

UiO : **Det juridiske fakultet**

Utviklingsrisiko – et alminnelig entrepriserettslig prinsipp?

Kandidatnummer: 635

Leveringsfrist: 25. november 2015

Antall ord: 16 156



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for avhandlingen og formulering av problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger.....	3
1.3	Begrepsbruk.....	3
1.4	Entrepriseretten som rettsområde.....	4
1.4.1	Overordnet.....	4
1.4.2	Rettslig rammeverk.....	5
1.5	Disponering av avhandlingen.....	8
2	INNHALDET I UTVIKLINGSRISIKOBEGREPET.....	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Rettspraksis.....	9
2.2.1	Byggmesterdommen.....	9
2.2.2	Salhus Flytebru-dommen.....	11
2.2.3	Hammerfest Flerbrukshall.....	14
2.2.4	Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977 (ankesak nr. 62/1976).....	16
2.2.5	Voldgiftsdom av 25/3-83 (FTV-Oslo).....	17
2.2.6	Akershus festning TOSLO-2007-110178.....	19
2.3	Sammenfatning.....	21
2.4	Juridisk teori.....	22
2.5	Utviklingsrisikobegrepet på produktansvarets område.....	24
2.5.1	Innledning.....	24
2.5.2	Ordlyden.....	24
2.5.3	Juridisk teori.....	25
2.6	Dansk entrepriserettslig teori.....	27
2.7	Rimelighetshensyn.....	29
3	TOTALENTREPRISEKONTRAKTER – NS 8407.....	31
3.1	Generelt om totalentreprise som kontraktsform.....	31
3.2	Kontraktuell plassering av utviklingsrisikoen.....	32
3.2.1	Avviksspørsmålet.....	33
3.2.2	Risikospørsmålet.....	33
3.3	Rimelighetshensyn.....	35
4	UTFØRELSESENTREPRISEKONTRAKTER – NS 8405.....	37
4.1	Generelt om utførelsesentreprise som kontraktsform.....	37

4.2	Kontraktuell plassering av utviklingsrisikoen.....	38
4.2.1	Avviksspørsmålet	38
4.2.2	Risikospørsmålet	38
4.3	Rimelighetshensyn	39
5	FORBRUKERENTREPRISER ETTER BUSTADOPPFØRINGSLOVA	41
5.1	Hensyn bak loven.....	41
5.2	Lovens plassering av utviklingsrisikoen	42
5.2.1	Avviksspørsmålet	44
5.2.2	Risikospørsmålet	44
5.3	Rimelighetshensyn	46
6	KONKLUSJON.....	49
	KILDEREGISTER	52
6.1	Lover	52
6.2	Forarbeider	52
6.3	Norske Standarder.....	52
6.4	Rettsavgjørelser og voldgiftsdom	53
6.5	Juridisk teori.....	53
6.6	Dansk entrepriserettslig teori	55
6.7	Internettside.....	55
6.8	Masteravhandling.....	55

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen og formulering av problemstilling

Utførelse av bygg- og anleggsarbeider er ofte faglig og teknisk krevende, og en vellykket gjennomføring fordrer at entreprenøren anvender forsvarlige metoder og materialer for å nå det ønskede målet. Dersom entreprenøren utfører sitt arbeid på en sedvanlig og forsvarlig måte, vil kontraktarbeidet regelmessig oppfylle kontraktens krav.

Likevel kan det i visse situasjoner tenkes at det ønskede resultat ikke oppnås, selv om entreprenøren ikke kan bebreides for at dette skjer. Spørsmålet som da reiser seg er hvem av kontraktspartene, byggherren eller entreprenøren, som skal ha risikoen for at en forsvarlig gjennomføring av byggearbeidet likevel ikke holder mål. I tillegg til de regulære force majeure-tilfellene, kan det være flere grunner til at resultatet ikke oppnås til tross for en forsvarlig gjennomføring. Når aksepterte metoder eller løsninger i bransjen senere fører til mangler ved kontraktarbeidet uten at dette skyldes entreprenørens uaktsomhet, vil det omtales som *utviklingsrisiko*.¹ Det påberopes ofte at mangelen må anses som en *utviklingsfeil*, og at risikoen for denne, den såkalte utviklingsrisikoen, ikke påhviler entreprenøren slik som risikoen for regulære bygge- eller prosjekteringsfeil.²

Det er her tale om forhold ingen av partene kan bebreides for at inntreffer. Sett fra entreprenørens side vil det være et spørsmål om han skal ha risikoen for feil som skyldes ukjente forhold eller manglende kunnskap da han utførte sitt arbeid.³ Fra byggherrens ståsted kan problemstillingen stilles som et spørsmål om han skal ha risikoen for kunnskapssvikt generelt i bransjen.⁴

Til tross for at synspunkter om utviklingsrisiko ofte fremføres i forbindelse med rettslig oppgjør ved mangler, synes det å herske en viss uklarhet om hva som ligger i utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område, og det nærmere innholdet er lite spesifisert i teori og rettspraksis. Hovedproblemstillingen som drøftes i denne avhandlingen er:

Hva er egentlig entrepriserettslig utviklingsrisiko/-feil, og hvordan er den håndtert i de ulike kontraktstyper på entrepriserettens område?

¹ Barbo (1990) s. 59-60.

² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

³ Simonsen (2011/2015) s. 116.

⁴ Simonsen (2011/2015) s. 116.

For å kunne ta stilling til hvordan den er håndtert i de ulike kontraktstyper, er det av betydning å etablere om og i hvilken grad det kan utledes et enhetlig innhold i utviklingsrisikobegrepet. I denne vurderingen vil det være av interesse å studere hvilke elementer som synes å være av betydning for om det foreligger en reell utviklingsrisiko i det enkelte tilfellet.

Avhandlingen vil konsentrere seg om risikoen for ukjente forhold som påberopes som mangelfulle der årsaken til mangelen ikke er uaktsomhet. Det vil da være en vurdering om utviklingsfeilen medfører en mangel ved kontraktarbeidet. Dette må avgjøres etter en tolkning av mangelsbestemmelsen i kontrakten. Hvorvidt forholdet utgjør en mangel, og således er entreprenørens risiko, beror også på karakteren av entreprenørens kontraktsforpliktelse. Det kan skilles mellom innsats- og resultatforpliktelse.⁵

Hvis entreprenøren har en resultatforpliktelse vil det innebære at han skal frembringe et bestemt resultat for å opptjene rett til det avtalte vederlaget.⁶ Er det derimot tale om en innsatsforpliktelse, innebærer det at entreprenøren plikter å yte en faglig forsvarlig innsats for å oppnå det ønskede resultat.⁷ Hvis det likevel skulle vise seg at det ønskede resultat ikke oppnås, kan entreprenøren som har innsatsforpliktelse likevel ha oppfylt sin forpliktelse og således ha krav på vederlaget, gitt at han har handlet forsvarlig og i tråd med faglig aksepterte handlingsnormer.⁸ På denne bakgrunn må det avgjøres hvorvidt entreprenørens forpliktelse er en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse. Denne vurderingen skal foretas i punktene 3.2, 4.2 og 5.2 nedenfor.

Når det gjelder entreprenørens enkelte forpliktelser etter kontrakten skal det allerede her presiseres at disse kan være utslag av både normer som pålegger ham innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser.⁹ Dersom man går ut i fra at entreprenøren overordnet har en resultatforpliktelse innebærer det at han må frembringe et resultat som innfrir alle kontraktens krav. I den grad den enkelte kontraktsforpliktelse er utformet som en innsatsforpliktelse, eksempelvis til å gjøre noe på en forsvarlig måte, strekker ikke forpliktelsen seg lenger enn til å nå dette. Slik kan det sies at entreprenørens overordnede metaforpliktelse som sådan ikke påvirker kontraktens respektive prosess- eller løsningskrav.¹⁰

⁵ Sandvik (1966) s. 163-164, Hagstrøm (2011) s. 126, Haaskjold (2014) s. 453.

⁶ Hagstrøm (2011) s. 126, Haaskjold (2014) s. 453.

⁷ Hagstrøm (2011) s. 126, Haaskjold (2014) s. 453.

⁸ Hagstrøm (2011) s. 126, Haaskjold (2014) s. 453 flg.

⁹ Hagstrøm (2011) s. 127, Haaskjold (2014) s. 456.

¹⁰ Holdt, Julie Cathrine (2010) s. 44 jf. punkt 3.4.

1.2 Avgrensninger

I denne avhandlingen behandles kun utviklingsrisikoens innhold på entrepriserettens område. Begrepet utviklingsrisiko er imidlertid også kjent fra andre rettsområder, og har blant annet en sentral plass på produktansvarets område. Produktansvarslovens regler om utviklingsrisikoen er kun behandlet der rettsreglene kan belyse det entrepriserettslige utviklingsrisikobegrepet.

Ulike risikobegreper særpreger entrepriseretten, og utviklingsrisikoen er bare en av flere ulike typer risiko. Det vil være naturlig å trekke en grense mot risikoen for force majeure, som også gjelder forhold partene ikke kunne forutse. Dette er et risikobegrep av et betydelig omfang, og det vil falle utenfor avhandlingens ramme å behandle risikoen for force majeure.

1.3 Begrepsbruk

Ordet risiko som juridisk begrep kan brukes i noe skiftende betydning i juridisk terminologi.¹¹ Begrepet risiko brukes flere steder i standardkontraktene, men det fremgår imidlertid ikke hva som nærmere ligger i begrepet. Her vil begrepet ”risiko” bare brukes for spørsmålet om hvem av partene som må svare for de økonomiske og tidsmessige konsekvenser en inntruffet utviklingsfeil medfører.

Når uttrykket ”ansvar” brukes i avhandlingen menes ikke erstatningsansvar, men at det er en del av den ene kontraktspartens forpliktelse, og dermed en del av hans risiko. Ordene risiko, ansvar og forpliktelse brukes rent objektivt uten å være betinget av skyld, med mindre annet fremkommer av sammenhengen.

Med ”prosjektering” menes all planlegging, detaljering og løsningsvalg av kontraktarbeidet. Illustrerende eksempler kan være arkitekttegninger, fasadebeskrivelser, geotekniske beregninger og lignende. Med ”prosjekteringsrisiko” forstås risikoen for at svikt i disse ytelsene fører til mangler ved kontraktarbeidet slik at det foreligger en prosjekteringsfeil.

Når begrepet ”utviklingsrisiko” benyttes, menes risikoen for at byggemetoden som man trodde var egnet til å nå det tiltenkte resultatet likevel viser seg å medføre en utviklingsfeil, og dermed en mangelfull ytelse.¹²

Når det her brukes begrepet ”totalentreprise” siktes det til kontrakter inngått etter NS 8407.¹³ En ”totalentreprenør” er den kontraktspart som har påtatt seg både prosjekteringen og

¹¹ Sandvik (1966) s. 100.

¹² Barbo (1990) s. 59-60.

¹³ Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid.¹⁴ Videre brukes begrepet ”byggherre” om den kontraktspart som skal ha prosjektert og utført et bygg- eller anleggsarbeid.¹⁵ Begrepet ”byggherre” benyttes også i forbrukerentrepriser hvor byggherren er en forbruker, jf. kapittel 5 nedenfor.

Videre vil ”utførelsesentreprise” rette seg mot entreprisekontrakter inngått etter NS 8405.¹⁶ I denne kontraktstypen skal entreprenøren bare ha ansvaret for utførelsen, mens byggherren i det vesentligste skal prosjektere i form av tegninger, beskrivelser og beregninger.¹⁷

Med ”forbrukerentreprise” menes arbeid som skjer i forbindelse med oppføring av en ny bolig som reguleres av bustadoppføringslova, jf. § 1. Her er byggherren en forbruker som defineres som en ”fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som i ledd i næringsverksemd”.¹⁸ Entreprenøren omfattes av loven når han har inngått avtalen som ledd i næringsvirksomhet.¹⁹

1.4 Entrepriseretten som rettsområde

1.4.1 Overordnet

Entrepriseretten som rettsdisiplin faller inn under kontraktsrettens spesielle del.²⁰ Et entrepriseforhold mellom en entreprenør og en byggherre er et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold hvor begge parter har ulike forpliktelser og rettigheter overfor hverandre.²¹ Den primære rettskilden i entrepriseretten er derfor kontrakten mellom partene. Hva som kan utledes av partenes forpliktelser, beror på en tolkning av kontrakten.²²

Utgangspunktet er det samme ved tolkning av entreprisekontrakter som ved alle andre kontrakter.²³ Den alminnelige tolkningslæren i avtaleretten gjelder, hvilket innebærer at utgangspunktet er en alminnelig forståelse av kontraktens ordlyd.²⁴ Dersom det kan påvises en felles forståelse av kontrakten, skal denne legges til grunn.²⁵ Dette kan imidlertid stille seg

¹⁴ NS 8407 pkt. 1.8.

¹⁵ NS 8407 pkt. 1.1.

¹⁶ Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

¹⁷ NS 8405 pkt. 1 første ledd.

¹⁸ Buofl. § 2 første ledd.

¹⁹ Buofl. § 2 annet ledd.

²⁰ Hagstrøm (2011) s. 28.

²¹ Hagstrøm (2011) s. 37-38, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 19.

²² Hagstrøm (2011) s. 43.

²³ Hagstrøm (2011) s. 43.

²⁴ Rt. 2002 s. 1155 på s. 1158, Hagstrøm (2011) s. 43, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 162.

²⁵ Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 158.

annerledes hvis entreprisekontrakten er inngått gjennom en anbudskonkurranse. Høyesterett fremhevet i Rt. 2012 s. 1729 at ved anbudskonkurranse vil enkelte særlige forhold gjøre seg gjeldende, slik at det objektive tolkningsprinsipp får en særlig styrke.²⁶

1.4.2 Rettslig rammeverk

1.4.2.1 Innledning

Det rettslige rammeverket for næringsentrepriser bærer preg av å være ulovfestet.²⁷ Den manglende lovgivning på området har gjort at det vil være et praktisk behov for å kontraktsregulere de privatrettslige spørsmål som reiser seg i kontraktsforholdet.²⁸ I utgangspunktet står partene fritt til å avtale egne kontraktsbestemmelser, men i nærings-entrepriser benyttes ofte standardkontrakter.²⁹

1.4.2.2 Standardkontrakter

Det finnes ulike typer standardkontrakter som kan benyttes i forbindelse med et byggeprosjekt.³⁰ De standardkontraktene som vil stå sentralt i denne avhandlingen er NS 8405 og NS 8407. Standarddokumentene er utgitt av Standard Norge, og utarbeidet av en komité bestående av ulike organisasjoner og virksomheter som skal representere og ivareta de forskjellige interesser i et entrepriserforhold.³¹ Standardkontraktene er dels en kodifisering av deklarasjonsrett, men må inkorporeres i partenes avtale for å bli gjeldende.³² Det er antatt at en ren henvisning er tilstrekkelig.³³ For standardkontrakter finnes det naturligvis ingen offisielle forarbeider som kan være til hjelp ved tolkningen av de ulike bestemmelser.³⁴ For totalentreprisekontrakten NS 8407 er det likevel utarbeidet en protokoll for bruken av standarden. Formålet med protokollen er først og fremst å regulere kontraktens virkeområde, men den inneholder også viktige forutsetninger for anvendelsen av standarden. Videre kan også tidligere standarder, og praksis knyttet til disse, kaste lys over hvordan en senere standard skal forstås.³⁵ For eksempel kan rådgivende uttalelser fra Byggebransjens Faglig

²⁶ Rt. 2012 s. 1729 avsn. 58.

²⁷ Sandvik (1966) s. 57, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 25.

²⁸ Sandvik (1966) s. 60.

²⁹ Sandvik (1966) s. 60.

³⁰ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 27.

³¹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 22-24.

³² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 27.

³³ Hagstrøm (2011) s. 46, samt Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 27.

³⁴ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 28.

³⁵ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 28.

Juridiske Råd være egnet for å gi uttrykk for slik praksis.³⁶ Med unntak fra dette, finnes det lite autoritativt materiale utover selve ordlyden.³⁷

1.4.2.3 Bustadoppføringslova

Ved forbrukerentrepriser har lovgiver funnet det hensiktsmessig å regulere kontraktsforholdet gjennom bustadoppføringslova (heretter buofl.).³⁸ Loven regulerer avtale om oppføring av ny bolig og fritidshus mellom entreprenør og en forbruker, jf. buofl. § 1 første ledd. Loven får også anvendelse på gjennomgripende rehabiliteringsarbeider, jf. buofl. § 1 tredje ledd siste punktum.³⁹ I denne kontraktstypen vil særlige beskyttelseshensyn gjøre seg gjeldende ettersom byggherren er en forbruker, jf. buofl. § 2 første ledd. Loven legger klare føringer på avtalefriheten. Det følger av buofl. § 3 første ledd at loven er preseptorisk til fordel for forbrukeren, hvilket innebærer at partene kan inngå en individuell avtale, men hvis det kan konstateres at avtalen gir forbrukeren dårligere betingelser enn det som følger av loven, vil lovens bestemmelser gå foran. I avhandlingens kapittel 5 er hovedfokuset rettet mot hvordan utviklingsrisikobegrepet er håndtert i forbrukerentrepriser.

