

UiO : **Det juridiske fakultet**

Risikoen for underleveransesvikt i NTK 15

Kandidatnummer: 209

Leveringsfrist: 15. 01. 2017

Antall ord: 39 294



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Emne og problemstilling	1
1.2	NTK 15.....	2
1.3	Risikobegrepet.....	3
1.4	Den videre fremstillingen.....	4
2	AKTØRENE I PETROLEUMSVIRKSOMHETEN OG DERES ROLLE I TILVIRKNINGSARBEIDET	6
3	BRUKEN AV UNDERLEVERANDØRER	9
3.1	Hensyn bak bruken av underleverandører	9
3.2	Ulike typer organisering av underleverandørene	12
3.2.1	Leverandør velger underleverandør	14
3.2.2	Rammeavtale i Vedlegg H	15
3.2.3	Overdragelse av selskapets underleveransekontrakt.....	19
3.2.4	Selskapets utpeking av underleverandør.....	20
3.3	Svikt ved underleveranser	20
3.4	Hensyn bak reguleringen av risikoen for svikt.....	21
4	REGULERINGS- OG NTK ARTIKKEL 8	24
4.1	Oversikt	24
4.2	Leverandørens risikoeksponering som bakgrunn for reguleringen i artikkel 8.....	26
4.2.1	Pålagt rammeavtaleleverandør	26
4.2.2	Utpeking av underleverandør.....	29
4.2.3	Overdragelse av underleverandør	30
4.2.4	Oppsummering.....	31
4.3	Hovedregelen i artikkel 8.2	31
4.3.1	De rettslige utgangspunktene om risikoplasseringen.....	31
4.3.2	Vurderinger av utgangspunktene	32
4.3.3	Modifikasjoner av utgangspunktene i praksis.....	34
4.4	Unntak i artikkel 8.2.....	35
4.4.1	Modifikasjonen i artikkel 8.2	35
4.4.2	Den praktiske anvendelsen av modifikasjonen i artikkel 8.2.....	37
4.5	Unntak i artikkel 8.3.....	38
4.5.1	Oversikt.....	38
4.5.2	Anvendelsen av unntaket forutsetter pålagt bruk av rammeavtaler	40

4.5.3	To alternative situasjoner er gjenstand for risikobegrensningen	43
4.5.4	Prosessuelle krav for at risikobegrensningen skal få anvendelse	54
4.5.5	Konsekvensen av at det foreligger instruksjon eller intervensjon fra selskapets side.....	55
4.6	Unntak i artikkel 8.4.....	60
4.6.1	Overdragelse	61
4.6.2	Utpeking.....	63
4.6.3	De øvrige kumulative vilkårene for risikobegrensningen.....	66
4.6.4	Konsekvensen av risikobegrensningen	70
4.6.5	Konkurs hos underleverandør	72
5	MODIFIKASJONER I RISIKOREGULERINGEN SOM FØLGE AV FORCE MAJEURE.....	74
5.1	Force majeure hos underleverandør	75
5.1.1	Hendelse utenfor underleverandørens kontroll	75
5.1.2	Underleverandøren burde ikke ha forutsett hendelsen da underleveransekontrakten ble inngått	79
5.1.3	Underleverandøren kunne ikke med rimelighet forventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen.....	80
5.2	Force majeure hos leverandør når force majeure hos underleverandør foreligger.....	81
5.2.1	Hendelse utenfor leverandørens kontroll	81
5.2.2	Leverandøren burde ikke ha forutsett hendelsen da kontrakten ble inngått	84
5.2.3	Leverandøren kunne ikke med rimelighet forventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen	84
5.3	Konsekvenser av at det foreligger force majeure hos underleverandør som medfører ansvarsfritakelse for leverandør	89
5.3.1	Modifikasjon etter artikkel 8.3.....	90
5.3.2	Modifikasjon etter artikkel 8.4.....	91
6	MODIFIKASJONER I RISIKOREGULERINGEN MED GRUNNLAG I BAKGRUNNSRETEN.....	93
6.1	Oversikt	93
6.2	Bakgrunnsretten: den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold.....	93
6.3	Særskilte situasjoner der lojalitetsplikten blir aktuell	95
6.3.1	Underleverandørens kapasitet overskrides.....	96
6.3.2	Prekvalifisering av underleverandører	98
6.3.3	Selskapets involvering i underleverandørs oppfyllelse forårsaker underleveransesvikt	100
6.4	Konsekvenser av at lojalitetsplikten påvirker risikoreguleringen	102

6.5	Prosessuelle spørsmål.....	102
7	AVSLUTNING	105
	REFERANSELISTE	108

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er fordelingen av risiko ved underleveransesvikt mellom partene i hovedkontrakten; selskapet¹ og leverandøren². Risikoreguleringen som skal belyses er den som angis i Norsk Totalkontrakt (heretter NTK) 15 artikkel 8. NTK 15 er en forholdsvis ny standardkontrakt med en annerledes regulering av risikoen enn det tidligere standardkontrakter inneholdt. Siden Norsk Fabrikasjonskontrakt (heretter NF) 87 har spørsmålet om risikoen for underleveransesvikt blitt viet oppmerksomhet i petroleumsbransjen.³ Underleverandører brukes i alle utbyggingsprosjekter i petroleumsvirksomheten, og det erfares i blant at det svikter i deres oppfyllelse. Artikkel 8 tar sikte på å regulere bruken av underleverandører, samt fordelingen av merkostnadene som oppstår ved svikten. Denne avhandlingen omhandler artikkel 8 i 2015-versjonen av NTK, og 2015-versjonen skiller seg fra tidligere versjoner av artikkelen. Det finnes ingen utredning om bestemmelsens innhold på nåværende tidspunkt. Som følge av dette foreligger det en interesse i å få bestemmelsen utredet, og derfor er bestemmelsen valgt som tema for avhandlingen.

Emnet i avhandlingen er avgrenset til å omhandle kun NTK, da NTK ser ut til å brukes hyppigere enn NF i praksis. Artikkel 8 er imidlertid identisk i både NTK og i NF. Mye av det som fremkommer av avhandlingen angående det rettslige innholdet i NTK artikkel 8, vil følgelig også som utgangspunkt gjelde for NF artikkel 8. NTK skal benyttes i EPC-opdrag (Engineering Procurement Construction), mens NF er tiltenkt brukt i FC-opdrag (Fabrication Contract). Mer om dette kan sees i punkt 1.2. Selv om formuleringen er lik, kan anvendelsen av reglene slå ulikt ut som følge av at de brukes på noe ulike scenarioer. Det antas at slike forhold ikke gir store ulikheter, og at den avtalerettslige tolkningen ikke berøres i særlig stor grad.⁴

Avhandlingen vil først og fremst ta sikte på å utrede gjeldende risikoregulering gjennom en tolkning av NTK artikkel 8. Både fordeler og ulemper ved den nye bestemmelsen vil belyses. Dette vil kreve en beskrivelse av den faktiske bruken og organiseringen av underleveranser i petroleumsindustrien.

¹ Definert i NF 15 artikkel 1.22 og NTK 15 artikkel 1.24.

² Definert i NF 15 artikkel 1.14 og NTK 15 artikkel 1.15.

³ Bjelland (2016), Kaasen (2016).

⁴ Kaasen (2013) s. 62.

Enhver henvisning til NTK i denne avhandlingen sikter til NTK 15, med mindre annet er klart uttrykt.

1.2 NTK 15

En standardkontrakt er et dokument med en rekke kontraktsvilkår som er utarbeidet til bruk i en del av en særskilt bransje. Standardkontrakten kan benyttes som avtaleteksten i et individuelt kontraktsforhold, eller den kan inntas ved en henvisning. Dersom standardkontrakten ikke benyttes i kontraktsforholdet, vil den kunne være aktuell som bakgrunnsrett ved tolkning og utfylling av en individuell kontrakt.⁵

NTK og NF er standardkontrakter som kan benyttes i tilvirkningskontrakter mellom oljeselskap og leverandørselskap i olje- og gassindustrien. De er begge avtalte standardkontrakter («agreed documents»). Dette innebærer at de er avtalt mellom representanter for begge parter, og ikke ensidig fremlagt av den ene part. NTK og NF har blitt til i en forhandlingsprosess mellom bransjeorganisasjonene Norsk Industri og Norsk Olje og Gass. Når et leverandørselskap og et oljeselskap inngår kontrakt og begge er medlemsbedrifter i henholdsvis Norsk Industri og Norsk Olje og Gass, er bruk av standardkontraktene i det individuelle avtaleforholdet anbefalt.⁶ I denne avhandlingen vil oljeselskapet og leverandørselskapet som er parter i en tilvirkningskontrakt omtales som selskapet og leverandøren. Disse betegnelsene brukes med samme meningsinnhold som definisjonene i NTK artikkel 1.24 og artikkel 1.15.

NTK er skapt til bruk for EPC-oppdrag. EPC (engineering, procurement, construction) omfatter de kontraktsforholdene der leverandøren er engasjert til å prosjektere, kjøpe inn materialer til bygging samt bygge installasjonen. Leverandøren er følgelig ansvarlig for arbeidet helt fra planleggingsfasen og frem til leveringen, mens selskapet står i bakgrunnen. NF er på den annen side tiltenkt brukt for FC-oppdrag. FC (fabrication contract) er betegnelsen på et kontraktsforhold der leverandøren har en mindre kontraktsforpliktelse enn ved EPC. Leverandøren står kun for selve byggingen, mens oppgaver som prosjektering og materialinnkjøp er selskapets ansvar. Selskapet kan gjennomføre slikt på egenhånd, eller engasjere andre leverandører til å utføre dette. I praksis vil få selskaper ha egne prosjekteringsavdelinger; ofte vil andre leverandørselskaper engasjeres til å prosjektere på vegne av selskapet.

Rent teoretisk fremstår skillet mellom EPC og FC som tydelig, men i praksis er grensen flytende. Dette skyldes at det neppe eksisterer rene EPC-oppdrag og at forekomsten av rene FC-

⁵ Hagstrøm (2011) s. 46.

⁶ Fremkommer av forordet til NTK.

oppdrag er sjelden.⁷ De fleste tilvirkningskontrakter som inngås mellom oljeselskap og leverandører har noe innslag av EPC-forhold og noe innslag av FC-forhold. I praksis vil det likevel ofte være klart om det er NTK eller NF som best egner seg som kontraktstekst for avtaleforholdet. Partenes oppgavefordeling for prosjektering og materialinnkjøp vil kunne gi gode indikasjoner; jo mer prosjektering leverandøren utfører jo nærmere er kontraktsforholdet NTK. Tilsvarende gjelder for materialinnkjøp; NTK vil passe bedre som kontraktstekst når større deler av innkjøpet er leverandørens ansvar.

1.3 Risikobegrepet

Begrepet «risiko» anvendes med ulike betydninger i ulike rettslige sammenhenger. Risikobegrepet knyttes gjerne til ulike forhold som får negative økonomiske virkninger for en part i et rettsforhold dersom de inntreffer.⁸ Det skilles gjerne mellom vederlagsrisiko og oppfyllelserisiko i alminnelig kontraktsrett.⁹ Vederlagsrisikoen er tilknyttet vederlagsplikten i et kontraktsforhold. I alminnelig kontraktsrett betegner begrepet spørsmålet om en parts oppfyllelsessvikt får noen betydning for den annen parts vederlagsplikt.¹⁰ Dette spørsmålet vil i stor grad påvirkes av hvordan vederlaget er avtalt og fastsatt i kontrakten mellom selskapet og leverandøren, og hvilke potensielle kostnader leverandøren har medregnet i kontraktsprisen.¹¹ Oppfyllelserisiko er tilknyttet oppfyllelsesplikten. Begrepet representerer her den økonomiske merkostnaden som oppstår som følge av at leverandøren ikke oppfyller kontraktsmessig som følge av underleveransesvikt. Når underleverandør svikter oppstår det fare for at leverandøren ikke vil kunne levere kontraktsmessig overfor selskapet. Det foreligger oppfyllelserisiko ved både underleverandørens oppfyllelse og leverandørens oppfyllelse. Ved underleverandørens oppfyllelse er spørsmålet om oppfyllelserisiko et spørsmål om det er selskapet, eller leverandøren som må bære merkostnadene som oppstår ved underleveransesvik. Ved leverandørens oppfyllelse er begrepet et spørsmål om selskapets mulighet til å kreve misligholdssanksjoner av leverandøren dersom leverandøren misligholder hovedkontrakten.¹²

Artikkel 8 berører hovedsakelig spørsmålet om fordelingen av oppfyllelserisiko ved underleveransesvikt. Selskapets adgang til å kreve misligholdssanksjoner ved leverandørens kon-

⁷ Det forekommer rene fabrikkforhold i enkelte underleveranser og selskapsleveranser. Underleveranser er definert i NTK artikkel 1.31 og selskapsleveranser er definert i NTK artikkel 1.27.

⁸ Selvig/Lilleholt (2010) s. 116.

⁹ Utdypet i bl.a. Sandvik (1966) s. 101, Krokeide (1977) s. 578 flg., Bjelland (1994) s. 27 og Brannsten (2005) s. 260-261.

¹⁰ Som definert i Sandvik (1966) s. 101, Krokeide (1977) s. 581-582, Bjelland (1994) s. 27.

¹¹ Brannsten (2005) s. 260.

¹² Som definert i Krokeide (1977) s. 579, Bjelland (1994) s. 27-28.

traktsbrudd vil reguleres av andre bestemmelser i hovedkontrakten. Vederlagsrisikoen styres hovedsakelig av kontraktsprisen.

I alminnelig kontraktsrett er utgangspunktet at risikoen følger funksjonsfordelingen.¹³ Det innebærer at hver kontraktspart bærer risikoen på eget funksjonsområde. I petroleumskontraktene vil det være tre hovedfunksjonsområder; prosjektering, materialanskaffelse og bygging. Den av selskapet og leverandøren som har ansvaret for funksjonsområdet etter hovedkontrakten vil i utgangspunktet måtte bære risikoen for svikt innenfor det aktuelle funksjonsområdet. Selskapet vil etter funksjonsdelingen bære risikoen for selskapsleveranser til leverandøren, og leverandøren vil på samme måte bære risikoen for underleveranser. Standardkontrakten modifierer imidlertid dette utgangspunktet i relativt omfattende grad. Modifikasjonen består av en rekke bestemmelser som i visse situasjoner forskyver risikoen over på kontraktspartens motpart fordi denne involverer seg i det aktuelle funksjonsområdet. Involveringen kan blant annet bestå i å velge kontraktsmedhjelpere innenfor funksjonsområdet, eller fastsette vilkårene som arbeidet skal utføres etter. Da vil ikke funksjonsområdene være utelukkende under den ene partens innflytelse og beslutningsmyndighet. Det er denne risikoreguleringen som er gjenstand for avhandlingen.

1.4 Den videre fremstillingen

Denne avhandlingen består av syv kapitler, herunder ett innledende og et avsluttende kapittel. Det er fem kapitler som utgjør avhandlingens kjerne; kapittel 2, 3, 4, 5 og 6. Delkapitler vil omtales som punkter.

I kapittel 2 gis en mer generell beskrivelse av de involverte aktørene i et typisk byggeprosjekt i petroleumsvirksomheten. Kapitlet bærer preg av å være en form for tidslinje i et tilvirkningsarbeid, og kartlegger de ulike aktørenes roller i ulike deler av tilvirkningsarbeidet. Samtaler med ulike bransjeaktører er hovedkilden til opplysninger som presenteres i kapittel 2.

I kapittel 3 gjøres det rede for den faktiske bruken av underleverandører i tilvirkningen og ulike former for underleveranser. Videre vil det redegjøres for hvordan leverandørkjeder organiseres i bransjen. Kapitlet inneholder videre en normativ vurdering der det trekkes frem fordeler og ulemper ved bruken av underleveranser. Også for dette kapitlet utgjør samtaler med ulike bransjeaktører viktige opplysningskilder. Det samme gjelder samtaler med advokater med bred erfaring innenfor olje og gass.

¹³ Se bl.a. Sandvik (1966) s. 243 og Hagstrøm (2011) s. 333.

Kapittel 4 omhandler den rettslige risikoreguleringen i NTK artikkel 8. For det første har kapitlet en deskriptiv redegjørelse av innholdet i artikkel 8. Denne delen er skrevet etter alminnelig rettsdogmatisk metode, og består av avtalerettslig tolkning av standardkontrakten. For det andre foretas det en subsumsjon av reglens innhold på beskrivelsen av den faktiske situasjonen som er gitt i kapittel 2 og 3. Som følge av at det er lite skriftlige kilder om NTK 15, er denne delen i stor grad basert på samtaler med personer som har opptrådt som representanter i kontraktsforhandlingene som pågikk fra og med 2013 til og med 2015.

Kapittel 5 undersøker forholdet mellom artikkel 8 og NTKs regulering av force majeure. Det gjøres rede for hvilke situasjoner som anses som force majeure, og hvilke konsekvenser inntrøden av force majeure i leverandørleddene medfører for risikoreguleringen. Dette kapitlet er skrevet etter alminnelig rettsdogmatisk metode.

Kapittel 6 tar for seg risikoreguleringens forhold til den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Det foretas en normativ vurdering av om det kan tenkes situasjoner der bakgrunnsretten supplerer artikkel 8 på en slik måte at risikofordelingen mellom partene endres. Også denne delen er skrevet etter en alminnelig rettsdogmatisk metode.

En stor del av kildebruken i denne avhandlingen utgjøres av samtaler med ulike bransjeaktører. De aktuelle bransjeaktørene som har bidratt som opplysningskilder er hovedsakelig personer som arbeider i leverandørbedrifter, oljeselskaper og forretningsjuridiske advokatfirmaer. Enkelte av dem har også stilt som representanter i standardkontraktsforhandlingene for NTK 15 og tidligere versjoner av NTK. Disse personene har vært viktige opplysningskilder når det gjelder opplysninger om hvordan underleveranser organiseres i praksis, begrepsforklaringer av enkelte bransjetrykk og omtaler av alminnelig bransjepraksis og kontraktspraksis¹⁴. Enkelte av disse bransjeaktørene har bedt om å være anonyme i denne avhandlingen. For å unngå et feilaktig eller skjevt bilde av utvalget av bransjeaktører, er det i avhandlingen valgt å ekskludere alle bidragsyterne fra kildelisten. Det vil derfor ikke fremkomme noen fotnoter som henviser til uttalelser av enkeltpersoner. Personlige meddelelser vil heller ikke fremgå av kildelisten.

¹⁴ Kontraktspraksis viser hvordan standardkontrakter blir praktisert av aktørene i den aktuelle bransjen og hvordan de oppfatter dens innhold når de opptrer som kontraktsparter. Det er en relevant tolkningsfaktor ved tolkning av standardkontrakter som benyttes i bransjer med ellers få reguleringer, jf. bl.a. Hagstrøm (2011) s. 60 og Woxholth (2012) s. 377.

2 Aktørene i petroleumsvirksomheten og deres rolle i tilvirkningsarbeidet

Kontraktsparten «selskapet» består av en gruppe oljeselskaper som har fått tildelt utvinnings-tillatelse på norsk sokkel. Selskapsgruppen¹⁵ ledes av en operatør, jf. petroleumsloven § 3-7. Operatøren representerer selskapsgruppen i kontrakten med leverandøren. Utbygging av større oljefelt og installasjoner er forutsetninger for utvinning og produksjon av olje. Til dette utbyggingsarbeidet brukes leverandørindustrien. Leverandørene tilvirker installasjoner, modifierer deler av eksisterende installasjoner og sørger for vedlikehold av disse. Leverandørens tilvirkningsarbeid skjer etter selskapets spesifikasjoner og ønsker.

Selskapet er kjøperen i tilvirkningskontrakten, og det er selskapet som igangsetter arbeidet når det oppstår behov for nye installasjoner, eller behov for endringsarbeider på eksisterende installasjoner. Når selskapet ønsker å inngå en byggekontrakt legges oppdraget ut på anbud.¹⁶ Leverandørene som byr på anbudet blir vurdert etter økonomiske forhold, påkrevd fagkunnskap, kapasitet til å levere tidsnok, tilbudt pris og selskapets tidligere erfaringer med leverandøren. Selskapet inngår kontrakt med leverandøren som velges i anbudet. Denne kontrakten omtales som hovedkontrakten og forutsettes her å bestå av kontraktsteksten i NTK. Hovedkontrakten presiserer rolle- og risikofordelingen mellom selskapet og leverandøren.

Det er lite effektivt at leverandøren tilvirker produktet på egen hånd. Leverandøren engasjerer derfor gjerne underleverandører, se kapittel 3 der bruken av underleverandører er omtalt nærmere. Standardkontraktene definerer underleverandøren som «... en Tredjemann som har inngått avtale med leverandøren om levering av varer eller tjenester i forbindelse med Arbeidet.», jf. artikkel 1.30. «Arbeidet» er her ment som det arbeidet leverandøren har forpliktet seg til å utføre i kontrakten med oljeselskapet, jf. artikkel 1.1. Formuleringen «har inngått avtale» antyder at leverandøren har engasjert den aktuelle tredjepart og at en av disse to har initiert avtaleforholdet. Det er imidlertid ikke den tiltenkte betydning. Formuleringen «har inngått avtale» krever kun at det foreligger en eller annen form for kontraktsrettslig relasjon mellom leverandør og underleverandør. Hvorvidt denne kontraktsrettslige relasjonen er initiert av selskapet eller leverandøren er uten betydning.¹⁷

¹⁵ Definert i NTK artikkel 1.26.

¹⁶ Prosessen bak utvelgelsen av leverandør er nærmere utdypet i Askheim/Gisvold/Tapper (1983) s. 27 flg.

¹⁷ Selskapets utpeking og overføring av underleverandør, samt bestilling av underleveranser ved bruk av selskapets rammeavtaler illustrerer dette.

For å illustrere behovet for underleverandører i utbyggingen, er det hensiktsmessig å skille mellom de tre store innsatsfaktorene i leverandørvirksomheten; prosjektering, materialinnkjøp og bygging.

I de kontraktsforholdene der leverandøren har ansvar for prosjekteringen, kan som regel leverandøren utføre dette på egen hånd. I blant settes prosjekteringsarbeidet ut på underleveranse, enten fordi leverandøren ikke har egen prosjekteringsavdeling, eller fordi prosjekteringen krever særskilt teknologi.¹⁸ Dette skjer imidlertid sjelden i praksis, og vanligvis utfører leverandøren prosjekteringen selv. Dersom selskapet har ansvaret for prosjekteringen, vil selskapet engasjere en prosjekteringsleverandør til å prosjektere utbyggingen for dem. Når selskapet videreformidler prosjekteringsarbeidet til leverandøren, vil prosjekteringsarbeidet utgjøre en selskapsleveranse i hovedkontrakten jf. artikkel 1.27.

Materialanskaffelse skjer alltid gjennom underleveranser. Dette gjelder både i EPC-oppdrag hvor leverandøren har ansvaret for det vesentlige av materialanskaffelsen, og i fabrikkasjonsforhold hvor selskapet har ansvar for det vesentlige av materialanskaffelsen. Tilvirkningen kan ikke gjennomføres uten materialer. Materialanskaffelsen er derfor viktig uavhengig av hvordan den organiseres. Bulkmateriell («bulk materials») er en betegnelse på alle kurante materialer som brukes som byggeklosser i byggingen av andre, større deler, for eksempel stålplater, kabler eller rør. Dette må kjøpes inn fra underleverandører, da leverandøren normalt ikke har slikt liggende på lager. Noen ganger vil leverandøren engasjere underleverandører til å bygge ferdige komponenter kalt utstyr («tagged equipment»). Utstyr kan for eksempel være kompressorer, ventiler, kontrollsystemer og pumper. Underleverandører som leverer slike deler omtales gjerne som «utstyrsleverandører». Disse vil normalt igjen anskaffe materialer fra sine underleverandører, som leverer bulkmateriell. Materialanskaffelsen er grunnlaget for all tilvirkning, og vil derfor befinne seg i nedre ledd av leverandørkjeder. Det finnes også såkalte «skid-leverandører». Dette er underleverandører som setter sammen flere utstyrskomponenter på en ramme som til slutt blir en form for «mini-modul».

Leverandøren har som regel kompetanse til å utføre selve byggingsarbeidet selv. Likevel eksporteres mye av bygningsarbeidet til utlandet; dette synes hovedsakelig å skyldes kostnadsbesparelser.¹⁹ En reduksjon i byggingsomkostningene vil gjøre det mulig for leverandøren å tilby selskapet en bedre pris på tilvirkningsarbeidet i anbudsrunder.

¹⁸ Brannsten (2005) s. 263.

¹⁹ Se Kaasen (2013) s. 165 som påpeker at ulike deler av tilvirkningen kan settes til andre dersom det utgjør en billigere løsning.

Underleverandører kan engasjeres i prosjektet før og etter inngåelsen av hovedkontrakten. Når underleverandører engasjeres før inngåelsen av hovedkontrakten, er det selskapet som engasjerer underleverandøren. Det gjøres gjerne når underleverandøren skal levere utstyr som det tar lang tid å bygge og levere, gjerne kalt «long lead items». Ellers kan selskapet av andre grunner ønske å inngå en underleveransekontrakt før inngåelsen av hovedkontrakten. I slike tilfeller kan underleveransekontrakten overføres til leverandøren når hovedkontrakten inngås, se nærmere om dette i punkt 3.2.3.

Underleverandører kan også engasjeres etter inngåelsen av hovedkontrakten. De kan da engasjeres av selskapet eller leverandøren. Både selskapet og leverandøren vil normalt foretrekke å foreta valget av underleverandør selv. På en side ønsker leverandøren å organisere og styre gjennomføringen av egen kontraktsforpliktelse, og det innebærer å velge underleverandører samt fordele arbeidet som kontraktsforpliktelsen innebærer. På den annen side ønsker selskapet å ha en viss kontroll over hvem som utfører tilvirkningsarbeidet. Leverandøren er nøye valgt gjennom en anbudskonkurranse, og selskapet ønsker ikke at leverandøren fritt setter bort sitt arbeid til andre. Den parten som velger underleverandør, vil kunne inngå avtale med underleverandøren etter egne preferanser, og dermed sikre seg en større del av fordelene ved bruken.

Det er sjelden kun ett ledd av underleverandører. Vanligvis har også underleverandørene sine underleverandører, og disse har igjen sine underleverandører. Slik kan det fortsette i mange ledd nedover. Det kan også oppstå situasjoner der selskapets mange leverandører benytter seg av samme underleverandører slik at kjedene av underleverandører ikke er adskilt for de enkelte leverandørene.

I forbindelse med HMS- og CSR-programmer og andre retningslinjer, har flere aktører vist engasjement vedrørende antall ledd i leverandørkjeder. De har funnet at antallet ikke må bli for mange. Begrunnelsen har vært at jo lenger ned en kommer i en leverandørkjede, jo oftere vil underleverandører være hjemmehørende i stater der arbeidsforholdene kan utgjøre menneskerettighetsbrudd, og produksjonen ellers utføres under vanskelige eller farlige forhold for arbeiderne. Tilstrekkelig dokumentasjon av arbeidets kvalitet kan også være en utfordring i nedre ledd av lange leverandørkjeder.

3 Bruken av underleverandører

3.1 Hensyn bak bruken av underleverandører

Byggeprosjektene i norsk petroleumsvirksomhet er komplekse, tidkrevende og de krever sterk faglig ekspertise. Det er vanlig, og også i noen tilfeller nødvendig, å fordele arbeidet over flere ledd. Både selskapet og leverandøren kan nyte fordeler av at underleverandører engasjeres til prosjektet.

En viktig årsak til at underleverandører hyppig involveres i arbeidet, er at leverandørene ikke selv har mulighet til å utføre alle deler av arbeidet med tilstrekkelig kvalitet og effektivitet.²⁰ Dette har en sammenheng med leverandørindustriens utvikling de siste tiårene, der leverandørindustrien har blitt svært spesialisert. Spesialiseringens bakside blir at leverandørene mister en sterk helhetlig kompetanse. Dette betyr ikke nødvendigvis at leverandørselskapene ikke klarer å utføre alle deler av arbeidet, men ofte at de ikke har kapasitet til å utføre det tilstrekkelig raskt i forhold til leveringstiden.²¹

Mange leverandørselskaper har kjennskap til hverandre som følge av tidligere samarbeid. Ved å benytte seg av bekjenskaper eller nettverk kan det tenkes at leverandørene kan engasjere underleverandører på gunstige vilkår.²² En slik løsning kan fremstå som rimeligere, enn å selv arbeide parallelt med hele arbeidet under tidsnød.

Kompetanse og faglig ekspertise er ikke de eneste forhold som begrunner bruk av underleverandører. Det kan tenkes tilfeller der leverandøren isolert sett har tilstrekkelig kompetanse til å gjennomføre alle deler av arbeidet, men ikke tilstrekkelig ressurser til å arbeide med de ulike delene parallelt. Slike manglende ressurser kan tenkes å være tilstrekkelig fagkyndig arbeidskraft eller finansiering. Plassmangel på leverandørens byggeplass kan også opptre som en medvirkende årsak til at underleveranser benyttes i bransjen.²³

Ved andre tilfeller kan det tenkes at leverandørens mulighet til å fullføre arbeidet beror på hvilket produksjonsutstyr leverandøren har tilgjengelig. Bygging av særskilte komponenter krever tidvis spesielle typer produksjonsutstyr, som ikke alle leverandører nødvendigvis besitter. Det kan også tenkes at leverandøren har egnet produksjonsutstyr, men at andre leverandører har nyere og mer effektivt utstyr, som kan utføre arbeidet på en mindre kostnadskrevende

²⁰ Bjelland (1994) s. 12, Kaasen (2013) s. 164-165.

²¹ Kaasen (2013) s. 165.

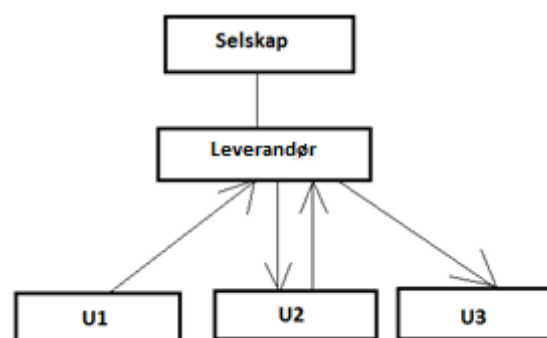
²² Bjelland (1994) s. 13.

²³ Bjelland (1994) s. 12.

måte. Slike forhold kan gjøre det ønskelig for leverandøren å sette bort arbeidet til en underleverandør.²⁴

Bruk av underleverandører medfører at tilvirkningsarbeidet fordeles over flere aktører. Fordelingen medfører at arbeidet utføres av spesialiserte tilvirkere. Dette gagnar både leverandøren og selskapet. Leverandøren får et kvalitetssikret produkt levert av spesialiserte tilvirkere, samtidig som arbeidet utføres på kortere tid enn dersom leverandøren utfører arbeidet alene. Selskapet opplever tilsvarende fordel ved at det leverte arbeidet er av god kvalitet. Videre får selskapet satt i gang oljevirkningshastigheten raskere, da arbeidsfordelingen på leverandørsiden gir kortere gjennomføringstid. Jo kortere tid tilvirkningen tar, jo tidligere får selskapet en inntjening av oljeproduksjonen.²⁵ Kortere gjennomføringstid vil også ha en virkning for prosjektkostnadene; det koster mer å ha et tilvirkningsprosjekt gående over lengre tid.

Fra et leverandørperspektiv er muligheten for risikoavlastning et viktig hensyn bak bruken av underleverandører. I avtalen mellom leverandøren og underleverandøren, kan leverandøren legge noe av risikoen for underleveransen på underleverandøren, og oppnå risikoavlastning selv. Jo flere underleverandører leverandøren kan fordele risikoen på, jo større grad av risikoavlastning vil oppnås. Ideen er enkel; hver underleverandør har risikoen for egen underleveranse etter underleveransekontrakten. Dette skaper en viss overføring av risiko fra leverandøren til underleverandørene. Leverandøren kan likevel ikke bli kvitt all risiko på denne måten. Det skyldes at leverandørens ansvar overfor selskapet gjelder det tap prosjektet lider som følge av underleveransesvikt, mens underleverandørens ansvar kun dekker den enkelte underleveransen. Leverandørens ansvar er gjerne beløpsmessig større enn underleverandørens. Dette kan illustreres med figur 1.



Figur 1

²⁴ Bjelland (1994) s. 12.

²⁵ Bjelland (1994) s. 13.

Underleverandørene U_1 , U_2 og U_3 har ingen direkte relasjon seg imellom. De kan ofte opptre etter hverandre i tid, for eksempel ved at U_1 leverer en komponent til leverandøren tidlig i prosjektets fase. Videre gir leverandør denne til U_2 som skal arbeide videre med komponenten. Til slutt skal U_3 tilføre arbeidet noe. Dersom U_1 er forsinket med sin leveranse til leverandøren, vil leverandøren kunne bli forsinket med å gi produktet videre til U_2 . Leverandørens forsinkelsesansvar overfor selskapet vil utgjøre et større beløp enn U_1 's forsinkelsesansvar, da U_1 's ansvar blant annet ikke vil dekke leverandørens egne tilleggskostnader i forbindelse med akselerasjon av videre arbeid, produktivitetstap og liknende.²⁶

Det er mulig å ha en selskapsorganisering som gir større grad av risikoavlastning for de involverte leverandørene. En mulighet er at leverandørene organiserer seg i et joint venture eller et konsortium, og at selskapet inngår tilvirkningskontrakt med denne juridiske enheten. Da oppnås det en risikospredning på alle leverandørselskapene som inngår i den juridiske enheten. Hvordan risikoen fordeles internt i samarbeidet varierer fra leverandørsamarbeid til leverandørsamarbeid.²⁷ Som eksempel nevnes Kværner og KBR som er organisert i et joint venture i tilvirkningskontrakten på utstys- og boligplattformen i oljefeltet Johan Sverdrup.

For å sikre maksimale fordeler av underleveransebruken ønsker både selskapet og leverandøren å bestemme hvem som skal engasjeres som underleverandører. Leverandørindustrien har i standardkontraktforhandlingene uttrykt misnøye med underleverandører som engasjeres av selskapet. Begrunnelsen for misnøyen er blant annet at slike underleverandører oppleves å ha en sterk lojalitet overfor selskapet. I enkelte tilfeller vil underleverandøren ha eller ha hatt en relasjon til selskapet, og dermed være knyttet til selskapet gjennom et avhengighets- og lojalitetsforhold. I slike tilfeller vil underleverandørene være opptatt av å ha gode samarbeidsforhold med oljeselskapene på grunn av et ønske om å bli engasjert til andre leveranser ved senere anledninger.

Oljeselskapene uttrykker på en annen side at de har et behov for å ha en viss kontroll over hvem som opptrer i tilvirkningsarbeidet. Gjennom anbudet velger selskapet leverandør etter kriterier som blant annet organisasjon, erfaring, faglig ekspertise og egnethet for prosjektet. Det ville derfor stride mot selskapets kontrollbehov dersom leverandøren fritt kan sette ut deler av oppdraget til underleverandører.²⁸

Ved at selskapet bidrar til valget av underleverandørene, kan selskapet lettere anse seg forsikret hva gjelder god fremdrift og kvalitet i prosjektet. Det er fordi selskapet i egeninteresse vil foreslå underleverandører som selskapet anser som dyktige og punktlige.

²⁶ Brannsten (2005) s. 260.

²⁷ Engesæth/Tennfjord (2010) s. 186.

²⁸ Kaasen (2013) s. 165.

Når selskapet har foretatt valget av underleverandør før inngåelsen av hovedkontrakten, eller bestemt hvilke underleverandører som er ønskelige i prosjektet, kan valget av underleverandører effektiviseres. Ved å benytte seg av forhåndsgodkjente leverandører, vil ikke leverandøren måtte bruke tid og ressurser på å finne andre egnede underleverandører, og deretter innhente selskapets samtykke til å bruke disse. En forhåndsetablert innkjøpskanal vil spare det helhetlige prosjektet både tid og ressurser.

Store selskaper kan videre ønske å engasjere underleverandører på egenhånd for å utnytte stordriftsfordeler i markedet.²⁹ Bestillinger av større kvanta gir lavere enhetspris. Ved å standardisere tilvirkningsprosjekter kan selskapet bestille inn materialer til flere tilvirkningsoppdrag til en lavere totalpris, enn dersom de ulike leverandørene enkeltvis skal foreta anskaffelser av materialer til sine tilvirkningsprosjekter.

3.2 Ulike typer organisering av underleverandørene

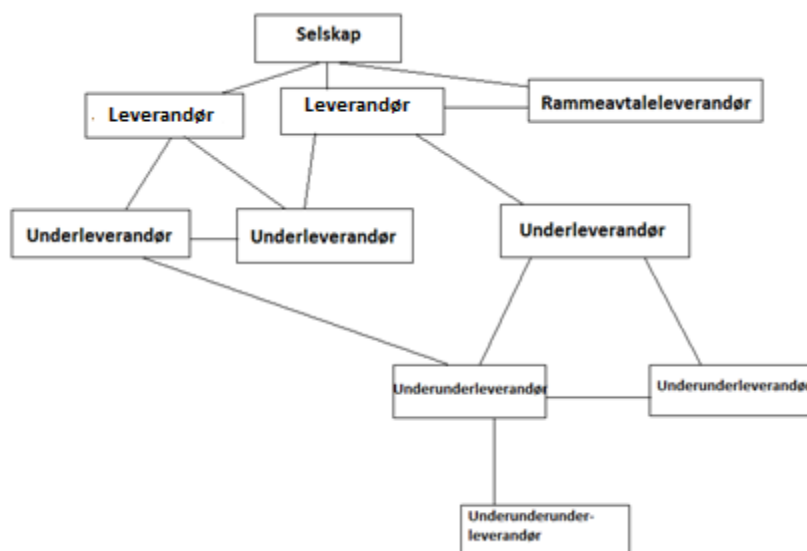
Forholdet mellom selskap, leverandør og underleverandør kan organiseres på flere måter. Det tas utgangspunkt i to ytterpunkter for organiseringen. Det ene ytterpunktet er selskapsleveranser³⁰, som betegner de situasjoner der selskapet inngår kontrakt med flere delleverandører til ett og samme prosjekt. Produktene vil da bevege seg fra en leverandør til en annen via selskapet. Slike produktleveranser utgjør det som i bransjen omtales som «Company Provided Items». I en slik organisering er det ingen kontraktsrettslig binding mellom leverandørene. Dersom selskapet skal gi et «Company Provided Item» videre til en annen leverandør, og produksjonen av dette forsinkes, er det naturlig at selskapet bærer risikoen for denne forsinkelsen. Det andre ytterpunktet er de klassiske underleveransene der leverandøren selv engasjerer og inngår kontrakt med underleverandør. I sistnevnte ytterpunkt er det naturlig at leverandøren har risikoen for at underleverandør oppfyller. Mellom disse to ytterpunktene forekommer det mange organiseringsformer. Noen av organiseringsformene er særskilt omtalt i artikkel 8, men ikke alle. I det videre avgrenses det mot rene selskapsleveranser da disse anskaffelsene ikke er en del av leverandørens arbeidsomfang,³¹ og dermed faller utenfor underleveransebegrepet.

En organisering i selskap, leverandør og underleverandør kan ha en struktur som ligner organiseringen i figur 2.

²⁹ Kaasen (2013) s. 165 og s. 176.

³⁰ Definert i NTK artikkel 1.27.

³¹ Det påpekes at det faller innenfor leverandørens arbeidsomfang å montere samt implementere slike anskaffelser i tilvirkningen.



