke dokumenter som inngår i kontrakten, og i praksis utvides denne listen.

Dette stiller seg annerledes ved avtaler om sammensatt totalentreprise. Her har byggherren utarbeidet større deler av prosjekteringsmaterialet. Muligheten for feil og uoverensstemmelser i disse dokumentene er større, ettersom de ikke sjelden inneholder prosjektering på detaljnivå. Videre har ikke totalentreprenøren samme mulighet til å få full oversikt over innholdet av disse dokumentene, fordi de kan være svært omfattende.

For dokumenter som overleveres etter kontraktsinngåelse har det i klassisk totalentreprise vært et større grunnlag for å gi totalentreprenøren en undersøkelses – og varslingsplikt. Fra kontraktstidspunktet har totalentreprenøren risikoen for selve oppdraget, prosjektering som utførelse. Dokumenter overført fra byggherren etter dette tidspunkt må tilpasses den prosjekteringen som utføres av totalentreprenøren. De kan inneholde ønsker om utførelse, ønsker om bruk av materiale etc. Skal disse dokumentene legges til grunn må nødvendigvis disse gjennomgås grundig slik at de ikke inneholder noen feil eller uoverensstemmelser. Dette av hensyn til byggherrens forutberegnlighet vedrørende kostnader og frist for ferdigstillelse, lojalitet mellom partene og fornuftig ressursbruk. Disse hensyn gjør seg gjeldende i forhold til varslingsregler generelt.

Ved sammensatte totalentrepriser vil noen av hensynene gjøre seg gjeldende også for de dokumenter som byggherren leverer før kontraktsinngåelse. Byggherrens prosjekteringsmateriale er utgangspunktet for totalentreprenørens videre prosjektering, og bør av den grunn være gjenstand for en nærmere undersøkelse. Hensynet til byggherrens forutberegnlighet og lojalitet mellom partene, taler for en analogisk anvendelse av pkt. 9.6.

Det kan også være mulig at inndelingen mellom dokumenter før og etter kontraktsinngåelse ikke har vært gjennomtenkt da NS 3431 ble utarbeidet. Det burde ha vært forutsett at i totalentreprise generelt kan det forekomme at noe av prosjekteringen allerede er utført fra byggherrens side. Avtalens pkt. 1 nevner tross alt ”hele eller vesentlige deler”, dvs. at det åpner for at byggherren har utført noe.

Dersom dette er tilfellet, kan det være desto større grunn for å anvende bestemmelsen analogisk. Begrunnelsen for en slik tolkning er at mange av de hensyn som gjør seg gjeldende for å undersøke/vurdere dokumenter som blir levert etter kontraktsinngåelse, også gjør seg gjeldende for de dokumenter som leveres før kontraktsinngåelse.

Totalentreprenørens profesjonalitet vil bli brukt på en fornuftig måte. Når byggherren har utarbeidet hele eller deler av prosjekteringen burde det antagelig stilles like store krav til undersøkelse/ vurdering av de dokumenter som leveres før kontraktsinngåelse som de som levers etter. Det er like stor mulighet for at disse dokumentene ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen, inneholder uoverensstemmelser, eller har krav om løsninger som vil få en uheldig innvirkning på byggeprosessen. Hvorfor totalentreprenøren i så fall ikke har en tilsvarende undersøkelsesplikt når det gjelder disse dokumentene har ingen god begrunnelse.

Det er mulig at partene ved utarbeidelsen av standardavtalen har tenkt gjennom spørsmålet, og bevisst kommet fram til at pkt. 9.6 bare skal gjelde for dokumenter som byggherren leverer etter kontraktsinngåelse. Det taler i så fall ikke for å anvende bestemmelsen analogisk.

Et annet moment som taler imot en analogisk anvendelse av pkt. 9.6 er at de dokumentene som leveres av byggherren ved sammensatte totalentrepriser ofte har et mye større omfang og er mer detaljgjennomførte. Av den grunn bør han kanskje også ha risikoen for innholdet av materialet i større grad. Det vil ut fra en slik synsvinkel ikke være rimelig å gi totalentreprenøren en omfattende undersøkelse/ vurdering og varslingsplikt for disse dokumentene i samme omfang som det som følger av pkt. 9.6. De dokumenter som ved klassisk totalentreprise overleveres etter kontraktsinngåelsen er ikke omfattende. En begrenset risikooverføring ved analogisk bruk av pkt. 9.6 vil kunne få urimelige konsekvenser.

Rettspraksis⁹ taler for at ordlyden i bestemmelsene har en avgjørende betydning ved tolkning av avtaler mellom profesjonelle parter. Dette taler for at en ikke bør avvike eller tolke ordlyden i standardavtalen utvidende/ analogisk. Dersom partene ønsker en annen risikofordeling eller en mer omfattende undersøkelses - / vurderingsplikt for totalentreprenøren enn det som følger av NS 3431, har de mulighet til å avtale det. Nettopp at avtalefriheten er til stede, og partene fritt kan avtale det de ønsker, taler for en streng tolkning av ordlyden. Dette syntes også å være i tråd med praksis, da det ikke sjelden avtales risikooverføringsklausuler.

Forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnlighet tilsier at en streng objektiv tolkning av ordlyden må legges til grunn.

Pkt. 9.6 inneholder en omfattende plikt for totalentreprenøren. Dette tilsier at dersom en begrenset risikooverføring skal skje, så må det avtales konkret. En utvidelse av totalentreprenørens risiko i forhold til avtalens ordlyd, ville kunne forrykke interessebalansen i standardavtalen. Analogisk tolkning av klausuler i standardavtaler er dermed risikabelt og lite heldig.

På bakgrunn av dette kan ikke pkt. 9.6 brukes analogisk på de dokumenter som byggherren leverer før kontraktsinngåelse. Grunnlaget for en slik tolkning er først og fremst at ordlyden i overskriften må få avgjørende betydning. Det fører til forutberegnlighet mellom partene. Dersom partene ønsker en annen løsning må de avtale det seg i mellom.

(2) Selv om pkt. 9.6 ikke kan anvendes analogisk er det mulig at det finnes andre grunnlag som gir totalentreprenøren en plikt til å undersøke /vurdere det av byggherrens materiale som er levert før kontraktsinngåelse. Alminnelige lojalitetsbetraktninger vil være av interesse.

Lojalitetsplikt i kontraktsforhold gjelder generelt i norsk kontraktsrett. Dette er en grunnleggende regel som ikke er direkte regulert i noen lovbestemmelser, men som ligger til grunn for utformingen av en rekke bestemmelser, se Rt. 1988 s. 1078.

⁹ Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132

Sandvik¹⁰ fastslår på bakgrunn av lojalitetsplikten at entreprenøren uansett kan ilegges noe av risikoen for det prosjekterte materialet som er utarbeidet av byggherren, dersom det kan betegnes som uforsvarlig at han har oversett eller unnlatt å påpeke svakheter og risikomomenter ved prosjektet. En slik tolkning kan også følge av standardavtalens pkt. 3 om samarbeidsplikt, pkt. 7 om partenes opplysningsplikt og pkt. 22.5 om varslingsplikt.

Dette gir imidlertid ingen plikt til å vurdere dokumentene i samme grad som etter pkt. 9.6. Totalentreprenøren må nødvendigvis bruke prosjekteringsmaterialet under selve utbyggingen, og i den grad det kan betegnes som uforsvarlig at han har oversett eller unnlatt å påpeke svakheter i denne bruken av dokumentene, kan han ilegges risikoen for dette.

For svakheter totalentreprenøren oppnår faktisk viten om følger det av NS 3431 pkt. 22.5. at han må varsle om dette ”uten ugrunnet opphold” etter at han oppdaget forholdet for å ikke miste retten til fristforlengelse eller dekning av merutgifter. Det anses å være illojalt å ikke varsle i slike situasjoner.

En plikt til å undersøke eller vurdere de dokumenter som overleveres fra byggherren kan nok ikke utledes av alminnelige lojalitetsbetraktninger, men opplysningsplikten etter pkt. 7 og den preklusive varslingsregel etter pkt. 22.5 vil selvfølgelig kunne gjøre seg gjeldende.

Sterke hensyn taler etter dette for at totalentreprenøren ikke har noen plikt til å vurdere de dokumenter byggherren overleverer før kontraktsinngåelsen, utover det å sette seg inn i dokumentene fordi de er en del av kontrakten.

3.3.4 Totalentreprenørens plikt til å undersøke kvaliteten på løsninger foreskrevet av byggherren etter pkt. 9.7

NS 3431 pkt. 9.6 og pkt. 9.7 inneholder begge bestemmelser om at totalentreprenøren har en undersøkelses/ vurderings – og varslingsplikt i forhold til det materialet som

¹⁰ Sandvik 1966 s. 206.

byggherren leverer. Pkt. 9.6 omhandler produksjonssvakheter, mens pkt. 9.7 omhandler kvaliteten på de løsninger som er valgt av byggherren. Ettersom det i overskriften til pkt. 9.6 står at denne bestemmelsen gjelder dokumenter som er levert av byggherren etter kontraktsinngåelsen, kan det tolkes slik at pkt. 9.7 i så fall skal gjelde dokumenter som er levert før kontraktsinngåelsen. Pkt. 9.7 inneholder derimot ikke en slik begrensning. I tillegg er bestemmelsene innholdsmessig ulike, slik at en inndeling av før og etter kontraktsinngåelse blir unaturlig for bruken av pkt. 9.7. Pkt. 9.7 vil derfor være gjeldende både for de dokumenter som blir levert før og etter kontraktsinngåelse. Uansett leveringstidspunkt, inntreer plikten etter at kontrakt er inngått.

I henhold til NS 3431 pkt. 9.7 skal totalentreprenøren:

”i rimelig utstrekning vurdere om det er feil ved de dokumenter som leveres av byggherren, eller om løsningene av andre grunner vil føre til uheldige konsekvenser i form av nedsatt anvendelighet eller dyrere drift av det ferdige bygg eller anlegg”.

Etter denne bestemmelsen skal totalentreprenøren undersøke og vurdere kvaliteten på de løsninger som byggherren har valgt. Han skal for det først vurdere om det er ”feil” ved de dokumenter som leveres av byggherren. Med dette menes at bruken av dokumenter vil medføre at byggherren ikke vil få et bygg eller anlegg som vil oppfylle hans krav¹¹. Dernest skal totalentreprenøren undersøke om løsningene vil føre til uheldige konsekvenser i form av nedsatt anvendelighet eller dyrere drift av det ferdige bygg eller anlegg.

