

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Avtalt risikoovergang

En analyse av NS 8407 punkt 24.2

Kandidatnummer: 531

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 16 900



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Overordnet om fasene i et byggeprosjekt – tidsmessig plassering av avhandlingens tema.....	2
1.3	Kort om rettskildebildet i entrepriseretten – tolkning.....	2
<b>2</b>	<b>HOVEDREGELN – FUNKSJONSFORDELINGSPRINSIPPET .....</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>AVTALT RISIKOOVERGANG NS 8407 PUNKT 24.2.....</b>	<b>5</b>
3.1	Innledning og problemstilling.....	5
3.2	Formål med og hensyn bak reguleringen av avtalt risikoovergang .....	5
3.2.1	Reelle hensyn ved tolkningen.....	7
3.3	Hva omfatter risikoovergangen?.....	9
3.3.1	Problemstillingen.....	9
3.3.2	«Løsninger og annen prosjektering» .....	10
3.3.3	Forholdet til opplysninger om faktiske forhold .....	13
3.3.4	Faktiske opplysninger som krever særskilt fagkunnskap.....	14
3.3.5	Prosjektering som bygger direkte på opplysninger om faktiske forhold.....	16
3.3.6	Byggherrens valg av bestemte materialer.....	16
3.3.7	Redigeringsfeil.....	17
3.3.8	Byggherren har gitt en av rådgiverne redigeringsansvaret.....	20
3.3.9	Konklusjon.....	20
3.4	Rettsvirkningene av avtalt risikoovergang.....	21
3.4.1	Utgangspunktet.....	21
3.4.2	Unntak for uriktige opplysninger .....	23
3.5	Totalentreprenørens krav mot byggherrens prosjekterende.....	28
3.5.1	Innledning og angrepvinkel .....	28
3.5.2	Totalentreprenøren overtar byggherrens «eventuelle krav».....	29
3.5.3	Byggherrens plikt til å sikre kravet.....	33
3.5.4	Virkningen av at byggherren ikke har sikret totalentreprenørens rett til å overta kravet .....	35
3.6	Totalentreprenørens gjennomgang og varslings.....	37
3.6.1	Innledning.....	37
3.6.2	Varsel og krav til varselets innhold .....	38
3.6.3	Byggherrens svar på varsel.....	40

3.6.4	Risikofordelingen når byggherren pålegger totalentreprenøren en ny løsning eller opprettholder den foreliggende.....	41
3.6.5	Virkningene av manglende overholdelse av varslingsreglene .....	41
<b>4</b>	<b>BEGRENSNINGER I RISIKOOVERFØRINGEN .....</b>	<b>43</b>
4.1	Innledning og problemstilling.....	43
4.2	Forutsetningene i protokollen .....	43
4.3	«Vesentlig avvik» – vesentlig svikt i prosjekteringsmaterialet .....	44
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>50</b>
<b>6</b>	<b>KILDEHENVISNINGER .....</b>	<b>51</b>
6.1	Litteratur.....	51
6.2	Rettsavgjørelser.....	52
6.2.1	Høyesterettsavgjørelser .....	52
6.2.2	Underrettsavgjørelser.....	52
6.2.3	Voldgiftsrettavgjørelser .....	52
6.3	Uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd .....	52
6.4	Lover .....	52
6.5	Standardkontrakter .....	52
6.6	Artikler .....	52

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema

Tema for avhandlingen er avtalt risikoovergang etter NS 8407 punkt 24.2 og de spørsmål som oppstår ved anvendelsen av denne bestemmelsen. Formålet er å foreta en analyse av bestemmelsen.

Ved avtalt risikoovergang overføres risikoen for byggherrens prosjektering fra byggherren til totalentreprenøren. Utgangspunktet er at byggherren har risikoen for prosjektering han har fått utført. Bestemmelsen åpner for at partene i en totalentreprisekontrakt kan avtale en ordning som gjør unntak fra hovedregelen i entrepriseretten om at risikoen følger funksjonsfordelingen.<sup>1</sup>

I totalentrepriser utarbeider byggherren et «forprosjekt» før kontraktsinngåelsen. Forprosjektet utgjør ofte hele eller deler av anbuds- eller tilbudsgrunnlaget. Det materialet som utgjør forprosjektet består ikke nødvendigvis bare av «prosjektering», men inneholder i mange tilfeller også ulike typer opplysninger om byggestedet, grunnen, kart og andre beskrivelser av byggherrens visjoner for byggeprosjektet. Utgangspunktet i totalentrepriser er at byggherren har risikoen for den prosjekteringen han får utført.

NS 8407 punkt 24.2 regulerer rammene for og virkningene av avtalt risikoovergang.

En grunnleggende forutsetning for avhandlingen er at byggherren og totalentreprenøren har avtalt at NS 8407 punkt 24.1 skal fravikes til fordel for punkt 24.2 og at risikoovergangen gjelder byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering jf. bestemmelsens ordlyd. Individuelt forfattede klausuler som overfører prosjekteringsrisiko, men som følger en annen løsning enn standarden faller utenfor avhandlingen.<sup>2</sup>

Det forekommer svært sjelden at byggherren prosjekterer et byggeprosjekt selv. I avhandlingen er det derfor lagt til grunn at byggherren har fått utført prosjektering av ulike rådgivere.

Avtalt risikoovergang har flere likhetstrekk med andre kontraktsrettslige mekanismer for risikooverføring. Særlig gjelder dette ansvarsfraskrivelser og såkalte «som den er»-forbehold. Det innebærer at begrensninger som gjelder for slike former for risikooverføring kan ha betydning ved tolkningen av standarden punkt 24.2.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Se nærmere om totalentreprisebegrepet i Hagstrøm (2014) s. 64-65 og Barbo (1990) s. 9.

<sup>2</sup> Dette er utførlig behandlet i tidligere studentavhandlinger. Se eksempelvis Vesterheim (2012).

<sup>3</sup> I hvilken utstrekning bakgrunnsrettens begrensninger i slike fraskrivelser og forbehold også utgjør selvstendige begrensninger for avtalt risikoovergang, drøftes i avhandlingen kapittel 4.

## **1.2 Overordnet om fasene i et byggeprosjekt – tidsmessig plassering av avhandlingens tema**

Entrepriser deles inn i forskjellige faser. I juridisk teori varierer det hvordan man deler det opp og hvilke navn som settes på de ulike fasene.<sup>4</sup> Barbo deler byggeprosjektet inn i programfasen, prosjekteringsfasen, anbudsfasen og produksjonsfasen.<sup>5</sup> For å plassere avhandlingens tema i forhold byggeprosjektet er den inndelingen Hagstrøm og Bruserud benytter noe mer passende.<sup>6</sup> Her deles byggeprosjektet inn i programfasen, forprosjektfasen, detaljprosjektfasen, byggefasen og driftsfasen.<sup>7</sup>

I totalentrepriser vil det være naturlig at kontraktsinngåelsen ligger mellom forprosjektfasen og detaljprosjektfasen. Byggherren vil som hovedregel ha utarbeidet et forprosjekt og totalentreprenøren skal forestå detaljprosjekteringen og oppføringen av bygget. Ved avtalt risikoovergang overføres risikoen for bestemte deler av det materiale byggherren har utarbeidet frem til dette tidspunktet.

## **1.3 Kort om rettskildebildet i entrepriseretten – tolkning**

Entrepriseretten preges av manglende lovgivning. Dette har sin bakgrunn i at man i entrepriseforhold har hatt en tradisjon for selvregulering gjennom standardkontrakter.<sup>8</sup> Standardkontraktene blir til i regi av Standard Norge og utarbeides av en komité bestående av representanter for de involverte parter i et byggeprosjekt.

Entrepriseretten er relativt fattig på rettskilder sammenlignet med andre kontraktsrettsområder.<sup>9</sup> Det skyldes ikke mangel på rettstvister. Entreprenørnæringen er en av landets største næringsområder. Det smale rettskildebildet skyldes i stor grad at standardkontraktene tradisjonelt har inneholdt voldgiftsklausuler. Som en konsekvens av det er entreprisetvister i mindre grad avgjort ved de alminnelige domstolene, herunder Høyesterett.<sup>10</sup>

Det finnes omfattende voldgiftspraksis som kunne kastet lys over tolkningen av standardkontraktene. Voldgiftsavgjørelser er i motsetning til vanlig rettspraksis svært ofte undergitt taushetsplikt og derfor ikke offentlig tilgjengelig.

---

<sup>4</sup> Nærmere Hagstrøm (2014) s. 39–40 om begrepet totalentreprise.

<sup>5</sup> Barbo (1990) s. 24 flg.

<sup>6</sup> Hagstrøm (2014) s. 40, tar utgangspunkt i Statsbyggs prosjektmodell.

<sup>7</sup> For en nærmere beskrivelse av innholdet i de ulike fasene vises det til Hagstrøm (2014) s. 40–43.

<sup>8</sup> Hagstrøm (2014) s. 25.

<sup>9</sup> Hagstrøm (2014) s. 28.

<sup>10</sup> I.c.

Som en konsekvens av at det finnes lite tilgjengelig praksis er de viktigste rettskildefaktorene ved tolkning av standardkontraktene ordlyden sammenholdt med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

NS 8407 er standardkontrakten for totalentrepriser. Standarden inngår som en del av kontraktsbestemmelsene i det enkelte byggeprosjektet. For tolkningen av bestemmelsene i standarden gjelder i utgangspunktet prinsippene om avtaletolkning.

Ved tolkning av avtaler vil en rekke forhold være relevante for å klarlegge innholdet i avtalen. Sentrale momenter vil være avtalens ordlyd, formål og andre partsspesifikke forhold. Formålet med tolkningen er gjerne å «(...) kartlegge partenes berettigede forventninger på basis av kontrakten». <sup>11</sup> Altså å finne en felles partsvilje.

Standarden er utarbeidet av en komité bestående av representanter for begge parter i byggeprosjektet. De har ofte karakter av «privat lovgivning» og det vil «(...) ofte ikke være mulig å finne frem til noen felles partsvilje». <sup>12</sup> Dersom det i det enkelte tilfellet kan påvises en felles partsvilje vil imidlertid denne måtte legges til grunn selv om en objektiv forståelse av klausulen taler for en annen løsning. <sup>13</sup>

I rettspraksis er det også gitt uttalelser om tolkning av standardkontrakter. I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1345 premiss 59 vises det til flere avgjørelser hvor dette er fremholdt og det slås fast at det må foreligge «(...) sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden (...)».

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2010 s. 961 uttaler Høyesterett at:

«Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.» <sup>14</sup>

Den analysen og tolkningen av NS 8407 punkt 24.2 som er tema i denne avhandlingen, vil dermed bygge på en naturlig og objektiv forståelse av ordlyden sett i lys av formålene og hensynene bestemmelsen ivaretar.

---

<sup>11</sup> Høgberg (2006) s. 16.

<sup>12</sup> Hov (1993) s. 95.

<sup>13</sup> Hov (1993) s. 95.

<sup>14</sup> Dommens premiss 44.

## 2 Hovedregelen – Funksjonsfordelingsprinsippet

Hovedregelen om risikofordeling i entrepriserett er det såkalte funksjonsfordelingsprinsippet. Dette er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp med lange tradisjoner i norsk rett.<sup>15</sup> Hagstrøm fremholder at «[d]et synes å være en allmenn regel at hver av partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.»<sup>16</sup> Også Sandvik er av denne oppfatningen; «[a]t risikofordelingen skal rette seg etter funksjonsfordelingen, anser en i praksis som noe selvsagt, som et utslag av 'alminnelige rettsgrunnsetninger'.»<sup>17</sup>

Funksjonsfordelingsprinsippetets betydning for entrepriseretten ble slått fast i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1917 s. 673. Saken gjaldt følgene av svikt i fundamenteringen på et bygg. Entreprenøren hadde påtatt seg både oppdraget med fundamenteringen og en garanti for fundamenteringens godhet og egnethet. Fundamenteringsplanen var imidlertid utarbeidet av byggherrens arkitekt, og entreprenøren hadde ikke anledning til å velge andre løsninger. Dette var avgjørende for Høyesterett.

Høyesterett kom enstemmig til at entreprenøren ikke var ansvarlig for skadene på bygget. Etttersom det var byggherrens arkitekt som hadde utarbeidet fundamenteringsplanen og den nærmere beskrivelsen av utførelsen, måtte valg av metode og utførelse være byggherrens risiko. Garantiklausulen var ikke i veien for dette.

Funksjonsfordelingsprinsippet er for totalentrepriser inntatt i NS 8407 punkt 24.1, første ledd. Det følger av denne bestemmelsen at:

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

Entreprisekontrakter preges av å være svært sammensatte ytelser. Begge parter yter ulike bidrag til det konkrete prosjektet. Det synes derfor naturlig at hver av partene selv bærer risikoen for det bidraget de yter i prosjektet – den funksjonen de fyller. Med *risiko* menes her *vederlagsrisikoen*, altså om en svikt skal påvirke byggherrens plikt til å betale den avtalte kontraktssummen. For en nærmere redegjørelse av begrepet vises det til Sandvik.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Hagstrøm (2014) s. 198.

<sup>16</sup> Hagstrøm (2011) s. 333.

<sup>17</sup> Sandvik (1966) s. 243.

<sup>18</sup> Sandvik (1966) §4, se særlig side 101 om begrepet vederlagsrisikoen.

### **3 Avtalt risikoovergang NS 8407 punkt 24.2**

#### **3.1 Innledning og problemstilling**

Avtalt risikoovergang etter NS 8407 punkt 24.2, overfører risikoen for byggherrens «[valg av] løsninger og annen prosjektering» til totalentreprenøren. Bestemmelsen regulerer rammene for og rettsvirkningene av risikooverføringen.

Avtalt risikoovergang etter punkt 24.2 reiser fire sentrale problemstillinger. For det første; hvilke deler av det materialet byggherren har utarbeidet før kontraktsinngåelse som omfattes av risikoovergangen. For det andre; hvilke følger avtalt risikoovergang får for totalentreprenøren. For det tredje; omfanget av totalentreprenørens regressmulighet mot byggherrens prosjekterende. For det fjerde; om bakgrunnsretten oppstiller ytterligere begrensninger i adgangen til eller omfanget av avtalt risikoovergang. Disse spørsmålene behandles henholdsvis i kapittel 3.3, 3.4, 3.5 og 4 nedenfor. I kapittel 3.6 behandles totalentreprenørens gjennomgang og varsling av feil i byggherrens prosjekteringsmateriale etter standarden punkt 24.2.2.

#### **3.2 Formål med og hensyn bak reguleringen av avtalt risikoovergang**

Hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen er et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten. Det kan derfor spørres hvorfor komiteen har valgt å regulere en unntaksadgang i standarden. Slik regulering fantes ikke i forgjengeren til NS 8407, NS 3431.

Selv om adgangen til å avtale risikoovergang for byggherrens prosjektering ikke var regulert i den tidligere standarden, ble slike avtaler inngått relativt ofte. Partenes rett til å avtale avvik fra standardkontraktene følger av avtalefrihetsprinsippet. Praksisen med avtalt risikoovergang var og er fortsatt i stor grad byggherrestyrt.<sup>19</sup> Klausulene som overførte risikoen for byggherrens prosjektering var ofte ullent, vidt eller generelt utformet. I andre tilfeller kunne de være «bortgjemt» i kontrakts- og/eller anbudsdokumentene, noe som resulterte i ordninger som ofte var lite rimelige for totalentreprenøren. Dette skapte et behov for å søke å regulere den eksisterende praksisen med avtalt risikoovergang.

Ved å regulere avtalt risikoovergang i standarden kan man skape en mer enhetlig og balansert praksis. Det anses også bedre med én balansert og veloverveid regulering av risikooverføringen fremfor mange individuelt forfattede klausuler.

Regulering av avtalt risikoovergang i standardkontrakten skaper forutberegnelighet i kontraktsforholdet. De klausulene som overførte risikoen for byggherrens prosjektering før NS 8407 ble ofte utsatt for nokså hardhendt innskrenkende tolkning. Det er en naturlig følge av

---

<sup>19</sup> Homleid (2014) s. 10–12.



den likhet risikooverføringen har med ansvarsfraskrivelser ellers i kontraktsretten. Disse tolkes i utgangspunktet strengt.<sup>20</sup> Standardkontrakter er underlagt en streng objektiv ordlydsfortolkning<sup>21</sup>. Det gjør reguleringen av risikooverføringen mer robust mot innskrenkende tolkning.<sup>22</sup> Dette fører igjen til en mer enhetlig praksis for avtalt risikoovergang.

Både avtalt risikoovergang som sådan og den forutberegneligheten som skapes ved å regulere den i standarden, kan lede til færre rettsvister mellom totalentreprenøren og byggherren. Når all prosjekteringsrisiko samles på én hånd, unngås grensespørsmål om hvem av partenes prosjektering en feil skal henføres til.