Figur 2

Figuren viser at selskapet kan ha en kontraktsrelasjon med en leverandør, som videre kan ha kontraktsrelasjoner med underleverandører. Noen ganger vil ulike leverandører inngå underleveransekontrakt med samme underleverandør. Underleverandørene vil ha sine underunderleverandører, og på samme måte kan flere underleverandører benytte seg av samme underunderleverandør. Andre ganger vil selskapet ha inngått en rammeavtale³² med underleverandøren direkte. Rammeavtaler fastsetter de fleste forhold vedrørende en underleveranse, se mer om dette i kapittel 3.2.2. Rammeavtalen vil gi leverandøren en rett til å foreta bestillinger fra underleverandørene på rammeavtalens vilkår samtidig som selskapet formelt er part i rammeavtalen. Dette medfører at underleverandørene både har en kontraktsrelasjon til selskapet og til leverandøren. Linjen som går fra selskapet og nedover en leverandørkjede vil gjelde en særskilt tilvirkning. Denne tilvirkningen er leverandørens forpliktelse overfor selskapet, og leverandøren benytter seg av underleverandører for å gjennomføre denne forpliktelsen.

Det kan også tenkes at en underleverandør bruker to underunderleverandører i et prosjekt, samtidig som den ene underunderleverandøren igjen arbeider som underleverandør for den andre underunderleverandøren i et annet prosjekt. Da vil disse underunderleverandørene ha en kontraktsrettslig binding seg imellom, og dette illustreres av den horisontale bindingen mellom det nestnederste leddet i tegningen. De horisontale linjene vil dermed illustrere at samme underleverandør arbeider på ulike tilvirkningsprosjekter. Det samme gjelder den horisontale bindingen mellom underleverandørene i tredje ledd i figuren; bindingen utgjør en kontrakt mellom underleverandørene der den ene arbeider som underleverandør for den andre, og der-

³² Defineret i NTK artikkel 1.22.

med også blir underunderleverandør for leverandøren, samtidig som han på selvstendig grunnlag er underleverandør for leverandøren.

Valg av organiseringsform avgjøres normalt i kontraktsforhandlingene mellom selskapet og leverandøren forut for inngåelsen av hovedkontrakten. I praksis vil selskapet fastsette ønsket organiseringsform i anbudsgrunnlaget, og det er opp til leverandøren å forhandle frem endringer. Det kan imidlertid også tenkes tilfeller der selskapet endrer organiseringsform etter inngåelsen av hovedkontrakten ved for eksempel å pålegge rammeavtaleleverandører som opprinnelig ikke var forutsatt, eller senere beslutte å utpeke eller overføre underleverandører.

Alle underleveranser, uavhengig av organisering, faller inn under anvendelsesområdet til artikkel 8. Det er fire former for organisering som omtales særskilt i artikkelen: (i) leverandør velger underleverandør, (ii) bruk av selskapets rammeavtaler, (iii) utpeking og (iv) overføring. I det følgende vil det redegjøres for de fire formene som er særskilt omtalt i artikkel 8, og det avgrenses mot andre organiseringsformer.

3.2.1 Leverandør velger underleverandør

Det tradisjonelle synspunktet på underleveranser i kontraktsretten er at selskapet inngår avtale med leverandøren, og at leverandøren selv engasjerer underleverandører som kan utføre deler av leverandørens forpliktelse etter hovedkontrakten. I petroleumsbransjen er det vanlig at leverandøren under forberedelsen av sitt tilbud tar kontakt med flere aktuelle underleverandører og innhenter indikative tilbud om ønskede underleveranser til tilvirkningen.

Det vil i en slik situasjon foreligge to adskilte kontraktsforhold. Det ene kontraktsforholdet vil bestå mellom selskapet og leverandøren, og det andre kontraktsforholdet vil bestå mellom leverandøren og underleverandøren. NTK oppstiller en rekke begrensninger for valg av underleverandør, jf. artikkel 8.1. Bestemmelsen fastslår at leverandøren ikke kan «... inngå kontrakt om Underleveranser for deler av Arbeidet uten at selskapet på forhånd har gitt samtykke.». Det oppstilles en samtykkeordning, og den springer ut av selskapets behov for kontroll over hvem som involveres i egne tilvirkningsprosjekter. Dette er et viktig hensyn bak begrensningen i leverandørens valgfrihet.

Underleverandører som selskapet har inntatt i Vedlegg H til hovedkontrakten er unntatt fra samtykkekravet, jf. artikkel 8.1. Selskapet ansees for å ha forhåndsgodkjent disse underleverandørene for angitte typer underleveranser. Leverandøren behøver dermed ikke innhente særskilt samtykke fra selskapet ved bruk av disse.

Samtykkekravet gjelder ikke for «... mindre innkjøp og bruk av leiet arbeidskraft i begrenset omfang». «Mindre innkjøp» er et relativt begrep. Vurderingen av hvorvidt et innkjøp er mindre eller ikke må sees i lys av den totale kontraktens verdi.³³ Jo større verdi kontrakten mellom selskapet og leverandøren har, jo større innkjøp kan leverandøren gjennomføre uten at det er nødvendig å be om selskapets samtykke.

Hva gjelder arbeidskraft, kan leverandøren fritt avgjøre hvem han ønsker å benytte som arbeidskraft, såfremt arbeidskraften er av et «begrenset omfang», jf. artikkel 8.1. I vurderingen av hva som er et «begrenset omfang» må det for det første skilles mellom ulike kategorier av arbeidere. Jo mer sentral rolle den innleiede arbeidskraften har i prosjektet, jo mindre omfang skal til før leien anses for å overskride «begrenset omfang». Dette betyr at grensen lettere anses overskredet ved leie av ledelse og annet nøkkelpersonell, enn ved leie av annen arbeidskraft. Det sentrale i bedømmelsen av om omfanget er overskredet, er om leien er så omfattende at selskapet ikke lenger har å gjøre med den leverandøren som selskapet inngikk kontrakt med.³⁴

Underleveranser gjennomføres løpende gjennom tilvirkningsprosjektet, og leverandøren vil i praksis be om selskapets samtykke etter hvert som det oppstår behov for underleveranser.

3.2.2 Rammeavtale i Vedlegg H

3.2.2.1 Om selskapets rammeavtaler

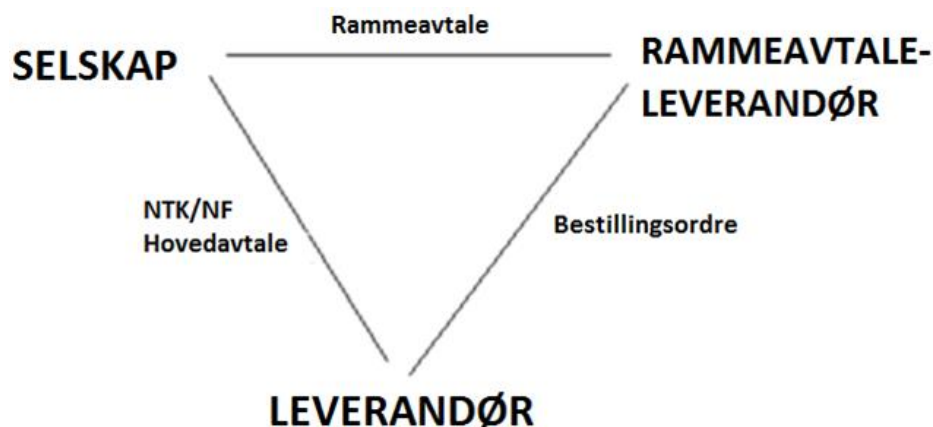
En rammeavtale er i artikkel 1.22 definert som de avtaler som er angitt i Vedlegg H. I praksis utgjør det en avtale mellom selskapet og en underleverandør der de fleste forhold vedrørende underleveransen er avtalt, som for eksempel pris og arbeidets art. Det er selskapet som velger underleverandører ved å inngå rammeavtaler med de enkelte underleverandørene. Underleverandører som selskapet inngår rammeavtaler med omtales i det videre som rammeavtaleleverandører. Leverandøren kan benytte rammeavtaleleverandører til underleveranser. Ettersom rammeavtalene er inntatt i Vedlegg H, må ikke leverandøren innhente selskapets samtykke, jf. artikkel 8.1 tredje punktum.

I rammeavtalene vil pris og arbeidets art være avtalt mellom selskapet og rammeavtaleleverandøren. Nærmere bestemt kvantum og leveringsdato er ikke regulert i rammeavtalene. Etter rammeavtalene har leverandøren rett til å foreta løpende bestillinger på de vilkår som er fast-

³³ Kaasen (2013) s. 170.

³⁴ Kaasen (2013) s. 171.

satt i rammeavtalen. Leverandørens bestillinger (gjerne kalt «call offs») utformes i en bestillingsordre der kvantum og leveringstid spesifiseres for den enkelte underleveranse. I rammeavtalen er det fastsatt en bestillingsfrist som angir når leverandøren må foreta bestilling dersom rammeavtaleleverandøren skal kunne klare å levere et gitt kvantum til en bestemt tid. Rammeavtalen gir følgelig rammer for mulige kvanta med tilhørende bestillingstider. Bestillingsordren skaper en kontraktsrettslig relasjon mellom leverandøren og rammeavtaleleverandøren. Den kontraktsrettslige relasjonen gjør at rammeavtaleleverandøren er leveringspliktig overfor leverandøren, og ikke selskapet. Tilsvarende er leverandøren debitor hva gjelder rammeavtaleleverandørens betalingskrav.³⁵ Leverandøren opptrer som en aktiv kontraktspart overfor underleverandøren ved at det er denne som faktisk bestiller, betaler for og tar imot rammeavtaleleverandørens ytelse. Prisen er gjerne fastsatt i rammeavtalen, og angis vanligvis som enhetspris. Leverandørens betalingsforpliktelse beregnes etter bestilt kvantum i bestillingsordren. Figur 3 illustrerer relasjonene mellom selskapet, leverandøren og rammeavtaleleverandøren.



Figur 3

I enkelte kontraktsforhold vil leverandøren være pålagt å benytte underleverandører som selskapet har rammeavtaler med. Andre ganger vil selskapets rammeavtaler være et tilbud til leverandøren, og leverandøren vil dermed stå fritt til å bruke dem. Leverandøren står i utgangspunktet fritt til å engasjere en underleverandør som er selskapets rammeavtaleleverandør, selv om selskapet ikke har tilbudt leverandøren det. Dersom selskapet tillater det, kan underleveransen skje etter rammeavtalens vilkår. Det samme gjelder dersom selskapet pålegger bruk av rammeavtalen. Dersom leverandøren verken har en plikt eller rett til å bestille under rammeavtalen, vil en ny underleveransekontrakt måtte inngås med underleverandøren. Da vil ikke den aktuelle underleverandøren opptre som selskapets rammeavtaleleverandør i

³⁵ Bjelland (1994) s. 24.

tilvirkningsprosjektet. I blant kan leverandøren også indirekte bli nødt til å bruke rammeavtaleleverandører dersom selskapet ikke ønsker å godkjenne andre underleverandører, og har en saklig grunn til det, jf. artikkel 8.1.

Visse frivillige rammeavtaler utgjør det som i bransjen omtales som «selected makes»-avtaler. Dette er rammeavtaler med underleverandører som kan tilvirke særskilt fastsatt utstyr, som leverandøren må anskaffe. Ved «selected makes»-avtaler er det leverandøren som velger hvilken rammeavtaleleverandør som skal benyttes til anskaffelsen av det fastsatte utstyret.³⁶

3.2.2.2 *Fordeler og ulemper ved bruk av selskapets rammeavtaler*

Bruk av rammeavtaler kan både være fordelaktig for leverandøren og for selskapet såfremt rammeavtalene kun er et tilbud til leverandøren. Når rammeavtalene er pålagt vil bruken gi selskapet flere fordeler enn leverandøren. For det første får selskapet oppfylt sitt behov for å kontrollere hvem som deltar i tilvirkningen. Videre kan selskapet ofte forhandle frem gunstige betingelser og kvantumsrabatter dersom rammeavtalene brukes av flere av selskapets leverandører. For at flere av selskapets leverandører skal kunne bestille under de samme rammeavtalene, er det nødvendig at selskapets pågående tilvirkningsprosjekter samordnes, ved at samme typer pumper, ventiler og kompressorer brukes på de ulike installasjonene. «Selected makes»-avtaler er en gunstig måte å oppnå standardisering på uten å pålegge en konkret rammeavtaleleverandør.³⁷

Standardisering av utstyret og materialene kan videre være gunstig dersom en leverandør mangler materialer eller utstyr som en annen leverandør har til overs, slik at de kan fordele det seg imellom. Det samme gjelder dersom en leverandør får et hastende behov for materialer og utstyr til for eksempel en nødvendig reparasjon. Dersom en annen besitter nødvendig materialer og utstyr, og ikke har et umiddelbart behov for det selv, kan materialene eller utstyret overføres til den leverandøren som har behov for det. Standardiseringshensyn slår også inn ved vedlikehold av installasjonene. En installasjon kan vedlikeholdes ved hjelp av materialer fra en annen installasjon i nærheten som er under bygging. Da vil det ikke oppstå noe behov for å bestille særskilt materiale til vedlikeholdsarbeid og modifikasjonsarbeid. Utstyr og materialer leveres gjerne som underleveranser, og standardiseringen muliggjøres i stor grad av at leverandørene pålegges bruk rammeavtaleleverandører, eller «selected makes»-avtaler.

³⁶ Som omtalt i Brannsten (2005) s. 263.

³⁷ Brannsten (2005) s. 263.

Konseptet om «early engineering input», se nærmere i punkt 3.4, illustrerer en annen fordel ved bruk av rammeavtaler. Konseptet går blant annet ut på at underleverandør velges tidlig, slik at underleverandørens spesifikasjoner for underleveransen kan implementeres inn i selskapets eller leverandørens prosjektering på et tidlig stadium. Det vil gjerne være kostnadsbesparende å bruke underleverandørens tilgjengelige spesifikasjoner fremfor å skreddersy nye spesifikasjoner for den enkelte underleveranse. Tidlig innhenting av underleverandørens spesifikasjoner muliggjør at prosjekteringsarbeidet gjøres tidlig. Dette vil igjen medføre en tidsbesparelse for prosjektet. Når selskapet har rammeavtaler vil det være enklere å innhente rammeavtaleleverandørens spesifikasjoner, enn å engasjere andre underleverandører og deretter innhente deres spesifikasjoner.

Videre vil bruk av selskapets rammeavtaler medføre at det foreligger en forhåndsetablert innkjøpskanal for underleveranser, da rammeavtalene gjerne foreligger før inngåelsen av hovedkontrakten. Enkelte leverandører har egne rammeavtaler med gunstige kvantumsrabatter. Særlig gjelder det EPC-leverandører som opererer på verdensnivå. Leverandøren kan slik ha en forhåndsetablert innkjøpskanal, uavhengig av selskapets rammeavtaler. Når leverandøren ikke har rammeavtaler selv, vil selskapets rammeavtaler kunne medføre en tidsbesparing da underleveransene i stor grad er etablert. Dette medfører at leverandøren ikke må bruke ressurser på å finne egnede underleverandører.

Selv om det foreligger mange fordeler ved pålegg av rammeavtaler, påpekes det også ulemper, særlig fra leverandørsiden.

Leverandørindustriens hovedargument mot pålagte rammeavtaler er at underleveransene bidrar til oppfyllelse av leverandørens kontraktsforpliktelse, og at leverandøren derfor selv må få velge sine kontraktsmedhjelpere. I visse tilfeller kan det tenkes at selskapet i en viss grad styrer risikoen for underleveransesvikt når flere av selskapets leverandører bestiller av de samme rammeavtaleleverandørene; arbeidsmengden kan medføre at rammeavtaleleverandøren ikke klarer å oppfylle kontraktsmessig i alle prosjektene. Dersom kapasitetsproblemer oppstår, kan selskapet videre ha stor innflytelse over rekkefølgen rammeavtaleleverandøren gjennomfører sine kontraktsforpliktelser på, og dermed hvilken leverandør rammeavtaleleverandøren blir forsinket overfor. Dette er problemstillinger som i stor grad er hensyntatt i artikkel 8, og drøftes nærmere i punkt 4.5.

Et annet forhold som leverandørindustrien anser som vanskelig ved pålagte rammeavtaler, er oppnåelse av stabil kontantstrøm og likviditet. Leverandøren er debitor for underleverandørens betalingskrav, og må følgelig finansiere underleveransen. Selskapet betaler gjerne leverandøren etterskuddsvis for utført arbeid, inkludert leverandørens kostnader i forbindelse med underleveransen. Fakturaen leverandøren sender til selskapet vil dekke arbeid i en gitt tidspe-

riode, der siste dag i perioden betegnes som «cut-off»-dato. Kostnader som leverandøren påføres etter «cut-off» inngår i neste faktureringsperiode, og kan først faktureres selskapet på neste faktura. Rammeavtaleleverandøren fakturerer leverandøren etter samme prosedyre. Rammeavtaleleverandørens «cut-off» er regulert i rammeavtalen, og fastsettes av selskapet. Selskapet er tjent med å ha samme «cut-off» for alle sine leverandører og rammeavtaleleverandører. Når «cut-off» datoen er den samme for leverandøren og rammeavtaleleverandøren, vil rammeavtaleleverandøren fakturere leverandøren for sitt arbeid på samme dag som leverandøren fakturerer selskapet for sitt. Når leverandøren fakturerer selskapet samtidig som han selv blir fakturert, vil ikke leverandøren rekke å videreføre rammeavtaleleverandørens betalingskrav over til selskapet. Dette betalingskravet kommer først med på neste faktura fra leverandøren. Leverandøren får da en større bevegelse av kontanter ut gjennom kostnader, enn det han får inn gjennom sin inntekt. Denne forskyvningen gjør det vanskelig for leverandøren å skape god kontantstrøm for sitt firma, noe som igjen kan påvirke leverandørens likviditet.³⁸ Særlig i en petroleumsvirksomhet med nedgangstider fremstår dette som et viktig hensyn for leverandørindustrien, da stadig flere leverandører får likviditetsproblemer.

3.2.3 Overdragelse av selskapets underleveransekontrakt

I visse tilfeller er det slik at selskapet allerede har engasjert og inngått kontrakt om underleveranser med en, eller flere underleverandører. Dersom selskapet ønsker at leverandøren skal stå i kontraktsforhold med underleverandørene, kan selskapet overdra underleveransekontraktene til leverandøren. En kontraktsoverdragelse av denne art gjør at alle kontraktsrettslige bånd mellom underleverandøren og selskapet forsvinner.

Selskapet kan overføre en underleveransekontrakt til leverandøren både ved og etter inngåelsen av hovedkontrakten. Overdragelse er en viktig mekanisme ved tilfeller der det må tilvirkes utstyr til bygingsprosessen i god tid før selve byggingen. Selskapet kan da bestille tilvirkningen av et leverandørselskap før hovedkontrakten inngås. Tilvirkningskontrakten kan senere overføres til den nye leverandøren etter at hovedkontrakten er inngått. Tilvirkningsleverandør får rollen som underleverandør, og leverandøren behøver ikke å finne en egnet tilvirker, samt foreta bestilling raskt nok i forhold til egen leveringsfrist.

³⁸ Det er mulig å organisere faktureringen på andre måter som ikke går ut over leverandørens kontantstrøm. Bl.a. finnes det eksempler på at leverandøren fakturerer selskapet for en prognose av arbeid som vil bli utført, og ikke arbeid som allerede er utført. Slik kan leverandøren også ta med estimerte kostnader i forbindelse med underleveranse på en tidligere faktura. Det har også vært eksempler på at underleverandørene belaster selskapet for underleveransen, slik at problemet unngås.

Dersom selskapet velger å ikke overføre en kontrakt til leverandøren, vil kontraktsgjenstanden utgjøre en selskapsleveranse, og ikke en underleveranse. I praksis velger gjerne selskapene å overføre kontraktene, da overføringen fritar selskapet for ansvar hva gjelder kontraktsgjenstanden. Det er leverandøren som må følge opp kontrakten videre, og se til at den oppfylles riktig. Overføring handler også om strategivalg; noen ganger ønsker selskapet å samle alt arbeidet hos en EPC-leverandør for å lette sin egen involvering i tilvirkningsprosjektet. Da vil ikke selskapet måtte forholde seg til grensesnittet mellom de ulike leveransene av utstyr og konstruksjoner, som må samvirke for at den endelige installasjonen skal kunne tilvirkes.

3.2.4 Selskapets utpeking av underleverandør

Denne organiseringsmekanismen går ut på at selskapet utpeker en underleverandør som leverandøren skal inngå kontrakt med. Utpeking kan i likhet med overdragelse både skje ved og etter inngåelsen av hovedkontrakten. Selskapets rammeavtaleleverandører kan også utpekes. Da vil selskapet i praksis pålegge leverandøren å foreta en innkjøpsordre fra en aktuell rammeavtaleleverandør.³⁹

Noen ganger vil selskapet foreta en utpeking med hensyn til hvilket utstyr som skal brukes, uten å peke ut hvilken underleverandør som skal fremskaffe det bestemte utstyret. Realiteten kan imidlertid ofte bli den samme, da det gjerne ikke vil være mange underleverandører som lager det aktuelle utstyret slik det er fastsatt i selskapets spesifikasjon.

3.3 Svikt ved underleveranser

Ved å organisere arbeidet over flere ledd, vil det være mange aktører som arbeider med hver sin del. En helhetlig styring av prosjektet kan i visse situasjoner bli vanskelig ved en slik arbeidsfordeling, særlig hvis det er uklart hvem av selskapet og leverandøren som har det nærmere styringsansvar overfor underleverandøren.

Mange leveranser i byggeprosjektene oppfylles kontraktsmessig. I blant oppfyller ikke underleverandøren kontraktsmessig overfor leverandøren, og det oppstår forsinkelser eller mangler i leveransen. Underleverandører kan svikte av mange ulike årsaker. Blant de viktigste årsakene finnes det forhold at arbeidet blir mer tidkrevende, eller kostnadskrevende, enn det underleverandøren forventet ved kontraktsinngåelsen. Dette er ofte sviktårsaken hos utstyrsleverandører, da slike underleveranser er komplekse, krever en aktiv rolle og høyere faglig kompe-

³⁹ Brannsten (2005) s. 263.

tanse av underleverandøren. Utstyret som underleverandøren skal lage er gjerne stort og komplekst, og kan ta lenger tid å skape enn antatt.

Andre ganger vil svikt skyldes det faktum at underleverandøren har påtatt seg for mange oppdrag for ulike leverandører og selskaper. Kontraktsmessig oppfyllelse overfor alle kontraktparter blir ikke mulig da arbeidskraften og tiden ikke strekker til. Da kan det oppstå forsinkelser overfor enkelte leverandører.

Ved enkelte tilfeller skyldes underleveransesvikt insolvens hos underleverandør. Insolvens vil medføre at underleverandør ikke får oppfylt overfor leverandøren. Etter dekningsloven § 7-3 vil underleverandørens konkursbo som utgangspunkt ha en rett til å tre inn i underleveransekontrakten,⁴⁰ men dette vil aldri være en plikt for boet. Dersom boet ikke trer inn, vil underleveransekontrakten bortfalle.

Det kan også tenkes situasjoner der underleveransesvikt skyldes mislighold fra leverandøren eller selskapet. Leverandøren kan misligholde overfor underleverandør ved å være forsinket med å levere materialer, eller komponenter som underleverandøren skal arbeide videre med. Selskapet kan på samme måte være forsinket med å utarbeide spesifikasjoner, tegninger eller materialer til underleverandør, noe som igjen medfører at underleverandør ikke klarer å levere til rett tid overfor leverandøren. Slike sviktende forhold på selskapets side kan gi leverandøren grunnlag for krav mot selskapet etter artikkel 27.1.

Videre kan svikt bestå i at underleveransen anses som mangelfull. Det kan skyldes at underleverandørens produkt ikke tilfredsstiller de krav til kvalitet og egenskaper som partene har avtalt, eller det kan skyldes at dokumentasjonen vedrørende produktets egenskaper, kvalitet eller sikkerhet ikke er utarbeidet som påkrevet. I enkelte tilfeller er dokumentasjon påkrevet før bruk av produktet kan forekomme, og den er i visse tilfeller påkrevet av myndighetene og i andre tilfeller av selskapet.

3.4 Hensyn bak reguleringen av risikoen for svikt

Reguleringen av risikoen for underleveransesvikt har materielt sett endret seg en del siden NF 87. 15-versjonene skiller seg en del fra tidligere versjoner, særlig hva gjelder NTK. Selv om det materielle innholdet i reguleringen har endret seg, har gjennomgående de samme hensy-

⁴⁰ Denne retten vil ikke gjelde dersom underleveransekontraktens art tilsier at leverandøren kan motsette seg inntreden, jf. dekningsloven § 7-3(2).

nene bak reguleringen blitt trukket frem under standardkontraktsforhandlingene gjennom tidene.

Et grunnleggende hensyn bak risikoreguleringen for underleveransesvikt, er hensynet om at risikoen skal plasseres slik at det er et samsvar mellom frihet til å velge underleverandør, og risikoen for underleverandør. Det innebærer kortfattet at den av selskapet og leverandøren som velger underleverandøren, også bør bære risikoen for underleverandørens oppfyllelse. Dersom leverandøren engasjerer underleverandøren, taler hensynet for at leverandøren må bære risikoen for at underleverandøren oppfyller kontraktmessig. Motsetningsvis tilsier hensynet at selskapet må bære risikoen dersom selskapet har pålagt leverandøren å bruke en rammeavtaleleverandør, utpekt en underleverandør, eller overført en underleveransekontrakt.

Et annet hensyn nært beslektet med det foregående, er hensynet om samsvar mellom påvirkningsmuligheter overfor underleverandøren og risikoen for underleveransen. Den part som er best egnet til å følge opp underleverandøren bør ha risikoen for dennes oppfyllelse. Når denne parten tildeles risikoen, vil parten få et incitament til å kontrollere underleverandørens fremdrift. Det vil redusere sannsynligheten for svikt.⁴¹ Dette hensynet står sterkt i 15-versjonene, der stadig mer av risikoen er lagt over på leverandørene. Under forhandlingene ble det vist til at leverandørene ville få et sterkere incitament til å følge opp alle underleverandører, også de som er pålagt av selskapet.

Et hensyn som tilsier at leverandøren bør bære risikoen i forhold til selskapet, er muligheten til å kanalisere deler av ansvaret videre ned til underleverandøren. Visse rettferdighetshensyn tilsier at underleverandøren til sist bør bære risikoen for egen svikt. Når underleverandøren svikter oppstår det et mislighold av underleveransekontrakten. Ved å fremsette misligholdsbeføyelser overfor underleverandøren, kan leverandøren kanalisere deler av tapet som underleveransesvikten påfører til underleverandøren.⁴² Selskapet vil ikke ha en slik mulighet da det ikke er part i underleveransekontrakten. Leverandøren vil ikke kunne kanalisere det fulle tapet og de totale kostnadene som oppstår ved underleveransesvikten, da underleveransekontrakten angir et tak på underleverandørens ansvar. Likevel vil noe av tapet kunne føres videre nedover til underleverandøren som har forårsaket oppfyllelsssvikten. Dette hensynet er omtalt tidligere i punkt 3.1.

For at et tilvirkningsprosjekt skal gjennomføres med minst mulig svikt og problemer, er det viktig med et godt samspill i informasjonsutvekslingen mellom de involverte aktørene. Den

⁴¹ Bjelland (1994) s. 35-36.

⁴² Bjelland (1994) s. 35.

av selskapet og leverandøren som best er egnet til å skape en god flyt i utvekslingen av informasjon mellom de involverte aktørene, bør påvirkes til å sørge for at et godt samspill skapes. I en totalkontrakt vil leverandøren ha kontroll på grensesnittet mellom de ulike leveransene, mens selskapet kun forholder seg til leverandøren. Leverandøren vil stå som et mellomledd mellom selskapet og leverandørkjeden, og også mellom de ulike underleverandørene i leverandørkjeden. Som den ansvarlige for tilvirkningen og som bindeleddet mellom alle kontraktsmedhjelpere, er det mye som taler for at leverandøren er best egnet til å skape flyt i informasjonsutvekslingen.

De hensynene som er trukket frem så langt har stått sterkt siden NF 87. Det er imidlertid noen hensyn som særlig har gjort seg gjeldende under forhandlingene av den nye reguleringen. Dette er særlig hensynene til «front loading» og «early engineering input». «Front loading» er en bransjebetegnelse på et ønske om å ta tak i alle forhold, eller mulige problemer vedrørende prosjektet på et tidlig stadium. Når hensynet til «front loading» knyttes opp mot underleveranser, taler hensynet for at minst en av partene bør ha et incitament til å undersøke om visse underleverandører eller underleveranser, kan volde problemer etter hvert som prosjektet skridder frem. Et slikt insentiv skapes av risikoen for underleverandørenes svikt. Den part som har risikoen, vil gjøre alt i sin makt for å løfte frem og håndtere mulige problemer vedrørende særskilte underleveranser på et tidlig stadium slik at svikt forhindres. Dette hensynet har vært et viktig hensyn bak en rekke av risikoreguleringene i artikkel 8, og vil omtales nærmere i kapittel 4.

Konseptet som på bransjespråk omtales som «early engineering input» er videre et hensyn som tydelig har preget reguleringen i 15-versjonene. Konseptet går ut på at selskapet for håndsetablerer en innkjøpskanal for underleveranser, slik at tekniske data fra underleverandørene tidlig bringes inn som prosjekteringsforutsetninger. Det muliggjør at prosjekteringen kan gjennomføres tidlig, og at tilvirkningen får en tidsbesparelse.

4 Reguleringen i NTK artikkel 8

4.1 Oversikt

NTK artikkel 8 regulerer risikofordelingen mellom selskapet og leverandøren når underleverandøren svikter. I punkt 4.1 vil det gis en kort beskrivelse av innholdet i artikkel 8 de lege lata. De resterende deler av kapittel 4 vil utdype innholdet de lege lata, og det vil foretas vurderinger av regelen de lege ferenda.

Artikkel 8.2 fastslår at «Leverandøren er ansvarlig etter Kontrakten for Underleveranser.». Ansvaret gjelder som hovedregel alle underleveranser, både underleverandører leverandøren har valgt selv og underleverandører som er valgt av selskapet gjennom utpeking, overføring eller pålegg av rammeavtaleleverandører.

Dette utgangspunktet er i grunn selvsagt, da leverandøren etter kontrakten har påtatt seg å levere en tilvirket installasjon. Når leverandøren setter bort deler av sin oppfyllelse til underleverandører, må leverandøren bære risikoen for at disse leverer kontraktmessig slik at han selv kan overholde sin forpliktelse etter hovedkontrakten. Artikkel 8.2 utvider dette utgangspunktet ved å gi leverandøren risikoen for underleverandører som leverandøren ikke har engasjert selv som kontraktsmedhjelpere.

Artikkel 8 gir videre flere modifikasjoner av disse utgangspunktene. Det er færre modifikasjoner i 15-versjonen av NTK artikkel 8, enn det som var tilfelle ved tidligere utgaver av både NF og NTK. Det finnes en modifikasjon i artikkel 8.2, to i artikkel 8.3 og tre modifikasjoner i artikkel 8.4.

Modifikasjonen i artikkel 8.2 fastslår at en annen ansvarsregulering kan gjelde når «... annet er klart fastsatt i Vedlegg H.». Denne bestemmelsen understreker at partene kan avtale en alternativ risikoregulering for enkelte underleverandører eller særskilte underleveranser. Modifikasjonen påpeker at leverandørens ansvar helt eller delvis kan bortfalle dersom partene ønsker det. Partene kan, gjennom Vedlegg H, selv avgjøre hvor balansert risikofordelingen for den enkelte hovedkontrakt skal være. Bestemmelsen understreker også at leverandøren har muligheten til å ta forbehold om risiko.

Artikkel 8.3 fastslår at selskapet skal holde leverandøren skadesløs for «direkte konsekvenser» som leverandøren påføres ved svikt hos underleverandør, når svikten skyldes at selskapet enten «... instruerer Underleverandøren om å prioritere andre underleveranser på bekostning av den aktuelle Underleveranse...», jf. artikkel 8.3 annet ledd bokstav a, eller at selskapet «... på lignende måte intervensjoner i forhold som vedrører den aktuelle Underleveranse.», jf. artik-

kel 8.3 annet ledd bokstav b. Disse bestemmelsene begrenser følgelig leverandørens ansvar i enkelte situasjoner der selskapet på ulike måter involverer seg i rammeavtaleleverandørens oppfyllelse. Bestemmelsene gjelder videre kun ved pålagt bruk av selskapets rammeavtaleleverandører. Når leverandøren engasjerer rammeavtaleleverandører frivillig, vil ikke bestemmelsene komme til anvendelse. Da vil tilsvarende risikospørsmål måtte løses etter bakgrunnsrettens alminnelige lojalitetsplikter. Dette er gjenstand for drøftelse i punkt 6.3.3.

Artikkel 8.3 har ingen risikobegrensning hva gjelder underleverandørens konkurs, slik artikkel 8.4 har. Dette medfører at leverandøren bærer risikoen dersom pålagte rammeavtaleleverandører går konkurs under tilvirkningen. En slik konkurstrisiko kan fremstå som tung å bære i nedgangstider. Konkurstrisikoen er imidlertid i noen grad kalkulerbar for leverandøren, og det er prinsipielt mulig å prise den i anbudstilbudet når pålegg gis før inngåelsen av hovedkontrakten.

Artikkel 8.4 gir modifikasjoner av risikoplasseringen ved to situasjoner. For det første begrenses leverandørens risiko når selskapet overfører en underleveransekontrakt til leverandøren etter inngåelsen av hovedkontrakten. For det andre gjelder det en risikobegrensning når selskapet utpeker en underleverandør etter inngåelsen av hovedkontrakten. I tillegg til at det enten må foreligge utpeking eller overføring, gjelder det også et kumulativt vilkår om at leverandøren ikke må ha kjent til vilkårene for underleveransen ved inngåelsen av hovedkontrakten. Dersom en underleverandør som er utpekt eller overført går konkurs underveis i tilvirkningsarbeidet, har leverandøren i tillegg til ansvarsbegrensning, krav på justering av både fremdriftsplan og kontraktspris etter artikkel 8.4. For at slik justering skal forekomme må leverandøren fremsette endringsordrekrav innen 21 dager etter at han ble kjent med konkursen. Kravet bortfaller dersom endringsordrekrav ikke blir fremsatt innen den fastsatte fristen.

Artikkel 8 gjelder direkte kun det første leddet av underleverandører i leverandørkjeden.⁴³ Det er et formål med NTK at bestemmelsene skal anvendes «back to back» nedover i leverandørkjeden. Det innebærer at underleveranseansvaret som leverandøren har overfor selskapet etter hovedkontrakten videreføres til underleverandøren gjennom underleveransekontrakten. Da vil enhver leverandør ha ansvaret for egne underleverandørers oppfyllelse, og disse vil igjen ha ansvaret for sine underleverandører.

I punkt 4.3-4.6 vil det redegjøres nærmere for innholdet i henholdsvis hovedregelen og hvert unntak, og det vil foretas vurderinger tilknyttet hver enkelt del av artikkel 8. Først er det imidlertid hensiktsmessig å belyse leverandørens prinsipielle risikoeksponering under ulike forut-

⁴³ Kaasen (2013) s. 166.

setninger, og dette vil gjøres i punkt 4.2. Kjennskap til risikoeksponeringen vil lette forståelsen av de rettslige reguleringene i artikkel 8.

4.2 Leverandørens risikoeksponering som bakgrunn for reguleringen i artikkel 8

Alle organiseringsformene av underleveranser som artikkel 8 omfatter, kan studeres ved matrisetenking der leverandørens risikoeksponering i de ulike tilfellene vil variere med ulike variabler. Variablene styrer i stor grad leverandørens mulighet til å påvirke egen risikoeksponering. Artikkel 8 tar hensyn til variablene da artikkelen gir risikomodifikasjoner i tilfeller der leverandøren har ingen eller begrenset mulighet til å påvirke risikoeksponeringen.

Det er særlig tre organiseringsformer av underleveranser som kan belyses gjennom matrisetenking; (1) pålegg om bruk av rammeavtaleleverandører, (2) utpeking av underleverandører og (3) overføring av underleverandører. For hver organiseringsform er det særlig tre variabler som påvirker risikoeksponeringen, og disse er: (i) formen på selskapets involvering i valget av underleverandør, (ii) tidspunktet for pålegget/utpekingen/overdragelsen og (iii) leverandørens innsikt i underleveransen på det nevnte tidspunktet.

I dette punktet skal risikoeksponeringen for de nevnte organiseringsformene studeres gjennom variablene. Først behandles selskapets pålegg om bruk av rammeavtaler.

4.2.1 Pålagt rammeavtaleleverandør

Selskapet kan pålegge en rammeavtale uttrykkelig, eller mer uklart. Uttrykkelige pålegg som kommer før kontraktsinngåelsen vil ofte fastsettes i Vedlegg H. Pålegg som kommer etter kontraktsinngåelsen kan enten skje i form av en utpeking, eller gjennom en ensidig endring av Vedlegg H fra selskapets side. En ensidig endring vil måtte skje etter endringsordrereglene i artikkel 12-16. Utpeking vil behandles i punkt 4.2.2.

Mer uklare tilfeller av pålegg vil foreligge når selskapet pålegger leverandøren å velge blant flere rammeavtaleleverandører fremfor å pålegge en konkret rammeavtale. Leverandørens risikoeksponering vil da bero på om pålegget omfattes av risikobegrensningen i artikkel 8.3. Dette behandles nærmere i punkt 4.5.2.

Leverandørens risikoeksponering kan i stor grad påvirkes av leverandørens innsikt i underleveransen når pålegget blir gitt. Pålegg kan både gis ved inngåelsen av hovedkontrakten, samt etter inngåelsen av hovedkontrakten. Når pålegg gis ved kontraktsinngåelsen har leverandøren mulighet til å undersøke rammeavtaleleverandørene, og vilkårene for de enkelte underleve-

ransene. En liste over selskapets rammeavtaleleverandører vedlegges gjerne anbudsgrunnlaget. Kort tid før kontraktsinngåelsen oversendes også rammeavtalene.

Leverandøren kan bruke den tilgjengelige informasjonen til å danne et bilde av hvilken risikoeksponering den enkelte underleveranse medfører. Et tydelig risikobilde kan muliggjøre en reduksjon av risikoeksponeringen på tre måter: (i) ved å redusere sannsynligheten for at svikten materialiserer seg, (ii) ved å fastsette et begrunnet og riktig risikopåslag i kontraktsprisen som gir selskapet noe av vederlagsrisikoen for underleveransesvikten, og (iii) ved å se til at rammeavtaleleverandøren ikke svikter etter kontraktsinngåelsen gjennom oppfølging og kontroll.

Først omtales muligheten til å redusere sannsynligheten for svikt. Sannsynligheten for svikt kan reduseres dersom leverandøren foretar undersøkelser av rammeavtaleleverandørene før inngåelsen av hovedkontrakten, og rapporterer til selskapet dersom uheldige forhold oppdages hos enkelte rammeavtaleleverandører. Relevante uheldige forhold vil typisk være forhold som gjør rammeavtaleleverandøren mer utsatt for svikt enn andre. Når slike forhold avdekkes kan det få den virkning at rammeavtaleleverandøren ikke pålegges ved kontraktsinngåelsen. Leverandøren vil da minimere egen risikoeksponering ved å komme uheldige pålegg i forkjøpet. Å bringe frem negative forhold ved rammeavtaleleverandørene tidlig i prosjektet omtales som «front loading», jf. punkt 3.4.