I hvilken grad totalentreprenøren har plikt til å vurdere slike forhold, skal i henhold til bestemmelsen avgjøres blant annet under hensyn til om byggherren har hatt egne fagkyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene. Totalentreprenøren må kunne stole på de dokumenter han får overlevert av byggherren når fagkyndige har utarbeidet eller vurdert materialet. Dette vil også være svært rasjonelt og ressursparende. Motsatt vil totalentreprenøren ha en høyere undersøkelses – og frarådningsplikt dersom verken

¹¹Hentet fra et kurskompendium utarbeidet av Hans Jakob Urbye – Norges standardiseringsråd.

byggherren eller andre som har bistått i utarbeidelsen av dokumentene har noen form for fagkunnskap.

I LB 2002 02983 kom totalentreprenørens plikt til å varsle om uheldige virkninger av de valgte løsninger etter pkt. 9.7 på spissen. I denne saken hadde forsvarers tele- og datatjeneste inngått en kontrakt om bygging av Nato finansierte systemer på bestemte steder langs kysten fra Trøndelag og nordover. En bedrift fikk i oppdrag å konstruere og bygge radomer som skulle beskytte systemene mot vær og vind. NS 3431 ble lagt til grunn for kontrakten. To av radomene havarerte senere i forbindelse med kraftig uvær. Staten foretok et dekningskjøp i utlandet, og nektet å utbetale hele kontraktssummen til entreprenøren. Entreprenøren gikk til søksmål for å få betalt hele kontraktssummen, fordi de ikke kunne ha risikoen for at radomene ikke fungerte etter sitt formål.

Lagmannsretten la til grunn at funksjonskravet fra byggherren sin side var mangelfullt utformet, noe byggherren måtte ha risikoen for. Ettersom totalentreprenøren hadde med en erfaren og profesjonell byggherre å gjøre, som også hadde latt seg bistå av en velrenommert konsulent, så måtte totalentreprenører etter omstendighetene kunne slå seg til ro med at byggherren selv hadde kontroll på hvilke virkninger som fulgte av de valgte løsninger.

Totalentreprenøren må kunne "stole" på at de dokumentene byggherren overleverer er innholdsmessig holdbare når han vet at de er utarbeidet av profesjonelle. Det er liten hensikt å foreta en omfattende undersøkelse/ vurdering i slike tilfeller. Spesielt der det er gjort til et poeng i kontrakten at det er blitt brukt profesjonelle konsulenter, slik som i ovennevnte dom, må totalentreprenøren kunne legge dokumentene til grunn uten omfattende undersøkelser og vurderinger.

I pkt. 9.7 (2) følger det at dersom totalentreprenøren ikke varsler byggherren om klare feil eller klart uheldige konsekvenser av løsningene, anses utførelsen av løsningene som en mangel ved kontraktsarbeidet. Avgjørende er da hva som menes med klare eller klart uheldige konsekvenser av løsningene.

Med "klare feil eller klart uheldige konsekvenser" menes at det for totalentreprenøren må ha vært rimelig opplagt at materialet inneholdt feil eller løsninger som gir uheldige

konsekvenser. Annet ledd må ses i sammenheng med hvilken plikt totalentreprenøren har etter først ledd til å vurdere det materialet byggherren har levert. Dersom prosjekteringen er utarbeidet av profesjonelle på byggherresiden tilsier det en mindre omfattende plikt for totalentreprenøren. Videre skal det da mer til for at totalentreprenøren kan oppdage feil, både fordi materialet som regel da inneholder færre feil, og fordi han har en mindre omfattende plikt til å vurdere. Det er ikke et spørsmål om hva totalentreprenøren burde forstå, men hva han måtte forstå ut i fra hvor omfattende plikten til å vurdere materialet er i henhold til pkt. 9.7 (1).

Vurderingen kan sammenfattes slik at det skal en del til for at totalentreprenøren får en varslingsplikt etter pkt. 9.7, spesielt når byggherren og hans konsulenter er profesjonelle. Overføring av vederlagsrisiko er således på dette området begrenset.

4 Risikooverføringsklausuler

4.1 Innledning

Hovedregelen etter NS 3431 er som vi så under punkt 3 at risikofordelingen følger den avtalte funksjonsfordeling mellom partene (funksjonsfordelingsprinsippet), jf. pkt. 9.8 og 9.9.

Ved sammensatte totalentrepriser etter NS 3431, ønsker ofte byggherren å avvike fra funksjonsfordelingsprinsippet, slik at totalentreprenøren påtar seg risikoen for det prosjekteringsmaterialet byggherren har utarbeidet. Dette gjøres ved å avtale ulike typer risikooverføringsklausuler.

Når byggherren overfører risikoen for det prosjekteringsmaterialet han har utarbeidet, fraskriver han seg samtidig ansvar for dette materialet. Dette innebærer av risikooverføring og ansvarsfraskrivelse behandles parallelt.

Jeg vil her se nærmere på hvilken adgang byggherren har til å avtale seg bort fra den risiko han har etter bestemmelsene i NS 3431, når denne er lagt til grunn mellom partene. Deretter behandles vedtakelsesspørsmålet og hvorvidt slike klausuler skal

tolkes restriktivt. Hvilke deler av byggherrens dokumenter som omfattes av klausulene, risikooverføringsklausuler betydning for de ulike risikotyper, og totalentreprenøren tid til å undersøke dokumentene før han overtar risikoen følger deretter.

4.2 Adgangen til å inngå risikooverføringsklausuler

Problemstillingen her er hvorvidt byggherren kan avtale seg bort fra å ha risikoen for det prosjekteringsmaterialet han har utarbeidet. En slik ansvarsfravikelse er ikke bare en fravikelse av de bestemmelser i NS 3431 som omhandler risikofordeling, men også en fravikelse av funksjonsfordelingsprinsippet. Standardavtalens risikofordeling er på dette området en kodifisering av gjeldende rett¹².

Generelt på avtalerettens område aksepterte Høyesterett allerede i Rt. 1948 s. 370 (bærturdommen) adgangen til å inngå avtaler om ansvarsfraskrivelse. Denne dommen gjaldt en bedrift som arrangerte en bærtur for sine ansatte. Deltagerne var gratispassasjerer og ga på forhånd en erklæring om at de deltok *”på eget ansvar med hensyn til ulykke og skade av enhver art som måtte inntreffe under og i forbindelse med turen”*. På grunn av sjåførens uaktsomme kjøring kom en del av deltagerne til skade, og en av dem avgikk ved døden. Hans hustru og sønn saksøkte bedriften og forsikringsselskapet, som hadde stilt garanti i henhold til motorvognloven § 11, med krav om erstatning for tap av forsørger. Begge de saksøkte ble frifunnet, da avdødes erklæring inneholdt en gyldig fraskrivelse av erstatningsansvar, ikke bare for avdøde selv, men også for hans etterlatte.

Også i næringskontrakter er ansvarsfraskrivelse alminnelig akseptert. Dette ble fastslått i Rt. 1994 s. 626 Speditørdommen, som gjaldt hvorvidt en speditør kunne påberope seg en avtalt ansvarsbegrensning i spedisjonskontrakten. Som følge av grov uaktsomhet fra selskapets kaiinspektør hadde det oppstått transportskader på et parti papirruller som selskapet etter oppdrag hadde plassert i containere og fraktet fra Fredrikstad til New York.

¹² Rt. 1917 s 673 fastslår et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten om at risikofordeling følger funksjonsdeling mellom parten. Det samme prinsippet er videreført i juridisk litteratur på området, samt er nå regulert i standardavtalene NS 8405 og NS 3431.

Retten fant at verken alminnelige rettsgrunnsetninger eller avtaleloven § 36 ga grunnlag for å tilsidesette standardkontraktens regulering av ansvaret. Det medførte at speditørfirmaet kunne gjøre ansvarsbegrensningen gjeldende. Det er verdt å merke seg at det ble lagt vekt på at spedisjonskontrakten var en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som var representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Det var ikke en ansvarsbegrensning som speditøren selv hadde utarbeidet.

Selv innenfor forbrukerforhold åpner lovgivningen for at risikooverføringsklausuler kan avtales. Et eksempel er ved salg av fast eiendom, hvor den praktiske hovedregel er blitt at det benyttes en såkalt ”as is” klausul. I lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93 (heretter; avhl.) § 3-9 er slike forbehold nærmere regulert, jf. også kjøpsloven av 1988 § 19 og forbrukerkjøpsloven av 2002 § 17.

I LG-1997-02010 har vi et praktisk eksempel på at retten aksepterer bruk av risikooverføringsklausuler i entrepriseforhold. Her overtok entreprenøren risiko for grunnforholdene, samt alt materiale i forbindelse med en geologisk undersøkelse byggherren hadde fått utført.

Sandvik¹³ fastslår allerede i 1966 at det i prinsippet ikke er noe til hinder for at entreprenøren kan anses å ha påtatt seg prosjekteringsrisikoen, selv om han ikke har utarbeidet prosjektet.

Om hvor langt rettsordenen aksepterer at en kontraktspart fraskriver seg ansvar, se Hagstrøm¹⁴ s. 624 flg, jf. NL 5 – 1 – 2, avtaleloven av 1918 § 36, læren om bristende forutsetninger, Rt. 1948 s. 370, Rt. 1969 s. 679, Rt. 1994 s. 626. Det er for eksempel ikke adgang til å fraskrive seg ansvar for forsettlige eller grovt uaktsomme forhold.

Det er etter dette klart at profesjonelle parter i entreprisekontrakter kan avtale risikooverføringsklausuler, slik at totalentreprenøren overtar risikoen for det prosjekteringsmaterialet byggherren har utarbeidet.

¹³ Sandvik 1966 s. 205.

¹⁴ Hagstrøm 2002.

4.3 Vedtakelsesspørsmålet

For at en ansvarsfraskrivelse skal få virkning etter sitt innhold, må det være klart avtalt partene i mellom. I Rt. 1911 s. 1037 ble det uttalt:

”naar et rederi vil have en undtagelse fra den sedvanlige regel, saa maa det være en betingelse, at der tales tydelig, saaledes at man ikke er henvist til mere eller mindre sikre gjætninger om, hvad meningen har været.”

Etter dette må det klart avtales dersom partene skal avtale seg bort fra sedvanerettslige regler.