Færre rettsvister i kontraktsforholdet medfører en samfunnsøkonomisk gevinst. Både fordi domstolsbehandling er en kostnad for samfunnet og fordi det skaper en effektivitet i kontraktsforholdet. Avtalt risikoovergang fratar totalentreprenøren muligheten til å gjøre gjeldende krav om fristforlengelse eller tilleggsvederlag for feil/svikt i forprosjektet. Han må levere i tide og til avtalt pris. Byggherren kan da ta bygget i bruk til avtalt tid og starte nedbetalingen av finansieringen, for eksempel ved å få inn leieinntekter eller inntekter fra salg av boligenheter.

Regulering av avtalt risikoovergang i standardkontrakten er likevel ikke uten betenkeligheter. Hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen, taler mot å regulere avtalt risikoovergang i standarden og mot overføring av prosjekteringsrisikoen som sådan. Dette grunnleggende prinsippet ble som tidligere nevnt, slått fast allerede tidlig på 1900-tallet i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1917 s. 673.

Videre kan regulering av avtalt risikoovergang føre til en uheldig økning i omfanget av tilfeller hvor dette gjøres. Byggherrenes mulighet til å overføre prosjekteringsrisikoen er nå mye mer synlig enn tidligere. Standardreguleringen gjør det også mer lettvent for byggherrene å gjøre dette.

Standardregulering av avtalt risikoovergang kan medføre at omfanget av det materialet totalentreprenøren overtar risikoen før øker. Tidligere ble risikooverføringsklausuler utsatt for relativt omfattende innskrenkende tolkning.<sup>23</sup> Standardkontrakter er som nevnt underlagt en

---

<sup>20</sup> Se Hagstrøm (2011) s. 658 for ansvarsfraskrivelser generelt. Se også Sandvik (1966) s. 205-206 og Hagstrøm (1997) s. 82 for entrepriseretten spesielt.

<sup>21</sup> Se bl.a Rt. 2010 s. 1345. Tolkning av standardkontrakter er behandlet i avhandlingen kapittel 1.4 med videre henvisninger.

<sup>22</sup> Hagstrøm (2011) s. 658 skriver dette om ansvarsfraskrivelser generelt. Avtalt risikoovergang er em fra for ansvarsfraskrivelse fra byggherren.

<sup>23</sup> Se eksempelvis LA-2004-39953, BFJR saknr. 585 (2006).

streng ordlydsfortolkning. Som en følge av det, kan regulering av avtalt risikoovergang øke totalentreprenørens risiko mer enn de tidligere risikooverføringsklausulene gjorde.

For totalentreprenøren vil risikoøkningen ofte være vanskelig å prise. Det er mange usikkerhetsmomenter så tidlig i byggeprosjektet og det vil være vanskelig å avgjøre hvilke følger svikt i forprosjektet vil ha for totalentreprenørens kostnadsbilde. Prising av risikoen vil dermed ofte kunne fremstå som relativt vilkårlig.

### 3.2.1 Reelle hensyn ved tolkningen

Innholdet i reguleringen av avtalt risikoovergang bygger på en avveining av de ulike interesser som gjør seg gjeldende ved risikooverføringen. Disse må det tas hensyn til ved tolkningen av bestemmelsen. I det følgende gjøres det rede for de mest sentrale av disse hensynene.

En byggherre har ofte lite eller ingen kunnskap om de beregningene og vurderingene hans rådgivende ingeniører foretar. Han har dermed dårlige forutsetninger for å vurdere riktigheten og godheten av den prosjekteringen han får utført av disse. Byggherren har på denne bakgrunn et behov for å kunne kvitte seg med risikoen for dette. Han har også en egeninteresse i dette, ettersom hans økonomiske risiko i prosjektet reduseres betraktelig. Dette skaper forutberegnetlighet for byggherren.

Hensynet til byggherrens behov for å kvitte seg med risikoen for prosjekteringen må veie tungt ved tolkningen av bestemmelsen om avtalt risikoovergang. Det er selve årsaken til at byggherren ønsker å overføre sin prosjekteringsrisiko og bakgrunnen for ordningen med avtalt risikoovergang.

Totalentreprenøren har normalt bedre forutsetninger for å vurdere riktigheten og godheten av den prosjekteringen byggherren har fått utført. Han skal prosjektere det vesentligste av bygget, og sitter i de aller fleste tilfeller med større fagkunnskap om innholdet i prosjekteringen enn byggherren. Totalentreprenøren er dermed bedre rustet til å vurdere og prise risikoen for feil i forprosjekteringen.

Hensynet til effektivitet i kontraktsforholdet henger sammen med hensynet til byggherrens behov for risikooverføringen. Det er også ett av formålene med å regulere avtalt risikoovergang i standarden. Ved å samle all prosjekteringsrisiko på én hånd, elimineres vanskelige grensespørsmål om hvem av partenes prosjektering en forsinkelse eller mangel kan henføres til.

Ettersom avtalt risikoovergang fører til en skjevhet i risikofordelingen mellom byggherren og totalentreprenøren, er hensynet til balanse i kontraktsforholdet viktig. Særlig gjelder dette

hensynet til totalentreprenørens regressmulighet og hensynet til totalentreprenørens gjennomgang av byggherrens prosjektering og varsling av feil. Regressadgangen og varslingsbestemmelsen er de begrensningene i risikooverføringen som i størst grad ivaretar hensynet til balanse i kontraktsforholdet.

Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren risikoen for et kontraktsforhold han ikke er part i. Han har ikke et mindre behov for å holdes skadesløs for den prosjekterendes kontraktsbrudd enn byggherren. Den prosjekterende har ingen beskyttelsesverdig interesse i å gå fri for ansvar, bare fordi byggherren overfører risikoen for hans feil til totalentreprenøren. Dersom partene ikke avtaler risikoovergang, har byggherren mulighet til å gjøre kontraktsbrudd gjeldende overfor den prosjekterende. Byggherren har da mulighet til å få dekket tap han lider som følge av prosjekteringsfeil. Hensynet til totalentreprenørens regressmulighet er derfor viktig.

Et av de forholdene ved den tidligere praksisen med overføring av prosjekteringsrisiko som særlig bidro til urimelige løsninger, var at totalentreprenøren ikke alltid fikk adgang/mulighet til å kontrollere innholdet i byggherrens prosjektering. Totalentreprenøren er i punkt 24.2 nå gitt en frist til å gjennomgå byggherrens prosjektering og varsle om forhold ved denne som ikke vil lede til oppfyllelse av kontrakten. Dersom totalentreprenøren skal ha de beste forutsetninger for å vurdere og prise risikoen for byggherrens prosjektering må han ha slik mulighet.

Hensynet til totalentreprenørens gjennomgang og varsling, og hensynet til totalentreprenøren mer generelt, kommer videre til uttrykk i protokollen til NS 8407. Protokollen gir uttrykk for komiteens synspunkter om bruken av standarden. I kommentaren til punkt 24.2, gir komiteen uttrykk for at avtalt risikoovergang kun skal forekomme i de tilfeller der det «vesentligste av prosjekteringen gjenstår» eller at totalentreprenøren på annen måte har fått god kjennskap til byggherrens prosjektering, slik at han har mulighet for å håndtere den risikoøkningen han påtar seg<sup>24</sup>. Protokollens anbefaling taler for at man ved tolkningstvil velger den snevreste forståelsen.

Når det vesentligste av prosjekteringen gjenstår vil det i de fleste tilfeller være begrenset hvor store tap en prosjekteringsfeil i forprosjektet kan medføre. Dersom totalentreprenøren på annen måte har fått god kjennskap til byggherrens prosjektering, vil han ha bedre forutsetninger for å kontrollere den og håndtere den økningen i risiko avtalt risikoovergang medfører.

---

<sup>24</sup> Protokollen til NS 8407.

Hensynet til bakgrunnsretten kan videre være relevant. Avtalt risikoovergang har likhetstrekk med andre kontraktrettslige former for risikooverføring. Særlig «som den er»-klausuler og ansvarsfraskrivelser. Hensyn som ligger til grunn for slike bestemmelser, eller som ligger til grunn for begrensninger i slike vil kunne gjøre seg gjeldende ved tolkningen av standarden punkt 24.2.

### **3.3 Hva omfatter risikoovergangen?**

#### **3.3.1 Problemstillingen**

I forkant av kontraktsinngåelse i et byggeprosjekt får byggherren utarbeidet et forprosjekt. I dette inngår både prosjekteringsdokumenter fra byggherrens rådgivere og andre opplysninger og beskrivelser som er av relevans for byggeprosjektet som sådan. Selv om det meste av materialet i forprosjektet er utarbeidet av byggherrens rådgivere og dermed er en del av dennes kontraktsforpliktelse, er ikke nødvendigvis alle opplysningene eller beskrivelsene i forprosjektet å anse som prosjektering.

Forprosjektet består gjerne av en innledning, ofte kalt «bok 0», prosjekteringsdokumenter fra ulike rådgivere og andre beskrivelser og opplysninger som er relevante for byggeprosjektet. En rekke av de opplysningene som ikke er å anse som "prosjektering" kan ha betydning for totalentreprenørens pristilbud (og dermed prosjektering).<sup>25</sup> I innledningen er det gjerne gitt en del faktiske beskrivelser av byggeprosjektet som sådan og opplysninger om faktiske forhold på byggestedet. Faktiske opplysninger kan også være gitt i egne rapporter eller dokumenter som er inntatt i forprosjektet. For en nærmere redegjørelse for hvilke rådgivere en byggherre typisk vil benytte seg av, se Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, side 87–88.

En av de sentrale problemstillingene avtalt risikoovergang etter punkt 24.2 reiser, er hvilke deler av dette materialet som omfattes av risikoovergangen. Ut av denne problemstillingen springer spørsmålet om risikooverføringen gjelder alle feil i det materialet som omfattes, eller om det må skilles mellom ulike typer feil.

NS 8407 punkt 24.2.1 første ledd lyder:

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

Det følger av bestemmelsen at byggherren kan overføre risikoen for «løsninger og annen prosjektering» han har fått utarbeidet forut for kontraktsinngåelsen. Problemstillingen i dette kapitlet er nettopp hva som ligger i denne ordlyden.

---

<sup>25</sup> Hagstrøm (2014) s. 242.

### 3.3.2 «Løsninger og annen prosjektering»

Spørsmålet er hva som ligger i ordlyden «løsninger og annen prosjektering».

Ordlyden «løsninger og annen prosjektering» favner etter en naturlig språklig forståelse relativt vidt. Det er ingen markert grense mellom [valg av] «løsninger» og «annen prosjektering». Tegninger kan like gjerne være uttrykk for en løsning som annen prosjektering. Det er derfor ikke avgjørende å foreta en sontring mellom disse begrepene.

Begrepet «løsninger» kan synes å favne noe videre enn «prosjektering». «Løsninger» synes etter en naturlig språklig forståelse å være alt fra valg av bestemte materialer og produkter, til å være et resultat av forutgående prosjektering. Imidlertid er det ikke utenkelig at flere forhold som kan betegnes «prosjektering» ikke kan betegnes «løsninger». Begrepene overlapper hverandre, men dekker også forskjellige forhold. Det sentrale synes derfor i første omgang å klarlegge hva som ligger i begrepet «prosjektering».

I de aller fleste tilfeller bruker byggherren ulike rådgivere til å forestå prosjekteringen av de forskjellige delene av forprosjektet. Dette er også lagt til grunn for drøftelsene her.

Prosjektering er ikke definert i NS 8407. Begrepet synes heller ikke å være konkret definert i andre entreprisestandarder. En slags definisjon kan imidlertid utledes fra standardkontrakten for utførelsesentrepriser, NS 8405. I NS 8405 punkt 19.2 første ledd er følgende bestemmelse gitt under overskriften «prosjektering»:

«Byggherren skal levere de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet». (min utheving)

Andre standardkontraktens definisjon, bruk eller beskrivelse av et «felles» begrep i entreprisretten vil være et relevant tolkningsmoment ved forståelsen av et slikt begrep. Dette er forutsatt blant annet i avgjørelsen inntatt i Rt. 2014 s. 520 premiss 23.

I juridisk teori fremholder Tore Sandvik at prosjekteringsrådgiverens oppgave er å «(...) *formgi, tegne, beregne og beskrive det bygg eller anlegg som skal utføres (...)*»<sup>26</sup> Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud fremholder at prosjektering er «(...) *planlegging av det arbeidet som skal gjennomføres, som gjerne munner ut i tegninger og beregninger som er nødvendige for utførelsen*» (min utheving).<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Sandvik (1966) s. 44.

<sup>27</sup> Hagstrøm (2014) s. 20.

Det er viktig å ha for øyet at disse definisjonene av prosjektering sikter mot detaljprosjekteringen. Altså byggherrens prosjekteringsforpliktelse i utførelsesentrepriser og totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse i totalentrepriser.

Definisjonene har likevel en viss overføringsverdi. *Typen* dokumenter vil svært ofte være de samme. Agder lagmannsretts dom LA-2004-39953 illustrerer dette. Saken gjaldt erstatning som følge av en mangel ved påbygning av eksisterende bygg. Påbygningsarbeidet skulle utføres som totalentreprise. Sentralt for drøftelsen her er at totalentreprenøren ved kontraktsinngåelsen hadde påtatt seg «(...) *alt ansvar for tegninger og beskrivelser som er utarbeidet av byggherrens arkitekt og rådgivere, som inngår i tilbudsgrunnlaget.*» (min utheving). Videre slo kontrakten fast at «[e]vt feil og mangler ved disse tegninger og beskrivelser gir ikke totalentreprenøren rett til fristforlengelse, tillegg eller erstatning». Totalentreprenøren hadde altså overtatt risikoen for byggherrens prosjektering.

Et forprosjekt vil også bestå av tegninger, beregninger og beskrivelser, men innholdet i dokumentene og detaljnivået vil følgelig være annerledes i forprosjektet enn i detaljprosjekteringen. Slik sett kan forprosjektet synes å ha en annen karakter enn selve hovedprosjekteringen.

I et forprosjekt vil beskrivelser typisk være beskrivelser av funksjonskrav - funksjonsbeskrivelser. Standarden for konkurransegrunnlag NS 3450 slår fast at funksjonsbeskrivelser i den type kontrakter hvor entreprenøren skal forstå det vesentligste av prosjekteringen og utføringen av arbeidet, skal gi «(...) *tilstrekkelig grunnlag for utarbeidelse av løsning, gjennomføring av prosjektering og kalkulasjon.*» Om tegninger er det uttalt at disse skal supplere beskrivelsene.<sup>28</sup> Konkurransegrunnlaget utgjør i de fleste tilfeller hele eller deler av forprosjektet.

Felles for de definisjonene som er gjengitt over er at det dreier seg om dokumenter som er relevante og/eller *nødvendige for det arbeidet som skal utføres*. Også det som er sagt om beskrivelser i NS 3450 bygger tilsynelatende på dette. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om det gjelder et «relevanskriterium» for hvilke deler av forprosjektet som omfattes av risikooverføringen etter punkt 24.2. Dette reiser igjen spørsmål om hva slik relevans vil bestå i.

Det må være klart at «prosjektering» i forprosjektet også må være dokumenter med relevans/som er nødvendige for det arbeidet som skal utføres. Det synes for det første ikke å være

---

<sup>28</sup> NS 3450 punkt 4.2.2 C2 og C3.

gode grunner til å forstå prosjekteringsbegrepet annerledes her enn for detaljprosjekteringen. Videre er det særlig de dokumentene som har slik relevans eller betydning for det arbeidet som skal utføres byggherren har et behov for å overføre risikoen for. Endelig taler hensynet til totalentreprenørens mulighet til å håndtere risikoen han påtar seg for at det må gjelde et relevanskriterium. Spørsmålet blir da hva slik relevans/nødvendighet består i.

At dokumentene har relevans må innebære at dokumentene har en eller annen betydning for totalentreprenørens kontraktsforpliktelse overfor byggherren. Det vil si dokumenter som er nødvendige for totalentreprenørens videre prosjektering av arbeidet eller selve utførelsen av bygget. Dette vil eksempelvis være arkitektens tegninger av bygget eller andre rådgiveres beskrivelse av bestemte løsninger for eller funksjonskrav til fasadeelementer, lydisolering eller heissjakt. Opplysninger som har relevans for totalentreprenørens pristilbud, men ikke har direkte betydning for arbeidet med selve kontraktsgjenstanden synes dermed å falle utenfor ordlyden «løsninger og annen prosjektering». Som eksempler kan nevnes tilkomstmuligheter, spesielle offentlige vedtak eller særlige forhold i nærmiljøet det må tas høyde for.<sup>29</sup> Forholdet mellom «prosjektering» og opplysninger om faktiske forhold drøftes nærmere nedenfor i kapittel 3.3.3–3.3.5.

