

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tiltransport av prosjekterende i totalentreprise etter NS 8407 pkt. 13

Kandidatnummer: 540

Leveringsfrist: 25. 04. 2013

Antall ord: 17 894



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Generelt om entrepriserforhold	2
1.3	Fasene i et byggeprosjekt	4
1.4	Entrepriserettens rettskilder	5
1.5	Videre opplegg og avgrensning	9
2	RISIKOBEGREPET OG RISIKOPLASSERINGEN I ENTREPRISEFORHOLD	11
2.1	Risikobegrepet	11
2.2	Risikoplasseringen i entrepriseretten	12
2.2.1	Overordnet om funksjonsfordelingsprinsippet	12
2.2.2	Funksjonsfordelingen i totalentrepriser	13
3	TILTRANSPORT AV PROSJEKTERENDE	16
3.1	Kort om tiltransport	16
3.2	Hvorfor avtale tiltransport?	16
3.3	Vilkårene for tiltransport	17
3.3.1	Tiltransport forutsetter avtale	17
3.3.2	Byggherrens opplysningsplikt	20
3.3.3	Rett for totalentreprenøren til å nekte tiltransport?	28
4	VIRKNINGER AV TILTRANSPORT	30
4.1	Overordnet om tiltransportens virkninger	30
4.2	Virkningstidspunktet	31
4.3	Virkninger for totalentreprisekontrakten, pkt. 13.2.2	34

4.3.1	Ingen endringer i totalentreprenørens rettigheter og plikter overfor byggherren.....	34
4.3.2	Totalentreprenørens risiko for tiltransporterte prosjekterende.....	35
4.3.3	Unntak for den prosjekterendes insolvens og økonomiske problemer	37
4.3.4	Prosjekteringskostnaden.....	44
4.3.5	Sikkerhetsstillelse.....	48
4.4	Virkninger for prosjekteringskontrakten, pkt. 13.2.1	52
4.4.1	Overføring av kontraktsposisjoner fra byggherren til totalentreprenøren....	52
4.4.2	Inntreden i byggherrens rettigheter	53
4.4.3	Inntreden i byggherrens plikter	55
4.5	Enkelte særlige spørsmål	59
4.5.1	Grensesnitsproblematikk.....	59
4.5.2	Irregulære beslutningsstrukturer	61
4.5.3	Ulike normer for kontraktsbrudd	66
4.5.4	Undersøkelse etter pkt. 24 og 25 utføres av de samme aktører som har utarbeidet prosjekteringsmaterialet	68
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	71
6	KILDEHENVISNINGER.....	72

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

En stor andel av dagens byggeprosjekter bringer med seg en grad av kompleksitet og omfang man ikke kjente tidligere i norsk bygg- og anleggsbransje. Høytekniske konstruksjoner av store størrelser stiller stadig høyere krav til byggeprosessen og faglige kvalifikasjoner. Denne utviklingen har også innvirket på kontraktspraksis. En stor andel av dagens byggeprosjekter inngås som totalentrepriser. Denne entreprisformen forutsetter ofte en samordning av flere selvstendige aktører med distinkte ansvarsområder, hvilket byr på særlige kontraktsstrukturelle utfordringer for totalentreprenøren. Aktualiteten av denne entreprisformen har styrket seg ytterligere med den nye standardkontrakten for totalentrepriser, NS 8407, som trådte i kraft 1. juli 2011.¹

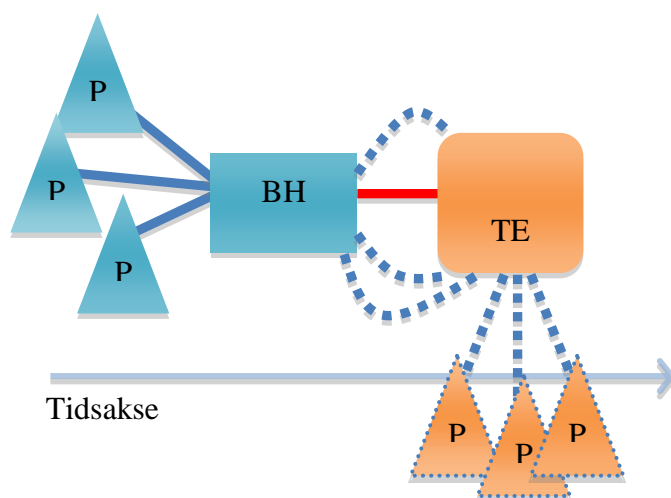
Oppgavens tema er tiltransport av prosjekterende i totalentreprise etter NS 8407. Tiltransport av prosjekterende er ikke et nytt fenomen. Også den tidligere standardkontrakten for totalentrepriser regulerte tiltransport.² Reguleringen her var imidlertid beskjeden, og utformingen var generell slik at den både omfattet tiltransport av prosjekterende og tiltransport av entreprenører. NS 8407 pkt. 13 er en spesialregulering av avtale om tiltransport av prosjekterende.

Tiltransport er en kontraktsteknisk videreføring av aktører byggherren har kontrahert før kontrakt inngås med totalentreprenøren. Dette skjer ved overdragelse av kontraktene byggherren har sluttet med disse aktørene til totalentreprenøren. I totalentrepriseforhold er dette praktisk ettersom byggherren gjerne kontraherer arkitekter og rådgivere i en innledende fase for å utarbeide grunnlagsmateriale før totalentreprenøren kontraheres. Etter tiltransport overtar totalentreprenøren kontraktene byggherren har sluttet, og det oppstår et

¹ NS 8407, Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

² Jf. NS 3431, Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser pkt. 17.2.

kontraktsforhold mellom byggherren og totalentreprenøren på den ene siden, og totalentreprenøren og de prosjekterende på den annen:



Oppgavens problemstilling er hvilke vilkår som kreves for å avtale tiltransport og hvordan en avtale i henhold til standardens regulering påvirker partenes rettslige stilling. Oppgaven vil i tillegg fokusere på problemstillinger som oppstår som følge av samordningen av tre ulike aktører og to ulike kontrakter i byggeprosjektet, herunder spørsmål tilknyttet risiko og ansvar i forholdet mellom byggherren og totalentreprenøren.

1.2 Generelt om entrepriserforhold

En entrepriskontrakt defineres som en avtale om oppføring eller forandring av bygninger eller annet anlegg på fast eiendom.³ Det dreier seg om en type tilvirkningskontrakt der den ene parten (entreprenøren) påtar seg å utføre, og eventuelt prosjektere, bygg- eller anleggsarbeid på land for den annen part (byggherren).⁴

³ Jf. Ussing (1946) s. 397.

⁴ Jf. Hagstrøm (1997) s. 9.

Tradisjonelt har entrepriser blitt kategorisert enten som *utførelses-* eller *totalentrepriser*. Den grunnleggende forskjellen mellom disse entreprisformene ligger i hva entreprenøren påtar seg av kontraktsforpliktelser og risiko. Kjernen i totalentreprisbegrepet er at totalentreprenøren i tillegg til utførelsen påtar seg en kontraktsforpliktelse til å stå for det vesentlige av *prosjekteringen* i henhold til byggherrens ønskede resultat.⁵ Prosjekteringsbegrepet er ikke uttrykkelig definert i NS 8407. Innholdet er imidlertid indirekte klarlagt i andre standardkontrakter. I NS 8405⁶ fremgår det av pkt. 19.2 som betegnes "Prosjektering" at "*Byggherren skal levere de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet*". Prosjekteringsbegrepet er således en samlebetegnelse på materiale som utgjør grunnlaget for utførelsen av byggearbeidet. Det kan eksempelvis dreie seg om tegningsmateriale fra arkitekt, beregninger om energibruk i bygg fra konsulenter eller geotekniske rapporter fra rådgivende byggingeniører.

Entreprenøren har risikoen for at det endelige resultatet er i samsvar med kontrakten etter både utførelses- og totalentrepriser. Entreprenøren har en resultatforpliktelse.⁷ I totalentrepriser påtar totalentreprenøren seg i tillegg til utførelsen en kontraktsforpliktelse til å forestå nødvendig prosjektering. Totalentreprenøren har dermed risikoen for at de løsninger han prosjekterer fører til kontraktens forutsatte resultat. Dette betegnes gjerne som at totalentreprenøren har en prosjekteringsrisiko. At prosjekteringen og utførelsen fører til byggherrens forutsatte resultat innebærer at bygget ved ferdigstilling oppfyller de funksjonskrav som fremgår av kontrakten.⁸ Juridisk teori omtaler dette som at totalentreprenøren har funksjonsrisikoen.⁹

⁵ Jf. Protokollen til NS 8407 under "innledende om standarden".

⁶ NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

⁷ For mer om resultatforpliktelser, se Hagstrøm (2011) s. 126 flg.

⁸ Funksjonskrav ble i den eldre standarden for totalentrepriser definert som "spesifisert krav til byggets eller anleggets egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold o.l.", jf. NS 3431 pkt. 2.6.

⁹ Se Barbo (1990) s. 54-59 for mer om dette.

Partene kan selvsagt avtale fritt hvordan de vil organisere entreprisen. Som følge av avtalefriheten har det vokst frem en rekke mellomformer av de tradisjonelle entreprisemodellene, hvor tiltransport er en særlig variant kalt "arrangerte entrepriser". "Arrangerte entrepriser" er hvor byggherren inngår separate kontrakter med forskjellige aktører, for så senere å overdra en eller flere av disse kontraktsforholdene til én entreprenør.¹⁰

1.3 Fasene i et byggeprosjekt

Byggeprosjekter kan grovt sett deles inn i programfasen, prosjekteringsfasen og produksjonsfasen.¹¹

Programfasen er den første fasen, og her utarbeider byggherren i samråd med eventuelle prosjekterende et byggeprogram hvor de overordnede rammene for prosjektet defineres, herunder blant annet byggets størrelse og beliggenhet, samt nærmere krav til funksjoner det ferdige bygget skal ha.

Etter at byggherren har klargjort sine behov i programfasen følger *prosjekteringsfasen*. I totalentrepriser er det gjerne i denne fasen at totalentreprenøren kontraheres. Prosjekteringsfasen innledes med utarbeidelse av et skisseprosjekt før det utarbeides et forprosjekt hvor hovedlinjene for bygget fastlegges. Avslutningsvis følger utarbeidelse av hovedprosjekt og til slutt detaljprosjekt med detaljerte byggebeskrivelser og endelig tidsplan.

Produksjonsfasen er fasen for den fysiske oppføringen av bygget.

¹⁰ Jf. Sandvik (1977) s. 63 og Giverholt (2012) s. 171-172.

¹¹ Jf. Barbo (1990) s. 24-25.

1.4 Entrepriserettens rettskilder

Rettskildelærens alminnelige prinsipper gjelder også på entrepriserettens område. I det følgende vil jeg imidlertid fokusere på visse særtrekk ved rettskildesituasjonen i entrepriseforhold.

De kontraktsrettslige sider av næringsentrepriser, dvs. entrepriser utenfor forbrukerforhold, er ikke regulert i lovgivning. Det er derfor opp til partene å avtale rammene for rettsforholdet i entreprisekontrakten. Tomrommet manglende lovgivning etterlater seg, samt kompleksiteten og omfanget de fleste byggeprosjekter innbefatter, er bakgrunnen for at Norsk Standard har utarbeidet flere standardkontrakter til bruk i entrepriseforhold. Standardkontraktene inneholder alminnelige kontraktsvilkår som den individuelle kontrakt ofte henviser til med sikte på inkorporasjon. Kontraktene fra Norsk Standard er dels en kontraktsfesting av alminnelige entrepriserettslige regler, og dels avtaleskapte ordninger utarbeidet av komiteer med en bred sammensetning fra byggebransjen. Sammensetningen sørger for en rimelig avveining av aktørenes motstridende interesser.¹² Kontraktene er såkalte "agreed documents" og gir dermed uttrykk for en bransjeoverenskomst.¹³

Standardene for total- og utførelsesentrepriser er i det vesentlige like, med unntak av enkelte særregler. Rettskildematerialet knyttet til standardkontrakter om utførelsesentrepriser vil derfor også kunne være relevante i spørsmål tilknyttet standarden for totalentrepriser.

Ettersom entrepriseretten er et skyldforhold som bygger på kontrakt må standardkontraktene tolkes og utfylles i tråd med alminnelige kontraktsrettslige og obligasjonsrettslige prinsipper.¹⁴ Ved uklarhet vil også analogier fra kontraktslovgivningen tjene som argument for et gitt tolkningsresultat i nært beslektede spørsmål. Dersom en

¹² Jf. Hagstrøm (1997) s. 13-14.

¹³ Jf. Barbo (1997) s. 14.

¹⁴ Jf. Hagstrøm (2011) s. 42 flg. og s. 70 flg.

felles partsforståelse ikke kan påvises er den generelle hovedregelen at kontrakten skal tolkes i samsvar med det objektive tolkningsprinsipp.¹⁵ I en sak som gjaldt forståelsen av NS 3430¹⁶ uttalte Høyesterett om dette:

*”For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.”*¹⁷

Det objektive tolkningsprinsipp står særlig sterkt i entreprisforhold, ettersom det dreier seg om kontrakter mellom profesjonelle parter.¹⁸ Terskelen for å tolke ordlyden i strid med det som følger av en naturlig forståelse er i tillegg særlig høy når det gjelder såkalte ”agreed documents”, jf. Høyesteretts uttalelse ovenfor. Et stort antall av entrepris kontrakter blir også inngått på bakgrunn av anbudskonkurranser. Ved anbud utarbeides kontraktsgrunnlaget av byggherren alene. Som følge av krav om like konkurransevilkår for tilbyderne vil prinsippet om objektiv fortolkning styrke seg ytterligere i disse tilfeller.¹⁹

Det objektive tolkningsprinsipp utelukker imidlertid ikke at det etter forholdene kan ses hen til formålsbetraktninger og reelle hensyn ved tolkingen.²⁰ Bestemmelsen om tiltransport av prosjekterende i NS 8407 fordrer en harmonisering av to ulike kontrakter, hvilket stiller særlige krav til en rimelig risikofordeling. Ved tolkingen av bestemmelsen

¹⁵ Jf. Rt. 2010 s. 961, avsnitt 44 og Woxholth (2009) s. 402-403.

¹⁶ NS 3430, Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

¹⁷ Jf. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59.

¹⁸ Jf. Hagstrøm (2011) s. 44.

¹⁹ Jf. Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58 med henvisning til Rt. 2002 s. 1155.

²⁰ Jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 og Woxholth (2009) s. 439.

kan det derfor tenkes at formålsbetraktninger og reelle hensyn må tillegges større vekt enn ellers.

Som følge av mangelen på lovgivning mangler man også forarbeider på entrepriserettens område. Forarbeidene til bustadoppføringslova²¹ og håndverkertjenesteloven²² inneholder uttalelser som kan være av en viss relevans ved tolkningen av likeartede spørsmål i næringsentrepriseforhold, dog med en reservasjon for de spesielle forbrukerhensyn som ligger til grunn for lovverket.²³

I NS 8407 er det inntatt en protokoll som nærmere angir standardens virkeområde og ”(...)viktige forutsetninger for bruken av standarden”.²⁴ Dette er en nyskapning innenfor de juridiske standarder for landbasert entrepriser. Hensikten er å øke partenes lojalitet til standardens løsninger. Avvik fra standardene har vært vanlige i bransjen, noe som også har medført konflikter. Avvik undergraver også standardenes funksjon som standardregulering i bransjen.

Innføringen av protokoll i NS 8407 er gjort etter mønster fra standardkontraktene for offshoreentrepriser.²⁵ Kaasen uttaler at den rettslige karakter av protokoller varierer og er uklar.²⁶ Han skriver videre:

”Skal overskridelse av protokollenes bindinger kunne brukes som grunnlag for å sensurere individuelle kontrakter, må det derfor bygges på avtalerettslige

²¹ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad (bustadoppføringslova).

²² Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven).

²³ Jf. Giverholt (2012) s. 57.

²⁴ Se protokoll til NS 8407.

²⁵ Jf. Giverholt (2012) s. 64.

²⁶ Jf. Kaasen (2006) s. 32.

*vedtakelsessynspunkter, ikke på direkte rettsvirkninger av protokollene. Det skal meget til for at noe slikt skal kunne føre frem i denne sammenheng."*²⁷

Tilsvarende fremgår av protokollen til NS 8407, der det fremheves at "(...) kontrakten vil ikke bli ugyldig i tilfelle partene avviker fra de rammer for bruken som fremgår". Samtidig uttales det at slike avvik likevel "vil kunne være illojale i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir" og at det er en "forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv eller protokollen åpner for". Protokollens rettskildemessige status synes etter dette å være uklar.

På den ene side er protokollen inntatt i selve standarden, og vedtas da på lik linje med de øvrige kontraktsbestemmelser. På den annen side bærer protokollen preg av å være en overordnet veiledning til partene i den prekontraktuelle fasen. Tvetydighetene ved protokollen kan være egnet til å skape forvirring om protokollens rettskildemessige karakter, noe som ble påpekt i høringsprosessen før vedtakelsen av NS 8407 og som også har vært diskutert i etterkant.²⁸ Det som står i protokollen må imidlertid kunne tillegges vekt ved tolkningen og utfyllingen av uklarheter i partenes avtale.²⁹ Tiltransport er omtalt i protokollen. Protokollens betydning i denne relasjon behandles nærmere under oppgavens punkt 3.3.2.

Rettspraksis vil være en relevant rettskilde i entrepriseretten i samsvar med norsk rettskildelære for øvrig. Likevel er det karakteristisk for entrepriseretten at det foreligger relativt få avgjørelser fra de alminnelige domstoler i entrepriserettslige spørsmål. Særlig er det lite høyesterettsavgjørelser på entrepriserettens område. Dette kan ha sin bakgrunn i at

²⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 41.

²⁸ Jf. OBOS (2011) og Ulsted (2011).

²⁹ Jf. Giverholt (2012) s. 207 og s. 220.

det vesentlige av tvister tidligere har vært løst gjennom forhandlinger eller voldgift. Voldgiftsdommer publiseres tradisjonelt sett ikke og blir til dels holdt konfidensielle.

De fleste dommer som foreligger per i dag er underrettsdommer som behandler spørsmål tilknyttet NS 3431 og NS 3430, forgjengerne til dagens standarder. Det foreligger så vidt meg bekjent ingen praksis knyttet til den nye NS 8407. Underrettsdommer om spørsmål tilknyttet eldre standarder er relevante ved tolkingen av NS 8407 i den grad de belyser generelle spørsmål, selv om underrettsdommer isolert sett har begrenset rettskildemessig vekt.³⁰ Mangelen på rettspraksis har i noen grad blitt avhjulpet av uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd. Rådet fungerer som et tvisteløsningsorgan for bygg- og anleggsbransjen i Norge og avgir rådgivende uttalelser.³¹

Hva gjelder juridisk teori synes stillingen å bli noe spesiell på entrepriserettens område. Ettersom det foreligger få autoritative rettskilder vil teori etter omstendighetene kunne tillegges større vekt på entrepriserettens område enn tradisjonell rettskildelære skulle tilsi.³² Dette gjelder i særlig grad spørsmål knyttet til NS 8407 som er av nyere dato. Vekten må imidlertid vurderes konkret blant annet med henblikk på styrken i argumentasjonen.³³

1.5 Videre opplegg og avgrensning

I den videre fremstillingen foretas det under punkt. 2 en innledende klargjøring av risikobegrepet og risikoplassering i entrepriserforhold. En slik klargjøring er hensiktsmessig for forståelsen av reglene om tiltransport av prosjekterende som behandles i punkt. 3 og 4. I punkt 3 vil det gjøres rede for praktiske hensyn og de materielle vilkårene for tiltransport etter NS 8407 pkt. 13. I punkt 4 behandles rettsvirkningene mellom byggherren og

³⁰ Jf. Eckhoff (2001) s. 159–164.