Ordlyden i avtaler mellom profesjonelle parter underlegges i utgangspunktet en relativt streng objektiv tolkning, jf. Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132. Dette taler for at en overføring av risiko må komme klart fram i avtalen, og dette skjer normalt ved at partene tar inn egne bestemmelser om risikooverføring i kontraktsdokumentet.

Det synes å være to grunnleggende teknikker som benyttes i sammensatte totalentreprisekontrakter: 1) Det inngås særskilte bestemmelser i avtaledokumentet, eller 2) det gjøres endringer direkte i forhold til bestemmelsene i NS 3431. I praksis viser det seg å være den første teknikken som er mest utbredt. Klausulene er ofte svært kortfattet, og innholdsmessig ganske like.

Et eksempel på den første teknikken er følgende bestemmelse som i et kontraktsforhold er inntatt som egen klausul i avtaledokumentet:

”Leveransen er en totalentreprise. Entreprenøren har fått tiltransportert til seg tegninger og beskrivelser som om dette skulle være levert av entreprenøren”

Et annet eksempel lyder:

”Entreprenøren tar over ansvaret for det prosjektmaterialet som leveres av byggherren før kontraktsinngåelse. Entreprenøren kan således ikke gjøre krav gjeldende med årsak i feil og mangler ved dette prosjektunderlaget”

Ovenstående formuleringer er ganske vanlige ved inngåelse av sammensatte totalentrepriser. Ordlyden er gjennomgående kortfattet. Det forekommer i blant at klausulene avgrenses til å gjelde spesielle deler av prosjekteringen, for eksempel bare tegninger, beskrivelser, eller bare det prosjekteringsmaterialet som er utarbeidet av en bestemt konsulent.

Eksempler på teknikk 2, altså justering direkte i forhold til NS 3431, er følgende:

Det tilføyes et nytt siste ledd i pkt. 9.8 og pkt. 9.9, som lyder:

”Bestemmelsene (i NS 3431 pkt. 9.8 andre og tredje ledd og pkt. 9.9) gjelder ikke for det prosjekteringsmaterialet som forelå ved inngåelse av totalentreprisekontrakten, da totalentreprenøren har ansvaret for dette som om det var hans eget.”

eller:

”Overordnet gjelder at totalentreprenøren ved inngåelse av kontrakt skal overta ansvaret for de av byggherren utarbeidede prosjektdokumenter i form av tegninger, løsninger mv. som om han selv hadde utarbeidet dem. Ansvaret overtas ved kontraktsinngåelse for den utførte prosjektering. Entreprenøren overtar imidlertid ikke ansvaret for byggherrens overordnede beslutninger knyttet til arkitektur og romprogram.”

Disse to eksemplene er innholdsmessig svært like, selv om den siste er noe mer omfattende. Begge klausulene er hentet fra store entreprisekontrakter.

Klausulene over gir en klar overføring av risiko. I den grad lignende klausuler er uklare, eller det på annen måte er usikkert hva partene har avtalt, må man falle tilbake på standardavtalens bestemmelser.

Plassering av klausulen kan også være av betydning for gyldigheten. Ofte har byggherren tatt inn en forutsetning i anbuds – eller tilbudsgrunnlaget. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig hvis klausulen ikke er gjentatt i selve avtaledokumentet. I NS 3431 pkt. 4.1 er det angitt hvilke dokumenter som er en del av kontrakten. Anbuds- og tilbudsgrunnlag er etter denne bestemmelsen en del av kontraktsdokumentene.

Pkt. 4.1 oppstiller en rekkefølge som i henhold til pkt. 4.2 er avgjørende for hvilke dokumenter som har forrang ved motstrid. Anbuds – og tilbudsgrunnlaget er nevnt foran NS 3431, følgelig vil det være tilstrekkelig å innta klausulene i anbuds – eller tilbudsgrunnlaget for at den skal gjelde.

Selve avtaledokumentet står øverst på ”rangstigen”, og i den grad avtaledokumentet strider mot det som følger av anbuds – og tilbudsgrunnlaget går avtaledokumentet foran.

Dersom partene har fraveket rekkefølgen i pkt. 4.1 i avtaledokumentet, hvilket er relativt vanlig, må man selvsagt se på hvilken rekkefølge partene har avtalt at skal gjelde.

4.4 Spørsmålet om innskrenkende tolkning av risikooverføringsklausuler

4.4.1 Problemstilling

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at den objektive forståelse av avtalens ordlyd skal legges til grunn for innholdet med mindre partene har en annen felles forståelse. Når det gjelder generelle ansvarsfraskrivelser i næring kan det likevel i visse tilfeller være grunnlag for å tolke klausulene innskrenkende. Spesielt når risikooverføringsklausulene strider mot grunnleggende prinsipper, for eksempel funksjonsfordelingsprinsippet.

Jeg vil nedenfor se på den generelle holdningen til risikooverføringsklausuler. Deretter vil jeg gå over til en konkret drøftelse av risikooverføringsklausuler i kontrakter om sammensatt totalentreprise, hvor totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale. Ettersom det er begrenset med rettspraksis på dette området, må jeg i se hen til vurderinger av tilsvarende klausuler innenfor avtaleretten generelt.

4.4.2 Den generelle holdningen til risikooverføringsklausuler

”Pæledommen” fra 1917¹⁵ gjaldt en entreprisekontrakt om pælefundamentering hvor entreprenøren hadde garantert for fundamenteringen. Avtalen inneholdt følgende klausul;

¹⁵ Rt. 1917 s. 673 Pæledommen

”Entreprenøren paatar sig fuld garanti for, at piloteringen bli i enhver henseende god og sikker, saa at bygningen med konstant og tilfældig belastning, uten fare for sætning eller glidning kan bygges paa den,”

Det var byggherrens arkitekt som hadde utarbeidet prosjekteringsmaterialet og dette materialet var overlevert til entreprenøren. Etter en tid oppstod setningskader i fundamentet. Årsaken til skadene var at det var nedsatt for få påler. Dersom en objektiv fortolkning av garantien legges til grunn, ville disse skadene falle inn under entreprenørens risikoområde. Entreprenøren ble likevel frifunnet for krav om erstatning for utbedringskostnadene. Førstvoterende uttalte:

”Under disse omstændigheder forekommer det mig, naar monierfabrikken var pligtig til at følge piloteringsplanen og denne var utarbeidet av byggherren arkitekt, ikke at ha nogen god mening at la den av monierfabrikken indaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighed”

Garantien ble altså underlagt en innskrenkende tolkning. Høyesterett fant det ikke riktig å gi entreprenøren risikoen for det arbeidet byggherrens arkitekt har utført. Viggo Hagstrøm¹⁶ viser til denne dommen når han fastslår at det er et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten at risikofordelingen følger funksjonsdelingen mellom partene. Det er dette prinsippet som i dommen fører til en innskrenkende tolkning av garantien i avtalen.

Sandvik¹⁷ viser også til denne dommen og slår fast at risikooverføringsklausuler som strider mot funksjonsfordelingen må underlegges en hardhendt innskrenkende tolkning.

Innenfor entrepriseretten eksisterer det ingen flere Høyesterettsdommer vedrørende bruken av ansvarsfraskrivelse for prosjekteringsmaterialet. Det vil derfor være av betydning å se på hvilken utvikling som har skjedd innenfor andre områder av kontraktsretten.

¹⁶ Entrepriserett; utvalgte emner fra 1997 av Viggo Hagstrøm (heretter: Hagstrøm 1997) s. 80 flg.

¹⁷ Sandvik 1966 s. 205-206.

Hagstrøm¹⁸ fastslår at en gjennomgang av de siste hundre års høyesterettspraksis viser at allmenne forbehold underkastes en restriktiv tolkning, også i kommersielle avtaleforhold. Han viser blant annet til Rt. 1952 s. 1334 hvor det ble uttalt:

”Ansvarsfraskrivelsen i klausul 2 går meget langt, og fører til en sterk begrensning av det ansvar rederen etter Haagreglene og sjøloven ellers ville ha. Det er naturlig å tolke en slik ansvarsfraskrivelse strengt.”

I Rt. 1982 s. 1357 kom spørsmålet om bruken av ”as is” - klausuler ved salg av næringseiendom opp til behandling. I denne saken hadde A/S Nortex kjøpt et nyoppført lagerbygg av Vest- Telemark næringsbygg. I kjøpeavtalen ble det inngått en bestemmelse om at eiendommen skulle overtas *”i foreliggende stand, uten ansvar for Vest – Telemark næringsbygg”*. Da vinteren kom og snøbelastningen på taket ble for stor raste lagerbygningen sammen.

Høyesterett pekte på at klausulen var meget generell og at det ikke var noe som tydet på at bestemmelsens innhold faktisk ble vurdert av partene. Som et resultat av dette uttaler førstevoterende:

”Det er da etter min mening rimelig å tolke bestemmelsen slik at den gjelder eventuelle mangler av mer tradisjonell karakter...” videre; ”Slik forstått gjelder ikke ansvarsfraskrivelsen for den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon, som danner grunnlag for erstatningskravet her”.

Her foretok Høyesterett en innskrenkende tolkning av ”as is” - klausulen, slik at den bare gjaldt i forhold til mangler av mer tradisjonell karakter. Mer grunnleggende mangler kunne ikke omfattes av ansvarsfraskrivelsen. Dette følger nå av nyere lovgivning, jf. avhl. § 3-9 hvor eiendommen likevel har en mangel dersom den viser seg å være i vesentlig dårligere stand enn det kjøperen hadde grunn til å regne med.

¹⁸ Hagstrøm 2002 s. 631.

I Fornminnedommen¹⁹ ble det inngått en avtale om salg av et byggeområde til boliger, fra kommunen til en entreprenør. Etter kontraktsinngåelse, men før kjøpesummen ble betalt, ble entreprenøren gjort oppmerksom på at det var stor mulighet for at det forelå fornminner på området, noe som ville forsinke utbyggingen. Entreprenøren holdt tilbake en del av kjøpesummen til forholdet var avklart. Det avgjørende spørsmålet var hvem som hadde risikoen for at det kunne foreligge fornminner.

Avtalen ble inngått med en klausul om at eiendommen ble solgt

”i den stand den er på overtakelsesdagen. OK (Oslo kommune) har intet ansvar for åpenbare eller skjulte feil eller mangler ved eiendommen”.

Førstvoterende, som var i mindretall, kom under tvil til at entreprenøren måtte anses å ha overtatt risikoen for at det kunne foreligge fornminner på eiendommen. Det ble vektlagt at salget hadde skjedd til en profesjonell utbygger som hadde gode forutsetninger for å ivareta sine interesser.

