

Byggherrens mislighold av medvirkningsplikter og forutsetningssvikt i byggekontrakter

En redegjørelse for bruken av endringsreglene i forbindelse med byggherrens mislighold av medvirkningsplikter og forutsetningssvikt etter NS 8405 og NF 92.

Kandidatnummer: 336

Veileder: Arne Engesæth

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17890 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNINGER	1
1.3	METODE OG RETTSKILDESITUASJON	2
1.4	AVHANDLINGENS BEGREPSBRUK	4
<u>2</u>	<u>UTVIDET BRUK AV ENDRINGSREGLENE</u>	<u>5</u>
2.1	UTGANGSPUNKTER	5
2.2	VILKÅR FOR UTVIDET BRUK	6
2.2.1	HJEMMELSGRUNNLAG	6
2.2.2	ÅRSAKSSAMMENHENG	8
2.2.3	LEVERANDØRENS VARSLINGSPLIKT	10
2.3	VIRKNINGENE AV FREMSENDELSE AV ENDRINGSKRAV	12
<u>3</u>	<u>BYGGHERRENS MISLIGHOLD AV MEDVIRKNINGSPLIKTER</u>	<u>14</u>
3.1	ALMINNELIGE UTGANGSPUNKTER	14
3.2	SVIKT I BYGGHERRENS LEVERANSER	15
3.2.1	SVIKT I BYGGHERRENS PROSJEKTERING	15
3.2.2	SVIKT I BYGGHERRENS LEVERANSER AV NATURALYTELSER	17
3.3	SVIKT I BYGGHERRENS KOORDINERING OG PLANLEGGING	20
<u>4</u>	<u>FORUTSETNINGSSVIKT</u>	<u>26</u>
4.1	ALMINNELIGE UTGANGSPUNKTER	26
4.2	FORUTSETNINGSSVIKT I BYGGEKONTRAKTER	34
4.2.1	FORUTSETNINGER KNYTTET TIL GRUNNFORHOLDENE	34
4.2.2	FORUTSETNINGER KNYTTET TIL TILKOMST	43
4.2.3	FORUTSETNINGER KNYTTET TIL METODEVALG	47
4.3	SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER KNYTTET Å REGULERE BRISTENDE FORUTSETNINGER I ENDRINGSSYSTEMET	54

<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>58</u>
6.1	LOVREGISTRE	58
6.2	KONTRAKTSSTANDARDER	58
6.3	FORARBEIDER	58
6.4	DOMSREGISTER	59

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Bygge og anleggskontrakter, enten det gjelder bygging til lands eller vanns, blir stadig mer avanserte. Dette medfører at det stadig blir flere risikoforhold å regulere, noe som setter store krav til partene og deres kontrahering.

Denne avhandlingen skal forsøke å redegjøre for to typesituasjoner som ofte inntreffer under kontrakt, nemlig byggherrens mislighold av medvirkningsplikter og situasjoner der det inntreffer forutsetningssvikt. Målsetningen er å belyse disse forholdene hver for seg, men også å se på forbindelseslinjene mellom disse situasjonene, samt endringsreguleringen i kontraktene.

Et viktig tema vil være å redegjøre for hvorvidt de aktuelle kontraktene gir rett til utvidet bruk av det endringssystem som allerede ligger i kontrakten, slik at dette også kan anvendes på disse situasjonene. Dersom endringsreglene kan anvendes, blir det også et spørsmål hvorledes dette skal gjøres.

Disse problemstillingene skal drøftes i lys av to utvalgte standardkontrakter, den nye landentreprisestandarden Norsk Standard 8405 – Norsk bygge og anleggskontrakt (NS 8405) og offshorestandarden Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992 (NF 92).

1.2 Avgrensninger

Som nevnt i pkt. 1.1 vil oppgaven ta for seg mulig bruk av endringsreglene utenfor sitt normale område. Oppgaven vil ikke behandle de generelle sidene ved endringssystemet, dette forutsettes kjent for leseren.¹

¹ Se Kaasen (1995) s. 239 flg., Barbo (1997) s. 29 flg. og Simonsen (2001) s. 85 flg. for nærmere redegjørelser.

Avhandlingen vil ikke behandle de rene *tilleggsavtaler* som partene inngår for å løse de utfordringene de møter etter avtaleinngåelsen. Utenfor avhandlingens tema ligger derfor avtaler som følger av såkalte reforhandling- eller hardship-klausuler i den opprinnelige kontrakten.²

Utgangspunktet for risikoplasseringen mellom avtalepartene vil være en tolkning av den opprinnelige kontrakten. Avhandlingen vil ikke behandle rene *tolkningsspørsmål* knyttet til tolkingslæren som oppstår i denne sammenheng. Mange av problemstillingene som knytter seg til forutsetningssvikt håndteres innenfor tolkningssfæren. Disse vil bli behandlet nærmere.

Avhandlingen tar utgangspunkt i den ordinære entreprismodellen hvor byggherren selv prosjekter eller hvor han benytter seg av en arkitekt eller rådgivende ingeniør som han selv har engasjert. Byggherren inngår deretter avtaler med ulike leverandører om selve oppføringsarbeidet.³ Totalentreprisekontrakter og EPC-kontrakter⁴ vil ikke behandles, men vil på enkelte steder bli brukt som sammenligningsgrunnlag.

Hvor endringsreglene blir benyttet som reguleringsmekanisme for å omlegge partenes forpliktelser vil et vesentlig spørsmål bli hvilke virkninger dette skal få for leverandørens vederlag og kontraktens fremdriftsplan. Avhandlingen vil i begrenset grad behandle virkningssiden konkret.

I drøftelsene rundt byggherrens mislighold vil det ikke bli tatt stilling til de materielle vilkår for å konstatere mislighold. Innenfor oppgavens rammer er det heller ikke mulig å behandle force majeure-situasjonene og deres forhold til forutsetningslæren.⁵

1.3 Metode og rettskildesituasjon

Oppgaven vil basere seg på tradisjonell juridisk metode, men rettsområdet særpreges av at det er færre rettskilder enn på mange andre områder. Enkelte kilder får derfor forholdsmessig større vekt enn de normalt har. Dette skyldes blant annet at myndighetene ikke har sett noe behov for å regulere avtaleforhold mellom profesjonelle

² Se for eksempel Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2003) s. 310 flg.

³ Simonsen kaller disse avtalene for "sterkt oppdelte entrepriser", jfr. Simonsen (2001) s. 10

⁴ Engineering, Procurement & Construction (EPC). Under disse kontraktene påtar entreprenøren seg å utføre en større del av prosjekteringen og det materialinnkjøp som byggingen krever. Se Kaasen (1995) s. 37.

⁵ Se Hagstrøm, *Obligasjonsretten* (2003) s. 304 flg.

parter som er i stand til å ivareta sin egen tarv, og at prinsippet om avtalefrihet står sterkt.

I Norge har det vært benyttet standardkontrakter i byggebransjen over lang tid og disse er derfor godt innarbeidet i bransjen, noe som gir disse stor rettskildemessig vekt. NS 8405 er siste skudd på denne stammen og hadde som målsetning å fornye og videreutvikle NS 3430 som kom i 1991⁶, samt å gjøre den mer brukervennlig. Før NS 3430 hadde NS 3401 virket som standardkontakt for byggebransjens utførelsesentrepriser siden 1969. I fabrikkasjonskontraktene anvendes NF 92 som erstattet NF 87 i 1992. NF 92 har i stor grad vært et forbilde også utenfor byggebransjen.

Standardkontraktene har fått stor tilslutning fordi de er fremforhandlet mellom bransjeorganisasjonene. NS-kontraktene med medvirkning fra Norges Standardiseringsforbund, mens NF 92 ble utarbeidet etter forhandlinger mellom de tre store oljeselskapene (Statoil, Hydro og Saga) og Teknologibedriftenes Landsforening. Forhandlingsgrunnlaget gjør at kontraktene vil virke noenlunde jevnbyrdig mellom partenes interesser.

Rettspraksis får mindre vekt som rettskilde mellom profesjonelle parter enn hva vi er vant med i norsk rett. De aller fleste konflikter havner aldri i rettssystemet, men blir i stedet løst gjennom forhandlinger. Alternativet er bruk av voldgift eller et eget tvisteløsningsorgan fastlagt i kontrakten, jfr. oppmannsordningen i NS 8405 og ekspertprosedyren i NF 92.

Årsaken til at partene ønsker en slik form for tvisteløsning er begrunnet i ønsket om hurtighet og anonymitet. Selskaper som deltar i bransjen vil generelt være opptatt av å beskytte sitt navn mot negativ publisitet. Voldgift er ideelt slik sett, da partene selv kan regulere publisiteten gjennom voldgiftsavtalen.

En klar negativ side ved dette er at de fleste voldgiftsavgjørrelser ikke er tilgjengelige for allmennheten og således ikke kan virke korrigerende på rettstilstanden. Dette kan virke hemmende på rettsutviklingen.

En annen årsak til at partene ønsker å benytte voldgift eller oppmannsordningen er at avgjørelsen da vil bli fattet raskere enn det ordinære domstolssystemet vil klare, noe

som kan være viktig for samarbeidsklimaet mellom partene i langvarige kontraktsforhold. Samtidig blir partene selv enige om hvem som skal fungere som voldgiftsdommer i saken og det vil derfor være lettere å akseptere voldgiftsrettens avgjørelse.

Når dette er sagt, er det grunn til å presisere at den rettspraksis som faktisk finnes får stor betydning, selv om det meste er underrettspraksis fra lagmannsrettene.

Juridisk teori vil naturlig nok få en større vekt på entrepriserettens område enn mange andre områder, spesielt sett i lys av at standardkontraktene mangler forarbeider og at det finnes lite publisert voldgiftspraksis. Dette gjør at gode argumenter og resonnementer fra anerkjente juridiske forfattere på området vil bli tillagt betydelig vekt. En sammenheng det er verdt å peke på er den at flere av de mest anerkjente juridiske forfatterne på området også opptrer som voldgiftsdommere eller oppmenn i tvister. Det er således trolig at sammenhengen mellom teori og rettspraksis er tettere enn forholdene skulle tilsi, og at rettsutviklingen derfor kan være mer homogen enn det rettskildesituasjonen gir uttrykk for. En slik påstand er derimot vanskelig å dokumentere.

Lovtekst og forarbeider (Ot.prp. 21, 1996-97) fra bustadoppføringslova vil kunne være rettleidende også innenfor profesjonelle byggekontrakter, der reguleringen er ment å være i samsvar med forbrukerlovgivningen. Her bør man likevel utøve stor forsiktighet, da forbrukerlovgivningen bygger på andre hensyn enn de som gjør seg gjeldende mellom profesjonelle.

1.4 Avhandlingens begrepsbruk

Standardkontraktene som skal behandles benytter seg av ulike betegnelser på partene. NS 8405 benytter begrepsparet byggherre og entreprenør, mens NF 92 anvender selskap og leverandør. Da avhandlingens formål er å behandle temaene samlet, anvender jeg i det videre begrepsparet byggherre og leverandør som betegnelser på partene, uansett hvilken standardkontrakt som behandles.

⁶ 2. utgave kom i 1994.

2 Utvidet bruk av endringsreglene

2.1 Utgangspunkter

Partene i store byggekontrakter har i stor grad erkjent at det ikke er mulig å foreta en fullstendig regulering av partenes rettigheter og plikter på kontraheringstidspunktet. Etter hvert som nye standardkontrakter har blitt utviklet har man derfor laget et eget regelsystem vedrørende kontraktsendringer etter mønster fra angloamerikansk kontraktstradisjon. Hovedhensikten med dette var å åpne for en dynamisk utvikling av kontraktsforholdet, samtidig som man slipper å reforhandle avtalen underveis i byggeperioden.

Systemet var i utgangspunktet tiltenkt anvendt på byggherrens *tilsiktete* endringer, hvor byggherren enten ønsker en endring av kontraktsutførelsen fordi hans behov har endret seg, eller at han av andre grunner finner det hensiktsmessig å endre utførelsen av kontraktsgjenstanden. Disse endringene skiller seg fra *utilsiktede* endringer som for eksempel er endringer begrunnet i at byggherren har misligholdt sine kontraktsplikter eller at relevante forutsetninger for leverandørens arbeider brister.⁷

Dersom man etter å ha tolket avtalen og fastlagt leverandørens plikter etter denne kommer frem til at et arbeid leverandøren blir pålagt å foreta ligger utenfor hans opprinnelige kontraktsplikter, trenger byggherren et rettsgrunnlag for å kunne pålegge leverandøren dette arbeidet. Et slikt grunnlag kan ligge i kontrakten selv, gjennom en forhåndsavtalt endringsadgang, eller ved at partene avtaler seg i mellom når problemet oppstår. Et tilsvarende reguleringsbehov oppstår i forbindelse med byggherrens eget mislighold eller hvor forutsetninger han har eller pålegges risikoen for svikter, og dette medfører at leverandøren må endre sin utførelse for at kontraktsgjenstanden skal kunne ferdigstilles.

⁷ For mer om det alminnelige endringssystemet, se Kaasen (1995) s. 241-409, Barbo (1997) s. 43-170 og Simonsen (2001) s. 85-110.

Spørsmålet i denne anledning er hvorvidt det foreligger noen grunn til å skille mellom disse to situasjonene, slik at de tilsiktede endringene kompenseres i henhold til endringssystemet, mens byggherrens mislighold og forutsetningssvikt kompenseres i henhold til misligholdslæren og forutsetningslæren.

2.2 Vilkår for utvidet bruk

2.2.1 Hjemmelsgrunnlag

Det er et vilkår for å kunne bruke kontraktens endringssystem på andre forhold enn de tilsiktede endringene at det foreligger et *hjemmelsgrunnlag*.

Hjemmelsgrunnlaget innenfor profesjonelle avtaleforhold må fortrinnsvis være partenes kontrakt. Regulering av utilsiktede endringer ved hjelp av endringssystemet er fortsatt av så positivrettslig art at det ikke kan anses å følge av den alminnelige bakgrunnsretten. Selv i kontrakter som i utgangspunktet har et endringssystem for tilsiktende endringer, må det alminnelige utgangspunkt være dette ikke får anvendelse på utilsiktede endringer. Misligholdslæren må få anvendelse ved byggherrens medvirkningssvikt, mens forutsetningssvikt eventuelt må kompenseres etter forutsetningslæren. Årsaken til dette er misligholdslæren og forutsetningslærens sterke posisjon i den kontraktsrettslige bakgrunnsretten, samtidig som endringssystemet og spesielt utvidet bruk av dette, er av klar positivrettslig karakter. Man bør derfor i utgangspunktet være svært forsiktig med å trekke analogislutninger selv om situasjonene i mange tilfeller er svært like de tilsiktede endringene.⁸

Hvor byggherren misligholder sine medvirkningsplikter er hjemmelsgrunnlaget for utvidet bruk av endringsreglene klart. Både NF 92 art. 27.1 og NS 8405 pkt. 21 jfr. pkt. 22 gir nå instruks om at misligholdssituasjonen skal behandles etter endringsreglene. For landentreprisene ble dette tidligere behandlet i NS 3430 pkt. 17.1 og 17.4 som henviste til erstatningshjemmelen i pkt. 21. Situasjonen ledet altså ikke til bruk av endringsbestemmelsen i pkt. 28.

Forutsetningssvikt er derimot lite regulert, noe som bringer usikkerhet inn vedrørende reguleringen av denne situasjonen. Det kan tenkes tre mulige løsninger på forholdet mellom forutsetningssvikt og endringsreglene. For det første kan endringssystemet

tenkes anvendt i sin helhet. Det andre alternativ er at endringsreglene ikke anvendes i det hele tatt, slik at man må falle tilbake på forutsetningslæren. En tredje løsning kan være å gi endringsreglene delvis anvendelse, ved at de materielle reglene får anvendelse, det vil i første rekke si reglene på virkningssiden vedrørende fremdriftsjustering og tilleggsvederlag, mens de prosessuelle reglene vedrørende varsling og preklusjon ikke gis anvendelse.

Det faktum at situasjonen ikke er uttrykkelig regulert etter NF 92 er i seg selv et sterkt argument for at endringsreglene ikke får anvendelse på disse situasjonene. Kontrakten er preget av utfyllende regulering etter angloamerikansk kontraktstradisjon, og det kan være fristende å slutte at siden forutsetningssvikt ikke er regulert i kontrakten, så skal situasjonen heller ikke behandles av endringssystemet. Dette forsterkes ytterligere ved at andre situasjoner, deriblant byggherrens mislighold, uttrykkelig reguleres inn i endringssystemet.

I en ekspertavgjørelse av 18. januar 1991 ble det i forhold til NF 87 fastslått at endringsreglene ikke fikk anvendelse ved forutsetningssvikt.⁹ Dette synet støttes delvis av Barbo¹⁰ da han mener at endringssystemets prosessuelle regler ikke kan få anvendelse på bristende forutsetninger. I hans øyne vil en slik avtaleregulering være en for sterkt innskrenkning av partenes fremtidige rettigheter sett i lys av de strenge preklusjonsvirkningene som følger fristreglene i standardkontrakten.