³¹ Se Hagstrøm (1997) s. 15-16 for mer om disse uttalelsene som rettskildefaktor.

³² *Ibid.* s. 15 og Eckhoff (2001) s. 269 flg.

³³ Jf. Eckhoff (2001) s. 270.

totalentreprenøren som følge av tiltransporten. Avslutningsvis drøftes enkelte særlige spørsmål ved tiltransport av prosjekterende.

Oppgaven tar for seg tiltransport av prosjekterende i totalentreprise etter NS 8407 pkt. 13. Standarden regulerer forholdet mellom byggherren og totalentreprenøren. Kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende reguleres ikke i pkt. 13 og faller dermed utenfor oppgavens tema. Reguleringen av tiltransportens virkninger i pkt. 13 innebærer imidlertid at det må knyttes enkelte bemerkninger til virkningene for prosjekteringskontrakten. Dette gjøres i pkt. 4.4. Enkelte av bestemmelsene i standardene for prosjekteringsoppdrag vil også kommenteres hvor de er av særlig relevans for forholdet mellom byggherren og totalentreprenøren.³⁴

I praksis ser man at tiltransport ofte kombineres med en klausul om risikoovertakelse for tidligere utført prosjektering. Til slik risikoovertakelse knytter det seg særlige vilkår og virkninger som fremgår av pkt. 24.2. Det vil føre for langt å gå grundig inn i disse i denne fremstillingen. Sammenhengen med en ordinær avtale om tiltransport er imidlertid så nær at jeg finner det hensiktsmessig å knytte noen bemerkninger til virkningene av slike klausuler hvor det faller seg naturlig.

Standardkontraktene er utformet til bruk i entrepriseforhold mellom profesjonelle parter. Oppgavens tema innebærer derfor også en avgrensning mot forbrukerentrepriser, som reguleres av bustadoppføringslova.³⁵ Det avgrenses videre mot håndverkertjenester som reguleres av håndverkertjenesteloven.³⁶

³⁴ De aktuelle standardene er NS 8401, Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag og NS 8402, Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid.

³⁵ Jf. bustadoppføringslova § 1.

³⁶ Jf. håndverkertjenesteloven § 1.

2 Risikobegrepet og risikoplasseringen i entrepriserforhold

2.1 Risikobegrepet

De fleste kontrakter går ut på å endre eller opprettholde en faktisk eller rettslig posisjon. Formålet med en kontrakt vil følgelig være å oppnå et bestemt resultat. I entrepriserforhold vil det ønskede resultatet være at det oppføres et bygg som tilfredsstillende byggherrens nærmer angitte behov. Det er imidlertid ikke uvanlig at det ønskede resultatet av ulike grunner uteblir. I disse situasjoner oppstår spørsmålet om hvem av partene som skal bære risikoen for svikten.

I entrepriseretten, og obligasjonsretten for øvrig, omhandler risikobegrepet som oftest vederlagsrisikoen.³⁷ Begrepet angår spørsmålet om oppfyllelessvikt³⁸ fra den ene parten i et kontraktsforhold skal influere på den annen parts plikt til å prestere sin motytelse, eller mer presist hvem som må bære den økonomiske konsekvensen av oppfyllelessvikten.³⁹

Hvem som har vederlagsrisikoen beror på en nærmere tolkning av kontrakten, eventuelt supplert med løsninger som følger av standardkontrakten og relevant bakgrunnsrett. Hvor en slik tolkning ikke gir en klar løsning må denne søkes på mer generelt grunnlag. Den overordnede problemstilling i disse tilfellene er hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen for oppfyllelessvikten.⁴⁰

Ved tiltransport av prosjekterende er det særlig risikoen for prosjekteringen som er relevant. *Før* avtale om tiltransport inngås ligger risikoen for feil eller forsinkelse som skyldes prosjekteringen hos byggherren. Konsekvensen av risikoplasseringen er at

³⁷ Jf. Hagstrøm (2011) s. 40.

³⁸ Oppfyllelessvikt er en samlende betegnelse på at oppfyllelsen avviker fra det partene har avtalt. Svikten kan være av tidsmessig, kvantitativ eller kvalitativ art. Se Hagstrøm (2011) s. 327 flg. for mer om dette.

³⁹ Jf. Sandvik (1966) s. 101.

⁴⁰ Jf. Krüger (1989) s. 323.

totalentreprenøren kan kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse av byggherren som følge av prosjekteringssvikt i denne fasen i den grad produksjonen påvirkes.⁴¹ Etter tiltransporten plasseres imidlertid prosjekteringsrisikoen hos totalentreprenøren. Prosjekteringsfeil i denne fasen medfører at totalentreprenøren må utføre utbedringsarbeider for egen regning eller betale dagmulkt til byggherren ved forsinkelser.⁴²

Risikobegrepet er imidlertid kun navn på et resultat, og ikke en selvstendig begrunnelse for dette. Begrepet er forsøkt klarlagt her ettersom det utgjør et verktøy for tanken i den videre fremstillingen.

2.2 Risikoplasseringen i entrepriseretten

2.2.1 Overordnet om funksjonsfordelingsprinsippet

Entreprisekontraktene kjennetegnes blant annet ved at ytelsen entreprenøren skal prestere ikke eksisterer på kontraktsinngåelsestidspunktet. For at byggeprosjekter av en viss kompleksitet skal komme i mål kreves det samordning av et sett av vidt forskjellige innsatsfaktorer fra blant annet arkitekter og konsulenter i tillegg til byggherren og entreprenøren.⁴³ Som følge av dette er entreprenørens ytelse generelt sårbar for svikt i ytelser fra andre aktører i byggeprosjektet. Det grunnleggende prinsippet i norsk entrepriserett er at risikoen fordeles etter funksjonsfordelingen i kontrakten.⁴⁴ Dette er i samsvar med alminnelig kontraktsrett, men gjør seg gjeldende med særlig styrke i entreprisekontrakter, da disse kjennetegnes ved at det ferdige produktet presteres i samvirke mellom flere kontraktsparter.⁴⁵ Hensynet bak prinsippet er at risikoen plasseres

⁴¹ Jf. NS 8407 pkt. 33 og pkt. 34.

⁴² Jf. NS 8407 pkt. 42.3 og pkt. 40.

⁴³ Jf. Sandvik (1966) s. 102.

⁴⁴ Rettssetningen om risikoplassering etter kontraktens funksjonsfordeling ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1917 s. 673. Se også Sandvik (1966) s. 117 flg. og s. 243, samt Giverholt (2012) s. 361-362.

⁴⁵ Jf. Hagstrøm (2011) kap. 13.3.2.

hos den som har ”*de beste muligheter for å forutse eller forebygge risikobegivenheten eller dens innflytelse.*”⁴⁶

Utgangspunktet om at risikoen plasseres etter den objektive funksjonsfordelingen kan modifiseres av partenes avtale eller partenes subjektive forhold. For eksempel kan en part få risikoen for forhold innenfor medkontrahentens funksjonsområder etter reglene om undersøkelses- og opplysningsplikt.⁴⁷

2.2.2 Funksjonsfordelingen i totalentrepriser

NS 8407 inneholder en standardisert funksjons- og risikofordeling gjennom flere særbestemmelser. Byggherrens funksjonssfære er kommet til uttrykk i kap V om "Byggherrens ytelser", som blant annet omfatter risiko for forhold ved grunnen, leveranser og prosjektering. Totalentreprenørens funksjoner fremgår av standardens kap IV. Som påpekt innledningsvis er det karakteristisk for totalentrepriser at totalentreprenøren i tillegg til utførelsen har en kontraktsforpliktelse til å forestå en vesentlig del av prosjekteringen, jf. innledningen i protokollen til NS 8407 og standardens pkt. 16 og 17. Totalentreprenøren plikter å oppfylle kontraktsmessig, jf. pkt. 14 og har således en objektiv risiko for mangler og forsinkelser som skyldes svikt innenfor sin "funksjonssfære", jf. pkt. 40 og 42. Det gjelder unntak fra denne hovedregelen, men det vil falle utenfor oppgaven å gå nærmere inn på dette.⁴⁸

Totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse er i henhold til standardens pkt. 16.1 å:

⁴⁶ Jf. Sandvik (1966) s. 117.

⁴⁷ Jf. Sandvik (1966) s. 157 og 296 flg. Se f. eks. bestemmelsene om totalentreprenørens kontroll- og varslingsplikt etter pkt. 25 og 24.2.1.

⁴⁸ Se Hagstrøm (1997) s. 84 flg. og Barbo (1990) s. 59 flg. om unntaket for utviklingsrisikoen.

"(...) sørge for all nødvendig prosjektering for å kunne levere kontraktsgjenstanden i samsvar med kontrakten."

Det kan etter dette spørres hva som ligger i ordlyden "*nødvendig prosjektering*". Dette beror på en konkret vurdering av hva som er utført av prosjektering på byggherresiden før totalentreprenøren kontraheres. Rammen for omfanget av "*nødvendig prosjektering*" vil i alle tilfelle være det som kreves for at kontraktsgjenstanden kan "*leveres i samsvar med kontrakten*". Dette innebærer en plikt til å oppfylle byggherrens spesifiserte funksjonskrav og formål, jf. NS 8407 pkt. 14. Samtidig angir ordlyden i pkt. 16.1 den øvre grensen av totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse: totalentreprenøren plikter ikke å prosjektere utover det som er nødvendig ut fra kravene til kontraktsgjenstanden. Med andre ord blir byggherrens prosjekteringsarbeid definerende for omfanget av totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse. En slik "differanse"- eller "restbetraktning" er lagt til grunn i rettspraksis.⁴⁹

Den prosjekterende som tiltransporteres totalentreprenøren skal etter tiltransporten oppfylle totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelser som dennes kontraktshjelper, og totalentreprenøren har risikoen for svikt i den prosjekterendes bidrag etter kontraktshjelperansvaret. Dette temaet behandles nærmere i oppgavens punkt 4.3.2.

Det er kun prosjektering som utføres *etter* kontraktsinngåelsen som risikomessig plasseres hos totalentreprenøren. Byggherren har risikoen for prosjektering utarbeidet *før* totalentreprenøren kontraheres og for løsninger han pålegger totalentreprenøren etter kontraktsinngåelsen. Dette følger av funksjonsfordelingsprinsippet og er lagt til grunn i pkt. 24.1. Det fremgår av bestemmelsen at byggherren har risikoen for:

⁴⁹ Se f.eks. LA-2006-126227.

"valg av løsninger og annen prosjektering som enten fremgår av kontraktsdokumenter utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktsinngåelse pålegger totalentreprenøren å følge."

Hvor en oppfyllelessvikt skyldes prosjektering utarbeidet før kontraktsinngåelsen, må byggherren rette sine krav mot den prosjekterende. Dette er totalentreprenøren uvedkommende. Pkt. 24.1 har stor betydning i totalentrepriseforhold, da byggherren ofte har foretatt prosjektering i forbindelse med utforming av grunnlagsmateriale til anbudskonkurranse eller søknad om rammetillatelse.

Svikt innenfor partenes funksjonssfære kan få økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser, som kan medføre krav om vederlagsjustering, fristforlengelse eller alminnelige misligholdsbeføyelser, jf. NS 8407 pkt. 33 og 34 og kap X.⁵⁰ Når det gjelder forhold utenfor partenes kontrollsfære, såkalt force majeure, foretas det etter standarden en risikodeling mellom partene basert på en rimelighetsvurdering. Totalentreprenøren kommer ikke i mislighold selv om arbeidet hans forsinkes. Han får en fristforlengelse. På den annen side får totalentreprenøren heller ikke vederlagsjustering for merkostnadene som følger av den forlengede byggetiden, jf. pkt. 33.3.

⁵⁰ For mer om dette, se Giverholt (2012).

3 Tiltransport av prosjekterende

3.1 Kort om tiltransport

Prosjekteringsarbeid som utføres av byggherren for å utarbeide grunnlag for anbudskonkurranse eller søknad om rammetillatelse settes vanligvis bort til aktører med særlig kompetanse innenfor forskjellige tekniske disipliner. Disse aktørene betegnes som prosjekterende. Prosjekterende er vanligvis arkitekter og rådgivende ingeniører for tekniske fagdisipliner, eksempelvis bygg, elektrisitet, eller varme-, ventilasjons- og sanitærteknikk.

Den faktiske forutsetningen for tiltransport av prosjekterende er at byggherren har kontrahert slike prosjekterende i byggeprosjektet frem til tidspunktet totalentreprenøren kontraheres, og at han ønsker at de samme aktører skal fortsette prosjekteringsarbeidet under totalentrepriskontrakten. Dette kan gjøres ved en avtale om tiltransport. Tiltransport er i så måte en kontraktsteknisk videreføring av ulike aktører engasjert av byggherren til totalentreprenøren.

Hvilke materielle vilkår som kreves for overdragelse av prosjekteringskontraktene og hvilke rettsvirkninger som følger av dette, behandles i oppgavens punkt 3.3 flg. og punkt 4. Standarden inneholder også regler om tiltransport av entreprenører i pkt. 12. Hvor det er egnet til å belyse interessante forskjeller eller paralleller i regelsettene vil det foretas sideblikk til disse.

3.2 Hvorfor avtale tiltransport?

En avtale om tiltransport kan ha flere gode grunner for seg. En begrunnelse for tiltransport er at byggherren ønsker kontroll med hvem som utfører prosjekteringsarbeidet. Byggherren kontraherer de forskjellige prosjekterende blant annet ut fra en vurdering av deres faglige kvalifikasjoner. Teknisk prosjektering kan etter forholdene kreve en særlig høy kompetanse. I disse tilfeller er det av betydning for byggherren at han kan innrette seg i

tillit til at de prosjekterende innehar den nødvendige kompetanse for å realisere prosjektet i tråd med hans krav. Dette kan byggherren sikre ved å tiltransportere de prosjekterende han har kontrahert. Valg av arkitekt baseres også på faglige kvalifikasjoner, men her er kanskje arkitektens særegne "uttrykk" vel så viktig. Byggherren kan derfor ha en interesse i å beholde arkitekten han har kontrahert for å sikre en estetisk helhetlig gjennomføring av prosjektet.⁵¹

En annen fordel med å samle prosjekteringsarbeidet under de samme aktører gjennom hele byggeprosjektet er at det optimaliserer erfarings- og informasjonsoverføring mellom de ulike prosjektfasene. Kontinuiteten man oppnår ved tiltransport innebærer en tidsmessig og økonomisk effektivisering av prosjektavviklingen.⁵² Tiltransport tjener videre et åpenbart praktisk formål ved at byggherren får færre kontraktsparter å forholde seg til.

Tiltransport kan også begrunnes i økonomiske hensyn for byggherren. Ved at byggherren slutter avtalene med hver enkelt kontraktspart vil han kunne påvirke pris og øvrige kontraktsvilkår direkte gjennom sine kontraktsforhandlinger. Det er også mulig at byggherren vil oppnå bedre prisbetingelser i sine kontrakter med de prosjekterende ettersom deres prosjekteringsoppdrag blir av et større omfang som følge av at de videreføres til å forestå detaljprosjekteringen.

3.3 Vilkårene for tiltransport

3.3.1 Tiltransport forutsetter avtale

NS 8407 pkt. 13.1 (1) inneholder et grunnvilkår om avtalehjemmel for at tiltransport kan skje. Bestemmelsen lyder:

⁵¹ Jf. Giverholt (2012) s. 206.

⁵² Jf. Giverholt (2012) s. 207.

”Reglene i punkt 13 kommer til anvendelse dersom det er avtalt at totalentreprenøren skal få den prosjekterende tiltransportert til seg.”

Bestemmelsen regulerer rettsforholdet mellom byggherren og totalentreprenøren. Regelen er en naturlig følge av utgangspunktet i entrepriseretten som er at entreprenøren ved gjennomføring av et byggeprosjekt har rett til å benytte de prosjekterende han måtte ønske for oppfyllelse av kontrakten.⁵³ Byggherrens vide endringskompetanse etter pkt. 31 flg. omfatter ikke rett til å instruere totalentreprenøren om bruk av kontraktshjelpere.⁵⁴ En tiltransport medfører at totalentreprenørens valgrett avskjæres, og nødvendiggjør således en eksplisitt avtalehjemmel.

En virkning av tiltransporten er også at totalentreprenøren overtar byggherrens rettigheter og forpliktelser *overfor den prosjekterende* fremover i tid.⁵⁵ Avtalehjemmel for tiltransport må derfor også være inntatt i avtalen mellom byggherren og den prosjekterende.⁵⁶

Av sammenhengen mellom ovennevnte fremgår det at avtalevilkåret gjelder i to partskonstellasjoner: én i relasjonen byggherre – totalentreprenør, og én i relasjonen byggherre – prosjekterende. Dersom det ikke er inntatt en klausul om tiltransport i totalentreprise- eller prosjekteringskontrakten, vil medkontrahentene etter disse kunne motsette seg byggherrens krav om tiltransport, eller akseptere det på vilkår de selv er villige til å godta.⁵⁷ Det er videre en forutsetning for tiltransport at den prosjekterende er kjent på tidspunktet for kontraktsinngåelsen mellom byggherren og totalentreprenøren, jf.

⁵³ Jf. NS 8407 pkt. 10.1.

⁵⁴ Jf. NS 8407 pkt. 31.

⁵⁵ Se ordlyden i NS 8407 pkt. 13.2.1 2. punktum og under i punkt. 4.4.

⁵⁶ Se NS 8401 pkt. 5.4.1 og NS 8402 pkt. 4.4.1. Dette er i samsvar med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om personendringer i forpliktelsesforhold. Det vil ikke foretas noen videre behandling av vilkårene for tiltransport i relasjonen mellom byggherren og den prosjekterende, jf. min avgrensning i punkt 1.5.

⁵⁷ Jf. Urbye (2011) s. 45.

også protokollens forutsetninger. Pkt. 13.1 åpner ikke for tiltransport av prosjekterende som byggherren velger etter kontraktsinngåelsen.

Pkt. 13.1 (1) fastslår at reglene om tiltransport kommer til anvendelse ”dersom det er avtalt”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig at den individuelt utformede kontrakten henviser til standardvilkårene generelt.⁵⁸

Det kreves ingen særlig grunn for å inngå avtale om tiltransport, men avtalevilkåret er grunnleggende, og gjelder også for tiltransport av entreprenører etter standardens pkt. 12. De samme hensyn ligger bak vilkåret også for denne tiltransportmodellen.

