

UiO • Det juridiske fakultet

Risikoen for havbunnsforhold

Kandidatnummer: 607

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17194



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Avgrensninger.....	2
1.3	Begrepsavklaring	2
1.4	Rettskilder.....	3
1.4.1	Standardkontrakter og kontraktstolkning	3
1.4.2	NSC 05	4
1.4.3	NS 8407	5
1.4.4	Rettspraksis og litteratur	6
1.4.5	Hensyn.....	6
1.5	Avhandlingens oppbygning	7
2	OM RISIKOBEGREPET	7
3	RISIKOEN FOR GRUNNFORHOLD – ET INNBLIKK I BAKGRUNNSRETTE OG NS 8407	8
3.1	Risiko for grunnforhold under entrepriserettslig bakgrunnsrett.....	8
3.1.1	Introduksjon.....	8
3.1.2	Eldre rettspraksis	9
3.1.3	Eldre litteratur - «Entreprenørrikskoen».....	11
3.1.4	Nyere rettspraksis	14
3.1.5	En oppsummering av den entrepriserettslige bakgrunnsrett.....	16
3.2	Kort om ordlyden i NS 8407 pkt 23.1	18
4	RISIKOEN FOR HAVBUNNSFORHOLD I INSTALLASJONSFASEN.....	20
4.1	Introduksjon	20
4.1.1	Presentasjon av de rettslige problemstillinger	20
4.1.2	Presentasjon av NSC 05.	21
4.1.3	Forskjeller fra landentreprise og havbunnens karakteristikkk.....	21
4.2	Ordlyden i Art 6.1 (4)	22
4.3	Materielle vilkår.....	23

4.3.1	Vilkåret om økt belastning – «delays or costs incurred».....	23
4.3.2	Vilkåret om årsakssammenheng – «result of soil and seabed conditions».....	25
4.3.3	Vilkåret om aktsomhet – «Due Account»	26
4.4	Virkningene av at art 6.1 (4) kommer til anvendelse.....	32
4.4.1	Rekkevidden av justeringene.....	32
4.4.2	Konklusjon	35
4.5	Forholdet til andre relevante regelsett.....	35
4.5.1	Varslingsreglene	35
4.5.2	Reglene om selskapets mislighold, jf. art 27.1	37
5	GYLDIGHETEN OG REKKEVIDDEN AV SELSKAPETS FORBEHOLD.....	40
5.1	Introduksjon	40
5.2	Rt-2010-1875 – «vegsaltdommen».....	41
5.3	Betydningen av vegsaltdommens premisser for fraskrivelse av ansvar om havbunnens beskaffenhet	42
5.4	Konklusjon.....	45
6	RISIKOEN FOR HAVBUNNSFORHOLD I DRIFTSFASEN.	46
6.1	Driftsfasens karakteristikk og forholdet til leverandørgarantien.	46
6.2	Leverandørgarantien	46
6.2.1	Leverandørgarantiens lengde.....	47
6.2.2	Leverandørgarantiens innhold.....	47
6.3	Havbunnforholdenes betydning for garantien.....	48
6.4	Tidspunktet for risikoens overgang.....	49
6.4.1	Demobilisering av «Spread»	49
6.4.2	Utstedelsen av leveringsprotokoll etter art 19.1 og 19.2	50
6.4.3	Konklusjon:	51
7	OPPSUMMERING AV AVHANDLINGENS FUNN.	51
8	LITTERATURLISTE	52

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema.

Avhandlingens tema er risikoen for havbunnsforhold under Norwegian Subsea Contract 05. Som en konsekvens av at grunnforholdene utgjør et stort risikomoment ved bygge- og anleggsarbeid¹, vil fordelingen av risikoen knyttet til grunnforholdene følgelig være av stor betydning for hvordan kontraktarbeidet skal utføres. Et av hovedspørsmålene i avhandlingen er hvem av partene i en gitt situasjon skal ha risikoen for havbunnsforhold der havbunnens faktiske forhold avviker fra de forhold som leverandørens tilbud er basert på.

Dagens teknologi bidrar sterkt til at det i teorien lar seg gjøre å kartlegge geologiske og geotekniske forhold ved havbunnen, men dette er så tid- og kostnadskrevenne at det vanskelig lar seg gjennomføre i praksis². I forlengelsen av dette må det bemerkes at adgangen til å foreta slike undersøkelser klart blir vanskeligere til havs enn ved landbaserte prosjekter. Kostnadene for prøveboring til havs kan fort overstige mange millioner fordi dagratene ved leie av skip er så høye. En konsekvens av slike store kostnader er at prøveboring vil sprengje budsjettet og partene må i større grad må benytte seg av seismikk. Seismiske profiler av undergrunnen lages ved at lydbølger sendes ned i havbunnen som reflekteres tilbake, registreres og danner et 3d bilde av havbunnens profil.³ Profilen vil gi leverandøren holdepunkter for hvordan havbunnen ser ut. Selv om andre teknikker kan benyttes for å tilegne seg bedre detaljkunnskap, eksempelvis ved at det plasseres sensorer langs havbunnen som slepes etter en båt for å gi et mer nøyaktig bilde av hva havbunnen består av, så koster det så mye tid og penger at løsningen velges bort. Utgangspunktet for anbudskonkurranser er da som regel seismiske data utgitt til leverandøren fra selskapet. Dersom leverandøren får jobben, søker han å gå rett på havbunnen for å påbegynne arbeidet uten prøveboring. Avhandlingen vil således søke å redegjøre for hvordan risikoen i utgangspunktet er regulert, og se hen til hvordan situasjonen utspiller seg ved eksempelvis mangelfulle og/eller uriktige opplysninger om grunnforholdene. Avhandlingen vil videre ta utgangspunkt i risikofordeling under installasjon på havbunnen, dvs. grøf-

¹ Sandvik (1966) s 87.

² Ibid s 87.

³ Beta 2008 / 01 "Letting etter olje og naturgass – tallenes tale" URL:

www.idunn.no/ts/beta/2008/01/letting etter olje og naturgass tallenes tale?highlight=#highlight

[Sitat: 09.01.14]

tegraving og installasjon langs havbunnen frem til levering, samt risikofordeling under et avgrenset tidsrom angitt som garantiperioden.

Videre vil avhandlingen ta utgangspunkt i at partene har blitt enige om at leverandøren skal utføre en nærmere angitt jobb, eksempelvis installere en strømkabel langs havbunnen fra Danmark til Norge innenfor en angitt leveringsfrist. For denne jobben får han en sum penger angitt som vederlaget. Konsekvensen av at kontrakten har en fastpris innebærer at det som et utgangspunkt er leverandøren som bærer risikoen for uforutsette vanskeligheter.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses til å se på forholdet mellom selskapet og leverandøren. Forholdet mellom sideordnede leverandører og underleverandører faller utenfor. Avhandlingen avgrenses videre mot en omfattende redegjørelse av de prosessuelle vilkår i NSC art 6.1 (4) ut over det som følger av pkt 4.5.1

1.3 Begrepsavklaring

Når det i avhandlingen benyttes terminologi som «selskap» eller «leverandør» menes det henholdsvis den som bestiller og den som utfører oppdraget. Terminologien er ulik fra landentreprisen hvor det primært benyttes «byggherre» og «entreprenør», men innholdet av begrepene er det samme.

Et annet sentralt begrep vil videre være «havbunnsforhold». Begrepet er sammensatt, og må leses i lys av det som følger av ordlyden i kontrakten. NSC 05 art 6.1 (4) benytter begrepet «soil and seabed» som oversatt betyr «jordbunn og havbunn». Med jordbunn forstås i denne sammenheng det som befinner seg *under* bakkenivå, herunder stein, sand, slam, leire, osv. Havbunn vil i denne sammenheng både bety topografi og strømminger, dvs. undervannstrømminger og fjell/ujevnheter langs havbunnen.

Det vil i avhandlingen varieres mellom bruken av «NSC 05» og «kontrakten» med språklig variasjon som formål. I den utstrekning det skrives «kontrakten» er det NSC 05 det siktes til, med mindre noe annet klart fremgår av sammenhengen.

1.4 Rettskilder

1.4.1 Standardkontrakter og kontraktstolkning

Kontraktstypene avhandlingen baserer seg på, herunder NSC 05, er standardkontrakter. En standardkontrakt er fremforhandlede «agreed documents» under ledelse av en oppmann mellom representanter fra både selskapssiden og leverandørsiden. Et moment ved installasjonskontrakter under havoverflaten er at mange av spørsmålene som kan komme på spissen ikke er direkte lovregulerte. Av den grunn har partene et behov for detaljregulering i kontraktsform for å klargjøre de ulike rettighetene og pliktene. Standardkontrakter som NSC søkes benyttet av både praktiske og økonomiske årsaker. Kontraktene har en side til avtaleretten og er ikke av preseptorisk karakter. Følgelig er det tilstrekkelig om partene inntar en klausul i kontrakten at forholdet skal være regulert av NSC05 dersom de ønsker å benytte seg av en slik standard, men de kan også bruke f.eks. NSC 05 direkte.

Av og til oppstår det uklarheter eller uenigheter om innholdet eller rekkevidden av en slik kontrakt eller enkelte bestemmelser i kontrakten, og et annet viktig moment i forlengelsen av foregående avsnitt er at det ikke eksisterer forarbeider eller andre uttalelser som nærmere angir ordlydens rekkevidde. Ved alminnelig kontraktstolkning er utgangspunktet da å komme frem til hva som var partenes felles forståelse og enighet på tidspunktet da kontrakten ble inngått.⁴ Spørsmålet om hvordan kontraktstyper av denne karakter skal tolkes er senest presisert i Rt-2010-1875 (Dissens 3-2). Flertallet uttalte at:

«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»⁵

I forlengelsen av det foregående uttalte mindretallet

⁴ Jf. Rt-1993-564 hvor Høyesterett uttaler på side 569 at «*Det primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment*»

⁵ Avsnitt 59

«Ved tolking av standardkontrakter, vil det være mindre rom for individuelle tolkingsmomenter, og jeg er enig i at det vil være nærliggende å legge stor vekt på ordlyden. Når det gjelder standarder med stor utbredelse, som har vært benyttet over lang tid, vil det imidlertid på ulike punkter ha kunnet danne seg allment aksepterte tolkinger av standarden, som da må legges til grunn. Det kan i det minste ha blitt avklart gjennom praksis at ulike bestemmelser i standarden ikke kan tas på ordet.»⁶

Mindretallet var altså enig med flertallet om ordlydens vekt, men åpnet for å fravike utgangspunktet dersom det forelå en etablert praksis mellom partene. Det foregående får betydning ved tolkingen og vektleggingen av ordlyden i NSC 05.

1.4.2 NSC 05

NSC 05 er en standardkontrakt fremforhandlet mellom Statoil, Stolt Offshore, Subsea 7 og Technip Offshore Norge.⁷ Kontrakten omfatter ren installasjon til fullverdige EPCI kontrakter.⁸ Standarden er utviklet for kontrahering på norsk kontinentalsokkel innen undervannsegmentet, og den er tilpasset spesifikk risiko i anledning undervannsarbeid.⁹ Kontrakten ble utgitt i april 2005.

NSC tilhører NF-familien. NF står for «Norsk Fabrikasjonskontrakt» som er et sett kontrakter om tilvirkning av moduler, maskiner og annet mekanisk utstyr ved større tilvirkningsoppdrag innen petroleumssektoren.¹⁰ NSC har imidlertid ikke den samme legitimitet som NF kontraktene. Dette skyldes at det bare er Statoil fra selskapssiden som har bidratt i tilblivelsesfasen. NSC har imidlertid mange fellestrekk med de øvrige NF kontraktene. Sentrale trekk ved NF familien, herunder NSC, er det dynamiske preg kontraktene har gjennom adgangen selskapet har til *ensidig* å pålegge endringer *etter* at kontrakten er inngått¹¹. Leverandørens rettigheter er ivaretatt gjennom økt vederlag og/eller justering av fremdriftsplanen. Kontraktens mest sent-

⁶ Avsnitt 75

⁷ NSC 05 “Introduction to NSC 05”.

⁸ EPCI står for Engineering, Procurement, Construction og Installation.

⁹ NSC 05 Introduction - “Contracting within the subsea segment” – “addresses specific risks in connection with subsea work and the operation of vessels”.

¹⁰ Store Norske Leksikon. URL: <http://snl.no/fabrikasjonskontrakt> [Sitat: 13.01.14]

¹¹ Se NF 05, NTK 05 og NSC 05 art 12-16.

rale bestemmelse i lys av avhandlingens tema finnes i art 6.1 (4) som regulerer leverandørens rett til endringsordre som følge av uforutsette havbunnsforhold.

Selv om kontrakten er angitt på engelsk, fremgår det av art 37.1 at kontrakten skal anvendes i samsvar med norsk lov. Tvister som ikke løses gjennom avtaler eller forlik skal innbringes for Stavanger Tingrett.

Kontrakten er videre brukt «back-to-back» i kontraktsforholdet. De samme betingelsene som er anvendt og avtalt mellom selskapet og leverandøren søkes anvendt nedover i kontraktshierarkiet. Eksempelvis har leverandøren og selskapet laget en kontrakt med NSC 05 uten endringer. I den anledning får selskapet rollen som oppdragsgiver og leverandøren rollen som oppdragstaker. Leverandøren trenger i rollen som oppdragstaker å innhente rådgivere, ingeniører, sveisere eller maskinoperatører fra en annen leverandør. Følgelig inngås den samme kontrakten mellom leverandøren og en annen leverandør. I kontraktskjeden får den andre leverandøren rollen som underleverandør. I forholdet mellom leverandøren og underleverandøren blir leverandøren oppdragsgiver og underleverandøren oppdragstaker. Dette er et kontraktsforhold som ikke står i sammenheng mellom selskapet og leverandøren, og leverandøren vil alltid være ansvarlig for skade på selskapets eiendom utført av underleverandøren, samt underleverandørens mangler eller forsinkelser. Poenget med «back-to-back» regulering er at den samme kontrakten brukes «nedover» i kontraktsforholdet.

Andre kjennetegn ved kontrakten er ansvarsbegrensninger ved mislighold i form av standardisert dagmulkt, et system for ansvarsfordeling etter «knock for knock» og en forsikringsplikt. Videre redegjørelse om disse emnene vil imidlertid falle utenfor avhandlingens tema.

1.4.3 NS 8407

NS 8407:2011 er utgangspunktet for landbaserte prosjekter med funksjonsfordelingen «totalentreprise». Kontrakten ble utgitt 1. juli 2011 og avløste tidligere NS 3431. Kontraktens sentrale bestemmelse om risikofordeling av grunnforhold finnes i pkt. 23.1 (1), og er på dette punkt i stor grad en kodifisering av entrepriserettslig bakgrunnsrett sammen med NS 8405. På bakgrunn av det vil den være av interesse for å se nærmere på hvordan ansvarsfordelingen av grunnforhold er regulert ved landentreprise.

1.4.4 Rettspraksis og litteratur

Det finnes ikke mye rettspraksis om risiko for havbunnsforhold. Det meste av rettspraksis vedrørende risiko for grunnforhold er underrettsavgjørelser fra bygg- og anleggssektoren på land. Konsekvensen av det er at oppmerksomheten vil rettes mot landsektoren, da det er det rettsområdet som ligner mest. Selv om det foreligger vesensforskjeller i de faktiske fysiske arbeidsforholdene, vil flere av de rettslige grunnlagene og prinsippene fra denne sektoren ha relevans ved redegjørelsen av risikoen for havbunnsforhold. Det kan videre understrekes at siden partene som hovedregel ikke ønsker å bringe tvistene inn for domstolene, men heller komme frem til minnelige løsninger gjennom forlik eller voldgift, kan være det grunn til å legge noe større vekt på underrettspraksis enn ellers.¹²

På samme måte som det foreligger lite rettspraksis, er det meste av litteratur vedrørende risiko for grunnforhold fra landentreprisen. Av den grunn vil oppmerksomheten til en viss grad rettes hit sammenholdt med det som følger av den alminnelige entrepriserettslige bakgrunnsrett.

Knut Kaasens Petroleumskontrakter (2006) er en kommentarutgave om NF 05 og NTK 05, og vil ha en sentral rolle for å forstå standardkontrakter til offshorebruk. NF og NTK gjelder imidlertid prosjekter langs havoverflaten og belyser ikke problematikken med vanskelige grunnforhold. Følgelig vil avhandlingen rette oppmerksomheten mot Tore Sandviks doktoravhandling «Entreprenørrisikoen» fra 1966 og Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussens kommentarutgaver om NS 8405 (2010) og NS 8407 (2012).

