

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Byggherrens opplysningsplikt i entrepriseforhold

Særlig om biforpliktelsens innhold i næringsentreprisekontrakter

Kandidatnummer: 567

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 17681



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Begrepsbruk.....	2
1.3	Avgrensninger .....	3
1.4	Den videre fremstillingen .....	4
<b>2</b>	<b>RETTSKILDEBILDE OG METODE.....</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>BYGGHERRENS OPPLYSNINGSPLIKT I ENTREPRISEFORHOLD.....</b>	<b>7</b>
3.1	Innledning.....	7
3.2	Hensyn .....	8
3.3	Partenes risikoområder og funksjonsfordeling .....	10
3.4	Når foreligger det en opplysningsplikt? .....	10
3.5	Opplysningsplikt regulert i standardkontraktene.....	11
3.6	Vilkårene for opplysningsplikt .....	13
3.7	Gjenstand for opplysningsplikt.....	14
3.8	Den objektive vurderingen .....	18
	3.8.1 Innvirkningskriteriet.....	19
	3.8.2 Forventningskriteriet .....	22
3.9	Den subjektive vurderingen.....	24
	3.9.1 Identifikasjon.....	28
3.10	Avtalt risikoforskyvning.....	30
3.11	Rettsvirkninger .....	33
<b>4</b>	<b>SÆRLIG OM KONTRAKTER INNGÅTT ETTER ANBUDSKONKURRANSE</b> <b>.....</b>	<b>35</b>
4.1	Det objektive tolkningsprinsipp.....	36
4.2	Uklarhetsprinsippet.....	37
4.3	God-tro standarden .....	40
4.4	Påvirker anbudsretten den entrepriserettslige opplysningsplikten?.....	42
<b>5</b>	<b>KONKLUSJON .....</b>	<b>48</b>
<b>6</b>	<b>KILDER .....</b>	<b>51</b>
6.1	Lover.....	51

6.2	Forskrifter .....	51
6.3	Rettsavgjørelser .....	51
6.4	Forarbeider.....	52
6.5	Standardkontrakter.....	52
6.6	Råds- og nemdsavgjørelser.....	53
6.7	EU domstolen .....	53
6.8	Litteratur .....	53
6.9	Andre kilder .....	55

# 1 Innledning

Bygge- og entrepriseretten dreier seg om arbeider som skal foretas på landjorden. Slike arbeider kan være alt fra tunnelbygging til kaianlegg, herunder nybyggings-, reparasjons-, vedlikeholds- og ombyggingsarbeider. Karakteristisk gjelder rettsområdet for tilfeller der en part (entreprenøren) tar på seg gjennomføringen av bygge- eller anleggsarbeid for den andre parten (byggherren).<sup>1</sup> Slike kontrakter har et stort omfang, der både private og statlige aktører deltar. Rettsområdet har dermed stor samfunnsmessig betydning.

Lojalitet mellom partene i en kontrakt har tradisjonelt vært betraktet som en viktig del av både avtaleretten og obligasjonsretten. I kontraktsforhold har partene plikter og rettigheter. Kontrakten regulerer normalt det vi betegner som hovedforpliktelsen. I tillegg til dette har partene i kontrakten enkelte biforpliktelser, som ofte ikke er kontraktsfestet. Lojalitetsplikten er en slik biforpliktelse. Den innebærer at partene i visse tilfeller har en plikt til å ta rimelig hensyn til og ivareta den annen parts interesser.<sup>2</sup> Opplysningsplikten, som er temaet for denne avhandlingen, er et utslag av dette prinsippet.

I nyere tid har anbudskonkurranser blitt en vanlig kontraktsinngåelsesprosedyre. For det offentlige har EU- og EØS-retten spilt en stor rolle i lovgivningen. Statlige aktører er nå pålagt å gjennomgå en formalisert kontraktsinngåelsesprosedyre før de går til anskaffelse av varer eller tjenester.<sup>3</sup> Private aktører kan velge å avtale seg inn i et slik system<sup>4</sup>, noe som har blitt relativt vanlig. Som vi skal se videre i avhandlingen kan slike kontraktsinngåelsesprosedyrer påvirke lojalitetsplikten til partene i kontrakten.

## 1.1 Tema og problemstilling

Utgangspunktet i norsk rett er at det ikke er en generell opplysningsplikt for partene i et kontraktsforhold. Partene bærer selv risikoen for egne forutsetninger og forventninger.<sup>5</sup> Imidlertid kan reglene omkring opplysningsplikt modifisere dette utgangspunktet.

---

<sup>1</sup> Se NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt pkt. 1, NS 8406:2011 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt pkt. 1 og protokollen til NS 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise. Se også lov 13. Juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) § 1

<sup>2</sup> Se Nazarian (2007) s. 29

<sup>3</sup> Se lov 16 juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 3 jf. § 2

<sup>4</sup> Standard Norge har utformet to standarder med tanke på private anbudskonkurranser se NS 8400:2005 og NS 8410:2005 for konkurranse med forhandlet prosedyre

<sup>5</sup> Se for eksempel Rt. 2002 s. 1110 på side 1118

For det første kan partene avtale en plikt til å gi opplysninger. Standardkontraktene som benyttes i entreprisedokumenter inneholder gjerne bestemmelser som fastlegger hvilke plikter partene har til å opplyse om konkrete forhold. For det andre følger det av en rekke bestemmelser i kontraktslovgivningen når en part plikter å gi opplysninger til medkontrahenten.<sup>6</sup> For det tredje vil det på ulovfestede områder gjelde en plikt til å gi opplysninger til medkontrahenten i medhold av praksis utviklet omkring avtaleloven § 33 samt den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

Det siste punktet er temaet for avhandlingen. Imidlertid vil eksempler fra standardkontraktene bidra til å kaste lys over plikten til å gi opplysninger, og vil derfor omtales kort.

Avhandlingen tar for seg det sentrale innholdet i opplysningsplikten for byggherren der dette ikke er kontraktsfestet. I dette ligger spørsmålene om hva det skal opplyses om, når opplysningene må foreligge, vilkårene som oppstilles for å anse plikten som misligholdt, hvilken aktsomhet som kreves av byggherren samt hvilke rettsvirkninger som knyttes til brudd på opplysningsplikten. Det vurderes om reglene for misligholdt opplysningsplikt på byggherrens hånd skiller seg fra hva som følger av alminnelig kontraktsrett, og om det er ytterligere forskjeller når kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse.

## 1.2 Begrepsbruk

Opplysningsplikt forstås som en plikt til å gi opplysninger om vesentlige forhold som ville virket inn på avtalen. Videre må entreprenøren hatt grunn til å regne med å få opplysningen, samt at byggherren burde (eller måtte) kjent til forholdet.<sup>7</sup> Opplysningsplikten knytter seg til om medkontrahenten kan utlede et rettslig krav begrunnet i at motparten har holdt tilbake opplysninger.

Opplysningsrisiko gjelder spørsmålet om hvem som bærer risikoen for uriktige eller villedende opplysninger. I disse tilfellene må opplysninger faktisk være gitt.

---

<sup>6</sup> Se Lov 3. juli 1992 nr. 93 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) § 3-7, lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) § 26, lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) § 19, lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven) § 2-4, lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 16 bokstav b (avviker hva gjelder skyldkravet) og lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 19 (1) bokstav b ("som den er" kjøp), det samme kravet kan utledes av avtaleloven § 33

<sup>7</sup> Denne forståelsen av opplysningsplikten er utviklet på grunnlag av avtaleloven § 33, og er i teorien forstått slik at det inneholder tre kumulative vilkår. Se for eksempel Hagstrøm (2011) s. 141 flg.

Opplysningssvikt forstås som en fellesbetegnelse som omfatter både det forhold at en opplysning er tilbakeholdt, og at det er gitt uriktige eller villedende opplysninger om forhold som har hatt betydning for kontrakten.

Med utførelsesentreprise menes tradisjonelt at byggherren har ansvaret for prosjekteringen. Entreprenøren utfører det som er beskrevet i planer og tegninger. En slik funksjonsfordeling er forutsatt i Norsk Standard (i det videre betegnet som NS) 8405 punkt 1. der entreprenøren påtar seg utførelsen av arbeidet, og *”hvor det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren.”*

Totalentreprise skiller seg fra utførelsesentreprise ved at entreprenøren tar på seg både prosjekteringen og utførelsen. Alt det vesentlige av prosjektering og utførelse inngår i kontrakten mellom partene og entreprenøren må ha påtatt seg store deler av prosjekteringsrisikoen. Dette er også forutsatt i NS 8407 der det forklares i protokollen at entreprenøren *”tar på seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid.”*

Funksjonsfordeling forstås som den arbeidsfordeling og de innsatsfaktorer som følger av kontrakten og forholdet mellom partene.<sup>8</sup>

Anbudskonkurranse forstås som en formbundet fremgangsmåte ved tildeling av oppdrag om levering av varer, utførelse av en tjeneste eller entreprisooppdrag for en anbudsinbyder.<sup>9</sup>

### **1.3 Avgrensninger**

Avhandlingen tar i hovedsak for seg næringsentrepriser regulert av NS 8405 og NS 8407. Det avgrenses derfor mot forbrukerentrepriser som reguleres av bustadoppføringslova. Videre behandles opplysningsplikten på byggherrens hånd, noe som gjør at eventuelle plikter for entreprenøren til å opplyse om forhold holdes utenfor avhandlingen.

Byggherrens misligholdte opplysningsplikt grenser ofte mot eller glir over i tilfeller der det er gitt uriktige eller villedende opplysninger, samt der det foreligger bristende forutsetninger. Avhandlingen tar for seg opplysningsplikten, og det vil derfor avgrenses mot opplysningsrisiko og bristende forutsetninger.

---

<sup>8</sup> Jf. Rt. 1917 s. 673

<sup>9</sup> <https://snl.no/anbudskonkurranse>

## 1.4 Den videre fremstillingen

De hensyn som begrunner opplysningsplikten vil drøftes i punkt 3.2. For å forstå hvordan opplysningsplikten kan forskyve risikoen slik den er avtalt i kontrakten, behandles partenes risikoområder og funksjonsfordeling i punkt 3.3. Videre behandles spørsmålet om når en opplysning må være gitt for å unngå beføyelser i punkt 3.4. Deretter vil et eksempel på regulering i standardkontrakten trekkes frem i punkt 3.5. Punkt 3.6 til 3.9 behandler vilkårene for opplysningsplikt, herunder hva som er gjenstand for en slik plikt, den objektive vurderingen og den subjektive vurderingen. Deretter drøftes tilfeller der en avtalt risikoforskyvning foreligger i punkt 3.10. Rettsvirkningene av en misligholdt opplysningsplikt vurderes i punkt 3.11. Til slutt behandles de særlige spørsmål som reiser seg dersom kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse i punkt 4 flg.

Først vil imidlertid avhandlingens rettskildebilde og metodespørsmål gjennomgås nedenfor i punkt 2.

## 2 Rettskildebilde og metode

Entrepriseretten er en spesiell del av obligasjonsretten. Til tross for at rettsområdet har stor betydning og høyt konfliktnivå er det ikke lovfestede regler for næringsentrepriser. Regulering av entreprisekontrakter for forbrukere er lovfestet i bustadoppføringslova.<sup>10</sup>

På grunn av manglende lovgivning i næringsentrepriser vil kontrakten være den primære rettskilden. Videre har standardkontrakter, utviklet av Standard Norge, tradisjonelt fylt tomrommet til lovgivningen.<sup>11</sup>

Standardkontraktene fremforhandles av representanter for de ulike aktørene som normalt er parter i bygge- og entreprisekontrakter. Sammensetningen av komiteen underbygger en balansering av de ulike interessene som gjør seg gjeldende.<sup>12</sup> Ofte betraktes standardkontraktene som en kontraktsfesting av gjeldende obligasjonsrettslige prinsipper som uansett vil kunne anvendes<sup>13</sup>. Likevel er en del spesialregulering avtaleskapt og ikke en del av de alminnelige prinsippene. Ettersom de forskjellige standardene ikke kan betraktes som en ren kodifisering av bakgrunnsretten, er det nødvendig med inkorporering i partenes kontrakt

---

<sup>10</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

<sup>11</sup> Bruserud (2014) s. 25

<sup>12</sup> Bruserud (2014) s. 25

<sup>13</sup> Jf. Rt. 1967 s. 1248

for at standardene skal kunne anvendes. Det er antatt i juridisk teori at en ren henvisning i avtalen er tilstrekkelig.<sup>14</sup> Videre kan etablert praksis mellom de kontraherende også betraktes slik at standardene kommer til anvendelse.<sup>15</sup>

For avhandlingen har særlig alminnelige- og entrepriserettslige prinsipper betydning. Der en plikt til å gi opplysninger ikke fremkommer av kontrakten, vil det være slike prinsipper som regulerer rettigheter og plikter i forholdet mellom partene. Etter vanlig rettskildelære har slike prinsipper relevans, og vekten vil ofte bero på hvilke andre kilder og hensyn som gjør seg gjeldende.

Nærliggende rettsområder er videre en kilde som kan få betydning ved fastleggelsen av rettsforholdet mellom partene, når alminnelige prinsipper ikke er til hjelp. For avhandlingen har særlig kontraktsrettslovene betydning. Lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis bidrar til å klarlegge innholdet i opplysningsplikten.

Rettspraksis er en kilde som etter alminnelig rettskildelære har stor betydning. For spørsmål som dreier seg om misligholdt opplysningsplikt vil særlig rettspraksis benyttes for å fastslå grensene for opplysningsplikten. I entrepriseretten har sakstilfanget vært relativt beskjedent. Dette har forbindelse med at tidligere standardkontrakter har inneholdt voldgiftbestemmelser. Det har ført til at saker som regel ikke har kommet opp for de ordinære domstolene. Voldgiftsavgjørelser er ofte ikke offentlige, noe som igjen begrenser rettskildebildet. En slik begrensning fører til at det i avhandlingen ofte må trekkes veksel på rettspraksis fra andre kontraktsrettslige områder.

At det foreligger få Høyesterettsavgjørelser vil muligens endres i tiden fremover. Nå er det innført regler gjennom standardkontraktene av nyere dato hvor de ordinære domstolene er primær tvisteløsningsarena.<sup>16</sup> For utførelsesentrepriser skal saker over 100 G fremdeles avgjøres ved voldgift<sup>17</sup>, men summen fører til at saken skal ha et visst omfang før voldgift anvendes. For totalentrepriser går ”*enhver tvist*” for ordinær domstol, jf. NS 8407 pkt. 50.4, men det kan avtales at tvisten skal avgjøres ved voldgift.

---

<sup>14</sup> Bruserud (2014) s. 27

<sup>15</sup> Bruserud (2014) s. 27

<sup>16</sup> Kontraktene legger primært opp til minnelig løsning og oppmannsavgjørelse, men sett bort i fra dette vil det være ordinær domstol som gjelder, jf. NS 8405 pkt. 43.1, 43.2, 43.3 og 43.4., NS 8407 pkt. 50.1, 50.3.1 og 50.4

<sup>17</sup> Jf. NS 8405 pkt. 43.4 første ledd



Videre er hovedregelen nå at voldgiftsavgjørelser ikke er underlagt taushetsplikt.<sup>18</sup> Offentlige avgjørelser kan lettere være med å styre rettsutviklingen. Ser vi fremover vil trolig både avgjørelser fra ordinære domstoler og voldgiftsavgjørelser være med å prege rettskildebildet i større grad enn tidligere. Hvordan anbudskonkurranser påvirker tolkningen av kontrakten, er et eksempel på saker for Høyesterett som har preget entrepriseretten i senere tid, se Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke), Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt) og Rt. 2012 s. 1729 (Mika). Disse dommene vil bli behandlet senere i avhandlingen.

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BFJR) er et tvisteløsningsorgan for bygge- og anleggsbransjen i Norge. Etter henvendelse yter rådet bistand i konfliktsituasjoner, og er antatt å ha stor faglig tyngde. Høyesterett har ofte benyttet seg av uttalelser fra BFJR i vanskelige saker, som vi skal se videre i avhandlingen. Den faglige tyngden samt den høye sakstilgangen bidrar til at uttalelsene kan vektlegges.

Juridisk litteratur på entrepriserettens og kontraktsrettens område er benyttet i avhandlingen som en støtte for vurderingene. Misligholdt opplysningsplikt er å betrakte som et prinsipp. Dette gjør at teoretiske fremstillinger kan være med på å legge føringer på forståelsen av prinsippet. Likevel vil den rettskildemessige relevansen av juridisk litteratur antagelig avhenge av argumentasjonsverdien.

Utenom de rene entrepriserettslige spørsmålene avhandlingen berører, vil også anskaffelsesrettens kilder ha betydning for avhandlingen.

