

UiO : **Det juridiske fakultet**

Overtakelse av prosjekteringsrisiko i totalentreprise

Med særlig vekt på tolkning, utfylling og revisjon av klausuler som overfører risikoen for byggherrens prosjektering i totalentreprisekontrakter

Kandidatnummer: 715

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17857



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Kort om rettskildesituasjonen	3
1.3	Avgrensning og oversikt over den videre fremstillingen	4
2	NÆRMERE OM RISIKOBEGREPET	5
2.1	Vederlagsrisikobegrepet	5
2.2	Nærmere om prosjekteringsrisikoen.....	6
2.3	Begrepene ”risiko” og ”ansvar”	7
3	HOVEDREGELN – RISIKOEN FØLGER FUNKSJONSFORDELINGEN..	8
3.1	Funksjonsfordelingsprinsippet.....	8
3.2	Byggherrens prosjekteringsrisiko	9
3.3	Totalentreprenørens prosjekteringsrisiko	9
3.4	Undersøkelses- og varslingsplikten modifierer utgangspunktet	10
4	RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULENE OG REGLENE I NS 8407 PKT. 24.2	10
	
4.1	Risikooverføringsklausulene – deres bakgrunn og problemer	10
4.2	Avtalt risikoovergang i NS 8407 pkt. 24.2.....	14
4.2.1	Krav til avtalegrunnlag.....	14
4.2.2	Protokollens anbefalinger – en unntaksregel?.....	15
4.2.3	Kontroll, frist og varsel	16
4.2.4	Standardens utgangspunkt ved avtalt risikoovergang	21
4.2.5	Kan totalentreprenøren holde byggherrens prosjekterende ansvarlig?	23
5	TOLKNING AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER	25

5.1	Problemstilling og angrepsvinkel	25
5.2	Utgangspunktet: den objektive tolkningslære	26
5.2.1	Kan det restriktive perspektivet opprettholdes?	28
5.3	Øvrige forhold av betydning for klausulenes rekkevidde	31
5.3.1	Klausulens kontekst: den faktiske bakgrunnen, forhandlinger, partenes forutsetninger, vederlaget m.m.	31
5.3.2	Betydningen av NS 8407 ved tolkningen.....	37
5.3.3	Forutsetningssynspunktet og forbehold	38
5.3.4	Betydningen av at balansen i kontrakten forrykkes – rimelighetshensyn....	41
5.3.5	Kontraktens arbeidsomfang har betydning for klausulens rekkevidde	45
5.4	Oppsummering	47
6	BEGRENSNINGER I RISIKOOVERFØRINGEN	49
6.1	Problemstilling og angrepsvinkel	49
6.2	Byggherrens subjektive forhold.....	49
6.2.1	Informasjonssvikt kan begrense rekkevidden	50
6.3	”Vesentlige avvik” i prosjekteringsmaterialet.....	58
6.3.1	Gir NS 8407 pkt. 23.2 første ledd uttrykk for et generelt prinsipp?	58
6.3.2	Risikooverføring i tråd med reglene og forutsetningene i NS 8407	60
6.3.3	Risikooverføring utenfor situasjonene som protokollen forutsetter.....	62
7	REVISJON AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER	65
7.1	Problemstillingen.....	65
7.2	Det klare utgangspunktet i kommersielle forhold	65
7.3	Forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36	65
7.3.1	Revisjon på grunnlag av læren om bristende forutsetninger.....	66
7.3.2	Revisjon på grunnlag av avtaleloven § 36	69
8	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	72
9	KILDEHENVISNINGER.....	73

9.1	Lover.....	73
9.2	Juridiske standarder	73
9.3	Høringsuttalelser.....	74
9.4	Høyesterettsdommer	74
9.5	Underrettsavgjørelser.....	75
9.6	Voldgiftsdommer.....	75
9.7	Uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd.....	75
9.8	Bøker	76
9.9	Artikler.....	77
9.10	Internettider	77

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Entreprisekontrakter kjennetegnes av at entreprenøren skal utføre et bygge- eller anleggsoppdrag for byggherren, og levere det vesentlige av materialer som er nødvendig for oppdraget.¹ Tradisjonelt skiller det mellom utførelses- og totalentreprisekontrakter. Sistnevnte er tema i denne oppgaven.

Begrepet ”totalentreprise” er ikke entydig og omfatter ulike kontraktsmodeller.² Det karakteristiske for totalentreprisekontrakter er at totalentreprenøren påtar seg både en prosjekterings- og utførelsesforpliktelse.³ Gjeldende kontraktsstandard for totalentreprise er NS 8407.⁴ I en klassisk totalentreprise står totalentreprenøren for hele eller vesentlige deler av prosjekteringen. Totalentreprise anvendes imidlertid også i prosjekter med et langt utviklet prosjekteringsunderlag, såkalt modifisert totalentreprise. Det er i de prosjekter der byggherren selv har utført deler av prosjekteringen at oppgavens tema ”overtakelse av prosjekteringsrisiko” er praktisk.

Byggherrens prosjekteringsmateriale inngår i tilbudsgrunnlaget. Dette er totalentreprenørens beregningsgrunnlag, og utgjør forutsetningene for hans kostnads- og fremdriftskalkyle. Ved kontraktsinngåelsen overlates ansvaret for den videre prosjektering og utførelse av prosjektet til totalentreprenøren. Prosjekteringsmaterialet, som er utarbeidet og overlevert av byggherren, utgjør således også premissene for totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse. Byggherren angir totalentreprenørens kontraktsforpliktelse i form av beskrivelser og funksjonskrav. Disse beskriver hvilke kvaliteter og funksjoner prosjektet skal oppnå.

¹ Giverholt (2012) s. 51.

² Barbo (1990) s. 16.

³ Hagstrøm (1997) s. 16.

⁴ 1. utg. fra juli 2011.

Totalentreprenøren har risikoen for at kontraktsgjenstanden prosjekteres og utføres slik at kontraktens krav blir oppfylt, jf. NS 8407 pkt. 14.1.

Hovedregelen i entrepriseretten er at risikoen følger funksjonsfordelingen i kontrakten.⁵ Det betyr at byggherren i utgangspunktet har risikoen for det prosjekteringsmaterialet han utarbeider i prosjektet, mens totalentreprenøren har risikoen for sin prosjekteringsinnsats. Denne hovedregelen kan imidlertid kontraktsmessig fravikes. I praksis ser man en økende utbredelse av kontraktsbestemmelser som tar sikte på å overføre risikoen for byggherrens prosjektering til totalentreprenøren, gjennom risikooverføringsklausuler.⁶ Temaet for oppgaven er denne situasjonen – der risikofordelingen endres ved at totalentreprenøren kontraktmessig påtar seg risikoen for prosjekteringsmateriale utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelsen.

Oppgaven søker å avklare hvor langt slike risikooverføringsklausuler strekker seg. Sentralt står spørsmålet om slike klausuler skal undergis en streng ordlydsfortolkning eller innskrenkende tolkning. Situasjonen hvor det er avtalt overtakelse av byggherrens prosjekteringsrisiko er nå regulert i NS 8407 pkt. 24.2. Disse reglene vil bli behandlet. Et spørsmål er hvilken innvirkning standarden og protokollens forutsetninger får på tolkningen av risikooverføringsklausulene. Videre behandles spørsmålet om hvilke forhold som kan begrense risikoen totalentreprenøren påtar seg. Herunder drøftes spørsmålet om klausulene kan harmoniseres med bakgrunnsrettens regler. Oppgaven drøfter også hvilket revisjonsgrunnlag som kan modifisere slik avtalt risikoplassering, og hvilke forhold som taler for og mot revisjon.

⁵ Funksjonsfordelingsprinsippet gjennomgås i pkt. 3.2.

⁶ Nærmere om dette i pkt. 4.1

1.2 Kort om rettskildesituasjonen

Fremstillingen følger alminnelig juridisk metode med utgangspunkt i rettskildeprinsippene. Rettskildesituasjonen på entrepriserettens område preges av lite lovregulering og autoritativ rettspraksis. Entrepriseretten er utelukkende lovregulert i forbrukerforhold⁷ og det sparsomme grunnlaget av rettspraksis skyldes at tvistene tradisjonelt ble løst ved voldgift. Det er et fåtall Høyesterettsavgjørelser og underrettspraksis som berører problemstillingene ved overtakelse av byggherrens prosjekteringsrisiko.

Dette kan skyldes at den avvikende ordningen er forholdsvis ny i praksis, og at klausulene operer i store kommersielle entreprisekontrakter, som ofte løses ved forlik og voldgift. Jeg har vært i kontakt med flere professorer og advokater innenfor området, uten å lykkes i å oppspore voldgiftsdommer som berører temaet.

De norske standardkontraktene, utgitt av Standard Norge, spiller en stor rolle som kontraktsmodeller. Standardene er fremforhandlet av de ulike aktørene i bransjen og gir uttrykk for bransjepraksis. NS 8407 regulerer situasjonen med avtalt risikoovergang og disse bestemmelsene får direkte anvendelse der standarden er benyttet mellom partene. Komitéen som utarbeidet NS 8407 har gitt særskilte retningslinjer om avtalt risikoovergang i protokollen til standarden. Protokollen angir virkeområdet for standarden og viktige forutsetninger for bruken. Protokollen er veiledende og knytter seg til forhold som i tid ligger forut for kontraktsinngåelsen. På denne bakgrunn er protokollen ikke rettslig bindende for partene.⁸ Imidlertid gir protokollen uttrykk for reelle hensyn som vektlegges i oppgaven.

På grunn av rettskildesituasjonen har juridisk litteratur tradisjonelt spilt en viktig rolle i entrepriseretten, og tillegges også vekt i denne oppgaven. Ettersom oppgavens tema er relativt lite berørt i de tradisjonelle kildene, vil reelle hensyn og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper få relativt stor vekt der løsningene ikke kan forankres i autoritative rettskilder.

⁷ Se bustadoppføringsloven og håndverkertjenesteloven.

⁸ Se protokollen til NS 8407.

1.3 Avgrensning og oversikt over den videre fremstillingen

Problemstillingene som springer ut av en endret risikofordeling er også aktuelle for andre tilvirkningskontrakter, eksempelvis fabrikasjons-, petroleums- og skipsbyggingskontrakter. Denne oppgaven fokuserer på landbaserte bygg- og anleggskontrakter; og mer spesifikt totalentreprisekontrakter basert på NS 8407. Oppgaven rettes mot totalentreprisekontrakter inngått mellom profesjonelle parter. Det vil si at bustadoppføringslova ikke blir nærmere behandlet. Fokuset vil være på overtakelse av risiko for prosjektering som er utført *før* kontraktsinngåelsen. Dermed avgrenses det mot byggherrens etterfølgende påvirkning på prosjekteringen, eksempelvis gjennom pålegg, medvirkning og kontroll. Partene kan også avtale at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggherrens etterfølgende prosjektering, men dette vil altså ikke bli behandlet nærmere. Byggherrens prosjekteringsrisiko kan overføres i kombinasjon med tiltransport av prosjekterende, jf. NS 8407 pkt. 13.2.2 femte ledd. Tiltransport av prosjekterende faller utenfor oppgavens tema og behandles ikke nærmere.

I den videre fremstillingen redegjøres det først for risikobegrepet i pkt. 2. I pkt. 3 gis det en kort fremstilling av hovedregelen for risikofordelingen etter NS 8407, der partene *ikke* har avtalt risikoovergang. Risikooverføringsklausulene og reglene for avtalt risikoovergang i NS 8407 pkt. 24.2, behandles i pkt. 4. Spørsmålet om hvordan risikooverføringsklausulene skal tolkes drøftes i pkt. 5. Hvilke forhold som kan begrense omfanget av risikoen totalentreprenøren påtar seg, og hvorvidt klausulene kan harmoniseres med bakgrunnsretten regler, behandles i pkt. 6. Revisjon av risikooverføringsklausulene fremstilles i pkt. 7. Avslutningsvis i pkt. 8, gis det noen generelle bemerkninger om avtalt risikooverføring.

Alle understrekninger som fremkommer i sitater i oppgaven er mine.

2 NÆRMERE OM RISIKOBEGREPET

2.1 Vederlagsrisikobegrepet

Risikobegrepet er ikke definert i de entrepriserettslige standardkontraktene. I kontraktsretten operer man med tre risikobegreper: vederlagsrisikoen, oppfyllelserisikoen og eierrisikoen.⁹ Det er den førstnevnte, *vederlagsrisikoen*, som er aktuell under oppgavens tema og skal forklares nærmere.

I begrepet ”vederlagsrisiko” inngår spørsmålet om hvem av partene som skal bære risikoen med hensyn til vederlaget når en kontraktsmessig ytelse ikke presteres. Barbo kaller dette for sammenhengen mellom ytelsesplikt og vederlagskrav.¹⁰ En klassisk angrepvinkel er å stille spørsmålet om hva totalentreprenøren plikter å yte for å oppnå det avtalte vederlaget.¹¹ For å besvare dette må totalentreprenørens kontraktsforpliktelse fastlegges ved å tolke kontrakten. Betydningen av å plassere vederlagsrisikoen viser seg når det oppstår svikt i prosjektet.

Dersom vederlagsrisikoen ligger hos totalentreprenøren, det vil si at årsaken til svikten ligger innenfor hans kontraktsforpliktelse, vil risikoplasseringen medføre en mangel eller forsinkelse. De rettslige virkningene er at byggherren kan gjøre misligholdssanksjoner gjeldende. Dette innebærer at totalentreprenøren for egen regning må dekke kostnadene forbundet med å gjøre kontraktsgjenstanden mangelfri, eventuelt betale erstatning eller tåle prisavslag.¹² Oppdages feilen underveis i prosjektet kan byggetiden påvirkes – med fare for forsinkelse. Totalentreprenøren må for egen regning overvinne hindringen for å unngå mis-

⁹ Hagstrøm (2011) s. 40

¹⁰ Barbo (1990) s. 13 og s. 28.

¹¹ *Ibid* s. 28, Barbo (1997) s. 295 og Sandvik (1966) s. 156.

¹² Se NS 8407 pkt. 42.3, pkt. 42.5 og pkt 42.4.

ligholdssanksjoner, selv om det blir dyrere enn forutsatt i tilbudet. Dersom ferdigstillelsen blir forsinket må totalentreprenøren betale dagmulkt.¹³

Plasseres derimot vederlagsrisikoen hos byggherren, det vil si at årsaken til svikten ligger utenfor totalentreprenørens kontraktsforpliktelse, vil manglende oppfyllelse ikke utgjøre kontraktsbrudd som berettiger beføyelser på byggherrens hånd. Det betyr at byggherren selv må bære ”*tidsforskyvninger, forringelser og fordyrelser som svikten medfører*”.¹⁴ Ytterligere kan svikten gi totalentreprenøren grunnlag for å kreve fristforlengelse, vederlagsjustering og/eller konstatering av kontraktsmessig ytelse.¹⁵

På denne bakgrunn ser man at det er nær sammenheng mellom risikoplasseringen på den ene siden og reglene om fristforlengelse, vederlagsjustering og misligholdsbeføyelsene på den annen.

2.2 Nærmere om prosjekteringsrisikoen

”Prosjektering” er et vidt begrep som ikke er nærmere definert i standardkontraktene. Kort forklart er prosjekteringen de løsningene som ligger til grunn for byggeprosjektet; blant annet tegninger, beskrivelser og beregninger.¹⁶

Spørsmålet om prosjekteringsrisikoen knytter seg til hvor vederlagsrisikoen skal plasseres når det inntreffer en eller annen form for svikt i prosjekteringen.¹⁷ Prosjekteringssvikt er typisk ”feil eller uoverensstemmelser”¹⁸ i prosjekteringsmaterialet som leder til kvalitets-

¹³ NS 8407 pkt. 40.1.

¹⁴ Hagstrøm (1997) s. 82.

¹⁵ Se NS 8407 pkt. 33.1, pkt. 34.1 og pkt. 42.1.

¹⁶ Sml. NS 8405 pkt. 19.2 (1) ”(...) *tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktsarbeidet*”.

¹⁷ Barbo (1990) s. 29

¹⁸ Sml. ordlyden i NS 8405 pkt. 13.1.

svikt ved byggeprosjektet.¹⁹ Eksempler på slike feil kan være beregninger som ikke er korrekte, tegninger som er ufullstendige eller løsninger som ikke leder til kontraktsoppfyllelse.

Prosjekteringsrisikoen må avgrenses mot ”utviklingsrisikoen”. Dette er risikoen for at en byggemetode, som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å svikte fordi den byggetekniske utviklingen på byggetidspunktet var mangelfull.²⁰ Utviklingsrisikoen påhviler i utgangspunktet byggherren, jf. Rt. 1968 s. 783.

2.3 Begrepene ”risiko” og ”ansvar”

Innholdet i begrepene ”risiko” og ”ansvar” er ikke entydig fastlagt i juridisk teori.²¹ I praksis brukes begrepene om hverandre, og meningsinnholdet må derfor tolkes kontekstuellt. Når det i denne oppgaven brukes begrepet ”risiko” siktes det til vederlagsrisikoen som er gjennomgått ovenfor, og da særlig i relasjon til det prosjekteringsmaterialet som er levert av byggherren. Prosjekteringsansvar brukes om den kontraktsforpliktelsen totalentreprenøren har ansvar for å utføre etter NS 8407 pkt. 16.1, altså den faktiske prosjekteringen han utfører etter kontraktsinngåelsen.

¹⁹ Hagstrøm (1990) s. 83 og Sandvik (1966) s. 208-09.

²⁰ Barbo (1990) s. 59.

²¹ *Ibid* s. 28

3 HOVEDREGELEN – RISIKOEN FØLGER FUNKSJONSFORDELINGEN

3.1 Funksjonsfordelingsprinsippet

Det er et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten at risikoen følger funksjonsfordelingen.²² Prinsippet betegnes som ”funksjonsfordelingsprinsippet”.²³ Dette innebærer at partene pålegges risikoen for det de foretar seg i prosjektet. Begrunnelsen for funksjonsfordelingsprinsippet ligger i kontraktens rollefordeling. Det er rimelig at partene bærer risikoen for forhold som de har de beste mulighetene for å forutse eller forebygge.²⁴ Sandviks ord er beskrivende:

”At risikofordelingen skal rette seg etter funksjonsfordelingen anser en i praksis som noe selvsagt, som et utslag av ’alminnelige rettsgrunnsetninger’.”²⁵

Funksjonsfordelingens gjennomslagskraft for risikofordelingen har lenge vært gjeldende rett og kan spores tilbake til Rt. 1917 s. 673, den såkalte ”Pæledommen”.²⁶ Det er sikker rett at partene ikke bare har risikoen for sitt eget arbeid, men også identifiseres med sine kontraktsmedhjelpere.²⁷

Det forutsettes i det følgende at NS 8407 er avtalt mellom partene, og det er reglene standarden legger til grunn for risikofordelingen når det *ikke* er avtalt risikooverføring som skal behandles. Av redaksjonelle hensyn gjøres behandlingen kort ved å trekke opp hovedlinjene.