1.4.5 Hensyn

Et av de grunnleggende prinsippene som gjennomsyrrer NSC, NF og NTK, er hensynet til at selskapet skal ha *riktig ting til riktig tid*. Hensynet kommer til utslag i bestemmelser som eksempelvis NSC art 12.1 hvor selskapet har en adgang til å endre leverandørens forpliktelser etter inngåelsen av kontrakten.

Et annet hensyn som følger kontrakten er hensynet til fremdrift, og endringsreglene er et eksempel på et system i kontrakten for å ivareta hensynet. Partene får først og fremst en identifi- sering på et tidlig stadium. Deretter har kontrakten en mekanisme for å sørge for at produk-

¹² Jf. Eckhoff (2001) s.162, Grøstad (2012) s.6

sjonen fortsetter uavhengig av konflikten. Konflikten pensles inn på et eget «spor» som går parallelt med hovedsporet, men som ikke har noen anledning til å havne på kollisjonskurs. Disse hensyn vil ligge latente ved tolking av kontrakten.

1.5 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingens oppbygning tar først utgangspunkt i en redegjørelse for hva det vil si å ha risikoen rent generelt. Deretter vil det som en konsekvens av manglende litteratur og rettspraksis være nødvendig å belyse hva som følger av den entrepriserettslige bakgrunnsrett før det fokuseres på NSC 05 og art 6.1 (4). Formålet er at behandlingen skal bidra til å kaste lys over de problemstillingene som art 6.1 (4) reiser.

I likhet med Eriksen (2005)¹³, synes jeg den mest logiske oppbygning er å først se på risikofordelingen under utførselen av kontraktarbeidet, for så å se på risikofordelingen under garantiperioden. Risikofordelingen under garantiperioden inneholder imidlertid ingen prinsipielle og store drøftelser, og fremstår i en viss utstrekning som oppramsing av regler. Punktet er etter noe tvil tilkjent sin plass fordi den avgrensede tidsperioden også har tilknytning til avhandlingens tema om risikofordeling.

2 Om risikobegrepet

Ettersom avhandlingens tema er «risikoen for havbunnsforhold», er det naturlig å knytte noen enkelte kommentarer til begrepet «risiko». «Risiko» er et flertydig ord, og vil få et varierende innhold avhengig av hvilken kontekst det brukes i, men av naturlige årsaker er det bare risiko i juridisk sammenheng som er av interesse for avhandlingen. Innholdsmessig kan det trekkes paralleller til det å ha ansvar.¹⁴ Eksempelvis vil risikoens overgang i alminnelig kontraktsrett være et skjæringspunkt for hvem som har ansvaret ved etterfølgende skade eller tap. Normalt skilles det mellom tre risikobegreper i kontraktsretten som må separeres: *Vederlagsrisikoen*, *eierrisikoen* og *ytelsesrisikoen*.¹⁵ NSC har imidlertid verken brukt begrepet risiko eller legaldefinert det i art 1. Risikobegrepet i denne sammenheng blir således en form for «juridisk

¹³ Eriksen (2005) pkt. 3 og pkt. 4

¹⁴ Se URL: <http://no.wikipedia.org/wiki/Risiko> [sitat 21.1.14]

¹⁵ Hagstrøm (2003) s.40 Sandvik (1966) s. 100flg

merkelapp» som forklarer *hvorfor* det eventuelt skal foretas en endring av partenes forpliktelser *etter* inngåelsen av kontrakten. Et kjennetegn ved entreprisekontrakter enten det er offshore eller til land er at risikoen følger funksjonsfordelingen i kontrakten. Hver av partene får egne risikofærer hvor eksempelvis leverandøren er ansvarlig for underleverandørens feil (identifikasjon med kontraktsmedhjelpere, jf. art. 8) Dersom det er en EPCI kontrakt vil leverandøren også ha ansvaret for prosjekteringen. Hvis ikke prosjekteringen er holdbar og fremdriftsplanen ryker, vil det være leverandørens problem. Følgelig har han ikke krav på endring av fremdriftsplanen eller kontraktspris. Dersom det er en utførelsesentreprise/installasjonskontrakt, vil det være selskapet som står for prosjekteringen. Resultatet vil nå være motsatt – leverandøren får krav på mer tid og penger om prosjekteringen ikke er holdbar. Altså vil det være av sentral betydning å avgjøre hvilket kontraktsforhold og hvilken risikofordeling vi står ovenfor.

Da det normalt er selskapet som leverer seismikken i anbuds materialet, vil avhandlingen ta utgangspunkt i et kontraktsforhold basert på IO («installation only») hvor leverandøren får en fastpris for oppdraget og følgelig har vederlagsrisikoen.

3 Risiko for grunnforhold – et innblikk i bakgrunnsretten og NS 8407

3.1 Risiko for grunnforhold under entrepriserettslig bakgrunnsrett.

3.1.1 Introduksjon

Som en konsekvens av manglende teori og rettspraksis vedrørende risikofordelingen om havbunnens beskaffenhet, jf. pkt. 1.4.4 ovenfor, må blikket vendes mot det rettsområdet som ligner mest. Ved å se hen til eldre rettspraksis og teori vil vi få et innblikk i rettsutviklingen om hvordan risikoen for grunnforhold i et historisk perspektiv var regulert, og utviklingen frem til i dag. Bakgrunnsretten danner grunnmuren for utviklingen av standardkontraktene. I stor grad er NS 8407 og NS 8405 en kodifisering av bakgrunnsretten. Av den grunn vil bakgrunnsretten klart nok ha relevans som et element i vurderingen av hvordan uklare spørsmål om risikofordeling av grunnforhold skal løses. Målet er at dette vil bidra til å gi avhandlingen et komparativt perspektiv. I det følgende vil det gjennomgås eldre rettspraksis av betydning for risikofor-

delingen etter entrepriserettslig bakgrunnsrett. Praksisen er omfattende, og den må positivt avgrenses til et par utvalgte og sentrale dommer på bakgrunn av avhandlingens rammer.

3.1.2 Eldre rettspraksis

I Rt-1893-423 måtte Høyesterett ta stilling til oppgjøret for forstøtningsmurer etter teoretiske profiler under en utførelsesentreprise hvor det *ikke* var foretatt grunnundersøkelser. Flertallet la til grunn at *grunnforholdene var entreprenøren risiko* som følge av utførelsesentreprisens karakter, og la vekt på at entreprenøren *hadde befart* traseen. Mindretallet tok utgangspunkt i en felles partsforståelse og la vekt på at profileringen skulle være «i alt Væsentlig rigtig», og viste til at sakkyndige uttalelser om at prosjekteringen var «i...høi Grad urigtig og misvisende». Videre var beregningsarbeidet «vildledende» og «utilbørlig misvisende». Barbo legger det til grunn som sannsynlig at mindretallet ville fått gjennomslag i dag¹⁶.

Noen år senere uttalte førstvoterende i Rt-1898-227, på side 231, at risikoen for grunnforhold må «paahvile den, der har paataget sig Bygningens Opførelse, med mindre han i Anbudet eller Kontrakten, særskilt har fraskrevet sig saadant Ansvar». Det ble også lagt vekt på at entreprenøren var den som satt på «fornødne tekniske Kyndighed» og hadde best forutsetning for å foreta de «fornødne Undersøgelse av Grunden i Almindelighet». I forlengelsen av dette henviste Høyesterett til rt-1893-423 som en betraktning for samme forhold.

I 1917 kom en grunnleggende dom¹⁷ vedrørende risikofordeling av grunnforhold. Entreprenøren hadde etter kontrakten påtatt seg fundamentering av et byggverk i Bergen. Kontrakten hadde karakter av utførelsesentreprise. Byggherrens arkitekt stod for grunnundersøkelser og prosjekteringen. Fundamenteringen viste seg å være uforsvarlig som følge av at det var brukt for få pæler på utilstrekkelig dybde i prosjekteringen «i fløyen mot Nikolaikirkealmenningen»¹⁸. Den ene siden av det ene bygget sank (Solegaarden), og det oppstod flere sprekker i gulv og veggene. Entreprenørens garanti etter kontrakten hadde en ordlyd som kunne tilsi at leverandøren garanterte for prosjekterings forsvarlighet som sådan, selv om prosjekteringen var foretatt av byggherrens folk. Ordlyden ble på dette punkt av byretten tolket innskrenket-

¹⁶ URL: http://www.bfjr.no/Dokmntr/Symp13/Barbo_grunnforhold.pdf s.4

¹⁷ Rt-1917-673 “pæledommen”

¹⁸ Ibid s.676

de¹⁹ til å kun omfatte at entreprenørens arbeid ble utført på en fagmessig forsvarlig måte, altså at entreprenøren kun garanterte for «sit arbeide». Dette tolkningsresultat sluttet Høyesterett seg til og anså i tillegg at det ikke var «nogen god mening at la [Entreprenørens] indgaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighet.» Her synes det å ha skjedd en rettsutvikling siden Rt-1893-423 hvor retten under utførelsesentrepriser anså grunnforholdene som entreprenørens risiko til nå å anse det som en byggherrens risiko.

Entreprenøren fikk i en voldgiftsdom publisert i Rt-1954-32 medhold i et krav om ekstra driftsutgifter ved utferdigelsen av en tunnel som følge at den geologiske beskrivelse av fjellet ikke stemte med de faktiske forhold. Det var *byggherren som stod for undersøkelsene av grunnforholdene*. Entreprenøren møtte på ren kvartsitt som var «noe helt annet enn det fjell han kunne regne med etter den geologiske beskrivelse i kontrakten».²⁰ Dommen er enstemmig og viderefører rettstilstanden i Rt-1917-673.

I voldgiftsdommen Rt-1954-35 fikk ikke entreprenøren medhold i et krav om tilleggsbetaling for driftskostnader som skyldes hardt og vanskelig sprengbart fjell i den utstrekning entreprenøren må «være forberedt på overraskelser ved fjellsprengninger, og han [har] her med åpne øyne ... unnlatt å gardere seg mot denne risiko».²¹ Voldgiftsretten uttrykker seg klarere enn tidligere at entreprenøren må ta høyde for noe avvik i kalkylene eller ta klare forbehold.

Rt-1955-120 var også en voldgiftsdom som gjaldt et hardt, vanskelig bor- og sprengbart fjell. Retten var ikke enig i saksøktes påstand om at entreprenøren bar risikoen for fjellets konsistens, og uttalte i den anledning:

«Et anbud må antas å være basert på en objektivt sett forsvarlig vurdering av fjellets bor- og sprengbarhet. Viser det seg at fjellet er vesentlig vanskeligere enn det på forhånd måtte antas, må entreprenøren etter rettens mening ha krav på tillegg. Men et slikt krav kan ikke antas å foreligge ved enhver forskjell fra det som på forhånd måtte antas.»

¹⁹ Ibid s.677

²⁰ Rt-1954-32 s.34

²¹ Rt-1954-35 s.45

Det essensielle i voldgiftsrettens uttalelser er at de presiserer uttalelsene i f.eks rt-1954-35 om entreprenørens risikopåslag – det er ikke alle avvik som berettiger en dekning av merkostnadene. Betingelsen for justering er at avviket «må være så vidt betydelig at den kan sies å kullkaste en forsvarlig kalkyle»²². Dette kan forstås som at leverandøren er underlagt en tålegrense. Leverandøren fikk ikke tilkjent tillegg for økt sprengstofforbruk og merforbruk av bor siden fjellet bare var «noe tyngre borhart enn hva man kunne regne med for vanlig gneis og granitt.»²³

En sammenfatning av rettspraksis i et historisk perspektiv frem til 1960-tallet viser at funksjonsfordelingen som følger av totalentreprise nesten ikke eksisterte. Den normale situasjonen var at byggherren stod for undersøkelsen av grunnforholdene, og entreprenøren baserte sin kalkyle på det fremlagte materialet. Situasjonen var videre slik at det normalt sett ikke ble tatt forbehold om riktigheten av anbudsmaterialet. Spørsmålet var derfor hva entreprenøren kunne legge til grunn i sine forutsetninger om grunnforholdenes beskaffenhet på bakgrunn av det byggherren hadde presentert i anbudsgrunnlaget, sammenholdt med de faktiske grunnforholdenes avvik fra entreprenørens forutsetninger.²⁴ Rettspraksis viser så langt at entreprenørens anbud må være «basert på en objektivt sett forsvarlig vurdering» av grunnforholdenes beskaffenhet, jf. rt-1955-120.

3.1.3 Eldre litteratur - «Entreprenørrisikoen».

Året 1966 publiserte Tore Sandvik doktoravhandlingen «Entreprenørrisikoen». Doktoravhandlingen tok primært sikte på å belyse funksjonsfordelingen som følger av utførelsesentreprise. Om risikoen for grunnforhold synes det at Sandvik fastslår at risikoen for grunnforhold i utgangspunktet ligger hos byggherren. Utgangspunktet modifieres avhengig av hvem som står for prosjektering og undersøkelser av grunnens beskaffenhet under anbudskonkurransen, som normalt er byggherren under utførelsesentrepriser. Dersom byggherren i anbudskonkurransen har lagt frem undersøkelsesdata, må det være byggherren som bærer risikoen for avvik og komplikasjoner som følge av at anbudet bygger på uriktig materiale, jf. Rt-1954-32 nevnt

²² Rt-1955-120 s.124

²³ Ibid s.125

²⁴ Jf. Barbo, s.10 URL: http://www.bfjr.no/Dokmntr/Symp13/Barbo_grunnforhold.pdf

ovenfor.²⁵ Dette gjelder uavhengig av om undersøkelsesdataen utgjør en del av kontrakten eller ikke, da det på tiden da Sandvik skrev doktoravhandlingen var «...i høy grad tilfeldig om dette ble gjort».²⁶

Entreprenøren må kunne stole på at byggherrens tolkning av data om grunnforholdenes beskaffenhet er riktig.²⁷ Dette må også gjelde for geologiske rapporter utarbeidet av innleide konsulenter som byggherren svarer for. Skulle tolkningen vise seg å være feil, vil de merkostnader den feilaktige tolkningen medfører være underlagt byggherrens risikofære. Om byggherren på den annen side presenterer en naken, utolket geologisk rapport om grunnforholdenes beskaffenhet, vil det være entreprenørens risiko at hans tolkning er faglig holdbar. Og i tolkningen må han ta høyde for et visst slingringsmonn.²⁸

Vedrørende rt-1898-227 nevnt ovenfor mener Sandvik det har skjedd en utvikling ved at byggherren i 1966 i større grad benytter seg av egne konsulenter enn på 1890tallet, slik at premissene i dommen ikke treffer like godt²⁹. Følgelig er den rettsutvikling som har funnet sted et argument for at situasjonen i 1966 var at byggherren bar risikoen for grunnforholdene. Av funksjonsfordelingen medfølger det også et ansvar for de beregninger og vurderinger som byggherrens folk har foretatt.

Sandvik legger videre vekt på elementet av frihet ved eksempelvis valget mellom flere likeverdige arbeidsmetoder. I den utstrekning entreprenørens arbeidsmetode, bruk av materiell eller maskiner er begrenset gjennom kontraktens bestemmelser, må byggherren bære risikoen for «svikt, vansker og hindringer som har sin årsak» i dette³⁰. Skulle kontrakten være befestet med klausuler som overfører risikoen for prosjektering og grunnforhold til entreprenøren (slik forholdet var omtvistet i rt-1917-673 nevnt ovenfor), må denne overføringen vise at det fremstår som *twilløst* at det har forekommet en endring av det som normalt følger av funksjonsfordelingens utgangspunkt. Hvis ikke vil kontrakten være gjenstand for «hardhendt innskrenken-

²⁵ I samme retning Sandvik (1966) s.224

²⁶ Ibid. s.224

²⁷ Ibid s.225

²⁸ Ibid s.283

²⁹ Ibid s 119.