Offentlige anskaffelser er regulert i lov, se lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven). Sammen med forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser regulerer loven hva som er tillatt i en anbudskonkurranse der staten er oppdragsgiver. Reguleringen omhandler grunnleggende krav til prosessen, prosessuelle regler og bestemmelser om sanksjonering av brudd på regelverket. De detaljerte reglene for anskaffelse finner vi i forskriften. Lovens ordlyd samt forskriftsverket er en viktig rettskilde etter tradisjonell rettskildelære. Videre kan forarbeidene til loven være med på å kaste lys over lovens bestemmelser.

Ulovfestede anbudsrettslige regler utviklet av domstolene er en rettskilde med stor vekt. Der verken lov eller forskrift angir løsning på et problem, vil alminnelige prinsipper kunne anvendes. Rettspraksis er også av stor betydning. Innenfor anskaffelsesretten er det imidlertid

---

<sup>18</sup> Lov om voldgift av 14. Juli 2004 nr. 25 (voldgiftsloven) § 5 første ledd. Dette kan fravikes ved avtale se § 2

ikke et stort antall høyesterettsavgjørelser, tatt i betraktning omfanget av rettsområdet. Likevel vil noen av de ovenfor nevnte dommene ha betydning for denne avhandlingen.

Videre er det opprettet en klagenemd for offentlige anskaffelser (KOFA).<sup>19</sup> Nemda er et uavhengig statlig organ som har i oppgave å gi rådgivende uttalelser ved eventuelle brudd på regelverket. Rådets uttalelser kan i rettskildebildet betraktes som et utslag av festnet praksis eller anvendes etter argumentasjonsverdien i uttalelsene.

For private anskaffelser vil i utgangspunktet kontrakten være den primære rettskilden i tråd med entrepriseretten ellers. NS 8400 regulerer private anbudskonkurranser. Standarden antas langt på vei å være en kontraktsfesting av allerede gjeldende anbuksrettslige prinsipper. Der noe ikke er regulert i kontrakten, vil det være slike alminnelige prinsipper man normalt faller tilbake på. Videre må det antageligvis være mulig å legge vekt på rettspraksis og uttalelser som dreier seg om offentlige anskaffelser, så lange det leses i lys av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på dette rettsområdet.

### **3 Byggherrens opplysningsplikt i entrepriserforhold**

#### **3.1 Innledning**

Opplysningsplikten har utviklet seg med utgangspunkt i avtaleloven § 33 som lyder slik:

*”Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheder, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.”*

Bestemmelsen er en rettslig standard, og det må foretas en skjønnsmessig bedømmelse, jf. ordlyden ”redelighet”.<sup>20</sup> For at en part skal kunne sies å ha misligholdt sin opplysningsplikt etter avtaleloven § 33, må løftemottagerens tilbakehold av opplysninger kunne karakteriseres som uredelig.<sup>21</sup> I senere tid har det blitt vanlig å se på opplysningsplikten som et konkret utslag av den mer generelle lojalitetsplikten.

---

<sup>19</sup> Anskaffelsesloven § 12, forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser.

<sup>20</sup> Giertsen (2012) s. 167

<sup>21</sup> Giertsen (2012) s. 175

Typesituasjonen det siktes til i denne oppgaven er der byggherren har undersøkt forholdene på forhånd og besitter mer eller mindre sikker informasjon, men gir ikke fra seg opplysningene til entreprenøren. Entreprenøren har gjort sine egne vurderinger på tilgjengelige data, men disse er ikke sammenfallende med de forholdene som faktisk foreligger.<sup>22</sup> Man skulle tro at slike situasjoner sjelden forekommer. Om dette sier Skurnes og Kobbe:

*”Rent umiddelbart skulle man kanskje tro at byggherrer sjelden holder tilbake data og opplysninger de har samlet inn eller har lett tilgjengelig. Det er ikke tilfellet. Også, og kanskje særlig blant store og profesjonelle byggherrer, ser vi en tendens til å `gi fra seg så lite som mulig, om noe i det hele tatt`”<sup>23</sup>*

En mulig begrunnelse er den risikoeksponeringen man eventuelt utsetter seg for ved at byggherren svarer for riktigheten av informasjonen som gis.<sup>24</sup> I andre tilfeller kan det være slik at byggherren ikke skjønner at opplysningene har betydning for entreprenøren, eller at han ikke har innsikt i hva entreprenøren som fagprofesjonell trenger av opplysninger.

### **3.2 Hensyn**

Generelt i kontraktsforhold vil det være opp til hver av partene å ivareta sine egne interesser. En naturlig del av dette er at den enkelte part har et ønske om å oppnå en best mulig posisjon for seg selv. Imidlertid har det utviklet seg en norm der partene i noen situasjoner har en plikt til å ivareta den andre partens interesser. Denne normen kalles for den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Opplysningsplikten kan ses som et utslag av dette prinsippet.

Dersom man ikke hadde hatt en opplysningsplikt kunne utfallet vært at det var nødvendig med en meget omfattende regulering av avtaleforholdet. Videre kunne partene hatt vanskeligere for å ta risikoen ved å inngå en avtale eller at parten øker risikopåslaget i kalkylene som gjøres. Et siste alternativ er at den ene parten bare gambler på at medkontrahenten er oppriktig på alle punkter. Det vil altså være i samfunnets interesse at vi har en opplysningsplikt. Som Nazarian uttrykker det i forbindelse med lojalitetsplikten:

*”Et av de viktigste formålene med den formuerettslige reguleringen i helhet må være at reglene skal legge grunnlaget for et velfungerende omsetnings- og kredittliv.”<sup>25</sup>*

---

<sup>22</sup> Slik presiserer også Skurnes og Kobbe i *På rett grunn* (2010) s. 410

<sup>23</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 411

<sup>24</sup> Jf. alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper samt NS 8405 pkt. 19.2 og 19.3, NS 8407 pkt. 23.1 femte ledd

<sup>25</sup> Nazarian (2007) s. 160

For en hensiktsmessig avvikling av entreprisekontrakter må man kunne gå ut i fra at den andre parten opptrer lojalt i kontraktsforholdet. Dersom dette ikke følges vil reglene omkring misligholdt opplysningsplikt være riset bak speilet.

Et annet hensyn bak opplysningsplikten kan være den kostnadsbesparende effekten den har.<sup>26</sup> Dette skjer gjennom at parten som har opplysninger og informasjon gir dette til medkontrahenten i stedet for at medkontrahenten blir nødt til å gjennomføre kostbare undersøkelser. Dette hensynet kan særlig gjøre seg gjeldende der kontrakt er inngått etter anbuds-konkurranse. Samfunnsøkonomiske hensyn taler for at byggherren skal informere, i stedet for at alle potensielle tilbydere må gjøre hver sin individuelle undersøkelse.

Samfunnsøkonomiske hensyn gjør seg også gjeldende der kontrakt inngås uten anbudskonkurranse. Som oftest vil det være byggherren som har tid og mulighet til å gjennomføre undersøkelser ettersom han planlegger gjennomføringen av prosjektet. I tillegg vil byggherren ha en egennytte av opplysningene som innhentes når han skal vurdere og ta avgjørelser om prosjektet.

På den annen side kan opplysningsplikten øke kostnadene hvis den blir for streng.<sup>27</sup> Det kan ikke kreves at det skal innhentes informasjon og opplyses om alle mulige forhold. Da vil det koste mer enn hva som kan sies å være nødvendig. Undersøkelser koster penger. Dersom det kreves av byggherren at han må innhente informasjon om alle forhold som muligens kan ha betydning, blir det fort dyrt. Terskelen for hvor streng opplysningsplikten skal være må veies opp mot dette hensynet.

Videre ligger hensynet til å avverge konflikter bak opplysningsplikten.<sup>28</sup> Plikten til å gi opplysninger fører til at partene kan vurdere sin egen posisjon og risiko. Dette kan bidra til færre konflikter i kontraktsforholdet. Videre har entreprenøren bedre muligheter til å forutberegne sin posisjon dersom plikten overholdes. Hensynet til forutberegnelighet gjør seg altså gjeldende. Likeså ligger det et poeng i å ivareta hensynet til en parts berettigede forventinger. Er opplysningene av en slik karakter at entreprenøren har en berettiget forventning om å bli informert om forholdet, bør reglene beskytte entreprenøren.

---

<sup>26</sup> Nazarian (2007) s. 168

<sup>27</sup> Nazarian (2007) s. 168

<sup>28</sup> Nazarian (2007) s. 170

### 3.3 Partenes risikoområder og funksjonsfordeling

Utgangspunktet er at risikomaterialiseringen vil ha betydning for hvilke krav entreprenøren kan rette mot byggherren. Normalt er det tre risikoområder i standardkontraktene; byggherresisiko, entreprenørrisiko og utenfrakommende forhold.

For å vurdere hvilket risikoområde man befinner seg innenfor må man tolke kontraktsbestemmelsene, og ofte gir standardkontraktene svar på dette.<sup>29</sup> Videre vil det generelle utgangspunktet i kontraktsretten veilede langt på vei. Partene bærer selv risikoen innenfor de funksjonene de skal fylle etter kontraktsforholdet.<sup>30</sup>

Entreprenøren har krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag for å kompensere for hindringer dersom hindringen oppstår innenfor byggherrens risikoområde.<sup>31</sup> Dersom hindringen oppstår innenfor entreprenørens risikoområde vil han ikke ha krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag. Er utenfrakommende forhold skyld i problemene vil entreprenøren ha krav på fristforlengelse, men ikke tilleggsvederlag. Risikoen er altså delt mellom byggherren og entreprenøren i det siste tilfellet.

Som nevnt vil risikomaterialiseringen ha betydning for hvilke krav entreprenøren kan rette mot byggherren. Imidlertid kan reglene om opplysningsplikt modifisere dette utgangspunktet.<sup>32</sup> Gjelder opplysningene forhold innenfor byggherrens risikoområde, vil ikke reglene om opplysningsplikt ha særlig selvstendig betydning. Dette skyldes at det allerede vil være et berettiget krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse som følge av risikomaterialisering på byggherrens område. Dersom opplysningene knytter seg til noe som normalt er entreprenørens risiko, eller eventuelle utenfrakommende forhold, vil en misligholdt opplysningsplikt kunne føre til krav om tilleggsvederlag og fristforlengelse som ikke følger av den alminnelige funksjonsfordelingen. Hvis man først finner at det skal oppstilles en opplysningsplikt for byggherren, kan forholdet også betraktes som om funksjonsfordelingen er forskjøvet, eller at funksjonsfordelingen i kontrakten er riktig fastlagt.

### 3.4 Når foreligger det en opplysningsplikt?

En opplysningsplikt kan foreligge både før kontrakten inngås og underveis i gjennomføringen av kontrakten. Avhandlingen tar for seg den opplysningsplikten som gjelder *før* inngåelse av

---

<sup>29</sup> Se for eksempel NS 8405 punkt 19.3 andre ledd

<sup>30</sup> Jf. Rt. 1917 s. 673 (Monierfabrikken)

<sup>31</sup> NS 8405 punkt 24.1 og punkt 25.2 NS 8407 punkt 33.1 og punkt 34.1

<sup>32</sup> For en nærmere drøftelse av rettsvirkningene se pkt. 3.11

kontrakten. For at opplysningsplikten skal inntre må opplysningene det gjelder kunne antas å ha innvirket på avtalen.<sup>33</sup> Dette betinger at opplysningene skulle vært gitt før kontraktsinngåelse. Det er videre en forutsetning at kontrakten faktisk inngås, noe som fører til at temaet ligger på siden av det som tradisjonelt betegnes som prekontraktuelt ansvar.<sup>34</sup>

For at byggherren skal unngå å misligholde sin opplysningsplikt er det da nødvendig at opplysningene gis før kontraktsinngåelse.

Det følger av både NS 8405 pkt. 5 og NS 8407 pkt. 3 at *”Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten.”* Brudd på lojalitetsplikten kan ofte gi seg utslag i brudd på andre bestemmelser i kontrakten, og må da vurderes etter disse. Er det slik at reglene ikke hjemler erstatning, kan bestemmelsene vist til over føre til erstatningsansvar likevel.<sup>35</sup> Utgangspunktet må tas i alminnelige lojalitetsbetraktninger, og plikten medfører at man må ta rimelig hensyn til og ivareta motpartens interesser. Imidlertid sier ikke standardene noe konkret utover det som følger av lojalitetsprinsippet, men kontraktsfestingen kan fungere som en påminnelse om allerede gjeldende plikter.

### **3.5 Opplysningsplikt regulert i standardkontraktene**

Både NS 8405 og NS 8407 inneholder reguleringer som viser til situasjonen før avtaleinngåelse, og som omhandler en plikt til å gi opplysninger. Opplysningsplikten gir seg utslag i bestemmelser i kontrakten. For å illustrere dette vil det her pekes på et eksempel.<sup>36</sup>

NS 8407 pkt. 23. 1 tredje ledd inneholder en bestemmelse der

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

Det fremkommer av bestemmelsen at det er tre forhold byggherren plikter å opplyse entreprenøren om. Det må opplyses om forhold ved grunnen – dette knytter seg til det konkrete arbeidsunderlaget. Her kan det for eksempel være snakk om spesielle ledninger i grunnen som krever større forsiktighet. Videre må det opplyses om byggeområdet og dets

---

<sup>33</sup> Rt. 1995 s. 1460 (Haugdom-dommen)

<sup>34</sup> Simonsen (1997) s. 5 flg.

<sup>35</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 87

<sup>36</sup> Her trekkes et eksempel fra NS 8407 frem. Bestemmelsen om risikoen for grunnforhold for utførelsesentrepriser finner vi i NS 8405 pkt. 19.3 andre ledd

omgivelser- vi ser altså at plikten til å opplyse om forhold utvides til å gjelde området det skal bygges i generelt og også omgivelsene. Dette er en naturlig utvidelse av plikten. Dersom byggherren er klar over at nabotomten har støtt på vanskeligheter i grunnen, er dette gjerne en indikasjon på hva som kan forventes på byggherrens grunn. Ordlyden er imidlertid ikke presis når det gjelder hvor langt bort fra byggetomten informasjonen det gjelder kan kreves gitt. Giverholt antar at forhold byggherren har kjennskap til i de nærmeste tomteområdene rundt byggegropen kan være av interesse for entreprenøren å få opplyst om.<sup>37</sup>

For at byggherren skal være pliktig til å gi slik informasjon må det være noe han har faktisk kunnskap om, jf. ordlyden ”*kjente...til*”. I noen tilfeller kan likevel plikten utvides til å gjelde forhold som byggherren måtte ha kjent til. Det fastslås en aktsomhetsnorm som gjør at plikten til å gi opplysninger utvides til forhold byggherren ”*måtte kjenne til*”. I teorien er dette forstått som et krav om grov uaktsomhet, og store deler av kontraktslovgivningen har et slik krav i bunnen.<sup>38</sup>

Opplysningsplikten begrenses til informasjon det er nærliggende ”*å anta*” at totalentreprenøren har ”*interesse av å få*”. Hva totalentreprenøren har ”*interesse av*” å få av informasjon kan ikke sies å legge store begrensninger på plikten. Enhver form for informasjon om grunnforholdene som byggherren besitter vil nødvendigvis være av interesse for totalentreprenøren.<sup>39</sup> Videre er ordlyden ”*anta at*”, noe som også legger terskelen lavt på hvilken informasjon som kan være av interesse for totalentreprenøren.

Byggherren har bare risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde ”*grunn til å regne med*”, jf. NS 8407 pkt. 23. 1 første ledd. Ved vurderingen hva entreprenøren hadde grunn til å regne med, vil tilbakeholdte opplysninger ha betydning, jf. fjerde ledd. Likevel vil totalentreprenørens undersøkelsesplikt i noen tilfeller modifisere opplysningsplikten, og pkt. 23. 1 andre ledd stiller krav til de undersøkelser og innhenting av informasjon totalentreprenøren må stå for selv. Når det skal vurderes hvem av partene som bærer risikoen for uventede forhold i grunnen må alle foreliggende opplysninger i saken tas i betraktning. Ofte vil løsningen bero på alminnelige lojalitetsbetraktninger.

Slik bestemmelsen er klarlagt over kan vi se at den bygger på hva som følger av alminnelige betraktninger om opplysningsplikt i kontraktsforhold. Den bærer dermed store likhetstrekk med hva som skal drøftes nedenfor for forhold som ikke direkte er regulert av kontrakten.

---

<sup>37</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 352

<sup>38</sup> For en nærmere vurdering av aktsomhetsnormen og hva som ligger i den se pkt. 3.9

<sup>39</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 352

### 3.6 Vilkårene for opplysningsplikt

Når vilkårene for en opplysningsplikt for byggherren skal klarlegges må først en forskjell fra hva som er den vanlige situasjonen i andre kontraktsforhold fremheves. Der opplysningsplikt er regulert i lovgivningen gjelder det ofte kjøp av en gjenstand eller fast eiendom m.m. Et brudd på opplysningsplikten medfører at forpliktelsens innhold må fastlegges etter det man på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente av ytelsen.<sup>40</sup> I vår situasjon er partskonstellasjonen annerledes. Spørsmålet er her om byggherren (reakreditor) har opplysningsplikt overfor entreprenøren (realdebitor). Denne forskjell i partskonstellasjonen kan føre til at man bør vise varsomhet med å trekke slutninger på bakgrunn av hva som følger av alminnelig kontraktsrett omkring opplysningsplikten. Det vil likevel være noen hovedpunkter som har så god rot i prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, den alminnelige redelighetsvurderingen etter avtaleloven § 33, og gjennomgående fellestrekk i den øvrige lovgivningen, at det kan være grunnlag for slike slutninger.