²² Giverholt (2012) s. 362, Hagstrøm (1997) s. 81 og Sandvik (1966) s. 243.

²³ Tilsvarende gjelder for petroleumskontrakter og andre tilvirkningskontrakter.

²⁴ Sandvik (1966) s. 118.

²⁵ *Ibid* s. 243.

²⁶ Dommen gjennomgås i pkt. 5.2.1.

²⁷ Rt. 1978 s. 1157, Hagstrøm (2011) s. 334 og NS 8407 pkt. 10.

3.2 Byggherrens prosjekteringsrisiko

I henhold til funksjonsfordelingsprinsippet har byggherren risikoen for valg av egne løsninger. Dette utgangspunktet er også nedfelt i NS 8407, pkt. 24.1 første ledd:

”Byggherren har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som enten fremgår av kontraktsdokumenter utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktsinngåelsen pålegger totalentreprenøren å følge.”

Bestemmelsen legger følgelig til grunn hovedregelen om at partene bærer risikoen for det de selv har foretatt seg. Dersom svikten kan tilbakeføres til byggherrens prosjekteringsinnsats innebærer det at byggherren må bære konsekvensene som angitt i pkt. 2.1.

3.3 Totalentreprenørens prosjekteringsrisiko

Når totalentreprenøren ved kontraktsinngåelsen overtar byggherrens prosjekteringsmateriale, utgjør dette som nevnt grunnlaget og forutsetninger for hans videre detaljprosjektering. Innenfor rammene som er satt ved byggherrens angivelse av ulike beskrivelser og funksjonskrav, har totalentreprenøren en valgrett for den videre prosjekteringen, jf. pkt. 14.6.²⁸ Valgretten er essensiell for totalentreprenøren fordi den gir ham anledning til å velge kostnadseffektive løsninger. Totalentreprenørens prosjekteringsytelse er en resultatforpliktelse, og han er derfor objektivt ansvarlig for egen prosjekteringssvikt.²⁹ I henhold til risikofordelingen i NS 8407 pkt. 24.1, har totalentreprenøren derfor risikoen for den prosjektering han utarbeider etter pkt. 16.1. Dersom det oppstår svikt i prosjektet som kan tilbakeføres til den prosjekteringen totalentreprenøren har foretatt seg, må han bære konsekvensene som angitt i pkt. 2.1.

²⁸ Nærmere om valgretten se LB-1999-2675 og LB-2002-2983

²⁹ Barbo (1990) s. 39.

3.4 Undersøkelses- og varslingsplikten modifierer utgangspunktet

Utgangspunktet om at risikoen fordeles etter funksjonsfordelingen modifieres noe gjennom reglene om totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt i pkt. 25. Ettersom totalentreprenøren påtar seg et prosjekteringsansvar, legger bestemmelsene om totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt opp til at han forventes å avdekke visse uheldige sider ved byggherrens prosjektering.³⁰ Av redaksjonelle hensyn behandles ikke omfanget av totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt nærmere. Poenget i denne forbindelse er å påpeke at dersom undersøkelses- og varslingsplikten ikke overholdes, kan vederlagsrisikoen skyves over på totalentreprenøren. Dette er en følge av at standardens varslingsfrister er preklusive, og dermed kan totalentreprenørens rett til å kreve justering av fremdriften og vederlaget falle bort.³¹ Totalentreprenøren risikerer også å bli erstatningsansvarlig overfor byggherren dersom det oppstår tap som kunne vært unngått hvis undersøkelses- og varslingsplikten hadde vært overholdt, jf. pkt. 25.1.2 annet ledd.

4 RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULENE OG REGLENE I NS 8407 PKT. 24.2

4.1 Risikooverføringsklausulene – deres bakgrunn og problemer

Som fremstilt ovenfor er hovedregelen i NS 8407 og entrepriseretten for øvrig at risikoen følger funksjonsfordelingen. I praksis ser man likevel eksempler på at det avtales avvikende ordninger ved at totalentreprenøren overtar risikoen for prosjekteringsmateriale som er utarbeidet av byggherrens prosjekterende før kontraktsinngåelsen. NS 8407 karakteriserer ordningen som en *unntaksregel*.³² Praksis gir likevel et inntrykk av – at risikooverføring i

³⁰ Giverholt (2012) s. 364.

³¹ Se pkt. 33.4 annet ledd og pkt. 34.1.2 annet ledd.

³² Se protokollen til NS 8407 pkt. 24.2

store entreprisekontrakter er utbredt.³³ På denne bakgrunn utgjør problemstillingene som springer ut av en endret risikoplassering et praktisk problem.

Risikoen for byggherrens utførte prosjektering overføres på ulike måter. Partene avtaler at gjeldende standard for totalentreprise skal legges til grunn, men fraviker eller modifierer bestemmelsene som gjelder byggherrens risiko for egen prosjektering. Dette gjøres ved å fjerne eller legge til egne kontraktsvilkår i standardens bestemmelser. Et eksempel på en risikooverføringsklausul som ble brukt i forbindelse med den tidligere totalentreprisestandarden NS 3431 var å endre pkt. 9.8 slik:

”Pkt. 9.8 andre avsnitt utgår og erstattes av: Totalentreprenøren overtar det hele ansvar for mengder, mangler, eventuelle feil eller uoverensstemmelser i dokumentene som byggherren har levert.”

Utover å gjøre endringer i selve standarden inntar partene også særskilte bestemmelser i kontrakten. Et eksempel på en slik risikooverføringsklausul lyder:

”Ved kontraktsinngåelsen overtar totalentreprenøren alt ansvar for tegninger og beskrivelser som er utarbeidet av byggherrens arkitekt og rådgivere, som inngår i tilbudsgrunnlaget. Eventuelle feil ved disse tegninger og beskrivelser gir ikke totalentreprenøren rett til fristforlengelse, tillegg eller erstatning”.

Andre eksempler er:

”Dokumentene fra byggherren er overlevert uten ansvar for denne. Totalentreprenøren godtar ved sin signatur på denne kontrakt at dokumentene inngår i hans til-

³³ Se høringsuttalelsene fra Skanska Norge AS til NS 8407, Kolrud (2004) s. 28, Marthinussen (2004) s. 48.

bud og omfattes av hans kontraktsansvar på samme måte som om han selv skulle ha utviklet dem fra først av.”

”Totalentreprenøren har satt seg grundig inn i dokumentene og kan ikke siden påberope seg tillegg for mangler ved tegningsunderlaget eller beskrivelsen. NS 3431 pkt. 9.8 og 9.9 fravikes, slik at totalentreprenøren ikke i noe tilfellet har rett til fristforlengelse eller kostnadsdekning som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som er levert av byggherren eller innhentet av offentlig myndighet.”

Bakgrunnen for klausulenes utbredelse er at byggherren ofte opplever et behov for å fraskrive seg risikoen for utført prosjektering. Slik risikooverføring er i seg selv ikke illojalt, og er ofte begrunnet i kommersielle hensyn. Behovet for kontraktsrettslige tilpasninger må ses i lys av at standarden er et sett av kompromisser, som vanskelig kan ta høyde for ulike særegenheter som gjør seg gjeldende i konkrete prosjekter.³⁴ Spesielle forhold ved et prosjekt kan derfor begrunne behovet for en avvikende risikoregulering.

I en typisk totalentreprisekontrakt prosjekterer totalentreprenøren videre på løsninger som er utarbeidet av byggherrens prosjekterende. Dette kan medføre vanskelige grensesnittspørsmål om hvem prosjekteringsvikten kan tilbakeføres til.³⁵ Grensesnittproblematikken unngås ved å overføre risikoen for den utførte prosjekteringen til totalentreprenøren. Et viktig poeng er også at det kan være hensiktsmessig å plassere prosjekteringsrisikoen hos totalentreprenøren, fordi han ofte er bedre egnet enn byggherren til å vurdere prosjekteringsmaterialet, samt overvinne eventuelle hindringer. Videre kan byggherren være presset vedrørende finansieringen av prosjektet, og risikooverføringen sikrer forutberegnelighet om hvilke sluttkostnader som vil påløpe.

³⁴ Kaasen (2006) s. 34.

³⁵ TOSLO-2007-110178 illustrerer grensesnittproblematikken.

Ytterligere er det ofte slik at byggherren forholder seg til tredjeparter med interesser i prosjektet. Et eksempel er der byggherren skal selge oppførte boliger underlagt bustadoppføringsloven. Byggherren er avhengig av å kunne videreføre eventuelle krav fra kjøperen til totalentreprenøren. Dette sikres blant annet ved å overføre prosjekteringsrisikoen slik at det er totalentreprenøren som har det fulle ansvaret for manglene i prosjektet. I enkelte tilfeller er risikooverføringen også et resultat av ”forhandlingsbalansen i markedet”, som preges av markedstunge oppdragsgivere, og et generelt ønske om risikofraskrivelse.³⁶

Den avvikende risikofordelingen har vist seg å skape problemer i praksis. Hovedproblemet er at totalentreprenøren har begrensede muligheter til å foreta en reell vurdering og kontroll av den risikoen han påtar seg. Dette skyldes selve systemet med at entreprisekontrakter som regel inngås på bakgrunn av tilbudskonkurranse. Når tilbudet gis vil totalentreprenøren ut fra rasjonelle og samfunnsøkonomiske betraktninger ikke kunne foreta en prekontraktuell kontroll av prosjekteringsmateriale.³⁷ Dette er svært ressurs- og tidkrevende, og på tilbudstidspunktet er ikke totalentreprenøren sikret å vinne frem med sitt tilbud.

Et ytterligere poeng er at tilbudsfristen ofte er relativt kort, og den tiden totalentreprenøren har til rådighet må brukes på å utarbeide tilbudet. Totalentreprenøren vil naturligvis sikre seg noe gjennom å kalkulere inn en risikopremie i prisen. Men når prosjekteringsmaterialet og risikoen vanskelig kan vurderes på forhånd, reduseres forutsetningene for en realistisk prising av oppdraget. Realiteten er da at totalentreprenøren påtar seg en risiko han har liten kontroll over. Med Sandviks ord rammes totalentreprenøren da av risikofaktorer som han ikke har de beste muligheter for å forutse eller forebygge.³⁸

NS 3431, som er forgjengeren til NS 8407, regulerer ikke situasjonen med avtalt risikoovergang. Ved å fravike bestemmelsene som gjelder byggherrens risiko for egen prosjekte-

³⁶ Krüger (2010) s. 118.

³⁷ Skrunes (2010) s. 417.

³⁸ Sandvik (1966) s. 117.

ring har det oppstått uklarheter om hvor langt klausulene strekker seg.³⁹ Dette skyldes blant annet at bestemmelsene i standarden er nøye tilpasset hverandre, og ved å fravike enkelt bestemmelser oppstår det tvil om klausulenes rekkevidde.⁴⁰

De rettslige konsekvensene har altså vært uklare og tvisteskapende.⁴¹ Dette er bakgrunnen for at NS 8407 nå har inntatt bestemmelser om avtalt risikoovergang i pkt. 24.2.⁴² Komitéen som utarbeidet standarden har også funnet det nødvendig å gi særskilte retningslinjer om avtalt risikoovergang i protokollen til standarden. I det følgende behandles standardens regler for avtalt risikoovergang.

4.2 Avtalt risikoovergang i NS 8407 pkt. 24.2

4.2.1 Krav til avtalegrunnlag

Pkt. 24.2.1 første ledd slår fast følgende:

”Har partene avtalt at totalentreprenøren skal overta risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse, innebærer dette at han har risikoen som om han hadde prosjektert eller valgt løsningen selv.”

Risikooverføring av byggherrens prosjekteringsmateriale forutsetter i henhold til ordlyden et særskilt avtalegrunnlag. Avtalegrunnlaget kan være slik som vist i pkt. 4.1, at partene tar inn særskilte risikooverføringsklausuler. I prinsippet vil det også være tilstrekkelig å fravike hovedreglen i pkt. 24.1 og avtale at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggher-

³⁹ Eks. BFJR sak nr. 585 (2006) og BFJR sak nr. 598 (2008).

⁴⁰ Knag (2010) s. 91.

⁴¹ Problemene fremheves i høringsuttalelsene til NS 8407 fra advokatfirmaet Grette.

⁴² Giverholt (2012) s. 365.

rens prosjektering som angitt i pkt. 24.2.1. Innføringen av reglene kan derfor redusere behovet for uklare risikooverføringsklausuler.

4.2.2 Protokollens anbefalinger – en unntaksregel?

Komiteén som utarbeidet standarden understreker at regelen i pkt. 24.2 er en unntaksregel, og fraråder i sine retningslinjer i protokollen mot for vidtgående overføring av risiko til totalentreprenøren. Fra protokollen siteres:

”Etter standardens 24.2 kan det avtales at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggherrens prosjektering. Komiteens medlemmer er enige om at denne unntaksregelen kun skal benyttes i tilfeller hvor totalentreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risiko han påtar seg. Dette vil i de fleste tilfeller innebære at det vesentlige av prosjekteringen skal gjenstå på tidspunktet for innhenting av tilbud. (...) Forholdene ved kontraktsinngåelsen kan også tilsi at overføring av risiko kan avtales hvor prosjekteringen har kommet lengre, eksempelvis hvor totalentreprenøren gjennom forhandlinger har fått god innsikt i prosjekteringen han overtar risikoen for.”⁴³

Protokollen oppstiller klare anbefalinger om når avtalt risikoovergang bør finne sted. Pkt. 24.2 forutsettes kun anvendt i situasjoner hvor totalentreprenøren har reell mulighet til å vurdere og håndtere den risikoen han påtar seg. Anbefalingene har gode grunner for seg. Det er de opplistede situasjonene: (1) det vesentlige av prosjekteringen gjenstår og (2) totalentreprenøren har gjennom forhandlinger fått god innsikt i prosjekteringen – at totalentreprenøren befinner seg i en situasjon hvor han har mulighet til å vurdere risikoen han påtar seg. Risikobalansen endres da ut fra et forutsetningsgrunnlag som totalentreprenøren har større mulighet til å håndtere, slik at han er i stand til å foreta en kalkulert risiko i forbindelse med sin fremdrifts- og kostnadskalkyle.

⁴³ Se protokollen til NS 8407 pkt. 24.2

I praksis kan imidlertid avtalt risikooverføring forekomme *utenfor* de tilfellene protokollen legger til opp til. Situasjonen kan for eksempel være at byggherren har kommet langt i sin prosjektering, slik at materialet som overleveres er omfattende og detaljert, uten at totalentreprenøren har mulighet til å gjennomgå materialet grundig. Inntrykket av hvordan tilbuds-instituttet fungerer er at risikooverføringen sjelden representerer et fremforhandlet resultat hvor totalentreprenøren har fått god innsikt i prosjekteringsmaterialet og bevisst tatt stilling til hvilken risiko han påtar seg.⁴⁴ Tiden i tilbudsfasen kan være presset, og totalentreprenøren ender da opp med ”stilltiende” å godta en risikooverføring for å unngå at byggherren setter ham ut av betraktning.

Protokollen er veiledende. Det innebærer at risikooverføring utenfor de anbefalte tilfellene ikke vil være ugyldig.⁴⁵ Prinsippet om avtalefrihet står sterkt. Et annet spørsmål er om protokollen utgjør et moment til støtte for en innskrenkende tolkning, begrensning og/eller revisjon av klausulenes rekkevidde.⁴⁶

4.2.3 Kontroll, frist og varsel

4.2.3.1 Hvorfor etterfølgende kontroll?

Pkt. 24.2.2 første ledd oppstiller en etterfølgende kontrolladgang for totalentreprenøren til å gjennomgå materialet før risikoen overføres:

”Totalentreprenøren har en frist til å gjennomgå materialet. Er ikke annet avtalt, skal fristen være fem uker regnet fra kontraktsinngåelsen. Dersom totalentreprenøren først får materialet på et senere tidspunkt, utsettes fristen tilsvarende.”

⁴⁴ Inntrykket er basert på samtaler med advokater innen entreprisefeltet.

⁴⁵ Se innledningen til protokollen i NS 8407.

⁴⁶ Se pkt. 5, 6 og 7.

Bestemmelsen avhjelper problemet som knytter seg til at totalentreprenøren ikke har reell mulighet til å vurdere risikoen han påtar seg ut fra tidsmomentet og resurssene som kreves for å gjennomgå materialet under tilbudskonkurransen. Standardens ordning er derfor at totalentreprenøren skal kunne foreta en *etterfølgende* kontroll. Poenget er at totalentreprenøren gis anledning til å kontrollere byggherrens prosjekteringsmateriale, som ligger til grunn for tilbudet og risikooverføringen. Dette gjør totalentreprenøren i bedre stand til å håndtere risikoen han skal overta – i tråd med protokollens anbefalinger. Det sentrale er at forhold som avdekkes og varsles ikke vil omfattes av den risikoen totalentreprenøren påtar seg, jf. pkt. 24.2.2 annet ledd siste punktum.⁴⁷

4.2.3.2 Når går risikoen for byggherrens prosjektering over på totalentreprenøren?

I henhold til ordlyden i pkt. 24.2.2 er kontrollfristen deklarasjonisk satt til fem uker. Fristens utgangspunkt er kontraktsinngåelsestidspunktet. Dette forutsetter imidlertid at materialet overleveres på samme tid, jf. pkt. 24.2.2 første ledd siste punktum. Dersom hele eller deler av prosjekteringsmaterialet overleveres senere, løper fristen fra det tidspunktet totalentreprenøren får materialet. I de tilfeller hvor partene ikke har avtalt en avvikende frist, vil risikoen for byggherrens prosjekteringsunderlag overføres til totalentreprenøren fem uker etter kontraktsinngåelsen, forutsatt at alt materialet som omfattes av partenes avtale er overlevert på dette tidspunktet. Først ved utløpet av kontrollfristen går risikoen over på totalentreprenøren med de virkninger det innebærer.⁴⁸

I tillegg til at materialet må overleveres for at fristen skal begynne å løpe, kan det reises spørsmål om det også kan stilles krav til selve prosjekteringsmaterialet. Spørsmålet er om det kan kreves at materialet må være i en slik stand at det er mulig å gjennomføre en etterfølgende kontroll.

⁴⁷ Behandles nærmere i pkt. 4.2.3.4.

⁴⁸ Se pkt. 4.2.4.

Hensynet bak regelen om etterfølgende kontroll taler klart i denne retning. Kontrollen gjør totalentreprenøren i bedre stand til å håndtere risikoen og sikrer at han kan gjøre gjeldende feil som det ikke er kalkulert med i tilbudet – som ikke skal være gjenstand for risikoover- takelse. Dersom materialet ikke er i kontrollerbar stand, vil man slå luften ut av kontrollen. Reglene som inneholder konsekvenser av at totalentreprenøren overser noe i denne perio- den vil i så fall ha liten mening. På denne bakgrunn kan det argumenteres med at fristen ikke begynner å løpe før materialet er kontrollerbart.