³⁰ Ibid s.211

de tolking»³¹. Den normale situasjon er imidlertid at entreprenøren har en frihet til å skaffe de materialer, nødvendige maskiner og den nødvendige arbeidskraft som utførelsen av prosjektet krever.³² Dette vil igjen få betydningen for risikofordelingen. Videre er det også normalt at arbeidet utføres under oppsyn av en representant fra byggherren, gjerne en byggeleder med den nødvendige kyndige kompetanse.³³

Om begrunnelsen for risikofordelingen, tar Sandvik høyde for «hvem av [partene] som har de beste muligheter for å forutse eller forebygge risikobegivenheten eller dens innflytelse»³⁴. Risikoen for grunnforholdene bør av den grunn legges på den som i kontraktsforholdet som har best forutsetninger til å ta forholdet med i betraktning. Byggherren er ofte den som på forhånd har bestemt hvor bygget skal stå, og det er byggherren som i forkant av anbudet har de beste forutsetninger til å undersøke grunnen.³⁵

Endelig kan det vises til advokat Arne Bechs oppsummering som Sandvik sluttet seg til.³⁶

«... vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til *en nøktern vurdering* av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten». (min kursivering)

Oppsummert kan det sies at i den utstrekning byggherren har presentert forhold om grunnens beskaffenhet, bærer han risikoen for avvik som overstiger en viss størrelse. Entreprenøren må regne med noe slingringsmonn i kalkylen som er basert på en «nøktern vurdering av tilgjengelige data». Slingringsmonnet blir angitt som en tålegrense, og byggherren har risikoen for avvik som overstiger den. Videre er entreprenøren fritatt for feil som følger av uholdbar

³¹ Ibid s.206

³² Ibid s.121

³³ Ibid s.121

³⁴ Ibid s.117

³⁵ <http://www.entrepriseforeningen.no/6735-Entreprisjuridisk-seminar-2011?iid=14956&pid=OOG-Artikkel-Files.Native-InnerFile-File&attach=1> side.9

³⁶ Høyesterettsadvokat Arne Bech i «Entrepriskontrakter – risiko og ansvar (Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962) side 13. Sandvik (1966) s.208-209.

prosjektering av grunnforholdene foretatt av byggherrens folk. Forutsetningen er imidlertid at han ikke burde oppdaget forholdet og ut fra lojalitetsbetraktninger sagt fra til byggherren³⁷, og at arbeidet for øvrig er utført i henhold til faglig godt arbeid.

3.1.4 Nyere rettspraksis

Det finnes mye rettspraksis etter «entreprenørrisikoen». Gjennomgangen i det følgende er et utvalg av de mest sentrale som viser utviklingen av risikofordelingen og hva som per 2014 er gjeldende rett.

RG-1968-656 gjaldt tvist om oppgjør for tunnelarbeid. De orienterende opplysningene i anbudsdocumentene var «mangelfulle og dels villedende». Entreprenøren kunne legge til grunn at «sprenging av tunnelen ikke ville by på særlige problemer». Entreprenøren regnet med en inndrift på «ca 4 meter pr. døgn fordelt på 2 skift», mens den faktiske fremdrift lå på mellom 2,9 og 3,8m per døgn. Retten la til grunn at det ikke kan kreves at entreprenøren på eget initiativ skal foreta nærmere undersøkelser av grunnforholdene såfremt de foreliggende opplysninger ikke tilsier det. Risikoen for grunnforholdene ble heller ikke veltet over på entreprenøren som følgende av manglende forbehold. Dommen sier noe om forholdet mellom byggherrens opplysningsplikt sammenholdt med entreprenørens undersøkelsesplikt. Av dommen kan det legges til grunn at undersøkelsesplikten ikke går lenger enn opplysningsplikten, og at det bare unntaksvis kreves at entreprenøren foretar egne undersøkelser.

Kommunen ble i RG-1982-313 dømt til å betale tillegg til den avtalte pris som følge at grunnforholdene var vesentlig vanskeligere enn forutsatt. Kommunen hadde opptrådt *uaktsomt* ved utarbeidelsen av anbudsdocumentene som følge av manglende undersøkelser av grunnforholdene. Sammenholdt med de opplysninger som ellers ble gitt ble beregningen av anbudspris basert på «meget tynt og delvis villedende underlag».

Entreprenøren ble dømt til å betale prisavslag i RG-1986-52 som følge av skader som oppstod som følge av utilfredsstillende fundamenteringsarbeider på vanskelige grunnforhold. Lagmannsretten fant det bevist at «behovet for spesiell fundamentering synes i det hele tatt så

³⁷ Jf. Femtevoterendes uttalelser i rt-1917-673 hvor entreprenøren anser det som «ganske aabenbart» at prosjektet ikke er holdbart. I samme retning: Sandvik (1966) s.304

klart at det er vanskelig å skjønne hvordan feilen kunne bli begått hvis ikke fundamenteringsproblemet hadde vært oversett f.eks. som følge av en kommunikasjonssvikt»³⁸. Saksforholdet fremstår som en totalentreprise hvor entreprenøren har forestått den uholdbare prosjekteringen.

I forbindelse med dreneringsarbeider og senkning av kjellergulv i RG-2000-756, la lagmannsretten vekt på at det under befaring før arbeidet begynte ble fra byggherren opplyst om at grunnen under gulvene kunne graves ut med maskin. Dette forhold ble lagt til grunn i entreprenørens kalkyle, og det ble senere oppdaget at grunnen i det vesentlige bestod av hardt fjell. Fjellet måtte renses og pigges istedenfor at leverandøren kunne grave ut masser. Grunnforholdene ble følgelig ansett å høre til byggherrens (forbrukerens) risikoområde. Her kan en merke seg formuleringen til lagmannsretten om at «entreprenøren etter *en nøktern vurdering* av de opplysningene som forelå kunne basere tilbudet på slike forutsetninger om massene som han gjorde, og at han handlet tilstrekkelig forsvarlig ved å ikke foreta seg ytterligere i forhold til [byggherren]» (min kursivering). Lagmannsretten bygger her på uttalelsene til Høyesterett i rt-1999-922 nederst på side 931-932.³⁹

LH-2004-12799 gjaldt tvist om entreprenørens krav om oppgjør etter fullført arbeid under en utførelsesentreprise. Entreprenøren ble påført merkostnader ved innkjøp av ny spunt og hevdet det skyldes at byggegrunnen der slamavskilleren skulle stå ikke stemte overens med den data som leverandøren baserte anbudet på. Lagmannsretten la til grunn det rettslige utgangspunkt for merkostnader som fulgte av rt-1999-922. Følgelig ble grunnforholdenes karakter ansett å medføre en vesentlig svikt i entreprenørens kalkyle som byggherren måtte bære risikoen for.

I LA-2006-126227 ble totalentreprenøren pålagt risikoen for grunnforholdene som følge av at totalentreprenøren burde utført grunnundersøkelser før arbeidene ble igangsatt, jf. NS 3431 punkt 8.2.1. Resultatet ble det samme i RG-2008-45836, hvor totalentreprenørens krav om tilleggsvederlag ble forkastet. Lagmannsretten pekte på at selv om grunnforholdene var vanskeligere enn forutsatt, fulgte det av kontraktens funksjonsfordeling at totalentreprenøren had-

³⁸ Fjerde avsnitt s.56

³⁹ Dommen behandles mer utførlig nedenfor da den ikke gjelder grunnforhold.

de påtatt seg risikoen for grunnforholdene uten å ha foretatt nærmere undersøkelser som ville avdekket usikkerhet rundt grunnforholdene. I LG-2007-123605 gjaldt totalentreprenørens krav om dekning av merutgifter. Entreprenøren hadde som utgangspunkt risikoen for grunnforholdene som følge av funksjonsfordelingen i kontrakten, men byggherren hadde *gitt uriktige opplysninger* om grunnforholdene og kravet ble av tatt til følge.

Totalentreprenøren i LH-2011-46327 fikk medhold i et krav om fristforlengelse og tilleggsvederlag som følge av grunnforholdene fordi byggherren hadde *holdt tilbake informasjon* om et tidligere grunnbrudd på nabotomta som var av betydning for gjennomføring av arbeidet.

Rt-2012-1729, Mikadommen, gjaldt en utførelsesentreprise med et saksforhold som ikke gjaldt grunnforhold. Saken har likevel interesse fordi premissene sier noe om hvem som har risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget. Høyesterett foretok en presisering av det som fulgte av rt-2007-1489, Byggholtdommen. I Byggholtdommen kom Høyesterett til at uklarheter i anbudsgrunnlagets bestemmelser om prising var uklare og entreprenørens tolkning av anbudsgrunnlaget ble lagt til grunn. I Mikadommen var derimot kontraktens ordlyd «klar nok». Sammenfattet innebærer det at hvis en av partene hevder at anbudsgrunnlaget er «uklart», blir vurderingstemaet om anbudsgrunnlaget objektivt sett er «klart nok». Hvis svaret på det spørsmålet er ja, - det er «klart nok» - er det entreprenøren som bærer risikoen. Motsatt er det byggherren som bærer risikoen hvis det ikke er «klart nok».⁴⁰

3.1.5 En oppsummering av den entrepriserettslige bakgrunnsrett

3.1.5.1 Utførelsesentreprise

Gjennomgangen av den entrepriserettslige bakgrunnsrett viser at det har skjedd en rettsutvikling siden 1890tallet. Opprinnelig var utgangspunktet under utførelsesentreprise at risikoen for grunnforhold lå hos entreprenøren. Rettsutviklingen viser at det er flyttet fra entreprenøren til byggherren.

Bech/Sandviks synspunkter hadde betydning for rettspraksis etter 1966.⁴¹ Hagstrøm i «Entrepriserett» (1997) s. 53 og Høyesterett i rt-1999-922 har senere sluttet seg til deres oppsumme-

⁴⁰ Jf. <http://www.thommessen.no/Filer/PDF/Logistikk%20og%20innkjop%203-13%20ASBJ%20INSK.pdf>

⁴¹ Jf. Barbo s.24 – URL: http://www.bfjr.no/Dokmnr/Symp13/Barbo_grunnforhold.pdf

ring. Med tiden har det forekommet en *kodifisering av bakgrunnsretten* gjennom NS3430 og senere NS 8405. NS 3430 hadde i pkt. 9.2 en bestemmelse om «Entreprenørens arbeidsunderlag» som senere har blitt til NS 8405 (2004) pkt 19.3 om «Fysisk arbeidsunderlag og grunnforhold». Annet ledd ilegger *byggherren* risikoen for at «det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig». Hva entreprenøren hadde «grunn til å regne med» fremgår ikke av kontraktens ordlyd (noe det i større grad gjør under NS 8407 pkt 23.), men etter bakgrunnsretten er det klart at vurderingstemaet beror på hva entreprenøren kunne forvente om grunnforholdenes beskaffenhet basert på en *nøktern vurdering* av det byggherren har presentert av data i anbudskonkurransen. Videre bærer entreprenøren risikoen for uklarheter og feil i anbudet dersom anbudsgrunnlaget utstedt av byggherren objektivt sett var «klart nok».

For øvrig kan ikke entreprenøren kreve tilleggsvederlag for alle avvik. Avvik innenfor en tålegrense basert på en *nøktern vurdering* av grunnforholdene må leverandøren akseptere.

Etter NS 8405 pkt. 21.1 har entreprenøren en varslingsplikt hvis han «blir oppmerksom» på svikt i byggherrens prosjektering etter 19.2 for arbeid som skjer i grunnen, men det avgrenses mot videre redegjørelse om dette.

3.1.5.2 Totalentreprise

Gjennomgangen av bakgrunnsretten viser at funksjonsfordelingen som følger av totalentreprise først ble mer aktuelt i nyere rettspraksis. Totalentreprenøren ble her i stor grad pålagt risikoen for grunnforhold som en konsekvens at *grunnforholdene faller inn under prosjekteringsansvaret*.⁴² I en uttalelse fra BJFR – Byggebransjens Faglige Juridiske Råd nr. 265 i 1987 sa rådet at

«Totalentrepriseformen forutsetter nettopp at [totalentreprenøren] ... har påtatt seg risikoen for prosjekteringen. I utgangspunktet har således entreprenøren i totalentreprise den totale risiko for det ferdige produkt...»

Rådet konkluderte videre med at

⁴² Ibid s. 15

«... når kommunen har valgt et anbud, utført i totalentreprise, så må entreprenøren ta risikoen for at hans egne forutsetninger holder eller brister.»

Ved utferdigelsen av NS3431 (1992) ble det tatt inn en egen bestemmelse om grunnforholdene i pkt.8.2 som en kodifisering av den foreliggende rettstilstanden.⁴³ Under NS 3431 hadde totalentreprenøren risikoen med mindre han godtgjorde at han «ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning», jf. pkt 8.2. Da NS 8407 kom i 2011 ble det formelle utgangspunktet forandret, se straks nedenfor. Selv om totalentreprenøren har risikoen for grunnforholdene, er det likevel byggherren som bærer risikoen for uriktige og ufullstendige opplysninger, jf. LG-2007-123605 nevnt ovenfor.

3.2 Kort om ordlyden i NS 8407 pkt 23.1 ⁴⁴

Selv om avhandlingen gjelder «risikoen for havbunnsforhold» vil ordlyden i NS 8407 pkt 23.1 presenteres i det følgende før det *kort* gjøres noen kommentarer til ordlyden. Bestemmelsen presenteres fordi dens ordlyd har interesse for senere drøftelser.

Pkt 23.1 har overskriften «Byggherrens risiko for uforutsette forhold ved grunnen». Bestemmelsen har seks ledd med følgende ordlyd.

«Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet.

Totalentreprenøren skal:

- a) Gjennomføre en aktsom besiktigelse av byggeområdet og dets omgivelser,
- b) Innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen, som for eksempel forurensninger, geologiske og geotekniske forhold ved kontakt med offentlige etater, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggher-

⁴³ Ibid s.17

⁴⁴ Emnet er utførlig behandlet av Andreas Tangen Grøstad under tittelen «Risikoen for grunnforholdene etter NS 8407» med leveringsfrist 25.11.2012.

ren, og

- c) Innhente opplysninger om kabler og rør ved kontakt med offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte om dette, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren.

Byggherren plikter i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget å opplyse om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få.

Alle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning ved avgjørelsen av hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med. Det samme gjelder forhold nevnt i annet ledd, selv om totalentreprenøren ikke har oppfylt sin plikt etter denne bestemmelsen.

Byggherren svarer for de opplysninger om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han har gitt i forbindelse med kontraktsinngåelsen.

Dersom byggherren gir uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd, har han risikoen for konsekvensene av dette, med mindre man kan gå ut fra at dette ikke har virket inn på tilbudet. Det samme gjelder for riktigheten av opplysninger innhentet etter annet ledd bokstav b og c.»

Med utgangspunkt i en normal språklig forståelse av kontraktens ordlyd er hovedregelen gitt i første ledd. Etter hovedregelen har byggherren risikoen for forhold ved grunnen som ikke samsvarer med det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med under utarbeidelsen av anbudet. Den entrepriserettslige bakgrunnsretten innebærer at ved vurderingen av hva entreprenøren hadde «grunn til å regne med» vil det, i likhet med NS 8405 pkt 19, bero på en *nøktern vurdering* av «alle foreliggende opplysninger i saken», jf. NS 8407 pkt 23.1 fjerde ledd. Dersom byggherren fremlegger grunnundersøkelser i anbudskonkurranser som totalentreprenøren baserer tilbudet sitt på, bærer byggherren risikoen for at dataen samsvarer med de faktiske fysiske grunnforholdene. Viser byggherrens anbudsmateriale at deler av tomten er leire, er det byggherren som bærer risikoen for at det finnes stein under leiren.

Annet ledd til sjetten ledd angir hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.⁴⁵ Bestemmelsen angir ikke på en uttømmende måte hvilke momenter som er relevant i vurderingen, slik at også andre forhold kan tenkes å ha relevans. Imidlertid angir den på en pedagogisk måte⁴⁶ hva totalleverandøren må ta høyde for ved vurderingen av risikospørsmålet. Bestemmelsen angir også rammer for byggherrens opplysningsplikt og totalleverandørens undersøkelsesplikt.

4 Risiko for havbunnsforhold i installasjonsfasen

4.1 Introduksjon

4.1.1 Presentasjon av de rettslige problemstillinger

Spørsmålet om hvem som har risikoen for uforutsette vanskeligheter forårsaket av havbunnens beskaffenhet er et spørsmål om tid, penger og risikoplassering. De rettslige problemstillinger som avhandlingen søker å belyse, er partenes rettslige utgangspunkt dersom havbunnen avviker fra det selskapet har presentert om grunnforholdenes beskaffenhet i anbudskonkurransen. Gjennomgangen av den entrepriserettslige bakgrunnsrett viser at det sentrale vurderingstemaet er hva entreprenøren kunne forvente om grunnforholdenes beskaffenhet basert på en nøktern vurdering av tilgjengelige data. I den utstrekning NSC 05 ikke har en klar løsning, vil bakgrunnsretten komme inn som et moment i vurderingen. I forlengelsen av det må de relevante rettslige grunnlag belyses, og det må foretas redegjørelse av de vilkår som følger av ordlyden i NSC 05 art 6.1 (4).

Videre søker avhandlingen å belyse forholdet mellom art 6.1 (4) og art 27⁴⁷. Art 6.1 (4) angir at leverandøren har en tålegrense og at ikke alle avvik berettiger en endring av kontraktsprisen. Dette er i samsvar med den alminnelige bakgrunnsretten hvor entreprenøren må ta høyde for noe avvik. Imidlertid følger det av ordlyden i art 27 at *ethvert avvik* berettiger en endringsordre. Det reiser et sentralt spørsmål om art 6 og art 27 står i et spenningsforhold med

⁴⁵ Grøstad (2012) s. 14

⁴⁶ Ibid s.14

⁴⁷ Se avhandlingens punkt 4.5.2.2

motstridende ordlyd. Avhandlingen vil søke å belyse om art 6 er utvannet som følge av den mer generelle og vide ordlyden i art 27, eller om art 6 er *lex specialis* art 27.