Utgangspunktet er at det ikke er et generelt krav om opplysningsplikt. Partene bærer selv risikoen for egne forutsetninger.<sup>41</sup> Dette utgangspunktet kan modifiseres der ytelsen ikke svarer til entreprenørens forventinger, og dette kunne vært forhindre gjennom opplysninger fra byggherren. Det må foreligge misligholdt opplysningsplikt. Betingelsen for et slikt forhold er i kontraktslovgivningen at opplysningene som er holdt tilbake må omhandle *vesentlige forhold* som ville *virket inn på avtalen*. Entreprenøren må ha hatt *grunn til å regne med å få* opplysningen, samt at byggherren *kjente eller burde (måtte) kjent til* forholdet.<sup>42</sup>

Ser vi bort fra en noe varierende formulering i regelverkene, følger noen tolkningsutgangspunkter fra rettspraksis og teori på det ulovfestede området. Særlig i avtaleloven § 33 finner vi tilsvarende regler om opplysningsplikt. Følgen av misligholdt opplysningsplikt vil her være at avtalen er ugyldig, mens i kontraktsretten vil misligholds-sanksjoner kunne gjøres gjeldende.

Når domstolen tar stilling til om en avtale er ugyldig kan den enten velge å begrunne det i avtaleloven § 33 eller den ulovfestede lojalitetsplikten, se Rt. 1995 s. 1460. I utgangspunktet skulle man kanskje tro at det ikke er nødvendig med en ulovfestet regel når man allerede har avtaleloven § 33 som skal fange opp nettopp en illojal oppførsel. Woxholth begrunner denne adgangen med at tradisjonen tilsier at avtaleloven § 33 normalt ikke anvendes

---

<sup>40</sup> Hagstrøm (2011) s. 147

<sup>41</sup> Se Rt. 2002 s. 1110 s. 1118 (Bodum)

<sup>42</sup> Se avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, håndverkertjenesteloven § 19, husleieloven § 2-4, forbrukerkjøpsloven § 16 bokstav b (avviker hva gjelder skyldkravet) og kjøpsloven § 19 (1) bokstav b ("som den er" kjøp), det samme kravet kan utledes av avtaleloven § 33



i kommersielle avtaleforhold. At Høyesterett da heller velger den ulovfestede lojalitetsplikten kan være en indikasjon på at de hopper over hvor ”gjerdet er lavest”.<sup>43</sup>

Antagelig er prinsippene om opplysningsplikt utformet med utgangspunkt i avtaleloven § 33, tilsvarende prinsippene om opplysningsplikt som konstituerer mislighold. Dette fordi det dreier seg om samme forhold, en redelighetsvurdering.<sup>44</sup> Det vil da ikke være formålstjenlig å bygge på ulike standarder for redelighet, og det er heller ingen spesielle hensyn som ville tale mot at samme vurdering legges til grunn.<sup>45</sup> Dermed vil praksis rundt avtaleloven § 33 kunne ha betydning for fastlegging av innholdet i en opplysningsplikt etter kontraktsretten og entrepriseretten spesielt.

### **3.7 Gjenstand for opplysningsplikt**

For å vurdere om det foreligger en opplysningsplikt må det først tas stilling til hvilke forhold entreprenøren kan forvente å få opplysninger om. Det må foretas en avgrensning av gjenstanden for opplysningsplikt.

I hovedsak vil de opplysningene som stammer fra byggherren dreie seg konkret om hva som skal bygges eller utføres, og krav til resultat.

I entrepriserforhold kan andre typiske forhold være byggetomtens beskaffenhet, grunnforhold, sjøforhold og informasjon om bygg som allerede er på tomten dersom det skal rehabiliteres eller ombygges. Andre opplysninger av betydning kan være bølgedønninger, klimaforhold, opplysninger fra konsulenter og rådgivere, den tiltenkte bruken, om det finnes truede dyrearter på området, og hvilken bruk grunnen har hatt før. Har tomten vært benyttet til for eksempel flyplass tidligere kan det bli problemer med forurensning i grunnen ol. Videre kan det være opplysninger om fornminner i grunnen og rør eller ledningsnett av betydning. Tidligere erfaringer med bruk av design og metoder kan det også være nødvendig å informere om.

Gjenstanden for opplysningsplikt avgrenses mot veiledning og rådgivning knyttet til om avtalen bør inngås i det hele tatt. Partene må selv vurdere om de er tjent med den avtalen som inngås.

Videre vil i utgangspunktet opplysningsplikten omhandle omstendigheter eller forhold, i hovedsak faktiske kjensgjerninger eller påviselige fakta. For eksempel eksistensen av forelig-

---

<sup>43</sup> Woxholth (2009) s. 326

<sup>44</sup> Hagstrøm (2011) s. 151

<sup>45</sup> Haaskjold (2013) s. 539

gende omstendigheter (f.eks. at båten har vært reparert for sprekk i skroget se Rt. 1966 s. 996) eller en angivelse av fraværet av nærmere angitte omstendigheter (f.eks. at maskiner mangler offentlig godkjennelse se Rt. 1953 s. 449).

Når det gjelder hypoteser, antakelser og andre litt svevende vurderinger, vil det normalt ikke være en opplysningsplikt.<sup>46</sup> Imidlertid er grensen mellom faktiske kjensgjerninger og egne vurderinger ikke skarp.<sup>47</sup> Sæbø stiller seg kritisk til et skille mellom kjensgjerninger, kalkyler og hypoteser.<sup>48</sup> I noen tilfeller kan egne vurderinger av situasjonen ha stor betydning for situasjonen i avtaleforholdet. Det kan da tenkes at det ikke er hensiktsmessig med en skarp regel om at hypoteser ikke må opplyses om. Nazarian går ut fra at kalkyler og hypoteser kan omfattes av opplysningsplikten, men at dette beror på en nærmere vurdering.<sup>49</sup> Det virker som en hensiktsmessig løsning at hypoteser ikke er helt utelukket fra opplysningsplikten, da slike vurderinger i noen tilfeller kan være sentrale for avtaleforholdet.

I sammenheng med dette kan det trekkes inn hvilken betydning mer usikre slutninger har. Det kan for eksempel tenkes at byggherren sitter på tidligere rapporter som omhandler lokale forhold, slik som grunnforhold eller bølgedønninger. Hvilke slutninger som kan trekkes fra rapporten er ikke sikkert. Men byggherren har en mistanke om at forholdene kan være vanskeligere enn det ser ut til. I denne situasjonen er det ikke helt klart om byggherren plikter å legge frem mistanken, eller vurderingen som er gjort, jf. det som er sagt over. Det må nok her også bero på en skjønnsmessig vurdering etter det alminnelige krav til lojalitet i kontraktsforhold. I denne sammenheng kan momenter slik som hvilken betydning opplysningene har for entreprenøren trekkes inn. Det kan også være av betydning om entreprenøren lett kan innhente slik informasjon, eller om byggherren er den som er nærmest til å innhente opplysningene. En løsning kan være at byggherren plikter å oppgi grunnlaget for vurderingen han gjør, men ikke den usikre vurderingen.<sup>50</sup>

Imidlertid kan den faglige vurderingen byggherren gjør ha betydning i seg selv. Dersom byggherren ofte har hatt prosjekter i området og har god erfaring, må en slik faglig vurdering kunne forventes å bli videreformidlet. Byggherren er nærmest til å foreta en vurdering og dermed bære risikoen. Et særtrekk med entrepriseretten sett opp mot andre kontraktstyper er nettopp slike usikkerhetsmomenter. Kontraktene går gjerne over lang tid, og utvikler seg un-

---

<sup>46</sup> Hagstrøm (2011) s. 154

<sup>47</sup> Hagstrøm (2011) s. 154

<sup>48</sup> Sæbø (1995) s. 75

<sup>49</sup> Nazarian (2007) s. 379

<sup>50</sup> Nazarian (2007) s. 380 og Sæbø (1995) s. 317-318

derveis. Dette gjør at alle forhold som kan inntreffe ikke nødvendigvis er gjennomtenkt eller lett å finne ut av før kontraktsavviklingen. Dette gjør at faglige vurderinger byggherren gjør lettere kan være informasjon som pliktes å oppgis enn for eksempel ved kjøp av en bolig.

Er det store usikkerhetsmomenter knyttet til informasjonen som foreligger, må det uansett kunne forventes at slike usikkerhetsmomenter gjøres klart for entreprenøren. LH-2009-151793 gjaldt et krav om tilleggsbetaling i tilknytning til en funksjonskontrakt om vedlikehold og drift av veier. Et av spørsmålene knyttet seg til om opplysningsplikten var misligholdt ved at historiske data med opplysninger om omfanget av brøyting og høvling av veibanen samt bruk av sand og salt fra tidligere år var tilbakeholdt. Det var klart at vegvesenet hadde samlet inn slik data i alle fall siden tidlig 1990-tallet. Likevel lyktes det ikke å fremskaffe dokumentene fra Vegvesenets distriktskontorer eller Mesta AS(som tidligere hadde ansvaret for området det gjaldt). Vinterdriftsdata for vintersesongen 2003/04 var derimot å finne. Lagmannsretten kom til at opplysnings- og lojalitetsplikten ikke var brutt. Når det gjaldt data fra sesongen 2003/04 uttalte retten

*”Det kan ikke kreves at Vegvesenet fremla et så usikkert og lite representativt materiale og at det ble tatt forbehold. Vegvesenet opplyste klart i kontrakten at opplysninger ikke ville bli gitt. Vegvesenet synliggjorde dermed en eventuell risiko, som så måtte tas i betraktning da entreprenørene skulle utarbeide tilbud på drift.”*

Usikker og lite representativ informasjon som ikke fremvises bryter dermed ikke opplysningsplikten så lenge risikomomenter er tilstrekkelig klarlagt for medkontrahenten.

Likevel kan det spørres om byggherren i en slik situasjon kan sies å ha gjort feil ved ikke å samle inn bedre data og informasjon. I dommen gjengitt over var årsaken til at informasjonen ikke kunne fremskaffes dels mangel på ressurser hos Statens vegvesen sine distriktskontorer på grunn av omorganisering, og dels at vinterdriftsdata ikke ble funnet da det ble gjort undersøkelser. Selv om det var klart at Vegvesenet i utgangspunktet var den som hadde best mulighet til å fremskaffe slike data, kom retten til at opplysningsplikten ikke var brutt. Det var klart at Vegvesenet faktisk hadde samlet inn slik informasjon, og det kan derfor virke som en svak begrunnelse at det var tilstrekkelig at de hadde forsøkt å finne informasjonen. Når det ikke er mulig for entreprenøren å fremskaffe slik informasjon selv, og byggherren er den som er nærmest til å opplyse om dette, virker det urimelig at byggherren skal slippe unna beføyelser. På den annen side er det slik som lagmannsretten fremhever:

*”Selv om det tidlig ble gjort klart fra Vegvesenets side at historiske vinterdriftsdata ikke ville bli fremlagt, la Veidekke likevel inn tilbud. Det samme gjorde NCC*

*Construction AS og Mesta AS, de to sistnevnte med betydelig høyere tilbudssummer. Dette viser at entreprenørene bevisst gikk inn på - og aksepterte - et risikomoment, som Vegvesenet klart hadde synliggjort.”*

Entreprenøren visste her, til en viss grad, hva han gikk med på. Likevel skal man ikke se bort i fra at det i slike tilfeller kan tenkes situasjoner der det betraktes som så uredelig at byggherren forholder seg taus, at han ikke blir hørt med at det var klart at slike opplysninger ikke ville bli lagt frem.

I utgangspunktet utstrekkes ikke plikten til å omfatte vurderinger av hensiktsmessighet eller formålstjenlighet på kontraktsrettens område.<sup>51</sup> I entrepriseretten er det imidlertid naturlig at slik informasjon gis. For eksempel i en situasjon der byggherren er den prosjekterende part. Han vil da ha ansvaret og risikoen for at prosjekteringen er riktig, i dette ligger også at informasjon om hensiktsmessighet og formålstjenlighet bør gis. Det kan bety at det må opplyses om for eksempel hvilken betongfasthet som kreves. Skal en bro etableres på betongfundament, må det også opplyses på hvilken måte broen skal føres opp på fundamentene. Skal elementer skyves over fundamentene må betongen som benyttes kunne tåle en slik friksjon, og dersom dette ikke er opplyst om, vil det være naturlig at byggherren bærer risikoen for forholdet. Det er rimelig, og det vil ivareta formålet bak opplysningsplikten at byggherren opplyser om hva som er hensiktsmessig utførelse av kontraktarbeidene i situasjoner der byggherren prosjekterer.<sup>52</sup>

Plikten til å gi opplysninger kan knytte seg til både rettslige og faktiske forhold. Opplysningsplikten kan også gjelde for offentligrettslige rådighetsbegrensinger. Dette gjelder særlig der det er snakk om enkeltvedtak. Et eksempel kan være at byggherren vet at det er truffet vedtak som gjør at tilkomstmulighetene til byggetomten blir vanskeligere enn antatt av entreprenøren, og dette vil påvirke kalkylen som er gjort. Det virker rimelig at byggherren bør opplyse om slike forhold før kontrakt inngås, slik at entreprenøren kan ta hensyn til det i sine kalkyler.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at hver part selv bærer risikoen for sin egen rettsvillfarelse. Hagstrøm legger til grunn at dersom lov eller forskriftsverket legger

---

<sup>51</sup> Et unntak fra dette følger av Håndverkertjenesteloven § 19, ”forhold ved tjenestens egenskaper eller hensiktsmessighet”

<sup>52</sup> Dette følger uansett av NS 8405 pkt. 19. 2 om prosjektering. ”Byggherren skal levere de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet.” Byggherren bærer risikoen for utilstrekkelig eller ufullstendig veiledning, noe som også betyr at slik informasjon bør gis.

begrensninger på ytelsen, vil det i utgangspunktet ikke gjelde en plikt til å opplyse om dette. Rettsreglene er like tilgjengelig for begge parter, og det påligger den enkelte part å undersøke sin posisjon, og ha risikoen for egne vurderinger.<sup>53</sup> Unntak kan foreligge dersom det er snakk om regler i tett sammenheng med ytelsen, og byggherren er den parten med kunnskap om reglene.<sup>54</sup> Lojalitetsbetraktninger kan da føre til at det foreligger opplysningsplikt. Nazarian mener at det for kjøpsforhold gjelder en regel om at selger som utgangspunkt har risikoen for kjennskap til lover og forskrifter.<sup>55</sup>

For entrepriserettens del er problemstillingen ikke like aktuell fordi ansvaret for overholdelse av lover og forskriftsverket normalt følger funksjonsfordelingen i kontrakten. Standardkontraktene regulerer ansvaret særskilt. Byggherren har ansvaret for offentlige tillatelser som gjelder prosjektet, se NS 8405 pkt. 19.6 og NS 8407 pkt. 22.1 og 22.2. Byggherren bærer dermed risikoen for regler og forskrifter som gjelder hans kontraktsforpliktelser. Kontraktsgjenstanden skal være i samsvar med de til enhver tid gjeldende lover, forskrifter og offentlige vedtak, jf. NS 8407 pkt. 14.4. Dette må totalentreprenøren gå ut i fra når det prosjekteres. Dermed er det en prosjekteringsfeil dersom det oppstår brudd med offentlige regler.<sup>56</sup> Entreprenøren har dermed risikoen for offentlige regler hva gjelder kontraktsgjenstanden. Dette utgangspunktet endres dersom byggherren er den som har lagt premissene for at kontraktsgjenstanden ikke vil komme til å tilfredsstillende gjeldende lover og forskrifter. Unntak følger av NS 8407 pkt. 25, der det stilles særskilte krav til entreprenørens gjennomgang av byggherrens ytelser. Disse problemstillingene behandles ikke videre, fordi det ligger på siden av oppgaven.

### **3.8 Den objektive vurderingen**

I vurderingen av om byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt inngår en sammensatt vurdering av objektive og subjektive momenter. Vesentlighetskravet går under den objektive vurderingen: det foreligger bare opplysningsplikt om vesentlige forhold ved ytelsen. I den subjektive vurderingen ligger at byggherren, som et utgangspunkt, må ha vært kjent med forholdet. Skal en opplysning være tilbakeholdt, betinger det at byggherren var kjent med det aktuelle forholdet. Likevel er det slik at forskjellige hensyn kan tilsi at plikten til å gi

---

<sup>53</sup> Hagstrøm (2011) s. 159

<sup>54</sup> Se Rt. 1953 s. 449. Saken omhandlet maskiner som var kjøpt til et pølsemakeri. Selgeren var den nærmeste til å kjenne forskriftene og måtte bære risikoen for at maskinene ikke ble godkjent.