Spørsmålet er videre hva som utgjør et kontrollerbart materiale. Den praktiske siden gjør det vanskelig å besvare dette. Det ligger i sakens natur at det ikke er ferdig prosjektering som mottas. Derfor kan det være vanskelig å kontrollere materiale opp mot kontraktens krav. Eventuelle svakheter blir gjerne først synbare når prosjekteringen videreutvikles eller byggingen er i gang.

Slik reglene er utformet, må spørsmålet om hvilke krav som kan stilles til materialet hol- des opp mot forutsetningene om hva som skal kontrolleres. Det er som regel ikke forutsatt at byggherren skal levere detaljprosjektering. Derfor er det heller ikke meningen at materia- let skal være i en stand som muliggjør at ”alle” svakheter skal kunne avdekkes i løpet av fem ukers perioden. Denne risikoen overtar totalentreprenøren. Ut fra standardens system er det da tilstrekkelig at materialet foreligger i en slik form at det er mulig å se hva det in- neholder, for at kontrollfristen begynner å løpe.

4.2.3.3 Nærmere om kontrollen og varselet

Hva som ligger i kontrollen må ses i sammenheng med ordlyden i pkt. 24.2.2 annet ledd første punktum og formålet bak bestemmelsen:

”Dersom totalentreprenøren mener at det byggherren har gitt anvisning på ikke vil lede til oppfyllelse av de krav til kontraktsgjenstanden som følger av punkt 14, må han varsle byggherren innen fristens utløp.”

Prosjekteringsmaterialet må vurderes opp mot bestemmelsene i pkt. 14, som blant annet angir de avtalte krav for prosjektet og byggherrens formål. Kontrollen gjennomføres med sikte på å vurdere om løsningene stemmer overens med innholdet av kontraktsforpliktelsen som totalentreprenøren har påtatt seg. Poenget er å avgjøre om løsningene er egnet til å oppfylle totalentreprenørens kontraktsforpliktelse. En grundig gjennomgang av hele prosjekteringsmaterialet er ressurskrevende. Totalentreprenøren bør derfor innkalkulere utgiftene forbundet med etterfølgende kontroll i tilbudet.

Dersom totalentreprenøren ved sin gjennomgang finner feil i materialet som vil påvirke oppfyllelsen av hans kontraktsforpliktelse, ”(...) *må han varsle byggherren innen fristens utløp*”, jf. pkt. 24.2.2 annet ledd første punktum. Varselet skal ”(...) *presisere hvilke forhold det dreier seg om og begrunne behovet for endringer.*” Ordlyden krever at totalentreprenøren ”presiserer” forholdene han mener vil hindre kontraktsmessig oppfyllelse. Hva som ligger i varslingskravet må ses i sammenheng med lojalitets- og samarbeidsplikten mellom partene.

Generelle forbehold kan i denne forbindelse anses uvirksomme.⁴⁹ Slik Giverholt m.fl. påpeker skal ikke totalentreprenøren (...) *kunne unngå å overta risikoen ved uklare generelle varsler. Dette vil være illojalt.*⁵⁰ Forhold som varsles må følgelig konkret identifiseres. Slik varslingsregelen er utformet unngår man situasjoner der totalentreprenøren ”torpederer” byggherren med generelle forbehold for å unngå at prosjekteringsrisikoen overtas.

⁴⁹ Se eksempelvis LB-2008-49504 hvor et generelt forbehold med henvisning til fristforlengelse etter ”nærmer avtale” ble ansett uvirksomt ved at det ikke tilfredstilte standardens krav til varsel om fristforlengelse.

⁵⁰ Giverholt (2012) s. 370.

4.2.3.4 Konsekvenser av rettidig og presisert varsel

Et rettidig og presisert varsel medfører i henhold til pkt. 24.2.2 annet ledd siste punktum at totalentreprenøren ikke overtar ”(...) risikoen for denne delen av byggherrens materiale.” Risikoen for dette prosjekteringsmaterialet forblir på byggherrens hånd. Varselet utgjør altså en *begrensning* i utgangspunktet om at totalentreprenøren stilles som om han hadde utarbeidet løsningen selv, jf. pkt. 24.2.1. første ledd.⁵¹ Dette innebærer at byggherren må ta stilling til varselet og ”uten ugrunnet opphold besvare varselet og gi beskjed om hvordan totalentreprenøren skal forholde seg”, jf. pkt. 24.2.2 tredje ledd første punktum.

Byggherrens påfølgende opptreden avgjør den endelige risikoplasseringen for løsningen og hvilke krav totalentreprenøren kan gjøre gjeldende.

Dersom byggherren ”fastholder sin opprinnelige løsning eller prosjektering” bærer han risikoen for sitt valg i samsvar med funksjonsfordelingsprinsippet, jf. pkt. 24.2.2 tredje ledd annet punktum. Tilsvarende gjelder dersom byggherren ”pålegger en ny løsning som ikke er i samsvar med eventuelt forslag fra totalentreprenøren”, jf. pkt. 24.2.2 tredje ledd siste punktum. Dersom byggherrens valg medfører at premissene for totalentreprenørens tilbud og fremdrift endres, kan totalentreprenøren kreve vederlagsjustering og fristforlengelse.⁵² Skulle løsningen svikte faller det utenfor totalentreprenørens kontraktsforpliktelse, og det foreligger ikke en mangel i standardens forstand.

Dersom byggherren er enig i totalentreprenørens varsel og eventuelle forslag til løsning, overlates omprosjekteringen til totalentreprenøren. Løsningen utarbeides da av totalentreprenøren og dermed bærer han også risikoen. Poenget er likevel at totalentreprenøren grunnet varselet ikke bærer risikoen for den opprinnelige feilen. Innebærer omprosjekteringen en endring skal byggherren utstede endringsordre etter pkt. 31.3, jf. pkt. 24.2.2 fjerde ledd. Dermed kan totalentreprenøren kreve frist- og vederlagsjustering som omprosjekteringen

⁵¹ Andre begrensninger behandles i pkt. 6.

⁵² For hva som utgjør ”endring”, se NS 8407 pkt. 31.1 annet ledd.

medfører.⁵³ Dersom totalentreprenøren mener at byggherrens svar utgjør en endring, uten at det er utstedt endringsordre, må han varsle en irregulær endring etter pkt. 32.2, jf. pkt. 24.2.2 fjerde ledd.

Ordlyden i pkt. 24.2.2 er at byggherren ”skal gi beskjed” om hvordan totalentreprenøren skal forholde seg. Spørsmålet er hva som blir konsekvensen dersom byggherren ikke svarer på varselet. Det fremgår ikke av ordlyden hva som er rettsvirkningen av byggherrens passivitet. Etersom standarden ikke regulerer denne situasjonen kan det neppe legges til grunn at passivitet fra byggherrens side utgjør en godkjenning av totalentreprenørens forslag, ettersom virkningen da vil være at byggherrens innsigelser prekluderes. Giverholt m.fl støtter opp om dette og fremholder at passivitet vil medføre en ”uavklart situasjon”.⁵⁴ Beslutningsvegringen fra byggherren kan derfor føre til krav om fristforlengelse dersom totalentreprenørens fremdrift hindres, jf. pkt. 33.1 bokstav c.

Det resterende prosjekteringsmaterialet overtar totalentreprenøren risikoen for i samsvar med avtalen. Dette følger antitetisk av pkt. 24.2.2 annet ledd siste punktum.

4.2.4 Standardens utgangspunkt ved avtalt risikoovergang

I det følgende skal virkningene av at totalentreprenøren har overtatt risikoen for byggherrens prosjektering vurderes. Konsekvensene viser seg først når byggherrens prosjekteringsunderlag svikter.

I henhold til pkt. 24.2.1 første ledd er virkningen av risikooverføringen at totalentreprenøren stilles ”*som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv*”. Dette medfører at totalentreprenøren er objektivt ansvarlig for byggherrens prosjektering på lik linje med det

⁵³ Jf. NS 8407 pkt. 34.1.2 og pkt. 33.1 bokstav a.

⁵⁴ Giverholt (2012) s. 371.

prosjekteringsmateriale han selv utarbeider. Giverholt m.fl. legger til grunn at dette innebærer:

”(...) en fullstendig overføring av byggherrens risiko til totalentreprenøren. Byggherren sitter da som utgangspunkt igjen uten risiko for prosjekteringen og valg av løsninger i den utstrekning det omfattes av avtalen om overføring.”⁵⁵

Forutsatt at forholdet faller inn under den avtalte risikooverføringen, er utgangspunktet at totalentreprenøren bærer den fulle risikoen. Dette medfører at de ordinære virkningene av svikt i byggherrens prosjektering uteblir. Totalentreprenøren kan verken kreve justering av fremdriften eller vederlaget, og han må for egen regning overvinne følgene av prosjekteringssvikten for å sikre kontraktmessig oppfyllelse. Dette kan for eksempel være å betale for at løsningen må prosjekteres på nytt, samt bære andre merutgifter og tidsforskyvninger som oppstår. Klarer ikke totalentreprenøren å utbedre prosjekteringsfeilen oppstår det en mangel eller forsinkelse ved prosjektet, og byggherren kan gjøre misligholdssanksjoner gjeldende. Særlig aktuelt er dagmulkt jf. pkt. 40.1, og utbedringskrav jf. pkt. 42.3.1.

Følgelig ser man at standardens utgangspunkt for avtalt risikoovergang kan flytte vederlagsrisikoen over på totalentreprenøren. Dette avhjelpest imidlertid noe av retten til å gjøre eventuelle krav gjeldende overfor den prosjekterende, jf. pkt. 4.2.5 nedenfor. Utgangspunktet om at totalentreprenøren stilles som om han hadde prosjektert løsningen selv gjelder bare så fremt forholdet omfattes av partenes avtale om risikooverføring. Hva som omfattes av risikooverføringen er et tolkningsspørsmål, som behandles i pkt. 5. Utgangspunktet kan begrenses av standardens og bakgrunnsrettens regler som drøftes i pkt. 6. Videre kan avtl. § 36 modifisere standardens utgangspunkt, og dette behandles i pkt. 7.

⁵⁵ Giverholt (2012) s. 366.

4.2.5 Kan totalentreprenøren holde byggherrens prosjekterende ansvarlig?

Svikt i byggherrens prosjekteringsunderlag kan som nevnt være vanskelig å oppdage ved den etterfølgende kontroll, og viser seg gjerne først når utførelsen av prosjektet skrider frem.⁵⁶ Dersom risikoen er overført kan ikke totalentreprenøren vende seg mot byggherren. Spørsmålet som da reiser seg er om totalentreprenøren kan rette kravet direkte mot byggherrens prosjekterende.

Et eventuelt krav mot den prosjekterende springer ut av kontraktsforholdet mellom den prosjekterende og byggherren. I henhold til bakgrunnsretten kan byggherren transportere slike krav til totalentreprenøren.⁵⁷ Denne regelen er også kommet eksplisitt til uttrykk i standarden, pkt. 24.2.1 tredje ledd:

”Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende. Byggherren skal i sin kontrakt med den prosjekterende sikre at totalentreprenøren har rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende.”

Bestemmelsen oppstiller følgelig en regel om at byggherren skal overdra eventuelle krav til totalentreprenøren når det avtales risikooverføring. Dersom kravet er overdratt og prosjekteringssvikten kan tilbakeføres til den prosjekterendes innsats, vil totalentreprenøren kunne rette kravet direkte mot ham.

Når kravet er på totalentreprenørens hånd, vil det ha samme innhold som det hadde på byggherrens.⁵⁸ Et poeng i denne forbindelse er at ansvarsgrunnlagene for henholdsvis totalentreprenøren og den prosjekterende er forskjellige. Sistnevnte har en innsatsforpliktelse

⁵⁶ Se Høringsuttalelsene fra Skanska Norge AS og NESO til NS 8407.

⁵⁷ Bergsåker (2011) s. 79.

⁵⁸ Tilsvarer alminnelige virkninger ved cesjon, se Hagstrøm (2011) s. 891.

overfor byggherren og hefter på subjektivt grunnlag etter profesjonsansvaret.⁵⁹ Totalentreprenøren på sin side hefter på objektivt grunnlag, ettersom han har påtatt seg en resultatforpliktelse.⁶⁰ Selv om profesjonsansvaret er strengt,⁶¹ kan det i prinsippet oppstå situasjoner hvor totalentreprenøren overfor byggherren svarer for feil han ikke kan gjøre gjeldende overfor den prosjekterende.

Det kan også foreligge begrensninger i den prosjekterendes forpliktelser i første ledd. For eksempel kan ansvarsfraskrivelser eller innsigelser mot byggherren, begrense de krav totalentreprenøren kan gjøre gjeldende. Særlig praktisk er den beløpsmessige begrensningen i den prosjekterendes erstatningsansvar, jf. NS 8401 pkt. 13.3. Dersom merkostnadene som følge av svikten overstiger beløpsbegrensningen, faller differansen på totalentreprenøren. Gjennomføringen av kravet mot den prosjekterende kan derfor by på problemer i praksis.⁶² Poenget er at selv om totalentreprenøren sikres retten til å holde den prosjekterende ansvarlig, så sikres han ikke fullt ut mot et potensielt økonomisk tap.

Det neste spørsmålet som oppstår er hva som blir konsekvensen dersom byggherren ikke har overdratt eventuelle krav, slik at totalentreprenøren ikke kan vende seg direkte mot den prosjekterende.

Pkt. 24.2.1 tredje ledd fastsetter at byggherren skal ”sikre” at totalentreprenøren kan rette eventuelle krav som springer ut av feil begått av den prosjekterende. Ordlyden gir uttrykk for at dette er en kontraktsforpliktelse, men angir ikke virkningen av byggherrens unnlattelse på dette punkt. Som en følge av at ordlyden legger opp til at dette er en kontraktsforpliktelse fremholder Giverholt m.fl. at byggherrens unnlattelse medfører at

⁵⁹ NS 8401 pkt. 13.1.

⁶⁰ Barbo (1990) s. 39

⁶¹ Se eksempelvis Rt. 1995 s.1350.

⁶² Giverholt (2012) s. 368.

”(...) byggherren ikke kan fremsette krav mot totalentreprenøren for feilene i samme utstrekning som totalentreprenøren er avskåret fra å videreføre disse til den prosjekterende.”⁶³

Tilsvarende synspunkt legges til grunn av Holand som fremholder at totalentreprenøren grunnet byggherrens kontraktsbrudd kan ”(...) gå direkte på byggherren i stedet i henhold til alminnelige erstatningsregler.”⁶⁴ I så fall er det totalentreprenørens økonomiske tap som oppstår som følge av at han ikke kan gjøre kravet gjeldende mot den prosjekterende som kan rettes mot byggherren.

På denne bakgrunn ser man at det er i begge parters interesse å sikre slik rett mot den prosjekterende.

5 TOLKNING AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER

5.1 Problemstilling og angrepsvinkel

Som drøftet i pkt. 4.2.4 er virkningen av en avtale om risikoovertakelse at totalentreprenøren svarer for byggherrens prosjektering som om han hadde utarbeidet løsningene selv. På denne bakgrunn er det viktig å avgjøre hva totalentreprenøren rent faktisk har overtatt risikoen for. Det sentrale er å fastlegge *rekkevidden* av risikooverføringen. For å besvare dette spørsmålet må risikooverføringsklausulen tolkes i henhold til alminnelige tolkningsprinsipper.

Tilgrensende områder, som overtakelse av risiko for grunnforhold kan bidra til tolkningen, fordi slik risikoovertakelse har klare likhetstrekk med overtakelse av prosjekteringsrisiko,

⁶³ Giverholt (2012) s. 368.

⁶⁴ Holand (2011) hentet fra <http://vogtwiig.no/no/Nyheter/Ny-totalentreprisestandard-NS-8407>

og i enkelte tilfeller kombineres.⁶⁵ Ettersom avtalt risikoovergang nå er regulert i NS 8407 vil reglene som standarden oppstiller og hensynene i protokollen også bidra til tolkningen av risikooverføringsklausulene.

Når byggherren overfører prosjekteringsrisikoen til totalentreprenøren utgjør dette i realiteten en ansvarsfraskrivelse i vid forstand. Hagstrøm bruker begrepet ”ansvarsfraskrivelse” om alle kontraktsklausuler som totalt fraskriver eller begrenser virkningen av deklarasjoniske misligholdsregler, selv hvor de ikke referer seg til erstatningsansvar.⁶⁶ Virkningen har mye til felles med risikooverføringsklausuler som overfører risikoen for byggherrens prosjektering, og de samme hensynene som ligger bak en slik forståelse av ansvarsfraskrivelse gjør seg gjeldende. På denne bakgrunn vil det ses hen til hvordan domstolene tolker ansvarsfraskrivelse på kontraktsrettens område, og om det er grunnlag for å tolke risikooverføringsklausulene innskrenkende.

5.2 Utgangspunktet: den objektive tolkningslære

Formålet med kontraktstolkning er å finne frem til partenes mening på kontraktsinngåelsestidspunktet.⁶⁷ Når man skal ta stilling til hva som har vært partenes intensjon om klausulens rekkevidde, er det rettslige utgangspunktet at kommersielle avtaler mellom profesjonelle parter skal tolkes objektivt. Den naturlige språklige forståelsen av klausulens ordlyd skal tillegges stor vekt.⁶⁸ Begrunnelsen må ses i lys av hvilke behov som gjør seg gjeldende i slike kontraktsforhold. Høyesterett har poengtert dette på følgende måte:

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

⁶⁵ LG-2008-45836

⁶⁶ Hagstrøm (2011) s. 643.

⁶⁷ Rt. 1993 s. 564 på s. 569, Haaskjold (2002) s. 101, Høgberg (2006) s. 96.

⁶⁸ Rt. 2002 s. 1155 på s. 1158, Rt. 2005 s. 268 avsnitt 43.

ghet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.”⁶⁹

Utgangspunktet er derfor at en klar og entydig risikoregulering skal legges til grunn. Som vist i pkt. 4.1 varierer ordlyden i klausulene, og rekkevidden er ikke alltid klar. Dermed kan det på bakgrunn av ordlyden alene være vanskelig å avgjøre hvilken risiko totalentreprenøren rent faktisk har påtatt seg. I denne forbindelse må det skilles mellom *konkrete* og *generelle* risikooverføringsklausuler.

At klausulen er *konkret* utformet vil si at ordlyden *spesifiserer hvilken risiko* som overtas. Det kan eksempelvis være at totalentreprenøren overtar risikoen for bestemte løsninger eller tegninger. Et eksempel kan hentes fra LG-1997-02010. Risikooverføringsklausulen var konkret utformet og gjaldt spesifikt materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser:

”Alt materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser som byggherren har fått utført, stilles til entreprenørens disposisjon til orientering. Entreprenøren kan ikke påberope seg innholdet i dette materialet.”

Dersom risikooverføringen knytter seg til en spesifisert risiko vil klausulen tolkes strengt etter sin ordlyd.⁷⁰ Poenget er at ordlyden klart angir rekkevidden. En spesifisert risiko er håndterbar og kan avpasses i prisen. I ovennevnte dom la retten vekt på klausulens konkrete utforming ved tolkningen og bemerket:

”Det er dessuten av betydning at risikobeskrivelsen ikke knytter seg til en generell udefinert risiko, men konkret regulerer risikoen for geologiske forhold.”⁷¹

⁶⁹ Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159.

