

UiO : **Det juridiske fakultet**

Totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt etter NS 8407 punkt 25

Kandidatnummer: 545

Leveringsfrist: 26.11.2012 kl. 12.00.

Antall ord: 16 414



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Beskrivelse av en entreprise	2
1.3	Nærmere om problemstillingen.....	3
1.4	Rettskildematerialet – tolkning av standardkontrakter.....	5
1.5	Avgrensninger og videre opplegg	8
2	OVERORDNET OM UNDERSØKELSE- OG VARSLINGSPLIKTEN	10
2.1	Forholdet til undersøkelsesplikten i obligasjonsretten	10
2.2	Overordnet om NS 8407 punkt 25.1 og 25.2 – anvendelsesområde og ytelsens art ..	11
2.3	Ansvarsgrunnlaget i NS 8407 punkt 25	12
2.4	Forholdet mellom undersøkelsesplikten og varslingsplikten	13
3	UNDERSØKELSE- OG VARSLINGSPLIKTEN I NS 8407 PUNKT 25	15
3.1	Bakgrunn – forholdet til NS 3431	15
3.2	Begrunnelsen for undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407.....	16
4	VARSLING OM FORHOLD SOM KAN FORSTYRRE BYGGEPROSESSEN – NS 8407 PUNKT 25.1	21
4.1	Innledning.....	21
4.2	Hva skal totalentreprenøren undersøke etter NS 8407 punkt 25.1?	22
4.3	Hvor grundig skal undersøkelsen være etter NS 8407 punkt 25.1?	24
4.3.1	Innledning	24
4.3.2	Generelt utgangspunkt – aktsomhetsnormen er en profesjonsnorm.....	28
4.3.3	Generelle momenter.....	30
4.3.4	Konkrete momenter	32
4.4	Når skal totalentreprenøren gjøre undersøkelsen etter NS 8407 punkt 25.1?	45

5	VARSLING OM FORHOLD VED SLUTTPRODUKTET – NS 8407 PUNKT 25.2	47
5.1	Innledning	47
5.2	Hva skal totalentreprenøren vurdere etter punkt 25.2?	47
5.3	Hvor grundig skal vurderingen være etter NS 8407 punkt 25.2?	49
5.3.1	"Rimelig utstrekning"	50
5.3.2	"Måtte ha blitt klar over"	51
5.3.3	Forholdet mellom "rimelig utstrekning" og "måtte ha blitt klar over"	54
5.4	Når skal totalentreprenøren gjøre vurderingen etter punkt 25.2?	55
6	RETTSVIRKNINGENE AV FOR SEN ELLER UNNLATT VARSLING	57
6.1	Potensielle tap ved unnlatt varslingsplikt	57
6.1.1	Innledning	57
6.1.2	Potensielle tap ved unnlatt varslingsplikt etter NS 8407 punkt 25.1	58
6.1.3	Potensielt tap ved brudd på varslingsplikten etter punkt 25.2	60
6.2	Byggherrens hypotetiske atferd	61
6.3	Byggherrens medvirkning til eget tap – skl. § 5-1 nr. 1	62
6.4	Rettsvirkningen i andre standardkontrakter	63
7	RETTSPOLITISKE SYNSPUNKTER	66
7.1	Innledning	66
7.2	Erstatning som rettsfølge av forsømt varslingsplikt	66
7.3	Normen "måtte ha blitt klar over"	68
8	REGISTER	69
8.1	Standardkontrakter	69
8.2	Lover	69
8.3	Forarbeider	70
8.4	Avgjørelser	70
8.4.1	Høyesterettsdommer	70

8.4.2	Lagmannsrettsdommer.....	71
8.4.3	Tingrettsdommer.....	71
8.4.4	Voldgiftsdommer.....	71
8.5	Litteratur.....	71

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er totalentreprenørens plikt til å søke etter, og eventuelt varsle om, svakheter ved byggherrens leveranser.

En entreprisekontrakt er en tilvirkningskontrakt. Mer presist er det en kontrakt om oppføring eller forandring av bygning eller anlegg på fast eiendom.¹ Karakteristisk for entreprisekontraktene er at tilvirkningsperioden går over forholdsvis lang tid, og at ytelsen er sammensatt. Underveis i byggeprosjektet bidrar begge partene med ytelser for å nå det ønskede resultatet, og kontraktsforholdet er preget av nødvendig samarbeid mellom byggherre og entreprenør.

Tradisjonelt skilles det mellom utførelsesentreprise og totalentreprise.² I utførelsesentreprise er det byggherren som prosjekterer, mens entreprenøren utfører byggearbeidene i henhold til prosjekteringen. En totalentreprisekontrakt er en kontrakt der samme part – totalentreprenøren – påtar seg både å prosjektere og utføre et bygg eller anlegg.³

Selv om det er totalentreprenøren som skal prosjektere og utføre, må likevel byggherren levere visse spesifikasjoner i sin bestilling av bygget eller anlegget. Detaljgraden ved byggherrens krav til sluttproduktet kan variere fra rent overordnede funksjonskrav til at deler av byggverket er spesifisert med detaljerte og avanserte tegninger laget av en arkitekt. Byggherren kan også ha gitt anvisninger på hvilke metoder eller materialer som skal

¹ Ussing, Enkelte kontrakter (1946), s. 397.

² Giverholt m.fl., NS 8407 med kommentarer (2012), s. 51.

³ Hørlyck, Totalentreprise (2011), s. 13.

brukes, hvor mye mannskap som trengs o.l. Disse spesifikasjonene vil utgjøre rammen som totalentreprenøren må prosjektere og utføre innenfor for å oppfylle kontrakten.

Utgangspunktet er at det er byggherren har risikoen for at hans spesifikasjoner ikke fører til det ønskede resultatet. Hvis en taktekkingsmetode byggherren har valgt viser seg å føre til lekkasjer, er det dermed byggherren som må bære de økonomiske følgene av dette.

Totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt kan imidlertid modifisere dette klare utgangspunktet.

Hvis totalentreprenøren får faktisk kunnskap om svakheter ved byggherrens leveranser uten å varsle byggherren, kan risikoen delvis skyves over på ham. Totalentreprenøren blir for eksempel klar over at taktekkingsmetoden som byggherren har valgt vil føre til lekkasjer. Han kan ikke da innta en ren passiv holdning, og likevel utføre arbeidet i henhold til instruksene fra byggherren.

I punkt 25.1 og punkt 25.2 pålegges totalentreprenøren i tillegg en *aktiv undersøkelsesplikt* etter forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko. Forsømmelse av denne plikten kan medføre et erstatningsansvar for totalentreprenøren. Det er omfanget av denne undersøkelsesplikten og totalentreprenørens potensielle erstatningsansvar som skal analyseres i denne oppgaven.

1.2 Beskrivelse av en entreprise

En entreprise starter gjerne med at byggherren har et ønske om et bygg. Det kan være oppføring av et nytt bygg eller ombygging av et eksisterende bygg. En entreprise kan normalt deles opp i tre deler: Forprosjekt, detaljprosjektering og utførelse.⁴ I forprosjektsfasen blir byggherrens idé bearbeidet. Hovedtrekkene i bygget fastlegges, og

⁴ For en mer detaljert oppdeling, se Barbo (1989), s. 24–27

byggets plassering på byggherrens tomt bestemmes. Dette vil normalt skje med bistand fra arkitekt dersom slik kompetanse ikke finnes i byggherrens egen organisasjon. Detaljprosjekteringen bygger videre på forprosjektet. Bygget får sin endelige utforming og alle byggebeskrivelser og tegninger beskrives i detalj, i tillegg til at den endelige tidsplanen fastlegges. Den siste fasen er utførelsen. Her gjennomføres bygge- og anleggsarbeider i henhold til det som er prosjektert.

Byggherren vil ofte ha et ønske om å ferdigstille bygget eller anlegget så raskt som mulig. De tre fasene vil derfor ofte gli over i hverandre, for eksempel slik at deler av detaljprosjekteringen skjer parallelt med utførelsen.

Funksjonsfordelingen i en totalentreprise er i utgangspunktet slik at byggherren står for forprosjektet, mens totalentreprenøren står for detaljprosjektingen og utføringen.

1.3 Nærmere om problemstillingen

I denne oppgaven er det totalentreprenørens erstatningsansvar ved unnlatt varsling som skal drøftes. Hovedproblemstillingen er når og eventuelt i hvilket omfang totalentreprenøren kan bli erstatningsansvarlig. Herunder skal kravene som stilles til totalentreprenørens aktive undersøkelsesplikt etter forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko analyseres. Denne problemstillingen settes gjerne på spissen der forhold byggherren har risikoen for, får en negativ innvirkning på byggeprosjektet. Disse innvirkningene kan deles inn i to kategorier.

For det første kan forholdet føre til at den ferdige kontraktsgjenstanden ikke blir som byggherren hadde ønsket. Byggherren har for eksempel stilt som funksjonskrav at luftkvaliteten i kontorbygget skal oppfylle visse normverdier. Det viser seg imidlertid at ventilasjonsaggregatet som byggherren har levert, ikke er kraftig nok til å oppfylle disse normverdiene.

For det andre kan entreprenørens arbeid med oppføringen av bygget eller anlegget bli forsinket eller mer kostnadskrevenende. Man oppdager for eksempel underveis i

byggeprosessen at ventilasjonsaggregatet, som totalentreprenøren har bygd inn i bygget, må byttes ut. Dette medfører at fremdriften hindres og at byggeprosjektet blir mer kostnadskrevenende.

Spørsmålet blir da om det er byggherren eller totalentreprenøren som må bære de økonomiske følgene av disse negative virkningene.

Det er et grunnleggende utgangspunkt i norsk entrepriserett at risikoen følger funksjonsfordelingen i kontrakten, jf. Rt. 1917 s. 673.⁵ Dette kommer til uttrykk i NS 8407 punkt 24.1. Hvis årsaken til de negative konsekvensene er forhold innenfor byggherrens funksjonsområde, må han bære risikoen for dette.

I eksemplene over skyldes de negative innvirkningene på byggeprosjektet ventilasjonsaggregatet. Dette er levert av byggherren og ligger innenfor hans funksjonsområde. Utgangspunktet er dermed at det er byggherren som må bære risikoen for at dette ikke fungerer som ønsket.

Reglene om totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt i NS 8407 punkt 25.1 og 25.2 innebærer at totalentreprenøren i visse tilfeller kan bli ansvarlig for forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko. Bestemmelsene er dermed et unntak fra hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen.

Forutsetningen for problemstillingen er at byggherren har levert ytelser til totalentreprenøren, og at disse ytelsene fører til forsinkelser, fordyrelser eller at sluttproduktet ikke blir som ønsket.

⁵ Hagstrøm, Entrepriserett – utvalgte emner (1997), s. 16.

Brudd på totalentreprenørens varslingsplikt kan få to rettslige konsekvenser: Totalentreprenøren kan tape rettigheter og totalentreprenøren kan havne i ansvar. Man kan følgelig tale om en offensiv og en defensiv varslingsplikt. Den offensive varslingsplikten må utøves for ikke å tape retten til tilleggsvederlag eller fristforlengelse. Totalentreprenøren kan for eksempel ha krav på dette dersom han må bruke en mer kostbar metode enn den byggherren opprinnelig hadde bestemt. Den defensive varslingsplikten må utøves for at totalentreprenøren ikke skal bli erstatningsansvarlig for byggherrens tap, for eksempel byggherrens tap ved at han oversitter reklamasjonsfristen på materialer overfor leverandøren disse. Det er den defensive varslingsplikten som skal analyseres i denne oppgaven.

1.4 Rettskildematerialet – tolkning av standardkontrakter

Næringsentrepriser, dvs. entrepriser utenfor forbrukerforhold, er ikke lovregulert. Dette har sammenheng med at det på rettsområdet har vært tradisjon for regulering i form av standardkontrakter. Standardkontraktene er utarbeidet i regi av Standard Norge og er fremforhandlet av representanter fra byggebransjen, herunder byggherresiden og entreprenørensiden. Bestemmelsene gir således uttrykk for en bransjeoverenskomst og standardkontraktene er såkalte "agreed documents".⁶ For praktiske formål fungerer disse standardkontraktene som "lov om entrepriseoppdrag".⁷

NS 8407 er historisk sett den andre norske standardkontrakten som regulerer totalentreprise. NS 8407 ble tatt i bruk i 2011 og avløste NS 3431. Parallelt med NS 3431 ble NS 3430, som er standarden for utførelsesentreprise, utarbeidet. Standardkontraktene for utførelsesentreprise og totalentreprise er i det vesentlige identiske, med unntak av enkelte særskilte bestemmelser om endringer.⁸ Det gjør at kilder knyttet til

⁶ Se Barbo (1997), s. 11–14 for mer om standardisering av entreprisekontraktsvilkår i Norge.

⁷ Krüger, Norsk kontraktsrett (1989), s. 506.

⁸ Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold (1997), s. 13.

standardkontrakter om utførelsesentreprise, også vil være relevante rettskilder i tolkningen av standardkontrakter for totalentreprise. NS 3430 ble avløst av NS 8405 i 2004, som igjen ble revidert i 2008.

NS 3431 og NS 3430 var i stor grad inspirert av standardvilkårene brukt i offshoreindustrien.⁹ NF 87 og de påfølgende NF 92, NTK 05 og NF 05 har flere steder tilsvarende reguleringer som ved standardkontraktene for landjorden. Rettskilder som omhandler petroleumskontraktene, kan derfor også ha relevans ved tolkningen av entreprisestandardene.

Det finnes ingen forarbeider til disse standardkontraktene. Ved forbrukerentrepriser – altså der byggherren er forbruker – gjelder bustadoppføringslova.¹⁰ Slike entrepriser avgrenses oppgaven mot. Lovens regler er blant annet utslag av spesielle forbrukerhensyn, noe som også preger lovens forarbeider. Likevel kan uttalelser i disse forarbeidene være av generell entrepriserettslig relevans.

Rettspraksis vil som ellers i obligasjonsretten være relevant ved tolkningen av standardkontraktene. Det finnes imidlertid noe begrenset med entrepriserettslig praksis fra alminnelige domstoler. Bakgrunnen for dette er at mange tvister løses gjennom forhandlinger eller ved voldgift. Voldgiftsdommer blir tradisjonelt ikke publisert, og vil følgelig ha begrenset rettskildemessig vekt.¹¹

⁹ Barbo, Kontraktssomlegging i entrepriseforhold (1997), s. 13.

¹⁰ Bustadoppføringslova § 1

¹¹ Etter voldgiftsloven som trådte i kraft 1. januar 2005 er voldgiftsdommene offentlige med mindre partene har avtalt noe annet, jf. voldgiftsloven § 5. Til tross for dette formelle utgangspunktet publiseres nok neppe voldgiftsdommene hyppigere enn tidligere. Ofte vil de være underlagt konfidensialitet, og hvis det ikke er tilfellet er det uansett ikke vanlig at de publiseres.

Entrepriseretten er en spesiell del av den alminnelige kontraktsretten, og standardkontrakter må, som ellers i kontraktsretten, utfylles ved hjelp av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper hvis kontrakten selv ikke gir svar.¹²

Tolkningen av NS 8407 må ta utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige prinsipper for tolkning av kontrakter. Dersom det ikke foreligger en felles oppfatning av hvordan kontrakten skal forstås, må tolkningen bero på en objektiv forståelse av kontraktens ordlyd.¹³ Det er fremhevet i juridisk teori at tolkningen ligner mer på lovtolkning enn alminnelig avtaletolkning.¹⁴ Dette har blant annet sammenheng med at partene ikke selv har fremforhandlet avtalen, og det vil dermed være liten plass for individuelle tolkningsmomenter.

Høyesterett har flere ganger uttalt seg om tolkning av Norsk Standard. I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 961 uttalte Høyesterett følgende om tolkningen av NS 3431:

"Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn." (avsnitt 44)

Av dette kan det utledes at ordlyden vil ha stor vekt. Likevel vil ikke en naturlig språklig forståelse av ordlyden alltid i seg selv være avgjørende. Den må leses i lys av

¹² Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 70–77.

¹³ Woxholth, Avtalerett (2006), s. 402–403.

¹⁴ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser (2002), s. 187.

bestemmelsens formål og andre reelle hensyn. Det må antas at slike hensyn vil kunne tillegges større vekt dersom ordlyden ikke gir et klart tolkningsresultat.

I en tvist vedrørende forståelsen av NS 3430 uttalte Høyesterett seg generelt om hva som skal til for å fravike en naturlig språklig forståelse av ordlyden:

*"For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner."*¹⁵

Høyesterett oppstiller her en regel om at det skal sterke grunner til for å fravike det tolkningsresultatet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden.