<sup>55</sup> Nazarian (2007) s. 377 Dette bygges på dommen inntatt i Rt. 1980 s. 1586

<sup>56</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 237

opplysninger strekker seg til tilfeller hvor byggherren kan bebreides for sin uvitenhet. Den subjektive vurderingen drøftes nedenfor i pkt. 3.9.

Der opplysningsplikten er lovfestet, har det objektive kriteriet noe varierende utforming. Kjøpsloven § 19 (1) (b) slår fast at det må være opplysning om vesentlige forhold ved tingen eller dens bruk, som kjøper hadde grunn til å regne med å få. Videre må unnlattelsen antas å ha innvirket på kjøpet. Dette fremstår som tre selvstendige vilkår for opplysningsplikt, men sammenhengen mellom dem fører til en mer sammensatt vurdering. Vesentlighetsvilkåret kan gjerne betraktes som det bærende vilkåret, der de to andre elementene er en presisering av dette.<sup>57</sup> Vurderingstemaet har god rot i kontraktslovgivningen samt avtaleloven § 33, noe som gjør at det kan trekkes slutninger fra dette til bygge- og entrepriseretten.

Det vil altså bare være opplysningsplikt om vesentlige forhold. Grunnen til at det er et slikt krav, er at det fungerer som en begrensning av de forhold som kan være omfattet av plikten. I bedømmelsen av hva som betraktes som *vesentlig*, må utgangspunkt tas i kontrakten mellom partene.

I praksis vil det ofte foretas en avveining av partenes interesser ved avgjørelsen av opplysningspliktens utstrekning. Dette blir gjerne fremstilt som et spørsmål om det var illojalt å forholde seg taus om forholdet.<sup>58</sup> Interesseavveiningen utpensler dermed en terskel for et alminnelig lojalitetskrav. Vurderingen vil være sammensatt, og inneholder to viktige momenter. Disse er innvirkningskriteriet og forventningskriteriet.

### 3.8.1 Innvirkningskriteriet

Ved vurderingen av innvirkningskriteriet bygges det på en vurdering av kausalitet. I Rt. 1995 s. 1460 (Haughom) drøftes vilkåret om kausalitet i den ulovfestede lojalitetsplikten. Saken gjaldt salg av aksjer i et engineeringsselskap. Avtalen var ugyldig som følge av at selgeren ikke hadde opplyst om en patentsøknad av betydning for kjøperen. Flertallet uttalte at det må

*”tas stilling til om kunnskap om patentsøknaden ville hatt betydning for om salget av aksjene i Temco Engineering ville blitt inngått eller inngått på andre vilkår”*<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Haaskjold (2013) s. 543

<sup>58</sup> Haaskjold (2013) s. 543

<sup>59</sup> Jf. Rt. 1995 s. 1460 s. 1469-1470

Det må da kunne legges til grunn at et slik kausalitetskrav gjelder på ulovfestede områder, og også innenfor entrepriseretten. Spørsmålet er da om entreprenøren, med kunnskap om den aktuelle opplysningen som er holdt tilbake, ville ha inngått avtalen, eventuelt om vilkårene hadde endret seg i tråd med opplysningen.

Opplysningens betydning for entreprenøren er altså viktig. Der tilbakeholdelsen av opplysningen gir seg klart utslag i den kalkylen entreprenøren foretar, vil det være større grunn til at byggherren gir nødvendig informasjon. Hvor stort skadepotensiale en opplysning har er derfor av betydning. Dersom en opplysning vil påvirke kalkylen som er gjort i stor grad vil det være større grunn til å fastslå mislighold. Skurnes og Kobbe peker på at dersom det dreier seg om

*”Informasjon som har direkte betydning for den økonomiske balansen i kontrakten, og som ikke er av mer allmenn karakter, kan man som utgangspunkt ikke holde tilbake uten at det får følger i kontraktsforholdet mellom partene.”<sup>60</sup>*

Begrunnelsen er at det ikke bør åpnes for at byggherren søker å redusere sin egen risiko ved å skyve usikkerhet over på entreprenøren. Dersom byggherren forstår at informasjonen kan påvirke kalkylen til entreprenøren, er det få hensyn som tilsier at han kan holde tilbake informasjonen.

Det kan spørres om opplysninger som ikke gir seg utslag økonomisk for entreprenøren likevel kan sies å ha innvirket på avtalen. Det følger av Rt. 1995 s. 1460 (Haughom) at det er tilstrekkelig at adferden er egnet til å skape risiko for en innvirkning på kontrakten.<sup>61</sup> Det er ikke sikkert at et slik synspunkt er overførbart til entrepriseretten. Når poenget er at entreprenøren bygger på noe annet enn det opplysningen ville gått ut på ved sin kalkulasjon, og dette får betydning for innholdet av tilbudet, kan det i praksis vanskelig tenkes situasjoner der den økonomiske konsekvensen ikke er av betydning. Når entreprenøren rent faktisk ikke kan påvise at det har gått mer tid og mer penger er det ikke sikkert at han har et krav i behold. Dette var også utfallet i LA-2012-21676 der lagmannsretten uttalte

---

<sup>60</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 420

<sup>61</sup> Rt. 1995 s. 1460 på side 1471, også slik beskrevet av Nazarian (2007) s. 366

*”Det er ikke sannsynliggjort at opplysningsmanglene har hatt noen innvirkning på Lemminkäinenens kalkulasjoner og driftsmarginer, og de kan ikke ha utgjort noen vesentlig årsak til selskapets tap på entreprisen.”<sup>62</sup>*

Denne dommen gjelder entrepriserett, i motsetning til Rt. 1995 s. 1460 (Haughom). Det vil derfor være mer naturlig å trekke slutninger fra hva lagmannsretten legger til grunn. Videre dreide Haughom-dommen seg om en veldig spesiell situasjon som i praksis neppe vil oppstå i entrepriserforhold. Det virker som en rimelig løsning at innvirkningskriteriet beror på om opplysningene hadde innvirket økonomisk på entreprenørens tilbud. Selv om man kan finne situasjoner der innvirkningen ikke er av økonomisk karakter for entreprenøren, vil likevel rettsvirkningen være fristforlengelse og tilleggsvederlag, noe som gjør at den økonomiske konsekvensen vil ha betydning uansett. Hvor langt dette synspunktet rekker er imidlertid ikke klart.

Videre må det foretas en konkret vurdering av innvirkningen, der innholdet av opplysningen og kontrakten slik den foreligger er sentrale. I Rt. 1959 s. 1172 (Vinagentur-dommen) trekkes forholdets tilknytning til ytelsen og forholdets betydning for avtalens formål frem ved vurderingen.<sup>63</sup>

Det første momentet knytter seg altså til forholdets tilknytning til ytelsen. Er det snakk om et forhold som ligger nært selve kontraktsytelsen, vil en unnløstelse av å gi opplysning lett ha innvirket på avtalen.<sup>64</sup> For eksempel at byggherren holder tilbake opplysninger han sitter på om bølgedønninger i området der en kai skal oppføres. Opplysninger om bølgedønninger er da helt nært kontraktsytelsen, noe som kan tale for at det er opplysningsplikt. En sentral begrunnelse for å oppstille en plikt til å gi opplysninger, ligger i nettopp det at entreprenøren får muligheten til selv å ta stilling til forholdene. Beslutninger og kalkulasjoner i tilbudet fattes med utgangspunkt i hva byggherren gir av opplysninger om ytelsen. Dersom opplysningene dreier seg om sentrale forhold er det større grunn til å oppstille en opplysningsplikt.

Er det tale om forhold av mer avsidesliggende karakter, er det vanskeligere å slå fast at det kan ha hatt innvirkning på det avtalte. Utgangspunktet må her være at det er opp til

---

<sup>62</sup> For en nærmere omtale av dommen se punkt 4.4

<sup>63</sup> Saken gjaldt et erstatningskrav. En sakfører medvirket ved overdragelse av vinagenturer. Etter det han visste om selgerens økonomi og tidligere transaksjoner burde han gitt kjøperen opplysninger om at det kunne være grunn til nøyere undersøkelse.

<sup>64</sup> Se f.eks Rt. 1966 s. 996 der selgeren av en båt unnlot å opplyse om en tidligere reparasjon av en sprekk i skroget.



entreprenøren å fremskaffe slike opplysninger eller ta forbehold dersom avsidesliggende forhold har betydning for ham.

Det andre momentet bygger på forholdets betydning for kontraktens formål. Er det snakk om en situasjon der en opplysning kan være avgjørende for om formålet med kontrakten er gjennomførbart, vil det ofte kunne ha innvirkning på avtalen.<sup>65</sup>

### 3.8.2 Forventningskriteriet

Det neste som må vurderes er hvilke opplysninger entreprenøren hadde grunn til å regne med å få, altså forventningselementet. Opplysningsplikten beror på om entreprenøren har en berettiget forventning om å få opplysninger. I dette ligger en vurdering av de forventninger som kan utledes av kontraktssituasjonen, ikke enhver forventning.<sup>66</sup> Igjen må dette avgjøres ut fra en sammensatt vurdering.

I utgangspunktet vil entreprenøren ha risikoen for egne forutsetninger og forventninger. Dette medfører at entreprenøren normalt ikke kan forvente at byggherren skal opplyse om sin egen kontraheringsposisjon og begrunnelser til å inngå kontrakt. Det må også kunne gås ut ifra at byggherren skal kunne utnytte informasjonsfortrinn i markedet. Woxholth mener likevel at det

*”ikke er grunnlag for en generell påstand om at man under avtaleforhandlinger har rett til å utnytte sin egen dyktighet og ekspertise ved å `sitte på` informasjon som er ervervet gjennom erfaring, utdanning mv.”<sup>67</sup>*

Antageligvis kan det ikke oppstilles en skarp regel om at informasjonsfortrinn ikke kan forventes opplyst om. Men det må likevel kunne være rom for at slike fortrinn benyttes i en viss grad. Dette begrunnes i at det tross alt er opp til den enkelte å vurdere sin posisjon før avtale inngås. Imidlertid kan det tenkes at et slik informasjonsfortrinn kan ha stor betydning for entreprenøren, og at det derfor er illojalt å forholde seg taus om dette.

Undersøkelsesplikten til entreprenøren kan til tider ha en dempende effekt på opplysningsplikten. Hvilke forventninger og oppfordringer til å handle den enkelte part har, legger føringer på vurderingen. Det er ikke bare byggherren som har en oppfordring til å opplyse om det

---

<sup>65</sup> Se f.eks. RG 2012.548 der selger av en bolig holdt tett om at eiendommen var på byantikvarens ”gule liste”, noe som kunne ha betydning for muligheten til å bygge ut på boligen

<sup>66</sup> Nazarian (2007) s. 372

<sup>67</sup> Woxholth (2009) s. 319

enkelte forhold. Entreprenøren må også undersøke og vurdere forholdene som kan ha betydning for ham.

Den sedvanlige rollefordelingen partene i mellom, kan tillegges vekt i denne vurderingen.<sup>68</sup> Men i tilfeller der byggherren har tilbakeholdt viktige opplysninger vil han nok ikke bli hørt med at entreprenøren hadde en undersøkelsesplikt.<sup>69</sup> Normalt er det slik at opplysningsplikten slår igjennom overfor undersøkelsesplikten dersom det var illojalt å unnlate å gi opplysninger.<sup>70</sup> Likevel ser vi fra rettspraksis at domstolene kan forsøke å få til en mellomløsning, se TOSLO-2006-188385 og TOSLO-2007-192701 Ormen lange-dommen. Tingretten kom til at opplysningsplikten var misligholdt fordi informasjon fra sakkyndig om dønninger og sjøforhold som tydet på at kaien ikke burde plasseres der den ble lagt, ikke ble formidlet i anbudsfasen. Entreprenøren hadde på sin side tatt for lett på egne undersøkelser. Som en følge av dette ble vederlagstillegget kun satt til 70% av av kravet.

Er det forhold som kan oppdages ved en normal undersøkelse av tingen, vil det vanligvis ikke gjelde en opplysningsplikt.<sup>71</sup> Litteraturen viser gjerne til Stang: ”*når tingen selv taler, kan selgeren tie*”.<sup>72</sup> Dette må også kunne gjøres gjeldende i entrepriseforhold. Tilleggskrav kan ikke bygges på situasjoner som entreprenøren kjente til eller kunne betrakte. Det kan tenkes at undersøkelsesplikten til entreprenøren modifierer opplysningsplikten i større grad enn i andre kontraktsforhold. Entreprenøren er en profesjonell part, og på grunnlag av erfaring og faglig dyktighet kan terskelen for den informasjonen entreprenøren kan forvente å få fra byggherren settes lavere.

I kontraktsrettspraksis er det særlig tre momenter som har betydning ved vurderingen av forventinger til ytelsen.

Et moment er forholdene rundt avtalens tilblivelse. Er forhandlingssituasjonen hard, kan opplysningsplikten begrenses.<sup>73</sup> Motsetningsvis kan det tenkes at der det er snakk om lange kontrakter, med viktige samarbeidsplikter, kan terskelen for å pålegge en opplysningsplikt være lav. Det kan da tenkes at i entrepriseforhold, der kontraktene normalt er langvarig med viktige

---

<sup>68</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 422

<sup>69</sup> Skurnes og kobbe *På rett grunn* (2010) s. 421

<sup>70</sup> Nazarian (2007) s. 375

<sup>71</sup> I Ot.prp.nr.80 (1986-1987) uttales det i sammenheng med kjøpsloven § 19 (1) (b) ”Bestemmelsen må ses i sammenheng med kjøperens undersøkelsesplikt etter § 20. Selgeren vil vanligvis ikke ha opplysningsplikt når det gjelder forhold som kjøperen burde ha oppdaget ved en normal undersøkelse av tingen.”

<sup>72</sup> Stang (1935) s. 601

<sup>73</sup> Hagstrøm (2011) s. 161

samarbeidsplikter, vil terskelen for å pålegge en opplysningsplikt være lavere enn i et vanlig kontraktsforhold. På den annen side stilles det normalt høye krav til profesjonelle parter, og det er ikke noe krav om at man skal være hverandres ”voktere” i kontraktsforholdet.

Videre kan arten av kontraktsforholdet ha betydning for utstrekningen av opplysningsplikten.<sup>74</sup> I kommersielle avtaler mellom profesjonelle parter forventes det langt på vei at partene må ivareta egne interesser.<sup>75</sup> Motsetningsvis vil det kunne stilles strengere krav til en profesjonell aktør som handler med en forbruker, slik kontraktsretten generelt er bygget opp i forbrukerforhold.<sup>76</sup> Forbrukere har ikke samme forutsetning for å vite hvilke undersøkelser som bør gjøres, eller hvilke spørsmål som bør besvares før kontrakt slutes.

Partenes stilling ha betydning for utstrekningen av opplysningsplikten.<sup>77</sup> Hvilken informasjon som kan regnes med å bli utvekslet, kan være betinget av partens kyndighet, bakgrunn og fagkunnskap. Er det en stor og rutinert byggherre, kan det tenkes at det stilles strengere krav til opplysningsplikten. Vurderingen av partenes stilling kan være nyansert, og det kan være naturlig ikke bare å ta i betraktning om byggherren er erfaren, men også om byggherren i det konkrete tilfellet har god sakkunnskap om situasjonen det gjelder.<sup>78</sup>

Videre kan balanseforholdet mellom partene ha betydning. For eksempel der det er snakk om meget ulikevektige parter. Dersom byggherren i en årrekke har jobbet med slike bygg- eller anlegg det er snakk om, og gjennom dette arbeidet har opparbeidet seg mye historisk data og informasjon som andre ikke har like lett tilgjengelig eller har mulighet til å opparbeide seg, kan det lettere tillegges byggherren en plikt til å gi opplysninger.

### 3.9 Den subjektive vurderingen

I utgangspunktet knytterplikten til å gi opplysninger seg til forhold som byggherren har kunnskap om. Spørsmålet vil her være om byggherren faktisk var kjent med forholdet. Opplysningsplikten kan i noen tilfeller også utvides til situasjoner der byggherren kan bebreides for ikke å ha vært kjent med forholdet. Er dette tilfellet så kan byggherren hefte for

---

<sup>74</sup> Hagstrøm (2011) s. 161

<sup>75</sup> Se Rt. 1920 s. 237 som illustrasjon. Saken gjaldt et aksjekjøp med spekulasjonspreget formål. Kjøperen fikk ikke medhold i at selgeren burde ha opplyst at selskapet hadde stor gjeld, og at det nylig var utbetalt et større utbytte.