Kaasen¹¹ har tatt det motsatte syn og sier at endringsreglene må få anvendelse også i disse situasjonene. I begrunnelsen for dette ligger den iaktakelsen at det handler om typer av situasjoner som er svært like, jfr. for eksempel sontringen mellom byggherrens mislighold og forutsetningssvikt. Når kontrakten først har et sett av regler til å justere kontraktene med, vil det også virke uhensiktsmessig å anvende en mer usikker lære for å hjemle kontraktsrevisjon. Dessuten vil en utskilling av forutsetningssvikt medføre vanskelige avgrensningsspørsmål mellom tilnærmet like tilfeller, noe som retts teknisk vil medføre at kontrakten blir vanskeligere å anvende.

⁸ Barbo (1997) s. 366

⁹ Petrus 1998 s. 149 [1991]

¹⁰ Barbo (1997) s. 364

¹¹ Kaasen (1995) s. 286 flg.

På virkningssiden vil det medføre flere forskjeller dersom endringssystemet *ikke* anvendes.

Standardkontraktens varslings- og preklusjonsregler vil da ikke få anvendelse, noe som i realiteten vil måtte bety at leverandøren vil få en lengre varslingsfrist. Etter standardkontraktene er normalt varslingsfristen “uten ugrunnet opphold”, mens den etter alminnelige entrepriserett vil være “innen rimelig tid”, jfr. dom av 15. juni 2004 fra Borgarting lagmannsrett, vedrørende en entrepriskontrakt hvor NS 3430 ikke fikk anvendelse.¹²

En annen følge av at endringssystemet ikke får anvendelse er at vederlagsberegningen for merarbeider som byggherren bærer risikoen for, ikke vil fastsettes etter kontraktens avtalte priser, jfr. for eksempel NF 92 art. 13.2, men etter det alminnelige prinsippet om erstatning for påløpte merutgifter.

Dersom det oppstår tvist mellom partene om leverandørens forpliktelser etter avtalen, vil denne som følge av at endringssystemet ikke får anvendelse, ikke kunne bringes inn under endringssystemets tvisteløsningssystem. Disse vil måtte avgjøres ved det ordinære domstolssystemet eller gjennom voldgift.

NS 8405 har i likhet med NF 92 ikke uttrykkelig regulert situasjoner med forutsetningssvikt. Det er likevel antatt i teorien¹³ at forutsetningssvikt skal behandles etter endringsreglene. Hjemmelsgrunnlaget for dette finnes i NS 8405 pkt. 21.1 jfr. “... andre forhold som byggherren bærer risikoen for”.

I lys av de senere utviklingstrekk er det trolig grunnlag for å si at endringssystemet skal anvendes ved forutsetningssvikt både etter NF 92 og NS 8405. Selv om hjemmelsgrunnlaget ikke fremkommer uttrykkelig i NF 92, må dette fremtre som den retsteknisk klart beste løsningen.

2.2.2 Årsakssammenheng

Både NS 8405 og NF 92 oppstiller som vilkår for å kunne anvende endringssystemet på byggherrens mislighold og relevant forutsetningssvikt, at leverandøren *faktisk* påføres

¹² LB-2004-11707

¹³ NS 8405 Kommentarutgave (2004) s. 249

økte kostnader eller at hans fremdrift faktisk hindres. Dette følger direkte av NS 8405 pkt. 21.1 og må også innfortolkes i NF 92 art. 16.1.¹⁴

Dette kravet er i realiteten et krav om årsakssammenheng mellom den hendelsen som inntreffer i byggherrens risikosone og kostnadsøkningen eller fremdriftshindringen som leverandøren får. Slik årsakssammenheng vil for eksempel ikke foreligge dersom leverandøren allerede er forsinket, slik at en manglende tilkomst ved neste arbeidsoperasjon ikke får noen reell innvirkning på leverandøren.

I Oslofjordtunnel-saken¹⁵ finner vi et praktisk eksempel på at retten avsto leverandørens krav på grunnlag av manglende årsakssammenheng, hvor kravet var begrunnet i nedsatt kapasitet ved kontraktsarbeidene. I dommens pkt. 2.4 ble det uttalt:

“Lagmannsretten kan ikke se godtgjort at SRGs (leverandøren) valg av arbeidssekvenser, med underveis å utføre arbeid på de andre parsellene for så å vende tilbake for å ferdigstille innredningsarbeidene i Oslofjordtunnelen, var forårsaket av løsmassesonen og utløste relevante merutgifter for SRG.”

Retten fant ingen direkte kobling mellom det merarbeid og tap leverandøren var påført og grunnforholdene som utgjorde forutsetningssvikten. Bevistvilen ved ikke å godtgjøre dette måtte ligge hos leverandøren. Han var nærmest å påvise de forhold som eventuelt skulle berettigede en risikooverføring fra ham til byggherren.

Liknende synspunkter ble gjort gjeldene i OSL-saken¹⁶ hvor retten la stor vekt på at leverandøren kunne bebreides for ikke å ha inngitt spesifiserte varsler i henhold til NS 3430 pkt. 17.5 annet ledd. Hans krav kunne ikke prekluderes da de nøytrale varslene var inngitt, men retten fant det vanskelig å vurdere årsakssammenheng mellom leverandørens krav og forutsetningssvikten da de spesifiserte kravene uteble. Om de økonomiske tapene som leverandøren påropte seg faktisk skyldtes forutsetningssvikten var derfor uklart. Denne bevistvilen måtte som retten påpekte gå utover den burde varslet, nemlig leverandøren.

¹⁴ Kaasen (1995) s. 281.

¹⁵ Borgarting lagmannsrett 17. juni 2004 (LB-2002-03890)

¹⁶ Eidsivating lagmannsrett 2. februar 2000 (LE-1998-00648)

2.2.3 Leverandørens varslingsplikt

Endringskompetansen i entreprisekontrakter ligger eksklusivt hos byggherren, jfr. NS 8405 pkt. 20.1 og NF 92 art. 12.1. Leverandøren kan derfor ikke foreta seg arbeider utover kontraktspliktene dersom han ønsker å få arbeidene økonomisk kompensert av byggherren.¹⁷ Dette er i hovedsak begrunnet ut i fra byggherrens behov for budsjettkontroll, samtidig som byggherren selv bør få siste ord i avgjørelsen av hvordan hans kontraktsobjekt skal bli.

I henhold til endringssystemet må leverandøren således be om en *endringsordre* fra byggherren, noe som i realiteten er nøkkelen til å utvide leverandørens forpliktelser med grunnlag i den opprinnelige kontrakten. Dette gjøres ved at leverandøren utsteder en endringsordreforespørsel eller et endringsordrekrav til byggherren, jfr. NS 8405 pkt. 20.5 og NF 92 pkt. 16.1. Et slikt varsel (endringsordrekrav) fra leverandøren vil lede partene inn i endringssystemet.

I tillegg til selve endringsordren oppstilles det i NS 8405 pkt. 23.3 og NF 92 art. 16.1 jfr. art. 12.2 krav om at leverandøren gir et spesifisert varsel om virkningene av den potensielle omleggingen av kontrakten. Hensikten bak dette varselet er å redegjøre for hvilke følger det inntrufne forholdet vil ha på leverandørens ytelse i forbindelse med redusert fremdrift og økte kostnader, slik at byggherrens behov for budsjettkontroll ivaretas.

Innenfor landentreprisene skal leverandøren fremlegge sine krav i forbindelse med omleggingen “straks” det foreligger grunnlag for å beregne dette, jfr. NS 8405 pkt. 23.3 annet ledd. Innenfor denne fristen må det være rom for leverandøren til å innhente tilstrekkelige opplysninger til å beregne sitt krav på tilleggsvederlag og/eller fremdriftsjustering. Samtidig må leverandøren ha tid til å utarbeide tilstrekkelig dokumentasjon til at byggherren faktisk kan vurdere kravets realitet i henhold til hans svarplikt etter pkt. 23.4. Det må fremgå av det spesifiserte kravet hvilket forhold innenfor byggherrens risikosone det er som har skapt leverandørens krav på kontraktsjustering.¹⁸

¹⁷ Et unntak fra dette er hvor det foreligger nødssituasjoner, da entreprenøren kan tenkes å ha både rett og plikt til å foreta skadeforebyggende arbeid på kontraktsgjensstanden, jfr. negotiorum gestio-prinsippet, Her vil det være naturlig å legge nødrettslige betraktninger til grunn. Se nå NS 8405 pkt. 42.4.

¹⁸ NS 8405 Kommentartutgave (2004), s. 273.

I avtaler mellom profesjonelle vil varslingsplikten trolig følge av den alminnelige lojalitetsplikten mellom partene, som nå også er kodifisert i NS 8405 pkt. 5. På grunn av de store verdiene disse kontraktene omhandler har man likevel ikke slått seg til ro med dette. Man har i stedet forsterket betydningen av varselet i slike profesjonelle kontrakter ved å gjøre tre konkrete tilstramminger i forhold til alminnelig kontraktsrettslige varslingsplikter.

For det første er det inntatt et krav om *skriftlighet* til varselet, jfr. NS 8405 pkt. 20.5 jfr. pkt. 8 og NF 92 art. 16.1 jfr. art. 36.1. Et slikt formkrav avviker fra det man for eksempel finner i den vanlige kjøpsrettslige reklamasjonen. Kravet om skriftlighet sikrer partene notoritet dersom det senere oppstår tvist om tidspunktet for varselet.

For det andre er selve *varslingsfristen* normalt strengere ved at varselet må fremmes “uten ugrunnet opphold”. Dette betyr at varselet må sendes umiddelbart etter at leverandøren har skaffet seg fått kunnskap om forholdet, dersom det ikke foreligger et grunnet opphold. Det vil for eksempel ikke være et grunnet opphold at leverandøren ennå ikke kjenner virkningene av det forholdet som nå har inntrådt.¹⁹ Etter den alminnelige bakgrunnsretten vil ellers varslingsfristen måtte være “innen rimelig tid”, jfr. dom av 15. juni 2004 fra Borgarting lagmannsrett.²⁰

For å sikre etterlevelse av disse strenge varslingspliktene er det for det tredje inntatt strenge *preklusjonsvirkninger* ved oversittelse av fristene. Dette betyr at krav som i utgangspunktet er berettigede fra leverandørens side, vil falle bort ved oversittelse av varslingsfristene i kontrakten. Resultatet ved ikke å følge opp kontraktens varslingsfrister blir således et rettighetstap for leverandøren og en risikoforskyvning i hans disfavør.

Varslingspliktene som ligger i kontraktene har nære bånd til undersøkelsesplikten, da det vil være gjennom undersøkelser at leverandøren vil kunne skaffe seg den nødvendige kunnskapen for å kunne varsle byggherren. Denne undersøkelsesplikten drøftes ikke nærmere her, men det kan være grunn til å merke seg at leverandørens undersøkelsesplikt er noe sterkere forankret i NF 92 enn i NS 8405, hvilket kan få

¹⁹ Kaasen (1995) s. 619

²⁰ Jfr. LB-2004-11707

betydning for når varslingsfristene reelt begynner å løpe, jfr. NF 92 art. 6, saml. NS 8405 pkt. 22.1.

2.3 Virkningene av fremsendelse av endringskrav

Dersom det er varslet krav i forbindelse med byggherrens mislighold eller relevant forutsetningssvikt i rett tid, gjennom et endringsordrekrav²¹ fra leverandøren til byggherren, vil formalsystemet flytte fokuset over på byggherren.

Byggherren er pålagt svarplikt i henhold til hvorvidt han mener leverandørens krav om endringsordre er berettiget eller ei.

Byggherren får i utgangspunktet to valg. Han kan si seg enig at han har misligholdt sine plikter eller at forutsetningssvikten er et forhold han selv bærer risikoen for, og dermed utstede en endringsordre, jfr. NS 8405 pkt. 20.6 første ledd bokstav a), jfr. pkt. 20.3 og NF 92 art. 16.2 første setning, jfr. art. 14.1.

Hans andre mulighet vil være å utstede en *omtvistet endringsordre* dersom han mener at de forhold som nå har inntruffet ikke endrer leverandørens opprinnelige kontraktsplikter, jfr. NS 8405 pkt. 20.6 første ledd bokstav b) og NF 92 art. 16.2 andre setning. Både vanlig endringsordre og omtvistet endringsordre utløser *arbeidsplikt* for leverandøren slik at virkningene av tvisten ikke blir større enn nødvendig, jfr. NS 8405 pkt. 20.6 tredje ledd og NF 92 art. 16.2 if., jfr. art. 15.1.

Byggherren plikter å respondere på leverandørens krav om endringsordre i henhold til varslingsfristen i NS 8405 pkt. 20.6 andre ledd. Leverandørens krav må derfor besvares “uten ugrunnet opphold”. NF 92 art. 16.2 gir derimot byggherren noe bedre tid til å områ seg, ved at fristen for å ta stilling til leverandørens krav her er “innen rimelig tid”. Trolig er ikke forskjellene så store som bestemmelsene gir uttrykk for, da det på dette tidspunkt vil kunne foreligge gode grunner til at byggherren bruker litt tid til å vurdere kravene. Byggherren må i disse tilfellene gis mulighet til å skaffe seg kjennskap til kravenes realitet før han tar bindende stilling til leverandørens krav.

Dersom byggherren oversitter svarfristen vil dette bety preklusjon av hans mulige innsigelser mot leverandørens krav.

Hvor leverandøren har fått utstedt en endringsordre av byggherren vil han ha krav på justering av fremdriftsplanen og økonomisk kompensasjon i henhold til endringssystemet. Justeringen av fremdriftsplanen skal tilsvare den samlede effekten av det forhold som har inntrådt, jfr. NS 8405 pkt. 25.4, jfr. pkt. 25.1 og NF 92 art. 13.4.

Vederlagsjusteringen skal skje med grunnlag i de avtalte enhetsratene hvor dette er mulig, jfr. NS 8405 pkt. 24.1 jfr. 24.5 og NF 92 art. 13.2. Hvor det inntreer bristende forutsetninger vil normalt rammevilkårene for arbeidene endres vesentlig, noe det skal justeres for i enhetsratene. I disse tilfellene vil utmålingen i realiteten nærme seg en ordinær erstatningsutmåling, men med påslag av fortjeneste. Dersom det ikke er mulig å anvende kontraktens priser vil partene måtte avtale vederlaget spesifikt, jfr. NS 8405 pkt. 24.6 og NF 92 art. 13.2 e).

Hvor partene ikke når frem til noen avtale må man trolig falle tilbake på det alminnelige regningsprinsippet, typisk etter et "kostpluss-prinsipp", hvilket innebærer ren kostnadsdekning med tillegg av sedvanelig påslag for denne typen arbeid, jfr. NS 8405 pkt. 31.

Dersom byggherren utsteder en omtvistet endringsordre, flyttes fokuset tilbake på leverandøren. Leverandøren må da ta stilling til om han vil unnlate å reise kravet mot byggherren eller om han vil reise krav innenfor kontraktens tvisteløsningssystem, jfr. NS 8405 pkt. 20.7 jfr. pkt. 43.2 og NF 92 art. 16.3. Ekspertens kompetanse er i utgangspunktet begrenset til å ta stilling til hvorvidt det arbeidet leverandøren er pålagt utgjør en endring av hans kontraktsplikter. Partene kan avtale en utvidet kompetanse for eksperten, slik at han også kan fatte avgjørelser vedrørende virkningssiden dersom det foreligger en endring. Systemet er ment å være en midlertidig tvisteløsningsmekanisme, og avgjørelsen kan fravikes ved senere avtale eller dom. Da det normalt velges svært kompetente personer til å fungere som oppmenn/ekspert i disse sakene blir avgjørelsene likevel ofte stående som endelige.

²¹ Jfr. NS 8405 pkt. 20.5 og NF 92 art. 16.1

3 Byggherrens mislighold av medvirkningsplikter

3.1 Almennelige utgangspunkter

Hva som konkret er byggherrens medvirkningsplikter vil måtte avgjøres etter en tolkning av avtalen. Også valget av entreprisemodell vil ha betydning for hvilke medvirkningsplikter byggherren må anses å ha påtatt seg i byggeprosessen.

Årsaken til at byggherren ønsker å bidra under selve produksjonsfasen er i hovedsak to forhold. For det første vil han sikre at han får det byggverk han ønsker og for det andre ligger det normalt en økonomisk gevinst ved selv å bidra, for eksempel gjennom bruk av rammeavtaler, storinnkjøp osv.

I entrepriseretten fordeles risikoforholdene etter funksjonsdelingen i kontrakten.²² En god illustrasjon på dette finner vi i Rt. 1917 s. 673 hvor en leverandør hadde forestått pælefundamentering av et bygg etter en piloteringsplan byggherren hadde latt en arkitekt tegne. Da huset sank ble leverandøren saksøkt, men han ble frifunnet for ethvert krav fordi skadene skyldtes prosjekteringsfeil og ikke dårlig arbeid under utførelsen. En naturlig videreføring av dette er at byggherren i forhold til leverandøren også har risikoen for svikt som skyldes bidrag han leverer selv eller ved andre.²³

Misligholdsbegrepet er i norsk rett er språklig sett knyttet til at man kan bebreide den som ikke oppfylder sine kontraktsplikter. Dette kan være noe forhastet når det gjelder entrepriseretten, da det i begrepet 'byggherrens mislighold' ikke behøver være grunnlag for noen bebreidelse av byggherren. Ansvarsfordelingen i entreprisekontrakter er slik at byggherren hefter også for de øvrige leverandørene i forhold til en leverandør. Det betyr at dersom en leverandør leverer feil ståltype til entreprisen og dette medfører en forsinkelse for øvrige leverandører, så vil dette være en forsinkelse byggherren hefter for. Han blir i forholdet til leverandøren stilt som han selv hadde levert ynelsen.