Videre søkes det å belyse forholdet mellom art 6 og art 27 i lys av selskapets forbehold som fraskriver ansvaret om riktigheten av havbunnens sammensetning angitt i anbudsgrunnlaget.⁴⁸ I forlengelsen av det må det sondres mellom informasjon utgitt av selskapet som leverandøren kan «rely on», og informasjon utgitt av selskapet som er for «information purposes only».

4.1.2 Presentasjon av NSC 05.

Om NSC 05 som standardkontrakt, se punkt 1.4.2

4.1.3 Forskjeller fra landentreprise og havbunnens karakteristikk

Spørsmålet er i hvilken utstrekning havbunnens karakter og beskaffenhet kan sammenlignes med grunnforholdene under landentreprise. Entreprenørens anbud er som nevnt normalt basert på informasjon fra byggherren⁴⁹. Det samme gjelder for leverandøren i subseaprojekter. Her er det imidlertid to forhold som særlig utmerker seg.

For det første skal utførelsen av kontrakten finne sted på havbunnen. Av den grunn vil det være andre naturforhold og risikomomenter som spiller inn. Leverandøren må nå ta høyde for undervannsstrømninger som kan påvirke stabilitet, mer variasjon i topografi, tilgjengelighet, sandvandring, mv. På den annen side trenger han ikke lenger ta høyde for vind, snø eller regn. For det andre er leverandørens mulighet til å foreta forundersøkelser *sterkt begrenset* sammenlignet med entreprisprosjekter til lands. For å få et innblikk i den praktisk hverdag og sette avhandlingen i et bredere perspektiv, intervjuet jeg Lars Christian Eriksen ved Nexans Norway AS den 16.1.2014⁵⁰. Under intervjuet presenterte Eriksen noen eksempler som forklarer hvorfor leverandørene ikke kan foreta noen undersøkelser på forhånd.⁵¹ Årsaken til dette skyldes blant annet prosjektenes store skala og det faktum at jordsmonnet er alt fra et par

⁴⁸ Se avhandlingens punkt 5

⁴⁹ Sandvik (1966) s.223

⁵⁰ Tidligere ansatt i Technip Offshore Norge. Eriksen er også forfatter av masteravhandlingen «Risikoen for sjøbunnsforhold under NSC 05», heretter kalt Eriksen (2005).

⁵¹ Alle tall i eksempelet ble presentert av Eriksen under intervjuet.

titalls meter til mange kilometer under havoverflaten fra der arbeidsstokken befinner seg. Jordsmonnet er altså mye mer *utilgjengelig* enn ved landentreprise, i tillegg er det område som potensielt skal undersøkes langt større. Ved legging av for eksempel strømkabler langs havbunnen mellom Norge og Danmark, så skal arbeidet skje i en «korridor» spesifisert av selskapet. Tar man som utgangspunkt at denne har 80 meters bredde og en lengde på omtrentlig 140km, gir det et areal på over 11 km². Dersom det tas boreprøver⁵² hver 100m i en rett linje og hver boreprøve tar i gjennomsnitt 3 timer å utføre, så tilsvarer det 1400 boreprøver og 4200 arbeidstimer. Med en timepris på omtrentlig 50.000 norske kroner tilsvarer det over 200 millioner kroner. Med slike utgifter til prøveboring sier det seg nesten selv at det blir for dyrt å redusere risikoen med tanke på de økonomiske rammer som følger av kontrakten. Selskapet må foreta en avveining mellom bruken av ressurser på å gi leverandøren best mulig grunnlag for en riktig fastpris, og den risiko som enten kan tas av leverandøren eller håndteres billigere gjennom pris av arbeidet på rater. Et sentralt poeng er nemlig at risikoen ikke kan elimineres fullt ut. I alle tilfeller og selv i et tenkt tilfelle hvor man legger til grunn at slike store ressurser er benyttet til å undersøke jordsmonnet, kan situasjonen være slik at selv om hver boreprøve tilsier at jordsmonnet består av sand for hver 100 meter med prøveboring, så er det fortsatt ingen garanti for at det ikke er fjell eller leire *mellom punktene* for prøveboring selv om tolkningsdataen taler for at det vil være sand mellom borepunktene. I forlengelsen av dette kommer i tillegg topografien inn i bildet slik at strømkabelen ikke kan legges i en rett linje langs prøveboringene. I praksis må oftest kabelen legges utenfor boreprøvene på enkelte steder, og da er det mulig at man jobber i blinde eller må forholde seg til mer usikker seismikk. Sammenlignes dette med landentreprise er det nokså klart at prosjekter av denne karakter er underlagt mye mer usikkerhet om grunnforholdenes beskaffenhet sammenlignet med landbaserte prosjekter.

4.2 Ordlyden i Art 6.1 (4)⁵³

Spørsmålet om når et avvik i havbunnsforholdene utgjør en endring er regulert i NSC art 6.1 fjerde ledd:

⁵² “Soil Samples”

⁵³ Art 6.1 (4) er også utførlig behandlet i Eriksen (2005) pkt. 3.3.4

«Contractor is entitled to an adjustment of the Contract Schedule and the Contract Price to compensate for *delays or costs incurred* as a *result of soil and seabed conditions*, unless Contractor has failed to take *due account* of the information about soil and seabed set out in Specifications» (min utheving)

Før en går direkte inn på det nærmere innholdet i bestemmelsen, er det umiddelbare førsteinntrykk at bestemmelsen helt klart har en svakere detaljregulering sammenlignet med NS 8407 pkt 23.1 Manglende detaljregulering er for så vidt overraskende i lys av den større grad av usikkerhet som foreligger sammenlignet med landentreprise. Jo større grad av usikkerhet, jo større er behovet for å ha klare regler for hvordan partene skal te seg dersom risikomomentene materialiseres.

Bestemmelsens ordlyd angir en oppbygning med en hovedregel og et unntak. Leverandøren har som *hovedregel* krav på endringsordre med mindre *unntaket* kommer til anvendelse. Etter en normal språklig forståelse av hovedregelen har leverandøren krav på en justering av fremdriftsplanen og kontraktsprisen såfremt forsinkelsen og/eller merkostnadene som leverandøren påføres er en følge av at havbunnsforholdene avviker fra det forutsatte. Selv om det ikke fremgår like direkte som NS 8407 pkt 23.1 (1), *er risikoen for havbunnsforholdene plassert hos selskapet* med mindre forholdene var av en karakter som leverandøren måtte forvente å støte på. Det er altså uforutsette vanskeligheter selskapet har risikoen for, mens leverandøren har risikoen for det han etter en nøktern vurdering av tilgjengelig data kunne forutsatt, jf. bakgrunnsretten. Ordlyden angir følgelig tre materielle vilkår som er angitt i **fet** ovenfor. For det første må det foreligge et vilkår om økt belastning. For det andre må det foreligge årsaks-sammenheng mellom havbunnen og den økte belastningen. For det tredje oppstiller bestemmelsen et krav om at leverandørens vurderinger er underlagt tilstrekkelig aktsomhet.

Disse materielle vilkårene suppleres med prosessuelle vilkår nevnt i pkt 4.5.1 nedenfor.

4.3 Materielle vilkår

4.3.1 Vilåret om økt belastning – «delays or costs incurred»

Etter ordlyden er det en forutsetning for justering at leverandøren er påført økte kostnader eller økt tidsbruk. Bestemmelsen likestiller begge grunnlagene, men det er tilstrekkelig at bare

en av delene foreligger. I praksis vil som regel økt tidsbruk også medføre økte kostnader fordi leverandøren må ha maskiner og personell lenger i arbeid.

Det kan med utgangspunkt i ordlyden vanskelig leses hvilke momenter som er relevante ved vurderingen av *om* leverandøren er påført en økt belastning. Ordlyden angir heller ikke at justering er betinget av en «vesentlig» økt belastning. Såfremt det kan konstateres at leverandøren er pådratt merutgifter vil han så langt i teorien ha krav på justering. På den annen side fremgår det av aktsomhetskravet at han må ta høyde for noe avvik, som igjen angir at leverandøren er underlagt en tålegrense.

Som konsekvens at kontrakten er taus om hvilke momenter som er relevant ved vurderingen av om leverandøren er påført en merbelastning, må oppmerksomheten rettes til bakgrunnsretten og rettspraksis. Det kan spørres om Oslofjorddommen⁵⁴ kan gi veiledning for forståelsen av disse vurderingstemaene. I saken ble en entreprenør påført merkostnader som følge av uforutsette løsmasser i tunelltraséen. Spørsmålet i saken var om «merutgifter» i kontrakten viste til en forskjell mellom «faktisk påkrevde utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de beregnede utgiftene for en drift uten slike forhold»⁵⁵. Førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne la enstemmig til grunn at ved avgjørelsen *om* det foreligger økte kostnader eller økt tidsbruk skal det foretas en *hypotetisk vurdering* av hvilken belastning leverandøren ville ha hatt dersom løsmassene i tunelltraséen tenkes borte.⁵⁶ Selv om forholdet var underlagt NS 3430 og dette var en utførelsesentreprise av en tunell hvor Statens Vegvesen stod for prosjekteringen, vil uttalelsene ha overføringsverdi til NSC da vurderingen om økte merkostnader etter NS 3430 og økt belastning etter NSC er den samme. Følgelig er oslofjorddommen egnet til å belyse det nærmere innholdet av vurderingstemaene. Det må foretas en differansebetraktning og sammenligne resultatene for å se *om og eventuelt i hvilken utstrekning* leverandøren er pådratt merkostnader/økt belastning. Justerteringen skal følgelig resultere i en endringsordre (forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt) som gjenoppretter skjevheten i kontraktsforholdet.⁵⁷ Det må imidlertid sondres mellom justeringer for kontraktspris og justeringer for fremdriftsplan, jf. pkt. 4.4 nedenfor.

⁵⁴ Rt-2005-788

⁵⁵ Ibid avsnitt 43

⁵⁶ Ibid avsnitt 46-47.

⁵⁷ Kaasen (2006) s692.

4.3.2 Vilkåret om årsakssammenheng – «result of soil and seabed conditions»

Kravet om årsakssammenheng er forskjellig for risikoen for havbunnsforhold og risikoen for værforhold. «Weather Downtime» i art 4.7 er legaldefinert i art 1. Årsakskravet er her angitt med følgende ordlyd:

«Weather Downtime means a period of time when the progress of the Work is prevented *solely due to* adverse weather conditions in excess of the capabilities of the Spread.»
(min kursivering)

Art 6.1 (4) benytter ordlyden «*incurred as a result of soil and seabed conditions*». Her ser vi at kravet til årsakssammenheng er strengere for værforhold enn for havbunnsforhold. Årsaken til at dette reguleres forskjellig er ikke angitt i kontrakten, men det kan tenkes at det vil være *enklere* å skyldes på værforhold enn havbunnsforhold dersom arbeidet går tregt fordi værforholdene varierer, endrer form og opphører. Forskjellen kan kanskje med andre ord anses begrundet i bevissspørsmål. Samtidig vil det i større utstrekning være vanskeligere å forutsette værforhold kontra havbunnsforhold.

Vilkåret om årsakssammenheng innebærer at den økte belastningen må stå i sammenheng med de uforutsette havbunnsforhold. Samtidig innebærer vilkåret en begrensning i forstand at den økte belastningen ikke må skyldes forhold som leverandøren *kunne* forutsatt.⁵⁸ I forlengelsen av det vil leverandøren klart nok ikke ha krav på justering dersom årsaken til de økte kostnadene skyldes ineffektivitet, uhell, slurv eller feil som må omgjøres på leverandørens hånd. Forhold som ikke skyldes havbunnen bærer leverandøren risikoen for. Videre vil også forhold som skyldes havbunnen, men som leverandøren *burde* tatt i betraktning ikke resultere i en justering. Som nevnt vil det leverandøren burde tatt i betraktning være hans risiko. Motsatt vil kravet til årsakssammenheng være oppfylt dersom leverandøren har basert anbudet sitt på seismiske data og prøveboringer som tilsier capjet trenching⁵⁹ hvor havbunnen er sand,

⁵⁸ I samme retning Eriksen (2005) s.30

⁵⁹ Grøftegraving. Illustrasjonsvideo: URL: http://www.nexans.no/eservice/Norway-no_NO/navigatepub_0_-32387_-32385_2_12117/Capjet_trenching.html

men så viser det seg å være hard granitt eller leire isteden. Spørsmålet kan formuleres om de forutsetningene leverandøren la til grunn var *berettigede*. Hvorvidt forventningene om havbunnen var berettigede eller ikke vil i stor grad avgjøres om vilkåret til aktsomhet («due account») er oppfylt, men som nevnt i punkt 4.1 vil man uansett ikke ha noen garanti at det ikke er fjell mellom to boreprøver og hver boreprøve tilsier sandbunn. En presisering av spørsmålet vil være om leverandørens forventninger er berettigede som følge av en nøktern vurdering av det foreliggende anbuds materialet om havbunnens karakter. Og det leder oss inn i avhandlingens neste tema.

4.3.3 Vilkåret om aktsomhet – «Due Account»

4.3.3.1 Innledende Kommentarer

Vilkåret om aktsomhet fortjener noen innledende kommentarer om hva det vil si å være aktsom i en vurdering av tilgjengelig data i en entrepresesammenheng. Ordlyden i NSC 05 skiller seg på dette punkt fra NS 8407. NSC angir ikke nærmere hva det kreves av leverandøren slik NS 8407 pkt 23.1 annet og fjerde ledd gjør. Følgelig kan det vanskelig leses hvilke momenter som er relevante ut av ordlyden i art NSC art 6.1 (4). I den utstrekning NSC er taus må man se hen til hva som følger av den alminnelige entrepriserettslige bakgrunnsrett. Formålet med aktsomhetsvurderingen er å danne rammer for hva partene kan karakterisere som en «normal-situasjon». Såfremt det ikke er særskilt regulert, kan det neppe sies at leverandøren har påtatt seg en plikt til å utføre ekstraordinært arbeid.⁶⁰ Rammene for leverandørens plikter beror da på hvilke *nøkterne slutninger* som kan trekkes ut fra anbuds materialet.

Ordlyden angir at leverandøren skal ta «due account» som i denne sammenheng må forstås som at han skal utvise *tilbørlig oppmerksomhet/aktsomhet* ved vurderingen av materialet som fremgår av vedlegg E – specifications. Ved aktsomhetsvurderingen er det sentrale spørsmålet om leverandøren har «*failed to take due account.*» Altså er det ikke det uforutsette som er gjenstand for vurdering, men det som *er* forutsatt.

⁶⁰ Sandvik (1966) s.208-209

4.3.3.2 Objektiv vs. Subjektiv Norm

På bakgrunn av det foregående må en først avgjøre hvilken norm leverandøren skal prøves etter, og hvilke momenter som er relevant i den vurderingen. Nøyaktig hvor mye informasjon som gis kan det vanskelig sies noe generelt om da det varierer veldig.⁶¹ Noen ganger får man ingenting, andre ganger har selskapet mye seismisk data og/eller foretatt prøveboringer. Uavhengig av hvor mye data selskapet gir til leverandøren må en som nevnt ta stilling til spørsmålet om hvilken norm leverandøren skal vurderes etter. Skal normen vurderes om hva *denne* leverandøren ut i fra sine subjektive evner og ressurser maktet å hente ut av databildet, eller skal leverandøren vurderes etter en objektiv målestokk av hva en alminnelig oppegående og forsvarlig leverandøren kunne forvente å få ut av det?

På bakgrunn av blant annet Rt-1994-1430 og den alminnelige entrepriserettslige bakgrunnsrett, er det nokså klart at profesjonsanvaret er underlagt en objektiv målestokk. Retten uttalte at

«Advokat C's begrensede erfaring kan etter mitt syn ikke medføre at man stiller mindre krav til ham enn det man vil gjøre til en *alminnelig erfaren* advokat» (min kursivering).

4.3.3.3 Nærmere om den objektive normen

Spørsmålet i det foreliggende er hvilke momenter som er av betydning ved vurderingen av hva leverandøren kunne regne med. NSC 05 oppstiller som nevnt ingen momenter.

Hovedregelen etter bakgrunnsretten er at leverandøren må foreta en «nøktern vurdering av tilgjengelig data». Partene i et kontraktsforhold som det forestående er profesjonelle og ressurssterke. Det sitter et team av ingeniører, juridiske eksperter, selgere og analytikere på hver side. Aktørenes erfaring må av den grunn komme inn som et moment ved aktsomhetsvurderingen – det bør kreves og forventes mer av disse partene enn det gjør ved mindre prosjekter og med parter med mindre ressurser.