<sup>76</sup> Se f.eks. håndverkertjenesteloven §§ 5 (1) annet pkt. og 7, bustadoppføringslova §§ 7 annet pkt. og 8

<sup>77</sup> Hagstrøm (2011) s. 142-143

<sup>78</sup> Se Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 419

opplysningssvikten selv om han ikke hadde positiv kunnskap om forholdet. Her er problemsstillingen hvor på skalaen aktsomhetsvurderingen skal ligge.

For å finne ut om byggherren faktisk hadde kunnskap om forholdet, må bevisene vurderes. Kunnskapen må ha vært der før kontrakten ble inngått, men det er ikke alltid like lett å føre bevis for en slik situasjon. En normal bevisvurdering må legges til grunn, og langt på vei blir det et spørsmål om sannsynlighetsovervekt for at kunnskapen var der.

I noen tilfeller kan det være ganske klart at realdebitor har hatt kunnskap om forholdet, mens i andre situasjoner må det trekkes veksler på ytre omstendigheter for å vurdere kunnskapen. Et eksempel kan tas i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark). Saken gjaldt krav om erstatning etter kjøp av fast eiendom for mangler i form av forurensning i grunnen. Høyesterett uttalte i tilknytning til spørsmålet om selger hadde hatt kunnskap om en rapport om grunnforholdene, jf. avhendingslova § 3-9, jf. § 3-7:

*”Ved min vurdering av om Skøyen Næringspark må anses å ha kunnskap om NGI-rapporten, legger jeg særlig vekt på to forhold. Det første er at rapporten var et sentralt dokument når det gjaldt utbyggingsarealenes grunnforhold, og dermed av generell betydning for utbyggingen... Jeg anser det klart at den kunnskap som var innhentet, var av vesentlig interesse for Skøyen Næringspark.”* (på side 703)

Denne uttalelsen viser at dersom informasjonen det er snakk om er av sentral betydning og nøye tilknyttet ytelsen, må det kunne vektlegges ved spørsmålet om realdebitor har hatt kunnskap om forholdet. Det samme må antas å gjelde for entrepriseretten.

Videre uttaler Høyesterett:

*”For det andre legger jeg vekt på at selskapet fikk rapporten relativt kort tid før salgene.. Dette kunne stilt seg annerledes dersom kunnskapen var ervervet lang tid tilbake. Tidsmomentet er av betydning for vurderingen.”*

Denne uttalelsen viser at dersom informasjonen var tilgjengelig nært i tid kan det være et moment som taler for kunnskap om forholdet.

Kan det legges til grunn at byggherren ikke var kjent med informasjonen det gjelder, må det spørres om det subjektive vilkåret likevel er oppfylt. Dette spørsmålet knytter seg til om byggherren kan klandres for uvitenheten. Grunnen til et slik aktsomhetskrav er at det kan avhjelpe vanskelighetene ved bevisvurderinger. Videre utvides opplysningsplikten, noe som

gjør at lojaliteten mellom kontraktspartene beskyttes. Byggherren tvinges til lojalt å fremskaffe vesentlige opplysninger om ytelsen, og kan ikke skjule seg bak at han ikke hadde slik kunnskap.

I kontraktslovgivningen knyttes aktsomhetsvurderingen til forhold debitor ”måtte kjenne til”.<sup>79</sup> Sempel uaktsomhet er altså ikke nok til å hefte for bruddet på opplysningsplikten. Det er mulig at formuleringen ”måtte kjenne til” knytter seg til de grove uaktsomme tilfeller. Terskelen må legges etter en rettslig bedømmelse. Ofte vil problemstillingen være om det foreligger noen rimelig unnskyldning for uvitenheten. Høyesterett uttaler i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark) i et obiter dictum:

*”Jeg bemerker at jeg oppfatter `måtte kjenne til` som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 89, sies det at `Meininga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande`. Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det.”* (på side 702)

Selv om denne uttalelsen knytter seg til avhendingslova § 3-7, vil den kunne legges til grunn i kontraktslovgivningen der uttrykket ”måtte kjenne til” er benyttet.

Spørsmålet blir så hva som må sies å være gjeldende på ulovfestede områder.

Haaskjold tar til ordet for at på de ulovfestede områder bør det gjelde et krav om alminnelig aktsomhet. Dette begrunnes i at analogislutninger fra øvrig kontraktslovgivning er for enkelt. Videre kan forståelsen som i praksis er bygget rundt avtaleloven § 33 også tale for et alminnelig aktsomhetskrav. At det dermed blir et skille mellom kravet til aktsomhet på lovfestede og ulovfestede områder mener Haaskjold ikke er av avgjørende betydning. Dette fordi skillet i praksis mellom de forskjellige skyldgradene ikke vil være skarpt, og i utgangspunktet må begge bygges på kravet til lojalitet i kontraktsforhold.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Se avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, håndverkertjenesteloven § 19, husleieloven § 2-4 og kjøpsloven § 19 (1) bokstav b. Forbrukerkjøpsloven § 16 bokstav b avviker hva gjelder skyldkravet, noe som kan begrunnes i særlige forbrukerhensyn.

<sup>80</sup> Haaskjold (2013) s. 553

Hagstrøm trekker på sin side frem at de positive lovbestemmelsene på området må tillegges stor vekt.<sup>81</sup> Systembetraktninger kan tale for at kontraktsretten legger samme aktsomhetsvurdering til grunn ved bedømmelsen av brudd på opplysningsplikten. Dette bør muligens gjelde selv om det fører til ulikheter sett opp mot avtaleretten.

På entrepriserettens område, før kontraktslovgivningen formulerte kravet om ”*måtte kjenne til*”, antyder lagmannsretten i RG 1982 s. 313 et krav om simpel uaktsomhet. Det samme gjør tingretten i TOSLO-2006-188385 og TOSLO-2007-192701 Ormen Lange – dommen.

Som nevnt over bygger det alminnelige kravet til lojalitet i kontraktsforholdet etter avtaleloven § 33 på et krav om simpel uaktsomhet.

Hvilket krav som bør legges til grunn i entrepriseretten etter at nyere kontraktslovgivning har blitt til er ikke helt klart. På den ene siden kan det tenkes at lovgivningen utgjør et alminnelig prinsipp, fordi store deler av kontraktslovgivningen bygger på et krav om grov uaktsomhet. Bruserud legger dette synspunktet til grunn i entrepriseforhold.<sup>82</sup> Noe som kan tale mot dette er at lovbestemmelsene som bygger på kjøpsloven ikke har en gjennomtenkt vurdering av at grov uaktsomhet legges til grunn.<sup>83</sup> Likeledes kan situasjonen i entrepriseforhold utarte seg meget annerledes enn i de som reguleres av kontraktslovgivningen. Det er tale om en mer samarbeidspreget situasjon, og partskonstellasjonen er forskjellig enn i for eksempel alminnelig kjøp. Det kan da antas at det er behov for et mer fleksibelt system, der også simpel uaktsomhet kan gjøres gjeldende. Skurnes og Kobbe vurderer det slik at

*”Vi kan for vår del ikke se noen reelle hensyn for å la en entreprenør som har opptrådt fullt ut aktsomt bære risikoen der en byggherre ikke har gitt opplysninger som han var pliktig å gi, når uvitenheten om disse skyldes hans egen uaktsomhet.”<sup>84</sup>*

En slik betraktning har rimelige grunner for seg. Likevel kan den løsningen som er valgt i en standardkontrakt av nyere dato tilsi noe annet. I NS 8407 pkt. 23. 1 tredje ledd fremkommer et krav om grov uaktsomhet, jf. ordlyden ”*måtte kjenne til*”. Standarden er fra 2011, og det kan tyde på at aktørene i bygge og anleggsbransjen mener at et krav om grov uaktsomhet er tilstrekkelig. Trolig kan dette også legges til grunn der et slik krav ikke er regulert i kontrakten.

---

<sup>81</sup> Hagstrøm (2011) s. 164

<sup>82</sup> Bruserud (2014) s. 248

<sup>83</sup> Se for eksempel Ot.prp.nr. 66 (1990-91) ”avhending av fast eigendom”, side 79 og 89, der det kun henvises til kjøpslovens forarbeider, uten at det foretas en vurdering av dette forhold.

<sup>84</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 427

Imidlertid er temaet antageligvis ikke av stor praktisk betydning, der det uansett er kravet til lojalitet som legger føringer på bedømmelsen.

### 3.9.1 Identifikasjon

Identifikasjon må som utgangspunkt gå etter de vanlige regler om kontraktshjelperidentifikasjon. Dette innebærer at en parts erstatningsansvar omfatter feil eller forsømmelser som voldes av kontraktshjelpere som er engasjert for å oppfylle partens forpliktelser, på samme vis som om disse var begått av parten selv. I Rt. 1986 s. 1386 (Block Watne), som omhandlet erstatningskrav fra byggherren mot hovedentreprenør i anledning av skade som en underentreprenør hadde voldt på byggherrens eiendom, uttales det:

*”etter alminnelige kontraktsrettsregler må det gjelde at den som bruker en medhjelper til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse, som hovedregel hefter for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger på samme måte som om disse var foretatt av ham selv. Dette kontraktshjelperansvaret gjelder også i utgangspunktet når medhjelperen er å anse som en selvstendig oppdragstaker.”* (på side 1393)

Kontraktshjelperansvaret må etter dette anses som et alminnelig prinsipp. Et lignende utgangspunkt er lagt til grunn i Rt. 2001 s. 369 (Takstmann-dommen).<sup>85</sup> Saken gjaldt krav om prisavslag for mangler etter avhendingsloven § 4-12 jf. § 3-9 første punktum jf. § 3-7 i sammenheng med salg av bolighus. Flertallet kom til at avhendingsloven § 3-7 måtte forstås slik at selger ble identifisert med takstmann som har utarbeidet en tilstandsrapport. Selgeren

*”har risikoen for at en tilstandsrapport som gjøres tilgjengelig for kjøperen før salg finner sted, mangler opplysninger som kjøperen kunne regne med å få, og som takstmannen kjente eller måtte kjenne til”* (på side 378).

Hagstrøm går ut i fra at selv om dommen til tider gir lengre referater fra lovforarbeidene, vil nok reelle hensyn langt på vei begrunne dette synspunktet.<sup>86</sup> Når tilstandsrapporten var egnet til å påvirke kjøperen med tanke på hva som legges til grunn for budet på eiendommen taler rimelighetshensyn for at selgeren er nærmest til å bære risikoen for dette. Særlig der selgeren

---

<sup>85</sup> Avsagt under dissens (4-1)

<sup>86</sup> Hagstrøm (2011) s. 166

er den som har innhentet og fremlagt informasjonen for kjøper.<sup>87</sup> Slike betraktninger vil også kunne gjøres gjeldende på entrepriserettens område.<sup>88</sup>

Ansvarer er begrenset til situasjoner der oppdragstaker også blir ansvarlig. Dersom det gjelder tilbakeholdte opplysninger som parten ”kjente eller måtte kjenne til”, må også kontraktsmedhjelperen oppfylle vilkåret jf. uttalelsen i Rt. 2001 s. 369 (Takstmann-dommen):

*”Jeg bemerker til dette at selger bare har risiko for omstendigheter ved eiendommen som selgeren kjente eller måtte kjenne til. Tilsvarende må gjelde så langt selgeren identifiseres med den takstmann som har utarbeidet tilstandsrapporten, slik at bare manglende opplysninger som takstmannen kjente eller måtte kjenne til, kan belastes selgeren.”* (på side 378)

For kunnskap i en juridisk person vil prinsippene om kumulative og anonyme feil, jf. skadeserstatningsloven § 2-1, medføre at det er uten betydning om kunnskapen er fragmentert på flere personer eller det ikke er gjørlig å utpeke den som konkret har hatt kunnskapen.<sup>89</sup> Har den relevante kunnskapen forsvunnet ut av selskapet med personer som ikke har videreformidlet kunnskapen, vil imidlertid ikke denne situasjonen fanges opp av prinsippet vist til over.<sup>90</sup>

Dommen inntatt i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark) gjaldt salg av et industriområde. Tidligere var området som skulle selges undersøkt og det var påvist konsentrasjon av tungmetaller i jordmassene. Selskapet ble etter denne undersøkelsen overtatt av panthaver, omstrukturert og deretter ble området solgt til nye eiere. Gjennom denne prosessen forsvant kunnskapen om rapporten, og dermed kunnskapen om forurensningene i grunnen. Det var ikke et tema under salget av eiendommen. I relasjon til mangelsansvaret etter avhendingsloven § 3-7 uttaler Høyesterett:

*”Jeg er under noen tvil kommet til at dette spørsmålet bør besvares bekreftende. Det står ikke for meg som et rimelig resultat i forhold til omverdenen at kunnskap om et selskaps faste eiendom, uavhengig av de konkrete omstendigheter, skal kunne anses forsvunnet fra selskapet som følge av skifte av eiere, styre eller administrativ ledelse.*

---

<sup>87</sup> Se dommens side 377

<sup>88</sup> Se forøvrig Rt. 2008 s. 1119 som gjaldt avtale om elektrisk kraft. Saken viser at slike betraktninger ikke bare kan gjøre seg gjeldende for salg av fast eiendom. Høyesterett fant at formidler av tilbudet til kraftkjøper måtte identifiseres med selger.

<sup>89</sup> Hagstrøm (2011) s. 165

<sup>90</sup> Hagstrøm (2011) s. 165



*Jeg er klar over at det vil være en fiksjon å tillegge et selskap som sådant kunnskap. Men slike konstruksjoner er også ellers funnet hensiktsmessig i forbindelse med etableringen av et regelsett for juridiske personer. Disse er tillagt både rettigheter og forpliktelser. Når det gjelder et selskaps ansvar for handlinger utført av et selskaps ledelse, organansvaret, som ikke anses som et arbeidsgiveransvar, forklares dette med at handlingene må ses på som «selskapets egne».*

Det må altså etter en vurdering kunne legges til grunn at en juridisk person kan ha kunnskap, selv etter omstrukturering og utskiftninger. Antagelig vil slike betraktningmåter kunne ha et videre nedslagsfelt enn fast eiendom. Innenfor entrepriseretten kan det tenkes situasjoner der byggherren er et selskap som har eid en tomt lenge. Kunnskap om rapporter og andre forhold må da kunne sies å være i selskapet selv om det har vært utskiftninger og omstruktureringer.

### **3.10 Avtalt risikoforskyvning**

Kontrakten kan i noen tilfeller endre ansvaret slik det fordeles etter opplysningspliktreglene og den funksjonsfordelingen som følger av standardkontraktene. Dette kan skje i form av en ren ansvarsfraskrivelse, der alt ansvar for tilbakeholdte opplysninger er fraskrevet eller ansvaret for opplysninger om et konkret forhold er fraskrevet. Videre kan byggherren angi at entreprenøren må foreta visse undersøkelser, for eksempel undersøkelser av lokale grunnforhold. I utgangspunktet er det ikke noe i veien med at partene avtaler den risikofordelingen de ønsker, jf. prinsippet om avtalefrihet. Likevel er det antatt i litteraturen at en generell fraskrivelse av ansvar for eget forsett eller grov uaktsomhet ikke er tillatt.<sup>91</sup> Hagstrøm har likevel funnet, etter en gjennomgang av rettspraksis, at generelle utformede fraskrivelser underkastes en restriktiv fortolkning. Dette gjelder også i utpregede kommersielle forhold.<sup>92</sup> Videre er det i tilfeller der fraskrivelsesklausuler som ellers ville ha medført at et betydelig kontraktsbrudd ikke får virkninger, etter lang tradisjon i rettspraksis grunnlag for innskrenkende fortolkninger.<sup>93</sup> Skrankene for avtalefriheten følger av rettspraksis, avtaleloven § 36 og NL 5-1-2.

Er en ansvarsfraskrivelse inntatt i kontrakten er det ikke alltid helt klart hvilke slutninger som kan trekkes. En entreprenør kan kanskje fatte en mistanke om at noe ikke helt er som det skal være, men det er ikke sikkert at opplysningene som er holdt tilbake alltid vil ha betydning for arbeidet som skal gjøres. Det kan tenkes situasjoner der en byggherre er klar over at forholdene er noe annerledes enn en alminnelig aktsom entreprenør kan forvente. Likevel

---

<sup>91</sup> Dette er forankret i Rt. 1948 s. 370

<sup>92</sup> Hagstrøm i TFR-1996-421 s. 448

<sup>93</sup> Hagstrøm i TFR-1996-421 s. 453

velger byggherren å holde tilbake slik informasjon, og samtidig innta en risikoforskyvning i kontrakten. Rettslig sett er det mulig at en slik ansvarsfraskrivelse er gangbar, fordi entreprenøren ikke har en forventning om å få opplysninger om forholdene fordi han har fått beskjed om at slike opplysninger ikke vil bli gitt. Imidlertid er det hensyn som kan tale mot dette utgangspunktet.