Annenvoterende, som var i flertall, kom til det motsatte resultat. Han uttaler at det kan være grunn til å tolke bestemmelser om ansvarsfraskrivelse restriktivt, og at tolkningen må skje i lys av prinsippet om selgerens opplysningsplikt. Entreprenøren måtte kunne basere seg på at de opplysninger han hadde fått forut for salget i det vesentlige var korrekte, og at sannsynligheten for at det forelå fornminner etter denne informasjonen var liten. Entreprenøren kunne derfor ikke ha risikoen for dette forholdet. Entreprenørens berettigede forventning ble vektlagt, og risikooverføringsklausulen veide ikke tyngre enn dette hensynet.

Dommen ble avsagt med 3 mot 2 stemmer.

En viss endring i retning av en mer objektiv fortolkning kan vi se i Nebb tomtadommen²⁰. Saken gjaldt krav om erstatning etter kjøp av fast eiendom for mangler i

¹⁹ Rt. 1997 s. 70

²⁰ Rt. 2002 s. 696

form av forurensning i grunnen. Spørsmålet var hvem som hadde risikoen for at grunnen var forurenset. Avtalen var inngått med en ”as is” – klausul.

På den bebygde eiendommen hadde det vært drevet industri i mange år, og risikoen for skjulte feil og mangler var stor. Risiko knyttet til forurensning i grunnen var i følge Høyesterett synbar for partene. Førstvoterende uttaler:

”I den situasjon som forelå her, er det forståelig at selger ville sikre seg mot krav på grunn av mangler, og `som den er´ klausulene må antas å være overveiet. Ved slike klausuler vil den risiko kjøper overtar, bli innkalkulert i pristilbudet. I denne saken er kjøper profesjonell investor med full tilgang til faglig bistand, når det gjelder verdifastsettelse av eiendommen. Det finansielle aspektet var sterkt fremtredende. På denne bakgrunn kan jeg ikke se noen grunn til å fortolke klausulene restriktivt, og jeg finner at de må anses å omfatte de mangler som saken gjelder”

Førstvoterende viser her til fem momenter som må vurderes i forhold til rekkevidden av et generelt forbehold. Det er hvorvidt klausulen er veloverveid, om risikoen er innkalkulert i pristilbudet, om avtalen er inngått mellom profesjonelle parter, det finansielle aspektet og om det er en synlig risiko. En objektiv vurdering av ordlyden alene er med andre ord ikke tilstrekkelig.

I denne saken ble avhendingslovens § 3-9 og § 3-7 avgjørende for resultatet, da disse bestemmelsene begrenser rekkevidden av ”som den er” – klausuler og lignende allmenne forbehold ved kjøp og salg av fast eiendom.

Utgangspunktet i Rt. 1982 s. 1357 og fornminnedommen var at risikooverføringsklausuler skal tolkes restriktivt med mindre øvrige opplysninger i saken taler for noe annet. I Nebb tomte - dommen er utgangspunktet at en slik klausul **ikke** skal tolkes innskrenkende, med mindre øvrige opplysninger i saken taler for noen annet. Det må altså være en ”grunn” som skulle tilsi en innskrenkende tolkning av ordlyden.

Hagstrøm²¹ hevder at i de tilfeller hvor en innskrenkende tolkning ikke er mulig baserer domstolene sine tilsidesettelse av klausulene på forutsetningssynspunkter:

”Når ordlyden er klar, har domstolene i realiteten underkjent klausuler som ville innebære at betydelige kontraktsbrudd ikke får virkning ved å anta at forutsetninger for anvendelse av klausulene ikke var til stede, jf. Rt. 1935 s. 497 og Rt. 1969 s. 679.”

Videre skriver han:

”... har domstolene antatt at en fraskrivelse ikke skal gjelde - i hvert fall ikke i uavkortet form – når den ville føre til resultater som er i strid med det partene har forutsatt å oppnå ved kontrakten.”

Dette kan til dels sammenlignes med gjennomskjæring etter læren om bristende forutsetninger.

I fornminnedommen ble ansvarsfraskrivelsen underlagt en restriktiv tolkning, men det ble også her lagt vekt på hva som var entreprenørens berettigede forventning. Faren for fornminner var liten etter de opplysninger han hadde mottatt, og han kunne på denne bakgrunn ikke forventes å ta i betraktning at ansvarsfraskrivelsen også gjaldt fornminner.

I Nebbtomta – dommen ble det lagt særlig vekt på at det var en synbar risiko. Dermed måtte kjøper legge til grunn at de forholdene som oppsto var omfattet av risikooverføringsklausulen.

Mye taler etter dette for at partenes forutsetninger i forhold til hva risikooverføringsklausulen innebærer, skal legges til grunn for tolkningen. I vurderingen skal ikke partenes subjektive forståelse legges til grunn, men hva de objektivt måtte forstå. Herunder må i så fall partenes profesjonalitet vektlegges.

²¹ Hagstrøm 2002 s. 634 og 637 flg.

Problemstillingen blir da om den rettsutvikling som er skjedd for bruken av ”as is” – klausuler ved kjøp og salg av fast eiendom, også kan gjøres gjeldende i sammensatt totalentrepriseforhold.

Felles for de tre dommene om ”as is” - klausuler som er nevnt ovenfor og den type sammensatte totalentreprisekontrakter som omhandles her, er at de gjelder kontrakter med profesjonelle parter på begge sider. Det tilsier at mange av de samme hensyn gjør seg gjeldende.

”As is” – klausuler og klausuler om risikooverføring fra byggherren til totalentreprenøren har mye av de samme virkningene. Dersom klausulene ikke var blitt avtalt, ville kjøper/ entreprenør i større grad kunne gjøre krav gjeldende overfor selger/ byggherre.

Ved sammensatte totalentrepriser overtar totalentreprenøren imidlertid risikoen for materiale som byggherren har utarbeidet, og som byggherren i utgangspunktet klart er nærmest til å bære risikoen for. Dette taler for en mer restriktiv tolkning i entrepriseforhold enn ved kjøp og salg av fast eiendom, hvor man foruten overføring av eiendommer som selger har oppført, også har mange tilfeller av rent videresalg.

Ved avhending av fast eiendom gjelder avhl. § 3-9 som begrenser rekkevidden av generelle forbehold. Både Rt. 1982 s. 1357 og Fornminnedommen gjaldt avtaler som var inngått før avhendingsloven trådte i kraft. Loven fikk derfor ingen tilsvarende betydning her som den fikk i Nebbtomta – dommen. Dette kan forstås slik at Høyesterett i Nebbtomta - dommen kunne gå inn for en mer objektiv tolkning, ettersom ansvarsfraskrivelsen likevel ville kunne begrenses etter avhl. § 3-9. Likevel er det slik at avhl. § 3-9 ikke er noen preceptorisk regel for næringsdrivende, men partene i Nebbtomta – dommen hadde ikke avtalt at den ikke skulle gjelde. Ettersom det ikke finnes en tilsvarende regel i entrepriseretten kan det bety at tolkninger av tilsvarende klausuler her kan bli annerledes.

Dommene gir etter mitt skjønn generelle retningslinjer for hvordan ansvarsfraskrivelser i avtaleretten skal tolkes. Det er ingen ting som tyder på at den tolkning de gir uttrykk for bare lar seg anvende ved kjøpekontrakter og ikke tilvirkningskontrakter.

Dommerne²² bruker selv uttrykket ”*slike klausuler*” som en mer generell betegnelse. Men det må selvfølgelig tas hensyn til spesielle forhold som er fremtredende på de ulike områder av avtaleretten.

I LG 1997 - 02010 foretas en lignende vurdering i forhold til bruken av ansvarsfraskrivelser i entrepris kontrakter som de vi har sett over. Forskjellen er derimot at klausulen her ikke knyttet seg til en generell udefinert risiko, men en konkret regulert risiko for geologiske forhold. Likevel kan denne dommen tas til inntekt for en nærmest tilsvarende vurdering av risikooverføringsklausuler i entrepriseretten som den vi har sett over. Eksempelvis blir det også her lagt vekt på at risikoreguleringen var overveid av entreprenøren.

På bakgrunn av det som er nevnt over trekker jeg den slutning at de samme tolkningsmomenter som gjelder i avtaleretten generelt, også gjør seg gjeldende ved tolkning av risikooverføringsklausuler i sammensatte totalentrepriser.

Den rettsutvikling som er skjedd viser at en objektiv forståelse av avtalens ordlyd ikke alene skal legges til grunn for klausulens innhold, man må også se på andre momenter i saken. Det vil si at det må en konkret vurdering til i hvert enkelt tilfelle. Det skal nok likevel mye til før en avtaleklausul mellom profesjonelle parter underlegges en restriktiv tolkning, jf. Nebbtomta - dommen. Den restriktiv tolkning som fant sted i pæledommen kan ikke uten videre anses å gi uttrykk for gjeldende holdninger til tolkning av risikooverføringsklausuler. Den praksis som har utviklet seg i senere tid, viser en mindre restriktiv tolkning av risikooverføringsklausuler.

4.4.3 Konkrete grunnlag for en restriktiv tolkning for risikooverføringsklausuler i sammensatte totalentrepriser

a) Begrenset contra full overtakelse av risiko

En risikooverføring kan enten skje ved en begrenset risikooverføring eller generell risikooverføring.

²² Rt. 2002 s 696, se s. 701.

Med begrenset risikooverføring menes at en av partene påtar seg en spesifisert eller klart avgrenset risiko som avviker fra bakgrunnsretten. Et eksempel er at totalentreprenøren overtar risikoen for en klart avgrenset del av byggherrens prosjekteringsmateriale, eller for spesifikke feil som prosjekteringsmaterialet kan inneholde.

Det er sterke holdepunkter for at en begrenset risikooverføring ikke skal underlegges noen restriktiv tolkning, jf. Rt. 1987 s. 1486 og Rt. 2002 s. 1425. En slik risikooverføring kan ofte være velbegrunnet og hensiktsmessig. Den vil også være mer forutsigbar enn en generell risikooverføring, og det er enklere for partene å vurdere omfanget av en slik klausul, jf. Fornminnedommen, Nebbtomta - dommen og Hagstrøm²³. Nettopp at klausulen er begrenset, taler for at den er veloverveid. Partene kan sies å eksplisitt ha tatt standpunkt til risikoplasseringen.