⁷⁰ Rt. 1987 s. 1486 og Hagstrøm (2011) s. 312.

⁷¹ LG-1997-02010.

En *generell* utformet klausul knytter derimot ikke risikoen til bestemte deler av prosjekteringsmaterialet. Ordlyden er ofte vid og *risikoen er uspesifisert*. Dette er tilfellet for de klausuler som tar sikte på å overføre all risiko for byggherrens utførte prosjektering til totalentreprenøren.⁷² Et eksempel er:

”I den grad totalentreprenøren nyttiggjør seg av den beskrivende mengdeberegningen, mengdefortegnelser, tekniske løsninger mv. svarer han for feil i disse. Ved signering av kontrakt overtar totalentreprenøren ansvaret for alt materialet utarbeidet av tiltakshaver/prosjekteringsgruppen.”

Klausulen ovenfor knytter seg til en uspesifisert risiko ettersom den i prinsippet gjelder alt materiale som levert av byggherren, og tar sikte på full risikooverføring. Poenget er at generelle risikooverføringsklausuler ikke alltid klart angir risikoens rekkevidde. Derfor kan ikke ordlyden bedømmes løsrevet fra konteksten som den kommer til uttrykk i. Øvrige tolkningsmomenter kan kaste lys over hva partene har ment om klausulens rekkevidde, og åpne for en mer fleksibel tolkning.⁷³

5.2.1 Kan det restriktive perspektivet opprettholdes?

Tradisjonelt har *generelle* klausuler som overfører prosjekteringsrisikoen i strid med funksjonsfordelingsprinsippet blitt underlagt en restriktiv behandling gjennom innskrenkende tolkning. Innskrenkende tolkning er definert som det *”(...) å gi en bestemmelse snevrere anvendelsesområde eller rekkevidde enn ordlyden tilsier.”*⁷⁴

⁷² Sml. Hagstrøm (2011) s. 312.

⁷³ Se pkt. 5.3.

⁷⁴ Høgberg (2006) s. 68.

Et illustrerende eksempel er ”Pæledommen”.⁷⁵ Saken gjaldt en entreprisekontrakt hvor byggherrens arkitekt stod for utarbeidelsen av prosjekteringsmaterialet og valget av fundamenteringsmetode. Entreprenøren fulgte byggherrens anvisninger og etter en stund oppstod det setningsskader. Spørsmålet var hvem av partene som hadde ansvaret for svikten i piloteringen – altså prosjekteringsrisikoen. Byggherren påberopte seg i denne forbindelse entreprenørens avgitte garanti:

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

Ved garantien påtok entreprenøren seg risikoen for piloteringen. En streng objektiv fortolkning ville medført at entreprenøren var ansvarlig for setningsskadene, da disse ligger innenfor ordlyden og entreprenørens risikoområde. Det var nettopp setningsskadesituasjonen entreprenøren hadde gitt sin fulle garanti for.

Høyesterett tolket likevel klausulen innskrenkende. I begrunnelsen la Høyesterett vesentlig vekt på at en streng ordlydsfortolkning stred mot det grunnleggende funksjonsfordelingsprinsippet. Piloteringsplanene var utarbeidet av byggherrens arkitekt, og han stod for den valgte løsningen. Dette tilsa at byggherren var nærmest til å bære risikoen. Høyesterett uttalte i denne sammenheng:

”(...) Under disse omstændigheter forekommer det mig, naar monierfabrikken var pligtig til at følge piloteringsplanen og denne var utarbeidet av byggherrens arkitekt, ikke at ha nogen god mening at la den av monierfabrikken ingaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighet.”⁷⁶

⁷⁵ Rt. 1917 s. 673.

⁷⁶ Rt. 1917 s. 673 på s. 674.

Det er følgelig det omfattende avviket fra bakgrunnsretten og uklarhetsregelen som begrunner den innskrenkende tolkningen. Garantien var vidtrekkende og dermed manglet risikooverføringen er klar forankring i ordlyden:

”Noget saadant ansvar finder jeg ikke, at fabrikken har at overta, tiltrods for de ganske vide uttryk vedkommende klausul i kontrakten har faat.”⁷⁷

Sandvik og Hagstrøm viser til dommen som støtte for sitt syn om at generelle avtaleklausuler som strider mot funksjonsfordelingen skal tolkes innskrenkende.⁷⁸ Sandvik fremholder at slike klausuler vil bli ”*undergitt en hardhendt innskrenkende tolkning*”.⁷⁹ Når den klare deklarasjoniske hovedregelen er at partene har risikoen for det de foretar seg, fastholder Beck at det

”(...) på denne bakgrunn ikke er grunn til å undres over at generelt avfattede kontraktsklausuler som søker å etablere en avvikende risikofordeling uten en korresponderende endret funksjonsdeling, blir gjort til gjenstand for en restriktiv tolkning.”⁸⁰

I dag er overføring av byggherrens prosjekteringsrisiko en del av bransjepraksis, og som vist i pkt. 4.2 er det inntatt en egen regulering for slike klausuler i NS 8407. Det har følgelig skjedd en utvikling i praksis. Poenget er nettopp å fravike bakgrunnsrettens og standardens funksjonsfordeling – for å unngå vanskelige grensesnittspørsmål og sikre forutberegnelighet. Dette taler for at det restriktive perspektivet ikke kan opprettholdes, og at generelle risikooverføringsklausuler skal tolkes strengt objektivt.

⁷⁷ Rt. 1917 s. 673 på s. 674.

⁷⁸ Sandvik (1966) s. 205-206 og Hagstrøm (1990) s. 82.

⁷⁹ *Ibid* s. 206.

⁸⁰ Beck (1962) s. 34.

Selv om det restriktive perspektivet ikke kan opprettholdes, vil det kunne oppstå situasjoner som taler for en mer fleksibel tolkning – i samsvar med den tendens som kan spores i rettspraksis om å tolke generelle ansvarsfraskrivelser innskrenkende.⁸¹ Det kan for eksempel være situasjonen der protokollens klare anbefalinger fravikes slik at risikooverføringen leder til vesentlig ubalanse i kontraktsforholdet.⁸² LA-2012-21676 illustrerer dette synspunktet ved rettens bemerkning om at avtaler som har ubalansert risikofordeling bør tolkes mer fleksibelt enn den objektive tolkningslære tilsier:

”Det påhviler altså anbudsinnbyder strenge redelighets- og lojalitetskrav, og skjevheter i risiko, kompetanse og tilgang til aktuelle data kan bidra til at det bør utvises større fleksibilitet i fortolkningen og bevisbyrdevurderingen enn utgangspunktet skulle tilsi.”⁸³

Hvorvidt generelle risikooverføringsklausuler skal tolkes strengt objektivt eller mer fleksibelt, beror på hvilke momenter utover den vide ordlyden som gjør seg gjeldende, og hva disse indikerer om partenes forståelse av hvilken risiko totalentreprenøren har påtatt seg. I det følgende trekkes det frem momenter av særlig betydning, som kan bidra til å avgjøre rekkevidden av *generelle* risikooverføringsklausuler.

5.3 Øvrige forhold av betydning for klausulenes rekkevidde

5.3.1 Klausulens kontekst: den faktiske bakgrunnen, forhandlinger, partenes forutsetninger, vederlaget m.m.

Ettersom formålet med tolkningen er å finne frem til partenes intensjon om klausulens rekkevidde, ser domstolene hen til hvorvidt risikooverføringen som kommer til uttrykk klausu-

⁸¹ Rt. 1961 s. 1334, Rt. 1997 s. 70 og Hagstrøm (2011) s. 652.

⁸² Nærmere om dette i pkt. 5.3.4.

⁸³ LA-2012-21676. Hagstrøm (2011) s. 144 støtter også opp om dette.

lens ordlyd er *vurdert og overveiet* av partene.⁸⁴ For å vurdere dette ses det hen til totalentreprenørens tilbud, forutgående forhandlinger, partenes forutsetninger, møtereferater o.l. Risikooverføringsklausulen må følgelig underlegges en *kontekstuell* tolkning. Spørsmålet er om disse forhold kan avdekke hvilken risiko totalentreprenøren har vært villig til å påta seg for å få kontrakten.

Gulating lagmannsretts dom av 6. mai 1999, som gjaldt krav om merutgifter ved bygging av undersjøisk tunnel, er illustrerende.⁸⁵ I henhold til ordlyden i kontrakten hadde entreprenøren påtatt seg følgende risiko:

*”Alt materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser som byggherren har fått utført, stilles til entreprenørens disposisjon til orientering. Entreprenøren kan ikke påberope seg innholdet i dette materialet. Entreprenøren er selv ansvarlig for å foreta ytterligere undersøkelser, og bærer således det fulle ansvar og den fulle risiko for grunnens beskaffenhet.”*⁸⁶

Lagmannsretten la til grunn at klausulen språklig sett hindret entreprenøren fra å kreve merutgifter som følge av forverrede grunnforhold, som av geologer ble karakterisert som sensasjonelle og uventede. Retten tolket ordlyden i sammenheng med kontraktens vederlagsform, en såkalt ”fikssum”, som skulle gjelde som fullt oppgjør ”*selv om omfanget av arbeidene eller andre forutsetninger endres*”. Når vederlagsrisikoen var regulert på en slik måte, støttet det opp om en streng ordlydsfortolkning og full risikovertakelse. Det var en logisk sammenheng mellom risikooverføringen og vederlagsreguleringen.

Heller ikke andre tolkningsmomenter ga grunnlag for innskrenkende tolkning. Både den faktiske bakgrunnen for risikooverføringen og partenes forutsetninger trakk i retning av

⁸⁴ Haaskjold (2002) s. 113.

⁸⁵ LG-1997-02010.

⁸⁶ LG-1997-02010.

streng ordlydsfortolkning. Entreprenøren hadde vært en aktiv aktør for å få prosjektet realisert, og var fullt innforstått med finansieringsproblemene. Byggherrens behov for å overføre risikoen for forhold som kunne påvirke sluttkostnadene, utgjorde en synlig forutsetning og var selve bakgrunnen for risikooverføringsklausulen.

Ytterligere la retten vekt på at risikooverføringsklausulen knyttet seg til risiko av en slik art som kostnadsoverskridelser i denne type prosjekt *typisk* var utsatt for, nemlig usikre grunnforhold. Entreprenøren var ikke bare klar over den generelle risikoen ved tunneldrift, men også den aktuelle risikoen som materialiserte seg. Usikkerheten rundt de geologiske forhold ble diskutert under kontraktsforhandlingene og ekstremisituasjoner ble nevnt. Risikooverføringen som kom til uttrykk i klausulen var dermed et resultat av kommersielle forhandlinger og risikobetraktninger.

Lagmannsretten la på denne bakgrunn til grunn at entreprenøren ”(...) *ikke bare har vært inneforstått med kontraktens risikoregulering, men at denne også har vært overveid.*”⁸⁷ Klausulen tolket i sin kontekst viste at entreprenøren tok en kalkulert risiko da han ”(...) *bevisst påtok seg en ikke ubetydelig risiko for avvik i negativ retning*”.⁸⁸

Tilsvarende tolkningsmomenter kan utledes av Rt. 2002 s. 696. Saken gjaldt krav om erstatning for forurensning i grunnen ved kjøp av fast eiendom i næringsforhold. Avtalen inneholdt en klassisk ”as is” klausul, og retten fant ikke grunnlag for å tolke klausulen innskrenkende. Høyesterett bemerket:

”I den situasjonen 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 en profesjonell investor med full tilgang til faglig bistand når det

⁸⁷ LG-1997-02010.

⁸⁸ *Ibid.*

gjelder verdifastsettelsen av eiendommen. Det finansielle aspektet var sterkt fremtredende. På denne bakgrunn kan jeg ikke se noen grunn til å fortolke klausulen restriktivt, og jeg finner at de må anses å omfatte de mangler saken gjelder.”⁸⁹

Høyesterett la vekt på at klausulen var overveiet, og en naturlig følge av at risikoen for skjulte mangler var stor. Selgerens behov for å fraskrive seg risikoen var synbar, og det finansielle aspektet var fremtredende. Premissene tydeliggjør også at Høyesterett (i likhet med lagmannsretten ovenfor) la vekt på at risikoen som hadde materialisert seg var synbar på avtaletidspunktet. Det hadde vært drevet industri på område i mer enn hundre år, og dermed var risikoen for forurensning i grunnen fremtredende.

Tolkningsmomentene som er drøftet ovenfor gjelder klausuler som overfører risikoen for grunnforhold og generelle ansvarsfraskrivelser i næringsforhold. Disse har som nevnt klare likhetstrekk med klausuler som overfører risikoen for byggherrens prosjektering, og det er derfor nærliggende å anta at tilsvarende tolkningsmomenter gjør seg gjeldende. Dette taler for at klausuler som er veloverveide som følge av forhandlinger, innsyn i prosjekteringsmaterialet eller lignende vil tolkes strengt. Særlig gjelder dette der byggherrens behov for å fraskrive seg risikoen er fremtredende, og risikofaktorene som materialiserer seg er synbare på avtaletidspunktet. De kan på samme måte undersøkes før kontraktsinngåelsen og innkalkuleres i tilbudet. I dommen ovenfor vektla Høyesterett også partenes profesjonalitet. Totalentreprenøren er en profesjonell aktør som er i stand til å ivareta sine egne interesser, både gjennom undersøkelser og ved å innta eventuelle forbehold.⁹⁰ Dette støtter opp om en streng ordlydsfortolkning.

Det stiller seg annerledes dersom en generell risikooverføringsklausul bærer preg av å være lite gjennomtenkt og fremstår som *tilfeldig og uoverveid*. Som drøftet ovenfor vil det være av betydning å se hen til den faktiske bakgrunnen og hvorvidt risikoplasseringen har vært

⁸⁹ Rt. 2002 s. 696 på s. 702.

⁹⁰ Betydningen av forbehold drøftes i pkt. 5.3.3.

gjenstand for forhandlinger og diskusjoner for å avgjøre om rekkevidden er vurdert. Det er derfor større grunn til å tolke en klausul innskrenkende der den ensidig er lagt til grunn og nærmest ”presset på” totalentreprenøren av byggherren, ettersom klausulen da mangler karakter av å være vurdert og overveiet. En slik risikoforskyvning vil stå i et klart misforhold til hensynene som kommer til uttrykk i protokollen til NS 8407. Protokollen forutsetter at risikooverføring kun skal benyttes hvor totalentreprenøren har mulighet til å håndtere risikoen han påtar seg, og dette forutsetter at han har anledning til å vurdere risikoen han påtar seg.

Videre vil det være relevant å se på *tidsmomentet* i den pre-kontraktuelle fasen.⁹¹ Utgangspunktet er at totalentreprenøren ved kontraktsinngåelsen aksepterer risikofordelingen som kommer til uttrykk i avtalen, men dersom kontraktsinngåelsen preges av tidspress vil totalentreprenøren ofte ikke være i stand til å foreta en reell vurdering av risikoens omfang. På denne bakgrunn kan rekkevidden fremstå som uoverveid.

Rt. 1982 s. 1357 illustrerer situasjonen der en generell ansvarsfraskrivelsesklausul fremstår som uoverveid. Saken gjaldt kjøp av et nyoppført lagerbygg, som brøt sammen grunnet mangelfull dimensjonering. Spørsmålet var om mangelen kunne gjøres gjeldende når det i kjøpekontrakten var inntatt en bestemmelse om at eiendommen skulle overtas ” *i foreliggende stand, uten ansvar for Vest-Telemark Næringsbygg AS*”.

Basert på en ren ordlydsfortolkning falt feilen innenfor ansvarsfraskrivelsen. Omfanget av klausulen ble likevel begrenset gjennom innskrenkende tolkning. Høyesterett tolket klausulen i lys av den faktiske bakgrunnen, for å avgjøre partenes intensjon om rekkevidden og bemerket:

⁹¹ Jf. ND 2000 s. 240 belyser betydningen av tidspress.

”Dette er en meget generelt avfattet bestemmelse som ikke bærer preg av å være resultat av noen konkret vurdering av ansvar og risiko i forbindelse med overdragelse av denne type eiendom. Det er dessuten ingenting som tyder på at bestemmelsens innhold faktisk ble vurdert. Det er da etter min mening rimelig å tolke bestemmelsen slik at den gjelder eventuelle mangler ved eiendommen av mer tradisjonell karakter (...)”⁹².

Konteksten avdekket at klausulen ikke bar preg av å være gjennomtenkt, og rekkevidden fremstod dermed som uoverveid. Omfanget ble begrenset til feil av ”tradisjonell karakter”. Hva som utgjør feil av ”tradisjonell karakter” er et tolkningsspørsmål, som det ikke går nærmere inn på. Slik det er lagt til grunn i dommene ovenfor, er det mer naturlig å operere med risikofaktorer som er typiske og ”synlige” på avtaletidspunktet, og som kan undersøkes før kontraktsinngåelsen, samt innkalkuleres i prisen.

Hva som utgjør synbare eller typiske prosjekteringsfeil må vurderes konkret. Totalentreprenøren er en profesjonell aktør, og har ofte et omfattende erfaringsgrunnlag å bygge på. Det vil si at risikofaktorer som totalentreprenøren ut fra erfaringsgrunnlaget i bransjen vet det knytter seg usikkerhet til, bør omfattes av en uspesifisert ordlyd. Tilbudsgrunnlaget vil også bidra til å avgjøre hva som kan anses som synbare risikofaktorer. Dersom tilbudsgrunnlaget er omfattende og detaljert vil totalentreprenøren ha en berettiget forventning om at prosjekteringsmaterialet er egnet til å oppfylle kontraktens krav. Med andre ord vil han ikke ta særlig høyde for potensiell prosjekteringssvikt i tilbudet.

Motsetningsvis vil et overfladisk og lite gjennomarbeidet prosjekteringsgrunnlag gi signaler om usikkerhet som kan innberegnes i pris og fremdriftsplan. Et eksempel på en synbar prosjekteringsfeil er at det i prosjekteringsmaterialet er gitt uttrykk for at den valgte løsningen er uprøvd, og det derfor kan bli nødvendig å omprosjekttere og velge andre løsning-

⁹² Se Rt. 1982 s. 1357 på s. 1365. Se også Rt. 1997 s. 70 hvor det gis uttrykk for at generelt avfattede klausuler, ut fra øvrige opplysninger i saken kan måtte tolkes restriktivt.

er. Dersom løsningen svikter, tilsier synbarheten at konsekvensene omfattes av risikoen totalentreprenøren har påtatt seg.

Overført til situasjonen med overtakelse av byggherrens prosjekteringsrisiko ser man følgelig at det kan være større rom for å tolke generelle risikooverføringsklausuler som fremstår som uoverveide innskrenkende, men også disse bør omfatte synbare risikofaktorer.

5.3.2 Betydningen av NS 8407 ved tolkningen

Ovenfor ble det fremholdt at generelle klausuler må tolkes i sammenheng med avtalens øvrige kontekst for å avgjøre hvilken risiko totalentreprenøren har vært villig til å påta seg. I de tilfeller hvor NS 8407 er benyttet mellom partene vil reglene i pkt. 24.2 utgjøre en del av avtalen som klausulen må tolkes i lys av. Spørsmålet er hvilken innvirkning standarden har på tolkningen av risikooverføringsklausuler.

