

UiO : **Det juridiske fakultet**

Risiko for skade på kontraktarbeidet i byggjetida

Skaderisikoen i utførelsesentreprise

Kandidatnummer: 718

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 949



Innhald

1 INNLEIING 4

1.1 Tema.....	4
1.2 Avgrensingar	4
1.3 Rettskjelder.....	5
1.3.1 Standardkontraktane.....	6
1.3.2 Kontraktsrettslege prinsipp	6
1.3.3 Retts- og voldgiftspraksis	6
1.3.4 Juridisk teori.....	7
1.3.5 Andre rettskjelder.....	7
1.4 Den vidare framstillinga.....	8

2. ALMINNELEGE UTGANGSPUNKT 9

2.1 Forhistorie	9
2.2 Plassering	10
2.3 Hensyn.....	12

3. HOVUDREGELEN 13

3.1 Risikofordelinga	13
3.2 Skade på kontraktarbeidet	15
3.2.1 Skade.....	15
3.2.2 Kontraktarbeidet	15
3.3 Risikoovergangen.....	20

4. SKADAR FORÅRSAKA AV BYGGHERREN OG MEDHJELPARAR 23

4.1 Byggherren og kontraktsmedhjelparane.....	23
4.2 Krav om årsakssamanheng.....	25
4.3 Krav om at skaden må oppstå under utføring av kontraktsplikter	25
4.4 Særleg om sabotasje og hærverk.....	27
4.5 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar	27
4.5.1 Bustadoppføringslova	27
4.5.2 Eldre standardkontraktar	27
4.5.3 Internasjonale standardkontraktar	28
4.5.4 Fabrikasjonskontraktar.....	29

5. SKADAR FORÅRSAKA AV KATASTROFAR 29

5.1 Oversikt.....	29
5.2 Krav om at omstenda er «ekstraordinære» og «upåregnelige»	30
5.3 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar	31
5.3.1 Bustadoppføringslova	31
5.3.2 Eldre standardkontraktar	32
5.3.3 Internasjonale standardkontraktar	32
5.3.4 Fabrikasjonskontraktar.....	33

6 VERKNADAR AV Å BERE RISIKOEN	33
6.1 Konsekvensar når entreprenøren ber risikoen	33
6.2 Konsekvensar når byggherren ber risikoen	36
6.3 Litt om forsikring	38
6.4 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar	40
6.4.1 Bustadoppføringslova	40
6.4.2 Eldre standardkontraktar	40
6.4.3 Internasjonale standardkontraktar	41
6.4.4 Fabrikasjonskontraktar	41
7. BEVISSPØRSMÅL	41
8. KJELDER	43
8.1 Standardkontraktar	43
8.2 Lover	44
8.3 Offentlege dokument	44
8.4 Retts- og voldgiftspraksis	44
8.5 Uttalelsar frå BFJR	45
8.6 Litteratur	45
8.7 Internettssider	47

1 Innleiing

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlinga er risikoen for skade på kontraktarbeidet i byggjetida. Forenkla skal oppgåva sjå på korleis øydeleggjande hendingar som rammar eit byggjeprojekt, blir regulert av den parten som skal utføre bygginga og den parten som har bestilt byggjeprojektet.

Temaet reiser fire hovudproblemstillingar. Den første problemstillinga er kva som er skade på kontraktarbeidet. Den andre problemstillinga er å trekke opp grensene for kven av bestillaren og utføraren som skal ha risikoen for dei ulike skadehendingane på kontraktarbeidet under byggjetida. Den tredje problemstillinga er kva som utgjør byggjetida. Det sentrale her blir å fastslå skjeringspunktet for risikoovergangen mellom partane. Den fjerde problemstillinga er å fastslå kva konsekvensar det har for partane å bere risikoen i dei enkelte tilfella.¹ Dei økonomiske konsekvensane vil vere dei sentrale, men også framdriftsrisiko og gjennomføringsplikt vil bli behandla.

I avtaleforhold om bygging av eit bygg eller eit anlegg er det naturlege utgangspunktet for handteringa av spørsmåla som oppstår, avtalen mellom partane. Avtalen kan vere fullstendig utarbeida av partane sjølve, eller den kan være supplert med ein allereie utarbeidd standardavtale. I byggjeprojekt mellom to profesjonelle partar nyttar ein nesten utelukkande ein allereie utarbeidd standardavtale som supplement i kontraktsforholdet. I denne avhandlinga skal eg i første rekke sjå på korleis skaderisikoen er regulert i dei to gjeldande standardkontraktane for utførelsesentreprise på fast eigedom, NS 8405 og NS 8406, men også noko lovgiving og enkelte andre standardkontraktar vil bli trekt inn.

1.2 Avgrensingar

Avhandlinga gjeld byggjearbeid på fast eigedom. Reglane i verkskontraktar innanfor andre område enn fast eigedom vil såleis falle utanfor rammene for denne avhandlinga. Dette betyr at til dømes skipsbyggingskontraktar og fabrikkasjonskontraktar innanfor offshore ikkje vil bli behandla. Likevel har slike kontraktar også ei viss interesse for vårt formål og vil kunne bli nytta for samanlikning der dette høver seg.

Entrepriseretten kan ein dele inn i forbrukarentreprise og næringsentreprise. Forbrukarentreprise gjeld byggjearbeid der ein profesjonell part byggjer noko for ein forbrukar. Næringsentreprise gjeld mellom to profesjonelle partar. Temaet i avhandlinga er sentralt innanfor både forbrukarentreprise og næringsentreprise. Fokuset i avhandlinga vil vere på reguleringa i næringsentreprise. Dette betyr at reguleringa i forbrukarentreprise ikkje er tema for denne avhandlinga. Sidan reguleringa i forbrukarentreprise har mange fellestrekk med reguleringa i næringsentreprise, kjem ein imidlertid ikkje utanom ei viss behandling av rettsområdet.

¹ Sjå Hagstrøm, 1997, s 90

Ein kan organisere ein entreprise enten som ein utførelsesentreprise eller som ein totalentreprise. Utførelsesentreprise er ei nemning på ein entrepriseform der ein entreprenør skal bygge eit spesifisert byggjeprojekt eller delar av eit spesifisert byggjeprojekt for ein byggherre. Utførelsesentreprisen er den tradisjonelle entrepriseforma, og er karakterisert ved at byggherren sjølv eller ved hjelp av medhjelparar i hovudsak står for prosjekteringa. Entreprenøren si hovudoppgåve er å utføre arbeidet i tråd med dette. I Norge har ein to gjeldande standardkontraktar for utførelsesentreprisar. Den mest omfattande og detaljerte er NS 8405. Vi har også ein enklare, mindre detaljert standard, NS 8406.

For totalentreprise er reguleringa annleis. Her står entreprenøren også for prosjekteringa av det som skal byggast, noko som medfører at entreprenøren som utgangspunkt også får risiko for dette. Totalentreprisen har etterkvart også fått sin eigen standardavtale, og den gjeldande avtalen på området er NS 8407. Av omsyn til omfanget av avhandlinga, vil fokuset i denne avhandlinga liggje på reguleringa i utførelsesentreprise. Totalentreprise vil imidlertid bli kommentert og nytta som samanlikningsgrunnlag der det er naturleg.

Eg vil også presisere at risiko for skade på anna enn sjølve kontraktarbeidet fell utanfor rammene for denne avhandlinga.

Ofte vil byggjerisikoforsikringa dekke skadar som oppstår på kontraktarbeidet i byggjetida. I slike tilfelle vil risikofordelinga mellom partane ofte ikkje ha dei heilt store praktiske konsekvensane. Der spørsmålet kjem på spissen er når skadane er så små at ein grunna høg eigendel ikkje ser seg tent med å nytte forsikringa. Vidare kan spørsmålet ha betyding også der forsikringa av ein eller annan grunn ikkje dekker skaden. I tilknytning til dette kan spørsmålet ha betyding der det oppstår forseringskostnader for ein av partane. Det kan då reisast spørsmål om desse kostnadane er dekkja av forsikringa, eller om partane sjølve må dekke dei. Temaet i avhandlinga heng som ein ser tett saman med prosjektet si forsikring. Likevel vil fokuset i oppgåva liggje på sjølve risikoplasseringsreglane. For totalbildet sin del ville det vore hensiktsmessig om også forsikringsreglane blei drøfta grundig. Av plassmessige omsyn vil imidlertid forsikringsreglane kun bli omhandla overflatisk. Det er likevel viktig å merke seg den sterke koplinga mellom reglane.

1.3 Rettskjelder

Rettskjeldebiletet for næringsentreprise er prega av at ein ikkje har lovregulert området. Det tomromet som dette medfører blir forsøkt regulert gjennom avtalen mellom partane. Den primære rettskjelda er dermed sjølve byggjeavtalen. Som sagt står partane fritt til å utarbeide ein eigen avtale mellom seg, som ein kan supplere med ein allereie utarbeidd standardavtale. Dette blir i all hovudsak gjort. I utførelsesentreprise supplerer ein ofte med ein av dei to standardane NS 8405 eller NS 8406.

Til samanlikning er dette gjort annleis i forbrukarentreprise. Her har ein lovfesta reguleringa, primært gjennom Lov 13. juni 1997 nr 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad (heretter buofl) og Lov 16. juni 1989 nr 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (heretter hvttj). I forbrukarentreprise har ein derfor ikkje same behov for standardavtalar som i næringsentreprise.

1.3.1 Standardkontraktane

Standardkontraktane som blir nytta i entrepriseforhold i dag, er utarbeida av Standard Norge. Avtalane er forhandla fram av ulike aktørar i bransjen. Dette er med på å sikre at dei ulike interessene i eit slikt kontraktsforhold blir ivaretatt.

Standard Norge blei stifta i 2003 etter ei samanslåing der mellom anna den gamle utgjevaren av standardkontraktane, Norges Byggstandardiseringsråd, inngjekk.² Standard Norge har såleis røter tilbake til 1923. Heilt frå NS 401 frå 1944 fram til dagens standardar har nyare standardar bygd på tidlegare standardar. Denne materielle evolusjonen gjer at også tidlegare standardkontraktar har relevans ved tolkinga av dagens standardavtalar. Utviklinga av standardkontraktane innanfor entrepriseretten vil eg behandle under ei historisk oppsummering i punkt 2.1 i avhandlinga.

Til forskjell frå ordinær lovgjeving har ikkje standardavtalar forarbeid eller liknande. Ein kan derfor ikkje få hjelp til å tolke avtalen frå dei som har laga han på same måte som ved lover. Vi har imidlertid eksempel på at Høgsterett har lagt vekt på ikkje vedtekne høyringsutkast til standardavtalen.³ Hovudregelen er imidlertid at ein må tolke ordlyden slik den er komen til uttrykk standardane. Dette gjer at ordlyden får ei viktig rolle.

Generelt må ein ved tolking av avtaleskapt reglar, særleg der avtalen gjeld mellom to profesjonelle partar, som hovudregel leggje ei streng ordlydstolking til grunn.⁴ Også dette bidreg til at ordlyden i standardane får ei svært viktig rolle.

Dersom avtalen ikkje regulerer spørsmålet eller ordlyden i avtalen ikkje er tilstrekkeleg klar, vil ein som på andre rettsområde supplere med andre rettskilder.

1.3.2 Kontraktsrettslege prinsipp

Vi har ingen lover som direkte supplerer entreprisekontraktar mellom profesjonelle partar. Entrepriseretten høyrer under obligasjonsretten, noko som gjer at ein kan tolke og utfylle kontraktane i lys av alminnelege obligasjonsrettslege prinsipp.

1.3.3 Retts- og voldgiftspraksis

Eit anna trekk ved entrepriseretten er det noko begrensa omfanget av tilgjengeleg rettspraksis. Denne sporadiske førekomsten av rettspraksis fører til at rettskjeldebiletet er noko fragmentert. Den tradisjonelle bakgrunnen for dette er at det i tidlegare standardar var avtalt at tvistar skulle avgjerast ved voldgift.⁵ Dette blei endra frå og med NS 3430 der løysinga blei at tvistar om mindre summar skulle avgjerast ved domstolane og større tvistar ved voldgift. Denne todelinga blei vidareført i NS 8405, jf. art 43. Sjølv om dette har ført til at bruken av domstolar har auka noko dei siste åra, er det framleis lite tilgjengelig rettspraksis.

² Sjø Store Norske Leksikon (nettutgåva)

³ Sjø Rt 2014 s 520

⁴ Jf. mellom anna Rt 2005 s. 1155 og Rt 2000 s 806

⁵ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s. 51

Ein viktig grunn til at partane framleis i stor grad vegrar seg for å nytte domstolssystemet, er at tvistar innanfor entreprise er omfattande og ofte krev stor byggfagleg kompetanse. Partane føler nok at dette best kan ivaretakast gjennom ein voldgiftsrett. Til trass for høg voldgiftsfrekvens, har ein likevel få publiserte avgjerder, noko som gjer rettsbiletet også her begrensa.⁶ Vidare er entreprisetvistar ofte i stor grad avhengig av faktum, noko som gjer at dei avgjerdene ein har, ofte er konkret grunnjevne og lite prinsipielle.⁷

Todelinga i NS 8405 har ikkje blitt vidareført i NS 8406 og NS 8407.⁸ Her er utgangspunktet at alle tvistar skal gå for ordinære domstolar. Ei sannsynleg fjølge av denne endringa er at ein vil få fleire tvistar for dei ordinære domstolane i tida framover.

1.3.4 Juridisk teori

Mangelen på forarbeid og relevant rettspraksis gjer at juridisk teori nok har fått spele ei større rolle på entrepriseretten sitt område enn det som det normalt er tradisjon for i norsk rett.⁹ Trass i at juridisk teori i utgangspunktet har ganske begrensa rettskjeldevekt, har juridisk teori innanfor entrepriserett hatt stor faktisk innverknad på utviklinga. Mellom anna har Tore Sandvik sine arbeid vore av stor betydning for utviklinga av entrepriseretten. Dei to mest sentrale verka «Entreprenørrisikoen» og «Kommentar til 3401» har, trass sin etterkvart høge alder, framleis ei viktig rolle i entrepriseretten. Ein kan også nemne at Sandvik fekk i oppdrag å utarbeide ein felles nordisk standardavtale utgitt som NU 1976:22, som aldri blei noko av.

Vidare har tidlegare høgsterettsadvokat Helge Jakob Kolrud sine kommentarutgåver hatt stor betydning.¹⁰ Kolrud var formann i komiteane som hadde ansvaret for revisjonen av både NS 3401 og NS 3430, og han har såleis følgd utviklinga av standardane på nært hald.

Av andre som har vore sentrale for utviklinga på området, kan ein nemne Viggo Hagstrøm, Jan Einar Barbo, Kai Krüger og Lasse Simonsen. I tillegg har kommentarutgåvene til Karl Marthinussen m. fl. og Henning Nordtvedt m. fl., samt Knut Kaasen sitt arbeid på offshorekontraktane, hatt stor innverknad.

I 2014 kom Herman Bruserud med den første systematiske læreboka i entrepriserett. Boka vil nok spele ei sentral rolle i entrepriserettsleg teori framover.

1.3.5 Andre rettskilder

Vidare nyttar ein undertida også alternative kjelder. Dette er kjelder som typisk har svært begrensa vekt i den tradisjonelle rettskjeldelæra, men som har fått større plass på entrepriserettens område.

For det første har responsa gitt av Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (heretter BFJR) tradisjonelt spelt ei viss rolle på entrepriseretten sitt område. Hagstrøm nemner rådet sitt

⁶ Sjå Sandvik, 1966, s 73

⁷ Sjå Marthinussen m.fl, 2010, s. 52

⁸ Sjå NS 8406 art 31 og NS 8407 art 50.4

⁹ Sjå Hagstrøm, 1997 s 15

¹⁰ Sjå Kolrud m.fl., 1992 og Kolrud m.fl., 2004

sakstilfang, publiseringspraksis og kyndige samansetning som grunnar til dette. Mellom anna har både Sandvik og Krüger hatt sete i rådet. Rådet sine uttalelsar er kun rådgjevande og har ikkje noko autoritativ kraft.¹¹ Dei seinare åra har sakstilfanget minka, og BFJR spelar i dag ei meir perifer rolle i utviklinga av entrepriseretten enn det gjorde tidlegare.

For det andre har som sagt forbrukarentreprise i stor grad blitt lovfesta. Sjølv om ikkje desse reglane kan nyttast direkte i næringsentrepriseforhold, vil både lovene og forarbeida til desse gi oss ei viss rettleiing der reguleringa i det vesentlege er lik.¹²

For det tredje er entrepriseretten eit område med sterkt internasjonalt preg. For norsk entrepriserett sin del har særleg standardavtalar frå dei andre nordiske landa øvd innverknad. For utførelsesentreprise er svenske AB 04 samt forgjengaren AB 92 sentrale standardar. Frå dansk entrepriserett har vi AB 92. Som i Norge, er standarden i Sverige utarbeida av bransjeorganisasjonar. I Danmark er staten meir sentral i dette arbeidet, men også her er ulike bransjeorganisasjonar representert.¹³ Mykje av den nordiske entrepriseretten er historisk sett basert på tysk rett, slik at også tysk entrepriserett har ei viss interesse.

I tillegg har også internasjonale standardar blitt vanlegare i norsk entrepriserett, og då særleg kontraktane utarbeidde av FIDIC. Desse kontraktane er i stor grad basert på engelsk rett, og reguleringa er tildels svært ulik reguleringa ein finn i dei norske standardkontraktane.¹⁴ På utførelsesentreprisen sitt område er det «Red Book» som er den sentrale FIDIC-kontrakten. Sjølv om ein ikkje kan nytte internasjonale standardar direkte i tolkinga av NS 8405 og NS 8406, kan reguleringa i dei vere eit nyttig supplement i enkelte tilfelle.