I Rt. 2002 s. 1425 ble det i forbindelse med salg av fast eiendom « som den er » opplyst av selger at det var problemer med vanninntrengning. Utbedringskostnadene viste seg å ville bli høyere enn antatt, og spørsmålet var om dette utgjorde en mangel etter avhl. § 3-9 andre punktum. Ettersom selger hadde gitt klare opplysninger om problemene, kom Høyesterett til at kjøper måtte bære risikoen for utgiftene. Det ble uttalt:

”Som jeg kommer nærmere tilbake til, er det i vår sak ikke bare tatt et « som den er »-forbehold, men det er også gjort uttrykkelig oppmerksom på en bestemt feil - problemet med vanninntrengning i underetasjen.”

I LG 1997- 02010 ble rekkevidden av en risikooverføringsklausul vurdert i forhold til en entreprenør som etter ordlyden i kontrakten hadde påtatt seg risikoen for grunnforholdene. Han overtok samtidig risikoen for resultatet av geologiske undersøkelser som byggherren hadde utført. Disse viste seg å være mangelfulle. Det ble lagt vekt på at risikooverføringsklausulen her ikke knyttet seg til en generell udefinert risiko, men en konkret regulert risiko for geologiske forhold. Det ble uttalt som følger:

²³ Viggo Hagstrøm. Obligasjonsretten. s. 637.

”Det er dessuten av betydning at risikobeskrivelsen ikke knytter seg til en generell udefinert risiko, men konkret regulerer risikoen for geologiske forhold”

Risikooverføringsklausulen ble blant annet på bakgrunn av dette ikke tolket restriktivt.

Det er de generelle risikooverføringsklausulene, som eventuelt gir grunnlag for en innskrenkende tolkning av ordlyden.

Med generell risikooverføring menes at totalentreprenøren har overtatt all risiko for byggherrens prosjekteringsmateriale. Risikoen er ikke begrenset til å bare gjelde for visse dokumenter eller klart avgrensede forhold. En slik risikooverføring er ofte ikke nærmere definert.

Eksempel på ordlyd er:

”Overordnet gjelder at totalentreprenøren ved inngåelse av kontrakt skal overta ansvaret for de av byggherren utarbeidede prosjektdokumenter som om han selv hadde utarbeidet dem. Ansvaret overtas ved kontraktsinngåelse for den utførte prosjektering.”

For å vurdere om en generell risikooverføring skal tolkes innskrenkende, er det nødvendig å se på de konkrete forhold i saken, jf. Nebbtomta - dommen.

Hvorvidt det foreligger en begrenset eller generell overtakelse av risiko er derfor av betydning for om klausulen skal tolkes objektivt eller restriktivt. En begrenset risikooverføring gjelder som utgangspunkt etter sin ordlyd. En generell risikooverføring kan imidlertid underlegges en restriktiv tolkning der andre tilstrekkelig sterke momenter taler for det.

Dette innebærer at i jo større grad en risikooverføringsklausul er klart avgrenset til å gjelde konkrete forhold, jo mindre grunnlag er det for å tolke klausulen innskrenkende.

b) Betydningen av at avtalen er inngått mellom profesjonelle parter

I Nebbtomta – dommen ble det lagt vekt på at det var en klar risiko, og at det derfor var forståelig at selger ville sikre seg mot krav på grunn av mangler. Det var videre et sterkt argument mot å tolke ansvarsfraskrivelser innskrenkende at partene var profesjonelle.

Som Nebbtomta – dommen illustrerer kan byggherren, selv om han er en profesjonell aktør ha behov for å avtale risikooverføring for prosjekteringsmaterialet. Det er ikke sikkert at han har tilstrekkelig med kompetanse i forhold til prosjektering. Risikoen for at det materialet han har utarbeidet inneholder feil vil i så fall være stor dersom han ikke har latt seg bistå av profesjonelle konsulenter. Det er da forståelig at byggherren ønsker at totalentreprenøren overtar risikoen for dette materialet. Det er imidlertid svært sjelden at byggherren prosjekterer selv uten å selv være kompetent til det, eller la seg bistå av konsulenter.

Det motsatte vil være tilfelle hvor byggherren har brukt profesjonelle til å utarbeide prosjekteringsmaterialet. Totalentreprenøren vil da ha større grunn til å kunne stole på at det innholdsmessig er godt utført, og at faren for feil er liten. I NS 3431 pkt. 9.7 skal det legges vekt på om byggherren har hatt egne fagkyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene, når det skal avgjøres i hvilken grad totalentreprenøren plikter å vurdere disse dokumentene. I forhold til pkt. 9.7 kom dette spørsmålet opp i LB – 2002 – 02983, hvor det ble lagt vekt på at totalentreprenøren hadde med en erfaren og profesjonell byggherre å gjøre. Til en viss grad kan en lignende vurdering legges til grunn ved risikooverføringsklausuler i forhold til rekkevidden av klausulens innhold. Et visst minstemål av forsvarlig utført arbeid må totalentreprenøren kunne forvente. Behovet for å fraskrive seg ansvar er da mindre og risikoen er ikke like klar.

Rettsteknisk kan det likevel være ”enklere” om totalentreprenøren både har risikoen for prosjektering og utførelse når det er inngått avtale etter NS 3431. Situasjonen vil da være tilnærmet lik et klassisk totalentrepriseforhold hvor totalentreprenøren faktisk har utført prosjekteringen og følgelig har risikoen for dette materialet.

Det må videre vektlegges at totalentreprenøren er en profesjonell aktør hva gjelder prosjektering. Spesielt når byggherrens prosjekteringsmateriale ikke er utarbeidet av fagkyndige og byggherren selv ikke er fagkyndig på område, vil totalentreprenøren

være nærmest til å oppdage feil i materialet. Mye taler for at totalentreprenøren da bør ha et sterkt profesjonsansvar.

I forhold til å påta seg risikoen er det avgjørende at totalentreprenøren både er profesjonell og ofte har tilgang på faglig bistand. Det hender også at kontraktene gjennomgås av jurister. Totalentreprenøren er derfor i stand til å ivareta sine egne interesser. Det vil fort være urimelig dersom han i etterkant kan påberope seg krav som han klart har avtalt seg bort fra å kunne gjøre gjeldende. Spesielt større, anerkjente firmaer vil ha vanskeligheter med å nå fram med påstander om at de ikke kjente rekkevidden av den avtalen de selv har vært med på å fremforhandle eller har undertegnet. De vil både ha den ekspertise og erfaring som tilsier at de skulle kunne ivareta sine egne interesser. Dette taler for at en objektiv tolkning av risikooverføringsklausulens ordlyd skal legges til grunn. For mindre entrepriseselskaper som inngår en avtale med en stor og anerkjent byggherre kan styrkeforholde likevel tilsi en annen vurdering.

I Rt. 2002 s. 1155 ble det uttalt:

”At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnlighet,”

Oppsummeringsvis vil partenes profesjonalitet vil være av stor betydning for hvordan risikooverføringsklausuler skal tolkes. Nettopp det at de er profesjonelle gjør at det skal svært mye til før en slik klausul kan tolkes innskrenkende.

c) Betydningen av at klausulen er veloverveid mellom partene

Dersom det viser seg at en avtale er blitt utformet på svært kort tid, og bærer preg av å være et hastearbeid, vil det kunne tilsi at avtalens innhold ikke er veloverveid fra partenes side. Dersom andre forhold før og etter kontraktsinngåelsen går i samme retning, kan dette tilsi at avtalens ordlyd bør tolkes innskrenkende.

I Rt. 1982 s. 1387 ble det lagt avgjørende vekt på at risikooverføringsklausulen ikke var vurdert, med den betydningen at bestemmelsen bare fikk virkning i forhold til mangler

av mer tradisjonell art. Nebbtomta – dommen viser også til at det kan være av betydning for tolkningen om klausulen er veloverveid eller ikke. I LG – 1997 – 02010 ble det lagt vekt på at entreprenøren hadde vurdert hvilken risiko han påtok seg, og at han dermed ikke kunne gjøre krav gjeldende.

For å kunne fastslå om risikoen er veloverveid eller ikke, må det skje en konkret vurdering i hver enkelt sak. Pris, tid og andre momenter vil kunne være av betydning for vurderingen av dette spørsmålet. Dersom det viser seg at risikooverføringen etter en konkret vurdering ikke er veloverveid, taler det for at klausulen skal tolkes innskrenkende.

d) Pristilbudets størrelse som tolkningsmoment

Når totalentreprenøren påtar seg risiko, innkalkuleres ideelt sett denne risikoen i prisen på oppdraget. Dette kan nærmest sammenlignes med en type forsikring. Byggherren betaler seg fri fra risiko, og det bør gi den trygghet han forventer i henhold til avtalen. Det ville således være svært urimelig om totalentreprenøren både kunne ta betalt for å ha risikoen, og i tillegg kreve tilleggsvederlag dersom det oppstår feil. Det ville innebære at han fikk dobbelt betalt.

Prisen på oppdraget vil derfor være en indikasjon på om ansvarsfraskrivelsen er veloverveid fra partenes side. Dette momentet vises det både til i Nebb tomta – dommen, samt øvrig rettspraksis²⁴.

Dersom entreprenøren ha gitt et lavt pristilbud, kan dette tolkes slik at han ikke har tatt høyde for den risikoen han faktisk har påtatt seg. Dette alene kan likevel ikke tilsi at risikoen ikke var veloverveid. Det hender at entreprenøren gir et lavt tilbud for å sikre seg slik at han vinner en anbudskonkurranse, eller for å få tilgang til et nytt marked. I slike tilfeller vil risikooverføringsklausulen likevel være veloverveid, men entreprenøren har valgt en strategi med tanke på senere oppdrag og inntjeningsmuligheter.

²⁴ Rt. Rt. 1982 s. 1357 og LG – 1997 s. 70.

I voldgiftsdom av 8. oktober 2004, hvor den ene dommeren er lagmannsrettsdommer til daglig, kom dette spørsmålet opp. Entreprenøren hadde her gitt et pristilbud som var svært lavt, med liten fortjeneste på oppdraget. Dette hadde han gjort for å skaffe seg tilgang på et nytt marked. Det ble i tillegg avtalt at entreprenøren skulle overta risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale. Voldgiftsdommeren sa her at entreprenøren selv måtte ha risikoen for å ha gitt et såpass lavt pristilbud, og at det ikke ville ha noen innvirkning på forståelsen av risikooverføringsklausulen. Prisen vil i følge denne avgjørelsen bare være ett av flere momenter av betydning når det skal vurderes om totalentreprenøren var innforstått med betydningen av å påta seg en slik omfattende risiko.