«Front loading» forutsetter at leverandøren undersøker ulike forhold ved rammeavtaleleverandørene, blant annet faglige egenskaper, organisering og deres økonomiske situasjon. Leverandørindustrien er ikke alt for omfattende; i praksis vil leverandøren gjerne kjenne til flere av selskapets rammeavtaleleverandører. Kjennskap kan også komme av tidligere samarbeid. Det kan innebære at det ikke kreves særlig grundige undersøkelser for at leverandøren skal kunne danne et godt bilde av hvilken risiko den enkelte rammeavtaleleverandør medfører. Likevel vil ikke generell kjennskap gi et helhetlig inntrykk av hvordan den enkelte rammeavtaleleverandør arbeider under de forutsetningene som det aktuelle prosjektet stiller. Forskjellene i ulike prosjekters tilvirkningsarbeid kan være tilstrekkelig store til at rammeavtaleleverandørens prestasjoner i ett prosjekt ikke nødvendigvis har overføringsverdi til leverandørens prosjekt.

Videre vil ikke undersøkelser alltid gi leverandøren et tydelig risikobilde. Dette vil særlig gjelde når rammeavtaleleverandøren først skal benyttes en tid etter inngåelsen av hovedkontrakten. Fra undersøkelsestidspunktet til tidspunktet for underleveransen kan mye ha endret seg i rammeavtaleleverandørens økonomiske forhold. I slike tilfeller vil ikke undersøkelsen før kontraktsinngåelsen ha bidratt til å gi leverandøren et realistisk bilde av hvilken risiko den

enkelte rammeavtaleleverandør medfører. Det vil gjøre risikominimering gjennom «front loading» vanskeligere.

Innsikt i underleveransen kan også bidra til å redusere leverandørens risikoeksponering gjennom fastsettelsen av kontraktsprisen. Leverandørens evne til å kalkulere et begrunnet og presist risikopåslag vil bero på leverandørens innsikt i underleveransen. Særlig gjelder det innsikt i hvilke rammeavtaleleverandører som kan pålegges, og hvilke vilkår underleveransen vil gjennomføres etter. Leverandøren vil ofte i praksis ha noe kjennskap til underleveransevilkårene da underleveransevilkårene i de ulike rammeavtalene gjerne vil være relativt like. Gjennom kjennskap til uheldige forhold ved rammeavtaleleverandørene samt kjennskap til gunstigheten av underleveransevilkårene, vil leverandøren lettere kunne prise risikoeksponeringen som pålegget medfører.

Etter at rammeavtaleleverandøren er pålagt og leverandøren har foretatt bestillinger av denne, vil leverandøren kunne redusere egen risikoeksponering gjennom gode kontrollrutiner der leverandøren kontrollerer at rammeavtaleleverandørens fremdrift er som tiltenkt. God oppfølging av rammeavtaleleverandørene vil kunne redusere sannsynligheten for svikt, noe som igjen vil redusere leverandørens risikoeksponering. Et risikopåslag i kontraktsprisen vil gi leverandøren et insentiv til å innføre gode kontrollrutiner da risikopåslaget blir en del av leverandørens profitt dersom underleveransesvikten ikke materialiserer seg, se punkt 4.3.3.

Når pålegget gis etter kontraktsinngåelsen ved en endring av Vedlegg H, kan leverandøren i visse tilfeller kreve justering av fremdriftsplan og kontraktspris. Når kontraktsprisen justeres kan leverandøren prinsipielt sett forsøke å fremforhandle et pristillegg som tar hensyn til risikoen for svikt som den aktuelle rammeavtaleleverandøren representerer. På dette punktet kan artikkel 13.2 tenkes å medføre vanskeligheter i praksis; bestemmelsen fastsetter i stor grad hvilke forhold som det skal tas hensyn til når kontraktsprisen justeres, og det nevnes ingenting om risikopåslag ved underleveranser. Det kan i praksis gjøre det vanskelig for leverandøren å nå frem med et krav om risikopåslag ved justeringen. Prinsipielt sett har imidlertid leverandøren muligheten til å begi seg ut på forhandlinger om risikopåslag ved kontraktsprisjusteringen, og dersom det gjøres vil hans innsikt i underleveransen bidra til å skape argumenter for hvorfor risikopåslag må tilkjennes.

Dersom leverandøren tildeles anbudet, vil leverandøren ofte inngå hovedkontrakt med selskapet selv om leverandøren ikke har dannet seg et godt risikobilde. Dette gjør leverandøren på eget ansvar. Når leverandøren inngår i hovedkontrakten anses han for å kjenne til alle de fremlagte opplysningene om selskapets rammeavtaleleverandører, og han vil følgelig overta risikoen for opplysningene. Også muligheten til å avtale annen risikofordeling enn den artikkel 8 viser til, forutsetter at leverandøren er i stand til å begrunne hvorfor annen risikoforde-

ling er ønskelig. Slik begrunnelse kan bare foreligge når leverandøren har god innsikt i underleveransene. Se mer om dette i punkt 4.4.2.

4.2.2 Utpeking av underleverandør

Utpeking kan skje i mange former; uttrykkelig, uklart eller i skjult form. En uttrykkelig utpeking vil utgjøre en tydelig ordre fra selskapet til leverandøren om at en bestemt underleverandør må benyttes i tilvirkningsprosjektet. Både rammeavtaleleverandører og andre underleverandører kan utpekes. Utpeking av rammeavtaleleverandører vil medføre mange like virkninger for leverandøren som et uttrykkelig pålegg, men det er en viktig forskjell; ved utpeking er leverandøren prinsipielt sett ikke bundet til å bestille under rammeavtalens vilkår. Leverandøren kan fremforhandle en ny underleveransekontrakt dersom det er ønskelig, og dette medfører at leverandøren får styring over underleveransevilkårene. Underleveransevilkårenes utforming kan påvirke sannsynligheten for svikt. Leverandøren får økt styring over egen risikoeksponering når han selv deltar i fastsettelsen av vilkårene.

Innsikt i hvilken underleverandør som utpekes kan bidra til at leverandøren kan undersøke underleverandøren og skape et inntrykk av risikoen forbundet med vedkommende. Dersom risikoeksponeringen viser seg å være høy, har leverandøren prinsipielt sett mulighet til å varsle selskapet om dette.

Etter at utpeking har skjedd og oppfyllelsen av underleveransen er iverksatt, kan leverandøren redusere egen risikoeksponering ved å sørge for kontroll og oppfølging av den aktuelle underleverandøren.

Uklar utpeking kan foreligge når selskapets spesifikasjon for underleveransen er så snevert utformet at det kun er en underleverandør som har kompetanse og kapasitet til å gjennomføre dem. Spesifikasjonen vil i et slikt tilfelle styre valget av underleverandør. I hvilken utstrekning snevre spesifikasjoner kan anses som utpeking i henhold til artikkel 8 vil behandles nærmere for i punkt 4.6.2. Leverandøren vil prinsipielt sett ha muligheten til å prise risiko dersom leverandøren, på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, forstår at selskapet styrer valget av underleverandør gjennom spesifikasjonen. I likhet med påleggstilfellene vil leverandørens innblikk i underleveransen påvirke leverandørens mulighet til å beregne et godt begrunnet risikopåslag ved utpeking.

Dersom leverandøren imidlertid ikke forstår at spesifikasjonen utgjør styring over valget av underleverandør, vil muligheten til å redusere egen risikoeksponering forsvinne. Dette er i en viss grad hensyntatt ved fastsettelsen av risikounntakene i artikkel 8, og vil redegjøres nærmere for i punkt 4.6. Uavhengig av om leverandøren forstår at spesifikasjonen utgjør styring eller

ikke, vil leverandøren uansett kunne følge opp underleverandøren så godt han makter for å forhindre at underleveransesvikt oppstår.

Når styring gjennom spesifikasjoner forekommer etter at hovedkontrakten er inngått vil spesifikasjonen trolig gis som en endringsordre, og dermed vil det åpne for at leverandøren kan kreve justering av kontraktspris og fremdriftsplan. Mulighetene til å redusere risikoeksponeringen ved justering av kontraktsprisen vil i praksis være vanskelige, da artikkel 13.2 vil skape de samme utfordringene for leverandøren her som ved pålegg av rammeavtaleleverandører, se punkt 4.2.1.

Utpeking kan også tenkes å forekomme i skjult form. Etter artikkel 8.1 må leverandøren som hovedregel innhente selskapets samtykke ved engasjement av underleverandører. Selskapet kan tenkes å styre valget av kontraktsmedhjelper ved å nekte å avgi samtykke til alle forespurte underleverandører, bortsett fra den ene som selskapet selv ønsker at deltar i tilvirkningsprosjektet. Hvorvidt slike tilfeller kan anses som utpeking er behandlet i punkt 4.6.2. Leverandørens risikoeksponering vil ved skjult utpeking ikke være særlig stor, da leverandøren selv til syvende og sist velger den underleverandøren som selskapet godkjenner, og leverandøren har da prinsipielt sett muligheten til å fastsette et risikopåslag for den aktuelle underleverandøren i kontraktsprisen. Dersom leverandøren ber om godkjennelse for den aktuelle underleverandøren etter inngåelsen av hovedkontrakten, vil det ikke være mulig å fastsette risikopåslag i kontraktsprisen. Leverandøren vil heller ikke ha mulighet til å justere kontraktsprisen, ettersom underleveranseengasjementet ikke fremkommer av en endringsordre utstedt av selskapet. Leverandøren vil da ikke ha mulighet til å redusere egen risikoeksponering, men i og med at underleveranseengasjementet skjer av leverandørens egen vilje, må leverandøren anses å ha akseptert risikoeksponeringen som engasjementet innebærer.

4.2.3 Overdragelse av underleverandør

Ved overdragelse av underleveransekontrakter fra selskapet til leverandøren vil leverandørens risikoeksponering også her bero på muligheten til å prise risikoen som den aktuelle underleveransen representerer, samt påvirke underleverandørens oppfyllelse gjennom kontroll- og fremdriftsrutiner. Prising i hovedkontrakten kan lettere fremforhandles når leverandøren har kjennskap til hvilken underleverandør som skal overdras samt de fastsatte underleveransevilkårene. Det samme gjelder forberedelsen og utformingen av kontrolltiltak som bør iverksettes. Manglende kjennskap til underleveransevilkårene er hensyntatt i risikomodifikasjonen i artikkel 8.4, se punkt 4.6.3. I overdragelsestilfellene vil leverandøren verken ha styring over valget av underleverandør, eller styring over vilkårene i underleveransekontrakten.

Overdragelsen kan enten forekomme ved inngåelsen av hovedkontrakten, eller på et senere tidspunkt gjennom en endringsordre. Ved overdragelse gjennom endringsordre vil den praktiske muligheten til risikopåslag i den justerte kontraktsprisen her som ovenfor begrenses av artikkel 13.2.

4.2.4 Oppsummering

Artikkel 8 tar sikte på å fordele oppfylleelsesrisikoen ved underleveransesvikt. Som hovedregel er det leverandøren som tildeles oppfylleelsesrisikoen i artikkel 8, med visse unntak. Leverandøren har imidlertid i de fleste situasjoner prinsipielt sett mulighet til å prise risikoen for underleveransesvikt i den opprinnelige kontraktsprisen, eller ved senere justering av kontraktsprisen. Dette medfører at deler av vederlagsrisikoen kan veltes over på selskapet, selv om leverandøren i prinsippet bærer oppfylleelsesrisikoen. I praksis muliggjør dette at merkostnadene ved eventuell underleveransesvikt i større grad fordeles mellom selskapet og leverandøren enn det reguleringen i artikkel 8 tilsier. Leverandøren har også mulighet til å påvirke underleverandørens oppfyllelse ved oppfølging av underleveransen. Slike kontrolltiltak fra leverandørens side kan minimere leverandørens risikoeksponering fordi tiltakene kan redusere sannsynligheten for svikt. Det må bemerkes at dersom leverandøren selv misligholder hovedkontrakten som følge av underleveransesvikten, vil fordelingen av merkostnadene også bero på hovedkontraktens bestemmelser om misligholdsansvar.

4.3 Hovedregelen i artikkel 8.2

4.3.1 De rettslige utgangspunktene om risikoplasseringen

Artikkel 8.2 oppstiller en hovedregel om at «Leverandøren er ansvarlig etter Kontrakten for Underleveranser.». Hovedregelen er klar, og gir et tydelig inntrykk av den ønskede risikoplasseringen, nemlig at leverandøren har ansvaret for at underleverandør oppfyller. Dette innebærer at leverandøren stilles som om svikten lå hos ham selv, og blir følgelig ansvarlig dersom han ikke makter å overvinne konsekvensene av underleveransesvikten, slik at han selv misligholder hovedkontrakten med selskapet.

Hovedregelen samsvarer med det tradisjonelle synspunktet i norsk kontraktsrett; hver part er ansvarlig for oppfyllelsen av egen kontraktsforpliktelse, uavhengig av om oppfyllelsen skjer ved hjelp av kontraktsmedhjelpere eller ikke.⁴⁴ Utgangspunktene er de samme i blant annet

⁴⁴ Hagstrøm (2011) s. 119.

NS 8405⁴⁵, NS 8407⁴⁶, IT-kontrakten SSA-K⁴⁷, Newbuildcon⁴⁸ og Skipsbyggingskontrakten av 2000⁴⁹.

Artikkel 8.2 annet punktum presiserer videre at leverandøren bærer risikoen for underleverandører som er selskapets rammeavtaleleverandører, og som selskapet pålegger leverandøren å bruke. Dette er en utvidelse av utgangspunktet om at hver kontraktspart bærer risikoen for egne kontraktsmedhjelpere, fordi annet punktum medfører at kontraktsparten ikke bare bærer risikoen for kontraktsmedhjelpere som han har engasjert selv, men også de han ikke har engasjert selv. Ved tidligere versjoner av NTK bar selskapet, på visse vilkår, risikoen for pålagte rammeavtaleleverandører. Denne modifikasjonen er fjernet, noe som medfører at leverandørens risikoeksponering ved pålagte rammeavtaleleverandører har økt i forhold til tidligere. Ved frivillig bruk av selskapets rammeavtaler bærer leverandøren risikoen for rammeavtaleleverandørens oppfyllelse i samsvar med utgangspunktet.

4.3.2 Vurderinger av utgangspunktene

I juridisk teori⁵⁰ og ved arbeid med tidligere standardkontrakter har det blitt påpekt at det bør gjelde et prinsipp om samsvar mellom ansvaret for underleveransen, og friheten til å styre ulike forhold vedrørende underleveransen. Muligheten til styring kan i hovedsak gjelde tre ting: (i) muligheten til å velge underleverandør, (ii) muligheten til å fastsette vilkårene i underleveransen og (iii) muligheten til å påvirke underleverandørens oppfyllelse.

Hva gjelder valgfriheten vedrørende valget av underleverandør, er det selskapet som besitter valgfriheten når underleveransene er organisert gjennom pålagt bruk av rammeavtaler. Valget av underleverandør har selskapet foretatt ved inngåelsen av rammeavtalene. På dette punktet vil følgelig ikke prinsippet om at risikoen for svikt skal følge valgfriheten være oppfylt. Det kan mot dette innvendes at også leverandøren indirekte foretar en godkjenning av valget av underleverandør i det leverandøren aksepterer listen over selskapets rammeavtaleleverandører. Prinsipielt sett utøver leverandøren en viss grad av valgfrihet når han aksepterer hovedkontrakten med tilhørende Vedlegg H. Det kan diskuteres hvorvidt det er passende å karakterisere en slik godkjenning som valgfrihet i en svakere og presset leverandørindustri, se mer om dette i punkt 4.4.2.

⁴⁵ NS 8405 punkt 15.1.

⁴⁶ NS 8407 punkt 10.1.

⁴⁷ SSA-K punkt 2.3.

⁴⁸ Newbuildcon Bimco Standard Newbuilding Contract punkt 19.

⁴⁹ Skipsbyggingskontrakt 2000 punkt 4.

⁵⁰ Bl.a. påpekt av Bjelland (1994) s. 34-35 og Kaasen (2013) s. 175.

Hva gjelder styring over vilkårene i underleveransekontrakten, vil kvantum og leveringstid fastsettes av leverandøren i bestillingsordren. Det er dermed leverandøren som i utgangspunktet har styring over slike forhold. Kvantum og leveringstid fastsettes for den enkelte bestillingsordre underveis i arbeidet. Likevel er det selskapet som inngår selve rammeavtalen og dermed styrer ulike forhold, for eksempel bestillingsfrister for leverandør, samt ansvarsbegrensninger for underleverandøren i forhold til leverandøren.

Videre vil styring også omfatte partenes muligheter til å påvirke underleverandørens oppfyllelse. Det er en rådende oppfatning om at det bør være et samsvar mellom påvirkningsmulighet og risiko. Dette hensynet taler for at den part som har mulighet til å påvirke underleverandørens oppfyllelse også er den part som er nærmest til å bære risikoen for oppfyllelsssvikt. Leverandøren har mulighet til å påvirke underleverandørens oppfyllelse gjennom oppfølging og kontroll av underleverandørens fremdrift og kvalitet. Dette gjelder i utgangspunktet både rammeavtaleleverandører og andre underleverandører. Selskapet vil imidlertid også ha påvirkningsmulighet overfor rammeavtaleleverandørens oppfyllelse gjennom endringsmekanismen i rammeavtalen. Blant annet kan instruksjon eller intervensjon fra selskapets side skje etter endringsmekanismen. En praktisk virkning av dette kan være at rammeavtaleleverandørens fremdrift eller arbeidsprioritering endres av selskapet. Selskapets myndighet på dette punkt er hensyntatt i den videre reguleringen av risiko i artikkel 8, se nærmere om dette i punkt 4.5.

Et viktig hensyn bak leverandørens ansvar for pålagte rammeavtaleleverandører var misnøye blant selskapene hva gjelder leverandørens oppfølging av de pålagte rammeavtaleleverandørene. Under forhandlingene av NTK 15 ble det påstått at leverandørene utøver forskjellsbehandling av egne underleverandører og selskapets rammeavtaleleverandører, der førstnevnte får grundigere oppfølging. Den nye og strengere risikoreguleringen vil sikre at leverandør likebehandler alle underleverandører, hva gjelder oppfølging og annen bistand.

Uansett er utgangspunktet om risikoplasseringen tydelig, og skaper liten tvil om ansvaret. En tydelig risikoplassering vil gi leverandøren et sterkere insentiv til å gjøre sitt ytterste for å avverge underleveransesvikt, og se til at underleveransene oppfylles kontraktmessig. Dette kan effektivt motarbeide underleveransesvikt. Tanken er enkel; dersom en part vet at denne vil måtte bære de økonomiske konsekvensene ved eventuell underleveransesvikt, vil den aktuelle parten gjøre sitt ytterste for å forhindre at underleveransesvikten oppstår. Det vil være billigere for leverandøren å investere i gode kontroll- og fremdriftsrutiner, enn å bære de merkostnadene som oppstår ved svikten. Dersom risikofordelingen mellom de to partene imidlertid er uklar, vil ikke partene ha like sterke insentiver til å forsøke å avverge potensiell svikt. En klar risikofordeling kan dermed tenkes å redusere omfanget av underleveransesvikt, og

dermed vil aktørene samlet sett lide et mindre tap når svikt først oppstår. Prosjektgjennomføringen vil helhetlig sett bli mer kostnadseffektiv.

4.3.3 Modifikasjoner av utgangspunktene i praksis

For totalentrepriser på land er det også entreprenøren som i utgangspunktet har ansvaret for underentreprenører, jf. NS 8407 punkt 10.1. Videre fremkommer det at entreprenøren selv kan prise eventuell risiko ved bruk av en særskilt underentreprenør, jf. blant annet NS 8407 punkt 12.2.4 og punkt 12.4.2 om totalentreprenørs krav om sedvanlig påslag ved tiltransport av henholdsvis sideentreprenør og totalentreprenør ved totalentreprise, og NS 8405 punkt 16.4 om entreprenørens krav om sedvanlig påslag ved tiltransport av sideentreprenører når særskilt vederlag ikke er avtalt for tiltransporten. De potensielle merkostnadene som risikoen medfører vil slik forflyttes over på byggherren.

Ved totalkontrakter offshore kan leverandøren på samme måte begrense egen risiko for potensiell underleveransesvikt. Gjennom et risikopåslag i prisen kan leverandøren prinsipielt sett begrense eget ansvar for potensiell underleveransesvikt, ved å la selskapet bære deler av de eventuelle merkostnadene gjennom prisen, jf. punkt 4.2.⁵¹

I en hovedkontrakt mellom selskapet og leverandøren vil prisen bestå av to deler; en del som dekker leverandørens kostnader ved tilvirkningen, og en del som utgjør leverandørens ønskede profitt ved arbeidet. Hver del vil bestå av flere poster. Under kostnadsdelen vil det foreligge en post som utgjør et risikotillegg (også omtalt som «contingency»). Risikotillegget vil blant annet omfatte en kalkulering av risikoen og dermed sannsynligheten for underleveransesvikt på ulike stadier i prosjektet. Da «contingency» beregnes før potensiell svikt faktisk oppstår, vil det ofte ikke være samsvar mellom beregnet «contingency» og faktiske totale utgifter ved svikt. Dersom de faktiske totale utgiftene utgjør et mindre beløp enn beregnet «contingency», kan leverandøren nyte overskuddet av «contingency»-beløpet som en del av egen profitt. Dette vil gi leverandøren et insentiv til å iverksette tiltak til å forebygge potensiell underleveransesvikt. Et naturlig tiltak vil være å sørge for kontinuerlig kontroll av underleverandørenes fremdrift. Leverandøren kan enkelt beregne hvor mye det vil koste å sette av en nødvendig mengde arbeidskraft, og et nødvendig antall timer til slik kontroll. Kontrollen kan sørge for at underleverandøren evner å levere det kontraktsmessig arbeid til riktig leveringstid, for-

⁵¹ For å redusere eget ansvar ytterligere kan leverandøren forhandle frem et høyere tak på misligholdsansvaret til underleverandøren i underleveransekontrakten. Jo høyere dette taket fastsettes, jo mer av underleveransesviktens konsekvenser vil bæres av underleverandøren selv. Muligheten til å påvirke størrelsen på underleverandørens ansvarsbegrensning vil være tilstede når leverandøren engasjerer underleverandøren. Ved overføring og bruk av selskapets rammeavtaler vil ikke leverandøren ha muligheten til å påvirke vilkårene i underleveransekontrakten.

utsatt at underleverandøren gjør sitt ytterste for å levere til riktig tid. Leverandøren kan på sin side øke egen profitt, dersom merkostnadene ved kontrollen samt mulig økonomisk tap ved underleveransesvikt ikke overstiger beregnet «contingency».

Innarbeidet risikotillegg i tilbudt pris har foreløpig vært praksis i bransjen. Risikotilleggene blir vanligvis fastsatt som faste beløp, men de representerer sjelden et realistisk utgiftsbeløp dersom svikt skulle forekomme. I nedgangstider er det et særskilt press på leverandørene til å inngi konkurransedyktige tilbud på tilvirkningsanbudene. Konkurransesforholdene innebærer da at det vil være grenser for hvor høy pris leverandørene kan operere med som følge av konkurransen. For å gjøre leverandørtilbudet konkurransedyktig og attraktivt må leverandørene kutte i visse deler av prisen, og vanligvis kuttes det ned på risikotillegget.

Leverandøren kan prinsipielt sett også begrense egen risiko ved å forhandle frem en gunstig risikobegrensning for eget ansvar i hovedkontrakten med selskapet. For eksempel kan det fastsettes et øvre beløp for eget ansvar. I nedgangstider kan imidlertid en slik forhandling oppleves som vanskelig for mange leverandører.

Videre vil leverandørgruppen være medforsikret under selskapets byggerisikoforsikring som selskapet er pliktig til å tegne etter NTK artikkel 31.1. Forsikringen vil dekke skade på alle komponenter som inngår i kontraktsgjenstanden, og selve kontraktsgjenstanden.⁵² Det innebærer at alle underleveranser også er dekket hva gjelder tingsskader. Forsikringen vil imidlertid ikke dekke kostnader i forbindelse med at tilvirkningen varer over lengre tidsrom som følge av forsinkelser i leverandørkjeden, eller leverandørens akselerasjonskostnader. Byggerisikoforsikringen vil i praksis modifisere leverandørens risiko etter artikkel 8 i begrenset grad. Det går ikke nærmere inn på dette.⁵³

4.4 Unntak i artikkel 8.2

4.4.1 Modifikasjonen i artikkel 8.2

Artikkel 8.2 annet punktum gir en viktig risikomodifikasjon. Bestemmelsen fastslår at annen risikoregulering kan fastsettes i Vedlegg H til hovedkontrakten. I vedlegget er det en oversikt over hvilke rammeavtaler selskapet har inngått med ulike underleverandører, samt hvilke underleverandører selskapet mer generelt har forhåndsgodkjent til prosjektet. Unntaket i annet punktum gir partene en klar mulighet til å avtale en alternativ risikoregulering for enkelte un-

⁵² Kaasen (2013) s. 807.

⁵³ Se ellers Kaasen (2013) s. 804 flg. for en mer utdypende redegjørelse om selskapets byggerisikoforsikring.

derleverandører eller særskilte underleveranser. Dette gjøres ved at den alternative risikoreguleringen merkes skriftlig ved omtalen av den aktuelle underleverandøren eller underleveransen i Vedlegg H.

Vedlegg H gir leverandøren en forhandlingsmulighet; det er opp til partene å avgjøre hvor balansert risikofordelingen for den enkelte hovedkontrakten skal være. Unntaket er et uttrykk for den generelle avtalefriheten som gjelder i norsk rett; partene kan selv avgjøre hvordan risikoen skal fordeles. Vedlegg H vil først og fremst fungere som leverandørens mulighet til å ta et kontraktsmessig forbehold mot risiko ved enkelte underleveranser. Leverandøren må følgelig ta initiativ til å avtale risikoforbeholdet.

Det kan reises spørsmål ved om forbehold må fastsettes i Vedlegg H for at de skal være kontraktsrettslig bindende, eller om forbehold også kan fastsettes på annet vis. Artikkel 8.2 annet punktum fastslår at leverandøren har ansvaret for alle underleverandører, «... med mindre annet er klart fastsatt i Vedlegg H.». Ordlyden fremstår som relativt tydelig, og tilsier at bestemmelsen oppstiller et strengt formkrav for risikoforbehold; for det første må forbehold fastsettes i Vedlegg H, og for det andre må forbeholdet komme «klart» til uttrykk. Klarhetskravet tilsier at det ikke må være usikkerhet tilknyttet forbeholdets innhold og rekkevidde. Det må ikke være tvil om hvilken risiko leverandøren har reservert seg mot, hvilken underleverandør eller underleveranse reservasjonen gjelder, samt om forbeholdet er absolutt og gjelder alle former for underleveransesvikt, eller om det kun gjelder særskilte former for underleveransesvikt.

I praksis kan det imidlertid tenkes å oppstå situasjoner der partene samtidig med, eller etter inngåelsen av hovedkontrakten inngår en sideavtale som nærmere regulerer visse risikospørsmål ved underleveranser. Dersom en alternativ risikoregulering uttrykkelig er avtalt i en sideavtale, og dette lar seg bevise, vil en slik regulering måtte likestilles med et risikoforbehold i Vedlegg H til tross for formkravet i artikkel 8.2 annet punktum. En slik løsning følger av det grunnleggende prinsippet om avtalefrihet, og det kan vanskelig tenkes at en rettsanvender vil se bort fra en slik sideavtale dersom det skulle oppstå tvist om risikospørsmål. Dette forutsetter at sideavtalens risikoregulering er klar, og ikke etterlater noen tvil om at det forelå en felles partsoppfatning om innholdet av den alternative risikoreguleringen på tidspunktet for inngåelsen av sideavtalen.

En reell mulighet til å ta risikoforbehold i Vedlegg H, gir en balanse i den ellers tilsynelatende skjeve fordelingen av risiko som fremkommer av artikkel 8.2 og 8.3. Umiddelbart fremtrer det som om risikoen i stor grad er lempet over på leverandørene. Likevel muligjgjøres en balansert risikofordeling av denne forbeholdsmuligheten. Ved å avtale alternativ risikofordeling, kan partene selv fordele og påta seg den risikoen de begge er villige til å bære med grunnlag i

egen partsautonomi. Muligheten til avtalt risikofordeling i Vedlegg H vil imidlertid ikke beskytte kontraktspartene mot skjeve maktforhold, og artikkel 8 setter ingen nedre terskel for hva som anses å være en rimelig og rettferdig risikofordeling.⁵⁴ Kontraktspartene må selv ivareta sine interesser. Visse former for beskyttelse mot skjeve risikoreguleringer kan finnes i bakgrunnsretten, og vil omtales nærmere i kapittel 6.

Dersom muligheten til å avtale risikoforbehold ikke hadde fremkommet av artikkel 8, ville partene stått fritt til å avtale alternative risikoreguleringer som følge av prinsippet om avtalefrihet. Det kan tenkes at en skriftlig påminnelse av avtalemuligheten i artikkel 8 medfører at leverandørene opplever en lavere terskelen for å forhandle om risikofordelingen. Da antall risikomodifikasjoner i artikkel 8.2 totalt sett har blitt færre fra NTK 07 til NTK 15, har muligheten til å ta risikoforbehold i artikkel 8.2 blitt enda viktigere i praksis.

4.4.2 Den praktiske anvendelsen av modifikasjonen i artikkel 8.2

Den praktiske anvendelsen av forbeholdsmuligheten påvirkes særlig av to forhold; leverandørens innblikk i underleveransen når pålegget gis og konkurransesituasjonen i anbudet når forbeholdet fremmes.

Muligheten til å ta forbehold foranledninger at leverandøren undersøker og setter seg inn i ulike forhold ved rammeavtaleleverandørene og rammeavtalene, jf. punkt 4.2. Det har han prinsipielt sett mulighet til, da han får oversendt slik informasjon før inngåelsen av hovedkontrakten. Hvorvidt leverandøren har tilstrekkelig tid til å sette seg godt inn i slike dokumenter og fremme fornuftige forbehold om risiko kan diskuteres, jf. punkt 4.2. Dette illustrerer at det er leverandørens prinsipielle mulighet til å få innblikk i underleveransen som påvirker risikoreguleringen, og ikke leverandørens faktiske innblikk i underleveransen.

Den andre faktoren er konkurransesituasjonen i anbudet. Nedgangstider i petroleumsvirksomheten har medført hardere konkurranse blant leverandørene om byggeprosjektene. Dette medfører at enkelte leverandører er bekymret for at forbeholdsmuligheten i Vedlegg H ikke vil kunne benyttes slik den er tiltenkt. Ved selskapenes valg av leverandør, vil alle potensielle leverandører forsøke å frembringe et så gunstig tilbud som mulig. Dersom en leverandør tar risikoforbehold kan det tenkes at tilbudet fremstår som mindre attraktivt for selskapet enn andre tilbud uten forbehold. Den leverandøren som ønsker forbehold i Vedlegg H vil risikere å ikke bli valgt på grunn av forbeholdet. Utfordringen på dette punkt ligger i at leverandørene

⁵⁴ Det er særlig leverandørene som får svake forhandlingsposisjoner i nedgangstider som følge av hard konkurranse om deltakelse i tilvirkningsprosjekter.

må sørge for å utforme fornuftige forbehold, eller gi etter på andre punkter i kontrakten slik at tilbudet som helhet fremstår konkurransedyktig. Dersom leverandørene ikke forhandler om forbehold vil ikke deres risikoeksponering kunne reduseres gjennom modifikasjonen i artikkel 8.2 annet punktum.

Leverandørene avgjør i stor grad selv hvilken realitet forbeholdsmuligheten får i praksis. Dermed vil leverandørene ha et ansvar for å initiere risikoforhandlinger med selskapene og benytte forbeholdsmuligheten mer aktivt. Dersom flere leverandører aktivt bruker Vedlegg H til å redusere egen risikoeksponering, vil selskapene etter hvert måtte akseptere risikoforbehold som en naturlig del av hovedkontraktene. Disse synspunktene vil vanskelig kunne settes i verk i bransjen, da det i praksis alltid vil finnes leverandører som strekker seg lenger i å godta selskapenes kontraktsvilkår for å sikre seg tilvirkningskontrakter.

4.5 Unntak i artikkel 8.3

4.5.1 Oversikt

Artikkel 8.3 fastslår at selskapet skal holde leverandøren skadesløs for «direkte konsekvenser» som han påføres ved svikt hos pålagt rammeavtaleleverandør, når svikten skyldes det forhold at selskapet enten har instruert underleverandøren om å prioritere andre underleveranser, eller på lignende måte intervensert i forhold som vedrører underleveransen. Artikkel 8.3 hjemler følgelig en begrensning i leverandørens risiko, ved at han kan kreve skadesløsholdelse for egne «direkte konsekvenser» som følger av svikten. Bestemmelsen medfører ingen fullstendig ansvarsfritakelse.

Før det går inn på en utredning av de rettslige tolkningsspørsmålene som artikkel 8.3 reiser, er det hensiktsmessig å si noe om utfordringene ved å strukturere en redegjørelse og en vurdering av innholdet i artikkel 8.3. Det er særlig to forhold ved artikkel 8.3 som skaper struktureringsutfordringer: (i) forholdet til bakgrunnsretten, og da særlig den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, samt (ii) forholdet mellom artikkel 8.3 annet ledd bokstav a og bokstav b. Først redegjøres det for forholdet til lojalitetsplikten.

Artikkel 8.3 har et nært forhold til den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold; de handlinger som bestemmelsen tar sikte på å ramme, nemlig selskapets instruksjon og intervensjon overfor pålagt rammeavtaleleverandør, vil også kunne være i strid med den alminnelige lojalitetsplikten. Det er naturlig at selskapet bærer konsekvensene av egen innblanding i underleverandørers oppfyllelse, når underleverandøren svikter som følge av denne involveringen. Artikkel 8.3 gjelder kun når intervensjon eller instruksjon utøves overfor en pålagt rammeavtaleleverandør. Selskapets instruksjon eller intervensjon overfor andre underleveran-

dører faller utenfor. Den alminnelige lojalitetsplikten vil imidlertid både ramme instruksjon og intervensjon overfor pålagte rammeavtaleleverandører, og alle andre underleverandører. Lojalitetsplikten har dermed et videre anvendelsesområde som risikomodifikasjon enn artikkel 8.3.

Risikomodifikasjon etter artikkel 8.3 og risikomodifikasjon ved brudd på lojalitetsplikten vil behandles adskilt. Den alminnelige lojalitetsplikten vil behandles i kapittel 6, og situasjonen der selskapet instruerer eller intervensjonerer overfor underleverandører som ikke er pålagte rammeavtaleleverandører drøftes i punkt 6.3.3. Grunnen til at separat behandling er hensiktsmessig er at artikkel 8.3 oppstiller et inngangsvilkår om pålagte rammeavtaleleverandører. Dette inngangsvilkåret er nærmere utredet i punkt 4.5.2. Når punkt 4.5.2 leses er det fordelaktig å være oppmerksom på at vilkåret kun er et inngangsvilkår i artikkel 8.3, og følgelig ikke et vilkår for risikomodifikasjon i situasjoner der selskapet instruerer eller intervensjonerer overfor underleverandører. Dersom inngangsvilkåret ikke er oppfylt, vil risikomodifikasjon kunne følge av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, jf. punkt 6.3.3. Risikobegrensning vil uansett kunne forekomme, men begrensningens innhold samt det juridiske hjemmelsgrunnlaget kan være ulikt.

Den neste strukturingsutfordringen ligger i forholdet mellom artikkel 8.3 annet ledd bokstav a og bokstav b. Bokstav a og bokstav b oppstiller to alternative situasjoner der risikobegrensningen inntreffer. Bokstav a omhandler situasjoner der «... Selskapet instruerer Underleverandøren om å prioritere andre leveranser på bekostning av den aktuelle Underleveranse,...», mens bokstav b gjelder tilfeller der «... Selskapet på lignende måte intervensjonerer i forhold som vedrører den aktuelle Underleveranse.».

Som ordlyden tilsier, har bokstav b et videre anvendelsesområde enn bokstav a, og vil trolig konsumere de tilfeller som faller inn under anvendelsesområdet til bokstav a. I forhold til bokstav b fremstår bokstav a som unødvendig, og det virker derfor å være av begrenset interesse å tolke det nærmere meningsinnholdet i bokstav a. I praksis kan en leverandør påberope seg risikobegrensningen i bokstav b, dersom det er usikkerhet om bokstav a kommer til anvendelse på det enkelte tilfellet. Rent praktisk vil det være mindre viktig å utrede bokstav a sitt anvendelsesområde.

Begge alternativene er imidlertid inntatt i artikkel 8.3, og bokstav a er formulert først. I denne fremstillingen av artikkel 8.3 er det funnet hensiktsmessig å følge oppstillingen i artikkelen hva gjelder rekkefølgen på utredningen av bokstav a og bokstav b. Dette valget er tatt ut av hensynet til en ryddig struktur som samsvarer med bestemmelsene. En uheldig side ved dette valget er at utredningen av bokstav a fremtrer som mer omfattende enn utredningen av bokstav b. Det er derfor grunn til å påpeke at det som er utredet om innholdet i bokstav a også vil

være relevant for tolkningen av meningsinnholdet i bokstav b. Både bokstav a og bokstav b er gjenstand for utredning i punkt 4.5.3.

Med disse to struktureringsutfordringene i bakhodet, gås det videre over på en tolkning av det rettslige innholdet i artikkel 8.3. Det er særlig fire rettslige tolknings spørsmål som reiser seg i artikkelen. For det første kan det stilles spørsmål ved når en rammeavtaleleverandør anses for å være pålagt. Videre må det drøftes hvilke situasjoner som omfattes av artikkel 8.3 annet ledd bokstav a, og hva som omfattes av bokstav b. Til slutt må det gjøres rede for hva som blir virkningene av at vilkårene i enten bokstav a eller bokstav b er oppfylt. Disse fire sidene av artikkel 8.3 vil behandles i det videre.

4.5.2 Anvendelsen av unntaket forutsetter pålagt bruk av rammeavtaler

Unntaket i artikkel 8.3 gir adgang til begrensning av leverandørens risiko ved visse tilfeller av underleveransesvikt. Den gjelder imidlertid kun særskilte underleveranser, nemlig «... Underleveranser bestilt ved bruk av Rammeavtaler som leverandøren er pålagt å benytte...». Følgelig må to forhold være oppfylt for at leverandøren skal kunne påberope seg artikkel 8.3 som risikofritak. For det første må en av selskapets rammeavtaleleverandører ha opptrådt som underleverandør i tilvirkningsarbeidet i egenskap av å være rammeavtaleleverandør for selskapet. For det andre må bruken av rammeavtaleleverandøren ha vært pålagt av selskapet. Frivillig bruk av selskapets rammeavtaler reguleres fullt ut av hovedregelen i artikkel 8.2, og av bakgrunnsrettens lojalitetsplikter. Kravet om at rammeavtaleleverandøren er pålagt, er følgelig inngangsvilkåret i risikobegrensningen i artikkel 8.3.