1.4.2.4 Retts- og voldgiftspraksis

Etter norsk rettskildelære er høyesterettsavgjørelser ansett for å være en tungtveiende rettskildefaktor.⁴⁰ På entrepriserettens område finnes det imidlertid kun et begrenset antall høyesterettsavgjørelser, sett i sammenheng med omfanget av kontrakter som inngås. Dette vil naturligvis prege rettskildebildet i denne avhandlingen. Det finnes likevel to høyesterettsavgjørelser som vil være relevante for å belyse min hovedproblemstilling, nemlig Rt. 1968 s. 783 og Rt. 1999 s. 922. Disse vil bli redegjort for i punktene 2.2.1 og 2.2.2 nedenfor.

Ettersom det finnes få høyesterettsavgjørelser som berører utviklingsrisikoen, har jeg funnet det hensiktsmessig å studere og behandle enkelte underrettsavgjørelser. Det vil bli trukket inn to avgjørelser fra lagmannsretten og en tingrettsavgjørelse. Avgjørelsene vil få en sentral betydning fordi de er direkte relevante for avhandlingens tema. Det vises i denne sammenheng til LM-2007-102419, Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977 og TOSLO-2007-110178. Se punktene 2.2.3, 2.2.4 og 2.2.6 nedenfor.

³⁶ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 29.

³⁷ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 28.

³⁸ Lov av 13. juni 1997 nr. 43. Se også Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 25.

³⁹ Dette fremgår også av forarbeidene, jf. NOU 1993: 20 s. 16 og Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 45.

⁴⁰ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 161.

At det foreligger lite rettspraksis på entrepriserettens område kan forklares med at de fleste tvister har blitt avgjort ved voldgift.⁴¹ Rettergang for de ordinære domstolene har i dag fått en mer sentral plass i kontraktene, hvor de stadig får flere tvister til behandling.⁴² De fleste standardkontraktene inneholder voldgiftsklausuler, men dens utforming kan variere noe. Dette kan kort illustreres med eksempler fra NS 8405 og NS 8407.

Etter NS 8405 pkt. 43.3 første ledd skal en tvist mellom partene hvor kravet er under 100 G, avgjøres ved ordinær rettergang. Det fremgår videre at partene kan avtale å la tvisten avgjøres ved voldgift. Etter pkt. 43.4 er hovedregelen motsatt hvis kravet er lik eller over 100 G, da den i utgangspunktet skal behandles ved voldgift. Det gjøres imidlertid en distinksjon hvor partene kan avtale å la tvisten avgjøres ved domstolene. Dette skillet er ikke videreført i NS 8407. Utgangspunktet er her at domstolene skal avgjøre saken, med mindre voldgift er avtalt mellom partene, jf. pkt. 50.4.

Jeg vil videre trekke inn en voldgiftsdom som omhandler utviklingsrisikoen, se punkt 2.2.5 nedenfor. Voldgiftsdommen vil få en sentral betydning som illustrasjonsmateriale fordi her ble det konstatert en reell utviklingsrisiko. Fordi dommen er upublisert og vanskelig tilgjengelig for allmennheten, bør det utvises en viss varsomhet med å tillegge den for stor vekt.⁴³ Det interessante er for så vidt hvorvidt den gir klare holdepunkter i den ene eller andre retning.

1.4.2.5 Juridisk teori, herunder nordisk teori

Innholdet i utviklingsrisikoen på entrepriserettens område har vært lite behandlet i juridisk teori. Det finnes imidlertid noen uttalelser fra teoretikere som vil være egnet til å kaste lys over utviklingsrisikoens nærmere innhold, jf. punkt 2.4 nedenfor. Ordet utviklingsrisiko er også kjent fra andre rettsområder, deriblant produktansvarsretten. Det er ikke tvilsomt at utviklingsrisikoen på dette rettsområdet har blitt behandlet mer inngående enn på entrepriserettens område. I den grad det kan utledes elementer av betydning for hva som anses å være utviklingsrisiko innen entrepriseretten, vil utviklingsrisikoen på produktansvarsrettens område bli omtalt, jf. punkt 2.5 nedenfor. Det vil også trekkes paralleller fra dansk entrepriserettslig teori som omhandler utviklingsrisikoen, jf. punkt 2.6 nedenfor. En av grunnene til at jeg velger å hente rettskildestoff fra dansk juridisk teori, er fordi dansk entrepriserett har flere likhetstrekk med norsk entrepriserett.⁴⁴ Uttalelsene fra dansk teori kan derfor tjene som

⁴¹ Sandvik (1966) s. 70.

⁴² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 28.

⁴³ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 163.

⁴⁴ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 284.

inspirasjon for hvordan risikoplasseringen for utviklingsfeil bør vurderes og løses i norsk rett.⁴⁵ Det forhold at det er begrenset med rettskilder som berører utviklingsrisikoen, kan gi grunn for å tillegge uttalelser fra juridisk teori en noe større vekt enn normalt.⁴⁶

1.4.2.6 Rimelighetsbetraktninger

I denne avhandlingen vil rimelighetsbetraktninger kunne få en forholdsvis stor betydning som tolkningsmoment, hvilket skyldes at det foreligger lite autoritative rettskildefaktorer ellers.⁴⁷

1.5 Disponering av avhandlingen

Den følgende fremstillingen av utviklingsrisikoen er bygget opp av fem hoveddeler. I det første kapittelet er hovedfokuset rettet mot det materielle innholdet i utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område (kap 2). I avhandlingens kapittel 3, 4 og 5 redegjøres det nærmere for hvordan utviklingsrisikoen er håndtert i ulike kontraktstyper, herunder totalentreprisekontrakter NS 8407 (kap 3), utførelsesentreprisekontrakter NS 8405 (kap 4) og endelig forbrukerentrepriser etter bustadoppføringslova (kap 5). I avhandlingens siste kapittel (kap 6) gjøres en oppsummering og forsøksvis gis en konklusjon på avhandlingens problemstillinger.

⁴⁵ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 284.

⁴⁶ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 28, jf. s. 23 og Boe (2012) s. 216.

⁴⁷ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 378.

2 Innholdet i utviklingsrisikobegrepet

2.1 Innledning

Ordet utviklingsrisiko gir i seg selv liten veiledning om det nærmere materielle innholdet av begrepet. Standardkontraktene omtaler ikke utviklingsrisikobegrepet særskilt. I juridisk teori er begrepet kort forklart, og domstolene henviser ofte til uttalelser fra teorien uten at de selv tar stilling til begrepets innhold eller beskriver dette nærmere. På bakgrunn av det noe begrensede rettskildematerialet, synes det å være en viss uklarhet om hva som egentlig er utviklingsrisiko på entrepriserettens område. Begrepet påberopes som en unnskyldningsgrunn for at entreprenøren ikke skal bære risikoen for utviklingsfeilen.

I det følgende vil jeg først se nærmere på hvordan utviklingsrisikobegrepet er omtalt i rettspraksis (jf. punkt 2.2), og deretter vurdere om det av dette kan utledes noen retningslinjer for hva som er det nærmere materielle innholdet i utviklingsrisikobegrepet (jf. punkt 2.3). Det skal også studeres hvordan utviklingsrisikobegrepet er omtalt i juridisk teori (jf. punkt 2.4). Videre vil det være interessant å se hvordan utviklingsrisikoen er behandlet på produktansvarets område (jf. punkt 2.5). Etter dette vil jeg se hen til hvordan utviklingsrisikoen presenteres i dansk entrepriserettslig teori (jf. punkt 2.6). Helt avslutningsvis i dette kapittel drøftes ulike rimelighetshensyn (jf. punkt 2.7).

2.2 Rettspraksis

2.2.1 Byggmesterdommen

Den tradisjonelle dommen som omhandler utviklingsrisikobegrepet i norsk entrepriserett, er den såkalte Byggmesterdommen inntatt i Rt. 1968 s. 783. Saken gjaldt en byggmester som hadde oppført et nytt hus med en byggemåte han selv hadde valgt, og hvor det kort tid etter overtakelse oppstod råteskader i ytterkledningen.

Flertallet på fire dommere tok ikke stilling til skadens årsak, mens én dommer, som utgjorde mindretallet, sluttet seg til lagmannsrettens oppfatning om at soppskadene skyldtes byggemåten som byggmesteren hadde valgt. Vekstvilkår for sopp oppstod fordi vann hadde trengt inn bak ytterkledningen, og hadde blitt stående der fordi veggen var tett både i under- og overkant.

Spørsmålet retten skulle ta stilling til var om det forelå et objektivt eller subjektivt grunnlag for erstatning overfor byggmesteren. Høyesterett kom frem til at det, i dette tilfellet, ikke forelå et rettslig grunnlag for erstatning og byggmesteren ble frifunnet. Begrunnelsen var at byggmesteren hadde ”*oppført huset etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble*

ansett som forsvarlig, og at det ikke foreligger noen tilsikring fra hans side som kan påføre ham ansvar.”⁴⁸

Det forhold at byggemetoden var vanlig på byggetidspunktet, og anerkjent som forsvarlig i bransjen, var av avgjørende betydning for resultatet. Det var først flere år senere at man ble klar over at denne byggemetode ikke klarte å isolere og beskytte mot regn og at råteskader derfor kunne oppstå. At byggemetoden ble ansett som forsvarlig, ble utslagsgivende for at det her ble konstatert en utviklingsfeil.

Om det nærmere innholdet i byggmesterens forpliktelser uttalte førstvoterende følgende:

”Etter min mening må man legge til grunn at Stensen (byggmesteren, min presisering) har forpliktet seg til å oppføre et hus etter de regler som da gjaldt og med den byggeskikk som man da anså forsvarlig, og jeg finner ikke grunnlag for å anta at han overfor byggherren skulle ha pådratt seg et videregående ansvar for den skadeutvikling som har funnet sted”⁴⁹.

Høyesterett konkluderte med at byggherren måtte være nærmest til å bære utviklingsrisikoen. Det ble lagt avgjørende vekt på at byggmesteren ikke skulle ha risikoen for utviklingsfeil når han hadde fulgt en byggemetode som ikke skilte seg fra den alminnelige i faget. En forståelse av dette tyder på at retten så det slik at entreprenøren hadde en forpliktelse som ligner på en innsatsforpliktelse.

Avgjørelsen er av eldre karakter og i dag ville forholdet vært regulert av bustadoppføringslova, ettersom det er tale om oppføring av en ny enebolig. Spørsmålet om det foreligger en mangel ved byggmesterens byggemåte, må i dag bero på en tolkning av bustadoppføringslova § 25. Denne mangelsbestemmelsen vil i sin helhet bli behandlet i punkt 5.2 nedenfor, og omtales derfor ikke videre i dette avsnittet. Byggmesterdommens nærmere betydning for dagens entreprenørforpliktelser beskrives nærmere i punktene 3.2, 4.2, og 5.2 nedenfor.

Retten fremhevet også at de ikke fant grunn til å tro at byggmesteren var kjent med skjema 1501⁵⁰ som inneholdt kunnskap om kledningen, og der det ble stilt bestemte krav til utlektingen. En tolkning av dette kan tyde på at dersom byggmesteren hadde vært kjent med

⁴⁸ Rt. 1968 s. 783.

⁴⁹ Rt. 1968 s. 783.

⁵⁰ Dette var et konverteringstilsagn fra husbanken med påbud om 3/4² utlekning. Huset ble bygget med 1/2² utlekning.

skjemaet og de opplysningene som angikk kledningen, så er det ikke sikkert at han ville ha fått medhold i at det forelå en utviklingsfeil.

Byggmesterdommen har hatt en forholdsvis stor betydning for vurderingen av hvem av partene som skal bære risikoen for utviklingsfeil. Dommen har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori, og Jan Einar Barbo er av den oppfatning at Høyesterett her gir uttrykk for utviklingsrisikospørsmålet generelt, slik at dommen i seg selv er et sterkt argument for at utviklingsrisikoen skal bæres av byggherren.⁵¹ Også andre rettsavgjørelser som omhandler utviklingsrisikoen har vist til Byggmesterdommen, slik at synspunktene som retten her tilkjenner gir synes til en viss grad å ha befestet seg i rettspraksis.⁵² På grunnlag av dette vil Byggmesterdommen fortsatt ha en viss rettskildemessig vekt.

2.2.2 Salhus Flytebru-dommen

En kjent dom av nyere aktualitet er Rt. 1999 s. 922 (Salhus Flytebru). Saken gjaldt en utførelsesentreprise hvor entreprenøren skulle bygge en flytebro mellom Bergen og Linåshalvøya for byggherren. Under sveisingen av høyfast stål oppstod det uforutsette vansker som resulterte i sprekkdannelse, og entreprenøren måtte derfor bruke en annen og mer kostbar produksjonsmetode enn det han hadde lagt til grunn i sitt anbud.

For Høyesterett ble det lagt frem to krav, hvor det ene gjaldt spørsmålet om entreprenøren hadde krav på tilleggsbetaling for de merutgifter han hadde hatt i forbindelse med sveisingen. Entreprenøren hevdet at de ikke hadde regnet med at sveisbarheten kom til å by på problemer i form av sprekkdannelse, og at dette representerte en utviklingsrisiko som måtte bæres av byggherren.

Problemstillingen var hvem av partene i kontraktsforholdet var nærmest til å bære det økonomiske ansvaret for de sprekkdannelse i sveisen som hadde inntruffet. Etter en samlet vurdering konkluderte førstvoterende med at entreprenøren ikke hadde krav på tilleggsbetaling for de pådratte merutgiftene. Førstvoterende uttalte følgende om sakens tvistesporsmål:

”Hvilken av partene, byggherren som foresto prosjekteringen eller entreprenøren som foresto utførelsen, er nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte? Svaret vil, slik jeg ser det, først og fremst måtte bero på om og i hvilken utstrekning KEUM (underentreprenøren, min presisering) - som var ansvarlig

⁵¹ Barbo (1990) s. 60.

⁵² Se f. eks LH-2007-102419.

for å velge en anvendbar sveisemetode - hadde muligheter for å forutse at sveisbarheten av det høyfaste stålet kunne komme til å by på slike problemer som oppsto, og som bare lot seg løse ved bruk av for- og ettervarme på det nivå som viste seg nødvendig. Ved vurderingen av dette må det ses hen til at KEUM - og Kværnerkonsernet samlet - satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på sveising av stål, og at SVH (byggherren, min presisering) ved en entreprise av det omfang det dreide seg om, hadde grunn til å regne med nettopp dette.”⁵³

Av det siterte fremgår det at retten tok utgangspunkt i funksjonsfordelingen mellom partene. Her var det inngått en utførelsesentreprise hvor entreprenøren hadde ansvaret for utførelsen, herunder sveisingen. Når entreprenøren hadde ansvaret for å utføre byggearbeidene, lå det innenfor hans forpliktelse å utføre arbeidsoppgavene selv om det skulle vise seg å bli vanskeligere eller mer kostbart enn først antatt. En slik utvikling i seg selv ga ikke grunnlag for å kreve tilleggsvederlag.

Denne forståelsen er i samsvar med utgangspunktet i norsk avtale- og kontraktsrett hvor hver av partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger og forventninger.⁵⁴ Dette kan likevel begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger. Førstvoterende presiserte at dette var ”en anerkjent rettssetning”.⁵⁵

Vurderingstemaet ble i hvilken grad underentreprenøren som hadde valgt sveisemetode, hadde mulighet til å forutse risikoen for sprekkdannelse. Førstvoterende uttalte i denne sammenheng:

”Ut fra det jeg har sitert fra de to håndbøkene og sveisemanualen kan AF (entreprenøren, min presisering) etter min mening vanskelig høres med at sprekkrisikoen ved å sveise under de kontraktsgitte betingelsene i vår sak kom helt overraskende. AF hadde grunn til å regne med at det kunne bli behov for bruk av for- og ettervarme opp til det nivå som faktisk viste seg nødvendig. (...) For det første (...) Jeg viser særlig til KEUMs egen sveisemanual. For det annet viser håndbøkene at faren for sprekker øker med hydrogeninnholdet i sveisen, og at det var meget viktig å holde grensen på 5 ml hydrogen pr. 100 gram sveis. Også dette var et usikkerhetsmoment som entreprenøren måtte ta hensyn til, og som i tilfelle kunne komme til å øke behovet for varmetilførsel. (...) Jeg finner ikke støtte i håndbøkene for AFs anførsel om at sprekkdannelsene representerte en utviklingsrisiko som må bæres

⁵³ Rt. 1999 s. 922, s. 933-934.

⁵⁴ Rt. 1981 s. 1047, s. 1058.

⁵⁵ Rt. 1999 s. 922, s. 931.

av byggherren. Tvert om var faren for hydrogensprekker kjent, og også de nødvendige mottiltak var kjent.”⁵⁶

Høyesterett fant at risikoen for sprekkdannelse ikke representerte noen utviklingsrisiko som måtte bæres av byggherren. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til det nærmere innholdet i utviklingsrisikobegrepet. De fant at anførselen ikke førte frem, og begrunnet dette med en kort henvisning til håndbøkene og at faren for hydrogensprekker og mottiltak var kjent. Selv om førstvoterende ikke fant støtte i at det forelå en utviklingsrisiko i denne saken, vil det være særlig interessant å se om det kan utledes noen elementer for hva retten mener kan innebære en utviklingsrisiko.