Deretter er spørsmålet om NSC 05 bør forstås slik at aktsomhetskravet i art 6.1 fjerde ledd skal forstås som et krav om *kvalifisert aktsomhet*. Dersom det er tilfellet, vil det være svært lite rom for leverandøren å trå feil ved vurderingen av anbuds materialet. Ordlyden taler imid-

⁶¹ Jf. ovennevnte intervju med Eriksen i Nexans Norway AS 16.1.14

lertid isolert sett for at det bare er en alminnelig aktsomhetsvurdering med vanlig aktsomhet. I en vanlig aktsomhetsvurdering er det klart nok at leverandørens subjektive adferd har relevans.⁶² Av den grunn må det sondres mellom områder der leverandøren *har* utført arbeid tidligere, og områder han *aldri* har arbeidet i. Utgangspunktet er at leverandøren i tilfeller hvor han *ikke* har tidligere arbeidserfaring klart nok må kunne stole på riktigheten av det anbuds materialet som foreligger.⁶³ Dersom det ble krevet at leverandøren skulle ta høyde for leire selv som seismikken tilsa sand, ville han i realiteten måtte ta høyde for tilnærmet alle tenkelige forhold. Da ville leverandøren endt opp med å prise seg ut av risikoen og samtidig ut av kontrakten. Samfunnsøkonomisk er det også billigere å betale i de tilfeller avvik materialiseres istedenfor å betale ekstra hver gang. Unntak kan imidlertid tenkes. Under den forutsetning at arbeidet skal utføres på et området hvor leverandøren *har* erfaring, vil det bryte med en logisk tankegang å si at leverandøren har vurdert at det er sandbunn på en aktsom måte dersom han ikke har tatt høyde for tidligere erfaring som tilsier at det kan være soner med leire under sanden. Dette må gjelde uavhengig av hva entydige svar fra prøveboringer og seismikken skulle tilsi, all den tid tidligere erfaring taler for at rapporten er feil eller delvis misvisende. For at leverandøren i et tilfelle hvor han har tidligere arbeidserfaring skal ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt, kreves det ikke at han påtar seg kostnadene for å prøvebore og avkrefte/bekrefte anbuds materialet riktighet, men han må i alle fall ta høyde for at på enkelte områder vil møte på andre havbunnsforhold enn sand når han foretar den nøkterne vurderingen.

Rt-1999-922, Salhus flytebro, gjaldt en utførelsesentreprise hvor noe av arbeidet som skulle utføres var sveising av høyfast stål for å sikre særlig styrke i brokonstruksjonen i en flytebru. Det oppstod sprekkdannelser som følge av det var for mye hydrogen i sveisen. I anledningen entreprenørens vurdering av anbuds materialet siterte Høyesterett fra juridisk teori⁶⁴ at det er

«berettiget å si vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en *nøktern vurdering av tilgjengelige data*»⁶⁵ (min kursivering).

⁶² I samme retning: Eriksen (2005) s. 34.

⁶³ Jf også Sandvik (1966) s.225

⁶⁴ Advokat Arne Bechs oppsummering nevnt ovenfor i avsnitt 3.1.3 og Hagstrøm (1997) s.53

⁶⁵ Nederst på side 931.

Øvrig juridisk teori talte i samme retning.⁶⁶ Siden entreprenøren satt på *landets fremste ekspertise av stålsveising*, la retten vekt på at det var entreprenøren som var ansvarlig for å velge en anvendbar sveisemetode.⁶⁷ Disse uttalelsene er generelle og vil ha overføringsverdi som momenter i en vurdering av om en leverandør i en subsekontrakt har vurdert anbudsmaterialet på en aktsom måte.

I vurderingen av hva leverandøren kan vente å møte på følger det av bakgrunnsretten at han videre må ta høyde for noe avvik. Det må også kunne kreves at leverandøren holder seg oppdatert i forhold til den utvikling som finner sted med hensyn til hvordan undersøkelsesdata skal tolkes og forstås.⁶⁸ Ved å holde seg oppdatert vil leverandøren til enhver tid ha anledning til å få en så nøyaktig tolkning av foreliggende undersøkelsesdata som mulig. Leverandøren må på bakgrunn av sin erfaring og det tilgjengelige anbudsmaterialet ta høyde for hvilke faremomenter og utfordringer han kan risikere å møte på. I tillegg til anbudsmaterialet vil som nevnt tidligere erfaring også være relevant. Dersom arbeidet skal utføres i et område hvor leverandøren har utført arbeid tidligere, og leverandøren på bakgrunn av tidligere prosjekter har en mistanke om å møte på leire i akkurat dette området, bør han ta høyde for det i kalkuleringen av anbudet.

4.3.3.4 Leverandørens undersøkelsesplikt

Leverandørens undersøkelsesplikt er motpolen til selskapets opplysningsplikt. Selskapet vil i praksis gi det de har av data til leverandørene i anbudskonkurransen. NS 8407 pkt 23.1 annet ledd har klare retningslinjer for hva som forventes av leverandørens undersøkelsesplikt ved landentreprise. Leverandøren skal dra på befarings og foreta en aktsom besiktigelse av byggeområdet og dets omgivelser, jf. pkt 23.1 annet ledd litra a. Slike klare retningslinjer følger imidlertid ikke av NSC annet enn kravet til «due account» (Etter art 6. har leverandøren en undersøkelsesplikt av selskapsleveranser. Den fysiske havbunnen er imidlertid ingen selskapsleveranse). I den utstrekning kontrakten er taus om det nærmere innholdet av leverandørens undersøkelsesplikt etter kravet «due account», vil oppmerksomheten rettes mot bakgrunnsretten. Spørsmålet er følgelig om leverandøren etter bakgrunnsretten har en undersø-

⁶⁶ Sandvik (1966) s.208-209 og Hagstrøm (1997) s.53.

⁶⁷ s. 933-934 og nederst på side 938.

⁶⁸ Sandvik (1966) s.226

kelsesplikt, og om denne undersøkelsesplikten kan si noe om det nærmere innholdet av kravet om «due account». I rt-1917-673 og rg-1936-654 sies det, om enn indirekte, at det foreligger en undersøkelsesplikt uten at dette er direkte regulert i kontrakten.⁶⁹ I samme retning også Sandvik (1966) s. 299-305. Etter bakgrunnsretten har altså leverandøren en undersøkelsesplikt. Spørsmålet blir i så fall hva som kreves av leverandøren, og om man også skal legge de samme plikter til grunn som følger av bakgrunnsretten. Etter min mening kan det vanskelig kreves det samme av leverandøren under NSC som f.eks. en totalentreprenør under NS 8407 av flere ulike årsaker. For det første lar det seg ikke gjøre av både praktiske og økonomiske årsaker å besiktige byggeområdet eller dets omgivelser. Befaring er med andre ord ikke særlig aktuelt på havets bunn. Seismikk gir et 3D bilde av topografi og prøveboringer kan si noe om jordsmonnet. Slik informasjon er det normalt selskapet som skaffer til veie, og leverandøren kan neppe pålegges å kontrollere riktigheten av slike opplysninger. Etter bakgrunnsretten skal han kunne legge til grunn at byggherrens tolkning er riktig.⁷⁰ Leverandøren må tilnærmet automatisk kunne legge dette til grunn, ellers ville ikke selskapets opplysninger hatt noen selvstendig verdi om leverandøren hele tiden skal vurdere riktigheten. Imidlertid følger det av femtevoterendes uttalelser i rt-1917-673 at omfanget av leverandørens undersøkelsesplikt i alle tilfeller må gjelde i den utstrekning det for leverandøren «maatte fremstille sig som ganske aabenpart» at selskapets prosjektering ikke er holdbar.⁷¹ For det andre vil det ut i fra et samfunnsøkonomisk perspektiv føre til at alt blir dyrere, tar lenger tid, arbeidet blir mer ineffektivt og det er ingen av partene tjent med. Følgelig må det kunne legges til grunn at eksempelvis NS 8407 pkt 23.1 annet ledd litra a *ikke* har noen plass i henhold til forståelsen av vilkåret om «due account» i NSC 05 art 6.1 fjerde ledd.

Videre pålegger NS 8407 pkt 23.1 annet ledd litra b entreprenøren å innhente opplysninger om grunnforhold av betydning for arbeidet, eksempelvis forurensning, geologiske og geotekniske forhold i den utstrekning byggherren ikke har overlevert det. Litra c utvider plikten til å innhente informasjon fra offentlige myndigheter om kabler og rør. Gode grunner taler for å pålegge leverandøren å undersøke det som finnes av databaser i sektoren hvor prosjektet skal foregå etter NSC 05 også. Selv om havbunnen har et mye større areal og det følgelig er mind-

⁶⁹ Ibid s.304

⁷⁰ Ibid s.225

⁷¹ Ibid. s.304

re sjanse for å ødelegge noe som er installert der tidligere, vil skadens omfang mest sannsynlig være større enn om skaden oppstod på land. Årsaken til det skyldes blant annet havbunnens tilgjengelighet kontra tilgjengelighet på land. Andre eksempler kan tenkes at det vil være vanskeligere å foreta reparasjoner, skjøting, sveising mv under vann. Utilgjengeligheten øker også med hvor dypt uhellet har intruffet. Uforutsette skader vil følgelig fort kunne tenkes å ha en effekt på fremdriften. Således vil det ut i fra et hensyn om risikominimering være gode grunner for å pålegge leverandøren en slik undersøkelsesplikt *i den utstrekning slike databaser eksisterer*. Hensynet til fremdrift kommer til direkte utslag flere steder i kontrakten.⁷² Det vil altså harmonere med hensynet til fremdrift og effektivitet å foreta en slik risikominimering. Etter min mening har det mye for seg når man legger til grunn at «due account» er et krav om aktsomhet ved vurderingen av foreliggende grunndata. I dagens moderne samfunn vil det være nok med en telefon eller å laste ned en kopi av slike registre i den utstrekning slike registre *eksisterer, man har tillatelse* eller at de er *offentlig tilgjengelig*. Da har man en pekepinn på hva man skal unngå, hvor man må arbeide «sikksakk» og hvor man skal trå varsomt hvis ledninger skal krysses. Å pålegge leverandøren en slik plikt vil antagelig ikke påføre han nevneverdige utgifter eller tidsmessige ulemper, og det vil forhindre mye hodebry og potensielle konflikter dersom uhell skulle inntre. I forlengelsen av dette vil det også vanskelig kunne sies at en leverandøren har opptrådt aktsomhet dersom han ikke har sjekket tilgjengelige registre om jordsmonnet der hvor arbeidet skal foregå, og det i ettertid viser at konflikten kunne vært unngått med en enkel forhåndsundersøkelse.

Sammenfattet er det altså gode grunner for at NSC 05 art 6.1 fjerde ledd riktig tolket innebærer at leverandøren har en viss undersøkelsesplikt. Det er ikke snakk om å utvide ordlyden, men presisere hva kravet om aktsomhet omfatter med de tilpasninger som er nødvendige med hensyn til subsearbeid. Det nøyaktige omfanget er noe uklart, men etter min mening har det klart ikke noe for seg å pålegge leverandøren å foreta en aktsom besiktigelse av byggeområdet. På den annen side vil risikominimering ved å innhente opplysninger om andre installasjoner innenfor arbeidssektoren fremme blant annet hensynet til effektivitet, særlig i områder som er ukjente for leverandøren. Forutsetningen er som nevnt at slike registre foreligger og leverandøren har (innhentet) adgang til dem.

⁷² Eksempelvis art. 11.4. Se også punkt 1.4.5 ovenfor.

4.3.3.5 Skjæringspunktet for aktsomheten.

Ordlyden i art 6.1 (4) angir at leverandøren ikke må «...[fail]... to take due account of the information about soil and seabed set out in Specifications.» Bestemmelsen angir ikke skjæringspunktet for når aktsomheten må foreligge, og det reiser et spørsmål om hvilket skjæringspunkt som skal legges til grunn. Situasjonen etter NS 8407 er angitt i pkt. 23.1 (1) ved «det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med *ved utarbeidelsen av tilbudet*» (min kursivering). Skjæringspunktet etter NS 8407 er altså angitt ved utarbeidelsen av anbudet. Selv om referansen til «Specifications» i NSC kan være et argument som taler for at det er kontraheringstidspunktet som er det relevante tidspunktet for vurderingen, har det etter min mening mer for seg å anse *inngivelsen av tilbudet* som skjæringspunktet for aktsomheten under NSC. Årsaken til det er at inngivelsen er det tidspunktet hvor anbudet *oversendes* til selskapet, og frem til dette tidspunktet har leverandøren anledning til å foreta justeringer. Inngivelsen vil også markere et klarere tidsmessig skille enn utarbeidelsen. I enkelte tilfeller kan også forhandlingene ha resultert i nye dokumenter enn hva som dannet grunnlaget for anbudet. I den utstrekning skjæringspunktet legges til grunn ved inngivelsen og ikke utarbeidelsen, vil også disse dokumentene som kom frem senere i tid få rettslig relevans ved vurderingen. Et slikt synspunkt har etter min mening mye for seg dersom det tas tilstrekkelig hensyn til at det for selskapet primært er den pris som fremgår av leverandørens tilbud som er avgjørende for om han får oppdraget eller ikke. Selskapet må kunne stole på at leverandørens tilbud er et utslag av nøkterne vurderinger og at all informasjon om havbunnens beskaffenhet er vurdert. Hensikten med slike anbudskonkurranser at det skal gi selskapet en oversikt over hva prosjektet vil koste dersom akkurat denne leverandøren får jobben. Avvik bør med andre ord ikke være så vesentlig at kalkylen får et illusorisk preg, spesielt dersom den ikke er basert på fastpris.

NSC vil på bakgrunn av det foregående forstås slik at leverandøren må ta «due account of the information» ved *inngivelsen av tilbudet*. Denne vurderingen danner rammer for hva leverandøren hadde grunn til å regne med om havbunnens faktiske forhold.

4.4 Virkningene av at art 6.1 (4) kommer til anvendelse.

4.4.1 Rekkevidden av justeringene.

Spørsmålet er hva som er virkningene av at art 6.1 fjerde ledd kommer til anvendelse, og om bestemmelsen uttømmende regulerer de rettsvirkninger leverandøren kan gjøre gjeldende. Det forutsettes i det følgende at både de materielle og prosessuelle vilkårene er oppfylt. Leverand-

øren er påført en økt belastning som står i årsakssammenheng med uforutsette havbunnsforhold som leverandøren ikke kunne forventes å ta høyde for etter en aktsom og nøktern vurdering av anbudsmaterialet. Leverandøren har videre krevd endringsordre utstedt «uten ugrunnet opphold».

Ordlyden i art 6.1 fjerde ledd angir at leverandøren har krav på en «justering»⁷³ av fremdriftsplanen og/eller kontraktsprisen. Rekkevidden av justeringen er imidlertid ikke angitt i ordlyden. Sammenholdt med en manglende direkte henvisning til de prosessuelle regler, får art 6.1 fjerde ledd et litt «uferdig» preg. Løsningen må i likhet med de tidsmessige utgangspunkter⁷⁴ bero på hvordan lignende spørsmål er løst i kontrakten. I art 27.1 første ledd er rekkevidden av justeringene angitt med følgende ordlyd:

«Such adjustment shall *reflect the consequences* of the delay caused to Contractor by Company's breach of Contract». (*min kursivering*)

Art 27.1 (1) gjør altså *ikke forskjell* på justering av kontraktspris og justering av fremdriftsplan. Av ordlyden fremgår det at virkningene skal *reflektere konsekvensene*, og bestemmelsen tar sikte på at selskapet skal holde leverandøren skadesløs for selskapets kontraktsbrudd.

Art 4.7 gjør imidlertid et skille mellom kontraktspris og fremdriftsplan. For *justeringer i vederlaget* lyder bestemmelsen slik i art 4.7 første ledd:

«... Contractor is *entitled to be paid* during the period of delay in accordance with the rates set out in Exhibit B – compensation» (*min kursivering*)

En objektiv forståelse av ordlyden innebærer at i den utstrekning leverandørens arbeid er innstilt i 2 dager på grunn av været, så har leverandøren krav på typisk 2 dager med dagrater for å ha stilt skipet til disposisjon for selskapet mens man venter på været.

Derimot følger det av art 4.7 annet ledd at for *justeringer i fremdriftsplan* så lyder det at:

⁷³ “adjustment”

⁷⁴ Se pkt 4.5.1 nedenfor.