²² Hagstrøm, *Entrepriserett* (1997) s. 30.

²³ Hagstrøm, *Obligasjonsretten* (2003) s. 320-321

3.2 Svikt i byggherrens leveranser

3.2.1 Svikt i byggherrens prosjektering

Det klare utgangspunkt i ordinære entreprisekontrakter er at byggherren har det grunnleggende prosjekteringsansvaret. For landentreprisene fulgte dette av NS 3401 pkt. 10.1²⁴ og er i dag fastslått i NS 8405 pkt. 19.1. Etter NF 92 følger dette av art. 6 sammenholdt med vedlegg E og F (spesifikasjoner og tegninger), jfr. art. 2.1.

Byggherrens prosjekteringsansvar innebærer at han må stille med de nødvendige prosjekteringsdokumentene og at han vil sitte med risikoen for eventuell svikt ved disse dokumentene. Dette gjelder såfremt partene ikke har overført prosjekteringsansvaret til leverandøren gjennom avtale, jfr. NS 8405 pkt. 13.1 andre ledd. For NF 92 har vi intet klart hjemmelsgrunnlag for en slik overføring av prosjekteringsansvaret til leverandøren, men det foreligger heller ingen gode grunner for man ikke skulle tillate dette. Dersom prosjekteringsansvaret faktisk overføres til leverandøren vil man i stedet nærme seg ansvarsfordelingen under en EPC-kontrakt.

Svikt i prosjekteringen kan vise seg på flere måter, blant annet kan sviktende prosjektering medføre at kontraktsgjenstanden blir vanskeligere å fremstille enn antatt ved at leverandøren får plunder og heft under byggeprosessen. Men prosjekteringen kan også være sviktende ved at den ferdige ytelsen ikke får det resultat eller de funksjonene kontrakten legger til grunn, selv om leverandøren har fulgt byggherrens prosjektering til minste detalj.

Både situasjoner hvor prosjekteringen vil lede til et annet resultat enn kontraktens utgangspunkt og de situasjoner hvor leverandøren må legge om sin fremstilling grunnet svikt i prosjekteringsgrunnlaget behandles etter samme system i standardkontraktene. I de tilfellene hvor prosjekteringen ikke vil lede til det ønskede resultat må leverandøren kunne presumere at byggherren vil ha et bygg i henhold til hans opprinnelige spesifikasjoner.²⁵ Leverandøren må derfor sende et endringsordrekrav til byggherren, dersom han som følge av prosjekteringsmisligholdet blir pålagt nye plikter som han

²⁴ Sandvik, *Kommentarer til NS 3401* (1977) s. 111-112.

²⁵ Jfr. Kaasen (1995) s. 287

ønsker kompensert økonomisk eller tidsmessig av byggherren, jfr. NS 8405 pkt. 21 og NF 92 art. 16.1.

I forbindelse med kravet må leverandøren redegjør for prosjekteringssvikten og hvilke virkninger dette får for hans fremstilling med hensyn til fremdrift og kostnader.

Likedan er det hvor leverandøren blir påført ekstrakostnader eller fremdriftsproblemer som følge av svikt i prosjekteringen. Hovedsynspunktet både etter NS 8405 og NF 92 er som tidligere nevnt at den som etter kontrakten skal levere prosjekteringen har risikoen for denne.

Dersom prosjekteringen er forsinket eller mangelfull i henhold til det som følger av kontrakten, følger det av NS 8405 pkt. 21 og NF 92 art. 27 hvilke krav leverandøren kan reise mot byggherren og hvorledes disse kravene kan reises.

Etter NF 92 er det verdt å merke seg at bestemmelsen bare regulerer forsinkelsestilfellene. Dette innebærer også de tilfellene hvor en mangel i prosjekteringen medfører en forsinkelse. Et typisk tilfelle kan være hvor leverandøren først oppdager prosjekteringsmangelen på et tidspunkt hvor forsinkelsen inntreer nærmest direkte fordi man ikke kommer videre i byggeprosessen før mangelen er utbedret.

Prosessuelt ledes denne situasjonen inn under endringsreglene slik at leverandøren gis krav på justering av fremdriftsplan eller vederlag i henhold til de ordinære reglene om endring, jfr. NS 8405 pkt. 21.2 og NF 92 art. 27.1 første ledd, jfr. annet ledd.

Denne nye reguleringsmetoden avviker fra løsningen som NS 3430 oppstiller. NS 3430 regulerer prosjekteringsmislighold i pkt. 7.5, hvoretter leverandøren har krav på å bli holdt skadesløs etter erstatningshjemmelen i pkt. 21. Forholdene blir her regulert helt uavhengig av endringsreglene, som NS 3430 oppstiller i pkt. 28.

Det vil kunne være vanskelig å konstatere mislighold ved byggherrens prosjektering fordi kontrakten ikke gir tilstrekkelige vurderingskriterier. Ofte vil kontrakten gi få uttrykkelige krav til innholdet av prosjekteringen, og man ender lett opp med en vurdering av hva som vil være en rimelig normalforventning til prosjekteringen i denne typen kontrakter. I de tilfellene hvor man i større grad distanserer seg avtalens ordlyd og i stedet vektlegger rimelige partsforventninger, vil man falle utenfor misligholdslæren og i stedet befinne oss i forutsetningslæren. Hvor grensen reelt vil ligge, vil i stor grad

bli et spørsmål om hvor stor grad av utfylling av kontrakten man finner akseptabelt å foreta.

Siden man nå har foretatt det retts tekniske valget å regulere både misligholdsspørsmålet og forutsetningssvikten etter endringsreglene er ikke lenger denne sondringen av like stor interesse. Et godt eksempel finner vi i dommen vedrørende entrepriseoppdraget for ny tunnel på E6 ved Vestby av 17. desember 1999,²⁶ hvor lagmannsretten uttaler:

“Det er heller ikke noe vilkår for tilleggsvederlag at manglene kan karakteriseres som mislighold fra byggherrens side. Det sentrale er om uriktigheten førte til at anbudsgrunnlaget – som helhet – ga entreprenøren et misvisende bilde av forholdene og at dette påvirket anbudet på en slik måte at det medførte tap for entreprenøren.”

Domstolen flytter altså fokuset over på selve risikoplasseringen av tilfellet, uansett om denne risikoplasseringen baserer seg på kontrakten eller partenes normalforventninger. Dommen er et godt eksempel på hvorledes man forlater en ren misligholdsvurdering og i stedet fokuserer på risikoplasseringen. Dette er et utviklingstrekk vi også ser igjen i andre dommer.

3.2.2 Svikt i byggherrens leveranser av naturalytelser

I entreprisekontrakter vil ofte byggherren forbeholde seg retten til å levere ytelser som deretter skal inkorporeres i kontraktsgjenstanden av leverandøren. Dette kan være ytelser byggherren selv utfører, eller som han anskaffer gjennom bruk av andre leverandører som leverer ytelser, for eksempel ferdigstøpte betongelementer til bygget som leverandøren deretter skal inkorporere.

Konflikter vedrørende disse naturalytelsene vil kunne oppstå dersom disse leveres for sent eller er i mangelfull tilstand, slik at leverandøren ikke kan gjøre sine arbeidsoperasjoner som avtalt. Også i de tilfeller hvor leveransesvikten generelt gjør leverandørens arbeidsoperasjoner mer tids- eller kostnadskreven, vil leverandøren kunne kreve dette dekket av byggherren. I disse tilfellene vil det ofte være vanskelig å konstatere mislighold med grunnlag i avtalen, og man må i større grad anvende partsforutsetningene som målestokk. Da vil man være over i forutsetningslæren.

Normalt vil både forsinkelser og mangler i byggherrens leveranser medføre en forsinkelsesvirkning for leverandøren, forutsatt at han oppdager at leveransen er mangelfull. I mangelstilfellene vil man normalt måtte vente på ny levering enten ved at byggherren skal utbedre feilene eller at det skal foretas dekningskjøp, hvilket vil gi leverandøren en forsinkelse. Det rettslige spørsmål blir hvorledes leverandøren som blir rammet kan kreve dette kompensert.

NF 92 art. 27 sonderer mellom mangels- og forsinkelsestilfellene, med mangel som medfører forsinkelse reguleres etter forsinkelsesregelen. Mangelstilfellene blir i tillegg regulert i art. 6, hvilket er noe leverandøren ikke bør glemme.

Forsinkelser i byggherrens leveranser vil i stor grad være objektivt konstaterbare, slik at man derfor kan gå direkte til varsel etter art. 11.1 og herunder utstede krav om endringsordre etter art. 16.1. I mangelstilfellene har man derimot oppstilt en selvstendig varslingsplikt etter art. 6.1 og 6.2 i forbindelse med leverandørens undersøkelsesplikt av byggherrens leveranser. Her går for øvrig NF 92 betydelig lengre i å stille uttrykkelige krav til leverandøren enn NS 8405 gjør. Det er intet i veien for at leverandøren kan slå sammen varselet om feil i byggherrens leveranser etter art. 6.2 og et endringsordrekrav etter art. 16.1, men det er i realiteten to uavhengige bestemmelser, hvor begge kan ha den virkningen at leverandørens krav kan prekluderes helt eller delvis ved fristoversittelse.

NS 8405 regulerer dette noe annerledes, da mangels- og forsinkelsesspørsmålet behandles hver for seg. I pkt. 19.4 oppstilles utgangspunktet om at byggherren bærer risikoen for kvaliteten og anvendeligheten av hans egne leveranser. Løsningen blir den samme der hvor leverandøren ikke har noen reell valgmulighet ved at han er bundet til å benytte eksisterende rammeavtaler i henhold til kontrakten. Her oppstiller trolig NF 92 er noe annen løsning, da det etter art. 7 skjer en delvis overføring av risiko til leverandøren i dette tilfellet. Innenfor denne oppgavens rammer drøftes ikke dette nærmere.

Verken NS 8405 eller NF 92 gir i egen tekst nærmere holdepunkter for hvilke kvalitetskrav man kan stille til leveransene, dette er normalt inntatt i partenes avtale ellers. Dersom dette ikke er avtalt må man falle tilbake på bakgrunnsretten hvor man har

²⁶ LB-1998-01706

krav på “vanlig gode vare”. Dette vil i stor grad være sedvane innenfor byggebransjen som avgjør hva som er oppfyller kravet til “vanlig god vare”.

Tidspunktet for byggherrens leveranser følger av NS 8405 pkt. 19.7. Etter NF 92 vil tidspunktene fremkomme i vedlegg G. Bestemmelsen i NS 8405 slår fast at forsinkelse fra byggherrens side gir leverandøren rett til justering av kontrakten i forholdet til den virkningen dette har gitt ham.

Dersom det inntreffer forhold som medfører kostnader eller tidsspille for leverandøren i forbindelse med byggherrens mislighold, for eksempel at leverandøren må vente på byggherrens levering av takstein før han kan ferdigstille taket, så vil leverandøren ha krav på kompensasjon for dette i tråd med reglene om endringer, jfr. NS 8405 pkt. 21.1 jfr. pkt. 23.3, pkt. 24 og pkt. 25.

NF 92 art. 27.1 jfr. art. 11.2 gir likeledes leverandøren rett til å bli holdt “skadesløs” for selskapets mislighold av leveranseplikter. Ansvarer i forhold til kontrakten er objektivt, det blir derfor intet spørsmål om selskapet kan bebreides. Bestemmelsen gir leverandøren krav på dekning av utgiftene som påløper av selve forsinkelsen, han skal derfor stilles som om selskapets kontraktsbrudd tenkes borte.²⁷ Hvorvidt leverandøren faktisk blir holdt “skadesløs” vet man ikke, dette vil avhenge av de forsinkelsesratene som er avtalt, jfr. art. 13.2.

Dersom byggherren misligholder sine leveranseplikter vil leverandøren primært ha krav på en justering av fremdriftsplanen. Leverandøren skal ikke måtte forsere sitt arbeid på grunn av byggherrens mislighold. Det er heller ikke rimelig at byggherren skal få spise av den kontraktsflyten leverandøren har beregnet til egne “plunder og heft”.

Fremdriftssvikt vil også kunne medføre økte kostnader for leverandøren, for eksempel må rigger og maskiner stå lengre på anleggsplassen enn forutsatt. Disse økonomiske virkningene må leverandøren ha krav på å få kompensert. Leverandøren har krav på dekning av selve forsinkelsen.

De ytterligere virkningene som eventuelt vil følge av arbeidet med å kompensere misligholdet, for eksempel forseringsutgifter vil først bli dekket gjennom endringsordren som utstedes i neste omgang.

²⁷ Se Kaasen (1995) s. 613

Ut i fra alminnelige lojalitetsbetraktninger bør det innfortolkes en tapsbegrensningsplikt for leverandøren her ved at han plikter å gjøre mulig alternativt arbeid mens byggherrens mislighold varer, slik at fremdriftsvirkningene og det derav følgende økonomiske tapet blir minimalisert, jfr. NS 8405 pkt. 21.1 if.

3.3 Svikt i byggherrens koordinering og planlegging

I kontrakter etter den ordinære entreprisemodellen er det normalt slik at byggherren kontraherer med flere ulike leverandører, hvor disse skal foreta ulike deler av det totale oppføringsarbeidet. Slike kontraktsforhold medfører at det oppstår et koordineringsbehov.

Det er særlig hensynet til aktørenes planlegging og gjennomføring av byggeprosessen med tanke på personell og utstyr som taler for å pålegge noen et koordineringsansvar. Koordinering er med andre ord viktig for de ulike leverandørene slik at de kan påbegynne og gjennomføre sine arbeider på det tidspunkt, og med det fysiske arbeidsunderlag, som følger av avtalen. Dette har nær tilknytning til leverandørens forutsetninger med tanke på tilkomst og oppdragets vanskelighetsgrad. Byggherrens plikter i forbindelse med planlegging og koordinering skiller seg noe fra de øvrige pliktene hans etter kontrakten, da dette er løpende medviktningssplikt som ikke er knyttet til noe spesifikt tidspunkt under kontraktsperioden.

Det er byggherren som er pålagt det overordnede koordineringsansvaret under kontrakten, jfr. NS 8405 pkt. 19.6.²⁸ NF 92 regulerer ikke dette uttrykkelig, men den samme materielle regel må følge av NF 92 art. 4.1 b) jfr. art. 4.3. Denne bestemmelsen fastslår leverandørens samarbeidsplikt i forholdet til selskapet, slik at kontraktsarbeidet kan skje rasjonelt og i henhold til de instruksjoner selskapet gir.

I henhold til NS 8405 pkt. 18.3 er leverandøren pålagt å la seg koordinere av byggherren innenfor rimelige grenser. Det vil således være kontraktsbrudd fra leverandørens side dersom han unnlater å følge opp byggherrens koordineringsinstruksjoner. Det samme må være utgangspunkt etter NF 92 art. 4.3 første ledd.

Fordelingen av risiko for koordineringssvikt er ingen nyvinning. Også under NS 3430 var risikofordelingen slik. Det er blant annet slått fast i rettspraksis gjennom OSL-dommen av 2. februar 2000.²⁹ Tvisten gjaldt utbyggingen av flyplassen på Gardermoen. Leverandøren Scandinavian Airport Group ANS (SAG) reiste krav om tilleggsvederlag mot Oslo Lufthavn AS (byggherre) på grunnlag av en rekke forhold, blant annet grunnet manglende samordning av de involverte leverandørene. Risikoplasseringen for prosjektets manglende koordinering plasserer retten når den i dommens pkt. 4.2 uttaler:

“... svikt i samordningen mellom de ulike entreprenørene er byggherrens risiko.”

Retten fastslår det klare utgangspunktet om at samordningsvikt ligger innenfor byggherrens risikosone. En måte byggherren kan redusere sitt koordineringsansvar på, er ved å ha en administrerende sideleverandør som ivaretar den daglige fremdriften ved å etablere en samlet fremdriftsplan og drive kontroll i forhold til denne, jfr. NS 8405 pkt. 16.3. Stillingen som administrerende sideleverandør kan kun pålegges leverandøren dersom dette avtales uttrykkelig. Selv med en administrerende sideleverandør på plass må byggherren sitte med det overordnede koordineringsansvaret. Dette må kunne utledes av NS 8405 pkt. 16.3 siste ledd.³⁰

Totalentreprisemodellen gir en annen løsning enn oppdelte entrepriser, da hovedleverandøren etter kontrakten også påtar seg det overordnede koordineringsansvaret. Hovedleverandøren velger selv hvilke underleverandører han ønsker å oppfylle sine plikter etter avtalen med, og han derfor også ansvar for disse underleverandørens leveranser. Dette gir en gunstig risikoforskyvning for byggherren, da han ikke lenger har ansvaret for forholdene mellom de sideordnede leverandørene. Byggherrens ansvar er da kun relatert til hovedleverandøren. Denne risikooverføringen blir det derfor viktig for hovedleverandøren å iberegne i sitt vederlagskrav. Et godt eksempel på det koordineringsansvaret en hovedleverandør under totalentreprisekontrakt påtar seg, finner vi i Borgarting lagmannsretts dom av 19. mars 2003 vedrørende entreprisarbeider på Ullevaal stadion.³¹ Lagmannsretten uttaler:

²⁸ NS 8405 Med kommentarer (2004) s. 246.