Et sentralt moment synes å være at risikomomentene måtte anses for å være kjent for entreprenøren. Som begrunnelse for hvorfor risikoen for sprekker måtte antas å være kjent for entreprenøren og i hans bransje, la retten avgjørende vekt på at manualen var skrevet av underentreprenøren selv, og utarbeidet for høyfast stål for byggeprosjekter som var tilsvarende i denne saken. Dette var en klar indikasjon på at risikomomentene måtte være kjent for entreprenøren. Høyesterett synes her å ha lagt vekt på eksistensen av kunnskap, samt nærheten til denne.

Et annet moment som Høyesterett fremhevet var at underentreprenøren som hadde bestemt sveisemetoden, måtte anses for å være spesialist på sveising av stål. Det ble presisert at han satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på den aktuelle sveisemetode, og det var derfor grunn til å stille høye krav til entreprenøren.⁵⁷ Høyesterett synes å ha lagt stor vekt på spesialist synspunktet i vurderingen.

En tolkning av rettens uttalelser viser etter dette at feil som må anses for å være kjent for entreprenøren, ikke kan påberopes som en utviklingsfeil. Det vil altså ikke foreligge en reell utviklingsrisiko hvis det kan konstateres at entreprenøren måtte være kjent med eller kunne ha skaffet seg kunnskap om risikoen for en eventuell funksjonssvikt.

Synspunktet om at utviklingsrisikoen i utgangspunktet skal bæres av byggherren, synes også forutsatt i denne dommen selv om kravet ikke førte frem. Dette tyder på at hvis det hadde vært tale om en reell utviklingsrisiko i dette tilfellet, så kan man ikke se bort fra at entreprenøren kunne ha fått medhold i at denne risikoen skal bæres av byggherren. I så fall ville synspunktet vært i overensstemmelse med Byggmesterdommen i punkt 2.2.1 ovenfor.

⁵⁶ Rt. 1999 s. 922, s. 938-939.

⁵⁷ Rt. 1999 s. 922, s. 934.

2.2.3 Hammerfest Flerbrukshall

I LH-2007-102419 var faktum at Hammerfest kommune hadde inngått en totalentreprise med Lønnheim Entreprenør AS som skulle prosjektere og bygge en ny flerbrukshall i Hammerfest. To år etter overtakelse løsnet store mengder snø (ca. 18 tonn) fra taket som falt ned og skadet veggene på flerbrukshallen. Veggene ble skadet fordi snømengdene skapte et horisontalt trykk inn mot veggelementene. Hammerfest kommune hevdet at dette var en prosjekteringsfeil, og reiste derfor krav om erstatning. Hovedspørsmålet for lagmannsretten var om entreprenøren var erstatningsansvarlig overfor kommunen og deres forsikringsselskap.

Vurderingstemaet var om totalentreprenøren kunne eller burde ha tatt i betraktning at hallen skulle tåle slike horisontale krefter langs bygningen. Lagmannsretten kom til at det ikke heftet noen mangel med totalentreprenørens prosjektering. Det ble vist til Byggmesterdommen inntatt i Rt. 1968 s. 783 og juridisk teori, herunder Barbo (1990) s. 59 flg. og Hagstrøm (1997) s. 16 og 17 om den såkalte utviklingsrisikoen.

På denne bakgrunn uttalte lagmannsretten følgende:

”Med dette menes spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en svikt fordi den byggtekniske utvikling på byggetidspunktet var mangelfull. Det vises for så vidt til Rt-1968-783. Det konkluderes med at utviklingsrisikoen må bæres av byggherren, og dette utgjør et unntak fra den vidtgående funksjonsrisiko som påligger totalentreprenøren.”⁵⁸

Dette er en mer eller mindre ordrett henvisning til Barbos beskrivelse av utviklingsrisikoen, og lagmannsretten tar ikke selv uttrykkelig stilling til begrepets innhold eller beskriver dette nærmere.

Ved vurderingen av om dette forholdet representerte en reell utviklingsrisiko, uttalte lagmannsretten:

”Denne regelen om utviklingsrisiko finnes å ha en viss overføringsverdi på nærværende sak for så vidt gjelder det forhold at man nå, i alle fall etter hendelsen i romjulen 2004, kan konkludere med at horisontalkrefter fra fallende snøskavler faktisk kan medføre alvorlige byggtekniske skader på vegger utført i Parocementen.”⁵⁹

⁵⁸ LH-2007-102419.

⁵⁹ LH-2007-102419.

Her kommer lagmannsretten frem til at regelen om utviklingsrisikoen har ”en viss overføringsverdi” på den konkrete saken. Det synes påfallende og unaturlig at lagmannsretten bruker uttrykket ”en viss overføringsverdi” i stedet for å si at utviklingsrisikoen vil få direkte anvendelse i dette tilfellet. Basert på sakens faktum som presenteres i dommen, synes dette imidlertid å være en reell utviklingsrisiko. Det var først i senere tid man ble bevisst på at slike horisontalkrefter fra fallende snøskavler faktisk medførte alvorlig skader på veggelementer av denne typen. Selv om lagmannsretten uttrykker seg med en viss varsomhet, gir avgjørelsen i sin helhet uttrykk for at det her foreligger en ekte utviklingsrisiko.

På denne bakgrunn vil det være av interesse å se på hvorfor lagmannsretten kom frem til at det her forelå en reell utviklingsrisiko, og hvilke momenter som kan være av betydning for vurderingen.

Spørsmålet var om totalentreprenørens prosjektering tilfredsstilte kravene til ”gjeldende Norsk Standard” og ”allment aksepterte normer”. Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at det ikke forelå brudd på disse generelle betraktningene, fordi slike horisontale, dynamiske krefter av fallende snøskavler inn mot veggelementene, ikke var kjent på prosjekteringstidspunktet. Begrunnelsen ble forklart slik:

”De krefter som var i virksomhet var ikke kjent eller påaktet i verken gjeldende standarder eller allmenne normer for prosjektering på det tidspunkt hallen ble prosjektert, og Lønnheim Entreprenør AS hadde ingen konkret oppfordring til å skaffe seg annen kunnskap ut over den kontakt som de har hatt med Hammerfest kommune og deres befarings på byggeområdet, og som ikke brakte noen kunnskap av betydning for risikofordelingen mellom partene. Lagmannsretten finner at det må være Hammerfest kommune som byggherre og gårdeier som bærer risikoen for den utvikling med opphoping av snø som førte til at snøskavlen brakk, falt ned og skadet veggen.”⁶⁰

Det avgjørende elementet i vurderingen synes å være at kunnskapen om at veggelementene ikke ville tåle trykket fra snøfallet, var noe man i sin alminnelighet ikke kunne ta høyde for, fordi dette representerte en ny kunnskap som ikke fremgikk av verken standardene eller av allment aksepterte normer, jf. NS 3431 pkt. 12.3.⁶¹ På dette grunnlag ble det konstatert en reell utviklingsrisiko.

⁶⁰ LH-2007-102419.

⁶¹ Norsk Standard 3431:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

Det sentrale momentet i vurderingen synes å være at totalentreprenøren hadde fulgt alle kravene i kontrakten, prosedyrer og beregninger av byggeprosjektet. Når totalentreprenøren hadde tilfredsstilt alle de krav som var byggeteknisk mulig for å oppfylle kontraktens krav, kan det synes rimelig at han ikke skal bære risikoen for at disse beregningene i ettertid ikke holder mål.

Videre vurderte retten også om totalentreprenøren burde ha skaffet seg opplysninger om slike særlige, lokale forhold som gjorde seg gjeldende i Hammerfest. Det var for eksempel tatt i betraktning at Hammerfest var et vind- og snøutsatt område, og etter en bevisførsel fant retten at totalentreprenøren neppe ville ha fått en mer utfyllende kunnskap om de horisontale snømengder. Det ble derfor ikke stilt krav om at totalentreprenøren burde ha skaffet seg andre kunnskaper utover det han allerede hadde gjort. De undersøkelser totalentreprenøren hadde gjort i sin prosjektering var tilstrekkelige, og det kunne ikke stilles strengere krav til hans aktsomhet utover dette.

Når lagmannsretten her trekker inn entreprenørens aktsomhet, hvilket gir en henvisning på en forsvarlighetsvurdering, kan det reises spørsmålsteget ved om dette i seg selv er et holdepunkt for at totalentreprenøren har påtatt seg en innsatsforpliktelse. Denne fortolkningen kan likevel ikke utledes med sikkerhet, og kan for så vidt være et utslag av Høyesteretts vurdering og tilpasning til det konkrete saksforholdet.

Denne avgjørelsen er den nyeste lagmannsrettsdommen som støtter seg til synspunktet om at byggherren normalt må bære utviklingsrisikoen.⁶² Det må likevel bemerkes at en bør være varsom med å legge for stor vekt på én enkelt lagmannsrettsdom. Avgjørelsen bekrefter imidlertid den risikoplasseringen for utviklingsfeil som ble utviklet lang tid tilbake i Byggmesterdommen inntatt i Rt. 1968 s. 783, og som senere har blitt fulgt opp i juridisk teori.⁶³ Dette kan trekke i retning av at lagmannsrettsdommen fortsatt synes å gi uttrykk for gjeldende rett.

2.2.4 Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977 (ankesak nr. 62/1976)

Spørsmålet om hvem av partene som skulle bære utviklingsrisikoen var også temaet i Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977. Her gikk Karolinerveien borettslag til sak og reiste krav om erstatning av Jernbeton A/S for lekkasjer som hadde oppstått på terrassene etter bygging av boligblokker.

⁶² Rt. 1968 s. 783, samt Barbo (1990) s. 62.

⁶³ Barbo (1990) s. 62.

Vurderingstemaet var om Jernbeton A/S hadde opptrådt uaktsomt i forbindelse med sin prosjektering. Årsaken til lekkasjen som oppstod på terrassene var vind og regn som hadde trengt inn i sagsporene i underkant av vinduer og terrasseterskler, og deretter blitt presset til sidene, slik at vannet trengte inn i bygningene. Om den valgte konstruksjonsmåte uttalte retten følgende:

”Konstruksjonen av vinduene og terrassedørene var heller ikke slik at alle muligheter for lekkasje var utelukket, men må anses for å ha vært i overensstemmelse med anerkjent metode både da bygget ble oppført og senere. (...) Norsk byggeforskningsinstitutt har i informasjon nr. 10 av desember 1972 nevnt at fremgangsmåten har vært anbefalt i NBI’s tidligere litteratur (Norsk Byggforskningsinstitutt, min presisering), men at instituttet nå var kommet til andre resultater og ikke lenger anbefalte at sålebeslaget blir ført inn i sagsnittet på den måte som anbefalt tidligere”.⁶⁴

Lagmannsretten fant at konstruksjonsmåten måtte anses forsvarlig, selv om det var en kjent sak at konstruksjonen kunne by på problemer. Jernbeton A/S ble derfor frifunnet på dette punkt. Det er interessant at lagmannsretten ikke nevner utviklingsrisikoen direkte, men spørsmålet synes likevel å være et av tvistepunktene i dommen.

Når lagmannsretten ikke selv tar stilling til det materielle innholdet i utviklingsrisikoen, er det vanskelig å bruke beskrivelsen som holdepunkt for hva som er det nærmere innholdet når dette ikke er direkte knyttet opp til det faktiske begrepet. Imidlertid synes argumentasjonen å være i samsvar med det som ble lagt til grunn i Byggmesterdommen, jf. punkt 2.2.1 ovenfor.

Det skal bemerkes at avgjørelsen er gammel og upublisert, og den vil ha liten rettskildemessig vekt. Likevel finner jeg dommen illustrerende i den forstand at utviklingsrisikospørsmålet også var oppe i domstolsapparatet lang tid tilbake, hvilket innebærer at begrepet ikke er noe nytt fenomen.

2.2.5 Voldgiftsdom av 25/3-83 (FTV-Oslo)

Saken gjaldt en totalentreprise hvor totalentreprenøren skulle prosjektere og bygge lagerlokaler og kontorer. Flere år etter overtakelse oppstod det vannlekkasjer gjennom taket, og byggherren reiste krav om erstatning. Retten fant at årsaken til vannlekkasjene var entreprenørens valg av takpapp som konstruksjonsmåte. Taket ble bygget opp av stålplater

⁶⁴ Frostating lagmannsrett dom av 13. juli 1977, s. 31-32. Dommen er upublisert, men jeg fikk den tilsendt fra Statsarkivet i Trondheim.

hvor det ble lagt isolasjonsmateriale av skumplast, og på denne var det igjen lagt to lag med takpapp med organisk kjernemateriale.

Voldgiftsretten fant at totalentreprenøren ikke skulle bære risikoen for at vannlekkasjene hadde oppstått. Begrunnelsen var at en slik konstruksjonsmåte av takpapp med organisk kjernemateriale fullt ut var forsvarlig på byggetidspunktet. I denne forbindelse uttalte retten følgende:

”Etter voldgiftsrettens mening skyldes lekkasjen uheldige egenskaper ved en konstruksjon som man anså forsvarlig da lagerbygget ble prosjektert og oppført. For voldgiftsretten er det avgjørende å kunne fastslå at saksøkte har konstruert taket på lagerbygget etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig. Det kan derfor ikke bebreides saksøkte som uaktsomt at man konstruerte taket etter en byggemetode som ikke skilte seg fra den alminnelige i faget den gang. Voldgiftsretten ser det slik at saksøkte har forpliktet seg til å prosjektere og oppføre et lagerbygg etter de regler som gjaldt den gang og som man da anså forsvarlig.”⁶⁵

Voldgiftsretten tar ikke selv stilling til innholdet i utviklingsrisikobegrepet, men baserer seg på den samme beskrivelse som Høyesteretts flertall uttalte i Byggmesterdommen. Det avgjørende er om entreprenøren prosjekterte og utførte arbeidene etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig, jf. punkt 2.2.1 ovenfor.

I likhet med Byggmesterdommen, gir voldgiftsretten her uttrykk for hva entreprenørens resultatforpliktelse innebærer hvis det senere oppstår en utviklingsfeil. Det avgjørende er ikke at entreprenøren skal frembringe et bestemt resultat, men en plikt til å prosjektere og utføre byggearbeidene etter en metode som man anså forsvarlig på byggetidspunktet. Det skal senere drøftes om og i hvilken grad dette synspunktet bør være gjeldende rett for totalentrepriser, jf. punkt 3.3 nedenfor.

Etter en konkret vurdering konkluderte voldgiftsretten med at det her forelå en reell utviklingsrisiko, fordi det ikke var kjent at denne konstruksjonsmåte kunne føre til vannlekkasjer. Det var den senere erfaring og kunnskap som viste at bruken av takpapp med organisk kjernemateriale kunne føre til lekkasjer på grunn av oppsprekking av pappen. Denne konstruksjonsmåte ble derfor i ettertid ikke ansett som forsvarlig, slik at man nå har gått bort fra å bruke takpapp med organisk kjernemateriale.

⁶⁵ Voldgiftsdom av 25/3-83 (FTV-Oslo). Upublisert vgd., uttalelsene baserer seg på Barbos beskrivelse i Barbo (1990) s. 61.

2.2.6 Akershus festning TOSLO-2007-110178

Den siste rettsavgjørelsen som har omtalt utviklingsrisikoen er ovennevnte dom fra Oslo tingrett. I utgangspunktet har underrettsdommer langt mindre rettskildemessig verdi.⁶⁶ Avgjørelsen inneholder imidlertid en uttalelse av særlig interesse for avhandlingens tema, og jeg finner derfor grunn til å behandle denne særskilt likevel.

Saken reiste flere tvistepunkter i forbindelse med et sluttoppgjør utført av Veidekke totalentreprenør AS (VDE) for byggherren Forsvarsbygg Utvikling (FBU), og ett av spørsmålene var om byggherren hadde krav på prisavslag grunnet feil ved den integrerte persienneløsning som ble valgt. Resultatet ble at byggherren FBU ikke fikk medhold.

Konkurranses grunnlaget ga åpning for at entreprenøren kunne anvende to ulike løsninger. Den ene løsningen, som her ble valgt, var integrerte persiener i isolerglasset. Denne var en relativt ny og lite utbredt løsning med få referanseanlegg i Norge. Det andre alternativet var en utvendig løsning som ble betraktet som en mer utprøvd variant med gode klimatekniske egenskaper.

Det sentrale spørsmålet var hvem av partene måtte være nærmest til å bære risikoen for manglene med de integrerte persiener. Ved vurderingen tok retten utgangspunkt i funksjonsfordelingen mellom partene, hvilket innebar at totalentreprenøren VDE hadde risikoen for at funksjonskrav ble prosjektert og utført i samsvar med kontraktens krav.