1.5 Avgrensninger og videre opplegg

NS 8407 inneholder flere ulike undersøkelsesplikter og varslingsplikter. I denne oppgaven er det undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407 punkt 25 som skal analyseres. Det avgrenses dermed mot undersøkelsesplikten knyttet til grunnforholdene i punkt 23.1 og undersøkelsesplikten med sikte på avtalt risikoovergang for byggherrens prosjektering, jf. punkt 25. Standarden inneholder videre en rekke øvrige varslingsregler. Det avgrenses mot disse.

NS 8407 punkt 25 har en varslingsfrist. I denne oppgaven avgrenses det mot varslingsfristens lengde og vilkåret for avbrudd av varslingsfristen. Fokuset vil være på varslingsfristens utgangspunkt.

¹⁵ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 56

I det videre vil jeg først redegjøre overordnet for undersøkelses- og varslingsplikten i punkt 2. I punkt 3 vil jeg redegjøre for bakgrunnen for og begrunnelsen bak reglene om totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt, før jeg i punkt 4 og punkt 5 vil redegjøre for undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407 punkt 25.1 og punkt 25.2. I punkt 6 vil jeg redegjøre for rettsvirkningen av brudd på varslingsplikten. Til slutt vil jeg i punkt 7 komme med noen rettspolitiske synspunkter.

2 Overordnet om undersøkelses- og varslingsplikten

2.1 Forholdet til undersøkelsesplikten i obligasjonsretten

Undersøkelsesplikten er i den alminnelige obligasjonsretten en gammel konstruksjon som ble uttrykt allerede i romerretten som *caveat emptor* ("kjøper skal se seg for").¹⁶

Undersøkelsesplikten er lovfestet i flere obligasjonsrettslige lover, se for eksempel kjøpsloven § 20 første ledd og avhendingslova § 3-10 første ledd.

Felles for disse lovreguleringene er at kjøperen kan eller skal undersøke kjøpsgjensstanden enten før eller etter kontraktsinngåelse. Dersom kjøperen burde oppdaget mangler ved sin gjennomgang, er konsekvensen at han ikke kan gjøre disse gjeldende, se for eksempel kjl. § 20 annet ledd.¹⁷ Han taper med andre ord rettigheter han ellers kunne påberopt seg.

Den alminnelige undersøkelsesplikten pålegger kjøperen, realkreditor. Kjøperen undersøker en gjenstand han selv skal overta, og undersøkelsen må dermed sies å være i hans egen interesse.

Den entrepriserettslige undersøkelsesplikten pålegger entreprenøren, altså realdebitor, å gjøre en undersøkelse av byggherrens ytelser etter at kontrakten er inngått. Dette har sammenheng med at byggherren bidrar med ytelser til sluttproduktet som entreprenøren tilvirker, og at lojalitetsplikten er særlig sterk i entrepriseforhold. Undersøkelsen skjer først og fremst i byggherrens interesse. Rettsvirkningen i NS 8407 er også hardere enn ved den alminnelige undersøkelsesplikten – i tillegg til å tape rettigheter kan totalentreprenøren bli erstatningsansvarlig, jf. NS 8407 punkt 25.1.2 og punkt 25.2.

¹⁶ Se Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 345.

¹⁷ Se Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 348.

2.2 Overordnet om NS 8407 punkt 25.1 og 25.2 – anvendelsesområde og ytelsens art

NS 8407 punkt 25.1 og punkt 25.2 regulerer to ulike typetilfeller av forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko.

Punkt 25.1 gjelder forhold som potensielt kan medføre forstyrrelser i totalentreprenørens arbeid. Punkt 25.2 gjelder forhold som kan medføre at den ferdige kontraktsgjenstanden ikke får de ønskede egenskaper. Punkt 25.1 dreier seg altså om byggeprosessen, mens punkt 25.2 dreier seg om egenskaper ved den ferdige kontraktsgjenstanden.

I den alminnelige obligasjonsretten skilles det mellom resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser. Ved resultatforpliktelser skal realdebitor yte et bestemt resultat. Det avgjørende er altså sluttproduktet, ikke hvilken måte debitor frembrakte resultatet på. Med innsatsforpliktelser menes at debitor skal yte en bestemt innsats for å oppnå et resultat.¹⁸

Om en forpliktelse er en resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse, beror på en tolkning av kontrakten. Utgangspunktet i denne tolkningen vil være ordlyden. Uttrykk som indikerer at det er en innsatsforpliktelse, kan være at man skal gjøre sitt beste eller at man skal søke å oppnå noe.¹⁹ Et annet viktig moment i vurderingen er *ytelsens natur*. Ytelser der personlig arbeidsinnsats er fremtredende, er som oftest innsatsforpliktelser.²⁰

Totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter punkt 25.1 og punkt 25.2 er innsatsforpliktelser. Etter punkt 25.1.1 skal totalentreprenørens undersøkelse "*ha som mål*" å avdekke forhold som kan forstyrre bygningsprosessen. Videre taler ytelsens natur for at det er en undersøkelsesplikt – elementet av personlig arbeidsinnsats er svært fremtredende. Etter punkt 25.2 skal totalentreprenøren "*vurdere*" om prosjektmaterialet er egnet til å nå

¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 126.

¹⁹ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser (2002) s. 210

²⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 128.

bestemte mål. Språklig innebærer dette at det ikke stilles krav til hvilke resultater vurderingen skal kunne ut i, det skal kun foretas en forsvarlig vurdering.

At undersøkelsesplikten er en innsatsforpliktelse vil ha betydning for kravene som stilles til undersøkelsens grundighet. Dette vil bli drøftet nedenfor.

2.3 Ansvarsgrunnlaget i NS 8407 punkt 25

Rettsvirkningen av brudd på varslingsplikten i NS 8407 punkt 25 er at totalentreprenøren blir erstatningsansvarlig. De alminnelige vilkårene for erstatningsplikt er økonomisk tap, adekvat årsakssammenheng og ansvarsgrunnlag.

Det interessante i vår sammenheng er å kartlegge hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder etter punkt 25. Hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder, beror på en tolkning og eventuell utfylling av den standardkontrakten.

Det følger av NS 8407 punkt 25.1 og punkt 25.2 at erstatningsplikten er en direkte følge av at varslingsplikten er brutt. At erstatningsplikten er en direkte følge av kontraktsbruddet kan lede tankene over på et objektivt ansvar. Det må imidlertid reises spørsmål ved hva som skal til for at varslingsplikten brytes.

Varslingsplikten utløses for det første dersom totalentreprenøren har positiv kunnskap om forholdene det skal varsles om. Hvis totalentreprenøren har slik positiv kunnskap, vil det i utgangspunktet være et forsettelig kontraktsbrudd.²¹ Dersom han ikke har positiv kunnskap, kan varslingsplikten likevel utløses på et tidligere tidspunkt.

Etter punkt 25.1.2 første ledd utløses varslingsplikten når totalentreprenøren "*burde ha blitt oppmerksom*" på forholdene det skal varsles om. Dersom totalentreprenøren er uvitende om

²¹ Hvis totalentreprenøren har positiv kunnskap om de faktiske forholdene, men ikke sin rettslige forpliktelse til å varsle, vil han være i rettslig villfarelse. I så fall gjelder et objektivt ansvarsgrunnlag.

et forhold han "*burde ha blitt oppmerksom på*", har han vært uaktsom. Dermed kreves det uaktsomhet for å misligholde varslingsplikten etter punkt 25.1.2.

Hvis ikke totalentreprenøren blir klar over forholdene det skal varsles om etter punkt 25.2, utløses varslingsplikten likevel dersom han "*måtte ha blitt klar over*" forholdene. Rent språklig innebærer "*måtte*" en noe mildere norm enn culpanormen "*burde*" i punkt 25.1.2. Det skal altså noe mer enn alminnelig uaktsomhet til for at erstatningsplikten inntreffer. Innholdet i normen vil bli nærmere drøftet nedenfor i punkt 5.3.2.

Erstatningsplikten følger direkte av kontraktsbruddet, jf. punkt 25.1 og punkt 25.2, men et vilkår for kontraktsbrudd er at totalentreprenøren kan bebreides. Ansvarsgrunnlaget er dermed i realiteten culpa, og vurderingen av om det foreligger kontraktsbrudd og ansvarsgrunnlag, blir dermed én og samme vurdering.

2.4 Forholdet mellom undersøkelsesplikten og varslingsplikten

Undersøkelsesplikten og varslingsplikten er i prinsippet to selvstendige forpliktelser. Pliktene har imidlertid nær sammenheng.

Undersøkelsesplikten i NS 8407 punkt 25 er en såkalt "uegentlig" eller "uekte" plikt.²² Med det menes at brudd på undersøkelsesplikten i seg selv ikke utløser noen misligholdsbeføyelser. Det ville muligens vært mer treffende å kalle regelen for en undersøkelsesrisiko – totalentreprenøren risikerer å bli møtt med sanksjoner dersom undersøkelsen er mangelfull. Det er brudd på varslingsplikten som utløser rettsvirkninger.

Normene "*burde ha oppdaget*" og "*måtte ha blitt klar over*" gir anvisning på en aktsomhetsvurdering, der spørsmålet er om totalentreprenøren i større eller mindre grad

²² Arnholm, *Privatrett I* (1964), s. 79.

kan klandres for sin uvitenhet. Det kan virke som en logisk umulighet at man skal varsle om noe man ikke har faktisk kunnskap om, men regelen er innført for at den klanderverdige uvitenheten skal kunne sanksjoneres.²³ I denne aktsomhetsvurderingen vil undersøkelsesplikten være det "anerkjente handlingsmønster" eller den "objektive handlenorm" som inngår som ledd i culpa-vurderingen.²⁴ Hvorvidt totalentreprenøren har handlet etter det anerkjente handlingsmønsteret, blir dermed et spørsmål om han har oppfylt undersøkelsesplikten. For å fastlegge når varslingsplikten utløses, vil det derfor være helt sentralt å analysere innholdet i totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

Totalentreprenøren kan følgelig på det groveste forsømme sin undersøkelsesplikt, uten at dette fører til rettsvirkninger, dersom det viser seg å ikke foreligge noen svakheter ved det byggherren har levert. Men hvis byggherrens ytelser er beheftet med svakheter som totalentreprenøren burde eller måtte oppdaget, og han på grunn av sin unnlatte eller mangelfulle undersøkelse har unnlatt å varsle, risikerer han å havne i erstatningsansvar.

²³ Krüger, *Jussens Venner* 2004, s. 273

²⁴ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966), s. 297.

3 Undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407 punkt 25

3.1 Bakgrunn – forholdet til NS 3431

NS 8407 avløste NS 3431 i 2011. Dagens totalentreprisekontrakter inngås derfor som regel etter NS 8407.

I NS 3431 var totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt regulert i punkt 9.6, 9.7 og 10.1. NS 3431 punkt 9.6 og 9.7 gjaldt svakheter ved dokumenter byggherren leverte, mens punkt 10.1 gjaldt svakheter ved materialer byggherren hadde levert eller bestemt.

NS 3431 punkt 9.6 var forgjengeren til NS 8407 punkt 25.1. Etter punkt 9.6.1 skulle totalentreprenøren undersøke om dokumentene byggherren leverte, ga tilstrekkelig veiledning eller inneholdt uoverensstemmelser. Punkt 9.6.2 påla totalentreprenøren å vurdere om løsninger eller krav i byggherrens dokumenter, ville føre til krav om fristforlengelse eller tilleggsvederlag. Varslingsplikten ble utløst dersom totalentreprenøren fikk *positiv kunnskap* om disse forholdene.

Rettsvirkningen av at totalentreprenøren ikke varslet etter punkt 9.6.1 eller punkt 9.6.2 var at totalentreprenøren tapte retten til å påberope seg dokumentene som grunnlag for "*fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning*", jf. punkt 9.6.3.

NS 3431 punkt 9.7 var forgjengeren til NS 8407 punkt 25.2. Punkt 9.7 gjaldt vurdering og eventuell varsling av forhold som kunne føre til at den ferdige kontraktsgjensstanden ikke ble som ønsket. Etter punkt 9.7 måtte totalentreprenøren vurdere om det var feil ved byggherrens dokumenter, og om løsningene byggherren hadde valgt, ville føre til "*uheldige konsekvenser*". Hvis totalentreprenøren ikke varslet om "*klare feil eller klart uheldige konsekvenser av løsningene*", ble utførelsen av løsningene ansett som en mangel ved kontraktarbeidet. At løsningene ble ansett som mangler, innebar primært at totalentreprenøren hadde rett og plikt til å utbedre mangelen vederlagsfritt, jf. NS 3431 punkt 37.2.

NS 3431 punkt 10.1 gjaldt materialer levert av byggherren. Punkt 10.1 er videreført i NS 8407 punkt 25.1. I punkt 10.1 fremgikk det at byggherren hadde risikoen for materialer han hadde levert, med mindre totalentreprenøren ikke varslet om "*feil eller mangler han med rimelighet burde ha oppdaget*". Det fremgikk ikke eksplisitt hva som var rettsvirkningen av unnlatt varsel for materialleveransene.

I NS 8407 er bestemmelsene fra NS 3431 videreført i punkt 25 med både materielle og strukturelle endringer. Det er i alle fall to materielle endringer.

Én materiell endring er at vilkårene for utløsning av varslingsplikten har blitt normative. Varslingsplikten kan utløses før totalentreprenøren har fått faktisk kunnskap om forholdene det skal varsles om, dersom han kan klandres for sin uvitenhet.

Den andre materielle endringen er at rettsvirkningen av unnlatt varslingsplikting fører til erstatningsansvar for totalentreprenøren. Dersom han unnlater å varsle, kan byggherren kreve erstatning for tap som kunne vært unngått ved rettidig varsel, jf. punkt 25.1.2 annet ledd og punkt 25.2 siste setning.

3.2 Begrunnelsen for undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407

Både NS 8407 punkt 25.1 og 25.2 består av tre elementer. En undersøkelsesplikt, en plikt til å varsle og en erstatningsplikt dersom totalentreprenøren ikke varsler eller varsler for sent.

Totalentreprenørens plikt til å varsle byggherren om svakheter i byggherrens leveranser han faktisk blir oppmerksom på, er begrunnet i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.²⁵ Det er klart at dersom totalentreprenøren faktisk oppdager at

²⁵ Se for eksempel Hagstrøm, Entrepriserett - Utvalgte emner, s. 88.

ventilasjonsaggregatet byggherren har levert ikke vil oppfylle kontraktens funksjonskrav, kan han ikke forholde seg passiv og installere aggregatet. Det vil være illojalt å ikke gjøre byggherren oppmerksom på dette.

Begrunnelsen for totalentreprenørens plikt til aktivt å søke etter forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko, er ikke like klar. Som Kaasen fremhever er det ikke logisk nødvendig at leverandøren [entreprenøren] skal ha en undersøkelsesplikt og derved risikere å måtte bære deler av risikoen for svakheter ved selskapets [byggherrens] leveranser.²⁶

Det har tradisjonelt vært fremhevet at den entrepriserettslige undersøkelsesplikten har vært et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.²⁷ Kjernen i lojalitetsprinsippet i kontraktsretten er at partene skal ta rimelig hensyn til hverandres interesser. Med henvisning til Selvig understreker Simonsen likevel at tanken om å ta hensyn til den annens parts interesser ikke må drives for langt, og at det først og fremst er *"misbruket av kontraktsposisjonen, som det reageres mot"*.²⁸

Lojalitetsplikten er en fleksibel norm som tar hensyn til særtrekk ved det enkelte kontraktsforholdet.²⁹ Plikten avpasses etter hva man med rimelighet kan vente av motparten.³⁰ Ved næringsentrepriser vil begge partene være profesjonelle, noe som kan tale for en avdempet lojalitetsplikt. Likevel er samarbeidselementet og langsiktigheten særlig fremtredende ved entreprisekontrakter, og det er derfor antatt at lojalitetsplikten er skjerpet i entrepriseretten.³¹

²⁶ Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 137.

²⁷ Hagstrøm, *Entrepriserett - Utvalgte emner*, s. 88.

²⁸ Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 157.

²⁹ Selvig/ Hagstrøm i Knophs oversikt over Norges rett, s. 275

³⁰ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* s. 275. flg.

³¹ Se Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 157, Skrunes/ Kobbe i *På rett grunn*, s. 415–416

Ettersom undersøkelsesplikten delvis er et utslag av det alminnelige lojalitetsprinsippet, må avveiningsnormene vi kjenner fra dette prinsippet ha betydning ved fastleggelsen av undersøkelsespliktens grenser der ordlyden ikke gir noe klart svar.³²

Undersøkelsesplikten i NS 8407 synes imidlertid å ha en bredere begrunnelse enn kun lojalitetshensyn. Totalentreprenøren pålegges en plikt til aktivt å søke etter forhold som i utgangspunktet er byggherrens risiko. Plikten bærer preg av å være en rådgivningsytelse overfor byggherren og kan ikke alene begrunnes i hensynet til lojal opptreden og reaksjon mot misbruk av en kontraktsposisjon.