«Such adjustment shall *reflect the consequences* of the delay caused to Contractor by such Weather Downtime» (*min kursivering*)

Ordlyden i Art 4.7 angir at leverandøren har rett til et avtalt og standardisert vederlag basert på rater, og ordlyden gir inntrykk av en standardisert form for vederlagsstatning. På den annen side gir ordlyden *bare* rett til en justering av fremdriftsplanen i den utstrekning den er berørt av værforholdene, og årsakskravet her er meget strengt.⁷⁵ Har høye bølger og sterk vind medført en forsinkelse på 3 dager ved en undervannsinstallasjon, har leverandøren krav på 3 dagers utskytelse av så vel dagmulktbelagte milepæler og leveringsdato, og krav på 3 dager med dagrater for å ha stilt skipet til selskapets disposisjon.

I lys av det ovennevnte blir det sentrale spørsmålet hvordan «adjustment» i art 6.1 (4) skal forstås. Enten skal «adjustment» forstås på samme måte som i art 27.1 (1), eller som i art 4.7. Art 27.1 (1) angir at leverandøren har krav på en justering som reflekterer konsekvensene *som sådan*, og foretar ikke et skille mellom justering av fremdriftsplan og justering av kontraktspris. Alternativt må «adjustment» i art 6.1 (4) forstås slik at det må *sondres* mellom justering av fremdriftsplan og justering av vederlag på samme måte som art 4.7 gjør i første og annet ledd.

Jeg behandler først spørsmålet om justeringer i forhold til **fremdriftsplanen**. I den vurderingen kan det vises til at art 27.1 regulerer virkningene av kontraktsbrudd ved selskapsleveranser. Selv om selskapsleveranser rent språklig omfatter et annet forhold enn havbunnsforhold, vil den generelle ordlyden i art 27.1 *også* omfatte selskapsleveranser i form av data om havbunnens beskaffenhet. Det er av den grunn et argument som taler for å legge samme løsning til grunn. Samtidig følger den samme løsningen av art 4.7 også vedrørende endringer i fremdriftsplanen som skyldes værforhold. Begge bestemmelsene angir at justeringen skal «reflektere konsekvensene». Etter min mening bør følgelig samme løsning gjøres gjeldende ved anvendelsen av art 6.1 (4). Konsekvensen av dette er at leverandøren skal holdes *skadesløs i forhold til fremdriftsplanen* også etter art 6.1 (4) for uforutsette havbunnsforhold. Justering av fremdriftsplanen skjer i samsvar med art 13.3.

⁷⁵ Weather Downtime er legaldefinert i art 1.1 hvor ordlyden "Solely due to" er benyttet.

Spørsmålet som så står igjen er hvilken løsning som legges til grunn vedrørende *endringer av kontraktsprisen*. I den vurderingen kan det vises til at art 27.1 gjelder generelt for selskapsleveranser og ordlydens rekkevidde som nevnt ovenfor omfatter selskapsleveranser i den utstrekning selskapet har levert data om havbunnens beskaffenhet. Det taler for at avvik i selskapsleveranser som sådan, dvs. inklusive data om havbunnsforhold, berettiger en justering av kontraktsprisen slik at justeringen skal reflektere konsekvensene. På den annen side må det kunne hevdes at art 4.7 utgjør en spesialregulering av vederlagsspørsmål for værforhold, og sammen med art 6.1 (4) utgjør de særreguleringer i NSC 05 for utenforliggende risikofaktorer som skyldes havbunnen og værforhold, altså forhold partene ikke har dominerende kontroll over. Følgelig kan det spørres om kontrakten legger opp til et synspunkt om spesialregulering av utenforliggende risikofaktorer fremfor å anvende mer generelle bestemmelser for spørsmål som gjelder vær og havbunn. I så fall skal det følge av kontraktens system at spesialreguleringen er basert på standardiserte vederlag og ikke en reflektering av konsekvensene slik den mer generelle art 27.1 angir. I den utstrekning et synspunkt som det foregående kan opprettholdes, vil det *følge av kontraktens system* at utenforliggende risikofaktorer, herunder havbunn og vindforhold, *skal underlegges en spesialregulering vedrørende vederlagsspørsmålet*. Konsekvensen av det foregående er at det skal forekomme en justering av prisen med utgangspunkt i de fastsatte rater i art 13.2 og vedlegg B.

4.4.2 Konklusjon

Konklusjonen på bakgrunn av de foregående avsnitt medfører at det i likhet med art 4.7 må sondres mellom krav på justering av fremdriftsplan og krav på justering av kontraktsprisen. Art 6.1 (4) riktig tolket vil følge det system som følger av art 4.7. Følgelig vil leverandøren ha krav på en justering av fremdriftsplanen og rekkevidden av justeringen skal «reflektere konsekvensene». Leverandøren skal med andre ord holdes tidsmessig skadesløs. Vedrørende leverandørens krav på endring av kontraktsprisen, skal rekkevidden settes til standardiserte vederlag som følger av art 13.2 og vedlegg B.

4.5 Forholdet til andre relevante regelsett.

4.5.1 Varslingsreglene

Selv om det ikke fremgår av ordlyden i art 6.1 (4) gjelder de samme varslingsfrister for endrede grunnforhold. Dersom leverandøren mener havbunnens beskaffenhet avviker fra det han

kunne forutsette på bakgrunn av selskapets anbudsmateriale, vil han normalt kreve en endringsordre i henhold til art.12-16. De prosessuelle reglene sikrer identifikasjon, notoritet og en kanalisering inn i kontraktens endringsordresystem.

Vilkåret «without undue delay» i NSC art 16.1 tredje ledd tilsvarer «uten ugrunnet opphold» slik dette er formulert i NF 05 art 16.1 annet ledd⁷⁶ og NTK art 16.1 annet ledd. Fristen «uten ugrunnet opphold» har en vag og skjønnsmessig ordlyd det vanskelig kan leses konkrete momenter ut av. Imidlertid følger det av NSC 05 art 16.1 fjerde ledd at en VOR⁷⁷ skal inneholde en «specified description», det vil si *spesifisert beskrivelse* av forholdet det kreves endringsordre for. Også på dette punkt er NSC lik NF og NTK. En normal språklig forståelse av vilkåret «uten ugrunnet opphold» tilsier at leverandøren kan bruke så lang tid som nødvendig såfremt tidsbruken er saklig begrunnet.⁷⁸ Rent generelt tar det lenger tid å fremsette en spesiell enn en generell endringsordre. Leverandørens reaksjonstid står i sammenheng med detaljnivået av endringsordren. Hva som er å anse som en «saklig grunn», beror på kontraktarbeidets art og omfang, om det må foretas nye beregninger, vurderinger eller eksempelvis ny planlegging av hvor en strømkabel skal legges eller hvor dypt den skal gå. Det kreves imidlertid ikke en totaloversikt.

Art 6.1 fjerde ledd regulerer ikke når fristen starter å løpe. Det reiser et spørsmål om hvilke tidsmessige utgangspunkter som skal legges til grunn ved vurderingen av medgått tid. Av den grunn må det redegjøres for når fristen starter å løpe og når den slutter. Hensikten er å avgjøre om leverandørens krav er prekludert eller ikke. Etter min mening har det mye for seg å se hen til art 27.1 som gjelder kontraktsbrudd fra selskapets side. Etter art 27.1 tredje ledd taper leverandøren retten til å gjøre selskapets kontraktsbrudd gjeldende dersom leverandøren ikke fremsetter et krav om endringsordre «after discovery of the breach of Contract». Fristen starter med andre ord å løpe ved *faktisk kunnskap* om kontraktsbruddet, og slutter å løpe i det VOR som oppfyller formkravene fremsettes. Følgelig er det tiden *fra* faktisk kunnskap om havbunnsforholdene *til* VOR fremsettes som skal vurderes. Dette utgangspunkt må antas å gjelde for hvert havbunnsforhold som leverandøren mener begrunner en justering i frem-

⁷⁶ Kaasen (2006) Har en omfattende redegjørelse om vilkåret på side s.424 flg.

⁷⁷ VOR – Variation Order Request

⁷⁸ I samme retning Kaasen (2006) s. 425

driftsplanen, slik at det løper en selvstendig frist for hver hendelse. På den annen side må det ut fra et praktisk perspektiv være tilstrekkelig at leverandøren «samler opp» og krever endringsordre for et gitt område. Det vil medføre bortkastede ressurser og unødvendig tidsbruk å kreve en VOR for hver meter. En slik løsning bør etter min mening også gjelde ved anvendelsen av art 6.1 fjerde ledd i den utstrekning det følger av kontraktens system at alle vurderinger skjer under samme målestokk. Vi finner *samme vurderingsfrist* fastsatt i andre kontraktsbestemmelser som regulerer forhold *selskapet har risikoen for*, eksempelvis art 6.1 annet ledd («without undue delay» og fristen løper ved faktisk kunnskap («discovered»)) i tillegg til art 27. Videre fremgår det av art 4.7 at justeringer skal skje i samsvar med art 12-16 i den utstrekning justering er berettiget som en konsekvens av at værforhold (vind, bølger, temperatur mm.) får betydning for fremdriften. Det vil altså samsvare med kontraktens prosessuelle system å legge samme vurderingsnorm til grunn ved anvendelsen av art 6.1 fjerde ledd.

Konklusjonen på bakgrunn av det foregående er at det er de samme tidsmessige utgangspunkter som legges til grunn. Fristen starter følgelig å løpe ved *faktisk oppdagelse* av de uforutsette havbunnsforhold som leverandøren ikke kunne forvente å møte på, og slutter å løpe idet VOR fremsettes.

4.5.2 Reglene om selskapets mislighold, jf. art 27.1

4.5.2.1 Generelt om art 27.1

Art 27 regulerer virkningene av kontraktsbrudd fra selskapets side og angir regler for å holde leverandøren skadesløs. Første ledd gjelder situasjoner der selskapet er forsinket med leveransen. Forsinkelse er imidlertid ikke så veldig aktuelt, da selskapet normalt allerede besitter informasjonen før anbudet utlyses. Annet ledd gjelder mangelfulle naturalytelser fra selskapet, herunder prosjektering og selskapsleveranser. Det sentrale vurderingstema i denne sammenheng vil ikke være mangler ved selskapsleveranser av f.eks. av uholdbare arbeidstegninger til produksjon av et brønnehode, men forsinkelser eller merutgifter i leverandørens arbeid som skyldes mangler og/eller tilbakeholdt informasjon om seismikk, boreprøver, mv av betydning for leverandørens nøkterne vurdering om havbunnens beskaffenhet. Ordlyden i art 27.1 er generelt utformet og må også kunne anvendes på selskapsleveranser i form av *informasjon om havbunnen*.

Etter annet ledd har leverandøren krav på å holdes skadesløs med hensyn til økte kostnader og forsinkelse som «skyldes mangler eller uoverensstemmelser»⁷⁹ i «selskapets leveranser»⁸⁰.

Mangler i denne sammenheng kan eksempelvis forstås som uriktig informasjon om havbunnens karakter, eller som en feilaktig tolkning av seismiske data foretatt av selskapets folk⁸¹. Uoverensstemmelser vil for eksempel være at informasjonen er uklar, eksempelvis ved at den gir uttrykk for både stein og leire.⁸² Også tilbakeholdt informasjon⁸³ i form av opplysninger selskapet kjente eller burde kjenne til, og som det er nærliggende å anta at leverandøren hadde interesse av å få⁸⁴, vil være forhold selskapet bærer risikoen for. Det avgrenses mot forhold regulert av avtl § 33 og forhold selskapet vitterlig visste om.

Retten til å gjøre selskapets kontraktsbrudd gjeldende er betinget av overholdt undersøkelsesplikt av leverandøren, jf. art 27.1 annet ledd og art 6. Dersom forsinkelsen kunne vært unngått ved overholdt undersøkelsesplikt, har ikke leverandøren krav på en justering av fremdriftsplan eller kontraktspris.

4.5.2.2 Forholdet mellom art 6.1 (4) og art 27.1

Som nevnt ovenfor er hovedregelen om selskapets ansvar gitt i art 6.1 (3), og virkningene av kontraktsbrudd er regulert i art 27. Leverandøren har en *tålegrense* etter art 6.1 (4) som følge av vilkåret om aktsomhet («due account») forutsetter at leverandøren tar høyde for noe avvik i den nøkterne vurderingen av det som fremgår om havbunnforholdenes beskaffenhet fremsatt i vedlegg E: Specifications. Endringsordre etter art 6.1 (4) betinger med andre ord at *en viss terskel er overskredet*. Ordlyden i art 27.1 angir *ikke* en slik terskel, men at *alle* forsinkelser eller ekstrakostnader i forbindelse med arbeidet som er forårsaket av en mangel eller uoverensstemmelse i «Company Provided Items, Drawing, Specifications...»⁸⁵ gir leverandøren krav på endringsordre. Plasseringen av risikoen for havbunnforholdene beror på en sammen-

⁷⁹ Eng: «discrepancies and inconsistencies»

⁸⁰ Eng: «Company Provided Items» - CPI.

⁸¹ Jf. vgd rt-1954-32 nevnt ovenfor.

⁸² I samme retning – Eriksen (2005) s.41

⁸³ Se saksforholdet i LH-2011-46327 nevnt ovenfor hvor det ble holdt tilbake informasjon i et brev om et grunnbrudd på nabotomta

⁸⁴ jf NS 8407 pkt 23.1 (tredje og sjette ledd)

⁸⁵ Anbudsmateriale om havbunnens beskaffenhet, typisk seismikk vil være CPI i kontraktens forstand

satt vurdering. Leverandøren må tåle visse uforutsette utfordringer, og på bakgrunn av dette kan det spørres om terskelen i art 6.1 (4) gjelder generelt ved plassering av risikoen for havbunnsforhold, eller om man kan falle tilbake på utgangspunktet i art 27.1

I forlengelsen av det foregående må det videre kunne konstateres at det foreligger en uklarhet mellom ordlyden i art 6.1 (4) og art 27.1 (2). Uklarheten innebærer at art 6.1 (4), som har en mer snever ordlyd, er konsumert av den mer generelle i art 27.1. Det sentrale spørsmålet er hvilken selvstendig verdi art 6.1 (4) har. Enhver oppegående og intelligent leverandør ville valgt art 27.1 for å unngå terskelen i art 6.1 (4). I den utstrekning en slik løsning aksepteres, vil ikke art 6.1 (4) ha noen selvstendig verdi, og det kan neppe være meningen. En måte å harmonere uklarheten på er å lese art 27.1 og art. 6.1 (4) i sammenheng. Bestemmelsene må kunne leses i sammenheng ettersom art 6 gjelder «company provided items, drawings and specifications» og art 27.1 regulerer rettsvirkningene av forsinket og mangelfull levering fra selskapet. Etter min mening har det mye for seg å anlegge et synspunkt som anser art 27.1 som hovedregelen ved vurderingen av om leverandøren har krav på en endringsordre ved kontraktsbrudd av selskapsleveranser, og art 6.1 (4) som et *unntak fra hovedregelen* om at leverandøren må tåle noe avvik i havbunnens faktiske beskaffenhet sammenlignet med det som fremgikk av geologisk data før han kan rette krav om endringsordre. I forlengelsen av det foregående vil art 6.1 (4) være *lex specialis* art 27.1. Selv om *lex specialis* prinsippet bare er «tolkingsmomenter som må ses i sammenheng med andre tolkingsmomenter»⁸⁶, kan det vanskelig tenkes tolkningsmomenter som taler for et annet resultat dersom art 6.1 (4) skal ha noen selvstendig verdi.

Konklusjonen blir på bakgrunn av det foregående at det enten må innfortolkes en terskel i art 27.1 for å unngå at art 6.1 (4) ikke får noen selvstendig verdi, eller tolke anvendelsesområdet til art 27.1 innskrenkende slik at art 6.1 (4) blir et unntak fra hovedregelen og følgelig får en selvstendig plass uten å bli konsumert av ordlyden.

⁸⁶ Eckhoff: (2001) s. 348

5 Gyldigheten og rekkevidden av selskapets forbehold⁸⁷

5.1 Introduksjon

Det sentrale vurderingstemaet er hvilken adgang selskapet har til å fraskrive risikoen for uriktige og ufullstendige opplysninger om havbunnens beskaffenhet, og i hvilken utstrekning slike forbehold kan aksepteres. I den anledning må det redegjøres litt om hva som er kontraktpraksis.

Etter hovedregelen i art 6.1 tredje ledd er selskapet ansvarlig⁸⁸ for «feil, mangler og uoverensstemmelser» som oppdages i «Drawings and Specifications»⁸⁹ med mindre annet fremgår av art 6.3. At selskapet er «responsible» må forstås som henvisning til art 27.1⁹⁰ som regulerer selskapets ansvar for Company Provided Items, Drawings and Specifications. Ansvarets omfang beror på om leverandøren har overholdt undersøkelsesplikten i art 6.3.