For det fjerde vil også verkskontraktar frå andre rettsområde enn landbasert entreprisen kunne ha ei viss interesse. Dette gjeld fabrikkkontraktar som til dømes NF 07 og NTK 07 innan offshore, samt ulike skipsbyggingskontraktar. Desse kontraktane inneheld reglar som i stor grad byggjer på dei same prinsippa som landentreprisen.¹⁵ I tilknytning til dette vil Kaasen sine kommentarar til offshorekontraktane, også kunne ha interesse for tolking av dei landbaserte standardane.

1.4 Den vidare framstillinga

Først vil eg presentere utgangspunkta i bakgrunnsretten. Dette vil eg gjere ved å gje ei kort historisk framstilling, før eg ser på dagens regulering i kontraktsretten generelt.

Deretter vil reguleringa i utførelsesentreprisen bli behandla. Utgangspunktet vil bli tatt i hovudregelen, før unntaka blir presenterte for seg. Gangen vil såleis følgje reguleringa i NS 8405/06. Eg har imidlertid valt å skilje ut verknadane for partane i ein eigen del. I den delen vil også byggjerisikoforsikringa bli behandla.

¹¹ Sjø Hagstrøm, 1997, s 15

¹² Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 51

¹³ Sjø Nordtvedt m.fl, 2013, s 28

¹⁴ Sjø Nordtvedt m.fl, 2013 s 28

¹⁵ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 52

Siste delen av avhandlinga er via spørsmål knytta til bevis.

2. Alminnelege utgangspunkt

2.1 Forhistorie

I denne delen vil eg behandle korleis den historiske utviklinga av risikoreguleringa i kontraktsretten har vore. Først vil eg kort trekke opp hovudlinjene for den internasjonale utviklinga av risikoreglane. Deretter vil utviklinga av risikoreglar innanfor norsk kontraktsrett bli behandla. Til slutt blir utviklinga av standardavtalar i norsk entrepriserett behandla, med særskilt fokus på utviklinga av risikoplasseringsreguleringa.

Spor av kontraktsrettsleg risikoplassering finn vi første gong i antikken.¹⁶ Hovudregelen i romarrettsleg kontraktsrett var skuldansvaret. Etter kvart utvikla det seg imidlertid ansvarsreglar som ikkje bygde på skuld, men som i staden for bygde på reine risikobetraktningar. Desse fekk fotfeste hovudsakleg innanfor to område. For det første blei reguleringa vanleg i entrepriseretten og andre verksforhold. Risikofordelinga var her at den utførande parten som hovudregel hadde risikoen, med unntak for såkalla «vis major» hendingar der byggherren hadde risikoen. Læra fordelte dermed risikoen mellom partane slik at byggherren ikkje var fri for si betalingsbyrde, dersom «vis major» hendingar skada byggjearbeidet. Det latinske omgrepet «vis major» svarar til det franske omgrepet «force majeure». Begge omgrepa betyr eigentleg høgare makt, og beskriv omstende som menneske ikkje har kontroll over og kan avverje.¹⁷

For det andre fekk denne risikofordelinga fotfeste innanfor transportretten. Romarretten bygde her på ein regel om bortfraktaransvar. Risikoen var altså som utgangspunkt plassert hos den som tok på seg å frakte noko. Likevel var det også her eit unntak for «vis major» hendingar. Slike hendingar skulle handelsmennene sjølve svare for. Som ein ser hadde reguleringa i transportretten og i entrepriseretten store fellestrekk.

For Norge sin del byrja utviklinga av reglane for alvor først på slutten av 1800-talet. Også i Norge var transportretten sentral. Bakgrunnen for dette var Norge sin etterkvart sentrale posisjon innanfor maritim handel. Denne verksemda kravde ei klar fordeling av risiko. Parallelt med dette gjekk det store arbeidet innanfor nordisk kjøpsrett føre seg, noko som resulterte i fleire nye lover på området, mellom anna Lov 24. mai 1907 nr 2 om kjøb. Også i desse lovene kunne ein spore ansvarsreglar bygde på risikobetraktningar.

Som følgje av stort internasjonalt arbeid skaut utviklinga av kjøpsretten fart igjen utover 1970- og 1980 talet. Særleg var Wienkonvensjonen om lausøyrekjøp (CISG) sentral.¹⁸ Som ledd i denne utviklinga fekk vi også ei ny norsk kjøpslov, Lov 13. mai 1988 nr 27 (heretter kjl). Denne lova har vore sentral for utviklinga på fleire område innanfor kontraktsretten og var tildels førebilete for bustadoppføringslova som er den gjeldande lova innanfor

¹⁶ Sjå Mestad, 1992 s 22-23. Avsnitta om antikken og romarretten byggjer på Mestad si avhandling.

¹⁷ Sjå Hagstrøm, 2011, s 335

¹⁸ Sjå Mestad, 1992 s 54

forbrukarentreprise.¹⁹ Både kjøpslova og bustadoppføringslova kodifiserer ein stor del av bakgrunnsretten i norsk entrepriserett og har såleis hatt stor betyding for utviklinga av entrepisekontraktane.²⁰

Bruken av standardkontraktar i norsk entrepriserett starta med utviklinga av standarden NS 401 som var ferdig i 1938, men som offisielt blei gitt ut i 1944.²¹ NS 401 regulerte tradisjonell utførelsesentreprise. Denne kontraktsstandarden inneheldt imidlertid ikkje regulering av skaderisikoen. I 1961 blei NS 401 avløyst av NS 401 A. I NS 401 A finn vi for første gong reglar som regulerar skaderisikoen.²²

I 1969 blei etterkomaren NS 3401 tatt i bruk. NS 3401 blei umiddelbart ein suksess, mykje grunna statens og kommunanes avgjerd om å nytte standarden ved offentlege anskaffingar.²³ I NS 3401 var skaderisikoen regulert gjennom art 18 i kontrakten.

NS 3430 blei vedtatt i 1991. Denne standarden var meir detaljert enn NS 3401.²⁴ Skaderisikoen er regulert i art 15, med hovudregelen i 15.1 og unntak for katastrofehendingar i art 15.2. Reguleringa er lik forgjengaren NS 3401 sjølv om formuleringsmåten skil noko. Reguleringa i denne kontrakten har også fleire fellestrekk med dagens regulering. Ordlyden er imidlertid ikkje heilt samanfallande. Ei av hovudproblemstillingane i denne avhandlinga blir å sjå på om dagens regulering har medført ei endring frå reguleringa i NS 3430.

NS 3430 blei erstatta av NS 8405. Denne trådte i kraft 1. mars 2004. Det er i dag ei teknisk oppdatert utgåve frå 2008 som er den gjeldande standarden for utførelsesentreprise. I tillegg har ein i dag NS 8406 som er ei enklare og mindre detaljert regulering av utførelsesentreprisar. NS 8406 blei vedtatt i 2006. Også den har seinare fått ei teknisk oppdatering. Dette blei gjort i 2009.

Som følge av aukande globalisering, har også entrepriseretten gjennomgått ei omfattande internasjonalisering. Fleire utanlandske aktørar har etablert seg i Norge, noko som har auka behovet for samanfallande reguleringar over landegrensene. På bakgrunn av denne utviklinga har internasjonale standardar som FIDIC vorte meir og meir utbreidde. Reguleringa i FIDIC-kontraktane skil seg ofte markant frå reguleringa i dei norske standardkontraktane.

2.2 Plassering

Det alminnelege utgangspunktet i norsk rett er at eigaren ber risikoen for sine egne ting. Utan heimel for noko anna må ein derfor falle tilbake på denne tilbakefallsregelen. Heimel for ei

¹⁹ Sjø Hagstrøm, 2011, s 48

²⁰ Sjø Hagstrøm, 2011, s 48

²¹ Sjø Barbo, 1997, s. 11

²² Sjø NS 401 A art 17

²³ Sjø Kolrud m.fl., s 21. Sjø også NOU 1997:21 pkt. 19.1

²⁴ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 48

anna regulering kan til dømes vere alminnelege erstatnings- eller kontraktsrettslege reglar, lovreguleringar eller særskilt plassering av ansvar og risiko gjennom avtale.²⁵

Entrepriseretten er ein del av kontraktsretten. Kontraktsretten består av ein svært omfattande bakgrunnsrett som dannar basisen kontraktar byggjer på. Eit naturleg utgangspunkt er då å ta eit blick på reguleringa i bakgrunnsretten.

I forbrukarentreprisar er risikofordelinga regulert gjennom buofl § 45. Reguleringa her byggjer på at risikoen for skade følgjer funksjonsfordelinga i kontrakten. Dette følgjer av ordlyden i paragrafen. At risikoen følgjer funksjonsfordelinga, betyr at partane har fordelt risikoen mellom seg på bakgrunn av kva den enkelte skal prestere.

Liknande reguleringar finn vi også på andre område. Eit eksempel er hvttjl der risikofordelinga er regulert i §29, jf. §28. Også her følgjer risikoen funksjonsfordelinga. Ein kan også sjå spor av ei slik regulering i kjl §13, jf. §12. Bakgrunnsretten er med andre ord nokså samstemd. Vidare er det, som eg kjem tilbake til i punkt 2.3, også gode grunnar for ei slik risikofordeling. Dette talar med styrke for at ei slik risikofordeling i dag må leggjast til grunn som eit kontraktsrettsleg prinsipp. Eit slikt synspunkt har også støtte frå Hagstrøm.²⁶

Utgangspunktet i alminneleg norsk kontraktsrett er altså at kvar av partane ber risikoen for sine ytingar. Dette er også utgangspunktet i norsk entrepriserett, og blei mellom anna slått fast av Høgsterett i Rt 1917 s 673. Regelen er også utgangspunktet i dei andre nordiske standardkontraktane.²⁷

At funksjonsfordelinga er utgangspunktet synes det no også å vere einigheit om i juridisk teori.²⁸ I tidlegare juridisk teori fanst det også ei alternativ oppfatning, nemleg at risikoen går over mellom partane i takt med betalinga for arbeidet.²⁹ Denne læra har imidlertid ikkje fått fotfeste og har i dag kun historisk interesse.

At risikoen følgjer funksjonsfordelinga, gjer at ein må fastsette eit skjeringspunkt der den som skal levere ytinga, ikkje lenger skal ha risikoen for den. I kjøpsretten snakkar ein her om levering, og då som utgangspunkt fysisk overlevering hjå seljar. Dette følgjer av kjl §13 første ledd. Hagstrøm presiserar at det er den faktiske overlevering som i utgangspunktet er den avgjerande. Risikoen kan imidlertid også gå over på kjøpar før faktisk levering gjennom reglar om kreditormora.³⁰ Merk at i forbrukarkjøp kan risikoen ikkje gå over på kjøpar ved kreditormora, jf. Lov 21. juni 2002 nr 34 om forbrukerkjøp (heretter fkjl) §7, jf. §14.

For fast eigedom er risikoovergangen regulert annleis, då ein ikkje kan foreta ei overlevering i tradisjonell forstand. I forbrukarentrepriseforhold snakkar ein om overtaking gjennom overtakingsforretning, jf. buofl §45, jf. §14. Ein finn også igjen overtaking ved avhending av

²⁵ Sjø Iversen, 2010 s 261

²⁶ Sjø Hagstrøm, 2011, s 333

²⁷ Sjø Iversen, 2010, s 269

²⁸ Sjø m.a. Kolrud m.fl., 2004, s 174 og Marthinussen m.fl., 2010, s 237

²⁹ Sjø Sandvik, 1977, s 167 som viser til eldre litteratur

³⁰ Sjø Hagstrøm, 2011, s 330

fast eigeedom, jf. Lov 3. juli 2012 nr 93 om avhending av fast eigeedom (heretter avhl) §2-4, der overtakinga som utgangspunkt skjer gjennom brukstaking. I praksis avtalar ein imidlertid ofte at overtaking skal skje gjennom signering på ein overtakingsprotokoll.

Lorenz har gjort ei gransking av risikoovergangen i entrepriseforhold og utarbeidd fire ulike modellar denne risikoovergangen kan gå føre seg på.³¹ For det første kan entreprenøren ha risikoen fram til byggherren har godtatt arbeidet med unntak for force majeure-tilfelle. For det andre kan byggherren og entreprenøren gi avkall på alle krav mot kvarandre som skuldast skadar på arbeidet i kontraktsperioden, og i staden ta ut ei generell tingskadeforsikring. For det tredje kan risikoen gå over til byggherren ved levering eller liknande. Den fjerde modellen byggjer på ein hovudregel om risikoovergang gjennom levering eller godtaking, med unntak for enkelte risikoar som er særskilt regulerte mellom partane. Overtakingsinstituttet i utførelsesentreprise vil bli nærare behandla i del 3 i avhandlinga. Det må imidlertid vere klart at dei tildels ulike reglane om risikoens overgang, gjer at ein her ikkje kan operere med ein alminneleg obligasjonsrettsleg bakgrunnsregel.³²

At ein part har risikoen kan ha fleire ulike verknadar. I kjøpsretten skil ein mellom kjøparrisiko og seljarrisiko. Kjøparrisiko inneberer at ein kjøpar ikkje kjem fri for si plikt til å betale kjøpesummen sjølv om tingen går til grunne. Dette følgjer klart av ordlyden i mellom anna kjl §12, fkjl §13 og avhl §2-4.

Kva verknadar seljarrisiko har for kontraktsoppfyljing følgjer ikkje av risikoreglane. Hagstrøm har imidlertid skissert fire moglege løysingar.³³ For det første kan seljar likevel ha moglegheit til å levere kontraktsmessig. Dette føreset at ein har tid og moglegheit til å reparere eller byte vara før levering. For det andre kan seljar velje å levere ei ikkje kontraktsmessig vare. Seljar vil då ha eit mangelsansvar. For det tredje kan seljar reparere eller skaffe ny vare, men levere for seint og hamne i forseinkingsansvar. Den siste moglege løysinga for seljar er å ikkje levere i det heile, noko som også medfører forseinkingsansvar. Kva det inneber at den seljande part har risikoen, vil dermed heilt avhenge av omstenda og salsavtalen i det konkrete tilfelle. Ein kan dermed heller ikkje her stille opp ein alminneleg bakgrunnsregel.

2.3 Hensyn

Eit byggjeprosjekt reiser mange kompliserte utfordringar. Ukjend grunn, utandørs arbeid, mange involverte og lang byggjeperiode er faktorar som er med på å gjere prosjekta utsett for uforutsette hendingar som kan føre til skadar på arbeidet. Slike skadar på arbeidet kan i nokre tilfelle reise rettslege spørsmål mot ein tredjepart. Her vil det kunne liggje føre ansvar etter erstatningsrettslege reglar. Mellom partane blir det imidlertid eit spørsmål om fordeling av risiko. Reglar om risiko for skade på kontraktarbeidet i byggjetida har som oppgåve å fordele dei ulike farane som kan materialisere seg i denne prosessen mellom partane.³⁴ Slik reglar må

³¹ Sjø Lorenz, 1980, s 140

³² Sjø Hagstrøm, 2011, s 331

³³ Sjø Hagstrøm, 2011, s 329

³⁴ Sjø Kolrud m.fl, 2004 s 173

då regulere både kven som har risikoen, kva det inneber å ha risikoen og klarleggje skjeringspunktet for risikoens overgang.³⁵

Slike reglar er med på å sikre forutbereknlegheit i byggjeprosessen. Prosjektet er nesten alltid avhengig av ei viss framdrift. Dersom partane på førehand har regulert risikofordelinga ved ulike hendingar, kan ein sleppe langvarige og kostbare konflikhtar midt i ein byggjeprosess. Ein kan også på førehand innrette seg på ein måte som minskar risikoen for at skadar på byggjearbeidet materialiserar seg.

Vidare er som sagt reglane eit utslag av funksjonsfordelinga. Når begge partar skal yte noko, er det ofte ønskjeleg at kvar av partane ber risikoen for det dei sjølve er nærmast til å ha herredømme over.³⁶ Dersom partane har risikoen for det dei sjølve skal prestere, vil dei i eigeninteresse utføre arbeidet på best mogleg måte og sjølve passe på at eige arbeid er best mogleg beskytta mot skade.³⁷

Vidare er det som i alle avtaleforhold, viktig at reglane er klare og lette å praktisere for partane. Dette minskar risikoen for konflikhtar og gir begge partar best mogleg føresetnadar for å levere i samsvar med det avtalte.

3. Hovudregelen

3.1 Risikofordelinga

I NS 8405 er risikoen for skade på kontraktarbeidet i byggjetida regulert i art 17. I NS 8406 er spørsmålet regulert i art 10. I del 2 i avhandlinga blei det slått fast at bakgrunnsregelen i kontraktsretten fordeler risikoen etter funksjonsfordelinga i kontrakten. Dette er også utgangspunktet i entrepriseretten. Tidlegare standardkontraktar som NS 401 A, NS 3401 og NS 3430 byggjer på denne risikofordelinga, og sjølv i entrepriseforhold regulert av NS 401 der ein ikkje kan lese ein regel om fordeling av risiko klart ut av ordlyden, seier Sandvik at regelen har vore oppfatta som sjølvsgagt.³⁸ Dette betyr at tidlegare praksis og teori framleis i høgste grad er relevant for tolkinga av dagens regulering.