Utarbeidelse av dokumenter som er nødvendige for utførelsen fordrer nesten alltid særskilt fagkunnskap. Særskilt fagkunnskap må her forstås som kunnskaper om eller innsikt i et fagområde som er av sentral betydning for selve prosjekteringsoppgaven. Det er tale om kunnskap som det ikke er vanlig eller det ikke forventes at den alminnelige byggherre besitter. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om «løsninger og annen prosjektering» kun er dokumenter som det krever slik kunnskap å utarbeide – altså om «særskilt fagkunnskap» kan oppstilles som kriterium.

En slik forståelse av ordlyden «løsninger og annen prosjektering» avgrenser prosjekteringsbegrepet mot opplysninger eller andre forhold som byggherren like lett som en hver annen, kan fremskaffe eller utarbeide.

At ordlyden «løsninger og annen prosjektering» begrenses til de dokumentene som det kreves særskilt fagkunnskap å utarbeide, har støtte i det behovet byggherren har for å avtale risikoovergang for sin prosjektering. Dette er opplysninger han har dårlige forutsetninger for å kontrollere. Totalentreprenøren skal prosjektere det vesentligste av kontraktsgjenstanden og er en profesjonell aktør. Han har dermed bedre forutsetninger for å vurdere de delene av forprosjektet som fordrer fagkunnskap.

---

<sup>29</sup> Hagstrøm (2014) s. 242.

Hensynet til totalentreprenørens regressmulighet taler også for at omfanget av risikooverføringen må begrenses til de arbeider som krever rådgiverens fagkunnskap. Byggherrens rådgiver må ha begått en prosjekteringsfeil (faglig svikt) for at kontraktsbruddet skal gi totalentreprenøren regressmulighet.<sup>30</sup> Regressmuligheten er en av «nyvinningene» ved reguleringen av avtalt risikoovergang og bidrar til å opprettholde balansen i kontraktsforholdet.

Regelen i NS 8407 punkt 24.2.1 tredje ledd om totalentreprenørens krav mot byggherrens prosjekterende, synes å tale for at det bør oppstilles som kriterium at den prosjekterende må kunne bli erstatningsansvarlig for feil. Totalentreprenørens krav mot den prosjekterende er betinget av at byggherren har et tilsvarende krav. Den prosjekterende må altså ha begått en erstatningsbetingende feil. Følgen blir da at byggherren blir sittende med risikoen for opplysninger eller dokumenter hvor svikt eller feil ikke kan pådra den prosjekterende erstatningsansvar for dette.

Det er som nevnt ingen markert grense mellom løsninger og prosjektering. Ofte vil valg av løsninger bygge på forutgående prosjektering, eller motsatt.

Ordlyden «løsninger og annen prosjektering» må etter dette forstås som de delene av forprosjektet som er nødvendig for totalentreprenørens prestering av sin kontraktsforpliktelse, krever en eller annen form for fagkunnskap å utarbeide og hvor den som har utarbeidet det kan bli erstatningsansvarlig for faglig svikt i dette.

### 3.3.3 Forholdet til opplysninger om faktiske forhold

Spørsmålet er om det må skilles mellom beskrivelser som direkte angår utføringen av arbeidet og andre faktiske beskrivelser av byggeprosjektet og forhold rundt dette. Som nevnt inneholder ikke et forprosjekt bare løsninger og prosjektering. Det gis også en rekke andre opplysninger. Over er valg av løsninger og annen prosjektering blant annet definert som beskrivelser som er nødvendige som grunnlag for det arbeid som skal utføres. Bruken av begrepet beskrivelser reiser spørsmål om også beskrivelser av faktiske forhold omfattes av risikoovergangen.

Dette kan være opplysninger om vær og klima på byggestedet, opplysninger om hvilke andre entreprenører som er inne i prosjektet eller opplysninger om naturen og naturmangfoldet i byggeområdet. Videre kan det være inntatt rapporter om et eksisterende byggs tekniske tilstand eller grunnforholdene på byggestedet. Beskrivelser av faktiske forhold på byggestedet

---

<sup>30</sup> Se avhandlingen kapittel 3.5.



har en side mot unntaket for prosjektering som bygger på uriktige opplysninger fra offentlig etat.<sup>31</sup>

I avhandlingen kapittel 3.3.2 ble det oppstilt tre kriterier for å avgjøre hvilke typer opplysninger som omfattes av ordlyden «løsninger og annen prosjektering». Opplysninger om vær- og klimaforhold eller naturmangfoldet på byggestedet er opplysninger som det ikke krever særskilt fagkunnskap om for å fremskaffe. Det er opplysninger som byggherren enkelt kan innhente selv gjennom ulike medier eller ved egne faktiske undersøkelser. Slike opplysninger synes heller ikke å ha direkte relevans eller å være nødvendige for totalentreprenørens kontraktsforpliktelse, selv om de kan ha betydning for pristilbudet og planlegging.

Slik «løsninger og annen prosjektering» er konkludert over, må slike faktiske opplysninger holdes utenfor risikoovergangen med den følge at byggherren har risikoen for at disse er riktige.

Enkelte opplysninger som kan betegnes som beskrivelser av faktiske forhold på byggestedet krever særskilt fagkunnskap, og den som har utarbeidet de kan bli erstatningsansvarlig for feil. I det følgende drøftes det om slike typer beskrivelser likevel omfattes av risikoovergangen.

#### 3.3.4 Faktiske opplysninger som krever særskilt fagkunnskap

Enkelte tvilsspørsmål kan oppstå. Særlig kan det reises spørsmål om opplysninger om grunnforhold eller arbeidsgrunnlagets fysiske beskaffenhet omfattes av ordlyden «løsninger og annen prosjektering». Dette er opplysninger som ofte vil fordre en eller annen form for særlig fagkunnskap å utarbeide, og hvor den som har utarbeidet de kan bli erstatningsansvarlig for feil.

Det er vanlig at byggherren i tilbuds- eller anbudsgrunnlaget legger ved en rapport om grunnforholdene. Undersøkelser av grunnforhold er ofte svært dyre. Det ville vært en lite effektiv ordning om hver enkelt totalentreprenør som skal inngi tilbud på et byggearbeid måtte bekoste geotekniske undersøkelser.

Slike rapporter er på den ene side beskrivelser av faktiske forhold. På den annen side kreves det ofte særskilt fagkunnskap for å innhente slike opplysninger og utarbeide beskrivelsene. Opplysninger om grunnen får byggherren gjerne innhentet fra en geoteknisk rådgiver. I store konsulentfirmaer er det ikke uvanlig at det arbeider rådgivere som både utarbeider det som

---

<sup>31</sup> Se nærmere om dette i kapittel 3.4.

klart faller innenfor prosjekteringsbegrepet og utarbeider opplysninger om grunnforholdene på byggestedet. Rådgivere som utarbeider opplysninger om grunnforholdene blir erstatningsansvarlige etter samme aktsomhetsnorm som de mer «rene» prosjekteringsrådgivere.

Utgangspunktet for opplysninger om det fysiske arbeidsgrunnlaget er at byggherren har risikoen for dette, jf. punkt 22.3 annet ledd. En naturlig følge av dette er at byggherren også har risikoen for de opplysninger han gir om dette. Det kan utledes av ordlyden «(...) slik totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra ... omstendighetene for øvrig». Selv om det kreves særlig fagkunnskap for å undersøke et byggs tilstand, vil slike opplysninger falle utenfor risikoovergangen etter punkt 24.2.

For grunnforhold er utgangspunktet relativt likt. Det følger av standarden punkt 23.1 første ledd at byggherren har risikoen for grunnforhold dersom de avviker fra det «totalentreprenøren hadde grunn til å regne med» ved utarbeidelsen av tilbudet. I femte ledd er det gitt en bestemmelse som slår fast at byggherren svarer for opplysninger han gir om «forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser».

At opplysninger om grunnforhold må holdes adskilt fra prosjekteringsbegrepet kan videre begrunnes i standardens system. Standarden har egne regler om risikoen for forhold ved grunnen, jf. NS 8407 punkt 23.1 og 23.2. Man har valgt å holde forhold ved grunnen og opplysninger om slike adskilt fra bestemmelsen om «byggherreprosjektering». Overføring av risiko for grunnforhold er regulert i egen bestemmelse, jf. punkt 23.2. Det behovet en byggherre kan ha for å kvitte seg med risikoen for dette er dermed ivaretatt i den bestemmelsen. Dette kan også anføres å ha støtte i en «det spesielle går foran det generelle»-betraktning. Risikoen for grunnforhold og risikoen for byggherrens prosjektering var også adskilt i den tidligere totalentreprisestandarden NS 3431.

I en rådsutalelse avgitt av Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i bfjr sak 585 (2006) der rådet fungerte som oppmann, ser spørsmålet ut til å være berørt. Saken gjaldt en totalentreprenørs krav om dekning av merutgifter som følge av feil i tegningsgrunnlag byggherren hadde utarbeidet. I kontrakten var NS 3431 punkt 9.8 annet ledd, som tilsvarer NS 8407 punkt 24.1, endret slik at totalentreprenøren hadde full risiko for «(...) feil eller uoverensstemmelser i dokumentene byggherren har levert.» Punkt 8 om risikoen for opplysninger og forhold i grunnen var ikke endret. Feilen som totalentreprenøren mente ga krav på dekning av merutgifter var at dybden til fjell i grunnen var vesentlig større enn det som fremgikk av byggherrens tegninger. Rådet konkluderte med at feilen i tegningene var byggherrens risiko. Til støtte for sin konklusjon fremholdt rådet at det kun var punkt 9.8 annet ledd – om risikoen for byggherrens prosjektering – som var endret og ikke punkt 8, som mer spesifikt gjelder opplysninger om og forhold ved grunnen. Det kan altså se ut som om rådet mener at disse må holdes adskilt.

Konklusjonen blir etter dette at dersom det er gitt opplysninger om grunnforhold eller om det fysiske arbeidsgrunnlaget, faller de utenfor risikoovergangen etter standarden punkt 24.2. Disse må følge regelen for opplysninger om og beskrivelser av faktiske forhold på byggestedet, til tross for at de fordrer særskilt fagkunnskap. Følgen av dette er at byggherren blir sittende med risikoen for disse opplysningene dersom ikke annet er avtalt.

### 3.3.5 Prosjektering som bygger direkte på opplysninger om faktiske forhold

Ofte vil beskrivelser av eller opplysninger om faktiske forhold ligge til grunn for prosjektering. I enkelte tilfeller er det til og med et avhengighetsforhold mellom den faktiske beskrivelsen og løsningen eller prosjekteringen. Dette reiser spørsmålet om risikoovergangen i slike tilfeller også omfatter de faktiske opplysningene.

Det kan for eksempel være at byggherren har fått prosjektert en fundamenteringsløsning basert på en geoteknisk rapport han har fått utarbeidet. Den geotekniske rapporten viser seg senere å være beheftet med feil og bygget får setningsskader.

Tilsvarende kan det være ved prosjektering av deponier til lagring av stein. Geotekniske rapporter vil si noe om grunnforholdene der deponiet skal ligge. Prosjekteringen av deponiets kapasitet bygger direkte på og står i et avhengighetsforhold til denne beskrivelsen av faktiske forhold ved grunnen.

Det sentrale ved problemstillingen er at prosjekteringen som sådan er riktig, men at de underliggende faktiske opplysningene er feil.

Slik ordlyden «løsninger og annen prosjektering» er konkludert over synes spørsmålet å måtte besvares benektende. Totalentreprenøren overtar kun risikoen for feil eller mangler ved den utførte *prosjekteringen*. Det innebærer at dersom den prosjekterte løsningen er fullt forsvarlig i forhold til de underliggende opplysningene, vil setningsskadene, jf. eksemplet over, være byggherrens risiko.

### 3.3.6 Byggherrens valg av bestemte materialer

Det kan tenkes tilfeller der byggherren i tilbuds- eller anbudsgrunnlaget krever at totalentreprenøren benytter bestemte materialer eller produkter i forbindelse med oppføringen av bygget.

Dette kan være praktisk dersom byggherren gjennom sitt nettverk har gode rabatter på materialene eller produktene eller at de har en eller annen funksjon byggherren ønsker. Som eksem-

pel kan nevnes materialer til fasadeelementer. Byggherrens valg av materialer kan i enkelte tilfeller ligge tett opp mot ordlyden [valg av] «løsninger» – for eksempel valg av isolasjonsløsning – men fordrer ikke nødvendigvis særskilt fagkunnskap.

Det følger av bestemmelsen i standarden punkt 22.4 tredje ledd at dersom byggherren krever at totalentreprenøren benytter navngitte materialer eller produkter, skal det anses som «*valg av løsninger og annen prosjektering jf. punkt 24*».

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden er utgangspunktet at byggherrens valg av bestemte materialer er hans egen risiko. Risikoen følger funksjonsfordelingen. Bestemmelsen i punkt 22.4 skiller imidlertid ikke mellom hovedregelen i punkt 24.1 og bestemmelsen om avtalt risikoovergang i punkt 24.2. Det innebærer at dersom det er avtalt risikoovergang etter 24.2 overtar totalentreprenøren risikoen for at byggherrens valg av bestemte materialer oppfyller kontraktens krav til bygget.

Svikt i byggherrens valg av materialer vil manifestere seg i form av en mangel ved at byggherrens funksjonskrav ikke oppfylles.

### 3.3.7 Redigeringsfeil

Feil i prosjekteringen er ikke nødvendigvis begrenset til regnefeil eller feilvurderinger knyttet til de beskrivelser som er gitt i dokumentene inntatt i forprosjektet. Det kan også være prosjektert uforenlige løsninger i materialet fra de ulike rådgiverne byggherren har benyttet. For eksempel; både elektroingeniøren og VVS-ingeniøren har prosjektert løsninger som passer med byggherrens kravspesifikasjon, men løsningene vil ikke virke sammen.

Rådgiverne prosjekterer og sender materialet over til byggherren som så setter dette sammen til et anbuds- eller tilbudsgrunnlag. Når byggherren setter sammen dokumentene til et anbuds- eller tilbudsgrunnlag oppdager han ikke at to eller flere av rådgiverne har prosjektert løsninger som ikke vil fungere sammen. I forhold til prosjekteringsgrunnlaget rådgiverne fikk fra byggherren, er ingen av løsningene feil.

Det foreligger ingen *prosjekteringssvikt*, men en *redigeringsfeil eller –svikt*. Spørsmålet er om en slik feil omfattes av avtalt risikoovergang etter standarden punkt 24.2.

Totalentreprenøren overtar risikoen for «løsninger og annen prosjektering». Ordlyden sammenholdt med virkningene av avtalt risikoovergang taler for at redigeringsfeil ikke omfattes

av risikooverføringen.<sup>32</sup> Totalentreprenøren overtar risikoen for *prosjekteringsfeil*. Prosjekteringsfeil kan pådra den prosjekterende et erstatningsansvar. Det er denne typen feil byggherren har et behov for å fraskrive seg ansvaret for og som totalentreprenøren er nærmest til å vurdere riktigheten og godheten av. Det er også totalentreprenøren som har best forutsetninger for å prise risikoen for denne. Totalentreprenøren kan endelig søke regress hos den enkelte rådgiver for slike feil, jf. standarden punkt 24.2.1 tredje ledd.

Ved redigeringsfeil har ikke totalentreprenøren samme regressmulighet. Ingen av byggherrens rådgivere har begått en erstatningsbetingende feil.

Hensynet til totalentreprenørens regressmulighet taler for at slike feil faller utenfor avtalt risikoovergang, og at byggherren blir sittende med risikoen for redigeringsfeil. Byggherren vil ofte heller ikke ha *vesentlig* dårligere forutsetninger for å oppdage motstrid i prosjekteringsmaterialet enn totalentreprenøren. Byggherrens behov for å overføre risikoen gjør seg dermed ikke gjeldende på samme måte som for prosjekteringsfeil.

Et skille mellom disse ulike typer feil opprettholder videre størst mulig grad av balanse i kontraktsforholdet. Det er også mest i tråd med de synspunkter som fremkommer i protokollen til standarden, om at punkt 24.2 skal være en snever unntaksadgang. Å begrense risikooverføringen til «rene» prosjekteringsfeil sikrer endelig effektivitet i kontraktsforholdet. Totalentreprenøren kan da ved sin gjennomgang konsentrere seg om riktigheten og godheten av den prosjektering byggherren har fått utført.

Et spørsmål som springer ut av skillet mellom redigeringsfeil og prosjekteringsfeil, er om byggherren blir sittende med risikoen både for egen redigering av prosjekteringsdokumentene og den enkelte rådgivers redigering av egne prosjekteringsdokumenter, eller om rådgiverens redigeringsfeil er *prosjekteringsvikt*.

Spørsmålet er behandlet i LB-2012-28126 for den prosjekterendes egen redigering. Saken gjaldt en utførelsesentreprise, men vurderingene og standpunktet har overføringsverdi til totalentreprise.