- e) Betydningen av at risikooverføringen strider mot funksjonsfordelingsprinsippet

Hele poenget med risikooverføringsklausulen er å fravike fra funksjonsfordelingsprinsippet. Spørsmålet her blir likevel om det at dette er et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten i seg selv har noe å si for tolkningen av risikooverføringsklausuler.

I Pæledommen ble en garanti satt til side fordi det ikke gav noen god mening å la entreprenøren ha risikoen for det arbeidet byggherrens arkitekt hadde utført²⁵. I henhold til de tre høyesterettsdommene²⁶ angående bruk av ”as is” – klausuler har man til dels fraveket denne svært restriktive måten å tolke avtaler mellom profesjonelle parter på.

Sandvik²⁷ fastslår på bakgrunn av denne dommen at risikofordeling som strider mot funksjonsdelingen må underlegges en streng restriktiv tolkning.

Det finnes ingen nyere høyesterettsdom enn Pæledommen innenfor entrepriseretten som omhandler dette spørsmålet. Ettersom dommen gir uttrykk for et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten vil den ha en tolkningsverdi. Når det er tvil om hva som har

²⁵ Se pkt. 6.4.2

²⁶ Rt. 1982 s. 1357, Rt. 1997 s. 70 og Rt. 2002 s. 696

²⁷ Sandvik 1966 s. 205 – 206

vært den felles forståelsen mellom partene og når ordlyden i kontrakten er motstridende, vil man måtte falle tilbake på bakgrunnsretten. Om dommen i seg selv gir grunnlag for en restriktiv tolkning av en klar ordlyd, stiller jeg meg tvilende til. Den praksis som har utviklet seg etter denne dommen tilsier en mindre restriktiv tolkning av risikooverføringsklausuler.

4.4.4 Hvilken konsekvens får det at en risikooverføringsklausul tolkes restriktivt?

I forhold til ansvarsfraskrivelse for mangler skriver Hagstrøm²⁸ at det kan synes som om domstolene ikke vil tillegge en ansvarsfraskrivelse rettsvirkning etter sitt umiddelbare innhold når det er *”skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som ikke ville få virkninger om fraskrivelsen fullt ut skulle opprettholdes”*. En av metodene som brukes er restriktiv tolkning.

I forhold til plassering av risiko kan det tolkes slik at når prosjekteringsmaterialet fra byggherren inneholder feil som har sin årsak i betydningsfulle kontraktsbrudd fra hans side, vil ikke risikooverføringsklausulen omfatte dette forholdet. Dersom entreprenøren ikke overvinner disse feilene vil det ikke føre til at det foreligger kontraktsbrudd, og han vil ha krav på fullt vederlag etter kontrakten.

I Rt. 1982 s. 1357 ble klausulen begrenset til å gjelde mangler av mer tradisjonell art. Hva som menes med mangler av mer tradisjonell art kan diskuteres. Feil som er grunnleggende og graverende, og som normalt ikke kan oppstå skal muligens holdes utenfor hva entreprenøren overtar risikoen for.

I Nebbtomta – dommen gikk man ikke bort fra et slikt syn. Her var det imidlertid en synbar risiko for forurensning i grunnen. I en slik situasjon var det forståelig at selger ville sikre seg mot krav på grunn av mangler, mente Høyesterett. Dette sett i sammenheng med at risikoen var overveiet, innkalkulert i prisen og avtalen var inngått mellom to profesjonelle parter, tilsa at det ikke var grunnlag for noen restriktiv tolkning. Når det er drevet industri på en tomt er forurensning i grunnen sannsynlig. Høyesterett uttalte at det måtte være åpenbart for partene at risikoen for skjulte feil og mangler var

²⁸ Hagstrøm 2002. s. 634.

stor. Dersom man tolker dette antitetisk, kan det være grunnlag for en innskrenkende tolkning av risikooverføringsklausuler, slik at forhold som ikke er ”synbar” for totalentreprenøren holdes utenfor risikooverføringen. En slik vurdering må ses i forhold til partenes berettigede forventninger. Det vil selvfølgelig i en slik vurdering måtte legges vekt på at totalentreprenøren er en profesjonell part.

I LG 1997 – 02010 ble det lagt vekt på at de forholdene/ hindringene som var oppstått var ”typiske” for slike oppdrag. Motsatt kan det tolkes slik at forhold som er ”utypiske” ikke skal omfattes.

Spesielt når totalentreprenøren overtar en annens utarbeidede materiale vil det kunne føre til en rimelig avgrensning av ansvaret han påtar seg. Hvilke feil og uoverensstemmelser i prosjekteringsmaterialet som er typiske for den typen oppdrag som avtalen gjelder vil variere. Det er først når feil oppstår at man kan ta stilling til om risikoen for feilene har vært synbare for partene. Det må avgjøres ved en konkret vurdering av hvert enkelt oppdrag. Etersom partene er profesjonelle må en slik vurdering skje ut fra hva en erfaren entreprenør på området måtte forstå.

Uttrykk som ”typiske feil”, ”synbar risiko”, ”klar risiko” og ”tradisjonelle feil” brukes av domstolene for å begrense rekkevidden av risikooverføringsklausuler, i den grad det er grunnlag for en restriktiv tolkning.

4.5 Hvilke deler av byggherrens materiale omfattes av risikooverføringsklausulene?

4.5.1 Byggherrens materiale som leveres før kontraktsinngåelse

I risikooverføringsklausuler presiseres det ofte at totalentreprenøren bare overtar risikoen for de dokumenter som overleveres før kontraktsinngåelse. Eksempel på en slik ordlyd er:

”Entreprenøren tar over ansvaret for det prosjektmaterialet som leveres av byggherren før kontraktsinngåelse. Entreprenøren kan således ikke gjøre krav gjeldende med årsak i feil og mangler ved dette prosjektunderlaget”

Sammenholder vi med NS 3431 pkt. 9, og diskusjonen vedrørende dokumenter som er levert før og etter kontraktsinngåelsen²⁹, har partene her selv avtalt en slik todeling av dokumentene.

I anbudskonkurranse er kontraktsinngåelsestidspunktet ved undertegnelse av kontrakten, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (1) andre setning. Det vil si at risikooverføringsklausulen omfatter alt det materialet som er utarbeidet og levert før eller ved kontraktsinngåelsen, men ikke det som utarbeidet og leveres etter dette tidspunkt.

Utenfor anbudskonkurranse er det mer usikkert. En avtale inngås normalt når tilbudet er akseptert. Den skriftlige avtalen blir gjerne utarbeidet i etterkant. For at totalentreprenøren skal kunne gi et tilbud er han avhengig av å få overlevert alle dokumenter i forkant. Det er avgjørende både for å vite hva oppdraget skal gå ut på og hvilket omfang oppdraget har. Totalentreprenøren må også få oversikt over hva det er han påtar seg risikoen for. Å fastholde regelen om at tilbud – aksept er utgangspunktet for når det er inngått en avtale vil derfor være riktig. De dokumenter som overleveres mellom tidspunktet for aksepten av tilbudet og undertegnelse av kontrakten, vil ikke være en del av grunnlaget for pristilbudet. Det vil derfor ikke være rimelig om totalentreprenøren også skulle ha overtatt risikoen for dette materialet.

Spørsmålet er deretter hvilke av de dokumenter som leveres før kontraktsinngåelsen som omfattes av risikooverføringsklausulen?

Ordlyden i risikooverføringsklausuler kan variere. Ofte er det bare skrevet at totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale, eller det er på ulike måter nærmere presisert hva som menes med prosjekteringsmateriale. Det hender også at risikoen avgrenses til å bare gjelde noen typer dokumenter. Følgende ordlyd er generell:

²⁹ Se oppgavens pkt. 4.4

”Overordnet gjelder at totalentreprenøren ved inngåelse av kontrakt skal overta ansvaret for de av byggherren utarbeidede prosjektdokumenter i form av tegninger, løsninger mv. som om han selv hadde utarbeidet dem..”

Her beskrives nærmere hva som menes med byggherrens utarbeidede prosjektdokumenter. Presiseringen er likevel svært snever og ikke uttømmende. Det må derfor tolkes hva som omfattes av beskrivelsen. Prosjektdokumenter vil være de dokumenter som beskriver utførelsen av oppdraget. Hvordan bygget skal se ut, hvilke funksjoner det skal ha, hvilke materialer som skal brukes osv. Typisk vil det omfatte utredninger, tegninger og nærmere beskrivelser av oppdraget.

Dersom det er presisert at risikoen bare skal overføre eksempelvis tegninger, eller andre dokumenter, må det anses å være uttømmende dersom ikke annet er skrevet.

Hvilke deler av byggherrens materiale som omfattes av risikooverføringsklausulene må derfor tolkes ut fra ordlyden i hver enkelt avtale.

4.5.2 Byggherrens etterfølgende påvirkning på prosjekteringen

Byggherrens etterfølgende påvirkning på prosjekteringen er den påvirkningen han utfører etter at totalentreprenøren har overtatt risikoen for prosjekteringsmaterialet. Dette kan skje på tre måter. Enten ved at byggherren gir direkte pålegg om bruk av løsninger, ved at han medvirker i den videre prosjekteringen, eller ved at han godkjenner løsninger som totalentreprenøren framlegger. Problemstillingen er om dette medfører at byggherren får risikoen for de konsekvenser som følger av hans påvirkning?

- a) Pålegg fra byggherren og dokumenter byggherren leverer etter kontraktsinngåelsen

Ettersom risikooverføringsklausulene bare omfatter de dokumenter byggherren overleverer før kontraktsinngåelsen innebærer det at bestemmelsene i NS 3431 må anvendes for de dokumenter som leveres etter kontraktsinngåelsen, jf. drøftelsen over i pkt. 4.5.1. Dette vil si at byggherren beholder risikoen for de dokumentene han leverer etter kontraktsinngåelse, med den begrensning som ligger i undersøkelses- og varslingsplikten for totalentreprenøren, jf. NS 3431 pkt. 9.6 og 9.7.