Avtalehjemmelen om tiltransport vil normalt inntas i anbuds- eller tilbudsgrunnlaget som sendes ut fra byggherren. Klausuler om tiltransport utgjør en prisregulerende faktor og den endelige kontrakten mellom byggherren og totalentreprenøren skal derfor ha innkalkulert et risikopåslag for tiltransporten.⁵⁹ Det er imidlertid ingenting i veien for at byggherren tar opp spørsmålet om tiltransport etter dette tidspunkt, for eksempel i forhandlinger før kontrakt slutes, eller etter at kontrakten er inngått. Dette følger naturlig av partenes avtalefrihet. Etter prinsippet om avtalefrihet må det også være adgang til å utforme bestemmelsen om tiltransport som en opsjon som byggherren på fritt grunnlag kan velge om han vil gjøre gjeldende etter kontraktsinngåelsen, slik det ofte gjøres ved avtaler om tiltransport av entreprenører. Se mer om dette under oppgavens punkt 4.2.

Pkt. 13 sier intet om formkrav eller den nærmere prosedyren for tiltransport. Bestemmelsen skiller seg i så måte fra reglene om tiltransport av entreprenører, som fastslår at tiltransport ”skal skje ved skriftlig melding fra byggherren”, og angir nærmere prosedyrer i denne forbindelse.⁶⁰ Normalt vil en avtale om tiltransport av prosjekterende mellom byggherren

⁵⁸ Jf. også Giverholt (2012) s. 208 og s. 212.

⁵⁹ Se mer om dette under oppgavens punkt 4.3.4.

⁶⁰ Jf. NS 8407 pkt. 12.1.1 (1).

og totalentreprenøren være skriftlig og inntatt i kontraktsdokumentet, idet hovedregelen er at tiltransporten avtales samtidig med inngåelsen av totalentreprisekontrakten. Selv om det i prinsippet ikke er noe som hindrer partene fra å inngå en slik avtale muntlig, er dette neppe noe som ofte vil forekomme i praksis.

3.3.2 Byggherrens opplysningsplikt

3.3.2.1 Har byggherren en opplysningsplikt?

Det kan tenkes at byggherren sitter på opplysninger om den prosjekterende som vil være av betydning for totalentreprenørens vurdering om han vil akseptere tiltransport eller ikke. I disse situasjoner oppstår spørsmålet om byggherren har en plikt til å gi totalentreprenøren opplysninger om slike forhold.

Et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten er at partene bærer risikoen for egne forutsetninger.⁶¹ Det gjelder således ingen generell opplysningsplikt.⁶² Dette er imidlertid et utgangspunkt med visse modifikasjoner. På visse vilkår kan en kontraktspart ha ansvar for mangelfulle opplysninger til medkontrahenten.⁶³ Opplysningsplikten innebærer kort sagt at avtalepartene plikter å underrette hverandre om forhold av betydning for kontraktsforholdet.

Opplysninger byggherren forutsettes å gi til totalentreprenøren er behandlet i protokollen til NS 8407. I merknadene til pkt. 13 forutsettes det at byggherren fremlegger relevant informasjon knyttet til de prosjekterende. Det uttales at "*Byggherren forutsettes derfor å gi følgende opplysninger om prosjekteringskontrakten og den prosjekterende: (...)*". Komiteen foretar deretter en oppstilling av spesifikke forhold de mener det er relevant for totalentreprenøren å vurdere i relasjon til risikoen ved en avtale om tiltransport, herunder

⁶¹ Jf. Hagstrøm (2011) s. 154.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Jf. Nazarian (2007) s. 359

navn på de prosjekterende, kontraktsvilkårene i prosjekteringskontrakten, og status på leveranser og utbetalt honorar. Det fremgår videre av protokollen at:

*"Byggherren forutsettes videre å opplyse om forhold relatert til den prosjekterende og prosjekteringsarbeidet som han kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at entreprenøren hadde interesse av å få".*⁶⁴

Ettersom protokollen ikke er direkte bindende mellom partene kan det synes noe misvisende å betegne protokollens forutsetninger som en opplysningsplikt for byggherren. I det følgende vil jeg imidlertid søke å belyse at protokollens forutsetninger på dette punkt langt på vei er i samsvar med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om lojalitet og medkontrahenters prekontraktuelle opplysningsplikt. I den grad et brudd på protokollens forutsetninger også innebærer et brudd på den alminnelige opplysningsplikten vil totalentreprenøren etter omstendighetene kunne gjøre gjeldende ugyldighets- og misligholdsbeføyelser mot byggherren.

Problemstillingen er i hvilke tilfeller det foreligger en opplysningsplikt for byggherren etter bakgrunnsretten.

Det kontraktsrettslige prinsippet om opplysningsplikt er forankret i ulike bestemmelser i kontraktslovgivningen, herunder avtaleloven § 33. I de siste tiårene har det blitt vanlig å se på opplysningsplikten som følger av disse rettsgrunnlagene som et konkret utslag av et generelt prinsipp om plikt til lojal opptreden i kontraktsforhold.⁶⁵ Lojalitetsprinsippet kan påberopes både som ugyldighetsgrunn og som grunnlag for mangelsbeføyelser på ulovfestede områder.⁶⁶ Forholdet mellom regelsettene er ikke ubetinget klare. Det er

⁶⁴ Se protokollens merknad til pkt. 13.

⁶⁵ Jf. Skrunes (2010) s. 412 og Simonsen (1997) s. 193. Se også Rt. 1984 s. 28 og Rt. 1988 s. 1078.

⁶⁶ Jf. Nazarian (2007) s. 367.

imidlertid antatt i teorien at prinsippene for når det kan sies å foreligge en opplysningsplikt etter de forskjellige grunnlagene i hovedtrekk er sammenfallende.⁶⁷

Prinsippet om opplysningsplikt forankret i lojalitetbetraktninger må kunne tilpasses og overføres til herværende situasjon selv om tilfellene som skisseres i teorien gjerne er at realdebitor (typisk selger) forholder seg taus overfor realkreditor (typisk kjøper). Situasjonen som drøftes under herværende punkt er hvor realkreditor (byggherre) forholder seg taus overfor realdebitor (totalentreprenøren). De bakenforliggende hensyn er imidlertid de samme.

For at det kan konstateres misligholdt opplysningsplikt må tre vilkår være oppfylt.⁶⁸ For det første må de manglende opplysningene være av *kvalifisert art*. I kontraktslovgivningen omtales dette som at det må dreie seg om opplysninger om "*vesentlige*" forhold ved ytelsen som medkontrahenten hadde "*grunn til å regne med å få*".⁶⁹ Hensynet bak et slikt kvalifikasjonskrav er hovedregelen om at partene ikke har noen generell plikt til å gi medkontrahenten opplysninger. Kravet har også en sammenheng med det andre vilkåret. Dette formuleres som *kausalitetsforutsetningen*. Kjernen i vilkåret er at unnlåtelsen av å gi opplysningen kan antas å ha virket inn på avtalen.⁷⁰ Med henvisning til teori om opplysningsplikten i kjøpsforhold fastslår Skrunes at det bakenforliggende resonnement bak disse vilkår er det samme ved spørsmålet om byggherrens opplysningsplikt:

⁶⁷ Jf. Woxholth (2009) s. 319 med henvisning til Hagstrøm (2011) s. 149.

⁶⁸ Jf. Hagstrøm (2011) s. 147 flg.

⁶⁹ Se f.eks. lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) §19 (1) b.

⁷⁰ Se f.eks. kjøpsloven § 19 (1) b: "...såframt unnlåtelsen kan antas å ha innvirket på kjøpet". Innvirkningsvilkåret i bakgrunnsretten er ikke tolket strengt i praksis, se f.eks Rt. 2003 s. 612 som gjaldt tolkningen av tilsvarende vilkår i avhendingslova § 3-8 (2).

*"Informasjon som har mer direkte betydning for den økonomiske balansen i kontrakten, og som ikke er av mer allmenn karakter, kan man som utgangspunkt ikke holde tilbake uten at det får følger i kontraktsforholdet mellom partene."*⁷¹

Protokollens ordlyd inneholder en formulering som minner om et kvalifikasjonsvilkår, idet byggherren bare forutsettes å opplyse om forhold det var "*nærliggende å anta at entreprenøren hadde interesse av å få*". Protokollen inneholder imidlertid ingen uttrykkelig kausalitetsforutsetning eller krav til vesentlighet, og er på disse punkt mangelfull sammenlignet med bakgrunnsretten om opplysningsplikt. Hva som er relevante opplysninger må bero på en konkret vurdering. Det kan typisk være opplysninger om dårlig økonomi eller bedriftens fagpersonell. Eksempelvis vil det at nøkkelpersoner hos den prosjekterende har sluttet være forbundet med en økt risiko for totalentreprenøren og følgelig en opplysning det er nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få.⁷² Generelt kan det sies at byggherren er pliktig å opplyse om alle forhold som kan gjøre prosjektet mer risikabelt, dyrere eller på andre måter mer byrdefullt.⁷³

Det siste vilkåret etter bakgrunnsretten er at det foreligger en grad av *skyld* hos den som har unnlatt å gi opplysninger. Etter læren om opplysningsplikt med grunnlag i avtaleloven § 33 har skyldkravet vært uaktsomhet.⁷⁴ Også i rettspraksis knyttet til det alminnelige lojalitetsprinsippet har det vært alminnelig uaktsomhet som har vært avgjørende.⁷⁵ I teorien argumenteres det imidlertid for at den nyere kontraktslovgivningen må tas i betraktning på grunn av dens store fremvekst de siste årene, samt lovgivningens karakter som utslag av

⁷¹ Jf. Skrunes (2010) s. 420.

⁷² Jf. Giverholt (2012) s. 218.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Jf. Skrunes (2010) s. 425.

⁷⁵ Se f.eks. Rt. 1984 s. 28 og Rt. 1987 s. 442 som bruker formuleringen "burde forstått". Dette er etter tradisjonell språkbruk et krav om uaktsomhet.

alminnelige prinsipper.⁷⁶ I kontraktslovgivningen uttrykkes skyldkravet som at selgeren må gi opplysninger om forhold ved salgsobjektet som han "*kjente eller måtte kjenne til*".⁷⁷ Nazarian argumenterer med at skyldkravet i nyere kontraktslovgivning bør legges til grunn generelt, ettersom det vil virke tilfeldig å operere med ulike skyldkrav for opplysningsplikten på lovfestede og ulovfestede områder.⁷⁸

Det generelle skyldkravet fra bakgrunnsretten er også benyttet i protokollen. Det forutsettes der at byggherren opplyser om forhold ved den prosjekterende og prosjekteringsarbeidet som han "*kjente eller måtte kjenne til*". Problemstillingen er hva som ligger i skyldkravet, eller mer presist hvilke forhold byggherren "*måtte kjenne til*".

Ved at formuleringen benyttes ved siden av faktisk kunnskap ligger normen tilsynelatende i et mellomstykke mellom simpel uaktsomhet og forsett.⁷⁹ Den nærmere graden av skyld som kreves mellom disse ytterpunktene er imidlertid uklar.

Normen "*måtte kjenne til*" ble introdusert ved kjøpsloven. I forarbeidene til kjøpsloven uttales det:

*"Selgerens opplysningsplikt omfatter ikke bare forhold han kjenner til, men også forhold som han « måtte kjenne til », dvs. forhold som selgeren ikke har noen rimelig unnskyldning for å være uvitende om, jf. formuleringen « måtte være kjent med » i § 17 (2) bokstav (b). Det er ikke nok at selgeren burde vite; det kreves at han måtte vite."*⁸⁰

⁷⁶ Jf. Nazarian (2007) s. 366 med henvisning til Hagstrøm.

⁷⁷ Se f.eks. kjøpsloven § 19 (1) b, avhendingslova § 3-7 og bustadoppføringslova § 26.

⁷⁸ Jf. Nazarian (2007) s. 366 flg.

⁷⁹ Jf. Krüger (2004) s. 273.

⁸⁰ Se Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62 og tilsvarende i forarbeidene til avhendingsloven § 3-7, jf. Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 89.

Uttalelsen bidrar ikke til en klargjøring av aktsomhetskravet. Momentet "*rimelig unnskyldning*" og "*rimelig grunn*" synes språklig sett å indikere uaktsomhet.⁸¹ Høyesterett har imidlertid uttalt seg om innholdet i normen i noen nyere dommer.⁸² Ettersom ordlyden og forarbeidene ikke gir noen videre holdepunkter må aktsomhetskravet søkes klarlagt i lys av rettspraksis.

Rt. 2002 s. 696 gjaldt krav om erstatning etter kjøp av en industritomt som følge av forurensning i grunnen. Spørsmålet for Høyesterett var blant annet om det utgjorde en mangel at selgeren ikke hadde lagt frem en geoteknisk rapport. Det var enighet om at det forelå en mangel dersom selgeren "*kjente eller måtte kjenne til*" rapporten, jf. avhendingslova § 3-7. Førstvoterende uttalte om innholdet i normen:

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

Den siterte uttalelsen tilsier at normen krever mer enn simpel uaktsomhet, men at det heller ikke kreves forsett. Førstvoterendes uttalelse gir imidlertid få holdepunkter for hva som faktisk kreves. Heller ikke de øvrige dommene fra Høyesterett bidrar til noen nærmere klarlegging av innholdet i normen.⁸³ Etter foreliggende rettspraksis synes det derfor ikke klart hva som er normens nærmere innhold. Det er på den ene side klart at det ikke kreves positiv kunnskap, altså forsett, men det kreves likevel noe mer enn at debitor burde vite,

⁸¹ Jf. Krüger (2004) s. 274.

⁸² Se bl.a. Rt. 2001 s. 369, Rt. 2002 s. 696 og Rt. 2002 s. 1110.

⁸³ Se Krüger (2004) for en nærmere omtale av disse.

altså alminnelig uaktsomhet. Hagstrøm antyder at skyldkravet etter dette må ligge nært opp mot grov uaktsomhet.⁸⁴ Denne forståelsen synes å ha tilslutning også i annen teori, hvor det også uttales at man i aktsomhetsvurderingen eventuelt kan se hen til hva som følger av bransjeskikk.⁸⁵ Kjernespørsmålet blir etter dette om forsømmelsen av å gi opplysninger om det aktuelle forhold utgjør et betydelig avvik fra forsvarlig handlemåte.⁸⁶ Hva som er forsvarlig handlemåte må vurderes ut fra det aktuelle rettsområde og den aktuelle situasjon.⁸⁷

Entreprisekontrakter preges av en kompleks funksjonsfordeling og en korresponderende forutsetning om samarbeid. I tillegg strekker kontraktsavviklingen seg over lang tid. Dette er særegenheter som taler for en skjerpet prekontraktuell opplysningsplikt. Ved en tiltransport har i tillegg byggherren fremforhandlet de enkelte kontrakter med de prosjekterende. Det er dermed rimelig å forutsette at byggherren har kunnskap om forhold ved de prosjekterende og deres arbeid som er relevant å videreformidle til totalentreprenøren før han overtar risikoen for de prosjekterende og deres arbeid. Et ytterligere moment som gjør seg gjeldende ved vurderingen av hva byggherren måtte kjenne til, er hvor lenge byggherren har hatt et kontraktsforhold med den prosjekterende. Dersom arbeidet frem til totalentreprenøren kontraheres har gått over lang tid er dette noe som er relevant i vurderingen av hva byggherren måtte kjenne til.

Det er etter redegjørelsen ovenfor klart at protokollen langt på vei samsvarer med de generelle vilkårene til opplysningsplikt i medhold av bakgrunnsretten. Brudd på

⁸⁴ Jf. Hagstrøm (2011) s. 162- 165.

⁸⁵ Jf. Skrunes (2010) s. 426, Christoffersen (2005) s. 35 med henvisning til Krüger (1997) s. 322 og 331. Krüger (2004) fremhever på sin side at innholdet i begrepet fremdeles er uavklart.

⁸⁶ Se Rt. 1989 s. 1318 hvor det på s. 1322 uttales at grov uaktsomhet fordrer et "markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte" og at vedkommende er "vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet."

⁸⁷ Jf. Christoffersen (2005) s. 35.

forutsetningene i protokollen vil derfor også kunne innebære brudd på den generelle opplysningsplikten og medføre rettsvirkninger. Det forutsettes også i innledningsordene til protokollen at avvik *"vil kunne være illojale i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir."*

3.3.2.2 Konsekvenser av brudd på opplysningsplikten

Spørsmålet er hvilke rettsvirkninger byggherrens brudd på opplysningsplikten medfører. Protokollen i seg selv kan ikke hjemle rettsvirkninger. Manglende eller uriktige opplysninger vil likevel kunne sanksjoneres som et brudd på den alminnelige opplysningsplikten. Det er en sikker rettssetning også utenfor de lovregulerte tilfellene at misligholdt opplysningsplikt medfører at *"ytelsen skal være i samsvar med det kreditor på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente"*.⁸⁸

En naturlig slutning fra det alminnelige prinsippet er at totalentreprenøren skal stilles som om informasjonsplikten var overholdt. Brudd på opplysningsplikten kan medføre erstatningsansvar for byggherren dersom det anses illojalt å ha forholdt seg taus om de aktuelle forhold. Totalentreprenøren kan etter alminnelig erstatningsrett bare kreve erstatning dersom det påvises et økonomisk tap. Det må således vurderes om byggherrens misligholdte opplysningsplikt har ført til et negativt økonomisk resultat sammenlignet med situasjonen hvor totalentreprenøren fikk de aktuelle opplysningene. Dette kan etter forholdene være vanskelig, ettersom partene må vurdere hypotetiske årsaksforløp. Misligholdte opplysninger må også kunne medføre at avtalen blir ugyldig dersom vilkårene etter avtaleloven § 33 er oppfylt. Totalentreprenøren må i så fall ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.⁸⁹

⁸⁸ Jf. Hagstrøm (2011) s. 148.

⁸⁹ Se mer om avtaleloven §33 og den negative kontraktsinteresse i Hagstrøm (2011) kap. 6.5.2 og kap. 20.2.

Det kan også spørres om misligholdt opplysningsplikt etter forholdene kan medføre en rett til vederlagsjustering eller fristforlengelse for totalentreprenøren etter NS 8407 pkt. 33 og 34. Dette vil være aktuelt dersom man kan slutte at misligholdt opplysningsplikt utgjør "*andre forhold byggherren har risikoen for*", jf. ordlyden i bestemmelsene. Ordlyden i standarden er på dette punkt vidt utformet, antakelig for å omfatte alle de ulikeartede forhold som kan tilsi en begrensning av totalentreprenørens risiko. Gode grunner taler derfor for at totalentreprenøren må kunne kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse hvor byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt.