Eit spørsmål som oppstår, er kva det vil seie å bere risikoen. Definisjonen av risiko er i følge Store Norske Leksikon «fare for tap».³⁹ Dette er ei vid formulering, og gjenspeilar at bruken av ordet ofte blir brukt litt tilfeldig. Sandvik hevdar at ordet risiko i vår samanheng skal forståast snevert. Han hevdar det kun omfattar vederlagsrisikoen.⁴⁰ Med vederlagsrisikoen meiner ein kven som må bere dei økonomiske konsekvensane for ulike skadehendingar. Dette

³⁵ Sjø Hagstrøm, 1997, s 90

³⁶ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 268

³⁷ Sjø Eide og Stavang, 2008, s 27

³⁸ Sjø Sandvik, 1977, s 167

³⁹ Sjø www.sn.no/risiko

⁴⁰ Sjø Sandvik, 1977, s 167

synet blir delt av Iversen som skil mellom vederlagsrisiko, ytingsrisiko og eigarrisiko.⁴¹ Det er i dag ikkje tvilsamt at NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 regulerar vederlagsrisikoen. Kva dette inneberer vil bli drøfta nærmare under punkt 6.1 i avhandlinga.

Å bære risikoen må ikkje forvekslast med å svare for eller ha ansvar for ei hending. I motsetning til dei kontraktsrettslege ansvarsreglane byggjer ikkje risikoplasseringsreglane på at det ligg føre ansvarspådragande forhold i form av culpa eller forsett frå ein kontraktspart. Risikohendingar er hendelege og utanforståande der kontraktsparten si åtferd som utgangspunkt ikkje har relevans.⁴² Ein må imidlertid merke seg at reglane om ansvar kan «bryte gjennom» reglane om risiko.⁴³

Risikofaktorane i eit byggjeprojekt fordelast mellom partane. Partane er byggherren og entreprenøren. Byggherren er definert i NS 8405 art 2.2 som den «kontraktspart som skal ha utført det bygg- eller anleggsarbeid som kontrakten omfatter». Entreprenøren er definert i art 2.4 som den «kontraktspart som har påtatt seg utføring av det bygg- eller anleggsarbeid som kontrakten omfatter.» Definisjonane, som er allmenne, vil også gjelde der ein nyttar NS 8406.⁴⁴

Det er altså entreprenøren som har påtatt seg å utføre kontraktarbeidet. Når utgangspunktet er at risikoen følgjer funksjonsfordelinga, betyr dette at entreprenøren som hovudregel har risikoen for kontraktarbeidet i byggjetida. Dette er slått fast i første ledd i både NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10. Reguleringa i dei to standardane er lik. Regelen må som utgangspunkt omfatte alle typar skadar som gjer at entreprenøren ikkje kan levere kontraktmessig. Regelen er dermed eit utslag av den alminnelege plikta entreprenøren har til å levere det han har påtatt seg etter avtalen. At entreprenøren som utgangspunkt ber risikoen synast også å vere hovudregelen i utanlandsk rett. Unntaket er tysk entrepriserett, som synast å leggje risikoen som hovudregel på byggherren.⁴⁵

Byggherren vil i utgangspunktet bli eigar av kontraktsobjektet. Spørsmålet om kven som har risikoen må ikkje forvekslast med spørsmålet om kven som har eigedomsretten til materialane og det som skal byggast.⁴⁶ Eigedomsretten, som til dømes kan ha betydning for beslagsretten for ein kreditor, går som utgangspunkt over til byggherren i takt med utføringa og betalinga for arbeidet. I NS 8405 følgjer dette av art 40. I NS 8406 følgjer dette av art 30. Dersom for eksempel byggherren ikkje oppfyller si løpande betalingsplikt for arbeidet, vil dette kunne ha betydning for eigedomsretten, men entreprenøren vil framleis ha risikoen. Regelen gjeld også heilt uavhengig av om forsikring mot skaden er eller skulle vore teikna.⁴⁷ Partane står sjølv sagt fritt til å utarbeide avvikande reguleringar.⁴⁸

⁴¹ Sjø Iversen, 2010, s 260-263

⁴² Sjø Iversen, 2010, s 261

⁴³ Sjø Iversen, 2010, s 274

⁴⁴ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 48

⁴⁵ Sjø Iversen, 2010, s 270, jf. VOB/B §7.

⁴⁶ Sjø Hagstrøm, 1997, s 90

⁴⁷ Sjø Sandvik, 1977, s 168

⁴⁸ Sjø Rt 1992 s 770

Eit spørsmål som har vore drøfta i teorien, er om risikoen følgjer funksjonsfordelinga også ved rekningsarbeid. Sandvik hevdar på side 169 i sin kommentar til NS3401 at dersom arbeidet skal utførast på rekning, vil ei slik funksjonsfordeling reelt sett ikkje gjelde. Han hevdar at dersom betaling etter rekning er avtala, skal entreprenøren uansett ha betalt for alt utført arbeid. Dette vil medføre at byggherren må betale for alt ekstraarbeid som følgje av skade o.l. Eit motsett standpunkt blir hevda av Marthinussen m. fl. Dei meiner at dersom entreprenøren først ber risikoen, inneber det at byggherren ikkje skal risikere at arbeidet blir dyrare enn om hendinga ikkje hadde skjedd.⁴⁹ Argumentasjonen byggjer på at entreprenøren etter NS 8405 art 31.1 som omhandlar vederlagsberekning ved rekningsarbeid, skal ha betaling med påslag til dekning av mellom anna risiko. Dermed hevdar dei at risikofordelinga som følgjer av NS 8405 art 17, også vil gjelde ved rekningsarbeid. Personleg har eg mest sans for standpunktet til Marthinussen m. fl. Kva som er gjeldande rett er imidlertid ikkje avklara.⁵⁰ NS 8406 art 23.4 har tilsvarande formulering som NS 8405 art 31.1. Regelen må dermed gjelde tilsvarande i kontraktsforhold regulert av NS 8406.

3.2 Skade på kontraktarbeidet

3.2.1 Skade

Både NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 gjeld risikoplassering for skadar. Dette reiser spørsmålet om kva ein skade er. Ordet skade er naturleg å forstå som ytre fysiske hendingar som har øydeleggjande verknadar på det som skal byggast. Sandvik snakkar i denne samanheng om «beskadigelse» og definerer dette som «hendelig undergang og forringelse».⁵¹ Feil og manglar ved arbeidet fell då utanfor definisjonen av skade. Ein må imidlertid merke seg at ein skade kan utgjere ein mangel dersom entreprenøren ikkje reparerar skaden før overtaking.

I dei fleste tilfella vil det ikkje vere tvilsamt om vi står overfor ein skade eller ikkje. For eksempel dersom regnet øydelegg elektriske apparat klare for installasjon, vil det ikkje vere tvil om at vi står overfor ein skade. Dersom regnet bløyter nokre plastlister, vil vi klart nok ikkje stå overfor ein skade. Kvar grensa går er ikkje forsøkt definert i standarden, og eg har heller ikkje funne rettspraksis der dette har vore tema. Når heller ikkje teorien har via dette spørsmålet noko plass, illustrerar vel nettopp det at grensedragninga sjeldan vil by på problem. Skulle spørsmålet dukke opp, må domstolane ta utgangspunkt i dei faktiske omstenda for kvar enkelt hending, noko som nok vil føre til ganske konkrete avgjerder.

3.2.2 Kontraktarbeidet

Kontraktarbeid er definert i NS 8405 art 2.6. NS 8406 inneheld ikkje ein liknande definisjon. Marthinussen m. fl. hevdar imidlertid at definisjonen av kontraktarbeid i NS 8405 er allmenn og skal tolkast på same måte i NS 8406.⁵² Kontraktarbeid blir i NS 8405 definert som «bygg, arbeid eller anlegg som omfattes av kontrakten mellom byggherren og entreprenøren».

⁴⁹ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 237

⁵⁰ Sjø Bruserud, 2014, s 382

⁵¹ Sjø Sandvik, 1977 s 167

⁵² Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 48

Ordlyden talar for at dette omfattar alt arbeid som må foreligge for å oppnå det fysiske, varige resultatet som ein har forplikta seg til, som er eit utslag av den alminnelege plikta entreprenøren har til å levere kontraktsmessig.⁵³ Definisjonen i kontrakten er imidlertid ikkje heilt presis og har vore gjenstand for ein del diskusjon. Omgrepet synes uansett å rekke vidt. I både NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 er det presisert at entreprenøren sin risiko er avgrensa til det som er «utført». Dette utelukkar at til dømes stilas og liknande er omfatta av omgrepet kontraktarbeid.

Det er imidlertid viktig å merke seg at kontraktarbeidet er eit dynamisk omgrep og vil kunne endre seg i løpet av byggjeperioden, til dømes som følgje av endringsarbeid.⁵⁴

Noko som etter ordlyden og standardens oppbygging ikkje er skade på kontraktarbeidet, er skade på den andre kontraktparten sin person eller eigedom. I NS 8405 følgjer dette av art 42.2. I NS 8406 har ein ikkje tatt inn reglar om skade på anna enn kontraktarbeidet, men regelen er ein kodifikasjon av alminnelege erstatningsreglar. Regelen gjeld derfor like fullt i kontraktsforhold regulert av NS 8406.⁵⁵

Ved tolkinga kan ein også samanlikne med omgrepsbruken i andre kontraktar. Til forskjell frå NS 8405/06, brukar NS 8407 art 19 som gjeld totalentreprise, omgrepet kontraktgjenstand. Kontraktgjenstand er definert i NS 8407 art 1.4, og Nordtvedt m. fl. hevdar omgrepet kontraktarbeid er eit snevrare omgrep enn kontraktgjenstand.⁵⁶ At kontraktarbeid er eit snevrare omgrep enn kontraktgjenstand, harmonerar dårleg med den alminnelege forståinga av omgrepa, jf. også ovanfor. Derfor synes det i høgste grad usikkert om kontraktarbeid skal tolkast snevrare enn kontraktgjenstand slik som Nordtvedt m. fl. synes å leggje til grunn. Eg har drøfta spørsmålet med Kaasen, som var formann i komiteen som utarbeida NS 8407. Han seier at bakgrunnen for at ein i valde kontraktgjenstand i NS 8407, var for å unngå den tvetydigheit som ligg i begrepet kontraktarbeid, og for å presisere at skadane må knytte seg til fysiske resultatet entreprenøren har forplikta seg til å byggje.

I tillegg regulerar artikkane risikoen for skade på materialar. Om materialar er ein del av kontraktarbeidet eller kjem i tillegg er ikkje heilt klart. Overskrifta i NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 tyder på at materialar er ein del av kontraktarbeidet, medan ordlyden talar for det motsette. Spørsmålet har uansett ikkje praktisk betydning.

Entreprenøren sin risiko for materialar reiser tre spørsmål som krev ein grundigare gjennomgang. Eg har difor valt å vie dette temaet noko større plass. For det første kan ein reise spørsmål om kva for gjenstandar som er omfatta av definisjonen materialar. For det andre dersom materialar er «fremskaffet» av byggherren, vil det også oppstå spørsmål om kva omgrepet «fremskaffet» inneber. Til sist vil det oppstå spørsmål om når risikoen for materialar byggherren har skaffa, går over på entreprenøren.

Når det gjeld omgrepet materialar, tilseier ei naturleg språkforståing at det dreier seg om produkt som skal danne komponentane i eit bygg. Dette kan omfatte alt frå dører i eit bygg til

⁵³ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 268

⁵⁴ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 62 og Kolrud m.fl., 2004, s 49

⁵⁵ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 111

⁵⁶ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 60

sement til bruk ved betongproduksjon i ein tunnel. Ein slik definisjon vil famne svært vidt. Om enkeltstående lausøyreobjekt som skal inkorporerast fell inn under definisjonen, er etter vanleg språkbruk meir tvilsamt.

I dansk entrepriserett har Hansen m. fl. tatt til orde for ei snever forståing av omgrepet materialar.⁵⁷ Dei hevdar at kvitevarer og liknande, om slikt er omfatta av entreprenøren sin leveranse under kontrakten, ikkje fell inn under omgrepet. Vagner og Iversen synes langt på veg å vere einig og hevdar at omgrepet bør reserverast for dei meir tradisjonelle byggjematerialane som tømmer og murstein.⁵⁸ Dansk rettspraksis har imidlertid lagt til grunn eit vidare omgrep.⁵⁹ Hensynet til forutbereknlegeheit harmonerer etter mi meining best med eit vidt omgrep. Rettsteknisk er det også ein fordel med tolkingar som ikkje fører til vanskelege grensdragningar. Eg har ikkje funne norsk rettspraksis rundt dette, og det synes heller ikkje vere drøfta særskilt i norsk teori. Løysinga synes usikker inn til vidare.

Noko som klart ikkje fell inn under omgrepet materialar er prosjekteringsdokument og liknande. I dag, då slike dokument er elektroniske, vil spørsmålet uansett ikkje ha den store praktiske betydninga.

Når det gjeld materialar «fremskaffet» av byggherren, kan også entreprenøren måtte bere risikoen for desse. Dette følgjer av ordlyden i både NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 første ledd. Bakgrunnen for ein regel om at entreprenøren også kan ha risikoen for materialar som byggherren har skaffa, er at entreprenøren i visse tilfelle er nærast til å bere risikoen.⁶⁰ Likevel kan ein ikkje seie at entreprenøren automatisk er nærast til å bere denne risikoen. Utgangspunktet etter funksjonsfordelinga må vere at byggherren har risikoen for sine egne ytingar, noko som inkluderar dei materialar byggherren skal skaffe til prosjektet. Alternativt kan ein grunne byggherrisikoen for egne materialar i eigarrisikoen, slik Sandvik har gjort det.⁶¹ Byggherren vil uansett sitte med risikoen for desse, heilt til risikoen går over på entreprenøren.

Det andre spørsmål som oppstår er kva som skal til for at byggherren har «fremskaffet» materiala. Ei språkleg tolking av «fremskaffet» tyder på at byggherren på ein eller annan måte må bidra i prosessen som leder til at materiala kan inkorporerast i byggjeprojektet. I dei fleste tilfella vil det ikkje vere tvilsamt om byggherren har skaffa materiala eller ikkje. Likevel kan det oppstå vanskelege grensespørsmål til dømes der entreprenøren har bestilt material frå ein leverandør som er eigd av byggherren, eller dersom byggherren bestiller materialar som blir levert direkte til entreprenøren. Heller ikkje for desse spørsmåla har eg funne relevant rettspraksis eller teori. Skulle spørsmåla dukke opp for domstolane vil ein nok foreta ei konkret vurdering, der graden av involvering frå byggherren vil vere avgjerande.

Dersom entreprenøren skal ha risikoen for materialar framskaffa av byggherren, er føresetnaden at materialane er «overgitt i entreprenørens besittelse». Det tredje spørsmålet

⁵⁷ Sjø Hansen m.fl., 1993, s 47

⁵⁸ Sjø Vagner, 2005, s 95

⁵⁹ Sjø T:BB 2008.305 VBA

⁶⁰ Sjø Sandvik, 1977, s 170

⁶¹ Sjø Sandvik, 1966, s 278

som oppstår, er kva som skal til for at dette vilkåret er oppfylt. Ordlyden tilseier at risikoen først går over når entreprenøren fysisk har fått materiala hos seg. Materialar vil normalt vere overgjevne når entreprenøren har fått desse på sitt lager eller på anna oppbevaringsstad. Ein ser at det ikkje er krav om levering på byggjeplassen, slik tilfellet er for eigedomsretten til materiala, jf. NS 8405 art 40.1.

Ifølgje Nordtvedt m. fl. er det avgjerande i alle tilfelle om materiala er stilt til entreprenøren sin disposisjon på ein slik måte at han faktisk har rådigheit over dei.⁶² Utsegna gjeld NS 8407, men ordlyden i både NS 8405/06 er identisk og ein kan leggje til grunn same forståing her. Kolrud m. fl. og Hagstrøm seier det slik at entreprenøren må ha fått kontrollen og råderetten over materiala.⁶³ Marthinussen m. fl., synast langt på veg å vere einig då dei hevdar at det avgjerande vil vere om materiala er «levert ham på en slik måte at det reelt er entreprenøren som kontrollerer bruken av dem».⁶⁴ Teorien kan dermed oppsummerast som ganske samstemt.

At materiala fysisk er på entreprenøren sitt lager, er då ikkje noko nødvendig vilkår, noko som gjer at også andre overgjevingsmetodar kan nyttast. Det typiske eksempelet er der byggherren har levert dei til byggjeplassen. Her kan imidlertid grensespørsmål oppstå. For eksempel dersom byggherren sjølv eller nokon av kontraktsmedhjelparane har lager på byggjeplassen, kan det tenkast situasjonar der det ikkje er gitt at materiala er i entreprenøren sin varetekt sjølv om dei er på byggjeplassen. I følgje Marthinussen m. fl. er det her ikkje tilstrekkeleg at materiala fysisk finnast på byggjeplassen. Dei hevdar at det i tillegg må krevjast at entreprenøren på ein eller annan måte er gjort oppmerksom på at han har overteke risikoen for materiala.⁶⁵ Ein måte å gjere dette på er for partane å formalisere overgjevinga ved for eksempel ei mottakskvittering. Ein annan måte er å dele byggjeplassen opp i ulike soner der overgjeving til ein entreprenørs sone vil innebere at entreprenøren tek over risikoen.⁶⁶

Eit anna grensetilfelle er dersom byggherren i staden for å overgje materiala til entreprenøren, overgir materiala til ein av entreprenøren sine kontraktsmedhjelparar. Ordlyden i NS 8405/06 nemner kun overlevering til «entreprenørens besittelse». Sett i samanheng med definisjonen av entreprenør i NS 8405 art 2.4 talar ordlyden mot at dette er tilstrekkeleg til at overgjeving då har funne sted. Ordlyden må vege tungt i slike samanhengar og forutbereknlegeheit i kontraktsforholdet er eit svært viktig omsyn i entrepriseretten. Motsett kan ein sjølvsagt hevde at det ville bli unødig tungvint og formalistisk om kontrakten i slike tilfelle alltid skulle måtte takast på ordet. I teorien hevdar Nordtvedt m. fl. at skal byggherren fri seg ved å levere til entreprenøren sine kontraktsmedhjelparar, må ei slik løysing vere avtalt på førehand mellom partane. Er det ikkje det, kan ikkje byggherren fri seg frå risikoen ved å overgje materiala til entreprenøren sine kontraktsmedhjelparar.⁶⁷ Regelen må difor vere at kontrakten i dette

⁶² Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 269

⁶³ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 174 og Hagstrøm, 1997, s 90

⁶⁴ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 238

⁶⁵ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 238

⁶⁶ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 238

⁶⁷ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 269

tilfellet må takast på ordet. Levering til entreprenøren sine kontraktsmedhjelparar er ikkje tilstrekkeleg.