Et rådgivningsfirma hadde fått i oppdrag å prosjektere deler av en jernbaneutbygging. En del av prosjekteringsforpliktelsen var å prosjektere deponier for lagring av stein blant annet fra tunnelarbeider. En begrensning i mengden stein som kunne lagres i deponiet var beskrevet i

---

<sup>32</sup> Se avhandlingen kapittel 3.4 om virkningene av avtalt risikoovergang.

den geotekniske rapporten den prosjekterende hadde utarbeidet. Begrensningene var imidlertid ikke presisert i arbeidstegningene eller i kontraktens mengdebeskrivelser.

Både tingretten og lagmannsretten kom til at den manglende presiseringen i arbeidstegningene eller mengdebeskrivelsene var en prosjekteringsfeil.

Det forelå ikke regnefeil eller uriktige beskrivelser av hvor mye stein deponiet tålte. Feilen bestod i at de relevante opplysningene kun var inntatt i en geoteknisk rapport og ikke presisert i arbeidstegninger og arbeidsbeskrivelser. Lagmannsretten la til grunn at for den type entreprisoppdrag som saken gjaldt, ville arbeidstegninger og arbeidsbeskrivelser være den type dokumentasjon som entreprenøren forholder seg til. Det var dermed manglende opplysninger i de mest relevante dokumentene. Dette var å anse for en prosjekteringsfeil.

En del av den enkelte rådgivers prosjekteringsforpliktelse er dermed å fremstille prosjekteringsmaterialet på en forsvarlig måte. Det er ikke alltid tilstrekkelig at innholdet i prosjekteringen er riktig. Mangelfull redigering/presentasjon av eget prosjekteringsmateriale kan etter dette innebære en prosjekteringsfeil.

Når mangelfull redigering av eget prosjekteringsmateriale er å anse for en prosjekteringsfeil må begrepet «redigeringsfeil» begrenses til byggherrens redigering av forskjellige rådgivers prosjektering.

Totalentreprenørens regressmulighet underbygger en slik forståelse. Når det foreligger en prosjekteringsfeil kan totalentreprenøren, jf. standarden punkt 24.2.1 tredje ledd, kreve regress for sitt tap som følge av prosjekteringsfeilen. Det spiller i denne forbindelse ingen rolle om det er tale om en regnefeil eller redigeringsfeil. Byggherrens behov for å fraskrive seg risikoen for prosjekteringen taler også for dette. Han har dårlige forutsetninger for å vurdere hvordan opplysninger i den enkelte rådgivers materiale bør utformes og presenteres.

Etter dette overtar totalentreprenøren risikoen for feil i beregninger og vurderinger den enkelte rådgiver gjør, derunder også risiko for hvordan prosjekteringsmaterialet er utformet og presentert. Byggherren kan ikke overføre risikoen for sin redigering av ulike deler av prosjekteringen etter punkt 24.2. Dette stemmer også best med ordlyden i punkt 24.2.1 første ledd i.f.<sup>33</sup> Totalentreprenøren overtar risikoen som om han hadde «prosjektet eller valgt løsningen selv». Byggherrens redigering av de prosjekterte og angitte løsningsvalg faller utenfor denne ordlyden.

---

<sup>33</sup> Se avhandlingen kapittel 3.4.1.

### 3.3.8 Byggherren har gitt en av rådgiverne redigeringsansvaret

Det er ikke upraktisk at byggherren gir en av de prosjekterende oppgaven med å samordne de ulike delene av forprosjektet, for eksempel en prosjekteringsgruppeleder.<sup>34</sup>

Dersom byggherren gir en av de prosjekterende ansvaret for å samordne og kontrollere forprosjektet, oppstår spørsmålet om totalentreprenøren likevel overtar risikoen for redigeringssvikt. Utgangspunktet er at byggherren har denne risikoen, jf. over.

Spørsmålet er hvorvidt den prosjekterendes samordningsforpliktelse er å anse som en prosjekteringsforpliktelse. Det innebærer at feil i samordningen av prosjekteringsdokumentene blir å anse som en prosjekteringsfeil som kan pådra den prosjekterende erstatningsansvar.

For den prosjekterende som får i oppgave å samordne og kontrollere de ulike delene av prosjekteringen, vil dette bli en del av dennes kontraktsforpliktelse overfor byggherren. Ved manglende oppfyllelse av kontraktsforpliktelsen kan han bli erstatningsansvarlig. Det er nærliggende å se samordnings- og kontrollforpliktelsen som en del av den prosjekterendes prosjekteringsforpliktelse. Risikoen for den prosjekterendes redigeringsfeil går da over på totalentreprenøren ved avtalt risikoovergang.

Hensynet til totalentreprenørens regressmulighet gjør seg ikke gjeldende på samme måte som når byggherren selv samordner og kontrollerer prosjekteringsdokumentene. Når den prosjekterendes feil i samordningen kan pådra ham erstatningsansvar overfor byggherren, vil også totalentreprenøren kunne gjøre regresskrav gjeldende mot den prosjekterende, dersom dette omfattes av risikoovergangen.

Etter dette må det være klart at dersom byggherren setter samordning og kontroll av de forskjellige delene av prosjekteringen bort til en av de prosjekterende, blir dette en del av dennes prosjekteringsforpliktelse og omfattes dermed av risikoovergangen.

### 3.3.9 Konklusjon

Basert på drøftelsene over, kan det oppstilles tre kriterier for å avgjøre hvilke deler av forprosjektet som omfattes av risikoovergangen. For det første må dokumentet eller opplysningene ha relevans for arbeidet med selve kontraktsgjenstanden. For det andre må det kreves en eller annen form for særskilt fagkunnskap for å utarbeide dokumentet eller opplysningene. For det

---

<sup>34</sup> Samtaler med praktiserende advokater.

tredje må den som har utarbeidet dokumentet eller opplysningene kunne bli erstatningsansvarlig for faglig svikt i innholdet – prosjekteringsfeil.

Det er noe usikkert om dette kan oppstilles som absolutte kriterier, eller om de må brukes som momenter i en helhetsvurdering. De lege ferenda taler både hensynet til balanse og effektivitet i kontraktsforholdet samt hensynet til totalentreprenøren mer generelt for at kriteriene oppstilles som absolutte vilkår. En slik regel vil ikke nevneverdig gripe inn i byggherrens behov for å kvitte seg med prosjekteringsrisikoen og vil være i tråd med den strenge tolkningspraksis ved tolkning av ansvarsfraskrivelser i kontraktsretten ellers.

### **3.4 Rettsvirkningene av avtalt risikoovergang**

#### **3.4.1 Utgangspunktet**

Omfanget av risikoovergangen er drøftet i avhandlingen kapittel 3.3. Spørsmålet her er hvilken risiko totalentreprenøren overtar, altså virkningene av risikooverføringen. Videre drøftes i hvilke tilfeller totalentreprenøren likevel ikke overtar risikoen for byggherrens prosjektering (kapittel 3.4.2).

Virkningene av avtalt risikoovergang følger av standarden punkt 24.2.1 første ledd. Det følger av denne bestemmelsen at ved avtalt risikoovergang får totalentreprenøren «*risikoen som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv*».

Ordlyden innebærer at totalentreprenøren overtar risikoen for *prosjekteringsfeil*. Han blir dermed ansvarlig overfor byggherren for følgene av slike feil og må bære den økonomiske risikoen for disse.

Dersom en prosjekteringsfeil i forprosjektet medfører at byggeprosjektet blir forsinket eller fører til ekstra kostnader for totalentreprenøren fordi han må omprosjekttere, kan han ikke kreve forlengelse av sluttfristen eller justering av vederlaget. Det samme er tilfelle der totalentreprenøren må gjøre om utført arbeid fordi prosjekteringen som lå til grunn for arbeidet ikke var holdbar. Det kan for eksempel tenkes at byggherrens rådgiver har prosjektert feil dimensjon på avløpsrørene fra det bygget som skal oppføres, og at totalentreprenøren som en følge av dette må grave de opp og legge nye med riktig dimensjon.

Byggherren på sin side kan gjøre gjeldende krav om dagmulkt dersom totalentreprenøren er forsinket. Dersom prosjekteringsfeilen medfører en mangel ved bygget, kan byggherren kreve at totalentreprenøren retter mangelen vederlagsfritt.

Totalentreprenørens kontraktsforpliktelse overfor byggherren er en resultatforpliktelse. Som en følge av det svarer totalentreprenøren objektivt overfor byggherren for svikt innenfor sine



risikoområder. Ved avtalt risikoovergang blir svikt i forprosjektet en del av totalentreprenørens risiko. Følgelig svarer han objektivt overfor byggherren for svikt i dette materiale. Det kreves ikke at totalentreprenøren ved sin gjennomgang eller videre prosjektering har utvist uaktsomhet for at han skal tape sin rett til fristforlengelse eller vederlagsjustering.

Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren *prosjekteringsrisikoen*. Det innebærer at han overtar risikoen for at den utførte prosjekteringen oppfyller kontraktens funksjonskrav (funksjonsrisikoen),<sup>35</sup> og får den økonomiske risikoen (vederlagsrisikoen)<sup>36</sup> for følgene av at dette ikke er tilfelle.

En grense må dras mot *utviklingsrisikoen*. Utviklingsrisikoen er risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet var ansett som forsvarlig, viser seg å medføre en funksjonssvikt på grunn av mangelfull byggeteknisk utvikling.<sup>37</sup> Barbo kommer etter en gjennomgang av rettspraksis til at det er byggherren som i utgangspunktet har utviklingsrisikoen for byggeprosjektet som sådan.<sup>38</sup> Han viser til avgjørelsen inntatt i Rt. 1968 s. 783 som den mest sentrale dommen i denne sammenhengen.

Saken gjaldt krav om erstatning som følge av råtesoppskader i ytterkledningen på et nyoppført hus. Det underliggende spørsmål for Høyesterett var om byggherren eller entreprenøren skulle bære risikoen for skaden. Høyesterett la avgjørende vekt på at entreprenøren «*fulgte en byggemetode som ikke skilte seg fra den alminnelige i faget.*» Dette selv om det var entreprenøren som hadde bestemt byggemetode. Entreprenøren ble dermed frikjent for erstatningskravet.

At dette fortsatt er utgangspunktet i norsk rett synes lagt til grunn Hålogaland lagmannsretts dom LH-2007-102419. Saken gjaldt spørsmålet om det var en prosjekteringsfeil at det ikke var regnet med horisontalt trykk mot veggene til en idrettshall som følge av snøras fra taket. Lagmannsretten la etter bevisførselen til grunn at det ikke var vanlig å «*(...) ta høyde for horisontale krefter utløst av fallende snø, for eksempel i form av snøskavler.*» Som en følge av at lagmannsretten heller ikke fant særlige forhold gjorde at totalentreprenøren burde skaffet seg kunnskap om risiko for at snøras fra taket kunne påføre veggelementene skade, ble totalentreprenøren frikjent. Til støtte for sin begrunnelse legger lagmannsretten til grunn Barbos konklusjon om utviklingsrisikoen, og uttaler at man for fremtiden må regne/kalkulere med horisontale krefter som følge av snønedfall ved bruk av «*parocелеmenter*».

---

<sup>35</sup> Om begrepet "funksjonsrisiko", se nærmere Barbo (1990) s. 54 flg.

<sup>36</sup> Se Sandvik (1966) s. 101.

<sup>37</sup> Om begrepet "utviklingsrisiko", se nærmere Barbo (1990) s 59 flg.

<sup>38</sup> Se Barbo (1990) s. 62.

Utviklingsrisikoen går ikke over på totalentreprenøren ved avtalt risikoovergang. Det følger av ordlyden sett i sammenheng med den prosjekterendes erstatningsansvar. Ved vurderingen av om en prosjekteringsrådgiver skal bli erstatningsansvarlig for prosjekteringssvikt tas det utgangspunkt i en – streng – aktsomhetsnorm. Hva som er å anse som faglig tilfredsstillende (aktsom) prosjektering må vurderes ut i fra forholdene på tidspunktet prosjekteringen ble utført. Dersom prosjektering som er utført etter gjeldende fagnorm senere viser seg ikke å ha vært forsvarlig, blir ikke rådgiveren erstatningsansvarlig. Det foreligger ingen prosjekteringsvikt.

Når totalentreprenøren overtar risikoen «*som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv*», og det ikke kan gjøres gjeldene at prosjekteringen er beheftet med feil, blir byggherren sittende med utviklingsrisikoen. Han kan altså ikke overføre utviklingsrisikoen for sin prosjektering etter standarden punkt 24.2.

### 3.4.2 Unntak for uriktige opplysninger

Fra utgangspunktet over er det gjort uttrykkelig unntak for løsninger og prosjektering som bygger på «*(...) uriktige opplysninger den prosjekterende har mottatt fra byggherren eller offentlig etater (...)*», jf. standarden punkt 24.2.1 annet ledd. Unntaket gjelder med en reservasjon for de tilfeller der totalentreprenøren «*(...) burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet etter 24.2.2*». Reservasjonen behandles i kapittel 3.4.2.3 nedenfor.

Unntaket for uriktige opplysninger gjelder prosjektering som *bygger på* uriktige opplysninger. Det er de underliggende opplysningene som må være uriktige, altså feil i *prosjekteringsgrunnlaget*. Det er uten betydning om selve prosjekteringen er feil eller ikke. De uriktige opplysningene må komme fra enten byggherren eller offentlige etater.

Unntaket innebærer at totalentreprenøren ikke overtar risikoen for prosjektering og prosjekteringssvikt som bygger på slike uriktige opplysninger. Dersom denne prosjekteringen fører til at totalentreprenøren blir forsinket kan ikke byggherren kreve dagmulkt fra totalentreprenøren. Dersom bygget eller anlegget får en mangel som følge av denne prosjekteringen, kan byggherren heller ikke gjøre mangelsansvar gjeldende overfor totalentreprenøren. Totalentreprenøren på sin side kan kreve fristforlengelse for den forsinkelsen dette påfører ham, og justering av vederlaget dersom det påfører ham ytterligere kostnader.

#### 3.4.2.1 «*Uriktige opplysninger byggherren har gitt*»

Unntaket for uriktige opplysninger gjelder kun for opplysninger som byggherren har gitt den prosjekterende eller som den prosjekterende har mottatt fra offentlig etat. Hva som ligger i uttrykket offentlig etat drøftes nedenfor i kapittel 3.4.2.2. Problemstillingen her er i hvilken utstrekning opplysningssvikt hos byggherren begrenser risikooverføringen.

Et første spørsmål som kan reises er om det kreves skyld med hensyn til de uriktige opplysningene. Altså om byggherren må kunne bebreides for å ha gitt opplysninger som ikke stemmer med virkeligheten. Et slikt krav innebærer at byggherren må bebreides for ikke å ha gitt uttrykk for tvil, innhentet opplysningene fra en fagkyndig kilde, eller at han ikke har foretatt tilstrekkelige undersøkelser av de faktiske forholdene før han ga opplysningen. Et slikt krav innebærer videre at unntaket ikke gjelder der byggherren ikke kan klandres for å ha gitt de uriktige opplysningene.

Ordlyden taler for at det ikke oppstilles krav om bebreidelse. Bestemmelsen i punkt 24.2.1 annet ledd slår fast at unntaket gjelder for «uriktige opplysninger» som er «mottatt fra byggherren». Dersom det skulle gjelde et krav om bebreidelse, ville det vært naturlig å innta et slikt krav i bestemmelsen.

Det er et grunnprinsipp i norsk kontraktsrett at den som gir en opplysning om eller som en del av sin ytelse i et kontraktsforhold har risikoen for at denne opplysningen er riktig. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i kjøpsloven §§ 18 (1) og 19 (1) bokstav a. Det prosjekteringsgrunnlag som byggherren gir den prosjekterende er det dermed byggherren som har risikoen for.

Totalentreprenøren har som nevnt bedre forutsetninger enn byggherren til å vurdere riktigheten og godheten av den prosjekteringen som er utført. Riktigheten eller nøyaktigheten av underliggende opplysninger som byggherren gir den prosjekterende er det byggherren som er nærmest til å kontrollere. Dette taler klart for at det ikke gjelder et krav om bebreidelse, men at *enhver* uriktig opplysning byggherren gir til den prosjekterende omfattes av unntaket. Hensynet til totalentreprenørens regressmulighet taler også for dette. Tap som skyldes prosjektering som bygger på uriktige underliggende opplysninger byggherren har gitt, omfattes ikke av totalentreprenørens regressmulighet mot den prosjekterende.

Unntaket for byggherrens uriktige opplysninger om prosjekteringsgrunnlaget gjelder altså *enhver* uriktig opplysning byggherren har gitt. Det stilles ikke krav om bebreidelse.

Tvilsspørsmål kan imidlertid oppstå. Det kan tenkes at byggherren har fått utarbeidet prosjekteringsgrunnlaget av en ekstern rådgiver A, som han gir til prosjekteringsrådgiver B som skal forestå forprosjektering av for eksempel fundamenteringsløsningen. Byggherren har her ingen befatning med de uriktige opplysningene foruten å være et bindeledd mellom rådgiverne. Et annet eksempel er at den tidligere eieren av byggetomten har fått utarbeidet en geoteknisk rapport, som byggherren fikk i forbindelse med kjøpet av tomten og som han gir videre til sin prosjekterende. Spørsmålet er om også dette er uriktige opplysninger *byggherren gir*. Der den

prosjekterende selv har innhentet opplysningene må det være klart at unntaket ikke får anvendelse.