Etter mitt syn er en annen mulig virkning i relasjon til tiltransport at totalentreprenøren i kontraktsforholdet med byggherren kan motsette seg å bruke den prosjekterende for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser. Etter min mening kan det argumenteres for denne løsningen dersom de manglende opplysningene er av en slik art at totalentreprenøren ville tatt forbehold mot tiltransport dersom de ble gjort kjent for ham ved kontraktsinngåelsen.

3.3.3 Rett for totalentreprenøren til å nekte tiltransport?

Pkt. 13 hjemler ingen nektelsesrett for totalentreprenøren. Dette er forskjellig fra reglene om tiltransport av entreprenører. Retten byggherren sikrer seg til å tiltransportere entreprenører fremstår imidlertid gjerne som en opsjon som byggherren står fritt til å benytte når han måtte ønske etter kontraktsinngåelsen.⁹⁰ Mye kan derfor endre seg mellom tidspunktet for kontraktsinngåelsen og tidspunktet opsjonen gjøres gjeldende. Ved tiltransport av prosjekterende inntreder derimot virkningen som utgangspunkt allerede ved kontraktsinngåelsen.⁹¹ Totalentreprenøren står selvsagt fritt til å velge om han vil inngå en slik avtale. Det er derfor normalt ikke praktisk med en etterfølgende nektingsrett i disse tilfellene. Kontrollen av de prosjekterende som skal foretas etter protokollen innebærer en

⁹⁰ Jf. Giverholt (2012) s. 173.

⁹¹ Se mer om dette under punkt 4.2.

forutsetning om at totalentreprenøren foretar en veloverveid beslutning og tar forbehold før kontraktsinngåelsen dersom han ikke ønsker å få noen av byggherrens angitte prosjekterende tiltransportert. Dersom forbehold ikke blir tatt anses totalentreprenøren å ha akseptert de prosjekterende som tilbudsgrunnlaget forutsetter at vil bli tiltransportert.⁹²

Dersom tiltransporten avtales som en opsjon lik løsningen for tiltransport av entreprenører, kommer imidlertid spørsmålet om totalentreprenørens nektingsadgang på spissen. Hensynene som synes å ligge bak den manglende nektingsadgangen i pkt. 13 gjør seg ikke gjeldende i disse tilfeller. Ettersom standarden ikke inneholder noen nektingsadgang ved tiltransport av prosjekterende bør partene i disse tilfellene innta en nektingshjemmel i sin individuelle kontrakt.

Dersom totalentreprenøren etter kontraktsinngåelsen avdekker forhold ved de prosjekterende som fører til at han ønsker å fragå sitt tidligere standpunkt må dette i tilfelle skje gjennom en heving av prosjekteringskontrakten på nærmere vilkår, se nedenfor under oppgavens punkt 4.4.2.2. I de tilfellene det avdekkes at byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt kan det argumenteres for at totalentreprenøren burde ha en rett til å kreve seg frigjort fra de prosjekterende opplysningene gjelder, se ovenfor under punkt 3.3.2.2.

⁹² Jf. Giverholt (2012) s. 217.

4 Virkninger av tiltransport

4.1 Overordnet om tiltransportens virkninger

Som påpekt innledningsvis under punkt 2.2.1 krever byggeprosessen ofte et vidt spenn av fagkunnskap og kompetanse. Totalentreprenøren klarer som oftest ikke å dekke behovet med sin egen arbeidsstokk alene. Totalentreprenøren står i utgangspunktet fritt til å benytte de prosjekterende han selv ønsker for kontraktsoppfyllelsen, jf. pkt. 10.1.⁹³ Valgretten er viktig for totalentreprenøren, ettersom han identifiseres med sine kontraktshjelpere.⁹⁴ Det sentrale med tiltransport er at totalentreprenørens valgfrihet avskjæres. Med avtale om tiltransport får byggherren styre prosjekteringen på det personelle plan uten å måtte bære risikoen for dette. Totalentreprenøren overtar imidlertid instruksjonsmyndigheten overfor de prosjekterende.

Ved tiltransporten etableres det et kontraktsforhold mellom totalentreprenøren og den prosjekterende. Byggherrens rettigheter og plikter etter kontrakten med den prosjekterende overdras til totalentreprenøren, og byggherrens direkte kontraktsrelasjon med den prosjekterende opphører fra avtaleinngåelsen og fremover i tid.

Tiltransport av prosjekterende fører ikke formelt til en overføring av risiko fra byggherren til totalentreprenøren. Virkningene av tiltransporten gir seg i andre utslag. Giverholts omtale av avtale om risikoovergang for tidligere prosjektering som en ”modell for tiltransport” må derfor leses med en viss reservasjon.⁹⁵ Avtale om risikoovergang for byggherrens prosjektering etter pkt. 24.2 er vesensforskjellig fra en avtale om tiltransport

⁹³ Valgretten begrenses av byggherrens nektingsrett, jf. pkt. 10.2.

⁹⁴ Jf. Giverholt (2012) s. 150 flg. og oppgavens punkt 4.3.2.

⁹⁵ *Ibid.* s. 208.

av prosjekterende, men benyttes ofte i kombinasjon med en avtale om dette. Det blir imidlertid da to forskjellige regelsett som regulerer situasjonen.

4.2 Virkningstidspunktet

Pkt. 13.1 regulerer når tiltransporten får virkning. Bestemmelsen lyder:

"Reglene i punkt 13 kommer til anvendelse dersom det er avtalt at totalentreprenøren skal få den prosjekterende tiltransportert til seg.

Virkningene av tiltransport inntreer ved kontraktsinngåelse, med mindre annet er avtalt."

Virkningene av tiltransport inntreer følgelig i utgangspunktet *"ved kontraktsinngåelse"* mellom byggherren og totalentreprenøren. Kontraktsinngåelsen er tidspunktet det er inngått bindende kontrakt om totalentreprise mellom byggherren og totalentreprenøren. Det er av betydning at kontraktsinngåelsestidspunktet klargjøres, da dette definerer grensesnittet mellom byggherrens og totalentreprenørens prosjektering.⁹⁶ Hvorvidt avtale er inngått beror på alminnelige avtalerettslige regler.⁹⁷

Rettsvirkningene av tiltransporten hva gjelder risikospørsmålet gjelder kun fra tiltransporten skjer og fremover i tid, se pkt. 13.2.2 (1) 2. pkt. som slår fast at totalentreprenøren

"(...) svarer fra tiltransporten for den prosjekterende på samme måte som for kontraktsmedhjelpere, jf. pkt. 10.1".

⁹⁶ Se mer om grensesnittproblematikk under oppgavens punkt 4.5.1.

⁹⁷ For mer om dette, se Woxholth (2009) s. 67 flg.

Totalentreprenøren har således bare risikoen for prosjektering *etter* kontraktsinngåelsen med byggherren, mens byggherren har risikoen for svikt som kan tilbakeføres til prosjektering utført *før* kontraktsinngåelsen, jf. oppgavens punkt 2.2.2.

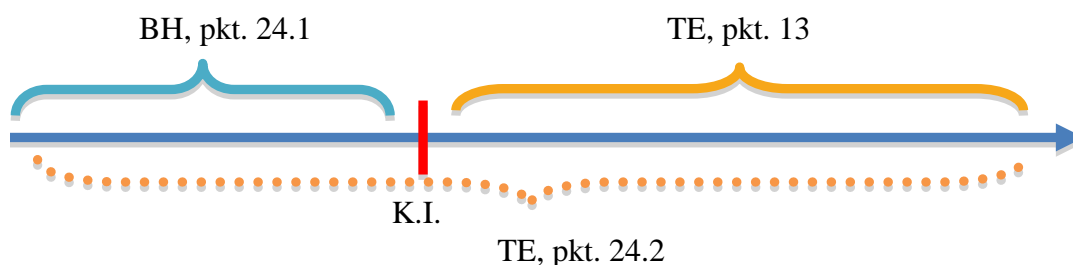
Ovennevnte skiller seg fra tilfellene hvor det avtales tiltransport av entreprenører. Etter pkt. 12.1.1 (1) forutsettes det at tiltransport av entreprenører skjer ved "*skriftlig melding fra byggherren*" dersom "*det fremgår av kontrakten eller senere avtales*". Det er naturlig å forstå ordlyden som at tiltransport av entreprenører forutsetningsvis skjer ved at byggherren gjør gjeldende en kontraktsfestet opsjon ved en særskilt melding. Pkt. 12.1.1. hjemler også i (2) og (3) en rett for totalentreprenøren til å be om informasjon og befaring som utskyter virkningstidspunktet av tiltransporten ytterligere. Tiltransport av entreprenører har også retroaktiv virkning, jf. pkt. 12.2.1 som fastslår at tiltransporten har "*virkning både for (...) utførte og gjenstående arbeider*".⁹⁸

Dette er viktige forskjeller, men det er klart at kontraktspartene står fritt til å avtale alternative ordninger som kan redusere forskjellene mellom regelsettene. Dette følger uttrykkelig av ordlyden i pkt. 13.1 (2) "*med mindre annet er avtalt*", men følger også naturlig av prinsippet om avtalefrihet. Partene står dermed fritt til å avtale tiltransporten for eksempel som en opsjon som kan gjøres gjeldende i fremtiden eller utskyte virkningen til et senere fastsatt tidspunkt. Dette er ikke helt upraktisk, for eksempel for tilfeller hvor byggherren ønsker å ta seg av all prosjektering frem til rammetillatelsen og denne ikke foreligger ved avtaleinngåelsen.

Mer praktiske utslag av avtalefriheten på dette punkt ser man hvor partene avtaler tiltransport kombinert med overtakelse av risikoen for tidligere utført prosjektering etter pkt. 13.2.2 (5). Avtaler om risikoovergang reguleres av pkt. 24.2. Dersom kontraktspartene velger sistnevnte modell vil tiltransporten få virkning for totalentreprenørens risiko som for

⁹⁸ Se tilsvarende i pkt. 12.2.2 a.

tiltransport av entreprenører: både retroaktivt og fremover. Det er viktig å fastholde at en slik avtale innebærer to selvstendige avtalemekanismer som etter standarden har to forskjellige reguleringer, henholdsvis i pkt. 13 og pkt. 24.2. Protokollens særlige retningslinjer for avtale om risikoovergang etter pkt. 24.2 må dermed tas i betraktning i tillegg til de særlige kontroll- og varslingsplikter som følger av pkt. 24.2.2. Kontrakter som kombinerer de to regelsettene er en forholdsvis vanlig løsning i praksis, selv om klausulene fører til en betydelig risikooverføring til totalentreprenøren.⁹⁹ Risikooverføringsklausuler har derfor tidligere vært gjenstand for skepsis i både rettspraksis og juridisk teori.¹⁰⁰ Slik skepsis kan fortsatt spores i protokollteksten til 24.2, hvor det fremgår at det er tale om en unntaksregel som kun skal benyttes i tilfeller hvor totalentreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risikoen han påtar seg.



Figuren illustrerer totalentreprenørens risiko ved en tiltransport etter pkt. 13, og overtakelsen av byggherrens risiko som følge av en avtale om risikoovergang etter pkt. 24.2. "K.I." er kontraktsinngåelsestidspunktet.

⁹⁹ Jf. Giverholt (2012) s. 366-367.

¹⁰⁰ Se Rt. 1917 s. 673, LA-2004-39953 og TOSLO-2007-110178. Eldre juridisk teori gikk langt i å hevde at bestemmelser som så radikalt brøt med funksjonsfordelingsprinsippet måtte tolkes innskrenkende, se f.eks. Bech (1962) s. 34, Sandvik (1966) s. 205-206 og Hagstrøm (1997) s. 82.

4.3 Virkninger for totalentreprisekontrakten, pkt. 13.2.2

4.3.1 Ingen endringer i totalentreprenørens rettigheter og plikter overfor byggherren

Pkt. 13.2.2 (1) fastslår at:

"Totalentreprenørens rettigheter og plikter overfor byggherren endres ikke som følge av tiltransporten. Han svarer fra tiltransporten for den prosjekterende på samme måte som for kontraktsmedhjelpere, jf. 10.1. "

Kontraktsforholdet mellom byggherren og totalentreprenøren består etter tiltransporten av de samme rettigheter og plikter som i en totalentreprisekontrakt uten klausul om tiltransport av prosjekterende. Dette er forskjellig fra reglene om tiltransport av entreprenører, der pkt. 12.2.2 fastslår at:

"Tiltransporten anses som en utvidelse av totalentreprenørens kontrakt med byggherren (...)"

Virkingen av tiltransport av sideentreprenører er at den tiltransporterte sideentreprenør blir underentreprenør for totalentreprenøren. For eksempel kan byggherren ha kontrahert en sideentreprenør til å forestå prosjekteringen og produksjonen av rulletrapper i et bygg. Dersom sideentreprenøren tiltransporteres til totalentreprenøren får totalentreprenøren sin kontrakt med byggherren utvidet tilsvarende omfanget av sideentreprenørens kontraktsforpliktelser. Totalentreprenøren får dermed overført kontraktsforpliktelser han ikke har hatt tidligere.¹⁰¹ Tilsvarende skjer for sideentreprenøren dersom det er totalentreprenøren som tiltransporteres ham.¹⁰² Dette er motsatt av virkingen ved tiltransport av prosjekterende, jf. ovenfor siterte pkt. 13.2.2. Totalentreprenøren vil i

¹⁰¹ Jf. Giverholt (2012) s. 170.

¹⁰² Jf. NS 8407 pkt. 12.3.

alminnelighet ha risikoen for de kontraktshjelpere han bruker til utføring eller prosjektering, jf. pkt. 10. Tiltransporten medfører ingen endring på dette punkt. Totalentreprenøren påtar seg heller ingen større forpliktelser ved tiltransporten enn han uansett ville svart for som følge av de alminnelige virkninger av totalentrepriseformen, idet totalentreprenøren uansett ville hatt ansvaret og risikoen for den nødvendige prosjekteringen, jf. pkt. 16.1.

Totalentreprenørens kontraktsforpliktelser og risikosfære blir således lik det som følger av den alminnelige funksjonsfordelingen i totalentreprisekontrakter. Det vises til fremstillingen i punkt 2.2.2 ovenfor. For ordens skyld har standarden i pkt. 13.2.2 (3) presisert dette gjennom en henvisning til regelen i pkt. 24.1 som gir uttrykk for funksjonsfordelingsprinsippet:

"Byggherren har etter 24.1 risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering foretatt før tiltransporten."

Dersom det avtales at totalentreprenøren overtar risikoen for byggherrens prosjektering og angitte løsninger før kontraktsinngåelse kommer pkt. 24.2 til anvendelse, jf. pkt. 13.2.2 (5). I disse tilfellene har totalentreprenøren risikoen *"som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv"*, jf. pkt. 24.2.1. Dette innebærer en fullstendig overføring av byggherrens risiko til totalentreprenøren.¹⁰³

4.3.2 Totalentreprenørens risiko for tiltransporterte prosjekterende

Pkt. 13.2.2 (1) annet punktum slår fast at:

"Han [totalentreprenøren] svarer for den prosjekterende på samme måte som for kontraktsmedhjelpere, jf. 10.1."

¹⁰³ For mer utfyllende om pkt. 24.2, se Giverholt (2012) s. 364 flg.

Pkt. 10.1 (1) andre punktum slår fast at totalentreprenørens "*kontraktsansvar overfor byggherren endres ikke ved bruk av kontraktsmedhjelpere*". Totalentreprenøren identifiseres etter dette med tiltransporterte prosjekterendes mislighold som om det skulle vært hans eget mislighold. Dette er i samsvar med bakgrunnsretten om kontraktshjelperansvaret. Ansvarer omfatter spørsmålet om risikoen for oppfyllelessvikt i sin alminnelighet.¹⁰⁴ Utgangspunktet om at debitor hefter for alle hjelperhandlinger er begrunnet i at han frivillig har gitt løfte om å prestere en bestemt ytelse. Totalentreprenørens kontraktshjelperansvar omfatter både de tekniske, fremdriftsmessige og økonomiske sider av kontraktshjelperens ytelser.¹⁰⁵

Det alminnelige kontraktshjelperansvaret er imidlertid betinget av at kontraktshjelperen er valgt av kreditor selv. Dette er et utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp om samsvar mellom valgfrihet og risiko.¹⁰⁶ Situasjonen ved tiltransport av prosjekterende er at de prosjekterende ikke er valgt av totalentreprenøren, men byggherren. Regelen i pkt. 13.2.2 (1) annet punktum innebærer i så måte et unntak fra utgangspunktet i norsk rett. Bestemmelsen er imidlertid langt på vei i samsvar med kontinental rett, hvor begrunnelsen er at dersom debitor frivillig inngår en avtale på vilkår som avskjærer hans valgmuligheter må han også ta på seg risikoen for hjelpernes uaktsomhet.¹⁰⁷ Denne løsningen har etter mitt syn gode grunner for seg også ved tiltransport av prosjekterende, spesielt tatt i betraktning at totalentreprenøren har mulighet til å undersøke hvem byggherren vil videreføre før kontraktsinngåelsen, og innta eventuelle forbehold i kontrakten. Hvor det ikke er tatt noe forbehold, bør totalentreprenøren som profesjonell aktør bære risikoen for sine frivillige disposisjoner.

¹⁰⁴ Jf. blant annet Rt. 1986 s. 1386. Se Hagstrøm (2011) kap. 19.3 for mer om kontraktshjelperansvaret.

¹⁰⁵ Jf. Giverholt (2012) s. 156.

¹⁰⁶ Se Rt. 1917 s. 673, Sandvik (1977) s. 211 og Askeland (2002) s. 189 flg.

¹⁰⁷ Jf. Askeland (2002) s. 189 flg.

Byggherren kan dermed forholde seg til totalentreprenøren ved mislighold av kontrakten, selv om den prosjekterende er årsaken til dette. Dette letter situasjonen for byggherren rent administrativt og er for byggherren et tungtveiende moment for å avtale tiltransport.

4.3.3 Unntak for den prosjekterendes insolvens og økonomiske problemer

4.3.3.1 Begrunnelsen for unntaket

Standardens pkt. 13.2.2 (2) fastslår at totalentreprenøren

"(...)likevel ikke [svarer] for kontraktsbrudd som skyldes den prosjekterendes insolvens eller andre alvorlige økonomiske problemer, med mindre totalentreprenøren forut for kontraktsinngåelsen burde ha oppdaget at det forelå risiko for kontraktsbrudd som følge av slike forhold"

Problemer som oppstår med tanke på oppfyllelse og fremdrift som følge av kontraktshjelperens økonomiske problemer er etter bakgrunnsretten i utgangspunktet totalentreprenørens risiko i henhold til kontraktshjelperansvaret. Bestemmelsen i pkt. 13.2.2 (2) utgjør således en begrensning i totalentreprenørens objektive ansvar for sine kontraktshjelpere og er en særlig virkning av tiltransporten. Det kan spørres om hvilke hensyn som begrunner et slikt unntak.