På bakgrunn av kontraktens ordlyd og bevisførselen fant retten at valget av integrerte persiener ikke var å anse som et rent funksjonskrav, men en spesifisert løsning valgt av byggherren. Betydningen av at byggherren hadde gitt en anvisning på en spesifisert løsning i stedet for et rent funksjonskrav, ble utslagsgivende for at byggherren måtte være nærmest til å bære risikoen for at den valgte løsning senere viste seg å være mangelfull.

En nærliggende og mulig tolkning av dette resultat kan være at når byggherren gir en anvisning på en spesifisert løsning, vil dette kunne begrense totalentreprenørens vide valgmuligheter til å oppfylle kontraktens krav. En slik begrensning griper inn i den frihet totalentreprenøren har til å prosjektere, slik at konsekvensen blir at byggherren må bære risikoen for senere utviklingsfeil ved konstruksjonen.

Retten beskrev videre hva som var bakgrunnen for funksjonssvikten med de integrerte persiener, og uttalte i denne sammenheng:

⁶⁶ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 159.

”Ut fra det som har framkommet, synes det som løsningen med integrerte persienner var et forsvarlig, men ikke urisikabelt, valg da beslutningen ble tatt på bakgrunn av det begrensede erfaringsmateriale som forelå. Det er først den senere utvikling - erfaringen fra ISL-prosjektet - som har vist at det valgte formatet medfører omfattende funksjonssvikt. Risikomomentene må FBU (byggherren, min presisering) anses å ha vært klar over og akseptert.”⁶⁷

En tolkning av rettens uttalelser viser at hovedårsaken til funksjonssvikten var erfaringene fra ISL-prosjektet⁶⁸, og ikke at løsningen med de integrerte persienner ikke var så uprøvd og dokumentert. Til tross for at det heftet flere risikomomenter ved den valgte løsning, oppstod ikke mangelen fordi denne risikoen var tatt. Det avgjørende for retten ble den senere utvikling i bransjen som viste at løsningen med de integrerte persienner ikke var holdbart. Det ble likevel ikke konstatert en reell utviklingsrisiko fordi risikomomentene måtte byggherren anses å ha vært klar over og akseptert.

Retten understrekte videre at samme løsning fulgte av det entrepriserettslige prinsippet om at byggherren må bære utviklingsrisikoen. Retten brukte her utviklingsrisikoen som et støtteargument for sitt resultat, og fremhevet:

”Også det entrepriserettslige prinsippet om at byggherren normalt må bære utviklingsrisikoen, i motsetning til prosjekteringsrisikoen, tilsier en slik løsning.”⁶⁹

Det er interessant at retten omtaler oppfatningen om at byggherren normalt må bære utviklingsrisikoen som ”det entrepriserettslige prinsippet” uten å hen vise til noen avgjørelser og uten å spesifisere hvem som har stått for denne forståelsen. Når retten her ikke gir noen antydning om hvilke kilder retten baserer seg på, skapes en viss grad av usikkerhet i forhold til denne delen av resonnetet.

Ordlyden ”det entrepriserettslige prinsipp” gir etter en alminnelig språklig forståelse assosiasjoner om at oppfatningen er veletablert og har et klart innhold. Fra kontraktsretten brukes alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper som rettsgrunnlag fordi prinsippene har et entydig innhold. Etter min mening er det ikke helt klart at oppfatningen om at byggherren må bære utviklingsrisikoen har festet seg som et entrepriserettslig prinsipp. Det er ikke utenkelig at prinsippet vil kunne utvikle seg i fremtiden og få et mer presist innhold. Til illustrasjon kan det diskuteres i hvilken grad hensynet til forbrukervernet ivaretas hvis byggherren som

⁶⁷ TOSLO-2007-110178.

⁶⁸ ISL-prosjektet står for integrert strategisk ledelse (ISL).

⁶⁹ TOSLO-2007-110178.

forbruker likevel må bære utviklingsrisikoen. Denne vurderingen vil bli behandlet i sin helhet i avhandlingens punkt 5.3 nedenfor.

2.3 Sammenfatning

Ingen av de overnevnte presenterte dommer tar uttrykkelig stilling til det materielle innholdet i utviklingsrisikoen. En tolkning av dommene kan likevel gi visse retningslinjer for hvilke elementer som synes å være av betydning for om det foreligger en reell utviklingsrisiko i det enkelte tilfellet. Vurderingstemaet synes å være om entreprenøren hadde grunn til å regne med at feilen kunne oppstå, samt hvorvidt risikoen for feilen som oppstod var kjent, og hvor nær- eller fjerntliggende denne kunnskapen var for entreprenøren.

Slik det fremgikk av saken om Hammerfest Flerbrukshall (jf. punkt 2.2.3 ovenfor) var utviklingsfeilen ikke kjent for totalentreprenøren, og han hadde heller ikke foranledning til å skaffe seg denne kunnskapen. Det avgjørende momentet synes å være at kunnskapen om at veggelementene ikke ville tåle trykket fra snøfallet, ikke eksisterte på byggetidspunktet. Dette ble utslagsgivende for lagmannsretten som konkluderte med at det her var tale om en reell utviklingsrisiko som måtte bæres av byggherren.

I Salhus Flytebru-dommen (jf. punkt 2.2.2 ovenfor) kom Høyesterett derimot til at entreprenøren måtte være kjent med risikoen for sprekker og at han i alle fall kunne ha skaffet seg kunnskap om at denne metoden kunne by på problemer under sveisingen. Konsekvensen av at risikoen for sprekke-dannelser var kjent, og nærliggende for entreprenøren, førte til at det ikke forelå en utviklingsrisiko.

Hvis det er klart at kunnskapen ikke eksisterer overhodet, trekker dette i retning av at det er en reell utviklingsrisiko. Videre kan det hevdes at når kunnskapen eksisterer, og er nærliggende for entreprenøren, trekker dette i retning av at det ikke kan konstateres en utviklingsrisiko.

Det er uklart hvor fjerntliggende en eventuell viten om risikoen for utviklingsfeil må være for at entreprenøren skal kunne høres med at han ikke kunne tatt den i betraktning. Gode grunner taler for at det må stilles høye krav til entreprenørens aktsomhet i denne sammenheng. Det er klart at entreprenørene opptrer i næringsvirksomhet, og en må kunne forvente at de besitter den nødvendige faglige kompetanse på området. Dette støttes også av den strenge profesjonsnormen i norsk kontraktsrett.⁷⁰ Videre kan det også vises til Salhus Flytebru-dommen (jf. punkt 2.2.2 ovenfor), hvor retten uttalte at byggherren hadde grunn til å stille høye krav til underentreprenørens valg av sveisemetode fordi han var spesialist på sveising av stål.

⁷⁰ Rt. 1995 s. 1350.

2.4 Juridisk teori

Barbo definerer utviklingsrisikoen slik:

”Spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt fordi den byggetekniske utvikling på byggetidspunktet var mangelfull”.⁷¹

Isolert sett gir denne korte beskrivelsen liten veiledning om det materielle innholdet i utviklingsrisikobegrepet. Beskrivelsen tyder likevel på at forutsetningen for å anvende utviklingsrisikobegrepet er at entreprenøren har vært forsvarlig med hensyn til byggemetode og løsninger. Svikten må ikke skyldes entreprenørens uaktsomhet, men må ha sin årsak i den tekniske utvikling på området.

Hagstrøm og Bruserud beskriver utgangspunktene slik i boken ”Entrepriserett”:

”Når entreprenøren prosjekterer blir utgangspunktet at entreprenøren har risikoen for arbeid han har påtatt seg, slik at han som hovedregel også har risikoen for prosjektet. (...) Det gjøres imidlertid en distinksjon mellom prosjekteringsfeil og det man kan kalle utviklingsrisikoen, det vil si risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt”.⁷²

Denne beskrivelsen er en ren henvisning til Barbos definisjon av utviklingsrisikoen, og Hagstrøm eller Bruserud tar ikke selv stilling til hva som egentlig er utviklingsrisiko eller forsøker å beskrive dette nærmere.

Videre skriver Hagstrøm og Bruserud at i en totalentreprise hvor utgangspunktet er at entreprenøren prosjekterer, vil han ikke bære utviklingsrisikoen hvis han har vært forsvarlig:

”Dersom entreprenøren arbeid med prosjektet må sies å ha vært forsvarlig etter kunnskapen den gang, har han ikke risikoen for at senere erfaring tilsier at løsningen likevel ikke var tilfredsstillende.”⁷³

Denne uttalelsen tyder på at Hagstrøm og Bruserud deler samme oppfatning som Barbo, hva gjelder risikoplasseringen for utviklingsfeil. Etter juridisk teori ser det ut til å være en

⁷¹ Barbo (1990) s. 59-60.

⁷² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

⁷³ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203, Barbo (1990) s. 59 flg.

felles oppfatning om at utviklingsrisikoen normalt skal bæres av byggherren.⁷⁴ Barbo støtter seg til Byggmesterdommen for sitt synspunkt.⁷⁵ Hagstrøm og Bruserud henviser uttrykkelig til Barbo, og underbygger synspunktet med å vise til LH-2007-102419.⁷⁶

På den ene side kan denne tilslutningen i juridisk teori med en viss støtte i rettspraksis, forsterke oppfatningen knyttet til risikoplasseringen for utviklingsfeil. På den annen side er det ikke sikkert at teoretikerne har ment å gi uttalelser som skal være det eneste som ligger til grunn for at utviklingsrisikoen senere blir beskrevet som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Uttalelsene fra Hagstrøm og Bruserud er knappe, og de gir ingen spesifikk anvisning på det materielle innholdet i utviklingsrisikobegrepet, men henviser kun til teori av eldre dato som Barbo har skissert. Jeg mener at det kan stilles spørsmål om teoretikerne har sett det problematiske i både å definere entreprenørens ytelse som en resultatforpliktelse, og samtidig gjøre unntak for utviklingsfeil.

Sett i lys av de ovenstående uttalelser til Barbo, Hagstrøm og Bruserud kan det se ut som om byggherren må bære utviklingsrisikoen uten unntak. Etter juridisk teori kan risikofordelingen imidlertid stille seg annerledes hvis entreprenøren tar sjanser og eksperimenterer ved valg av nye byggemetoder og løsninger.

I denne sammenheng har Barbo lagt til følgende presisering:

”Den rene eksperimentering må være de prosjekterendes risiko, og entreprenøren hefter fortsatt for uaktsomt forhold hos ham selv eller noen han svarer for.”⁷⁷

Dette synes også å være tankegangen til Hagstrøm og Bruserud hvor de skriver følgende:

”Hovedregelen om at utviklingsrisikoen må bæres av byggherren, kan stille seg annerledes hvis entreprenøren benytter uprøvde metoder, altså at det eksperimenteres ved valg av byggemetoder og løsninger.”⁷⁸

Det som kan trekkes ut av disse uttalelsene er at utviklingsfeil som følge av nye uprøvde metoder kan etter omstendighetene bæres av entreprenøren. Dette kan begrunnes med at når entreprenøren på eget initiativ tar sjanser og eksperimenterer ved valg av byggemetoder og

⁷⁴ Barbo (1990) s. 60, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

⁷⁵ Barbo (1990) s. 60.

⁷⁶ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

⁷⁷ Barbo (1990) s. 62.

⁷⁸ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 204.

Løsninger som byggherren senere skal betale for, er et rimelig motstykke at entreprenøren selv står ansvarlig for at denne risikoen er tatt.

På den annen side kan byggherrens eget engasjement for å prøve ut nye byggemetoder tale for at han må bære risikoen. Dette vil også synes fornuftig i de situasjonene hvor byggherren kjenner til risikomomentene knyttet til en konkret byggemetode, men likevel aksepterer at entreprenøren tar denne i bruk. Hvis det kan konstateres at byggherren har godtatt risikomomentene, vil det være nærliggende å si at byggherren i slike tilfeller selv må ha risikoen for at eksperimentet ikke ble vellykket. Dette var tilfellet i tingrettsavgjørelsen som er behandlet i punkt 2.2.6 ovenfor.

2.5 Utviklingsrisikobegrepet på produktansvarets område

2.5.1 Innledning

Et annet rettsfelt hvor utviklingsrisikobegrepet er mye brukt, er på produktansvarets område. Produktansvarsloven⁷⁹ (heretter prodansvl.) regulerer vilkårene for at en produsent kan bli erstatningsansvarlig for skade som volder av produkt framstilt eller satt i omsetning som ledd i hans yrke, ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet, jf. prodansvl. § 1-1.

Hvorvidt utviklingsfeil omfattes av ansvarsgrunnlaget, fremgår ikke direkte av bestemmelsens ordlyd. Etter EF-direktivet er utgangspunktet at utviklingsfeil som skadeårsak, faller utenfor produktansvarslovens rekkevidde, men medlemslandene kan likevel bestemme at dette skal omfattes. Norsk rett har vedtatt at utviklingsfeil skal omfattes av loven.⁸⁰

I den videre fremstilling vil jeg studere hvordan utviklingsrisikoen er håndtert på dette rettsområdet, og vurdere om det er grunn til å trekke paralleller til utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område.

2.5.2 Ordlyden

Prodansvl. § 2-1 lyder:

”(1) Produsenten plikter å erstatte skade som hans produkt volder og som skyldes at det ikke byr den sikkerhet som en bruker eller allmennheten med rimelighet kunne vente (heretter kalt sikkerhetsmangel). (...)

(2) (...)”

⁷⁹ Lov av 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar.

⁸⁰ Lødrup (2009) s. 262-263.

Av ordlyden fremgår det at dersom produsenten skal bli ansvarlig, må produktet ha voldt skaden, og skadefølgen må skyldes en sikkerhetsmangel ved produktet. Begrepet "skade" omfatter både personskade og tingsskade, jf. § 2-3. Spørsmålet om det foreligger en sikkerhetsmangel, må bero på en skjønnsmessig vurdering. Retningslinjer for vurderingen er om produktet etter en objektiv vurdering har den sikkerhet som man med rimelighet kunne forvente. Det må være tale om skadevoldende egenskaper ved produktet som ikke er alminnelig kjent hos folk flest. For eksempel vil ikke produsenten av en skarp kniv bli erstatningsansvarlig for en eventuell skade, fordi det er alminnelig kjent at kniven kan ha skadevoldende egenskaper.

2.5.3 Juridisk teori

I Petter Lødrups bok om erstatningsrett foreligger det en utviklingsfeil når:

"(...) produktet over lang tid viser seg å ha uventede skadevoldende egenskaper. Dette til tross for at produktet er fremstilt og konstruert så godt som mulig etter den tekniske og vitenskapelige erkjennelse".⁸¹

Som illustrerende eksempler på slike utviklingsfeil kan kjemiske produkter og legemidler nevnes. Også andre feil enn utviklingsfeil, kan utløse skade etter produktansvaret. Dette kan være produksjonsfeil, konstruksjonsfeil, instruksjonsfeil og systemfeil.⁸²

Stein Rognlien skriver følgende om ansvar for utviklingsrisiko på produktansvarets område:

"Med utviklingsrisiko, utviklingsfeil eller utviklingsskade menes risiko for en skade eller sikkerhetsmangel som det ikke var mulig å oppdage (forutse) på grunnlag av den vitenskapelige og tekniske viten som forelå på den tid da produktet ble satt i omsetning".⁸³

Både Lødrup og Rognlien beskriver utviklingsfeil som feil som skyldes uventede forhold som man ikke kunne tatt i betraktning. De uheldige egenskapene med produktet må være ukjent på omsetningstiden. Sammenlignet med utviklingsrisikoen på entrepriserettens område, må også utviklingsfeilen der være ukjent for entreprenøren på utførelsestidspunktet, hvis han skal få medhold i at det foreligger en utviklingsrisiko. Basert på dette synes vurderingstemaet å være mer eller mindre sammenfallende.

⁸¹ Lødrup (2009) s. 255.

⁸² Lødrup (2009) s. 254-255.

⁸³ Rognlien (1992) s. 199.

Videre forklarer Rognlien en viktig presisering hva gjelder det nærmere materielle innholdet i utviklingsrisikobegrepet på produktansvarets område:

”At en produsent som følge av begrenset innsikt og ressurser ikke har mulighet til å forutsi eller oppdage risikoen, medfører ikke uten videre at risikoen (feilen) karakteriseres bare som en utviklingsrisiko. Det avgjørende er den internasjonalt sett høyeste tekniske og vitenskapelige viten på det tidspunkt produktet blir satt i omsetning. Først når det etter denne optimale vitenskapelige og tekniske kunnskap ikke var mulig å kjenne feilen eller risikoen for feilen ved produktet, har man å gjøre med en utviklingsrisiko.”⁸⁴

Dette innebærer at dersom produsenten skal høres med at det foreligger en utviklingsrisiko, må vurderingen basere seg på den fremste og beste kunnskapen på området. Vurderingstemaet er ikke hvorvidt den aktuelle produsenten hadde mulighet til å oppdage risikoen, men at den optimale viten på området heller ikke ville ha funnet feilen. Først da vil det foreligge en reell utviklingsrisiko. Det skal med andre ord mye til. Etter dette må det legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet på produktansvarets område.