Risikooverføringsklausulen og bestemmelsene i pkt. 24.2 må tolkes *harmoniserende*. Som poengtert i pkt. 4.2 skal den etterfølgende kontrollen avhjelpe vanskelighetene som knytter seg til å vurdere risikoen *før* avtaleinngåelsen. Dersom totalentreprenøren har kontrollert prosjekteringsmaterialet i ettertid tilsier det at risikooverføringsklausulen er overveid, og at totalentreprenøren har vært villig til å påta seg risikoen som følger av en generell og uspesifisert klausul.

Poenget er at standarden hindrer vanskelige grensedragninger ved å angi klare løsninger: Totalentreprenøren har risikoen som om han hadde utarbeidet løsningene selv, jf. pkt. 24.2.1. Hensynet til operativiteten og effektiviteten av de klare løsningene som standarden angir, tilsier at klausulen skal tolkes strengt objektivt.⁹³

⁹³ Woxholth (2012) s. 361.

En generell risikooverføringsklausul for eksempel med ordlyden ”*totalentreprenøren overtar all risiko for byggherrens utførte prosjektering*” må derfor tolkes harmoniserende med standardens utgangspunkt i pkt. 24.2.1. Standarden angir rekkevidden ved at totalentreprenøren svarer objektivt for prosjekteringsfeil. Dette omfatter i utgangspunktet all prosjekteringsrisiko – også de risikofaktorer som ikke er synbare på avtaletidspunktet eller ved den etterfølgende kontroll. Utgangspunktet kan imidlertid modifieres av eventuelle forbehold, eller andre forhold som begrenser rekkevidden.⁹⁴

5.3.3 Forutsetningssynspunktet og forbehold

Dersom ordlyden og konteksten (herunder reglene i NS 8407) trekker i retning av at totalentreprenøren har påtatt seg en absolutt og ubegrenset risiko for prosjekteringsmaterialet, blir spørsmålet om det foreligger individuelle forutsetninger som leder til at klausulens rekkevidde likevel begrenses.⁹⁵

Ved tolkningen ser domstolene hen til om det ligger individuelle forutsetninger til grunn for avtalen som kan gi et innblikk i og klargjøre omfanget av risikoen totalentreprenøren har vært villig til å påta seg.⁹⁶ Forutsetningssynspunktet anføres ofte som grunnlag for innskrenkende tolkning, slik at ordlyden må forstås snevrere enn det som fremkommer av klausulen.⁹⁷ Slike forutsetninger kan være inntatt i avtaledokumentet, fremgå av totalentreprenørens tilbud, referater fra forhandlingsmøter o.l.

Individuelle forutsetninger som anvendes som tolkningsmomenter må avgrenses mot klare *avtaleforbehold*. Forbehold som er gjort til en del av avtalen vil i seg selv utelukke tolk-

⁹⁴ Se pkt. 5.3.3, pkt. 5.3.4, pkt. 6 og pkt. 7.

⁹⁵ Woxholth (2012) s. 364.

⁹⁶ Eks. LG-2008-45836 og LG-1997-02010.

⁹⁷ Woxholth (2012) s. 388.

ningsalternativer som strider mot det aktuelle forbeholdet.⁹⁸ Et eksempel er at totalentreprenøren har inntatt forbehold mot en spesifikk løsning. Uavhengig av om klausulen er konkret eller generelt utformet vil den ikke omfatte risikoen for denne løsningen.

For at forutsetningene skal kunne vektlegges ved tolkningen må de synliggjøres med tilstrekkelig notoritet.⁹⁹ En dom fra Borgarting lagmannsrett illustrerer dette.¹⁰⁰ I kontrakten mellom partene var det inntatt en funksjonsbeskrivelse som plasserte risikoen for ”*alle forhold i grunnen*”, herunder fundamenteringsmetode, hos totalentreprenøren. Totalentreprenøren hevdet at tilbudet bygget på den forutsetning at fundamenteringen kunne gjennomføres i henhold til den billigste fundamenteringsløsning, og at dette begrenset den risikofordelingen som funksjonsbeskrivelsen i kontrakten la opp til. Til dette bemerket retten:

*”Bermingrud har gjort gjeldende at tilbudet (...) forutsatte kompensert fundamentering, som var den billigste fundamenteringsløsningen. Lagmannsretten betviler ikke at det kan ha vært en forutsetning for Bermingrud. Denne eventuelle forutsetningen fremgår imidlertid ikke av de skriftlige tilbudene, og det er heller ikke inntatt noen forbehold om dette i kontraktens pkt. 8. Tvert i mot fremgår det av funksjonsbeskrivelsen pkt. 8 at Bermingrud har påtatt seg ansvaret for ”alle forhold i grunnen” og ”alle uforutsette forhold”.*¹⁰¹

Dersom den kontekstuelle tolkningen viser at totalentreprenøren har påtatt seg en betydelig risiko, som tydelig er kommet til uttrykk i kontrakten, uten at det er inntatt eller gitt uttrykk for individuelle forutsetninger eller konkrete forbehold overfor byggherren, er det liten grunn til å begrense omfanget gjennom innskrenkende tolkning. Totalentreprenøren har i en slik situasjon akseptert konsekvensene av risikooverføringen.

⁹⁸ Woxholth (2012) s. 388.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ LB-2010-27697.

¹⁰¹ LB-2010-27697.

Poenget i denne forbindelse er at en avvikende risikoregulering er vanskelig å innberegne i tilbudet. Når totalentreprenøren likevel aksepterer å påta seg risikoen for byggherrens prosjekteringsmateriale så ligger det i dette en risiko for at materialet i ettertid kan vise seg å svikte, og dermed velte kalkylen som ligger til grunn for tilbudet. Selv om partene ikke regner med at svikt skal inntreffe, ligger det i selve klausulen en risiko for at den kan aktualiseres. Dersom totalentreprenøren vil påberope seg begrensninger i rekkevidden av risikoen han har påtatt seg må dette derfor gjøres gjennom konkrete forbehold, eller ved å synliggjøre individuelle forutsetninger overfor byggherren.

Synspunktet illustreres av en voldgiftsdom avsagt 5. juli 2004. Partene hadde avtalt en avvikende funksjonsfordeling ved at prosjekterende arkitekt forble på byggherrens hånd, og skulle medvirke til totalentreprenøren detaljprosjektering. Voldgiftsretten bemerker at dette innebar:

”(...) en klar risiko for totalentreprenøren for å bli stillet overfor en videreutvikling av prosjekteringen som kunne innebære økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser utover det som var hensyntatt i pristilbudet. Dette var en risiko som totalentreprenøren forut for kontraktsinngåelsen både burde være – og var – fullt klar over. (...) Den omtalte risiko, som utvilsomt var fullt synbar for totalentreprenøren, kunne begrenses/avgrenses gjennom (...) forbehold/presisering/avklaring i tilbudsfasen før kontraktsinngåelse. Tilbudet inneholder imidlertid ingen forbehold av denne art.”¹⁰²

Synspunktet gjelder med forsterket styrke nå som virkningen av avtalt risikoovergang reguleres i standarden. De klare grensedragningene som reglene i standarden oppstiller utgjør en klar ”oppfordring” for totalentreprenøren til å innta eventuelle forbehold, dersom han vil begrense risikoens omfang. I praksis er det imidlertid slik at byggherren ofte er i en sterke-

¹⁰² Voldgiftsdom avsagt 5. juli 2004.

re forhandlingsposisjon enn totalentreprenøren. Totalentreprenørens mulighet til å kreve begrensninger - og egne betingelser - reduseres som følge av dette.¹⁰³

5.3.4 Betydningen av at balansen i kontrakten forrykkes – rimelighetshensyn

Som drøftet under pkt. 4.1 er avtalt risikooverføring av byggherrens prosjekteringsgrunnlag ofte kommersielt begrunnet, og dermed i utgangspunktet ikke illojalt overfor totalentreprenøren. I enkelte situasjoner vil likevel risikooverføringen kunne medføre at balansen i kontrakten forrykkes i så stor grad at det oppstår en urimelig risikofordeling. Dette kan være tilfellet hvor risikoen overføres utenfor de situasjonene som protokollen forutsetter, altså hvor totalentreprenøren ikke er i stand til å håndtere den risikoen han påtar seg, og/eller der det ikke åpnes for en etterfølgende kontroll som standarden legger opp til.

Spørsmålet er om det ved tolkningen kan legges vekt på at balansen i kontrakten i vesentlig grad forrykkes og leder til at totalentreprenøren påføres en uhåndterbar og urimelig risiko.

Bestemmelsene i NS 8407 pkt. 24.2 er uttrykk for kompromisser som er fremforhandlet av de viktigste aktørene i bransjen. Bestemmelsene er ment å avhjelpe problemene som har vist seg i praksis, ved å opprette klare regler som sikrer en rimelig risikobalanse. Dette taler i seg selv for at det ikke fritt bør kunne gjennomføres endringer i standarden.¹⁰⁴ Poenget er at standarden selv opererer med en forutsetning om den skal anvendes uten andre avvik eller endringer enn dem standarden selv åpner for.¹⁰⁵ Begrunnelsen er som påpekt av Giverholt m.fl. ”(...) å øke partenes lojalitet til at risikofordelingen i den vedtatte standarden ikke forrykkes.”¹⁰⁶

¹⁰³ Knag (2010) s. 131.

¹⁰⁴ Kaasen (2006) s. 34.

¹⁰⁵ Se innledningen til protokollen.

¹⁰⁶ Giverholt (2012) s. 64.

Innføringen av protokoll er nytt i landbasert entrepriserettslig sammenheng. Protokollen til NS 8407 er basert på samme mønster som protokollene i offshorekontrakter,¹⁰⁷ men den rettslige stillingen er uavklart. Det er på det rene at protokollen i utgangspunktet bare utgjør et pre-kontraktuelt dokument som gir uttrykk for anbefalinger og forutsetninger ved bruk av standarden. Ettersom protokollen er veiledende gir den ikke rettslig grunnlag for å angripe individuelt tilpassende kontrakter.¹⁰⁸ Det er likevel verdt å merke seg at protokollen fraråder omfattende endringer av risikobalansen og gir klare anbefalinger om at risikooverføring skal forbeholdes de tilfeller hvor totalentreprenøren kan håndtere risikoen.

Disse anbefalingene bygger på rimelighetshensyn og har fått et sterkt uttrykk, jf. ordlyden ”Komiteens medlemmer er enige om at denne unntaksregelen kun skal benyttes (...)” under de gitte forutsetningene. Det understrekes i innledningsordene til protokollen at slike avvik

”(...) vil kunne være illojale i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir.”

Hva som vil utgjøre et illojalt avvik må vurderes konkret, hvor graden av skjevheter i risiko må vektlegges.¹⁰⁹ Det bør vektlegges at totalentreprenøren ut fra de gitte markedsforhold kan ha begrenset mulighet til å påvirke kontraktsutformingen. Dersom totalentreprenøren skal overta risikoen for et langt utviklet og omfattende prosjekteringsgrunnlag, vil rimelighetshensynene som kommer til uttrykk i protokollen slå inn. Risikoen knytter seg til løsninger som totalentreprenøren verken har tatt del i, eller har hatt anledning til å påvirke. Dersom totalentreprenøren heller ikke gis anledning til å gjennomgå materialet i ettertid fordi reglene i pkt. 24.2.2 fravikes, eller nærmest omgås ved at fristen settes urimelig kort, vil dette kunne representere illojale avvik. Den uhåndterbare situasjonen kan da være fremtredende.

¹⁰⁷ Giverholt (2012) s. 64.

¹⁰⁸ Se innledningen til protokollen.

¹⁰⁹ Holand (2011) hentet fra <http://vogtwiig.no/no/Nyheter/Ny-totalentreprisestandard-NS-8407>

Det er nettopp en slik situasjon som *forrykker balansen i kontraktsforholdet* – protokollen og innføringen av reglene i pkt. 24.2 forsøker å motvirke. Lojalitetspliktens intensitet må også vurderes i lys av at entreprisekontrakter preges av et spesielt samarbeidsforhold med særlig behov for strenge lojalitetskrav.¹¹⁰

Det er som nevnt ikke grunnlag for å gi protokollens retningslinjer direkte rettsvirkning. Spørsmålet er likevel om protokollen kan gis indirekte virkning som tolkningsmoment.

At hensynet til å unngå urimelig risikofordeling, og ubalanse i kontraktsforholdet er relevant ved tolkningen følger av avtl. § 36. Det er nær sammenheng mellom indirekte rimelighetssensur gjennom innskrenkende tolkning – og direkte sensur etter avtl. § 36.¹¹¹ Formelt sett er innskrenkende tolkning og revisjon rettssystematisk ulike. Det er imidlertid en flytende overgang mellom dem, og slik Woxholth legger til grunn så anvender Høyesterett avtl. § 36 ”*som en retningslinje ved tolkningen*”.¹¹² Med andre ord har avtl. § 36 en indirekte funksjon som fortolkningsregel. Domstolene ser hen til om

*”(...) resultatet blir urimelig når innholdet av en avtale skal fastlegges og har lenge drevet såkalt rimelighetssensur av kontraktsvilkår ved innskrenkende fortolkning også i rent kommersielle avtaleforhold.”*¹¹³

Dersom totalentreprenøren påføres urimelig risiko, i strid med hensynene og forutsetningene som kommer til uttrykk i protokollen, vil hensynet til et rimelig resultat kunne komme på spissen. I en slik situasjon er det grunn til å tro at domstolene vil bruke avtl. § 36 som en

¹¹⁰ Dalbak (2007) s. 607.

¹¹¹ Woxholth (2012) s. 375.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Hagstrøm (1996) s. 459-460.

fortolkningsregel og vektlegge protokollens sterke anbefalinger, som støtte for innskrenkende tolkning. Begrunnelsen er som Hagstrøm så treffende påpeker at:

”En uavkortet risikooverføring vil bringe en skjevhet inn i kontraktsforholdet, som domstolene viser seg motvillig til å medvirke til.”¹¹⁴

På denne bakgrunn taler mye for at retningslinjene i protokollen vil utgjøre et relevant moment ved tolkningen av generelle risikooverføringsklausuler. Disse gir uttrykk for reelle hensyn som det ved tolkningen er rettskildemessig dekning for å vektlegge.¹¹⁵ Generelle klausuler som i stor grad forrykker balansen i kontrakten, kan derfor risikere å bli tolket innskrenkende.

Et ytterligere poeng som oppstår når risikofordelingen som standarden legger opp til forrykkes, er at det kan oppstå *uklarheter om i hvilket omfang* risikoen er overført. Den generelle klausulen må som nevnt tolkes i lys av protokollen. Den knytter risikooverføringen opp til et prosjekteringsmateriale som er begrenset og/eller som totalentreprenøren har fått god innsikt i. Uklarhetsregelen har en fremtredende rolle som tolkningsregel ved løsningen av tolkningstvil i entrepriseretten.¹¹⁶ Byggherren vil på denne bakgrunn kunne risikere å møte en strengere bevisbyrde for rekkevidden av risikooverføringen, når protokollens forutsetninger fravikes.¹¹⁷ Dersom det oppstår uklarheter, vil uklarhetsregelen og hensynet til et rimelig resultat kunne medføre at klausulen underlegges et snevrere anvendelsesområde enn det ordlyden alene skulle tilsi.¹¹⁸

¹¹⁴ Hagstrøm (1996) s. 459-460.

¹¹⁵ Høgberg (2006) s. 203.

¹¹⁶ Uklarhetsregelen innebærer at bestemmelser tolkes mot den av partene som har forfattet avtalen og burde uttrykt seg klarere, se eksempelvis Rt. 2007 s. 1489.

¹¹⁷ Giverholt (2012) s. 366.

¹¹⁸ Se Rt. 2009 s. 160 avsnitt 45.

5.3.5 Kontraktens arbeidsomfang har betydning for klausulens rekkevidde

I rettspraksis ser man konturene av skepsisen til å akseptere omfattende avvik fra funksjonsfordelingsprinsippet i relasjon til tolkningen av hva som ligger innenfor totalentreprenørens kontraktsforpliktelse. Som nevnt er ikke begrepet ”totalentreprise” entydig. Derfor er det alltid nødvendig å tolke kontrakten for å avgjøre arbeidsomfanget og hvilke forutsetninger totalentreprenørens kontraktsforpliktelse bygger på. Dommen avsagt av Agder lagmannsrett 9. mai 2005 er illustrerende.¹¹⁹

Saken gjaldt totalentreprise inngått etter NS 3431, og byggeprosjektet bestod i å bygge en ny tredjeetasje til kontorlokaler på taket av et eksisterende bygg. Hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen var fraveket ved følgende klausul:

”Ved kontraktinngåelsen overtar totalentreprenøren alt ansvar for tegninger og beskrivelser som er utarbeidet av byggherrens arkitekt og rådgivere, som inngår i tilbudsgrunnlaget. Evt feil og mangler ved disse tegninger og beskrivelser gir ikke totalentreprenøren rett til fristforlengelse, tillegg eller erstatning.”

Byggherren rettet erstatningskrav mot totalentreprenøren for støyplager i de nye lokalene fra underetasjen. Spørsmålet retten tok stilling til var hvorvidt støyisolering fra underetasjen inngikk i totalentreprenørens forpliktelser etter kontrakten.

Problemet var at prosjekteringen ikke tok høyde for støyproblemene. Etasjeskilleren som var del av de tegninger byggherrens arkitekt hadde utarbeidet, og som totalentreprenøren hadde overtatt risikoen for, anga isolering med ”lette materialer”. Dersom ovennevnte klausul tolkes på ordet skulle således dette være en prosjekteringsfeil som totalentreprenøren hadde overtatt risikoen for. Klausulen ble likevel tolket innskrenkende. Retten la avgjørende vekt på at støyisolering, etter en konkret vurdering av avtalen, ikke var gjort til en del av

¹¹⁹ LA-2004-39953.

totalentreprenørens kontraktsforpliktelse. Støyisoleringen var ikke oppstilt som et funksjonskrav og hadde aldri vært et tema mellom partene.

Realiteten var at feilen kunne tilbakeføres til byggherrens planleggingsfase, som ligger forut i tid for prosjekteringsfasen. Dette er fasen hvor byggherren bestemmer seg for hvilke krav og egenskaper bygget skal ha ut fra de behov som gjør seg gjeldende.¹²⁰ I denne fasen legges premissene for prosjektering og utførelse. Det er disse premissene som kommer til uttrykk i kontraktens funksjonskrav som totalentreprenøren er bundet av. Dette er videre de kravene totalentreprenøren kontrollerer prosjekteringsmaterialet opp mot, og som utgjør hans arbeidsomfang.