I teorien tilknyttet tilsvarende unntak ved tiltransport av entreprenører etter NS 8405 pkt. 16.2 fremgår det at det ikke lenger er naturlig å identifisere totalentreprenøren med kontraktshjelperen fordi totalentreprenøren ved tiltransport fratras sin valgmulighet. Dette er en slutning i samsvar med prinsippet om samsvar mellom valgfrihet og risiko.¹⁰⁸ Som jeg tidligere har pekt på identifiseres imidlertid totalentreprenøren ved tiltransport av prosjekterende med den prosjekterende for andre kontraktsbrudd, hvilket innebærer et

¹⁰⁸ Jf. Marthiniussen (2004) s. 200.

unntak fra prinsippet om samsvar mellom valgfrihet og risiko. Det er ikke innlysende hvorfor standarden har satt identifikasjonsspørsmålet ved kontraktsbrudd som følge av økonomiske problemer i en særstilling.

En mulig begrunnelse er at økonomiske forhold etter sin karakter ligger mer på siden av det totalentreprenøren har mulighet til å påvirke. Når det gjelder de prosjekterendes faglige kvalifikasjoner og ytelser vil totalentreprenøren til en viss grad ha mulighet til å foreta en vurdering og eventuelt ta forbehold etter å ha mottatt informasjon om de prosjekterende som ønskes tiltransportert. I tillegg vil han i større grad kunne ha kontroll med dette underveis. Interne økonomiske forhold hos den prosjekterende er derimot forhold som kan være vanskeligere tilgjengelig for totalentreprenøren å vurdere i fasen forut for kontraktsinngåelsen. Dersom totalentreprenøren ble pålagt risikoen for dette ville han risikert å komme i mislighold overfor byggherren for forhold som ligger utenfor hans direkte kontroll. Dersom den prosjekterendes økonomiske problemer ved kontraktsinngåelsen ligger mer i dagen for totalentreprenøren vil unntaket ikke komme til anvendelse. Dette følger av pkt. 13.2.2 (2) in fine, og behandles nærmere i oppgavens punkt 4.3.3.3.

Unntaksbestemmelsen synes dermed å være utslag av en mer sammensatt vurdering av hva som er en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.

4.3.3.2 Terskelen for unntakets anvendelse

Spørsmålet er hva som kreves for at totalentreprenøren blir ansvarsfri for kontraktsbrudd som følge av økonomiske problemer hos den prosjekterende.

Den øvre grensen fremgår klart av ordlyden i pkt. 13.2.2 og er tilfellene hvor kontraktsbruddet skyldes at den prosjekterende er "*insolvent*". Bestemmelsen må forstås slik at det her bygges på det alminnelige insolvensbegrepet fra konkursretten, jf.

konkurslovens legaldefinisjon av begrepet i § 61.¹⁰⁹ Insolvens krever at det foreligger både underbalanse og betalingsudyktighet hos skyldneren, og at betalingsudyktigheten ikke er "*forbigående*".¹¹⁰ Utenfor disse tilfeller må det bero på en konkret helhetsvurdering, hvor også andre momenter enn varigheten er relevant.¹¹¹

Det springende punkt er imidlertid hvordan standardkontraktens nedre grense for ansvarsfrihet skal forstås, jf. standardens formulering "*andre alvorlige økonomiske problemer*".

Ordlyden er vid og lite spesifikk. Hvilke situasjoner som er "*alvorlige*" må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Ved at bestemmelsen skiller mellom insolvens og alvorlige økonomiske problem synes en naturlig tolkning å være at det stilles noe lempeligere krav i bestemmelsens andre alternativ. Dette er etter min mening også en nærliggende slutning sett hen til de hensynene som ligger til grunn for å operere med særlig strenge vilkår for å åpne konkurs. Konkurs er en sanksjon som setter debitor fullstendig ut av spill og følgelig bare skal brukes i prekære situasjoner. Standardens unntak er derimot en sikkerhetsventil for å komme totalentreprenøren til hjelp basert på en tanke om at det ikke ville være rimelig å la han bære risikoen for byggherrens valg av kontraktshjelpere i disse situasjoner. Dette tilsier en noe lavere terskel for at vilkåret anses oppfylt. Den økonomiske situasjon må imidlertid være "*alvorlig*", noe som kan tale for at tilfellene som omfattes vil ligge nært opp til insolvenslignende situasjoner. Vilkåret må antakelig plasseres i et mellomstjikt mellom insolvens og forbigående perioder med dårlig likviditet.¹¹² Ved vurderingen av om situasjonen er kvalifisert nok bør det også kunne legges vekt på hvilke konsekvenser de økonomiske problemene hos den prosjekterende fører til for totalentreprenøren.

¹⁰⁹ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 61.

¹¹⁰ Den konkursrettslige terminologi er at skyldneren er insuffisient og illikvid, jf. NOU:1972:20 s. 121.

¹¹¹ Se Andenæs (2009) s. 60 flg. for nærmere om insolvensbegrepet.

¹¹² Jf. Giverholt (2012) s. 178.

I tillegg til kravet om at de økonomiske problemene er kvalifiserte kreves det *årsakssammenheng* mellom den dårlige økonomien og den prosjekterendes kontraktsbrudd, jf. pkt. 13.2.2 (2). Det er bare kontraktsbrudd "*som skyldes den prosjekterendes*" dårlige økonomi som er risikobefriende. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om tilfeller der den prosjekterendes økonomi er en mer indirekte årsak til misligholdet er tilstrekkelig til ansvarsfritak, og motsatt om det er nok til å konstatere at de økonomiske problemene er alvorlige at det foreligger årsakssammenheng mellom den prosjekterendes økonomi og kontraktsbruddet. Riktignok kan det fremholdes at økonomiske problemer som leder til kontraktsbrudd alltid kan betraktes som en mer eller mindre bakenforliggende og indirekte årsak til misligholdet. Spørsmålet blir dermed om det går en grense for hvor begrenset rolle de økonomiske problemene kan spille.

Et eksempel er at den tiltransporterte prosjekterende som følge av sin økonomiske situasjon engasjerer for få ansatte i sin virksomhet til å arbeide med prosjektet eller engasjerer ufaglært arbeidskraft.¹¹³ Et annet eksempel som kan tenkes er at den prosjekterende har leverandører som stopper sine leveranser som følge av hans betalingsmislighold, hvilket igjen leder til kontraktsbrudd i byggeprosjektet. Er det i slike tilfeller tilstrekkelig årsakssammenheng mellom økonomien og kontraktsbruddet?

Giverholt m.fl. tar til orde for at også slike tilfeller må anses såpass tett forbundet med økonomien at totalentreprenøren må fritas for ansvaret.¹¹⁴ Denne slutningen leder tanken hen til det resonnement som ligger til grunn for betingelseslæren som er utgangspunktet for årsakskravet i den alminnelige erstatningsretten. Læren har vært formulert som at A er årsak til B dersom A er en nødvendig betingelse for Bs inntreden. Hvis B ville ha inntruffet selv om A tenkes borte, er A ikke årsak til B.¹¹⁵ I tilfeller hvor det er sammenblandede

¹¹³ Jf. Giverholt (2012) s. 192.

¹¹⁴ *Ibid.* s. 192-193.

¹¹⁵ Jf. Lødrup (2009) s. 329.

årsaker til kontraktsbruddet må således det sentrale vurderingskriterium være om de økonomiske problemene var en nødvendig og tilstrekkelig forutsetning for kontraktsbruddet. Dersom svaret er bekreftende må dette også være et sterkt, og muligens avgjørende moment for at den økonomiske situasjonen oppfyller standardens krav til alvorlighet.

Dersom det inntreffer kontraktsbrudd som følge av økonomiske problemer som nevnt, er tidspunktet når de faktiske økonomiske problemene oppstod uten betydning. Selv om den prosjekterendes økonomi var i orden på kontraktsinngåelsestidspunktet vil byggherren likevel ha risikoen for kontraktsbrudd som følge av at den økonomiske situasjonen senere utvikler seg i negativ retning.¹¹⁶ Unntaket gjelder generelt, og avhjelper til en viss grad totalentreprenørens manglende frihet til å velge kontraktshjelpere.

Hvem som har bevisbyrden for at kontraktsbruddet skyldes insolvens eller andre alvorlige økonomiske problemer fremgår ikke direkte av ordlyden. Det fremstår imidlertid som en naturlig slutning at bevisbyrden påhviler totalentreprenøren ettersom det er han som vil frigjøre seg fra sitt objektive resultatansvar.

4.3.3.3 Unntak som følge av totalentreprenørens misligholdte undersøkelsesplikt

Siste del av pkt. 13.2.2 (2) inneholder et unntak fra unntaksregelen om totalentreprenørens ansvarsfrihet ved økonomiske problem hos den prosjekterende. Totalentreprenøren har risikoen for kontraktsbrudd som skyldes insolvens eller alvorlige økonomiske problemer dersom han

"(...) forut for kontraktsinngåelsen burde ha oppdaget at det forelå risiko for kontraktsbrudd som følge av slike forhold."¹¹⁷

¹¹⁶ Jf. Giverholt (2012) s. 192.

¹¹⁷ Jf. NS 8407 pkt. 13.2.2 (2).

For det første er det et spørsmål om det forelå "*risiko for kontraktsbrudd*" som følge av slike forhold. Det innebærer at totalentreprenøren etter omstendighetene kan tenkes å måtte svare for kontraktsbrudd også hvor dette skyldes økonomiske problemer som er oppstått *etter* kontraktsinngåelsen. Det sentrale moment er om han burde avdekket at det forelå risiko for slike økonomiske problem på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Hva som skal til for at det foreligger risiko for kontraktsbrudd som følge av den prosjekterendes økonomiske situasjon må vurderes konkret ut fra den prosjekterendes totale finansielle stilling.

Ettersom det må foreligge en faktisk "*risiko*" er det nærliggende å avgrense mot mer bagatellmessige forhold. Det må foreligge en viss grad av *sannsynlighet* for at den prosjekterendes økonomiske situasjon kan lede til kontraktsbrudd. Dersom den prosjekterende er beviselig insolvent er kravet klart oppfylt. Det er verre å vurdere risikoen hvor det kun foreligger mer beskjedne indikasjoner på økonomiske problemer. Kreditorpågang kan være tegn på sviktende likviditet hos den prosjekterende. Det er imidlertid ikke uvanlig at prosjekteringsforetak kan ha forbigående likviditetsmessige stramme perioder uten at dette nødvendigvis skaper videre problemer.¹¹⁸ Hvorvidt det kan sies å foreligge risiko for kontraktsbrudd i slike tilfeller må vurderes konkret, for eksempel ut fra et eventuelt inkassokravs størrelse i forhold til den prosjekterendes totale finansielle stilling. Relevante momenter i denne forbindelse er om den prosjekterendes økonomi synes solid nok til å gjennomføre nødvendige innkjøp, betale leverandører og lønninger til sine ansatte i byggeperioden.¹¹⁹

For det andre må det vurderes om totalentreprenøren "*burde ha oppdaget*" at det forelå slik risiko før kontraktsinngåelsen.

¹¹⁸ Jf. Giverholt (2012) s. 178.

¹¹⁹ *Ibid.*

Normen "*burde ha oppdaget*" gir anvisning på en aktsomhetsvurdering, der spørsmålet er om totalentreprenøren i større eller mindre grad kan klandres for sin uvitenhet. Undersøkelsesplikten er en innsatsforpliktelse og utgjør dermed utgangspunktet for hvor langt totalentreprenørens undersøkelsesplikt strekker seg.¹²⁰ Hvilken innsats som kreves, beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Det avgjørende er om totalentreprenøren har gjort en slik undersøkelse som etter forholdene fremstår som rimelig.

Protokollens forutsetninger om informasjon før kontraktsinngåelsen, som redegjort for tidligere, omfatter ikke eksplisitt informasjon om den prosjekterendes økonomiske situasjon. Selv om totalentreprenøren ikke har fått slik informasjon bør han foreta en viss undersøkelse av den prosjekterendes økonomiske forutsetninger for å utføre oppdraget, sett hen til den risikovurdering bestemmelsen synes å legge opp til.¹²¹ Totalentreprenøren kan ikke unnlate å foreta en undersøkelse i den tro at han da ikke vil bli holdt ansvarlig. Det er nettopp slik klanderverdig uvitenhet som rammes av bestemmelsen. Totalentreprenøren er en profesjonell aktør som i utgangspunktet må forventes å ivareta sine egne interesser. Han bør derfor etterspørre nødvendige opplysninger dersom de ikke fremlegges.¹²²

Hvor inngående totalentreprenøren bør undersøke må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Det vil være relevant å se hen til hvilke opplysninger som foreligger, og om totalentreprenøren har en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser. De klare tilfeller er hvor dokumentasjon fremlagt av byggherren i forbindelse med kontraktsforhandlingene indikerer at det foreligger økonomiske problemer, for eksempel årsregnskap eller skatterestanser.¹²³ Videre synes det klart at totalentreprenøren er å klandre dersom enkle undersøkelser tilsier at totalentreprenøren burde forstått at den prosjekterendes økonomiske situasjon innebærer en risiko for kontraktsbrudd. En standardmessig kredittsjekk og

¹²⁰ Se mer om innsatsforpliktelser i Hagstrøm (2011) kap. 6.1.2.

¹²¹ Jf. Giverholt (2012) s. 219.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.* s. 192.

gjennomgang av tilgjengelige regnskapsopplysninger synes i alle tilfelle å måtte ligge innenfor det som er rimelig å forvente at totalentreprenøren undersøker i forbindelse med kontraktsinngåelsen. For strenge krav til undersøkelsenes omfang vil på den annen side være kostnadskrevende, og hindrer en effektiv og hensiktsmessig kontraktsavvikling.

4.3.4 Prosjekteringskostnaden

Den økonomiske virkningen av tiltransport reguleres i pkt. 13.2.2 (4) som fastslår:

"Er ikke annet avtalt, er prosjekteringskostnaden inkludert i totalentreprenørens kontraktssum."

Utgangspunktet er således at prosjekteringskostnadene skal være inkludert i totalentreprenørens kontraktssum. Dette er naturlig da totalentreprisekontrakten i tillegg til utførelse innebærer en forpliktelse for totalentreprenøren til å forestå den nødvendige prosjektering. Det er følgelig opp til totalentreprenøren, på basis av de opplysninger han innhenter fra byggherren i forbindelse med tilbudsinnbydelsen, å kalkulere prisen for prosjekteringsarbeidet. Kalkulasjonsgrunnlaget totalentreprenøren har i denne forbindelse, er den delen av prosjekteringen som gjenstår på tidspunktet han inngir tilbud.

På denne bakgrunn er det viktig at totalentreprenøren går nøye gjennom de prosjekterendes kontrakter med byggherren før kontraktsinngåelsen for å sikre at det er sammenheng mellom det vederlag den prosjekterende har krav på etter sin kontrakt med byggherren, og det vederlaget totalentreprenøren kan kreve av byggherren.¹²⁴

Hvor totalentreprenøren har forsømt å innkalkulere prosjekteringskostnadene i sitt tilbud må totalentreprenøren dekke ekstra kostnader som medgår til dette innenfor

¹²⁴ Jf. Giverholt (2012) s. 220-221.

kontraktssummen som er avtalt med byggherren.¹²⁵ Følgelig bør totalentreprenøren prise inn marginer der han mener det er usikkerhetsmomenter. Det kan også tenkes at det er avtalt forskjellige vederlagsmodeller etter de forskjellige kontraktene som kompliserer beregningen. I praksis vil ofte prosjekteringskontraktene være inngått som regningsarbeid, mens totalentreprisekontrakten inngås som fastpriskontrakt.

Pkt. 13 pålegger ikke byggherren å fremlegge prosjekteringskontrakten eller å gi andre opplysninger om denne til totalentreprenøren før han inngir sitt tilbud. Standarden forutsetter imidlertid at totalentreprenøren ved kontraktsinngåelsen har et tilstrekkelig grunnlag til å beregne kostnadene forbundet med tiltransporten. Hvis totalentreprenøren mangler informasjon om dette mangler han et fullstendig grunnlag for å prise prosjekteringskostnadene. Det forutsettes derfor i protokollen at slike opplysninger gis totalentreprenøren. Dersom slik informasjon ikke mottas bør totalentreprenøren etterspørre dette. Totalentreprenøren har i tillegg til vederlaget for prosjekteringen krav på et påslag for den risikoen som er forbundet med tiltransporten.¹²⁶ I tillegg til en betalingsforpliktelse for den prosjekterendes arbeid har også totalentreprenøren risikoen for hans fremtidige utførelse. Dette påslaget skal normalt også være innkalkulert i kontraktssummen. Totalentreprenøren vil gjerne spesifisere påslaget til en nærmere angitt prosent eller rund sum, men han må også kunne ta et helt generelt forbehold om påslag.

Det er naturlig at større byggeprosjekter hvor det gjenstår betydelige prosjekteringsarbeider kan by på store utfordringer med tanke på beregningen av prosjekteringskostnadene. Anbudskonkurranser er dessuten ofte preget av tidspress som innebærer begrensede muligheter for totalentreprenøren å foreta nærmere kontrollsjekker av beregninger som bygger på særlige tekniske og fagkyndige vurderinger i de prosjekterendes grunnlagsmateriale. I tillegg vil totalentreprenøren i en konkurransesituasjon være opptatt av å prise så lavt som mulig for å vinne konkurransen. Dette er utfordringer som gjelder

¹²⁵ Jf. Giverholt (2012) s. 220-221.

¹²⁶ *Ibid.*

generelt for totalentrepriser. Spørsmålet er om totalentreprenøren har noen muligheter til å sikre seg hvor prosjektet er beheftet med så stor grad av usikkerhet at prisingen av prosjekteringen på kontraktsinngåelsestidspunktet vanskelig lar seg gjøre.

Etter ordlyden i pkt. 13.2.2 (4) står totalentreprenøren fritt til å avtale alternative ordninger, jf. *"er ikke annet avtalt"* i 4. ledd 1. punktum. Totalentreprenøren kan dermed avtale med byggherren at prosjekteringskostnadene ikke er inkludert i kontraktssummen. Beregningen av vederlaget vil i disse tilfeller bero på partenes nærmere avtaleregulering. Dersom det ikke er avtalt noe nærmere om avregningen vil denne skje som regningsarbeid, det vil si at totalentreprenøren kan kreve det han må betale den prosjekterende for de gjenstående ytelser i henhold til pkt. 30 i tillegg til et påslag.¹²⁷ Det vesentlige er at totalentreprenøren gjør det klart for byggherren at hans tilbud ikke omfatter kostnadene forbundet med prosjektering, da han i mangel av dette ikke vil kunne kreve byggherren for kostnader utover kontraktssummen.¹²⁸

Hvor totalentreprenøren har tatt et forbehold om at prosjekteringskostnaden ikke er inkludert og ikke fastsatt noen påslagsprosent fastslås det i pkt. 13.2.2 (4) 2. punktum at:

"(...) totalentreprenøren har krav på et sedvanlig påslag, beregnet av det endelige vederlaget, eksklusiv merverdiavgift, for de gjenstående deler av den prosjekterendes kontrakt."