I forhold til utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område, må det også stilles strenge krav til entreprenørens aktsomhet. Som vi har sett av det foreliggende rettskildematerialet, må en utviklingsfeil både være ukjent og fjerntliggende for entreprenøren, for at det skal eksistere en ekte utviklingsrisiko. Med andre ord må en eventuell utviklingsfeil nærmest være umulig for entreprenøren å forutse. Disse likhetstrekkene kan være et argument for at det også bør legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område.

En ulikhet mellom entrepriseretten og produktansvarsretten er at i entrepriseretten vil en utviklingsfeil ofte medføre et økonomisk tap som følge av en mangel ved kontraktarbeidet, mens produktansvaret regelmessig er rettet mot personskader. Det kan stilles spørsmål om denne ulikheten kan gi grunn for at terskelen bør være noe ulik fra disse to rettsområder. I produktansvarsretten er det tatt utgangspunkt i at det ofte er tale om skade på person, slik at terskelen for at produsenten kan påberope seg utviklingsrisikoen som en unnskyldningsgrunn, bør være ganske høy. På den annen side kan risikoen for personskader som følge av utviklingsfeil i entreprisesammenheng ikke på noen måte sies å være utenkelig, men kan gjerne ta lengre tid. Et historisk eksempel er utviklingen i kunnskapen om asbests uheldige egenskaper. Asbest ble tidligere brukt som bygningsmateriale til å isolere bygg, men i senere

⁸⁴ Rognlien (1992) s. 199.

tid fant man ut at dette materiale var farlig å puste inn og at det var svært kreftfremkallende. Se den nærmere vurderingen av dette i kapittelet om rimelighetshensyn i punkt 2.7 nedenfor.

2.6 Dansk entrepriserettslig teori

Generelt sett vil juridisk teori fra utlandet, herunder dansk teori, ha begrenset rettskildemessig vekt.⁸⁵ Som påpekt innledningsvis (jf. punkt 1.4.2.5 ovenfor) kan dansk entrepriserettslig teori tjene som illustrasjonsmateriale for det nærmere innholdet i utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område. Av den grunn vil jeg kort redegjøre for hvordan utviklingsrisikospørsmålet er behandlet i dansk entrepriserettslig teori.

Erik Hørlyck beskriver i boken ”Entreprise” utviklingsfeil slik:

*”En særlig form for svigt er de såkaldte udviklingssvigt. Herved forstås svigt i en aftalt ydelse først og fremmest i konstruktioner og bygningsdele – som måtte opstå, uagtet at arbejdet er udført fagmæssigt forsvarligt, idet det er udført i overensstemmelse med god byggeskik på udførelsestidspunktet. – Udviklingssvikt kan ligeledes forekomme vedrørende materialer og som en kombination af udførelsesmåde og materialevalg.”*⁸⁶

Deretter legger han til grunn at utviklingsfeil normalt ikke skal anses som mangler i den forstand at entreprenørene må svare for dette.⁸⁷ Han konkluderer med at utviklingsfeil som regel må omfattes av byggherrerisiko.⁸⁸

Hans Henrik Vagner er av samme oppfatning om risikoplasseringen for utviklingsfeil og uttaler følgende: *”Det er altså stadig byggherren, der bærer risikoen for, at byggetidens viden senere viser sig at have været utilstrækkelig eller uriktig”*.⁸⁹

I boken ”Entrepriseretlige mangler” av Anders Vestergaard Buch fremheves tilsvarende at byggherren skal bære utviklingsrisikoen hvis entreprenøren har anvendt *”metoder og materialer, der på byggetiden ansås for sædvanlige og forsvarlige blandt fagfolk”*.⁹⁰

⁸⁵ Eckhoff v/Helgesen (2001) s. 283 flg.

⁸⁶ Hørlyck (2014) s. 373.

⁸⁷ Hørlyck (2014) s. 373.

⁸⁸ Hørlyck (2014) s. 373.

⁸⁹ Vagner (2005) s. 351.

⁹⁰ Buch (2007) s. 143.

De teoretiske uttalelsene til Hørlyck, Vagner og Buch er langt på vei sammenfallende med det synspunktet som er lagt til grunn i norsk rett.

Videre diskuterer Buch om denne oppfatningen også må gjelde hvis entreprenøren tar i bruk en nyutviklet metode eller materiale. Han uttaler følgende:

*”Afgørende er i denne henseende, om entreprenøren, da han traf valget, burde have indset, at han derved udsatte bygherren for en større risiko for fejl ved det færdige arbejde end nødvendig. (...) Selve anvendelsen af en ny fremgangsmåde bør imidlertid øge entreprenørens agtpågivenhed ved vurderingen af risikoen for, at der indtræder fejl. Derfor bør entreprenøren alene fritages for sin hæftelse, hvis han kan påvise konkrete omstændigheder, der på byggetiden måtte føre ham til den konklusion, at hans valg ikke ville forøge risikoen for fejl ved byggeriet. Jo længere væk entreprenøren bevæger sig fra den på byggetiden sædvanlige fremgangsmåde, jo sværere bliver det for ham at løfte denne bevisbyrde.”*⁹¹

Buch konkluderer derfor med at hovedregelen om at byggherren må bære utviklingsrisikoen også må gjelde ved nyutviklede metoder eller materialer, hvis dette ikke medfører en større risiko for feil enn den alminnelige byggemetoden. Buch hevder videre at det må stilles strenge krav til entreprenørens aktsomhet, og at denne bevisbyrden blir tyngre jo mer eksperimentell metoden er.⁹² Med dette forstås at det må være foretatt en risikoavveining. Hvis entreprenøren kan bevise at han verken kjente eller burde ha kjent til risikoen for feil ved å bruke en nyutviklet metode, vil han ikke ha risikoen for feilen.⁹³

En forståelse av Buch uttalelser tyder på at utgangspunktet om at byggherren skal bære utviklingsrisikoen modifiseres på bakgrunn av entreprenørens bevisbyrde.

Sammenlignet med norsk rett har Hagstrøm, Bruserud og Barbo lagt til grunn at entreprenøren må bære risikoen hvis han eksperimenterer ved valg av byggemetoder og materialer, med mindre byggherren selv har tatt initiativet eller akseptert de nyutviklede metoder eller materialer. Begrunnelsen for denne modifikasjonen er at byggherren kan få en fordel som følge av nye, uprøvde metoder og materialer. Hvis han aksepterer de usikkerhetsmomentene som ligger bak anvendelsen av disse, bør han være nærmest til å bære risikoen for eventuelle negative virkninger dette skulle medføre.

⁹¹ Buch (2007) s. 147.

⁹² Buch (2007) s. 147.

⁹³ Buch (2007) s. 148.

Uttalelsene fra Buch er mer detaljerte enn hva som følger av norsk juridisk teori. Det kan ikke sees bort fra at dansk teori kan tjene som illustrasjonsmateriale og som argumenter for hvordan vurderingene om utviklingsrisikoen bør foretas i norsk rett.

2.7 Rimelighetshensyn

I det følgende vil jeg se hen til hvorvidt ulike rimelighetshensyn bør få betydning for hvorvidt det bør legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område. En streng fortolkning vil innebære at det skal mye til for at entreprenøren skal kunne høres med at det foreligger en utviklingsrisiko som må bæres av byggherren.

Det er antatt i juridisk teori at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for sin ytelse, herunder prosjekteringen.⁹⁴ En løselig vurdering av utviklingsrisikobegrepet vil innebære en praksis som ikke er forenlig med dette utgangspunktet. Selv en streng praksis vil være i strid med ordlyden som legger til grunn at totalentreprenøren har påtatt seg hele ansvaret for sin ytelse. Dette kan avbøtes ved å modifisere totalentreprenøren forpliktelser slik at han ikke vil ha en rendyrket resultatforpliktelse, men en modifisert resultatforpliktelse eller en streng innsatsforpliktelse. En annen mulighet vil være at utviklingsrisikobegrepet må tolkes så vidt snevert slik at praksisen ikke uthuler kontraktsforpliktelsens egenart.

Et grunnleggende hensyn bak anvendelse av totalentrepriser er at bransjen har en klar oppfatning om at dette i stor grad overfører risikoen til totalentreprenøren. Totalentreprenøren har frivillig påtatt seg risikoen for prosjektet, mot betaling. Hvis man anvender en løselig vurdering av utviklingsrisikobegrepet medfører dette at totalentreprenøren får betalt, men slipper unna ansvar. Også en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet vil være et avvik fra totalentreprenørens resultatforpliktelse. På denne bakgrunn må det være en grense for hva som kan betraktes som en utviklingsrisiko. Dette taler for en snever fortolkning, slik at det er få tilfeller som betraktes som en utviklingsrisiko. Ulike rimelighetshensyn for totalentrepriser vil bli drøftet i avhandlingens punkt 3.3 nedenfor.

En løselig fortolkning kan også vise seg å bli problematisk i forbrukertilfellene, hvis byggherren skal bære utviklingsrisikoen. Det kan tenkes at dette kan få uheldige konsekvenser med tanke på forbrukervernet. Isolert sett vil en streng fortolkning innebære at få tilfeller betraktes som en utviklingsrisiko, og dette er for så vidt i tråd med forbrukervernet. Men selv en streng fortolkning kan føre til at byggherren som forbruker må bære utviklingsrisikoen.

⁹⁴ Barbo (1990) s. 53, Sandvik (1966) s. 164. Dette synspunktet stemmer godt overens med Rt. 1999 s. 922: Her fremhever annenvoterende på side 942 at utgangspunktet for den rettslige vurderingen av entreprenørens krav om tilleggsvederlag er at entreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse overfor byggherren.

Det kan reises spørsmål om byggherren i forbrukerentrepriser bør bære utviklingsrisikoen i det hele tatt. Denne problemstillingen drøftes i sin helhet i punkt 5.3 nedenfor.

Som nevnt må det legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet på produktansvarets område (jf. punkt 2.5.3 ovenfor), hvilket har sammenheng med at det ofte er tale om personskader. Gode grunner taler riktignok for at det må legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet på entrepriserettens område, men det kan likevel være rom for en ikke fullt så streng fortolkning som på produktansvarets område, bl.a. fordi konsekvensene av en utviklingsfeil som regel er ulike fra disse to rettsområder.

3 Totalentreprisekontrakter – NS 8407

3.1 Generelt om totalentreprise som kontraktsform

Ved valg av kontraktstype er det ulike forhold som kan spille inn. En vanlig motivasjon for å velge totalentreprise for byggherren er at det vil gi en økt grad av forutsigbarhet hva gjelder prosjektets totale kostnad.⁹⁵ En annen motiverende faktor kan være at byggherren har et ønske om å minimere risikoen for prosjektet. Totalentrepriser vil normalt innebære en enkel risikohåndtering med fokus på klare ansvarsforhold.⁹⁶ Det ligger i totalentreprisekontraktens karakter at byggeprosjektet i stor utstrekning overlates til totalentreprenøren. Etter kontraktsinngåelsen vil byggherren ha liten mulighet til å påvirke byggeprosjektet, men noen valg vil likevel fortsatt ligge hos byggherren slik som for eksempel designet av bygget.⁹⁷

For totalentreprenøren kan kontraktsformen innebære en mulig stor oppside, idet han får en valgfrihet som i større grad gir han mulighet til å påvirke kostnadene i prosjektet. Den vide valgmuligheten gir rom for at totalentreprenøren kan velge de løsninger som er mest fordelaktig for ham, så lenge han er innenfor de rammer kontrakten setter. Med ansvar for både prosjektering og utførelse, kan totalentreprenøren få et mer helhetlig bilde av byggeprosjektet og en mulighet til å starte byggeprosessen før all prosjekteringen er klarlagt.⁹⁸ Totalentreprisen som kontraktsform kan derfor skape en raskere fremdrift.

Som det ligger i navnet, tar entreprenøren et slags ”totalansvar” for byggeprosjektet eller sin del av det.⁹⁹ Normalt sett vil det være en fordel for byggherren at han får én å forholde seg til, slik at det blir enklere å administrere prosjektet. Dette innebærer dog ikke, at det teoretiske sett, er noe til hinder for flere sidestilte totalentrepriser i samme prosjekt.

Det kjennetegner totalentrepriser at det i stor grad brukes funksjonskrav som beskrivelse av det totalentreprenøren skal yte, slik som krav til egenskaper, anvendelse, holdbarhet og vedlikehold.¹⁰⁰ Dette har sammenheng med at totalentreprenøren innenfor rammene av kontrakten, får en økt valgfrihet.¹⁰¹ For byggherren kan dette være en fordel, idet han ikke vil ha risikoen for at den valgte løsning leder til det ønskede resultat.

⁹⁵ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 34.

⁹⁶ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 34.

⁹⁷ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 20 og s. 622.

⁹⁸ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 34.

⁹⁹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 20.

¹⁰⁰ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 197.

¹⁰¹ Se NS 8407 pkt. 14.6 hvor totalentreprenørens valg av løsninger kommer til uttrykk.

Det kan imidlertid tenkes unntak fra dette. Hvis byggherren selv står for valg av løsninger eller annen prosjektering, må han naturligvis bære risikoen for dette, jf. NS 8407 pkt. 24.1. Også i de tilfeller hvor byggherren underveis i prosjektet gir instruksjoner om en spesifisert løsning, kan dette overføre risikoen til han. I tingrettsavgjørelsen var nettopp dette tilfellet, jf. punkt 2.2.6 ovenfor. Konsekvensen av at byggherren i totalentreprisen hadde gitt en anvisning på en spesifisert løsning i stedet for et rent funksjonskrav, ble avgjørende for at han måtte bære risikoen for at den valgte løsning senere viste seg å være mangelfull.

I det følgende redegjøres det først for kontraktens plassering av risiko for utviklingsfeil med spørsmål om totalentreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse (jf. punkt 3.2), herunder spørsmålet om kontraktmessig avvik (jf. punkt 3.2.1) og spørsmålet om utviklingsfeil skyldes forhold totalentreprenøren svarer for (jf. punkt 3.2.2). Endelig drøftes ulike rimelighetshensyn (jf. punkt 3.3).

3.2 Kontraktuell plassering av utviklingsrisikoen

NS 8407 inneholder ingen bestemmelser som regulerer utviklingsrisikoen direkte. NS 8407 inneholder imidlertid flere bestemmelser som regulerer risikoplasseringen i forhold til andre typer risiko, eksempelvis risiko for skade på kontraktsgjenstanden, jf. NS 8407 pkt. 19.1 og risiko for grunnforhold, jf. NS 8407 pkt. 23.1. I mangel av særregulering, må spørsmålet om risikoplasseringen for utviklingsfeil avgjøres etter den alminnelige mangelsbestemmelsen.

Mangelsbestemmelsen i NS 8407 pkt. 42.1 første ledd lyder:

”Det foreligger en mangel dersom kontraktsgjenstanden ved overtakelse ikke oppfyller kravene etter punkt 14, og dette skyldes forhold totalentreprenøren svarer for.”

Formuleringen foreskriver en toleddet vurdering; først må det avgjøres hvorvidt det foreligger et avvik fra kontraktmessig oppfyllelse, og deretter må det vurderes om dette skyldes forhold totalentreprenøren svarer for.

Ordlyden gir ingen henvisning på noen vurdering av totalentreprenørens aktsomhet. Denne vurderingen er, derimot, et spørsmål i mangelsbestemmelsen for rådgivere hvor avviket må skyldes at *”kravet til faglig forsvarlig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt”*, jf. NS 8401 pkt. 13.1 første ledd.¹⁰² Når dette ikke er et vurderingstema i NS 8407 pkt. 42.1, tilsier det at vurderingen er rent objektiv. På bakgrunn av dette gir mangelsbestemmelsen uttrykk for at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for alle kontraktens krav, hvilket innebærer at

¹⁰² Norsk Standard 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag.

årsaken til mangelen er irrelevant så lenge man er innenfor forhold totalentreprenøren svarer for. Totalentreprenøren har følgelig forpliktet seg overfor byggherren til å levere et bestemt resultat.¹⁰³ At situasjonen for totalentreprenøren skulle vært annerledes, fremstår som lite hensiktsmessig.

Det skal likevel bemerkes at selv om totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for å nå alle kontraktens krav, kan enkelte deler av hans forpliktelser likevel bestå av normer som pålegger ham en innsatsforpliktelse.¹⁰⁴ Dette ble allerede fremholdt i innledningen under punkt 1.1 ovenfor. Som et illustrerende eksempel kan totalentreprenørens undersøkelsesplikt nevnes, jf. NS 8407 pkt. 25.1.1. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av bestemmelsen, må det innfortolkes at totalentreprenørens undersøkelser av byggherrens ytelser må gjøres på en forsvarlig måte.¹⁰⁵ Dette er et krav som retter seg inn mot prosessen, og gir uttrykk for en innsatsforpliktelse. Selv om entreprenøren i sin alminnelighet har en resultatforpliktelse, vil ikke entreprenørens undersøkelsesplikt etter pkt. 25.1.1 strekke seg lenger enn til å nå dette kravet.