En naturlig forståelse av ordlyden «mottatt fra byggherren» taler for at det avgjørende er om opplysningene er en del av byggherrens «leveranse» til den prosjekterende. Det er dermed uten betydning om byggherren har utarbeidet opplysningene selv eller fått en ekstern rådgiver til å gjøre det.

En slik forståelse kan også forankres i hensynet til totalentreprenørens regressmulighet. Dersom de opplysningene byggherren har gitt den prosjekterende er uriktige, er dette en innsigelse den prosjekterende vil ha mot et erstatningskrav fra byggherren. I forholdet mellom byggherren og den prosjekterende har byggherren risikoen for de opplysningene han gir. Det stenger for totalentreprenørens regressmulighet som er avhengig av byggherrens krav.<sup>39</sup>

Det må etter dette være klart at opplysninger byggherren gir også omfatter opplysninger byggherren har innhentet fra eksterne rådgivere. Det avgjørende er om byggherren har innhentet eller fått utarbeidet opplysningene eller om det er den prosjekterende selv som har gjort dette.

#### 3.4.2.2 «Offentlige etater»

Totalentreprenøren overtar heller ikke risikoen for prosjektering som bygger på uriktige opplysninger den prosjekterende har innhentet fra «offentlige etater». Etter en naturlig språklig forståelse synes ordlyden «offentlige etater» å omfatte forvaltningsenheter for stat, kommune eller fylkeskommune, herunder enhet som er organisert som kommunalt foretak.<sup>40</sup> En slik forståelse innebærer at private rettssubjekter er ikke omfattet.

Dette reiser en problemstilling i de tilfellene der det offentlige har satt ut en informasjonstjeneste til eller i form av et slikt privat rettssubjekt.

Etter ordlyden faller privatiserte deler av offentlige organer tilsynelatende utenfor unntaket selv om virksomheten er av forvaltningsmessig karakter. Det finnes imidlertid flere private rettssubjekter som har en begrenset forvaltningsmyndighet innenfor sitt konkrete virksomhetsområde. Når slike private rettssubjekter utøver forvaltningsmyndighet er de underlagt forvaltningslovgivningen. I de konkrete tilfellene hvor de utøver forvaltningsmyndighet må de være å anse for «offentlige etater».

---

<sup>39</sup> Se kapittel 3.5.

<sup>40</sup> Nordtvedt (2013) s. 351–352.

### 3.4.2.3 Reservasjonen – totalentreprenørens gjennomgang

Unntaket for prosjektering som bygger på uriktige opplysninger gitt av byggherren eller offentlige etater gjelder ikke der totalentreprenøren «(...) burde oppdaget feilen ved sin gjennomgang av prosjekteringsmaterialet.» Bestemmelsen legger opp til en aktsomhetsvurdering av totalentreprenørens gjennomgang. Spørsmålet blir dermed hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen av om totalentreprenøren har vært tilstrekkelig aktsom ved sin gjennomgang.

Utgangspunktet for den aktsomhetsvurderingen som skal foretas er hva en alminnelig kyndig totalentreprenør burde ha oppdaget. Aktsomhetsvurderingen som skal foretas her har mange likhetstrekk med den aktsomhetsvurderingen som skal foretas ved kontraktsbrudd. Flere av de momentene som er relevante ved culpa-vurderingen ved kontraktsbrudd, vil dermed være relevante ved vurderingen her.

En naturlig forståelse av ordlyden «burde ha oppdaget» taler for at det skal foretas en objektiv vurdering av totalentreprenørens gjennomgang. For kontrakter inngått mellom næringsdrivende stilles det i alminnelighet strenge krav til partenes aktsomme opptreden.<sup>41</sup> Det innebærer at det skal lite til før totalentreprenøren burde ha oppdaget feilen.

Selv om utgangspunktet er en objektiv vurdering, er det klart at det må kunne legges vekt på totalentreprenørens subjektive forhold. Dersom totalentreprenøren har særlig inngående kunnskap om et spesielt fagområde, må det stilles enda strengere krav til hans aktsomhet for dette området.

Dette er forutsatt i avgjørelsen inntatt i Rt. 1988 s. 7. En eiendomsmeglers særlige skatterettslige kunnskaper og kjennskap til konkrete forhold som var av betydning for selgeren medførte at Høyesterett påla megleren ansvar for forhold som vanligvis ikke omfattes av eiendomsmegleres ansvarsområde.<sup>42</sup>

Et spørsmål som kan reises i denne sammenheng er om aktsomhetsnormen må justeres tilsvarende der totalentreprenøren har lite inngående kunnskap til et spesielt fagområde. Dette må besvares benektende. I entreprisekontrakter og særlig totalentreprisekontrakter må det kunne legges til grunn at totalentreprenøren innehar tilstrekkelig alminnelig fagkunnskap, og at det vil kunne være erstatningsbetingende dersom dette ikke er tilfelle. Aktsomhetsnormen som må legges til grunn er den såkalte «profesjonsnormen».

---

<sup>41</sup> Hagstrøm (2011) s. 468.

<sup>42</sup> For en nærmere redegjørelse av saksforholdet, se Hagstrøm (2011) s. 468—469.

Både å gjennomgå og forestå prosjektering fordrer stor grad av teknisk innsikt. Kostnadene ved mangelfull gjennomgang kan bli svært høye. At uerfarenhet og/eller lite inngående kunnskap ikke kan være en unnskyldningsgrunn ble slått fast av Høyesterett i Rt. 1994 s. 1430.<sup>43</sup> Hagstrøm oppsummerer det slik:

«Det avgjørende må være hva man begir seg inn på, ikke hvilke individuelle forutsetninger den handlende har.»<sup>44</sup>

Aktsomhetsnormen for totalentreprenørens gjennomgang må dermed være streng.

Et første moment som kan tenkes å ha innvirkning på aktsomhetsvurderingen er hvor lett tilgjengelig/synlig svikten eller feilen i byggherrens prosjekteringsmateriale var. Dersom den lett kunne vært oppdaget taler det for at totalentreprenøren ikke har vært tilstrekkelig aktsom. På den annen side; dersom feilen ikke var mulig å oppdage, eller det ville krevet uforholdsmessig mye ressurser å oppdage den, er det noe som trekker i retning av at totalentreprenøren har vært så aktsom som det kunne forventes av ham.

Et annet moment som kan tenkes å ha innvirkning på spørsmålet om totalentreprenørens gjennomgang har vært tilstrekkelig aktsom, er hvor omfattende og detaljert byggherrens prosjekteringsmateriale er. Jo mer detaljerte beskrivelser og beregninger byggherrens materiale inneholder, desto vanskeligere vil det være for totalentreprenøren å ettergå opplysningene. Dette momentet må sees i sammenheng med den avtalte fristen.

Fristens lengde kan også være et moment i denne vurderingen. Dersom fristen for gjennomgangen av materialet er uforholdsmessig kort kan det trekke i retning av at det var umulig for totalentreprenøren å oppdage den aktuelle svikten. På den annen side kan det tenkes at svikten lett kunne vært oppdaget, slik at fristen ikke var av betydning. Dette henger for så vidt sammen med det første momentet ovenfor.

Endelig kan hensynet til ressurs/kostnadsbruk være et moment. Å gjennomgå byggherrens prosjekteringsmateriale kan være svært kostnads- og ressurskrevende for totalentreprenøren. Kravet til en aktsom/forsvarlig gjennomgang av byggherrens prosjekteringsmateriale må derfor begrenses til et kostnadsbilde og en ressursbruk som står i forhold til hvor stor del av kontrakten dette materialet utgjør. Selv om totalentreprenøren kan prise denne gjennomgangen

---

<sup>43</sup> Saken gjaldt en advokats ansvar for fullmektigens rådgivning vedørende et rettsforlik. Høyesterett uttalte at fullmektigens begrensede erfaring ikke kunne medføre at man stiller andre krav til han, enn man gjør til en alminnelig erfaren advokat.

<sup>44</sup> Hagstrøm (2011) s 473.

inn i tilbudet sitt, kan markedskreftene eller kommersielle hensyn medføre at totalentreprenøren ikke kan ta tilstrekkelig betalt for dette.

#### **3.4.2.4 Virkningene av unntaket**

Dersom byggherren har gitt uriktige opplysninger i tilbudsgrunnlaget og totalentreprenøren ikke oppdaget eller burde oppdaget dette under sin gjennomgang av prosjekteringsmaterialet, går risikoen ikke over for de delene av prosjekteringen som bygger på disse opplysningene. Det følger av ordlyden i annet ledd:

«Totalentreprenøren har under ingen omstendighet risiko for løsninger og annen prosjektering som bygger på uriktige opplysninger (...)» (min understreking)

Følgen av dette er at byggherren taper retten til å gjøre en eventuell mangel gjeldende overfor totalentreprenøren dersom det er de uriktige opplysningene som leder til en mangel. Byggherren kan heller ikke gjøre gjeldende krav om dagmulkt dersom prosjekteringssvikten – som bygger på byggherrens uriktige opplysninger – leder til at totalentreprenøren blir forsinket, fordi han må bruke ekstra tid på å omprosjektere.

Totalentreprenøren på sin side, kan kreve forlengelse av sluttfristen for den tid eventuell omprosjektering eller retting vil ta. Dersom omprosjekteringen eller rettingen fører til ekstra kostnader for totalentreprenøren, vil han kunne kreve justering av vederlaget for disse kostnadene.

### **3.5 Totalentreprenørens krav mot byggherrens prosjekterende**

#### **3.5.1 Innledning og angrepsvinkel**

I NS 8407 punkt 24.2.1 tredje ledd er totalentreprenøren ved avtalt risikoovergang gitt en mulighet til å kreve regress hos byggherrens prosjekterende som følge av tap totalentreprenøren lider ved prosjekteringsfeil. Bestemmelsen lyder:

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

Totalentreprenørens regressmulighet er ny i og med reguleringen av avtalt risikoovergang i NS 8407. Før reguleringen av avtalt risikoovergang ble det erfaringsmessig sjelden avtalt re-

gressadgang for totalentreprenøren.<sup>45</sup> Regressadgangen er den mekanismen i reguleringen av avtalt risikoovergang som i størst grad bidrar til å opprettholde balansen i kontraktsforholdet.

Bestemmelsen gir totalentreprenøren en rett til å overta byggherrens «eventuelle krav» mot den prosjekterende. Det skjer dermed en overdragelse/cesjon av byggherrens misligholdskrav mot den prosjekterende. Omfanget av cesjonen drøftes nærmere i kapittel 3.5.2 nedenfor. I norsk rett er utgangspunktet at kreditor fritt kan overdra sin fordring på debitor.<sup>46</sup> Å pålegge byggherren en plikt til å sikre denne retten i sin kontrakt med den prosjekterende synes i så fall å være overflødig. Betydningen og omfanget av denne plikten drøftes nærmere i kapittel 3.5.3 nedenfor.

For cesjon synes det å være en forutsetning at kravet eksisterer før det blir overdratt. På tidspunktet for risikooverføringen er det ikke sikkert at byggherren har et krav mot den prosjekterende. Under enhver omstendighet vil kravets størrelse være usikkert. Til tross for dette må det være klart at bestemmelsen er en cesjonsklausul. Kommentartutgavene legger også til grunn at bestemmelsen bygger på reglene om overdragelse av krav.<sup>47</sup>

Kreditor kan fritt overdra sitt krav på debitor. Derfor vil ikke plikten til å sikre retten til å overta byggherrens krav ha betydning for selve cesjonen. Den prosjekterende kan i utgangspunktet ikke motsette seg at totalentreprenøren overtar byggherrens misligholdskrav. At byggherren skal sikre totalentreprenørens rett til å overta hans krav, vil likevel ha betydning for byggherrens avtalefrihet og totalentreprenørens rettsvern for sitt krav mot den prosjekterende. Nedenfor i kapittel 3.5.3 drøftes hva som ligger i denne plikten for byggherren, og hva den må antas å innebære for den prosjekterende.

### 3.5.2 Totalentreprenøren overtar byggherrens «eventuelle krav»

Punkt 24.2.1 tredje ledd, første punktum slår fast at totalentreprenøren overtar byggherrens "eventuelle krav" mot den prosjekterende. Ordlyden innebærer at totalentreprenøren kun kan gjøre krav gjeldende i samme utstrekning som byggherren. Dette er også hovedregelen ved cesjon. Etter gjeldsbrevloven § 25, kan ingen overføre bedre rett enn det han selv har. Ordlyden «eventuelle krav» må antas å bygge på det prinsippet som ligger til grunn for gjeldsbrevloven § 25.

---

<sup>45</sup> Samtaler med praktiserende advokater.

<sup>46</sup> Bergsåker (2011) s. 79.

<sup>47</sup> Nordtvedt (2013) s. 352 og Giverholt (2012) s. 367–368



At ingen kan overføre bedre rett enn det en selv har innebærer videre at byggherrens prosjekterende har sine innsigelser mot misligholdskravet i behold overfor totalentreprenøren. Den prosjekterende kan ikke stilles dårligere i og med overdragelsen av byggherrens misligholdskrav til totalentreprenøren. Totalentreprenøren er altså like bundet av ansvarsbegrensninger, ansvarsfraskrivelser og andre begrensninger i prosjekteringskontrakten som byggherren.

Den prosjekterende vil overfor byggherren også kunne ha en rekke andre innsigelser mot et krav som følge av prosjekteringsfeil. Det kan for eksempel tenkes at den prosjekterende mener den relative reklamasjonsfristen er oversittet, eller at kravet er foreldet. Videre kan det tenkes at byggherren ikke har gjort opp hele regningen for prosjekteringsoppdraget og at den prosjekterende krever å få motregne.

Spørsmålet er hvilke innsigelser den prosjekterende kan gjøre gjeldende overfor totalentreprenøren. Etter en naturlig forståelse av ordlyden synes svaret å måtte være enhver innsigelse. Spørsmålet har imidlertid en side mot byggherrens plikt til å sikre totalentreprenørens rett til å overta byggherrens eventuelle krav. Innholdet i denne plikten drøftes nærmere nedenfor.<sup>48</sup>

Når det gjelder reklamasjons- og foreldelsesfrister må det være klart at de absolutte fristene må beregnes etter byggherrens kontrakt med den prosjekterende. Dette må følge av ordlyden «eventuelle krav» og prinsippet som ligger til grunn for gjeldsbrevloven § 25. Reklamasjonsfristen løper da fra det tidspunktet prosjekteringsoppdraget ble avsluttet, jf. NS 8401 punkt 13.4. Foreldelsesfristen løper fra det tidspunkt misligholdskravet oppstod, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 2, jf. § 3 nr. 1. Dersom fristene først skulle begynne å løpe når totalentreprenøren overtok prosjekteringsmaterialet fra byggherren, ville det innebære en betydelig usikkerhet for den prosjekterende. Han ville da blitt stilt dårligere enn det som følger av bakgrunnsretten. Det krever særskilt hjemmel.

Det kan i enkelte tilfeller slå urimelig ut for totalentreprenøren at fristene ikke begynner å løpe fra det tidspunktet han overtar prosjekteringsmaterialet. Det kan for eksempel tenkes at det har gått noe tid siden byggherren fikk utført prosjekteringen, og at det er kort tid igjen av fristene. Dersom totalentreprenøren oppdager feil i forprosjektet etter at de absolutte fristene er utløpt, vil han for disse tapene stå uten dekningsmulighet hos den prosjekterende. Totalentreprenørens regressmulighet vil i slike tilfeller bli en nullitet. Nedenfor i kapittel 3.5.3 drøftes om det som en del av byggherrens plikt til å sikre totalentreprenørens rett til å overta hans krav også ligger en plikt til å sikre totalentreprenøren en reell regressmulighet.

---

<sup>48</sup> Se avhandlingen kapittel 3.5.3.

Som en følge av utgangspunktet om at ingen kan overføre bedre rett en det han selv har, må også de relative reklamasjons og foreldelsesfristene beregnes ut fra når byggherren burde eller ville ha oppdaget prosjekteringsfeilen i forprosjektet. Utgangspunktet kan imidlertid føre til en retts teknisk vanskelig regel. For det første vil en slik regel reise vanskelige bevissspørsmål om når byggherren ville eller burde ha oppdaget feilen. Videre vil den usikkerhet en slik regel medfører åpne for flere retts tvister, noe som strider mot et av de grunnleggende formålene med avtalt risikoovergang. Det kan derfor reises spørsmål om utgangspunktet her må modifiseres.