Det endelige vederlaget vil etter dette fastsettes ut fra hvor store prosjekteringskostnader som er påløpt ved prosjektets avslutning. I tillegg har totalentreprenøren krav på et *"sedvanlig påslag"*. Påslaget skal blant annet dekke totalentreprenørens økte risiko for uforutsette kostnader, administrasjon og arbeidsfortjeneste. Ved at han både får risikoen for mangler i de prosjekterendes gjenstående ytelser samt svikt i deres fremdrift må dette

¹²⁷ Jf. Ruud (2013) s. 10.

¹²⁸ Jf. Giverholt (2012) s. 220.

gjenspeiles i påslaget. I tillegg må påslaget også fastsettes slik at det dekker totalentreprenørens eventuelle økte kostnader til forsikring og sikkerhetsstillelse overfor de prosjekterende. Dersom det i tillegg til tiltransporten avtales risikoovergang etter pkt. 24.2, må den økte risikoeksponeringen hensyntas. Det følger av pkt. 13.2.2 (5) at påslaget i disse tilfeller også skal "*beregnes (...) av den delen som er tjent opp i regi av byggherren*".

Et spørsmål som oppstår er hva som ligger i at påslaget skal settes til det som er "*sedvanlig*". Hva som er sedvanlig må vurderes ut fra praksis i bransjen. Denne tolkningen legges også til grunn i juridisk teori.¹²⁹ Hva som er sedvanlig for prosjekteringsarbeider må vurderes konkret ut fra omfanget av prosjektet, herunder hvor stor risiko og hvor mye administrasjon totalentreprenøren påtar seg. Teorien antyder at det er vanlig med et påslag på 12 - 15% for tiltransport av prosjekterende.¹³⁰ "*Det endelige vederlaget*" vil si kontraktssummen for de resterende arbeidene i prosjekteringskontrakten justert for eventuelle endringer og ekstraarbeider, fratrukket merverdiavgift. Dersom det endelige vederlaget er på kr. 10 mill. vil påslaget etter dette være et sted mellom 1 200 000 – 1 500 000 kr.

Hvor det etter kontraktsinngåelsen oppstår uenighet om prosjekteringskostnaden er inkludert i kontraktssummen må dette i utgangspunktet gå utover totalentreprenøren dersom han ikke har tatt forbehold om å kreve slikt vederlag etter kontraktsinngåelsen. I situasjoner hvor uenigheten skyldes uklarheter i byggherrens konkurransegrunnlag har imidlertid rettspraksis latt dette gå utover byggherren.¹³¹ Dette er i tråd med den såkalte uklarhetsregelen som gjelder generelt ved tolkningen av kontrakter i norsk rett.¹³²

¹²⁹ Jf. Giverholt (2012) s. 195 med henvisning til Sandvik (1977) s. 169-170.

¹³⁰ Jf. Giverholt (2012) s. 221 og Ruud (2013) s. 10.

¹³¹ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 1489 hvor Høyesterett etter en konkret tolkning kom til at anbudsgrunnlagets bestemmelser om pris ikke var utformet klart nok til at hovedentreprenøren burde forstått at påslag for tiltransport av tekniske entrepriser skulle oppgis i anbudet. Byggherren måtte derfor bære risikoen for hovedentreprenørens forståelse av at påslaget skulle fastsettes senere. Rt. 2012 s. 1729 innebærer imidlertid

4.3.5 Sikkerhetsstillelse

Pkt. 13.2.2 siste ledd fastslår at:

"Totalentreprenøren skal stille rimelig sikkerhet overfor den prosjekterende, dersom han krever det".

Regelen om sikkerhetsstillelse er rimelig sett hen til at byggherrens plikter overfor den prosjekterende overdras til totalentreprenøren ved tiltransporten. Hensynet bak regelen er at den prosjekterende skal ha en rimelig sikkerhet for sitt vederlagskrav når totalentreprenøren blir hans nye kontraktspart.

Den prosjekterende vil ved kontraktsinngåelsen med byggherren bare ha kunnskap om at han kan komme til å bli tiltransportert en totalentreprenør på et senere tidspunkt. Hvem byggherren velger å benytte som totalentreprenør vil potensielt kunne ha en stor betydning for den prosjekterende.

Tiltransporten fører til at den prosjekterendes krav på vederlag skal dekkes av totalentreprenøren. Dersom byggherren skulle velge en totalentreprenør som viser seg å være i en presset økonomisk situasjon vil dette innebære en risiko for at den prosjekterende ikke får dekket sitt krav på vederlag for sine arbeider etter tiltransporten.

en dreining bort fra den strenge uklarhetsregelen lagt til grunn i tidligere praksis. Her ble entreprenørens etterfølgende krav på betaling for stein til oppføring av natursteinsmurer avskåret. Høyesteretts resultat var særlig begrunnet i at systematikken og sammenhengen i anbudsgrunnlaget talte for at enhetsprisen på steinen skulle inngå i anbudet.

¹³² Se Haaskjold (2002) s. 129 flg. og Woxholth (2009) s. 437 flg. for mer om uklarhetsregelen.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med at byggherrens rett til å overdra sine forpliktelser etter de vanlige rådgivningskontraktene fordrer at den nye oppdragsgiveren stiller "*rimelig sikkerhet*" overfor den prosjekterende.¹³³

Kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende kan også omfatte en plikt til å stille garanti. Ettersom totalentreprenøren ved tiltransporten trer inn i byggherrens "*plikter*" vil en plikt for byggherren til å stille sikkerhet naturligvis også gjelde for den totalentreprenøren som får prosjekteringskontrakten tiltransportert seg. I disse tilfeller har ikke bestemmelsen selvstendig betydning og må betraktes som en sikkerhetsventil for den prosjekterende.¹³⁴

Hvor det ikke er hjemlet noen plikt til sikkerhetsstillelse i kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende kan det imidlertid spørres om den prosjekterende kan utlede et krav på sikkerhetsstillelse fra totalentreprenøren i NS 8407. Et alminnelig avtalerettslig prinsipp er at avtaler bare medfører rettsvirkninger inter partes. NS 8407 gjelder i utgangspunktet bare i avtaleforholdet mellom totalentreprenøren og byggherren. Prinsippet om avtalers subjektive begrensning modifiseres i tilfeller hvor en tolkning tilsier at avtalen også er ment å medføre rettsvirkninger for tredjemann. Det fremgår av pkt. 13.2.2 siste ledd at totalentreprenøren plikter å stille sikkerhet overfor den prosjekterende dersom han krever dette. Det kan dermed spørres om pkt. 13.2.2 siste ledd må oppfattes som en tredjemannsavtale.¹³⁵ Den klare ordlyden i bestemmelsen synes etter min mening å tale for en slik slutning. Bestemmelsen vil således kunne ha vesentlig betydning for den prosjekterende.¹³⁶

¹³³ Jf. NS 8401 pkt. 5.4.1 og NS 8402 pkt. 4.4.1.

¹³⁴ Jf. Giverholt (2012) s. 221-222.

¹³⁵ Se Arnholm (1976) s. 84 flg. og Woxholth (2009) s. 218 flg. for mer om dette.

¹³⁶ Bestemmelsen har også selvstendig betydning i tilfellene hvor byggherren er en offentlig aktør. Disse plikter i utgangspunktet ikke å stille sikkerhet, jf. NS 8407 pkt. 7.1.

Totalentreprenørens plikt til å stille sikkerhet fordrer at dette kreves av den prosjekterende, jf. ordlyden "*kreve*". En naturlig forståelse tilsier at den prosjekterende må utvise en grad av aktivitet. Bestemmelsens ordlyd inneholder ingen holdepunkter for når et slikt krav må fremsettes. En problemstilling som reiser seg i denne forbindelse er om en prosjekterende som forholder seg passiv taper sitt krav på sikkerhetsstillelse.

Det skal mye til for at parter mister krav på sikkerhetsstillelse etter standarden.¹³⁷ Dette har imidlertid sammenheng med at de alminnelige bestemmelsene om partenes sikkerhetsstillelse oppstiller en generell og absolutt plikt til å stille sikkerhet for partene.¹³⁸ Et slikt krav må derfor kunne fremmes etter kontraktsinngåelsen.

Det er ingenting i ordlyden i pkt. 13.2.2 siste ledd som tilsier at den prosjekterende mister sin rett til sikkerhet dersom krav om dette fremsettes senere. Ettersom bestemmelsen oppstiller en regel som forutsetter aktivitet fra den prosjekterende taler imidlertid dette for at passivitet fra den prosjekterende etter forholdene kan føre til at hans rettigheter bortfaller.

Passivitet kan generelt være en rettsstiftende kjensgjerning som utgjør et selvstendig rettsfaktum. Etter forholdene kan dermed passivitet tillegges rettsvirkninger uavhengig av partsviljen.¹³⁹ Det er naturlig at et krav om sikkerhetsstillelse fremmes i forbindelse med tiltransporten, idet totalentreprenøren ved tiltransporten trer inn i byggherrens kontraktsposisjoner. Hvor lang passivitet som skal til før den prosjekterendes krav bortfaller må avgjøres konkret. Langvarig passivitet kan på den ene side anses klanderverdig i kontraktsforhold mellom næringsdrivende. På den annen side skal det mye til for at et krav som hviler på et klart grunnlag faller bort som følge av passivitet. Hagstrøm fremholder at rettstap som følge av passivitet bare er aktuelt i unntakstilfeller.¹⁴⁰

¹³⁷ Jf. Giverholt (2012) s. 222.

¹³⁸ Jf. NS 8407 pkt. 7.1 flg.

¹³⁹ Se Hagstrøm (2011) kap. 13.6.6 og 34.13 for mer om passivitet.

¹⁴⁰ *Ibid.* s. 803.

Styrende for vurderingen må være om den prosjekterende har gitt totalentreprenøren rimelig grunn til å gå ut fra at retten til sikkerhet ikke ville bli gjort gjeldende.

Et annet spørsmål er hva som ligger i standardens krav om "*rimelig sikkerhet*". Ordlyden inneholder isolert sett ikke holdepunkter for slutninger verken for det kvalitative eller kvantitative innhold av begrepet. Uklarheten på dette punkt må dermed søkes klarlagt gjennom en tolkning i lys av bestemmelsens formål og standardens øvrige regulering.

Formålet med sikkerhetsstillelse er at den prosjekterende skal ha en garanti for å få dekket sine krav. I pkt. 7.1 som gjelder sikkerhetsstillelse generelt, fastslås i (3) at "*sikkerheten stilles som selvskyldnerkausjon fra bank, forsikringsselskap eller annen finansinstitusjon*". Det fremgår videre at garantien ikke skal være begrenset på annen måte enn det som fremgår av standardens regulering. Dette må være styrende også ved fastleggingen av innholdet i totalentreprenørens plikt overfor den prosjekterende etter 13.2.2 (4), basert på et overordnet hensyn og ønske om et sammenhengende og entydig regelverk. Det kan imidlertid tenkes at også andre former for sikkerhet er tilstrekkelig, for eksempel konserngaranti fra et økonomisk solid morselskap.¹⁴¹ Kjernen i vurderingen bør være hvorvidt den prosjekterende vil komme i en dårligere stilling enn før tiltransporten.

Hvor stor sikkerheten skal være er etter ordlyden ikke presist angitt, jf. begrepet "*rimelig*". Dette avviker fra bestemmelsene om sikkerhetsstillelse i NS 8407 og NS 8405 som fastsetter sikkerheten til en nærmere angitt prosent av kontraktssummen.¹⁴² Størrelsen av sikkerhetsstillelsen etter NS 8407 pkt. 13 må fastlegges etter en konkret vurdering av de aktuelle forholdene i saken. Totalentreprenørens økonomiske stilling og den prosjekterendes økonomiske eksponering vil her være sentrale momenter.¹⁴³ I teori tilknyttet tilsvarende formulering i rådgivningskontraktene er det lagt til grunn at

¹⁴¹ Jf. Ruud (2013) s. 11.

¹⁴² Jf. NS 8407 pkt. 7.2 og pkt. 7.3, samt NS 8405 pkt. 9.2 og pkt. 9.3.

¹⁴³ Jf. Ruud (2013) s. 11.

sikkerheten i alle tilfelle må være stor nok til at den prosjekterende er sikret økonomisk dekning av et mulig erstatningskrav ved mislighold fra oppdragsgiveren.¹⁴⁴ Dette bør etter min mening også være veiledende for sikkerhetsstillelsen etter NS 8407 pkt. 13.

4.4 Virkninger for prosjekteringskontrakten, pkt. 13.2.1

4.4.1 Overføring av kontraktsposisjoner fra byggherren til totalentreprenøren

Pkt. 13.2.1 regulerer tiltransportens virkning for prosjekteringskontrakten og lyder:

”Ved tiltransport etableres det et kontraktsforhold mellom totalentreprenøren og den prosjekterende. Totalentreprenøren trer inn i byggherrens rettigheter og plikter overfor den prosjekterende.”

Tiltransporten overfører byggherrens kontraktsposisjoner til totalentreprenøren, jf. formuleringen *”trer inn i”*. Prosjekteringskontrakten forblir med andre ord uendret, med unntak av at totalentreprenøren trer inn som ny medkontrahent for den prosjekterende. Det følger forutsetningsvis av dette at tiltransporten fører til at kontraktsforholdet mellom byggherre og prosjekterende opphører med virkning fremover. Byggherren vil likevel bære risikoen for den prosjekterendes utførte arbeid *før* tiltransporten med mindre partene har avtalt risikoovergang etter pkt. 24.2. Kontraktsforholdet mellom byggherren og den prosjekterende kan dermed sies å bestå for det prosjekteringsarbeidet som allerede er utført.

Den prosjekterende er ikke del av totalentreprisekontrakten. Forholdet mellom byggherren og den prosjekterende reguleres i deres kontraktsforhold. Punkt 13.2.1 regulerer imidlertid hvordan byggherren og totalentreprenøren er enige om at virkningen av tiltransporten skal være.

¹⁴⁴ Jf. Urbye (2011) s. 44.

4.4.2 Inntreden i byggherrens rettigheter

4.4.2.1 Overordnet om totalentreprenørens rettigheter etter tiltransporten

Totalentreprenøren overtar for det første de samme rettigheter byggherren hadde etter det underliggende kontraktsforholdet. Det skjer et kreditorskifte slik vi kjenner det fra obligasjonsretten.¹⁴⁵ Ved tiltransporten skjer det en cesjon av byggherrens krav på den prosjekterendes fremtidige naturalytelser, og totalentreprenøren blir ny realkreditor.

Størst praktisk utslag gir dette seg i at den prosjekterende plikter å oppfylle sine kontraktsforpliktelser overfor totalentreprenøren til samme pris og øvrige vilkår som fremgår av kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende.¹⁴⁶ Totalentreprenøren må kunne kreve kontraktmessig oppfyllelse fra den prosjekterende og kan i utgangspunktet fremme krav mot den prosjekterende for prosjekteringsfeil. Hvilke krav han kan gjøre gjeldende avhenger av kontraktsreguleringen i prosjekteringskontrakten, men dette vil gjerne være krav om retting, prisavslag og eventuelt krav om erstatning ved prosjekteringsfeil og dagmulkt ved forsinkelse. Totalentreprenørens rettigheter i denne forbindelse berører ikke hans forpliktelser overfor byggherren, jf. pkt. 13.2.2 og oppgavens punkt 4.3.1.

Totalentreprenøren har også instruksjonsmyndighet overfor den prosjekterende som sin kontraktshjelper. Dette er igjen en av årsakene til at kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende må hjemle tiltransporten.

4.4.2.2 Totalentreprenørens hevingsadgang

Det fremgår av det som er redegjort for i punkt 3.3.3 at totalentreprenøren blir bundet til de prosjekterende som fremgår av tilbudsgrunnlaget dersom han ikke tar forbehold ved

¹⁴⁵ Se Hagstrøm (2011) kap. 38 for en generell fremstilling av emnet.

¹⁴⁶ Jf. Giverholt (2012) s. 214.

kontraktsinngåelsen. Dette må holdes atskilt fra spørsmålet om totalentreprenøren har adgang til å heve kontrakten hvor den prosjekterende misligholder.

Hvor NS 8401 og NS 8402 er benyttet, er utgangspunktet at partene har rett til å heve kontrakten "*dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser*".¹⁴⁷ Dette er også regelen etter NS 8407, jf. pkt. 46.1. Reglene er i samsvar med bakgrunnsretten.

Spørsmålet er om tiltransporten medfører en innskrenking i totalentreprenørens alminnelige rettigheter ved at han ved avtalen påtar seg en kontraktsforpliktelse til å gjennomføre kontrakten med byggherrens predefinerte prosjekterende. Legges en slik forståelse til grunn vil heving av prosjekteringskontrakten medføre et potensielt mislighold av kontrakten med byggherren. En slik forståelse av rettsvirkningene av tiltransporten synes imidlertid ikke å ha grunnlag i ordlyden. Pkt. 13.2.1 fastslår at

"Totalentreprenøren trer inn i byggherrens rettigheter og plikter overfor den prosjekterende"

En naturlig slutning fra bestemmelsen er at totalentreprenørens hevingsrett er i behold også hvor byggherrens prosjekterende er tiltransportert totalentreprenøren i totalentreprisekontrakten. Totalentreprenørens forpliktelse overfor byggherren er først og fremst å oppfylle kontraktsmessig i henhold til pkt. 14. Dersom den prosjekterende vesentlig misligholder sine forpliktelser under prosjekteringskontrakten etter han er tiltransportert totalentreprenøren, må totalentreprenøren stå fritt til å heve kontrakten og kontrahere sine egne prosjekterende.

¹⁴⁷ Jf. NS 8401 pkt. 17 og NS 8402 pkt. 16.

4.4.3 Inntreden i byggherrens plikter

4.4.3.1 Overordnet om totalentreprenørens plikter etter tiltransporten

Totalentreprenøren overtar også byggherrens ytelsesplikter etter det underliggende kontraktsforhold ved tiltransporten. Det skjer således et debitorskifte. Totalentreprenøren forplikter seg ved avtalen til å betale vederlaget til den prosjekterende i henhold til de betingelser som er avtalt i den opprinnelige kontrakten mellom byggherren og den prosjekterende. I tillegg overtar totalentreprenøren medvirkningsplikter og andre sideforpliktelser som opplysningsplikter og samordningsplikter. Av redaksjonelle grunner foretas det ikke noen nærmere redegjørelse for disse.

4.4.3.2 Kan den prosjekterende fremme betalingskrav og gjøre gjeldende misligholdssanksjoner mot totalentreprenøren for byggherrens kontraktsbrudd?

En avtale om tiltransport får som vi har sett virkning fra og med inngåelsestidspunktet og virker som hovedregel bare fremover i tid fra kontraktsinngåelsen. På bakgrunn av dette synes en naturlig slutning å være at totalentreprenørens plikter under prosjekteringskontrakten bare gjelder fra kontraktsinngåelsen. Det kan imidlertid spørres om ordlyden "*trer inn i byggherrens rettigheter og plikter*" innebærer at den prosjekterende etter tiltransporten kan holde seg til totalentreprenøren i ethvert spørsmål som gjelder gjennomføringen av prosjekteringskontrakten, herunder om totalentreprenøren er forpliktet til å svare for byggherrens mislighold av sine kontraktsplikter før han ble kontrahert.