For det første kan det synes som rettspraksis er tilbakeholden med å tillegge bestemmelser med urimelige virkninger betydning. Rt. 1917 s. 673 gjaldt en kontrakt om et pålefundament. I beskrivelsen var det inntatt følgende:

*”Entreprenøren paatar sig fuld garanti for, at piloteringen bli i enhver henseende god og sikker, saa at bygningen med konstant og tilfældig belastning, uten fare for sætning og glidning kan bygges paa den”.*

Entreprenøren ble likevel frifunnet for krav mot ham. Begrunnelsen bygget på den funksjonsfordelingen som fulgte av kontrakten; byggherrens arkitekt hadde utarbeidet piloteringsplanen. Hagstrøm skriver i denne sammenheng

*”Gjennom kontraktsreguleringer kan selvsagt risikofordelingen endres, men Rt. 1917 s. 673 viser at det skal temmelig tydelig tale til før det kan legges til grunn at det er skjedd en kontraktsmessig overføring av risikoen.”<sup>94</sup>*

Det kan da antas at dersom det er inntatt en ansvarsfraskrivelse, beror holdbarheten på hvor konkret fraskrivelsen er. Dreier det seg om en helt generell overføring av risiko kan det tenkes at domstolene vil være tilbakeholden med å godta en slik ansvarsfraskrivelse.

For det andre kan den balanse og fordeling av risiko som ligger til grunn for de forskjellige standardkontraktene ha påvirkning på hvordan domstolene bedømmer endrede avtalebestemmelser som avviker fra standardkontraktene. En illustrasjon finner vi i dommen LA-2004-39953. Saken gjaldt oppgjør, der byggherren hadde holdt tilbake deler av entreprenørens vederlag for byggearbeider. NS 3431<sup>95</sup> var tatt inn i kontrakten, og gjaldt for rettsforholdet mellom partene. Byggherren Treschow-Fritzøe AS (TF) begrunnet sine krav i støyplager fra et treningscenter som var plassert i bygget som skulle påbygges. I tillegg til og foran bestemmelsene i NS 3431 var det tatt inn i tilbudsinnbydelsen en bestemmelse om at

---

<sup>94</sup> Hagstrøm (1997) s. 82

<sup>95</sup> Forgjengeren til NS 8407

*”Ved kontraktsinngåelsen overtar totalentreprenøren alt ansvar for tegninger og beskrivelser som er utarbeidet av byggherrens arkitekt og rådgivere, som inngår i tilbudsgrunnlaget. Evt. feil og mangler ved disse tegninger og beskrivelser gir ikke totalentreprenøren rett til fristforlengelse, tillegg eller erstatning.”*

Fra dette kan vi lese at det var foretatt en forskyvning av risikoen fra byggherren til entreprenøren.

Kontrakten oppstilte ikke spesifikke funksjonskrav til støy i kontorlokalene fra treningssenteret, forholdet var rett og slett ikke omtalt. Videre var TF som byggherre og utleier kjent med virksomheten i treningssenteret og støynivået da planleggingen av kontoretasjen begynte. Imidlertid ble det ikke i beskrivelsene og tegningene i tilbudsinnbydelsen vist til noe som kunne tyde på at det skulle foretas bygningsmessige inngrep i treningssenterets lokaler med henhold til støysisolering.

Byggherren anførte at ansvarsovertakelsen i klausulen inntatt overfor innebar at entreprenøren hadde overtatt det fulle og hele ansvaret. Dermed gjaldt ansvaret også etasjeskilleren mellom treningssenteret og kontorlokalene. Lagmannsretten uttalte:

*”Kontrollen av tilbudsmaterialet WK var forpliktet til å utføre i h h t tilbudsinnbydelsens pkt. 4 02 2, første ledd omfattet slik lagmannsretten ser det, og slik den åpenbart også er forstått av WK, en byggteknisk gjennomgang, der det for etasjeskillerens vedkommende særlig ble fokusert på statiske forhold. Lagmannsretten kan vanskelig se at klausulen skal fortolkes slik at den også omfattet kontroll av støyforhold i fra eksisterende virksomhet TF må ha kjent til og som burde vært hensyntatt og klargjort som en byggherreforutsetning på et tidlig tidspunkt i planleggingsfasen.”*

Etter en fortolkning av kontrakten kom dermed lagmannsretten til at støyforholdene ikke var innenfor entreprenørens risikoområde.

Videre ble entreprenørens forpliktelser etter NS 3431 pkt. 9.7 av lagmannsretten tolket og anvendt etter de samme begrunnelsene som for vurderingen av avgrensningen av ansvarsområdet mellom partene. Det kan da tenkes at den balansen som følger av standardvilkårene til tider kan innvirke på hvordan ansvarsfraskrivelse tolkes av domstolene, dette må også kunne gjelde opplysningsplikten innenfor byggherrens funksjoner.

For det tredje må hensynet til rimelighet også kunne spille inn på bedømmelsen av ansvarsfraskrivelser. I tilfeller der en byggherre har fått konkrete råd fra sine rådgivere om at for eksempel byggegrunnen etter en nøye vurdering av grunnlagsdata ser ut til å kunne by på vanskeligheter, vil det virke lite rimelige at byggherren kan komme unna med en fraskrivelse av ansvar for slike opplysninger. Hvor langt dette synspunktet rekker er imidlertid ikke klart.

### 3.11 Rettsvirkninger

Dersom en entreprenør kommer i en situasjon der han mener at han ikke har fått de opplysningene han skulle ha fått, vil han kunne rette et krav mot byggherren. Spørsmålet i det følgende er hvilke rettsvirkninger et brudd på opplysningsplikten har i entrepriseretten.

I alminnelig kontraktsrett vil et brudd på opplysningsplikten medføre at forpliktelsens innhold må fastlegges etter det man på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente av ytelsen.<sup>96</sup> Normalt vil dette utgjøre et erstatningskrav.

Dersom ytelsen avviker fra hva som kunne forventes av realkreditor, behandles kravet i kontraktslovgivningen som en mangel. Dette innebærer at realkreditor kan gjøre mangels-sanksjoner gjeldende.

I vår situasjon er partskonstellasjonen annerledes, noe som gjør at problemet skiller seg fra hva som gjelder i kontraktsretten. Spørsmålet her er om byggherren (realkreditor) har opplysningsplikt overfor entreprenøren (realdebitor). Det naturlige vil da ikke være å fastlegge forpliktelsens innhold etter entreprenørens forventninger. Den underliggende tanken er likevel anvendbar. Byggherren skal bære ansvaret for at han ikke har overholdt opplysningsplikten.<sup>97</sup> Entreprenøren skal dermed holdes skadesløs.

Bruserud går ut i fra den alminnelige risikofordelingen etter kontrakten når han vurderer rettsvirkningene.<sup>98</sup> I tilfeller der kontrakten legger for eksempel risikoen for grunnforhold hos byggherren, vil en opplysningsplikt på dette området ikke ha selvstendig betydning.<sup>99</sup> Dermed er det ikke noe poeng i å vurdere hvilken kunnskap byggherren har hatt om forholdet mv. Spørsmålet er bare om forholdene er annerledes enn hva entreprenøren hadde grunn til å forvente. Der risikoen etter kontrakten ligger hos entreprenøren eller risikoen er delt mellom

---

<sup>96</sup> Hagstrøm (2011) s. 147

<sup>97</sup> Bruserud (2014) s. 249

<sup>98</sup> Bruserud (2014) s. 248 flg.

<sup>99</sup> Se NS 8405 pkt. 19.3 – sammenlign forøvrig med NS 8407 pkt. 23.1 tredje ledd

partene som en følge av utenfrakommende forhold, vil derimot opplysningspliktreglene ha en selvstendig rolle. Bruserud legger til grunn en differansebetraktning:

*”entreprenøren får et berettiget krav på fristforlengelse og vederlagsjustering som gjenspeiler forskjellen mellom hans berettigede kalkulasjonsforutsetninger og de kalkulasjonsforutsetninger han hadde hatt hvis opplysningene hadde vært gitt.”<sup>100</sup>*

Utsalget av denne betraktningen vil bero på skjønn, men det vil kunne ut i dekning både i tid og penger.

Skurnes og Kobbe legger til grunn at ettersom byggherren bærer risikoen for å gi korrekte opplysninger, vil bestemmelsene i standardkontraktene også regulere rettsvirkningene i opplysningsplikt tilfellene. Dette må også gjelde selv om opplysningene er gitt eller overlevert før avtale ble inngått.<sup>101</sup>

Det vil si at standardreguleringene for andre forhold ”byggherren bærer risikoen for” vil komme til anvendelse.<sup>102</sup> Mislighold av en biforpliktelse i kontrakten er nettopp noe som plasserer ansvar hos byggherren. Dermed vil også varslingsreglene og reglene for utmåling av vederlag som fremkommer av kontrakten måtte anvendes.

Normalt vil utmålingen av vederlaget bygge på kontraktens enhetspriser, og dersom slike ikke forekommer vil regningsarbeid være løsningen. En differansebetraktning med tanke på hva de tilbakeholdte opplysningene utgjør i tid og penger utmålt etter kontrakten er da en naturlig løsning.

I tilfeller der kontrakten ikke regulerer rettsvirkningene av brudd på en kontraktsforpliktelse, må man falle tilbake på alminnelige betraktninger. Her vil entreprenøren kunne kreve erstatning på grunnlag av den misligholdte opplysningsplikten.

Både NS 8405 og NS 8407 inneholder bestemmelser om rettsvirkninger av byggherrens mislighold.

---

<sup>100</sup> Bruserud (2014) s. 249

<sup>101</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 411 og 412

<sup>102</sup> I LB-200-2809 uttalte lagmannsretten i forbindelse med et krav fra entreprenøren begrunnet i at grunnforholdene var vanskeligere en forutsatt: ”I den videre drøftelse tas det utgangspunkt i spørsmålet om det forelå en relevant bristende forutsetning for entreprenøren. Hvis så er tilfellet, vil det også foreligge grunnlag for krav etter pkt. 21.1 i standarden.” Etter pkt. 21.1 i NS 3430 kunne det kreves dekning av ”merutgifter... som må henføres til byggherrens forhold”

For utførelsesentrepriser følger det av NS 8405 pkt. 24. 1 at entreprenøren kan kreve fristforlengelse dersom fremdriften hindres av forhold ”byggherren har risikoen for”, jf. bokstav c. Misligholdt opplysningsplikt er et forhold som plasserer ansvar på byggherrens hånd. Det er da rimelig at entreprenøren kan kreve fristforlengelse dersom arbeidet tar lengre tid som en følge av tilbakeholdte opplysninger.

NS 8405 pkt. 25. 2 regulerer entreprenørens krav på vederlagsjustering. I likhet med fristforlengelse kan vederlagsjustering kreves der dette forårsakes av ”andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for”, jf. bokstav c. Entreprenøren har dermed et berettiget krav på vederlagsjustering dersom økte kostnader forekommer på grunn av byggherrens misligholdte opplysningsplikt.

For totalentrepriser gjelder NS 8407 pkt. 33. 1 bokstav c for fristforlengelse, og pkt. 34. 1. 2 første ledd *in fine* for vederlagsjustering. Bestemmelsene opererer med samme krav som for utførelsesentrepriser, jf. ordlyden ”andre forhold byggherren har risikoen for.”

Entreprenøren har bevisbyrden for at det er årsakssammenheng mellom tapet/forsinkelsen og byggherrens forhold.<sup>103</sup>

Etter dette vil entreprenøren ha krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse som en følge av at byggherren misligholder sin opplysningsplikt.

Tidligere skilte NS 3431 (nå etterfulgt av NS 8407) og NS 3430 (nå etterfulgt av NS 8405) mellom dekning av merutgifter og endringsbestemmelser (arbeid utenfor kontrakt). Dette fører til en forskjell i hva som dekkes som følge av et brudd på opplysningsplikten, alt ettersom hvilken kategori man faller innenfor. Se Rt. 2010 s. 1345 (Vegsaltdommen) der Høyesterett vurderer om Oslo vei kunne kreve erstatning for merutgifter eller vederlagsjustering etter endringsbestemmelsene. Denne todelingen gjenfinnes ikke i de nye standardkontraktene, og problemstillingen er dermed ikke like aktuell.

#### **4 Særlig om kontrakter inngått etter anbudskonkurranse**

Problemstillingen i det følgende er om utgangspunktene for opplysningsplikt, slik det er klarlagt over, vil påvirkes av at kontrakten er inngått gjennom anbudskonkurranse.

I utgangspunktet regulerer kontraktsretten og reglene for anbudskonkurranser forskjellige stadier av kontraktsforløpet. De anbudsrettslige regler omhandler kontraktsslutningsprosessen,

---

<sup>103</sup> Giverholt m.fl. (2012) s. 545

mens kontraktsretten slår inn når avtale først er sluttet. Imidlertid vil forhold før og i forbindelse med kontraktsinngåelsen kunne ha betydning når rettigheter og plikter fastlegges etter kontrakten. Da dette stadiet i kontraktsforløpet er regulert av de anbudsrettslige regler kommer man ikke forbi at regelverket får innvirkning på tolkningen.<sup>104</sup> Hvor langt dette synspunktet rekker kan imidlertid ikke sies med sikkerhet.<sup>105</sup>

Opplysningsplikten bygger som sagt på et alminnelig lojalitetskrav i kontraktsforholdet. Det skal opplyses om forhold som innvirker på berettigede forventninger før og under kontraktens avvikling. Krüger reiser spørsmålet om lojalitetsprinsippet er irrelevant ved anbudskonkurranser.<sup>106</sup> De tolkningsutgangspunkter som er lagt til grunn i rettspraksis kan tyde på dette.

#### **4.1 Det objektive tolkningsprinsipp**

Det objektive tolkningsprinsipp har stor styrke ved tolkning av konkurransegrunnlag og tilbud, jf. Rt. 2012 s. 1729 (Mika). Prinsippet går ut på at den forståelsen som følger av alminnelig språkbruk objektivt sett, er den forståelsen som legges til grunn for tolkningen av kontrakten.<sup>107</sup>

Dommen inntatt i Rt. 2012 s. 1729 (Mika) gjaldt tolkning av anbudgrunnlag. Spørsmålet var om naturstein som skulle brukes til oppføring av natursteinsmurer i skjæring og fylling langs vei var omfattet av anbudgrunnlaget, eller om entreprenøren kunne fakturere steinen særskilt. Høyesterett knyttet bemerkninger til det objektive tolkningsprinsipp:

*”Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold.”*

Utgangspunktet for tolkningen av kontrakten vil altså være en objektiv fortolkning. Om dette betyr at subjektive momenter aldri vil kunne ha betydning er ikke klart. Uttrykket som er

---

<sup>104</sup> Jf. Rt. 2001 s. 1288 s 1298 ”de anbudsrettslige regler... kan ha betydning ved tolkningen av de disposisjoner som innbyder og anbyder foretar.”

<sup>105</sup> Om forholdet mellom de avtalerettslige ugyldighetsregler og de anbudsrettslige regler se Rt. 2001 s. 1288 (PEAB) ”En avtale er kontraktsrettslig gyldig mellom partene selv om den innebærer at det foreligger brudd på anbudsrettslige regler som har til formål å sikre like konkurransemuligheter” (s. 1298)

<sup>106</sup> Krüger *På rett grunn* (2010) s. 114

<sup>107</sup> Jf. Rt. 2002 s. 1155, Jf. Rt 2010 s. 1345 som legger til grunn at for kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge ”sterke grunner” for å fravike en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og dette gjelder i ”særlig grad” for tolkningen av standardkontrakter

brukt er ”særlig styrke”, noe som tyder på at hovedtyngden bør ligge på objektive tolkningsmomenter, men at subjektive momenter ikke helt klart er utelukket.

Videre knytter Høyesterett noen bemerkninger til andre tolkningsmomenter som kan gjøre seg gjeldende:

*”Endelig viser jeg til Rt. 2010-961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttaler følgende om tolkningen av entreprisekontrakter:*

*”Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.”*

*I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.”*

Uttalelsen viser at en naturlig språklig forståelse av ordlyden ikke opererer alene ved tolkning av kontrakten. Andre momenter slik som formål, reelle hensyn og systembetragtninger kan trekkes inn. Her kan det bemerkes at alle disse tolkningsmomentene er av objektiv karakter, der subjektive elementer holdes utenfor.

## **4.2 Uklarhetsprinsippet**

Dersom fortolkningen ikke fører til at ordlyden i kontrakten kan fastlegges, må kontrakten klarlegges etter andre retningslinjer for tolkningen. Uklarhetsregelen går ut på at den parten som burde uttrykt seg klarere, må bære risikoen for dette.<sup>108</sup> Der én av kontraktspartene har utformet avtalen slik at det ikke er helt klart hva som følger av den, vil altså tvilen kunne gå utover ham. Ved anbudskonkurranser er det byggherren som utformer konkurransegrunnlaget, som entreprenøren svarer på med et tilbud. Byggherren definerer alene hva kontrakten skal gå ut på. Vi opplever ikke den normale felles utforming av kontrakten slik det gjøres ved vanlig kontraktsinngåelse.