Ved direktekrav på grunnlag av cesjon, antar Tørum at regelen må være den samme som ved lovreglene om direkte mangelskrav som bygger på subrogasjonsmodellen.<sup>49</sup> For disse antar Tørum at «(...) dersom selgeren (B) verken oppdaget, eller burde ha oppdaget, mangelen, eksempelvis på grunnlag av sin undersøkelsesplikt etter kjl. § 31, blir det imidlertid avgjørende når C oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen.»<sup>50</sup> Selv om standpunktet gjelder direktekrav på grunnlag av cesjon, synes det å ha overføringsverdi her.

Spørsmålet blir da om byggherren har en undersøkelsesplikt for prosjekteringsmaterialet, eller om det finnes andre forhold som gjør at byggherren kunne eller burde ha oppdaget en feil i forprosjektet. En slik undersøkelsesplikt for byggherren finnes ikke i standardkontrakten for prosjekteringsoppdrag NS 8401. Det taler klart for at byggherren ikke har en undersøkelsesplikt for prosjekteringsmaterialet.

Et annet moment som taler mot undersøkelsesplikt for byggherren er forholdet mellom selgers ansvar for mangler ved en *ting* og rådgiverens ansvar for mangler ved sitt arbeid. For mangler ved salg av ting, har selgeren et *objektivt* ansvar for mangler, jf. eksempelvis kjøpsloven § 30 (1). Et motstykke til en selgers objektive ansvar for feil, er kjøperens undersøkelsesplikt. Ved rådgivningsoppdrag er rådgiverens ansvar for feil (mangler) *subjektivt*. Rådgiveren hefter på grunnlag av uaktsomhet, se for eksempel NS 8401 punkt 13.1, jf. punkt 13.3. Som en følge av dette kan det anføres at når rådgiveren hefter for feil ved uaktsomhet, har kunden ingen undersøkelsesplikt.

Byggherren har dermed ingen undersøkelsesplikt for prosjekteringsmateriale han har fått utarbeidet av rådgivere. Det kan derfor vanskelig anføres at byggherren ville eller burde ha oppdaget en feil i forprosjektet før han fikk totalentreprenørens melding om en slik feil. Han har ingen foranledning til å undersøke og ettergå prosjekteringen.

---

<sup>49</sup> Tørum (2007) s. 621

<sup>50</sup> Tørum (2007) s. 618

Et av de sentrale hensynene bak ordningen med overføring av prosjekteringsrisiko er byggherrens behov for å overføre risikoen for et materiale han har dårlige forutsetninger for å kontrollere. Det kan derfor anføres at det sjelden vil være andre forhold som gjør at byggherren ville eller burde oppdaget prosjekteringsfeilen før totalentreprenøren.

Det ligger i totalentreprisekontraktens natur at byggherrens kunnskap om en mangel veldig ofte vil være foranlediget av totalentreprenørens melding til byggherren. I de aller fleste tilfeller vil mangler ved byggherrens prosjektering først vise seg under totalentreprenørens prosjektering eller utføring av arbeidene. Dersom det ikke er avtalt risikoovergang, vil følgene av en slik feil være byggherrens risiko. For at totalentreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering som en følge av dette, må han varsle byggherren.

Det vil dermed stort sett ikke ha betydning for den prosjekterende om utgangspunktet for den relative reklamasjonsfristen skal beregnes etter når totalentreprenøren eller byggherren oppdaget eller burde oppdaget feilen. Tidspunktene vil i de aller fleste tilfeller være sammenfallende. Det samme må gjelde for den relative foreldelsesfristen. At den relative reklamasjonsfristen begynner å løpe fra det tidspunkt totalentreprenørens oppdaget eller burde ha oppdaget feilen, øker dermed ikke usikkerheten for den prosjekterende. Løsningen må etter dette bli at den relative reklamasjonsfristen løper fra det tidspunkt totalentreprenøren oppdaget eller burde oppdaget prosjekteringsfeilen.

Totalentreprenøren er i samme utstrekning som byggherren bundet av ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrensninger i prosjekteringskontrakten. Byggherren vil overfor den prosjekterende også kunne ha en rekke avtalerettslige sanksjonsmuligheter. Han vil eksempelvis kunne fremme krav om avtalerevisjon eller ugyldighet dersom begrensningene eller fraskrivelsene er mer omfattende enn det bakgrunnsretten ellers tillater. Spørsmålet er om totalentreprenøren i samme utstrekning som byggherren kan gjøre gjeldende slike innsigelser mot nettopp slike ansvarsbegrensninger eller ansvarsfraskrivelser.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden «eventuelle krav» synes dette å være utelukket. Ordlyden taler for at det kun er det konkrete misligholdskrav totalentreprenøren overtar. Dette har også støtte i formålene med regressregelen. Et av formålene med å gi totalentreprenøren en regressmulighet er at han skal kunne søke dekning for sitt tap som følge av en prosjekteringsfeil. Det må være denne dekningsmuligheten som ligger i ordlyden «eventuelle krav». En slik løsning kan fremstå som lite rimelig overfor totalentreprenøren. Det åpner for at en byggherre, for å oppnå gode priser på prosjekteringsoppdraget, går med på mer omfattende ansvarsbegrensninger eller fraskrivelser enn det som er vanlig i bransjen, nettopp fordi

han skal fraskrive seg risikoen for denne kontrakten. På den måten kan totalentreprenørens regressmulighet bli uthulet. Dermed svekkes balansen i kontraktsforholdet ytterligere.

Ordlyden er likevel her så klar at totalentreprenøren ikke kan antas å overta byggherrens avtalerettslige sanksjonsmuligheter mot den prosjekterende.

### 3.5.3 Byggherrens plikt til å sikre kravet

Spørsmålet er hva som ligger i byggherrens plikt til å sikre at totalentreprenøren har rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende, jf. punkt 24.2.1 tredje ledd, annet punktum.

Et første poeng som kan sies å ligge i byggherrens plikt til å sikre at totalentreprenøren har rett til å overta eventuelle krav, er at byggherren ikke kan avtale med den prosjekterende at krav etter prosjekteringskontrakten ikke skal kunne overdras. Bestemmelsen legger en begrensning på byggherrens avtalefrihet på dette punktet.

Videre innebærer byggherrens sikring av totalentreprenørens rett til å overta hans krav, at totalentreprenøren får rettsvern for sine krav mot den prosjekterende, jf. gjeldsbrevloven § 29. Byggherrens kreditorer kan dermed ikke søke dekning i misligholdskrav mot den prosjekterende.

Hovedregelen ved cesjon er at avhenderen ikke kan overføre bedre rett enn det han selv har. Det innebærer at dersom byggherren har sikret totalentreprenørens kreditorposisjon overfor den prosjekterende, har han i utgangspunktet oppfylt plikten etter standarden punkt 24.2.1 tredje ledd. Et spørsmål som likevel kan reises er om bestemmelsen i punkt 24.2.1 tredje ledd innebærer at byggherren i tillegg til å sikre totalentreprenørens kreditorposisjon formelt også har en plikt til å sikre at regressmuligheten er reell.

Dersom totalentreprenøren ikke har en effektiv eller reell regressmulighet, kan poenget med bestemmelsen i punkt 24.2.1 tredje ledd fort forsvinne. Bestemmelsen yter et viktig bidrag til opprettholdelsen av balanse i kontraktsforholdet. Spørsmålet har derfor stor praktisk betydning.

Det kan for eksempel tenkes at det er svært kort tid igjen av den absolutte reklamasjonsfristen når byggherren inngår totalentreprisekontrakten og avtaler risikoovergang etter punkt 24.2.

Etter utgangspunktet om at ingen kan overføre bedre rett enn det man selv har, vil totalentreprenøren være bundet av denne i samme utstrekning som byggherren.<sup>51</sup> For byggherren vil dette ikke ha betydning, i og med at han skal overføre risikoen for feil i forprosjektet til totalentreprenøren. For totalentreprenøren kan dette bety at regressmuligheten i realiteten er en nullitet.

En plikt for byggherren til å sikre at regressmuligheten er reell, må for det første forankres rettslig. Videre må eventuelt innholdet i og omfanget av plikten fastlegges.

Det første spørsmålet blir om en slik plikt for byggherren kan forankres i ordlyden i standarden punkt 24.2.1 tredje ledd, annet punktum. Byggherren skal i sin kontrakt med den prosjekterende «(...) sikre at totalentreprenøren har rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende.» Det er byggherrens «eventuelle krav» totalentreprenøren overtar etter bestemmelsens ordlyd, og det er denne retten byggherren skal sikre i sin kontrakt med den prosjekterende. Ordlyden taler isolert sett for at det ikke foreligger en slik plikt for byggherren. Byggherren plikter ikke å sikre totalentreprenøren bedre rett enn seg selv.

Som nevnt over kan dette i ytterste konsekvens føre til at totalentreprenørens regressmulighet i realiteten blir ikke-eksisterende. Det fremstår som lite rimelig overfor totalentreprenøren at skal overta risikoen for byggherrens prosjektering, uten å kunne holde den prosjekterende ansvarlig. Poenget med å innta en bestemmelse om regress vil kunne lett forsvinne dersom muligheten ikke reell.

Spørsmålet blir etter dette om en plikt for byggherren til å sikre at regressmuligheten er reell kan forankres i et annet rettslig grunnlag. Særlig kan det reises spørsmål om en slik plikt kan forankres i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Denne er kontraktsfestet i NS 8407 punkt 3 og slår fast at partene skal «(...) vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten». Det fremstår som illojalt av en byggherre å overføre risikoen for prosjektering der foreldelsesfristen eller reklamasjonsfristen er i ferd med å løpe ut, eller løper ut om kort tid. Da kan totalentreprenørens regressmulighet i realiteten bli uthulet. På den annen side skal det mye til før en parts opptreden anses å være illojal i kontraktsforhold. En part må kunne klandres for ikke å ha opptrådt annerledes dersom lojalitetsplikten skal anses for brutt.<sup>52</sup> Det ligger i dette at ikke enhver opptreden i strid med medkontrahentens interesser innebærer brudd, men at det skal en del til.

---

<sup>51</sup> Se avhandlingen kapittel 3.5.2.

<sup>52</sup> Nazarian (2007) s. 249.

Dersom det basert på lojalitetsbetraktninger skulle foreligge en plikt for byggherren til å sikre at regressmuligheten er reell, må det etter dette antas at det skal lite til før byggherren har oppfylt denne plikten. For eksempel ved at byggherren foretar fristavbrytende skritt eller til og med bare gjør totalentreprenøren oppmerksom på at de respektive fristene er i ferd med å løpe ut. Totalentreprenøren vil da ha en mulighet, eller i alle tilfelle en oppfordring, til å ta høyde for dette i sin prising av tilbudet. Alternativt kan totalentreprenøren avstå fra å gå med på risikooverføring for byggherrens prosjektering.

Hvor grensen skal gå for hva som er å anse for illojalt av byggherren, må avgjøres i det enkelte tilfellet. Det avgjørende spørsmålet synes å måtte være i hvilken grad totalentreprenøren i det hele tatt har hatt en reell mulighet til å holde byggherrens prosjekterende ansvarlig.

Det kan videre reises spørsmål om byggherrens plikt også omfatter byggherrens avtalerettslige sanksjoner mot den prosjekterende. Dette spørsmålet må antakeligvis bevares benektende. Ordlyden omfatter etter en naturlig språklig forståelse ikke avtalerettslige sanksjonsmuligheter. De er ikke «krav» i kontraktsrettens forstand. Bestemmelsen synes dermed kun å gjelde krav som følge av selve prosjekteringsfeilen.

Så lenge byggherren har sikret totalentreprenørens rett til å overta hans eventuelle krav og totalentreprenøren har hatt en reell mulighet til å holde den prosjekterende ansvarlig, må plikten etter punkt 24.2.1 tredje ledd annet punktum være oppfylt.

#### 3.5.4 Virkningen av at byggherren ikke har sikret totalentreprenørens rett til å overta kravet

Spørsmålet er hvilke følger det har at byggherren ikke har sikret totalentreprenørens rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende.

Bestemmelsen i punkt 24.2.1 tredje ledd gir ikke selv svaret. Plikten etter bestemmelsen er en kontraktsforpliktelse for byggherren. Standarden er en del av kontraktsdokumentene i det enkelte byggeprosjekt, jf. standarden punkt 2.1 litra f. Brudd på en bestemmelse i standarden vil dermed være brudd på en kontraktsforpliktelse, altså kontraktsbrudd. Kontraktsbrudd kan medføre erstatningsansvar.

##### 3.5.4.1 *Byggherren sikrer ikke retten formelt*

For det tilfelle at den prosjekterende kan avvise totalentreprenørens krav eller at totalentreprenøren av andre grunner ikke kan gjøre krav gjeldende mot den prosjekterende som følge av at byggherren ikke har sikret retten til å overta kravet, må det antas at totalentreprenøren kan rette det samme kravet mot byggherren. Byggherren har i så fall brutt en kontraktsbestemmelse i standarden. Det rettslige grunnlaget for å rette kravet mot byggherren vil da være erstat-

ningsansvar for kontraktsbrudd. Ettersom standarden ikke regulerer virkningene av brudd på dens bestemmelser generelt, må erstatningskravet baseres på alminnelige regler om erstatning ved kontraktsbrudd.

Utgangspunktet for erstatningsansvar ved kontraktsbrudd er at de alminnelige vilkårene for erstatning må foreligge. Ansvarsgrunnlaget er i utgangspunktet culpa – uaktsomhet.<sup>53</sup> Når byggherrens plikt til å sikre totalentreprenørens rett til å overta eventuelle krav mot den prosjekterende fremgår så klart av kontraktsdokumentene som her, må det antas at det skal svært lite til før byggherren anses for å ha opptrådt uaktsomt.

Det økonomiske tap totalentreprenøren kan kreve dekket av byggherren, er det samme beløp totalentreprenøren kunne krevet av byggherrens prosjekterende. Totalentreprenøren skal ikke stilles som om risikooverføringen ikke var avtalt, men stilles som om byggherren hadde sikret retten til å overta kravene.

#### *3.5.4.2 Byggherren sikrer formelt, men ikke reelt*

Det kan videre tenkes tilfeller der byggherren har sikret totalentreprenørens rett til å overta kravene formelt, men at de absolutte reklamasjons- eller foreldelsesfristene har utløpt eller at totalentreprenøren av andre grunner ikke har hatt en reell regressmulighet mot den prosjekterende.

Også i disse tilfellene må totalentreprenøren kunne kreve erstatning fra byggherren. Tapet må også her begrenses til det krav totalentreprenøren kunne gjort gjeldende mot byggherrens prosjekterende. Den skadevoldende handlingen her er byggherrens brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Terskelen for hva som er å anse for uaktsomhet må nok her ligge høyere enn i kapittel 3.5.4.1.

#### *3.5.4.3 Direktekravsmulighet likevel?*

Et særlig spørsmål som kan reises er om totalentreprenøren uansett kan reise et direkte misligholdskrav mot den prosjekterende.

Som nevnt innledningsvis er det ingen alminnelig direktekravsrett i entrepriseforhold. Høyesterett har imidlertid vært åpne for å tillate direktekrav på ulovfestet grunnlag der de konkrete omstendighetene i saken taler for at direktekrav bør kunne fremmes. Spesielt, men ikke bare der direktekravskreditor står i en «særlig stilling» i forhold til direktekravsdebitor.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Hagstrøm (2011) s. 468.

<sup>54</sup> Tørum (2007) kapittel 15.2.5 synes å antyde en slik rekkevidde av uttalelsene i Rt. 1998 s. 656.

Videre synes det å være sentrale momenter i vurderingen, hvorvidt debitor for direktekravet har et beskyttelsesverdig behov for å ikke bli holdt ansvarlig, og direktekravskreditors behov for direktekrav.<sup>55</sup>

Tørum fremholder at ved tiltransport av prosjekterende til totalentreprenøren, hvor det også avtales at totalentreprenøren skal hefte overfor byggherren for feil begått før tiltransporten, må totalentreprenøren kunne rette direktekrav mot den prosjekterende.<sup>56</sup>

Det er lett å tenke at løsningen bør være den samme ved risikooverføring uten tiltransport.

En tilstrekkelig inngående drøftelse av de problemstillingene som springer ut av spørsmålet her, vil sprengne rammene for avhandlingen.

### **3.6 Totalentreprenørens gjennomgang og varsling**

#### **3.6.1 Innledning**

NS 8407 punkt 24.2.2 gir totalentreprenøren en rett til å gjennomgå byggherrens prosjekteringsmateriale og varsle om eventuelle forhold som ikke vil lede til kontraktsoppfyllelse. Retten til gjennomgang og varsling yter sammen med regressadgangen et viktig bidrag til opprettholdelsen av balansen i kontraktsforholdet.