Juridisk teori synes å legge sistnevnte tolkning til grunn. Giverholt m.fl. uttaler:

"Totalentreprenøren blir ikke ansvarlig for vederlag for arbeid som er utført forut for tiltransporten. Dette må byggherren selv betale. Dersom byggherren ikke har

*gjort opp alle fakturaene, kan arkitekten fremme misligholdssanksjoner. Disse må også kunne gjøre gjeldende overfor totalentreprenøren."*¹⁴⁸

Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor byggherren ikke har betalt den prosjekterende for arbeidet han har utført i februar til april. Den prosjekterende tiltransporteres så til totalentreprenør i mai uten at byggherren har gjort opp fakturaene fra den prosjekterende. Dette utgjør et kontraktsbrudd i forholdet mellom byggherren og den prosjekterende, og den prosjekterende kan da på nærmere angitte vilkår gjøre misligholdssanksjoner gjeldende.¹⁴⁹

Tilsvarende synspunkter legges til grunn av Ruud m.fl., hvor det fremholdes at den prosjekterende etter tiltransporten må kunne holde seg til totalentreprenøren også for det som ikke er betalt av tidligere ytelser, og at fordelingen av dette mellom byggherren og totalentreprenøren må være den prosjekterende uvedkommende.¹⁵⁰ Juridisk teori synes således å antyde at den prosjekterendes alminnelige misligholdssanksjoner samt vederlagskrav må kunne gjøres gjeldende overfor totalentreprenøren selv om han i utgangspunktet ikke er i mislighold. Det er ikke umiddelbart innlysende hvor teorien hjemler denne slutningen. Den synes tvert imot å stride mot en naturlig forståelse av standardens pkt. 13.2.1 sammenholdt med pkt. 13.1 jf. 13.2.2 (1).

Totalentreprenøren har i utgangspunktet ikke ansvar for prosjekteringen før kontraktsinngåelsen og heller ingen plikt til å betale for ytelsene før dette tidspunktet. Prosjekteringen som er utført frem til dette er av denne grunn ikke innkalkulert i kontraktssummen. Dersom den prosjekterende har adgang til å fremme krav mot totalentreprenøren for mislighold som skriver seg til byggherrens forhold *før* avtalen om

¹⁴⁸ Jf. Giverholt (2012) s. 214.

¹⁴⁹ Den prosjekterende kan f.eks. tilbakeholde prosjektmateriale eller stanse arbeidet ved vesentlig mislighold, jf. NS 8401 pkt. 15.3.

¹⁵⁰ Jf. Ruud (2013) s. 6.

tiltransport vil realiteten være at totalentreprenøren ved tiltransporten påtar seg et dobbelt sett av plikter. En slik slutning er ikke gunstig for totalentreprenøren. Entreprenører presser ofte sine inntjeningsmarginer for å vinne anbudskonkurranser og kan fort havne i en likviditetsskvis ved engasjement i parallelle prosjekter. Totalentreprenøren skal ikke bli skadelidende som følge av byggherrens mislighold, og vil riktignok kunne kanalisere eventuelle tap til byggherren gjennom krav om vederlagsjustering.¹⁵¹ Den nødvendige avklaring og økonomisk kompensasjon vil imidlertid ofte ligge frem i tid. For en totalentreprenør som allerede driver virksomheten på små marginer kan slike krav tenkes å ha store negative konsekvenser. Dersom det senere viser seg at byggherren ikke hadde noen betalingsforpliktelse overfor den prosjekterende vil dessuten totalentreprenørens krav på vederlagsjustering være tapt med mindre han har tatt forbehold om dette ved utbetaling til den prosjekterende.¹⁵² Dette er etter min mening hensyn som taler mot slutningen som legges til grunn i teorien. Dersom den prosjekterende kan rette vederlagskrav mot totalentreprenøren for betalingsmislighold fra byggherrens side vil også tiltransporten dermed reelt sett innebære at totalentreprenøren stiller sikkerhet for byggherrens eldre gjeld. En slik konsekvens burde etter min mening vært mer tydeliggjort i standardens bestemmelse om virkningen av tiltransporten.

Slutningen kan imidlertid synes velbegrunnet sett hen til en samlet interesseavveining. Den prosjekterende er i en særlig stilling etter en tiltransport. Det kan argumenteres med at det ville vært urimelig om den prosjekterende ikke skulle ha noen pressmuligheter for å få dekket sine krav etter at han er tiltransportert totalentreprenøren. En adgang for den prosjekterende til å fremme vederlagskrav og misligholdssanksjoner for byggherrens kontraktsbrudd mot totalentreprenøren vil tvinge totalentreprenøren til å etterkomme kravene fra den prosjekterende for å unngå at den prosjekterende innstiller sine leveranser og at prosjektet stopper opp. Totalentreprenøren vil på sin side ha muligheten til å prise inn denne risikoen i kontrakten med byggherren, og vil uansett kunne kanalisere sine

¹⁵¹ Jf. Giverholt (2012) s. 214.

¹⁵² *Ibid.* s. 214-215.

ekstrakostnader til byggherren. Det forutsettes også i protokollen at totalentreprenøren gis informasjon om status på leveranser og utbetalt honorar.

Et ytterligere moment som taler for slutningen som synes lagt til grunn i teorien er at tiltransporten i utgangspunktet ikke medfører noen endring i kontraktsforholdet utover et skifte av medkontrahent for den prosjekterende. Etersom kontraktsforholdet i så måte løper uavbrutt kan det argumenteres for at det ikke kan spille noen rolle hvem som er medkontrahent; den prosjekterende må kunne gjøre gjeldende misligholdssanksjoner som følge av kontraktsbrudd overfor sin kontraktsmotpart til enhver tid. Dette skaper også det enkleste grensesnittet for alle involverte i prosjektet.

På den annen side medfører tiltransporten rent faktisk et tidsskille i kontraktsforholdet. Kontraktsforholdet mellom byggherren og den prosjekterende *frem til* kontraktsinngåelsen opphører ikke ved tiltransporten. At totalentreprenøren påtar seg risikoen for byggherrens betalingsmislighold harmonerer dårlig med dette. Et ytterligere moment som taler mot teoriens slutning er at tiltransporten er et arrangement den prosjekterende frivillig har sluttet seg til i kontrakten med byggherren. Etersom debitorskiftet krever den prosjekterendes samtykke kan det spørres om det ikke er naturlig å innfortolke en aksept fra den prosjekterende at misligholdskrav overfor byggherren ikke kan gjøres gjeldende overfor totalentreprenøren.

Ordlyden i bestemmelsen er etter min mening ikke klar i relasjon til hvilke virkninger tiltransporten medfører på dette punkt. Reelle hensyn taler både for og mot en adgang for den prosjekterende til å fremme krav og misligholdssanksjoner tilknyttet byggherrens kontraktsbrudd mot totalentreprenøren. Juridisk teori taler imidlertid for en løsning der den prosjekterende kan holde seg til den som til enhver tid er hans medkontrahent for eventuelle uoppgjorte krav fra byggherren.

4.5 Enkelte særlige spørsmål

4.5.1 Grensesnittproblematikk

Byggherren vil normalt engasjere flere prosjekterende for å utføre forberedende arbeider i et forprosjekt før totalentreprenøren kontraheres. Funksjonssvikt som skyldes løsninger og prosjektering utarbeidet i denne fasen, eller løsninger byggherren pålegger totalentreprenøren å følge etter kontraktsinngåelsen, er byggherrens risiko i henhold til hovedregelen i NS 8407 pkt. 24.1, jf. pkt. 13.2.2 (3). Utførelsen og prosjekteringsarbeidet *etter* kontraktsinngåelsen er derimot totalentreprenørens objektive risiko, jf. oppgavens punkt 2.2.2 og 4.3.1.

Det er ikke uvanlig at det inntreffer prosjekteringssvikt i fasen før totalentreprenøren kontraheres. Byggeprosjekter er av kompleks karakter og tidvis stort omfang. Prosjektavviklingen består av en kontraktuell samordning av en rekke komponenter og samvirke mellom flere aktører. Det kan ofte være vanskelig i totalentrepriseforhold å opprettholde klare grenser i henhold til funksjonsfordelingsprinsippet. Dette betegnes generelt som et grensesnittproblem. I tilfellene hvor det avtales tiltransport av prosjekterende oppstår det et særlig grensesnittproblem da de samme aktører jobber med det samme materialet gjennom hele byggeprosessen, men fra et gitt tidspunkt skal identifiseres med en ny oppdragsgiver. Problemstillingen knytter seg til hvordan dette skjæringspunktet fastsettes i praksis.

De prosjekterende må etter en tiltransport bygge på grunnlagsmateriale de selv har utarbeidet for byggherren i sin videre detaljprosjektering. Etersom prosjekteringsytelsene før og etter kontraktsinngåelse i stor grad griper inn i hverandre, vil det i praksis oppstå særlig uklare grenser og vanskelige bevissspørsmål når det gjelder å finne årsaken til oppfyllelessvikt som viser seg etter byggeprosjektets avslutning. Et eksempel er at det ved ferdigsstillelsen av et bygg oppdages at lydisolasjonen ikke tilfredsstillende kontraktens krav. Dette er i utgangspunktet totalentreprenørens risiko etter NS 8407 pkt. 14. Det kan imidlertid tenkes at oppfyllelessvikten skyldes den konseptuelle utformingen av bygget fastsatt av byggherren i prosjekteringsfasen før totalentreprenøren kontraheres.

Slike forhold kan utgjøre en spire til tvister ved en senere endring i partsforholdet ved tiltransport. I forbindelse med tiltransporten er det derfor viktig å avklare nøyaktig hvor langt de prosjekterende har kommet i sitt arbeid etter kontrakten på tidspunktet totalentreprenøren kontraheres, ettersom prosjekteringen på byggherrens hånd definerer totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse, og hans korresponderende prosjekteringsrisiko, jf. oppgavens punkt 2.2.2.

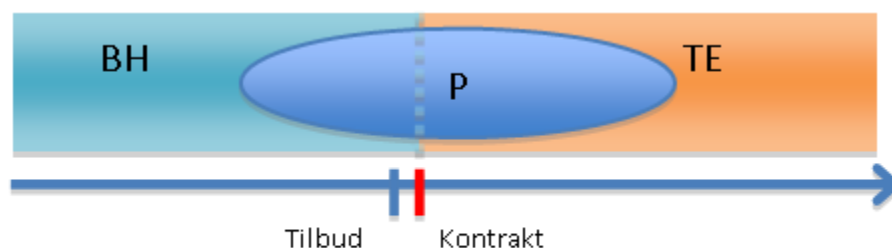
Problemene knyttet til grensesnittet mellom byggherrens og totalentreprenørens prosjektering må først og fremst forsøkes avhjulpet ved å bedre kontraktsgrunnlaget og utformingen av selve kontraktsvilkårene for totalentreprisen.¹⁵³ Det kan for eksempel gjennomføres avklaringsmøter mellom partene før kontraktsdokumentene signeres. Her vil man ha anledning til å definere problematiske grensesnitt, samt avklare håndteringen av disse. Avklaringer fra slike møter bør inntas i kontraktsdokumentene, for eksempel gjennom uttrykkelige definisjoner av et prosjekteringsnivå.¹⁵⁴

Hvor prosjekteringsarbeidet på byggherrens hånd avsluttes ved ferdigstillelsen av forprosjektet og ikke starter opp igjen før totalentreprenøren er kontrahert, oppstår det i utgangspunktet ikke noe problem. Her lar grensesnittet seg normalt enkelt fastsette. Det blir imidlertid mer problematisk å fastsette grensesnittet hvor prosjekteringen fortsetter etter totalentreprenørens inngivelse av tilbud og frem til kontraktsinngåelsen. Her vil det ikke nødvendigvis være faktisk samsvar mellom den prosjektering totalentreprenøren har inngitt tilbud på og det som gjenstår ved tiltransporten. I disse tilfeller vil det oppstå et "vakuum" mellom tilbudsinngivelsen og kontraktsinngåelsen med avtalen om tiltransport. Ettersom tiltransporten i utgangspunktet bare har virkning fremover fra kontraktsinngåelsen tilsier en naturlig tolkning av pkt. 13.2.2 (3) at alt som skjer frem til dette tidspunkt er byggherrens

¹⁵³ Jf. Kaasen (2010) s. 287-289.

¹⁵⁴ Jf. Bruserud (2012) s. 13.

risiko, også hvor det prosjekteres etter at totalentreprenøren har inngitt tilbud. En annen risikofordeling krever særskilt avtale.



Figuren illustrerer grensesnittproblemet ved prosjektering som utføres av samme aktør gjennom hele tidsaksen og "vakuemet" som kan oppstå mellom tilbudsinngivelsen og kontraktsinngåelsen.

4.5.2 Irregulære beslutningsstrukturer

Det kan tenkes at byggherren opprettholder direkte kontakt med de prosjekterende også etter at tiltransport har skjedd. De faktiske kommunikasjonslinjer bryter her med de kontraktuelle, ettersom byggherren og den prosjekterende ikke lenger har et direkte kontraktsforhold. Dette vil i praksis gjerne gjelde i relasjon til arkitekten da byggherren vil kunne ha interesse i å påvirke arkitektoniske løsninger.¹⁵⁵ Byggherren og arkitekten vil gjerne føle en fortsatt eierskap til prosjektet som "sitt" og forsøke å sikre at det gjennomføres i henhold til deres ønsker og ideer gjennom å opprettholde direkte kontakt.¹⁵⁶

Problemstillingen er om det er noen adgang for byggherren til å pålegge den prosjekterende å gjøre endringer i henhold til hans ønsker etter tiltransporten.

¹⁵⁵ Jf. Ruud (2013) s. 5.

¹⁵⁶ Jf. Giverholt (2012) s. 208.

Det er i prinsippet ikke noe rettslig til hinder for at byggherren fortsetter å kjøpe tjenester av arkitekten etter han er tiltransportert totalentreprenøren, men det er klart at kostnadene for disse ikke kan belastes totalentreprenøren.¹⁵⁷ Totalentreprenøren er byggherrens kontraktsmotpart for prosjekteringsarbeidene etter tiltransporten. Byggherren har etter pkt. 31 flg. en adgang til å pålegge totalentreprenøren endringer i forhold til den opprinnelige kontrakten. Byggherren har imidlertid ingen myndighet til å instruere arkitekten eller andre tiltransporterte prosjekterende direkte etter tiltransporten.

Et annet spørsmål er hva som kreves for at det foreligger en endring etter standarden. Det fremgår av pkt. 31.1 at en endring kan gå ut på at:

"(...) totalentreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå."

Ved totalentrepriser vil nesten alle pålegg fra byggherren om krav til utførelsen som ikke kan utledes av kontrakten innebære en endring.¹⁵⁸ Dette følger av standardens krav til at totalentreprenørens oppfyllelse skjer i henhold til byggherrens formål og de angitte funksjonskrav i henhold til pkt. 14. Dersom hans løsninger og utførelse tilfredsstiller disse, har han i utgangspunktet oppfylt kontraktsmessig. Det skal etter dette mye til for at byggherren kan pålegge arkitekten løsninger uten at det innebærer en endring.

Pkt. 31.1 og pkt. 32.2 fastslår at pålegg om endringer må rettes til totalentreprenøren ved hans representant etter pkt. 9. Den prosjekterende er som kontraktshjelper ikke en representant i henhold til pkt. 9. Pålegg som verken kan oppfattes som endringer eller irregulære endringer, jf. pkt. 32, trenger ikke totalentreprenøren ta hensyn til, jf. pkt. 31.3 (2) motsetningsvis.

¹⁵⁷ Jf. Ruud (2013) s. 5.

¹⁵⁸ Jf. Giverholt (2012) s. 466. Se mer om endringsreglene i Giverholt (2012) s. 465 flg.

I praksis kompliseres situasjonen imidlertid for totalentreprenøren i tilfeller som skissert ovenfor. Byggherren vil ikke alltid være klar over at hans pålegg innebærer en endring. I disse tilfeller er det opp til totalentreprenøren å avklare situasjonen gjennom å varsle byggherren etter pkt. 32.2 for å sikre seg vederlagsjustering og fristforlengelse.¹⁵⁹ Intervensjon fra byggherren kan på denne måten komplisere kontraktsavviklingen.

I utgangspunktet har totalentreprenøren heller ikke plikt til å ta hensyn til endrede løsninger utarbeidet av den prosjekterende etter en tiltransport. Dette følger av at den prosjekterende etter tiltransporten ikke lenger omfattes av den personkretsen etter pkt. 32.1 som kan gi pålegg om endring.¹⁶⁰ Av nevnte bestemmelse fremgår at totalentreprenøren skal iverksette pålegg selv om dette innebærer en endring dersom "*det fremgår av arbeidstegninger, arbeidsbeskrivelser eller lignende utarbeidet av byggherren.*" Den eller de prosjekterende som er tiltransportert er etter tiltransporten totalentreprenørens kontraktshjelper. Arbeidstegninger mv. som utarbeides av disse er således ikke "*utarbeidet av byggherren*" og må dermed ikke respekteres av totalentreprenøren.

En annen problemstilling er hvem som bærer risikoen hvor den prosjekterende utarbeider en løsning "under bordet" i samråd med byggherren, og denne medfører prosjekteringsfeil, forsinkelser eller økte kostnader. Totalentreprenøren har i utgangspunktet risikoen for at kontraktsgjenstanden er i samsvar med avtalen og identifiseres med svikt i den prosjekterendes arbeid. Hvor løsningen i realiteten skyldes intervensjon fra byggherren kan det imidlertid spørres om dette er byggherrens risiko i henhold til pkt. 24.1, som fastslår at byggherren har risikoen for løsninger og prosjektering som fremgår av kontraktsdokumenter "*utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktsinngåelse pålegger totalentreprenøren å følge*". Det nærmere vurderingstema er hva som skal til for at løsningen anses pålagt eller utarbeidet av byggherren.

¹⁵⁹ Jf. Giverholt (2012) s. 209.

¹⁶⁰ *Ibid.*

Det er klart at et utstrakt samarbeid og kommunikasjon mellom byggherren og den prosjekterende etter tiltransporten undergraver grunnprinsippet om risikoplassering etter kontraktens funksjonsfordeling. Realiteten vil her nettopp være at byggherren griper inn i totalentreprenørens funksjonssfære etter kontrakten. Totalentreprenøren vil uten kunnskap om den fortsatte kontakten ha redusert kontroll i relasjon til prosjektavviklingen. Dette begrunner en begrensning av hans risiko etter hovedregelen i pkt. 42.1, og en korresponderende økning av risikoen for byggherren etter pkt. 24.1. Løsningen må anses pålagt eller utarbeidet av byggherren i de tilfeller han har intervenert i en så stor grad at han direkte har kunnet påvirke den prosjekterendes valg av løsninger.