²⁹ LE-1998-00648.

³⁰ Samme løsning etter NS 3430 jfr. Hagstrøm, *Obligasjonsretten* (2003) s. 322.

³¹ LB-2002-01295

“Ekstraarbeider og tilleggskostnader som følge av venting og andre ulemper er etter lagmannsrettens syn merutgifter som entreprenøren har krav på å få dekket i henhold til NS 3431 pkt 26 forutsatt at omkostningene kan henføres til forhold OKK (hovedentreprenøren) hefter for og forutsatt at de er varslet på den måte som er beskrevet i pkt 26.2 jf pkt 22.5. Etter lagmannsrettens syn er det her tale om ekstraarbeid som skyldes manglende koordinering av de enkelte underentreprenørens arbeid, og dette må være OKKs (hovedentreprenøren) ansvar.”

Av dette kan vi fastslå at praksisen fra NS 3430 (og NS 3431) i stor grad er kodifisert i NS 8405 og at hovedleverandørens koordineringsansvar i forholdet til egne underleverandører er svært likt det byggherren har etter den alminnelige entreprismodellen.

Under de oppdelte entreprisene er byggherrens koordineringsansvar sammensatt av flere forhold. Byggherren skal koordinere forholdet mellom de sidestilte leverandørene, blant annet med hensyn til fremdriften i prosjektet. Han skal også koordinere forholdet til sine egne leveranser under byggeprosessen.

En naturlig måte å koordinere byggeprosessen på er at byggherren først legger en overordnet plan hvor han plasserer alle aktørene i en tidslinje, hvor de ulike aktørene blir tillagt sine tidssoner som sier når de ulike leverandørene skal foreta sine kontraktsarbeider. Man får da den “kritiske linje” i fremdriftsplanen, som er tidspunktene de ulike leverandørene må ferdigstille sine arbeider for at nye aktører skal kunne starte sine arbeider, samt at leverandørene kan konstatere i hvilken grad det må påregnes parallellarbeider for dem. (NS 8405 pkt. 19.6).³²

Etter at avtalen er inngått må leverandøren fremlegge en detaljert plan over egne arbeider i henhold til den oversikten byggherren har gitt (NS 8405 pkt. 18.1). Dersom det er mange aktører involvert i prosjektet vil deretter leverandøren kunne kreve en detaljert helhetsplan utarbeidet av byggherren hvor alle aktører er inkludert, og hvor grunnleggende leveranser for leverandørens ytelse inntas i planen (NS 8405 pkt. 19.8).

Koordinering og planlegging av byggeprosessen er i liten grad regulert i NF 92. Trolig vil fremdriftsplanleggingen fra byggherren være svært lik forholdene under

³² Det vil ofte være knyttet dagmulksanksjoner i forbindelse med oversittelse av frister som ligger på den kritiske linje.

landentreprisene her. Vedlegg C til kontrakten vil normalt regulere forholdene nærmere. Leverandøren er i tråd med sin samarbeidsplikt etter NF 92 art. 4.3 bundet til i størst mulig grad å rette seg etter en slik koordinering da dette vil gi en mest rasjonell byggeprosess.

Dersom det oppstår svikt i byggherrens planlegging og koordinering vil dette normalt vise seg gjennom forsinkelser i henhold til kontraktens fremdriftsplan. Dette vil i seg selv medføre økte kostnader for prosjektet ved at leverandøren ikke vil kunne starte sine arbeider til fastlagt tid. Konsekvensen blir at personell og maskiner ikke kan benyttes som forutsatt. Årsaken til disse forsinkelsene kan være at en annen leverandør har blitt forsinket med sin ytelse, eller det kan være at byggherrens koordinering ikke har vært tilstrekkelig, for eksempel ved at det i fremdriftsplanen ikke er tatt tilstrekkelig hensyn til de ulike aktørenes gjensidige forstyrrelser.

Den klassiske situasjonen får vi der byggherren ikke på forhånd har planlagt prosjektet i tilstrekkelig grad, for eksempel ved ikke lagt inn tilstrekkelige marginer til å dekke inn vanskeligheter underveis i byggeperioden. Hvis da en sideleverandør blir forsinket i sitt arbeid og derfor ikke vil rekke ferdigstillelse i henhold til kritisk linje i fremdriftsplanen, vil vi kunne få to mulige scenarier.

Hvis byggherren i tråd med sitt koordineringsansvar da utsteder en ny koordineringsinstruks for den videre fremdriften i prosjektet vil det ikke foreligge noe mislighold av byggherren. Man vil likevel kunne havne innfor endringssystemet dersom den nye koordineringsinstruksen vil utgjøre en faktisk endring av leverandørens plikter etter den opprinnelige kontrakten, jfr. NS 8405 pkt. 19.6 jfr. pkt. 18.3 annet ledd og NF 92 art. 16.1. Denne siden går jeg ikke nærmere inn på.

Dersom byggherren i stedet unnlater eller avventer med å gi en koordineringsinstruks til de øvrige leverandørene, slik at disse feilaktig antar at deres kontraktsarbeid skal gjennomføres i henhold til kontrakten, vil man måtte kunne konstatere at det foreligger et mislighold fra byggherrens side, jfr. NS 8405 pkt. 19.6: "Byggherren skal sørge for den tidsmessige koordineringen ..., herunder utarbeidelse og justering av fremdriftsplanen etter 18.1 og samordning etter 18.3."

Også i henhold til NF 92 må dette kunne anses å være et kontraktsmislighold selv om koordineringsansvaret her er mindre regulert.

I de tilfellene hvor koordineringsinstruksen uteblir vil dette normalt medføre at leverandøren som i henhold til kontrakten skulle starte sine arbeider, vil få forsinkelser også i sine arbeider, typisk ved at hans arbeidsunderlag ikke er ferdigstilt ennå eller fordi hans tilkomst er redusert som følge av flere leverandører må arbeide parallelt utover det som var forutsatt. Leverandørens forsinkelse vil trolig også medføre økte kostnader for ham, da hans utstyr og personell må anvendes i en lengre tidsperiode enn fremdriftsplanen la til grunn. Det rettslige spørsmålet blir hvorledes leverandøren skal få disse forholdene kompensert.

Både NS 8405 og NF 92 gir leverandøren rett til å reise et endringsordrekrav mot byggherren for å få justert sine kontraktsplikter på grunnlag av de nye pliktene som følger av forsinkelsen byggherren bærer risikoen for, jfr. NS 8405 pkt. 19.6 jfr. 21.1 og NF 92 art. 11.2 jfr. art. 16.1. Begge kontraktene leder dermed situasjonen inn i endringssystemet, i tråd med de øvrige misligholdssituasjonene vi har vært innom.

Dersom det konstateres at det foreligger en endring av leverandørens plikter og årsaken til dette ligger i den misligholdte koordineringsplikten, får man spørsmålet om hvorledes den økonomiske kompensasjonen skal utmåles etter endringssystemet. Ofte vil koordineringssvikt ikke knytte seg til ett spesifikt forhold, men være konsekvenstep knyttet til andre inntrådte forhold. Dette gjør utmålingen til en vanskelig oppgave, noe som ble drøftet i forbindelse med OSL-saken.³³ Domstolen uttalte her:

“Det knytter seg store betenkeligheter til å utmåle et betydelig tilleggsvederlag til entreprenøren på et så skjønnsmessig grunnlag som det her er tale om.”

Domstolen erkjenner deretter at det er en risiko for at en slik utmåling kan slå feil ut fordi kravene er så sterkt knyttet til hverandre og at det kan virke tvistefremmende dersom domstolen tilkjenner leverandøren tilleggsvederlag på et så løst grunnlag. Spørsmålet domstolen da stiller seg, er om erstatningen bør begrenses til de poster som kan konkretiseres. Domstolen avslår dette gjennom et culpa-synspunkt, hvor den slår fast:

“... overbevist om at en betydelig del av de problemene dette byggeprosjektet støtte på under veis, må anses forårsaket av byggherren. Grunnlaget ble lagt ved at byggherren valgte en kontraheringsstrategi som forutsatte vesentlig sterkere styring under selve byggeprosessen enn det byggherrens organisasjon var rustet opp for å kunne håndtere.”

Lagmannsretten konkluderer deretter med at når byggherren så klart er årsaken til leverandørens merkostnader, så bør ikke det forhold at kostnadene er vanskelig å fordele på konkrete enkeltposter hindre at leverandøren får dekket sine kostnader. I dette tilfellet hadde ikke leverandøren noen mulighet til å motvirke de uheldige virkningene av den manglende koordineringen og han måtte derfor gjennomføre sine egne arbeider oppstykket og forsert. Dette gav ham rett til tilleggsvederlag for de merkostnadene han hadde blitt påført. Domstolen foretok derfor en skjønnsmessig utmåling for alle postene samlet.

4 Forutsetningssvikt

4.1 Alminnelige utgangspunkter

“ Vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av de tilgjengelige data. En vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten”. Dette ble uttalt av Bech i 1962, men resonnementet må sies å ha minst like stor aktualitet i dag som den gang, kanskje større, da kontraktene stadig blir teknisk vanskeligere å gjennomføre.^{34 35}

Begrepet “*forutsetningssvikt*” skal i det videre forstås som en betegnelse på en faktisk omstendighet som inntreffer eller oppdages etter kontraktsinngåelsen og som partene ikke tok i betraktning eller forutsatte da kontrakten ble inngått. De forutsetninger som svikter av helt ekstraordinære årsaker vil normalt også være dekket av bestemmelsene om *force majeure*, for eksempel hvor kontrakten blir vanskeligere å oppfylle grunnet et omfattende jordskjelv. Dette drøftes ikke nærmere.

“Forutsetningssvikt” må anses å være et paraplybegrep som dekker situasjonene *bristende* forutsetninger og *uriktige* forutsetninger. Dette blir et bredere begrep enn de rene “bristende forutsetninger”, ved at både forhold som partene feilaktig la til grunn ved avtaleinngåelsen og forutsetninger som brister underveis, kan falle inn under gruppen av endrede faktiske forhold. Dette vil blant ha en side til byggherrens opplysningsplikt og leverandørens undersøkelsesplikt, hvilket igjen kan få betydning for risikoplasseringen i kontrakten.^{36 37}

³⁴ Bech (1962) s. 13

³⁵ Bechs sitat gjentas i Rt. 1999 s. 922 hvor førstvoterende i tråd med Sandvik i *Entreprenørrisikoen* (1966) og Hagstrøm i *Entrepriserett* (1997) peker på at dette fortsatt er gjeldende rett.

³⁶ Se blant annet Agder lagmannsrett sin avgjørelse inntatt i RG 1982 s. 313 flg., hvor det antydes at hvor det kan gjøres skyldbetraktninger gjeldende mot byggherren så vil dette lettere føre til kontraktsrevisjon.

³⁷ Se avgjørelse av Borgarting lagmannsrett 10. desember 2001 (LB-2000-02809) hvor retten både vurderer byggherrens opplysningsplikt og entreprenørens undersøkelsesplikt før risikoen endelig plasseres.

I norsk rett er det den objektive forutsetningslæren som har fått tilslutning.³⁸ Den *objektive* forutsetningslæren ble lansert av Ussing, hvor man i stedet for å få basere seg på løftegiverens hypotetiske vilje, skulle vektlegge typiske forutsetninger for det enkelte rettsområde, for eksempel hvilke forutsetninger det for partene vil være normalt å legge til grunn i en byggekontrakt. Slike kriterier vil i større grad støtte seg på objektive vurderingskriterier og derfor fjerne noe av den usikkerhet den subjektive forutsetningslære baserte seg på. Senere har de samme forholdene fått mange navn, Barbo³⁹ benytter begrepet “endrede forhold”, mens Selvig⁴⁰ benytter begrepet “irregulær utvikling”.

Vilkårene for når en løftegiver kan påberope seg bristende forutsetninger har Høyesterett fastslått i Salhus-dommen.⁴¹ Retten uttaler:

“For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende på løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være “relevant”, noe som særlig peker hen på en hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”

Dette må anses å være en ren oppsummering av hva man tidligere har lagt til grunn i teorien som vilkår for å kunne gjøre bristende forutsetninger gjeldende innenfor entrepriserettens område.

Spesielt avklarende med hensyn til bruk av forutsetningslæren på entrepriserettslige kontraktsforhold har Tirranna II-saken vært. Voldgiftsavgjørelsen er inntatt i RG 1992 s. 728.

³⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsretten* (2003) s. 252

³⁹ Barbo (1997) s. 291

⁴⁰ Selvig i Knoph, s. 641

⁴¹ Inntatt i Rt. 1999 s. 922.

Saken omhandler skipet M/S Tirranna som sank i Finnsnesrenna i 1966, hvoretter den begynte lekke olje, noe som bidro til at Forurensningstilsynet besluttet at oljen skulle pumpes opp. Det ble deretter inngått avtale med leverandør om oppumping av oljen. Etter at arbeidet hadde kommet i gang viste det seg at deler av oljen hadde fått en fast konsistens, slik at den ikke lot seg pumpe opp i henhold til den *metode* leverandøren hadde lagt til grunn for sitt tilbud. Leverandøren krevde tilleggsvederlag for dette arbeidet og fikk medhold av voldgiftsretten. Retten ved voldgiftsdommer Sjur Brækhus gir flere prinsipielle uttalelser vedrørende forutsetningslæren.

Retten tar utgangspunkt i *kontrakten* og forsøker gjennom tolkning å fastlegge hvorvidt noen av partene har påtatt seg denne risikoen. Til dette svarer retten benektende, ingen av partene kunne sies å ha påtatt seg denne risikoen. Det som derimot var klart var at leverandøren hadde foreslått metoden som senere viste seg å svikte.

Kontrakten plasserte ikke denne risikoen, kontrakten måtte derfor utfylles og det var her snakk om en negativ utfylling av det som fulgte av tolkningen av kontrakten. Samtidig henvises det til forutsetningslæren.

Retten støtter seg til to betraktninger, for det første:

“doktrine og praksis fra entrepriserforhold vedrørende uforutsette hindringer som medfører at entreprenørens arbeid blir vesentlig mer tyngende og kostbart enn man regnet med ved kontraktsslutningen”(s. 743).

For det andre støtter retten seg på hensiktsmessighetsbetraktninger når den uttaler:

“Hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for hindringer som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt tilbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere seg på normalsituasjonen, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at kalkylene sprekker helt. Hvis det i det konkrete tilfellet er på det rene at entreprenørens pris er kalkulert ut fra en normalsituasjon, vil det også være ubillig å belaste ham med kostnader ved å overvinne hindringer som hans kalkyler ikke gir dekning for, omkostninger som kan være av en slik størrelsesorden at entreprenørbedriften vanskelig kan bære dem”(s. 743).

På tross av Tirranna-dommen var det i en periode omstridt hvorvidt læren om bristende forutsetninger hadde noen fremtid i norsk rett etter at avtalelovens § 36 trådte i kraft i 1983. Mange mente at avtalelovens §§ 33 og 36 vil dekke disse forholdene og at vi ikke lengre måtte støtte oss på en lære som revisjonsgrunnlag. Støtte i dette synet fant de blant annet i plenumsdommene inntatt i Rt. 1988 s. 279 og Rt. 1988 s. 295 som anvendte urimelighetsstandarden i avtalelovens § 36 til å oppregulere festeavgift i forbindelse med langvarige tomtefestekontrakter uten klausuler om indeksregulering. Spørsmålet ble likevel ikke endelig avgjort ved disse dommene.

I tidsrommet fra avtalelovens § 36 ikrafttredelse til slutten av 1990-årene hadde flere teoretikere gitt uttrykk for at de anså læren om bristende forutsetninger som underlagt denne nye lempingsregelen. Det var derfor noe overraskende at Høyesterett i Rt. 1999 s. 922 slo fast at læren om bristende forutsetninger fortsatt måtte kunne anvendes innenfor entrepriseretten. Høyesterett uttalte i den anledning:

“Jeg ser det slik at avtalerevisjon etter §36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor.”⁴²

Saken gjaldt byggingen av Salhus-broen, som ble bygd som en flytebro hvor forutsetningen om metoden som skulle anvendes ved fremstillingen av broen bristet og det påløp derfor store ekstrakostnader for leverandøren, blant annet fordi stålet som skulle anvendes måtte for- og ettervarmes. Flertallet (3) i Høyesterett tok utgangspunkt i læren om bristende forutsetninger, men leverandøren fikk likevel ikke dekket sine omkostninger da han var minst like nær å se denne risikoen som byggherren. Det ble blant annet lagt vekt på at leverandøren som den fremste i landet på dette området burde ha kunne forutsett risikoen ved oppdraget. Grunnen til at flertallet aksepterte læren om bristende forutsetninger som revisjonsgrunnlag og ikke avtalelovens § 36 skyldes nok at terskelen for avtalerevisjon i slike profesjonelle avtaleforhold ville ligge meget høyt etter avtaleloven og antagelig være strengere enn etter læren om bristende forutsetninger.