Hensynet bak undersøkelsesplikten må også være å forebygge unødvendige merkostnader og tidsoverskridelser i byggeprosjektet. Jo tidligere en svakhet oppdages, desto mindre konsekvenser vil svakheten normalt få. Tanken er dermed at skadefølgene av svakheter ved byggherrens leveranser søkes minimalisert ved at totalentreprenøren til en viss grad skal undersøke byggherrens leveranser. Hvis svakheten ved ventilasjonsaggregatet byggherren har levert oppdages før det er bygd inn i byggverket, vil svakheten få minimale konsekvenser.

I 2006 var de totale byggekostnadene i Norge 132 milliarder kroner.³³ Omtrent 9 % av disse kostnadene – ca. 12 milliarder kroner – skyldtes utbedring, enten av feil i byggeprosessen eller etter at bygget var ferdig.³⁴ Tiltak for å senke byggekostnadene uten at det går på bekostning av byggets kvalitet og sikkerhet, er et stadig aktuelt tema både i politikken og i byggebransjen.³⁵

³² Sml. Skrunes/ Kobbe i På rett grunn (2010), s 413.

³³ SINTEF Byggforsk, Byggeskadeomfanget i Norge (2006), s. 15.

³⁴ SINTEF Byggforsk, Byggeskadeomfanget i Norge (2006), se særlig s. 45–48.

³⁵ Se for eksempel www.byggekostnader.no, NOU 2002: 2 Boligmarkedene og boligpolitikken punkt 15.3.

Én måte å forebygge utbedringskostnader på er nettopp totalentreprenørens undersøkelsesplikt. Normalt vil forebygging være billigere enn utbedring, både for byggeprosjektets parter og sett ut fra samfunnsøkonomiske hensyn. Foruten utbedringen selv, kan svakheter som ikke oppdages medføre rettslige prosesser – for eksempel mellom byggherren og entreprenøren eller mellom byggherren og kjøperen av bygget. Videre kan svakheter som ikke oppdages, føre til at driften av bygget blir dyrere; dårlig isolasjon vil for eksempel føre til økte oppvarmingsutgifter.

Målet kan likevel ikke være at alle svakhetene i byggherrens leveranser skal avdekkes og forebygges. Dette ville vært praktisk talt umulig og i tilnærmet form svært dyrt for byggherren – en kostnad som til slutt må bæres av markedet, for eksempel boligkjøpere. Målet må først og fremst være at svakheter som kan føre til store skader avdekkes, og at øvrige svakheter som skyldes mer banale feil blir avdekket, slik at skadefølgene av disse forebygges.³⁶

Et siste hensyn som begrunner undersøkelsesplikten er at totalentreprenøren presumtvt har faglige og praktiske forutsetninger for å kontrollere byggherrens ytelser.³⁷ Totalentreprenøren *selv* vil ofte ha begrensede faglige forutsetninger til å vurdere prosjektmateriale byggherren leverer. I praksis vil totalentreprenøren gjerne innhente prosjekteringskompetanse utenfor sin egen organisasjon, for eksempel fra en rådgivende ingeniør eller arkitekt. Det praktiske vil være at den innleide konsulenten også undersøker byggherrens ytelser som faller inn under konsulentens faglige kompetanse. Totalentreprenørens praktiske forutsetninger for å undersøke byggherrens leveranser er først og fremst at han skal prosjektere videre på, og utføre arbeid i henhold til, det prosjektmateriale byggherren har levert. Han må derfor i alle tilfeller sette seg inn i byggherrens prosjektmateriale, og det er dermed praktisk at han samtidig gjør en viss kontroll av dette.

³⁶ Sml. Ervervs- og Boligstyrelsen, Vejledning om kvalitetssikring i byggeriet (2000), s. 6.

³⁷ Sml. Kaasen, Petroleumskontrakter, Oslo (2006), s. 137.

Til slutt må det stilles spørsmål ved begrunnelsen bak sanksjonen for unnlatt varsling, nemlig erstatning. Begrunnelsen bak denne sanksjonen må være – som ellers i kontraktserstatningsretten³⁸ – at erstatningsplikten skal være et pressmiddel mot totalentreprenøren for at undersøkelsesplikten skal oppfylles. Videre er det rimelig at en part som ved uforsvarlig opptreden har medvirket til et uheldig forløp, skal bære deler av skadefølgene.³⁹

I tolkningen av totalentreprenørens undersøkelsesplikt vil disse formålsbetraktningene være relevante for å fastlegge undersøkelsespliktens grenser der ordlyden ikke gir klare svar. Videre vil andre reelle hensyn være relevante tolkningsmomenter.

Hensynet til å unngå unødvendige merkostnader taler også for at undersøkelsens omfang og grundighet begrenses. Totalentreprenøren vil kreve vederlag for tiden som går med til undersøkelser av byggherrens ytelser. Jo strengere krav som stilles til undersøkelsespliktens omfang og grundighet, desto dyrere blir prosjektet. Dette kostnadshensynet kan også ses i et større, samfunnsmessig perspektiv: I hvilken grad er det fornuftig bruk av samfunnets ressurser at totalentreprenøren bruker ressurser på å kvalitetssikre leveransene fra en profesjonell byggherre som har fått bistand av konsulenter?

³⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 466.

³⁹ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966), s. 303.

4 Varsling om forhold som kan forstyrre byggeprosessen – NS 8407 punkt 25.1

4.1 Innledning

Etter NS 8407 punkt 25.1.2 utløses varslingsplikten i det totalentreprenøren ”burde ha blitt oppmerksom på at det forelå forhold nevnt i punkt 25.1.1”.

Hva han ”burde ha blitt” oppmerksom på gir anvisning på en aktsomhetsvurdering. En forutsetning for at totalentreprenøren burde oppdaget noe er at det foreligger et *handlingsalternativ* som ville avdekket det aktuelle forholdet.

Som nevnt i punkt 2.4 over er undersøkelsesplikten det anerkjente handlemønsteret som inngår som ledd i culpavurderingen. Hvis totalentreprenøren har oppfylt undersøkelsesplikten uten at han oppdaget forholdet, er det et tungtveiende argument for at han ikke ”burde ha oppdaget” det aktuelle forholdet.

Dersom totalentreprenøren ikke har oppfylt undersøkelsesplikten, må det vurderes hvorvidt oppfyllelse av undersøkelsesplikten var et handlingsalternativ som ville avdekket det aktuelle forholdet. Ville for eksempel totalentreprenøren oppdaget at taktekkingsmetoden byggherren hadde bestemt ville føre til lekkasjer dersom han hadde oppfylt undersøkelsesplikten?

Hvis oppfyllelse av undersøkelsesplikten er et handlingsalternativ som ville avdekket det aktuelle forholdet, er det et sterkt argument for at totalentreprenøren burde oppdaget forholdet. Hvis forholdet ikke ville blitt avdekket, er det et tilsvarende sterkt argument mot at totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet.

For å kunne vurdere hvorvidt oppfyllelse av undersøkelsesplikten var et handlingsalternativ som ville avdekket det aktuelle forholdet, må innholdet i undersøkelsesplikten analyseres.

4.2 Hva skal totalentreprenøren undersøke etter NS 8407 punkt 25.1?

Spørsmålet om hva totalentreprenøren skal undersøke faller i to deler. For det første må det fastlegges hvilke leveranser som skal undersøkes. For det andre må det drøftes hvilke forhold ved disse leveransene undersøkelsen skal søke å avdekke.

I punkt 25.1.1 første ledd fremgår det at totalentreprenøren skal undersøke "*byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risikoen for*". Ordlyden tilsier at totalentreprenøren skal undersøke alle forhold byggherren har risikoen for. Utgangspunktet etter norsk entrepriserett er at risikofordelingen følger funksjonsfordelingen, og totalentreprenøren skal dermed undersøke alt som etter kontrakten ligger innenfor byggherrens funksjonsområde.

Hva som ligger innenfor byggherrens funksjonsområde i det enkelte tilfelle beror, på en tolkning av den inngåtte kontrakten. Dette inkluderer løsninger, prosjektering og materialer levert av byggherren. Videre anses byggherren som leverandør av grunnforholdene, jf. punkt 23.1. Byggherren anses også som leverandør av andres arbeider på bygget (sideentreprenører), jf. punkt 22.3. Hvis en sideentreprenør har bygget grunnmuren, vil denne omfattes av totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter punkt 25.1.1.

Løsninger som byggherren har levert, omfatter ikke bare angivelser av spesifikasjoner til det ferdige bygget, men også beskrivelser arbeidsforholdene og løsninger som fastlegger hvilke arbeidsmetoder som skal brukes. Videre omfattes opplysninger byggherren gir om klimaforhold, behov for arbeidskraft og transportmuligheter.⁴⁰

Ordlyden i punkt 25.1.1 skiller ikke mellom leveranser som var en del av tilbudsmaterialet, og leveranser byggherren yter etter kontrahering. Totalentreprenørens undersøkelsesplikt vil altså omfatte byggherrens leveranser både før og etter kontraktsinngåelse.

⁴⁰ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966), s. 300–301.

Dette innebærer at totalentreprenøren tilsynelatende har en omfattende undersøkelsesplikt. Likevel må totalentreprenøren uansett sette seg inn i byggherrens ytelse, siden dette er ytelse totalentreprenøren skal arbeide videre på. Han skal for eksempel prosjektere videre på forprosjektet, arbeide i grunnen og bruke materialene byggherren har levert. Dette krever i seg selv at totalentreprenøren må gjennomgå ytelsene som en del av sin produksjonsplanlegging.

Ved utførelsesentreprise skal entreprenøren også gjennomgå "*byggherrens leveranser og annen medvirkning*", jf. punkt 21.1 i NS 8405. Likevel utløses varslingsplikten først når entreprenøren får faktisk kunnskap om svakheter ved leveransene. Selv om entreprenøren skal gjennomgå de samme temaer etter NS 8407 og NS 8405, er det altså ikke knyttet sanksjoner til den klanderverdige uvitenheten i NS 8405. Dette har sammenheng med at man kan forvente mer av entreprenøren ved totalentreprise enn ved utførelsesentreprise.

Det andre spørsmålet er hvilke forhold ved disse ytelsene totalentreprenøren skal søke å avdekke.

I punkt 25.1.1 annet ledd går det frem at undersøkelsen "*har som mål*" å avdekke "*forhold som vil kunne forstyrre totalentreprenørens gjennomføring*". I samme ledd listes det i bokstav a til d opp forhold totalentreprenøren "*særlig [skal] legge vekt på*" i sin undersøkelse av byggherrens ytelse.⁴¹ Alle disse forholdene er forhold som typisk vil medføre forstyrrelser i byggeprosjektet.

En naturlig lese måte av "*forstyrre... gjennomføringen*" tilsier at undersøkelsen skal søke å avdekke forhold som påvirker produksjonen negativt. At produksjonen påvirkes negativt, vil si at den blir mer kostnadskrevenne enn forutsatt eller at den forsinkes.

⁴¹ For en nærmere redegjørelse for hvilke forhold dette er, se Giverholt m.fl., NS 8407 med kommentarer, Oslo (2012), s. 375–381.

Hva som kan føre til at byggeprosjektet blir mer kostnadskrevenende eller forsinkes, må vurderes konkret. Det kan for eksempel vise seg at det var fjell i grunnen der bygget skal stå, og ikke jordmasser som var opplyst i konkurransegrunnlaget. I stedet for å grave må totalentreprenøren sprengne i grunnen. Metoden er mer kostbar enn hva som var tilfelle ved de forutsatte gravearbeidene. Dersom totalentreprenøren oppdager dette, må han varsle byggherren, jf. punkt 25.1.2. Unnlater han å varsle kan han bli erstatningsansvarlig dersom han *"burde ha blitt oppmerksom"* på forholdet.

Videre er det ikke noe krav om at forholdene med sikkerhet vil komme til å forstyrre gjennomføringen. Ordlyden *"vil kunne forstyrre"* i punkt 25.1.1 annet ledd tilsier at det er nok at det foreligger en mulighet for at produksjonen påvirkes negativt. I dette ligger det også at totalentreprenøren ikke trenger å undersøke leveransen så grundighet at han med sikkerhet vet at leveransen vil forstyrre byggeprosessen.

Totalentreprenøren skal altså undersøke alle forhold byggherren har risikoen for. Undersøkelsens mål er å avdekke forhold som vil kunne medføre at produksjonen påvirkes negativt i forhold til forutsatt tidsplan og kostnadsrammer. Det som faller utenfor undersøkelsesplikten etter punkt 25.1.1, er ytelser totalentreprenøren selv presterer. Disse ytelsene ligger innefor hans funksjonsområde, og han vil dermed hefte for svikt ved disse på objektivt grunnlag.

4.3 Hvor grundig skal undersøkelsen være etter NS 8407 punkt 25.1?

4.3.1 Innledning

Hvilke svakheter totalentreprenøren *"burde ha oppdaget"*, jf. punkt 25.1.2, har en side mot hvor grundig totalentreprenøren plikter å undersøke byggherrens leveranser. Hvis totalentreprenøren overser lett tilgjengelige feil som kan avdekkes ved helt overfladiske undersøkelser, vil man normalt si at han *"burde ha oppdaget"* dette. Byggherren har for eksempel prosjektert med parkett i baderommet. Enkelte svakheter krever imidlertid

grundigere undersøkelser for at de skal avdekkes. Spørsmålet i dette punktet er hvor grundig totalentreprenørens gjennomgang av byggherrens leveranser må være etter NS 8407 punkt 25.1.1.

Totalentreprenøren må i alle tilfeller gjennomgå byggherrens leveranser før og etter kontrahering. Før kontrahering må totalentreprenøren gjennomgå konkurransegrunnlaget for å kartlegge sine forpliktelser med sikte på å gi et tilbud. Etter kontrahering skal totalentreprenøren prosjektere videre på og utføre prosjekteringen byggherren leverer. Det krever i seg selv at totalentreprenøren eller hans rådgivere setter seg inn i prosjektmaterialet med sikte på videre prosjektering og utføring.

Ved *utførelsesentreprise* må entreprenøren sette seg inn i prosjektmaterialet kun med sikte på utføring, og ikke videre prosjektering. Utgangspunktet er dermed at en totalentreprenør må sette seg grundigere inn i prosjektmaterialet enn en utførelsesentreprenør. Totalentreprenøren vil dermed ha bedre forutsetninger for å avdekke svakheter ved prosjektmaterialet. Dette gjenspeiles også i at selv om utførelsesentreprenøren undersøkelsesplikt omfatter prosjekteringen som byggherren har levert, utløses varslingsplikten kun dersom han får faktisk kunnskap om svakheter i byggherrens leveranser, jf. NS 8405 punkt 21.1.

Totalentreprenøren må altså sette seg inn i byggherrens leveranser med sikte på videre prosjektering og utførelse. Spørsmålet i det følgende er om undersøkelsesplikten krever en grundigere undersøkelse enn dette.

Som nevnt ovenfor er undersøkelsesplikten en innsatsforpliktelse. Et vanlig spørsmål ved tolkningen av innsatsforpliktelser er *hvilken innsats* som kreves for å oppfylle kontraktsforpliktelsen. Hvilke oppofrelser må totalentreprenøren gjøre for å oppfylle undersøkelsesplikten? Det er dette vi må ta stilling til når vi skal vurdere kravene til undersøkelsens grundighet. Denne vurderingen vil bero på en tolkning av standardens bestemmelser.

Vedrørende tolkningen av innsatsforpliktelser fremhever Haaskjold at "Vurderingstemaet glir lett over i en mer sammensatt culpa-vurdering, hvor det sentrale blir om debitor har gjort en slik innsats som *etter forholdene fremstår som rimelig*".⁴²

Spørsmålet blir først om ordlyden i NS 8407 punkt 25.1.1 gir holdepunkter for vurderingen av kravene til undersøkelsens grundighet.

Ordlyden i NS 8407 punkt 25.1.1 gir ingen eksplisitte holdepunkter for hvor grundig totalentreprenørens undersøkelse skal være. Det finnes ingen rettspraksis direkte knyttet til NS 8407 punkt 25.1, og heller ingen juridisk teori knyttet til spørsmålet hvor grundig undersøkelsen skal være.