I enkelte situasjoner vil det være tydelig at en rammeavtaleleverandør er pålagt. I andre situasjoner vil det være mer uklart om det foreligger et pålegg. En situasjon der det er rimelig tydelig at rammeavtalen er pålagt, er de tilfeller der selskapet har fastslått at en rammeavtale er bindende for leverandøren for en særskilt angitt underleveranse. Dette kan enten være fastslått uttrykkelig i hovedkontrakten mellom selskapet og leverandøren, eller det kan fremkomme av en senere instruks fra selskapets side. Ordlyden i artikkel 8.3 åpner for at pålegg både kan komme før og etter inngåelsen av hovedkontrakten. Pålegg som gis før inngåelsen av hovedkontrakten vil gjerne oversendes leverandøren til oversyn før kontraktsinngåelsen og senere fastsettes i Vedlegg H. Pålegg som ilegges etter kontraktsinngåelse vil enten gis i form av en ordre fra selskapets side, eller ved en endring av Vedlegg H.

Videre forekommer det tilfeller der selskapet i noen grad styrer valget av underleverandør, samtidig som det ikke foreligger klassiske pålegg. Styringen får i stor grad samme virkning for leverandøren. Hvorvidt det foreligger et pålegg fra selskapets side vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet, og vurderingen vil særlig bero på hvordan selskapet angir, eller ut-

former det angivelige pålegget. I blant utformer selskapet en liste over flere rammeavtaleleverandører, og pålegger leverandøren å velge en av disse rammeavtaleleverandørene. Listen vil gjerne omfatte to eller tre rammeavtaleleverandører som leverandøren fritt kan velge mellom. Det er leverandøren som til syvende og sist velger rammeavtaleleverandøren, og det kan reises spørsmål ved om listeangivelsen kan anses som et pålegg. Selskapets rolle er mindre fremtredende i slike tilfeller, enn ved et konkret pålegg av en bestemt rammeavtaleleverandør.

Ordlyden i artikkel 8.3 angir at bestemmelsen gjelder for «... Rammeavtaler som Leverandøren er pålagt å benytte,...». Rammeavtaler er nevnt i flertall, og det er uklart om flertallsformen bare er ment å omtale situasjoner der det foreligger pålegg for flere underleveranser, eller om ordlyden åpner opp for at bestemmelsen også kan anvendes på listetilfeller. Det som kan sluttet av den uklare ordlyden, er at den ikke stenger for at listetilfellene kan omfattes. Det synes som artikkel 8.3 har blitt praktisert slik at ulike former for listeangivelser over pålagte rammeavtaleleverandører har blitt omfattet av unntaket.

Listeangivelser vil som regel skape en begrensning i leverandørens valgfrihet hva gjelder valget av underleverandør. Det er fordi det gjerne vil være inntatt et begrenset antall underleverandører på listen. Ulike lister vil medføre begrensninger i ulik grad. Det forhold at listen kan medføre en begrensning i leverandørens styring over valget av underleverandør, er et hensyn som taler for at listetilfellene må anses som pålegg av rammeavtaleleverandører. Listeangivelsene vil imidlertid aldri medføre totalt fravær av valgfrihet for leverandøren på samme måte som konkrete pålegg av bestemte rammeavtaleleverandører. Det må derfor vurderes om listeangivelsens begrensning i valgfriheten må likestilles med konkrete påleggs fravær av valgfrihet.

Risikokalkulering og forutberegnelighet er viktige hensyn på dette punktet. For underleverandører som ikke har tilknytning til selskapet, vil leverandøren ofte kunne kalkulere en viss risiko for underleveransesvikt ved å se hen til sannsynligheten for en alminnelig oppfyllelssvikt hos underleverandøren. Risikoen kan han da prise i anbudstilbudet, slik at noe av kostnadene ved eventuell svikt bæres av selskapet. For selskapets rammeavtaleleverandører er en slik beregning vanskeligere fordi rammeavtaleleverandører kan svikte som følge av selskapets instruksjon eller intervensjon, i tillegg til den alminnelige oppfyllelssrisikoen. Sviktrisikoen vil følgelig også påvirkes av om selskapet velger å involvere seg i rammeavtaleleverandørenes oppfyllelse eller ikke. Leverandøren kan ikke vite sannsynligheten for at selskapet vil involvere seg, og dermed blir det vanskeligere å anslå risikoen for svikt. Beregningsproblemet gjør seg gjeldende for alle rammeavtaleleverandører fordi de alle er utsatt for selskapets involvering som følge av rammeavtalens endringsmekanismer. Dette gjør seg like gjeldende om rammeavtaleleverandøren pålegges konkret, eller i form av en liste med andre rammeavtale-

leverandører. Dette taler for at lister over pålagte rammeavtaleleverandører bør behandles likt som pålegg av en konkret rammeavtaleleverandør.

Hensynet til risikoberegning har sine svakheter, da leverandøren i enkelte tilfeller kan finne det vanskelig å fastsette gode og presise risikotillegg for underleverandører han engasjerer selv. Når leverandøren engasjerer en underleverandør som det er vanskelig å prise risikoen for, vil leverandøren på selvstendig grunnlag, akseptere at han utsetter seg selv for et lavt eller feilaktig risikopåslag. Dette vil ikke være tilfellet for manglende eller vanskeligere beregningsmuligheter ved pålagte rammeavtaleleverandører. Det kan videre innvendes at de samme vanskeligheter ved beregningen av risikopåslag for pålagte rammeavtaleleverandører også vil gjelde for rammeavtaleleverandører som leverandøren bruker frivillig. Også dette kan imidlertid besvares med at vanskelighetene vil utgjøre en konsekvens som følger av leverandørens selvstendige valg av kontraktsmedhjelper. Leverandøren velger kontraktsmedhjelper på egen risiko, og beregningsvanskeligheter vil være en del av denne risikoen. Det vil skille beregningsvanskelighetene ved frivillig bruk fra beregningsvanskelighetene for pålagte rammeavtaleleverandører.

Videre har rammeavtaleleverandører generelt et avhengighets- og lojalitetsforhold til selskapet gjennom kontraktsrelasjonen i rammeavtalen. Det gjør at de i stor grad opptre lojalt hva gjelder selskapets ordre og ønsker. De strekker seg erfaringsvis langt for å tilfredsstille selskapets behov. Risikobegrensningen i artikkel 8.3 er en erkjennelse av at visse underleverandører, blant annet rammeavtaleleverandører, lettere påvirkes av selskapet som følge av avhengighets- og lojalitetsfølelse. Denne avhengighets- og lojalitetsfølelsen gjelder uavhengig av om en konkret rammeavtaleleverandør er pålagt, eller pålegget gjelder en liste. Videre må det også nevnes at rammeavtaleleverandører er tilgjengelige for alle leverandører selskapet inngår tilvirkningskontrakt med, og dermed kan det være et poeng for selskapet å instruere dem, eller intervenere i deres oppfyllelse. Dette vil ikke gjøre seg like gjeldende for andre underleverandører, og det taler da for at begrensningen bør gjelde alle pålagte rammeavtaleleverandører, uavhengig av om det er en liste eller ikke.

Listeangivelser behøver imidlertid ikke nødvendigvis representere en begrensning i leverandørens valgfrihet. Det er derfor vanskelig å klassifisere alle listeangivelser som pålegg, og det bør foretas en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Det avgjørende må være i hvilken grad listen innskrenker den valgfriheten leverandøren ville ha hatt dersom listen aldri ble pålagt. For enkelte underleveranser er det generelt svært få underleverandører i bransjen, som har kompetanse til å utføre underleveransen etter de spesifikasjoner som er satt. Det har en sammenheng med leverandørindustriens sterke spesialisering sammenholdt med kontraktens spesifikasjoner. Dersom dette er tilfellet, og alle de tilgjengelige, kompetente underleverandørene er inntatt på listen, bør ikke listen anses som et pålegg uavhengig av om det er mange

eller få rammeavtaleleverandører på listen. Motsatt vil listen lettere anses å være et pålegg dersom få underleverandører er inntatt, og leverandøren hadde hatt en vesentlig større valgfrihet blant underleverandører dersom han kunne velge fritt blant tilgjengelige underleverandører i markedet.

4.5.3 To alternative situasjoner er gjenstand for risikobegrensningen

Artikkel 8.3 annet ledd gir to alternative situasjoner som omfattes av særreguleringen, og de fremkommer henholdsvis av artikkel 8.3 annet ledd bokstav a og bokstav b. Det kreves kun at vilkårene i ett av alternativene er oppfylt for at risikobegrensningen skal inntre.

4.5.3.1 *Artikkel 8.3 bokstav a*

Artikkel 8.3 annet ledd bokstav a omhandler situasjoner der «... selskapet instruerer Underleverandøren om å prioritere andre leveranser på bekostning av den aktuelle Underleveranse...». Bestemmelsen omhandler følgelig de tilfellene der selskapet involverer seg i den pålagte rammeavtaleleverandørens oppfyllelse overfor leverandøren. Det fremgår av den språklige sammenhengen i bokstav a, at bestemmelsen både stiller krav til involveringens form og innhold. For det første må selskapets involvering skje i form av en instruks, og for det andre må instruksjonen omhandle en beskjed om å prioritere andre leveranser på bekostning av den aktuelle underleveranse.

Instruksjonen gis gjerne når selskapet forstår at den aktuelle rammeavtaleleverandøren ikke har kapasitet til å gjennomføre alle de prosjektene som selskapet ønsker at rammeavtaleleverandøren skal ta del i. Den angir i hvilken rekkefølge rammeavtaleleverandøren skal utføre sitt arbeid. Det kan reises spørsmål ved om det er et vilkår for anvendelse av artikkel 8.3 at rammeavtaleleverandøren er forpliktet til å følge selskapets instruks. Selskapet vil fremdeles stå i en kontraktsrettslig relasjon til rammeavtaleleverandøren gjennom rammeavtalen. Rammeavtalen vil trolig ha en endringsmekanisme som tillater selskapet å gi instruksjoner om rammeavtaleleverandørens arbeid, som rammeavtaleleverandøren vil være kontraktsrettslig forpliktet til å følge. Dersom rammeavtaleleverandøren ikke følger selskapets instruks, vil det tilsvare et mislighold av rammeavtalen.

Selv om instruksjonen ikke gis i form av en endringsordre, vil rammeavtaleleverandør ofte ønske å opprettholde et godt forretningsforhold til selskapet, og dermed følge selskapets instruksjoner selv om de ikke er kontraktsrettslig bundet til det. Et godt forhold til selskapet sikrer rammeavtaleleverandøren engasjement i tilvirkningsarbeidet, og vil bli stadig viktigere for underleverandørene i nedgangstider. Anvendelsen av artikkel 8.3 er ikke betinget av at rammeavtaleleverandøren er kontraktsrettslig forpliktet til å følge instruksjonen; det avgjørende etter bestem-

melsens ordlyd er at rammeavtaleleverandøren faktisk følger den uavhengig av om han er forpliktet til det eller ikke. Det er det forhold at rammeavtaleleverandøren faktisk følger instruksjonen som medfører at det oppstår negative virkninger for leverandøren. Når det er sagt må det likevel foreligge en nødvendig årsakssammenheng mellom rammeavtaleleverandørens faktiske opptreden og selskapets instruksjon. Instruksjonen må være den nødvendige betingelsen for rammeavtaleleverandørens opptreden, slik at rammeavtaleleverandørens opptreden ikke ville ha forekommet dersom instruksjonen tenkes borte. Dette kravet til årsakssammenheng medfører at rammeavtaleleverandørens handling har som formål å oppfylle instruksjonen, og ikke utelukkende skape et godt forhold til selskapet eller for å tilfredsstille selskapet.

4.5.3.2 Instruksjonens form og innhold

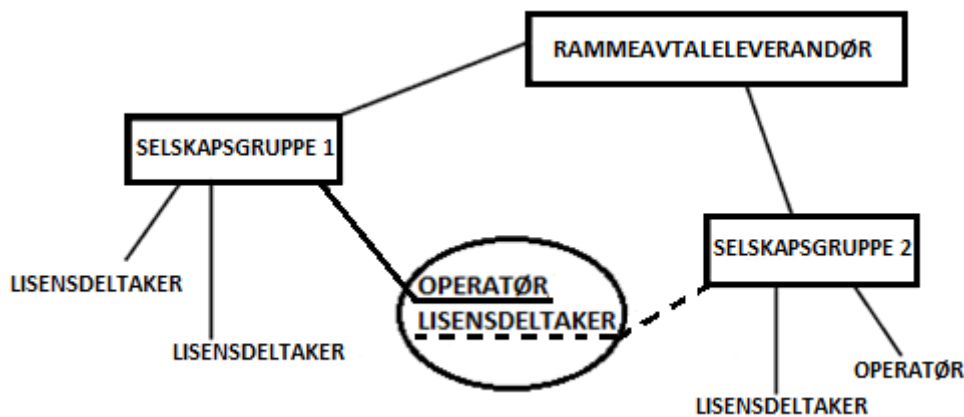
En «instruks» er i alminnelighet forstått som en form for ordre. Hver enkelt rammeavtale kan fastsette formkrav for instruksjoner, men rent generelt kan instruksjoner i utgangspunktet være både skriftlige og muntlige. Den må imidlertid utgjøre en tydelig beskjed fra selskapet side. En skriftlig instruks vil volde mindre bevisproblemer dersom det senere skulle oppstå en tvist om hvorvidt instruksjon av rammeavtaleleverandør har forekommet. Den naturlige språklige forståelsen av ordet instruks stenger ikke for at instruksjon også kan skje gjennom adferd, men det skal en relativt entydig og bestemt adferd til før det kan sies å foreligge en instruksjon i adferden. I praksis vil rammeavtalen mellom selskapet og rammeavtaleleverandøren fastsette at alle endringer i kontraktsforholdet må skje gjennom en endringsordre⁵⁵ («Variation Order», ofte forkortet VO). Dersom instruksjonen gis i form av endringsordre, vil rammeavtaleleverandøren være kontraktsrettslig forpliktet til å følge den. Hvorvidt instruksjonen avgis som en endringsordre, eller som en muntlig beskjed, vil ikke påvirke leverandørens krav på skadesløsholdelse da artikkel 8.3 annet ledd bokstav a etter sin ordlyd både omfatter skriftlige og muntlige instruksjoner.

Bokstav a forutsetter i praksis at rammeavtaleleverandøren brukes av selskapet i flere samtidig pågående prosjekter. Slike situasjoner oppstår stadig i praksis, da leverandørbransjen ikke er alt for omfattende og svært spesialisert. Selskapene vil på sin side gjerne ha flere samtidig pågående tilvirkningsprosjekter, og de vil i stor utstrekning bruke faste rammeavtaleleverandører i pågående tilvirkninger.⁵⁶

⁵⁵ Definert i NTK artikkel 1.5.

⁵⁶ Brannsten (2005) s. 267.

Det er operatøren i selskapsgruppen som avgir instruksen da denne representerer selskapsgruppen i hovedkontrakten med leverandøren.⁵⁷ Instruks kan følgelig ikke gis av selskapsgruppens lisensdeltakere. Det kan tenkes situasjoner der et oljeselskap deltar i to ulike selskapsgrupper, og at oljeselskapet fungerer som operatør i den ene selskapsgruppen og lisensdeltaker i den andre selskapsgruppen. Begge selskapsgrupper benytter seg av samme rammeavtaleleverandør i hvert sitt tilvirkningsarbeid, og det oppstår da spørsmål om oljeselskapet, i kraft av å være operatør kan instruere rammeavtaleleverandøren selv om selskapet stiller som lisensdeltaker i den andre gruppen. Artikkel 8.3 annet ledd bokstav a fastslår at rammeavtaleleverandørens «... andre leveranser...» er gjenstand for prioriteringen. Den naturlige språklige forståelsen av begrepene «andre leveranser» taler for at nedprioriteringen også kan skje til fordel for underleveranser til andre selskapsgruppers tilvirkningsprosjekter. Situasjonen kan illustreres med figur 4.



Figur 4

Operatøren og lisensdeltakeren som er merket med ring rundt er samme oljeselskap. Den fulle linjen illustrerer at selskapet er operatør i selskapsgruppe 1, og den stiplede linjen illustrerer at selskapet er lisensdeltaker i selskapsgruppe 2. I kraft av å være operatør har selskapet som utgangspunkt en instruksjonsmyndighet over rammeavtaleleverandøren, gjennom sitt operatørskap i selskapsgruppe 1. En instruksjon fra dette selskapet utgjør også en instruksjon av en lisensdeltaker i selskapsgruppe 2. Instruksjonen får negativ virkning for den ene selskapsgruppen ettersom rammeavtaleleverandøren blir instruert om å prioritere et særskilt arbeid.

Den beskrevne situasjonen reiser to spørsmål. For det første oppstår det et spørsmål om operatøren i selskapsgruppe 1 kan instruere rammeavtaleleverandøren om å prioritere leveransen til selskapsgruppe 1 på bekostning av leveransen til selskapsgruppe 2. For det andre oppstår det

⁵⁷ Petroleumsloven § 3-7.

et spørsmål om operatøren i selskapsgruppe 1 kan instruere rammeavtaleleverandøren om å prioritere leveransen til selskapsgruppe 2. Først drøftes førstnevnte spørsmål.

Artikkel 8.3 annet ledd bokstav a fastslår at prioriteringen av andre leveranser må skje «... på bekostning av den aktuelle Underleveranse.». Frasen «den aktuelle Underleveranse» sikter til den instruerende selskapsgruppens underleveranse. Etter sin ordlyd gjelder derfor kun bokstav a de tilfeller der operatøren instruerer en rammeavtaleleverandør om å nedprioritere egen underleveranse til fordel for andre underleveranser. Operatøren i selskapsgruppe 1 kan følgelig bare instruere rammeavtaleleverandøren om å prioritere andre leveranser på bekostning av underleveransen til selskapsgruppe 1. Det kan ikke instrueres om at rammeavtaleleverandøren nedprioriterer leveranser for andre operatørselskaper til fordel for egen underleveranse.

I praksis kan det tenkes at slike instruksjoner likevel forekommer. Da reises det spørsmål om hvorvidt leverandøren til selskapsgruppe 2 kan kreve skadesløsholdelse av selskapsgruppe 1 eller selskapsgruppe 2.

Hva gjelder leverandørens krav på skadesløsholdelse av selskapsgruppe 1, kan kravet ikke føre frem etter artikkel 8.3. Artikkel 8.3 gjelder tilfeller der «... Selskapet instruerer Underleverandøren...». Betegnelsen «Selskapet» sikter i denne forbindelse til operatøren i selskapsgruppen som er den skadelidende leverandørens kontraktspart i tilvirkningskontrakten. I det beskrevne tilfellet vil dette være selskapsgruppe 2, og ikke selskapsgruppe 1. For at leverandøren skal kunne kreve skadesløsholdelse etter artikkel 8.3 er det nødvendig at selskapet som er part i hovedkontrakten har instruert rammeavtaleleverandøren om å prioritere en annen leveranse på bekostning av leverandørens leveranse. Dette innebærer at den aktuelle leverandøren kun kan kreve skadesløsholdelse av selskapsgruppe 2 såfremt operatøren i selskapsgruppe 2 anses for å ha instruert rammeavtaleleverandøren om å nedprioritere underleveransen som var tiltenkt leverandøren.

I den beskrevne situasjonen vil det anses å foreligge en instruksjon fra operatøren i selskapsgruppe 2 dersom operatøren bekrefter, muntlig eller skriftlig, overfor rammeavtaleleverandøren at denne skal følge instruksjonen fra operatøren i selskapsgruppe 1 om å prioritere leveransen til selskapsgruppe 1. Det samme må gjelde dersom operatøren i selskapsgruppe 2 gir et mer uformelt samtykke til instruksjonen. Begrunnelsen for en slik oppfatning er at en aksept av et annet selskaps instruks i stor grad vil skape de samme virkningene for leverandøren som en uttrykkelig instruks om nedprioritering av eget arbeid.

Konklusjonen må følgelig være at leverandøren kan kreve skadesløsholdelse av selskapsgruppen som er leverandørens kontraktspart såfremt operatøren i denne selskapsgruppen anses for å ha instruert rammeavtaleleverandøren om å nedprioritere den aktuelle underleveransen. Det-

te gjelder både når instruksjonen gis uttrykkelig av operatøren i selskapsgruppe 2, men også i tilfeller der operatøren i selskapsgruppe 2 samtykker til en instruksjon fra operatøren i selskapsgruppe 1 om å prioritere leveransen til selskapsgruppe 1.

Det andre spørsmålet som kan reises er hvorvidt operatøren i selskapsgruppe 1 kan instruere rammeavtaleleverandøren om å prioritere leveransen til selskapsgruppe 2. Det er leverandøren til selskapsgruppe 1 som blir skadelidende i slike tilfeller. Dette spørsmålet kan besvares relativt kort; artikkel 8.3 annet ledd bokstav a gjelder nettopp situasjoner der operatøren i en selskapsgruppe instruerer rammeavtaleleverandøren om å prioritere andre leveranser på bekostning av den aktuelle leverandørens underleveranse. Det innebærer at andre leveranser, for eksempel leveransen til selskapsgruppe 2, blir prioritert. Leverandøren til selskapsgruppe 1 kan i slike tilfeller kreve skadesløsholdelse av selskapsgruppe 1.

Dersom det samme oljeselskapet er operatør i begge selskapsgruppene, vil den skadelidende leverandøren uansett kunne kreve skadesløsholdelse av selskapet da selskapet vil anses for å ha instruert rammeavtaleleverandøren om å prioritere den andre selskapsgruppens arbeid på bekostning av leverandørens underleveranse.

Artikkel 8.3 annet ledd bokstav a fastslår at instruksjonen må ha det innhold at rammeavtaleleverandøren eksplisitt bes om å utføre annet arbeid fremfor det arbeid som skal utføres for leverandøren. Rent ordlydsmessig kan en prioritering både angå arbeidets kvalitet og arbeidets leveringstid. Hva gjelder arbeidets kvalitet, kan selskapet tenkes å instruere rammeavtaleleverandøren om å utføre det aktuelle arbeidet med materialer av lavere kvalitet, eller ved en enklere tilvirkningsmetode. Da vil instruksjonen medføre at en aktuell underleveranse nedprioriteres kvalitativt. Dette vil igjen medføre at underleverandørens leveranse overfor leverandøren ikke lever opp til de kvalitetsmessige kravene som leverandøren stiller. Dersom prioriteringen omhandler arbeidets leveringstid, vil situasjonen ofte være slik at selskapet ber rammeavtaleleverandøren om å utsette utførelsen av det aktuelle arbeidet inntil annet tilvirkningsarbeid som rammeavtaleleverandøren er engasjert til er utført. En slik prioritering vil som regel føre til en forsinkelse av det aktuelle arbeidet, og leverandørens tilvirkningsarbeid vil lide tap som følge av forsinkelsen.

Ordlyden er følgelig åpen for at både underleveransesvikt som resulterer i forsinkelse og underleveransesvikt som resulterer i mangel vil omfattes av bokstav a såfremt svikten skyldes instruksjon fra selskapets side. Det foreligger imidlertid en viss bransjeoppfatning om at bokstav a kun omfatter instruksjoner som medfører forsinkelser i underleverandørens arbeid. Dette begrunnes i at ordet «prioriteringer» kun er ment å gjelde tidsprioritet, og ikke prioriteringer i forhold til materialer og tilvirkningsmetoder. Dette synspunktet forutsetter at ordlyden tolkes innskrenkende. På den annen side er det sterke grunner for å tolke ordlyden objektivt;

reguleringen er en del av en avtalt standardkontrakt som tar sikte på å utgjøre kontraktsteksten i mange ulike individuelle avtaleforhold. Tolkning etter en objektiv språklig forståelse er dermed nødvendig. Et ytterligere argument for at bokstav a både må anses å omfatte forsinkelser og mangler kommer av at bokstav a må leses i lys av det videre meningsinnholdet i bokstav b; ordlyden i bokstav b taler for at både tidsmessige og kvalitative konsekvenser av underleveransesvikten omfattes, se mer om dette i punkt 4.5.3.3.

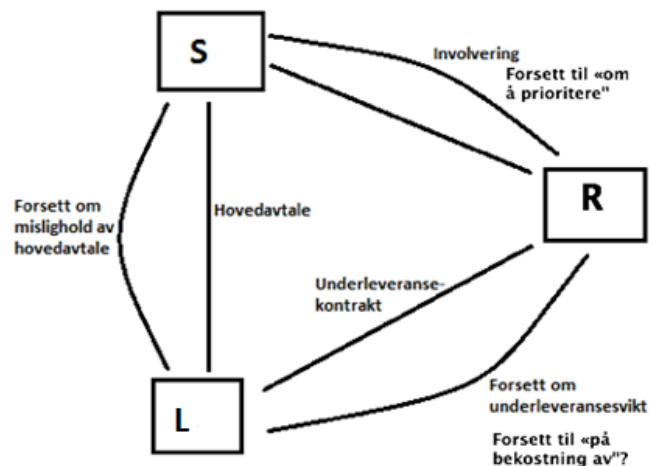
Selv om både kvalitative og tidsmessige prioriteringer omfattes av ordlyden i bokstav a så vil tidsmessige prioriteringer være mest praktisk. Når selskapet instruerer rammeavtaleleverandøren om å prioritere tidsmessig så forventer selskapet at leverandøren klarer å akselerere sitt arbeid og dermed hente inn rammeavtaleleverandørens forsinkelse. Leverandøren vil gjøre det han makter for å levere kontraktmessig overfor selskapet. Kvalitetsreduksjoner i en underleveranse stiller seg annerledes. En kvalitativ endring av en underleveranse kan medføre at det aktuelle underleveranseproduktet ikke passer inn i den resterende leveransens spesifikasjoner. Selskapet vil sjelden ønske det for sitt eget prosjekt da det vil være vanskelig for leverandøren å ordne opp i kvalitetssvikten, særlig dersom den kvalitative endringen medfører at underleveransen ikke aksepteres i de senere ledd i leverandørkjeden. Instruksjoner om tidsmessige prioriteringer vil dermed være mest praktisk, men dersom det skulle forekomme en instruks om en kvalitativ prioritering er det ingenting som antyder at ikke også den skal omfattes av bokstav a. Uansett vil det etter bakgrunnsretten være vanskelig for selskapet å gjøre inngrep i underleveransens kvalitative egenskaper uten at det medfører konsekvenser, se mer om dette i punkt 6.3.3.

4.5.3.2.1 Skyldkravet

Nok en problemstilling som må drøftes er hvorvidt artikkel 8.3 annet ledd bokstav a også oppstiller et krav om skyld på selskapets side, for at en instruksjon skal omfattes av bestemmelsen. Bokstav a fastslår at instruksjonen må be rammeavtaleleverandøren «... om å prioritere ... på bekostning av...». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at selskapet eksplisitt ber om at prioriteringen skjer på bekostning av annet arbeid. Det foreligger således en forutsetning om hensikt fra selskapets side i ordlyden. Nøyaktig hva hensikten knytter seg til må undersøkes nærmere.

Det kan tenkes at det finnes tre steg i hendelsesforløpet som artikkel 8.3 annet ledd bokstav a beskriver, se figur 5 nedenfor. Det første steget består av at selskapet instruerer rammeavtaleleverandøren og ber eksplisitt om at rammeavtaleleverandøren prioriterer et særskilt arbeid. Det rettslige grunnlaget for handlingene i det første steget er rammeavtalen. I det andre steget oppstår det en underleveransesvikt i forholdet mellom underleverandøren og leverandøren. Det er ordlyden i frasen «på bekostning av» som forårsaker svikten, da det arbeid som skal

leveres til leverandøren blir nedprioritert som følge av instruksen. Det er bestillingsordrens leveringsfrister sammenholdt med rammeavtalens bestillingsfrister som angir når svikt foreligger. Det tredje og siste steget tar for seg leverandørens misligholdelse av hovedkontrakten som følge av underleveransesvikten. Fordi underleverandøren misligholder overfor leverandøren, så kan det oppstå situasjoner der leverandøren ikke makter å få underleveransen utført på annet vis av en annen underleverandør. Da kan også leverandøren bli forsinket, eller levere mangelfullt overfor selskapet.



Figur 5

Kravet til skyld på selskapets side vurderes særskilt vedrørende hvert av disse stegene. Selskapet kan ha utøvd skyld med hensyn til steg 1, men ikke nødvendigvis med hensyn til steg 2. Det må videre problematiseres om artikkel 8.3 annet ledd bokstav a stiller krav til skyld i forhold til alle stegene, eller kun enkelte av dem. Gradene av skyld som vil bli brukt i drøftelsen er ulike former for forsett.

Først drøftes det første steget. Når selskapet instruerer underleverandør «om å prioritere andre underleveranser», så vil det i ordlyden ligge innforstått et krav om at instruksjonen direkte ber om en prioritering. Da vil hensikten med instruksjonen være å sikre at en særskilt underleveranse gjennomføres raskere eller bedre enn de resterende underleveransene som rammeavtaleleverandøren arbeider med. Instruksjonen vil være en handling utført med hensiktsforsett fra selskapets side, dersom den utstedes for å prioritere andre underleveranser. Artikkel 8.3 annet ledd bokstav a krever dermed at selskapet har hensiktsforsett om at det skjer en prioritering på bekostning av andre underleveranser. Dette må være oppfylt dersom tilfellet skal falle inn under anvendelsesområdet til artikkel 8.3 annet ledd bokstav a.

Det andre steget i figuren viser situasjonen der rammeavtaleleverandøren misligholder sin levering til leverandøren, som følge av selskapets instruks. Rammeavtaleleverandøren har da

prioritert annet arbeid, slik selskapet har instruert, og prioriteringen har medført at rammeavtaleleverandøren ikke har klart å levere sin ytelse til leverandøren kontraktmessig.

Det er mer uklart hvorvidt bestemmelsen stiller krav til skyld på selskapets side for dette steget. Spørsmålet blir om anvendelsen av unntaket i artikkel 8.3 annet ledd bokstav a er betinget av at selskapet utviste skyld med hensyn til at det ville oppstå underleveransesvikt. Løsningen beror på en tolkning av bestemmelsen, og det må tas utgangspunkt i ordlyden. Den mer presiserte problemstillingen på dette punkt blir om frasen «... på bekostning av...», innebærer et krav om at selskapet utviser skyld med hensyn til at det kan oppstå underleveransesvikt i det enkelte tilfellet.

«På bekostning av» betyr i alminnelighet kun at en annen underleveranse blir nedprioritert av underleverandøren. Det behøver ikke nødvendigvis å innebære at underleverandøren ikke fremdeles kan klare å levere den nedprioriterte leveransen kontraktmessig. Den naturlige språklige forståelsen tilsier følgelig at det kreves skyld med hensyn til nedprioriteringen, men ikke selve underleveransesvikten som følger av nedprioriteringen. Instruksjonens formål blir at særskilt arbeid skal prioriteres, enten kvalitativt eller tidsmessig. Selskapet må ha forståelse for at en instruksjon om å prioritere et særskilt arbeid på bekostning av et annet, skaper en viss risiko for at underleverandøren ikke vil evne å levere begge arbeidene kontraktmessig. En slik forståelse er ofte bakgrunnen for at instruksjonen i utgangspunktet gis. Inngangsvilkåret til artikkel 8.3 er at leverandøren opplever «direkte konsekvenser» som følge av instruksjonen, og bestemmelsen forutsetter følgelig at prioriteringen har forårsaket negative konsekvenser for leverandøren. De beste grunner taler for at artikkel 8.3 oppstiller et krav om skyld fra selskapets side hva gjelder underleveransesvikten.

Det må videre tas stilling til hvilken grad av skyld som kreves i det andre steget. Frasen «på bekostning av» står i sammenheng med frasen «om å prioritere». Som drøftet ovenfor, krever ordlyden og konteksten i bestemmelsen at selskapet må ha hensiktsforsett om nedprioriteringen, men det kreves ikke at selskapet opptrer med hensiktsforsett i forhold til en eventuell underleveransesvikt. Konteksten i ordlyden «... om å prioritere... på bekostning av...» antyder at det kan oppstilles et krav om at selskapet må holde det for mulig at handlingen kan inntre, og at de tar et bevisst valg om å handle til tross for dette. Denne beskrivelsen av skyld samsvarer i stor grad med det som i alminnelig strafferett omtales som *dolus eventualis*.⁵⁸ Skyldformen passer godt i dette tilfellet, da selskapet har tenkt tanken om at underleveransesvikt vil kunne inntre, og likevel velger å instruere rammeavtaleleverandøren. Det kreves kun at selskapet holder det for mulig at underleveransesvikt kan inntre; det foreligger ikke noe

⁵⁸ Omtales nærmere i Eskeland (2013) s. 296-297 og Andenæs (2016) s. 237-240.

krav om at det må være sannsynlighetsovervekt for at underleveransesvikt vil kunne inntre. Muligheten for underleveransesvikt kan selskapet i en viss grad vurdere ut ifra den aktuelle rammeavtaleleverandørens kapasitet og tidsforskjellen på leveringsfristen av underleveransen som prioriteres og underleveransen som nedprioriteres.

I praksis vil skyldkravet ofte være oppfylt. Selskapet instruerer som regel først i de situasjoner der selskapet holder det for mulig at rammeavtaleleverandøren ikke vil klare å levere kontraktsmessig til alle sine leverandører. Når instruksjonen gis på tross av en slik oppfatning vil det innebære at selskapet utviser skyld i form av *dolus eventualis* med hensyn til rammeavtaleleverandørens svikt.

Til slutt må det tas stilling til det tredje steget som omhandler leverandørens mislighold overfor selskapet. Underleveransesvikten fra det andre steget kan medføre at leverandøren misligholder sin leveringsforpliktelse overfor selskapet. Ved underleveransesvikt som beskrevet i artikkel 8.3, vil leverandøren enten få justert fremdriftsplanen, eller pålegges å forsere det videre arbeidet av selskapet, jf. artikkel 8.3 tredje ledd. Til tross for dette, kan det hende at leverandøren ikke klarer å forsere det videre arbeidet i tilstrekkelig stor grad til å overholde egen kontraktsforpliktelse. Det kan også tenkes at leverandøren ikke klarer å engasjere en annen underleverandør tidsnok til å fullføre leveransen. Det kan for eksempel skyldes at det ikke finnes andre tilgjengelige underleverandører som har tilstrekkelig kompetanse til å gjennomføre underleveransen. Vilkårene eller formuleringene i artikkel 8.3 annet ledd bokstav a berører ikke dette steget, og det kan dermed ikke oppstilles noe krav om at selskapet må ha forsett med hensyn til leverandørens mislighold. Det eneste som kreves er faktisk årsakssammenheng mellom selskapets intervensjon og leverandørens mislighold.

4.5.3.2.2 Bevissspørsmål

Det er leverandøren som må påberope at det foreligger instruksjon fra selskapets side, dersom risikobegrensningen skal inntre. Dermed har leverandøren også bevisbyrden for at vilkårene i artikkel 8.3 er oppfylt. Leverandøren kan oppleve bevismessige vansker i en slik situasjon. Det ideelle er at selskapet selv informerer om instruksjonen, slik at alle parter snakker åpent om rammeavtaleleverandørens prioriteringer. Leverandørindustrien påpeker at de stadig opplever taushet fra selskapet samt rammeavtaleleverandøren når instruksjon mistenkes å være gitt. Rammeavtaleleverandørene har en lojalitetsfølelse overfor selskapet, og det kan oppleves ubehagelig for rammeavtaleleverandøren å erkjenne at instruksjon har forekommet. Slike forhold kan medføre at det blir vanskelig for leverandøren å bevise at instruksjon har forekommet på en tilfredsstillende måte.

Instruksjoner fra selskapets side vil ofte være rettslig bindende for rammeavtaleleverandøren som følge av at mange rammeavtaler har endringsmekanismer. Samtidig har underleverandøren en leveringsforpliktelse overfor leverandøren etter bestillingsordren. Dersom rammeavtaleleverandøren blir forsinket overfor leverandøren, kan leverandøren kreve misligholdsbeføyelser av rammeavtaleleverandøren. Rammeavtaleleverandøren kan beskytte seg mot et misligholdsansvar overfor leverandøren dersom leverandøren informeres om eventuelle instruksjoner som har påvirket underleveransens leveringstid. Leverandøren vil heller søke å få dekket merkostnadene som følger av underleveransesvikten hos selskapet gjennom endringsordresystemet i hovedkontrakten.

Det kan tenkes at en instruksjon ikke fremsettes skriftlig, men som en noe vagere muntlig beskjed. Dersom rammeavtaleleverandøren, som følge av den muntlige beskjeden, svikter, kan det i den aktuelle situasjonen være tydelig for alle involverte at årsaken til svikten var den muntlige instruksjonen. Det vil likevel være tilnærmet umulig å bevise for leverandøren, samtidig som selskapet i egeninteresse ikke vil stå frem med det faktum at en form for instruks ble gitt.

Noen ganger kan det fremstå som om rammeavtaleleverandør har blitt instruert om å bortprioritere en leverandør når svikt oppstår som følge av kapasitetsproblemer. Rammeavtaleleverandører brukes gjerne i mange pågående prosjekter samtidig, både av et enkelt og flere selskaper. I visse tilfeller svikter rammeavtaleleverandøren fordi denne på eget initiativ har påtatt seg for mye arbeid i forhold til ledig kapasitet. Det kan også tenkes at rammeavtaleleverandøren er part i flere rammeavtaler, og har fastsatte bestillingsfrister i alle rammeavtalene. Etter som rammeavtaleleverandøren ikke har kontroll over når ulike leverandører foretar bestillinger, kan bestillingstiden som er oppgitt i rammeavtalene bli for kort i forhold til antall bestillinger dersom bestillingene kommer nært i tid. Det kan oppstå situasjoner hvor leverandøren da beskylder selskapet for å ha involvert seg i rammeavtaleleverandørens leveranse. Leverandøren vil være den som har bevisbyrden for å påvise at det foreligger en instruks, men selskapet kan lide tap av omdømme dersom slike antydninger fremsettes, da også selskapet vil ha vansker med å påvise at en slik instruks ikke fantes. Ved enkelte tilfeller er det rammeavtaleleverandøren som på egen hånd lar seg engasjere i for mange prosjekter. Da er det denne, som en profesjonelt næringsdrivende part, som må ta ansvar for dårlig avpassning av arbeidsmengde i forhold til ledig kapasitet. Hva gjelder ansvaret overfor selskapet, vil leverandøren fremdeles måtte bære dette.

4.5.3.3 Artikkel 8.3 bokstav b

Artikkel 8.3 annet ledd bokstav b gir en begrensning i leverandørens ansvar når selskapet «... på lignende måte intervensjoner i forhold som vedrører den aktuelle Underleveranse.» Bok-

stav b har de samme formål som bokstav a; den skal beskytte leverandøren økonomisk i situasjoner der selskapet blander seg inn i, eller påvirker underleverandørens leveranse.

Bokstav b har en mye videre ordlyd enn bokstav a, og reiser flere tolkningsspørsmål. For det første må det fastsettes hvilken type oppførsel eller handling fra selskapets side som faller inn under frasen «på lignende måte intervensjoner».

En intervensjon vil etter en naturlig språklig forståelse både dekke beskjeder og samtaler mellom selskap og underleverandør, og det vil dekke annen oppførsel eller adferd fra selskapets side som ikke er forbundet med ord. Adferd fra selskapets side som er ment til å gi rettsvirkninger, såkalt konkludent adferd, vil omfattes. Begrepet intervensjon har følgelig en videre ordlyd enn begrepet instruksjon, og ordlyden tilsier at bokstav b dekker flere former for involvering fra selskapets side enn bokstav a.

Formålet med begrepet «intervenerer» har vært å fange opp alle handlinger som ikke er å anse som instruksjoner etter bokstav a, men som likevel fører til en eller annen form for forstyrrelse i underleverandørens evne til å oppfylle. Når intervensjon kun forekommer som adferd kan det bli svært vanskelig å vurdere om adferden faktisk utgjør en intervensjon fra selskapets side, eller om underleverandøren kan ha misforstått adferden. Det vil videre bli vanskeligere å bedømme jo vagere adferden er, og det kan bli tilnærmet umulig å bevise at det har forekommet en intervensjon. Når slike forhold kombineres med underleverandørens lojalitetsfølelse overfor selskapet, så kan de bevismessige forholdene bli svært vanskelig, se mer om dette i punkt 4.5.3.2.2.