Det viktige skillet mellom feil som er gjort i planleggingsfasen contra prosjekteringsfasen kommer til uttrykk i lagmannsrettens begrunnelse når det legges til grunn at klausulen vanskelig kunne fortolkes:

”(...) slik at den også omfattet kontroll av støyforhold i fra eksisterende virksomhet TF må ha kjent til og som burde vært hensyntatt og klargjort som en byggherreforutsetning på et tidlig tidspunkt i planleggingsfasen.”¹²¹

Byggherren var nærmest til å avklare støyforholdene som profesjonell eiendomsforvalter med bistand av profesjonelle rådgivere.¹²² Dommen tydeliggjør at selv om totalentreprenøren har overtatt risikoen for byggherrens utførte prosjektering, så omfatter ikke dette forhold som burde vært ivaretatt i planleggingsfasen, og som dermed ikke er kommet til uttrykk i totalentreprenørens kontraktsforpliktelse:

¹²⁰ Barbo (1990) s. 24.

¹²¹ LA-2004-39953.

¹²² Ser også at uklarhetsregelen anvendes mellom linjene.

”Lagmannsretten er etter dette kommet til at støyskjerming av kontorlokalene, mot den ekstreme støybelastningen fra underliggende etasjer som det her er tale om, ikke inngår i WK s ansvarsområde i h h t kontrakten.”¹²³

Poenget er at det er nær sammenheng mellom totalentreprenørens arbeidsomfang og de målene/premissene som byggherren og hans rådgivere legger i planleggingsfasen. Med mindre totalentreprenøren burde oppdaget at premissene var feil, ut fra sine aktsomme undersøkelser og erfaringsgrunnlag, så svarer han ikke for disse. Dette er en naturlig følge av at byggherren har risikoen for de forutsetninger han bygger prosjektet på. Ved risikooverføringen påtar totalentreprenøren seg risikoen for utført prosjektering, men dette omfatter ikke risikoen for alle vurderingene som byggherren og dennes prosjekterende har gjort fra oppstart av prosjektet og frem til kontraktsinngåelsen.

En konkret tolkning av avtalen, særlig med hensyn til arbeidsomfanget og forutsetningene som ligger til grunn, kan gi domstolene grunnlag for å tolke en vid klausul innskrenkende.¹²⁴ Tilsvarende rom for innskrenkende tolkning kan åpne seg der svikten kan tilbakeføres til feil som burde vært oppdaget i byggherrens planleggingsfase av prosjektet.

5.4 Oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen i pkt. 5 kan det trekkes opp noen retningslinjer for å fastlegge rekkevidden av risikooverføringsklausuler. Dersom ordlyden klart gir uttrykk for omfanget av risikoen som totalentreprenøren har påtatt seg vil ordlyden legges til grunn. Generelle risikooverføringsklausuler som ikke klart angir risikoens rekkevidde skal som utgangspunktet tolkes strengt objektivt, men øvrige forhold kan åpne for en mer fleksibel tolkning.

¹²³ LA-2004-39953.

¹²⁴ Skrunes (2010) s. 429.

Dersom konteksten avdekker at den generelle klausulen fremstår som vurdert og veloverveid, støtter det opp om streng ordlydsfortolkning. Tilsvarende gjør seg gjeldende der klausulen faller inn under anvendelsesområdet til NS 8407 pkt. 24.2, og disse reglene er fulgt. Poenget er da at den kontekstuelle tolkningen viser at totalentreprenøren har vært villig til å påta seg den betydelige risikoen som kommer til uttrykk i klausulen. Totalentreprenøren har tatt en kalkulert risiko, og må bære konsekvensene av det. Hensynet til forutberegnelighet og harmoniseringen med standardens klare løsninger støtter opp om å tolke klausulene strengt. Domstolene skal ikke rokke ved klare kontraktsbundne posisjoner gjennom innskrenkende tolkning.

Konkrete forbehold eller synbare individuelle forutsetninger kan begrense rekkevidden av både generelle og konkrete klausuler. På den andre siden, vil fravær av slike forbehold støtte opp om streng ordlydsfortolkning.

En generell risikooverføringsklausul, som forrykker balansen i kontraktsforholdet og fraviker forutsetningene i protokollen, kan på bakgrunn av avtl. § 36 og retningslinjene i protokollen, risikere å bli tolket innskrenkende. Dette er særlig aktuelt dersom klausulen overfører risikoen for et langt utviklet prosjekteringsmateriale og der totalentreprenøren ikke gis reell anledning til å kontrollere materialet han skal overta risikoen for.

Klausulene kan også risikere å bli tolket innskrenkende der prosjekteringssvikten som materialiserer seg ligger utenfor totalentreprenørens arbeidsomfang etter kontrakten. Videre kan det være rom for innskrenkende tolkning dersom svikten kan tilbakeføres til feil som ble begått av byggherren i planleggingsfasen av prosjektet, med mindre feilen burde blitt oppdaget i prosjekteringsfasen.

6 BEGRENSNINGER I RISIKOOVERFØRINGEN

6.1 Problemstilling og angrepsvinkel

Pkt. 5 behandlet spørsmålet om hvordan risikooverføringsklausuler skal tolkes for å fastslå rekkevidden av den risikoen totalentreprenøren har påtatt seg. Herunder ble det drøftet hvilke særlige momenter som taler for å begrense rekkevidden av en vid ordlyd ved innskrenkende tolkning. I det følgende skal det ses nærmere på om standarden og bakgrunnsretten *begrenser* rekkevidden av risikoen som totalentreprenøren påtar seg. Herunder reises spørsmålet om – og eventuelt når – risikooverføringsklausulene kan utfylles eller harmoniseres med bakgrunnsrettens regler.¹²⁵ Det er ingen skarp grense mellom tolkning og utfylling, og det beror på tolkningen hvorvidt risikooverføringsklausulen kan harmoniseres med bakgrunnsretten.¹²⁶

Mer spesifikt reises det spørsmål om byggherrens subjektive forhold begrenser risikooverføringen, og hvorvidt det kan oppstilles en ”vesentlig avvik” - grense for klausulenes rekkevidde.

6.2 Byggherrens subjektive forhold

I juridisk teori er det lagt til grunn at man ikke kan fraskrive seg ansvaret for grov egen-skyld.¹²⁷ Det er nærliggende å legge til grunn samme betraktninger ved overføring av pro-sjekteringsrisiko. Dette innebærer at byggherren ikke kan påberope seg innholdet og virkningen av risikooverføringsklausulen dersom svikten skyldes grov uaktsom opptreden fra hans side. For å statuere grov uaktsomhet må byggherren ha utvist en opptreden som kan

¹²⁵ I teorien brukes begrepene harmoniserende tolkning og positiv utfylling om hverandre, jf. Høgberg (2006) s. 165.

¹²⁶ Haaskjold (2002) s. 100 og 153.

¹²⁷ Hov (2002) s. 285, Krüger (1989) s. 784 og Hagstrøm (2011) s. 644.

karakteriseres som kvalifisert klanderverdig.¹²⁸ Begrepet ”grov uaktsomhet” passer imidlertid dårlig i denne type kontraktsforhold.¹²⁹ Det er mer naturlig å foreta en samlet vurdering av om byggherrens opptreden fremstår som ”sterkt illojalt eller lignende”.¹³⁰ Fremstillingen vil derfor i det følgende belyse byggherrens lojalitetsplikt overfor totalentreprenøren. Herunder behandles betydningen av ”uriktige opplysninger” og hvilken opplysningsplikt som påhviler byggherren ved utarbeidelsen av tilbudsgrunnlaget.

6.2.1 Informasjonssvikt kan begrense rekkevidden

Dersom prosjekteringsgrunnlaget svikter, og dette kan tilbakeføres til uriktige opplysninger i tilbudsgrunnlaget eller at byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt, oppstår spørsmålet om hvilken virkning dette får på risikooverføringen. Spørsmålet er om byggherrens subjektive forhold begrenser rekkevidden av risikoen totalentreprenøren påtar seg, slik at forhold som kan tilbakeføres til byggherrens mislighold kan unntas fra risikooverføringsklausulen. Først behandles unntaket for uriktige opplysninger som standarden selv oppstiller. Deretter behandles byggherrens opplysningsplikt som følger av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹³¹

6.2.1.1 Unntaket for uriktige opplysninger, jf. NS 8407 pkt. 24.2.1 annet ledd

Selv om partene har avtalt at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggherrens prosjektering, så modifiseres virkningen av risikooverføringen av regelen i pkt. 24.2.1 annet ledd. Bestemmelsen fastsetter følgende grense for risikooverføringen:

”Totalentreprenøren har under ingen omstendighet risiko for løsninger og annen prosjektering som bygger på uriktige opplysninger den prosjekterende har mottatt

¹²⁸ Begrepet stammer fra strafferetten. Se eksempelvis Rt. 1970 s. 1235.

¹²⁹ Kaasen (2006) s. 608.

¹³⁰ *Ibid* s. 609.

¹³¹ Nazarian (2007) s. 85.

fra byggherren eller offentlige etater, med mindre totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet etter 24.2.2.”

Viser det seg at løsningen svikter, og forholdet kan tilbakeføres til feil som har sin årsak i uriktige opplysninger avgitt av byggherren eller offentlig etat, er regelen at forholdet unntas fra risikooverføringen. Bestemmelsen gir uttrykk for det alminnelige prinsipp om opplysningsrisiko i kontraktsforhold.¹³² At byggherren pålegges risikoen for uriktige opplysninger er – som påpekt av Skrunes – en ”direkte konsekvens” av funksjonsfordelingsprinsippet.¹³³ Unntaket støttes av rimelighetshensyn.¹³⁴ Totalentreprenøren har i slike situasjoner overtatt risikoen – og bundet seg – på uriktige forutsetninger. Byggherren skal ikke kunne overføre risikoen for slik informasjon til totalentreprenøren. Det ulovfestede prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, som er nedfelt i NS 8407 pkt. 3, støtter også opp om å unnta løsninger som bygger på ”uriktige opplysninger” fra risikooverføringen.

Regelen om at totalentreprenøren ”under ingen omstendighet” har risikoen for disse løsninger, innebærer at løsningen vurderes i samsvar med standardens hovedregel, jf. pkt.3. Konsekvensen er derfor at byggherren ikke kan påberope seg den avtalte risikooverføringen for denne delen av prosjekteringen. På denne bakgrunn er det sentralt å avgjøre hva som omfattes av unntaket i pkt. 24.2.1 annet ledd.

I henhold til ordlyden er det kun ”uriktige opplysninger” som kan tilbakeføres til byggherren eller offentlig etat som omfattes. Det vil si at unntaket ikke omfatter prosjektering som bygger på uriktige opplysninger gitt av byggherrens prosjekterende. Standarden oppstiller her et unntak fra prinsippet om at man svarer for opplysninger fra kontraktsmedhjelpere.¹³⁵ RG-2012-400 gjelder et saksforhold som illustrerer uriktige opplysninger fra offentlig etat.

¹³² Sml. kjøpsloven § 18 første ledd, avhendingslova § 3-8 og bustadoppføringslova § 27.

¹³³ Skrunes (2010) s. 415.

¹³⁴ Giverholt (2012) s. 367.

¹³⁵ Hagstrøm (2011) s. 146.

I denne saken hadde arkitekten høydesatt bygget på bakgrunn av opplysninger i kommunens kartgrunnlag. Disse viste seg i ettertid å være uriktige, noe som ledet til vanninntrengning i bygningen. Dommen illustrerer løsninger som bygger på uriktige opplysninger fra offentlig etat, og som vil rammes av unntaket i pkt. 24.2.1.

Ordlyden knytter unntaket opp mot uriktige opplysninger som ”den prosjekterende har mottatt”. Dette skulle tilsi at byggherren kan fri seg fra risiko for uriktige opplysninger vis a vis totalentreprenøren, ved å gi opplysninger uten å koble inn sine prosjekterende. Giverholt m.fl. legger til grunn at unntaket også gjelder i de tilfeller hvor ”(...) byggherren har valgt løsningen uten å konferere med eller koble inn sine prosjekterende.”¹³⁶ Selv om dette ikke harmonerer med ordlyden, støttes synspunktet av hensynene bak unntaket. Byggherren skal ikke kunne påberope seg risikooverføring som bygger på uriktige opplysninger, som han er nærmest til å bære risikoen for. Det vil virke tilfeldig og lite rimelig å skille mellom situasjonene der opplysningene gis indirekte via den prosjekterende, og der byggherren gir opplysningene selv.

Uttrykket ”uriktige opplysninger” omfatter både feilaktige og misvisende opplysninger.¹³⁷ Ordlyden i bestemmelsen forutsetter imidlertid at byggherren positivt har avgitt opplysninger. Spørsmålet om misligholdt opplysningsplikt faller derfor utenfor, og behandles i pkt. 6.1.2.2.

Hvorvidt opplysningene er ”uriktige” må avgjøres ut fra om de stemmer overens med de faktiske forhold. Et eksempel kan hentes fra LG-2007-123605. Avtalen inneholdt en tegning med fjellsymbol og var videre beskrevet som ”fjell i dagen midt i elva”. Disse opplysningene ga ”klare indikasjoner om at det var fast fjell”¹³⁸ i det aktuelle området. Når de

¹³⁶ Giverholt (2012) s. 367.

¹³⁷ Se vgd. inntatt i Rt. 1954 s. 50 hvor det ble lagt til grunn at byggherren hadde forledet entreprenøren til en undervurdering av de faktiske forhold ved å gi ufullstendige opplysninger. Se også Sandvik (1966) s. 309.

¹³⁸ LG-2007-123605.

faktiske forhold avvek fra de avgitte opplysningene, og dermed fra det entreprenøren hadde grunn til å forvente, konkluderte lagmannsretten med at det var gitt uriktige opplysninger.

Unntaket for byggherrens opplysningsrisiko gjelder såfremt ikke ”(...) *totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet*”, jf. pkt. 24.2.1 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller et aktsomhetskrav for totalentreprenøren. Dersom aktsomhetskravet ikke er overholdt er man tilbake i utgangspunktet som er at totalentreprenøren svarer for prosjekteringen som om han hadde utarbeidet løsningen selv. Av redaksjonelle hensyn behandles ikke omfanget av undersøkelsesplikten nærmere. En viktig presisering er likevel at aktsomhetskravet må ses i lys av at den etterfølgende kontrollen ikke utgjør en ny prosjektering, men en gjennomgang av den prosjektering som er utført av byggherrens prosjekterende – profesjonelle aktører med faglig kompetanse. Utgangspunktet er derfor at totalentreprenøren må kunne basere seg på at opplysninger i dette materialet er korrekte, med mindre han sitter inne med erfaringer og kunnskap som tilsier at feilen burde vært oppdaget.¹³⁹

I praksis ser man eksempler på at unntaket om ”uriktige opplysninger” som pkt. 24.2.1 annet ledd legger til grunn forsøkes fraveket. Typisk vil dette være situasjonen der byggherren i tilbudsinnbydelsen kaller vedlagte opplysninger for ”orienterende” og kombinerer dette med presiseringer om at de ”ikke har vært underlagt kvalitetssikring” og ”kan være beheftet med feil”.

Høyesterett la i Rt. 2010 s. 1345 til grunn at slike forbehold skal tolkes innskrenkende. Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag ved utførelse av vinterdrift av vegstrekninger etter en inngått funksjonskontrakt. For at tilbyderne skulle beregne nødvendig saltforbruk la Statens vegvesen frem ”*de beste historiske erfaringstall som kan skaffes*”. I vedlegget ble det presisert at disse ikke hadde ”*vært underlagt særskilt kvalitetssikring*” og det ble tatt forbe-

¹³⁹ Hagstrøm (2011) s. 350-51, Sandvik (1966) s. 225 og 298.

hold om at tallene kunne ”være beheftet med feil”. Tallmaterialet sviktet, og entreprenørens krav på merutgifter førte på tross av forbeholdet delvis frem. Høyesterett bemerket:

*”Som jeg tidligere har fremholdt, kan imidlertid disse forbeholdene bare dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet. (...) Når anbudsgrunnlaget er beheftet med så vesentlige feil som her, finner jeg at staten må hefte (...) til tross for de forbehold som er tatt.”*¹⁴⁰

Slike forbehold dekker altså kun mindre vesentlige feil i tilbudsgrunnlaget. I praksis ser man imidlertid også eksempler på at det i kontrakten inntas bestemmelser, som *uttrykkelig* fastsetter at feil i tilbudsgrunnlaget ikke skal kunne påberopes som grunnlag for fristforlengelse eller vederlagsjustering.¹⁴¹ Risikoen for riktigheten av den gitte informasjonen overføres da til totalentreprenøren.

I teorien skilles det mellom opplysninger som er gitt i aktsom god tro eller ved simpel uaktsomhet, og de som er formidlet forsettlig eller ved grov uaktsomhet.¹⁴² Risikoen for riktigheten av førstnevnte opplysninger kan overføres til totalentreprenøren. Her vil det likevel kunne oppstilles krav til klarhet. Dersom klausulens ordlyd ikke uttrykkelig overfører risiko for byggherrens uriktige opplysninger, vil standardens regel kunne medføre at uklarheten løses i samsvar med denne. Som poengtert av Høgberg er dette en konsekvens av ”(...) *synspunktet om at det bør foreligge klare holdepunkter før man fraviker bakgrunnsrettens løsning.*”¹⁴³

Bestemmelser som overfører risikoen for riktigheten av opplysningene i prosjekteringsmaterialet, vil ikke kunne gjøres gjeldende dersom byggherren bevisst eller ved grov

¹⁴⁰ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 56. Fulgt opp i LA-2012-21676.

¹⁴¹ Sml. ordlyden i eksemplene i pkt. 4.1.

¹⁴² Sandvik (1966) s. 309-310.

¹⁴³ Høgberg (2006) s. 194.

uaktsomhet har gitt de uriktige opplysningene. Her møter man nemlig yttergrensen om at man ikke kan fraskrive seg ansvaret for grovt uaktsomme forhold.¹⁴⁴

Oppsummert ser man at NS 8407 pkt. 24.2.1 annet ledd begrenser risikoen som totalentreprenøren har påtatt seg dersom løsningen bygger på uriktige opplysninger, som kan tilbakeføres til byggherren eller offentlig etat. Forutsetningen er at totalentreprenøren ikke burde oppdaget forholdene ved sin gjennomgang. Risikoen for opplysninger som er gitt i god tro – eller ved simpel uaktsomhet – kan byggherren fraskrive seg. Dette må uttrykkelig avtales mellom partene, og for å klargjøre dette i relasjon til standarden bør regelen i pkt. 24.2.1 annet ledd fravikes. Ellers kan det oppstå uklarheter om rekkevidden, som kan åpne for harmonisering med standardens og bakgrunnsrettens løsning.

6.2.1.2 Opplysningsplikten

Det påhviler byggherren en generell opplysningsplikt. Dette er et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, som er nedfelt i NS 8407 pkt. 3. Opplysningsplikten gjelder i forsterket grad der kontrakten legger betydelig risiko på totalentreprenøren og der byggherren sitter på hele opplysningsmaterialet.¹⁴⁵ En sak behandlet av Agder Lagmannsrett belyser dette. Byggherren hadde unnlatt å opplyse om at de historiske data som fremkom av anbudsdokumentene var hentet fra en region utenfor kontraktsområdet. Spørsmålet var om det forelå opplysningsmangel som medførte at entreprenøren kunne kreve merutgiftene dekket.