Ved *utførelsesentreprise* er entreprenørens undersøkelsesplikt regulert i NS 8405 punkt 21.1, men bestemmelsen er taus om kravene til undersøkelsens grundighet. I juridisk teori har Hagstrøm, med henvisning til Sandvik, fremholdt at det

"som klar hovedregel kan slås fast at entreprenørens undersøkelsesplikt normalt ikke kan strekkes ut over den gjennomgåelse som er nødvendig for hans egen bruk at dokumentene. Entreprenøren har således ingen selvstendig plikt til å etterprøve prosjektet og de enkelte sider ved dette, men kan innskrenke sin gjennomgang til det som er nødvendig for hans eget arbeid".⁴³

I fabrikkasjonskontrakter er undersøkelsesplikten regulert i NF/NTK 05 art. 6. Heller ikke her er undersøkelsens grundighet regulert eksplisitt. Det fremgår av art. 6.1 at

⁴² Haaskjold, Kontraktsforpliktelser (2002), s. 211.

⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 351. Se også Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966), s. 300 og Hagstrøm, Entrepriserett – Utvalgte emner (1997), s. 89.

leverandøren/totalleverandøren skal "*søke etter mangler og uoverensstemmelser ("feil")*". Kaasen antar at siden undersøkelsesplikten er gjort til en særlig plikt, må det stilles noe strengere krav til undersøkelsens grundighet, enn de undersøkelsene som uansett er nødvendig for leverandørens egen bruk av leveransene.⁴⁴

Totalentreprenøren skal etter NS 8407 punkt 25.1.1 "*undersøke byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risiko for*". Det at undersøkelsesplikten er gjort til en særlig plikt i punkt 25.1.1 taler for at undersøkelsens grundighet må gå noe lenger enn det totalentreprenøren i alle tilfeller måtte ha gjort. Hvis dette ikke var tilfellet, ville rettsregelen vært den samme hvis man hadde fjernet punkt 25.1.1. En slik tolkning støttes også av Kaasens synspunkter vedrørende NTK 05 art. 6.1.

På den annen side taler reelle hensyn for at det ikke kreves en fullstendig gjennomgang av byggherrens leveranser. Det hevdes i juridisk teori at å sette seg inn i, og gjøre en fullstendig kontroll av byggherrens prosjektmateriale, vil ta lenger tid enn om totalentreprenøren skal gjøre prosjekteringen fra bunnen av selv.⁴⁵ Dette vil igjen føre til at byggekostnadene øker kraftig. Dette er en kostnad som til slutt må bæres av markedet.

En foreløpig konklusjon er at det kreves *noe mer* enn den gjennomgangen totalentreprenøren i alle tilfeller må gjøre, men det kreves ikke noen fullstendig gjennomgang.⁴⁶ Hvor på skalaen mellom disse punktene undersøkelsens grundighet skal ligge, må – i mangel av andre holdepunkter – bero på en konkret aktsomhetsvurdering.

⁴⁴ Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 150. Se også Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 351–352.

⁴⁵ Se *Hudson's Building and Engineering Contracts* (2010), s. 495.

⁴⁶ Se også slik Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 150.

Utgangspunktet for den nærmere fastleggelsen av kravene til undersøkelsens grundighet er at undersøkelsesplikten er en innsatsforpliktelse. Hvilken innsats som kreves, altså hvor grundig undersøkelsen skal være, beror på en mer sammensatt culpa-vurdering, hvor det sentrale blir om totalentreprenøren har gjort en slik undersøkelse som *etter forholdene fremstår som rimelig*.

4.3.2 Generelt utgangspunkt – aktsomhetsnormen er en profesjonsnorm

Vedrørende innholdet i aktsomhetsnormen fremhever Hagstrøm at det er et *"grunnleggende premiss at entreprenøren yter profesjonell bistand mot vederlag. Aktsomhetsnormen vil således være streng fordi det dreier seg om et profesjonsansvar"*.⁴⁷

I enhver aktsomhetsvurdering er spørsmålet om et rettssubjekt på et gitt tidspunkt har handlet uforsvarlig.⁴⁸ Hva som er forsvarlig opptreden, vil avhenge av hvilke normer man vurderes etter. For profesjonsutøvere har det i rettspraksis utviklet seg en streng aktsomhetsnorm – profesjonsansvaret.

Profesjonsansvaret bygger på at en profesjonell aktør innen en bransje, må bedømmes ut fra de faglige normer som gjelder i denne bransjen. Aktsomhetsvurderingen skjer dermed etter en faglig målestokk.⁴⁹ Hva som er en faglig god undersøkelse, må avgjøres ut fra en objektiv vurdering av hva som er bransjenormen. Hvis det ikke foreligger veiledning i forskrifter eller andre skriftlige normer, må man falle tilbake på et faglig skjønn. At aktsomhetsnormen er objektiv innebærer også at totalentreprenøren normalt ikke kan unnskyldes seg med liten erfaring eller manglende kunnskap.⁵⁰

⁴⁷ Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner* (1997), s. 88.

⁴⁸ Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* (2005), s. 99.

⁴⁹ Vinding Kruse, *Erstatningsretten* (1989), s. 108.

⁵⁰ Sml. Rt. 1994 s. 1430 (Advokatfullmektigdommen).

Sentralt i aktsomhetsvurderingen vil være hvilken *rolleforventning* byggherren har til entreprenøren. Normalt vil byggherren ha en forventning om at totalentreprenøren har høy fagkunnskap og gode kvalifikasjoner. Profesjonsnormen vil dermed være streng.

Etter den internasjonale standardkontrakten FIDIC Yellow Book Sub-Clause 1.9 har entreprenøren rett til tilleggsvederlag og fristforlengelse bare dersom "*an experienced contractor exercising due care would not have discovered the error when scrutinising the Employer's Requirements under Sub-Clause 5.1*" (min understrekning). Dette er det samme kravet som med utgangspunkt i profesjonsnormen må stilles til totalentreprenørens undersøkelse i NS 8407 punkt 25.1.1.

Det er imidlertid ikke enhver opptreden i strid med forsvarlig opptreden som rammes av profesjonsansvaret. I Rt. 1995 s. 1350 uttaler førstvoterende at det "*Det gjelder i utgangspunktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet.*"⁵¹ Uttalelsen er generell og må derfor ha overføringsverdi også til entrepriseretten. Anvendt på undersøkelsesplikten i NS 8407 må det følgelig være et visst spillerom for kritikkverdig atferd fra totalentreprenørens side før undersøkelsesplikten er misligholdt.

En henvisning til at undersøkelsen skal være aktsom gir i seg selv lite. Jeg vil derfor i det følgende redegjøre for momenter som er relevante i vurderingen av hvorvidt en undersøkelse er aktsom. For ordens skyld understrekes det at redegjørelsen ikke er noen uttømmende liste over relevante momenter

⁵¹ Side 1356

4.3.3 Generelle momenter

4.3.3.1 Den grunnleggende funksjonsfordelingen

Det klare utgangspunktet er at byggherren bærer risikoen for svikt som kan føres tilbake til det som etter kontrakten ligger innenfor hans funksjonsområde. Begrunnelsen bak denne regelen er blant annet at den som presterer en ytelse, er nærmest til å sikre at ytelsen er uten svakheter.

Dersom det stilles strenge krav til totalentreprenørens undersøkelsesplikt, vil dette i realiteten kunne forskyve den grunnleggende risikofordelingen. Dette taler generelt for å begrense risikoforskyvingen av slike forhold over på totalentreprenøren.

Sandvik fremhever at det strider mot "*rotfestede forestillinger å pålegge entreprenøren risikoen for det prosjekt byggherren har utarbeidet*"⁵². Dette er et generelt moment som taler for at listen for å velte risikoen for byggherrens leveranser ligger høyt.

Den grunnleggende funksjonsfordelingen og begrunnelsen for den vil danne bakgrunnen for aktsomhetsvurderingen og dermed grensene for undersøkelsespliktens grenser.

4.3.3.2 Hensyn bak undersøkelsesplikten

Ved fastleggelsen av grensene for undersøkelsespliktens grundighet vil begrunnelsen bak undersøkelsesplikten og andre reelle hensyn som gjør seg gjeldende, være relevante rettskildedefaktorer. At ordlyden i bestemmelsen i svært liten grad gir føringer på hvor grundig undersøkelsen skal være, styrker vekten av disse hensynene i vurderingen.

⁵² Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966), s. 305.

Begrunnelsen bak undersøkelsesplikten er redegjort for ovenfor i punkt 3.2. For sammenhengens skyld vil jeg likevel peke på noen hovedpunkter.

Begrunnelsen bak undersøkelses- og varslingsplikten i NS 8407 punkt 25 er å forebygge fremdriftshindringer, merkostnader og kvalitetssvikt ved det ferdige resultatet. Både mellom partene og samfunnsøkonomisk er det normalt billigere å forebygge svakheter enn å utbedre svakheter som materialiserer seg. Likevel er ikke målet å avdekke alle svakheter i byggherrens leveranser. Dette ville neppe latt seg gjøre og ville i tilnærmet grad blitt uforholdsmessig dyrt. Målet må være å avdekke de svakheter som kan medføre store og kostbare konsekvenser og svakheter som skyldes mer banale feil fra byggherrens side.

Undersøkelsesplikten begrunnelse vil være et sentralt tolkningsmoment når grensene for undersøkelsesplikten intensitet skal fastlegges. Hensynene taler for at undersøkelsen skal være egnet til å avdekke svakheter som vil kunne medføre store og kostbare konsekvenser og svakheter som skyldes mer banale feil fra byggherrens side.

4.3.3.3 Forholdet til varslingsplikten utgangspunkt

Varslingsplikten utløses i det totalentreprenøren blir klar over at et forhold ”*vil kunne forstyrre*” totalentreprenørens gjennomføring av byggeprosjektet, jf. punkt 25.1.2. I dette ligger det også en begrensning når det gjelder kravet til undersøkelsens grundighet. Totalentreprenøren plikter ikke å gjøre en undersøkelse slik at han med sikkerhet vet at et forhold vil forstyrre byggeprosjektet og hvilke konsekvenser forholdet vil få. Det er nok at det foreligger en mulighet for at byggeprosjektet kan bli forstyrret. Hvis dette er tilfellet må han varsle byggherren, og det er da byggherren som må undersøke forholdet nærmere og ta stilling til hva som skal gjøres med forholdet.

4.3.4 Konkrete momenter

4.3.4.1 Utgangspunktet for vurderingen – kontraktsforpliktelsen

Det strenge profesjonsansvaret er begrunnet i at en profesjonell aktør frivillig påtar seg en kontraktsforpliktelse innenfor sin profesjon mot vederlag. Ved totalentreprise har totalentreprenøren påtatt seg prosjektering og utføring mot vederlag. Aktsomhetsnormen vil derfor i utgangspunktet være streng både når det gjelder forhold som forutsetter prosjekteringskompetanse og forhold som gjelder utføringskompetanse. Dette gjør at man kan kreve mer av entreprenørens undersøkelse av prosjektmaterialet i totalentreprise enn ved utførelseentreprise.

Ved vurderingen av om det var uaktsomt av totalentreprenøren å ikke oppdage et konkret forhold, må man ta utgangspunkt i det oppdrag han har påtatt seg. Dommen inntatt i Rt. 2000 s. 679 (Ideal-dommen) gjaldt spørsmålet om en bank var erstatningsansvarlig etter profesjonsansvaret. Høyesterett uttalte følgende om utgangspunktet for vurderingen av profesjonsansvaret: "*Vurderingen av hvorvidt banken har ansvar for ankemotpartenes mislykkede pengeplasseringer, må i utgangspunktet baseres på det oppdrag banken påtok seg*".⁵³

Det er klart at totalentreprenøren har påtatt seg å undersøke byggherrens leveranser mot vederlag. Dette er imidlertid en biforpliktelse, og ikke den kompetansen og ytelsen totalentreprenøren primært får vederlag for.

Spørsmålet er her om aktsomhetsnormen vil være mildere når det gjelder undersøkelse av temaer utenfor totalentreprenørens hovedforpliktelse.

En dom fra Agder lagmannsrett (LA-2004-39953) gjaldt en totalentreprise (NS 3431) om påbygging av en etasje med kontorbygg på en eksisterende bygning som ble brukt som

⁵³ Side 684.

treningssenter. Spørsmålet for lagmannsretten var om det var byggherren eller totalentreprenøren som hadde risikoen for at den påbygde etasjen ikke var lydisolert. I tilbudsinnbydelsen hadde byggherren lagt ved beskrivelse og tegninger hvor det ikke var tatt høyde for støyisolerende tiltak. Lagmannsretten kom på bakgrunn av dette til at støyisolerende tiltak ikke var omfattet av totalentreprenørens kontraktsforpliktelse, og at den manglende støyisoleringen mot treningssenteret ikke utgjorde en mangel. Det neste spørsmålet var om totalentreprenøren hadde overholdt sin undersøkelsesplikt etter NS 3431 punkt 9.7. Om dette uttalte lagmannsretten:

"Lagmannsretten antar at det, ved vurderingen av WK's forpliktelser etter nevnte bestemmelse bør tas utgangspunkt i at løsningen med etasjeskiller som nevnt i tilbudsinnbydelsen, hva angår løsningens hensiktsmessighet med sikte på skjerming mot det tidvis ekstreme lydnivået i treningssenteret, ikke inngikk i WK's ansvar under kontrakten."

Uttalelsen er konkret og ikke helt klar. Jeg forstår likevel lagmannsretten slik at det kreves mindre av undersøkelser som er knyttet til forhold som ikke faller inn under totalentreprenørens hovedforpliktelse.

En totalentreprenør har for eksempel påtatt å prosjektere og oppføre et bygg, men VVS-arbeidene (varme-, ventilasjon- og sanitærteknikk) utføres av en sideentreprenør. Det vil da kreves mindre av totalentreprenørens undersøkelse av ventilasjonsaggregatet enn hvis totalentreprenøren skulle utføre VVS-arbeidene selv og byggherren leverte aggregatet. Totalentreprenøren må likevel foreta en slik undersøkelse man kan forvente ut i fra den faglige kompetansen byggherren har betalt vederlag for.

Hensynene bak profesjonsansvaret generelt støtter også en slik løsning. Vederlaget totalentreprenøren mottar, er først og fremst betaling for oppføring av bygget eller anlegget kontrakten gir anvisning på. Dette taler for at det oppstilles en mildere norm knyttet til undersøkelsen av forhold som tematisk ligger utenfor hovedforpliktelsen.

Videre taler hensynene bak undersøkelsesplikten spesielt også for en slik løsning. Ett av hensynene bak undersøkelsesplikten er at totalentreprenøren har *faglige forutsetninger* for å foreta undersøkelsene. Dette vil normalt ikke være tilfelle for fagområder som ligger utenfor hovedforpliktelsen. Hvis det stilles strenge krav til totalentreprenørens undersøkelse av forhold som ligger utenfor hovedforpliktelsen, vil totalentreprenøren måtte kontrahere fagfolk kun for å gjøre undersøkelsene. Dette vil igjen øke byggekostnadene.

Videre tilsier hensynet til en rasjonell arbeidsfordeling i byggeprosjektet at leveranser fra sideentreprenører i første rekke kvalitetssikres av entreprenøren som har utført arbeidene og hans konsulenter.

Rettskildebildet gir ikke noe entydig svar, men mye taler for at totalentreprenøren kan nøye seg med en enklere og mer overfladisk kontroll av leveransene fra sideentreprenører. Dermed skal det mer til for at totalentreprenøren "*burde ha oppdaget*" forhold når det gjelder disse leveransene, jf. NS 8407 punkt 25.1.2.

4.3.4.2 Profesjonsnormens relativitet – rolleforventning til byggherren

I den alminnelige erstatningsretten er skadelidtes forhold av betydning i minst to relasjoner. For det første kan erstatningen settes ned eller falle bort, jf. skadeerstatningsloven § 5-1.⁵⁴ For det andre kan skadelidtes forhold være av betydningen i selve aktsomhetsvurderingen. Skadelidtes forhold er relevant i forhold til hva man kan forvente av skadevolder.⁵⁵ Ved plasseringen av en gitt risiko, kan skadelidtes kunnskap om risikoen og muligheten for å beskytte seg mot den, være et relevant moment i vurderingen av om skadevolder har handlet uaktsomt.⁵⁶

⁵⁴ Dette vil bli redegjort for nedenfor i punkt 6.3

⁵⁵ Se Lødrup, Erstatningsrett (2005), 120 flg.

⁵⁶ Sml. Wågheim, Advokaters erstatningsansvar, s. 84.

Ovenfor i punkt 4.3.2 har vi fastlagt at byggherrens rolleforventning til totalentreprenøren er et sentralt moment i aktsomhetsvurderingen. Spørsmålet er her om totalentreprenørens rolleforventning til byggherren kan påvirke innholdet i aktsomhetsnormen, og dermed de kravene som stilles til undersøkelsens grundighet. Vil kravene til undersøkelsens grundighet avpasses i forhold til hva totalentreprenøren kan forvente av byggherrens leveranser?