Mindretallet i Høyesterett mente derimot at avtalelovens § 36 burde være grunnlaget for vurderingen, noe som fremkommer gjennom uttalelsen til dommer Aarbakke:

“Det jeg har sagt, innebærer at den urimelighetsvurdering som skal foretas etter avtalelovens §36, vil ligge nær opp til den relevansvurdering som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger”⁴³

Høyesteretts mindretall påpeker her at de ikke anser det for å være noen realitetsforskjell mellom avtalelovens § 36 og læren om bristende forutsetninger ved store kontrakter som i dette tilfellet. Årsaken til dette var avtalelovens § 36 sin dynamiske karakter, hvor rimelighetsvurderingen blir justert i forhold til hva slags avtaleforhold man vurderer. Vurderingen etter avtaleloven ville derfor bli svært lik relevansvurderingen etter forutsetningslæren.

På grunnlag av den sterke dissensen (3-2) i Høyesterett spør det om siste ord er sagt i denne avgrensingsdebatten, mye tyder på at det er rom for nye løsninger senere. Slik mindretallet ønsket å anvende avtalelovens § 36 vil vurderingene ligge så tett opptil hverandre at det ikke vil utgjøre noen realitetsforskjell hvilket grunnlag man anvender.

Risikoplasseringen av nye situasjoner som inntre må begynne i kontraktens ordlyd, hvor man fastlegger leverandørens plikter gjennom en tolkning av kontraktsbestemmelsene. Først når man har fastslått leverandørens plikter etter kontrakten vil man kunne slå fast hvorvidt de nye arbeidene ligger utenfor den risikoen parten kan sies å ha påtatt seg. Spørsmålet i store utfyllende kontrakter⁴⁴ som entreprisekontrakter gjerne er, vil også være i hvor stor grad man kan vektlegge forutsetninger som ikke har kommet til uttrykk i en avtale som normalt fremstår som uttømmende.

I entrepriserettslige avtaler vil det være bortimot umulig å regulere alle tenkelige forhold som kan tenkes å inntre i løpet av kontraktsperioden. I de fleste kontrakter vil man nøye seg med å regulere de mest forekommende og deretter plassere risikoen for de øvrige gjennom en tolkning eller utfylling av avtalen.

⁴² Se dommens side 932.

⁴³ Se dommens side 943.

⁴⁴ Jfr. angloamerikansk kontraktstradisjon med prinsippet om uttømmende regulering av partenes plikter.

Etter norsk rett er det et relevant moment i tolkningsprosessen hvilke forutsetninger partene la til grunn på avtaletidspunktet, og disse kan ha stor betydning i prosessen med å fastlegge hvor risikoen bør ligge for et bestemt forhold.

Man skiller i teorien mellom *individuelle forutsetninger* og *typeforutsetninger*.⁴⁵ I de individuelle forutsetningene går det et skille mellom de forutsetninger som må anses å være akseptert av den annen part og som dermed utgjør en del av kontrakten, og de som ikke kan anses å ha blitt akseptert. De sistnevnte kan i liten grad bidra i tolkningen av kontrakten, men de kan likevel få betydning i spørsmålet om det foreligger bristende forutsetninger, i alle fall så lenge det var synbart for motparten av denne forutsetningen ble lagt til grunn på avtaletidspunktet.

Av dette følger at partenes forutsetninger kan ha to funksjoner. For det første som *tolkningsmoment*⁴⁶ når man skal fastlegge kontraktspliktene etter den opprinnelige avtalen og for det andre som et *revisjonsgrunnlag* for kontrakten, hvor man bruker læren om bristende forutsetninger som rettslig grunnlag for omlegging av avtalen.

Dersom risikoforhold ikke er særskilt regulert i kontrakten, må leverandøren ha adgang til å basere sin priskalkyle og sitt arbeidsopplegg på at arbeidet kan gjennomføres etter de metoder og med de hjelpemidler som er vanlige for arbeid av vedkommende art.⁴⁷ Dette bringer oss over i vurderingen av hva som legger grunnlaget for leverandørens forutsetninger. Spesielt viktig i denne sammenheng er de opplysninger byggherren gir knyttet til grunnforhold, metode og arbeidsforholdene ellers. Byggherrens opplysninger skaper sammen med leverandørens egne observasjoner og undersøkelser de forutsetningene som legges til grunn for avtalen.

Byggherrens opplysninger kan svikte på flere måter. Det klareste tilfellet er der anbudsgrunnlaget gir klare opplysninger som senere viser seg å være feilaktige, typisk ved at en grunnundersøkelse gir feil indikasjoner på de reelle grunnforholdene. I disse tilfellene er utgangspunktet for risikoplasseringen klar, byggherren sitter med risikoen.

Hvor opplysningene som fremkommer er uklare eller ufullstendige, og leverandøren ikke får tilstrekkelige opplysninger til å legge forutsetninger for arbeidene, reiser dette

⁴⁵ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2003) s. 306 flg.

⁴⁶ Barbo (1997) s. 305

⁴⁷ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 209

spørsmål om leverandøren selv må foreta undersøkelser. Hvor det kan være grunnlag for å kreve ytterligere undersøkelser fra leverandørens side og dette ikke foretas, vil resultatet kunne bli en utvidet risiko for leverandøren ved at han må påregne større avvik fra opplysningene som er gitt.

Dersom byggherren bevisst har holdt tilbake informasjon fra anbudsgrunnlaget slik at kontrakten blir inngått på uriktige forutsetninger, vil det være grunnlag for leverandøren til å gjøre ugyldighetsinnsigelser gjeldende. Trolig vil et slikt forsettelig kontraktsbrudd rammes av avtalelovens § 33, slik at avtalen som helhet vil kunne falle bort.

Leverandøren må i alle fall ha krav på justering av sine kontraktsplikter i disse tilfellene.

I forbindelse med opplysningsplikten og undersøkelsesplikten inntas gjerne forbehold som en reguleringsmekanisme til å endre risikoplasseringen. Svært ofte vil byggherren ta forbehold om at de opplysninger han gir i anbudsgrunnlaget kan avvike fra de faktiske forhold. I tilknytning til dette tas det gjerne inn en klausul om at leverandøren selv får undersøke de aktuelle forholdene. Hvilken vekt slike forbehold skal tillegges er usikkert.

Betydningen av slike forbehold må vurderes konkret i forholdet til kontrakten. Det må være klart at helt generelle ansvarsfraskrivelser i liten grad kan tillegges vekt. Derimot så vil forbehold som knytter seg til spesifikke forhold kunne berettige en risikooverføring der leverandøren har mulighet til å iberegne dette i sin risikovurdering ved anbudsinngivelsen. Hvor det i liten grad er foretatt undersøkelser og byggherren tar forbehold, vil dette i realiteten overføre undersøkelsesplikten på leverandøren.

Byggherrens forbehold vil da gjelde risikoen for de forhold som leverandøren kunne oppdaget gjennom en undersøkelse. Forbeholdet kan derimot ikke få anvendelse på de situasjonene som uansett ikke ville vært oppdaget, her må den alminnelige risikofordelingen fortsatt gjelde.⁴⁸

Relevant forutsetningssvikt vil kunne gi to *virksomheter* på kontrakten. For det første vil resultatet kunne bli at kontrakten bortfaller. Dersom grunnlaget har vært en *uriktig* forutsetning, vil dette kunne innebære at avtalen må anses ugyldig, noe som vil

innebære at kontrakten som helhet bortfaller ex tunc. En *bristende* forutsetning vil derimot kun få virkning på kontrakten fra det tidspunkt forholdet inntreffer. Dersom kontrakten skal bortfalle på dette tidspunkt blir det derfor ex nunc.

Det andre mulige resultat av en forutsetningssvikt er at kontraktspliktene modifiseres som følge av svikten. Hensikten er da at partenes plikter revideres slik at kontraktsobjektet kan ferdigstilles, samtidig som den rammede av forutsetningssvikten får kompensasjon for sitt merarbeid. I det følgende er det denne delen vi skal se nærmere på.

En fin illustrasjon finner vi i OSL-dommen⁴⁹, hvor saksøkeren grunnet et ekstraordinært stort tap i forbindelse med entreprisen prinsipalt la den påstand om tilsidesettelse av kontraktens vederlagssystem som følge av den bristende forutsetningen. Subsidiært ble det nedlagt påstand om revisjon av vederlaget innenfor kontraktens system.

Dersom kontraktens vederlagssystem skulle settes til side måtte man i stedet falle tilbake på en vederlagsberegning etter regningsprinsippet. Dette vil i så fall gi leverandøren dekning for påløpte kostnader pluss sedvanelig påslag etter regningsprinsippet. Årsaken til at dette ble påstått av saksøker var at de avtalte endringsratene ikke dekket det reelle tapet som hadde oppstått.

Lagmannsretten var ikke enig i full tilsidesettelse og fant at kontraktens endringsregler måtte være tilstrekkelig revisjonsgrunnlag. Revisjon utover dette må ha meget sterke grunner i slike profesjonelle avtaleforhold, noe retten fant ikke fant i dette tilfellet.

Lagmannsretten påpekte herunder:

“Selv om det ikke er mulig for retten å peke på å peke på konkrete punkter hvor entreprenøren kunne planlagt eller drevet bedre, er det grunn til å tro at deler av tapet i realiteten beror på egne forhold, eventuelt rett og slett på at han hadde gitt et for lavt anbud.”⁵⁰

Retten fant at ren tilsidesettelse av avtalens vederlagsregler ikke kunne være aktuelt hvor leverandøren i stor grad hadde seg selv å takke for den posisjonen han nå hadde endt i. Det var således ikke urimelig at han også måtte bære deler av risikoen for det

⁴⁸ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 237

⁴⁹ Eidsivating lagmannsrett 2. februar 2000 (LE-1998-00648)

⁵⁰ Lagmannsrettens bemerkninger i dommens pkt. 1.

økonomiske tapet han hadde lidt. Lagmannsretten fant støtte for et slikt syn blant annet i Salhus-dommen. Heller ikke avtalelovens § 33 kunne gi grunnlag for en slik revisjon av hele avtalen.

I det videre skal vi se på noen praktisk viktige typetilfeller av forutsetningssvikt. Det er viktig å presisere at ulike forutsetninger kan være tett tilknyttet hverandre. En forutsetningssvikt kan derfor senere kan medføre en ny forutsetningssvikt som et direkte eller indirekte resultat av den første, for eksempel hvor forutsetningene om grunnforholdene svikter slik at også metodeforutsetningene slår feil. Det lar seg ikke gjøre å sondre klart mellom disse ulike typetilfellene av forutsetningssvikt, systematikken i behandlingen av de ulike typene er derfor kun ment som et pedagogisk hjelpemiddel.

4.2 Forutsetningssvikt i byggekontrakter

4.2.1 Forutsetninger knyttet til grunnforholdene

En klassisk form for forutsetningssvikt er avvikende grunnforhold. Med avvikende grunnforhold menes at det foreligger et avvik mellom de forutsetninger leverandøren la til grunn vedrørende grunnen på avtaletidspunktet og det som senere viser å være de faktiske forhold. Leverandørens forutsetninger vil normalt basere seg på det kontrakten og dets vedlegg gir uttrykk for vedrørende grunnen. I forbindelse med større byggekontrakter er det normalt inntatt resultater fra grunnundersøkelser i anbudsgrunnlaget.

Dersom grunnforholdene i liten grad er berørt i kontrakten eller dets vedlegg, vil leverandøren måtte kunne legge til grunn en normalforventning med hensyn til grunnforholdene. Leverandøren må påregne at det kan være mindre avvik mellom de forventninger han har til grunnen og slik grunnen faktisk fremstår. Dette kalles leverandørens "offergrense". Grensen fastsetter når leverandørens plikter etter kontrakten stanser og man i stedet har med en relevant forutsetningssvikt å gjøre. I de tilfellene hvor kontrakten sier lite om grunnforholdene kan det være grunnlag for å kreve ytterligere undersøkelser fra leverandørens side. Dersom dette ikke gjøres kan man anse ham for å ha påtatt seg ytterligere risiko i forbindelse med grunnen. Man vil da utvide leverandørens offergrense.

Allerede i 1950 fikk vi en prinsipiell avgjørelse om avvikende grunnforhold avsagt som voldgiftsdom publisert i Rt. 1954 s. 32. Tvisten gjaldt avvik mellom en vedlagt geologisk grunnundersøkelse og de faktiske forhold. Voldgiftsretten la stor vekt på at forutsetningen for leverandøren Thor Furuholmens tilbud var at grunnforholdene var slik som beskrevet i den geologiske beskrivelsen. Retten uttalte så:

“Hvis det derfor senere viser seg at denne beskrivelsen ikke stemmer med de faktiske forhold, og disse faktiske forhold er slike at ingeniør Furuholmen får høyere driftsutgifter enn de han hadde grunn til å regne med, må ingeniør Furuholmen være berettiget til å få disse ekstra driftsutgiftene erstattet av Oslo Lysverker.”

Risikoen for slike forhold ble derfor lagt hos byggherren, noe som må være den klare hovedregel. Dette må gjelde uansett om grunnundersøkelsen formelt er innkorporert i kontrakten eller ei, det ville uansett være synbart for byggherren at dette var en vesentlig forutsetning for leverandøren.⁵¹

NS 3430 regulerer ikke forutsetningssvikt knyttet til grunnforholdene klart. Risikoplasseringen for prosjekteringsmislighold følger av pkt. 7.5, men også forutsetningssvikt hvor forutsetningsgrunnlaget delvis er hentet fra avtalen har man kunnet innfortolke i denne bestemmelsen. I disse tilfellene holdes leverandøren holdes skadesløs av byggherren ved at han har krav på dekning av *merutgifter* etter NS 3430 pkt. 21.⁵²

I rettspraksis har man i forbindelse med kontrakter etter NS 3430 hatt flere saker i rettssystemet som er av interesse.

En avgjørelse av interesse ble avsagt av Borgarting lagmannsrett 17. desember 1999 vedrørende entrepris kontrakten for E6-tunnelen i Vestby.⁵³ Tvisten oppsto som følge av at grunnforholdene i den tunnelen som skulle bygges til bruk for jernbane møtte uventet dårlige fjellforhold, hvilket medførte betydelige merarbeider og kostnader for leverandøren.

⁵¹ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 224.

⁵² Jfr. avhandlingens kap. 3.2.1.

⁵³ LB-1998-01706

Etter først å ha tatt stilling til spørsmål om mangler ved anbudsgrunnlaget og dermed om byggherrens hadde misligholdt sitt prosjekteringsansvar, kommer retten inn på vurderingen av mulig forutsetningssvikt. Lagmannsretten uttaler:

“Den geologiske fjellrapporten gir ingen vurdering av fjellkvaliteten og kan ikke sies å inneholde feil eller misvisende opplysninger utover det som er påpekt mht løsmasser. Det er ikke påvist at andre deler av anbudsgrunnlaget inneholdt feil eller mangler med hensyn til fjellforholdene i denne del av tunnelene. Derimot finner man godtgjort at fjellforholdene i NSB-tunnelen var uventet dårlige også frem til pel 12956, ... De uventede problemene i denne del av jernbanetunnelen var av en slik karakter og et slikt omfang at det etter lagmannsrettens syn utgjorde en bristende forutsetning for Eeg-Henriksens anbud.”

Fremgangsmetoden lagmannsretten her benytter er klassisk. Retten forsøker først å finne et grunnlag for å fastslå kontraktsmislighold hos byggherren ved å lete etter feil og uoverensstemmelser i den geologiske rapporten og anbudsgrunnlaget. Dette er en vanskelig oppgave for retten, da disse dokumentene i liten grad oppstiller klare vurderingskriterier, samtidig som byggherren hadde inntatt visse forbehold i kontrakten. Forbeholdene hadde blitt inntatt som tillegg til NS 3430 pkt 7.5, hvor byggherren tok forbehold om at grunnundersøkelsene “ikke uten videre kunne forutsettes å være utfyllende” og at “avvik..., som entreprenøren burde tatt i betraktning gir ikke rett til tillegg”. Retten tolket disse forbeholdene innskrenkende, men gav dem slik vekt at de modererte den normale risikofordelingen i NS 3430. Leverandøren fikk en noe større aktsomhetsplikt enn normalt, men forbeholdene kunne ikke medføre fullstendig risikoovergang fra byggherren til leverandøren.

Det forelå derfor intet klart grunnlag for å konstatere mislighold hos byggherren. Retten måtte derfor finne et annet rettslig grunnlag dersom leverandøren skal ha krav på tilleggsvederlag. Det naturlige valget var forutsetningslæren og det gav retten mulighet til å frigjøre seg fra kontraktens ordlyd og i stedet vektlegge partenes felles forventninger. Herunder uttales:

“For øvrig finner lagmannsretten det godtgjort at så vel byggherren som Eeg-Henriksen ventet stort sett normale fjellforhold. Og selv om anbudsgrunnlaget ikke inneholdt andre feil eller uoverensstemmelser enn dem som er nevnt over, gav det grunnlag for å forvente normale forhold.”

Vurderingsnormen var nå om leverandøren hadde fått plikter som overskred en normalforventning til oppdraget på kontraheringstidspunktet sett i lys av forbeholdene som var tatt. Retten drøfter deretter om det i kontraktens forbehold finnes grunnlag for å utvide leverandørens offergrense⁵⁴ ved dette entrepriseoppdraget. Til dette påpeker lagmannsretten at ingen av partene har herredømme over fjellforholdene, men at det må være byggherren som ligger nærmest å kartlegge denne risikoen. Deretter uttales:

“Lagmannsretten finner at fjellforholdene i denne del av NSB-tunnelen avvek fra det man etter en nøktern vurdering av anbudsgrunnlaget kunne forvente og at dette avviket medførte ekstrakostnader som oversteg det som entreprenøren måtte akseptere som egenrisiko.”