3.2.1 Avviksspørsmålet

Når det skal etableres hvorvidt det foreligger en mangel, må det først konstateres avvik fra kontraktmessig ytelse, jf. NS 8407 pkt. 42.1. Dette må vurderes konkret i det enkelte kontraktsforhold, og fordrer en nærmere klarlegging av partenes forpliktelser.

Mangler i vid forstand kan oppstå både fordi krav til prosessen eller krav til resultatet, ikke innfris. Ved utviklingsfeil vil det regulært manifestere seg et synlig avvik fra et kontraktmessig resultat.

3.2.2 Risikospørsmålet

Det avgjørende for om det foreligger en mangel, er om årsaken til utviklingsfeilen skyldes *"forhold totalentreprenøren svarer for"*, jf. NS 8407 pkt. 42.1.

Ordlyden gir ingen retningslinjer for hvordan denne vurderingen skal foretas. Det er likevel et grunnleggende prinsipp i entrepriseretten at risikofordelingen skal rette seg etter funksjons-

¹⁰³ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 620.

¹⁰⁴ Haaskjold (2014) s. 456.

¹⁰⁵ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 356.

fordelingen.¹⁰⁶ Sandvik uttaler at dette må være et utslag av ”alminnelige rettsgrunnsetning”.¹⁰⁷

Kjernen i prinsippet er at hver av partene bærer risikoen for svikt ved de ytelser de selv bidrar med.¹⁰⁸ Ved totalentrepriser skal totalentreprenøren forestå både for utførelse og for prosjektering. Hvis utviklingsfeilen skyldes prosjektering som totalentreprenøren har utført, vil dette være forhold totalentreprenøren svarer for.

Det kan ikke utledes av ordlyden at byggherren skal komme i den situasjon at han skal bære utviklingsrisikoen. En tolkning av ordlyden i NS 8407 pkt. 42.1 tilsier at utviklingsfeil ligger innenfor totalentreprenørens risikosone slik at han har denne risikoen.

I de tidligere dommene beskrevet i punkt 2.2 ovenfor, synes det å gjøre unntak fra denne risikofordelingen hva gjelder utviklingsfeil, idet totalentreprenøren ikke skal bære risikoen for en mangel dersom metoden på utførelsestidspunktet ble ansett som forsvarlig.¹⁰⁹

Barbo fremhever på bakgrunn av dommene inntatt i Rt. 1968 s. 783, Frostating lagmannsretts dom av 13. juli 1977 og voldgiftsdom av 25/3-83 følgende:

”Selv om disse dommer utgjør et noe spinkelt materiale, kan konklusjonen neppe bli en annen enn at utviklingsrisikoen bæres av byggherren. Dette er med andre ord et unntak fra den vidtgående funksjonsrisiko som påligger totalentreprenøren”¹¹⁰.

Hagstrøm og Bruserud henviser direkte til Barbo, og konkluderer tilsvarende med at totalentreprenøren ikke vil ha risikoen for utviklingsfeil.¹¹¹

Det er gode grunner til å stille spørsmålstegn ved om dette utgangspunktet harmonerer med ordlyden i NS 8407 pkt. 42.1. Hvis man legger denne oppfatningen til grunn innebærer det at man legger til grunn en praksis som er direkte ordlydsstridig, hvor det ikke gjøres noe unntak for utviklingsfeil. Når det ikke foreligger noen kontraktsbestemmelser som regulerer at

¹⁰⁶ Sandvik (1966) s. 239, Hagstrøm (1997) s. 16 og 81, Hagstrøm (2011) s. 334, Nordtvedt m.fl. (2013) s. 622, Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 379 og Rt. 1917 s. 673.

¹⁰⁷ Sandvik (1966) s. 243.

¹⁰⁸ Sandvik (1966) s. 243. Se også Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 200.

¹⁰⁹ Rt. 1968 s. 783, LH-2007-102419. Se også Nordtvedt m.fl. (2013) s. 621.

¹¹⁰ Barbo (1990) s. 62.

¹¹¹ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

utviklingsrisikoen skal påhvile byggherren, kan det diskuteres i hvilken grad denne oppfatningen representerer en naturlig og rimelig løsning.

3.3 Rimelighetshensyn

Spørsmålet om hvilken risikoplassering som bør legges til grunn for utviklingsfeil, gjør seg i større grad gjeldende i totalentreprisekontrakter sammenlignet med for eksempel utførelsesentreprisekontrakter.

På den ene siden kan det anføres at totalentreprenøren som følge av det omfattende ansvaret, bør bære risikoen for utviklingsfeil. Her ligger det i kontraktstypens art at totalentreprenøren har en vidtgående valgfrihet og en forøket risiko for prosjektet. De fleste valg som oppstår underveis i prosjektet blir tatt av totalentreprenøren, hvilket innebærer at sjansen er stor for at utviklingsfeil har sitt opphav i valg totalentreprenøren har tatt. Dette kan videre ses i sammenheng med at byggherrens bidrag i en totalentreprise vanligvis er begrenset, og at han normalt er lite involvert i prosjektet. Når dette tas i betraktning kan det trolig antas at det kan være enda vanskeligere for byggherren å kunne avverge en utviklingsfeil. På denne bakgrunn kan det synes mindre rimelig at byggherren skal bære en potensielt byrdefull utviklingsrisiko.

På den annen side kan noen utviklingsfeil likevel oppstå som følge av innsatsfaktorer som byggherren bringer inn i kontraktsforholdet som for eksempel byggegrunnen. Det normale er at arbeidene foregår på byggherrens grunn, og det er han som ønsker bygget oppført på det aktuelle stedet. Det kan synes urimelig overfor totalentreprenøren at han skal bære utviklingsrisikoen når årsaken til utviklingsfeilen skyldes bidrag fra byggherrens side.

Imidlertid gir byggherren fra seg mye valgfrihet til totalentreprenøren med den forutsetning at totalentreprenøren skal bære risikoen for prosjektet. En motiverende faktor for byggherren er ofte et ønske om å minimere risikoen for prosjektet. Hvis byggherren skal være nærmest til å bære utviklingsrisikoen, innebærer det at han ikke oppnår den ønskede risikominimeringen.

Videre vil det være av betydning å vurdere utviklingsrisikoen i lys av hvilken løsning som fremmer samfunnsøkonomisk hensiktsmessige løsninger. Hvis totalentreprenøren skal bære utviklingsrisikoen må han ta høyde for dette i sin kalkulasjon og prise risikoen for utviklingsfeil. Totalentreprisekontrakten kan derfor bli meget kostbar, da det ligger i utviklingsfeilenes karakter at den ikke er forutsigbar. Dette reiser spørsmålet om samme antall byggekontrakter ville blitt inngått i slike tilfeller, eller om det hadde bidratt til en stagnasjon i byggebransjen. Hvis det ikke inntreffer en utviklingsfeil, vil det lede til at totalentreprenøren får betalt, men slipper unna ansvar. Det avtalte vederlaget vil da medføre at totalentreprenøren får en betydelig fortjeneste, fordi hans vederlag ikke vil være i samsvar med den risikoen han

påtok seg. Det fremstår ikke som rimelig at totalentreprenøren skal kunne nyte godt av en utviklingsfeil ingen av partene kunne forutse. En slik mulig fordyrelse av entrepriskontrakter vil ikke være å foretrekke verken for byggherren eller ut fra et mer samfunnsøkonomisk perspektiv. Dette taler imot at totalentreprenøren bør bære utviklingsrisikoen.

Det er alminnelig kjent at tekniske løsninger og byggemetoder er i en stadig utvikling, hvilket har sammenheng med nye oppdagelser og erfaringer på området. Barbo mener hovedregelen er at byggherren skal bære utviklingsrisikoen og begrunner dette ut fra hensynet til den byggetekniske utvikling.¹¹² Han hevder at hvis entreprenørene skal bære utviklingsrisikoen, kan dette bidra til en uønsket stagnasjon i byggebransjen fordi det vil være fare for at entreprenøren bare bruker svært alminnelige og anerkjente byggemetoder og materialer.¹¹³ Videre presiserer han at hvis det er tale om å fremme utvikling av nye byggemetoder i form av eksperimentering, skal entreprenøren som utgangspunkt bære risikoen.¹¹⁴ Det kan diskuteres hvor tungtveiende disse argumentene er, fordi totalentreprenørens valg av uprøvde metode kan også bidra til å utvikle teknologiske løsninger i byggebransjen. Det synes derfor noe ureflektert når han først hevder at byggherren skal bære utviklingsrisikoen av hensyn til den tekniske utvikling, og deretter at entreprenørene skal bære utviklingsrisikoen når de anvender nye byggemetoder som er en forutsetning for videre utvikling i byggebransjen.

Hvis et argument er at totalentreprenøren bør kunne gå fri for noe han overhodet ikke kunne lastes for, er et like gyldig argument at byggherren på den annen side, heller ikke kan bebreides. Det er her tale om forhold ingen av partene kan klandres for at inntreffer. Dersom totalentreprenøren kan bebreides for utviklingsfeilen, er det helt klart at han må bære risikoen for dette etter det ulovfestede uaktsomhetsansvaret.

Samlet sett synes det rimelig å operere med en offerterskel¹¹⁵ for totalentreprenøren hva gjelder utviklingsfeil, men det er likevel uheldig at en slik løsning er i strid med ordlyden i standarden som ikke gjør unntak for utviklingsfeil, jf. NS 8407 pkt. 42.1.

Det forhold at utviklingsrisikoen ikke er regulert i NS 8407 gir den karakter av å være en skjult risiko. Dette er et argument for at det i totalentrepriser bør legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet.

¹¹² Barbo (1990) s. 62.

¹¹³ Barbo (1990) s. 62.

¹¹⁴ Barbo (1990) s. 62.

¹¹⁵ Sandvik (1966) s. 288-295.

4 Utførelsesentreprisekontrakter – NS 8405

4.1 Generelt om utførelsesentreprise som kontraktsform

Utførelsesentreprise omtales gjerne som den tradisjonelle entreprisformen¹¹⁶, og her er det bærende element at byggherren skal stå for hele eller det vesentlige av prosjekteringen. Dette fremgår av NS 8405 pkt. 1 første ledd, 13.1 og 19.2. Det grunnleggende skillet mellom totalentreprise (kap 3) og utførelsesentreprise (kap 4), er hvem som etter kontrakten skal stå for det vesentligste av prosjekteringen.¹¹⁷

Et grunnleggende hensyn bak utførelsesentrepriser er at byggherren har en mulighet til å detaljstyre utformingen og løsninger av det aktuelle byggeprosjektet.¹¹⁸ Dette kan særlig være viktig for byggherren hvis han besitter en bred kompetanse og erfaring på området. Jo mer innflytelse og valgmuligheter byggherren ønsker å ha på resultatet, desto større grunn kan det være for å velge utførelsesentreprise som kontraktsform.¹¹⁹

Risikofordelingen mellom kontraktspartene vil være annerledes ved utførelsesentrepriser enn ved totalentrepriser. Når byggherren selv prosjekterer, og velger hvilke byggemetoder som skal benyttes, fremtrer det som en naturlig konsekvens at han får risikoen for at den valgte metoden leder til det ønskede resultat.¹²⁰

Det er ikke uvanlig at en utførelsesentreprisekontrakt kan bli rimeligere sammenlignet med en totalentreprisekontrakt. For det første det kan vises til at byggherren i en utførelsesentreprise i større utstrekning kan påvirke og styre kostnadene i byggeprosessen.¹²¹ For det andre kan en totalentreprise ofte bli dyrere, fordi her vil totalentreprenøren prise det merarbeid og økt risiko kontraktsformen innebærer.

Et kjennetegn ved utførelsesentreprisekontrakter er at byggherren vanligvis vil utforme en mer eller mindre nøyaktig beskrivelse av det entreprenøren skal levere.¹²² Dette til motsetning av funksjonskrav som typisk særpreger totalentrepriser.¹²³ Hvor detaljert byggherren i det enkelte tilfellet vil være, vil naturlig nok variere med hva slags arbeid det er

¹¹⁶ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 63.

¹¹⁷ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 200.

¹¹⁸ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 34.

¹¹⁹ Marthinussen m.fl. (2010) s. 47.

¹²⁰ Sandvik (1966) s. 204.

¹²¹ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 35.

¹²² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 367.

¹²³ Nordtvedt m.fl. (2013) s. 195.

tale om. For eksempel kan vanskelighetsgraden være et moment av betydning for hvor detaljert byggherren går til verks.¹²⁴

Fremstillingen videre følger samme fremgangsmåte som i avhandlingens kapittel 3 ovenfor, hvor kontraktens regulering av utviklingsrisikoen først behandles (jf. punkt 4.2), herunder avviksspørsmålet (jf. punkt 4.2.1) og risikospørsmålet (jf. punkt 4.2.2). Endelig vil jeg se på ulike særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved utførelsesentrepriser (jf. punkt 4.3).

4.2 Kontraktuell plassering av utviklingsrisikoen

NS 8405 inneholder ingen bestemmelser som regulerer utviklingsrisikoen direkte. I likhet med NS 8407, må det i fravær av uttrykkelig regulering tas utgangspunkt i den alminnelige mangelsbestemmelsen.

Mangelsbestemmelsen i NS 8405 pkt. 36.1 første ledd lyder:

”Det foreligger en mangel dersom kontraktarbeidet ved overtakelse ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes forhold entreprenøren svarer for.”

Ordlyden og innholdet i mangelsbestemmelsen synes å være tilsvarende lik mangelsbegrepet i NS 8407 pkt. 42.1. Jeg viser derfor til fremstillingen i punkt 3.2 ovenfor.

4.2.1 Avviksspørsmålet

Hvorvidt det foreligger et avvik, beror på den samme vurdering som er behandlet i punkt 3.2.1 ovenfor.

4.2.2 Risikospørsmålet

Det avgjørende for om det foreligger en mangel, er om årsaken til utviklingsfeilen skyldes ”forhold entreprenøren svarer for”, jf. NS 8405 pkt. 36.1.

Ordlyden ”svarer for” vil også for denne kontraktstypen være en ren henvisning til funksjonsfordelingen. Jeg viser til fremstillingen i punkt 3.2.2 ovenfor, hvor det nærmere innholdet i funksjonsfordelingen er behandlet. I det følgende vil jeg kun drøfte det som er ulikt fra disse to kontraktstyper.

¹²⁴ Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 203.

Utgangspunktet ved utførelsesentrepriser er at byggherren har risikoen for omstendigheter knytter til prosjekteringen, eksempelvis i form av uheldig metodevalg eller feilberegninger, mens entreprenøren må bære risikoen for utførelsen. Hvis entreprenøren ikke har påtatt seg enkelte deler av prosjektering etter NS 8405 pkt. 13.1, vil han bare ha risikoen for at han utfører arbeidet i henhold til det byggherren har beskrevet. Entreprenørens forpliktelsesansvar vil da ikke strekke seg lenger enn til å frambringe de løsninger og bruke de angitte materialene som byggherren har bestemt. Hvis det kan påvises svikt ved prosjekteringen som byggherren har stått for, vil dette være byggherrens risiko. Denne forståelsen trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten.

I praksis er det likevel ikke så uvanlig at den enkelte utførelsesentreprisen inneholder elementer av totalentreprise, hvor det forutsettes at entreprenøren har et prosjekteringsansvar. Dette er aktuelt når kontrakten inneholder enkelte funksjonskrav.¹²⁵ NS 8405 pkt. 13.1 regulerer entreprenørens prosjektering ved funksjonskrav. Etter funksjonsfordelingsprinsippet vil den avtalte prosjekteringen i så fall ligge innenfor entreprenørens funksjonsområde, slik at han vil bære risikoen for dette. Når entreprenørens forpliktelser også omfatter prosjektering, vil det være relevant å vurdere utviklingsrisikoen ved utførelsesentrepriser.¹²⁶

4.3 Rimelighetshensyn

Hensynet til byggherrens risikominimering vil ikke være like sterkt i en utførelsesentreprise som i en totalentreprise. Ved utførelsesentrepriser vil byggherren nettopp kunne detaljstyre byggeprosjektet i lys av hans prosjekteringsansvar, slik at han vil få en økt risiko for byggeprosjektet. Når byggherren selv prosjekterer, er det rimelig at han selv bærer risikoen for utviklingsfeil som har sitt opphav i valg han har truffet i prosjekteringsfasen. Videre kan det også hevdes at byggherren generelt bidrar med mer i utførelsesentrepriser sammenlignet med totalentrepriser, slik at sjansen øker for at utviklingsfeil oppstår på hans hånd.

Entreprenørens bidrag i en utførelsesentreprise vil kunne variere ut fra den enkelte kontrakt. Som vi har sett i punkt 4.2.2 ovenfor, kan entreprenøren ha påtatt seg et prosjekteringsansvar for enkelte deler av kontraktarbeidet, jf. NS 8405 pkt. 13.1. Dette innebærer at han selv vil ha risikoen for feil i sin prosjektering. Hvis en utviklingsfeil har sitt opphav i valg entreprenøren har gjort, er det mindre naturlig at byggherren skal bære denne risikoen. I disse situasjonene vil det fremstå som mer rimelig at utviklingsrisikoen påhviler entreprenøren.