I LA-2004-39953, referert ovenfor, uttalte lagmannsretten at

"Entreprenørens undersøkelsesplikt etter NS-3431 pkt 9 7 gjelder i « rimelig utstrekning ». Ved vurderingen legger lagmannsretten avgjørende vekt på at TF var, og er, en profesjonell byggherre og eiendomsforvalter som selv var nærmest til å avdekke de til dels ekstreme støyproblemer man her stod ovenfor, og som WK [totalentreprenøren] ikke kjente til, men måtte kunne forvente avdekket og hensyntatt svært tidlig i planleggingsfasen."

I vurderingen av kravene som stilles til entreprenørens undersøkelsesplikt, vektla altså lagmannsretten byggherrens profesjonalitet. Jo mer profesjonell byggherren er, desto mer kan totalentreprenøren slå seg til ro med at leveransene er i orden. Følgelig kan også undersøkelsen gjøres mer overfladisk i disse tilfellene.

En dom fra Hålogaland lagmannsrett (LH-2004-40378) gjaldt grave- og betongarbeider i forbindelse med oppføring av et bygg der det skulle drives saltfiskproduksjon. Dette var en utførelsesentreprise basert på NS 3430. Det viste seg at materialene som byggherren hadde levert var uegnet, slik at fukt trengte inn i armeringen, som så sprenget ut. Byggherren anførte at entreprenøren burde oppdaget og varslet om at løsningen ikke var brukbar. Lagmannsretten uttalte at:

"Ved vurderingen av FMP's [entreprenøren] aktsomhetsplikt, er det også av vesentlig betydning at byggherren hadde engasjert Klausengruppen AS ved Roald Klausen som konsulent. FMP måtte kunne regne med at Klausen hadde undersøkt og vurdert om Combiform var et egnet materiale, om det var forsvarlig å bruke materialklasse NA i stedet for MA og om den beskrevne utføringsmåte var forsvarlig i denne type bygg. Dette støttes av Hagstrøm side 88 med henvisning til voldgiftsdom avsagt 12. mars 1962 hvor det uttales at når byggherren har hatt bistand av spesielt sakkyndige konsulenter må entreprenøren « kunne regne med at disse har undersøkt og avveiet alle sider ved prosjektet, og at arbeidet kan utføres slik det er beskrevet« , se også Sandvik, Entreprenørrisikoen, side 298."

I vurderingen av aktsomhetsnormen til entreprenøren vektla lagmannsretten at byggherren hadde brukt en fagkyndig konsulent. Entreprenøren kunne da regne med at spørsmålet om materialene var egnet var vurdert. Dersom byggherrens leveranse er lagd eller har blitt undersøkt av en konsulent, kan dette tale for at totalentreprenøren i større grad kan stole på at leveransene ikke er beheftet med svakheter.

I en dom fra Oslo tingrett (TOSLO-2007-110178) hadde byggherren – Forsvarsbygg – med bistand fra egne fagkyndige valgt en persienneløsning som viste seg å ikke føre til det ønskede resultatet. Prosjektet var en totalentreprise inngått etter NS 3431. Vedrørende totalentreprenørens undersøkelsesplikt uttalte retten at:

"Det er også klart at VDEs [totalentreprenøren] undersøkelsesplikt må vurderes i lys av at FBU [byggherren] vurderte løsningen med egne fagkyndige både i forprosjektfasen og i gjennomføringsfasen."

Disse dommene taler for at totalentreprenørens aktsomhetsplikt må vurderes i lys av om byggherren har brukt fagkyndige tilknyttet de aktuelle leveransene. Hvis dette er tilfelle, stilles det mindre krav til totalentreprenørens undersøkelse.

Dette støttes også av Hagstrøm som fremhever at "*Ved vurderingen av entreprenørens aktsomhetsplikt, kommer det inn som et vesentlig element hvilke hjelpere byggherren har hatt til å bistå seg*".⁵⁷

Dersom byggherren har engasjert en byggeleder kan dette tale for en mildere aktsomhetsnorm. En byggeleder er engasjert av byggherren for å kontrollere og føre tilsyn med entreprenørens ytelse. Typiske ansvarsområder for en byggeleder er kontroll med kostnadsoverskridelser, fremdriften i prosjektet og kvaliteten på produksjonen. Med andre ord omfatter byggeleders kontroll de samme temaer som omfattes av totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

En viktig forskjell er imidlertid at byggelederen først og fremst skal kontrollere entreprenørens ytelser. Det nærmere innholdet av byggelederens ytelse beror på en tolkning av kontrakten mellom byggherren og byggelederen. Ofte vil byggelederen ha en prosjektadministrativ bok (såkalt PA-bok) som beskriver hva han skal gjøre. Store byggherrer, for eksempel Statsbygg, deler normalt ut en byggelederhåndbok som angir hva byggelederen skal gjøre. Dersom byggelederen har kontrollert noe som faller inn under totalentreprenørens undersøkelsesplikt, kan totalentreprenøren i større grad slå seg til ro med at ytelsen som er kontrollert er i orden.

⁵⁷ Se Hagstrøm, *Entrepriserett – utvalgte emner*, s. 88.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2005-178511)⁵⁸ synes det lagt til grunn at byggherrens bruk av egne kontrollører kan senke kravene til entreprenørens undersøkelse. Entreprisen var en utførelsesentreprise inngått etter NS 3430 og gjaldt sammenkobling av to t-banestrekninger. Under arbeidet oppsto det ras i en tunnel og spørsmålet var blant annet om det var uaktsomt av entreprenøren å følge den fremgangsmåten som byggherren påla ham gjennom en instruks. Lagmannsretten uttalte:

”Lagmannsretten har - under en viss tvil - kommet til at det var forsvarlig å gjennomføre arbeidet i henhold til K-melding 258...Det retten legger avgjørende vekt på, er imidlertid at byggherren var til stede i tunnelen med kontrollingeniør - én på hvert skift. Disse var... utdannet som geologer.”

I denne dommen ble det tillagt vekt at en kontrollingeniør med geoteknisk kompetanse var til stede da fremgangsmåten ble bestemt. Totalentreprenøren kunne dermed regne med at dette aspektet ved fremgangsmåten som byggherren ga anvisning på, var vurdert.

I en voldgiftsdom – vgd. av 3/2 1936 (FTV - Oslo) – sitert av Sandvik ble resultatet et annet.⁵⁹ Byggherrens kontrollør hadde pålagt entreprenøren å legge linoleum før underlagsmassen hadde fått tilstrekkelig tørketid. Dette kunne likevel ikke fritta entreprenøren for ansvar, da han måtte være fullt klar over at dette ikke var håndtverkermessig forsvarlig.

Det stilles altså mindre krav til totalentreprenørens undersøkelse av de arbeider som byggherrens kontrollører har gjennomgått. Hvis det for eksempel følger med rapport med ventilasjonsaggregatet som byggherren leverer der det fremgår at aggregatet er testet av en

⁵⁸ Anket til Høyesterett, men ikke sluppet inn, jf. HR-2007-1638-U.

⁵⁹ Sandvik, Entreprenørrisikoen (1966), s. 301.

konsulent og at det vil oppfylle funksjonskravene til luftkvaliteten, kan totalentreprenøren normalt slå seg til ro med det. Likevel må totalentreprenøren gjøre en viss selvstendig vurdering av byggherrens instruksjer/leveranser, slik voldgiftsdommen referert rett over illustrerer.

Hensynet til å holde byggekostnadene nede støtter en slik løsning. Det kan fremstå uhensiktsmessig at en ytelse fra en profesjonell byggherre kontrolleres med samme styrke av både hans egen kontrollør og totalentreprenøren.

I NS 3431 var spørsmålet regulert i forhold til totalentreprenørens plikt til å undersøke kvaliteten på løsninger foreskrevet av byggherren. Det fremgikk i punkt 9.7 første ledd at "*[i] hvilken grad totalentreprenøren har plikt til å vurdere slike forhold, skal avgjøres bl.a. under hensyn til om byggherren har hatt egne fagkyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene*". Denne ordlyden er ikke videreført, men det samme må gjelde etter NS 8407.

Hensynet bak undersøkelsesplikten er blant annet lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten er en relativ norm, der kravene til en parts opptreden må veies mot hva som kan forventes av motparten.⁶⁰ Dette taler i samme retning som rettskildene referert over. Jo mer totalentreprenøren kan vente av byggherrens ytelser i det konkrete tilfellet, desto mindre grundig trenger undersøkelsen å være.

Samlet sett taler de relevante rettskildene for at rolleforventningene til byggherren er et relevant moment ved avgjørelsen av hvilke krav som stilles til grundigheten av totalentreprenørens undersøkelse.

⁶⁰ Se Rt. 1988. s 1078 og Rt. 1997 s. 70 og Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold s. 275. flg.

4.3.4.3 Tidspunktet for aktsomhetsvurderingen – forholdet til utviklingsrisikoen

Vurderingen av om totalentreprenøren har oppfylt undersøkelsesplikten skal skje ut fra situasjonen slik den fremstod på tidspunktet for den angivelig uaktsomme undersøkelsen. Dette innebærer at det er de faglige krav som gjaldt på handlingstidspunktet som må legges til grunn.⁶¹ I dette ligger det at totalentreprenøren må holde sine faglige kunnskaper á jour. Han kan ikke unnskyldes seg med at han ikke har fulgt den faglige utviklingen.

En særlig problemstilling kan oppstå dersom noe som på et tidspunkt ble ansett som faglig forsvarlig i bransjen, senere viser seg å ikke være det. For eksempel ble det asbestholdige byggematerialet eternitt brukt mye i oppføringen av norske boliger på 1950- og 1960-tallet. På 1970-tallet ble det kjent at asbest var svært helseskadelig. Spørsmålet blir da hvem av partene som skal bære risikoen for at de faglige normene som gjaldt på handlingstidspunktet, senere viste seg å være feilaktige.

I dommen fra Oslo tingrett (TOSLO-2007-110178), referert over, konkluderte retten med at totalentreprenøren ikke hadde forsømt sin undersøkelsesplikt. Som et støtteargument for denne løsningen utalte retten at "*Også det entrepriserettslige prinsippet om at byggherren normalt må bære utviklingsrisikoen, i motsetning til prosjekteringsrisikoen, tilsier en slik løsning.*"

Med utviklingsrisikoen menes spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en svikt fordi den byggtekniske utviklingen på byggetidspunktet var mangelfull.⁶² Det er

⁶¹ Se også slik Sandvik, Konsulentens økonomiske ansvar, referat fra Det 27. nordiske juristmøte bilag 10, s. 14.

⁶² Se Barbo, Totalentreprise – særlig om totalentreprenørens prosjekteringsrisiko (1989), s. 61.

alminnelig antatt at utviklingsrisikoen bæres av byggherren.⁶³ Anvendt på undersøkelsesplikten innebærer dette at spørsmålet om hva totalentreprenøren burde oppdaget, skal vurderes ut fra normene om hva som var å anse som forsvarlig på undersøkelsestidspunktet.

Skulle en byggherre i dag ønske å bruke eternit som byggematerialer i bygningen, er dette noe totalentreprenøren må varsle om. Før helsefaren ved materialet var kjent, ville det imidlertid ikke være et brudd på totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt å ikke varsle om dette.

4.3.4.4 Tiden totalentreprenøren har til rådighet

Byggherren vil ofte ha et ønske om å ferdigstille bygget så raskt som mulig. Spørsmålet er her om tiden totalentreprenøren har til rådighet kan medføre at det stilles mindre krav til undersøkelsens grundighet.

I relasjon til undersøkelsesplikten i NS 3430 uttaler Kolrud m.fl. at "*Den tid som står til disposisjon for entreprenøren må også være et moment ved vurderingen*".⁶⁴ Utgangspunktet må være at dersom den knappe tiden skyldes byggherren, kan dette føre til at kravet til undersøkelsens grundighet senkes. Dersom den knappe tiden skyldes totalentreprenørens eget sammel, kan det imidlertid ikke være et relevant moment.

4.3.4.5 Måten vederlaget er fastsatt på

Hvis man ut fra kontrakten mellom partene kan se hvor mye byggherren har betalt for totalentreprenørens undersøkelse, vil dette være et relevant moment. Hvis det under en post for kvalitetssikring er satt av store rundsummer, kan dette tale for en mer omfattende

⁶³ Se Hagstrøm, *Entrepriserett – utvalgte emner* (1997), s. 85 og Rt. 1968 s. 783.

⁶⁴ Kolrud m.fl., *Kommentar til NS 3430*, s. 71.

undersøkelsesplikt enn ellers.⁶⁵ Motsatt kan det tale i retning av en mindre grundig undersøkelsesplikt dersom rundsummene er små.

4.3.4.6 Forholdet til byggherrens opplysningsplikt

Ved kjøp fremheves det i juridisk teori at selgers opplysningsplikt går foran kjøpers undersøkelsesplikt.⁶⁶ Det har også kommet til uttrykk flere steder i lovgivningen, se for eksempel kjl. § 20 annet ledd der det fremgår at selv om kjøper har misligholdt undersøkelsesplikten, vil selger være ansvarlig dersom han har "*handlet grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro*".⁶⁷

Det er ikke tvilsomt at byggherren har en generell opplysningsplikt også i entrepriseforhold.⁶⁸ Hvis byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt, blir spørsmålet om byggherren kan påberope seg at totalentreprenøren har misligholdt undersøkelses- og varslingsplikten etter NS 8407 punkt 25 vedrørende det samme forholdet.

Verken ordlyden i punkt 25.1 eller 25.2 oppstiller et unntak fra slike forhold. Spørsmålet blir om ordlyden må tolkes innskrenkende eller om det gjelder en ulovfestet regel som utfyller avtalen på dette punktet. Dette krever i så fall en rettskildemessig begrunnelse.

Formålsbetraktninger kan tale for at byggherrens opplysningsplikt slår igjennom totalentreprenørens misligholdte undersøkelsesplikt. Det er først og fremst byggherrens

⁶⁵ Se lignende Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 149.

⁶⁶ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 160.

⁶⁷ Se også avhl. § 3-10 annet ledd, husleieloven § 2-6 annet ledd.

⁶⁸ Se Skrunes/ Kobbe i *På rett grunn* s. 409–429 for en fremstilling av byggherrens opplysningsplikt i entrepriseforhold.

berettigede forventninger om at han har levert en ytelse uten svakheter som vernes ved undersøkelses- og varslingsplikten. Hvis byggherren har brutt opplysningsplikten, kan man neppe si at han har en berettiget forventning om at ytelsen er uten svakheter.

At misligholdt opplysningsplikt slår igjennom misligholdt undersøkelsesplikt, er lovfestet i flere obligasjonsrettslige lover, se note 67. Det kan argumenteres for at man per induksjon kan oppstille regelen som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Entrepriseretten er en spesiell del av den alminnelige obligasjonsretten, og prinsippet vil dermed komme til anvendelse dersom partene ikke har avtalt noe annet.

Formålsbetraktninger og bakgrunnsretten taler følgelig for at byggherrens opplysningsplikt slår igjennom totalentreprenørens undersøkelsesplikt.⁶⁹

Dette synspunktet synes lagt til grunn i LH-2004-40378, referert over:

"Faren for at ubehandlet stål ville ruste, er etter lagmannsrettens oppfatning nærliggende, og det burde kanskje ringt en « varselklokke » hos FMP [entreprenøren]. Men den bebreidelse som eventuelt kan rettes mot FMP i den forbindelse er slik lagmannsretten ser det liten i forhold til den feil byggherren hadde gjort ved å velge dette materiale."

Lagmannsretten bruker byggherrens uaktsomhet ved valg av materialer som et moment i vurderingen av entreprenørens undersøkelsesplikt. Dette harmonerer med formålet bak undersøkelsesplikten. Byggherrens eventuelle forventning om at materialene han leverte

⁶⁹ Se også i denne retningen Skrunes/ Kobbe i På rett grunn, s. 421.

var egnet, var ikke berettiget, og byggherren var dermed ikke vernet av totalentreprenørens undersøkelses- og varslingsplikt.

At uaktsomhet fra byggherrens side kan gis en slik virkning, vil også være et incitament for at byggherren skal sikre kvaliteten ved egne ytelser. Blir undersøkelsesplikten for streng, kan det tenkes å føre til at byggherren bruker mindre ressurser på kvalitetssikring av egne ytelser.