TSENJ-2008-25623 gjaldt tvist i et entrepriseforhold som var inngått etter den eldre standarden for totalentrepriser. Retten behandlet imidlertid en problemstilling med visse likhetstrekk som temaet under dette punkt. Totalentreprenøren anførte at det i saken forelå *"flere forhold som tilsier at konsekvensene av totalentrepriseformen reduseres eller faller bort"*.¹⁶¹ Før kontraktsinngåelsen forelå det et langvarig samarbeid mellom byggherren og arkitekt. Dette samarbeidet opphørte imidlertid ikke etter at arkitekten ble overført til totalentreprenøren. Retten la til grunn at partene hadde inngått en totalentreprise *"med de konsekvenser dette normalt innebærer"*¹⁶² med tanke på risiko for prosjektering, men bemerket at

"totalentrepriseformen i denne saken synes noe "utvannet" da "arkitekten ble gitt en forholdsvis utstrakt formell godkjennelsesrolle. Utover dette har Viken [byggherren] og arkitekten praktisert et nærmere samarbeide og godkjennelsespraksis enn totalentreprisen (med arkitekten overført til Storegga [totalentreprenøren]) skulle tilsi. Ordningen med at Viken fortsatt skulle betale

¹⁶¹ Se TSENJ-2008-25623 under "Entrepriseform".

¹⁶² Se TSENJ-2008-25623 under rettens kommentarer til "Entrepriseform".

arkitektens honorar- selv om arkitekten var overført til Storegga- synes også å ha knyttet arkitekten nærmere til Viken." ¹⁶³

Denne praksisen mellom byggherren og arkitekten førte til at retten under flere av de omstridte postene kom til at totalentreprenørens risiko måtte begrenses. Eksempelvis foretok retten en vurdering av hvem som hadde ansvaret for merkostnader som hadde påløpt som følge av endringer i materialvalget for takkonstruksjonen. Retten uttalte om dette:

"Retten finner at det er en endring som er villet av Viken i samarbeide med arkitekten." ¹⁶⁴

Riktignok fant ikke retten det dokumentert at endringen til massivtretak hadde medført økte omkostninger, men dette stilte seg annerledes for et takutstikk:

"Dette må være initiert av Viken- da en slik utvidelse ikke synes å ha noe med detaljprosjektering å gjøre. Storegga har ikke hatt noen oppfordring til av eget tiltak å lage et massivtretakutstikk. Det har således formodningen mot seg at Storegga skulle ha bestemt og utført dette på eget initiativ." ¹⁶⁵

Retten kom etter dette til at totalentreprenøren hadde krav på å få dekket de økte omkostningene til massivtretakløsningen når det gjaldt takutstikket. Dommen illustrerer at risikofordelingen mellom byggherren og totalentreprenøren kan påvirkes i tilfeller hvor de faktiske kommunikasjonslinjer bryter med de kontraktuelle. Hvorvidt en begrensning av totalentreprenørens risiko skal skje i det enkelte tilfelle må nødvendigvis bero på en

¹⁶³ Se TSENJ-2008-25263 under rettens kommentarer til "Entrepriseform".

¹⁶⁴ Se TSENJ-2008-25263 under "Storeggas tilleggskrav", "Faktura nr. 20316.."

¹⁶⁵ Se TSENJ-2008-25263 under "Storeggas tilleggskrav", "Faktura nr. 20316.."

konkret vurdering. Etter min mening trekker imidlertid tingretten frem generelle momenter som kan være veiledende for vurderingen av risikoplasseringen i lignende tilfeller.

Et moment er hvor nært byggherren og den prosjekterende samarbeider etter tiltransporten. Dersom byggherren har utøvet en stor grad av påvirkning kan det være rimelig å anse løsningen som utarbeidet av ham. Et annet moment er om totalentreprenøren har noen faktisk styringsmulighet i relasjon til den prosjekterende. I dommen hadde byggherren ansvaret for å betale vederlaget også etter at arkitekten var overdratt til totalentreprenøren. Totalentreprenøren anførte til dette at han ikke hadde hatt noen makt å sette bak sine krav, noe retten også fant relevant i sin vurdering. I tillegg var arkitekten gitt en utstrakt formell godkjennelsesrolle, hvilket fratok totalentreprenøren hans normale valgrett innenfor kontraktens rammer. Dersom byggherren krever slik godkjennelse av den prosjekterende etter tiltransport er også dette et moment som kan tale for at byggherren bør beholde noe av risikoen for den prosjekterendes løsninger. Etter at totalentreprisekontrakt er inngått oppstiller dessuten pkt. 3 en plikt for partene *"til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten"*. Et samarbeid som bryter med kommunikasjonslinjene som forutsettes i kontrakten vil etter forholdene også kunne bryte med partenes lojalitetsplikt og således utgjøre et selvstendig grunnlag for en endring i risikofordelingen etter totalentreprisekontrakten.

4.5.3 Ulike normer for kontraktsbrudd

At totalentreprenøren har en resultatforpliktelse innebærer at han har risikoen for feil i prosjekteringen etter tiltransport selv om han ikke har utvist uaktsomhet. Ethvert objektivt avvik fra kontraktens funksjonskrav er normalt tilstrekkelig for å konstatere kontraktsbrudd i relasjon til byggherren, jf. NS 8407 pkt. 42.1. For at det skal foreligge prosjekteringsfeil i forholdet mellom den prosjekterende og totalentreprenøren kreves det imidlertid at den

prosjekterende har utvist uaktsomhet, jf. NS 8401 pkt. 13.1 og NS 8402 pkt. 10.1 som er likelydende på dette punkt.¹⁶⁶

Det ligger således ulike normer til grunn for kontraktsbruddsvurderingen i de forskjellige partskonstellasjoner. Konsekvensen av dette kan bli at totalentreprenøren blir ansvarlig overfor byggherren for en svikt som han selv ikke kan holde den prosjekterende ansvarlig for etter deres kontraktsforhold.¹⁶⁷ Dette gjelder generelt i totalentrepriseforhold. Tiltransporten skaper imidlertid en særlig utfordring for totalentreprenøren når det gjelder herværende problematikk.

Totalentreprenøren vil i ordinære totalentrepriseforhold ha inngått både prosjekteringskontrakten og totalentreprisekontrakten selv. Han vil da gjennom kontraktsforhandlinger kunne tilpasse sin risikoeksponering og avdempe forskjellen i ansvarsgrunnlagene ved for eksempel å utvide den prosjekterendes ansvar gjennom en klausul om at de betingelsene som gjelder i forholdet mellom totalentreprenøren og byggherren også skal gjelde mellom totalentreprenøren og de prosjekterende. Denne muligheten avskjæres hvor det ved kontraktsinngåelsen avtales en tiltransport av byggherrens prosjekterende ettersom totalentreprenøren trer inn i byggherrens kontraktsposisjoner slik de er fremforhandlet mellom byggherren og de prosjekterende. Totalentreprenøren bør være bevisst på denne spesielle situasjonen ved prisingen av prosjekteringskostnaden, da det medfører en mulig økt risikoeksponering og således bør reflekteres i en forhøyet påslagsprosent.

¹⁶⁶ Aktsomhetsnormen som legges til grunn ved vurderingen av den prosjekterendes innsats er en ulovfestet profesjonsnorm utviklet i rettspraksis. Se nærmere om profesjonsansvaret i Hagstrøm (2011) kap. 19.2.1 og Sandvik (1975).

¹⁶⁷ Jf. Giverholt (2012) s. 210.

4.5.4 Undersøkelse etter pkt. 24 og 25 utføres av de samme aktører som har utarbeidet prosjekteringsmaterialet

Produksjonsplanleggingen i en totalentreprisekontrakt omfatter både prosjektering og utførelse og skjer i flere omganger. Den går fra det overordnede til det mer detaljerte med tanke på arbeidsoperasjoner og fremdrift.¹⁶⁸

Standardens pkt. 25.1 og 25.2 pålegger totalentreprenøren undersøkelses-, kontroll- og varslingsplikter. Pkt. 25 består av tre elementer: en undersøkelsesplikt, en plikt til å varsle og en erstatningsplikt dersom det ikke varsles, eller dette skjer for sent. Undersøkelses- og varslingsplikten gjelder forhold som vil kunne forstyrre gjennomføringen av arbeidet under kontrakten og øvrige svakheter ved byggherrens prosjektering og løsninger som vil kunne føre til at kontraktens kvalitative krav ikke oppnås.

Hvor det er avtalt risikoovergang for tidligere utført prosjektering etter pkt. 24.2 kommer i tillegg pkt. 24.2.2 til anvendelse. Også etter denne bestemmelse har totalentreprenøren en frist til å gjennomgå alt prosjekteringsmaterialet han skal overta risikoen for og varsle byggherren dersom byggherrens prosjektering ikke vil lede til oppfyllelse i tråd med byggherrens funksjonskrav. Dersom totalentreprenøren varsler et behov for endring innen en gitt frist unngår han å overta risikoen for disse løsninger dersom byggherren fastholder den.¹⁶⁹

Bestemmelsene er et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹⁷⁰ Det er klart at det vil være illojalt å unnlate å varsle byggherren om at man har avdekket forhold ved hans ytelser som ikke vil oppfylle kontraktens funksjonskrav.

¹⁶⁸ Jf. Giverholt (2012) s. 377.

¹⁶⁹ Se mer om pkt. 25.1, pkt. 25.2 og 24.2.2 i Giverholt (2012) s. 368 flg.

¹⁷⁰ Jf. Hagstrøm (1997) s. 88.

Totalentreprenøren selv vil ofte ha begrensede faglige forutsetninger for å undersøke byggherrens ytelse. I praksis engasjeres derfor prosjekterende med særlig kompetanse innenfor de enkelte fagdisipliner for å kontrollere prosjekteringsmaterialets kvalitative løsninger og foreta den videre prosjektering. En særlig problemstilling som oppstår ved tiltransport av prosjekterende er at tidligprosjekteringen fra den prosjekterende blir "prosjekteringsforutsetninger" for den samme prosjekterendes detaljprosjektering, se overfor under punkt 4.5.1 om grensesnitt. Ved tiltransporten settes de samme prosjekterende som har utarbeidet byggherrens prosjekteringsmateriale til å undersøke sine egne arbeider og foreta den videre detaljprosjekteringen. Det kan reises spørsmål om hensynene bak en undersøkelsesplikt undergraves i disse tilfellene.

For det første kan det spørres hvor kvalitativt gode undersøkelsene blir når den som vurderer løsningene ikke nødvendigvis har det samme kritiske blikk som en uavhengig tredjeperson ville ha hatt. For det annet er det praktisk å stille spørsmål ved motivasjonen for den prosjekterende til å varsle om svakheter ved sin egen prosjektering som i ytterste konsekvens vil kunne føre til at byggherren gjør gjeldende misligholdssanksjoner mot ham. Mot dette kan det innvendes at den prosjekterendes alminnelige lojalitetsplikt utgjør en rettslig skranke i disse tilfeller. Dersom den prosjekterende ikke varslar om et forhold i frykt for å bli holdt ansvarlig vil dette være illojalt og medføre ansvar. Det er imidlertid et problem at den prosjekterende rent *faktisk* ikke har de samme incentiver i relasjon til å varsle som en uavhengig tredjeperson. Et moment som taler for at samme aktør undersøker sine egne ytelse er imidlertid at det sannsynligvis vil være mer effektivt både i et tidsmessig og økonomisk perspektiv sammenlignet med å sette arbeidet bort til en uavhengig tredjeperson.

Dersom effektivitetshensynet ikke synes tilstrekkelig tungtveiende, holdt opp mot de øvrige problemstillingene som oppstår i forbindelse med undersøkelsesplikten etter en tiltransport, bør totalentreprenøren vurdere å hente inn uavhengige aktører for å bistå seg. Merkostnadene knyttet til dette er klarligvis ikke noe han kan kreve dekket av byggherren hvis partene ikke har avtalt det. Etter forholdene kan imidlertid en slik kostnad synes

rimelig sett hen til de mulige konsekvensene av en kvalitativt dårligere undersøkelse forestått av de tiltransporterte prosjekterende.

En annen problemstilling i relasjon til denne problematikken er om det skjer en endring i undersøkelsesplikten som følge av tiltransporten. Rettslig sett er det tale om den samme plikten. I utgangspunktet har det ingen betydning hvem totalentreprenøren velger å bruke for å undersøke prosjekteringsmaterialet. Siden kontraktshjelperen ved tiltransporten er predefinert kan det imidlertid spørres om undersøkelsesplikten skjerpes. Pkt. 25.1.2 (1) pålegger en plikt til å varsle der man *"blir eller burde blitt oppmerksom på at det forelå forhold som nevnt i 25.1.1."* Aktsomhetsnormen som oppstilles i forbindelse med undersøkelses- og varslingspliktene er en profesjonsnorm som i utgangspunktet er meget streng.¹⁷¹ Aktøren som forestår undersøkelsen ved kontraktsinngåelsen er presumtivt en prosjekterende som kjenner forhistorien til prosjektet godt. Den prosjekterendes kunnskap om problemområder og usikkerheter i forprosjektsfasen er noe som kan tale for at det skjer en faktisk skjerping av undersøkelsesplikten etter en tiltransport.

¹⁷¹ Se mer om profesjonsnormen i Hagstrøm (2011) kap. 19.2.1.

5 Avsluttende bemerkninger

Det er uvisst om spesialreguleringen man har fått i NS 8407 pkt. 13 og de tilhørende retningslinjene i protokollen vil bidra til en klarere og mer forutberegnelig rettsstilling for partene ved avtaler om tiltransport, sammenlignet med den tidligere fellesreguleringen i NS 3431. Selv om hovedregelen etter NS 8407 pkt. 13 er at totalentreprenørens funksjoner og risikobilde forblir uendret ved en avtale om tiltransport, reiser standardens regulering som vist en rekke juridiske og praktiske problemstillinger. Problemområdene jeg har belyst vil etter min mening kunne virke forstyrrende på kontraktsavviklingen. Dette gjelder i særlig grad den prosjekterendes adgang til å fremme krav mot totalentreprenøren for byggherrens mislighold, hvor totalentreprenørens rettsstilling etter standardens ordlyd etter min mening ikke er ubetinget klar. I tillegg fremstår utfordringen med fortsatt intervensjon fra byggherren etter kontraktsinngåelsen som en potensielt problemskapende faktor.

Generelt sett bidrar imidlertid reguleringen i standarden til en nødvendig klargjøring av rammene for en praktisk og utbredt måte å organisere entrepriser på som tidligere i stor grad har vært individuelt regulert. Det faktum at en tiltransport fordrer samordning av flere kontraktssett vil nødvendigvis by på fortsatte utfordringer i praksis. Hvorvidt partene velger å etterfølge kontraktskonsipistenes anbefalte løsninger, og hvordan domstolene vil forholde seg til disse, gjenstår å se.

6 Kildehenvisninger

Lover

1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58.

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

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

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

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

Forarbeider

NOU:1972:20 Gjeldsforhandlinger og konkurs.

Ot.prp.nr.80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980.

Ot.prp.nr.66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

Standardavtaler

NS 3431: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 1994.

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

NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt. 2008.

NS 8401: Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag. 2010.

NS 8402: Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid. 2010.

NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 2011.

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1917 s. 673.

Rt. 1984 s. 28.

Rt. 1987 s. 442.

Rt. 1988 s. 1078.

Rt. 1989 s. 1318.

Rt. 2001 s. 369.

Rt. 2002 s. 696.

Rt. 2002 s. 1110.

Rt. 2002 s. 1155.

Rt. 2003 s. 612.

Rt. 2007 s. 1489.

Rt. 2010 s. 961.

Rt. 2010 s. 1345.

Rt. 2012 s. 1729.

Underrettspraksis

LA-2004-39953 (Agder).

LA-2006-126227 (Agder).

TOSLO-2007-110178 (Oslo tingrett).

TSENJ-2008-25623 (Senja tingrett).

Juridisk litteratur

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*, 3. utg. Oslo, 2009.

Arnholm, Carl Jacob. *Lærebok i avtalerett*. Oslo, 1976.

Askeland, Bjarte. *Erstatningsrettslig identifikasjon*. Oslo, 2002.

Barbo, Jan Einar. *Totalentreprise- Særlig om totalentreprenørens prosjekteringsrisiko*. Oslo, 1990.

Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. 1. utg. Oslo, 1997.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

Giverholt, Heikki, Hans- Jørgen Arvesen og Karl Marthiniussen. *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise med kommentarer*. Oslo, 2012.

Haaskjold, Erlend. *Kontraktssforpliktelse*. Oslo, 2002.

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett – utvalgte emner*. 1. utg. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.

Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2006.

Krüger, Kai. *Norsk kontraktssrett*. Bergen, 1989.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg. Oslo, 2009.

Marthiniussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans- Jørgen Arvesen m. fl. NS 8505 med kommentarer. 1 utg., Oslo, 2004.

Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.

Ruud, Dag Arne. *Kommentarer til NS 8407 pkt. 13*. Upublisert manus, 2013.
(Planlagt trykket i: Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud m.fl. *NS 8407- Kommentarutgave*. Oslo, 2013).

Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. 1. utg. Oslo, 1966.

Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Bergen, 1977.

Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo, 1997.

Urbye, Hans Jakob. *Kommentarer til NS 8401 og NS 8402*, 2. utg. Oslo, 2011.

Ussing, Henry. *Enkelte kontrakter*. 2. utg. København, 1946.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009.

Juridiske artikler

Bech, Arne. *Entreprenørkontrakter – Risiko og Ansvar*. I: Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner. Nr. 48. 1962, s. 1- 34.

Christoffersen, Margrethe Buskerud. *Virksomhetsoverdragelser- noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt. 2002 1110 (Bodum- dommen)*. I: Jussens Venner. 2005, s. 19- 39.

Kaasen, Knut. *Prosjektintegert megling: et godt løsningsmiddel?* I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1. utg. Oslo, 2010, s. 286 – 303.

Krüger, Kai. *Om ingenmannslandet mellom uaktsomhet og forsett i kjøps- og transportretten*. I: Festskrift til Jan Ramberg. 1997, s. 319- 343.

Krüger, Kai. "...Måtte kjenne til..." *Frimodig ytring om avhendingslovens § 3-7*. I: Jussens Venner. 2004, s. 273- 278.

Skrunes, Samuel og Harald S. Kobbe. *Byggherrens opplysningsplikt i entrepriserforhold*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1. utg. Oslo, 2010, s. 409 – 429.

Nettsider

Bruserud, Herman. *Prosjekteringsrisikoen*. Årsmøte for Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 2012. <http://www.entrepriserforeningen.no/6255-Arsmote-12-april-2012> [sitert 01.03.2013].

Ulsted, Tor Andrè. *Forvirrende protokoll til NS 8407*. <http://byggejuss.no/forvirrende-protokoll-til-ns-8407/>. [sitert 28.01.2013].

Sandvik, Tore. *Konsulentens økonomiske ansvar*. Det 27 nordiske juristmøtet 1975 s. 2 – (KONF- 1975-njm- 2). Lovdata.

<http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=konsulentens+%F8konomiske+ansvar&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on> [sitert 18. 02. 2013].

Høringsuttalelser

OBOS. *Høringsuttalelse – forslag til NS 8407*. Oslo, 2011.