¹²⁵ Se avhandlingen punkt 3.1 ovenfor.

¹²⁶ <http://byggejuss.no/kort-om-utviklingsrisikoen-i-entrepriseretten/>

Det vil også være aktuelt for utførelsesentrepriser å vurdere utviklingsrisikoen i lys av hvilken løsning som fremmer samfunnsøkonomisk hensiktsmessige løsninger. Dette er allerede drøftet under rimelighetshensyn i punkt 3.3 ovenfor, og omtales derfor ikke nærmere her for å unngå dobbeltbehandling.

Ved utførelsesentrepriser vil det være naturlig å legge til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet. Dette særlig fordi utviklingsrisikoen ikke er kontraktsregulert, og fremstår således som en skjult risikosone for partene.

5 Forbrukerentrepriser etter bustadoppføringslova

5.1 Hensyn bak loven

Det kan vises til flere grunner for at lovgiverne har funnet det hensiktsmessig å regulere forbrukerentreprise gjennom lovgivning. For det første vil en avtale om oppføring av en ny bolig berøre et viktig rettsområde for forbrukere. Dette må ses i sammenheng med at det er tale om kontrakter av betydelige verdier. Betydningen av dette har også kommet til uttrykk i stortingskomiteens generelle merknader til lovforslaget til buofl.:

”Oppføring av bolig er vanligvis den største investeringen vanlige forbrukere foretar i løpet av livet, og det har stor betydning for den enkeltes økonomi og livssituasjon”¹²⁷.

Det fremgår videre i forarbeidene at et grunnleggende hensyn er å styrke forbrukerens stilling i en entreprisekontrakt med en profesjonell entreprenør.¹²⁸ For å ivareta forbrukervernet og sikre balanse i forholdet mellom kontraktspartene, er bestemmelsene i loven gjort ufravikelige til forbrukerens ugunst, jf. buofl. § 3 første ledd.¹²⁹ Det finnes også eksempler fra rettspraksis hvor Høyesterett har uttrykt tvil om resultatet, men der de velger den løsning som på best mulig måte ivaretar forbrukervernet.¹³⁰

Et annet hensyn bak utformingen er behovet for å klargjøre rettstilstanden på et rettsområde som ikke tidligere har blitt lovregulert.¹³¹ Ved forbrukerentrepriser vil det være en ubalanse i styrkeforholdet mellom kontraktspartene, og dette kan gi grunn til å øke forutsigbarheten til forbrukeren. Dette gjør seg særlig gjeldende hvis forbrukeren er uerfaren og har lite innsikt i det å inngå en entreprisekontrakt med en profesjonell entreprenør. På den annen side finnes det også mer profesjonelle forbrukere som for eksempel eiendomsinvestorer. Hensynet til forutberegnelighet har helt klart hatt en viss betydning bak lovens utforming, fordi det anses som viktig at forbrukerne vet hva de har å forholde seg til.

Det har vært forsøkt på en større tilpasning til forbrukerforhold i enkelte av NS-kontrakter, men hittil har kontraktene blitt kritisert for å gi et dårligere vern enn det som følger av

¹²⁷ Innst. O. nr. 61 (1996-1997) s. 4.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 6.

¹²⁹ Se også Simonsen (2011/2015) på s. 1.

¹³⁰ Jf. eksempelvis Rt. 2010 s. 1104. Spørsmålet var her om et avtalt avbestillingsgebyr kunne settes til side til forbrukerens ugunst, jf. buofl. § 54 annet punktum. Etter en konkret vurdering hvor det blant annet ble lagt vekt på lovens preseptoriske karakter og forbrukervernet, kom Høyesterett til at buofl. § 54 bare kunne påberopes til forbrukerens fordel.

¹³¹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 6, Innst. O. nr. (1996-1997) s. 3.

alminnelige norske rettsprinsipper.¹³² Av forhold som kan trekkes frem, kan det nevnes at noen dagmulktsklausuler begrenser forbrukerens adgang til å kreve erstatning for faktiske kostnader ved forsinkelse, og andre bestemmelser gir forbrukeren en meget kort reklamasjonsfrist.¹³³

I NOU 1992: 9 s. 11 er det fremholdt:

”Etter departementets mening er det neppe noe område hvor det i dag er sterkere behov for forbrukerbeskyttelse”¹³⁴.

Regelverket i sin helhet bærer likevel preg av at lovgiverne har forsøkt å komme frem til objektivt sett rasjonelle og rimelige løsninger.¹³⁵

I den videre fremstilling skal jeg se nærmere på lovens plassering av utviklingsrisikoen. For det første skal det undersøkes om entreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse (jf. punkt 5.2). Deretter vil jeg se hva som ligger i avviksspørsmålet (jf. punkt 5.2.1), og i risikospørsmålet (jf. punkt 5.2.2). Endelig skal jeg drøfte særlige hensyn regelsettet tatt i betraktning (jf. punkt 5.3).

5.2 Lovens plassering av utviklingsrisikoen

Loven har ingen bestemmelser som direkte regulerer risikoplasseringen for utviklingsfeil. I likhet med de øvrige kontraktstypene i punktene 3.2 og 4.2 ovenfor, må også det her tas utgangspunkt i den alminnelige mangelsbestemmelsen.

Etter buofl. § 25 første ledd er mangelsbegrepet definert slik:

”Det ligg føre mangel dersom resultatet ikkje er i samsvar med dei krava som følgjer av avtalen eller av føresegnene i §§ 7, 9 og 13. Mangel ligg likevel ikkje føre dersom avviket kjem av forhold på forbrukarens side.”

Ordlyden er rent objektiv og det fremgår ikke noe vilkår om utvist uaktsomhet. Hvis det skulle vært et krav om uaktsomhet på lik linje med mangelsbestemmelsen for rådgivere i NS 8401 pkt. 13.1 første ledd, ville det utvilsomt vært naturlig at dette fremgikk av ordlyden.

¹³² NOU 1992: 9 s. 10.

¹³³ NOU 1992: 9 s. 11.

¹³⁴ NOU 1992: 9 s. 11 punkt (6) (a).

¹³⁵ Simonsen (2011/2015) s. 1.

Ordet ”resultatet” er benyttet i bestemmelsen, hvilket umiddelbart kan gi uttrykk for at entreprenøren har en forpliktelse til å oppnå et bestemt resultat.¹³⁶ Det avgjørende vil likevel være hvilket resultat man kan forlange når entreprenøren har oppfylt sine forpliktelser i henhold til kontraktens krav.¹³⁷

Spørsmålet vil være hvor langt entreprenøren må gå for å nå alle kravene i kontrakten, jf. avhandlingens punkt 1.1 siste avsnitt ovenfor. Dette fordrer en nærmere klarlegging av entreprenørens forpliktelser i kontraktsforholdet.

Etter buofl. § 7 annet ledd annet punktum skal entreprenøren bruke materialer av ”vanleg god kvalitet”. Kravet innebærer at alle materialene entreprenøren benytter må tilfredsstillende nivået for vanlig god kvalitet. Kravet retter seg til sluttproduktet og er objektivt, slik at det vil være irrelevant hvorvidt entreprenøren kan bebreides ved innkjøp av materialer.¹³⁸ Denne bestemmelsen trekker i retning av at entreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse.

Etter buofl. § 7 første ledd stilles det krav til utførelsen av byggearbeidene, herunder både utførelsen og prosjekteringen. Her fremgår det at entreprenøren skal utføre arbeidet på ”fagleg godt vis”. Vurderingen av hva som ligger i dette kravet, må avgjøres ut fra den faglige normen som til enhver tid gjelder i entreprenørens bransje.¹³⁹ Hvis entreprenøren har gjort sitt aller beste under utførelsen av byggearbeidene, vil han normalt ha tilfredsstilt kravet til faglig godt vis. Dette innebærer at entreprenørens forpliktelse i denne sammenheng ikke vil gå lenger enn til å utføre arbeidet etter en faglig forsvarlig handlingsnorm. Denne normen retter seg inn mot prosessen og gir uttrykk for en innsatsforpliktelse.¹⁴⁰

Basert på ovenstående drøftelse vil entreprenørens forpliktelse ha karakter av subjektive elementer. Dette innebærer dog ikke, at entreprenøren får en større forpliktelse i det underliggende forholdet.

I NOU 1992: 9 på side 61 står det følgende om kravet til ”faglig godt vis” som fremgår av § 7 første ledd:

¹³⁶ Simonsen (2011/2015) s. 116, Haaskjold (2014) s. 454.

¹³⁷ Simonsen (2011/2015) s. 117.

¹³⁸ Simonsen (2011/2015) s. 117.

¹³⁹ NOU 1992: 9 s. 60.

¹⁴⁰ Simonsen (2011/2015) s. 117.

”Den som byr fram sine tenester, svarar for at han har dei kvalifikasjonane som trengst. Entreprenøren skal følgje med i utviklinga i faget, og forbrukaren kan krevje at det blir teke omsyn til ny kunnskap om materialar og utføringsmåtar. På den andre sida er entreprenøren normalt utan ansvar dersom han har handla ut frå den kunnskap som er vanleg kjend i bransjen, sjølv om det seinare viser seg at arbeidet heller skulle ha vore utført annleis, jf. Rt. 1968 s. 783.”

Forarbeidene viser til utgangspunktene om risikoplasseringen mellom entreprenøren og forbrukeren som ble lagt til grunn i Byggmesterdommen, jf. Rt. 1968 s. 783. Her ble det fastslått at entreprenøren ikke skal ha risikoen for byggemetoder og løsninger som på utførelsestiden ble ansett faglig forsvarlig, men som i utviklingens lys likevel viser seg å ikke være tilfredsstillende.¹⁴¹ Hvis dette skal legges til grunn innebærer det at entreprenøren i forbrukerentrepriser har påtatt seg en forpliktelse som ligner på en innsatsforpliktelse.

Ved vurderingen må det videre ses hen til at entreprenøren har et objektivt kontrollansvar for mangler, jf. buofl. § 35. I utgangspunktet vil et objektivt erstatningsansvar bare la seg forsvare så lenge entreprenøren har en resultatforpliktelse overfor forbrukeren.

En tolkning av § 35, sett i sammenheng med § 25, jf. § 7, tilsier at entreprenøren har en resultatforpliktelse overfor forbrukeren. En slik forståelse finner også støtte i at hensynet til forbrukervernet må tillegges stor betydning ved tolkningen av de enkelte lovbestemmelser.

5.2.1 Avviksspørsmålet

Det følger av bestemmelsen at mangelsvurderingen må ta utgangspunkt i hvilke forpliktelser entreprenøren har påtatt seg i kontrakten med byggherren, jf. ovenfor i punkt 3.2.1. Henvisningene til §§ 7, 9 og 13 fremstår som sekundære grunnlag hvor kontrakten ikke nærmere angir hvilke forpliktelser entreprenøren har påtatt seg.

5.2.2 Risikospørsmålet

Risikospørsmålet må avgjøres etter en tolkning av buofl. § 25 første ledd annet punktum. Se ovenfor i punkt 5.2 hvor buofl. § 25 eksplisitt kommer til uttrykk. Ordlyden i bestemmelsen er negativt formulert, men vurderingstemaet synes å være lik NS 8407 pkt. 42.1 og NS 8405 pkt. 36.1. Det avgjørende for om det skal foreligge en mangel, er om årsaken til utviklingsfeilen skyldes forhold entreprenøren svarer for.

¹⁴¹ NOU 1992: 9 s. 61, Rt. 1968 s. 783.

Som vi har sett under punkt 3.2.2 og 4.2.2 ovenfor, vil mangelsvurderingen generelt i entrepriserforhold avhenge av funksjonsfordelingen mellom kontraktspartene. Hvordan funksjons- og risikofordelingen er i forbrukerentrepriser, må bero på en tolkning av avtalen i det enkelte tilfellet. Hvilken kontraktsform partene konkret har avtalt, totalentreprise eller utførelsesentreprise, kan få betydning for risikoplasseringen.

Hvis det er tale om en utførelsesentreprise hvor byggherren som forbruker skal prosjektere, og entreprenøren utfører arbeidet i henhold til det prosjekterte, vil entreprenøren ikke ha risikoen hvis det senere viser seg å være en feil i konstruksjonen. Etter funksjonsfordelingsprinsippet vil dette være byggherrerisiko som forbrukeren må svare for. I forbrukerentrepriser er det trolig mer vanlig at entreprenøren i tillegg har tatt på seg det vesentligste av prosjekteringen, slik at det er inngått en totalentreprise. Dette vil særlig være aktuelt når forbrukeren er uerfaren med lite innsikt i byggeteknikk og hvor han ikke har tatt kontakt med en egen fagkyndig.

Forarbeidene har uttalt følgende om risikoplasseringen for utviklingsfeil, jf. NOU 1992: 9 på side 61:

”I kva grad det kan gjelde unntak frå denne hovudregelen, slik at entreprenøren kan bli ansvarleg for ”utviklingsskadar”, er det ikkje teke standpunkt til i lova; svaret på dette spørsmålet må overlatast til rettspraksis.”

En tolkning av denne uttalelsen tyder på at løsningen om at byggherren skal bære utviklingsrisikoen også gjør seg gjeldende i forbrukerentrepriser, slik at forbrukeren må bære risikoen for utviklingsfeil. Formuleringen åpner likevel for at det kan gjøres et unntak fra dette, der risikoen for utviklingsfeil kan påhvile entreprenøren.

Det kan ikke utledes av ordlyden i buofl. § 25 at byggherren som forbruker skal komme i den situasjon at han skal bære utviklingsrisikoen. Forarbeidene tar heller ikke selv stilling til spørsmålet om entreprenøren bør bære utviklingsrisikoen, men overlater den nærmere grensedragningen til rettspraksis. Hvorvidt domstolene i fremtiden vil komme til en annen løsning om risikoplasseringen for utviklingsfeil i forbrukerentrepriser, er noe som gjenstår å se.

I juridisk teori finnes det ingen uttalelser som drøfter problemstillingen om hvorvidt entreprenøren i forbrukerentrepriser bør bære utviklingsrisikoen. Hagstrøm og Bruserud nøyer seg med å si at oppfatningen om at byggherren skal bære utviklingsrisikoen, også synes å

være forutsatt i forbrukerentrepriser.¹⁴² De henviser kort til forarbeidenes uttalelser som gir uttrykk for denne oppfatning om enn i noe reserverte ordelag, jf. NOU 1992: 9 på side 61.

Byggmesterdommen (jf. punkt 2.2.1 ovenfor) vil ha en viss betydning i forbrukerentrepriser idet saksforholdet i dag ville vært regulert av buofl. § 25. Barbo mener at denne dommen gir uttrykk for utviklingsrisikospørsmålet generelt, slik at den i seg selv er et sterkt argument for at utviklingsrisikoen skal bæres av byggherren.¹⁴³

Når Barbo legger denne forståelsen til grunn forstår jeg det slik at han deler synspunktet som ble lagt til grunn i Byggmesterdommen, hvor entreprenøren i utgangspunktet har en streng innsatsforpliktelse. Dette er imidlertid ikke ordlydsmessig i overensstemmelse med reguleringen av mangler i buofl. § 25, som etter en tolkning taler for at entreprenøren har en resultatforpliktelse hva gjelder utviklingsfeil. På bakgrunn av dette vil Byggmesterdommen sannsynligvis ha en begrenset vekt innenfor forbrukerentrepriser.

Etter mitt syn kan det av forbrukervernhensyn reises klare innvendinger mot at byggherren i forbrukerentrepriser skal bære utviklingsrisikoen når dette ikke fremgår klart av ordlyden. En naturlig forståelse av forarbeidenes uttalelser¹⁴⁴, viser at de har sett problematikken ved at forbrukeren skal bære utviklingsrisikoen. Forarbeidene utviser selv en viss forsiktighet om at byggherren skal bære utviklingsrisikoen i forbrukerentrepriser. Når forarbeidene ikke selv tar standpunkt til hvorvidt entreprenørene bør bære utviklingsrisikoen, kan det tolkes dit hen at dette er en vanskelig grensedraining.

5.3 Rimelighetshensyn

Spørsmålet om risikoplasseringen for utviklingsfeil i forbrukertilfellene bør først og fremst vurderes i lys av hvilken løsning som fremmer forbrukervernet.

Hvis byggherren som forbruker skal bære utviklingsrisikoen, må han svare for de økonomiske og tidsmessige konsekvenser dette medfører. En utviklingsfeil vil ofte kunne medføre store tap og vesentlige konsekvenser. Det kan synes urimelig at en forbruker skal bære en potensiell byrdefull utviklingsrisiko når dette ikke fremgår av lovens bestemmelser. En slik løsning fremstår heller ikke som rimelig med tanke på lovens formål om å styrke forbrukerens stilling. Hensynet til forbrukervernet taler for at hvis forbrukeren skal bære utviklingsrisikoen, bør

¹⁴² Hagstrøm, Bruserud (2014) s. 204 i fotnote 736.

¹⁴³ Barbo (1990) s. 60.