4.3.4.7 Oppsummering

Om totalentreprenøren "*burde ha oppdaget*" at et konkret forhold etter punkt 25.1.2, vil i stor grad bero på om han har oppfylt undersøkelsesplikten i punkt 25.1.1. Hvis totalentreprenøren ikke har oppfylt undersøkelsesplikten, må det vurderes om oppfyllelse av undersøkelsesplikten var et handlingsalternativ som ville avdekket at forholdet ville kunne forstyrre byggeprosjektet.

Undersøkelsen etter punkt 25.1.1 må gjøres noe grundigere enn gjennomgangen som kreves for å sette seg inn i byggherrens leveranser med sikte på videre prosjektering og utførelse. En fullstendig gjennomgang av byggherrens leveranser kan likevel ikke kreves. Innenfor disse rammene vil kravet til undersøkelsens grundighet bero på en konkret aktsomhetsvurdering, der spørsmålet blir hvilke oppofrelser det er rimelig at totalentreprenøren gjør.

Spørsmålet om det er en god regel å overlate kravene til undersøkelsens grundighet til en konkret aktsomhetsvurdering, kan sikkert diskuteres. På den ene siden er det uklart hvor grundige undersøkelsene skal være, noe som kan være tvisteskapende. På den annen side er det en fleksibel norm, noe som fremmer en hensiktsmessig løsning i hver enkelt sak. Dette er vel en kjent retts teknisk problemstilling der man i utformingen av en regel må veie

hensynet til klarhet og forutberegnelighet mot hensynet til fleksibilitet og tilretteleggelse for rimelige løsninger.

4.4 Når skal totalentreprenøren gjøre undersøkelsen etter NS 8407 punkt 25.1?

Varslingsplikten utløses i det totalentreprenøren "*burde ha blitt oppmerksom på*" forholdene det skal varsles om, jf. punkt 25.1.2 første ledd. Dette spørsmålet har en side mot når totalentreprenøren plikter å undersøke byggherrens leveranser.

Når totalentreprenøren skal undersøke byggherrens ytelser fremgår av punkt 25.1.1 første og siste ledd.

I første ledd fremgår det at totalentreprenøren skal undersøke byggherreleveransene som "*en del av sin produksjonsplanlegging*". Produksjonsplanleggingen i en totalentreprise knytter seg til både prosjektering og utførelse, og skjer i flere omganger. Når dette skjer varierer fra tilfelle til tilfelle, og vilkåret gir ikke særlig god veiledning i forhold til å tidfeste undersøkelsesplikten. Likevel understreker ordlyden at normen for når undersøkelsene må foretas, er fleksibel slik at løsningene kan tilpasses totalentreprenørens produksjonsplanlegging. Dette ivaretar hensynet til en rasjonell byggeprosess.

Punkt 25.1.1 siste ledd gir objektive, men skjønsmessige krav til undersøkelsens tidspunkt. Det skilles mellom materialer og andre ytelser.

For materialer skal undersøkelsen skje "*snarest mulig etter levering*", jf. siste punktum. Dette er etter ordlyden en svært knapp frist, som er strengere enn for eksempel "*innen rimelig tid*". Vurderingen av når totalentreprenøren "*snarest mulig*" kan gjøre undersøkelsen må gjøres konkret. Fristangivelsen finnes i en rekke steder i lovgivningen, og rettskilder tilknyttet denne lovgivningen vil derfor være relevante i vurderingen av NS

8407. I forarbeidene til bustadoppføringslova uttales det at fristen "*så snart råd er*" som hovedregelen innebærer at det må reklameres "*innan få dagar*".⁷⁰ Hva som ligger i "*snarest mulig etter levering*" beror altså på en konkret vurdering, men som hovedregel må materialene undersøkes innen få dager. Det som begrunner en strammere regel for materialer er sannsynligvis at byggherren ofte har reklamasjonsfrister å forholde seg til, og at rettigheter kan gå tapt dersom svakheten ikke avdekkes raskt.

For andre ytelser enn materialer går det frem at den leveransen skal undersøkes "*i god tid*" før den aktuelle leveransen skal benyttes. Hva som er "*i god tid*", må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Normen gir totalentreprenøren stor grad av frihet i forhold til når undersøkelsen skal gjøres. Det bærende hensynet bak reglen må være at byggherren skal ha en mulighet til å rette svakheter innen leveransen skal brukes, slik at unødvendige merkostnader og forsinkelser unngås.

⁷⁰ NOU 1992: 9 s. 77.

5 Varsling om forhold ved sluttproduktet – NS 8407 punkt 25.2

5.1 Innledning

Mens NS 8407 punkt 25.1 gjelder undersøkelse og varsling av forhold som kan forstyrre byggeprosessen, gjelder punkt 25.2 forhold som kan føre til at sluttproduktet ikke blir som ønsket. Varslingsplikten utløses etter punkt 25.2 når totalentreprenøren *"måtte ha blitt klar over at løsninger og annen prosjektering ikke er egnede til å nå de krav til kontraktsgjenstanden som fremgår av punkt 14"*.

Hva totalentreprenøren faktisk var klar over må holdes opp mot det totalentreprenøren *"måtte ha blitt klar over"*. Dette gir anvisning på en aktsomhetsvurdering, der totalentreprenørens undersøkelsesplikt vil være det anerkjente handlemønsteret som inngår som ledd i denne vurderingen. Det blir derfor sentralt å analysere innholdet i undersøkelsesplikten i punkt 25.

5.2 Hva skal totalentreprenøren vurdere etter punkt 25.2?

Spørsmålet om hva som skal vurderes, er også her todelt: Hvilke leveranser fra byggherren skal totalentreprenøren vurdere, og hvilke forhold ved disse leveransene skal han vurdere.

Av annet ledd følger det at totalentreprenøren skal varsle byggherren dersom *"løsninger og annen prosjektering ikke er egnede til å nå de krav til kontraktsgjenstanden som fremgår av punkt 14"*. Dette innebærer at totalentreprenøren ikke har noen plikt til å vurdere kvaliteten på *materialer* byggherren har levert etter punkt 25.2. Det er kun prosjektering og andre løsninger som skal vurderes. At byggherren har *"foreskrevet"* prosjekteringen innebærer at byggherren har bestemt løsningen eller prosjekteringen.

Det neste spørsmålet blir hvilke forhold ved løsningene og prosjekteringen som byggherren har levert, det skal varsles om.

Av overskriften til punkt 25.2 går det frem at bestemmelsen gjelder totalentreprenørens "vurdering av kvaliteten på løsninger og annen prosjektering foreskrevet av byggherren". Mens punkt 25.1 knytter seg til forstyrrelser i byggeprosessen, gir overskriften i punkt 25.2 anvisning på at det skal gjøres en vurdering av prosjekterings kvaliteten.

Etter ordlyden skal totalentreprenøren vurdere om prosjekteringen eller løsninger byggherren har levert "ikke er egnede til å nå de krav til kontraktsgjenstanden som fremgår av punkt 14". Dette reiser to spørsmål: (1) hvilke krav stilles til kontraktsgjenstanden i punkt 14 og (2) hva innebærer det at løsninger og annen prosjektering "ikke er egnede" til å nå disse kravene?

NS 8407 punkt 14 fastlegger hvilke krav som stilles til den ferdige kontraktsgjenstanden for at den skal være kontraktmessig. Punkt 14 oppstiller både privatrettslige- og offentligrettslige normer kontraktsgjenstanden må oppfylle. En redegjørelse for innholdet i punkt 14 ligger utenfor rammen av oppgavens omfang.⁷¹

At prosjektering eller andre løsninger ikke er "egne" til å nå kravene i punkt 14 gir rent språklig anvisning på et krav om potensiell kausalitet – årsaksevne.⁷² Det er følgelig ikke et krav om at totalentreprenøren med sikkerhet vet at kravene i punkt 14 ikke vil oppfylles. Dette har sammenheng med tidspunktet totalentreprenøren gjør vurderingen på.

Totalentreprenøren må altså holde virkningene prosjekteringen er egnet til å medføre opp mot hvilke krav som stilles i punkt 14. Dersom det er et avvik, må totalentreprenøren varsle byggherren om dette.

⁷¹ Se Giverholt m. fl., NS 8407 med kommentarer (2012), s. 223 - 248 for en nærmere redegjørelse av innholdet i punkt 14.

⁷² Sml. Truyen i Jussens Venner 2004 s. 312–313 om egnethetsvilkåret i aksjeloven § 5-21.

I punkt 14.3 stilles det krav om at kontraktsgjenstanden skal passe for de formål som byggherren har med denne. Hvis formålet til byggherren for eksempel er at det ferdige bygget skal brukes som kontorer, men prosjekteringen byggherren har levert medfører at kontorene ikke vil være støyisolert fra bilveien utenfor, kan man kanskje si at prosjekteringen ikke er "*egne[t]*" til å nå kravene i punkt 14.3, jf. punkt 25.2.

5.3 Hvor grundig skal vurderingen være etter NS 8407 punkt 25.2?

Spørsmålet er her hvor grundig vurderingen av prosjekterings egnethet gjøres, jf. punkt 25.2

Utgangspunktet er også her at totalentreprenøren i alle tilfeller må gjennomgå byggherrens leveranser med sikte på videre prosjektering og utføring. Spørsmålet er om gjennomgangen må gjøres grundigere enn det totalentreprenøren i alle tilfeller må gjøre.

Denne vurderingen vil bero på en tolkning av NS 8407 punkt 25.2. I mangel av andre holdepunkter vil vurderingen gli over i en culpa-vurdering, der spørsmålet er hvilke oppofrelser det med rimelighet kan forventes av totalentreprenøren i den konkrete situasjonen.

Dersom totalentreprenøren kommer til at løsninger ikke er "*egnede*" til å nå kravene i punkt 14, utløses varslingsplikten. Etter dette er det byggherren som må gjøre nærmere undersøkelser av om løsningene vil oppnå kravene i punkt 14, og hva som eventuelt må endres.

Ordlyden i NS 8407 punkt 25.2 gir to holdepunkter for vurderingen av undersøkelsens grundighet. I først ledd går det frem at vurderingen skal skje i "*rimelig utstrekning*". I annet ledd fremgår det at varslingsplikten utløses i det totalentreprenøren "*måtte ha blitt klar over*" at byggherrens prosjektering var uegnet. Nedenfor vil jeg redegjøre for hva som ligger i disse normene, samt forholdene mellom dem.

5.3.1 "Rimelig utstrekning"

Det fremgår av punkt 25.2 første ledd at totalentreprenøren i "*rimelig utstrekning*" skal vurdere om byggherrens prosjektering og løsninger er egnet til nå kravene til kontraktsgjenstanden etter punkt 14. Ordlyden "*rimelig utstrekning*" tilsier at det skal gjøres en etter forholdene aktsom vurdering. Dette følger allerede av at vurderingsplikten etter NS 8407 punkt 25.2 er en innsatsforpliktelse, jf. punkt 2.2 over. Rent materielt er formuleringen dermed overflødig. Likevel er det god "lovgivningsteknikk" å skrive det inn i bestemmelsene, slik at partene lettere kan vurdere sin rettsposisjon.

Innholdet i aktsomhetsnormen "*rimelig utstrekning*" vil bero på en konkret vurdering. Momentene drøftet i relasjon til NS 8407 punkt 25.1.1 under punkt 4.3 over vil være av relevans ved vurderingen, og jeg viser derfor til denne drøftelsen hva gjelder det nærmere innholdet i normen.

I juridisk teori uttaler Giverholt m.fl. seg om hva som ligger i "*rimelig utstrekning*", jf. NS 8407 punkt 25.2:

*"Det betyr at det skal foretas en gjennomgang. Imidlertid trenger ikke totalentreprenøren å foreta en full ny prosjektering. Utgangspunktet må være at totalentreprenøren skal foreta en enklere alminnelig kontroll av det underlaget han skal bygge videre på. Den skal kunne baseres på at det som er levert av byggherren er egnet for det formål han har med kontraktsgjenstanden"*⁷³

Jeg er enig i at totalentreprenøren i utgangspunktet kan foreta en enklere alminnelig kontroll av prosjektmaterialiet. Dette harmonerer godt med hensynet bak undersøkelsesplikten. Målet med undersøkelsen er først og fremst at svakheter som kan

⁷³ Giverholt m.fl., NS 8407 med kommentarer, s. 384.

føre til store og kostbare konsekvenser avdekkes, og at øvrige svakheter som skyldes mer banale feil blir avdekket, se punkt 3.2 over.

5.3.2 "Måtte ha blitt klar over"

Etter NS 8407 punkt 25.2 annet ledd første punktum utløses varslingsplikten i det totalentreprenøren "*måtte ha blitt klar over*" at prosjektmaterialet var uegnet til å nå kravene til kontraktsgjenstanden. I utgangspunktet er dette kun et spørsmål om når varslingsplikten utløses. Likevel kan det argumenteres for at spørsmålet om undersøkelsespliktens grundighet må leses i sammenheng med denne normen, se nedenfor i punkt 5.3.3.

Rent språklig er "*måtte ha blitt klar over*" en mildere norm enn "*burde ha blitt klar over*". Likevel innebærer ikke formuleringen et krav om positiv kunnskap. Det er videre lite som tyder på at normen er en henvisning til et krav om grov uaktsomhet.⁷⁴

Formuleringen er hentet fra den obligasjonsrettslige lovgivningen, og rettskilder knyttet til denne lovgivningen vil derfor være av relevans i vår vurdering.

Normen ble introdusert i kjøpsloven § 17 annet ledd bokstav b. Det følger av denne bestemmelsen at tingen har en mangel dersom den ikke passer til det formål som selgeren "*var eller måtte være kjent med*". I forarbeidene til kjøpsloven uttales det:

"Selgerens opplysningsplikt omfatter ikke bare forhold han kjenner til, men også forhold som han « måtte kjenne til », dvs forhold som selgeren ikke har noen rimelig unnskyldning for å være uvitende om, jf formuleringen « måtte være kjent

⁷⁴ Se Krüger (2004) s 273 flg. om dette.

med » i § 17 (2) bokstav (b). Det er ikke nok at selgeren burde vite; det kreves at han måtte vite."⁷⁵

Etter bustadoppføringslova § 8 første ledd første punktum fremgår det at "Må entreprenøren ut frå sin fagkunnskap sjå at forbrukaren ikkje er tent med å få arbeidet utført etter avtalen, skal entreprenøren seie frå om det". I en dom fra Borgarting lagmannsrett av 28.06.2010 (LB-2009-156611) uttalte lagmannsretten seg om hva som ligger i normen "må entreprenøren...sjå":

"Tingretten har lagt til grunn at varslingsplikten inntrådte allerede når Løken burde ha oppdaget problemet, men det kan ikke være riktig. Loven krever etter sin ordlyd en form for kvalifisert uaktsomhet. Lagmannsretten antar at lovens krav er oppfylt såfremt det ikke kan påvises en rimelig unnskyldning eller saklig grunn for at han ikke oppdaget problemet."

Hvis dette legges til grunn, utløses varslingsplikten i det totalentreprenøren ikke har noen rimelig unnskyldning for å være uvitende om at prosjekteringen er uegnet. Et slikt tolkningsresultat har vært kritisert i juridisk teori. Krüger har innvendt at:

*"Hvis en part ikke har rimelig unnskyldning for å være uvitende om et faktum, foreligger bare en mulighet - uaktsomhet, hverken mer eller mindre"*⁷⁶

Hvis normen er en henvisning til uaktsomhet, vil det ikke være noen rettslig forskjell på hva totalentreprenøren burde vite og hva han måtte vite. Dette kan ikke være et tilsiktet tolkningsresultat.

⁷⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62.

⁷⁶ Krüger i Jussens Venner (2004), s. 273.

Høyesterett har flere ganger uttalt seg om hva som ligger i "måtte kjenne til".⁷⁷ Dommen inntatt i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark) gjaldt krav om erstatning etter kjøp av en industritomt med forurensning i grunnen. Spørsmålet for Høyesterett var blant annet om det utgjorde en mangel at selgeren ikke hadde lagt frem en geoteknisk rapport. Det var enighet om at det forelå en mangel dersom selgeren "kjente eller måtte kjenne til" rapporten, jf. avhendingslova § 3-7. Førstvoterende uttalte seg på side 702 om innholdet i normen:

"Jeg bemerker at jeg oppfatter « måtte kjenne til » som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 89, sies det at « Meininga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande ». Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det. "

Høyesterett fulgte altså opp uttalelsene fra forarbeidene sitert over, men fastholder likevel at det ikke er tilstrekkelig at man burde kjent til forholdet.

Det samlede rettskildebildet gir dermed ikke klart svar på hva innholdet i normen "måtte ha blitt klar over" er. Det kreves mer enn alminnelige uaktsomhet, men det kreves ikke positiv kunnskap eller grov uaktsomhet.