Det er tydelig at bokstav b utvider anvendelsesområdet i bokstav a, da flere former for involvering fra selskapets side omfattes. Frasen «på lignende måte» begrenser imidlertid hvilken adferd som omfattes av bokstav b ved å vise tilbake til bokstav a. Da begrepet «intervenerer» i utgangspunktet utvider hvilke handlinger som faller inn under bokstav b, i forhold til bokstav a, er det naturlig å anse frasen «på lignende måte» som en henvisning til adferdens formål og virkning. Den naturlige språklige forståelse av «på lignende måte» oppstiller et kvalifikasjonskrav for hvilke intervensjoner som vil fanges opp av bestemmelsen; det er kun intervensjoner som har liknende formål og liknende virkning for leverandøren som omfattes.

Formålet bak intervensjonen, må i likhet med bokstav a-tilfellene, være å påvirke ulike forhold ved underleverandørens oppfyllelse. Intervensjonen må innebære en form for adferd eller utsagn fra selskapets side, som gir underleverandøren en ikke-bindende oppfordring eller en kontraktsrettslig plikt etter rammeavtalen, til å nedprioritere den aktuelle underleveransen. Frasen innebærer følgelig et krav om skyld på selskapets side hva gjelder intervensjonens hensikt. Selskapet må følgelig ha en hensikt om å intervensjonere overfor en underleverandør på

en slik måte at det oppstår fare for at den aktuelle underleveransen vil påvirkes negativt, enten kvalitativt eller tidsmessig. Bokstav b viderefører skyldkravet som fremkommer av bokstav a, og oppstiller følgelig et krav om hensiktsforsett hva gjelder det forhold at intervensjonen vil få en negativ virkning for underleveransen.

Hva gjelder intervensjonens virkning, kreves det at leverandøren opplever en negativ effekt av intervensjonen. Dette følger for så vidt også av den innledende setningen i artikkel 8.3 annet ledd, som forutsetter at skadesløsholdelse bare kan kreves når det foreligger visse negative virkninger som skadesløsholdelse kreves for. Slike negative virkninger må være «direkte konsekvenser» av selskapets intervensjon.

Frasen «i forhold som vedrører den aktuelle Underleveransen» fastslår hvilke sider av underleveransen som må berøres av intervensjonen. Frasen er vidt formulert, og «forhold» ved underleveransen kan både angå underleveransens kvalitative egenskaper, og underleveransens oppfyllelsestid. Følgelig er det nærliggende å slutte av ordlyden at bokstav b både gjelder når underleveransesvikten resulterer i en forsinkelse, og når underleveransesvikten resulterer i en mangel i forholdet mellom underleverandøren og leverandøren.

4.5.4 Prosessuelle krav for at risikobegrensningen skal få anvendelse

Artikkel 8.3 tredje ledd fastslår at leverandøren må fremme et krav om endringsordre dersom leverandøren ønsker å påberope seg risikobegrensningen i første og annet ledd. Kravet fremmes gjennom et endringsordrekraft (også kalt «Variation Order Request»⁵⁹, forkortet VOR) som utgjør et standardisert skjema som er inntatt i Vedlegg D til NTK. Det er følgelig leverandøren som må ta initiativ og påberope seg skadesløsholdelse, dersom forhold som nevnt i annet ledd bokstav a og b foreligger.⁶⁰ Kravet om endringsordre må fremmes senest 21 dager etter at leverandøren «oppdaget» forhold som nevnt i bokstav a og bokstav b. Den naturlige språklige forståelsen av ordet «oppdaget» tilsier at leverandøren må ha hatt faktisk kunnskap om forholdet. Det holder ikke at leverandøren burde ha oppdaget det. Fristen avbrytes når kravet om endringsordre fremsettes overfor selskapet.

Når leverandøren har fremsatt kravet, pålegger tredje ledd selskapet en plikt til å ta stilling til leverandørens krav om endringsordre. Det skal gjøres som beskrevet i artikkel 16.2. Selskapet kan enten gi kravet om endringsordre medhold og utstede en endringsordre (også kalt «Varia-

⁵⁹ Definert i NTK artikkel 1.6.

⁶⁰ Også presisert av Kaasen (2013) s. 194.

tion Order»⁶¹, forkortet VO), eller så kan selskapet utstede en omtvistet endringsordre (også kalt «Disputed Variation Order»⁶², forkortet DVO) dersom selskapet finner kravet om endringsordre ubegrunnet. Uansett plikter selskapet å utstede enten endringsordre eller omtvistet endringsordre innen 21 dager etter at endringsordrekravet ble mottatt. Dersom selskapet ikke utsteder en av de to innen 21 dager etter mottaket, skal en omstridt endringsordre anses for å være utstedt, jf. artikkel 16.2. Utstedelse av en endringsordre vil innebære at selskapet erkjenner at instruksjon eller intervensjon har funnet sted, og leverandørens krav tas i prinsippet til følge. Men det kan fremdeles være uenigheter med hensyn til utmålingen av kravet. Utstedelse av en omtvistet endringsordre vil imidlertid innebære at selskapet bestrider kravet slik at leverandøren får muligheten til å forfølge det. Det kan gjøres ved å for eksempel søke en ekspertuttalelse om spørsmålet etter artikkel 16.3, eller ved å anlegge voldgiftssak som beskrevet i artikkel 38.2. Dersom selskapet er med på det, kan tvister også løses ved prosjektintegrert megling etter bestemmelsene i artikkel 37. Det går her ikke nærmere inn på disse bestemmelsene.

Dersom fristen for å fremsette krav om endringsordre oversittes, så mister leverandøren sin rett til å gjøre risikobegrensningen i første og annet ledd gjeldende. Regelen i tredje ledd er følgelig en preklusjonsregel, og fristoversittelse har preklusiv virkning. Konsekvensen av at fristen oversittes blir at leverandøren må bære risikoen for underleveransesvikten, selv om svikten skyldes selskapets instruksjon eller intervensjon overfor pålagt rammeavtaleleverandør.

4.5.5 Konsekvensen av at det foreligger instruksjon eller intervensjon fra selskapets side

NTK artikkel 8.3 annet ledd fastslår at dersom det foreligger en instruksjon eller intervensjon og leverandøren i tide har fremsatt krav om endringsordre, skal «Selskapet... holde Leverandøren skadesløs for direkte konsekvenser...» som leverandøren påføres som følge av selskapets instruksjon eller intervensjon.

Leverandøren skal holdes skadesløs for direkte konsekvenser som følger av selskapets involvering i underleverandørens prioriteringer. En naturlig språklig forståelse av «... holde Leverandøren skadesløs...» taler for at leverandøren ikke skal lide noe tap som oppstår som følge av selskapets involvering. Leverandøren skal altså stilles i den posisjonen som leverandøren

⁶¹ Definert i NTK artikkel 1.5.

⁶² Definert i NTK artikkel 1.21.

ville ha vært i, dersom selskapet ikke hadde instruert eller intervenert overfor underleverandøren.

Det er kun leverandørens «direkte konsekvenser» som leverandøren skal holdes skadesløs for. Leverandøren er ansvarlig for å dokumentere de konsekvensene som det kreves skadesløsholdelse for.⁶³ Begrepet «konsekvenser» har en videre betydning enn «utgifter», og vil etter ordlyden omfatte alle konsekvenser som har en nær sammenheng med intervensjonen eller instruksjonen. De vanligste konsekvensene vil være av økonomisk karakter. Den språklige forståelse av «konsekvenser» omfatter også mer enn utgifter som kan kompenseres med penger, for eksempel det tap i tid leverandøren lider som følge av forsinkelsen. Dermed vil leverandøren etter artikkel 8.3 tredje ledd ha krav på justering av fremdriftsplanen for eget videre arbeid.

Ofte vil den største økonomiske konsekvensen være kostnader som leverandøren påføres ved å måtte akselerere det videre arbeidet som følge av forsinkelsen hos underleverandør.⁶⁴ Når fremdriftsplanen justeres vil leverandøren ikke ha et behov for å forsere det videre arbeidet, da justeringen hensyntar leverandørens forsinkelse som følge av den aktuelle underleveransesvikten. En plikt til akselerasjon oppstår imidlertid når selskapet pålegger forsering gjennom en endringsordre, for eksempel fordi selskapet ikke ser det økonomisk gunstig å justere den videre fremdriftsplanen. En slik akselerasjon medfører at hele det videre arbeidet må utføres raskere enn opprinnelig planlagt. Dette vil medføre økte arbeidstimer og dermed også kostnader, som lønn for ansattes overtidarbeid. Deler av prosjektets fremdrift må også forskyves og planlegges på nytt. Slike kostnader vil dekkes av selskapet fordi leverandøren pålegges forsering gjennom endringsordre, og ikke fordi de er å anse som «direkte konsekvenser» av underleveransesvikten.

Dersom leverandøren lykkes med forseringen, vil det ikke oppstå ytterligere kostnader som vil være omtvistet. Dersom leverandøren imidlertid ikke lykkes med forseringen, vil oppfyllelsen av hovedkontrakten bli forsinket. Selskapet kan da kreve misligholdsbeføyelser i form av dagmulkt eller erstatning av leverandøren. Det kan reises spørsmål ved om misligholdsbeføyelser også må falle inn under frasen «direkte konsekvenser», slik at selskapet ikke kan kreve dette av leverandøren. Under NTK 05 artikkel 8.2 annet ledd var den alminnelige oppfatningen at bestemmelsen ikke beskyttet leverandøren mot misligholdsbeføyelser.⁶⁵ NTK 05 artikkel 8.2 annet ledd svarer til dagens NTK 15 artikkel 8.3, og bestemmelsens formulering

⁶³ Kaasen (2013) s.187.

⁶⁴ Bjelland (1994) s. 53 og Kaasen (2013) s. 186.

⁶⁵ Bjelland (1994) s. 50 og Kaasen (2013) s. 187.

er endret i 15-versjonen. I NTK 05 fikk leverandøren dekket sine «direkte ekstra utgifter»⁶⁶ dersom selskapet instruerte eller intervenerte overfor en pålagt rammeavtaleleverandør. I 15-versjonen av artikkel 8.3 annet ledd er ordene «ekstra utgifter» erstattet med «konsekvenser». Begrepet «konsekvenser» er videre enn «ekstra utgifter» da det omfatter både utgifter, tap og andre kostnader som kan tenkes å oppstå. Videre begrenset ordet «ekstra» rekkevidden av 05-versjonen ytterligere, ved at det kun var utgifter som leverandøren ikke ville ha hatt dersom underleveransesvikten tenkes borte. En sammenligning til 05-versjonen kan tale for at misligholdsansvar må omfattes av ”direkte konsekvenser” i 15-versjonen. Allikevel må det avgjørende være ordlyden i 15-versjonen, og denne oppstiller et krav om at konsekvensen må være ”direkte”. Misligholdsansvaret oppstår som følge av forseringspålegget som kommer i etterkant av underleveransesvikten. Årsakskjeden blir for lang til at misligholdsansvaret kan anses som en ”direkte” konsekvens. Videre skyldes misligholdsansvaret leverandørens manglende evne til å gjennomføre forseringspålegget til fastsatt tid, ikke underleveransesvikten i seg selv.

Utgifter som leverandøren pådrar seg ved forsøk på å minke prosjektets tapsomfang vil være direkte konsekvenser av svikten. Dette kan for eksempel være utgifter som påløper fordi leverandøren blir nødt til å engasjere en ny underleverandør. Slike utgifter kan oppstå i forbindelse med undersøkelse av andre aktuelle underleverandører, eller i forbindelse med innhenting av tilbud fra de aktuelle underleverandørene. Også utgifter i forbindelse med inngåelsen av en ny underleveransekontrakt vil omfattes.⁶⁷

En annen viktig tapspost er ekstra kostnader som leverandøren lider når kontraktstiden blir forlenget som følge av at det videre arbeidet ikke forseres like raskt som forseringspålegget forutsetter. Slike merkostnader vil ikke kunne omfattes av «direkte konsekvenser» da de ikke skyldes underleverandørens svikt, men heller leverandørens unnlattelse av å følge endringsordren. Kostnader ved forlenget kontraktstid vil ikke ha en forbindelse til selskapets instruksjon eller intervensjon. Det må også gjelde for dagmulktkostnader eller erstatningskostnader, som leverandøren pådrar seg dersom leverandøren blir forsinket overfor selskapet som følge av unnlattelsen av å forseres. Dette vil være rene misligholdskonsekvenser som springer ut av leverandørens valg om å ikke overholde sin forpliktelse etter endringsordren.

«Direkte» oppstiller et krav om nærhet mellom tapet og selskapets involvering. Det skal foreligge en nær årsakssammenheng mellom rammeavtaleleverandørens svikt og leverandørens konsekvenser.⁶⁸ Årsaken til at kravet til «direkte» er inntatt i bestemmelsen er for at det skal skje en rettfærdig og rimelig plassering av merkostnader som oppstår ved underleveransesvikt.

⁶⁶ Se ordlyden i NTK 05 artikkel 8.2 annet ledd første punktum.

⁶⁷ Bjelland (1994) s. 53-55.

⁶⁸ Bjelland (1994) s. 51, Kaasen (2013) s. 186.

Når det foreligger en nær årsakssammenheng mellom rammeavtaleleverandørens svikt og leverandørens konsekvenser, og rammeavtaleleverandørens svikt utelukkende skyldes instruksjon eller intervensjon fra selskapets side, vil det også foreligge en nær årsakssammenheng mellom selskapets forhold og leverandørens konsekvenser. Det er følgelig selskapets forhold som har forårsaket leverandørens merkostnader, og dermed fremstår det som rimelig og rettferdig at disse kostnadene bæres hos selskapet.

Rent ordlydsmessig kan det fremstå som om begrepet angir et skille mellom det som i alminnelig kontraktsrett omtales som direkte og indirekte tap. Kontraktspraksis viser imidlertid at begrepet «direkte» i NTK anvendes videre enn det som tradisjonelt anses som «direkte tap» i kontraktsretten. Standardkontraktene har sin egen definisjon av indirekte tap, og den skal belyses i det videre.

4.5.5.1 Særskilt om forholdet til artikkel 32.1

Artikkel 8.3 omhandler leverandørens «direkte konsekvenser». Videre regulerer artikkel 32.1 det som i standardkontraktene omtales som «indirekte tap». Artikkelen fastslår at partene skal holde hverandre skadesløse for egne indirekte tap. Det medfører at leverandøren skal holde selskapet skadesløst for leverandørens indirekte tap, og omvendt. Videre følger det av artikkel 32.1 at dette gjelder «... uten hensyn til hva som måtte følge av andre bestemmelser i Kontrakten.». Den naturlige språklige forståelse av dette tillegget tilsier at artikkel 32.1 om indirekte kostnader skal gå foran dekningen av direkte konsekvenser etter artikkel 8.3. Dermed vil de utgiftsposter som anses som indirekte etter artikkel 32.1 ikke kunne kreves dekket av leverandøren etter artikkel 8.3.

Artikkel 32.1 angir noen eksempler på hvilke tap som faller inn under begrepet «indirekte tap». Det som angis er blant annet «... tapt inntekt, tapt fortjeneste, tap forårsaket av forurensning og tapt produksjon».

Leverandørens inntekt er det beløpet selskapet betaler periodevis for leverandørens tilvirkningsarbeid. Dersom leverandøren i en periode ikke makter å levere kontraktsmessig til selskapet som følge av rammeavtaleleverandørens svikt, kan selskapet nekte å utbetale det avtalte beløpet til leverandøren. Begrunnelsen for dette er det alminnelige kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse; realdebitor som ikke oppfyller sin ytelse kan ikke forvente betaling for ytelsen av realkreditor. Leverandøren, som er realdebitor, vil da lide tap av inntekt. Artikkel 32.1 stadfester dette kontraktsrettslige utgangspunktet ved å definere tapt inntekt som indirekte tap. Det vil dermed heller ikke kunne kreves utbetalt etter artikkel 8.3.

Tapt fortjeneste vil typisk representere det økonomiske tapet som leverandøren lider ved at denne går glipp av andre byggekontrakter, fordi det aktuelle tilvirkningsarbeidet strekker ut som følge av selskapets intervensjon eller instruksjon overfor rammeavtaleleverandør.⁶⁹ Slike tap vil ikke kunne kreves dekket av selskapet etter artikkel 8.3, jf. artikkel 32.1.

Tapt produksjon vil omfatte de tap som følger av forhindret produksjon, og som ikke kan måles i form av tapt inntekt eller fortjeneste.⁷⁰ Når selskapets produksjon må utskytes så vil selskapet lide tap som vil utgjøre inntektstap, fortjenestetap samt annet produksjonstap som for eksempel tap av marked.⁷¹ Leverandøren vil ikke lide tapt produksjon utover de tap som dekkes av tapsposten tapt fortjeneste. Da artikkel 8.3 gjelder selskapets plikt til å holde leverandøren skadesløs for direkte konsekvenser, vil følgelig ikke tapsposten «tapt produksjon» representere noen begrensning i begrepet «direkte konsekvenser» i artikkel 8.3.

4.5.5.2 Særskilt om driftsavbrudd

En annen viktig tapspost som vanligvis oppstår når tilvirkningsarbeid blir forsinket i petroleumsindustrien er de tap som vanligvis omtales som driftsavbrudd. Driftsavbrudd er utgifter som leverandøren lider ved at denne ikke får utført annet arbeid, inntil rammeavtaleleverandør leverer sitt arbeid. Da avbrytes leverandørens tilvirkning fordi rammeavtaleleverandøren er forsinket, og leverandøren kan kanskje ikke utføre annet arbeid uten rammeavtaleleverandørens bidrag. Driftsavbrudd er følgelig en tapspost som utgjør venteutgifter.

NTK regulerer ikke selv om driftsavbrudd utgjør et direkte eller indirekte tap. Kjøpsloven § 67 annet ledd bokstav a anser driftsavbrudd som et indirekte tap. Driftsavbrudd er i kjøpsloven definert som «tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller omsetning...». Selv om bakgrunnsrettens løsning er at driftsavbrudd anses som et indirekte tap, og dermed ikke kan kreves dekket av selskapet, viser kontraktspraksis tilknyttet artikkel 8.3 at også slike utgifter tidvis kompenseres leverandøren. Det kan stilles spørsmål ved om det er særskilte hensyn i petroleumsindustrien som taler for at driftsavbrudd i NTK må behandles annerledes enn i alminnelige kjøp.

For det første kan det vises til tilvirkningsarbeidets komplekse karakter. Det er svært mange aktører involvert i tilvirkningsarbeidet, og de opererer over mange ledd nedover i underleve-

⁶⁹ Bjelland (1994) s. 55.

⁷⁰ Kaasen (2013) s. 823 påpeker at tapsposten tapt produksjon kun får en selvstendig betydning når utsettelsen av selskapets produksjon ikke direkte lar seg måle i tap av inntekt og tap av fortjeneste. Tap av marked samt manglende opprettholdelse av ekspertise er nevnt som eksempler.

⁷¹ Bjelland (1994) s. 54.

ransekjeden. Dersom en av disse blir forsinket som følge av selskapets involvering, så vil hele prosjektet bli forsinket. Det er fordi mange aktører skal arbeide på de samme komponentene i suksessiv rekkefølge. Dette samspillet av tilvirkere på ulike nivåer er mye tettere enn det er i alminnelige tilvirkningskjøp. Dette er et argument som taler for at driftsavbrudd må anses som en «direkte konsekvens» etter artikkel 8.3.⁷²

For det andre kan det fremstå som lite rimelig at leverandøren må dekke egne kostnader ved driftsavbrudd, når driftsavbruddet skyldes selskapet selv. I disse tilfellene er det selskapet som har forårsaket forsinkelsen ved å ha bedt rammeavtaleleverandør om å prioritere sine leveranser annerledes.

4.6 Unntak i artikkel 8.4

Artikkel 8.4 gjelder to organiseringsformer av leverandørkjeden; selskapets utpeking av underleverandør og selskapets overføring av en underleveransekontrakt. Se kapittel 3.2.3 for nærmere redegjørelse av hva overdragelse av underleveransekontrakt innebærer, og kapittel 3.2.4 for nærmere redegjørelse av selskapets utpeking av underleverandør.

Bestemmelsen oppstiller et unntak fra hovedregelen i artikkel 8.2, om at leverandøren har risikoen for alle underleverandører. Den hjemler en begrensning i leverandørens risiko for de underleverandører som har blitt utpekt av selskapet, og de underleveransekontrakter som har blitt overført av selskapet til leverandøren etter inngåelsen av hovedkontrakten. Utpeking eller overføring er to alternative vilkår i artikkel 8.4, og ett av dem må være oppfylt for at risikomodifikasjonen skal komme til anvendelse. I tillegg til ett av disse, kreves det at tre kumulative vilkår er oppfylt, før risikobegrensningen kan påberopes av leverandøren. Det første tilleggsvilkåret er at overføringen eller utpekingen skjer etter inngåelsen av hovedkontrakten, og det neste vilkåret krever at vilkårene i underleveransekontrakten ikke var kjent for leverandøren ved inngåelsen av hovedkontrakten. Det tredje og siste vilkåret krever at leverandøren misligholder hovedkontrakten, og at misligholdet alene skyldes forhold som underleverandøren svarer for. Det er følgelig ikke alle tilfeller av overdragelse eller utpeking som faller inn under unntaket i artikkel 8.4.

Risikobegrensningen gjelder kun overdragelser og utpekinger som skjer etter inngåelsen av hovedkontrakten. Det er nødvendig med en risikomodifikasjon for underleveranser som leverandøren først får innflytelse over etter inngåelsen av hovedkontrakten, fordi leverandøren i

⁷² Bjelland (1994) kommer på s. 54 til at driftsavbrudd ikke bør behandles annerledes i fabrikkkontrakter enn i alminnelige kjøp, og anser driftsavbrudd for å utgjøre indirekte tap i samsvar med definisjonen i kjøpsloven § 67 (2) bokstav a.

slike tilfeller vil være avskåret fra å prise risikoen som den særskilte underleveransen eller underleverandøren representerer.

Leverandøren vil ikke ha noe innflytelse over valget av underleverandør når overføring eller utpeking skjer etter inngåelsen av hovedkontrakten.⁷³ Hva gjelder overføring, vil leverandøren heller ikke ha noen innflytelse over vilkårene i underleveransekontrakten. Underleveransekontrakten vil være ferdigforhandlet mellom selskapet og underleverandøren, og selskapet vil ikke nødvendigvis ha et leverandørperspektiv når de forhandler frem realkreditorposisjonen som senere overføres til leverandøren. Ved utpeking vil leverandøren i prinsippet ha innflytelse over vilkårene i underleveransekontrakten, da leverandøren selv fremforhandler underleveransekontrakten med underleverandøren. Underleveransekontraktens innhold fastsettes etter at utpeking har skjedd. Det kan tenkes at leverandøren i realiteten vil stille svakere i en kontraktsforhandling med en utpekt underleverandør, enn i en kontraktsforhandling med en underleverandør som leverandøren selv har engasjert. Dette gjelder kun når underleverandøren er klar over at det foreligger utpeking fra selskapets side; da vet underleverandøren at leverandøren ikke kan engasjere andre, og underleverandøren vil ikke være i en konkurranseposisjon om underleveransen. Da vil underleverandøren stille med en sterkere forhandlingsposisjon, enn dersom det ikke forelå utpeking, og underleverandøren ikke var klar over det.⁷⁴

I de videre delkapitlene vil det først og fremst redegjøres for de rettslige sidene ved en overdragelse og en utpeking, se kapittel 4.6.1 og 4.6.2. Deretter vil det i kapittel 4.6.3 redegjøres nærmere for de øvrige vilkårene for at risikobegrensningen i artikkel 8.4 skal inntre.

4.6.1 Overdragelse

Artikkel 8.4 gjelder overdragelse av underleveransekontrakt når overdragelsen skjer etter inngåelsen av hovedkontrakten, forutsatt at vilkårene i underleveransekontrakten ikke var kjent for leverandøren ved inngåelsen av hovedkontrakten. Dette forutsetter i en viss grad at vilkårene for underleveransekontrakten foreligger før selve overdragelsen. Som regel vil underleveransekontrakten være inngått før hovedkontrakten, og overdragelsen vil finne sted etter at hovedkontrakten er inngått. Tidspunktet for overdragelsen blir det tidspunktet da leverandøren overtar selskapets posisjon som realkreditor i underleveransekontrakten. Overdragelsen har skjedd når rettighetene og pliktene opphører for overdrageren og oppstår for erververen.⁷⁵

⁷³ Kaasen (2013) s. 179.

⁷⁴ Se også Kaasen (2013) s. 179 som påpeker at leverandørens innflytelse er svakere ved utpeking enn dersom leverandøren kunne fremforhandle underleveransekontrakten på fritt grunnlag.

⁷⁵ Hagstrøm (2011) s. 891.

Ved overdragelse finnes det til å begynne med en kontraktsrettslig relasjon mellom underleverandøren og selskapet. I den kontrakten vil underleverandør være realdebitor og selskapet vil være realkreditor. Når underleveransekontrakten overdras til leverandøren oppstår det et skifte av realkreditor for underleveransen. Et slikt skifte medfører at både selskapets forpliktelser og rettigheter etter underleveransekontrakten, overføres til en ny kontraktspart, nemlig leverandøren. Rettslig sett skilles det mellom overdragelse av kontraktsretter og overdragelse av kontraktsforpliktelser.⁷⁶

Etter alminnelig kontraktsrett er det i utgangspunktet ingen begrensninger for å overføre sine rettigheter etter en kontrakt.⁷⁷ Det kreves ingen aksept fra debitor for rettighetsoverdragelser. Selskapet kan dermed overdra sitt krav på levering av underleveransen til leverandøren. Dette utgjør rettslig sett et alminnelig kreditorskifte, og ved et slikt skifte vil retten opphøre for overdrageren samtidig som den oppstår for den som trer inn i kontrakten istedenfor overdrageren.⁷⁸

Dette gjelder imidlertid kun rettigheter etter kontrakten. Hva gjelder plikter så er hovedregelen i norsk kontraktsrett at en part ikke fritt kan overdra sine plikter til en tredjepart.⁷⁹ Det betyr at selskapet som hovedregel ikke kan overdra sin betalingsplikt overfor underleverandøren til leverandøren. Unntak kan fremkomme av avtale mellom partene, for eksempel ved at selskapet ber om underleverandørens samtykke til overdragelse, eller at retten til overdragelse er stadfestet i en klausul i underleveransekontrakten. Unntak kan videre fremkomme av lov og annen bakgrunnsrett. Hva gjelder tilvirkningskontraktene i petroleumsindustrien må det undersøkes om NTK regulerer adgangen til overføring av forpliktelser.

NTK regulerer forholdet mellom selskapet og leverandøren, og vil derfor i utgangspunktet ikke fastsette selskapets adgang til å overdra egne betalingsforpliktelser overfor underleverandører. I artikkel 35 første ledd reguleres selskapets adgang til å overdra sine rettigheter og plikter overfor leverandøren til en tredjemann. Hva gjelder selskapets adgang til å overdra sine forpliktelser overfor underleverandøren, må underleveransekontrakten tolkes. I praksis vil NTK ofte være brukt «back to back» i underleveransekontrakten. Da vil bestemmelsen i artikkel 35 første ledd regulere overdragelsesadgangen på dette punkt. Bestemmelsen fastslår at selskapet både kan overdra plikter og rettigheter overfor leverandøren til en tredjemann såfremt tredjemann har «... den økonomiske styrke som trengs for å kunne oppfylle Selskapets plikter etter Kontrakten.» jf. artikkel 35 første ledd første punktum. Leverandøren kan

⁷⁶ Hagstrøm (2011) s. 869 flg.

⁷⁷ Hagstrøm (2011) s. 883 flg.

⁷⁸ Hagstrøm (2011) s. 891.

⁷⁹ Hagstrøm (2011) s. 869.

også kreve at selskapet stiller «... tilfredsstillende sikkerhet...» for tredjemannens oppfyllelse jf. artikkel 35 første ledd annet punktum.

Dersom NTK ikke er brukt «back to back» i underleveransekontrakten, vil underleveransekontraktens egen regulering av adgangen til overdragelse av rettigheter og forpliktelser være avgjørende. Dersom underleveransekontrakten ikke har en slik adgang, eller reguleringen er uklar, så vil NTK utgjøre relevant bakgrunnsrett ved tolkningen eller utfyllingen av underleveransekontrakten på dette punkt.⁸⁰ Overdragelsesadgangen vil da følge av artikkel 35 første ledd.

Artikkel 35 første ledd fastsetter at selskapet kan overdra en underleveransekontrakt til leverandøren, såfremt selskapet kan godtgjøre at leverandøren har økonomisk evne til å oppfylle forpliktelsene etter kontrakten. Dette vil først og fremst være betalingsforpliktelsen. Leverandøren som underleveransekontrakten overdras til, vil måtte ha en økonomisk bæreevne som gir underleverandøren betaling på de vilkår og til de betalingsfrister som er fastsatt i underleveransekontrakten. Underleverandøren har videre muligheten til å be selskapet om å stille sikkerhet for betalingsforpliktelsen. Selskapet er pliktig til å stille en tilfredsstillende sikkerhet for betalingsforpliktelsen dersom underleverandøren ber om det, jf. artikkel 35 første ledd. En «tilfredsstillende sikkerhet» vil etter ordlyden være en sikkerhet som sikrer underleverandøren en form for betaling for sin ytelse. Det vil i praksis kunne gjøres gjennom en kausjonserklæring fra selskapets side, der selskapet gir en tydelig erklæring til underleverandøren om at de vil innestå for leverandørens betalingsforpliktelse.⁸¹

En kontraktsoverdragelse vil i utgangspunktet ikke medføre noen endring av kontraktsvilkårene i den opprinnelige underleveransekontrakten, med mindre leverandøren og underleverandøren finner det ønskelig å reforhandle vilkårene etter overdragelsen.

4.6.2 Utpeking

Ved utpeking avgjør selskapet at en særskilt underleverandør skal utføre et arbeid i tilvirkningsprosjektet for leverandøren. Det foreligger ingen kontraktsrettslig relasjon mellom selskapet og underleverandøren ved utpekingen, slik det gjør ved overdragelse. Det er likevel

⁸⁰ Som en veletablert og hyppig brukt avtalt standardkontrakt vil den kunne benyttes som bakgrunnsrett for andre tilvirkningskontrakter i samme bransje. Bruk av standardkontrakter som bakgrunnsrett er bl.a. illustrert i Rt. 1967 s.1248 (s. 1253) og Rt. 1973 s. 967 (s. 971). Også Hagstrøm (2011) påpeker dette på s. 46, 60-61.

⁸¹ Se Hagstrøm (2011) s. 812-813 for mer om kausjonserklæringer.

naturlig at selskapet har hatt kontakt med underleverandøren for å stadfeste at denne har kapasitet til å levere det ønskede arbeid, dersom denne skulle bli utpekt.

Den kontraktsrettslige relasjonen ved utpeking skapes mellom underleverandør og leverandør, og det er følgelig leverandøren som blir realdebitor for underleverandørens oppfyllelse. Kontraktsvilkårene i underleveranseavtalen fastsettes i en forhandling mellom leverandøren og underleverandøren. Selskapet vil ikke ha noen innflytelse over kontraktsvilkårene. Etter at underleverandøren er utpekt, vil den kontraktsrettslige relasjonen som oppstår mellom leverandøren og underleverandøren prinsipielt sett være lik den kontraktsrettslige relasjonen som består mellom leverandøren og underleverandøren når leverandøren selv har valg og engasjert underleverandøren. Utpeking som omfattes av artikkel 8.4 må skje etter at hovedkontrakten er inngått, og vil gis i form av en endringsordre fra selskapets side etter artikkel 12-16. Risikoen for underleverandør som utpekes før inngåelsen av hovedkontrakten vil reguleres av hovedregelen i artikkel 8.2, unntakene i artikkel 8.2 samt unntakene artikkel 8.3, såfremt den utpekte underleverandøren er selskapets rammeavtaleleverandør.

En utpeking vil vanligvis skje ved at selskapet uttrykkelig bestemmer at en konkret underleverandør skal benyttes til å fremskaffe en særskilt underleveranse. I visse tilfeller kan det være uklart om det foreligger en utpeking eller ikke. Det vil særlig være tilfeller der selskapet endrer spesifikasjoner til tilvirkningsarbeidet etter inngåelsen av hovedkontrakten, slik at spesifikasjonen får den virkning at den styrer leverandørens valg av underleverandør. Vanligvis vil selskapets spesifikasjoner til tilvirkningsarbeidet gjerne utformes på en slik måte at flere tilgjengelige underleverandører i markedet er kompetente til å gjennomføre spesifikasjonen. Disse kan både være rammeavtaleleverandører og andre underleverandører.

Noen ganger kan selskapet utforme spesifikasjonen så snevert, at det i realiteten kun er en tilgjengelig og kompetent underleverandør som kan gjennomføre spesifikasjonen. I slike tilfeller vil ikke underleverandøren direkte anses for å være utpekt, men det kan stilles spørsmål ved om snevre spesifikasjoner av denne typen må omfattes av artikkel 8.4 på samme måte som tradisjonelle former for utpeking. Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet «utpeking» er det lite som tilsier at snevre spesifikasjoner skal omfattes av begrepet. «Utpeking» viser rent ordlydmessig til de situasjoner der selskapet direkte «peker ut» hvilket selskap som skal utføre underleveransearbeidet. Begrepet omhandler valg med hensyn til hvem som skal utføre arbeidet, og ikke en spesifisering av hva arbeidet skal bestå av. Snevre spesifikasjoner vil følgelig som utgangspunkt falle utenfor begrepet «utpeking» slik det er brukt i artikkel 8.

Reelle hensyn kan imidlertid tale for at kontrakten må tolkes til en motsatt løsning. I enkelte tilfeller kan selskapets spesifikasjoner bli svært snevre, og på grunn av den høye spesialiseringen i bransjen kan det medføre at kun en underleverandør kan gjennomføre det beskrevne

arbeidet. Dersom det er tilfellet, vil selskapets spesifisering i realiteten få samme praktiske virkninger, for leverandøren, som en utpeking av underleverandøren. Selskapet får muligheten til å styre hvilke underleverandører leverandøren skal benytte seg av. Dette kan i en viss grad tale for at også visse spesifikasjoner bør anses som former for utpeking av underleverandører.

På den annen side er det klart at selskapet har en rett og en plikt til å fastsette og beskrive sitt ønskede produkt i kraft av å være kjøperen i tilvirkningskontrakten. Denne retten må kunne utøves uten at selskapet anses for å ha blandet seg inn i leverandørens valg av kontraktsmedhjelper. Selskapets spesifikasjoner og leverandørens oppfyllelse av arbeidet er i utgangspunktet to adskilte deler av et kontraktsforhold, og selskapet må kunne utforme sine spesifikasjoner slik de selv ønsker uten å ta hensyn til hvordan leverandøren skal oppfylle spesifikasjonen. Oppfyllelsen er leverandørens kontraktsforpliktelse, og det er leverandørens oppgave å avgjøre hvordan denne skal gjennomføres. Selskapets utøvelse av spesifikasjonsretten bør i utgangspunktet ikke illegges risikokonsekvenser hva gjelder underleveransesvikt. Likevel kan et slikt synspunkt bli for enkelt; selskapet forstår at det vil være umulig for leverandøren å fullføre arbeidet på egenhånd, og selskapet vil gjerne være kjent med hvilke underleverandører som kan levere i henhold til spesifikasjonen.

Hvorvidt spesifikasjonen må behandles som en utpeking må videre vurderes på et bredere grunnlag der det tas hensyn til hvilke friheter spesifikasjonen fratår leverandøren vedrørende underleveransen. Blant annet må det tas hensyn til leverandørens mulighet til å påvirke innholdet av underleveransekontrakten, samt hvorvidt underleverandøren er klar over at denne må benyttes som underleverandør. Når underleverandøren er klar over utpekingen vil denne få en sterkere forhandlingsposisjon overfor leverandøren, som igjen kan medføre at leverandørens styring over vilkårene i underleveransekontrakten minker.

Artikkel 8.4 oppstiller ikke noe særskilt krav om at selskapet må forstå eller burde forstå at spesifikasjonen utgjør styring over valget av underleverandør, for at den skal kunne anses som utpeking. Likevel er formålet bak artikkel 8.4 nettopp å gi en risikomodifikasjon i tilfeller der selskapet uttrykkelig kontrollerer valget av leverandørens kontraktsmedhjelper. Det forutsetter i en viss grad at selskapet forstår eller burde forstå at de styrer valget, for at styringen skal kunne omfattes av risikomodifikasjonen. Artikkel 8.3 har samme formål, og ordlyden i artikkel 8.3 gir føringer på at det kreves skyld, se punkt 4.5.3.1.2. Det er derfor nærliggende å oppstille et skyldkrav i artikkel 8.4, slik at anvendelsen av risikomodifikasjonen i artikkel 8.4 er betinget av at selskapet forstår eller burde forstå at utpeking har forekommet.

Også selskapets rammeavtaleleverandører kan utpekes. Utpeking av rammeavtaleleverandører etter kontraktsinngåelsen, vil i praksis være det samme som pålegg av rammeavtaleleverandør etter kontraktsinngåelsen. Ved pålegg eller utpeking av rammeavtaleleverandør etter inngåel-

sen av hovedkontrakten, vil både risikobegrensningen i artikkel 8.3 og 8.4 komme til anvendelse, såfremt de resterende vilkårene er oppfylt. En prinsipielt viktig forskjell er imidlertid at det ofte er rammeavtalen som pålegges leverandøren, jf. ordlyden i artikkel 8.3, mens utpeking skjer av en bestemt rammeavtaleleverandør. Ved pålegg må leverandøren følgelig både benytte en konkret rammeavtaleleverandør, samt bestille under en ferdig forhandlet rammeavtale som selskapet har fastsatt kontraktsvilkårene for. Ved utpeking står leverandøren prinsipielt sett fritt til å forhandle frem en ny underleveransekontrakt med rammeavtaleleverandøren, og vil som utgangspunkt ikke være kontraktsrettslig bundet til å bestille under rammeavtalen.

Utpeking har videre likhetstrekk med godkjennelsesprosedyren i artikkel 8.1, jf. punkt 4.2. Godkjennelsesprosedyren kan minne om utpeking ved at selskapet har mulighet til å drive en «skjult» utpeking, ved å nekte å avgi godkjennelse til alle utenom en konkret underleverandør som de ønsker engasjert til prosjektet. Selskapet kan bare nekte godkjennelse dersom de har en saklig grunn til det, jf. alminnelige lojalitetsplikter i kontraktsforhold.⁸² Når samtykke nektes fordi selskapet ønsker en særskilt underleverandør i tilvirkningsarbeidet, vil ikke nektelsen være saklig begrunnet såfremt de andre forespurte underleverandørene er velegnet til å oppfylle den aktuelle underleveransen. Prinsipielt sett vil saklighetskriteriet sørge for at åpen utpeking benyttes som prosedyre ved utvelgelsen av en konkret underleverandør. Reelt sett kan det imidlertid være vanskelig å påvise hva årsaken til nektelsen er, og en saklig grunn kan påberopes av selskapet. For eksempel kan selskapet begrunne nektelsen i frykt for at den aktuelle underleverandør ikke vil levere til rett oppfyllelsestid, eller kvalitetssikre arbeidet på forventet måte. Den store forskjellen vil likevel være at selskapet tar initiativ til å velge underleverandør ved utpeking, mens det ved samtykkeordningen er leverandøren som prinsipielt sett har tatt valget av underleverandøren. Dette må gjelde selv om andre underleverandører som leverandøren tidligere har ønsket å engasjere ikke har blitt godkjent av selskapet. Leverandøren vil dermed i tråd med hovedregelen i artikkel 8.2 bære risikoen for underleverandører som selskapet har godkjent etter godkjennelsesprosedyren, selv om godkjennelsen får karakter av å være en skjult utpeking.⁸³ Dette må gjelde såfremt den skjulte utpekingen og forutgående nektelser av samtykke ikke har saklig grunn, slik at selskapets adferd i tilfellet får karakter av å være en illojal.⁸⁴

4.6.3 De øvrige kumulative vilkårene for risikobegrensningen

⁸² Kaasen (2013) s. 172.