For at misforståelser ikke skal oppstå, og entreprenørene skal kunne gjøre sine beregninger på sikkert grunnlag, er det av stor betydning at byggherren utformer konkurransegrunnlaget

---

<sup>108</sup> Giertsen (2012) s. 126



nøyaktig. Dette taler for at det er byggherren som bør ha ansvaret der det kan oppstå tvil om tolkningen av konkurransegrunnlaget.

Likeledes er det ut i fra likebehandlingshensyn og konkurransehensyn viktig at entreprenøren utformer tilbudet slik at tvil ikke kan oppstå. Der det kan oppstå tvil vil entreprenøren stå i fare for at tilbudet må avvises etter de anbudsrettslige regler<sup>109</sup>.

Etter de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved entreprisekontrakter inngått etter anbuds-konkurranse kan det sies å ha utviklet seg et krav til klarhet.<sup>110</sup> Dette kravet har i hovedsak utviklet seg gjennom rettspraksis, og hadde sin spede begynnelse i dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1531. Saken gjaldt krav fra anbyder om å få endret feilprising av en enhetspris i tilbudet etter at kontrakt var inngått.

I Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke) siterer førstvoterende en uttalelse fra BFJR<sup>111</sup>:

*”Rådet vil fortsatt ikke utelukke at det kan forekomme tilfelle der anbudsinnbyderen ikke kan bygge på de tilbudte priser. Det kan f.eks. tenkes tilfelle der entreprisen totalt sett kommer ut med en pris som ut fra en forstandig vurdering ikke kan være riktig. Eller det kan gjelde tilfelle der anbudsgrunnlaget er tvetydig eller uklart, slik at anbydere misforståelse leder til at hans tolkning må legges til grunn”.*

Hvor langt Høyesterett går i å gi sin tilslutning til en regel om at uklarheter og tvetydigheter i anbudsgrunnlaget går ut over byggherren er ikke helt klart. Krüger antar at dette kan forstås som en første tilslutning til en ”uklarhetsregel”.<sup>112</sup> Uansett hvordan dette stiller seg har dette synspunktet blitt videreført i Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt). Saken gjaldt hovedentreprenørens krav på vederlag for tiltransport av sideentreprenør. Problemet i saken dreide seg om hvordan anbudsgrunnlaget var å forstå. Førstvoterende, med tilslutning fra øvrige dommere, uttaler:

*”Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er*

---

<sup>109</sup> Forskriften om offentlige anskaffelser § 20-13, § 11-11, NS 8400 pkt. 6.4.4

<sup>110</sup> Krüger i TFF 2012-4

<sup>111</sup> BFJR sak 405 (1993)

<sup>112</sup> Se Krüger i TFF 2012-4 s. 251

*anerkjent i byggebransjen, jf. I denne sammenheng forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9. Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.”*

Vi ser her at ansvaret for et klart og presist anbudsgrunnlag ligger hos byggherren. Videre uttales det:

*”Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning fremstår som klar hva anbudsinnbyderen har ment.”*

I tråd med litteraturen omkring Byggholt-dommen må disse betraktningene tas til inntekt for at byggherren har risikoen for uklarheter og tvetydigheter i konkurransegrunnlaget. Dette må også gjelde selv om anbyderne kan ha oppfattet at det forelå uklarheter eller mangler ved konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen går ut, uten å gjøre noe med det. Det viser også hvordan anbudsrettslige regler faktisk innvirker på tolkningen av kontrakten. Grunnlaget for uttalelsene bygger på en regler om klarhet med særlig rot i anbudsregelverket.<sup>113</sup>

Den nyeste dommen som vurdererklarhetsregelen er Rt. 2012 s. 1729 (Mika). Spørsmålet var om naturstein som skulle brukes til oppføring av natursteinsmurer i skjæring og fylling langs vei var omfattet av anbudsgrunnlaget, eller om entreprenøren kunne fakturere steinen særskilt.

Dommen kan ses på som en videreføring og klargjøring av de utgangspunkter som fremgår av Byggholt-dommen. Av dommen fremgår følgende:

*”For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget – som danner basis for den senere kontrakten – være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunktet gå ut over anbudsinnbyderen, som ensidig utformet det grunnlaget tilbyderen må forholde seg til. Er det – til tross for enkelte uklare punkter – etter en objektiv fortolkning likevel klar hva som er ment, må tilbyderen holde seg til dette.”*

---

<sup>113</sup> Simonsen (2009) s. 280

Det kan synes som Høyesterett stiller seg bak utgangspunktene som er utviklet gjennom Veidekke-dommen og Byggholt-dommen. Likevel er Mika-dommen noe kritisert i litteraturen.<sup>114</sup> Dette dreier seg særlig om hvor terskelen legges for å betrakte noe som klart presisert i anbudsgrunnlaget. Som uttrykt av Krüger:

*”Redegjørelsen for byggherredokumentasjonen, som underbygger det enkle poeng om ansvar for å skaffe og frakte naturstein til anlegget, strekker seg over først innledende tre sider (3)-(18), senere ytterligere fire sider (68)-(94) i domspremissene, med kronglete henvisninger fra adskilte elementer i et hierarkisk system, som byggherren har utarbeidet og opprettholder ved kontraktstildeling.”<sup>115</sup>*

Øvelsen Høyesterett gjør for å klarlegge om anbudsgrunnlaget kunne sies å være klart, med tanke på at entreprenøren skulle ha ansvar for å skaffe og frakte naturstein er krevende. Dette må sies å stille strenge krav til tilbyderne ved lesing av anbudsgrunnlaget før tilbud utformes. Terskelen for å betrakte noe som uklart er dermed relativt høy. Men dersom man til tross for den høye terskelen finner at anbudsgrunnlaget er uklart, må byggherren bære ansvaret for dette.

### **4.3 God-tro standarden**

Et neste poeng er hvordan de anbudsrettslige reglene innvirker på god-tro standarden innenfor avtaleretten. Prinsippet bygger på lojalitetsbetraktninger, i likhet med reglene for opplysningsplikt.

Det følger av god-tro standarden at den parten som forstod eller burde ha forstått at den andre parten bygget på en annen forståelse av avtalen, vil bære risikoen for dette forhold.<sup>116</sup> Dette innebærer at den parten som innser at det foreligger en avvikende forståelse av avtalen bør informere motparten om dette. Et slikt prinsipp bygger på subjektive momenter, da det gjelder bevissthetsforestillinger hos partene. Både hensynet til forutberegnelighet og likebehandling kan komme på kant med god-tro standarden.

---

<sup>114</sup> Krüger i TFF 2012-4

<sup>115</sup> Krüger i TFF 2012-4 under punktet ”sammenfatning”

<sup>116</sup> Woxholth (2009) s. 312 flg. I denne sammenheng vil følgen være ugyldighet.

Dilemmaet som god-tro standarden gir i en slik situasjon er forklart i BFJR-sak 405 (1993)<sup>117</sup>:

*”Rådet [...] understreker anbudsinnbyderens dilemma dersom man vil tillegge feilen betydning: Avviser anbudsinnbyderen tilbudet fordi det antas å bero på en feil, risikerer han at vedkommende anbyder faller ut av konkurransen uten at det fastslås med sikkerhet at det virkelig forelå en feil, noe som kan medføre erstatningsansvar. Oppregulerer man prisen til ”normalnivå”, kan også dette medføre erstatningsansvar. Går man i kontakt med anbyderen for å få avklart forholdet, vil de øvrige anbud være kjent, noe som kan åpne for spekulasjon.*

*Rådet er alt i alt kommet til at bransjen er best tjent med en tilnærmet unntaksfri regel om at enhetspriser i anbud ikke kan endres på annen måte enn ved oppretting av åpenbare feil av den art som NS 3400 pkt. 13.2. handler om.”*

Vi ser altså at en plikt til varsling kan komme på kant med de anbudsrettslige regler. Videre har Høyesterett tatt det standpunkt, med tilslutning til det siterte, at det ikke kan kreves av oppdragsgiver at han avklarer med tilbyder de tolknings spørsmål som reiser seg.

Dersom man ikke kan oppstille en plikt til varsling og avklaring, vil det virke lite hensiktsmessig om oppdragsgiver da likevel skal bli møtt med at kontrakten skal fastlegges etter tilbyders forståelse slik god-tro standarden i utgangspunktet krever.

I litteraturen er Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke) forstått som en tydelig innskrenkning i lojalitetsprinsippets anvendelse som rettesnor for kontraktstolkningen når kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse.<sup>118</sup>

Et videre spørsmål er da om det foreligger en plikt til avvisning fra oppdragsgivers side. Til dette uttalte Høyesterett i Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke):

*”Dersom det foreligger en feil ved anbudet som ikke omfattes av rettingsplikten i pkt. 13.2, blir problemstillingen om anbudet skal avvises. Noen plikt til å avvise et anbud hver gang anbudsinnbyder har en begrunnet mistanke om at det kan foreligge en feil i det, kan imidlertid ikke utledes av NS 3400 pkt. 12.4. Jeg kan ikke se at den uklarheten*

---

<sup>117</sup> Saken gjaldt et kommunalt oppdrag på et skolebygg. Spørsmål om retting av åpenbare feil i anbudet – NS 3400 pkt. 13.2. Tolkning av arbeidsbeskrivelse under posten. Hvorvidt anbudsinnbyderen burde forstått at anbyder misforsto arealbeskrivelsen.

<sup>118</sup> Krüger *På rett grunn* (2010) s. 117

*som forelå vedrørende prisingen for prosess 52.31 – som gjaldt noe mindre enn én prosent av kontraktssummen – i dette tilfellet innebar at vegvesenet hadde plikt til å avvise Veidekkes anbud.”*

Det gjelder etter dette ikke en generell plikt til avvisning dersom man har en begrunnet mistanke om feil i anbudet.

#### **4.4 Påvirker anbudsretten den entrepriserettslige opplysningsplikten?**

Spørsmålet er så om den kontraktsrettslige opplysningsplikten må innskrenkes i tråd med betraktningene fra rettspraksis.

De anbudsrettslige regler stiller selv krav til opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Normalt gjennomfører oppdragsgiver en behovsanalyse. Her klarlegges de konkrete behov som anskaffelsen skal dekke. Videre bør alle forutsetninger for å oppnå ønsket resultat defineres. Generelt dreier det seg om forutsetninger i tilknytning til leverandørens evne til å oppfylle, forutsetninger til varen eller tjenesten og vilkår for leveransen.

I forskriften for offentlige anskaffelser stilles det generelle krav til konkurransegrunnlaget i §§ 8-1 og 17-1. For anskaffelser etter forskriften del III er kravene mer spesifisert. Etter § 8-1 skal konkurransegrunnlaget inneholde en ”*tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse*”, jf. første ledd, av bl.a. hva som skal anskaffes, hvordan konkurransen skal gjennomføres og alminnelige eller spesielle kontraktbetingelser.

Regelverkets system bygger på at oppdragsgiver har risikoen for opplysningene i anbudsgrunnlaget, mens tilbyder har risikoen for opplysninger i tilbudet. Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget skal gi de opplysninger som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.<sup>119</sup> Det oppstilles en opplysningsplikt slik at opplysningene som gis er tilstrekkelige til å bygge et tilbud på.

Videre kan det utledes av grunnkravene til anskaffelsen i anskaffelsesloven § 5 et klarhetskrav. Dette er lagt til grunn i bl.a. KOFA-sak 2011/249. Videre har EU-domstolen uttalt at tildelingskriteriene må utformes på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, slik at de

---

<sup>119</sup> Jf. KOFA-sak 2010/157 premiss 41

*”[allow] all reasonably well-informed and normally diligent tenders to interpret them in the same way”, jf C-19/00, SIAC Construction.*

Dette fordrer at oppdragsgiver har et godt forberedt konkurransegrunnlag med kravspesifikasjoner og kontrakt før kunngjøring.

For private anbudskonkurranser oppstilles det også krav til konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget skal være *”så klart og uttømmende”* at det sammen med et tilbud og aksept av dette vil utgjøre en fullstendig avtale, jf. NS 8400 pkt. 4. 1. 1. I likhet med offentlige anskaffelser er det et krav til klarhet i anbudsgrunnlaget. Videre må oppdraget *”angis på en egnet måte”*, jf. pkt. 4. 1. 7. Ordlyden *”egnet”* må antas at viser til at opplysningene om oppdraget er tilstrekkelige slik at en alminnelig aktsom anbyder kan utforme et forsvarlig tilbud.

Brudd på de anbudsrettslige reglene kan føre til erstatningsansvar.

Kravene til likebehandling<sup>120</sup>, gjennomsiktighet<sup>121</sup> og forutberegnelighet<sup>122</sup> kan i noen tilfeller føre til særlige plikter om opplysningsgivning.

I KOFA sak 2004/46 hadde oppdragsgiver i tildelingskriteriene oppgitt varekjennskap til SiteEd og OFGs øvrige løsninger. SiteEd viste seg å være et rammeverk utviklet av en leverandør oppdragsgiver tidligere hadde benyttet seg av. Det ble uttalt:

*”Klagenemda forstår imidlertid forskriftens krav til likebehandling slik at oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordelene eksisterende leverandører har, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen.” (avsnitt 25)*

Vi ser altså at kravet til likebehandling kan innvirke på de opplysninger som kreves gitt etter de anbudsrettslige regler.

Prinsipielt går det et skille mellom reglene om opplysningsplikt på kontraktsrettslig grunnlag, og reglene om hva som kreves av konkurransegrunnlag eller hva som følger av krav til likebehandling. De anbudsrettslige reglene har andre bærende hensyn de skal ivareta. Samt at

---

<sup>120</sup> Jf. anskaffelsesloven § 5 (1) og NS 8400 pkt. 2

<sup>121</sup> Jf. anskaffelsesloven § 5 (3)

<sup>122</sup> Jf. anskaffelsesloven § 5 (3) og NS 8400 pkt. 2 første ledd

siktemålet er å regulere oppdragsgiver og hvilke regler som gjelder for tildeling av en kontrakt.

Opplysningsplikten på sin side er et utslag av lojalitetsplikten mellom to parter, og slår inn først når de tilbakeholdte opplysningene fører til mislighold. Skal man gå ut i fra at lojalitetsplikten er irrelevant,<sup>123</sup> vil det da bety at man kun står igjen med de anbudsrettslige regler om hva som kreves av opplysninger før kontraktsinngåelse. Dette vil være uheldig. Samfunnsøkonomisk vil det være den beste løsningen at det stilles krav til de opplysninger byggherren plikter å innhente og legge frem for tilbydere. Dersom det ikke er en slik plikt kan det føre til at samtlige entreprenører må foreta kostbare undersøkelser, noe som vil være sløsing av ressurser.<sup>124</sup> Videre bør det ikke være slik at konkurransen avgjøres ut fra hvem som

*”er mest optimistisk eller villig til å ta størst sjanser når det gjelder å anta, eller enn mer gjette, hvilke risiko man kan stå overfor.”<sup>125</sup>*

I tillegg vil anbudssituasjonen gjerne legge press på hvilke undersøkelser og innhenting av informasjon den enkelte anbyder har tid til å gjøre før tilbudsfristen. Et forsvarlig tilbud er lettere å få til der det stilles krav til både riktigheten av opplysningene byggherren gir, og at visse opplysninger faktisk må gis. Disse momentene taler for at det bør være plass for en opplysningsplikt som bygger på lojalitetsplikten.

I sammenheng med dette kan det heller tenkes at de anbudsrettslige reglene påvirker i en annen retning. Det kan tenkes at der en byggherre var pliktig til å gi opplysninger etter de anbudsrettslige regler kan virke som et moment med tanke på hva entreprenøren ”hadde grunn til å regne med å få” etter opplysningsplikten i kontraktsretten.<sup>126</sup>

Dommen inntatt i LA-2012-21676 gjaldt bl.a. Vegvesenets unnlattelse av å opplyse i anbudsdokumentene om at historiske data for brøyteomfanget var hentet fra en region utenfor kontraktsområdet. Lagmannsretten uttalte:

*”For anbudskontrakter mer generelt bør det settes særlige strenge krav til at opplysningene i anbudsdokumentene er korrekte og fullstendige, hvilket bidrar til å sikre like konkurransevilkår og et solid grunnlag for tilbydernes kalkulasjoner, jf. Rt-2007-1489*

---

<sup>123</sup> Krüger *På rett grunn* (2010) s. 114

<sup>124</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 417

<sup>125</sup> Skurnes og Kobbe *På rett grunn* s. 418

<sup>126</sup> Slik også Skurnes og Kobbe *På rett grunn* (2010) s. 418

*avsnitt 62 og 75. Det gjelder ikke minst når kontrakten legger betydelig risiko på entreprenøren og der den ene part, her SVV, sitter på hele grunnlags- og opplysningsmaterialet.”*

Det kan utledes av dette at lagmannsretten bygger på en strengere norm for opplysningsplikten når kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse, jf. ordlyden ”*særlige strenge krav*”. Trolig vil det lettere kunne pålegges byggherren en opplysningsplikt i slike tilfeller. Det vil si at de anbudsrettslige regler påvirker den kontraktsrettslige opplysningsplikten slik at det stilles høyere krav til hvilke opplysninger som må fremlegges. I tillegg vises det til kontraktsforholdets art og balanseforholdet mellom partene for å fastlegge terskelen. En slik fremgangsmåte samsvarer med hva som følger av det alminnelige prinsippet. Videre uttaler lagmannsretten

*”Det påhviler altså anbudsinnyder strenge redelighets- og lojalitetskrav, og skjevheter i risiko, kompetanse og tilgang til aktuelle data kan bidra til at det bør utvises større fleksibilitet i fortolkningen og bevisvurderingen enn utgangspunktet skulle tilsi.”*

Etter dette vil det være et skjerpet krav til opplysninger, som kan bidra til at fortolkningen og bevisvurderingen bør være mer fleksibel.<sup>127</sup> Når lagmannsretten mener det foreligger et skjerpet krav til lojalitet der kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse viser det at lojalitetsplikten er høyst relevant på dette området.