Konklusjonen må være at det nærmere innholdet i "måtte ha blitt klar over", jf. NS 8407 punkt 25.2, er uklart. Lest i sammenheng med punkt 25.1.2 der uttrykket "burde ha blitt oppmerksom på" brukes, må det uansett være klart at komitéen har valgt uttrykksmåten for å uttrykke at det skal mer til for varslingsplikten utløses etter punkt 25.2. Rettspraksisen gjennomgått ovenfor taler for at domstolene vil legge til grunn at totalentreprenøren "måtte ha blitt klar over" et forhold dersom det ikke kan påvises en rimelig unnskyldning for at

⁷⁷ Se bl.a. Rt. 2001 s. 369 (Takstmann-dommen), Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark), Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen).

han ikke oppdaget forholdet. Normen gir uansett et større spillerom for klanderverdig uvitenhet enn hva som er tilfellet ved alminnelig uaktsomhet.

5.3.3 Forholdet mellom "rimelig utstrekning" og "måtte ha blitt klar over"

Det er ikke helt klart hva som er forholdet mellom kravet til vurderingsplikstens omfang ("*rimelig utstrekning*") og varslingsplikstens utgangspunkt er ("*måtte ha blitt klar over*").

Kravet om at vurderingen skal skje i "*rimelig utstrekning*" er et krav om at vurderingen skal være aktsom, jf. punkt 5.3.1 over. Dersom totalentreprenøren har gjennomført en aktsom vurdering vil han i prinsippet ha blitt klar over alt han også burde bli klar over. Hvis det er noe han burde bli klar over som ikke er oppdaget, kan ikke vurderingen sies å ha vært aktsom.

Mye kan imidlertid tale for at ordlyden må leses i sammenheng med varslingsplikstens utgangspunkt, slik at regelen blir at undersøkelsen skal skje i rimelig utstrekning for å avdekke det totalentreprenøren "*måtte ha oppdaget*".

Brudd på undersøkelsesplikten sanksjoneres ikke. Det er brudd på varslingsplikten som utløser erstatningsansvar, og varslingsplikten utløses i det totalentreprenøren "*måtte ha blitt klar over*" forholdene det skal varsles om. Varslingsplikten utløses altså i tilfeller der det kan karakteriseres som noe mer enn alminnelig uaktsomt av totalentreprenøren å ha oversett forholdet. Typisk vil dette være de mer grove overseelsene ved vurderingen.

I praksis innebærer dette at totalentreprenøren kan avpasse undersøkelsens grundighet slik at den er egnet til å oppdage forhold han "*måtte ha blitt klar over*". Totalentreprenøren kan altså gjøre en mer overfladisk vurdering enn det han kunne gjort dersom varslingsplikten ble utløst i det han *burde* ha blitt klar over forholdene.

Forgjengeren til NS 8407 punkt 25.2, NS 3431 punkt 9.7, knyttet kun sanksjoner til unnlatt varsling ved "*klare feil eller klart uheldige konsekvenser av løsningene*". Siden det var

disse forholdene det skulle varles om, kunne totalentreprenøren avpasse undersøkelsens grundighet slik at disse feilene ble avdekket ved gjennomgangen. Det kan reises spørsmål ved om det også vil være de klare feilene og klart uheldige konsekvensene av løsninger, som totalentreprenøren ”*måtte ha blitt klar over*”, jf. NS 8407 punkt 25.2.

Rettskildebildet gir ikke noe klart svar, men det synes mest nærliggende å konkludere med at det kan innfortolkes i punkt 25.2 at totalentreprenøren kan nøye seg med en vurdering som er egnet til å avdekke de klart uegnede løsningene i byggherrens prosjektmateriale. Det er særlig varslingsplikts utgangspunkt – "*måtte ha blitt klar over*" – som taler for en slik løsning. Det vil i alle tilfelle kun være overseelsen av disse forholdene som vil utløse rettsvirkningen erstatningsansvar.

5.4 Når skal totalentreprenøren gjøre vurderingen etter punkt 25.2?

Ordlyden i punkt 25.2 gir ingen eksplisitte holdepunkter for når vurderingen skal gjøres.

I juridisk teori har Kaasen drøftet spørsmålet i relasjon til NTK 05 art. 6. Reglene om totalleverandørens undersøkelsesplikt har heller ingen eksplisitte krav til når undersøkelsen skal gjøres. Kaasen skriver følgende om problemstillingen:

*"Kontrakten sier ikke noe uttrykkelig om når undersøkelsene skal foretas. Men varsel om avdekkede feil skal gis "uten ugrunnet opphold". Dette kravet gir bare mening dersom også den forutgående undersøkelsen skal foretas raskt. På den annen side kan ikke leverandøren – uten uttrykkelige bestemmelser – pålegges en ubetinget plikt til å foreta undersøkelsen så snart dokumentene foreligger. Begge disse forholdene tilsier at leverandøren – dersom ikke annet er uttrykkelig forutsatt – må kunne vente med undersøkelsene til et naturlig stadium i arbeidet"*⁷⁸

⁷⁸ Kaasen, Petroleumskontrakter (2006), s. 148.

Varslingsfristens lengde er også etter NS 8407 punkt 25.2 "*uten ugrunnet opphold*", og synspunktene til Kaasen har dermed overføringsverdi. Totalentreprenøren kan altså vente med å vurdere om prosjekteringen er uegnet til et naturlig stadium i arbeidet. Hva som er et naturlig stadium må vurderes konkret. Hensynet til en rasjonell byggeprosess tilsier at totalentreprenøren har stor frihet til å avgjøre dette.

6 Rettsvirkningene av for sen eller unnlatt varsling

Rettsvirkningen av manglende eller for sent varsel er etter NS 8407 punkt 25.1.2 annet ledd og punkt 25.2 siste setning er at byggherren kan kreve "*erstatning for tap som kunne vært unngått ved rettidig varsel*".

Ordlyden tilsier at byggherren kan kreve full erstatning for det tap han lider som følge av at totalentreprenøren ikke varslet eller varslet for sent. Tapet han faktisk har hatt skal sammenlignes med tapet han ville hatt dersom totalentreprenøren hadde varslet i tide. Differansen mellom faktisk tap og tapet han uansett ville lidd, utgjør det byggherren har krav på.

Tapsvurderingen er etter NS 8407 punkt 25 toleddet. Først må det kartlegges hvilke potensielle tap den unnlatte varslingen kan gi det konkrete tilfellet. Deretter må det vurderes hvordan byggherren ville opptrådt dersom han hadde fått varselet.

6.1 Potensielle tap ved unnlatt varsling

6.1.1 Innledning

Ordlyden i punkt 25 inneholder ingen begrensinger når det gjelder hvilke typer tap byggherren kan kreve dekket. Utgangspunktet er at byggherren har krav på full erstatning for tap som har adekvat årsakssammenheng med for sent eller unnlatt varsel.

Det er ingenting i veien for at et for sent varsel ikke får noen økonomiske konsekvenser for byggherren, dvs. at differansen mellom faktisk lidd tap og tapet han uansett ville lidd er lik null. Dersom byggherren retter en feil på samme måte og med de samme konsekvenser som om varselet var gitt rettidig, vil ikke det manglende eller for sene varselet ha ført til et økonomisk tap. Byggherren oppdager for eksempel på egenhånd at taktekkingsmetoden han hadde bestemt at skulle brukes, vil medføre lekkasjer. Hvis totalentreprenøren ikke har

utført taktekingen ennå, vil ikke byggherren ha noe annet tap enn kostnadene ved å utarbeide en ny løsning.

Det faller utenfor oppgaven å gi en bred redegjørelse for tapsutmålingen.⁷⁹ Nedenfor følger en redegjørelse for hovedlinjene, og noen eksempler på tapsposter som byggherren kan kreve dekket.

6.1.2 Potensielle tap ved unnlatt varsling etter NS 8407 punkt 25.1

Etter NS 8407 punkt 25.1 skal totalentreprenøren varsle byggherren om forhold som vil kunne forstyrre byggeprosjektet. Dette vil komme på spissen hvis totalentreprenørens unnlatte varsel fører til at det oppstår forsinkelser eller fordyrelser ved prosjektet.

Totalentreprenøren oppdager for eksempel for sent at ventilasjonsaggregatet byggherren har levert er beheftet med feil, noe som igjen kan føre til at byggeprosessen stanses. At byggeprosessen stanses forutsetter at totalentreprenøren ikke kan utføre andre deler av kontraktsarbeidet i påvente av at byggherren skaffer et nytt aggregat. Hvis denne forsinkelsen kunne vært unngått ved rettidig varsel, må totalentreprenøren i utgangspunktet bære det økonomiske tapet forsinkelsen medfører.

Det må reises spørsmål ved om tilleggsvederlag totalentreprenøren ville hatt krav på dersom han hadde varslet i tide, må gå til fradrag i erstatningsberegningen. Spørsmålet er ikke direkte løst i standarden. Det viser seg for eksempel taktekkingsmetoden byggherren har valgt vil føre til lekkasjer, slik at totalentreprenøren må utføre taktekingen med en mer kostbar metode. Hvis totalentreprenøren hadde varslet i tide, ville han hatt krav på tilleggsvederlag for den mer kostbare taktekingen.

På den ene siden vil totalentreprenøren normalt ha oversittet varslingsfristen for å kreve tilleggsvederlag. På den annen side skal erstatningen utmåles etter hvordan byggherren

⁷⁹ Se Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), kapittel 20 for en generell fremstilling av tapsutmåling i kontraktserstatningsretten.

ville vært stilt hvis han hadde varslet i tide. Hvis totalentreprenøren hadde varslet i tide, ville han også hatt krav på tilleggsvederlag.

Konklusjonen er ikke klar, men jeg heller mot tilleggsvederlaget totalentreprenøren ville hatt krav på ved rettidig varsel må komme i fradrag i erstatningsutmålingen.

Det sannsynlige hendelsesforløpet må da legges til grunn. Dette innebærer at det må spørres om det er sannsynlig at totalentreprenøren ville krevd tilleggsvederlag dersom han hadde varslet om svikten i tide. Svaret på dette beror på en bevisvurdering, men det må antas at totalentreprenøren normalt ville krevd tilleggsvederlag dersom han hadde oppdaget svikten.⁸⁰

I NS 3431 var rettsvirkningen av manglende varsling om forstyrrelser i byggeprosjektet at totalentreprenøren mistet retten til tilleggsvederlag og fristforlengelse, jf. punkt 9.6.3. Spørsmålet om fradrag for tilleggsvederlag var dermed ikke et tolkningsspørsmål.

Dersom manglende varsel fører til at byggeprosjektet blir forsinket, oppstår spørsmålet om byggherren kan kreve tapet han lider dekket etter punkt 25.1. Bygården blir for eksempel forsinket og byggherren taper leieinntekter. Byggherren vil ha krav på dagmulkt når totalentreprenøren oversitter sluttfristen, jf punkt 40.1. Dette reiser problemstillingen om den avtalte dagmulkten avskjærer krav på tap forsinkelsen faktisk medfører. Det ligger utenfor rammene for oppgavens omfang å drøfte dette. Det vises til Heggberget/ Nyland som generelt drøfter forholdet mellom forhåndsfastsatt erstatning og krav på faktisk lidd tap i Tff 2001 s. 313—345.⁸¹

Totalentreprenøren må dekke tap som følge av at byggherren mister rettigheter. Byggherren har for eksempel oversittet reklamasjonsfristen på materialer overfor

⁸⁰ Giverholt m.fl. (2012) synes å legge samme konklusjonen til grunn på s. 382.

⁸¹ Se også Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011), s. 643 og 671 flg.

leverandøren disse. Hadde totalentreprenøren varslet byggherren i tide, ville også byggherren overholdt reklamasjonsfristen. Forutsatt at byggherrens krav overfor leverandøren ville ført frem, vil totalentreprenøren måtte erstatte dette tapet. Det samme kan tenkes dersom totalentreprenøren ikke har varslet om forhold ved en sideentreprenørs arbeid, og dette har medført at byggherren har oversittet reklamasjonsfristen overfor denne entreprenøren.

Til slutt kan det tenkes at totalentreprenøren må dekke prisstigning på materialer byggherren må skaffe på nytt. Totalentreprenøren varsler for eksempel for sent at ventilasjonsaggregatet ikke er kraftig nok. Hvis totalentreprenøren hadde varslet i tide ville et nytt aggregat kostet 20 000 kr. Nå har det imidlertid vært prisstigning i markedet, og det nye aggregatet koster 30 000 kr. Her må totalentreprenøren dekke prisstigningen på 10 000 kr.

6.1.3 Potensielt tap ved brudd på varslingsplikten etter punkt 25.2

Etter NS 8407 punkt 25.2 er rettsvirkningen erstatningsansvar. Den fysiske svikten vil ikke utgjøre en mangel etter NS 8407 punkt 42 siden svikten i utgangspunktet er noe byggherren svarer for. Totalentreprenøren har dermed verken rett eller plikt til å utbedre den fysiske svikten ved bygget. Det vil imidlertid ofte være den mest praktiske og rasjonelle løsningen siden han har inngående kjennskap til prosjektet. Byggherren kan i utgangspunktet kreve at totalentreprenøren dekker kostnadene ved at en annen entreprenør utbedrer svikten.⁸²

Totalentreprenøren må bære tapet dersom den fysiske svikten kunne vært unngått ved rettidig varsel. Deler av en bygning raser for eksempel sammen fordi byggherren har levert uegnet prosjektering. Dersom kollapsen kunne vært unngått ved rettidig varsel, vil totalentreprenøren måtte bære kostnadene ved ny oppføring. Utgiftene til ny prosjektering

⁸² Byggherrens alminnelige tapsbegrensningsplikt setter imidlertid grenser for omfanget av en slik erstatningspost.

må imidlertid bæres av byggherren, da disse kostnadene ikke ville vært unngått ved rettidig varsel.

Et annet eksempel kan være at uegnet prosjektering fører til at bygningen ikke oppfyller offentligrettslige krav, for eksempel kravene i byggteknisk forskrift. Totalentreprenøren må da dekke byggherrens kostnader ved å bringe bygget i samsvar med lovgivningen, dersom han har brutt varslingsplikten etter punkt 25.2. Byggherren må likevel bære kostnadene ved å utarbeide en ny løsning, da dette er en kostnad som også ville påløpt med rettidig varsel.

Totalentreprenørens erstatningsansvar er etter punkt 25.1 og punkt 25.2 ikke begrenset til delene av bygget som omfattes av kontrakten, slik regelen er i NTK 05 art. 6.3. Det kan tenkes at svikt ved byggherrens prosjektmateriale får negative innvirkninger på sideentreprenørers kontraktsutførelse. En uegnet løsning brukes for eksempel også i sideentreprenørens arbeid. Totalentreprenøren må i så fall erstatte byggherrens kostnader som følge av dette, dersom kostnadene kunne vært unngått ved rettidig varsel.

Forstyrrelser i byggeprosjektet eller et uønsket sluttprodukt kan føre til at byggherren får økte administrasjonskostnader. Dersom disse kostnadene kunne vært unngått ved rettidig varsel, kan byggherren kreve disse dekket.⁸³

6.2 Byggherrens hypotetiske atferd

Spørsmålet om hvordan byggherren ville opptrådt dersom han ville blitt varslet om et konkret forhold er en krevende vurdering. For å bruke Simonsens ord: "*Å ta standpunkt til hvorledes et menneskesinn ville ha reagert under andre forhold, er en lite takknemmelig oppgave*".⁸⁴

⁸³ Sml. Kaasen, Petroleumskontrakter (2006), s. 152.

⁸⁴ Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar (1997), s. 298

I vurderingen må det vurderes hvordan totalentreprenøren ville forholdt seg til et varsel. Dette blir et bevisspørsmål, der det mest sannsynlige faktum må legges til grunn. Bevisbyrden ligger som normalt på skadelidte, altså byggherren.

6.3 Byggherrens medvirkning til eget tap – skl. § 5-1 nr. 1

Det følger av skadeerstatningsloven § 5-1 nr. 1 at dersom skadelidte forsettlig eller uaktsomt har medvirket til misligholdet ”*kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers*”.

Spørsmålet er her om erstatningskravet til byggherren etter NS 8407 punkt 25.1 eller punkt 25.2 kan settes ned eller falle bort etter skl. § 5-1. Det er klart at § 5-1 får anvendelse på kontraktserstatning, og at bestemmelsen etter forholdene kan medføre at erstatningen reduseres eller bortfaller.⁸⁵

Det er fremhevet flere steder i den entrepriserettslige litteraturen at dersom totalentreprenøren har forsømt sin varslingsplikt, vil gjerne byggherren, som er årsaken til forholdet, være minst like mye å bebreide.⁸⁶ Hvis for eksempel byggherren leverer tegninger som medfører at bygget kollapser når tegningene utføres, og det er uaktsomt av totalentreprenøren å ikke ha oppdaget svakhetene, vil det gjerne være mer uaktsomt av byggherren som begikk feilene da tegningene ble laget.