¹⁴⁴ NOU 1992:9 s. 61.

dette være lovregulert. Når dette ikke er tilfellet kan det fremstå som urettferdig og urimelig at utviklingsrisikoen skal påhvile forbrukeren.

Det kan reises klare innvendinger om hensynet til forbrukervernet blir tilstrekkelig ivaretatt, hvis utviklingsfeil skal unntas fra entreprenørens resultatforpliktelse. Det bør skapes klarhet i lovverket om hvilken risikoplassering som er mest hensiktsmessig i forbrukerentrepriser. Dette vil bidra til å øke forutberegneligheten, og partene vil enklere kunne vite hva de har å forholde seg til. Ved vurderingen bør det sees hen til at entreprenøren som den profesjonelle part ofte er bedre rustet til å svare for en utviklingsrisiko.

Videre vil det også være av betydning å vurdere utviklingsrisikoen ut fra hensynet til forutberegnelighet. Når en forbruker inngår en entreprisekontrakt med en profesjonell entreprenør, er det klart at dette vil ha stor betydning for forbrukerens økonomi og livssituasjon.¹⁴⁵ Entrepriskontrakten fordrer en teknisk og juridisk innsikt som vanlige forbrukere ikke vil ha.¹⁴⁶ Risikoplasseringen for utviklingsfeil bør derfor ha et slikt innhold at det er mulig for forbrukeren å forutberegne sin rettsstilling.

Om en legger forarbeidenes uttalelse til grunn hvor det fremgår at entreprenøren normalt ikke skal bære risikoen for utviklingsfeil¹⁴⁷, vil dette innebære en praksis som ikke er forenelig med ordlyden. Det kan ikke leses ut fra ordlyden i buofl. § 25 at byggherren som forbruker skal komme i den situasjon at han skal bære utviklingsrisikoen.

Hensynet til forbrukervernet, samt hensynet til forutberegnelighet, taler for en enhetlig løsning av risikoplasseringen for utviklingsfeil. Det kan oppfattes som uheldig for begge parter at rettstilstanden på dette punkt ikke synes å være klar.

Betydningen av å vurdere utviklingsrisikoen i lys av hvilken løsning som fremmer samfunnsøkonomisk hensiktsmessige løsninger, vil riktignok også gjøre seg gjeldende i forbrukerentrepriser. Dette er behandlet i sin helhet i avhandlingens punkt 3.3 ovenfor, og omtales derfor ikke nærmere her.

Det forhold at utviklingsrisikoen ikke er regulert i loven gir den karakter av å være en skjult risikosone. Dette gir grunn til å stille en høy terskel. I næringsentreprisene har jeg konkludert med at det må legges til grunn en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet, jf. punkt 3.3 og 4.3 ovenfor. I forbrukertilfellene kan konsekvensen av en streng fortolkning av utviklings-

¹⁴⁵ Innst. O. nr. 61 (1996-1997) s. 4.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 8.

¹⁴⁷ NOU 1992: 9 s. 61.

risikobegrepet imidlertid stille seg noe annerledes. Ut fra dette kan det reises spørsmål i hvilken grad en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet egner seg i forbrukertilfellene. Jeg skal forsøke å illustrere dette med et eksempel.

En forbruker inngår en avtale med en entreprenør om oppføring av et nytt bolighus der han har investert alle pengene sine. Etter en tid viser det seg å oppstå fukt og store råteskader, og forbrukeren påberoper seg dette som en mangel. Årsaken til råteskadene er en kombinasjon mellom en anerkjent byggemetode og et nytt, men anerkjent materiale. Entreprenøren har fått et vederlag på 6 millioner kroner, og har hatt en stor fortjeneste på dette. Huset er ubeboelig, og forbrukeren må straks flytte ut. Ingen av partene kunne forutse at denne kombinasjonen av byggemetode og det nye materiale kunne føre til at huset ville råtne. Spørsmålet er hvem av partene skal bære risikoen for at huset råtner.

Etter en streng fortolkning vil dette kunne anses som en reell utviklingsrisiko som skal påhvile forbrukeren. Dette kan på mange måter synes ekstra urimelig, fordi jo strengere regelen er, jo mer fjerntliggende tilfeller vil forbrukeren bære risikoen for. Hvis man skal anvende en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet i forbrukerentrepriser, vil dette føre til at forbrukeren blir ansvarlig i de mest søkte tilfeller som han ikke kunne gardere seg mot.

En streng fortolkning i næringsssammenheng vil få andre konsekvenser sammenlignet med forbrukertilfellene. I eksemplet ovenfor er det tale om en privatperson som går til grunne pga. utviklingsfeilen, mens den som opptrer i næringsvirksomhet tar på mange måter risikoen frivillig.

På denne bakgrunn er det ikke helt sikkert at en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet i forbrukerentrepriser vil være en bedre regel.

6 Konklusjon

På bakgrunn av ovenstående drøftelser synes det vanskelig å etablere noe klart materielt innhold i det eksisterende utviklingsrisikobegrepet. Ingen av de omtalte dommene i punkt 2.2 ovenfor tar uttrykkelig stilling til vilkår, skranker eller plassering av utviklingsrisikoen. Etter en tolkning av de enkelte dommene, har jeg likevel forsøkt å studere hva vurderingstemaet ser ut til å være når det skal vurderes om det foreligger en reell utviklingsrisiko.

Oppsummeringsvis synes vurderingstemaet å være om entreprenøren hadde grunn til å regne med at feilen kunne oppstå, samt hvorvidt risikoen for feilen som oppstod var kjent, og hvor nær- eller fjerntliggende denne kunnskapen var for entreprenøren.

Hvis det er på det rene at kunnskapen ikke eksisterer, eller er ukjent også i de mest oppdaterte internasjonale bransjeforaene på byggetidspunktet, synes det å være holdepunkter for å si at det er tale om en reell utviklingsrisiko. Dette er i samsvar med utgangspunktet i produktansvarsretten. Hvis kunnskapen derimot finnes, og er lett tilgjengelig for entreprenøren, er det ikke tale om en utviklingsrisiko. Mellom disse ytterpunktene finnes det gråsoner, der kunnskapen faktisk eksisterer, men er mer eller mindre fjerntliggende og kanskje ukjent for entreprenøren. Det er uklart hvor grensen for hva som anses å være reell utviklingsrisiko skal trekkes, og sannsynligvis må dette vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Et annet moment som har blitt fremhevet i forbindelse med utviklingsrisikospørsmålet, er betydningen av entreprenørens ekspertise eller spesialistkompetanse.¹⁴⁸ Høyesterett trekker frem spesialistsynspunkter som argument for at det er grunn til å stille høye krav til en særlig fagkyndig entreprenørs kjennskap til mulig utviklingsrisiko innenfor sitt område.¹⁴⁹ Basert på dette skal det trolig regulært mye til for at entreprenøren skal bli hørt med unnskyldningsgrunnen at eventuelle feil må anses som utslag av utviklingsrisiko som påhviler byggherren.

Fra produktansvarsretten vurderes utviklingsrisikospørsmålet ut fra den ypperste tilgjengelige kunnskapen på området.¹⁵⁰ Dette er en streng fortolkning av utviklingsrisikobegrepet. Som fremholdt i punkt 2.5.3 ovenfor, er produktansvaret i større grad rettet mot personskader, hvilket gir grunn til å stille en høy terskel for hva produsenten kan påberope som en unnskyldningsgrunn. Dette står i kontrast til entrepriseretten, der majoriteten av krav gjerne er av ren økonomisk karakter, og er relatert til at prosjektet blir dyrere å gjennomføre enn

¹⁴⁸ Se Salhus Flytebru-dommen, jf. punkt 2.2.2 ovenfor.

¹⁴⁹ Rt. 1999 s. 922 på s. 933-934.

¹⁵⁰ Se avhandlingen punkt 2.5.3 ovenfor.

forutsatt. Sondringen mellom personskadeelementet og entrepriserettens renere økonomiske krav, kan i seg selv tale for at det anvendes et noe mindre strengt utviklingsrisikobegrep på entrepriserettens område enn innen produktansvarsretten.

Sammenfatningsvis mener jeg gode grunner taler for at reell utviklingsrisiko i entrepriseretten defineres som *risikoen for at en byggemetode på byggetidspunktet, ut i fra en vurdering av eksisterende tilgjengelig nasjonal og internasjonal kunnskap, allikevel leder til mangelfullt resultat*. Annerledes uttrykt kan dette formuleres slik at kunnskap som ikke var tilgjengelig for entreprenøren på byggetidspunktet, er den eneste kunnskapssvikten som kan danne grunnlag for reell utviklingsrisiko som unntas fra entreprenørens resultatforpliktelse.

Det neste sentrale spørsmålet er hvordan risikoplasseringen skal være i de ulike kontraktstyper som drøftes i denne avhandlingen. Hvor utviklingsrisikoen skal plasseres, må i første rekke avgjøres basert på en tolkning og vektning av det foreliggende rettskildematerialet, samt ulike rimelighetshensyn.

En risikoplassering som innebærer at byggherren skal bære utviklingsrisikoen i næringsentrepriser, avviker fra ordlyden i NS 8407 pkt. 42.1 og NS 8405 pkt. 36.1. Basert på den omtalte rettspraksis og juridisk teori (jf. punktene 2.2 og 2.4 ovenfor), synes dette likevel å være hovedregelen. De hovedhensyn Barbo angir som begrunnelse for denne løsningen er velbegrunnet. Jeg er enig i at hensynet til at byggetekniske utvikling også bidrar til fremvekst av samfunnsøkonomisk hensiktsmessige løsninger, og bør få betydning for risikoplasseringen for utviklingsfeil. Imidlertid må utviklingsrisikobegrepet etter min mening tolkes snevrere enn Barbo skisserer, slik at prinsippet ikke representerer et for stort innhugg i det som presumeres å være entreprenørens resultatforpliktelse.

Hva gjelder forbrukerentrepriser kan det reises klare innvendinger mot at forbrukervernet blir tilstrekkelig ivaretatt dersom en slik løsning som skissert ovenfor legges til grunn. Dette har ikke lovgiverne eller domstolene tatt uttrykkelig stilling til. Ved vurderingen bør det etter min oppfatning sees hen til at entreprenørene opptrer i næringsvirksomhet, og følgelig er den eneste kontraktsparten som har en teoretisk mulighet til å innkalkulere risikoen i sitt fortjenestelement. Det bør også legges til grunn at lovens tilfeller er knyttet til oppføring av det som regulært er forbrukerens hjem, hvilket for de fleste utgjør et grunnleggende og nødvendig velferdsgode av stor betydning.

Hvis man legger til grunn at entreprenøren skal bære utviklingsrisikoen i forbrukertilfellene, vil dette være i samsvar med ordlyden i mangelsbestemmelsen som etter en tolkning taler for at entreprenøren har en resultatforpliktelse for utviklingsfeil, jf. buofl. § 25. Videre er entreprenøren dessuten nærmest til å tegne forsikring som dekker eventuelle tap som følge av

utviklingsrisiko, slik at pulveriseringshensyn også trekker i retning av at entreprenøren bærer risikoen i forhold til forbrukeren. Samlet mener jeg at en løsning der risikoen for utviklingsfeil i kontrakter omfattet av bustadoppføringslova påhviler entreprenøren er den tolkningen som harmonerer best med lovgivers ønske om at loven skal ivareta forbrukerens særlige behov for vern.

Prinsipielt sett er det ikke noe til hinder for at risikoplasseringen for utviklingsfeil plasseres ulikt avhengig om det er næringsentreprisekontrakt eller forbrukerentreprisekontrakt, men det kan tenkes tilfeller hvor dette kan bli ugunstig for entreprenøren. Dette kan særlig komme på spissen der entreprenøren har inngått en forbrukerentreprisekontrakt med forbruker som sluttkunde, samt kontrakt med en eller flere underentreprenører for å oppfylle sin forpliktelse overfor forbrukeren. Dersom man legger ovennevnte utgangspunkt til grunn, vil risikoen for utviklingsfeil på underentreprenørens hånd (mellom underentreprenør og entreprenør) påhvile entreprenøren, som i deres relasjon besitter den kontraktuelle byggherreposisjonen. Normalt sett ville entreprenøren kunne påberopt utviklingsrisikosynspunkter som unnskyldningsgrunn for at kontraktens krav ikke er oppnådd også i relasjon til sluttbrukerbyggherren, som i et næringsforhold ville båret risikoen overfor ham. Dersom sluttbruker rent faktisk er en forbruker, vil entreprenøren etter ovennevnte bli sittende med risikoen, ettersom denne ikke kan veltes over på forbruker.

På dette grunnlag mener jeg at det er et klart behov for kontraktuell håndtering av utviklingsrisikospørsmålet i NS 8407 og NS 8405. Etter mitt skjønn er det vanskelig å opprettholde en praksis som tilsier at byggherren etter disse kontraktene skal bære utviklingsrisikoen, ettersom dette fordrer en mer eller mindre direkte ordlydsstridig tolkning, jf. NS 8407 pkt. 42.1 og NS 8405 pkt. 36.1.¹⁵¹ Å inkludere en bestemmelse som definerer og regulerer plasseringen av utviklingsrisiko, vil etter min oppfatning bidra til å realisere standardkontraktenes formål om å bidra til klarhet og forutberegnelighet i kontraktsforholdet.

¹⁵¹ Se avhandlingens punkt 3.2.2 og 4.2.2 ovenfor.

Kilderegister

6.1 Lover

Bustadoppføringslova (buofl.)	Lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)
Produktansvarsloven (prodansl.)	Lov av 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar (produktansvarslova eller prodansvl.)

6.2 Forarbeider

Innst. O. nr. 61 (1996-1997)	Innst. O. nr. 61 (1996-1997) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bolig m.m. (boligoppføringsloven).
NOU 1992: 9	NOU 1992: 9 Forbrukarentreprise lov
NOU 1993: 20	NOU 1993: 20 Kjøp av ny bustad
Ot.prp. nr. 21 (1996-1997)	Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m. m. (bustadoppføringslova).

6.3 Norske Standarder

NS 3431	Norsk Standard 3431:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise.
NS 8401	Norsk Standard 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekterings oppdrag.

NS 8405	Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.
NS 8407	Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

6.4 Rettsavgjørelser og voldgiftsdom

Frostating lagmannsretts dom av
13. juli 1977 (ankesak nr. 62/1976)

LH-2007-102419 ("Hammerfest Flerbrukshall")

Rt. 1917 s. 678

Rt. 1968 s. 783 ("Byggmesterdommen")

Rt. 1981 s. 1047

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 1999 s. 922 ("Salhus Flytebru-dommen")

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2010 s. 1104

Rt. 2012 s. 1729 ("Mika dommen")

TOSLO-2007-110178 ("Akershus festning")

Voldgiftsdom av 25/3-83

6.5 Juridisk teori

Barbo (1990)

Barbo, Jan Einar: *Totalentreprise, særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*, Tano Aschehoug, Oslo, 1990.

- Boe (2012) Boe, Erik: *Rettskildelære under debatt*, Oslo, 2012.
- Eckhoff v/Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, 2001.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend: *Kontraktsforpliktelser*, Cappelen Damm Akademisk, 2. utgave, Oslo, 2013.
- Hagstrøm (1997) Hagstrøm, Viggo: *Entrepriserett - Utvalgte emner*, Vindern forlag, Oslo, 1997.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget, 2. utgave, Oslo, 2011.
- Hagstrøm, Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, Universitetsforlaget, Oslo, 2014.
- Lødrup (2009) Lødrup, Petter: *Lærebok i erstatningsrett*, 2009.
- Marthinussen m.fl. (2010) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans Jørgen Arvesen: *Kommentarutgave til Norsk standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt*, Gyldendal Akademisk, Oslo, 2010.
- Nordtvedt m.fl. (2013) Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik m.f.: *NS 8407: Almennelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, kommentarutgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 2013.
- Rognlien (1992) Rognlien, Stein: *Produktansvaret: lov, konvensjoner og lovvalg*, Oslo, 1992.
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore: *Entreprenørrisikoen*, Tanum, Oslo, 1966.

Simonsen (2011/2015)

Simonsen, Lasse: *Bustadoppføringslova*, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2011/2015.

6.6 Dansk entrepriserettslig teori

Buch (2007)

Buch, Anders Vestergaard: *Entrepriseretlige mangler – kravene til entreprenørens ydelse*, ph.d.-afhandling, dansk, 2007.

Hørlyck (2014)

Hørlyck, Erik. *Entreprise med kommentarer af Erik Hørlyck*, 7. udgave, dansk, 2014.

Vagner (2005)

Vagner, Hans Henrik: *Entrepriseret*, 4. udgave ved Torsten Iversen, dansk, 2005.

6.7 Internettside

Stephensen, Corinne Silden (2014)

<http://byggejuss.no/kort-om-utviklingsrisikoen-i-entrepriseretten/>

6.8 Masteravhandling

Holdt, Julie Cathrine (2010).

Holdt, Julie Cathrine: *Prosjekteringsrisiko – en sammenligning av rådgivers og totalentreprenørs prosjekteringsforpliktelser*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2010. Masteroppgave.