

# Forsikringssselskapets regressrett ved følgeskader av mangel i entrepriseforhold – særlig om grensen mellom kontrakts- og deliktsansvar

Ivar Alvik, professor dr. juris, Nordisk institutt for sjørett, avdeling for energi- og ressursrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

## Sammendrag

Artikkelen behandler virkningene for forsikringssselskapets regressrett av en ansvarsbegrensning som vi blant annet finner i totalentreprisestandarden NS 8407 pkt. 42.3.2. Den sier at totalentreprenøren ikke blir ansvarlig for skader på kontraktsgjenstanden som skyldes mangel, der skaden er dekket av forsikring som byggherren har tegnet. Særlig der skaden på kontraktsgjenstanden skyldes mangel hos en underentreprenør som ikke står i kontraktsforhold til byggherren, oppstår her vanskelige spørsmål i forholdet mellom kontraktsretten og den alminnelige erstatningsretten (deliktsretten). Artikkelen bidrar til klargjøring av en praktisk viktig og hittil lite forstått bestemmelse i de sentrale entreprisestandardene. Samtidig gir den et bidrag til bedre forståelse av det lite oppgatte grenselandet mellom kontrakts- og deliktsretten.

## Nøkkelord

entrepriserett, direktekrav, deliktsansvar, regress, ansvarsbegrensning, følgeskader

## 1 Innledning

Temaet for denne artikkelen er forsikringssselskapets adgang til å kreve regress ved mangel som fører til skade på kontraktsgjenstanden, under entreprisekontrakter underlagt ulike varianter av standardkontrakten Norsk Standard.<sup>1</sup> Bakgrunnen er en spesiell ansvarsbegrensning hvorunder entreprenøren er uten ansvar for kostnader til utbedring av

---

<sup>1</sup> Artikkelen er basert på en betenkning skrevet på oppdrag for Gjensidige, men den er senere betydelig revidert og omarbeidet.

slike skader, som er dekket av byggherrens forsikring.<sup>2</sup> I totalentreprisestandarden NS 8407 finner vi regelen i pkt. 42.3.2, andre ledd, som har følgende ordlyd:

«Dersom mangelen har forvoldt skader på andre deler av kontraktsgjenstanden er totalentreprenøren likevel ikke ansvarlig for kostnadene ved utbedring av disse, dersom skadene er dekket av forsikring som byggherren har tegnet. Skyldes mangelen forsett eller grov uaktsomhet hos totalentreprenøren, får bestemmelsen i første ledd likevel anvendelse.»

Hovedspørsmålet som skal drøftes i det følgende er hvilke føringer denne ansvarsbegrensningen legger på forsikringsselskapets adgang til å søke regress mot den som er ansvarlig for mangelen, enten dette er entreprenøren som byggherren har kontrakt med («totalentreprenøren»), eller en underentreprenør («underentreprenøren»)<sup>3</sup>. Som jeg kommer tilbake til nedenfor har bestemmelsen hittil ikke blitt grundig behandlet i den entrepriserettslige litteraturen, og den har vært omgitt av betydelig uklarhet. Spørsmålet er praktisk viktig, men har også betydelig teoretisk interesse, ettersom det bringer oss inn i det myteomspunne grenselandet mellom kontrakts- og deliktsretten.<sup>4</sup>

Nedenfor redegjør jeg først nærmere for rekkevidden av selve ansvarsbegrensningen i forholdet mellom totalentreprenøren og byggherren (punkt 2). Deretter drøfter jeg betydningen av ansvarsbegrensningen for forsikringsselskapets regressrett i forholdet til henholdsvis totalentreprenøren (punkt 3), og en underentreprenør som er ansvarlig for skaden (punkt 4). Endelig drøfter jeg situasjonen der byggherren etter overtakelse overdrar kontraktsgjenstanden videre, for eksempel til et boligsameie eller borettslag, som igjen tegner egen forsikring for bygget (punkt 5). Jeg avslutter med en konklusjon og noen refleksjoner (punkt 6).

---

<sup>2</sup> Jf. NS 8407 pkt. 42.3.2. I NS 8405 finner vi tilsvarende bestemmelse i pkt. 36.2, andre ledd, og jf. også underentreprisestandardene NS 8417 pkt. 42.3.2, NS 8415 pkt. 36.2 og NS 8416 pkt. 27.2. Selv om regelen altså ikke er særegen for totalentrepriseforhold tar jeg i det følgende utgangspunkt i NS8407 med mindre annet er sagt.

<sup>3</sup> Jeg forutsetter i det følgende at det foreligger en totalentreprise basert på NS 8407. Om entreprenøren, som er byggherrens kontraktspart, bruker jeg dermed normalt begrepet «totalentreprenøren», mens sistnevntes underentreprenører omtales som «underentreprenøren».