⁸⁵ Sml. Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 151. Kaasen nevner også at avtl. § 33 kan avskjære selskapet i å påberope seg brudd på varslingsplikten etter art. 6. Det samme kan tenkes i entrepriser på landjorden.

⁸⁶ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966), s. 314–316, Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner* (1997), s. 88–89.

En omfattende drøftelse av dette spørsmålet av skl. § 5-1 faller utenfor oppgaven, men synspunktene redegjort for i avsnittet rett over kan indikere at skl. § 5-1 ofte kan medføre at erstatningskravet til byggherren kan settes ned eller faller bort.

Etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om kontraktsmedhjelperansvar vil byggherren identifiseres med eventuell uaktsomhet hos konsulenter han har brukt.

6.4 Rettsvirkningen i andre standardkontrakter

Rettsvirkningen av forsømmelse av den tilsvarende varslingsplikten er regulert annerledes i andre entrepriserettslig standardkontrakter.

I NS 3401 tilsa ordlyden at forsømt varslingsplikt medførte en full risikooverføring fra byggherren til entreprenøren. Likevel har det i juridisk teori utviklet seg en regel om at risikoen i stedet skal *deles*.⁸⁷ Hagstrøm fremhever at dette er ”*særlig fordi løsningen er lite heldig når begge sider kan bebreides. Hvis det for eksempel var uaktsomt av entreprenøren å overse feil i en konsulents beregninger, må det gjerne betraktes som enn mer uaktsomt av konsulenten å begå dem, og dette skal belastes byggherren*”.⁸⁸ Det er lagt til grunn i juridisk teori at den samme regelen gjelder for NS 3430⁸⁹ og NS 8405.⁹⁰

I fabrikkasjonskontrakter er rettsvirkningen av misligholdt undersøkelses- og varslingsplikt i NF/NTK 05 art. 6 at leverandøren blir erstatningsansvarlig. Det er rimelig å anta at innføringen av erstatningsreglen i NS 8407 punkt 25 er inspirert av disse kontraktene.

⁸⁷ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966), s. 314–316.

⁸⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 352

⁸⁹ Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner* (1997), s. 89.

⁹⁰ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 352

Det følger av NTK 05 art. 6.3 første punktum at dersom manglende varsel medfører at selskapet ”*påføres ekstra utgifter i forbindelse med Arbeidet som ikke er dekket av forsikring, eller taper rettigheter eller garantier*”, må leverandøren dekke dette.

Omfanget av erstatningen er her mer begrenset enn hva som gjelder etter NS 8407 punkt 25. For det første er det kun ”*utgifter*” som leverandøren må dekke. En naturlig språklig forståelse av ”*utgifter*” tilsier at tappt fortjeneste ikke dekkes – det må være faktisk påløpte kostnader. I NS 8407 punkt 25 er det ”*tap*” som totalentreprenøren må dekke.

Når det gjelder utgifter, er dekningen etter ordlyden i NTK punkt 6.3 begrenset i tre retninger. For det første omfattes ikke utgifter som dekkes av selskapets forsikring. Mange av utgiftene selskapet påføres vil i praksis dekkes av selskapets byggerisikoforsikring, jf. NTK 05 art. 31.1.⁹¹ For det andre må utgiftene oppstå ”*i forbindelse med Arbeidet*”. Dette innebærer at utgifter mangelen eller uoverensstemmelsen påfører selskapet i tilknytning til andre kontrakter ikke omfattes. For det tredje må det dreie seg om ”*ekstra utgifter*”. Ordlyden ”*ekstra*” er en avgrensning mot kostnader selskapet uansett ville hatt dersom leverandøren hadde varslet i tide.

I tillegg til dette kan Selskapet kreve dekket ”*tapte rettigheter eller garantier*”. Dette vil typisk være tilfellet dersom manglende varsling fører til at selskapet oversitter garanti-tiden eller reklamasjonsfrister knyttet til innkjøpte materialer.

Til slutt avgrenses totalleverandørens erstatningsansvar i alle tilfeller av de alminnelige ansvarsbegrensninger i NTK 05 art. 25.4.

Totalentreprenørens erstatningsansvar etter NS 8407 punkt 25 er altså mer omfattende enn tilsvarende regulering i NTK 05. Erstatningsansvaret etter NS 8407 omfatter i

⁹¹ Se Kaasen, *Petroleumskontrakter* (2006), s. 156.

utgangspunktet full erstatning for alle tap som står i årsakssammenheng med den manglende varslingen. Som redegjort for rett ovenfor er erstatningskravet til selskapet i NTK 05 mer begrenset.

I internasjonale standardkontrakter er undersøkelses- og varslingsplikten regulert på ulike måter. Den mest brukte internasjonale entrepriserettslige standardkontrakten er utarbeidet av en internasjonal interesseorganisasjon for rådgivende ingeniører; FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils). De ulike kontraktene har navn etter fargen på forsiden av kontrakten.

FIDIC Yellow Book er tilpasset byggeprosjekter der hovedansvaret for prosjekteringen ligger hos entreprenøren. Her finner man en variant av undersøkelses- og varslingsplikten som kan minne om reguleringen i NS 8407. Etter ordlyden i Sub-Clause 5.1 plikter entreprenøren å gjøre en grundig undersøkelse ("scrutinise") av byggherrens løsninger, derunder byggherrens prosjektering og beregninger. Etter Sub-Clause 1.9 er entreprenørens krav på tilleggsvederlag eller fristforlengelse betinget av at "*an experienced contractor exercising due care would not have discovered the error when scrutinising the Employer's Requirements under Sub-Clause 5.1*". Rettsvirkningen er altså at entreprenøren mister retten til fristforlengelse eller tilleggsvederlag, og reaksjonen er dermed mildere enn hva som gjelder etter NS 8407.

FIDIC Silver Book er tilpasset totalentreprisemodellen. Løsningen er svært forskjellig fra den vi har i NS 8407 punkt 25. Totalentreprenøren er her pålagt å ha "*scrutinised, prior to the Base Date [28 dager før anbudsfristen], the Employer's Requirements*", jf. Sub-Clause 5.1. Rettsvirkningen av denne undersøkelsen er at totalentreprenøren i utgangspunktet overtar den fulle risikoen for byggherrens løsninger. Hovedregelen i FIDIC Silver Book kan altså minne om den alternative løsningen som finnes i NS 8407 punkt 24.2 (avtalt risikoovergang). Reglen innebærer en omfattende risikoforflytning, men overtagelsen av denne risikoen prises inn i kontraktvederlaget.

7 Rettspolitiske synspunkter

7.1 Innledning

Bør totalentreprenøren ha en undersøkelses- og varslingsplikt og hvordan bør forpliktelsen i så fall utformes?

Gode grunner taler for at totalentreprenøren bør ha en undersøkelses- og varslingsplikt. Det vises til hensynene bak regelen som begrunnelse for dette, se punkt 3.2 over. I det følgende vil jeg likevel reise noen spørsmål ved hvordan forpliktelsen bør utformes.

7.2 Erstatning som rettsfølge av forsømt varslingsplikt

Hensynet bak erstatning som rettsfølge er for det første å skape et effektivt pressmiddel for at totalentreprenøren skal undersøke byggherrens ytelser. For det andre er det rimelig at totalentreprenøren bærer deler av de økonomiske følgene av egen uforsvarlig opptreden. Det er ikke tvilsomt at erstatning som rettsfølge er et effektivt pressmiddel, men jeg mener det kan reises spørsmål ved om totalentreprenøren etter NS 8407 punkt 25 må bære en større del av de økonomiske følgene enn hva som er rimelig.

Innvendingen mot totalentreprenørens vidtfavnende erstatningsansvar ved manglende varsling er den samme begrunnelsen som ligger bak at *risikodeling* tradisjonelt har vært rettsvirkningen av forsømt varslingsplikt. Hagstrøm oppsummerer begrunnelsen bak regelen om risikodeling i NS 3430 7.5 slik:

”Bakgrunnen er klarligvis at hvis entreprenøren kan bebreides, eksempelvis for ikke å ha varslet om ”feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert” (jfr. pkt. 7.5), vil de prosjekterende byggherren svarer for i enda høyere grad kunne bebreides for de feil som er gjort. Dess grovere feilen er og dess mer synbar den var for entreprenøren, dess sterkere blir også bebreidelsen mot byggherresiden.

Dermed vil den normale reaksjonen være at det skal foretas en skjønsmessig fordeling av kostnadsfølgene mellom partene”⁹²

Hvis totalentreprenøren kan bebreides for ikke å ha varslet om et forhold, vil altså byggherren normalt kunne klandres i større grad for at forholdet det ikke er varslet om i det hele tatt har oppstått.

Etter NS 8407 punkt 25 må byggherren bære kostnadene han uansett ville hatt for å utbedre svakheten, men totalentreprenøren må bære alle virkningene svakheten har hatt utover dette.

Det økonomiske tapet byggherren har hatt er et resultat av samvirkende årsaker. Byggherren gjorde opprinnelig feilen, mens totalentreprenøren kan klandres for ikke å ha oppdaget den. At totalentreprenøren må bære alt det økonomiske tapet utover det svakheten i seg selv medfører, mener jeg i liten grad reflekterer partenes rolle i årsaksbildet – både i forhold til skyld og faktisk årsakssammenheng.

Rettsvirkningen er – sett fra totalentreprenørens side – en strengere regulering enn hva vi finner i andre norske standardkontrakter, både på landjorden og offshore, se punkt 6.4 over. Partene står selvsagt fritt til å avtale dette, men jeg synes det er vanskelig å se hvilke særlige hensyn som begrunner en slik strengere regel for totalentrepriser.

En ansvarsbegrensning etter modell fra standardkontrakten for prosjekteringsoppdrag, NS 8401:2010 punkt 13.3, kunne vært en løsning som reflekterte en mer balansert risikofordeling. Her er den prosjekterendes ansvar begrenset til 60 ganger grunnbeløpet i folketrygden (G) for ansvar som ikke er omfattet av den prosjekterendes obligatoriske ansvarsforsikring. For ansvar som er dekket av forsikringen er ansvaret begrenset til 150 G.

⁹² Hagstrøm, *Entrepriserett – utvalgte emner*, s. 89.

Rettsvirkningen ville med en slik regulering fortsatt vært et pressmiddel for at totalentreprenøren skal undersøke byggherrens leveranser.

SkI. § 5-1 vil være en regel som kan gripe inn mot urimelige resultater i hvert enkelt tilfelle. Siden byggherren normalt vil kunne klandres dersom totalentreprenøren misligholder varslingsplikten, kan det spørres om dette medfører at erstatningen normalt vil kunne settes ned etter § 5-1 nr.1. Dersom reglens utforming medfører at den praktiske hovedregelen blir at erstatningen settes ned etter skl. § 5-1, burde bestemmelsene vært utformet annerledes.

7.3 Normen ”måtte ha blitt klar over”

Det følger av drøftelsen ovenfor i punkt 5.3.2 at det er uklart hva som ligger i normen ”*måtte ha blitt klar over*”. Normen har vært kritisert juridisk teori. Krüger kommer med en klar anbefaling til lovgiver i Jussens Venner 2004 s. 273 om ikke å videreføre normen i lovgivningen:

”Forbrukerkjøpslovens « burde »-regel i § 16 bokstav b er et skritt i riktig retning og jeg kan ikke se noen rimelig grunn til at dette konseptet ikke videreføres til annen kontraktslovgivning der iallfall den næringsdrivendes forhold opp mot faktisk kunnskap reguleres. Når Høyesterett ikke våger å blåse i fløyten, bør lovgiveren gjøre det som er nødvendig.”

Normen har ikke tidligere vært brukt i entrepriserettslige standardkontrakter. Kritikken mot normen er vel kjent og etter min mening velbegrunnet. Det virker derfor underlig at komitéen likevel valgte å introdusere denne normen i NS 8407 punkt 25.2.

8 Register

8.1 Standardkontrakter

Norsk Standard NS 3401: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 1. utgave januar 1969.

Norsk Standard NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 2. utgave september 1994.

Norsk Standard NS 3431: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 2. utgave september 1994.

Norsk Standard NS 8401:2010: Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag.

Norsk Standard NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt. 2. utgave september 2008

Norsk Standard NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 2011

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005

Norsk Totalkontrakt 2005

FIDIC-Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils, the International Federation of Consulting, Yellow Book.

FIDIC-Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils, the International Federation of Consulting, Silver Book.

8.2 Lover

Lov om kjøp, 13. mai, 1988, nr 43. (kjøpsloven)

Lov om avhending av fast eiendom, 3. juli, 1992. Nr. 93. (avhendingslova)

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

Lov om aksjeselskaper, 13. juni 1997, nr. 44 (aksjeloven).

Lov om husleieavtaler, 26. mars 1999, nr. 17 (husleieloven).

Lov om voldgift, 14. mai 2004, nr. 25 (voldgiftsloven).

8.3 Forarbeider

NOU 1992: 9. Forbrukarentrepriselov.

NOU 2002: 2 Boligmarkedene og boligpolitikken

Ot.prp.nr.80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980.

Ot.prp.nr.66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

8.4 Avgjørelser

8.4.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1968 s. 783

Rt. 1988. s 1078

Rt. 1994 s. 1430 (Advokatfullmektigdommen)

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 1997 s. 70

Rt. 2000 s. 679 (Ideal-dommen)
Rt. 2001 s. 369 (Takstmann-dommen)
Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark)
Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen)
Rt. 2010 s. 961
Rt. 2010 s. 1345

8.4.2 Lagmannsrettsdommer

LH-2004-40378
LA-2004-39953
LB-2005-178511
LB-2009-156611

8.4.3 Tingrettsdommer

TOSLO-2007-110178

8.4.4 Voldgiftsdommer

Voldgiftsdom av 3/2 1936 (FTV - Oslo)

8.5 Litteratur

Arnholt, Carl Jacob. Privatrett I – Almindelig privatrett. Oslo 1964

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

Barbo, Jan Einar. Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko. Oslo 1989.

Dennys, Nicholas. Raeside, Mark. Clay, Robert. Hudson's Building and Engineering Contracts 12th ed. 2010.

Erhvervs- og Boligstyrelsen. Veiledning om kvalitetssikring i byggeriet. København 2000. (ISBN 87-90836-46-4)

Giverholt, Heikki. Arvesen, Hans-Jørgen. Marthinussen, Karl. NS 8407 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer. Gyldendal juridisk, Oslo 2012.

Haaskjold, Erlend. Kontraktsforpliktelser. Cappelen akademisk, Oslo 2002.

Hagstrøm, Viggo. Entrepriserett – utvalgte emner. Oslo 1997

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

Hørlyck, Erik. Totalentreprise. Århus 2011.

Ingvaldsen, Torbjørn. *Byggskadeomfanget i Norge (2006)*. Oslo 2008. Prosjektrapport 17, SINTEF Byggforsk (ISBN 978-82-536-1014-6).

Heggberget, Lars Marius. Nyland, Espen. *Forhåndsfastsatt normalerstatning - konvensjonalbøter m.v.* I: Tidsskrift for Forretningsjuss; 2001, s. 313-345.

Kolrud m.fl. Kommentar til NS 3430. Oslo 1992

Krüger, Kai. « *Måtte kjenne til...* » *Frimodig ytring om avhendingslovens § 3-7*. I: Jussens Venner 2004 s. 273–278.

Krüger, Kai, Norsk kontraktsrett. Bergen 1989.

Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter – med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Universitetsforlaget, Oslo 2006.

Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsrett. Gyldendal akademisk, Oslo 2005.

Nazarian, Henriette. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Cappelen akademisk, Oslo 2007

Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Universitetsforlaget 1966.

Sandvik. *Konsulentens økonomiske ansvar*. I: referat fra Det 27. nordiske juristmøte, bilag 10.

Selvig, Erling. Hagstrøm, Viggo. Knophs oversikt over Norges rett, s. 218–357, Oslo, 13. utg., Universitetsforlaget 2009.

Simonsen, Lasse. Prekontraktuelte ansvar. Universitetsforlaget, Oslo 1997.

Skrunes, Samuel. Kobbe, Harald S. *Byggherrens opplysningsplikt i entrepriserforhold*. I: På rett grunn, s. 409–429. Gyldendal akademisk, 2010.

Truyen, Filip. *Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper*. I: Jussens Venner 2004 s. 305–328.

Ussing, Henry. Enkelte Kontrakter. 2. utg. 1946.

Vinding Kruse, Anders. Erstatningsretten. København 1989.

Woxholth, Geir. Avtalerett. Oslo. Gyldendal akademisk, Oslo 2006.