For totalentreprenørens rett til å gjennomgå prosjekteringsmaterialet gjelder i utgangspunktet en frist på fem uker fra kontraktsinngåelsen, jf. standarden punkt 24.2.2 første ledd annet punktum. Denne gjelder bare dersom ikke annet er avtalt. Partene står som hovedregel fritt til å tilpasse varslingsfristen til det enkelte byggeprosjektets omfang. Fristen løper fra kontraktsinngåelsen. Det følger imidlertid av standarden punkt 24.2.2 første ledd annet punktum at dersom totalentreprenøren får prosjekteringsmaterialet på et senere tidspunkt enn kontraktsinngåelsen, «(...) utsettes fristen tilsvarende». Ordlyden kan tale for at fristen først begynner å løpe fra det tidspunkt totalentreprenøren har mottatt det komplette prosjekteringsmaterialet. Hensynet til effektivitet i kontraktsforholdet taler på den annen side for at fristen begynner å løpe fra det tidspunkt totalentreprenøren har tilstrekkelig grunnlag til å foreta en forsvarlig vurdering. Dette må antakeligvis også være løsningen. Totalentreprenøren vil nok i mange tilfeller likevel ikke ha tilstrekkelig grunnlag til å foreta en forsvarlig gjennomgang, før han har det komplette prosjekteringsmaterialet.

---

<sup>55</sup> Tørum (2007) s. 318.

<sup>56</sup> Tørum (2007) s. 358.



Adgangen til å gjennomgå prosjekteringsmaterialet gir mulighet til å avdekke feil og svakheter ved forprosjektet i en tidlig fase av byggeprosjektet. Selv om det vil kunne være kostnads-krevende å omprosjekttere, vil det ofte være mye dyrere å gjøre om når byggeprosjektet allerede er i gang.

Innledningsvis kan det også spørres om hvilke krav som stilles til totalentreprenørens gjennomgang. Totalentreprenørens rett til å gjennomgå materialet følger av NS 8407 punkt 24.2.2 første ledd første punktum. Det følger av ordlyden at «*[t]otalentreprenøren har en frist til å gjennomgå materialet.*»

Etter ordlyden stilles det ikke eksplisitte krav til totalentreprenørens gjennomgang av byggherrens materiale. Det ligger imidlertid et sterkt insentiv for totalentreprenøren til å være grundig, i det at han blir sittende med risikoen for feil og/eller svikt han ikke oppdager og varsler.

Hvor grundig totalentreprenøren velger å være har betydning for unntaket for uriktige opplysninger. Dette er drøftet ovenfor i kapittel 3.4.2.3.

I det følgende drøftes kravet til totalentreprenørens varsel (kapittel 3.6.2) og kravet til byggherrens svar på totalentreprenørens varsel (kapittel 3.6.3). Deretter drøftes hvilken betydning det får for risikofordelingen mellom partene dersom byggherren pålegger totalentreprenøren en ny løsning eller opprettholder den løsningen totalentreprenøren har varslet (kapittel 3.6.4). Endelig drøftes virkningene av manglende overholdelse av varslingsreglene (kapittel 3.6.5).

### 3.6.2 Varsel og krav til varselets innhold

Spørsmålet er hvilke forhold totalentreprenøren skal varsle byggherren om og hvilke krav som stilles til varselets innhold.

Dersom totalentreprenøren ved sin gjennomgang av byggherrens prosjekteringsmateriale finner forhold han mener ikke vil lede til oppfyllelse av de krav til bygget eller anlegget som følger av punkt 14, skal han varsle byggherren om dette innen fristens utløp jf. NS 8407 punkt 24.2.2 annet ledd første punktum. Det følger av annet ledd annet punktum at varselet skal «*presisere hvilke forhold det dreier seg om og behovet for endringer.*»

NS 8407 punkt 14 stiller en rekke krav til kontraktsgjenstanden. Viktigst er nok punkt 14.1 om de avtalte krav til kontraktsgjenstanden. Dette vil være byggherrens spesifikasjoner på det arbeidet totalentreprenøren skal levere.

Omfanget av totalentreprenørens varslingsplikt begrenser seg til forhold ved byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering som ikke vil lede til oppfyllelse av de krav kontrakten stiller til kontraktsgjenstanden jf. punkt 14.<sup>57</sup> Totalentreprenøren skal dermed ikke foreta noen godhets- eller hensiktsmessighetsvurdering av de løsningene byggherren ønsker. For eksempel; dersom byggherren har gitt anvisning på en utførelse som er kostbar, hvor en billigere løsning vil være fullgod i forhold til kontraktens krav for øvrig, foreligger ingen varslingsplikt for totalentreprenøren. Dette har imidlertid en side til reglene om totalentreprenørens veiledningsplikt, jf. NS 8407 punkt 16.2.

Etter annet ledd skal totalentreprenøren «presisere hvilke forhold det gjelder» og «behovet for endringer». Det innebærer for det første at totalentreprenøren må kunne vise til det eller de forhold ved prosjekteringsmaterialet som ikke vil lede til kontraktsoppfyllelse. En naturlig forståelse av ordlyden taler for det kreves en klar angivelse av hva feilen består i. Han kan eksempelvis ikke gjøre en generell henvisning til et kapittel.<sup>58</sup> Videre synes ordlyden å innebære at han må foreta en konkret vurdering og gi en begrunnelse av hvorfor det enkelte forholdet må endres. Dette vil ofte kunne fordre slik særlig fagkunnskap som nevnt i kapittel 3.3. Ofte vil ikke totalentreprenøren besitte slik kompetanse. Den må hentes eksternt, noe som ofte kan være kostbart for totalentreprenøren.

I totalentrepriser er det totalentreprenøren som skal prosjektere det vesentligste av kontraktsgjenstanden. Totalentreprenøren vil i de aller fleste tilfeller ha behov for å hente inn eksterne rådgivere til å bistå med hans prosjekteringsforpliktelse. Det synes naturlig at totalentreprenøren benytter de samme rådgivere til å gjennomgå forprosjektet som til å forestå selve hovedprosjekteringen. Dette kan redusere den kostnadmessige belastningen for totalentreprenøren. Dessuten vil totalentreprenøren i utgangspunktet ha mulighet til å prise inn kostnader til gjennomgangen i sitt tilbud.

Bestemmelsen oppstiller ingen plikt for totalentreprenøren til å komme med et alternativt løsningsforslag. Det kan imidlertid tenkes at totalentreprenøren som en del av beskrivelsen av behovet for endring, peker på alternative løsninger.

Dersom totalentreprenøren kommer med alternative løsninger er det løsninger og prosjektering han har risikoen for, jf. funksjonsfordelingsprinsippet.

---

<sup>57</sup> Nordtvedt (2013), s. 353.

<sup>58</sup> Giverholt (2012)s. 370.

### 3.6.3 Byggherrens svar på varsel

Når byggherren mottar varsel fra totalentreprenøren, skal han «uten ugrunnet opphold» svare på varselet og gi totalentreprenøren «*beskjed om hvordan han [totalentreprenøren] skal forholde seg*», jf. NS 8407 punkt 24.2.2. tredje ledd første punktum. Dette reiser to spørsmål. For det første hvor lang byggherrens frist er og for det andre hvilke krav som stilles til svarets innhold.

En naturlig forståelse av «uten ugrunnet opphold» taler for at byggherren må kunne gi en tilfredsstillende begrunnelse for den tid som har gått med til å utarbeide svaret på totalentreprenørens varsel.

I vurderingen av hvor lang tid byggherren har på å svare totalentreprenøren må det legges til grunn at byggherren må få tid til å vurdere både om det foreligger en feil og hvordan han ønsker at totalentreprenøren skal forholde seg.<sup>59</sup> I større entreprisprosjekter kan det være nødvendig for byggherren å konsultere sine rådgivere ved vurderingen av totalentreprenørens varsel for å kunne foreta en forsvarlig vurdering. Den tiden som går med til dette må ligge innenfor byggherrens frist.

Et særlig spørsmål som kan reises er om det i byggherrens svarfrist også må ligge tid til byggherrens egen omprosjektering. Ordlyden «*(...) gi beskjed om hvordan totalentreprenøren skal forholde seg*», taler for at dette ikke er tilfelle. I byggherrens svar til totalentreprenøren bør han gi beskjed om han ønsker om å prosjektere selv, eventuelt pålegge totalentreprenøren den opprinnelige løsningen eller ønsker at totalentreprenøren prosjekterer en ny løsning.

En slik forståelse av ordlyden har videre støtte i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, jf. også standarden punkt 3.

Etter dette må det være klart at dersom byggherren ønsker å prosjektere en ny løsning selv strekkes ikke svarfristen til denne er ferdig utarbeidet, men byggherren må gi totalentreprenøren melding om dette valget uten ugrunnet opphold.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke krav som stilles til svarets innhold, synes det etter ordlyden å stilles mindre omfattende krav enn til totalentreprenørens varsel. Byggherren skal gi totalentreprenøren beskjed om hvordan han skal forholde seg. Etter ordlyden må det være tilstrekkelig at byggherren informerer totalentreprenøren om hvilken løsning han ønsker. Det

---

<sup>59</sup> Nortvedt (2013) s. 354.

vil si om han ønsker å opprettholde den varslede løsningen, om han ønsker å omprosjektere selv eller om han ønsker at totalentreprenøren skal prosjektere en ny løsning.

#### 3.6.4 Risikofordelingen når byggherren pålegger totalentreprenøren en ny løsning eller opprettholder den foreliggende

Ved totalentreprenørens varsel har byggherren tre alternativer. Han kan fastholde sin opprinnelige prosjektering eller løsning, han kan pålegge totalentreprenøren en ny løsning eller ny prosjektering eller han kan vedta et forslag totalentreprenøren har fremsatt.

Dette reiser spørsmål om hvilke følger de ulike alternativene får for risikofordelingen. Det følger av standardens punkt 24.2.2 tredje ledd andre og tredje punktum at dersom byggherren fastholder sin opprinnelige anvisning eller kommer med ny prosjektering eller løsning han selv har utarbeidet, bærer han også selv risikoen for disse valgene.

For disse delene av forprosjektet går ikke risikoen over på totalentreprenøren. Dersom byggherren velger å gå for et løsningsforslag som totalentreprenøren har fremsatt i forbindelse med varselet følger det av funksjonsfordelingsprinsippet at totalentreprenøren blir sittende med risikoen for sin løsning.

En særlig problemstilling kan oppstå der byggherren velger å fastholde sin opprinnelige løsning eller pålegger en ny, og dette fører til svikt i andre løsninger eller prosjektering totalentreprenøren *har* overtatt risikoen for. Spørsmålet er om byggherren har risikoen for «ringvirkningene» av sine løsningsvalg.

Dette er et spørsmål om redigeringssvikt. Der byggherrens «nye» prosjektering ikke er forenlig med allerede utført prosjektering, vil dette være en form for redigeringssvikt. Risikoen for dette vil da ligge hos byggherren.

Dersom byggherrens svar innebærer en endring, skal han utstede en endringsordre etter NS 8407 punkt 31.3 jf. punkt 24.2.2 fjerde ledd første punktum. Etter annet punktum må totalentreprenøren varsle byggherren etter standardens punkt 32.2 dersom han mener byggherrens svar innebærer en endring, men det ikke blir utstedt endringsordre.

#### 3.6.5 Virkningene av manglende overholdelse av varslingsreglene

Det følger av drøftelsene ovenfor at dersom byggherren mottar varsel fra totalentreprenøren og deretter pålegger ham en ny løsning eller fastholder den gamle, blir byggherren sittende med risikoen for dette. Dette følger NS 8407 punkt 24.2.2 tredje ledd. Motsetningsvis vil to-

talentrepnøren bli sittende med risikoen for svikt i byggherrens prosjektering dersom han ikke varsler svikten innen fristen.

Den fristen partene har avtalt eller den deklatoriske fem-ukers-fristen som standarden oppstiller er preklusiv. Dersom totalentrepnøren ikke varsler en svikt innen denne fristen, taper han retten til senere å gjøre den gjeldende. Han vil dermed ikke ha krav på vederlagsjustering eller fristforlengelse for de konsekvenser svikten har på byggeprosjektet. Byggherren vil på sin side kunne kreve dagmulkt eller gjøre mangelsansvar gjeldende overfor totalentrepnøren.

At fristene er preklusive kan i enkelte tilfeller slå noe urimelig ut overfor totalentrepnøren. Han er imidlertid avhjulpet ved den regressadgangen som følger av NS 8407 punkt 24.2.1 tredje ledd.

## **4 Begrensninger i risikooverføringen**

### **4.1 Innledning og problemstilling**

I det foregående er omfanget av avtalt risikoovergang og de begrensninger som følger av standarden drøftet. Spørsmålet i det følgende er om og eventuelt i hvilken utstrekning også bakgrunnsretten eller andre forhold oppstiller begrensninger i risikooverføringen.

Det er særlig to forhold som kan tenkes å oppstille begrensninger i risikooverføringen. For det første kan forutsetningene protokollen oppstiller tenkes å medføre begrensninger. For det andre kan det reises spørsmål om det gjelder en begrensning for «vesentlig svikt» i prosjekteringsmaterialet.

### **4.2 Forutsetningene i protokollen**

Spørsmålet er om forutsetningene protokollen oppstiller for avtalt risikoovergang kan begrense omfanget av risikooverføringen.

I protokollen til NS 8407 er det gitt følgende kommentar til punkt 24.2:

«Etter standardens 24.2 kan det avtales at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggherrens prosjektering. Komiteens medlemmer er enige om at denne unntaksregelen kun skal benyttes i tilfeller hvor totalentreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risikoen han påtar seg. Dette vil i de fleste tilfeller innebære at det vesentligste av prosjekteringen skal gjenstå på tidspunktet for innhenting av tilbud. Det vesentligste av prosjekteringen anses normalt å gjenstå ved avsluttet forprosjekt eller ved at det er utført nødvendig prosjektering til å søke om rammetillatelse. Forholdene ved kontraktsinngåelsen kan også tilsi at overføring av risiko kan avtales hvor prosjekteringen har kommet lenger, eksempelvis hvor totalentreprenøren gjennom forhandlinger har fått god innsikt i prosjekteringen han overtar risikoen for.»

Problemstillingen er om byggherren likevel blir sittende med risikoen for prosjektering som har kommet vesentlig lenger enn det typiske «forprosjektstadiet», eller på annen måte medfører at totalentreprenøren ikke kan håndtere risikoøkningen.

Utgangspunktet er prinsippet om avtalefrihet. Byggherren og totalentreprenøren står fritt til å avtale risikoovergang uavhengig av hvor omfattende byggherrens prosjektering er. Spørsmålet blir dermed om protokollen begrenser partenes avtalefrihet ved avtalt risikoovergang etter NS 8407 punkt 24.2.

Det har tidligere ikke vært utarbeidet protokoller til bygge- og anleggsstandardene. I petroleumskontrakter har dette vært vanlig en god stund.<sup>60</sup> Den rettslige betydningen av bestemmelser i protokollene er usikker og varierende.<sup>61</sup>

I innledningen til protokollen til NS 8407, uttales det at den enkelte kontrakt ikke blir ugyldig dersom partene avtaler bestemmelser som avviker fra de rammene protokollen trekker opp. Det uttales imidlertid «(...) at slike avvik vil kunne være illojale i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir». Hva som ligger i denne uttalelsen er usikkert. Det må likevel være klart at rammene protokollen trekker opp kan være relevante momenter i en urimelighetsvurdering.

Uttalelsen i innledningen om at overskridelse av protokollens rammer for bruken av standarden ikke medfører ugyldighet må innebære at forutsetningene som oppstilles i kommentaren til punkt 24.2 ikke kan tjene som selvstendige begrensninger i risikooverføringen. De vil imidlertid kunne tjene som viktige momenter ved en urimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36.

#### **4.3 «Vesentlig avvik» – vesentlig svikt i prosjekteringsmaterialet**

Spørsmålet er om det gjelder et unntak for avtalt risikoovergang der det er gjort vesentlige feil i prosjekteringen. Enten at selve prosjekteringen er uriktig eller at de opplysningene den bygger på avviker vesentlig fra de faktiske forhold.

For den typen forpliktelser punkt 24.2 gjelder synes det mer naturlig å bruke terminologien «vesentlig svikt». Dette endrer ikke regelens innhold, men gjør drøftelsen mindre kunstig.

Problemstillingen har sin praktiske bakgrunn i at selv om totalentreprenøren er gitt en regressadgang hos den prosjekterende, vil det som oftest være nokså restriktive ansvarsbegrensninger i prosjekteringskontrakten. Disse vil totalentreprenøren være bundet av i samme utstrekning som byggherren. Ved vesentlig svikt kan det oppstå tap for totalentreprenøren som det synes lite rimelig at han blir sittende med.

I NS 8407 punkt 23.2 er det åpnet for at risikoen for grunnforholdene kan overføres til totalentreprenøren. Her er det imidlertid inntatt en begrensning i risikooverføringen. Byggherren blir etter punkt 23.2 første ledd likevel sittende med risikoen for grunnforholdene dersom de «(...) avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med (...)». Be-

---

<sup>60</sup> Kaasen (2006) s. 31.