Vidare kan ein spørje seg om ein kan stille opp eit forsvarlegheitskrav til overgjevinga. Ordlyden gir ikkje støtte for eit slikt forsvarlegheitskrav. Det må imidlertid vere klart at det alminnelege kravet til lojalitet mellom kontraktspartar tilseier at byggherren må overgje materiala på ein forsvarleg måte.⁶⁸ Eg har ikkje funne norsk rettspraksis som støttar dette synspunktet. I ei avgjerd frå Danmark, T:BB 2006.542(3)V som gjaldt bygging av fleire småhus, måtte imidlertid byggherren bere risikoen for tjuveri av materialar han hadde levert. Bakgrunnen for avgjerda var at entreprenøren hadde åtvare om faren for tjuveri i området og likevel hadde byggherren valt å levere til eit og eit hus om gangen. Retten meinte då at omstenda låg slik an at byggherren var nærast til å bere risikoen for tjuveria. Avgjerda er også kommentert av Iversen som hevdar at trass i at avgjerda er konkret grunngjeva, kan den takast til inntekt for eit generelt forsvarlegheitskrav.⁶⁹

Vidare er det sjølv sagt ein føresetnad for at entreprenøren skal ha risikoen, at materialane skal brukast til utføringa av prosjektet. Til dømes vil ikkje entreprenøren overta risikoen for materialar som skal nyttast i eit anna av byggherren sine prosjekt, sjølv om det blir lagra på entreprenøren sin byggjeplass. Vidare må det også vere klart at dersom materialar blir levert byggjeplassen for at ein annan sideentreprenør skal nytte dei, vil ikkje entreprenøren overta noko av risikoen for dei. Heller ikkje dersom entreprenøren sitt arbeid på materiala er bagatellmessig, vil entreprenøren bere risikoen for dei.⁷⁰ Dersom fleire sideordna entreprenørar skal utføre arbeid på same materialar, seier Marthinussen m.fl. at risikoen og forsikringsplikta må liggje hjå den entreprenøren som har kontrollen og den mest sentrale oppgåva knytt til dei.⁷¹ Heller ikkje dersom entreprenøren kun nyttast som ledd i transport eller montering av materiala for byggherren, går risikoen over etter reglane i NS 8405 eller NS 8406.⁷² Skal entreprenøren transportere materiala for byggherren, kan risikoen imidlertid kvile på entreprenøren etter andre reglar.

Ein regel om at entreprenøren skal overta risikoen for materialar levert av byggherren, er ikkje sjølv sagt. I utanlandsk entrepriserett, som for eksempel i svensk og tysk entrepriserett, har ein stort sett valt motsett løysing.⁷³ Eit unntak er dansk entrepriserett, som synes å ha valt same løysing som Norge har valt.⁷⁴

⁶⁸ Sjø NS 8405 art 5

⁶⁹ Sjø Iversen, 2010, s 278

⁷⁰ Sjø Vgd 23/12 1997

⁷¹ Sjø Marthinussen, 2010, s 125

⁷² Sjø Sandvik, 1977, s 171

⁷³ Sjø Sandvik, 1977, s 170

Sjø AB 04 kap. 5 § 9 2. ledd (antitetisk) og VOB/B §7, jf. BGB §644 1. ledd 3. pkt.

⁷⁴ Sjø AB 92 kap. C § 12 1. ledd og Iversen, 2010 s 272

3.3 Risikoovergangen

Det er ikkje berre for materialar levert av byggherren at risikoen skiftar mellom partane. Også sjølve byggjeprojektet er karakterisert ved at risikoen som utgangspunkt først er plassert hos den eine, så hos den andre. Avhandlinga omhandlar kun risikospørsmål som oppstår i byggjetida. Byggjetida er imidlertid ikkje nytta som omgrep i sjølve kontraktsteksten i standardane. I NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 nyttar ein omgrepet «inntil overtakelse har funnet sted». Når utgangspunktet er at entreprenøren kun har risikoen «inntil overtakelse har funnet sted», oppstår spørsmålet om kva som skal til for at overtaking har funne stad.

Ferdigstilling av bygget er ikkje tilstrekkeleg til at risikoen går over på byggherren. Tradisjonelt har det vore to hovudmåtar for overtaking å skje på, nemleg ved overtakingsforretning eller ved brukstaking. I dag er den store hovudregelen at overtaking skal skje formelt ved overtakingsforretning. Dette følgjer av NS 8405 art 32.1, jf. art 32.6 første ledd litra b. I NS 8406 følgjer regelen av art 24.1, jf. 24.4 litra b. Denne regelen gir eit klart og lett konstaterbart skjeringspunkt for risikoovergangen – noko som er retts teknisk ønskeleg.⁷⁵ Prosedyren følgjer av NS 8405 art 32.2 til art 32.5. Artiklane i NS 8406 er ikkje like detaljerte, men reguleringa er i hovudsak lik.

Overtakingsforretning skjer ved at entreprenøren skriftleg innkallar byggherren med frist på 14 dagar til ein gjennomgang. Partane har plikt til å møte og dersom ein part ikkje møter, kan den andre parten gjennomføre overtakingsforretninga åleine. Ein har imidlertid ikkje reglar om risikoovergang ved kreditormora slik som ein finn i kjøpsretten.⁷⁶ Resultatet av dette er at sjølv om byggherrens forhold har medført forseinking av overtakinga, kan ikkje entreprenøren hevde at risikoen går over på byggherren ved avtalt leveringstid.⁷⁷ På overtakingsmøtet går partane i fellesskap gjennom kontraktarbeidet. Ved gjennomgangen vert det ført protokoll og når den er signert av begge partar, går risikoen over på byggherren. Unntaket er dersom byggherren nektar å overta kontraktarbeidet. I eit slikt tilfelle vil risikoen ikkje gå over på byggherren med mindre det viser seg at byggherren si nektning var urettmessig. Før avtalt sluttfrist kan byggherren i alle høve nekte å overta kontraktarbeidet.⁷⁸ I NS 8405 følgjer dette klart av ordlyden. At byggherren kan nekte overtaking før sluttfrist, følgjer imidlertid ikkje av ordlyden i NS 8406 art 24.3. Marthinussen m. fl. seier at regelen er ein entrepriserettsleg bakgrunnsregel og dermed også gjeld i kontraktsforhold regulert av NS 8406.⁷⁹

Regelen om risikoovergang ved overtakingsforretning finn ein også igjen i samanliknbar internasjonal entrepriserett.⁸⁰ Ein liknande regel finn vi også i verkskontraktar i offshoresektoren.⁸¹

⁷⁵ Sjø Sandvik, 1977, s 173

⁷⁶ Sjø m.a. kjl § 13 andre ledd

⁷⁷ Sjø Sandvik, 1977, s 173

⁷⁸ Reglane om å nekte overtaking finn vi i NS 8405 art 32.5 og i NS 8406 art 24.3

⁷⁹ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 366

⁸⁰ Sjø Iversen, 2010, s 269, sjå m.a. AB 92 § 28 første, jf. andre ledd og AB 04 kap. 7 § 2

⁸¹ Sjø NF 07 art 29.1 første ledd, jf. art 19.1 og 19.2

Tidlegare var det nokså vanleg at byggherren overtok risikoen utan overtakingsforretning. Dette skjedde då gjennom brukstaking av kontraktarbeidet. Det følger av buofl § 14 at dette framleis er ein mogleg framgangsmåte i forbrukarentreprise, og Marthinussen m. fl. meiner det er grunn til å tru at dette framleis er den deklarasjoniske hovudregelen på området.⁸² Standardane har imidlertid innskrenka denne moglegheita, og for at brukstaking skal vere rettmessig er det i dag nødvendig med samtykke til dette frå entreprenøren. Dette følgjer av NS 8405 art 32.8 første ledd. Om slik brukstaking medfører overføring av risikoen, er sjølvstøtt opp til partane å bestemme. Utgangspunktet i standardane må etter ei systemtolking likevel vere at slik brukstaking ikkje overfører risikoen til byggherren. Risikoen vil også i slike tilfelle gå over ved overtakingsforretning i tråd med hovudregelen. Derimot vil brukstaking utan samtykke ha den verknaden at risikoen blir overført til byggherren. Dette følgjer av NS 8405 art 32.8 tredje ledd og NS 8406 art 24.6 tredje ledd. For at denne verknaden skal inntreffe, må entreprenøren agere ved å varsle byggherren. Blir dette ikkje gjort, kan det medføre at entreprenøren reknast for å ha samtykka til bruken gjennom passivitet.⁸³

Urettmessig brukstaking frå byggherren er dessutan i følgje artikkelen å rekne som misleghald av kontrakten med dei konsekvensar det har.

Iversen synes å leggje til grunn at ein regel om risikoovergang ved brukstaking er ein felles regel i dei nordiske landa, samt i tysk rett og FIDIC.⁸⁴ Som vi har sett er ikkje dette hovudregelen i standardane, men det er muleg regelen følgjer av norsk bakgrunnsrett. Også svenske AB 04 synes å ha begrensa støtte i ordlyden for ein slik regel.⁸⁵ I danske AB 92 finn ein imidlertid ein regel om risikoovergang ved bruk.⁸⁶ Same regelen finn ein igjen i FIDIC.⁸⁷ Ein liknande regel finn ein også i tysk entrepriserett der risikoen går over på byggherren seks verkedagar etter brukstaking, så lenge noko anna ikkje er avtalt.⁸⁸ Risikoovergang ved bruk synes derfor stort sett å vere ein akseptert regel i internasjonal entrepriserett. Også NS 3401 art 23.6 hadde ein regel om at risikoen gjekk over på byggherren seks dagar etter brukstaking.

Eit spørsmål som har vore mykje drøfta i teorien, er kva som ligg i omgrepet brukstaking. Ordlyden tyder på at ein faktisk bruk på ein eller annan måte må skje. Etter alminneleg språkforståing vil å bruke noko vere noko anna enn å lage noko. Arbeid med å få ferdig byggjeobjektet, vil dermed falle utanfor omgrepet. Den tradisjonelle oppfatninga i teorien synes også å vere at kun bruk av byggjeobjektet til det forutsatte formålet, vil medføre at risikoen går over.⁸⁹ Det vil då ikkje vere tilstrekkeleg at bygget blir stilt til rådighet for ein annan entreprenør sitt byggjearbeid på objektet. Til dømes dersom ein entreprenør har utført

⁸² Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 502

⁸³ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 531

⁸⁴ Sjø Iversen, 2010, s 269

⁸⁵ Sjø Iversen, 2010, s 269

⁸⁶ Sjø AB 92 kap. F § 28, jf. kap. C § 12

⁸⁷ Sjø FIDIC sub-clause 10.2

⁸⁸ Sjø VOB/B § 12 5. ledd nr 2

⁸⁹ Sjø Hagstrøm, 1997, s 94

rørarbeid på bygget, vil ikkje risikoen for dette arbeidet gå over når neste entreprenør kjem inn, men først ved bruk ved innflytting i det ferdige bygget.

Eit anna spørsmål er om heilt bagatellmessig bruk er å sjå på som brukstaking. Kolrud m. fl. er av den oppfatning at slik bruk neppe fører til rettsverknadane som følgjer av brukstaking.⁹⁰

Utgangspunktet er at byggherren overtek heile kontraktarbeidet samla. Dette følgjer av NS 8405 art 32.1 og NS 8406 art 24.1 andre ledd. Det er imidlertid ikkje noko i vegen for at byggherren i visse tilfelle tek over delar av kontraktarbeidet før resten. Dette blir kalla delovertaking, og reglane for dette finn vi i NS 8405 art 32.7 og NS 8406 art 24.5. Artiklane er like. I staden for å risikere urettmessig brukstaking, kan byggherren derfor i staden krevje å ta over delar av byggeobjektet.

Også for delovertaking er hovudregelen at det skal skje via overtakingsforretning. Det er imidlertid ingenting i vegen for at partane avtalar delovertaking gjennom uformell brukstaking. Dette følgjer av ordlyden i høvesvis NS 8405 art 32.7 og NS 8406 art 24.5.

Ei problemstilling som oppstår ved delovertaking, er kor stor del av risikoen for kontraktarbeidet som skal gå over på byggherren. Ved overtakingsforretning vil dette måtte avhenge av ei tolking av overtakingsprotokollen. Dersom byggherren overtek risikoen gjennom brukstaking, enten det er avtalt eller det er urettmessig, er svaret ikkje like enkelt. For det første vil det oppstå spørsmål om det er heile eller delar av risikoen som går over på byggherren. Synet i teorien har vore delt og tildels skiftande. Hagstrøm synes å meine at svaret er usikkert.⁹¹ Kolrud m. fl. hevda i kommentaren til NS 3430 at sjølv overtaking av ein liten del av kontraktarbeidet, medfører at risikoen for heile kontraktarbeidet går over på byggherren.⁹² I si kommentarutgåve til NS 8405 synes han no å ha endra standpunkt, og seier at risikoovergangen kun gjeld dei delane av kontraktarbeidet som byggherren tek i bruk.⁹³ Bakgrunnen for endringa kan vere at ordlyden i reglane har gjennomgått endringar frå NS 3430 og fram til i dag.⁹⁴ Etter ordlyden i dagens standardar må det vere klart at gjeldande rett er at byggherren kun overtek risikoen for dei delane han faktisk tek i bruk.⁹⁵ Ein slik regel kan imidlertid gje opphav til vanskelege grensedragningar.

Eit spørsmål som då oppstår, er kor stor del av risikoen byggherren reelt må bere. Ordlyden gir ingen haldepunkt for ei slik vurdering. Kolrud m. fl. seier imidlertid at kor stor del av risikoen for kontraktarbeidet som går over, må bero på ei konkret vurdering med utgangspunkt i den faktiske bruk.⁹⁶ Kolrud m. fl. legg også til at ein ved denne tolkinga bør leggje ei ganske restriktiv haldning til grunn. Regelen vil med andre ord vere at byggherren overtek risikoen for akkurat den delen han har tatt i bruk, og ikkje noko meir.

⁹⁰ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 401

⁹¹ Sjø Hagstrøm, 1997, s 94

⁹² Sjø Kolrud m.fl., 1992, s 276

⁹³ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 403

⁹⁴ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 372-373

⁹⁵ Sjø NS 8405 art 32.8 og NS 8406 art 24.6 tredje ledd «de deler av kontraksarbeidet»

⁹⁶ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 403

4. Skadar forårsaka av byggherren og medhjelparar

4.1 Byggherren og kontraktsmedhjelparane

Somme typar skadar på kontraktarbeidet ber entreprenøren ikkje risikoen for. Typisk vil dette vere skadar som følgje av særeigenheiter ved prosjekteringa, grunnforholda, byggherren sitt arbeid på prosjektet eller skadar som oppstår der byggherren tek bygget i bruk før overtaking, for eksempel gjennom ei innkøyringsperiode av prosjektet.⁹⁷ I del 4.1 i avhandlinga er temaet grensene for byggherren sitt risikoområde. Det tradisjonelle utgangspunktet for dette spørsmålet er funksjonsfordelinga. I NS 8405 og NS 8406 er spørsmålet regulert i høvesvis art 17 og art 10 andre ledd. Bruserud hevdar at reguleringa i standardane har fått ei uheldig utforming, og at rekkevidda av regelen dermed er uklår.⁹⁸ Problemstillinga i denne delen av avhandlinga er om byggherren sitt risikoområde i NS 8405/06 følgjer den tradisjonelle funksjonsfordelinga eller om reguleringa i NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 andre ledd medfører ei innsnevring av byggherren sitt risikoområde.

Når det gjeld kven byggherren ber risikoen for, er utgangspunktet at byggherren kan måtte bere risikoen for skadar forårsaka både av seg sjølv og sine kontraktsmedhjelparar. Byggherren ber ikkje risikoen for skadar forårsaka av personar som ikkje tilhøyrrer byggherren eller kontraktsmedhjelparane. For eksempel vil ikkje byggherren bere risikoen for skadar som ein ekstern person forårsakar på bygget under ei omvising på byggeplassen.⁹⁹ Ei sentral problemstilling som då oppstår, er kva som ligg i dei to omgrepa byggherre og kontraktsmedhjelpar. Begge omgrepa er definerte i NS 8405, høvesvis art 2.2 for byggherren og 2.7 for kontraktsmedhjelparar. I NS 8406 er ikkje omgrepa definerte, men utifrå samanhengen mellom standardkontraktane må ein nok leggje til grunn same forståing av omgrepa også her. Definisjonane i NS 8405 reiser imidlertid nokre spørsmål.

Eit første spørsmål som oppstår er om omgrepet byggherren omfattar alle personar tilsette hos byggherren eller berre sjølve leinga. Ordlyden opnar for begge løysingar. Nordtvedt m. fl. legg imidlertid førstnemnte forståing til grunn.¹⁰⁰ Det same gjer Kolrud m. fl., som synes å grunne løysinga med arbeidsgjevaransvaret.¹⁰¹ Arbeidsgjevaransvaret kan imidlertid berre nyttast i dei tilfella der skaden skuldast forsett eller aktløyse frå arbeidstakar. Legg ein til grunn ei forståing der omgrepet byggherren også omfattar alle tilsette, vil byggherren ha risikoen også i dei tilfella der arbeidsgjevaransvaret ikkje kan nyttast, til dømes der ein tilsett har skada arbeidet utan å utøve aktløyse. Skadar forårsaka av byggherren sine tilsette, vil i utgangspunktet byggherren vere nærmast å ha herredømme over, og løysinga samsvarar slik sett best med føresetnadane i kontraktane. Konklusjonen må derfor vere at også byggherren sine tilsette er omfatta.