Byggherrens pålegg og direkte instruksjoner om bruk av bestemte løsninger etc. reguleres i NS 3431 pkt. 11. Forlanger byggherren etter kontraktsinngåelsen bruk av løsninger osv. som avviker fra det totalentreprenøren har rett til å velge, anses dette som et krav om endring, jf. pkt. 33. Vil totalentreprenøren påberope seg at en slik endring foreligger, skal han varsle byggherren uten ugrunnet opphold.

I den grad byggherren forlanger bruk av løsninger som begrenser totalentreprenørens valgfrihet etter pkt. 11, må det sammenlignes med dokumenter som leveres etter kontraktsinngåelse. Dette innebærer at byggherren har risikoen for de løsninger han pålegger totalentreprenøren å bruke. Det ville være svært urimelig om totalentreprenøren kunne pålegges bruk av løsninger som ikke er innkalkulert i pristilbudet, og i tillegg få risikoen for dette.

b) Byggherrens etterfølgende medvirkning på prosjekteringen

Byggherrens etterfølgende medvirkning er for eksempel at han kontrollerer det arbeidet totalentreprenøren utfører, og at han sier i fra hvis han mener at det bør gjøres på en annen måte. Det kan videre være at byggherren får mulighet til å velge mellom to eller flere løsninger som totalentreprenøren legger frem, eller at byggherren og totalentreprenøren sammen kommer fram til hvilke løsninger som skal benyttes.

Det som klart faller utenfor medvirkning er der byggherren selv har prosjektert deler av arbeidet og overleverer dette til totalentreprenøren, med en instruks om å følge innholdet i disse dokumentene. Byggherren medvirker ikke bare i et slikt tilfelle, han utfører prosjekteringen selv og pålegger totalentreprenøren å følge hans løsninger. Slike forhold faller inn under pålegg, noe byggherren har risikoen for, jf. ovenfor.

Byggherrens kontroll reguleres direkte av NS 3431 pkt. 14.4 (1). Etter denne bestemmelsen kan ikke totalentreprenøren påberope seg at arbeidet er utført under byggherrens kontroll dersom utførelsen viser seg å være i strid med kontrakten. Dette innebærer at byggherren som utgangspunkt ikke får noen risiko for slik medvirkning.

I de tilfeller hvor totalentreprenøren lar byggherren velge mellom ulike løsninger, vil det fortsatt være totalentreprenøren som har utarbeidet forslagene. Byggherren kan derfor ikke få risikoen for den løsningen han velger. Mer usikkert er det der byggherre

og totalentreprenør sammen utarbeider løsninger som benyttes. Det vil være nærliggende å tro at totalentreprenøren her har risikoen for dette materialet også, ettersom han har prosjekteringsansvaret. Bare i de tilfeller hvor det er avtalt at byggherren skal utarbeide deler av prosjekteringen etter kontraktsinngåelse, vil det være naturlig å ilegge ham risikoen for dette materialet.

For at det ikke skal oppstå tvil om hvem som har risikoen for hvilke forhold når byggherren har medvirket i totalentreprenørens prosjektering hender det at spørsmålet direkte reguleres i risikooverføringsklausulene, jf. eks. nedenfor:

”Byggherrens medvirkning ved totalentreprenørens prosjektering, herunder byggherrens kontroll av prosjektmaterialet, innebærer ikke at byggherren overtar noe av risikoen for prosjekteringen”.

Det er her presisert at byggherrens medvirkning ved totalentreprenørens prosjektering ikke medfører at han får noe av risikoen for dette materialet. Totalentreprenøren har altså risikoen for prosjekteringen selv om byggherren har deltatt og medvirket i den delen av prosjekteringsarbeidet som totalentreprenøren skal utføre etter kontrakten.

Det ser likevel ikke ut til at en slik klausul strekker seg særlig lenger enn det som følger av pkt. 14.4.

c) Byggherrens godkjenning av totalentreprenørens prosjektering

Byggherrens godkjenning av totalentreprenørens prosjektering medfører ikke at byggherren får risikoen for denne delen av prosjekteringsmaterialet. Dette følger direkte av NS 3431 pkt. 14.4 (2). Etter denne bestemmelsen fritar ikke byggherrens godkjenning av fremlagte forslag til tekniske løsninger, konstruksjoner eller materialvalg totalentreprenøren fra å levere kontraktsarbeidet i samsvar med kontraktens funksjonskrav.

4.6 Risikooverføringsklausulers betydning for de ulike risikotyper

4.6.1 Generelt

Problemstillingen er hvilken betydning risikooverføringsklausuler får for de ulike risikotyper etter NS 3431 jf. drøftelsen ovenfor i pkt. 3.2.2.

Typisk følger det av ordlyden i risikooverføringsklausuler at totalentreprenøren overtar materialet ”*som om han har utarbeidet det selv*”. Dette innebærer at standardavtalens bestemmelser må leses slik at det er totalentreprenøren som har utarbeidet prosjekteringsmaterialet, og ikke byggherren.

Selv om en slik ordlyd ikke er brukt i risikooverføringsklausulen, men det bare står skrevet at totalentreprenøren overtar all risiko for byggherrens utarbeidede prosjekteringsmateriale, så må likevel det samme gjelde. Ordlyden ”*som om han har utarbeidet det selv*” anses å være en presisering.

Jeg vil nedenfor se på de ulike risikotyper, og hvordan risikoen fordeles i forhold til disse etter at det er inngått en avtale om at totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale.

4.6.2 Forhold i grunnen

Som nevnt over i pkt. 3.2.2 a har byggherren i henhold til NS 3431 pkt. 8.2.1 risikoen for at de opplysningene han gir om grunnforholdene er riktige. Spørsmålet her blir om totalentreprenøren gjennom en risikooverføringsklausul, har overtatt risikoen for dette materialet. Spesielt interessant er dette i forhold til geologiske undersøkelser som byggherren har fått utført, og eventuelle feil i dette materialet.

Det kommer helt an på ordlyden i risikooverføringsklausulen om totalentreprenøren har overtatt risikoen for disse opplysningene. Når det er presisert at totalentreprenøren overtar risikoen for de av byggherrens utarbeidede prosjektdokumenter i form av rammebeskrivelser, kravspesifikasjoner, tegninger m.v. kan jeg ikke se at de opplysninger som blir gitt om grunnforholdene omfattes av dette. Dersom det presiseres at prosjekteringsdokumentene også omfatter opplysninger om grunnforholdene, er det

likevel klart at de omfattes. Når det bare skrives prosjekteringsmateriale, så er jeg mer i tvil. I NS 3431 er opplysninger om grunnforholdene tatt inn under pkt. 8 om lokale forhold – grunnforhold, og ikke pkt. 9 om rådgivning og prosjektering. Dette kan bety at opplysninger om grunnforholdene holdes utenfor hva som medregnes som prosjekteringsdokumenter.

Det er derfor grunn til å anta at når det ikke er nærmere presisert om totalentreprenøren har overtatt risikoen for riktigheten av de opplysninger om grunnforholdene som byggherren gir, så finnes det ikke noe grunnlag for at disse opplysningene skal omfattes av risikooverføringen. Totalentreprenøren har dermed ikke ansvar for disse opplysningene.

Etter NS 3431 pkt. 8.2.2 har byggherren den objektive risiko for grunnforhold generelt. Spørsmålet videre blir om totalentreprenøren ved en risikooverføringsklausul har overtatt denne risikoen.

Dersom det ikke er presisert at risikoen for grunnforholdene omfattes av risikooverføringsklausulen, kan ikke en generell risikooverføring i seg selv være tilstrekkelig. Risikoen for grunnforhold kan ikke omfattes av at totalentreprenøren overtar en generell risiko for byggherrens prosjekteringsmateriale. Grunnforhold kan på ingen måte anses å være prosjekteringsmateriale.

Dersom totalentreprenøren skal overta risikoen for grunnforholdene, må det gå klart fram av avtalen. Er det presisert i risikooverføringsklausulen at en slik risiko overføres, vil det være tilstrekkelig. I så fall har totalentreprenøren full risiko for grunnforholdene, med mindre risikoen er begrenset. Dette innebærer at dersom det skulle oppstå forhold i grunnen som får innvirkning på byggeprosessen må totalentreprenøren bære konsekvensene av dette for egen regning.

4.6.3 Feil og svakheter i prosjekteringsmaterialet

Byggherren har i utgangspunktet risikoen for feil og svakheter i det prosjekteringsmaterialet han har utarbeidet, jf. ovenfor i pkt. 3.2.2 b.

Det er liten tvil om at slike feil og svakheter i prosjekteringsmaterialet må være omfattet når totalentreprenøren overtar risikoen for prosjekteringsmaterialet, uavhengig av om

han overtar ansvaret ”som om han har utarbeidet materialet selv” eller han overtar ansvaret uten en tilsvarende ordlyd. Feil og uoverensstemmelser i dette materialet vil følgelig ikke kunne gjøres til gjenstand for krav om tilleggsvederlag eller fristforlengelse. Så lenge totalentreprenøren har risikoen, vil han måtte ha plikt til å overvinne de hindringer som oppstår underveis som følge av produksjonssvakheter for egen regning.

Risikoen vil være tilsvarende den totalentreprenøren hadde hatt hvis han hadde utarbeidet prosjekteringsmaterialet selv, jf. NS 3431 pkt. 9.8, jf. pkt. 37.1. Det vil eventuelt være en mindre risiko dersom forhold skulle tilsi at klausulen må tolkes innskrenkende.

4.6.4 Uheldig valg av løsninger

Barbo³⁰ mener at bruken av begrepet ”konstruksjonsrisikoen” – risikoen for den valgte konstruksjonsmåte - ikke gir noen mening. Totalentreprenøren vil ha en resultatforpliktelse, og hvilke metoder han bruker for å oppnå resultatet er i følge Barbo irrelevant. I sammensatte totalentrepriser mener jeg likevel at det er hensiktsmessig å se nærmere på hvem som har risikoen for valg av løsninger, konstruksjonsmåte og materiale, ettersom totalentreprenøren ikke har prosjektert selv.