⁸³ Kaasen (2013) s. 179.

⁸⁴ Kaasen (2013) s. 179.

Artikkel 8.4 oppstiller i hovedsak tre vilkår for at leverandørens risiko for underleveransesvikt skal begrenses etter risikomodifikasjonen i artikkel 8.4. For det første må overføringen av underleveransekontrakten eller utpekingen av underleverandøren, skje etter inngåelsen av hovedkontrakten. Videre må vilkårene for underleveransen ikke være kjent for leverandøren ved inngåelsen av hovedkontrakten. Til slutt krever bestemmelsen at leverandøren leverer mangelfullt, eller blir forsinket overfor selskapet, og at mangelen eller forsinkelsen alene skyldes forhold som underleverandøren svarer for. I det videre vil det gjøres rede for disse tre vilkårene.

4.6.3.1 Overføring eller utpeking må skje etter inngåelsen av hovedkontrakten

Bestemmelsen omhandler situasjoner der selskapet «... etter inngåelse av Kontrakten...» utpeker eller overfører en underleverandør. Hvis utpeking skjer før kontraktsinngåelsen, vil risikospørsmålet i utgangspunktet falle inn under hovedregelen i artikkel 8.2, med mindre partene særskilt fastsetter en alternativ risikoregulering. Utpeking av rammeavtaleleverandører vil ofte skje før kontraktsinngåelsen. Det samme gjelder andre underleverandører som skal tilvirke «long lead items», eller som selskapet ønsker at tar del i prosjektet før leverandøren er engasjert.

Et viktig hensyn bak vilkåret om at utpeking eller overføringen må skje etter kontraktsinngåelsen, er leverandørens manglende mulighet til å prise risikoen som den utpekte eller overførte underleverandør medfører. Dette hensynet gjør seg imidlertid ikke like gjeldende i alle tilfeller. Enkelte ganger kan for eksempel leverandøren få vite at det vil skje en utpeking eller overføring på et senere tidspunkt i prosjektet, og kan i prinsippet utmåle et risikotillegg. Likevel vil også en slik utmåling være vanskelig dersom leverandøren ikke har sikker informasjon om hvilken underleverandør som senere skal bli utpekt eller overført, og hvilket arbeid underleverandøren eventuelt skal utføre. Kjenner leverandøren til slike forhold, vil imidlertid en risikokalkulering i prinsippet være mulig. Det påpekes også at når utpeking skjer ved endringsordre, vil leverandøren i visse tilfeller kreve justering av kontraktsprisen og dermed prinsipielt sett ha muligheten til å forhandle om et risikopåslag i denne justeringen. Risikoen kan da prinsipielt sett prises, selv om utpeking skjer etter inngåelsen av hovedkontrakten. Prising etter kontraktsinngåelsen vil i praksis være vanskeligere enn prising ved kontraktsinngåelsen. For nærmere om dette, se punkt 4.2.

4.6.3.2 Vilkårene for underleveransen var ikke kjent for leverandøren ved inngåelsen av hovedkontrakten

For at risikobegrensningen skal få anvendelse, oppstilles det også et vilkår om at leverandøren ikke kjente til vilkårene for underleveransen på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrak-

ten. Vilklårene er kumulative, hvilket innebærer at ansvarsbegrensningen ikke kan påberopes av leverandøren, når utpeking eller overføring har skjedd etter inngåelsen av hovedkontrakten, dersom leverandøren var kjent med vilklårene for underleveransen.

Et viktig hensyn bak dette vilklåret er, i likhet med vilklåret ovenfor, at leverandøren vanskelig kan prise et risikotillegg ved inngåelsen av hovedkontrakten dersom leverandøren ikke kjenner vilklårene for underleveransekontrakten. Dette hensynet vil stå sterkt selv om leverandøren, på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, kjenner til at det vil skje en overdragelse eller utpeking på et senere stadium i tilvirkningsprosjektet.

Reguleringen gir selskapet et klart insentiv til å gjøre leverandøren kjent med vilklårene for eksisterende underleveranser, før eller ved inngåelsen av hovedkontrakten, dersom selskapet for eksempel planlegger en senere overdragelse av den aktuelle underleveransekontrakten. Ved å gjøre leverandøren kjent med underleveransevilkårene, kan selskapet se til at leverandøren mister muligheten til å påberope seg risikobegrensningen i artikkel 8.4 ved eventuell underleveransesvikt. Samtidig får leverandøren muligheten til å prise risikoen underleveransen representerer. Informasjon om potensiell overføring eller utpeking av underleverandører, kan i praksis tilgjengeliggjøres gjennom anbudsgrunnlaget. Dette er særlig vanlig ved «long lead items», se nærmere nedenfor.

Selskapet kan gjøre leverandøren kjent med vilklårene for underleveransen på flere ulike måter. Den naturlige språklige forståelse av frasen «var kjent med» tilsier at både skriftlige og muntlige uttalelser om de aktuelle vilklårene vil omfattes. Det enkleste i praksis vil være å gi leverandøren innsyn i underleveransekontrakten.

Det kan reises spørsmål ved hvor ferdigstilt kontraktsvilkårene må være når leverandøren får kjennskap til dem, for at leverandøren skal anses for å ha gjort seg kjent med dem. Artikkel 8.4 krever at «vilkårene (...)var kjent» for leverandøren ved inngåelsen av kontrakten. Den naturlige språklige forståelsen av «vilkårene» tilsier at de endelige vilklårene må ha blitt gjort kjent for leverandøren. Hensynet om muligheten til risikopåslag for leverandøren, taler for at «var kjent med vilklårene» må tolkes dithen at underleveransevilkårene må ha vært tilstrekkelig ferdigstilt til at det var mulig for leverandøren å beregne et reelt risikopåslag.

Det er underleveransevilkårene i den underleveransekontrakten som overføres til leverandøren som leverandøren må være kjent med. Endringer i kontraktsvilkårene i tidsrommet fra da leverandøren blir kjent med dem, til faktisk utpeking eller overdragelse skjer, vil anses for å ha vært ukjent for leverandøren. For at leverandøren skal anses for å være kjent med vilklårene i underleveransekontrakten på tross av at de har blitt endret etter inngåelsen av hovedkontrakten, må leverandøren ha akseptert eller godkjent endringene. Det vil være uten betydning for

oppfyllelsen av «var kjent med»-kravet dersom underleverandøren og leverandøren rehandler kontraktsvilkårene etter at overdragelse eller utpeking har skjedd.

En type bestillinger som overdras fra selskapet til leverandøren, er selskapets bestillinger av varer med lang leveringstid, såkalte «long lead items». Varer med lang leveringstid er særskilte komponenter til en installasjon som det krever lang tid å tilvirke, og de kan både bestilles av selskapets rammeavtaleleverandører, eller andre underleverandører som selskapet ikke har noen særskilt tilknytning til. Den naturlige språklige forståelse av begrepet «overdragelse» omfatter overføring av alle typer underleveranser, både underleveranser med lav eller normal leveringstid, og underleveranser med lang leveringstid. Underleveransekontrakter som gjelder «long lead items» vil imidlertid i praksis som regel foreligge mellom selskapet og underleverandøren før selskapet inngår hovedkontrakt med leverandøren. Det er hensiktsmessig at selskapet bestiller slike varer så tidlig som mulig for å effektivisere prosjektet og sikre at det spares kostnader. I forbindelse med senere utlysning av anbudet, vil selskapet ofte tilgjengeliggjøre informasjon om hvilke «long lead items» som er bestilt, fra hvem de er bestilt og på hvilke vilkår. I slike tilfeller vil vilkårene for underleveransekontrakten være kjent for leverandøren før inngåelsen av hovedkontrakten. Risikoen for underleveranser av «long lead items» vil derfor i praksis ofte falle utenfor anvendelsesområdet til artikkel 8.4, og vil istedenfor reguleres av hovedregelen i artikkel 8.2.

4.6.3.3 Leverandørens mangel eller forsinkelse må alene skyldes forhold som underleverandøren svarer for

Artikkel 8.4 forutsetter at underleveransesvikten også resulterer i at leverandøren misligholder hovedkontrakten, jf. ordlyden i «... Leverandørens ansvar for mangler og forsinkelser...», som viser til leverandørens mangelfulle eller forsinkede levering overfor selskapet. Misligholdet, som både kan utgjøre en mangel eller forsinkelse, må videre «... alene skyldes forhold som underleverandøren svarer for,...».

Den naturlige språklige forståelsen av frasen «alene skyldes», taler for at vilkåret må tolkes strengt; misligholdet må kun springe ut av underleverandørens forhold. Frasen oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom underleverandørens forhold og leverandørens mislighold overfor selskapet. Dersom leverandøren forverrer konsekvensene av underleveransesvikten eller skaper ytterligere forsinkelser eller mangler, og disse skyldes leverandørens eget forhold, vil ikke vilkåret være oppfylt. Leverandøren vil likevel kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i artikkel 8.4, dersom underleverandørens mangel eller forsinkelse kan skilles ut som en egen årsak til en bestemt del av mangelen eller forsinkelsen. Da vil kravet om årsakssammenheng være oppfylt hva gjelder underleverandørens kontraktsbrudd og den bestemte delen av kontraktsbruddet. Leverandøren kan påberope seg artikkel 8.4 for denne delen. For den

resterende delen av kontraktsbruddet vil kravet imidlertid ikke være oppfylt, og leverandøren kan ikke påberope artikkel 8.4 for det resterende.

Dersom leverandøren kunne avverget underleverandørens svikt med bedre oppfølging hva gjelder underleverandørens oppfyllelse, eller dersom leverandøren hadde hatt bedre kontroll over underleverandørens fremdrift, og i større grad sørget for at underleverandøren leverte kontraktsmessig, så vil mangelen eller forsinkelsen vanskelig sies å «alene skyldes» forhold som underleverandøren er ansvarlig for. Det er leverandøren som har bevisbyrden for at kravet om årsakssammenheng er oppfylt. Leverandøren må vise at underleverandørens forhold er årsaken til leverandørens mislighold. Det kan i praksis være vanskelig for leverandøren å bevise at deler av misligholdet ikke skyldes eget forhold, for eksempel manglende oppfølging og dårlige kontrollrutiner. Bevisbyrden kan kreve at leverandøren har tilgjengelig omfattende dokumentasjon av egne tiltak, slik at misligholdet ikke kan føres tilbake til disse. Ellers må leverandøren også på mer generelt grunnlag kunne dokumentere at det ikke var andre årsaker til eget mislighold utover underleveransesvikten.⁸⁵

Det må videre klargjøres hva «... forhold som underleverandøren svarer for,...» er. Den naturlige språklige forståelsen antyder at disse forholdene er alle forhold som underleverandøren bærer risikoen for etter underleveransekontrakten. Det kan være alle forhold som faller inn under underleverandørens funksjonsområde etter underleveransekontrakten, men det kan også være videre enn dette. Hvilke forhold underleverandøren bærer risikoen for etter underleveransekontrakten, beror på en tolkning av den aktuelle underleveransekontrakten. Underleverandøren vil levere en bestemt ytelse, og denne vil gjerne bestå av både anskaffelse av materialer samt tilvirkning av en komponent. Underleverandøren vil anses å svare for alle forhold på hans side som påvirker oppfyllelsen av underleveransen, og som underleverandøren bærer risikoen for etter underleveransekontrakten. Underleveransesvikt som følge av force majeure vil falle utenfor det underleverandøren anses å svare for. Når underleverandøren anses å være i force majeure vurderes nærmere i punkt 5.1.

4.6.4 Konsekvensen av risikobegrensningen

Artikkel 8.4 fastslår at dersom vilkårene som beskrevet i kapittel 4.6.1-4.6.3 er oppfylt så er «... Leverandørens ansvar for mangler og forsinkelser som alene skyldes forhold som Underleverandøren svarer for, begrenset til det ansvar Underleverandøren har etter den kontrakt som overføres til Leverandøren.».

⁸⁵ Kaasen (2013) s. 181-182.

Regelen er en utmålingsregel som angir et øvre tak for leverandørens ansvar, dersom vilkårene i artikkel 8.4 er oppfylt. Leverandørens ansvar overfor selskapet kan aldri overstige underleverandørens ansvar overfor leverandøren. Dermed kan ikke selskapet kreve mer av leverandøren enn det leverandøren i prinsippet selv kan kreve fra underleverandøren. Tanken er enkel: Når underleverandøren svikter så vil denne komme i misligholdansvar overfor leverandøren. Utmålingen av misligholdansvaret vil være fastsatt i vilkårene i underleveransekontrakten. Samtidig vil leverandøren selv komme i misligholdansvar overfor selskapet. Artikkel 8.4 bestemmer at leverandørens ansvar ikke skal overstige det ansvaret som underleverandøren har overfor leverandøren.

Noen ganger vil underleverandørens ansvar etter underleveransekontrakten fastsettes annerledes enn leverandørens ansvar etter hovedkontrakten. Dagmulkt fastsettes gjerne som en bestemt prosentsats av et særskilt beregningsgrunnlag. I NTK er dette beregningsgrunnlaget kontraktsprisen, jf. artikkel 24.2, og det samme vil gjelde underleveransekontrakten når NTK er anvendt «back to back». Kontraktsprisen vil typisk være høyere for hovedkontrakten enn underleveransekontrakten, og prosentsatsen behøver heller ikke være lik. Da kan det være vanskelig å sammenligne ansvarsene etter de to ulike kontraktene. Enda mer problematisk vil det være dersom underleverandørens ansvar skal beregnes i dagmulkt, mens leverandørens ansvar etter hovedkontrakten skal fastsettes som erstatning, eller omvendt. Da kan fastsettelsen av leverandørens ansvar etter utmålingsregelen i artikkel 8.4 volde problemer.⁸⁶ Når ansvaret skal beregnes må først underleverandørens ansvar etter underleveransekontrakten fastsettes. Videre må leverandørens ansvar fastsettes slik hovedkontrakten anviser. Det er ansvarsomfanget i form av beløp som er det avgjørende. Dersom leverandørens ansvar overstiger det beløpet underleverandøren kan være ansvarlig for etter underleveransekontrakten, må leverandørens ansvar begrenses til dette beløpet. Dersom leverandørens ansvar imidlertid er mindre enn det beløp underleverandøren kan svare for etter underleveransekontrakten, vil leverandøren bære det ansvaret som hovedkontrakten fastsetter.

Regelens budskap er at leverandørens ansvar, når vilkårene i artikkel 8.4 foreligger, kun kan være mindre eller like stort som underleverandørens eget misligholdansvar. Prinsipielt medfører regelen at leverandøren alltid vil kunne få dekket sitt ansvar overfor selskapet av underleverandøren, men leverandøren kan oppleve ytterligere kostnader dersom underleverandøren ikke er samarbeidsvillig i forhold til leverandørens krav, eller dersom underleverandøren blir insolvent. Artikkel 8.4 verner ikke leverandøren mot slike forhold. Bestemmelsen verner kun

⁸⁶ Kaasen (2013) s. 180-181.

leverandøren i forhold til selskapet, ved at selskapet ikke kan kreve at leverandøren bærer et større ansvar enn det underleverandøren har etter underleveransekontrakten.⁸⁷

Det bemerkes at leverandøren blir nødt til å forsere det videre arbeidet ved underleveransesvikt selv om vilkårene i artikkel 8.4 er oppfylt. Da vil leverandøren pådra seg en rekke forsæringskostnader som ikke vil kunne kreves dekket av selskapet. Begrunnelsen for en forsæringsplikt er at leverandøren etter hovedkontrakten har en forpliktelse til å levere en kontraktsmessig ytelse til selskapet. Dette må gjelde gjennom hele kontraktsforløpet, med mindre annet er klart fastsatt i hovedkontrakten mellom partene. Leveringsforpliktelsen medfører at leverandøren har en plikt til å forsere eget videre arbeid da fremdriftsplanen må holdes dersom leverandøren selv skal unngå mislighold av hovedkontrakten. Artikkel 8.4 gir nemlig ikke leverandøren rett til å kreve justering av fremdriftsplanen ved underleveransesvikt som ikke skyldes konkurs hos underleverandør.⁸⁸

4.6.5 Konkurs hos underleverandør

Artikkel 8.4 regulerer konsekvensene av at en utpekt eller overdratt underleverandør går konkurs. Det kan reises spørsmål ved om kravet om at underleveransevilkårene ikke var kjent for leverandøren også gjelder for risikobegrensningen ved konkurs i artikkel 8.4 annet punktum. Av artikkel 8.4 annet punktum fremgår det at den gjelder for «Underleverandør nevnt i denne art. 8.4...». Spørsmålet er om betegnelsen «nevnt i denne art. 8.4» både oppstiller et krav om at underleverandøren er utpekt eller overført, og et krav om at leverandøren ikke kjente til vilkårene i underleveransekontrakten på inngåelsestidspunktet. Ordlyden i annet punktum utelukker i utgangspunktet ingen av tolkningsalternativene, men det må bemerkes at annet punktum kun henviser til «Underleverandør» som er nevnt i første punktum, og ikke til underleveransekontrakten. Det kan trekke i retning av at kravet om at underleveransevilkårene ikke var kjent for leverandøren ikke er et vilkår etter annet punktum.

Hensynet bak kravet om at underleveransevilkårene ikke var kjent for leverandøren, er leverandørens manglende mulighet til å prise underleverandørens misligholdsrisiko. Derfor er det naturlig at kravet oppstilles i første punktum. Annet punktum gjelder imidlertid underleverandørens konkursrisiko. Kjennskap til vilkårene i underleveransekontrakten på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, vil normalt ikke bidra til at leverandøren oppnår kunnskap som gjør leverandøren i stand til å beregne konkursrisikoen slik det gjør med misligholdsrisi-

⁸⁷ Kaasen (2013) s. 181.

⁸⁸ Justering av fremdriftsplan kan bare kreves etter artikkel 8.4 når en underleverandør som er overført eller utpekt etter kontraktsinngåelsen går konkurs.

koen.⁸⁹ Hensynet bak kravet taler følgelig for at det ikke gjelder for risikobegrensningen som følge av konkurs hos underleverandør i annet punktum. På bakgrunn av dette taler de beste grunner for at kravet om manglende kjennskap til underleveransevilkårene på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, ikke gjelder i annet punktum. Leverandøren kan dermed påberope seg risikobegrensningen i artikkel 8.4 annet punktum, uavhengig av om han kjente til vilkårene i underleveransekontrakten eller ikke.

Konkurs hos underleverandør vil i praksis medføre at underleveransekontrakten med leverandøren faller bort, eller at underleveranseproduktet leveres uferdig. Dette vil igjen føre til at underleveransen svikter, og som regel vil prosjektet da bli forsinket. Leverandøren vil i utgangspunktet måtte bære merkostnadene som forsinkelsen i underleveransen skaper, men artikkel 8.4 gir leverandøren en mulighet til å få justert både fremdriftsplan og kontraktspris etter endringsmekanismen i NTK artikkel 12-16. De merutgiftene som eventuelt oppstår som følge av forsinkelsen, kan leverandøren helt eller delvis prise i justeringen av kontraktsprisen. Da vil deler av kostnadene forflyttes over på selskapet. I tillegg vil det skje en justering av fremdriftsplanen. Det medfører at leverandøren ikke trenger å pådra seg kostnader i forbindelse med å akselerere arbeidet når ny underleverandør er engasjert. Det vil koste mer om en ny underleverandør må utføre det aktuelle arbeidet under tidspress, enn om underleverandøren kan arbeide ut ifra et normalt tempo. Det at fremdriften forskyves vil riktignok også medføre en del kostnader da oljeproduksjonen blir utsatt. Disse kostnadene bærer selskapet i form av forsinket produksjon, og det kan også oppstå tap i fortjeneste.

Justeringen av kontraktspris og fremdriftsplan forutsetter at leverandøren fremsetter et krav om endringsordre innen 21 dager etter at leverandøren ble kjent med konkursen. Justeringen vil følgelig ikke skje automatisk dersom utpekt eller overdratt underleverandør slås konkurs. Tvert imot vil muligheten til justering prekluderes dersom endringsordrekrav ikke fremsettes innen fristen. Fristen begynner å løpe fra det tidspunkt leverandøren «ble kjent med» konkursen. Den naturlige språklige forståelsen av «ble kjent med» fastslår at leverandøren må ha hatt positiv kunnskap om underleverandørens konkurs. Det er ikke tilstrekkelig at leverandøren burde ha skjønnet at underleverandør var konkurs på bakgrunn av kunnskap om dårlige økonomiske forhold hos underleverandør. Konkurser offentliggjøres i Brønnøysundregistrenes konkursregister, jf. konkursloven § 78 tredje ledd.

⁸⁹ Dette må gjelde med mindre vilkårene i underleveransekontrakten er av konkursfremmende art. Da kan kjennskap til vilkårene gi leverandøren et noenlunde bilde av konkursrisikoen.

5 Modifikasjoner i risikoreguleringen som følge av force majeure

Force majeure modifierer risikoplasseringen i alle kontrakter, og endrer den tradisjonelle oppfatningen om at hver part bærer risikoen for egne funksjonsområder og egen oppfyllelse. Dersom det foreligger force majeure vil den sviktende kontraktspartens ansvar modifieres, slik at hver part bærer sitt tap, jf. artikkel 28.3. Artikkel 8 oppstiller en risikoregulering for underleveransesvikt som kan benyttes i totalkontrakter offshore. Dersom en underleverandør svikter, vil i utgangspunktet artikkel 8 regulere hvem av leverandøren og selskapet som skal bære risikoen for svikten i det individuelle tilfellet, og den vil også fordele det tapet og de merkostnadene som oppstår i tilvirkningsprosjektet som følge av svikten. Dersom svikten imidlertid skyldes en force majeure-begivenhet, og både underleverandøren og leverandøren oppfyller vilkårene for force majeure, så vil ikke artikkel 8 lenger benyttes til å fordele ansvaret for svikten. Da vil bestemmelsene i artikkel 28 komme til anvendelse.

Etter alminnelig kontraktsrett vil en parts ansvar for eget kontraktsbrudd begrenses dersom manglende oppfyllelse skyldes et forhold som anses som force majeure. Force majeure er i alminnelig kontraktsrett kjent som ekstraordinære og utenfrakommende begivenheter, som fremstår som uforutsigbare for kontraktspartene.⁹⁰ Force majeure er følgelig en betegnelse på forhold som ikke skyldes kontraktspartene selv, men som inntreer utenfra og gjør det svært vanskelig eller umulig å oppfylle kontraktmessig. Tradisjonelt kreves det en høy terskel før en inntruffet begivenhet anses som force majeure. De klassiske eksemplene er krigsutbrudd, importforbud, naturkatastrofer, landsomfattende streik og lockout eller opprør av annen type. Force majeure kan også være av en mer økonomisk karakter, for eksempel sterk prisøkning på viktige råvarer eller lignende.⁹¹

Begrepet «force majeure» defineres i artikkel 1.8. Begrepet er definert som en «... hendelse utenfor en parts kontroll som han ikke burde ha forutsett da Kontrakten ble inngått og som han heller ikke med rimelighet kan ventes å overvinne eller avverge virkningene av.». Definisjonen oppstiller følgelig tre kumulative vilkår for at force majeure skal anses å foreligge; det må for det første ha forekommet en hendelse som er utenfor den misligholdende parts kontroll, videre må hendelsen være av en slik karakter at den ikke burde ha vært forutsett av den misligholdende part på kontraktstidspunktet og tilslutt kan ikke den misligholdende part med rimelighet ventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen.

⁹⁰ Hagstrøm (2011) s. 278, Hagstrøm/Bruserud (2014) s.218, Mikelsen (2011) s. 71.

⁹¹ Hagstrøm (2011) s. 280, Mikelsen (2011) s. 71-72.

Artikkel 1.8 gjelder direkte kun når en av partene i hovedkontrakten er i force majeure, altså selskapet eller leverandøren. Når det oppstår force majeure i forholdet mellom underleverandøren og leverandøren, vil i utgangspunktet underleveransekontraktens regler om force majeure komme til anvendelse. Underleveransekontraktens regulering vil ofte være identisk med artikkel 1.8 da NTK gjerne brukes «back to back» nedover i leverandørkjeden. Dersom underleveransekontrakten ikke har en særskilt regulering av force majeure, vil bakgrunnsrettens regler om force majeure komme til anvendelse. NTK vil, som veletablert standardkontrakt, få virkning som relevant bakgrunnsrett for underleveransekontrakten.⁹² I hele kapittel 5 vil det forutsettes at artikkel 1.8 er brukt «back to back» i underleveransekontrakten, og videre nedover i underleveransekjeden.

I enkelte tilfeller kan det som følge av en force majeure-hendelse oppstå svikt i en underleveranse. Dersom leverandøren ikke evner å overvinne sviktens virkninger, kan det medføre at leverandøren misligholder egen forpliktelse overfor selskapet. Det oppstår da spørsmål om leverandørens ansvar for underleveransesvikten kan begrenses som følge av force majeure.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at svikt hos kontraktsmedhjelper ikke vil utgjøre force majeure i hovedkontrakten.⁹³ For at hendelsen skal anses som force majeure i hovedkontrakten må det foreligge dobbel force majeure. Dette innebærer force majeure i begge leverandørledd. For det første må underleverandøren oppfylle vilkårene i artikkel 1.8 slik at underleverandøren anses for å være i force majeure. Videre må også vilkårene i artikkel 1.8 være oppfylt for leverandøren. I det videre skal det først vurderes når underleverandøren må anses å være i force majeure, og deretter vil det undersøkes når leverandøren må anses for å være i force majeure som følge av at underleverandøren er i force majeure.

5.1 Force majeure hos underleverandør

I kapittel 5.1 vil det undersøkes når en underleverandør i et tilvirkningsprosjekt kan anses å være i force majeure. De tre vilkårene som artikkel 1.8 oppstiller for at force majeure skal foreligge, vil i det følgende gjennomgås. I det videre vil det kort redegjøres for innholdet i de ulike vilkårene, og deretter vil det foretas en subsumsjon av når vilkårene må anses å være oppfylt for underleverandører i tilvirkningsprosjekter offshore.

5.1.1 Hendelse utenfor underleverandørens kontroll

⁹² Se bl.a. Rt. 1967 s. 1248 (s. 1253), Rt. 1973 s. 967 (s. 971) og Hagstrøm (2011) s.46 og s.60-61 om standardkontraktens betydning som bakgrunnsrett innenfor en særskilt bransje.

⁹³ Mestad (1991) s. 342.

Det første vilkåret som oppstilles i artikkel 1.8 er at det må foreligge en hendelse utenfor den misligholdende parts kontroll. NTK presiserer ikke det nærmere meningsinnhold i frasen «hendelse utenfor en parts kontroll». En naturlig språklig forståelse antyder at hendelsen ikke må være skapt eller influert av partene på noen som helst måte. Den må være utenfrakommende og den må skyldes forhold som partene ikke har noen mulighet til å kontrollere eller påvirke.

I alminnelighet anses naturkatastrofer å falle inn under kriteriet til hendelse utenfor kontroll. Det har ikke vært noen hendelser som har blitt karakterisert som naturkatastrofer på norsk sokkel, men en underleverandør kan også bli forhindret fra å oppfylle kontraktmessig dersom det oppstår naturkatastrofer andre steder i verden. Tilvirkning av ulike offshore installasjoner er, i stor grad, et internasjonalt marked. Mange underleverandører som arbeider på ulike prosjekter er hjemmевærende i andre land. Det kan gjelde leverandørens underleverandør, men det er enda mer aktuelt jo lenger ned på underleverandørkjeden en kommer. Når en naturkatastrofe forhindrer leverandørens underleverandør fra å levere, så vil underleverandøren stå overfor en hendelse utenfor underleverandørens kontroll. Dersom underleverandørens underleverandører berøres av en naturkatastrofe, så vil underleverandøren kun stå overfor en hendelse utenfor sin kontroll dersom det ikke kan foretas en dekningsbestilling fra en annen underleverandør som ikke er berørt av den samme naturkatastrofen, se mer om slike vurderinger i punkt 5.2.1. Det vil være tilfellet når underleveransen er så spesialisert, at det kun er et fåtall underleverandører i verden som kan levere den, og når eventuelle andre underleverandører som har kompetansen ikke har kapasitet til å levere den tidsnok.

Mer aktuelle hindringer enn naturkatastrofer vil være andre værforhold som ikke er tilstrekkelig kraftige eller ødeleggende til at de kan klassifiseres som naturkatastrofer. Værforhold kan prege tilvirkningsarbeider til sjøs i mye større grad enn annen tilvirkning av mindre genusvarer på fabrikker. For eksempel vil helikoptertransport eller skipstransport kunne påvirkes av storm, høye bølger eller lynnedslag og store nedbørsmengder. Det samme kan gjelde for montering av ulike deler på en plattform da slikt arbeid foregår utendørs på åpent hav. Tilvirkning på land, for eksempel i leverandørens verksted, vil i mindre grad være utsatt for værforhold. Værforhold vil i utgangspunktet utgjøre hendelser som faller utenfor underleverandørens kontroll. For landentrepriser er dette uttrykkelig fastsatt i NS 8405 i punkt 24.3, som anerkjenner «ekstraordinære værforhold» som force majeure-begivenhet.⁹⁴ Ofte vil værforhold imidlertid være hendelser som underleverandøren evner å overvinne eller avverge virkningen av, slik at

⁹⁴ NS er relevant ved tolkningen av NTK, da standardkontraktene innenfor landentreprise og offshore entrepriser i stor grad gjelder samme livsområde. Tilvirker vil ofte støte på de samme utfordringene og liknende force majeure-begivenheter.

værforholdene ikke vil utgjøre force majeure for underleverandøren. Dette vil redegjøres nærmere i punkt 5.1.3.

Hendelser utenfor partenes kontroll kan også være menneskeskapt. En særskilt hendelse som kan ramme store tilvirkningsprosjekter er manglende tilgang på arbeidskraft, enten som følge av landsomfattende streik og lockout eller som følge av tariffestet arbeidsnedsettelse. Det kan i slike tilfeller bli svært vanskelig å oppfylle kontraktmessig, da underleverandøren ikke vil ha tilgang på arbeidere til å utføre tilvirkningen. Det er uavklart i hvilken grad slike forhold anses som force majeure-begivenheter i norsk rett.⁹⁵ NS 8405 anerkjenner landsomfattende streik og lockout som force majeure-begivenheter i punkt 24.3. Det samme gjelder lav tilgang på arbeidskraft som følge av tariffestet arbeidsnedsettelse.⁹⁶ Reelle hensyn taler for at det samme bør gjelde for NTK. Arbeidskonflikter kan i mye hardere grad ramme større tilvirkningsarbeider med mange involverte arbeidere, enn alminnelig fabrikkproduksjon av genusvarer. Dersom det oppstår streik eller lockout ved fabrikker som produserer varer som senere skal selges, vil ikke streiken eller lockouten påvirke salgskontrakten av varen. Det er fordi kontrakten først inngås etter at varen er produsert og manglende arbeidskraft til produksjonen ikke vil medføre selgeren et tap i kontraktsforholdet til kjøperen. Tilvirkningskontrakten inngås før tilvirkningsarbeidet starter, og dersom leverandøren opplever streik eller lockout så vil slike forhold direkte medføre en forsinkelse i arbeidet. Forsinkelsen kan videre medføre at leverandøren lider et tap.

Alle leverandører, også underleverandører, er avhengig av materialer og råstoff for å tilvirke egen leveranse. Tilgang på ulike materialer er grunnleggende viktig for all tilvirkning, både for underleverandører av bulkmateriell og utstyrsleverandører. Leverandører av bulkmateriell leverer typisk materialer, og mangel på det aktuelle materialet vil medføre at force majeure oppstår hos underleverandøren selv. Utstyrsleverandøren anskaffer imidlertid materialer av en underleverandør igjen, og da må det først og fremst foreligge force majeure hos underleverandøren før det blir et spørsmål om vilkåret om hendelse utenfor kontroll er oppfylt for underleverandøren. Material- og råvaremangel vil i utgangspunktet være hendelser som underleverandøren ikke kan kontrollere. Likevel vil mulighetene for å avverge eller overvinne virkningen av materialmangelen ofte medføre at mangelen ikke kan påberopes som force majeure, se nærmere om dette i punkt 5.1.3.

Noen ganger oppstår det uhell på underleverandørens verksted som følge av den alminnelige driften. Slike uhell omtales som driftsuhell. På et verft der tilvirkningsarbeid til installasjoner

⁹⁵ Se Mestad (1991) s. 320-326 som illustrerer denne uklarheten.

⁹⁶ Hagstrøm (2011) s. 282.

utføres, kan eksempler på driftsuhell være kollaps av kraner eller større anleggsbranner. Ulike former for driftsuhell faller og som utgangspunkt utenfor force majeure i alminnelig kontraktsrett. Driftsuhell er ikke særskilt nevnt i verken NS 8405 punkt 24.3 eller NS 8407 punkt 33.3. Bransjepraksis viser imidlertid at alvorlige og ekstraordinære driftsuhell har blitt anerkjent som force majeure-begivenhet ved landentreprise.⁹⁷ Det kan reises spørsmål ved om det samme bør gjelde ved offshore entreprise. Tilvirkningsarbeidet ved landentreprise er i prinsippet en ganske lik øvelse som tilvirkningsarbeidet ved en offshore entreprise. Mange like farenemomenter finnes, og mulighetene for alvorlige driftsuhell er store. Det er også tydelig at alvorlige driftsuhell kan medføre store personskader og tingsskader, og slik ramme tilvirkningsarbeidet forholdsvis hardt hva gjelder økonomiske tap og forsinkelser. Når driftsuhell i praksis anerkjennes som force majeure-begivenhet i landentreprise, er det mye som taler for at det også bør anerkjennes i offshore entreprise.

Når maskiner og annet utstyr som er nødvendig for gjennomføring av tilvirkningsarbeidet svikter, så kan underleverandøren lide både tap og forsinkelser. Utstyret kan for eksempel ha særskilte egenskaper som annet utstyr ikke kan erstatte, slik at det videre tilvirkningsarbeid ikke kan utføres uten den enkelte maskin eller produksjonskomponent. Videre kan det tenkes at det aktuelle utstyret er særskilt skapt for det enkelte tilvirkningsprosjekt, og at det ikke finnes liknende utstyr. Det kan også tenkes at det aktuelle utstyret er det eneste av en bestemt type i området, og at det ikke er mulig å anskaffe eller skape liknende utstyr fra for eksempel andre installasjoner i nærheten.⁹⁸ Det kan dermed ta lang tid å erstatte slikt utstyr, og det kan medføre store forsinkelser og tap i tilvirkningen. Som utgangspunkt er det klart at svikt i produksjonsutstyr ikke anses som en force majeure-begivenhet i alminnelig kontraktsrett. Det er heller ikke omtalt som en force majeure-begivenhet i NS 8405 eller NS 8407. Likevel finnes det tegn i entrepriseretten til at svikt i særskilt utstyr eller maskiner har blitt godtatt som force majeure-begivenheter.⁹⁹ Noen årsaker til dette kan være viktigheten av særskilt spesialutstyr. Svikt i spesialutstyr kan videre medføre enorme venteutgifter for de berørte partene. I disse tilfellene kan det derfor virke rimelig å fordele venteutgiftene slik at hver part bærer egne omkostninger, såfremt underleverandøren ikke burde ha forutsett svikten, og heller ikke med rimelighet kunne avverge eller overvinne den. Svikt i produksjonsutstyr kan ramme tilvirkning offshore hardt da avstandene fra tilvirkningsstedet til eventuelt erstatningsutstyr er lange, og det er ressurskrevende og tidkrevende å frakte nytt produksjonsutstyr til tilvirkningsstedet.

⁹⁷ Hagstrøm (2011) s. 282.

⁹⁸ Mestad (1991) s. 341.

⁹⁹ Mestad (1991) s. 341, Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 237.

5.1.2 Underleverandøren burde ikke ha forutsett hendelsen da underleveransekontrakten ble inngått

I tillegg til at det må foreligge en hendelse utenfor underleverandørens kontroll, kreves det at underleverandøren ikke burde ha forutsett hendelsen på det tidspunktet da underleveransekontrakten ble inngått med leverandøren.

Den naturlige språklige forståelsen av «burde ha forutsett hendelsen» antyder at det må vurderes om en alminnelig fornuftig underleverandør hadde forutsetninger for å anta at det var sannsynlig at hendelsen ville inntre. En generell tanke om en generell hendelse er ikke tilstrekkelig. Enhver kan på generelt grunnlag for eksempel tenke seg at det rent faktisk er mulig at verden rammes av krig og blokader.¹⁰⁰ Det må foreligge en viss konkret tanke om hvilken hendelse som kan inntre, og det må fremstå som sannsynlig at hendelsens inntreden er mulig. Det er uklart hvilken grad av presisjon som ligger i begrepet «hendelsen». Juridisk teori antar at det er den faktiske inntrådte hendelse som må være forutsigelig, og at store deler av dens karakteristikk må ha fremstått som forutsigelig for underleverandøren.¹⁰¹

Forutsigeligheten vil variere fra hendelse til hendelse, og den vil også i stor grad påvirkes av hvor lang tid det har gått fra kontraktsinngåelsen til hendelsen inntre. Naturkatastrofer kan i de fleste tilfeller vanskelig forutsees av en underleverandør, men i visse tilfeller er det mulig å få en viss anelse om at en naturkatastrofe vil inntre gjennom meteorologiske varsler. Det samme vil gjelde råvaremangel, da det i noen tilfeller vil være tegn til at en type råvaremangel kan oppstå i fremtiden. Råvaremangel kan i visse tilfeller skyldes en konflikt der viktige eksportørland er involvert, eller det kan skyldes at forekomsten av råvaren blir svært lav. Råvaremangel vil sjelden oppstå akutt, og det vil følgelig i mange situasjoner være tegn til at den kan inntre på et senere stadium. Forutberegneligheten av svikt i underleverandørens produksjonsutstyr vil variere med typen svikt. Gjelder det elektriske feil, som for eksempel en kortslutning, så kan svikten vanskelig forutsees av underleverandøren. Dersom utstyret imidlertid svikter som følge av dårlig vedlikehold av produksjonsutstyret eller slitasje, vil underleverandøren vanskelig kunne anses for å ikke burde ha forutsett feilen.

Hvorvidt underleverandøren burde ha forutsett den aktuelle hendelsen, enten det er vanskelige værforhold, råvaremangel eller svikt i produksjonsutstyr, må bero på hvor tilgjengelig og reell antakelsen for at hendelsen ville inntre var for underleverandøren. Det bør stilles høyere krav til underleverandøren hva gjelder å undersøke muligheten for inntreden av hendelsen jo mer

¹⁰⁰ Kaasen (2013) s. 711 eksemplifiserer standpunktet med lynnedslag.