Retten bemerket at det bør settes strenge krav til at opplysningene i anbudsdokumentene er korrekte og fullstendige. Dette skaper forutberegnelighet og ”(...) *et solid grunnlag for tilbydernes kalkulasjoner (...)* Det gjelder ikke minst når kontrakten legger betydelig risiko

¹⁴⁴ Skrunes (2010) s. 428, Sandvik (1966) s. 311.

¹⁴⁵ Rt. 2010 s. 1345.

på entreprenøren og der den ene part, her SVV, sitter på hele grunnlags- og opplysningsmaterialet.”¹⁴⁶

Lagmannsretten la til grunn at det forelå en opplysningsmangel når det ikke var opplyst at tallene var hentet fra et annet område enn det kontrakten gjaldt:

”SVV måtte forstå at dette var en kjensgjerning som var av betydning for tilbyderens vurdering av tallmaterialets pålitelighet og deres kalkulasjoner. Opplysningssvikten kan ha bidratt til at tilbyderne har unnlatt å iverksette mer dyptgående undersøkelser og beregninger. Lagmannsretten vurderer altså fortielsen som en opplysningsmangel.”¹⁴⁷

Retten trekker frem et viktig poeng: Byggherrens opplysningsplikt må ses i sammenheng med at tilbudsgrunnlaget utgjør premissene for totalentreprenørens kalkulasjoner, samt for hans vurdering av opplysningenes pålitelighet. Risikoen totalentreprenøren påtar seg for den utførte prosjekteringen må derfor *avveies mot* omfanget og innholdet av byggherrens opplysnings- og lojalitetsplikt. Disse kravene bør settes strengt nettopp fordi dette materialet er utarbeidet av byggherren, og fordi totalentreprenøren verken har hatt mulighet til å påvirke eller kontrollere prosjekteringsmaterialet ved inngivelsen av tilbudet.¹⁴⁸

Konkurransesituasjonen tilsier også at byggherren må pålegges en streng aktsomhetsplikt vedrørende hvilke opplysninger han plikter å videreformidle til totalentreprenøren. Selve vurderingen av risikoen er som nevnt ut fra den pre-kontraktuelle situasjonen vanskelig. I lys av at klausulene tar sikte på å overføre betydelig risiko til totalentreprenøren kreves det derfor lojal opptreden av byggherren, jf. NS 8407 pkt. 3.

¹⁴⁶ LA-2012-21676.

¹⁴⁷ LA-2012-21676.

¹⁴⁸ Skrunes (2010) s. 415.

Tilbakeholdelse av opplysninger av betydning for totalentreprenørens vurdering av prosjekteringsmaterialet kan derfor utgjøre et kontraktsbrudd. Skrunes fremholder i denne forbindelse at

”(...) informasjon som har direkte betydning for den økonomiske balansen i kontrakten, og som ikke er av allmenn karakter, kan man som utgangspunkt ikke holde tilbake uten at det får følger for kontraktsforholdet mellom partene.”¹⁴⁹

Spørsmålet er om brudd på opplysningsplikten leder til begrensninger i den risiko totalentreprenøren har påtatt seg.

Virkingen av misligholdt opplysningsplikt er ikke regulert i bestemmelsene som gjelder overtakelse av prosjekteringsrisiko i NS 8407. Pkt. 24.2.1 oppstiller kun unntak for uriktige opplysninger. Misligholdt opplysningsplikt støttes av de samme bakenforliggende hensyn; nemlig at byggherren ikke uavkortet skal kunne påberope seg en risikooverføring ved feil som han selv har bidratt til, og er nærmest til å bære risikoen for.

Omfanget av den risikoen totalentreprenøren har påtatt seg vil derfor kunne modifieres ved brudd på opplysnings- og lojalitetsplikten. Slik Krüger påpeker kan en part som forsømmer å oppfylle *lojalitetsbaserte* plikter risikere at kontrakten blir tolket i mot ham.¹⁵⁰ Det kan spores en tendens i rettspraksis til å underkjenne ansvarsfraskrivelse dersom en streng ordlydsfortolkning innebærer at betydelige kontraktsbrudd blir uten virkning.¹⁵¹ Dette gjelder uavhengig av skyldform. Fremgangsmåten som brukes for å begrense risikooverføringen er å anlegge et forutsetningssynspunkt. Det vil si at betydelige kontraktsbrudd medfører at forutsetningene for å påberope seg klausulen faller bort.¹⁵²

¹⁴⁹ Skrunes (2010) s. 420, Sandvik (1966) s. 308.

¹⁵⁰ Krüger (2010) s. 116, Dalbak (2007) s. 607.

¹⁵¹ Rt. 1935 s. 497 og Rt. 1969 s. 679.

¹⁵² Hagstrøm (1996) s. 459.

Entreprisekontrakter preges av lojalitets- og samarbeidsplikt. Dersom byggherren kan påberope seg risikooverføringen til tross for eget mislighold, vil dette være i strid med det partene har forutsatt å oppnå med kontrakten, og rokke ved den grunnleggende balansen i kontraktsforholdet.¹⁵³

På denne bakgrunn konkluderes det med at brudd på opplysningsplikten vil kunne begrense risikoen totalentreprenøren har påtatt seg, slik at risikoen for disse forhold unntas fra risikooverføringen.

6.3 "Vesentlige avvik" i prosjekteringsmaterialet

6.3.1 Gir NS 8407 pkt. 23.2 første ledd uttrykk for et generelt prinsipp?

NS 8407 pkt. 23.2 første ledd inneholder en grense for omfanget av avtalt risikooverføring for grunnforhold. Bestemmelsen fastsetter en form for "rimelighetsgrense" og har følgende ordlyd:

"Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med basert på reglene i 23.1."

Grensen må ses i sammenheng med at grunnforholdene er vanskelige å vurdere. Det foreligger store usikkerhetsmomenter, og ofte vil problemene være skjulte. På det tidspunktet de oppdages vil kontraktssum og fremdriftsplan allerede være avtalt. Derfor anbefales det i protokollen at nødvendige grunnundersøkelser skal vedlegges konkurransegrunnlaget.¹⁵⁴ Videre er det byggherren som eier tomten og han er derfor i utgangspunktet nærmest til å bære risikoen som er forbundet med å bygge på tomten.

¹⁵³ Kaasen (2006) s. 597.

¹⁵⁴ Se protokollen til pkt. 23.2.

Grensen hviler på synspunktet om at NS 8407 er en balansert kontraktsstandard.¹⁵⁵ Overføring av risiko for grunnforhold begrenses derfor i de tilfeller hvor grunnforholdene i vesentlig grad avviker fra det som totalentreprenøren ut fra sine aktsomme undersøkelser hadde grunn til å regne med. Poenget er at dette representerer forhold som totalentreprenøren ikke har innkalkulert i prisen eller fremdriftsplanen. Kalkylen veltes og det bringes ubalanse inn i kontraktsforholdet.

Virkingen av regelen i pkt. 23.2 er følgelig at totalentreprenøren kan påberope seg justering av vederlaget og fremdriften.

Spørsmålet det skal ses nærmere på er om grensen som er oppstilt i pkt. 23.2 er uttrykk for et alminnelig prinsipp.

Prinsippet som kommer til uttrykk i pkt. 23.2 bygger på et entrepriserettslig prinsipp, som går ut på at entreprenøren må kunne basere sin kalkyle ut fra en forutsetning om at de tall og beregninger som han har å basere seg på, i det vesentlige reflekterer de reelle forhold.¹⁵⁶ Grensen som oppstilles i pkt. 23.2 gir derfor uttrykk for deklarasjonsrett.

Tilsvarende ”vesentlig avvik” - grense er lovfestet andre steder i norsk kontraktsrett.¹⁵⁷ Av særlig interesse er avhendingsloven § 3-9 annet ledd, som også gjelder i næringsforhold. ”As is” klausuler tar sikte på å overføre risikoen for feil eller mangler ved eiendommen til kjøperen. En generell ansvarsfraskrivelse om at eiendommen selges ”as is” er ikke absolutt og modifieres av følgende ordlyd:

¹⁵⁵ Jf. protokollen til NS 8407, Giverholt (2012) s. 355.

¹⁵⁶ Beck (1962) s. 13 med støtte i Rt. 1955 s. 120.

¹⁵⁷ Se avhl. § 3-9 annet ledd, kjl. §19 første ledd bokstav c, hvtjl. § 17 annet ledd, og husl. § 2-5 andre ledd.

”Eigedomen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøperen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.”¹⁵⁸

Regelen begrenser virkningen av ”as is” klausuler hvor eiendommen viser seg å være i vesentlig dårligere stand enn det kjøperen hadde grunn til å regne med. Avgrensningen bygger altså på tilsvarende prinsipp som NS 8407 pkt. 23.2, som er en rimelig avgrensning av risikoen ved avtaler om risikoovertakelse/ansvarsfraskrivelse. Syrstad fremholder – med støtte i Hagstrøm – at modifikasjonen i ansvarsfraskrivelsen (...) *gir uttrykk for et generelt obligasjonsrettslig prinsipp som var etablert lenge før vedtakelsen av avhendingslova.*¹⁵⁹

Bestemmelsen i NS 8407 pkt. 23.2 er følgelig en kodifikasjon av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Dernest reises spørsmålet om denne grensen også kan gjøres gjeldende overfor klausuler som tar sikte på å overføre risikoen for feil i byggherrens prosjekteringsmateriale.

Prinsippet er fravikelig.¹⁶⁰ Det innebærer at partene kan avtale seg bort fra denne grensen. Hvorvidt risikooverføringsklausulen kan utfylles med det deklatoriske prinsippet beror derfor på ordlyden og øvrige tolkningsmomenter. I det følgende skilles det mellom klausuler som inngås etter reglene i NS 8407 pkt. 24.2 og klausuler som fraviker forutsetningene i protokollen og reglene i NS 8407.

6.3.2 Risikooverføring i tråd med reglene og forutsetningene i NS 8407

Dersom partene har avtalt å overføre risikoen for byggherrens prosjektering i tråd med reguleringen i NS 8407 pkt. 24.2.1, må spørsmålet om prinsippets anvendelse besvares be-

¹⁵⁸ Jf. avhl. § 3-9 annet ledd.

¹⁵⁹ Syrstad (2005) s. 87 og Hagstrøm (2003) s. 68. Prinsippet kommer til uttrykk i Høyesteretts resonnement i Rt. 1982 s. 1357.

¹⁶⁰ Jf. avhl. § 1-2 første ledd. Tilsvarende gjelder for NS 8407 pkt. 23.2.

nektende. Begrunnelsen for dette er, som det vil bli forklart nedenfor, at standarden uttømmende regulerer avvikssituasjonen. Når standarden gir svar på løsningen foreligger det ikke grunnlag for å utfylle kontrakten med bakgrunnsretten.¹⁶¹

Bestemmelsen som regulerer avtalt risikoovergang situasjonen har *ikke* inntatt tilsvarende ”vesentlig avvik” grense som pkt. 23.2. Dette har sin forklaring i at bestemmelsene dekker forskjellige faktiske situasjoner. Grensene som oppstilles for risikooverføringen er derfor utformet ulikt.

Likhetstrekket mellom grunnforholdene og prosjekteringsmaterialet er at begge omfatter usikkerhetsfaktorer som vanskelig kan estimeres på forhånd. Svikt i prosjekteringsmaterialet kan være av en slik art at de ikke oppdages før det har gått tid, og i realiteten ligner det på skjulte problemer i grunnen. Hensynet bak ”vesentlig avvik” grensen er som nevnt å unngå at urimelig risiko som totalentreprenøren ikke har kontroll over overføres – en rimelighetsgrense som hindrer at kalkylen veltes. Ordningen som er lagt ned i pkt. 24.2 avhjelper problemene på en annen måte.

Det sentrale er at det gis en etterfølgende kontroll- og varslingsadgang, og plikt til å sikre eventuelle krav mot den prosjekterende. Den etterfølgende kontrollen avhjelper økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser som det ikke er kalkulert med i tilbudet. Poenget er nettopp at totalentreprenøren ikke overtar risikoen for feil som varsles innenfor kontrollfristen, jf. pkt. 24.2.2 annet ledd. I perioden etter kontroll, altså hvor all risiko for tidligere prosjekteringsmateriale er gått over på totalentreprenøren, avhjelper totalentreprenøren av muligheten til å gjøre feil gjeldende overfor den prosjekterende, jf. pkt. 24.2.1 tredje ledd.

Reglene må også ses i lys av hvilke situasjoner standarden åpner for avtalt risikoovergang, jf. protokollens anbefalinger. Når dette forutsettes å være de situasjoner hvor totalentreprenøren har reell mulighet til å håndtere risikoen, er det heller ikke urimelig at han etter utlø-

¹⁶¹ Haaskjold (2002) s. 154.

pet av kontrollfristen svarer objektivt for feil. Dette gjelder også for svikt av en slik art som ikke kan oppdages ved den etterfølgende kontroll, og som først viser seg senere. Ved den avgrensningen som pkt. 24.2 legger opp til, oppnår man den beste minimaliseringen av risikoen ved å plassere den hos totalentreprenøren, som i henhold til avtalen har overtatt risikoen. Reglene er også retts teknisk gunstige fordi de hindrer vanskelige grensedragninger, og kan således virke prosessbesparende.

6.3.3 Risikooverføring utenfor situasjonene som protokollen forutsetter

I de tilfeller hvor risikoen overføres utenfor de situasjonene som protokollen forutsetter, altså der totalentreprenøren har liten mulighet til å håndtere risikoen som overføres, skiller ikke situasjonen seg særlig fra grunnforholdsproblematikken. Dersom totalentreprenøren overtar et omfattende prosjekteringsgrunnlag, uten å bli innrømmet reell mulighet til å kontrollere prosjekteringsmaterialet, kan behovet for den deklatoriske ”vesentlig avvik” – grensen være til stede. Begrunnelsen om å unngå den urimelige risiko som totalentreprenøren ikke har forutsetninger for å håndtere, eller hadde grunn til å regne med, vil slå til.

Det vil på tilsvarende måte som for usikre grunnforhold være vanskelig å estimere kostnads- og tidskonsekvensene på forhånd. En viss sikkerhetsmargin kan innkalkuleres i tilbudet, og derfor er det også rimelig at totalentreprenøren bærer konsekvensene av å akseptere en avvikende risikoregulering. Spørsmålet som reises er likevel om det finnes en *grense* for hvilke kostnads- og fremdriftsmessige konsekvenser totalentreprenøren må tåle.

Også i denne situasjonen vil det bero på ordlyden og øvrige tolkningsmomenter hvorvidt avtalen kan utfylles med det deklatoriske prinsippet. Dersom ordlyden og konteksten viser at partenes intensjon er at risikoen skal være ubegrenset, vil prinsippet ikke komme til anvendelse. Det kan for eksempel være der ordlyden fastsetter at totalentreprenøren ”under ingen omstendighet” skal kunne påberope seg feil i prosjekteringsgrunnlaget. Poenget er da, som i situasjonen ovenfor, at avtalen uttømmende regulerer avvikssituasjonen. Uttrykt

med Woxholth sine ord er ”ordlyden da tilstrekkelig klar til å holde bakgrunnsretten på avstand.”¹⁶²

Er derimot ordlyden uklar, uten at konteksten gir grunnlag for å trekke slutninger om at partene uttømmende har vurdert risikoens rekkevidde, vil muligheten for utfylling være til stede. Hvorvidt avtalen skal utfylles beror på en konkret helhetsvurdering, og slik Haaskjold legger til grunn, må det ses hen til ”(...) hvor rimelig utfylling virker, alle forhold tatt i betraktning.”¹⁶³

I situasjonen hvor totalentreprenøren overtar risikoen for et langt utviklet prosjekteringsgrunnlag, slik at risikoen i realiteten er u håndterbar, taler reelle hensyn for å utfylle kontrakten med den deklarasjoniske ”vesentlig avvik” - grensen. Dersom det *ikke* oppstilles en grense i slike situasjoner, må totalentreprenøren for å gardere seg foreta en omfattende gjennomgang av hele prosjekteringsmaterialet *før* inngivelsen av tilbud. Dette er som nevnt ut fra rasjonelle hensyn ikke gjennomførbart, jf. pkt. 4.1.

Dersom risikooverføringen i slike situasjoner er ubegrenset, vil man slå luften ut av hele tilbudssystemet der prisen baseres på en kalkyle av tilbudsgrunnlaget. Dette harmonerer dårlig med prinsippet om at entreprenøren skal kunne basere sin kalkyle på en forsvarlig vurdering av tilbudsgrunnlaget – og under forutsetning av at de faktiske forhold ikke senere leder til at forhåndskalkylen ”kullkastes”.¹⁶⁴ En ubegrenset risikooverføring innebærer i ovennevnte situasjon at totalentreprenøren i realiteten fratras et grunnlag å prise tilbudet på.

Prosjekteringsmaterialet er utarbeidet av profesjonelle aktører med faglig kompetanse. Det må følgelig kunne forventes at et omfattende og grundig prosjekteringsmateriale ikke er beheftet med vesentlige feil. Slike avvik vil representere forhold som totalentreprenøren

¹⁶² Woxholth (2012) s. 378.

¹⁶³ Haaskjold (2002) s. 155.

¹⁶⁴ Rt. 1955 s. 120 på s. 124.

ikke har grunn til å kalkulere med i tilbudet. Synspunktet kan illustreres ved følgende prinsipielle uttalelse av professor Sjur Brækhus i RG 1992 s. 728:

”Hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for hindringer som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt anbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere anbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt.”¹⁶⁵

Dersom totalentreprenøren på avtaletidspunktet er klar over at det hefter usikkerhet ved det aktuelle prosjekteringsmaterialet, har han med åpne øyne tatt en kalkulert og veloverveid risiko, som naturligvis ikke bør avgrenses.¹⁶⁶ Det er de ukontrollerbare avvikene som ikke er hensyntatt – og som er av en størrelsesorden som velter tilbudet – det er behov for å avgrense mot. Ellers påføres totalentreprenøren betydelig risiko som ikke tilsvarer en reell motytelse. En slik situasjon er uheldig når man tar i betraktning at entreprisekontrakten er en samarbeidsavtale som forutsetter balanse i kontraktsforholdet.

Konklusjonen blir på denne bakgrunn at prinsippet som kommer til uttrykk i NS 8407 pkt. 23.2 ikke kommer til anvendelse i de situasjoner der partene har fulgt reglene i NS 8407 pkt. 24, eller risikooverføringsklausulen uttømmende regulerer avvikssituasjonen. Utenfor disse tilfellene, altså hvor avtalen ikke utelukker harmonisering med bakgrunnsretten, taler reelle hensyn for å utfylle kontrakten med ”vesentlig avvik” grensen. Dette er særlig aktuelt der balansen som oppstilles i standarden og protokollen forrykkes. Det sentrale vil være å vurdere om det foreligger urimelig risikoforskyvning, og de samme hensynene som ble drøftet i pkt. 5.3.4 vil gjøre seg gjeldende. Det avgjørende er da om prosjekteringsgrunnlaget avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.