⁹⁷ Sjø Sandvik, 1966, s 269

⁹⁸ Sjø Bruserud, 2014, s 381

⁹⁹ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 240

¹⁰⁰ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 271

¹⁰¹ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 175

Eit andre spørsmål som oppstår, er kven som er omfatta av omgrepet kontraktsmedhjelpar. Etter ordlyden i NS 8405 omfattar omgrepet alt frå leverandørar og underentreprenørar til prosjekterande, rådgjevarar og andre som har påtatt seg å oppfylle ein part si kontraktsyting. Ein ser at personkretsen er vid, men også her vil løysinga harmonere best med den funksjonsfordelinga partane har avtalt.

Ei problemstilling som har vore drøfta i teorien, er imidlertid om når ein person er kontraktsmedhjelpar i NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 si forstand. Spørsmålet er om byggherren har risikoen så lenge skaden kan førast tilbake til ein sideentreprenør på bygget eller er avgrensa til skadar som oppstår når ein entreprenør utfører kontraktsplikter som byggherren har overfor den entreprenøren som blir råka av skaden. Spørsmålet er svært praktisk då det ofte er fleire sideordna entreprenørar på byggjeplassen samtidig, utan at dei jobbar med det same. Dette gjeld spesielt der prosjektet har framdriftsutfordringar, der nokon entreprenørar enten ligg framfor eller bak skjema. Dette medfører typisk at entreprenørane i større grad går i vegen for kvarandre og at risikoen aukar med antal arbeidarar på byggjeplassen.

Marthinussen m. fl. hevdar at omgrepet kontraktsmedhjelpar må forståast i den snevre betydinga.¹⁰² Som bakgrunn for denne forståinga viser dei til ordlyden i NS 8405 art 2.7. I art 2.7 er kontraktsmedhjelparar definert som personar som skal hjelpe til å oppfylle «en parts kontraktsforpliktelse». Eg er einig med Marthinussen m. fl. at ordlyden i art 2.7 gir best støtte for ei snever forståing. Ei slik løysing vil innebere at om ein annan sideentreprenør skadar entreprenøren sitt arbeid, vil det bli ei sak mellom dei to. Byggherren vil då ikkje bere vederlagsrisikoen for slike skadar.

I NS 8407 er i følgje Nordtvedt m. fl. reguleringa annleis.¹⁰³ Her er det presisert i art 1.7 at ein sideentreprenør skal vere å sjå på som ein kontraktsmedhjelpar. Ei liknande presisering har vi ikkje i NS 8405 art 2.9. Sandvik synes imidlertid å hevde i si bok frå 1966 at byggherren ber risikoen i alle tilfelle der ein entreprenør skadar arbeidet til ein annan entreprenør. Same standpunkt gjentok han i boka frå 1977.¹⁰⁴ Sandvik sine bøker gjeld ikkje dagens standardar, men synspunktet har ei viss interesse også ved tolkinga av NS 8405 og NS 8406. Sandvik viser også motsetningsvis til danske AB 72 som hadde ein regel i tråd med synspunktet til Marthinussen m. fl. Iversen synes også å dele synspunktet til Sandvik når han antek at NS 8405 art 2.7 omfattar alle sideentreprenørar.¹⁰⁵

Bruserud tek i si bok ikkje opp spørsmålet om kven byggherren ber risikoen for. Han tek imidlertid opp spørsmålet om rekkevidda av byggherren sitt risikoområde generelt. Bruserud synes å argumentere for ein regel i tråd med funksjonsfordelinga, og viser til at grensa bør samsvare med reglane om mangelsansvar og entreprenøren sin rett på fristforlenging for hindringar byggherren har risikoen for.¹⁰⁶

¹⁰² Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 239

¹⁰³ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 271

¹⁰⁴ Sjø Sandvik, 1966, s 270 og Sandvik, 1977, s 170

¹⁰⁵ Sjø Iversen, 2010, s 271

¹⁰⁶ Sjø Bruserud, 2014, s 381 og 382

Teorien er delt. Eg har ikkje funne relevant rettspraksis kring dette. Ordlyden må då vege tungt. Konklusjonen må etter dette vere at omgrepet kontraktsmedhjelpar skal tolkast snevert. Byggherren ber dermed ikkje risikoen for alle skadar sideordna entreprenørar voldar kvarandre, men er avgrensa til tilfella der ein entreprenør utfører kontraktsplikter som byggherren har overfor den entreprenøren som blir råka av skaden.

4.2 Krav om årsakssamanheng

Skal entreprenøren bli fritatt for risikoen i NS 8405/06, gjeld det eit krav om at skadane må vere «forårsaka» av byggherren eller hans kontraktsmedhjelpar.¹⁰⁷ Dette er ei rein risikooverføring mellom partane.¹⁰⁸ Ei naturleg forståing av ordet «forårsaket» tilseier at den verknaden som oppstår, må vere følgjene av ei handling. Med andre ord må det liggje føre årsakssamanheng mellom handlinga og skaden som oppstår. Slik sett kan ein berre sjå dette som eit utslag av funksjonsfordelinga. At det er tilstrekkeleg å konstatere årsakssamanheng, er det også einigheit om i teorien. Det er dermed ikkje nødvendig å konstatere kvalifiserte krav til årsaka, til dømes aktløyse.¹⁰⁹

Reglane må imidlertid sjåast i samanheng med dei krava til utføring som standardane set.¹¹⁰ Dette betyr at sjølv om ein skade kan førast tilbake til ein kontraktmedhjelpar sine handlingar, har også entreprenøren sjølv ei plikt til å syte for hensiktsmessig vern av sitt eige utførte arbeid.¹¹¹

4.3 Krav om at skaden må oppstå under utføring av kontraktsplikter

Ved første augekast ser reguleringa i NS 8405 art 17 andre ledd og NS 8406 art 10 andre ledd ut til å vere identisk. Ser ein nærare, har dei imidlertid valt noko ulik formulering. Ei sentral problemstilling er om denne forskjellen i ordlyden inneberer nokon reell forskjell mellom dei. Det avgjerande spørsmålet er om risikoområdet for byggherren er meir vidtrekkande i kontraktsforhold regulert av NS 8405 enn i forhold regulert av NS 8406. Bakgrunnen for spørsmålet er at det etter ordlyden i NS 8405 ikkje er eit krav for risikooverføring at skadane byggherren forårsakar, skjer «under utførelsen» av hans kontraktsplikter. Etter ordlyden i NS 8406 kan det synes som om dette eit krav.

Eit døme på situasjonar der dette kan kome på spissen, er der ein tilsett hjå byggherren skadar bygget under vitjing på byggjeplassen. Dersom grunnen til at han er innom byggjeplassen ikkje har noko med byggherren sine kontraktsplikter å gjere, kan ein dersom standardane byggjer på to ulike reguleringar, få to ulike resultat. Det kan då vere byggherren sin risiko etter NS 8405, medan det vil kunne vere entreprenøren sin risiko etter NS 8406.

¹⁰⁷ Sjå NS 8405 art 17 andre ledd og NS 8406 art 10 andre ledd

¹⁰⁸ Sjå Marthinussen m.fl., 2010, s 239

¹⁰⁹ Sjå m.a. Marthinussen m.fl., 2010, s 239

¹¹⁰ Sjå NS 8405 og NS 8406 art 11

¹¹¹ Sjå BFJR Sak nr. 479 (1998)

Ordlyden peikar i retning av at det er ein reell forskjell mellom reglane i NS 8405 og NS 8406 på dette området. Ein kan hevde at reguleringa er eit resultat av at NS 8405 som regel vert nytta av større byggherrar i større prosjekt, og at det då er gode grunnar bak at byggherren ber ein større del av risikoen i desse kontraktane. Motsett kan ein imidlertid hevde at to parallelle regelsett som NS 8405 og NS 8406 bør ha mest mogleg samsvarande reglar. Dette vil fremje både forutbereknlegheit og rimelegheit då det i nokre tilfelle kan vere litt tilfeldig kva for ein av kontraktane ein nyttar. Dette talar etter mi meining sterkt i retning av at regelsetta skal tolkast likt. Ordlyden utelukkar heller ikkje heilt at den tilsikta regelen i NS 8406 er at byggherren sitt ansvar skal tolkast like vidt som i NS 8405, då ordet «deres» kan forståast slik at det berre viser tilbake på «kontraktsmedhjelpere». Eit komma bak «forårsaket av byggherren» ville gjort dette klarare. NS 8407 har valt same ordlyden som NS 8406. Begge desse er noko nyare enn NS 8405, slik at ein mogleg grunn til omformuleringa er kun eit ønskje om nyare språkbruk. Det vil etter mi meining også gi dårleg samanheng mellom standardane dersom NS 8406 og NS 8407 skulle ha same regulering, men NS 8405 skulle ha ei anna. Dette kan tale mot at det er tilsikta nokon reell forskjell her. Eg har ikkje funne relevant rettspraksis eller voldgiftspraksis rundt dette spørsmålet. Vidare ser det ikkje ut til å ha vore eit spørsmål som juridisk teori har drøfta. Omsynet til samanhengen mellom standardane må etter mitt skjønn bli avgjerande.

Trass i at ordlyden peikar i motsett retning, må konklusjonen dermed vere at regelen skal forståast likt i begge regelsett. Det kan dermed ikkje vere eit krav i NS 8406 at skadar må skje under «under utførelsen» av byggherren sine kontraktsplikter.

Felles for både NS 8405 og NS 8406 er imidlertid kravet om at byggherren kun ber risikoen for skadar forårsaka av kontraktsmedhjelparane dersom det skjer under kontraktsmedhjelparane si utføring av deira «kontraktsforpliktelser». Eit spørsmål som oppstår, er naturlegvis kva ein meiner med omgrepet utføring av «kontraktsforpliktelser». Ordlyden talar for at skadar som skjer utan at årsaka har sin bakgrunn i kontraktarbeidet, er byggherren uvedkommande. Ordlyden tyder imidlertid på at det er nok å konstatere årsakssamanheng mellom skadane og kontraktspliktene. Ei slik forståing er det også einigheit om i teorien.

Grensene kan illustrerast med nokre dømer: Dersom ein rådgjevar under synfaring ryggjer inn i vindu eller dører på byggeplassen, er dette eit forhold som i følge Nordtvedt m. fl. vil vere forårsaka i samband med utføringa av kontraktsplikter.¹¹² Motsett illustrerar Kolrud m. fl. grensa ved at dersom arkitekten i samband med synfaring på nabotomta køyrer på og skadar materialar lagra til entreprenørens arbeid, vil dette ikkje vere under utføring av kontraktsplikter.¹¹³ Dei som kanskje illustrerar grensa best er Marthinussen m. fl.¹¹⁴ I følge dei vil skadar forårsaka av at ein tilsett hjå ein kontraktsmedhjelpar køyrer gjennom ei ferdig montert glasrute idet han skal stemple inn om morgonen, ikkje vere omfatta. Dersom ein betongbil under levering av betong skadar same ruta, vil det imidlertid vere omfatta.

¹¹² Sjå Nordtvedt m.fl., 2013, s 271

¹¹³ Sjå Kolrud m.fl., 2004, s 175

¹¹⁴ Sjå Marthinussen m.fl., 2010, s 240

4.4 Særleg om sabotasje og hærverk

Eit vanskeleg grensespørsmål der risikofordelinga mellom partane ofte kan by på problem, er skadar som skuldast sabotasje og hærverk.

I utgangspunktet har entreprenøren risikoen også der ein utanforståande utfører hærverk på byggjeprojektet. Slike hendingar rammar ofte tilfeldig og er noko ein frå tid til anna må rekne med skjer.

Ein kan imidlertid stille seg spørsmål om entreprenøren også skal bere risikoen der hærverket har sin bakgrunn i sabotasje som er meint å ramme sjølve byggjeprojektet. Dette vil ikkje vere ei tilfeldig hending, men kan vere ei handling som direkte rettar seg mot byggherren si avgjerd om å byggje det aktuelle projektet. Dette kan til dømes vere aktivistar som ønskjer å stikke kjeppar i hjula for eit omstridt projekt i lokalsamfunnet. Her kan ein spørje seg om sabotasje som følgje av dette, er «forårsaket av byggherren», slik at byggherren ber risikoen etter NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 andre ledd.

Ordlyden i artikkelen stenger ikkje for eit slikt resultat. Også omsynet til rimelegheit talar for ei slik løysing då ein entreprenør ikkje vil ha moglegheit til å gardere seg mot slike hendingar. Byggherren har dessutan større moglegheit til å unngå slike hendingar ved god planlegging og dialog. Eg har ikkje funne noko norsk rettspraksis rundt dette spørsmålet, og spørsmålet synes ikkje behandla i norsk teori. Iversen tek imidlertid til orde for at sabotasjehandlingar mot byggherren sine projekt er hendingar som kan førast tilbake til byggherren.¹¹⁵ I dansk entrepriserett er det i tillegg ein dom som overfører delar av risikoen for entreprenøren sitt materiell til byggherren, dersom det blir skada av slike sabotasjehendingar.¹¹⁶ Saka synes svært konkret grunngjeven og ein vil nok uansett måtte byggje resultatet i ein tvist også i norsk rett på dei konkrete omstenda i saka.

4.5 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar

4.5.1 Bustadoppføringslova

I forbrukarentreprise er utgangspunktet at risikoen følgjer funksjonsfordelinga. At forbrukaren har risikoen for forhold på hans side, kan ein imidlertid ikkje lese direkte ut av ordlyden i buofl § 45. Ei slik forståing må imidlertid leggst til grunn gjennom ei antitetisk tolking av buofl § 45, sett i samheng med den kontraktsrettslege hovudregelen om at risikoen følgjer funksjonsfordelinga. Ein finn også støtte for ei slik forståing i forarbeida.¹¹⁷ Denne forståinga er også lagt til grunn av Lilleholt.¹¹⁸

4.5.2 Eldre standardkontraktar

I standardane som blei nytta før NS 8405 blei tatt i bruk, finn ein ikkje spor av ei risikooverføring frå entreprenøren til byggherren for skadar forårsaka av byggherren og hans kontraktsmedhjelparar. At risikoen følgjer funksjonsfordelinga, følgjer imidlertid av

¹¹⁵ Sjø Iversen, 2010, s 276

¹¹⁶ Sjø KFE 1984.193 VBA

¹¹⁷ Sjø NOU 1992:9 s 96

¹¹⁸ Sjø Lilleholt, 2001, s 55

bakgrunnsretten. Når tidlegare standardar ikkje uttrykkeleg har inntatt reglar om risikooverføring til byggherren, gir dette oss to alternativ. Enten har partane avtalt seg vekk frå bakgrunnsretten eller så er det nettopp bakgrunnsretten som skal nyttast i slike tilfelle.

Ordlyden i dei tidlegare standardane gir oss ikkje særlege haldepunkt for verken den eine eller den andre løysinga. Ein kan sjølv sagt hevde at det ville vore naturleg at regelen blei tatt inn i kontrakten på lik linje med fastslåinga av utgangspunktet om entreprenøren sin risiko. Dette ville vore enkelt å gjennomføre og ville redusert risikoen for konflikt mellom partane. Det er imidlertid ikkje tvilsamt at standardane har blitt meir og meir detaljerte for kvar ny utgåve utan at reglane nødvendigvis har blitt endra som følge av det. Ein kan derfor ikkje trekke sikre slutningar basert på kva som ikkje står i dei eldre standardkontraktane.

Spørsmålet har også vore omhandla i teorien. Om NS 3430 seier Hagstrøm at entreprenøren har risikoen for skadar på kontraktarbeidet med mindre dei skuldast svikt i byggherren sine eige forhold.¹¹⁹ Hagstrøm legg dermed til grunn at reguleringa følgjer funksjonsfordelinga. Også Bruserud legg til grunn dette synspunktet.¹²⁰ Sandvik presiserar dette utgangspunktet og seier at byggherrerisikoen omfattar svikt som skuldast både han sjølv og nokon som han svarar for, til dømes sideentreprenørar.¹²¹ Dette tyder på at regelen tidlegare ikkje berre omfatta byggherren sine kontraktsmedhjelparar i relasjon til entreprenøren, men også andre sideentreprenørar på prosjektet. Konklusjonen synes dermed at tidlegare standardar har bygd på ei rein funksjonsfordeling der byggherren ber risikoen for skadar forårsaka på hans funksjonsområde. Dette kan tale for at verkeområde for regelen i tidlegare standardar var vidare enn dagens regulering, jf. avhandlinga punkt 4.1.

4.5.3 Internasjonale standardkontraktar

I internasjonale standardar er byggherrerisikoen noko forskjellig regulert. Ingen av dei andre nordiske standardkontraktane synes å gå like langt i å la byggherren bere risikoen som dei norske.¹²² Når det gjeld skadar forårsaka av byggherren sjølv, synes både svensk og dansk rett å ha ein tilsvarende regel som den i NS 8405/06.¹²³ Også i FIDIC og tysk entrepriserett finn ein spor av ein slik regel, men rekkevidda av reglane synes her noko uklar.¹²⁴ Når det gjeld skadar forårsaka av byggherren sine kontraktsmedhjelparar, synes ikkje den svenske standarden AB 04 å ta opp spørsmålet i det heile. Heller ikkje FIDIC eller tyske VOB/B synes å innehalde reglar om skadar som oppstår mellom entreprenørar.