I klassisk totalentreprise, hvor totalentreprenøren har ansvar for all prosjektering, kan det ikke sies å forligge noen konstruksjonssvikt som entreprenøren har risikoen for hvis ikke denne konstruksjonssvikten også medfører at funksjonskrav i henhold til kontrakt ikke oppfylles. I de tilfellene hvor byggherren har utarbeidet prosjekteringen vil likevel ikke bare funksjonskravene, men også de løsninger som er valgt, være en del av kontrakten. Totalentreprenørens valgfrihet etter pkt. 11 er her begrenset. Hvis funksjonskravet kan oppfylles på to måter, er totalentreprenøren forpliktet til å følge den løsningen som byggherren har prosjektert. Dersom byggherrens løsning ikke er brukt, vil det kunne resultere i at bygget har en mangel selv om byggets funksjonskrav er oppfylt. Viser det seg at de valgte løsninger ikke er anvendelige for å oppnå de funksjonskrav som stilles i kontrakten, vil likevel totalentreprenøren ha risikoen for å

³⁰ Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko fra 1990 av Jan Einar Barbo (heretter: Barbo 1990) s. 53 og 54.

ikke ha oppdaget slike feil. Dersom den løsningen byggherren har valgt ikke er anvendelig, må totalentreprenøren overvinne denne hindringen for egen regning.

NS 3431 deler også inn feil som kan foreligge i produksjonsmaterialet inn i ”produksjonssvakheter”, jf. pkt. 9.6 og ”uheldige konsekvenser av de løsninger som er valgt”, jf. pkt. 9.7. Det taler for en lignende oppdeling av materialet når man skal fastlegge hvem som har risikoen for hva.

Når totalentreprenøren har overtatt risikoen for byggherrens materiale, så har han også overtatt risikoen for hvilke løsninger som er anvendelige for å oppnå den resultatforpliktelse som ligger i kontrakten. Jeg kan heller ikke her se at det er noen forskjell på om han har overtatt risikoen for materialet som om han har utarbeidet dette selv, eller om det bare står at han har overtatt risikoen for prosjekteringsmaterialet. Ovennevnte ordlyd vil bare være en presisering.

Eneste forskjellen kan være dersom totalentreprenøren overtar risikoen for materialet som om han selv hadde utarbeidet det, så har han mulighet til å endre på hvilke løsninger som skal benyttes. Det kan han ikke gjøre når han ”bare” overtar risikoen for prosjekteringsmaterialet. Grunnlaget for en slik tolkning er at byggherrens valg vil være bindende for totalentreprenøren, men det vil ikke totalentreprenørens egne valg være, så lenge han oppfyller funksjonskravet. Det forutsetter at den valgte løsning ikke kan anses å være forutsatt av byggherren som en del av kontraktsforpliktelsene.

I forhold til pkt. 9.7 er risikoen for de løsninger byggherren har valgt, uansett betydelig utvidet. Han har ikke bare en plikt til å undersøke dokumentene og eventuelt varsle ved klare feil, eller klart uheldige konsekvenser. Totalentreprenøren må også bære konsekvensene for egen regning. Eventuelt med de begrensninger som kan følge av en innskrenkende tolkning eller annen rimelighetssensur.

4.6.5 Utviklingsrisikoen

Spørsmålet her blir om totalentreprenøren ved å overta risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale, også overtar utviklingsrisikoen for dette materialet.

Ved klassisk totalentreprise har totalentreprenøren en resultatforpliktelse når han både skal prosjektere og utføre byggingen. Det kan derfor argumenteres med at han må ha risikoen for at de løsninger og metoder som er valgt holder mål i framtiden. I hver fall ut reklamasjonstiden. Han vil følgelig ha risikoen for utviklingsfeil.

Barbo³¹ drøfter dette spørsmålet, og slår fast at dette er byggherrerisiko i klassisk totalentreprise. Han viser blant annet til Rt. 1968 s. 783. I denne saken ble det valgt en byggemåte som var vanlig på byggetidspunktet. Flere år senere viset det seg at denne måten ikke var god nok i vestlandsklima hvor dette bygget var oppført. Det oppstod råteskader i ytterkledningen. Høyesterett uttalte at byggmesteren hadde:

”oppført huset etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett å være forsvarlig”

På bakgrunn av dette ble byggmesteren frifunnet for byggherrens erstatningskrav.

En slik tolkning vil føre til et avvik fra den omfattende funksjonsrisiko som totalentreprenøren har. Når totalentreprenøren først har oppfylt sin ytelse etter kontrakten når det foreligger et bygg som fungerer som antatt, taler det for at han har risikoen for at bygget også fungerer som forutsatt ut reklamasjonstiden. Om totalentreprenøren har brukt metoder som på byggetidspunktet var vanlige i bransjen vil da være irrelevant.

Likevel kan det virke urimelig at totalentreprenøren skal ha risikoen for at den byggtekniske utviklingen er mangelfull. Det kan ikke forventes at han skal være spåmann. Jeg er under sterk tvil kommet til at Barbo sitt synspunkt må være gjeldende, og at rimelighetshensyn peker i den retning. Utviklingsrisiko er byggherrerisiko, selv der totalentreprenøren har en resultatforpliktelse.

Hvis totalentreprenøren ikke har utviklingsrisikoen når han selv utarbeider prosjekteringsmaterialet, kan han heller ikke få en slik risiko når han overtar

³¹ Jan Einar Barbo, totalentreprise s. 59 flg.

byggherrens materiale. Dersom totalentreprenøren også skal overta utviklingsrisikoen, så må det presiseres spesielt i kontrakten.

4.7 Tid for undersøkelse av prosjekteringsmateriale før overtakelse av risiko

Det hender at det avtales at totalentreprenøren skal gis en viss tid til å kontrollere den prosjekteringen byggherren har utarbeidet, før han overtar risikoen for dette materialet. Det ser vi eksempel på i følgende ordlyd:

”Overordnet gjelder at totalentreprenøren ved inngåelse av kontrakt skal overta ansvaret for de av byggherren utarbeidede prosjektdokumenter. Det gis tilstrekkelig med tid for kontroll før ansvaret overtas for den utførte prosjektering”.

Etter denne ordlyden er det regulert at entreprenøren skal gis tilstrekkelig med tid til å gjennomgå de dokumenter som blir overlevert, før han overtar risikoen for materialet. Dette kan minne om en reklamasjonstid, men forskjellen er at en reklamasjonstid løper fra risikoen faktisk er overtatt. Her er det gitt tid til å kontrollere materialet før risikoen overtas. Det er ikke regulert nærmere hvor lang tid til å undersøke prosjektet totalentreprenøren får. Man faller derfor tilbake på en vurdering av hva som menes med tilstrekkelig tid. I en slik vurdering må det legges til grunn hvor lang tid som normalt brukes for å gjennomgå materialet. Sett i forhold til at en omfattende risiko overtas, må det gis tid til en grundig gjennomgang. En vurdering må tas i hvert enkelt tilfelle og ses ut fra omfanget av det materialet som byggherren har prosjektert. Her vil entreprenørens mening ha mye å si for hva som anses å være tilstrekkelig med tid. Det er hans medarbeidere og ressurser som skal brukes i gjennomgangen.

Det hender at partene konkret avtaler hvor lang tid totalentreprenøren skal få til å gjennomgå dokumentene. Jeg har fått opplyst at det normalt avtales en tidsperiode fra ca. fjorten dager og opp til seks uker. I den grad det kan anses å være bransjepraksis vil det kunne være en pekepinn på hvor lang tid som bør aksepteres, og da legges til grunn for tolkningen.

Dersom totalentreprenøren oppdager feil i prosjekteringsmaterialet ved denne undersøkelsen har han mulighet til å informere byggherren om disse feilene. Dette vil gi grunnlag for en revisjon av avtalen. De feilene som oppdages kan medføre at arbeidet

blir dyrere enn antatt, og prisen på oppdraget må revurderes. Feilene kan også få innvirkning på den fremdriftsplan og ferdigstillelsesfrist som er avtalt, slik at disse må justeres.

Ettersom risikoen for prosjekteringsmaterialet ikke går over på totalentreprenøren før fristen til å undersøke materialet utløper, er det klart at byggherren må bære konsekvensene av de feil som materialet inneholder for egen regning.

Dersom totalentreprenøren ikke oppdager feil under denne undersøkelsesperioden, men først oppdager dem senere, vil det være for sent. Han har da overtatt risikoen for materialet. Totalentreprenøren må da overvinne hindringen, uten å oppnå rett på tilleggsvederlag eller fristforlengelse.

5 Kilderegister

5.1 Litteratur

- Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Universitetsforlaget, 1997.
- Barbo, Jan Einar. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. Tano, 1990.
- Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett; utvalgte emner*. Oslo 1997
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, ViggoHagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2002.
- Marthinussen, Karl *NS 8405 med kommentarer*. Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans- Jørgen Arvesen m.fl. 1. utgave. Gyldendal Norsk forlag AS 2004.
- Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.
- Urbye, Hans Jakob *Kurskompendium, NS 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise*. Norges Byggstandardiseringsråd, 1992.
- Woxholth, Geir *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. 2. utgave. Ad Notam Gyldendal, 1997.

5.2 Rettspraksis

Norsk rettstidende

- Rt. 1911 s. 1037
- Rt. 1917 s. 673 (Pæledommen)
- Rt. 1935 s. 497
- Rt. 1948 s. 370 (Bærturdommen)
- Rt. 1952 s. 1334
- Rt. 1967 s. 1248
- Rt. 1968 s. 783
- Rt. 1969 s. 679
- Rt. 1978 s. 1157
- Rt. 1982 s. 1357
- Rt. 1985 s. 498
- Rt. 1987 s. 1486
- Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1997 s. 70 (Fornminnedommen)
Rt. 1994 s. 626 (Speditørdommen)
Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebru)
Rt. 2002 s. 696 (Nebb tomte – dommen)
Rt. 2002 s. 1155
Rt. 2002 s. 1425
Rt. 2003 s. 1132

Voldgiftsavgjørelser

Voldgiftsdom av 8. oktober 2004.

Øvrig rettspraksis

LG – 1997 02010. Gulating lagmannsrett 1999.05.06.
LB – 2002 02983 Borgarting lagmannsrett
LB – 2002 02983. Borgarting lagmannsrett 2003.09.11.

5.3 Lover og standardavtaler

Lover

Norsk lov 5-1-2

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4. (Avtaleloven).

Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27. (Kjøpsloven)

Lov om håndverkertjenester av 16. juni. 1989 nr. 63. (Håndverkertjenesteloven)

Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93. (Avhendingsloven)

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43. (Bustadoppføringslova)

Lov om forbrukerkjøp av 21. juni. 2002 nr. 34. (Forbrukerkjøpsloven)

Standardavtaler

NS 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise 2. utgave. Norges Byggstandardiseringsråd (NBR) 1994.

NS 8405 – Norsk bygge - og anleggskontrakt 1. utgave. Norges Byggstandardiseringsråd (NBR) 2004.