<sup>61</sup> Kaasen (2006) s. 32.

stemmelsen synes å bygge på det entrepriserettslige prinsipp om at totalentreprenøren må kunne basere sin kalkyle på at de tall og beregninger som han skal legge til grunn for kalkylen, i det vesentlige reflekterer de faktiske forhold. Prinsippet ble blant annet lagt til grunn i voldgiftsavgjørelsen inntatt i Rt. 1955 s. 120.

Saken gjaldt blant annet spørsmål om entreprenøren hadde krav på godtgjørelse for merforbruk av sprengstoff og bor som følge av at fjellet var hardt og vanskelig å sprengre. Byggherren hadde anført at risikoen for fjellets sprengbarhet lå hos entreprenøren. Voldgiftsretten var ikke enig dette og fremholdt at «[e]t anbud må antas å være basert på en objektivt sett forsvarlig vurdering av fjellets bor- og sprengbarhet. Viser det seg at fjellet er vesentlig vanskeligere enn det på forhånd måtte antas, må entreprenøren etter rettens mening ha krav på tillegg.» Voldgiftsretten mente at ikke ethvert avvik fra vurderingen ga krav på tillegg, men at «[a]vvikelsen må være så vidt betydelig at den kan sies å kullkaste en forsvarlig kalkyle.»

Prinsippet synes å springe ut av den alminnelige obligasjonsrettslige regel om at «som den er»-forbehold begrenses ved et unntak for vesentlig avvik. «Som den er»-forbehold, er i realiteten en overføring av risiko for skjulte mangler fra selger til kjøper. I avhendingslova kommer regelen til uttrykk ved at det likevel foreligger en mangel dersom eiendommen er i «(...) *vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles*». (min utheving).

Hagstrøm gir uttrykk for at det prinsippet bestemmelsen i avhendingsloven bygger på, også må gjelde på uregulerte områder.<sup>62</sup> Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, og bestemmelsen i standarden punkt 23.2 må anses som et utslag av dette.

Spørsmålet blir etter dette om prinsippet som punkt 23.2 bygger på får anvendelse på punkt 24.2. Det er altså spørsmål om å utfylle kontrakten med bakgrunnsrett. Dersom det er tilfelle, blir byggherren sittende med risikoen for «vesentlig svikt» i det prosjekteringsmaterialet han overfører risikoen for. Spørsmålet må besvares på bakgrunn av om kontrakten uttømmende regulerer det spørsmål som har oppstått.<sup>63</sup> Dersom bestemmelsen i standarden uttømmende regulerer risikofordelingen ved avtalt risikoovergang, er det ikke behov for å utfylle standarden med bakgrunnsrett.

Utgangspunktet må tas i ordlyden. Til forskjell fra bestemmelsen om grunnforhold er det ikke gjort unntak for vesentlig avvik/svikt i prosjekteringsmaterialet i punkt 24.2. Ordlyden i de to bestemmelsene taler dermed for at standarden punkt 24.2 uttømmende regulerer virkningen av risikoovergangen. Det taler mot at punkt 24.2 må utfylles med en «vesentlig svikt»-begrensning. Ordlyden veier tungt ved tolkningen av standardkontrakter. Dersom man hadde

---

<sup>62</sup> Hagstrøm (2011) s. 342.

<sup>63</sup> Hov (1993) s. 96 og Haaskjold (2013) s. 346.



ønsket at begrensningen også skulle gjelde for avtalt risikoovergang, ville det vært naturlig å innta en tilsvarende bestemmelse som i punkt 23.2. Etter ordlyden synes det i utgangspunktet ikke å være plass til en slik begrensning.

I det følgende drøftes om rettspraksis eller formål og hensyn bak bestemmelsen om avtalt risikoovergang likevel kan hjemle en «vesentlig svikt»-begrensning.

I Rt. 2010 s. 1345 er prinsippet tilsynelatende anvendt på et tilfelle der risikoen for feil i faktiske opplysninger byggherren hadde gitt ble overført til entreprenøren ved at byggherren tok forbehold om opplysningenes riktighet.

Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag for merkostnader ved forhøyet saltforbruk i forbindelse med snørydding av vei. I anbudsgrunnlaget var det inntatt et dokument som oppga gjennomsnittlig saltforbruk for de tidligere årene. Det faktiske saltforbruket ble vesentlig høyere. Høyesterett la til grunn at deler av avviket skyldtes at tallopplysningene i anbudsdokumentene var beheftet med vesentlige feil som følge av underrapportering av det tidligere saltforbruket.

Kontraktsforholdet ble regulert av NS 3430, forgjengeren til NS 8405.<sup>64</sup> Etter den standarden partene brukte hadde entreprenøren krav på å få dekket utgifter som han ble påført som en følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren hadde levert, og andre hindringer eller svikt som kunne henføres til byggherrens forhold, jf. punktene 7.5 og 21.1.<sup>65</sup>

Vegvesenets skjema med opplysninger om tidligere gjennomsnittlig saltforbruk var gjort til en del av kontraktsdokumentene. Etter NS 3430 hadde byggherren risikoen for dokumenter han leverer og dermed også innholdet i disse. Det er videre et alminnelig prinsipp at den som gir opplysninger om sin ytelse i et kontraktsforhold har risikoen for at disse opplysningene stemmer. Vegvesenet (byggherren) hadde imidlertid tatt relativt omfattende forbehold om opplysningenes riktighet. I realiteten ble dermed byggherrens risiko for opplysninger han gir overført til entreprenøren. Det er altså tale om en overføring av risiko for opplysninger som er en del av anbuds- eller tilbudsgrunnlaget.

Som en følge av forbeholdene mente vegvesenet at entreprenøren hadde risikoen for avviket som skyldtes svikt i tallmaterialet.

---

<sup>64</sup> Dommens premiss 10.

<sup>65</sup> Dommens premiss 55.

Høyesterett mente at vegvesenets forbehold bare kunne dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet og konkluderte slik:

«Når anbudsgrunnlaget er beheftet med så vesentlige feil som her, finner jeg at staten må hefte etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 til tross for de forbehold som er tatt». <sup>66</sup>

Høyesterett synes blant annet å begrunne dette med at byggherren var nærmest til å fremskaffe riktige opplysninger. <sup>67</sup>

Til forskjell fra NS 8407 punkt 24.2 var forbeholdet byggherren hadde tatt i saken en form for individuelt utformet risikooverføring. Det kan anføres at forbeholdet ikke var like veloverveid og at det ikke ivaretok hensynet til begge parter i samme utstrekning som standardens bestemmelse, og at det derfor var behov for å utfylle klausulen med bakgrunnsrett.

Hensynet til balanse i kontraktsforholdet taler for at det bør gjelde en begrensning for vesentlig svikt i byggherrens prosjekteringsmateriale. Avtalt risikoovergang medfører en betydelig skjevhet i kontraktsforholdet. En begrensning for vesentlig svikt vil kunne kompensere for den ubalansen i kontraktsforholdet ordningen medfører. Imidlertid må listen ligge høyt, ellers kan ordningen med avtalt risikoovergang lett bli uthulet.

Et annet forhold som også taler for at standarden uttømmende regulerer spørsmålet er punkt 24.2.2. Totalentreprenøren er gitt en frist til å gjennomgå og varsle om forhold ved byggherrens prosjektering som ikke vil lede til kontraktsoppfyllelse. Det kan tenkes at bakgrunnen for regelen blant annet er at ved en forsvarlig gjennomgang av byggherrens prosjekteringsmateriale, vil de mest vesentlige feilene lukes bort. Sammen med regressmuligheten kan det tenkes at det da ikke er behov for en begrensning i risikoovergangen for vesentlig svikt.

Dette kan også dels forankres i de synspunktene som synes å ligge til grunn for domstolenes motvillighet til å opprettholde ansvarsfraskrivelser som fratrukk betydningfulle kontraktsbrudd virkning. <sup>68</sup> Hagstrøm fremholder at «(...) om misligholdet er betydningsfullt, enten på grunn av skyldgraden eller på grunn av omfanget av misligholdet, kan hele formålet med kontrakten forfeiles dersom alment avfattede ansvarsfraskrivelser skal tillegges rettsvirkning.» <sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Dommens premiss 56.

<sup>67</sup> Dommens premiss 51.

<sup>68</sup> Hagstrøm (2011) s. 654.

<sup>69</sup> Hagstrøm (2011) s. 658.

Ved avtalt risikoovergang er totalentreprenøren gitt en rett til å tre inn i byggherrens krav mot den prosjekterende. Selv om ansvarsbegrensningene i standardkontraktene for prosjekteringsoppdrag er ganske omfattende, er totalentreprenøren gitt en dekningsmulighet for sine tap.<sup>70</sup> Videre følger det av NS 8401 punkt 13.3 fjerde ledd at ansvarsbegrensningene ikke gjelder ved grov uaktsomhet eller forsett. Ettersom totalentreprenøren trer inn i byggherrens krav mot den prosjekterende etter NS 8407 punkt 24.2.1 tredje ledd, vil dette gjelde tilsvarende for totalentreprenørens krav.

Selv om avtalt risikoovergang som sådan er en relativt allment avfattet ansvarsfraskrivelse, vil ikke betydningsfulle kontraktsbrudd være uten virkning. Totalentreprenøren vil ha dekningsmulighet hos den prosjekterende.

Dersom man skulle åpnet for å utfylle kontrakten med en «vesentlig svikt»-begrensning, vil man samtidig også åpne for vanskelige grensespørsmål om hva som er å anse for vesentlig svikt. Det vil åpne for at totalentreprenørene kan reise sak i det enkelte tilfellet for å få prøvd hva som er å anse for vesentlig svikt i det enkelte tilfelle. Å åpne for flere rettstvister er lite gunstig i et samfunnsøkonomisk perspektiv og strider mot et av formålene bak ordningen med avtalt risikoovergang.

Ikke å ha en begrensning for vesentlig svikt, skaper også effektivitet i det kontraktsforholdet. Det er de samme betraktninger som gjør seg gjeldende her som i avsnittet over.

De lege lata må konklusjonen etter dette bli at standarden uttømmende regulerer risikooverføringen og at det ikke er plass for en «vesentlig svikt»-begrensning. De lege ferenda kan det reises spørsmål om dette er den beste løsningen.

De lege ferenda taler flere forhold for at det bør gjelde en «vesentlig svikt»-begrensning ved avtalt risikoovergang. For det første, hensynet til bakgrunnsretten. Avtalt risikoovergang er en form for risikooverføring som har likhetstrekk med «som den er»-forbehold. Å utfylle NS 8407 punkt 24.2 med en «vesentlig svikt»-begrensning vil bringe bestemmelsen mer i overensstemmelse med bakgrunnsretten.

Forutsetningene protokollen oppstiller synes også å kunne støtte oppunder en slik begrensning. En viktig forutsetning for avtalt risikoovergang er at totalentreprenøren skal kunne håndtere den risikoen han påtar seg.<sup>71</sup> Den eventuelle risikopremien totalentreprenøren inn-

---

<sup>70</sup> Ansvarsbegrensningene i NS 8401 er på henholdsvis 60 G for ansvar som ikke er omfattet av forsikringsplikten, og 150 G, for ansvar som er omfattet av forsikringsplikten etter NS 8401 punkt 7.2.

<sup>71</sup> Protokollen til NS 8407.

kalkulerer i sitt tilbud må antas å bygge på at prosjekteringen i det vesentlige er feilfri, men at det likevel regnes med en sikkerhetsmargin. Vesentlig svikt vil totalentreprenøren sjelden kunne forventes å innkalkulere. Ved vesentlig svikt kan dermed risikoen bli uhåndterbar.

Det foreligger videre svært mange usikkerhetsmomenter så tidlig i byggeprosjektet som ved kontraktsinngåelsen. Selv om totalentreprenøren har anledning til å gjennomgå prosjekteringsmaterialet og varsle om feil er det ikke nødvendigvis slik at det vil være mulig å avdekke alle feil så tidlig, heller ikke vesentlige feil. At totalentreprenøren skal bære risikoen for vesentlig svikt i byggherrens prosjekteringsmateriale kan dermed i enkelte tilfeller fremstå vilkårlig.

Endelig og i forlengelsen av avsnittet over har avtalt risikoovergang flere likhetstrekk med overføring av risiko for grunnforhold. Særlig det forhold at det foreligger mange usikkerhetsmomenter ved kontraktsinngåelsen. Potensialet for svikt og økonomisk tap er stort og det synes lite naturlig at det skal gjelde en slik begrensning for overføring av risiko for grunnforhold, men ikke prosjekteringsrisiko.

## 5 Avsluttende bemerkninger

Ordningen med avtalt risikoovergang fører til en skjevhet i kontraktsforholdet. Ved at standarden nå regulerer avtalt risikoovergang er muligheten for risikooverføring blitt mer synlig enn den var tidligere. Det kan føre til en uheldig økning i antallet tilfeller hvor byggherrens prosjekteringsrisiko overføres til totalentreprenøren.

Dersom det skulle bli «vanlig» å avtale risikoovergang vil det igjen kunne føre til at totalentreprenørens mulighet til å foreta en reell prising av risikoøkningen svekkes. En vesentlig del av konkurransen ved anbudskonkurranser er nettopp pris. Dersom totalentreprenørene kutter i risikopremien svekkes evnen til å håndtere de økonomiske følgene av svikt i forprosjektet tilsvarende. Dette kan være uheldig.

Prinsippet om avtalefrihet står imidlertid sterkt, og for å unngå uheldige følger av individuelt forfattede risikooverføringsklausuler kan det være behov for en standardregulering.

Foreløpig ser det ikke ut til å være avgjort saker hvor avtalt risikoovergang etter punkt 24.2 er tvistetema. NS 8407 er relativt ny og det kan gå noe tid før man kan ta stilling til om reguleringen av avtalt risikoovergang er hensiktsmessig. I praksis skjer risikooverføring i stor utstrekning og antallet tilfeller ser ut til å øke.<sup>72</sup> Det kan tyde på at standardreguleringen har gjort det enklere å overføre risikoen for byggherrens prosjektering til totalentreprenøren.

I protokollens kommentar til punkt 24.2 synes det å ligge en klar oppfordring til partene om å holde seg til hovedregelen om at risikoen følger funksjonsfordelingen. Samtidig ligger det en erkjennelse av nødvendigheten av å kunne tilpasse kontrakten til partenes ulike behov. Dersom byggherren har et behov for å overføre risikoen for sin prosjektering er det klart at det bare bør gjøres innen for de rammene protokollen trekker opp.

---

<sup>72</sup> Homleid (2014) s 10.

## 6 Kildehenvisninger

### 6.1 Litteratur

- Barbo (1990) Barbo, Jan Einar. *Totalentreprise – særlig om totalentreprenørens prosjekteringsrisiko*. Oslo, 1990.
- Bergsåker (2011) Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*. 2. utgave. Oslo, 2011.
- Giverholt (2012) Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen. *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise med kommentarer*. Oslo, 2012.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. 2. utgave. Oslo, 2013.
- Hagstrøm (1997) Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – Utvalgte emner*. Oslo, 1997.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Oslo, 2011.
- Hagstrøm (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*. Oslo, 2014.
- Hov (1993) Hov, Jo. *Avtalerett*. 3. utgave. Oslo, 1993.
- Høgberg (2006) Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning: særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Oslo, 2006.
- Kaasen (2006) Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.
- Nortvedt (2013) Nordtvedt, Henning ... [et al.]. *NS 8407 Kommentarutgave*. Oslo, 2013
- Sandvik (1966) Snadvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.
- Tørum (2007) Tørum, Amund Bjøranger. *Direktekrav særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise: formuerettslige analyser i komparativ belysning*. Oslo, 2007.
- Vesterheim (2012) Vesterheim, Svanhild. *Overtakelse av prosjekteringsrisiko med særlig vekt på tolkning, utfylling og revisjon av klausuler som overfører risikoen for byggherrens prosjektering i totalentreprisekontrakter*. Masteroppgave, Universitetet i Oslo, 2012. (funnet i duo.uio.no).

## **6.2 Rettsavgjørelser**

### **6.2.1 Høyesterettsavgjørelser**

Rt. 1917 s. 673.

Rt. 1968 s. 783.

Rt. 1988 s. 7

Rt. 1994 s. 1430

Rt. 1998 s. 656

Rt. 2010 s. 961.

Rt. 2010 s. 1345.

Rt. 2014 s. 520.

### **6.2.2 Underrettsavgjørelser**

LA-2004-39953.

LH-2007-102419.

LB-2012-28126.

### **6.2.3 Voldgiftsrettavgjørelser**

Rt. 1955 s. 120.

## **6.3 Uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd**

BFJR sak 585 (2006).

## **6.4 Lover**

Kjøpsloven Lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

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

## **6.5 Standardkontrakter**

NS 3430:1994 – Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

NS 3431:1994 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

NS 3450:2014 – Konkurransesgrunnlag for bygg og anlegg - Redigering og innhold

NS 8401:2010 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag

NS 8405:2008 – Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8407:2011 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

## **6.6 Artikler**

Homleid Ådne. *Reagerer på offentlig risikofraskrivelse*. Reportasje i Byggeindustrien nr. 18 – 2014.