I dansk entrepriserett er imidlertid spørsmålet regulert. Som omtalt i del 4.2 i avhandlinga, hadde den tidlegare danske standarden AB 72 ein regel som etter ordlyden fritok byggherren for risikoen for skadar forårsaka mellom sideordna entreprenørar. Ordlyden i gjeldande AB 92 § 12 synes å vidareføre denne regelen. Hørlyck er imidlertid noko usikker på rekkevidda av denne paragrafen, og synes å hevde at trass i ordlyden kan byggherren måtte bere risikoen

¹¹⁹ Sjø Hagstrøm, 1997 s 91

¹²⁰ Sjø Bruserud, 2014, s 381

¹²¹ Sjø Sandvik, 1977, s 169

¹²² Sjø Iversen, 2010, s 271

¹²³ Sjø AB 04 kap. 5 § 1 2. ledd og AB 92 § 12 1. ledd

¹²⁴ Sjø Iversen, 2010, s 269-270

for slik skade grunna måten byggjeprojektet er organisert på.¹²⁵ Vidare hevdar Hørlyck at § 12 kun gjeld utanfor sjølve kontraktsforholdet, og dersom skadar oppstår under utføring av kontraktarbeid, vil byggherren likevel kunne bere risikoen for skaden. Legg ein ei slik forståing til grunn, ser vi at den danske reguleringa er nokså lik den norske. Iversen synes imidlertid ikkje å vere heilt einig med Hørlyck i denne forståinga av paragrafen.¹²⁶ Regelen i dansk rett synes etter dette noko uklår.

4.5.4 Fabrikasjonskontraktar

I verkskontraktar i offshoresektoren har vi ingen regel lik NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 andre ledd. Reguleringa her byggjer på eit rigid system med oppdeling i ulike risikosoner.¹²⁷ Her er utgangspunktet at kvar av partane ber risiko for eigen risikosfære, uansett årsak til skaden.¹²⁸ Systemet som også blir kalla «knock-for-knock», inneber at leverandøren av gjenstanden som utgangspunkt ber risikoen for alle skadar på kontraktgjenstanden fram til risikooverganga.¹²⁹ Om byggherren, som vanlegvis blir kalla selskapet, eller ein kontraksmedhjelpar skadar kontraktgjenstanden, vil som den store hovudregel vere utan betyding. Denne risikofordelinga gjer at samankoplinga med forsikring blir enda viktigare i offshorekontraktane enn i landbasert entreprise.

5. Skadar forårsaka av katastrofar

5.1 Oversikt

I NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 tredje ledd finn vi eit unntak frå hovudregelen i første ledd. Unntaket ofte kalla «katastrofeunntaket», inneber at risikoen for enkelte katastrofehendingar ikkje kviler på entreprenøren.¹³⁰ Eit grunnleggande omsyn bak eit slik unntak er at entreprenøren ikkje bør bere risikoen for forhold han ikkje har moglegheit til å påverke eller ha nokon kontroll over.¹³¹ Vidare kan slike skadar ha katastrofale konsekvensar, noko som potensielt kunne føre til økonomisk ruin for ein entreprenør.¹³² I tilknytning til dette er eit tredje omsyn at slike hendingar er så atypiske at entreprenøren ofte ikkje har moglegheit til å forsikre seg mot dei gjennom ei tradisjonell byggjerisikoforsikring.

Artiklane i standardane seier ikkje kven som ber risikoen for slike katastrofehendingar, men det må vere klart at ein må falle tilbake på den alminnelege bakgrunnsregelen om eigarrisiko. Byggherren vil dermed ha risikoen for slike hendingar. Problemstillinga i denne delen av avhandlinga blir å trekke grensene for kva typer hendingar som fell inn under dette unntaket.

¹²⁵ Sjø Hørlyck, 2009, s 165 (Brukte 2009-utgåva fordi eg ikkje hadde tilgang til 2014-utgåva)

¹²⁶ Sjø Iversen, På rett grunn, 2010, s 272

¹²⁷ Sjø Kaasen, 2006, s 743

¹²⁸ Sjø Kaasen, 2006, s 743

¹²⁹ Sjø NF 07 art 29

¹³⁰ Sjø Hagstrøm, 1997, s 92

¹³¹ Sjø Kolrud m.fl., 1992, s 134

¹³² Sjø Lorenz, 1980, s 143

Reguleringa i NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 tredje ledd er lik. Ein språkleg forskjell som ikkje har reell betydning, er at NS 8406 har hjelpeomgrepet «force majeure» i parentes bak reguleringa. Omgrepet «force majeure» blir også nytta i NS 8405, men her i overskrifta i art 24.3 som regulerar entreprenøren sin rett på fristforlenging. Hendingar som gir entreprenøren rett på fristforlenging, har i NS 8406 overskrifta «force majeure og andre fremdriftshindringer». Ein ser dermed at omgrepsbruken er noko ulik i NS 8405 og NS 8406, noko som kanskje ikkje er heilt heldig. Slike hjelpeomgrep kan dermed skape meir forvirring enn dei er til nytte.

Det er imidlertid klart at det er ingen realitetsforskjell mellom standardane. Terskelen for rett på fristforlenging er i begge høve ein del lågare enn terskelen for at risikoen blir overført til byggherren ved katastrofehendingar. Det skal altså meir til for å bli fritatt for vederlagsrisikoen enn for å få fristforlenging. Ein entreprenør kan såleis ha rett på fristforlenging etter NS 8405 art 24.3 og NS 8406 art 20 utan å bli fritatt for vederlagsrisikoen for skaden etter NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10. Dette viser kor viktig det er å ikkje blande terskelen for fristforlenging og terskelen for risikofritak saman.

I følge Sandvik gjeld unntaket i tredje ledd kun for hendingar av ekstern karakter.¹³³ Hendingar som har sitt utspring frå sjølv byggeplassen, vil ikkje vere omfatta. Dette synet deler Hagstrøm som legg til grunn at det er eit grunnkrav at skaden kjem utanfrå.¹³⁴ Eit eksempel på ei hending som ikkje vil vere omfatta, kan til dømes vere ein stor eksplosjon på entreprenøren sitt dynamittlager som øydelegg kontraktarbeidet.

Det må vidare vere årsakssamanheng mellom hendinga og skaden. Det er med andre ord ikkje tilstrekkeleg at ei katastrofehending har skjedd, om ein ikkje kan påvise at skaden er ein konsekvens av denne hendinga.¹³⁵ Dette følgjer klart av ordlyden i artikkane, jf. «på grunn av».

5.2 Krav om at omstenda er «ekstraordinære» og «upåregnelige»

For at omstenda skal frita entreprenøren for risikoen, må to kumulative vilkår vere oppfylte: Omstenda må vere «ekstraordinære» og «upåregnelige». Første spørsmål som oppstår er kva som skal til for at omstende er «ekstraordinære». Artikkane gir oss nokre eksempel på slike omstende, men lista som omfattar krig, opprør og naturkatastrofe, er ikkje uttømmende. Dette er iallfall døme på ekstremsituasjonar som svært sjeldan inntreff. Mindre naturulykker vil ikkje vere omfatta.¹³⁶ Ut frå eksempla å dømme er dermed terskelen for unntaket svært høg.

Også ordlyden understrekar at vilkåra for unntaket er strenge. Etter alminneleg språkforståing er omstende som er ekstraordinære, av svært uvanleg karakter. Ordlyden peikar imidlertid i retning av at det er rom for ei konkret vurdering slik at grensene vil kunne variere etter forholda. Skadar frå naturkreftene kan imidlertid by på vanskelege grensedragningar. I

¹³³ Sjø Sandvik, 1977, s 171

¹³⁴ Sjø Hagstrøm, 1997, s 92

¹³⁵ Sjø Marthinussen m.fl., 2013, s 274

¹³⁶ Sjø Mestad, 1991, s 199

prinsippet kan både rasulykker, flaum og ekstremvind vere hendingar som vil kunne falle inn under unntaket.

At terskelen er høg, er også lagt til grunn i teorien.¹³⁷ Ifølgje Nordtvedt m. fl. skal det temmeleg store avvik frå normalsituasjonen til før tredje ledd fritak entreprenøren for risikoen.¹³⁸ Unntaket har ikkje hatt særleg stor praktisk betydning i praksis, men kanskje vil det få det om naturhendingane dei siste åra er eit uttrykk for varige klimaendringar og den geopolitiske uroa i verden vedvarar.¹³⁹ Det er viktig å merke seg at vurderinga i utgangspunktet skjer på bakgrunn av skadeårsaka, og ikkje på bakgrunn av skadeomfanget.¹⁴⁰ Omfanget kan imidlertid vere eit moment i tvilstilfelle.¹⁴¹

Det andre spørsmålet som oppstår, er kva som skal til for at omstenda er «upåregnelige». Etter naturleg språkforståing av omgrepet «upåregnelig» er unntaket heller ikkje aktuelt der omstende som entreprenøren med rimelegheit burde forutsatt og tatt i betraktning, skadar kontraktarbeidet. Kva som er upårekneleg, må vurderast objektivt og konkret.¹⁴² Er det til dømes pårekneleg at det vil bryte ut ein stor krig i kontraktperioda, vil ikkje vilkåret vere oppfylt. Vilkåret må også sjåast i samanheng med forsikringa som entreprenøren er pålagt å teikne slik at skadar som fell under den, vil vere påreknelege. Dermed vil dei ikkje vere omfatta av katastrofeunntaket.¹⁴³ I tvilstilfelle kan det også vere grunn til å sjå hen til kva forsikringsdekning som er vanleg, slik at skadar som i alminnelegheit vert dekkja av entreprenøren si forsikring, er entreprenøren sin risiko.¹⁴⁴ Til dømes lynnedslag og brannskadar vil som regel vere dekkja av forsikringa og bør då ikkje gjevast unntak for etter tredje ledd.

5.3 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar

5.3.1 Bustadoppføringslova

Som omtala tidlegare, er utgangspunktet også i forbrukarentreprise at entreprenøren har risikoen for kontraktarbeidet i byggjetida. Dette følgjer av buofl § 45, jf. § 13 fjerde ledd. I motsetnad til standardkontraktane, har bustadoppføringslova imidlertid ikkje eit unntak frå dette for skadar forårsaka av katastrofar. Her kan det synes som om reguleringa i forbrukarentreprise og næringsentreprise skil seg merkbart frå kvarandre. Likevel meiner Marthinussen m. fl., at regelen også gjeld i forbrukarentrepriseforhold sjølv utan uttrykkeleg regulering i lova.¹⁴⁵

¹³⁷ Sjå Sandvik, 1977, s 171 og Kolrud m.fl., 2004, s 176

¹³⁸ Sjå Nordtvedt m.fl., 2013, s 273

¹³⁹ Sjå Nordtvedt m.fl., 2013, s 273

¹⁴⁰ Sjå Sandvik, 1977, s 172

¹⁴¹ Sjå Sandvik, 1966, s 275-276

¹⁴² Sjå Nordtvedt m.fl., 2013, s 273

¹⁴³ Sjå Hagstrøm, 1997, s 93

¹⁴⁴ Sjå Sandvik, 1966, s 275

¹⁴⁵ Sjå Marthinussen m.fl., 2012, s 288

Lilleholt synes å meine det motsette og grunngeiv standpunktet i forarbeida.¹⁴⁶ I forarbeida til lova skriv utvalet at dei ikkje synes det er rimeleg at ein forbrukar skal bere risikoen for katastrofehendingar.¹⁴⁷ Vidare viser dei til hvtjl, som heller ikkje har eit unntak for katastrofar. Sjølv om teorien ikkje er heilt samstend, bør ein vel på bakgrunn av ordlyden og forarbeida konkludere med at ein ikkje har eit unntak for katastrofar i forbrukarentreprise. Regelen i buofl er dermed i tråd med den alminnelege regelen i kontraktsretten.¹⁴⁸ Ein har dermed ulik regulering i forbrukarentreprise og næringsentreprise.

5.3.2 Eldre standardkontraktar

Reguleringa i dei eldre standardkontraktane er for det meste lik reguleringa i dagens standardkontraktar. Det er imidlertid ein stor skilnad. Verken i NS 3401 eller NS 3430 var det nødvendig at katastrofane førte til skade på kontraktarbeidet. I desse standardane var nemleg skade sidestilt med umulegging over lengre tid, noko som førte til at risikoen også for slike situasjonar låg hos byggherren. I praksis medførte dette at entreprenøren under slike omstende ansvarsfritt kunne tre tilbake frå kontrakten.¹⁴⁹ Ser ein på ordlyden i NS 8405/06, finn vi ikkje spor av ei slik regulering lenger. I kontraktsforhold basert på dagens NS 8405, kan imidlertid begge partar nytte seg av art 38.2 til å kome seg ut av kontraktsforholdet dersom katastrofar fører til langvarig stans i arbeide. I NS 8406 har ein ikkje ein liknande artikkel. Ein kan likevel anta at regelen følgjer av generelle kontraktsrettslege prinsipp slik at den også gjeld i kontraktsforhold basert på NS 8406.¹⁵⁰

5.3.3 Internasjonale standardkontraktar

Også i internasjonale standardkontraktar er det vanleg med eit unntak for katastrofehendingar. Unntaket finn vi både i svenske AB 04, FIDIC og i tyske VOB/B.¹⁵¹ Verdt å merke seg er at svenske AB 04 også har inkludert terrorhandlingar i si opplisting av katastrofehendingar.¹⁵² Mestad hevdar at generelt sett må slike hendingar seiast å vere omfatta også av dei norske reglane.¹⁵³ Det er vel vanskeleg å vere ueinig i det. Også i Sandvik sitt utkast til ein fellesnordisk standard var det foreslått eit unntak for katastrofehendingar.¹⁵⁴ I danske AB 92 finn vi imidlertid ikkje spor av eit katastrofeunntak. Iversen er kritisk til dette og hevdar dette er ein klar mangel ved dei danske reglane.¹⁵⁵ Hørlyck har tatt til orde for å innføre ein slik regel også i dansk entrepriserett.¹⁵⁶

¹⁴⁶ Sjø Lilleholt, 2001, s 56

¹⁴⁷ Sjø NOU 1992:9 s 96

¹⁴⁸ Sjø Bruserud, 2014, s 383

¹⁴⁹ Sjø Sandvik, 1977, s 172

¹⁵⁰ Sjø Marthinussen, 2014, s 111

¹⁵¹ Sjø AB 04 kap. 5 § 1 tredje ledd, sjå FIDIC sub-clause 17.3, sjå VOB/B § 7

¹⁵² Sjø AB 04 kap. 5 § 1 tredje ledd

¹⁵³ Sjø Mestad, 1991, s 200

¹⁵⁴ Sjø NU 1976:22 § 5-5 andre ledd

¹⁵⁵ Sjø Iversen, 2010, s 271

¹⁵⁶ Sjø Hørlyck, 2009, s 157

5.3.4 Fabrikasjonskontraktar

I offshorekontraktar er systemet noko annleis. Reguleringa i NF 07 frittek leverandøren for risiko for hendingar som skuldast «krig, atomskade eller terror».¹⁵⁷ Som vi ser, er ordlyden noko ulik katastrofeunntaket i landentreprisane. På den andre sida er krig, atomskade og terror hendingar som i praksis vil falle inn under katastrofeunntaket, noko som viser at det likevel er klare likskapar mellom unntaksregelen i landentreprisane og NF 07. Det synes imidlertid ut frå ordlyden at rekkevidda av reguleringa er noko kortare i NF 07. Imidlertid er det etter ordlyden ikkje noko krav om at hendinga må ha vore upårekneleg på kontraktstidspunktet, slik ein har i NS 8505/06.¹⁵⁸ I NF 05 hadde ein ikkje eit unntak for krig atomskade eller terror i det heile.¹⁵⁹ Skadar grunna slike hendingar var då leverandøren sin risiko. Reguleringa i NF 05 var derfor svært ulik reguleringa i NS 8405/06.

6 Verknadar av å bere risikoen

6.1 Konsekvensar når entreprenøren ber risikoen

Formålet med denne delen av avhandlinga er å sjå på kva det faktisk inneber for entreprenøren å ha risikoen. Kva faktiske konsekvensar som følgjer å sitte med risikoen, seier verken NS 8405 eller NS 8406 noko om. Sjølv risikoomgrepet er i seg sjølv innhaldslaust og dels eit ulikt brukt omgrep.

Utgangspunktet må vere at den som sit med risikoen, må bere alle dei konsekvensane skaden fører med seg. Ein deler gjerne konsekvensane opp i tre forskjellige typar risiko: Eigarrisiko, vederlagsrisiko og ytingsrisiko.¹⁶⁰ Eigarrisikoen er den alminnelege bakgrunnsregelen og har røter heilt tilbake til romarretten.¹⁶¹ Eigarrisiko betyr å ha risikoen i kraft av det å vere eigar for noko. Ein har då som utgangspunkt ikkje krav på kompensasjon dersom noko ein eig blir skada eller øydelagt.

Entreprenøren si hovudoppgåve er imidlertid å utføre eit arbeid og vil som utgangspunkt ikkje ha eigarinteresser i byggeprosjektet. Entreprenøren har dermed ingen eigarrisiko i kontraktarbeidet. Unntak frå regelen om eigarrisiko krev særskilt heimel i form av risikoplasseringsreglar eller ansvarsreglar. At entreprenøren har risikoen for arbeidet må derfor grunnast på andre reglar.