Rettens konklusjon var at leverandørens nye arbeidsplikt lå utenfor den offergrense han hadde etter kontrakten og at han derfor måtte ha krav på justering av avtalen for de avvikende grunnforhold som lå utenfor hans risikosone.

Borgarting lagmannsretts dom av 10. desember 2001 gjelder risikoplassering av vanskelige grunnforhold i forbindelse med bygging av veistrekning på E-134 mellom Drammen og Mjøndalen.⁵⁵ Leverandøren skulle etter kontrakten ta ut betydelige grusmasser mot enhetspris. Massene viste seg senere å være hardpakket morene som det var vesentlig vanskeligere å hente ut enn forutsatt. I likhet med den overnevnte saken vedrørende tunnelen i Vestby, tok retten også her utgangspunkt i kontraktens ordlyd. Risikoplasseringen av slike avvikende grunnforhold fulgte imidlertid ikke av kontrakten. Det grunnleggende spørsmål retten måtte ta stilling til var hvorvidt leverandørens arbeid hadde blitt:

“vesentlig mer tyngende og kostbart for Johan Rognerud AS enn forutsatt, og om entreprenørens forutsetninger i sa henseende var basert på en forsvarlig og nøktern vurdering av situasjonen ved kontraktsinngåelsen.”

I sine drøftelser tar retten utgangspunktet i en vurdering av forholdene på kontraheringstidspunktet, ut i fra hva en alminnelig god leverandør ville lagt til grunn i lys av den dokumentasjonen som da forelå. Deretter peker retten på at ikke enhver

⁵⁴ I dommen brukes begrepet ”egenrisiko”.

⁵⁵ LB-2000-02809

forutsetningssvikt gir grunnlag for avtalerevisjon. Retten oppstiller derfor som vilkår for avtalerevisjon at forutsetningssvikten:

“rokker ved det som kan karakteriseres som en rimelig byrdefordeling i avtaleforholdet, jf. Rt-1999-922 (931)”.

Retten peker her på den sammensatte vurderingen som flertallet i Høyesterett la til grunn i Salhus-dommen, hvor den særlig påpeker at risikoplasseringen blir en sammensatt vurdering der den konkrete rimeligheten må veie tungt. Det var intet grunnlag for å bebreide leverandøren for ikke å ha foretatt nærmere undersøkelser av forholdene i dette tilfellet og saken skilte seg derfor fra Salhus-dommen. Selve kontrakten var i dette tilfellet betydelig mindre enn Salhus-kontrakten og det var snakk om mer rutinepregede operasjoner i motsetning til den store og teknisk vanskelige kontrakten i forbindelse med brobyggingen. Det skulle derfor mindre til for å konstatere forutsetningssvikt her enn tilfellet var i Salhus-saken.

Lagmannsretten kom til at den ekstrabyrden som hadde blitt påført leverandøren lå utenfor det han kunne regne med innenfor de avtalte priser for oppdraget, slik at det forelå en forutsetningssvikt.

I spørsmålet om hvilken betydning denne forutsetningssvikten skulle få for vederlaget var det klart at leverandøren innenfor sin “offergrense” måtte regne med enkelte vanskeligheter av mindre inngripende art. Tvistespørsmålet retten måtte ta stilling til ble derfor:

“...spørsmålet om hvor grensen skal settes for hva Johan Rognerud AS (entreprenøren) måtte tåle innenfor rammene av de avtalte priser”

Denne “offergrensen” måtte retten fastsette skjønnsmessig, etter en konkret vurdering av avtalen med vedlagte dokumenter. Lagmannsretten påpeker at vurderingen i utgangspunktet blir objektiv. Det er altså ikke leverandørens subjektive forutsetninger man måler mot, men en objektiv norm som baseres på kontraktens pris og omfang. Mange av de samme vurderingsmomentene som ble fremhevet i saken vedrørende E6 i Vestby, ble også benyttet her.

Som vurderingsnorm for på hvilket tidspunkt offergrensen var overtrådt fant retten at leverandørens varsel om krav på dekning av merutgifter ville være et godt utgangspunkt. Årsaken til dette må ligge i at leverandøren under kontraktsarbeidene fortløpende vil vurdere de faktiske forholdene opp mot de forutsetningene han hadde på avtaletidspunktet. I dette tilfellet ble risikoovergang ansett å foreligge noe tid etter at varselet om krav på dekning av merutgifter ble sendt byggherren. Ut i fra beregningen av tilleggsvederlaget som leverandøren ble tilkjent kan det virke som retten har ment at risikoen i dette tilfellet burde deles tilnærmet likt på byggherren og leverandøren.⁵⁶ Det presiseres også i dommen at leverandøren har bevisbyrden for at slike bristende forutsetninger har inntruffet dersom han reiser krav om tileggsvederlag.⁵⁷

Forutsetningssvikt bringer også med seg problemstillinger knyttet til virkningssiden. Av særlig interesse er her Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 17. juni 2004⁵⁸ vedrørende entrepriseoppdraget for Oslofjordtunnelen. Tvisten sto mellom staten ved Samferdselsdepartementet (staten) og Scandinavian Rock Group (SRG).⁵⁹

Før entreprisearbeidene med å bygge Oslofjordtunnelen ble igangsatt, hadde *byggherren* foretatt en rekke geologiske undersøkelser, med blant annet kjerneboring og bruk av hull-til-bunn seismikk. Undersøkelsen fastslo at det var en sårbar sone i entreprisen, men konklusjonen var at også denne delen kunne drives på normal måte. Resultatene ble vedlagt i rapport ved anbudsinnbydelsen.

Etter at arbeidene hadde startet fant man likevel en løsmassesone som vil by på store ingeniørmessige og praktiske vanskeligheter, og det ble tidlig klart at man sto ovenfor arbeider som lå utenfor leverandørens forventninger til prosjektet. Som følge av forutsetningssvikten vedrørende grunnforholdene påløp det store ekstrakostnader i forbindelse med planlegging og driving av løsmassesonen. Tvisten gjaldt en rekke poster med typiske konsekvenstap forårsaket av disse vanskelige grunnforholdene.

⁵⁶ Lagmannsretten fordeler risikoen gjennom å finne en dato hvor de mener det skjer en risikoovergang, hvor entreprenørens "offergrense" overskrides og det blir naturlig å si at entreprenørens forutsetninger brister, slik at byggherren må bære risikoen fra dette tidspunkt ut fra en rimelig risikofordeling.

⁵⁷ Se avhandlingens kap. 2.2.2

⁵⁸ LB-2002-03890

Retten tar i dommens pkt. 2.2 og 2.3 stilling til krav om tilleggsvederlag fra SRG begrunnet i den forsinkelse leverandøren fikk som følge av de avvikende grunnforholdene. Kravene gjaldt utgifter til maskinleie og driftsledelse.

Lagmannsretten starter vurdering i kontraktens fremdriftsplan og spør om det foreligger noe objektivt avvik mellom denne og leverandørens fremdrift. Dette ble konstatert å ikke være tilfelle og det var derfor intet grunnlag i kontrakten for leverandørens krav på tilleggsvederlag. Deretter prøver de leverandørens påstand om at han hadde særskilte fremdriftsforutsetninger med grunnlag utenfor kontrakten. Dersom leverandøren skulle få medhold i sin påstand om at hans egne *fremdriftsforutsetninger* basert på grunnforholdene var andre enn kontraktens fremdriftsplaner, måtte dette også være synliggjort for motparten på et eller annet vis. Retten uttaler i den anledning:

“Ser en på de forskjellige varsler SRG har påberopt seg, må det slås fast at SRG her ikke ga uttrykk for at en la til grunn andre fremdriftsforutsetninger enn de som går frem av kontraktsfremdriftsplanen”

Lagmannsretten fant det ikke bevist at leverandørens forutsetning var synliggjort for byggherren. Leverandøren fikk derfor ikke dekket sine merkostnader på dette grunnlaget. I anledning leverandørens anførsel om at fremdriften i innredningsarbeidene i tunnelen ville ha vært vesentlig raskere enn fremdriftsplanen la til grunn, uttaler retten:

“Lagmannsretten ser ikke bort fra at det i anbudet og prosjektet lå en mulighet for SRG til å gjennomføre innredningsarbeidene hurtigere. Slik saken er anlagt, og slik kravet her er begrunnet, finner imidlertid lagmannsretten at det ikke er grunnlag for at kravet kan føre frem.”

Det retten her gjør er å heve bevisterskelen for leverandøren slik at han i realiteten fratras muligheten til å opparbeide seg flyt i kontrakten. Retten lar altså byggherren disponere over flytsonen som leverandøren har brakt inn i kontraktsarbeidet. Dette gjøres ved å fastslå at forsinkelser i henhold til leverandørens tidsplan som ikke medfører forsinkelse på prosjektets fremdriftsplan ikke gir krav på kompensasjon, dersom ikke leverandøren synliggjør en annen fremdriftsplan for byggherren. At det stilles så strenge krav til leverandøren kan være uheldig av den grunn at leverandøren nå må innta sin egen detaljerte fremdriftsplan i kontrakten eller dets vedlegg, for eventuelt senere å kunne godtgjøre en forsinkelse i henhold til egne fremdriftsforutsetninger. Samtidig gir dette

⁵⁹ Tvisten ble løst etter NS 3430 med visse justeringer

byggherren større mulighet til å øve press på leverandøren vedrørende raskere ferdigstillelse enn han kanskje i utgangspunktet hadde tenkt, hvilket vil innebære at leverandøren i mindre grad en tidligere kan beregne seg tid til å kompensere plunder og heft innenfor sin egen risikosone.⁶⁰

I dommens punkt 2.5 tar retten stilling til nok et krav fra leverandøren om dekning av konsekvenstap med grunnlag i de avvikende grunnforholdene. I dette punktet gjelder kravet økte lønnsutgifter som påløp som følge av en lengre kontraktsperiode enn forutsatt. Lagmannsretten uttaler:

“Utgangspunktet må være at økte lønnsutgifter er entreprenørens risiko. Er det ikke tatt høyde for dette i anbudsprisene, kan det i alminnelighet heller ikke bli tale om å velte en slik kostnad over på byggherren”.

Deretter uttaler lagmannsretten:

“ I vår sak ligger imidlertid forholdene så vidt spesielt an at det er grunn til å bedømme spørsmålet annerledes.”

Det påpekes her av lagmannsretten at forutsetningen om at grunnen var slik det fremkom av den geologiske undersøkelsen på avtaletidspunktet og at tunnelen kunne drives vanlig måte, ikke lenger var holdbar. Når forutsetningen om grunnen var uriktig og leverandøren måtte holde mannskaper i beredskap over lengre tid enn forutsatt, måtte dette berettige en revisjon av den normale risikofordelingen under kontrakt. Risikoen for de økte lønnsutgiftene blir så delvis overført på byggherren etter en helhetsvurdering av hvor risikoen bør ligge i en slik kontrakt. Trolig må lagmannsrettens risikooverføring være utslag av rimelighetsbetraktninger i dette tilfellet. Som det uttales i Tirranna II-dommen ville det være en uheldig utvikling dersom leverandøren skal måtte iberegne alle slike potensielle risikoforhold i sin prissetting. Da vil det være mer hensiktsmessig å foreta en risikoforflytning i de tilfellene hvor resultatet blir klart urimelig for leverandøren, slik det ble i dette tilfellet.

⁶⁰ Kaasen (1995) drøfter flytproblematikken på side 337 flg. Han tar ikke direkte stilling til hvem som eier flyten, men legger til grunn at dersom intet er avtalt så vil begge partene måtte kunne anvende denne flyten.

NS 8405 har ikke endret risikofordelingen for avvikende grunnforhold slik den er fremstilt gjennom NS 3430 og rettspraksis. Den nye standarden gjør likevel risikoplasseringen tydeligere. NS 3430 regulerte ikke klart grunnforholdene, noe NS 8405 nå gjør i pkt. 19.2 annet ledd. Utgangspunktet er som før at byggherren har risikoen for grunnforholdene. Dersom det skal være grunnlag fra å fravike dette utgangspunktet så må det foreligge klare holdepunkter for at leverandøren har påtatt seg risikoen.⁶¹

Hvor stort avvik leverandøren må akseptere mellom de forutsatte forhold og de reelle forhold må fastsettes skjønnsmessig, gjennom å fastlegge den såkalte “offergrensen”. Momentene i fastleggingen av grensen følger av pkt. 19.2 annet ledd, nemlig kontrakten selv, oppdragets art og omstendighetene for øvrig. Avgjørende må være en objektiv vurdering av disse kriteriene, slik at man må legge en alminnelig god fagleverandørs alminnelige forutsetninger til grunn, ikke hva den involverte leverandøren faktisk forutsatte, jfr. ordlyden “hadde grunn til å regne med”. Også den rettspraksis som er gjennomgått i det tidligere vil være rettlede for hvor offergrensen går.

Leverandøren har en varslingsplikt dersom grunnforholdene ikke oppfyller de krav som man etter kontrakten kunne forvente, jfr. NS 8405 pkt. 22.1 annet ledd. Dette varselet skal ivareta byggherrens styringsbehov i prosjektet slik at han raskt kan gi tilbakemelding gjennom instruks eller lignende. Byggherren er således ilagt en svarplikt i henhold til pkt. 22.2 hvordan situasjonen skal løses. Dette kan han gjøre ved å utstede en endringsordre i henhold til pkt. 20.1 jfr. pkt. 20.3, eller han kan gi en instruks eller ny tegning til leverandøren, som da må kreve utstedt endringsordre dersom de nye pliktene går lengre enn den opprinnelige kontrakten, jfr. pkt. 20.5. Vi ser hvorledes kontrakten leder oss inn i endringsreglene og gir ryddige retningslinjer for partene.⁶²

Innenfor offshorekontraktene oppstår det også konflikter knyttet til forutsetningssvikt om grunnforholdene. Et nylig oppstått tilfelle er injeksjonsplattformen på Valhall-feltet, hvor partene strides om den feilslåtte installeringen skyldes mangler ved designet av stålet i pælene eller om det foreligger en uriktig forutsetning knyttet til grunnforholdene.

⁶¹ NS 8405 Med kommentarer (2004) s. 241

⁶² Se for øvrig avhandlingens kap. 2.3.

Avgjørelsen av dette spørsmålet vil som vi forstår få stor betydning for den endelige kostnadsfordelingen.⁶³

NF 92 regulerer ikke forutsetningssvikt vedrørende grunnforholdene eksplisitt, slik den regulerer situasjonen der merkostnader påløper som følge av byggherrens mislighold, for eksempel ved hans prosjektering. Dersom leverandørens plikter etter kontrakten endres utover hans offergrense etter kontrakten, må han likevel kunne kreve kompensasjon for disse forholdene. Leverandøren må da kunne pretendere at byggherren fortsatt ønsker sitt produkt ferdigstilt på tross av de endrede forholdene.⁶⁴ Som drøftet under kap. 2.2.1 i avhandlingen, må leverandøren da reise et endringsordrekrav til byggherren i henhold til NF 92 art. 16.1 hvor han gjør gjeldende de forhold som utgjør en relevant bristende forutsetning. Dette vil da utløse en svarplikt for byggherren etter NF 92 art. 16.2, hvorefter han må ta stilling til om han ønsker å utstede en endringsordre, jfr. NF 92 art. 14. Alternativet er en omtvistet endringsordre, jfr. NF 92 art. 16.2, dersom han mener forutsetningssvikten må ligge innenfor leverandørens offergrense.

En vederlagsjustering på grunnlag av at forutsetningen om grunnforholdene brister vil måtte skje i henhold til art. 13 hvor det oppstilles endringsrater som skal anvendes hvor de er anvendelige. Dersom endringsratene ikke passer på det aktuelle forholdet må partene i henhold til art. 13.2 e) utarbeide nye endringsrater i tråd med avtalens kommersielle balanse, jfr. ordlyden “reflekterer det generelle prisnivå”. Det skal likevel tas hensyn til de endrede forutsetningene, slik at man nok i realiteten vil ende opp med noe nær et “kostpluss-prinsipp” også her. Dessuten har leverandøren krav på justering av fremdriftsplanen etter art. 13.4 for den samlede forsinkelsesvirkningen.

4.2.2 Forutsetninger knyttet til tilkomst

Med begrepet ‘tilkomst’ menes leverandørens anledning til å starte arbeidet på det tidspunkt som avtalt, på det arbeidsunderlaget som følger av avtalen og med slik faktisk adgang til arbeidsplassen at arbeidet kan gjøres i henhold til planlagt progresjon.

⁶³ Er i skrivende stund kjenner jeg ikke til om konflikten er løst.

⁶⁴ Kaasen (1995) s. 287.

Tilkomstforutsetninger kan deles i to typer. For det første må leverandøren ha en klar berettiget forventningen om å få tilgang til selve byggeplassen. Dette er et spørsmål som sjelden er tvilsomt. Et langt vanskeligere spørsmål oppstår dersom leverandøren får tilgang til selve byggeplassen, men hvor arbeidssituasjonen her blir vanskeligere enn forutsatt slik at hans tilkomst blir redusert, for eksempel fordi arbeidsgrunnlaget avviker fra leverandørens forventninger eller leverandøren opplever annen redusert tilkomst. En slik situasjon kan typisk være hvor andre leverandører, som i utgangspunktet skulle ha ferdigstilt sine oppdrag, fortsatt arbeider på byggeplassen. Da vil man få større grad av parallellarbeid enn kontrakten la til grunn. Av plassmessige og sikkerhetsmessige årsaker vil det lett medføre forsinkelser da man må ta større hensyn til de øvrige aktørene enn man forutsatte ved anbudsinngivelsen.