Selv om lagmannsretten bygger sin begrunnelse på bl.a. Byggholt-dommen, som ikke konkret behandler opplysningsplikten, taler gode grunner for et slikt synspunkt. Entreprenøren er under tidspress for å ferdigstille tilbudet. Han vil da ha begrensede muligheter til å innhente informasjon. Byggherren er den som utformer konkurransegrunnlaget. Han er dermed den som er nærmest til å vite hvilken informasjon som er relevant og nødvendig. Det virker derfor naturlig at det kan stilles høyere krav til opplysninger som følge av kontraktssituasjonen. Videre taler samfunnsøkonomiske hensyn for at byggherren innhenter og legger frem relevant informasjon. Det er hensiktsmessig at byggherren foretar undersøkelsene, slik at ikke alle potensielle tilbydere må gjøre det.

Bruserud tar til ordet for at rettspraksisen omkring tolkning av anbudsgrunnlag og tilbud, samt de generelle kravene til likebehandling, etterprøvbarehet og gjennomskiktighet kan gi seg utslag

---

<sup>127</sup> Lagmannsretten kom likevel til at opplysningsplikten ikke var brutt fordi ”*Det er ikke sannsynliggjort at opplysningsmanglene har hatt noen innvirkning på Lemminkäinenens kalkulasjoner og driftsmarginer, og de kan ikke ha utgjort noen vesentlig årsak til selskapets tap på entreprisen.*”



i hvilke momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen av opplysningsplikten. Dette kan føre til en objektivisering av tolkningen.<sup>128</sup> Sandvik er inne på tanken:

*”Det kan muligens hevdes at hvor kontrakten er istandbrakt ved en åpen anbudskonkurranse, må dette av hensyn til likhet i konkurransevilkårene betinge en objektivisering av tolkningen, ved at en fraviker det vanlig gjeldende prinsipp om at tolkningen skal være individuell og baseres på hva de aktuelle kontraktparter legger i det anvendte uttrykk.”<sup>129</sup>*

Bemerkningen gjelder tolkning av kontrakten, men Bruserud tar til ordet for at dette muligens må gjelde på opplysningsplikten område også. Begrunnelsen er at problemstillingene dreier seg om samme forhold: situasjonen før avtaleinngåelse. Både kontraktstolkningen og spørsmål omkring opplysningsplikten knytter seg til hva som har skjedd før avtale har kommet i stand. Bruserud mener det

*”ville være paradoksalt at man stengte for tolkning basert på subjektive elementer på en front, mens man tillot det i andre henseender.”<sup>130</sup>*

Uttalelsen knytter seg til til de tolkningsforutsetninger Høyesterett har lagt opp til ved tolkning av anbudsgrunnlag og tilbud.

I Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt) uttales det i forbindelse med spørsmålet om det var tilstrekkelig klart i anbudsgrunnlaget at en tiltransport skulle prises i avsnitt 74:

*”Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyders intensjon fremstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget.”*

Vi ser altså at subjektive tolkningsmomenter har liten plass ved tolkningen av kontrakten. Om dette betyr at det bør stenges for subjektive momenter på opplysningspliktens område er heller usikkert.

Utgangspunktene som fremkommer både av Veidekke-dommen og Byggholt-dommen søker å harmonisere de anbudsrettslige reglene med kontraktsrettslige utgangspunkter. I veidekke-

---

<sup>128</sup> Bruserud (2014) s. 247

<sup>129</sup> Sandvik (1966) s. 225

<sup>130</sup> Bruserud (2014) s. 178

dommen avvises god-tro standarden. Byggherren ville ellers blitt stilt i en posisjon der han lett kunne blitt erstatningsansvarlig etter anbudsrettslige regler dersom det skulle oppstilles en varslings- eller avvisningsplikt. Entreprenøren vil da ha risikoen for uklarheter i tilbudet.

I Byggholt-dommen søkes en balansegang<sup>131</sup>. Byggherren vil ha risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget så langt det ikke utfra en objektiv fortolkning fremstår som klart hva anbudsinnbyder har ment.

Når det gjelder opplysningsplikten kan jeg ikke se at reglene kan komme på kant med de anbudsrettslige reglene på samme måte som ved kontraktstolkningen. Byggherren står ikke overfor et dilemma der avvisning eller oppjustering av priser i tilbudet kan føre til erstatning. Poenget er at opplysninger er holdt tilbake overfor alle tilbydere, noe som oppdages først når opplysningen gir seg utslag for entreprenøren som har fått oppdraget. Dersom det er slik at noen, men ikke alle tilbyderne har fått nødvendig informasjon, må dette behandles innenfor det anbudsrettslige system der brudd på likebehandling fører til erstatning. Se for eksempel klagenemdas sak 2008/83 (Roald Madsen), der en eller flere leverandører ved befaring hadde fått informasjon om området som øvrige leverandører ikke hadde fått. Opplysningen var at området ikke trengte sikkerhetsvakter, og dermed måtte ikke utgifter til dette beregnes inn i tilbudet. Klagenemda antok at dette kunne gi seg utslag i prissettingen, og likebehandlingskravet var brutt ved at de øvrige leverandørene ikke hadde fått de samme opplysningene.

Derfor er det antageligvis ikke et behov for å objektivisere vilkårene for opplysningsplikt, slik som Bruserud antyder.<sup>132</sup> Det naturlige da er at man faller tilbake på hva som må antas å gjelde etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Videre hevder Bruserud i tilknytning til NS 8405 pkt. 19.3 annet ledd, som omhandler risikoen for arbeidsunderlaget og grunnforholdene.<sup>133</sup>

*”Det å tillegge individuelle erfaringer og andre subjektive elementer betydning ved fastleggelsen ville imidlertid raskt støte an mot likebehandlingshensynet i anbudsprosessen. Åpningen for dette ville som oftest gi oppdragsgiveren et incitament til å velge*

---

<sup>131</sup> Bruserud (2014) s. 173

<sup>132</sup> Bruserud (2014) s. 247

<sup>133</sup> Bestemmelsen legger risikoen for at grunnforholdene og det fysiske arbeidsunderlaget er slik entreprenøren hadde ”grunn til å regne med å få” hos byggherren.

*den entreprenøren som man vet har erfaring fra samme område tidligere, i strid med regelverkens grunnforutsetninger.*<sup>134</sup>

Fra dette kan man trekke den linjen at dersom det er mulig å tillegge individuelle og subjektive momenter betydning ved vurderingen av opplysningsplikten, kan det føre til at tilbyderne ikke behandles likt i anbudskonkurransen. Dette forutsetter at byggherren er klar over at én eller flere entreprenører vet hvordan for eksempel grunnforholdene foreligger og har erfaring fra stedet. Han velger derfor ikke å oppgi alle opplysninger til alle tilbydere i visshet om at noen er klar over forholdene. Deretter velger han tilbyder ut fra dette. Poenget er da at opplysningsplikten ikke vil bli problematisert i slike tilfeller. Den entreprenøren som har fått tilbudet vil da neppe fremme et krav om misligholdt opplysningsplikt, da den allerede er kjent med forholdene og vet hva han kan forvente. Det naturlige i slike situasjoner vil da være at brudd på likebehandlingsprinsippet vurderes etter de anbudsrettslige regler, og dermed kan føre til en erstatningsplikt for byggherren.

## **5 Konklusjon**

Hensynene bak opplysningsplikten viser hvorfor en slik plikt er en viktig del av kontraktsretten. Lojalitet og tillitt fører til et velfungerende omsetnings- og kredittliv. Det vil være mindre byrdefullt å inngå kontrakt, samt at man unngår store risikopåslag i avtalen. Dersom man først kommer til at opplysningsplikten er misligholdt vil den risikofordelingen som er forutsatt i kontrakten kunne forskyves fordi byggherren har brutt en biforpliktelse. Dette er imidlertid en rimelig løsning ettersom balansen i kontraktsforholdet er forskjøvet. Byggherren har holdt tilbake opplysninger som har hatt betydning for hvordan kontrakten ble fastlagt i utgangspunktet.

Partskonstellasjonen er annerledes enn hva som normalt følger av kontraktsretten. Den første virkningen av dette er at man bør vise varsomhet med å trekke slutninger ut fra hva som følger av alminnelig kontraktsrett. Likevel vil jeg hevde at vurderingsnormene er så fleksible at de tar innover seg de spesielle betraktningene entrepriseretten fordrer.

Hva som er gjenstand for opplysningsplikt vil langt på vei følge de samme betraktninger som legges til grunn i kontraktsretten. Likevel kan de usikkerheter som knytter seg til bygge- og anleggsprosjekter føre til at faglige vurderinger byggherren gjør på grunnlag av usikker informasjon i større grad bør oppgis. Uansett om byggherren ikke konkret uttaler seg om hva

---

<sup>134</sup> Bruserud (2014) s. 178

han mener situasjonen tilsier, bør i det minste de usikkerhetsmomenter som foreligger være tilstrekkelig klargjort for entreprenøren før han gir sitt tilbud. På denne måten har entreprenøren muligheten til å vurdere situasjonen og risikomomentene selv, og derfra velge hva han skal foreta seg, jf. LH-2009-151793.

I motsetning til hva som normalt følger av kjøpsretten, bør vurderinger av hensiktsmessighet og formålstjenlighet opplyses av byggherren, særlig må dette gjelde der byggherren er den prosjekterende.

Som nevnt over er opplysningspliktnormen fleksibel. Innvirkningskriteriet vil innebære at påvirkningen den tilbakeholdte opplysningen har for den enkelte part må vurderes. For entrepriseretten vil særlig den økonomiske balansen ha betydning. Dersom det viser seg at opplysningen direkte påvirker kalkylen entreprenøren har foretatt, vil det være større grunn til å kreve at opplysningen blir gitt. Antageligvis er det et krav om faktisk økonomisk innvirkning i entrepriseretten, jf. LA-2012-21676, i motsetning til alminnelig kontraktsrett der det er tilstrekkelig at adferden er egnet til å skape risiko for en innvirkning på kontrakten, jf. Rt. 1995 s. 1460.

Ved forventningskriteriet kan det tenkes at undersøkelsesplikten til entreprenøren i større grad påvirker den avveiningen som foretas med tanke på hva entreprenøren kan forvente å få av opplysninger. På den annen side kan langvarigheten av kontrakten og de samarbeider som følger av den, føre til at terskelen for å gi opplysninger senkes. Likevel vil de vurderingsnormer som er lagt til grunn over innebære at slike momenter tillegges vekt. Derfor skiller ikke entrepriseretten seg spesielt fra øvrig kontraktsrett på dette punkt.

Når det gjelder den subjektive vurderingen på ulovfestede områder er det usikkert hvor på skalaen aktsomhetsnormen skal legges. Jeg hevder at en naturlig løsning er å legge grov uaktsomhet til grunn, selv om det er uenigheter i teorien på dette punkt. Dette begrunnes i at de løsninger som er valgt i standardkontraktene kan være med på å legge føringer på hvilken norm som legges til grunn på entrepriserettens område.

Den andre virkningen av at partskonstellasjonen er annerledes i entrepriseretten er hvilke rettsvirkninger et brudd på opplysningsplikten har. I stedet for å fastlegge forpliktelsen etter realkreditors forventninger med påfølgende mangels sanksjoner, vil et brudd føre til et berettiget krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag fastlagt etter kontraktens øvrige bestemmelser og ved anvendelse av en differansebetraktning.

For kontrakter inngått etter anbudskonkurranser mener jeg at det fremdeles er rom for opplysningspliktregler. Videre er det ikke et behov for å objektivisere vilkårene. Derimot kan det heller være grunnlag for at anbudsreglene påvirker i motsatt retning. Dersom det etter anbudsreglene viser seg at opplysningene fra byggherren ikke har vært tilstrekkelige, kan dette være et moment i vurderingen av misligholdt opplysningsplikt innenfor kontraktsretten. Videre kan LA-2012-21676 tyde på at opplysningsplikten styrkes dersom avtale er inngått gjennom anbudskonkurranse.

## **6 Kilder**

### **6.1 Lover**

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

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

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

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

Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

Lov om voldgift av 14. juli 2004 nr. 25 (voldgiftsloven)

### **6.2 Forskrifter**

Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser

### **6.3 Rettsavgjørelser**

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2007 s. 1489

Rt. 2003 s. 1531

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2002 s. 696

Rt. 2001 s. 1288

Rt. 2001 s. 369

Rt. 1995 s. 1460  
Rt. 1986 s. 1386  
Rt. 1967 s. 1248  
Rt. 1966 s. 996  
Rt. 1959 s. 1172  
Rt. 1953 s. 449  
Rt. 1948 s. 370  
Rt. 1920 s. 237  
Rt. 1917 s. 673

RG 2012 s. 548  
LA-2012-21676  
LH-2009-151793  
LA-2004-39953  
LB-2000-2809  
RG 1982 s. 313

TOSLO-2006-188385 - TOSLO-2007-192701

#### **6.4 Forarbeider**

Ot.prp.nr.80 (1986-1987)

Ot.prp.nr. 66 (1990-91)

#### **6.5 Standardkontrakter**

NS 3431

Norsk Standard 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

NS 8400

Norsk Standard 8400:2005 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser

NS 8405

Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8406

Norsk Standard 8406:2011 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8407 Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

NS 8410 Norsk Standard 8410:2005 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved konkurranse med forhandlet prosedyre

## 6.6 Råds- og nemdsavgjørelser

BFJR sak 405 (1993)

KOFA-sak 2011/249

KOFA sak 2010/157

KOFA sak 2008/83

KOFA sak 2004/46

## 6.7 EU domstolen

C-19/00, SIAC Construction

## 6.8 Litteratur

Bruserud (2014) Herman Bruserud og Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett*. Oslo, Universitetsforlaget, 2014

Giertsen (2012) Johan Giertsen, *Avtaler 2.* utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2012

Giverholt m.fl. (2012) Heikki Giverholt m.fl., *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. Oslo, Gyldendal forlag, 2012

Haaskjold (2013) Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*. Oslo, Cappelen Damm, 2013

Hagstrøm (2011) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett 2.* Utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2011



Hagstrøm (1997)	Viggo Hagstrøm, <i>Entrepriserett – Utvalgte emner</i> . Oslo, Vindern forlag, 1997
Hagstrøm i TFR-1996-421	Tidsskrift for rettsvitenskap 1996 s. 421-518
Krüger i <i>På rett grunn</i> (2010)	Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), <i>På rett grunn – Festskrift til Norsk Forening for bygge- og entrepriserett</i> . Gyldendal forlag, 2010
Krüger i TFF 2012-4	Tidsskrift for forretningsjus, nr. 4/2012 årgang 18, s. 247-263
Nazarian (2007)	Henriette Nazarian, <i>Lojalitetsplikt i kontraktsforhold</i> , Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2007
Sandvik (1966)	Tore Sandvik, <i>Entreprenørrisikoen</i> . Oslo, Johan Grundt Tanum, 1966
Simonsen (2009)	Torsten Iversen (red.), <i>Festskrift til det danske selskab for byggeret</i> . København, Thomson Reuters, 2009
Simonsen (1997)	Lasse Simonsen, <i>Prekontraktuel ansvar</i> . Oslo, Universitetsforlaget, 1997
Skurnes og Kobbe i <i>På rett grunn</i> (2010)	Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), <i>På rett grunn – Festskrift til Norsk Forening for bygge- og entrepriserett</i> . Gyldendal forlag, 2010
Stang (1935)	Fredrik Stang, <i>Innledning til formueretten</i> 3. utgave. Oslo, 1935
Sæbø (1995)	Rune Sæbø, <i>Innsidehandel med verdipapir</i> . Bergen, Fagbokforlaget, 1995
Woxholth (2009)	Geir Woxholth, <i>Avtalerett</i> 7. Utgave. Oslo, Gyldendal forlag, 2009

## 6.9 Andre kilder

<https://snl.no/anbudskonkurranse>