Her kan ein skilje mellom ytingsrisiko og vederlagsrisiko. I følgje Iversen har skiljet sin bakgrunn i tysk teori.¹⁶² Å ha ytingsrisiko, betyr å ha risikoen for å levere ei faktisk yting lik

¹⁵⁷ Sjø NF 07 art 29.2 første ledd

¹⁵⁸ Sjø NF 07 art 29.2

¹⁵⁹ Sjø NF 05 art 29.2

¹⁶⁰ Sjø Iversen, 2010, s 260-261

¹⁶¹ Byggjer på den romarrettslege regelen «res perit domino»

¹⁶² Sjø Iversen, 2010, s 262

den ein har påtatt seg. Det betyr at dersom entreprenøren har ytingsrisiko for ein skade, må han sjølv gjere arbeidet på nytt og til rett tid dersom kontraktarbeidet blir skada. Om dette reelt sett er eit risikospørsmål eller ein del av den grunnleggande ytingsplikta som følgjer av ein avtale, er eit definisjonsspørsmål. At NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 ikkje regulerar ytingsrisiko, følgjer av samanhengen i standardane. Dette synspunktet er det også einigheit om i entrepriserettsleg teori.¹⁶³ Dette skil dei norske reglane frå dansk entrepriserett og FIDIC der skaderisikoen synes å vere knytt opp mot ytingsrisikoen.¹⁶⁴

Det som står att er vederlagsrisikoen. Å ha vederlagsrisikoen, inneberer å måtte dekke dei økonomiske konsekvensane ein skade medfører. At entreprenøren har vederlagsrisikoen, betyr at entreprenøren må betale for kostnadane som skadehendinga fører til på kontraktarbeidet.

Vidare må også andre kostnadar, som til dømes forseringskostnadar som følgje av ei slik hending, då som utgangspunkt dekkast av entreprenøren. Typiske forseringskostnadar kan til dømes vere overtidsbetaling til arbeidarar eller effektivitetstap som følgje av auka samtidig aktivitet på byggeområdet. Det er i dag heilt på det rene at NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 regulerer entreprenøren sin vederlagsrisiko.¹⁶⁵ Reguleringa er dermed lik den ein finn i tysk entrepriserett.¹⁶⁶

At reguleringa kun påfører entreprenøren vederlagsrisikoen, betyr sjølvsagt ikkje at han kan fri seg frå å bygge opp kontraktarbeidet etter skade ved å betale byggherren kompensasjon for skaden. Dette følgjer av den alminnelege plikta entreprenøren har til å levere kontraktsmessig yting. Dersom dette ikkje blir gjort, kan byggherren gjere gjeldande mangelsbeføyelsar mot entreprenøren.¹⁶⁷

Entreprenøren si plikt til å levere kontraktsmessig viser imidlertid ei side av entreprenøren sin ytingsrisiko og er regulert i NS 8405 art 11.2. I NS 8406 har ein ikkje ein liknande artikkel, men regelen må vere den same.¹⁶⁸ Dersom utbetningskostnadane ved ein reparasjon blir uforholdsmessig store i forhold til det som oppnåast, kan det unntaksvis vere aktuelt med eit prisavslag i staden. Dette vil vere eit vederlagsspørsmål.¹⁶⁹ Her ser vi samspelet mellom ytingsrisikoen og vederlagsrisikoen i praksis, men også at forskjellen mellom dei to reelt sett nødvendigvis ikkje er så stor.

Innhaldet i kontraktsplikta kan også bli endra undervegs i kontraktsperioden. Dette gjeld mellom anna der entreprenøren har rett på fristforlenging. Reglane om entreprenøren sin rett til fristforlenging finn vi i NS 8405 24.1 og 24.3. Hendingar som skadar bygget, kan derfor også føre til at innhaldet i ytelsesplikta blir modifisert etter desse reglane. Rett på

¹⁶³ Sjø Koldrud m.fl., 2004, s 175 og Sandvik, 1977, s 167

¹⁶⁴ Sjø Iversen, 2010, s 270

¹⁶⁵ Sjø Iversen, 2010, s 261 og Mestad, 1991, s 190

¹⁶⁶ Sjø Iversen, 2010, s 270

¹⁶⁷ Sjø m.a. NS 8405 36.1

¹⁶⁸ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 112

¹⁶⁹ Sjø NS 8405 art 11.2 andre ledd

fristforlenging gjeld som utgangspunkt uavhengig av risikoplasseringa etter NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10. Det er derfor ingenting i vege for at entreprenøren har rett på fristforlenging etter NS 8405 art 24.3, men framleis sit med risikoen etter NS 8405 art 17. Dermed kan ein få den situasjonen at byggherren har ytingsrisikoen for ei hending, medan entreprenøren har vederlagsrisikoen.¹⁷⁰ Denne situasjonen viser kor viktig det er å skilje ytingsrisikoen og vederlagsrisikoen frå einannan.

I tilknytning til dette, kan byggherren ha krav på dagsmulkt om dagsmulktsbelagte fristar i kontrakten ikkje blir haldne.¹⁷¹ Dagsmulkt er ei objektiv plikt for entreprenøren til å betale byggherren eit fastsett beløp for kvar dag ein overskrid ein dagsmulktsbelagt tidsfrist.¹⁷² Krav på dagsmulkt er vel derfor ein del av entreprenøren sin ytingsrisiko.¹⁷³

I tilknytning til dette bør ein også ta med entreprenøren si plikt til å varsle byggherren så snart han blir klar over skadar på kontraktarbeidet som han ber risikoen for. Denne plikta følgjer av NS 8405 art 11.2 første ledd. Plikta gjeld også i kontraktsforhold regulert av NS 8406.¹⁷⁴

At entreprenøren ber risikoen, betyr for byggherren sin del at han som utgangspunkt ikkje pliktar å betale for skadar som blir påført kontraktarbeidet. Dette inneber til dømes at entreprenøren må skaffe nye materialar for eiga rekning sjølv om desse opphavleg blei levert av byggherren.¹⁷⁵

Som vi har sett, er terskelen for framdriftsrisikoen lågare enn terskelen for vederlagsrisikoen, og ein kan få ein situasjon der kvar av partane har risikoen for kvar sin del. Eit spørsmål som då oppstår, er kven av partane som skal dekke dei ekstrakostnadane som oppstår som følgje av at entreprenøren har rett på fristforlenging. Normale meirkostnadar må entreprenøren sjølv dekke, jf. NS 8405 art 24.3 femte ledd. Slike meirkostnadar kan til dømes vere kostnadar som følgje av forlenga leigeperiode av anleggsmaskinar.

I tilknytning til dette kan det imidlertid oppstå ønskje om forsering frå byggherren for å ta igjen tapt tid. Eit spørsmål som oppstår då, er kven som har risikoen for slike forseringskostnadar. Dette spørsmålet blir ikkje regulert av art 24.3. Det følgjer imidlertid av NS 8405 art 22.2, jf. 22.1 at byggherren kan krevje at dei opphavlege fristane i slike tilfelle skal oppretthaldast. Dette vil imidlertid vere ei endring av kontrakten frå byggherren, noko som etter art 25.2 medfører at han må dekke dei økonomiske meirkostnadane som følgje av dette. Forseringskostnadane vil dermed byggherren bere risikoen for.

¹⁷⁰ Sjø også Iversen, 2010, s 272

¹⁷¹ Sjø NS 8405 art 34 og NS 8406 art 26

¹⁷² Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 556

¹⁷³ Sjø Mestad, 1991, s 8

¹⁷⁴ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 112

¹⁷⁵ Sjø Sandvik, 1966, s 279

Det er imidlertid viktig å merke seg at ansvarsreglane kan «bryte gjennom» reglane om risiko. Dersom byggherren har handla slik at entreprenøren kan gjere erstatningsansvar gjeldande, vil dette gå føre risikoplasseringa i kontrakten.¹⁷⁶

6.2 Konsekvensar når byggherren ber risikoen

Konsekvensen av at byggherren ber risikoen for ein skade, er at byggherren må betale for å få skaden reparert, eller må leve med eit kontraktarbeid som ikkje er i samsvar med det bestilte utan krav på kompensasjon.

Ein kan velje å sjå konsekvensane som enten byggherren sin vederlagsrisiko som følge av funksjonsfordelinga eller som ein del av byggherren sin eigarrisiko i prosjektet. Byggherren sin risiko for katastrofar må klart nok sjåast på som byggherren sin risiko for egne ting. Reguleringa i andre ledd kan kanskje sjåast frå begge synsvinklar. Sandvik synes å grunne risikoen i funksjonsfordelinga.¹⁷⁷ Motsett synes Iversen å grunne dette i byggherren sin risiko for egne ting.¹⁷⁸

For entreprenøren sin del inneber det at byggherren har risikoen, at han skal ha betalt for det arbeid han har utført. Vidare kan han krevje slik vederlagsjustering som utbetring av skadane vil medføre.¹⁷⁹ Det betyr at entreprenøren som utgangspunkt skal ha dekkast kostnadane han vil ha med å gjere kontraktarbeidet i kontraktsmessig stand. Dette kan reise spørsmål om kva typar utgifter ein entreprenør har rett på å få dekkast. Spørsmålet er ikkje regulert i standarden. Det må imidlertid vere klart at dei direkte kostnadane som følgjer av utbetringa, som materialar og lønnskostnadar, er omfatta. Om det skulle oppstå forseringskostnadar, skal også dei dekkast av byggherren.¹⁸⁰

Om også ekstrakostnadar i samband med til dømes rivingsarbeid er omfatta, er noko meir usikkert. Etter alminneleg forståing av ordlyden er ikkje rivingsarbeid omfatta av omgrepet «skade». Funksjonsfordelinga talar imidlertid sterkt for at slike ekstrakostnadar er byggherren sin risiko. Dersom byggherren skal bere risikoen for eit forhold, er det også rimeleg at han dekkast slike ekstrakostnadar. Eg kan ikkje sjå at spørsmålet har vore omhandla i rettspraksis eller i teorien. Løysinga synes etter dette ikkje heilt openbar. Skulle spørsmålet dukke opp for domstolane, vil nok omsynet til funksjonsfordelinga vege tungt. Den mest nærliggande konklusjonen må dermed vere at slike kostnadar er noko byggherren ber risikoen for.

Eit anna spørsmål er om forseinkingskostnadar som følge av ei hending som gir fristforlenging, i alminnelegheit skal dekkast av byggherren. Ordlyden talar imot då ein vanskeleg kan seie at forseinkingskostnadar er ei «skade». Også Marthinussen m. fl., hevdar

¹⁷⁶ Sjå Iversen, 2010, s 274

¹⁷⁷ Sjå Sandvik, 1977, s 169

¹⁷⁸ Sjå Iversen, 2010, s 269

¹⁷⁹ Sjå Kolrud m.fl., 2004, s 175

¹⁸⁰ Sjå Kolrud m.fl., 2004, s 176. Sjå også del 6.1 i avhandlinga

at slike omkostningar vil ikkje entreprenøren få dekkja, og dei grunnar standpunktet med artikkelen sin ordlyd.¹⁸¹ Art 24.3 femte ledd kan støtte opp om eit slikt synspunkt.

Ein kan også reise spørsmål om reparasjon og gjenoppbygging er å sjå på som eit endringsarbeid etter NS 8405 art 22, slik at entreprenøren kan påberope seg 15%-regelen. Spørsmålet kan være svært praktisk, til dømes ved naturkatastrofer som byggherren ber risikoen for. Dette er hendingar der typisk store delar av byggeprosjektet kan gå tapt. Dersom entreprenøren kan påberope seg 15% regelen, vil han ikkje ha plikt til å utføre arbeid som overstig 15% av opphavleg kontraktssum på nytt, jf. NS 8405 art 22.1 tredje ledd. Dette kan vere ei balansert løysing, for entreprenøren kan situasjonen vere at han har andre oppdrag som han ikkje kan misleghalde, og det er ein grunn til at ein har 15 %-avgrensinga i standarden.

Motsett kan det hevdast at gjenoppbyggingsplikta berre er eit utslag av den primære kontraktplikta og at endringsreglane ikkje er nærliggjande å bruke. I tillegg kan entreprenøren kanskje vere verna av art 38.2. Løysinga synes usikker. Når situasjonen er at byggherren ber risikoen, kan det verke urimeleg for entreprenøren om han blir tvungen til å byggje opp på nytt, kanskje på bekostning av andre planlagde byggjeoppdrag. Av den grunn, kan det vere nærliggjande å tru at endringsreglane vil gjelde i ein slik situasjon.

Vidare kan byggherren også ha ytingsrisikoen for ei skadehending. Entreprenøren har då, som nemnt i punkt 6.1, krav på fristforlenging.¹⁸² Dei faktiske følgjene av dette er at entreprenøren ikkje mislegheld sine kontraktplikter så lenge han overheld dei nye tidsfristane skadehendinga fører til. Å gå over dei gamle tidsfristane, vil då ikkje ha konsekvensar for entreprenøren. Vidare er dei økonomiske følgjene av dette at dei opphavlege dagsmulktsbelagte tidsfristane kan bli overtrådt, utan at entreprenøren må svare erstatning til byggherren i form av dagsmulkt. Også her ser vi samspelet mellom ytingsrisikoen og vederlagsrisikoen.

Skadar på kontraktarbeidet kan også av og til føre til langvarig stans i kontraktarbeidet. Ein bør derfor sjå skadeverknadane i samanheng med partane sin rett til å seie opp kontrakten ved langvarig stans i arbeidet. I NS 8405 følgjer denne retten av art 38.2. I NS 8406 har ein ikkje ein liknande artikkel, men ein antar at regelen følgjer av generelle kontraktsrettslege prinsipp.¹⁸³ Ein ser altså at ein alternativ verknad kan bli at heile kontrakten blir sagt opp. Det blir då kalla inn til overtakingsforretning, og det førebelse arbeidet vil bli overtatt av byggherren. Det følgjer også av NS 8405 art 38.2 at entreprenøren skal ha betalt for det arbeidet som er utført, men ikkje det som gjenstår. Dersom byggherren då allereie har betalt for noko som endå ikkje er utført, kan ein slik situasjon føre til at entreprenøren må betale tilbake beløp han har mottatt av byggherren.¹⁸⁴

¹⁸¹ Sjå Marthinussen m.fl., 2010, s 243

¹⁸² Sjå Nordtvedt m.fl., 2013, s 272

¹⁸³ Sjå Marthinussen m.fl., 2014, s 111

¹⁸⁴ Sjå Sandvik, 1966, s 265

6.3 Litt om forsikring

Å forsikre seg mot ytingsrisikoen, er nok umogleg.¹⁸⁵ Derimot kan partane i eit kontraktsforhold forsikre seg både mot eigarrisiko og vederlagsrisiko gjennom tingforsikringar.

Dette blir i stor grad også gjort. I utførelsesentreprise følgjer det endå til ei plikt for entreprenøren til å teikne forsikring. Forsikringsplikta følgjer av NS 8405 art 10 og NS 8406 art 9. Den skaderisikoen som entreprenøren etter NS 8405 art 17 og NS 8406 art 10 ber, vil derfor som den store hovudregel vere dekkja av entreprenøren si forsikring.¹⁸⁶ Entreprenøren sitt omkostningsansvar vil då vere avgrensa til eigendelen i forsikringa.

Forsikringa skal imidlertid i utgangspunktet dekke heile kontraktarbeidet fram til overlevering.¹⁸⁷ Både skadar på det som er utført og på materialar skal forsikrast. Hovudregelen er dermed at forsikringa også vil dekke skadar som entreprenøren etter andre ledd ikkje svarar for.¹⁸⁸ Dersom forsikringa dekker skadar etter andre ledd, har entreprenøren ei plikt til å nytte seg av den.¹⁸⁹ Regelen skil seg dermed frå den erstatningsrettslege hovudregel om at skadelidne også kan velje å gå direkte mot skadevoldar. I tilfeller entreprenøren ikkje har risikoen for, kan det oppstå spørsmål om kven som no skal dekke eigendelen.

I NS 8406 er dette spørsmålet ikkje regulert. Utgangspunktet må derfor vere at entreprenøren som forsikringstakar sjølv må dekke eigendelen. Dersom entreprenøren ønskjer å krevje eigendelen frå byggherren, må han krevje dette etter andre reglar. Marthinussen m. fl. hevdar eit slikt krav må grunnast på dei alminnelege reglane om erstatning eller NS 8406 art 19.4 som gjeld entreprenøren sitt krav ved forseinking og manglar ved byggherren sine leveransar.¹⁹⁰

I NS 8405 art 17 andre ledd er dette spørsmålet regulert. Utgangspunktet er at skadevoldaren skal dekke denne eigendelen. Dersom entreprenøren likevel ikkje får dekkja eigendelen av skadevoldaren, følgjer det av ordlyden i artikkelen at byggherren skal dekke denne eigendelen. Byggherren si plikt til å dekke eigendelen er imidlertid avgrensa til 1 G. Per 1.5.2014, ligg 1 G på 88 370 kroner.¹⁹¹ Entreprenøren må då i slike tilfelle sjølv dekke det som eventuelt gjenstår. Som ein ser, rekk byggherren sitt ansvar ikkje langt, og i følgje Marthinussen m. fl. ber regelen nærmast preg av å vere ei ansvarsavgrensing for byggherren.¹⁹² Entreprenøren kan derfor fort måtte bere mesteparten av eigendelen trass i at han ikkje ber risikoen for skaden.