¹⁰¹ Kaasen (2013) s. 711-712.

betydning hendelsen har for underleverandørens oppfyllelse. Dersom underleverandøren skal utføre sitt oppdrag utendørs, bør underleverandøren gjøre seg kjent med tilgjengelig informasjon om fremtidige værforhold. På samme måte bør en underleverandør som er særlig avhengig av et spesielt materiale eller råstoff undersøke forekomsten av det, samt holde seg oppdatert på mulige konflikter i verden som kan forhindre råstofftilførselen til underleverandørens hjemland.

5.1.3 Underleverandøren kunne ikke med rimelighet forventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen

Til sist kreves det at underleverandøren ikke med rimelighet kunne forventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen. Vilkåret henger nært sammen med de to foregående, da en underleverandør ofte kan overvinne virkninger av en hendelse såfremt underleverandøren burde ha forutsett den på kontraktstidspunktet.

Overvinne innebærer å forhindre at hendelsen påvirker underleveransen før hendelsen har inntrådt, mens avverge innebærer å avhjelpe og minke de negative virkningene som hendelsen har for underleveransen etter at hendelsen allerede har inntrådt. Når hendelsen er av en slik art at det er umulig for underleverandøren å avverge eller overvinne virkningene av den, så vil vilkåret alltid anses å være oppfylt.¹⁰² Dette kan for eksempel være tilfellet ved fullstendig mangel av et særskilt råstoff eller materialer.

Som regel vil det imidlertid ikke foreligge umulighet. Råvaremangel kan være vanskelig å overvinne eller avverge, men en underleverandør kan undersøke om andre tilgjengelige materialer kan benyttes i underleveransen istedenfor. Hvis andre materialer fremstår som likeverdige, så kan spesifikasjonen for underleveransen forsøkes endret gjennom en endringsordre. Det vil også være mulig for underleverandøren å avverge virkningene av hendelsen ved å sikre seg på andre måter før hendelsen inntreffer. For eksempel kan underleverandøren overvinne eller avverge vanskelige værforhold ved å endre tilvirkningssted, eller sørge for at tilvirkningen skjer under tak. Vedlikehold og kontroll av eget produksjonsutstyr vil kunne overvinne visse former for svikt i produksjonsutstyret. Dersom produksjonsutstyr skulle svikte, kan underleverandøren avverge virkningene av svikten ved å ha tilgjengelig erstatningsutstyr eller få tilgang til tilsvarende utstyr hos andre leverandører.

Når det er mulig for underleverandøren å overvinne eller avverge hendelsen, kreves det ikke at underleverandøren overvinner eller avverger den for enhver pris. Det er kun rimelige tiltak

¹⁰² Mikelsen (2011) s. 162-163.

som kreves, jf. ordlyden «... med rimelighet forventes å overvinne eller avverge virkningene...» i artikkel 1.8. Den naturlige språklige forståelse av begrepene «med rimelighet» fastslår at leverandøren må finne seg i at overvinnelsen eller avvergingen medfører en økning i egne kostnader forbundet med utførelsen av kontraktsforpliktelsen. Hvorvidt et tiltak er rimelig vurderes ut ifra om det krever bruk av en uforholdsmessig mengde ressurser i forhold til den potensielle effekten av bruken.¹⁰³ Vurderingen må bli svært skjønnsmessig og konkret i hvert enkelt tilfelle, og det må tas hensyn til alle ressurser underleverandøren må ta i bruk og alle tap som oppstår ved å iverksette overvinnelsen. Dette kan være alt fra de konkrete kostnadene som det aktuelle tiltaket vil medføre, men også negative konsekvenser som for eksempel forsinkelser for andre byggeoppdrag som leverandøren er engasjert til. Dette må sees opp mot hvilke konsekvenser en unnlattelse av å oppfylle vil få for prosjektet. Mindre underleveranser, eller enklere underleveranser vil gjerne ha en mindre ødeleggende virkning for leverandørens tilvirkningsarbeid. Bulkleveranser vil ofte ha mindre alvorlige konsekvenser enn utstysleveranser. Det må videre tas hensyn til kjøpets art, det totale tapets størrelse og partenes stilling. Momentet om partenes stilling kan medføre at kravet lempes noe for underleverandører med svak økonomi, som gjerne befinner seg lenger ned i leverandørkjeden. Det skal i alminnelighet mye til før overvinnelse eller avverging anses tilstrekkelig byrdefullt for underleverandøren at det ikke lenger utgjør et rimelig tiltak.¹⁰⁴

5.2 Force majeure hos leverandør når force majeure hos underleverandør foreligger

I dette punktet forutsettes det at det foreligger force majeure etter underleveransekontrakten. Det innebærer at underleverandøren isolert sett oppfyller alle vilkårene for force majeure. Dersom det ikke foreligger force majeure hos underleverandøren, kan ikke leverandøren påberope seg dobbel force majeure som risikomodifikasjonsgrunn overfor selskapet.

I det videre vil det redegjøres for når det må anses å foreligge force majeure for leverandøren som følge av at underleverandøren ikke oppfyller underleveransekontrakten på grunn av forhold som kvalifiserer som force majeure under underkontrakten.

5.2.1 Hendelse utenfor leverandørens kontroll

Når underleveransesvikt er årsaken til at leverandøren påberoper seg ansvarsbegrensning overfor selskapet som følge av dobbel force majeure, så er det underleveransesvikten som er

¹⁰³ Kaasen (2013) s. 712.

¹⁰⁴ Hagstrøm (2011) s. 282.

hendelsen som må være utenfor leverandørens kontroll. Hendelsen er følgelig ulik for leverandøren og underleverandøren; for leverandøren forhindrer hendelsen oppfyllelse av hovedkontrakten, mens for underleverandøren forhindrer hendelsen oppfyllelsen av underleveransekontrakten.

I rettspraksis og juridisk teori er det diskutert hvordan kontrollsfæren skal fastsettes. Rt. 2004 s. 675 gjaldt et tilfelle der en agurkprodusent krevde erstatning fra en leverandør av bambuspinner. Pinnene ble brukt som støttepinner ved agurkproduksjon, og et parti som agurkprodusenten hadde fått levert fra leverandøren var smittet med en aggressiv grønnmuggsopp. Dette medførte at agurkplantene ble smittet og at agurkproduksjonen ble ødelagt. Leverandøren hadde fått levert sine bambuspinner fra en importør som igjen hadde importert pinnene fra Kina. Høyesterett fant, under dissens (3-2) at leverandøren var erstatningsansvarlig etter kontrollansvaret i kjøpsloven § 40 jf. § 27. Høyesteretts flertall anla en streng kontrollsfære og uttalte, «... på markedet fantes et tilstrekkelig kvantum splittbambuspinner som ikke var smittet med *penicillium oxalicum*, til å tilfredsstille Aase Gartneris behov, og at disse objektivt sett var tilgjengelig for Vekstmiljø AS. Når dette er tilfellet, må Vekstmiljø etter min oppfatning hefte på grunnlag av reglene om kontrollansvar, selv om smitten ikke kunne ha vært oppdaget uten forholdsvis omfattende undersøkelser.»¹⁰⁵.

Dommen og kjøpslovens regler om kontrollansvaret er relevant for NTK fordi NTK artikkel 1.8 definerer force majeure nøyaktig slik kontrollansvaret er formulert i kjøpsloven § 27 første ledd. Rt. 2004 s. 675 anlegger et årsaksperspektiv der det avgjørende for kontrollsfæren er om den misligholdende part hadde et handlingsalternativ, og om det var fysisk mulig å unngå kontraktsbruddet. Kontrollsfæren fastsettes følgelig ut ifra om hindringen kan tilbakeføres til noe realdebitor direkte eller indirekte har foretatt seg.¹⁰⁶ Dette er en svært streng definisjon av kontrollsfæren, og den vil i stor grad medføre at misligholderen aldri fritas for erstatning, da det i praksis stort sett alltid ville ha vært mulig for den misligholdende part å handle annerledes på et tidligere tidspunkt i sin oppfyllelse. Anvendt på leverandørkjeder vil det medføre at leverandøren blir ansvarlig for underleverandørers mislighold dersom leverandøren prinsipielt sett kunne ha valgt en annen underleverandør før underleverandørens mislighold oppsto.

Dommens fastsettelse av kontrollsfæren har blitt mye kritisert i juridisk teori.¹⁰⁷ Alternativet er å anlegge et kontrollperspektiv der misligholderen fritas for ansvar for enhver utvikling under kontraktsforløpet som misligholderen ikke har faktisk kontroll over. For at hendelsen

¹⁰⁵ Rt. 2004 s. 675 (avsnitt 55).

¹⁰⁶ Hagstrøm (2011) s. 504, Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 222.

¹⁰⁷ Rt. 2004 s. 675 er bl.a. kritisert i Hagstrøm (2011) s. 510 flg, og Mikelsen (2011) s. 169 flg.

skal være innenfor realdebitors kontroll, kreves det at realdebitor hadde påvirkningsmuligheter over utviklingsforløpet.¹⁰⁸

Det er flere argumenter for hvorfor Rt. 2004 s. 675 bør få begrenset betydning for store tilvirkningskontrakter. For det første må det sies at dommen gjaldt et simpelt kjøp av en ferdig produsent gjenstand, og ikke et tilvirkningskjøp. Årsakskjeden som misligholderen blir ansvarlig for, kan tenkes å være mye lenger i tilvirkningskontrakter der en leverandør har ansvaret for mange underleveranser.

Videre gjaldt dommen en mangel, og flertallet har presisert det ved å uttale, «Ved anvendelsen av kontrollansvaret må *mangler* må man ... ta utgangspunkt i at kontrollansvaret er meget strengt,...»¹⁰⁹ (min utheving). Ut ifra uttalelsen kan det virke som om den samme strenge kontrollsfæren ikke er ment å gjelde forsinkelsestilfellene, og force majeure etter NTK vil særlig være praktisk for forsinkelser i leverandørkjeder. En streng tolkning av kontrollsfæren vil ofte ramme leverandøren hardere i forsinkelsestilfellene enn ved mangelstilfeller, da tapene gjerne blir større. Dersom reguleringen anvendes «back to back», kan en forsinkelse forplante seg i mange ledd i en leverandørkjede uten å bli avhjulpet før den når leverandøren. En mangel vil imidlertid gjerne oppdages av neste ledd i leverandørkjeden, og forsøkes avhjulpet på et tidligere tidspunkt. Dersom den ikke blir avhjulpet tidsnok slik at også den forplanter seg videre i leverandørkjeden, så vil dette skje i form av forsinkelse, og ikke lenger i form av mangel. Som tidligere nevnt oppfatter juridisk teori dommen som streng på sitt område. Det er da ingen grunn til å anvende den utenfor dens område, nemlig på større tilvirkningskontrakter.

For den videre drøftelsen vil kontrollperspektivet legges til grunn slik det er definert her. Underleveransesvikten anses å være utenfor leverandørens kontroll, såfremt leverandøren ikke har mulighet til å påvirke eller forhindre virkningene av underleveransesvikten. Når det foreligger en hendelse utenfor underleverandørens kontroll som skyldes naturkatastrofer, vanskelige værforhold, råvaremangel, driftsuhell, manglende tilgang på arbeidskraft av ulike årsaker eller svikt i produksjonsutstyr, kan det være muligheter for at selve underleveransesvikten ikke er utenfor leverandørens kontroll. Mulighetene for dekningsbestillinger vil videre bero på tilgjengelige kompetente underleverandører i markedet, og hvilke rettslige forpliktelser leverandøren har overfor selskapet hva gjelder valg av underleverandør. Dette har en sammenheng med leverandørens mulighet til å overvinne eller avverge følgene av underleveransesvikten og vil drøftes nærmere i punkt 5.2.3.

¹⁰⁸ Hagstrøm (2011) s. 504-505. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 222 bruker begrepet påvirkningsperspektiv istedenfor kontrollperspektiv.

¹⁰⁹ Rt. 2004 s. 675 (avsnitt 51).

Mye av underleverandørens arbeid og oppfyllelsesfremgang er innenfor leverandørens kontroll, da leverandøren har en særskilt underforstått forpliktelse overfor selskapet til å følge opp underleverandørens fremgang, og til å kontrollere at underleverandørene gjør det de skal etter underleveransekontrakten. Hvorvidt en underleveransesvikt utgjør en hendelse som må anses å være utenfor leverandørens kontroll, beror følgelig på hvilke muligheter leverandøren hadde til å sørge for at underleveransesvikten aldri oppsto gjennom gode kontroll- og oppfølgingsrutiner.

5.2.2 Leverandøren burde ikke ha forutsett hendelsen da kontrakten ble inngått

For at leverandøren skal kunne påberope seg ansvarsfritakelse som følge av force majeure hos underleverandør, er det et vilkår at leverandøren ikke burde ha forutsett underleverandørens oppfyllelsessvikt da hovedkontrakten mellom selskapet og leverandøren ble inngått. Den naturlige språklige forståelsen av «burde ha forutsett hendelsen» antyder at det må vurderes om en alminnelig fornuftig leverandør hadde forutsetninger til å anta at det var sannsynlig at hendelsen ville inntre. Hvorvidt en hendelse burde ha blitt forutsett av leverandøren på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, vil måtte bero på en konkret vurdering. Vurderingen vil i stor grad bli lik den som er omtalt i punkt 5.1.2 for underleverandører.

5.2.3 Leverandøren kunne ikke med rimelighet forventes å overvinne eller avverge virkningene av hendelsen

Dette vilkåret fastslår at leverandøren aldri kan påberope seg force majeure hos underleverandør som ansvarsbegrensning, dersom leverandøren «... med rimelighet kan ventes å overvinne eller avverge virkningene...» av hendelsen, jf. artikkel 1.8.

For det første må leverandørens muligheter til å overvinne eller avverge virkningene av en force majeure-begivenhet bero på om leverandøren klarer å forsere arbeidet når force majeure-begivenheten hos underleverandør opphører. Det kan i visse tilfeller tenkes at leverandøren makter å forsere det videre arbeidet så mye, at leverandøren ikke misligholder sin egen oppfyllelse overfor selskapet. Videre vil leverandørens mulighet til å overvinne eller avverge virkningene av underleveransesvikten variere med hvilken organisasjonsform som er benyttet. For å kunne ta stilling til om force majeure hos underleverandør også kan frita leverandøren for ansvar, er det nødvendig å skille mellom fire ulike typer organisering av underleverandørene: (i) leverandør velger underleverandør, (ii) leverandør pålegges rammeavtaleleverandør av selskapet, (iii) selskapet overfører underleveransekontrakt eller (iv) selskapet utpeker underleverandør.

5.2.3.1 *Leverandør velger underleverandør*

Muligheten til å «overvinne eller avverge» virkningene av underleveransesvikten når leverandøren selv velger og engasjerer underleverandører er i utgangspunktet høy. Dersom en underleverandør svikter som følge av force majeure, kan leverandøren ha gode muligheter til å avverge eller overvinne virkningene av underleveransesvikten. Leverandøren kan, med selskapets samtykke,¹¹⁰ engasjere andre underleverandører til å gjennomføre underleveransen. Dette vil kunne avhjelpe en del av ulempene ved svikten.

Generelt vil leverandørens mulighet til å overvinne eller avverge virkningene av force majeure hos underleverandør være store når leverandøren selv engasjerer underleverandører. For det første kan leverandøren overvinne virkningene ved å ta visse forholdsregler og engasjere underleverandører som er bedre rustet når det gjelder force majeure-begivenheter. Dette synspunktet må imidlertid ikke strekkes for langt; de fleste force majeure-begivenheter er begivenheter som inntreffer utenfra og som er utenfor partenes kontroll. Dette forutsetter i en viss grad at det er lite underleverandøren kan gjøre for å være mindre utsatt for hendelsene. Det fremstår som tilfeldig hvem som rammes av force majeure, særlig når begivenheten er naturkatastrofer, værforhold, mangel på materialer og råstoff eller landsomfattende arbeidskonflikter som rammer hele bransjen. Krig og opprør kan imidlertid stille seg annerledes. Visse land i verden er mer utsatt for slike hendelser enn andre, og ved å engasjere underleverandører fra de mindre utsatte landene så kan leverandøren i en viss grad gjøre noe for å unngå force majeure. Svikt i produksjonsutstyr eller driftsuhell vil kunne variere mye fra underleverandør til underleverandør, alt etter hvor påpasselig underleverandøren er i tilvirkningen, og hvilken grad av vedlikehold og kontroll som utføres på utstyret.

Videre kan leverandøren foreta dekningsbestillinger av den aktuelle underleveransen når underleveransesvikt har oppstått. Leverandøren står imidlertid ikke fritt til å foreta dekningsbestillinger fra andre kompetente underleverandører dersom en underleverandør svikter. Artikkel 8.1 krever at leverandøren innhenter selskapets samtykke før underleveransekontrakter inngås. Muligheten til å unngå eller overvinne force majeure vil være begrenset, med mindre underleveransen gjelder «... mindre innkjøp...» eller «... bruk av leiet arbeidskraft i begrenset omfang.», jf. artikkel 8.1 første ledd siste punktum. Slik begrenses leverandørens mulighet til å unngå eller overvinne force majeure-begivenheten, dersom underleverandøren skulle levere mer enn et mindre innkjøp eller supplere med et større omfang av leiet arbeidskraft. Dersom dekningsleveranse fra en særskilt underleverandør er leverandørens eneste mulighet å overvinne underleveransesvikten på og selskapet nekter å samtykke til dette, vil ikke leveran-

¹¹⁰ Jf. samtykkekravet i artikkel 8.1.

døren anses for å med rimelighet kunne overvinne eller avverge følgene av underleveransesvikten.

Slike dekningsbestillinger kan medføre en viss forsinkelse i prosjektet og det kan også medføre at underleveransen blir dyrere enn det den var i utgangspunktet. Det er kun de situasjoner der det «med rimelighet» kan forventes av leverandøren å avverge eller overvinne at leverandøren må handle, jf. artikkel 1.8. Den naturlige språklige forståelse av «med rimelighet», fastslår at leverandøren må finne seg i en dyrere dekningsunderleveranse, og leverandøren må også finne seg i at egne kostnader overfor selskapet øker ettersom det ofte vil oppstå forsinkelser i arbeidet. Hvor økonomisk byrdefull dekningsbestillingen må være før den ikke lenger anses å være et rimelig tiltak, vil bero på en konkret vurdering av de samme momentene som omtales i punkt 5.1.3.

Hvorvidt leverandøren kan overvinne eller unngå force majeure i tilfellene der leverandøren selv engasjerer underleverandører, må følgelig vurderes ulikt for ulike force majeurebegivenheter.

5.2.3.2 Pålagt bruk av selskapets rammeavtaler

Muligheten til å «overvinne eller avverge» virkningene av underleveransesvikten vil være snevrere når selskapet har pålagt leverandøren å bruke en særskilt rammeavtaleleverandør. En dekningsbestilling av en annen underleverandør vil utgjøre et brudd av hovedkontrakten. Den alminnelige oppfatning i norsk kontraktsrett er at et slikt kontraktsbrudd ikke utgjør et rimelig tiltak som kan kreves av leverandøren.¹¹¹ Begrunnelsen bak dette er at leverandøren i utgangspunktet ikke har adgang til å foreta bestilling av den aktuelle leveransen hos andre enn den pålagte rammeavtaleleverandøren. I slike situasjoner vil leverandøren ha en plikt til å be om godkjenning til å bestille underleveransen fra en annen underleverandør. En slik forespørsel vil fremsettes i form av et endringsordrekrav¹¹², og vil klart anses å være et rimelig tiltak som leverandøren kan sette i verk i et forsøk på å avverge eller overvinne virkningene av underleveransesvikten. Dersom samtykke ikke gis av selskapet vil leverandøren anses for å ha gjennomført rimelige tiltak for å overvinne eller avverge virkningene av underleveransesvikten. Dersom samtykke gis, må leverandøren gjennomføre dekningsbestillingen. I tilfeller der det ikke finnes andre potensielle underleverandører som har kompetanse og kapasitet til å gjennomføre den aktuelle leveransen etter selskapets spesifikasjoner, vil ikke en godkjenning ha noen avbøtende virkning på underleveransesvikten. Dermed vil det naturligvis heller ikke

¹¹¹ Mestad (1991) s. 343.

¹¹² Definert i NTK artikkel 1.6.

kreves at leverandøren ber om godkjenning. Vilåret om at leverandøren med rimelighet ikke kunne overvinne eller avverge virkningene av hendelsen vil anses å være oppfylt.

Etter de nye standardkontraktene er det fastsatt at leverandøren også bærer full risiko for pålagte rammeavtaleleverandørers oppfyllelse. Det kan reises spørsmål ved om denne endringen også vil medføre at leverandørens ansvar ikke vil begrenses ved force majeure hos pålagte rammeavtaleleverandører.

Dette må besvares benektende, da andre hensyn står bak force majeure reglene enn bak de alminnelige risikoreguleringene i artikkel 8. Force majeure skal forhindre at en part blir ansvarlig for en hendelse som er utenfor denne partens kontrollsfære. Når oppfyllelse er forhindret av forhold utenfor kontroll, bør ikke den sviktende kontraktsparten måtte bære kontraktspartens tap tillegg til sitt eget. Det vil ikke fremstå som rimelig at begges tap må bæres, da det fremstår som tilfeldig hvem av dem hendelsen påvirker oppfyllelsen til. Force majeure begivenheter er nettopp begivenheter som fremstår som tilfeldige, og ikke kan forutsees. Hensynene bak leverandørens ansvar for pålagte rammeavtaleleverandører er særlig hensynet til «front loading» av potensielle problemer eller uheldige sider ved rammeavtaleleverandørene, samt insentiv til å påvirke underleverandørens oppfyllelse gjennom oppfølging og kontrollrutiner, jf. punkt 3.4. Force majeure-hendelser hos pålagte rammeavtaleleverandører utgjør en uforutsigelig hendelse som ikke kan «front loades», og heller ikke overvinnes eller avverges gjennom gode kontrollrutiner og tettere oppfølging. Når det foreligger force majeure hos leverandøren, vil ikke hensynene bak risikoen for pålagte rammeavtaleleverandører tale for at leverandøren ikke skal kunne påberope seg force majeure. Forhold som leverandøren vil bære risikoen for etter artikkel 8 er mer forutsigelige, og det vil gjerne være måter å avverge eller minimere de negative virkningene av underleveransesvikten på.

Videre må det også vises til at vilkårene for risikofritak som følge av force majeure er annerledes enn vilkårene for risikofritak etter artikkel 8.2 og 8.3. Det finnes intet vilkår om at leverandøren ikke med rimelighet kan unngå eller avverge virkningene av underleveransesvikten for at risikofritak etter artikkel 8 skal komme til anvendelse. Vilårene for fritakelse etter force majeure er følgelig strengere, og dermed kan ikke risikoansvar etter artikkel 8 også begrunne at leverandøren har et risikoansvar etter force majeure.

Det forhold at leverandøren etter artikkel 8.2 bærer risikoen for pålagte underleverandører, kan følgelig ikke begrunne at det samme skal gjelde ved force majeure hos pålagte underleverandører.

5.2.3.3 Overføring av selskapets underleveransekontrakt til leverandøren

Når selskapet overfører en underleveransekontrakt til leverandøren, vil i utgangspunktet overføringen ikke legge rettslige bånd på leverandørens mulighet til å engasjere andre underleverandører dersom den overførte underleverandøren skulle svikte. Som utgangspunkt har leverandøren en tilnærmet lik mulighet til å «overvinne eller avverge» virkningene av underleveransesvikten ved overføring, som ved de klassiske tilfellene der leverandøren selv velger og engasjerer sine underleverandører, se punkt 5.2.3.1. Det er imidlertid en forskjell; nemlig det forhold at leverandøren i disse tilfellene ikke hadde mulighet til å engasjere en annen underleverandør i utgangspunktet. Når leverandøren velger underleverandør selv, har leverandøren større mulighet til å avverge virkningene av eventuell force majeure hos underleverandør ved å velge en underleverandør som tenkes å takle visse force majeure-begivenheter bedre enn andre, eller som generelt er mindre utsatt for visse force majeure-begivenheter på grunn av geografisk plassering, stabilitet i hjemstaten og økonomisk styrke.

Kravet til «med rimelighet» oppstiller her de samme grensene som i de tilfeller der leverandøren selv engasjerer underleverandører, se punkt 5.2.3.1.

Enkelte overføringer av underleveransekontrakter gjelder såkalte «long lead items»; varer med lang leveringstid. Årsaken til at disse bestilles av selskapet før hovedkontrakten med leverandøren er inngått, er at det krever lang tid å tilvirke disse, og det er dermed nødvendig å bestille dem til prosjektet så tidlig som overhode mulig. Dersom en underleverandør som skal levere slike «long lead items» svikter etter at underleveransekontrakten er overført til leverandøren, plikter leverandøren å be om selskapets samtykke til å foreta dekningsbestilling jf. artikkel 8.1. Et krav om samtykke vil klart være innenfor det som med rimelighet forventes av leverandøren hva gjelder å avverge eller overvinne virkningene av svikten. Dersom selskapet gir samtykke til dekningsbestilling, vil det i praksis likevel kunne være vanskelig for leverandøren å evne å overvinne eller avverge virkningene av svikten. «Long lead items» må særskilt tilvirkes til det enkelte byggeprosjektet, og det vil som regel medføre enorme forsinkelser dersom leverandøren på nytt må bestille slike fra andre underleverandører lenge etter at hovedkontrakten er inngått. Dette er en praktisk virkning som ofte kan medføre at gjennomførte dekningsbestillinger vanskelig vil overvinne eller avverge virkningene av underleveransesvikten.

Det kan imidlertid tenkes at kostnadene ved å vente på nye komponenter med lang leveringstid overskrider det leverandøren «med rimelighet» må tåle i en deknings situasjon. Slike kostnader kan for eksempel være egne utgifter eller tap selskapet lider som følge av forsinket produksjon. Som følge av leverandørindustriens høye spesialisering vil det ikke alltid finnes mange tilgjengelige underleverandører som har kompetanse til å tilvirke den aktuelle komponenten. Dobbel force majeure kan fremstå som ganske tenkelig ved underleveransesvikt som gjelder «long lead items», og som skyldes force majeure hos den aktuelle underleverandøren.

5.2.3.4 Utpeking av underleverandør av selskapet

Når selskapet utpeker en konkret underleverandør til en særskilt underleveranse, er leverandøren rettslig forpliktet til å benytte seg av denne underleverandøren. Leverandøren har ikke rettslig adgang til å engasjere en annen underleverandør til det aktuelle oppdraget. Dersom leverandøren bruker en annen underleverandør enn den som er utpekt, vil leverandøren gjøre seg skyldig i mislighold av hovedkontrakten med selskapet.

Leverandørens muligheter til å «avverge eller overvinne» virkningene av svikten vil følgelig være begrenset på samme måte som når leverandøren er pålagt bruk av selskapets rammeavtaler. Et kontraktsbrudd overfor selskapet er trolig utenfor det som «med rimelighet» kan kreves fra leverandørens side, men en forespørsel om godkjenning til å engasjere en annen underleverandør vil være innenfor det som «med rimelighet» kan kreves.

Disse synspunktene gjør seg også gjeldende i situasjoner der det ikke foreligger noen direkte utpekning fra selskapets side, men der selskapet har utformet spesifikasjoner så snevert at kun en underleverandør anses egnet til å utføre oppdraget. Dersom den aktuelle underleverandør svikter som følge av en force majeure-begivenhet, vil leverandørens muligheter til å foreta dekningsbestilling av den aktuelle underleveransen være ikke-eksisterende. Muligheten til å «avverge eller overvinne» svikten vil ikke være tilstede.

5.3 Konsekvenser av at det foreligger force majeure hos underleverandør som medfører ansvarsfritakelse for leverandør

Konsekvensen for leverandørens fremdrift ved force majeure fremkommer av artikkel 28.3 som gir leverandøren krav på justering av fremdriftsplan ved force majeure. Bestemmelsen angir at justeringen skal ta hensyn til den forsinkelsen som leverandøren påføres som følge av force majeure-situasjonen. Leverandøren må fremsette krav om justering innen 21 dager etter at force majeure-situasjonen har opphørt. Justeringen medfører at leverandøren ikke må akselerere det videre arbeidet etter at force majeure-hindringen opphører.

Artikkel 28.3 fastslår videre at hver part skal dekke egne omkostninger i forbindelse med leveringshindring hos en av partene som skyldes force majeure. Dette samsvarer med det tradisjonelle synspunktet i alminnelig kontraktsrett.

I forholdet mellom underleverandøren og leverandøren vil hver part bære eget tap som oppstår som følge av force majeure-begivenheten. Det tap leverandøren lider som følge av svikten kan følgelig ikke kreves dekket av underleverandøren. Dette kan være akselerasjonskost-

nader for det videre arbeid eller kostnader i forbindelse med dekningsbestilling av den aktuelle underleveransen. Akselerasjonskostnader i denne forbindelse vil være leverandørens kostnader i forbindelse med forsering som utføres før leverandøren selv er i force majeure, og dermed før leverandøren får medhold i justering av fremdriftsplanen. Akselerasjonen blir et avvergende tiltak fra leverandørens side.

Når det videre foreligger force majeure i hovedkontrakten, vil det samme gjelde mellom selskapet og leverandøren. Hver part må bære egne omkostninger. Leverandøren må bære omkostninger ved eget inntektstap, da det ikke kan kreves betaling for arbeidet av selskapet. På den annen side kan ikke selskapet rette krav om misligholdsbeføyelser i form av dagmulkt eller erstatning mot leverandøren.

Det kan reises spørsmål ved om dette utgangspunktet må modifiseres når force majeure-begivenheten som rammer leverandøren er underleveransesvikt. I punkt 5.3.1 og 5.3.2 vil det studeres om utgangspunktet om ansvar i artikkel 28.3 må modifiseres med bestemmelsene om leverandørens skadesløsholdelse i artikkel 8.

5.3.1 Modifikasjon etter artikkel 8.3

Artikkel 8.3 fastslår at leverandøren skal holdes skadesløs for «direkte konsekvenser» i visse situasjoner der en pålagt underleverandør svikter. Det kan reises spørsmål ved om leverandøren kan kreve dekning av egne direkte konsekvenser som følge av svikt hos pålagt rammeavtaleleverandør når svikten skyldes force majeure, dersom force majeure-begivenheten skyldes selskapets forhold.

Artikkel 8.3 gir leverandøren krav på dekning av direkte konsekvenser når selskapet enten har instruert underleverandør om å prioritere andre underleveranser på bekostning av leverandørens, eller når selskapet på lignende måte intervensjoner overfor underleverandøren, jf. artikkel 8.3 bokstav a og bokstav b. Hvorvidt ansvarsfordelingen etter artikkel 28.3 må modifiseres med artikkel 8.3, beror på om selskapets instruksjon eller intervensjon overfor rammeavtaleleverandøren medfører en hendelse utenfor rammeavtaleleverandørens kontroll som denne ikke med rimelighet kunne forutse på tidspunktet for bestillingsordren og som denne ikke med rimelighet kan avverge eller overvinne virkningene av jf. vilkårene i artikkel 1.8. Dersom selskapets instruksjon eller intervensjon gis i form av en bindende endringsordre i kraft av rammeavtalen, må det være tydelig at instruksjonen eller intervensjonen vil utgjøre force majeure hos rammeavtaleleverandøren. Rammeavtaleleverandøren kunne trolig ikke forutse endringsordren på tidspunktet for bestillingsordren, og det kan ikke med rimelighet kreves at rammeavtaleleverandøren ikke følger en kontraktsrettslig bindende ordre fra selskapet.

Dersom svikten videre medfører at det oppstår force majeure hos leverandøren, må artikkel 28.3 kunne modifiseres med leverandørens krav på skadesløsholdelse etter artikkel 8.3.

Dersom det oppstår force majeure hos pålagt rammeavtaleleverandør som følge av en annen hendelse utenfor kontroll som ikke skyldes selskapets forhold, vil det økonomiske oppgjøret mellom partene skje utelukkende etter artikkel 28.3. Andre force majeure-begivenheter som rammer pålagt rammeavtaleleverandør vil heller ikke selskapet ha beslutningsmyndighet eller kontroll over, og begivenhetene vil følgelig skille seg i stor grad fra instruksjon og intervensjon hva gjelder karakter og tilknytning til selskapet. I slike tilfeller blir resultatet at hver part dekker egne omkostninger.

5.3.2 Modifikasjon etter artikkel 8.4

Artikkel 8.4 hjemler en ansvarsbegrensning for leverandøren. Det kan stilles spørsmål ved om denne ansvarsbegrensningen kan medføre at selskapet også må dekke noen av leverandørens kostnader ved underleveransesvikt som skyldes force majeure.

Ansvarsbegrensningen i artikkel 8.4 gjelder ved underleveransesvikt når selskapet enten har overført den aktuelle underleveransekontrakten eller utpekt den aktuelle underleverandøren etter inngåelsen av hovedkontrakten. Det er videre et krav om at leverandøren ikke var kjent med vilkårene for underleveransen på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, for at ansvarsbegrensningen skal slå gjennom. Dersom dette er tilfellet, så vil leverandørens ansvar for overført eller utpekt underleverandør være begrenset til det ansvar underleverandøren har etter underleveransekontrakten. Leverandørens ansvar overfor selskapet kan ikke i økonomisk verdi overstige det beløpet som leverandøren kan kreve av underleverandøren. Det kostnadsbeløpet som overstiger underleverandørens ansvar vil selskapet måtte bære. Denne ansvarsbegrensningen gjelder imidlertid ikke for alle forsinkelser og mangler hos underleverandøren; den gjelder kun for de forsinkelser og mangler som «... alene skyldes forhold som Underleverandøren svarer for...», jf. artikkel 8.4. Forholdet er den omstendighet som skaper en forsinkelse eller mangel, og svikten må alene skyldes en omstendighet som underleverandøren svarer for.

Den naturlige språklige forståelse av forhold som underleverandøren «svarer for» taler for at forholdet eller omstendigheten som underleveransesvikten skyldes, må være noe som kan tilskrives underleverandøren. Det må være på underleverandørens side av funksjonsfordelingen i underleveransekontrakten. Det er videre nærliggende å fastslå at forholdet må være innenfor underleverandørens kontrollsfære. Et vilkår for at en begivenhet skal klassifisere til force majeure hos underleverandøren er nettopp det forhold at begivenheten må være utenfor underleverandørens kontroll, jf. artikkel 1.8. Ansvarsbegrensningen i artikkel 8.4 vil følgelig

ikke få anvendelse på underleveransesvikt ved utpekt eller overført underleverandør når svikten skyldes force majeure.

6 Modifikasjoner i risikoreguleringen med grunnlag i bakgrunnsretten

6.1 Oversikt

Artikkel 8 er strukturert slik at den har en generell hovedregel og visse særreguleringer i artikkel 8.2, 8.3 og 8.4. Så fremt særreguleringene ikke kommer til anvendelse, skal i utgangspunktet hovedregelen i utgangspunktet gjelde fullt ut. En slik ubetinget anvendelse av hovedregelen kan medføre at risikoreguleringen som fremkommer av artikkel 8 i visse tilfeller fremstår som en mindre god løsning, og tidvis kan den stå i strid med alminnelig kontraktsrett.

Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper utgjør bakgrunnsrett for de avtalte standardkontraktene.¹¹³ NTK kan som utgangspunkt tolkes i lys av bakgrunnsretten, og såfremt kontrakten selv er taus eller vag på et punkt, kan bakgrunnsretten bidra til å gi en løsning.¹¹⁴ Visse regler og prinsipper i bakgrunnsretten gjelder ubetinget i alle kontraktsforhold, og den individuelle kontraktsteksten må følgelig leses i lys av slike regler og prinsipper.

Videre er det slik at anvendelsen av NTK forutsetter at partene i en viss grad opptre etter enkelte ulovfestede og grunnleggende prinsipper, ved at de ikke forhindrer eller vanskeliggjør hverandres oppfyllelse.¹¹⁵ Når grunnleggende prinsipper krenkes kan det reises spørsmål om krenkelsen medfører at risikoreguleringen må løses utenfor NTK og artikkel 8, slik at alminnelige kontraktsrettslige prinsipper kommer til anvendelse på risikospørsmålene. Et relevant grunnprinsipp er den alminnelige, ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsretten.

I det videre tas det sikte på å undersøke i hvilke situasjoner den alminnelige lojalitetsplikten kan gi utslag ved risikofordelingen mellom partene i hovedkontrakten. I punkt 6.2 vil lojalitetsplikten presenteres, og videre vil punkt 6.3 studere visse praktiske situasjoner der lojalitetsplikten kan tenkes å regulere risikoen mellom partene.

6.2 Bakgrunnsretten: den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold

Utgangspunktet i alminnelig kontraktsrett er at hver kontraktspart bærer risikoen for egne forutsetninger, jf. blant annet Rt. 2002 s. 1110.¹¹⁶ Dette utgangspunktet er imidlertid ikke ab-

¹¹³ Se Kaasen (2013) s. 50-54 for en grundigere redegjørelse av slike forhold.

¹¹⁴ Kaasen (2013) s. 53-54.

¹¹⁵ Se bl.a. forordet til NTK der det presiseres at bruk av standarden har det formål at den skal bidra til en mer kostnadseffektiv prosjektgjennomføring og ressursforvaltning.

¹¹⁶ Rt. 2002 s. 1110 (s. 1118).

solutt; den alminnelige lojalitetsplikten gjelder som en begrensning. Lojalitetsplikten utgjør et ulovfestet prinsipp om at kontraktsparter må opptre lojalt overfor hverandre, og avstå fra å foreta handlinger som anses for å være rettslig illojale.¹¹⁷ Det finnes lite rettspraksis og juridisk teori som definerer innholdet i den kontraktsrettslige lojalitetsplikten. Det er dermed vanskelig å definere et generelt innhold, og grensen for hvilke handlinger som anses for å være rettslig lojale må fastsettes mer konkret i hvert enkelt tilfelle.¹¹⁸ Det er likevel klart at lojalitetsplikten ikke pålegger kontraktspartene en ideell opptreden. Enhver opptreden som fremstår som urettferdig eller dårlig, vil ikke nødvendigvis klassifiseres som rettslig illojal. Lojalitetsplikten forutsetter likevel at partene i en viss grad forsøker å ivareta hverandres interesser i kontraktsforholdet.¹¹⁹

Hva gjelder risikoen for underleveransesvikt, blir lojalitetsplikten relevant når underleveransesvikten kan føres tilbake til selskapets forhold. Slike situasjoner er ikke uttømmende regulert i artikkel 8, og det kan reises spørsmål ved om det er selskapet eller leverandøren som skal bære risikoen for slik underleveransesvikt. Partene må i en viss utstrekning gjøre sitt for at avtalen kan oppfylles som forutsatt.¹²⁰ Dette vil blant annet omfatte en plikt til å ikke gjennomføre handlinger som vil medføre at den annen part ikke får oppfylt sin ytelse. En kreditor må dermed avstå fra handlinger som vil medføre at debitor ikke får levert sin ytelse. Når realkreditors adferd vanskeliggjør eller forhindrer realdebitors oppfyllelse, vil ikke realkreditor anses å ivareta realdebitors interesser i tilstrekkelig grad.