Spørsmålet om tilkomst er sterkt knyttet til forutsetninger knyttet til arbeidsunderlaget, altså det arbeidet leverandøren skal arbeide videre på. Men tilkomst har også sterke forbindelser til byggherrens koordineringsansvar. En slik situasjon vil kunne være hvor byggherrens koordinering er mangelfull, for eksempel fordi han har beregnet for liten "slakk" i kontrakten til overgangsperioder mellom ulike leverandører, noe som vil gi økt grad av parallellarbeid. Resultatet av dette vil ofte bli redusert tilkomst for leverandøren.

Det må anses som sikker rett at det er byggherren som har risikoen for leverandørens rimelige forutsatte tilkomst.⁶⁵ Likevel har verken NS 8405 eller NF 92 uttrykkelig regulert leverandørens tilkomst. Trolig ligger årsaken til dette i at partene anser leverandørens tilkomst som en selvfølgelighet, slik det ikke har vært nødvendig å regulere dette. En annen grunn til ikke å regulere tilkomstspørsmålet har trolig vært erkjennelsen av at det å regulere graden eller kvaliteten av tilkomsten generelt vil være vanskelig. Dersom partene i avtalen regulerer tilkomstspørsmålet, gjøres dette ofte ved å innta klausuler om at leverandøren må iberegne forstyrrelser på grunn av parallellitet osv.

Normalt vil kontraktens fremdriftsplan være rettleidende for når leverandøren skal starte og avslutte sine kontraktsarbeider. Tidspunktene vil således si noe om når leverandøren

⁶⁵ Dette ble lagt til grunn allerede i 1966, jfr. Sandvik, *Entreprenørrisikoen* s. 252 flg.

kan kreve tilkomst til arbeidsstedet og hvor langt de øvrige leverandørene bør ha kommet i forbindelse med arbeidsunderlaget det skal arbeides videre på. At fremdriftsplanen må være utgangspunktet følger bla. av OSL-dommen hvor retten i pkt. 4.2 uttaler:

“Lagmannsretten er ikke enig med entreprenøren i at han ut fra fase-beskrivelsen i anbudsdokumentet kunne basere sine kalkyler på at han ville få arbeide relativt alene og uforstyrret i byggegropa.”

Det var derfor fremdriftsplanen og beskrivelsene i anbudsdokumentene som lå til grunn for hvilke forutsetninger som var rimelige fra leverandørens side.

Deretter behandler retten sammenhengen mellom tilkomstforutsetningene og byggherrens koordinering, hvor det i forbindelse med risikoplasseringen uttales:

“ På den annen side er retten ikke i tvil om at de milepelene byggherren hadde satt opp for når de enkelte sideentreprenørene skulle starte opp, var fastsatt på et sviktende grunnlag. Retten kan derfor ikke se at entreprenøren hadde noen reell mulighet til å motvirke de uheldige konsekvensene av dette under veis...”

Så lenge leverandøren hadde oppfylt sin tapsbegrensningsplikt og forsøkt å kompensere den reduserte tilkomsten, måtte han derfor ha en beskyttelsesverdig posisjon, noe som måtte gi ham rett til kompensasjon for den manglende tilkomsten.

Et annet eksempel på problemstillingen rundt redusert tilkomst finner vi i Oslofjordtunnel-saken,⁶⁶ hvor hovedgrunnlaget for kravet om tilleggsvederlag var grunnforholdene. Grunnforholdene medførte at en rekke av leverandørens forutsetninger til kontraktsarbeidet senere viste seg å bryte. I dommens punkt 2.6, reises det krav på kompensasjon for redusert arbeidstid som følge av at tilkomsten ble betydelig redusert grunnet svekket arbeidsmiljø i tunnelen. Årsaken til det svekkede arbeidsmiljøet lå i vanskelighetene med løsmassesonen som bidro til svekket tilkomst for anleggsarbeiderne. Lagmannsretten uttaler her:

“Selv om utgangspunktet og hovedregelen må være at entreprenøren bærer risikoen for arbeidstidens lengde, vil det kunne gi lite rimelige resultater om den reduserte arbeidstiden skyldes omstendigheter ved arbeidsmiljøet som ligger utenfor det som entreprenøren har grunn til forvente.”

Lagmannsretten fastslår at arbeidsforholdene leverandøren her måtte hankses med gav ham så redusert tilkomst til arbeidsstedet at det lå utenfor hans rimelige forventninger til kontraktsarbeidet. Når de påkrevde merarbeider lå utenfor hans “offergrense” etter kontrakten, gav dette rett til dekningen av merutgiftene som leverandøren ble påført i henhold til NS 3430 pkt. 21.1. Kravet ble således ikke behandlet som noen endring etter NS 3430 pkt. 28, hvorefter også påslag ville blitt iberegnet.

Løsningen ville trolig blitt annerledes under NS 8405 da man etter pkt. 24.2 jfr. 24.4 og 24.5 vil anvende kontraktens enhetspriser dersom partene ikke blir enige om kompensasjonen. Dette betyr at man ville anvende timeprisen på den aktuelle arbeidskraft som er inntatt i den opprinnelige kontrakten, dersom man ikke har avtalte egne endringspriser, og i de opprinnelige prisene vil det normalt foreligge et påslag av fortjeneste i prisen.

Det vil ofte være vanskelig å finne tilstrekkelige holdepunkter i kontrakten til å fastslå kontraktsbrudd fra byggherrens side vedrørende tilkomstspørsmålet. I den nye landentreprisestandarden er det derfor inntatt i bestemmelsen om leverandørens krav til arbeidsunderlaget at man kan legge vekt på partenes forutsetninger. Dette følger av NS 8405 pkt. 19.2 annet ledd og må trolig kunne anvendes også på tilkomstspørsmålet etter en utvidet tolkning av bestemmelsens anvendelsesområde. Sammenhengen mellom tilkomst og arbeidsunderlag er så sterk at dette må anses forsvarlig.

Leverandøren kan kreve at arbeidsunderlaget er “slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”.

Bestemmelsen slår fast at risikoen for avvik fra en slik normalforventning påligger byggherren. Kriteriene for fastleggingen av normalforventningen må da blant annet være kontraktens type og størrelse. Dersom det for eksempel fremkommer av anbudsdokumentene at arbeider utgjør en mindre del av et stort prosjekt, vil det være påregnelig for leverandøren at det vil oppstå parallellarbeider. Det sammen vil være tilfelle hvis det fremkommer at byggverket skal fremstilles spesielt raskt.

Hvis leverandøren derimot har spesielle krav til å få arbeide i fred og disse går utover normalforventningen, bør han selv ha incitamentet til å innta dette i avtalen eller på annen måte synliggjøre denne forutsetningen for byggherren. Dette kan for eksempel

⁶⁶ LB-2002-03890

gjelde utstyr som krever spesielt stor plass eller som på annen måte umuliggjør parallelt arbeid. Leverandøren sitter lett med risikoen dersom han unnlater å sikre seg dette i kontrakten. De samme synspunkter må kunne gjøres gjeldende dersom leverandøren har særlige krav til kvaliteten på det arbeidsunderlaget han skal arbeide videre på.

Dersom leverandøren har fått en dårligere tilkomst enn han forutsatte på kontraheringstidspunktet og dette faktisk hindrer ham slik at han blir påført fremdriftsvirkninger eller økte økonomiske kostnader, vil han etter risikoplasseringen for svikt i tilkomstforutsetninger kunne kreve disse dekket av byggherren. Hindret blir leverandøren dersom han grunnnet arbeidsunderlaget eller manglete tilkomst faktisk må legge ned større ressurser i form av tid eller penger for å ferdigstille sitt kontraktsforpliktete arbeid enn det en profesjonell leverandør hadde grunn til å regne på med avtaletidspunktet.⁶⁷

Måten man krever kompensasjon på, er etter NS 8405 og NF 92 å oversende et endringsordrekrav til byggherren. Dette følger av NS 8405 pkt. 21.1 jfr. 22.1 annet ledd og 23.3. Etter NF 92 må det samme følge av art. 11.2 jfr. 16.1. Situasjonen blir da ledet inn i endringssystemet for den videre behandling av kravet.

Primært må leverandøren ha krav på fremdriftsjustering der han blir forsinket som følge av den manglende tilkomsten, jfr. NS 8405 pkt. 25.1 og NF art. 13.3. Normalt vil det også påløpe ekstrakostnader i denne sammenheng, ved at utstyr og rigg må brukes over lengre tid enn antatt. Leverandøren vil ha krav på vederlagsjustering for disse postene etter NS 8405 pkt. 24.2 og 24.3 og NF 92 art. 13.2.

4.2.3 Forutsetninger knyttet til metodevalg

Det finnes i utgangspunktet et ubegrenset antall måter å definere kontraktsarbeidet på i en kontrakt. Innenfor entrepriseretten kan man i alle fall sondre mellom to måter å fastesette disse kravene på.

En måte er de tilfellene hvor *byggherren* foretar en omfattende prosjekteringsfase og fastlegger den metode han ønsker at leverandøren skal anvende i detalj. I disse tilfelle får leverandørens plikter etter kontrakten preg av å være en omsorgs- og arbeidsforpliktelse. Han plikter å stille det personell og utstyr som kontrakten krever og

⁶⁷ Se for øvrig kap. 2.2.2.

i henhold til dette gjøre en fagmessig oppfyllelse av kontraktens fremgangsmåte. Dersom byggherrens detaljregulering ikke leder frem til målet, vil dette ligge utenfor leverandørens risiko, da han har fulgt de pliktene som følger av deres kontrakt.⁶⁸

På den andre siden har man de kontraktene hvor byggherren i liten grad gir føringer på hvilken metode leverandøren skal anvende, noe som gir leverandøren et stort spillerom i valget av fremstillingsmetode. Kontrakten oppstiller i stedet krav til hvilket resultat byggherren ønsker at kontraktsgjenstanden skal få, typisk gjennom bruk av *funksjonskrav*. Her blir det tilnærmet en resultatforpliktelse for leverandøren og i disse tilfellene pålegger NS 8405 pkt. 13.1 og NF 92 art. 23.1 første ledd leverandøren et visst prosjekteringsansvar. I store kontrakter vil man i større utstrekning gjøre bruk av funksjonskrav enn man vil i mindre kontrakter. Dette betyr i realiteten at de større kontraktene vil komme nærmere risikofordelingen slik den er under totalentreprisekontrakter, dvs. med et prosjekteringsansvar for leverandøren. Leverandørens prosjekteringsansvar ved funksjonskrav må antas å være et unntak fra hovedregelen om at leverandøren bare kan pålegges prosjekteringsansvar etter uttrykkelig avtale, jfr. NS 8405 pkt. 13.1 andre ledd.

En avgjørelse som virkelig satte fokus på metodespørsmålet ved vurderingen av bristende forutsetninger var voldgiftsdommen "Tirranna-dom II".⁶⁹

Twisten oppsto på grunnlag av at leverandøren som hadde påtatt seg å tømme vraket for gjenværende olje, hadde lagt til grunn at oljen skulle kunne pumpes opp fra vraket. Når denne metoden viste seg å ikke være anvendelig fordi oljen hadde endret konsistens og derfor måtte varmes opp før den kunne pumpes opp, så reiste leverandøren krav om tilleggsvederlag for dette arbeidet. Under henvisning til blant annet Bechs uttalelse⁷⁰ og hensiktsmessighetsbetraktninger fant voldgiftsretten at en slik svikt i leverandørens forutsetning om valg av metode måtte anses å være en bristende forutsetning som gav rett til tilleggsvederlag.

⁶⁸ Jfr. Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 204.

⁶⁹ Jfr. RG 1992 side 728, også omtalt i kap. 4.1.

⁷⁰ Jfr. sitatet inntatt i første avsnitt i avhandlingens kap. 4.1.

I voldgiftsdom av 26. januar 1993 ble det for fabrikkasjonskontraktene avsagt en interessant avgjørelse i en tvist mellom Phillips-gruppen (byggherre) og Peconor (leverandør) om oppgjøret for Ekofisk-veggen.⁷¹

Årsaken til tvisten var den skjøteløsning som selskapet hadde angitt som metode for sammenkoblingen av veggens to halvdelar. Under arbeidets gang ble metoden endret på flere viktige punkter. Flertallet i voldgiftsdomstolen kom til at selv om den opprinnelige kontraktsbeskrevne metoden ikke kunne oppfattes som ikke-gjennomførbar, så:

“viste utviklingen at den var både uhensiktsmessig og uheldig.”

Videre ble det presisert at det ikke var ett enkelt moment i seg selv som utgjorde den bristende forutsetningen, med den samlede effekten av flere forhold. Herunder uttales:

“... sto ovenfor et konsept som – sett i etterhånd – hadde klare svakheter, og som det derfor ville knytte seg betydelige problemer til ... Det enkelte problem var riktignok ikke av en slik art eller størrelse at det representerte en avgjørende begivenhet. Sett i sammenheng fikk man likevel en situasjon der Peconor etter flertallets mening ikke lenger kunne være forpliktet til å bære byrdene alene.”

Denne “dråpeteorien” pekte på en videreutvikling av forutsetningslæren, ved at en bristende forutsetning også kan utvikle seg over tid. Spesielt i langvarige kontraktsforhold vil det jo åpne seg muligheter for videreutvikling av metoden underveis, og i disse tilfellene må leverandøren kunne legge sammen virkningene av disse når han skal vurdere om disse ligger utenfor hans rimelige forventninger til kontraktsgjennomføringen. Litt av bakgrunnen for denne tanken ligger i at mange mindre hendelser samlet sett kan gi en større virkning enn enkelthendelsene hver for seg skulle tilsi. I forbindelsen med offergrensen vil det klart bli synlig der enkelthendelsene hver for seg vil ligge innenfor leverandørens offergrense, mens den samlede effekten da vil overstige denne grensen, hvilket vil gi han et krav på kontraktsjustering for det som faktisk overstiger hans offergrense. I dette tilfellet må det være klart at leverandøren kan legge den samlede effekten til grunn.

De momenter som særlig ble vektlagt av voldgiftsdomstolen var at kontrakten ble inngått under sterkt tidspress, hvor Peconor ble “presset” inn i et kontraktsforhold hvor de ikke hadde tid til å etterprøve selskapets prosjektering. Anbudsrunden ble også

⁷¹ Dommen er ikke publisert, gjengitt som hos Kaasen (1995) s. 283.

gjennomført parallelt med prosjekteringen. Forholdene i forkant og ved selve kontraktsinngåelsen var da etter flertallets mening slik at det skulle lite av uforutsett utvikling til før leverandøren ville ha rett til ytterligere betaling. Leverandørens offergrense var derfor relativt liten. Byggherren ble ikke hørt med at Peconor ved å inngå en slik avtale under stort tidspress hadde påtatt seg en viss risiko for slike utviklingsfeil med åpne øyne. Resultatet ble derfor at vederlaget ble oppjustert.

Et eksempel på sammenblanding av prosjekteringsrollen finner vi i Eidsivating lagmannsretts dom av 18. august 1997 vedrørende brobyggingen over Glomma ved Rena.⁷² Byggherren hadde i anbudsgrunnlaget forutsatt støping under vann som metodevalg for entreprisen. Leverandøren innga så et avvikende anbud som forutsatte tørrstøping ved hjelp av en såkalt fangdam. Det ble så kontrahert på grunnlag metoden foreslått av leverandøren, da han også hadde inngitt det laveste anbudet. Metoden leverandøren hadde valgt viste seg senere å mislykkes som følge av støpegropen stadig ble fylt med vann som trengte igjennom grunnen. Det påløp derfor store ekstrautgifter for å få ferdigstilt broens fundament.

Det rettslige spørsmålet ble så hvem som måtte bære risikoen for at metoden feilet. Retten kom til at NS 3430 pkt. 7.6, som tilsvarende NS 8405 pkt. 13.1 tredje ledd, etablerer ansvarsfordelingen mellom byggherren og leverandøren i dette tilfellet. Leverandøren måtte ha det objektive ansvaret for at metoden sviktet og derfor risikoen for merutgiftene som påløp. Årsaken til denne risikofordelingen ble begrunnet i at leverandøren på eget initiativ innleverte et forslag til metodevalg som var vesentlig annerledes enn byggherrens forslag i anbudsgrunnlaget. Leverandøren påtok seg derfor et prosjekteringsansvar.

Dette synet er i tråd med teorien som finnes på området. Sandvik⁷³ uttaler således: “Kravet om uttrykkelig overtakelse av ansvar kan likevel ikke tas helt på ordet. Det må være tilstrekkelig at det er klart at leverandøren har påtatt seg selvstendig å foreta prosjekteringsoppgaven. Dette vil således være tilfelle dersom entreprenøren har inngitt variantanbud helt basert på egen konstruksjon og byggherren antar dette,…”

⁷² LE-1996-00585. Tvisten ble løst etter NS 3430.

⁷³ Sandvik *Kommentarer til NS 3401* (1977) s. 119. Likeledes Hagstrøm, *Entrepriserett* (1997) s. 84.