¹⁸⁵ Sjø Iversen, 2010, s 262

¹⁸⁶ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 175

¹⁸⁷ Sjø NS 8405 art 10.1 første og andre ledd

¹⁸⁸ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 240

¹⁸⁹ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 240-241

¹⁹⁰ Sjø Marthinussen m.fl., 2014, s 117

¹⁹¹ Sjø www.nav.no

¹⁹² Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 241

Men dersom byggherren sjølv har forårsaka skaden, vil ei slik avgrensing ikkje gjelde då entreprenøren kan krevje byggherren i kraft av å vere skadevoldar, sjølv der det ikkje ligg føre aktløyse.¹⁹³ Ansvarsavgrensinga må då kun gjelde der byggherren ber risikoen for sine kontraksmedhjelparar. Kolrud m. fl. har stilt spørsmål om kor heldig ei slik avgrensing er.¹⁹⁴ Uansett er det sjølv sagt ingenting i vegen for at partane sjølv forhandlar seg fram til ei anna løysing.¹⁹⁵

I følgje NS 8405 art 10.1 andre ledd skal forsikringa dekke «skade». Reguleringa som ikkje er uttømmende nemner mellom anna brannskade, vasskade og hærverk som døme på slike skadar. Kravet her må vere at entreprenøren teiknar ei tradisjonell «all-risk» forsikring, som skal dekke vanlege skadehendingar.

Eit spørsmål som oppstår, er om forsikringa vil omfatte skadar forårsaka av katastrofehendingar. Katastrofehendingar er per definisjon uvanlege, noko som talar mot at skadar grunna slike hendingar vil vere omfatta av den vanlege byggjerisikoforsikringa. NS 8405 art 10 er taus om dette spørsmålet. Det følgjer imidlertid av Lov 16. juni 1989 nr 70 om naturskadeforsikring § 1 at ting i Norge som er forsikra mot brannskade, også er forsikra mot naturskadar. Naturskade er eit vidare omgrep enn naturkatastrofar og må derfor også omfatte naturkatastrofehendingar. Naturkatastrofar vil nok derfor som utgangspunkt vere dekka av forsikringa. Katastrofehendingar som ikkje er naturskadar, vil nok derimot ikkje vere omfatta av denne type forsikring. Skal byggjeprojektet vere forsikra mot andre katastrofehendingar, må ein derfor teikne slik forsikring særskilt.

Kva som er omfatta av den konkrete forsikringa, vil imidlertid kunne variere og vil sjølv sagt bero på ei tolking av den faktiske reguleringa i kvar enkelt forsikringspolise. Dersom skadar forårsaka av katastrofehendingar skulle vere dekka av forsikringa, følgjer det av NS 8405 art 17 fjerde ledd at byggherren ikkje kan stø seg på avgrensinga som følgjer av andre ledd. Uttrykket «annen skade» i fjerde ledd må vise tilbake til andre ledd, slik at dei omfattar alle andre skadar enn dei som er forårsaka av byggherren eller hans kontraksmedhjelparar.¹⁹⁶ I slike tilfelle må byggherren dermed dekke eigendelen til forsikringa fullt ut.

Eit anna spørsmål er om byggjerisikoforsikringa også vil dekke forseringskostnadar for å ta igjen det tapte ved ei skadehending. Spørsmålet vil bero på kva som er «vanlig», jf. NS 8405 art 10.1 andre ledd. Eg har ikkje funne noko rettspraksis kring dette, og spørsmålet er ikkje behandla i teorien. Eg har drøfta spørsmålet med Rolf Thorsen, administrerande direktør i OSU. Han var usikker, men trudde ikkje at forseringskostnadar var omfatta. Dette synet deler Petter Eiken, administrerande direktør i ROM Eigedom. Synspunktet harmonerer også med at forsikringa skal «omfatte skade» jf. art NS 8405 art 10.1 andre ledd. Dersom byggjerisikoforsikringa ikkje dekker kostnadane, vil det vere opp til den parten som har risikoen etter funksjonsfordelinga å forsikre seg mot dette særskilt eller dekke kostnadane ved skaden frå eiga lomme. Petter Eiken peikar på at det ikkje er uvanleg for byggherrar å teikne

¹⁹³ Sjø Marthinussen m.fl., 2010, s 242

¹⁹⁴ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 176

¹⁹⁵ Sjø NS 8405 art 10.1 første ledd

¹⁹⁶ Sjø Kolrud m.fl., 2004, s 176

særskilt «avsvansforsikring», og at ei slik forsikring vil kunne dekke kostnadane som byggherren får som følge av ei forseinking med byggjeprojektet.

Vidare hevder Mestad at dersom entreprenøren ikkje overheld si forsikringsplikt etter kontrakten, vil han bli ansvarleg for dei økonomiske konsekvensane som følgjer av at det ikkje er teikna forsikring. Når entreprenøren si brannforsikring også omfattar naturkatastrofar, ser ein her at entreprenøren i slike tilfelle kan bli ansvarleg for hendingar som byggherren etter NS 8405 art 17 tredje ledd skal bere risikoen for.¹⁹⁷ Dette synspunktet synes fornuftig, men kan få katastrofale følgjer for ein entreprenør.

6.4 Reguleringa i forbrukarentreprise og andre standardkontraktar

6.4.1 Bustadoppføringslova

I bustadoppføringslova er forsikringsplikta regulert i § 13 siste ledd. Også her er hovudregelen at entreprenøren pliktar å halde kontraktarbeidet forsikra fram til overtakinga. Reglane er ikkje like detaljerte som i næringsentreprise, men hovudlinene er like. Reglane om byggherren sitt moglege ansvar for eigendelen, har ein imidlertid ikkje i forbrukarentreprise. Her må då entreprenøren som utgangspunkt dekke eigendelen med mindre noko anna er avtalt.

6.4.2 Eldre standardkontraktar

Også tidlegare standardar regulerte forsikringsdekninga. I NS 401 var hovudregelen lik dagens regel, nemleg at entreprenøren skulle teikne forsikring for kontraktarbeidet.¹⁹⁸ I NS 401 A var imidlertid regelen motsett. Her var det byggherren som skulle syte for forsikringsdekning, og entreprenøren hadde ingen plikt til å halde arbeidet forsikra.¹⁹⁹ Regelen møtte imidlertid stor motstand, og bygherrane verka lite fortruleg med ein slik regel.²⁰⁰ I NS 3401 gikk ein derfor tilbake til ein regel der det er entreprenøren si oppgåve å halde kontraktarbeidet forsikra. Dette har vore regelen i norsk entrepriserett sidan.²⁰¹

I høyringsrundane ved utarbeidinga av NS 8405 går det imidlertid fram at forsikringsbransjen uttrykte ønskje om ein regel som kvilte ansvaret for å teikne byggjeforsikring på byggherren.²⁰² Dette blei ikkje følgt opp.

Ein skilnad mellom dagens regulering og reguleringa i dei tidlegare standardane, er at reglane om risikofordeling og forsikring tidlegare var heilt åtskilt i ulike artiklar.²⁰³ I NS 8405 art 17 og 8406 art 10 har vi imidlertid, som vi har sett, fått ei mykje sterkare samankopling mellom regelsetta.

¹⁹⁷ Sjø Mestad, 1991, s 205

¹⁹⁸ Sjø NS 401 § 8

¹⁹⁹ Sjø NS 401 A pkt. 18

²⁰⁰ Sjø Sandvik, 1977, s 176

²⁰¹ Sjø NS 3401 art 19 og NS 3430 art 14

²⁰² Sjø Marthinussen, 2010, s 118

²⁰³ Sjø NS 3401 art 18 og art 19, sjø NS 3430 art 14 og art 15

6.4.3 Internasjonale standardkontraktar

Samanlikna med entreprisekontraktar i dei andre nordiske landa, er den norske reguleringa i ei særstilling. Dei norske reglane er dei einaste som inneheld ei direkte samankopling mellom risikoreglane og forsikringsreglane.²⁰⁴ Iversen tek opp spørsmålet om ei slik kopling er heilt heldig. Han synes å ta til orde for at det beste er å halde reglane meir åtskilt, slik også regelen var i norske standardar tidlegare. Dette synspunktet er i tråd med reguleringa i dei andre nordiske entreprisekontraktane, i tysk entrepriserett og i FIDIC.²⁰⁵

Ein annan skilnad er at i danske AB 92 er forsikringsplikta lagt til byggherren, medan den som vi har sett i Norge er lagt til entreprenøren.²⁰⁶ Den svenske standarden synes å byggje på ein regel om forsikringsplikt for entreprenøren slik som i Norge.²⁰⁷

6.4.4 Fabrikasjonskontraktar

I verkskontraktar i offshoresektoren finn vi også ei samankopling mellom reglane om risikoplassering og reglane om forsikring. Dette ser ein tydeleg i NF 07 art 29.2 som omhandlar leverandøren sitt omkostningsansvar for skade på kontraktgjenstanden. På dette området har derfor reglane store fellestrekk med reguleringa i NS 8405 art 17. Ein forskjell er imidlertid at der NS 8405 art 17 regulerar byggherren sitt ansvar for eigendelen, regulerar NF 07 art 29.2 leverandøren sitt ansvar for eigendelen.

Bakgrunnen for denne forskjellen er at reglane om kven av partane som pliktar å teikne forsikring, er motsett av reglane ein har i landbasert entreprise. Der er, som vi har sett, plikta lagt til entreprenøren. Utgangspunktet i offshoreentreprise er imidlertid at sjølv om det er leverandøren som har risikoen for kontraktgjenstanden, er det selskapet som byggherre som pliktar å teikne byggjerisikoforsikring for kontraktgjenstanden.²⁰⁸ Reguleringa er dermed lik den ein finn i dansk entrepriserett.²⁰⁹

7. Bevisspørsmål

I eit komplekst byggjeprojekt hender det relativt ofte at det oppstår skadar på kontraktarbeidet. Mange involverte, ukontrollerbare hendingar og tidspress er faktorar som gjer byggjeprosessen utsett for skadar som gjer utbetringar naudsynte. Det typiske er alle dei små skadane som fortløpande oppstår når mange aktørar jobbar på prosjektet samtidig. Vanlege eksempel er hakk i fliser eller riper i parketten. Kvar for seg er skadane nødvendigvis ikkje så kostbare, men kostnadane blir lett høge når ein summerer saman. Situasjonar som dette kan lett føre til tvist mellom partane i prosjektet, der alle partar hevdar at nokon andre må bere risikoen for hendinga. Ei utfordring som då oppstår, er at det ofte er vanskeleg å

²⁰⁴ Sjø m.a. AB 92, risiko i § 12 og forsikring i § 8

²⁰⁵ Sjø Iversen, 2010, s 271

²⁰⁶ Sjø AB 92 § 8

²⁰⁷ Sjø m.a. AB 04 § 22 andre ledd

²⁰⁸ Sjø NF 07 art 31 og NTK 07 art 30.

²⁰⁹ Sjø AB 92 §8

fastslå kva og kven som har forårsaka skaden. Dette reiser spørsmål om kven som har bevisbyrden, og kva beviskravet er.

Utgangspunktet er at entreprenøren har risikoen for skadar på kontraktarbeidet inntil overtaking. Ei naturleg følgje av dette er at entreprenøren også som utgangspunkt har risikoen der skadeårsaka er ukjend.²¹⁰ Dersom entreprenøren meiner han ikkje skal bere risikoen, må han påberope seg eit av unntaka. Det er ein presumpsjon i norsk rett for at den som vil påberope seg ein unntaksregel, må sannsynleggjere at vilkåra for unntaksregelen er oppfylt.²¹¹ Det er derfor entreprenøren si oppgåve å klare å sannsynleggjere at skaden er forårsaka av byggherren eller ein kontraktsmedhjelpar, eller at den er forårsaka av ei katastrofehending som frittek entreprenøren for risikoen etter tredje ledd. Konklusjonen er derfor at entreprenøren som utgangspunkt har bevisbyrden.

Beviskravet har vore tema i fleire eldre voldgiftsdomar. Til dømes i vgd 29/5 1952 (FTV-Oslo) fekk entreprenøren medhald i at byggherren måtte bere risikoen for knuste glasruter. Sandvik hevdar at domen setter betenkelege små krav til beviset for at skaden var forårsaka av sideentreprenørar.²¹² I motsett retning hevdar Sandvik, trekker vgd 7/11 1953 (FTV-Trondheim) og vgd 24/5 1927 (FTV-Oslo), der entreprenørane ikkje fekk medhald i at byggherren måtte bere risikoen. I sistnemnte dom seier voldgiftsretten at entreprenøren må bere risikoen under vising til at det var uklart kven som hadde volda skaden.²¹³ Vi har derfor ikkje haldepunkt for noko anna enn at det alminnelege beviskravet må leggjast til grunn. Det er dermed tilstrekkeleg med sannsynlegheitsovervekt. Det inneber at entreprenøren må vise at det teoretisk sett er over 50% sannsynlegheit for det entreprenøren påberopar seg. Det er imidlertid neppe eit krav at entreprenøren må bevise til dømes nøyaktig kven som har forårsaka skaden. Det må vere tilstrekkeleg at han kan sannsynleggjere at det skuldast ei hending som byggherren ber risikoen for.²¹⁴

²¹⁰ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 272

²¹¹ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 272

²¹² Sjø Sandvik, 1966, s 270

²¹³ Sjø Sandvik, 1966, s 270

²¹⁴ Sjø Nordtvedt m.fl., 2013, s 272

8. Kjelder

8.1 Standardkontraktar

NS 401	Norsk Standard 401 Almennelike kontraktsbestemmelser om utførelse av byggearbeider(1944)
NS 401 A	Norsk Standard 401A Almennelike kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider(1961)
NS 3401	Norsk Standard 3401 Almennelike kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider(1969)
NS 3430	Norsk Standard 3430 Almennelike kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 2. utgave(1994)
NS 8405	Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og annleggskontrakt
NS 8406	Norsk Standard 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og annleggskontrakt
NS 8407	Norsk Standard 8407:2011 Almennelike kontraktsbestemmelser for totalentrepriser
NU 1976:22	Nordiske kontraktsbestemmelser for bygge- og annleggsarbeider
NF 92	Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992
NF 05	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005
NF 07	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007
NTK 05	Norsk Totalkontrakt 2005
NTK 07	Norsk Totalkontrakt 2007
AB 72	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1972
AB 92	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1992
AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader, 2004
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 2009

FIDIC FIDIC Conditions of Contracts for Construction - The Red Book, 1999

8.2 Lover

Avhendingslova Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr 93

BGB Bürgerliches Gesetzbuch 18.08.1896

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

Forbrukerkjøpsloven Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr 34

Håndverkertjenesteloven Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere av 16. juni 1989 nr 63

Kjøpsloven Lov om kjøp av 24. mai 1907 nr 2

Kjøpsloven Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr 27

Naturskadeforsikringsloven Lov om naturskadeforsikring av 16. juni 1989 nr 70

8.3 Offentlege dokument

NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov(bustadoppføringslova)

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

8.4 Retts- og voldgiftspraksis

Rt 1917 s 673

Rt 1992 s 770

Rt 2000 s 806

Rt 2005 s. 1155

Rt 2014 s 520

Vgd 24/5 1927(FTV-Oslo)

Vgd 29/5 1952 (FTV-Oslo)

Vgd 7/11 1953(FTV-Trondheim)

Vgd 23/12 1997

KFE 1984.193 VBA

T:BB 2006.542(3)V

T:BB 2008.305 VBA

8.5 Uttalelsar frå BFJR

BFJR Sak nr. 479 (1998)

8.6 Litteratur

- Barbo (1997) Jan Einar Barbo, *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, Universitetsforlaget, 1997
- Bruserud (2014) Herman Bruserud og Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett*. Oslo, Universitetsforlaget, 2014
- Eide og Stavang (2008) Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2008
- Hagstrøm (1997) Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner*. Oslo, Vinderen forlag, 1997
- Hagstrøm (2011) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett 2. utgave*. Oslo, Universitetsforlaget 2011
- Hansen m.fl. (1993) Mogens Hansen, Jan Eske Schmidt, Niels Sørensen, Lars Peter Tolstrup, Eric Boesgaard, *AB 92 for praktikere*. Byggecentrum, 1993
- Hørlyck (2009) Erik Hørlyck, *Entreprise med kommentarer 6. utgave*. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009
- Iversen (2010) Torsten Iversen, *Lidt om risiko og ansvar i entrepriseforhold*. I: På rett grunn - Festskrift for forening for Bygge- og Entrepriserett redigert av Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen. Oslo 2010 s 259-279
- Kaasen (2006) Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, Universitetsforlaget, 2006

- Kolrud m.fl. (1992) Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsåker, Ola Brekken, Inger-Johanne Lund, Svein Arild Philstrøm, Stein Erik Stinessen, *Kommentar til NS 3430*. Oslo, Universitetsforlaget, 1992
- Kolrud m.fl. (2004) Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, Johnny Johansen, Inger-Johanne Lund, Dag Arne Ruud, Tor Wilhelm Seim, og Bjørg Ven, *NS 8405 Kommentartutgave*. Universitetsforlaget, 2004
- Lilleholt (2001) Kåre Lilleholt, *Avtale om ny bustad*. Oslo, Universitetsforlaget, 2001
- Lorenz (1980) Werner Lorenz, *International encyclopedia of comparative law, Vol VIII, Chapter 8: Contracts for work on goods and building contracts 1. utg.* Tübingen, 1980
- Marthinussen m.fl. (2010) Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *Kommentartutgave til Norsk Standard 8405*. Oslo, Gyldendal Forlag, 2010
- Marthinussen m.fl. (2012) Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. Oslo, Gyldendal Forlag, 2012
- Marthinussen m.fl. (2014) Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og annleggskontrakt med kommentarer*. Oslo, Gyldendal Forlag, 2014
- Mestad (1991) Ola Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Oslo, Universitetsforlaget, 1991
- Nordtvedt m.fl. (2013) Henning Nordtvedt, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik, og Johnny Johansen, *NS 8407 Kommentartutgave, Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser*. Oslo, Universitetsforlaget, 2013
- Sandvik (1966) Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*. Oslo, Johan Grundt Tanum, 1966
- Sandvik (1977) Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*. Oslo, Universitetsforlaget, 1977
- Vagner (2005) Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret 4. udgave* ved Torsten Iversen. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005

8.7 Internettsider

www.bfjr.no

www.nav.no

www.sn1.no