Selskapet foretar ulike teknikker for å fravike de foregående utgangspunktene om ansvar. Eksempelvis inntas klausuler om at dokumenter om havbunnforholdenes beskaffenhet presenteres med en «as is» klausul, eller ved å anse dokumentene for å være for «information purposes only». I den utstrekning dokumentene er «for information purposes only», kan ikke leverandøren påberope seg avvik fordi selskapet ikke står inne for riktigheten av innholdet på samme måte som dokumenter de har fremlagt som leverandøren kan «rely on». Som nevnt i punkt 4.1.3 har ikke leverandøren samme mulighet til å foreta forundersøkelser av havbunnen som entreprenøren har under landentreprise. Leverandøren blir av den grunn indirekte *tvunget* til å

⁸⁷ Problemstillingen er utarbeidet i samråd med Adv. Dr. Juris Amund Bjøranger Tørum. Drøftelsen i det følgende er i stor grad basert på en powerpointpresentasjon fra hans presentasjon under Bath seminar 24.09.2011 som det ikke finnes noen URL eller offentlig henvisning til. Av respekt for Bjøranger Tørum's verk vil det i alle fall henvises til den i den utstrekning argumenter, synspunkter eller ideer er hentet fra den. Powerpointen vil i det følgende omtales som Bjøranger Tørum (2011) og listet opp i litteraturlisten under punktet **Annet**.

⁸⁸ eng: responsible.

⁸⁹ Vedlegg E og F

⁹⁰ Bjøranger Tørum (2011) s. 2

foreta en nøktern vurdering av den data som selskapet legger frem.⁹¹ Følgelig blir det sentrale vurderingstemaet i hvilken utstrekning selskapet kan gi leverandøren tilgang på dokumentasjon om havbunnsforhold samtidig som det fraskriver ansvaret for eventuelle feil, mangler eller unøyaktigheter som fremgår av dokumentasjonen.⁹²

5.2 Rt-2010-1875 – «Vegsaltdommen»

Det neste spørsmålet er som nevnt adgangen til og i hvilken utstrekning selskapet kan gi leverandøren data om havbunnens beskaffenhet, samtidig som det fraskriver ansvaret for uriktigheter og feil. I Rt-2010-1875, Vegsaltdommen, måtte Høyesterett ta stilling til et krav om tilleggsvederlag for merutgifter under en funksjonskontrakt uten mengdeangivelse basert på fastpris. Det var entreprenøren som måtte regne ut nødvendig saltbruk i anbudet, og baserte tilbudet på «konkurransgrunnlaget, møtereferat fra tilbudskonferansen og innkomne spørsmål besvart av [byggherren]».⁹³ I kalkulasjonsgrunnlaget hadde entreprenøren tatt inn en sikkerhetsmargin på 10%. Entreprenørens anbud var basert på data levert av byggherren om et årlig saltforbruk på ca. 3300 tonn. Det faktiske saltforbruket var 8765 tonn, nesten 3 ganger så høyt. Byggherren hadde tatt forbehold om feil i anbudsgrunnlaget. Det ble presisert at tallene i anbudsgrunnlaget ikke var «underlagt særskilt kvalitetssikring» og «kan ... være beheftet med feil», men det var «de beste historiske erfaringstall som kan skaffes».⁹⁴ Forbeholdet hadde med andre ord i større grad karakter av å være for «information purposes only» enn data entreprenøren kunne «rely on».

Entreprenøren prosederte prinsipielt på læren om bristende forutsetninger fordi kalkylen var «bygd på vesentlig uriktige forutsetninger».⁹⁵ Avtaleloven § 36 ble påberopt som subsidiært grunnlag for revisjon. Atter subsidiært ble NS-3430 pkt. 7.5 og 21.1 anført som hjemmel for tilleggsvederlag. Ordlyden i pkt 7.5 ga entreprenøren krav på merutgifter dekket såfremt de skyldes feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren hadde levert, og punkt

⁹¹ Bjøranger-Tørum (2011) s.2

⁹² Ibid

⁹³ Rt-2010-1875 avsnitt 3.

⁹⁴ ibid avsnitt 8.

⁹⁵ Ibid avsnitt 24

21.1 var en sekkebestemmelse som omfavnet «merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold».⁹⁶

Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var hvem som hadde risikoen for det faktiske saltforbruket i lys av byggherrens forbehold. Dette er mer presist et spørsmål om gyldigheten av selskapets fraskrivelser av ansvar og risiko for uriktige og ufullstendige opplysninger. Høyesterett slo fast at læren om bristende forutsetninger ikke gir hjemmel til å omfordelene en bevisst plassering av risikoen for saltforbruket i kontrakten.⁹⁷ Ved vurderingen av om avtaleloven § 36 kunne anvendes, ble det lagt vekt på at det var en kontrakt «mellom profesjonelle avtaleparter, og kontraktsperioden er begrenset til fem år»⁹⁸. Høyesterett kom på det grunnlaget til at revisjon etter avtl. § 36 var avskåret i det foreliggende tilfellet. Retten la til grunn at byggherren derfor måtte hefte etter NS-3430 pkt 7.5 jf. pkt 21.1 *til tross* for byggherrens forbehold, uten å gå konkret inn på hvilket rettslig grunnlag som anvendes for å sensurere rekkevidden av forbeholdet. Uavhengig av hvilket rettslig grunnlag som ble anvendt som sensur, så var det utslagsgivende moment i begrunnelsen at det var snakk om *så vesentlige feil* i tallmaterialet som entreprenøren hadde *begrenset mulighet* til å overprøve. Selv om dommen er avsagt under dissens var det enighet om det foregående.

5.3 Betydningen av vegsaltdommens premisser for fraskrivelser av ansvar om havbunnens beskaffenhet

I forlengelsen av det foregående punkt blir det sentrale vurderingstema i hvilken utstrekning selskapet kan gi leverandøren data om havbunnforholdenes beskaffenhet samtidig som det fraskriver seg ansvaret for feil og uriktigheter i det geologiske materialet. Selv om dommens premisser gjaldt feil i et tallmateriale om faktisk saltforbruk, vil de ha overføringsverdi til andre rettsområder, som f.eks. når et selskap gir en leverandør seismiske profiler eller data om prøveboringer fra havbunnen. Løsningen må i en viss grad bero på en tolkning av Høyesteretts premisser i vegsaltdommen. Som nevnt er det særlig to forhold som utmerker seg⁹⁹ – for

⁹⁶ Ibid avsnitt 26.

⁹⁷ Ibid avsnitt 65

⁹⁸ Ibid avsnitt 68

⁹⁹ Jf. Bjøranger Tørum (2011) s.11

det første er sensur av forbeholdenes rekkevidde betinget at det er snakk om «vesentlige feil». For det andre må leverandøren ha «begrenset adgang til å overprøve» selskapets data.

Det synes som at det etter rettens mening i vegsaltdommen ikke eksisterer en *generell adgang* til å fraskrive seg ansvar for *vesentlige feil* av en viss størrelsesorden. Dette må gjelde selv ved relativt *presise forbehold* ettersom byggherrens forbehold i vegsaltdommen ga entreprenøren *klare holdepunkter* om at dataen ikke kunne brukes slavisk. Det var mer eller mindre tale om informasjon som bare var for «information purposes only». Retten la til grunn at forbehold av denne karakter «bare [kan] dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet».¹⁰⁰ At Høyesterett bruker formuleringen «*mindre* vesentlige feil» kan tyde på at vesentlighetsterskelen for sensur er relativt høy. Høyesterett rokker ikke ved adgangen til å operere med forbehold, men nedjusterer rekkevidden av dem. Årsaken til nedjusteringen av rekkevidden var forankret i entreprenørens *begrensede adgang til å overprøve tallene* om oppgitt forbruk. Av det som da kan utledes av Høyesteretts premisser i avsnitt 56, er at selskapet *ikke* kan fraskrive seg ansvaret for uriktige og ufullstendige opplysninger av *vesentlig* karakter når leverandøren har en *begrenset adgang* til å overprøve riktigheten av de opplysninger som blir gitt i anbudskonkurransen. Her er det grunn til å minne om avsnitt 4.1.3 ovenfor hvor det presiseres at leverandøren i subsekontrakter tilnærmet er *tvunget* til å basere kalkylene på data det får av selskapet. Når leverandøren da ikke har annet materiale å støtte seg på enn det som gis av selskapet, kan selskapets anførsler om at dataen «bare var for information purposes only», ikke opprettholdes fullt ut.

Om selve vesentlighetskriteriet i vegsaltdommen ble det ikke sagt noe ut over at 266% feil i tallmaterialet var karakterisert som en «vesentlig feil i tallmaterialet». Det reiser et spørsmål om *hva* vesentlighetskriteriet knytter seg til. Vesentlighetskriteriet kan forstås som at det står i sammenheng med den innsatsfaktor leverandøren skal prestere.¹⁰¹ Følgelig må det vurderes om man skal se på den totale overskridelsen opp mot kontraktens totale vederlag med en globaltilnærming, eller den prosentvise innsatsfaktoren isolert sett uten å se på totalomsetningen av kontrakten. Forholdet lar seg lettere belyse ved å sette det hele inn i et større rettslig perspektiv. I et tenkt eksempel skal leverandøren i en installasjonskontrakt installere kabler langs

¹⁰⁰ Avsnitt 56.

¹⁰¹ Jf. Bjøranger Tørum (2011) s. 12

havbunnen og trenche dem bort til en plattform. Installasjonen utgjør 20 % av kontraktens verdi av 100. 50% av kontraktens verdi er dagrater til skipet. Deretter intrefter noe uforutsett som gjør installasjonen dobbel så dyr, en økning på 200%. Dersom det anlegges et perspektiv hvor det er den prosentvise innsatsfaktoren som vesentlighetskriteriet knytter seg til, vil en dobling av innsatsfaktorens pris tale for at det foreligger en vesentlig økning og berettigede en dekning av merkostnadene. Dersom det imidlertid anlegges et globalperspektiv blir spørsmålet om 120% er en vesentlig økning av 100%, eller om dette faller inn under leverandørens tålegrense. Andre eksempler kan også tenkes, spesielt hvor innsatsfaktoren utgjør 10% av kontrakten men øker med 300%. Det sentrale spørsmålet blir da om vesentlighetskriteriet knytter seg til økningen fra 10 til 30% (som isolert sett er en vesentlig økning), eller om økningen fra 100 til 130 kan karakteriseres som vesentlig. I denne sammenheng kan oppmerksomheten rettes mot rettspraksis. I Salhusdommen ble vesentlighetskriteriet knyttet opp mot en globaltilnærming hvor 25% av kontraktsprisen *ikke var tilstrekkelig*, selv om kravet var over 100 millioner.¹⁰² Imidlertid i Vegsaltdommen knyttet Høyesterett vesentlighetskriteriet til innsatsfaktoren (saltforbruket) isolert sett, uten å se på kontraktens totale verdi. Det taler følgelig for at leverandøren i eksempelet vårt kan få dekket merkostnadene med hjemmel i Vegsaltdommen, men ikke dersom vesentlighetskriteriet knyttes opp mot en globaltilnærming. Slik rettskildebildet per dags dato ligger an, er det uklart hva vesentlighetskriteriet knytter seg til. Imidlertid er det Vegsaltdommen som er den ferskeste, og det kan den grunn antas at det er den som er et utslag av gjeldende rett per 2014.

I forlengelsen av det foregående innebærer det at for den leverandør som eksempelvis skal legge en strømkabel fra Norge til Danmark, må havbunnen i vesentlig grad avvike fra den data om havbunnens beskaffenhet som leverandøren baserte sitt tilbud på. På bakgrunn av Vegsaltdommen er det tilstrekkelig at f.eks innsatsfaktoren trenching øker med f.eks. 200% for at vesentlighetskravet er oppfylt, selv om det primært er dagratene til leie av skip som utgjør størstedelen av kontrakten.

Høyesterett sier videre i Vegsaltdommen ingenting hvor skjæringspunktet mellom «mindre vesentlige feil» og «vesentlige feil» går. Høyesterett sier kun at forbehold opp til «mindre vesentlige feil» aksepteres. Følgelig blir det et spørsmål om hvor langt unna et avvik på 266%

¹⁰² Ibid.

man kan gå uten å krysse den grense som følger av en normal språklig forståelse av «mindre vesentlig». Siden avviket på nesten 266% ble karakterisert som «så vesentlige feil» (min utheving), er det et holdepunkt som taler for at terskelen ligger en del lavere. Her lar det imidlertid seg vanskelig gjøre å komme med et konkret tall, og det avgrenses mot videre redegjørelse.

Det neste spørsmålet som kan problematiseres er *hvor begrenset* må leverandørens adgang til å overprøve dataen være for at forbeholdet ikke kan opprettholdes fullt ut? På den ene siden av skalaen er det klart nok at i tilfeller leverandøren fullt ut er *tvunget* til å basere kalkylene på materialet fra selskapet, så taler det for samme resultat som følger av Vegsaldommen. På den motsatte siden hvor leverandøren har full frihet og selskapet kommer med sterke oppfordringer til å foreta undersøkelser eller overprøvelser, vil forbehold aksepteres. Elementet av frihet vil følgelig være et moment i vurderingen. Her er det mindre interessant å foreta et klart skille fordi i praksis er subsealeverandøren tilnærmet tvunget fullt ut til å basere seg på data fra selskapet.

5.4 Konklusjon

Sammenfatningsvis kan det sies at formålet med en slik innskrenkning i forbeholdenes rekkevidde må sies å være begrunnet i et behov for å kunne ha noen lunde rettfærdige spilleregler på et felt hvor leverandøren er *tvunget* til å basere anbudet på seismiske data fremlagt av selskapet. Når leverandøren ikke har samme adgang til å innhente egne opplysninger eller å etterprøve riktigheten av fremlagte opplysninger, vil det være behov for å operere med en vesentlighetsterskel basert på en tålegrense. Nøyaktig hvor terskelen går er det vanskelig å si noe helt konkret om. Selskapets forbehold er imidlertid gyldig i den utstrekning leverandørens tålegrense ikke er overskredet. Det vil si at alle feil og uriktigheter om grunnforholdenes beskaffenhet som fremgår av anbudsmaterialet, vil være leverandørens risiko frem til vesentlighetsterskelen er overskredet. I forlengelsen av dette ender man opp med noe som ligner en preceptorisk versjon av kjøpsloven § 19 (1) litra c som sensurerer rekkevidden av slike «as is» klausuler.

6 Risikoen for havbunnsforhold i driftsfasen.

6.1 Driftsfasens karakteristikk og forholdet til leverandørgarantien.

Driftsfasens karakteristikk er at alt arbeid som fulgte av kontrakten er utført i henhold til de krav som kontrakten stiller. Dette skyldes blant annet selskapets rett til å nekte å overta kontraktsgjenstanden før den samsvarer med kontraktens krav. Av den grunn skiller driftsfasen seg fra installasjonsfasen. Under installasjonsfasen foretar leverandøren alle utgravninger og installasjoner på havbunnen. Et eksempel på at installasjonsfasen er avsluttet, er at strømkabelen fra Norge til Danmark er nedgravd på 1 meters dyp der havbunnen er sand, og beskyttet med kapsler der det er for grunt eller stein. Strømkabelen er med andre ord klar til bruk, og leverandøren har heller ikke lenger et tidsskjema å forholde seg til.

Driftsfasen er tidsperiode uten noen klar tidsmessig avgrensning i forhold til varighet. Det blir et teknisk spørsmål om forventet levetid av eksempelvis olje-, gass- eller strømledninger. Av den grunn må driftsfasen *ikke* forveksles med leverandørens garantiperiode. Garantiperioden har en *klar* tidsmessig avgrensning hvor leverandøren har risikoen for kontraktsgjenstandens kontraktsmessighet – eksempelvis vil det være leverandørens problem dersom sveisepunkter brekker, at det er brukt feil materialer som ikke tåler undervannsstrømninger, eller om installasjonen på annen måte skulle vise seg å ikke følge kontraktens krav.

Tidspunktet for levering vil videre være skjæringspunktet mellom mangel og forsinkelsesansvar. Avhandlingen vil i den videre redegjørelse forutsette at leverandørens arbeid var utført i henhold til alle krav som fulgte av kontrakten, slik at det som ble levert på tidspunktet for opprettelsen av leveringsprotokoll var kontraktsmessig.

Et annet poeng som skiller driftsfasen fra installasjonsfasen er at det ikke lenger er leverandøren som krever en endringsordre for uforutsette havbunnsforhold, men selskapet som ønsker å gjøre et mangelsansvar gjeldende ovenfor leverandøren.