Det som likevel kan være gjenstand for diskusjon ved Eidsivatingss dom er drøftelsen om *bevistvilen*, dvs. hvem som må godtgjøre risikooverføringen i forholdet til standardens utgangspunkt om at byggherren har prosjekteringsrisikoen. Retten foretok en konkret vurdering av dette spørsmålet, hvor hensynene til partenes faglige og økonomiske ressurser ble vektlagt, i tillegg til partenes gjensidige forpliktelse til å sikre et klart kontraktsgrunnlag for den endrede utførelsen. Deretter uttaler retten:

“... burde også Martin M. Bakken (entreprenøren) ha gjort SvH (byggherren) oppmerksom på at selskapet forutsatte at byggherren påtok seg ansvaret for metodevalget ved sin påskrift på kontrakten, og dessuten sikret seg en bekreftelse på at SvH var villig til å påta seg dette ansvaret. Dette ble ikke gjort, og SvH kan da ikke anses å ha påtatt seg et slikt ansvar.”

Resultatet ble at leverandøren fikk bevistvilen for et forhold som påførte ham nye byrder, uten at kontrakten slo fast at han skulle overlevere prosjekteringsdokumenter til byggherren for den alternative metoden. I denne aktuelle anbudskonkurransen ble det inngitt flere anbud, hvor kun kontraktens leverandør inngav anbud basert på en avvikende metode. Dette stilte byggherren i en valgsituasjon hvor han kunne velge det billigste anbudet basert på en alternativ metode, eller han kunne velge et noe dyrere anbud basert på den metoden som fremkom i anbudsdokumentene. Selv om byggherren valgte å kontrahere på grunnlag av den alternative metode, mente retten at risikoen i utgangspunktet måtte plasseres hos leverandøren etter NS 3430 pkt. 7.6.1.

Dette utgangspunktet for risikoplasseringen blir deretter modifisert av retten. Retten uttaler:

“Det fremgikk av bevisføringen at SvH (byggherren) lot foreta visse vurderinger av fangdammetoden gjennom egen rådgivende ingeniør og egen geoteknisk ansvarlig. Ingen av disse skal internt ha gitt uttrykk for betenkeligheter mot å bruke fangdammetoden på tross av et godt kjennskap til grunnundersøkelsen.”

På grunnlag av disse undersøkelsene fra byggherrens side fant retten at det var grunnlag for en risikodeling, hvorav byggherren ble pålagt å bære 30 % av kostnadene ved svikten på grunnlag av den sviktende faglige vurderingsevnen han hadde utvist. Spørsmålet man kan stille i denne anledning er om byggherren i større grad burde vært

pålagt ansvaret for svikten, i lys av at han kontraherte på grunnlag av den alternative metoden han selv hadde undersøkt uten å finne betenkeligheter.⁷⁴

I saken vedrørende Salhus flytebro⁷⁵ sto tvisten mellom AF Salhus Flytebro (Leverandør) og Staten v/samferdselsdepartementet (byggherre). AF reiste krav om tilleggsvederlag for utgifter som hadde påløpt som følge av at den metode for sveising av stål som de hadde lagt til grunn ved sin anbudsinnngivelse hadde sviktet.

Retten var imidlertid enig med staten i at adgangen for en slik revisjon må være begrenset når:

”den foreliggende entreprise skulle utføres i det vesentlige på KEUMs (leverandørens) egne verksteder og med *metoder* som KEUM valgte og hadde herredømme over. Kontrakten foreskrev ikke, ut over enkelte mer sporadiske krav, spesielle metoder for utførelsen av sveisearbeidene. Disse var således AFs (leverandørens) valg og i utgangspunktet AFs ansvar.”⁷⁶

Sitatet fra Høyesterett gir altså klare signaler på at det skal mer til å bruke læren om bristende forutsetninger som revisjonsgrunnlag når kontrakten/anbudsgrunnlaget gir få retningslinjer for metodevalg hos leverandøren, slik at han selv har friheten til å velge metode for fremstillingen. Kontrakten bar preg av å stille funksjonskrav til kontraktsobjektet og dette innebar at man var nær en resultatforpliktelse for leverandøren. Leverandøren får i disse tilfellene en noe større risiko for oppfyllelsen enn når byggherren har gitt utfyllende instruksjoner om metodevalg. Valget av leverandør var under byggingen av Salhus-broen ikke tilfeldig. Byggherren hadde derimot valgt en leverandør han visste hadde stor kompetanse vedrørende slike byggeprosjekter, da arbeidet var av teknisk svært vanskelig art.

Når metoden som AF hadde lagt til grunn for sitt anbudsgrunnlag gav sprekkdannelse i sveisen ble det i stedet et rent risikoplasseringsspørsmål hvem som lå nærmest å kunne se dette forholdet. AF hadde blitt tildelt kontrakten blant annet fordi de besatt noe av den fremste kompetansen på dette fagområdet i Norge, samtidig som det hadde kommet ut fagbøker på denne type sveising i det samme tidsrommet. Dette mente Høyesterett måtte bety at problemene ikke kunne komme helt overraskende på leverandøren. Det

⁷⁴ Se NS 8405 Med kommentarer (2004) s. 156-157.

⁷⁵ Rt. 1999 s. 922.

⁷⁶ Rt. 1999 s. 922 på side 932.

forelå derfor ingen utviklingsrisiko som måtte bæres av byggherren. Leverandøren måtte derfor være nærmest å kunne forutse risikoen for at disse forutsetningene sviktet.

En dom som omhandler en litt annen kontraktsforpliktelse er Borgarting lagmannsretts dom av 1. desember 2003 vedrørende entreprisetavtalen for nye Bakke-bro.⁷⁷ Tvisten sto mellom Buskerud Fylkeskommune (byggherre) og NCC (leverandør). I motsetning til i Salhus-saken var dette entreprisedraget et mindre arbeid med et svært detaljert anbudsgrunnlag som i stor grad fastsatte den metode som leverandøren måtte anvende. Dette resulterte i at leverandøren fikk en tilnærmet ren omsorgsforpliktelse i henhold til kontrakten. Retten måtte da ta stilling til hvorvidt leverandøren hadde gjort kontraktsarbeidet på en fagmessig god måte sett i henhold til hva som kan forventes av en alminnelig god leverandør under en slik kontrakt.

Etter at leverandøren hadde mislyktes med den første pælingen i henhold til byggherrens metode, anbefalte leverandøren at man skulle endre metode. Dette ønsket ikke byggherren. I denne anledning uttaler lagmannsretten:

“Byggherren ba om samme prosedyre en gang til (akse 2) og på den måten fikk man utført en test av egen metode. Det er en del som tyder på at den metode byggherren valgte var lite robust. Samlet sett ligger det nær å si at det foreligger en relevant brist i forutsetningene for entreprenørens yteplikt.”

At den metode som var fastlagt i anbudsgrunnlaget sviktet, og man derfor måtte velge en annen metode for pælingen enn forutsatt, var en risiko som byggherren måtte bære. Dette ble ytterligere forsterket ved at leverandøren etter at første mislykkede pæling hadde foreslått å endre metode, mens byggherren krevde ytterligere ett forsøk etter samme metode. I denne sammenheng peker retten på at forutsetningsbrist vedrørende grunnforholdene også er en byggherrerisiko og at leverandøren som følge av den bristende forutsetningen må ha rett på tilleggsvederlaget for sitt merarbeid.

En lignende problemstilling finner vi i en ekspertavgjørelse av 7. juni 1995 vedrørende tvist etter NF 92 hvor leverandøren krevde tilleggsvederlag for metodesvikt.⁷⁸ Kravet grunnet i at leverandøren anbefalte en endret metode for sammenkobling av undervannsledninger, som byggherren senere godkjente formløst. Eksperten kom her til

⁷⁷ LB-2003-00623

at byggherren hadde påtatt seg risikoen for metodeendringen. Byggherrens konkludente atferd ble her ansett for å være en godkjennelse av metodeendringen, slik at han også aksepterte å bære risikoen for dette. Byggherrens forutsetning om ikke å bli pålagt økte kostnader ved metodeendringen kunne han ikke høres med, da han selv hadde skapt usikkerheten gjennom sin godkjennelse.

Spørsmålet om det foreligger prosjekteringssvikt eller om det foreligger en svikt i metodeforutsetninger for kontrakten vil være et vanskelig spørsmål. Hvor man ender vil blant annet kunne avhenge av i hvor stor grad man skal tillate utfyllende tolkning av prosjekterings og anbuds materialet. Sondringen vil slik NS 8405 og NF 92 nå må forstås, være av underordnet betydning. Det avgjørende spørsmålet blir nå hvem som ligger nærmest å bære risikoen for det inntrådte forholdet, både ut i fra kontrakten og forutsetningene ellers. Dersom det inntrådte forholdet ligger i byggherrens risikosone vil leverandøren ha et berettiget krav om kontraktsjustering uansett om dette skyldes mislighold eller forutsetningssvikt. Vilkåret er at leverandøren er påført ekstrakostnader eller fremdriftsproblemer. Leverandørens nøkkel til å oppnå slik justering er å reise et endringsordrekrav, jfr. NS 8405 pkt. 21.1 og NF 92 pkt. 16.1 jfr. 11.2. Også her vil endringsordresystemet behandle kravet videre.

4.3 Særlige problemstillinger knyttet å regulere bristende forutsetninger i endringssystemet

Ut i fra den rettspraksis som er gjennomgått sammenholdt med den reguleringen som nå må antas å gjelde etter NS 8405 og NF 92 kan man peke på en rekke fordeler ved å behandle forutsetningssvikt etter endringssystemet.

En stor gevinst ved denne utvidede bruken av endringssystemet på situasjoner med mislighold fra byggherrens side og relevante forutsetningssvikt, er først og fremst at man nå slipper å måtte sondre mellom disse tilfellene som i realiteten kan være svært like. Dette kan for eksempel være hvor byggherrens prosjektering er noe mangelfull og at dette gjør leverandørens forutsetninger om metodevalg ubrukelige til entreprisen. Kontrakten gjør bruk av det samme system for begge tilfellene, man kan derfor i større grad fokusere på risikoplasseringen for forholdet og så gå rett til endringssystemet i

⁷⁸ Petrius 1998 s. 77 [1995]

tilfeller hvor byggherren sitter med risikoen. Dette stiller også domstolene noe friere, da de i større grad kan frigjøre seg fra kontraktens ordlyd, noe vi kan se tegn til allerede i rettspraksisen fra NS 3430-perioden.

For partene betyr det også at man vil ha de samme varslingsfrister og medfølgende preklusjonstrusler å forholde seg til for alle typetilfellene. Enkelheten i dette endringssystemet vil derfor gi større brukervennlighet enn for eksempel slik reguleringen var etter NS 3430.

En annen fordelaktig side ved at endringssystemet anvendes er at kontraktens priser i utgangspunktet skal legges til grunn ved beregningen av tilleggsvederlag. Dette betyr at den kommersielle balansen i avtalen også blir gjeldende i forbindelse med slike krav. Dette sikrer forutberegneligheten i kontrakten i langt større grad enn hva bruken av erstatningsinstituttet gjør.

Når det gjennomføres retts tekniske forbedringer i standardkontraktene ved at man tillater utvidet bruk av endringsreglene, er det ikke til å komme bort fra at man også får noen nye utfordringer å hankses med.

Et problem er fastsettelsen av tidspunktet for når varslingsplikten begynner å løpe dersom det inntreer relevant forutsetningssvikt. Varslingsfristen begynner i disse tilfellene først å løpe når leverandørens offergrense er overskredet. Når dette er tilfelle vil være svært vanskelig å fastslå ut i fra objektive kriterier, noe som kan bringe usikkerhet inn i kontraktsforholdet fordi leverandøren frykter preklusjon av sine mulige krav. Denne problemstillingen har vært drøftet også under NS 3430, hvor domstolene har vært forsiktig med å prekludere leverandørens krav selv om varselet har kommet sent, jfr. blant annet Oslofjordtunnel-saken. Særlig har dette gjeldt i forbindelse med leverandørens spesifiserte varsel, hvor det ikke har foreligget hjemmel for preklusjon. Rettspraksis har generelt løst denne problemstillingen gjennom å legge bevistvilen hos leverandøren, slik at han må påvise årsakssammenhengen mellom forutsetningssvikten og leverandørens økte kostnader. Dette får normalt leverandøren store problemer med når kravene i liten grad er meldt gjennom spesifiserte varsel. I realiteten betyr dette en avkorting av leverandørens krav på grunnlag av forutsetningssvikt, slik at man kan utmåle den økonomiske kompensasjonen til leverandøren etter skjønn. På denne måten sikrer domstolene at løsningen de kommer frem til er rimelig totalt sett.

Et annet problem er forholdet til byggherrens endringskompetanse. Spørsmålet blir om relevant forutsetningssvikt som krever en omlegging av kontraktsytelsen skal innberegnes i de kvantitative begrensningene som ligger i byggherrens endringskompetanse, jfr. 15 % begrensningen som ligger i NS 8405 pkt 20.1 andre ledd. Etter NF 92 vil man *ikke* få det samme problemet etter art. 12.1 tredje ledd, da man her har en påregnelighetsvurdering i stedet for en 15 % grense. Problemstillingen har tidligere ikke vært relevant for landentreprisene da forutsetningssvikt som kjent har vært holdt utenfor de ordinære endringsreglene, jfr. NS 3430 pkt. 28.

Et tredje problem møter vi i forbindelse med vederlagsberegningen. I forbindelse med mislighold fra byggherrens side er utgangspunktet klart, da skal leverandørens kompenseres for misligholdets samlede virkning. Om dette i realiteten betyr at leverandørens holdes skadesløs vil i disse tilfelle avhenge av hvilke priser man har avtalt for endringsarbeidene i kontrakten, jfr. for eksempel NF 92 art. 13.2.

Spørsmålet blir vanskeligere ved vederlagsberegningen for bristende forutsetninger. Etter den opprinnelige forutsetningslæren skal leverandøren kun ha dekket det tap som følger av en relevant forutsetningssvikt som ligger utenfor leverandørens offergrense. I denne anledning blir det et spørsmål om dette også skal følges når forutsetningssvikten behandles etter endringsreglene. Trolig er det fortsatt grunnlag for å skille misligholdssituasjonen og situasjoner med forutsetningssvikt i dette tilfellet. Byggebransjen er ikke en risikofri bransje, noe leverandørsiden har sterk kjennskap til. Det vil derfor være en urettmessig begunstigelse av leverandøren dersom han skulle få kompensasjon for hele virkningen av en forutsetningssvikt, hvor dette også inkluderer de virkningene som etter en rimelig risikofordeling ville ligge innenfor leverandørens offergrense. Resultatet må derfor være at leverandøren fortsatt kun vil ha krav på dekning av de merutgifter som faller utenfor hans egen offergrense. Resultatet av dette blir at domstolene ved tvister vedrørende forutsetningssvikt vil få et stort rom for skjønn ved utmåling av tilleggsvederlaget.

5 Litteraturliste

Bech, Arne, *Entreprenørkontrakter – Risiko og ansvar* (Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48, 1962)

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett*. Utvalgte emner. Oslo: Vinderen forlag, 1997. ISBN 82 7236 130-2.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke. Oslo 2003. ISBN 82-518-4023-6

Kaasen, Knut, *Kommentarer til NF 92*, Oslo 1995. ISBN 82-00-21725-6

Knoph, *Oversikt over Norges rett*, 11. utg., Oslo 1998. ISBN 82-00-22935-1

Kommentarer til NS 3430. Helge Jakob Kolrud... [et al.]. Oslo, 1992. ISBN 82-00-21476-1

NS 8405 Med kommentarer. Karl Marthinussen...[et al.]. Oslo, 2004. ISBN 82-05-32304-6

NS 8405 Kommentarutgave. Helge Jakob Kolrud...[et al.]. Oslo, 2004. ISBN 82-15-00128-9

Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966

Sandvik, Tore. *Kommentarer til NS 3401*. Bergen, 1977. ISBN 82-00-05171-4

Simonsen, Lasse. *Forelesningshefte i Bygge og entrepriserett*, Oslo 2001

6 Kilder

6.1 Lovregistre

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43

6.2 Kontraksstandarder

- NS 3401 Almennelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider
- NS 3430 Almennelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider
- NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt
- NF 87 Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987
- NF 92 Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992

6.3 Forarbeider

- Ot.prp. nr. 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(bustadoppføringslova)

6.4 Domsregister

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1954 s. 32

Rt. 1988 s. 276 (Røstad)

Rt. 1988 s. 295, (Skjelsvik)

Rt. 1991 s. 773

Rt. 1999 s. 922 (Salhus-dommen)

RG. 1982 s. 313

LE-1996-00585 (Broen over Glomma)

LE-1998-00648 (Oslo lufthavn (OSL))

LB-1998-01706

LB-2000-02809

LB-2002-01295 (Ullevaal Stadion)

LB-2002-03890 (Oslofjordtunnelen)

LB-2003-00623 (Bakke bru)

LB-2004-11707

Voldgiftsdom RG 1992 s. 728 (Tirrana II-dommen)

Voldgiftsdom av 26. januar 1993 (Peconor)

Ekspertavgjørelse av 18. januar 1991, inntatt i Petrius 1998 s. 149 [1991]

Ekspertavgjørelse av 7. juni 1995, inntatt i Petrius 1998 s. 77 [1995]