¹⁶⁵ RG 1992 s. 728 på s. 743.

¹⁶⁶ Sml. pkt. 5.3.1 og Sandvik (1966) s. 235.

7 REVISJON AV RISIKOOVERFØRINGSKLAUSULER

7.1 Problemstillingen

Tidligere ble det påpekt at det er glidende overganger mellom tolkning, utfylling og revisjon av kontrakter. For at en risikooverføringsklausul skal kunne begrenses ad tolknings- og utfyllingsvei er det en forutsetning at ordlyden og øvrige tolkningsmomenter åpner for det. Dersom dette ikke er tilfellet, oppstår spørsmålet om virkningen av risikooverføringsklausulen kan modifiseres gjennom revisjon. Mer presist blir spørsmål om risikoen helt eller delvis kan veltes tilbake på byggherren.¹⁶⁷

7.2 Det klare utgangspunktet i kommersielle forhold

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at profesjonelle parter har ansvar og risiko for egne forutsetninger og forventninger; de er i stand til å ivareta sine egne interesser. Hovedregelen er derfor at avtaler skal holdes, jf. NL 1687 art. 5-1-2. Overtakelse av risiko for byggherrens prosjektering er i tillegg en del av bransjepraksis, og prinsippet om kontraktsfrihet og partsautonomi er universelle prinsipper med stor tyngde. Som statuert av Høyesterett flere ganger kreves det ”sterke grunner” for å sette til side en klar ordlyd, jf. Rt. 2000 s. 806 på s.815.¹⁶⁸ Dette gjelder i forsterket grad der partene har tatt stilling til risikoen og bevisst plassert den hos en part.¹⁶⁹

7.3 Forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36

Etter innføringen av avtl. § 36 har anvendelsesområdet til forutsetningslæren vært diskutert så vel i teori som i rettspraksis.¹⁷⁰ Høyesterett gir i Rt. 2010 s. 1345 uttrykk for de prinsipielle synspunktene om disse rettsgrunnlagene, som kan illustreres ved følgende uttalelse:

¹⁶⁷ Hagstrøm (2011) s. 255.

¹⁶⁸ Se også Rt. 2002 s. 1155, Rt. 2003 s. 1132 og Rt. 2010 s. 1345.

¹⁶⁹ Jf. Rt. 2010 s. 1345 og LG-1997-02010.

¹⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 318.

”Selv om de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av avtaleloven § 36, utgjør bristende forutsetninger et eget rettsgrunnlag, jf. Rt.1994 s.992 (Salhus Flytebru). Hvilket av de to rettsgrunnlagene som vil ha størst rekkevidde beror på hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på.”¹⁷¹

Som påpekt av førstvoterende er revisjonsgrunnlagene dels overlappende. Det sentrale er at de hver for seg gir anvisning på to ”*grunnleggende forskjellige vurderingstema*”.¹⁷² Derfor beror det på faktum – og subsumsjon under de ulike vurderingstema – hvilket revisjonsgrunnlag som vil strekke seg lengst.

Forutsetningslæren har spilt en betydelig rolle i entrepriseretten, og terskelen for avtalerevisjon har også vært lavere for entreprisekontraktens vedkommende enn for andre kontraktstyper.¹⁷³ Dette har sammenheng med at entreprisekontrakter preges av samarbeidsforhold, langvarig byggetid, komplekse byggeforhold og store verdier.

I det følgende skal det ses nærmere på om det er den tradisjonelle forutsetningslæren eller avtl. § 36, som fører lengst som revisjonsgrunnlag for klausuler som overfører risikoen for byggherrens prosjektering.

7.3.1 Revisjon på grunnlag av læren om bristende forutsetninger

Forutsetningslærens anvendelse i entrepriserforhold kan illustreres ved Rt. 1999 s. 922 hvor Høyesterett slutter seg til følgende betraktninger av Hagstrøm:

¹⁷¹ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61.

¹⁷² Simonsen (2011) s. 13.

¹⁷³ Sandvik (1966) s. 293, Simonsen (2011) s. 13.

”Vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelig data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t. tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid med kompensasjon for den forlengede byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i et klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.”¹⁷⁴

Læren om bristende forutsetninger kan følgelig gi grunnlag for å flytte risiko mellom kontraktspartene dersom vesentlige forutsetninger for kontrakten endres, og byggherren er nærmest til å bære risikoen for de inntrådte forhold.¹⁷⁵

Spørsmålet er om dette også er tilfellet der den aktuelle forutsetningen som brister er regulert i avtalen. Dette vil typisk være situasjonen dersom partene bevisst har plassert prosjekteringsrisikoen hos totalentreprenøren.

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2010 s. 1345 gjelder dette spørsmålet. Dommen er presentert i pkt. 6.2.1.1. Vedrørende spørsmålet om entreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag på grunnlag av forutsetningslæren legger Høyesterett følgende til grunn:

”(…) Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er derimot i kontrakten bevisst plassert hos Oslo Vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen. Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt bestemmelser om hvilke konsekvenser det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tid-

¹⁷⁴ Rt. 1999 s. 922 på s. 932.

¹⁷⁵ Se den tradisjonelle vurderingsnormen som kommer til uttrykk i Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63 og Rt. 1999 s. 922 på s. 931.

*ligere saltforbruk, ville de ulovfestede regler om bristende forutsetninger kunne gitt Oslo Vei grunnlag for å kreve erstatning (...)*¹⁷⁶

Høyesterett legger følgelig til grunn at forutsetningslæren ikke kan omfordele en bevisst risikoplassering. Tilsvarende slutning ble lagt til grunn av Gulating lagmannsrett ved spørsmålet om det forelå grunnlag for å justere en kontrakt hvor risikoen for grunnforholdene var kontraktsregulert.¹⁷⁷ Retten bemerket:

*”Partene har nettopp vært oppmerksom på den forutsetning som knytter seg til grunnforholdene. Det er risikoen forbundet med denne forutsetning, grunnforholdenes beskaffenhet, partene klart og entydig har regulert i kontraktens punkt 6 annet avsnitt. Det vil da ikke være adgang til kontraktsrevisjon på grunn av etterfølgende forhold, med den konsekvens at en klar risikoplassering som partene har vært seg bevisst, endres.”*¹⁷⁸

Hvorvidt forutsetningslæren kan anvendes der totalentreprenøren har overtatt risikoen for byggherrens prosjektering, beror på ordlyden i klausulen. Dersom klausulen angir hvilken virkning feil i prosjekteringsgrunnlaget skal ha, så vil ikke forutsetningslæren gi hjemmel for revisjon. Poenget er at kontrakten regulerer den aktuelle forutsetningsbristen, og en slik avtalt risikoplassering er avgjørende.¹⁷⁹ Økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser som skyldes at dette materialet brister, er en risiko som totalentreprenøren har akseptert ved den organiseringen som kontrakten legger opp til. Ved en slik avtaleregulering er man i

¹⁷⁶ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

¹⁷⁷ LG-1997-02010. Dommen er gjennomgått i pkt. 5.3.1

¹⁷⁸ LG-1997-02010.

¹⁷⁹ Hagstrøm (2011) s. 276.

kjernen av prinsippet om at profesjonelle parter har ansvaret og risikoen for egne forutsetninger og forventninger.¹⁸⁰

Dersom klausulen omfattes av NS 8407 pkt. 24.2 vil tilsvarende gjelde. Standarden regulerer konsekvensene av svikt i prosjekteringsmaterialet; totalentreprenøren svarer objektivt som om han hadde utarbeidet materialet selv, jf. pkt. 24.1.1. Den aktuelle forutsetningsbristen er regulert i standarden, og dermed kan ikke forutsetningslæren anvendes til å omfordele denne prosjekteringsrisikoen.

På denne bakgrunn blir konklusjonen at risikooverføringsklausuler som angir virkningen av prosjekteringssvikt, ikke kan revideres i medhold av forutsetningslæren.

7.3.2 Revisjon på grunnlag av avtaleloven § 36

Spørsmålet er da om klausuler som regulerer virkningen av svikt i byggherrens prosjekteringsgrunnlag kan revideres i medhold av avtl. § 36.

Førstvoterendes drøftelse av revisjonsgrunnlaget nedfelt i avtl. § 36 i Rt. 2010 s. 1345 gir grunnlag for å trekke slutninger om bestemmelsens alminnelige virkeområde.¹⁸¹ I motsetning til læren om bristende forutsetninger begrenses ikke avtl. § 36 virkeområde av partenes avtalte risikoplassering. Bestemmelsen har ” (...) *et langt videre anvendelsesområde*”.¹⁸² Slik Simonsen fremholder ”(...) *er det nettopp generalklausulen man må ty til dersom en uttrykkelig avtale ønskes satt til side.*”¹⁸³ Dette er et resultat av at man i vurderingen

¹⁸⁰ Se også ND 1990 s. 204 og ND 2000 s. 240 hvor en klar risikofordeling mellom partene ikke kunne settes til side etter forutsetningslæren.

¹⁸¹ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 66.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Simonsen (2011) s. 12.

av urimelighetsskjønnet kan legge vekt på andre forhold enn de som kan vektlegges ved relevansvurderingen etter forutsetningslæren.

Vurderingsnormen etter avtl. § 36 knytter seg til virkningen av å gjøre avtalen gjeldende. Det avgjørende er om den avtalte risikooverføringen vil ”virke urimelig” tyngende overfor totalentreprenøren, jf. avtl. § 36 første ledd. Det er følgelig kontraktens ”samlede virkninger” på oppfylleelsesstadiet som skal vurderes.¹⁸⁴

Ved anvendelsen av avtl. § 36 i kommersielle kontraktsforhold med profesjonelle parter står man overfor det velkjente ”terskelproblemet”.¹⁸⁵ I slike kontraktsforhold har Høyesterett lagt til grunn at det er liten plass for ”generelle rimelighetsbetraktninger”.¹⁸⁶ Terskelen for revisjon er derfor høy. Høyesteretts prinsipielle uttalelse i Rt. 2003 s. 1132 er illustrerende:

”Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter (...).”¹⁸⁷

Som påpekt tidligere er det flytende overganger mellom indirekte rimelighetsensur via tolkning og utfylling – og direkte sensur etter avtl. § 36. Dette innebærer at de samme momentene som taler for og mot innskrenkende tolkning og utfylling gjør seg gjeldende i vurderingen av lempingsregelen.¹⁸⁸ Av redaksjonelle hensyn drøftes ikke urimelighetsvurderingen inngående. Derfor pekes det kun kort på to sentrale momenter ved vurderingen etter avtl. § 36 annet ledd, som er henholdsvis ”partenes stilling” og ”forholdene ved avtalens inngåelse”.

¹⁸⁴ Hagstrøm (2011) s. 292.

¹⁸⁵ Rt. 2000 s. 806 på s. 816, Rt. 2003 s. 1132 på s. 1140.

¹⁸⁶ Rt. 1999 s. 922 på s. 932.

¹⁸⁷ Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46.

¹⁸⁸ Se særlig pkt. 5.3.4 og pkt. 6.3.3.

Både byggherren og totalentreprenøren er profesjonelle parter og i prinsippet likeverdige. Likevel er det slik at byggherren kan være i en overlegen forhandlingsposisjon, og dette kan vektlegges i urimelighetsvurderingen. ND 1990 s. 204 som gjaldt spørsmålet om revisjon av fastsatt vederlag for oljetransport er illustrerende. Voldgiftsretten legger følgende prinsipielle synspunkt til grunn:

”Dersom den ene kontrahent på avtaletiden sitter i en maktposisjon i forhold til den annen kontrahent, og dette resulterer i en avtale hvor balansen klart vipper i den førstnevnte parts favør, kan det være gode grunner til å utøve sensur med hjemmel i § 36. En slik skjev styrkefordeling mellom partene (...) kan også forekomme i en rent kommersiell sammenheng, også i ”big business” (...)”¹⁸⁹

I situasjoner der balansen i vesentlig grad forrykkes vil også retningslinjenes sterke uttrykk i protokollen kunne vektlegges ved vurderingen av urimeligheten, jf. pkt. 5.3.4.

På den andre siden vil en bevisst og veloverveid risikoplassering med utspring i kommersielle forhandlinger veie sterkt mot revisjon. Situasjonen med en bevisst risikoplassering mellom profesjonelle parter reflekteres i Rt. 2010 s. 1345, hvor førstvoterende gir sterke signaler om revisjonsadgangen:

”På denne bakgrunn finner jeg det klart at det ikke er grunnlag for revisjon etter avtaleloven § 36.”¹⁹⁰

Det avgjørende er om det etter en samlet vurdering av avtalen foreligger en urimelig belastning for totalentreprenøren dersom klausulen opprettholdes, men terskelen er høy.

¹⁸⁹ ND 1990 s. 204 på s. 238.

¹⁹⁰ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68. Se også ND 1990 s. 204 på s. 250.

8 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Avslutningsvis kan det reises spørsmål om ordningen med avtalt risikooverføring er hensiktsmessig. Prinsippet om avtalefrihet står sterkt og muliggjør at totalentreprisen kan tilpasses ulike kommersielle markedsbehov. Praktisert i sin ytterste konsekvens vil klausulene kunne ha uheldige virkninger fordi de kan lede til en kraftig forskyvning av balansen i kontraktsforholdet. Slike uheldige økonomiske utslag kan øke konfliktpotensialet. I lengden er partene og bransjen – tjente med normalsituasjonen – som er en rimelig balanse i kontraktsforholdet. Innføringen av reglene i NS 8407 pkt. 24.2, med sine klare grensedragninger, kan avhjelpe problemet og virke prosessbesparende. Avgjørende for deres suksess er at partene lojalt forholder seg til standardens løsning uten å foreta endringer, jf. protokollens klare føringer.

Fremtiden vil vise om standardens regulering får sin tilsiktede virkning. Et spørsmål som blir hengende er om standarden i realiteten har gjort det enklere å fravike normalløsningen, slik at utbredelsen nå vil øke, i strid med protokollens betegnelse om at dette er en *unntaksregel*. Allerede ser man eksempler på at partene fraviker standardens regler, noe som tyder på at klausulenes rekkevidde kan bli satt på spissen i fremtiden.

9 KILDEHENVISNINGER

9.1 Lover

1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687.

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

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.

1989 Lov om håndverkertjenester m.m. for forbruker (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.

1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1993 nr. 93.

1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.

9.2 Juridiske standarder

Norsk Standard 8407 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise, 1. utg. 2011.

Norsk Standard 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise, 2. utg. 1994.

Norsk Standard 8405 – Norsk bygge- og anleggskontrakter, 2. utg. 2008.

Norsk Standard 8401 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag, 1. utg. 2000.

9.3 Høringsuttalelser

Høringsuttalelser til NS 8407 hentet fra

<http://www.standard.no/en/Nyheter-og-produkter/Nyhetsarkiv/Bygg-anlegg-og-eiendom/2011/Horingsuttalelser-til-NS-8407-for-alminnelige-kontraktsbestemmelser/>

9.4 Høyesterettsdommer

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1935 s. 497

Rt. 1961 s. 1334

Rt. 1969 s. 679

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1978 s. 1157

Rt. 1982 s. 1357

Rt. 1987 s. 1486

Rt. 1993 s. 564

Rt. 1995 s.1350

Rt. 1997 s. 70

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 696

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2007 s. 1489

Rt. 2009 s. 160

Rt. 2010 s. 1345

9.5 Underrettsavgjørelser

LA-2004-39953

LA-2012-21676

LB-1999-2675

LB-2002-2983

LB-2008-49504

LB-2010-27697

LG-1997-02010

LG-2007-123605

LG-2008-45836

LH-2011-146195

RG-2012-400

TOSLO-2007-110178

9.6 Voldgiftsdommer

Voldgiftsdom avsagt 23. november 1953, inntatt i Rt. 1954 s. 50

Voldgiftsdom avsagt 12. august 1954, inntatt i Rt. 1955 s. 120

Voldgiftsdom avsagt 12. juni 1991, inntatt i RG 1992 s. 728

Voldgiftsdom avsagt 15. desember 2000, inntatt i ND 2000 s. 240

Voldgiftsdom avsagt 21. februar 1990, inntatt i ND 1990 s. 204

Voldgiftsdom avsagt 5. juli 2004

9.7 Uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd

BFJR sak. nr. 585 (2006)

BFJR sak nr. 598 (2008)

9.8 Bøker

Barbo, Jan Einar *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1 utg. Oslo, Tano, 1990.

Barbo, Jan Einar *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. 1 utg. Oslo, Universitetsforlaget, 1997.

Bergsåker, Trygve *Pengekravsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.

Giverholt, Heikki og Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. 1. utg. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, 2012.

Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelse*. 1. utg. Oslo, Cappelen Akademiske Forlag, 2002.

Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett Utvalgte emner*. 1 utg. Oslo, Vinderen forlag, 1997.

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2011.

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3 utg. Oslo, 2002.

Høgberg, Alf Petter *Kontraktstolkning Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. 1. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. 1. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Kolrud, Helge Jakob *Kommentarer til NS 3430*. 2 utg. Oslo, Universitetsforlaget, 1992.

Kolrud, Helge Jakob m.fl. *NS 8405 Kommentarutgave*. 1. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett*. 1. utg. Bergen, 1989.

Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 1. utg. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, 2004.

Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. 1. utg. Oslo, Cappelen Akademiske Forlag, 2007.

Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen*. 1 utg. Oslo, Tanum, 1966.

Woxholth, Geir *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, 2012.

9.9 Artikler

Beck, Arne. *Entreprenørkontrakter – Risiko og Ansvar*. I: Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner. Nr. 48 (1962) s. 1-34.

Dalbak, Camilla. *Lojalitetsplikt som grunnlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold*. I: Lov og rett. Nr. 10 (2007), s. 598-611.

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

Heimdal, Stian. *Profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil?* I: Tidsskrift for Eiendomsrett. Nr. 2 (2010), s. 88-117.

Holand, Tor-Arne. *Nye kontraktsbestemmelser for totalentreprise – NS 8407* I: http://www.vogtwiig.no/Documents/VW%20nyhetsbrev_fast%20eiendom_nov11.pdf

Knag, Alf Johan. *Hvordan skrive kontrakt? – en sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1 utg. 2010, s. 85-110.

Krüger, Kai. *Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1 utg. 2010, s. 111-129.

Simonsen, Lasse. *Vegsaltdommen – Rt-2010-1345*. I: Nytt i privatretten. Nr.1 (2011), s. 10-14.

Skrunes, Emanuel og Harald S. Kobbé. *Byggherrens opplysningsplikt i entrepriseforhold*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1 utg. 2010, s. 409-429.

Syrstad, Helge. *Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen* I: Tidsskrift for Eiendomsrett, 2005, s. 86-97.

9.10 Internettsider

<http://byggejuss.no/ansvar-for-byggherrens-prosjektering-i-totalentrepriser/>

<http://www.entrepriseforeningen.no/6735-Entreprisejuridisk-seminar-2011?iid=14958&pid=OOG-Artikkel-Files.Native-InnerFile-File&attach=1>