6.2 Leverandørgarantien

En normal språklig forståelse av «garanti» i en kontraktsammenheng innebærer at en av kontraktspartene har tatt på seg et ekstra ansvar hvor han står inne for at kontraktsgjenstanden

skal oppfylle visse minimumskrav, normalt i et avgrenset tidsrom på to til fem år. Både kortere og lengre garantiansvar er vanlig. Om garantiansvar under NSC skriver Eriksen (2005)

«...leverandøren påtar seg en risiko – for ytelsens kontraktsmessighet *etter* levering – som ellers ville ligget hos selskapet.»¹⁰³

Innholdet av garantien beror på en tolkning av hva partene har avtalt. Avhandlingen forutsetter at partene anvender NSC 05 uten endringer. I det følgende vil det først redegjøres for *hvor lenge* garantien gjelder, for så å redegjøre for *innholdet*.

Kontrakten forutsetter at art 23 suppleres med art 25. Art 23 angir *hva* leverandøren garanterer. Følgelig vil det være et faktisk spørsmål om det foreligger avvik fra garantien. Dersom det er tilfellet, er det art 25 som avgjør hvilke rettsvirkninger avviket skal ha.

6.2.1 Leverandørgarantiens lengde

Garantiperiodens lengde er angitt som en avgrenset periode på 2 år etter levering, jf. art 23.2. Levering skjer i samsvar med kontraktens art 19.1 og art 19.2, og garantiperioden «begynner når leveringsprotokoll opprettes», jf. art 23.2 (1).

Garantiperioden opphører på det tidspunkt som inntreffer først i tid av

- a) Two years from the issue of the Delivery Protocol.
- b) Two years from the date Company has taken over the Contract Object in accordance with the Contract, where the conditions for signing the Delivery Protocol in accordance with Art. 19.1 have not been fulfilled.
- c) One year from the first date the Contract Object was taken into use by Company.

6.2.2 Leverandørgarantiens innhold

Leverandørgarantien er angitt i art 23.1 med følgende ordlyd:

Contractor guarantees

¹⁰³ Eriksen (2005) s. 44

- a) the performance of the Work,
- b) that Contractor's engineering is suitable for the purpose and use for which, according to the Contract, it is intended,

And in addition, if a Contract Object is part of the Scope of Work, that

- c) the Contract Object will conform during the Guarantee Period to Drawings and Specifications,
- d) the Contract Object will conform during the Guarantee Period to the final result of Contractor's engineering, and
- e) that Materials delivered by Contractor for incorporation into the Contract Object are new.

This guarantee does not apply to

- a) Drawings and Specifications and Company Provided Items whether or not incorporated into the Contract Object, unless the contrary follows from Art. 6.3, and
- b) any dredging, trenching, ploughing, span corrections, back-fillings, burial or rock dumping after demobilization of the relevant Spread or issue of the Delivery Protocol, whichever comes first.

Med utgangspunkt i en objektiv forståelse av ordlyden, ser vi at leverandørens garantiansvar har en særskilt regulering i annet ledd som innskrenker rekkevidden av garantien gitt i første ledd, jf. «This guarantee does not apply to». Annet ledd litra a gjelder selskapsleveranser og er uten interesse for avhandlingens tema. Da temaet er risikoen for havbunnforhold under driftsfasen, vil det ikke foretas en bred redegjørelse av garantiansvaret som sådan, men fokusere på art 23.2 litra b som er av vesentlig interesse for å se på risikofordelingen under garanti-perioden.

6.3 Havbunnforholdenes betydning for garantien

Som nevnt i punktet ovenfor medfører havbunnforhold en innskrenkning i leverandørgarantien. Formålet med innskrenkningen kan tenkes å være et utslag av at havbunnen er "levende". Etter at leverandøren har trenchet ferdig og lagt kabelen på eksempelvis 1 meters dyp og fylt igjen med sand slik arbeidsbeskrivelsen lød i henhold til kontrakten, så har verken leverandøren eller selskapet noen kontroll over hvordan havbunnen oppfører seg i ettertid. Eksempelvis kan en kabel på leveringstidspunktet ligge 1 meter under havbunnen, tre meter un-

der havbunnen på et senere tidspunkt og helt eksponert på et annet. Årsaken til det skyldes sandbølger forårsaket av undervannsstrømninger som beveger seg på samme måte som sanddyner i ørkenen.¹⁰⁴ På dette punkt er det ikke tvilsomt hvem av partene som bærer risikoen for forhold av denne karakter. Som en konsekvens av at leverandørens garanti er innskrenket, er det selskapet som bærer risikoen for at kabelen senere blir eksponert.

Det kan imidlertid tenkes scenarioer hvor leverandøren har *garantert* for kabelens dybde med tanke på ytelse og funksjonskrav. En strømkabel yter best hvis den ikke blir for varm, og ved trenching ned til 1 meter er kabelen beskyttet samtidig som den ikke er overisolert. Sandvandring kan medføre at kabelen på et tidspunkt ligger mer enn f.eks. 3 meter under havbunnen, og da vil ikke vannets temperatur bidra til å kjøle den ned. Samtidig fungerer sanden som isolering, og det går ut over strømkabelens yteevne. I den utstrekning leverandøren *har* garantert at kabelen skal ligge på en viss dybde, vil han se seg nødt til å iverksette tilstrekkelige tiltak for å nå kontraktens funksjonskrav, herunder trenche på nytt og igjen legge kabelen på 1 meters dyp eller dumpe stein over.

6.4 Tidspunktet for risikoen overgang.

Som nevnt ovenfor gjelder ikke garantien i art 23.1 første ledd for

b) any dredging, trenching, ploughing, span corrections, back-fillings, burial or rock dumping after **demobilization of the relevant Spread** or **issue of the Delivery Protocol**, whichever comes first. (min utheving)

6.4.1 Demobilisering av «Spread»

Havbunnens påvirkning av kontraktsgjenstanden i garantiperioden er selskapets risiko etter demobilisering av «Spread»¹⁰⁵. Årsaken til denne risikofordelingen kan tenkes at det vil bli mye dyrere for leverandøren å iverksette hele apparatet på nytt enn det er å etterfylle mens mannskap og maskinpark allerede er på stedet. Således vil det tenkes å være tungtveiende

¹⁰⁴ Jeg sendte en epost til førsteamanuensis ved NTNU Øivind Arntsen ved Institutt for bygg, anlegg og transport (Marin Byggeteknikk) som forklarte meg hvordan sandbølger og sandvandring langs havbunnen fungerer.

For et bredere innblikk se URL: http://essay.utwente.nl/637/1/scriptie_de_Koning.pdf

¹⁰⁵ Spread er definert i art 1. Litra y som «... all vessels and barges provided by Contractor and a Subcontractor for the supply of goods or services in connection with the Work».

økonomiske hensyn som slår ut i selskapets disfavør. Eksempelvis dersom det viser seg at den første delen av den nedgravde strømkabelen nå er eksponert på bakgrunn av sandvandring, vil dette være leverandørs risiko og han må utbedre dette såfremt demobilisering ikke har funnet sted. Dersom imidlertid demobilisering har funnet sted, følger det av NSC at det er selskapets risiko dersom noe skulle skje med kontraktsgjenstanden.

6.4.2 Utstedelsen av leveringsprotokoll etter art 19.1 og 19.2

Sammen med demobilisering er utstedelsen av leveringsprotokoll et annet, men likestilt grunnlag. I alminnelig norsk kontraktsrett er leveringstidspunktet det alminnelige skjæringspunkt som markerer risikoens overgang. Naturligvis vil også opprettelsen av leveringsprotokoll være det nærmeste man kommer levering under NSC's forstand.

Leveringsprotokoll kan tidligst opprettes når leveringsdato er nådd, og leverandøren krever det. Selskapet skal tilkjennes en rimelig tidsperiode for å overse leverandørens arbeid. Her skiller NSC seg merkbart fra NF og NTK. Etter NF 05 og NTK 05 kan anmodning om å levere tidligst forkomme med et 14 dagers varsel, og ikke mer enn 28 dagers varsel. Etter NSC er det tilstrekkelig med henholdsvis 24 og 48 timers varsel. Antagelig kan den korte varslingsfristen forklares ved at selskapet ikke skal gjennomgå og undersøke det leverandøren har levert på samme måte som selskapet skal under NF og NTK.

Videre er det et vilkår for opprettelsen av leveringsprotokoll at offshorearbeidet og/eller kontraktsarbeidet er «ferdig», passerte testene og funksjonskravene foreskrevet i kontrakten og at den er klar for overlevering. At kontraktsgjenstanden ikke er helt ferdig er ikke til hinder for at leveringsprotokoll opprettes, såfremt det bare er snakk om «mindre deler uten praktisk betydning», jf. art 19.1 første og annet ledd. Vedrørende «praktisk betydning» kan selskapet nekte leverings dersom den ikke kan utnyttes fullt ut eller at gjenstående arbeider hindrer bearbeiding.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Kaasen (2006) s.496

6.4.3 Konklusjon:

Risikoen for havbunnsforhold i garantiperioden går over til selskapet på det tidspunkt som inntreffer først i tid etter en demobilisering av «Spread» eller utstedelse av leveringsprotokoll etter art 19.1 og 19.2. Det er altså to ulike, men sidestilte tidspunkter som har relevans.

7 Oppsummering av avhandlingens funn.

Avhandlingens overordnede problemstilling var «hvem av partene i en gitt situasjon skal ha risikoen for havbunnsforhold der havbunnens faktiske forhold avviker fra de forhold som leverandørens tilbud er basert på». Gjennomgangen av den entrepriserettslige bakgrunnsrett har dannet rammer for hvordan blant annet innholdet av aktsomhetskravet i art 6.1 (4) skal forstås. Videre vises det at leverandørens undersøkelsesplikt under NSC i en viss grad avviker det som følger av bakgrunnsretten. Bakgrunnsretten viser også at leverandøren, i likhet med entreprenøren i landentreprisen, er underlagt en tålegrense. Han må altså tåle noe avvik. Nøyaktig hvor den tålegrensen går er et konkret spørsmål. Det er imidlertid klart at leverandøren ved utarbeidelsen av pris og kalkyler må foreta en «nøktern vurdering» av det tilbudsmaterialet det får tildelt av selskapet, og dette danner rammer for partenes normalsituasjon.

Kriteriene for at art 6.1 (4) kommer til anvendelse er at vilkårene om økt belastning, årsakssammenheng og aktsomhet er oppfylt, se avhandlingens punkt 4.3. Bestemmelsen er angitt ved at leverandøren som hovedregel har krav på justering (VO) med mindre unntaket kommer til anvendelse, dvs. at leverandøren ikke har tatt «due account of the information».

Virkningene av art 6.1 (4) kommer til anvendelse er forskjellig for justeringer i fremdriftsplan og justeringer i kontraktspris. Selv om kontrakten er noe uklar på dette punkt, må det kunne legges til grunn at bestemmelsen tolket i lys av kontraktens system innebærer at for justeringer i fremdriftsplan skal virkningene «reflektere konsekvensene», mens justeringer i kontraktspris er underlagt de fastsatte rater i art 13.2. Det må altså sondres mellom justeringer for fremdriftsplan og justeringer for kontraktspris. Art 6.1 (4) er videre underlagt kontraktens prosessuelle system, selv om dette ikke fremgår på en klar måte. Her er det etter min mening rom for noen redaksjonelle endringer.

Om forholdet mellom den mer generelle ordlyden i art 27.1 og art 6.1 (4), må kontrakten riktig tolket forstås som at art 27.1 er hovedregelen og art 6.1 (4) som et unntak, jf. prinsippet

om *lex specialis*. Også på dette punkt er det etter min mening rom for noen redaksjonelle endringer for å gjøre forholdet mellom reglene litt klarere.

Et vesentlig poeng ved installasjonskontrakter langs havbunnen er havbunnens utilgjengelighet sammenlignet med landjorden. I den utstrekning landentreprenøren kan foreta prøveboringer for å delvis eliminere usikkerhet om grunnforholdenes beskaffenhet, må undervannsleverandøren gå direkte til havbunnen for å påbegynne arbeidet som en konsekvens av de høye dagratene på skip. Leverandøren er av den grunn indirekte tvunget til å ta utgangspunkt i det anbudsmaterialet som er levert av selskapet, og underlagt mer usikkerhet enn ellers. Det følger videre av Vegsaltdommen at i den utstrekning leverandøren ikke har anledning til å overprøve selskapets anbudsdata, vil forbehold om at seismikken/boreprøvene mv. bare er «for information purposes only», ikke kunne opprettholdes fullt ut. I den utstrekning slik anbudsdata er underlagt «vesentlige feil», vil leverandøren altså ha krav på vederlag.

Risikofordelingen under driftsfasen er delt. Leverandøren bærer risikoen under garantiperioden og selskapet etter den. Garantiperioden fremstår som oversiktlig angitt, og de mest interessante problemstillingene vil kun oppstå i den utstrekning leverandøren eksempelvis har garantert en gravedybde.

8 Litteraturliste

Standardkontraktene

NS 8405	Norsk standard 8405:2008 – <i>Norsk bygge- og anleggskontrakt</i>
NS 8407	Norsk standard 8407:2011 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.
NF 05	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005
NTK 05	Norsk Totalkontrakt 2005
NSC 05	Norwegian Subsea Contract 2005

Lover

Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr 04
Avhendingsloven	Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr 93
Kjøpsloven	Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr 27
Twisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile saker av 17. juni 2005 nr 90

Rettspraksis

Rt-1893-423

Rt-1898-227

Rt-1917-673

Rt-1999-922

Rt-2005-973

Rt-2007-1489

Rt-2010-1875

Rt-2012-1729

RG-1968-656

RG-1982-313

RG-1986-52

RG-2000-756

LH-2004-12799

LA-2006-126227

RG-2008-45836

LG-2007-123605

LH-2011-46327

Voldgiftspraksis

Rt-1954-32

rt-1954-35

Rt-1955-120

Uttalelser fra BFJR

BJFR sak nr. 265 (1987)

Litteratur

- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, Universitetsforlaget, 2001
- Giverholt (2012) Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. Oslo, Gyldendal Forlag, 2010
- Giverholt (2012) Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. Oslo, Gyldendal Forlag, 2012
- Hagstrøm (1997) Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner*. Oslo, Vindere forlag, 1997
- Hagstrøm (2003) Viggo Hagstrøm, i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*. Andre opplag. Oslo, Universitetsforlaget, 2003
- Hov (2010) Jo Hov, *Innføring i prosess 2*. Oslo, Calax, 2010
- Kaasen (2006) Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Andre opplag. Oslo, universitetsforlaget, 2006
- Sandvik (1966) Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*. Oslo, Tanum, 1966

Annet

- Bjøranger Tørum (2011) Amund Bjøranger Tørum, *Forutsetningslærens anvendelse i entrepriseforhold; særlig om revisjonsterskelen og forbehold*, Oslo 28. april 2011.
- Bjøranger Tørum (2011) Amund Bjøranger Tørum, *Forbehold og revisjonsterskler i entrepriseforhold – utviklingstrekk i Høyesteretts praksis*. Bath 24. september 2011.

Masteravhandlinger

- Grøstad (2012) Andreas Tangen Grøstad, *Risikoen for grunnforholdene etter NS*

8407, levert 25.11.2012, Universitetet i Oslo. Tilgjengelig på <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/35542/173161.pdf?sequence=4>

Eriksen (2005)

Lars-Christian Eriksen, *Risikoen for sjøbunnsforhold under NSC05*, levert 25.11.2005, Universitetet i Oslo. Tilgjengelig på <http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=33248>

Internettsteder

[www.idunn.no/ts/beta/2008/01/leting etter olje og naturgass tallenes tale?highlight=#highlight](http://www.idunn.no/ts/beta/2008/01/leting_etter_olje_og_naturgass_tallenes_tale?highlight=#highlight)

<http://snl.no/fabrikasjonskontrakt>

<http://no.wikipedia.org/wiki/Risiko>

[http://www.bfjr.no/Dokmnr/Symp13/Barbo grunnforhold.pdf](http://www.bfjr.no/Dokmnr/Symp13/Barbo_grunnforhold.pdf)

<http://www.entrepriseforeningen.no/6735-Entreprisejuridisk-seminar-2011?iid=14956&pid=OOG-Artikkel-Files.Native-InnerFile-File&attach=1>

<http://www.thommessen.no/Filer/PDF/Logistikk%20og%20innkjop%203-13%20ASBJ%20INSK.pdf>

[http://www.nexans.no/eservice/Norway-no_NO/navigatepub_0_-32387_-32385_2_12117/Capjet trenching.html](http://www.nexans.no/eservice/Norway-no_NO/navigatepub_0_-32387_-32385_2_12117/Capjet_trenching.html)

http://ncesubsea.no/download/130129_subseakontrakter_advokatfirmaet_schjodt_as.pdf