Enhver form for lojalitetsplikt er relativ, også den ulovfestede opplysningsplikten. Den ulovfestede opplysningsplikten fastslår at kontraktspartene har en viss plikt til å opplyse hverandre om visse forhold ved kontraktsgjenstanden eller gjennomføringen av kontrakten. Opplysningsplikten vil anses å være brutt når det er gitt villedende eller uriktige opplysninger, dersom disse opplysningene har motivert den andre kontraktsparten til å inngå i kontrakten, på de vilkår som er fastsatt i kontrakten på kontraktstidspunktet.¹²¹ Relativiteten medfører at innholdet i den ulovfestede opplysningsplikten vil variere fra kontraktsforhold til kontraktsforhold. Det må foretas en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle, om hvorvidt en særskilt unnlattelse av å gi opplysninger anses for å være et brudd på lojalitetsplikten i det aktuelle kontraktsforholdet. Vurderingen blir en helhetsvurdering der det særlig tas hensyn til momenter som selskapets adferd, størrelsen på den negative effekten for leverandøren og graden av

¹¹⁷ Simonsen (1997) s. 157.

¹¹⁸ Hov/Høgberg (2009) s. 39.

¹¹⁹ Woxholth (2012) s. 272, Evald (2001) s. 273, Hov/Høgberg (1998) s. 39, Thorsen (1993) s. 36.

¹²⁰ Nazarian (2007) s. 43.

¹²¹ Hagstrøm (2011) s. 144-146, Woxholth (2012) s. 266 flg.

skyld ved selskapets adferd. Det kan også sees hen til om partene har en stor beskyttelsesverdige forventning om lojal opptreden i kontraktsforholdet.¹²²

Videre forutsetter brudd på lojalitetsplikten skyld. Den naturlige språklige forståelsen av begrepet «illojal» tilsier at det må kreves en eller annen form for bebreidelse. Ordet er negativt ladet og forutsetter en uønsket opptreden. Høyesterett har i flere saker antydnet at det kreves skyld for at en adferd kan anses som illojal, jf. blant annet Rt. 1988 s. 1078¹²³, Rt. 1995 s. 1460¹²⁴ og Rt. 1998 s. 761¹²⁵. Juridisk teori trekker i samme retning. De nevnte rettskildene antyder at graden av skyld som kreves er uaktsomhet.¹²⁶ Alminnelig uaktsomhet er tilstrekkelig til at en adferd anses som illojal, men grovhetsgraden av skylden vil kunne ha betydning for hvilke rettslige konsekvenser bruddet på lojalitetsplikten skal medføre. Som følge av skyldkravet, vil aktsomme handlinger aldri anses som brudd på lojalitetsplikten.

Uaktsom eller klanderverdig opptreden fra selskapets side innebærer at selskapet hadde andre handlingsalternativer, og at selskapet burde ha handlet annerledes med hensyn til handlingen som resulterer i underleveransesvikt. Det kreves ikke forsett fra selskapets side, og selskapet kan følgelig opptre illojalt selv om det ikke forårsaker underleveransesvikten med hensikt. Selv om det kun kreves alminnelig uaktsomhet for at en adferd kan anses som illojal, vil skyldgraden kunne ha betydning for hvilke rettslige konsekvenser som oppstår som følge av bruddet på lojalitetsplikten. Forsettlig illojalitet kan medføre mer tyngende konsekvenser for den illojale parten enn uaktsom illojalitet.

Lojalitetsplikten er et kontraktsrettslig prinsipp, og for at det skal kunne anses å være brutt, må selskapets adferd ha en tilknytning til hovedkontrakten. Tilknytning vil foreligge når adferden tilsidesetter leverandørens interesser og er egnet til å påføre leverandøren en negativ effekt.¹²⁷ De tilfellene som skal studeres nærmere i punkt 6.3 er alle tilfeller der selskapets adferd har en tilknytning til hovedkontrakten. Dette vil følgelig ikke problematiseres videre.

6.3 Særskilte situasjoner der lojalitetsplikten blir aktuell

¹²² Nazarian (2007) s. 198-201.

¹²³ Rt. 1988 s. 1078 (s. 1085-1086).

¹²⁴ Rt. 1995 s. 1460 (s. 1470-1471).

¹²⁵ Rt. 1998 s. 761 (s. 772).

¹²⁶ Se Rt. 1995 s. 1460 (s. 1469, 1471), Rt. 1998 s. 761 (s. 772), Simonsen (2007) s. 252-254, Nazarian (2007) s. 249-253, Thorsen (1993) s. 37.

¹²⁷ Rt. 2003 s. 1614, også omtalt i Nazarian (2007) s. 214-215.

I det videre vil tre praktiske situasjoner drøftes opp mot lojalitetsplikten: (i) Underleverandørens kapasitet overskrides som følge av stor arbeidsmengde, (ii) selskapet prekvalifiserer underleverandører som ikke egner seg som underleverandører i den aktuelle tilvirkningen og (iii) selskapet involverer seg i underleverandørens oppfyllelse.

6.3.1 Underleverandørens kapasitet overskrides

Når selskapet påvirker underleverandørens arbeidsmengde på en slik måte at underleverandørens kapasitet overskrides, må de rettslige virkningene av en slik påvirkning drøftes som et spørsmål om rettslig lojal oppreden i kontraktsforhold. Med kapasitet menes størrelsen på underleverandørens leveringskapasitet og dermed underleverandørens evne til å delta i flere tilvirkningsprosjekter. Jo større kapasitet underleverandøren har, jo flere tilvirkningsprosjekter kan underleverandøren delta i uten å misligholde de ulike underleveransekontraktene. Når underleverandørens kapasitet er overskredet, vil ikke underleverandøren makte å levere kontraktmessig i alle tilvirkningsprosjektene. Kapasiteten kan bli overskredet fordi selskapet engasjerer underleverandøren i for mange tilvirkningsprosjekter i samme tidsrom. Problemene hos underleverandørene kan enten foreligge ved inngåelsen av hovedkontrakten, eller de kan forårsakes i ettertid ved at selskapet pålegger, utpeker eller overfører underleverandøren til flere leverandører. Det oppstår da spørsmål om selskapet opptrer illojalt ved å unnlate å opplyse leverandøren om underleverandørens kapasitetsproblemer. Det gjelder for allerede eksisterende kapasitetsproblemer på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten, og det gjelder også potensielle kapasitetsproblemer i fremtiden som selskapet forårsaker etter inngåelsen av hovedkontrakten.

For å avgjøre om en slik adferd er illojal, må momentene som er oppstilt i lojalitetsvurderingen drøftes. Som tidligere nevnt er lojalitetsplikter, herunder ulovfestede opplysningsplikter, relative. Det må foretas en helhetsvurdering av størrelsen på den negative effekten, graden av selskapets skyld og tilstedeværelsen av beskyttelsesverdige forventninger, vil avgjøre omfanget av selskapets opplysningsplikt. I det følgende drøftes de angitte momentene i situasjoner der kapasitetsproblemer forårsakes av selskapet.

Dersom det er fare for at kapasitetsproblemer vil oppstå hos en underleverandør under tilvirkningsprosjektet, vil den potensielle negative effekten kunne være stor hvis selskapet ikke opplyser leverandøren om denne faren. Det vil særlig gjelde dersom underleverandøren er en særlig spesialisert utstyrsleverandør, eller skal levere et «long lead item» som det tar lang tid å tilvirke og må bestilles i god tid i forveien. Dersom underleverandøren i slike tilfeller svikter som følge av kapasitetsproblemer, kan leverandøren påføres store forsinkelser i sitt arbeid. Den negative effekten vil i slike tilfeller være større enn dersom underleverandøren kun skal

levere standardisert bulkmateriell. Det kan leverandøren som regel anskaffe relativt raskt fra annet hold dersom underleveransesvikt oppstår.

Opplysningsunnlattelse kan ofte skje fordi selskapet ikke er klar over kapasitetsproblemene, selv om selskapet burde ha vært det. Manglende kjennskapen til kapasitetsproblemene, samt opplysningsunnlattelsen, skyldes følgelig en glipp fra selskapets side. I andre tilfeller kan selskapet være klar over kapasitetsproblemene, fordi kapasiteten er fordelt på flere av selskapets prosjekter. Når det er situasjonen, kan selskapet ønske å avvente og se hvordan forholdet utvikler seg, før de griper inn og styrer underleverandørens oppfyllelse gjennom en instruksjon eller intervensjon. Dersom opplysningsunnlattelsen er forsettlig vil det i sterkere grad tale for illojal oppførsel enn dersom det gjøres uaktsomt. Men også uaktsomhet vil være tilstrekkelig til at illojalitet kan anses å foreligge. Forsettlig vil selskapets unnlattelse være dersom selskapet vet at underleverandørens kapasitet er overskredet eller vil bli overskredet i fremtiden, men unnlater bevisst å informere leverandøren om dette.

Hvilke beskyttelsesverdige forventninger leverandøren har til at selskapet skal informere om slike forhold, vil bero på hvilke muligheter leverandøren har til å ivareta sine interesser. Leverandøren kan ivareta egne interesser før inngåelsen av underleveransekontrakten, ved å forhøre seg med underleverandøren om dennes leveringskapasitet. Leverandøren kan også i en viss grad ivareta egne interesser etter inngåelsen av underleveransekontrakten, ved å innføre gode kontrollrutiner, der det stadig holdes oversikt over underleverandørens fremdrift. Leverandørens beskyttelsesverdige forventning om å få informasjon vil følgelig være mindre, jo lettere kapasitetsproblemene kunne ha blitt oppdaget av leverandøren selv gjennom rimelige kontrollrutiner. Leverandøren kan også forhøre seg med selskapet, som vil ha en viss oversikt over hvilke underleverandører som er involvert i deres tilvirkningsprosjekter, særlig hvis den aktuelle underleverandøren har rammeavtale med selskapet, eller har blitt utpekt eller overført av selskapet.

Det kan argumenteres for at de beskyttelsesverdige forventningene vil være større i tilfeller der selskapet forårsaker kapasitetsproblemer etter inngåelsen av hovedkontrakten, enn de tilfeller der kapasitetsproblemene allerede foreligger ved inngåelsen av hovedkontrakten. Dersom selskapet er skyld i kapasitetsproblemene til underleverandøren, og har forårsaket disse etter at hovedkontrakten er inngått, vil leverandørens forventninger til informasjon om slike forhold være mer beskyttelsesverdige. Leverandøren må kunne ha en berettiget forventning om at selskapet ikke vil vanskeliggjøre leverandørens oppfyllelse etter at den er påbegynt. Det har en sammenheng med at selskapet vet at underleverandøren benyttes av leverandøren, og trolig vil ha en viss ide om hvilke leveringsfrister underleverandøren må overholde for at leverandøren skal kunne levere tidsnok til selskapet. Før hovedkontrakten er inngått har leverandøren prinsipielt sett en mulighet til å forhøre seg med de aktuelle rammeavtaleleverandør-

ene, eller andre underleverandører, om hvilke muligheter de har til å oppfylle kontraktsmessig. Dersom leverandøren får mistanke om kapasitetsproblemer har leverandøren selv en mulighet og en plikt til å ivareta egen interesse ved å gi beskjed om problemene til selskapet. Selskapet må følgelig engasjere underleverandøren med større aktsomhet etter inngåelsen av hovedkontrakten, enn det som er nødvendig på tidspunktet for inngåelsen av hovedkontrakten eller i tiden før hovedkontrakten inngås.

Selskapet forutsettes å ha bedre forutsetninger for å kjenne forholdene rundt underleverandørens kapasitet dersom underleverandøren er en av selskapets rammeavtaleleverandører, eller er utpekt eller overført av selskapet. Det er først og fremst disse underleverandørene selskapet har relasjoner til, og dermed også en viss oppfatning av deres ledige kapasitet. Underleverandører som engasjeres av leverandøren selv, vil selskapet vanskeligere vite noe om arbeidsmengden til, og dermed kan illojalitet vanskeligere anses å foreligge. Dersom en slik underleverandør får kapasitetsproblemer fordi underleverandøren har latt seg engasjere i for mange tilvirkningsprosjekter, så må leverandøren stille underleverandøren ansvarlig for forsinkelsen, og ikke underleverandørens andre oppdragsgivere. Her vil leverandøren være nærmere til å ivareta sine egne interesser gjennom gode kontrollrutiner, enn det selskapet vil være når selskapet ikke kjenner til underleverandørens kapasitetspotensiale og andre samtidige engasjementer. Dette må gjelde selv om selskapet har godkjent underleverandøren slik artikkel 8.1 anviser. Godkjennelsen kan ikke anses å være en tilsikring av underleverandørens kapasitet. Det er leverandøren som er nærmest til å undersøke leveringskapasitet og annen egnethet hos underleverandøren, før det bes om godkjennelse i henhold til artikkel 8.1.

6.3.2 Prekvalifisering av underleverandører

Også i dette punktet vil selskapets eventuelle brudd på lojalitetsplikten vurderes etter en konkret helhetsvurdering der det blant annet tas hensyn til momentene om selskapets adferd, graden av skyld, størrelsen av potensielle negative konsekvenser for leverandøren og hvor beskyttelsesverdige forventninger leverandøren har til lojal adferd.

Svak eller mangelfull prekvalifisering av underleverandører fra selskapets side knyttes kun opp mot selskapets egne rammeavtaleleverandører, da andre underleverandører ikke prekvalifiseres av selskapet. Prekvalifiseringen skjer før selskapet inngår rammeavtale med en underleverandør. Da gjennomgår selskapet informasjon de har om underleverandøren, og avgjør om vedkommende skal benyttes som rammeavtaleleverandør. Prekvalifisering kan enten gjennomføres svært nøye, eller det kan skje mindre grundig. Selskapet kan også i visse tilfeller forstå at en underleverandør ikke er optimal, men velge å prekvalifisere vedkommende for å få inn et større utvalg av rammeavtaleleverandører eller for å gi underleverandører mer erfaring. Det kan for eksempel være tilfeller der visse underleverandører tidligere har arbeidet

mest med landentreprise, men ønsker å få bredere erfaring offshore og av den grunn er villig til å inngå en rammeavtale som er gunstig for selskapet.

De negative konsekvensene av en mindre grundig prekvalifisering vil variere mye fra tilfelle til tilfelle, alt etter størrelsen på underleveransen og den økonomiske størrelsen på underleveransesvikten. Den vil også variere med karakteren av underleveransen der utstyrsleveranser med detaljerte spesifikasjoner gjerne vil rammes hardere enn underleveranser av bulkmateriell. Jo mer tidkrevende tilvirkningen av utstyrsleveransen er, jo større potensiell negativ effekt vil en svikt ha for leverandøren.

Et viktig hensyn bak prekvalifisering og bruk av selskapets rammeavtaler er å sikre en forhåndsetablert innkjøpskanal for leverandøren til nødvendige underleveranser. Når prekvalifiseringen gjennomføres mindre grundig, slik at det prekvalifiseres underleverandører som kanskje ikke ville ha blitt prekvalifisert ved en mer grundig undersøkelse, vil leverandøren også miste fordelene ved en trygg forhåndsetablert innkjøpskanal. Dette vil ha en negativ effekt på det aktuelle innkjøpet.

Her som ellers vil en forsettlig svak prekvalifisering trekke sterkere i retning av illojalitet, enn dersom den mangelfulle prekvalifiseringen er uaktsom. Forsettlig prekvalifisering vil trolig forekomme svært sjelden, da selskapet ikke kan tenkes å ha grunner til å prekvalifisere dårlig. Selskapet tjener ingenting på at mangelfull prekvalifisering resulterer i underleveransesvikt, da det kun skaper forsinkelser i tilvirkningsarbeidet. Mangelfull prekvalifisering vil i praksis ofte skyldes et tidspress hos selskapene som medfører at visse underleverandører ikke undersøkes tilstrekkelig grundig. Dette, sammenholdt med at leverandørens forventninger ikke er særlig beskyttelsesverdige, vil trolig medføre at mindre grundige prekvalifiseringer i mange tilfeller ikke vil anses å være illojal adferd fra selskapets side.

Hva gjelder leverandørens beskyttelsesverdige forventninger om grundig prekvalifisering, må det som utgangspunkt sies at det bør kunne forventes at selskapet foretar en så grundig prekvalifisering at alle som blir prekvalifisert er egnet til å opptre som underleverandører i det aktuelle tilvirkningsarbeidet. Denne forventningen er i utgangspunktet i stor grad beskyttelsesverdige. På en annen side må det også her vises til at leverandørindustrien ikke er altfor omfattende, og at leverandørene gjerne har god kjennskap til hverandre og hverandres kvalifikasjoner. Uansett vil leverandøren oppnå en slik kjennskap gjennom sin undersøkelse av selskapets rammeavtaleleverandører før inngåelsen av hovedkontrakten. Dette kan i visse tilfeller gjøre leverandøren bedre egnet til å ivareta egne interesser, enn det selskapet er egnet til. Dette vil redusere behovet for å beskytte bak leverandørens forventninger om grundig prekvalifisering. I mange tilfeller vil dette momentet dermed trekke i retning av at svak prekvalifisering fra selskapets side ikke kan anses som en illojal opptreden overfor leverandøren. Uansett må

det her som i kapasitetstilfellene foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering der alle momentene tas hensyn til.

6.3.3 Selskapets involvering i underleverandørs oppfyllelse forårsaker underleveransesvikt

Artikkel 8.3 regulerer risikospørsmålet for de tilfeller der selskapet instruerer eller på lignende måte intervensjoner overfor pålagte rammeavtaleleverandører, slik at de misligholder sin forpliktelse overfor leverandøren etter bestillingsordren. Det kan tenkes situasjoner i praksis der selskapet påvirker eller intervensjoner overfor underleverandører som ikke er pålagte rammeavtaleleverandører. Underleverandøren er for eksempel involvert i flere prosjekter som styres av ett og samme oljeselskap; og det kan tenkes at underleverandøren i noen prosjekter brukes som rammeavtaleleverandør, og i andre situasjoner er engasjert av leverandøren. Selskapet kan tenkes å intervensjoner overfor underleverandøren ved å be om at underleverandøren prioriterer et annet tilvirkningsarbeid, eller de kan på annen måte forhindre underleverandørens oppfyllelse. Dersom underleverandøren er tilknyttet selskapet, enten ved rammeavtale eller enkeltengasjementer i andre prosjekter, er det ikke utenkelig at de kan føle en lojalitet overfor selskapet og at de også kan ha et ønske om å oppbevare et godt forretningsforhold til selskapet. Dersom underleverandøren svikter, oppstår det et spørsmål om hvor risikoen skal plasseres i forholdet mellom selskapet og leverandøren.

Disse tilfellene vil som utgangspunkt falle utenfor artikkel 8.3 da underleverandørene ikke er rammeavtaleleverandører som «... leverandøren er pålagt å benytte...», jf. artikkel 8.3 første ledd første punktum. Det finnes ingen andre modifikasjoner i artikkel 8 som direkte regulerer risikospørsmålet for selskapets involvering i andre underleverandørens oppfyllelse. En naturlig konsekvens av oppbygningen i artikkel 8 vil imidlertid være at forholdet faller inn under den generelle og altomfattende hovedregelen i artikkel 8.2. Dette vil medføre at leverandøren bærer risikoen for underleveransesvikt som følger av selskapets involvering i underleverandørens oppfyllelse. En annen løsning på risikofordelingen vil enten måtte søkes i en utvidende eller analogisk anvendelse av artikkel 8.3, eller ved å anse involveringen for å være i strid med den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Også bakgrunnsrettens prinsipper om kreditormora kunne bidratt til samme resultat, da kreditormora foreligger når kreditors forhold forårsaker at debitor blir forsinket med sin oppfyllelse, og slik forhindrer debitor fra å oppfylle kontraktmessig.¹²⁸ I det videre vil lojalitetsplikten behandles som rettslig grunnlag for alternativ risikoregulering, og det vil avgrenses mot en vurdering av kreditormora og spørsmål om artikkel 8.3 kan tolkes utvidende eller analogisk. Begrunnelsen for at spørsmålet ikke vil

¹²⁸ Hagstrøm (2011) s. 335 flg., Krüger (1999) s. 368-369.

løses etter en utvidende eller analogisk tolkning av artikkel 8.3, er det forhold at NTK er en avtalt standardkontrakt som er ment til å regulere svært mange individuelle kontraktsforhold. Ved tolkningen av NTKs bestemmelser bør det utøves forsiktighet hva gjelder utvidende eller analogisk tolkning. Forutberegnelighetshensynet står stekt, og det skal som utgangspunkt utøves en objektiv tolkning.¹²⁹ Valget av lojalitetsplikten som hjemmelsgrunnlag for risikoreguleringen får kun en prinsipiell betydning for den juridiske hjemmelen, og ingen praktisk betydning for den faktiske risikofordelingen mellom leverandøren og selskapet. Det er juridisk sett en prinsipielt viktig forskjell på å hjemle noe i en kontrakt, og å hjemle noe utenfor kontrakten. Den faktiske risikofordelingen ville blitt den samme dersom risikospørsmålet ble løst etter analogisk eller utvidende anvendelse av artikkel 8.3.

Risikospørsmålet må dermed løses som et spørsmål om en involvering i underleverandørens oppfyllelse fra selskapets side vil være å anse som en illojal adferd.

Når en slik involvering medfører at leverandøren selv risikerer å bli forsinket overfor selskapet, kan den negative effekten for leverandøren bli relativt stor. Leverandøren vil pådra seg en rekke kostnader i forbindelse med et forsøk på å overvinne virkningene av underleveransesvikten. Dette vil være kostnader i forbindelse med forsering, lengre byggetid, overtidsbetaling for de ansatte og annet. Samtidig vil leverandøren risikere å komme i ansvar overfor selskapet dersom forsøket på å overvinne virkningene av underleveransesvikten ikke lykkes. Et slikt ansvar kan bestå i dagmulkt, erstatningsansvar og liknende. Dette kan medføre tap av ulik størrelse, og vil variere ut ifra underleveransens karakter og hvor store forsinkelser underleveransesvikten medfører. En lengre forsinkelse som følge av svikt hos en utstyrsleverandør vil fort kunne volde store negative virkninger for leverandøren. Det gjelder særlig dersom utstyrsleveransen består av «long lead items», eller en spesiell komponent som tilvirkes av særskilt kompetente. Dersom selskapets involvering er egnet til å volde leverandøren store tap, vil det trekke i retning av at involveringen må anses for å være illojal.

Graden av selskapets skyld vil spille en viktig rolle i denne vurderingen. Dersom selskapet med vilje involverer seg i underleverandørens oppfyllelse, samtidig som det forstår eller burde forstå at involveringen kan medføre underleveransesvikt som kan forårsake negative konsekvenser for leverandøren, så vil involveringen lettere anses å være illojal.

I motsetning til kapasitetsproblemer og mangelfull prekvalifisering, vil leverandøren ha snevne muligheter til å ivareta egne interesser i situasjoner der underleveransesvikten skyldes selskapets involvering. Det er generelt lite leverandøren kan gjøre for å forhindre slik involve-

¹²⁹ Woxholth (2012) s. 386.

ring eller for å kontrollere hvorvidt slik involvering har skjedd. Mange underleverandører føler et lojalitets- og avhengighetsbånd til selskapet, noe som igjen medfører at de strekker seg langt for å oppfylle selskapets ønsker. Det taler for at leverandørens forventninger er beskyttelsesverdige i slike tilfeller.

En underleveransesvikt som forårsakes av selskapets involvering i underleverandørens oppfyllelse vil trolig i mange tilfeller anses som adferd som strider i mot den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

6.4 Konsekvenser av at lojalitetsplikten påvirker risikoreguleringen

Dersom det fastsettes at en underleveransesvikt skyldes en illojal adferd fra selskapets side, må risikofordelingen reguleres etter den ulovfestede lojalitetsplikten slik at den illojale parten bærer risikoen for svikten. Det medfører at selskapet må bære merkostnadene som oppstår som følge av svikten. Da vil leverandøren holdes skadesløs for merkostnader som følger av svikten, samt tilkjennes fristforlengelse. Med dette som utgangspunkt må ansvarsfordelingen videre kunne justeres ut ifra visse omstendigheter, som for eksempel graden av selskapets skyld og i hvilken grad leverandøren selv kunne ivarett sine egne interesser. Jo lavere grad av skyld selskapet har utvist, jo mer vil deres ansvar kunne nedsettes. Tilsvarende med leverandørens beskyttelsesverdige forventninger; jo lavere disse er, jo mer av ansvaret vil leverandøren måtte bære selv. Ansvarsfordelingen må kunne fastsettes skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle etter slike forhold.

6.5 Prosessuelle spørsmål

Dersom det skulle foreligge et brudd på lojalitetsplikten fra selskapets side, oppstår det en rekke prosessuelle spørsmål om hvordan dette skal håndteres av partene. En lojalitetsplikt er ikke direkte omtalt i NTK, og vil følgelig ikke direkte omfattes av endringsordresystemet. Det kan likevel reises spørsmål ved om endringsordresystemet må benyttes dersom leverandøren ønsker å påberope seg en risikomodifikasjon som følge av brudd på lojalitetsplikten.

I NTK benyttes endringsordresystemet når selskapet ønsker å pålegge endringer av leverandørens arbeid, jf. artikkel 12.1, eller når leverandøren foreslår endringer av arbeidet eller fremsetter krav om justering av fremdriftsplan og kontraktspris jf. artikkel 12.3.¹³⁰ Benyttelse av endringsordresystemet vil medføre at leverandøren må fremsette et krav om endringsordre når leverandøren mener at det foreligger et brudd på lojalitetsplikten. Selskapet må deretter ta

¹³⁰ Se også Kaasen (2013) s. 269-270.

stilling til kravet ved å enten fremsette en endringsordre eller en omtvistet endringsordre, jf. artikkel 12-16. Videre gjelder det en preklusjonsregel etter endringsordrereglene ved leverandørens endringsordrekrav overfor selskapet. Artikkel 12.3 angir alle bestemmelsene der leverandøren kan fremsette krav om endring av fremdriftsplan eller kontraktspris, og den gjennomgående preklusjonsfristen i alle de angitte bestemmelsene er 21 dager. Hva gjelder risikoen for underleveransesvikt inneholder både artikkel 8.3 og 8.4 bestemmelser om endringsordrekrav, samt medfølgende preklusjonsfrister. Fristen begynner å løpe fra det tidspunktet da leverandøren ble kjent med det forhold som begrunner endringsordrekravet, jf. blant annet artikkel 8.3 og 8.4. Det medfører at leverandøren mister muligheten til å kreve justering av fremdriftsplan og kontraktspris når det foreligger illojal adferd fra selskapets side, dersom leverandøren ikke fremsetter krav om endringsordre innen 21 dager etter at leverandøren ble kjent med den illojale adferden.

Et forhold som tilsier at endringsordresystemet ikke bør benyttes ved påberopelser av illojal adferd, er at benyttelsen vil medføre at preklusjonsregelen får virkning på forhold som den ikke uttrykkelig er gitt virkning for. Å prekludere et krav kan ramme den krevende parten hardt da de medfører at viktige rettigheter som partene har etter kontrakten bortfaller. Det er større betenkningsved å utvide anvendelsen av preklusjonsregler enn andre regler. Disse betenkningene begrunnes i hensynet til partenes forutberegnelighet om deres rettigheter etter kontrakten. Likevel er preklusjonsregler en viktig del av de prosessuelle reglene i NTK, og systemårsaker kan tilsi at de må få utvidende virkning på krav som oppstår som følge av selskapets illojalitet. Systemårsaker er imidlertid ikke tilstrekkelig til å utvide anvendelsen i seg selv, og det må søkes andre holdepunkter som tilsier utvidende anvendelse.

Et viktig forhold som tilsier at endringsordresystemet i sin helhet må benyttes er likhetshensyn hva gjelder underleveransesvikt som følge av selskapets illojale adferd, og underleveransesvikt som skyldes selskapets forhold mer generelt. Artikkel 8.3 er den eneste delen av artikkel 8 som tar for seg underleveransesvikt som skyldes selskapets forhold, og bestemmelsen fastslår eksplisitt i tredje ledd at endringsordresystemet skal benyttes dersom leverandøren ønsker å påberope seg ansvarsbegrensningen i bestemmelsen. Tredje ledd tar følgelig for seg hvordan leverandøren rent prosessuelt må gå frem for at risikobegrensningen skal inntre. Artikkel 27 tar for seg selskapets mislighold, og anviser også til at endringsordresystemet må benyttes dersom leverandøren ønsker å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, jf. artikkel 27.2.

Et annet viktig argument for anvendelsen av endringsordresystemet er at lojalitetsplikten er en kontraktsrettslig forpliktelse som ligger innforstått i NTK, på samme måte som den ligger innforstått i alle kontrakter. Det samme prosessuelle systemet bør benyttes ved krav om endring av forpliktelser som er uttrykkelig nedfelt i kontrakten, og forpliktelser som ligger impli-

sitt i kontrakten. Endringsordresystemet er et godt innarbeidet prosessuelt system i NTK, og det å kun anvende det på enkelte kontraktsforpliktelser fremfor å anvende det på alle kan volde mer uklarheter enn fordeler for kontraktspartene.

De beste grunner taler for at endringsordresystemet med preklusjonsregler må anvendes dersom leverandøren ønsker å påberope ansvarsbegrensninger ved underleveransesvikt, når underleveransesvikten skyldes illojal adferd fra selskapets side.

7 Avslutning

Temaet for avhandlingen har vært fordelingen av risikoen ved underleveransesvikt mellom selskapet og leverandøren i totalkontrakter offshore. Risikofordelingen reguleres først og fremst av artikkel 8, men også gjennom force majeure-bestemmelsene i NTK samt bakgrunnsretten.

Denne avhandlingen har flere formål. Hovedformålet med avhandlingen har vært å utrede det rettslige innholdet i artikkel 8 ved bruk av avtalerettslige tolkningsprinsipper, samt vurdere fordeler og ulemper ved det rettslige innholdet. Det er videre redegjort for hensynene bak bestemmelsen. Forholdet mellom leverandørens risikoeksponering og reguleringene i artikkel 8 har blitt belyst gjennom kapittel 4. Avslutningsvis har det vært et viktig formål å belyse artikkel 8 sitt forhold til risikomodifikasjoner ved dobbel force majeure, og artikkelens forhold til den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikten.

Som nevnt i punkt 1.3 kan en parts risikoeksponering deles inn i to former; oppfyllelserisiko og vederlagsrisiko. Hva gjelder oppfyllelserisikoen må det igjen skilles mellom risikoen for underleverandørens oppfyllelse og risikoen for leverandørens oppfyllelse. Artikkel 8 tar hovedsakelig sikte på å regulere førstnevnte. Risikoen for at leverandøren oppfyllelse i etterkant av en underleveransesvikt vil reguleres av misligholdsbestemmelsene i hovedkontrakten. Også artikkel 8.4 får konsekvenser for sistnevnte da bestemmelsen begrenser leverandørens ansvar overfor selskapet ved mislighold såfremt vilkårene i artikkel 8.4 er oppfylt. Vederlagsrisikoen vil i stor grad styres av kontraktsprisens utforming.

Selv om oppfyllelserisikoen og vederlagsrisikoen for underleveranser omtales som to ulike risikobegreper, er de i praksis sammen en betegnelse på den totale økonomiske virkningen av underleveransesvikten. Når en part bærer oppfyllelserisikoen kan de potensielle økonomiske virkningene som oppfyllelserisikoen medfører, omplasseres på den annen part gjennom kontraktsprisen.

I denne avhandlingen har fokuset hovedsakelig vært leverandørens risiko for underleverandørers oppfyllelse. Leverandørens muligheter til å modifisere oppfyllelserisikoen ved å ta forbehold har vært gjenstand for redegjørelse og gjenstand for vurdering. Det har videre blitt belyst at risikoen for underleverandørers oppfyllelse i en viss grad modifiseres gjennom vederlagsrisikoen; leverandøren kan få forhåndsdekket visse potensielle kostnader som oppfyllelserisikoen vil kunne tenkes å medføre, ved å øke kontraktsprisen med et risikopåslag gjennom forhandlinger. Leverandøren vil også kunne redusere egen risikoeksponering ved gode kontroll- og fremdriftsrutiner hva gjelder underleveransene.

NTKs utgangspunkt for risikofordelingen er at leverandøren bærer risikoen for underleverandører, jf. hovedregelen i artikkel 8.2. Som et utgangspunkt tildeler artikkel 8 i stor grad leverandøren oppfyllelsesrisikoen ved underleveranser. Dette utgangspunktet modifiseres i artikkel 8.2, 8.3, 8.4, av force majeure og bakgrunnsrettslige regler, jf. kapitlene 4, 5 og 6. Modifikasjonene som oppstilles i artikkel 8 gjelder hovedsakelig tilfeller der selskapet (i) styrer valget av kontraktsmedhjelper, (ii) styrer vilkårene for underleveransen og (iii) ellers styrer hvordan underleverandør gjennomfører underleveransen jf. artikkel 8.3 og 8.4. I disse tilfellene vil leverandøren ha begrenset mulighet til å styre egen risikoeksponering, og derfor oppstilles det modifikasjoner i disse tilfellene. Det bemerkes at i tilfeller der selskapet kun styrer valget av kontraktsmedhjelper, for eksempel ved utpeking, så vil leverandøren fremdeles ha påvirkningsmuligheter over vilkårene i underleveransekontrakten, og kan se til at disse utformes slik at risikoen for svikt reduseres. Ellers har leverandøren i alle de tre nevnte tilfellene mulighet til å påvirke underleverandørens oppfyllelse gjennom gode kontroll- og oppfølgingsrutiner, og slik redusere sannsynligheten for at risikoen materialiserer seg.

Alle forhold tatt i betraktning fremstår den helhetlige risikoreguleringen som gis i NTK samt bakgrunnsretten som en naturlig fordeling av risikoen på de involverte partene. Artikkel 8 representerer i stor grad et incitament for leverandøren om å redusere egen risikoeksponering, jf. punkt 4.2. I praksis fremstår det likevel som om leverandørene bærer mye av risikoen for underleveransesvikt. Leverandørene finner det vanskelig å prise egen risikoeksponering i anbudstilbudet som følge av konkurransesituasjonen i anbudet. Et risikopåslag eller et risikoforbehold kan medføre at tilbudet som helhet fremstår som mindre attraktivt for selskapet. Videre vil leverandørene oppleve det vanskeligere å fremme risikopåslag og risikoforbehold i svake økonomiske tider med færre pågående tilvirkningsprosjekter. Leverandørene vil være mer komfortable med å prise risikoen i gode økonomiske tider når det er flere pågående tilvirkningsprosjekter på norsk sokkel. Som følge av disse forholdene vil leverandørenes risikoeksponering i praksis bli høyere enn det den prinsipielt sett behøver å være, og den vil også bli høyere enn det NTKs risikoregulering forutsetter.

Dersom dette skal endres er det viktig at leverandørene i større grad initierer forhandlinger om risikoforbehold samt fastsettelse av reelle risikopåslag; leverandørene må ta ansvar for egen risikoeksponering. Tilsvarende bør selskapene vise forståelse for leverandørenes forbehold og prising. Disse betraktningene må likevel sees i sammenheng med konkurransesituasjonen som oppstår ved anbud; praksis viser at oppdraget ofte tildeles leverandøren som er villig til å strekke seg lengst. For leverandørene medfører det en utfordring i å fremsette anbudstilbud med risikopåslag og risikoforbehold, som fremstår som konkurransedyktige og attraktive for selskapet. Dette kan gjøres ved for eksempel å gi etter på andre forhandlingspunkter i kontrakten slik at tilbudet helhetlig sett fremstår konkurransedyktig. Da er det ikke gitt at det vil gi tapt i en anbudssituasjon selv om det inneholder et risikopåslag eller risikoforbehold.

De største utfordringene ved praktisering av artikkel 8 vil nettopp være at artikkelen forutsetter en rekke praktiske omstendigheter, som for eksempel balanseforhold mellom partene som tillater forhandlinger om både risikoforbehold og risikoprising. En del av disse ser ikke ut til å være gjennomførbare i bransjen. Dette gjelder særlig i tider med svakere oljeinvesteringer fra selskapenes side og færre pågående tilvirkningsprosjekter. Risikoreguleringen ved underleveransesvikt kan derfor se ut til å få en skjevere risikofordeling i praksis, enn det som i utgangspunktet er tiltenkt. Artikkel 8 tar ikke hensyn til om forutsetningene bak en balansert risikofordeling er gjennomførbare i praksis. Artikkel 8 legger i stor grad risikoen for underleveransesvikt over på leverandørene. Dette medfører at behovet for prising og forbehold stort dersom en balansert risikofordeling skal kunne oppnås i den enkelte hovedkontrakten jf. artikkel 8.2. De resterende risikomodifikasjonene i artikkel 8.3-8.4 vil ikke gi leverandøren lik mulighet til å påvirke egen risikoeksponering. Modifikasjonene inntreer videre i relativt snevre tilfeller, se punkt 4.5-4.6.

Referanseliste

Lover

- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
- 1996 Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven)

Rettsavgjørelser

- Rt. 1967 s. 1248
- Rt. 1973 s. 967
- Rt. 1988 s. 1078
- Rt. 1995 s. 1460
- Rt. 1998 s. 761
- Rt. 2002 s. 1110
- Rt. 2003 s. 1614
- Rt. 2004 s. 675

Standardkontrakter

- 1987 Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF) 87
- 2000 Skipsbyggingkontrakt 2000
- 2005 Norsk Totalkontrakt (NTK) 05
- 2015 Statens Standardavtaler - Kjøpsavtalen (SSA-K)
- 2008 Norsk Standard (NS) 8405
- 2011 Norsk Standard (NS) 8407
- 2007 Newbuildcon Bimco Standard Newbuilding Contract
- 2015 Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF) 15
- 2015 Norsk Totalkontrakt (NTK) 15

Bøker

- Andenæs (2016) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6.utg., 2016
- Eskeland (2013) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 3.utg. 2.opplag, 2013
- Evald (2001) Evald, Jens, *Retsmisbrug i formueretten*, 1.utg., 2001
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2.utg., 2011
- Hagstrøm/Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, 1.utg.,

- 2009
- Hov/Høgberg (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 1.utg., 2009
- Kaasen (2013) Kaasen, Knut, *Petroleumskontrakter*, 3.opplag, 2013
- Krüger (1999) Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4.utg., 1999
- Selvig/Lilleholt (2010) Selvig, Erling og Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 4.utg., 2010
- Mestad (1991) Mestad, Ola, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, 1.utg., 1991
- Mikelsen (2011) Mikelsen, Anders B., *Hindringsfritak*, 1.utg, 2011
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, 1.utg, 2007
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen*, 1.utg., 1966
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar*, 1.utg, 1997
- Askheim/Gisvold/Tapper (1983) Askheim, Lars Olav, Marius Gisvold og Jan Kaare Tapper, *Kontrakter i petroleumsvirksomheten*, 1.utg., 1983
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 8.utg., 1.opplag, 2012

Hefte/Del av en serie

- Bjelland (1994) Bjelland, Asle. *Risikoen for underleveransesvikt i Norsk fabrikkasjonskontrakt 1992*, Marius nr. 207, 1994.

Kapittel i bok eller del av en redigert bok

- Brannsten (2005) Brannsten, Erik, «Hvem har risikoen når underleverandøren svikter?», I: *Industribygging og rettsutvikling, Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, 1.utg., 2005, s. 259-275
- Engesæth/Tennfjord (2010) Engesæth, Arne og Stian S. Tennfjord, «Leverandørsamarbeid – noen tanker om intern risikofordeling», I: *På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, 1.utg., 2010, s. 186-200

Artikler

- Krokeide (1977) Krokeide, Kjetil, «Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1977), s. 569-649
- Thorsen (1993) Thorsen, Arne Falganger, «Lojalitetsplikt i kontraktsforhold», *Jussens Venner* (1993), s. 36-54

Foredrag

Bjelland (2016)

Bjelland, Asle, foredrag, 14.april 2016

Kaasen (2016)

Kaasen, Knut, foredrag, 16. februar 2016