<sup>4</sup> For nyere litteratur se for eksempel Markus Hoel Lie, 'Mellom delikt og kontrakt - en analyse og vurdering av dommen publisert i Rt. 2015 s. 276 (Bori boligbyggelag)' *Lov og Rett* 2016 nr. 10, s. 593-614; og Amund Bjøranger Tørum, 'Forholdet mellom kontraktsansvar og deliktsansvar' innlegg på det Det 41. nordiske juristmøte i Helsingfors 2017, tilgjengelig på [http://nordiskjurist.org/wp-content/uploads/2018/11/Torum\\_Amund\\_Bjoranger\\_Forholdet\\_mellom\\_kontraktsansvar\\_og\\_deliktsansvar.pdf](http://nordiskjurist.org/wp-content/uploads/2018/11/Torum_Amund_Bjoranger_Forholdet_mellom_kontraktsansvar_og_deliktsansvar.pdf). Se også særlig Kåre Lilleholt, 'Om tingsskade og kontrakt' i *Nybrott og odling: festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002*, Fagbokforlaget 2002, s. 171,

## 2 Entreprenørens begrensede ansvar for skader som følge av mangel når byggherren har forsikret bygget

Utgangspunktet både etter alminnelig kontraktsrett,<sup>5</sup> og NS 8407 pkt. 19.1,<sup>6</sup> er at skader på kontraktsgjenstanden før overtakelse er totalentreprenørens risiko, mens skader etter overtakelse er byggherrens risiko. Dersom en skade under byggetiden ikke blir utbedret før overtakelse vil den utgjøre en mangel ved overtagelsen. Den vil ikke kunne utgjøre "mangel" i kontraktens forstand før overtakelse, siden mangelsreglene først aktualiseres ved overtakelsen.<sup>7</sup> Den situasjon som reguleres av den ovenfor nevnte regelen i NS 8407 pkt. 42.3.2, er altså at kontraktsgjenstanden har en mangel når den overtas av byggherren, som *deretter* forårsaker skade. Her er naturligvis normalsituasjonen at byggherren, som nå har overtatt risikoen for kontraktsgjenstanden, også i praksis vil tegne forsikring.

Før overtakelsen er kontraktens utgangspunkt derimot at det er totalentreprenøren som har ansvar for å forsikre kontraktsgjenstanden.<sup>8</sup> Noen ganger kan det likevel være gjort unntak fra dette ved at byggherren tegner forsikring også før overtakelsen, typisk en mer omfattende prosjektforsikring.<sup>9</sup> I så fall kan det reises spørsmål ved om pkt. 42.3.2 bør tolkes slik at den også gjelder skader på kontraktsgjenstanden som oppstår før overtakelse. Det kan nok være argumenter for en slik utvidende tolkning, men dette er usikkert og bør helst avklares ved at også ordlyden i pkt. 42.3.2 endres i det særskilte tilfellet der byggherren har forsikret kontraktsgjenstanden før overtakelsen. Etter ordlyden er det normalsituasjonen, der byggherren tegner forsikring etter at han selv har overtatt kontraktsgjenstanden, bestemmelsen regulerer.

For at ansvarsbegrensningen skal komme til anvendelse må det foreligge en forsikringsdekket skade.<sup>10</sup> Utgangspunktet vil normalt være at enhver «plutselig skade» er dekket, men der skaden skyldes en mangel kan det unntaksvis innebære at skaden ikke er

---

<sup>5</sup> Jf. bustadoppføringslova §§ 14 og 45 og jf. også kjøpsloven § 13 og avhendingsloven § 2-4.

<sup>6</sup> Jf. tilsvarende NS 8405 pkt. 17, og se nærmere Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget 2014, s. 384

<sup>7</sup> Dette forhindrer likevel ikke at direktekravsbestemmelsen i pkt. 43 kommer til anvendelse, også på skader ("mangler") som utbedres før overtakelse, jf. Rt. 2007 s. 1768 (Grev Wedels plass) (avsnitt 31).

<sup>8</sup> NS 8407 pkt. 8.1.

<sup>9</sup> Der det skjer en delovertakelse vil kontraktens normalsituasjon være at det fortsatt er totalentreprenøren som har ansvar for å forsikre bygget, jfr. pkt. 8. Her regulerer dermed bestemmelsen også unntakssituasjonen der det er avtalt at byggherren skal tegne forsikring.

<sup>10</sup> Se nærmere om dette Trine-Lise Wilhelmsen, 'Forsikringsproduktet i skadeforsikring – noen utviklingslinjer i skadeforsikring' *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, Årg. 16 (2019) nr. 3-4, s. 161-186, særlig s. 165 flg.

dekket, for eksempel hvis den kommer inn under unntaket som man ofte finner i bygningsforsikring for «svak eller feilaktig konstruksjon.»<sup>11</sup> Ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 gjelder videre skader forvoldt av mangel «på andre deler av kontraktsgjenstanden.» I dette ligger formodentlig at kostnadene knyttet til utbedringen av selve mangelen fortsatt må bæres av totalentreprenøren. Her modifierer bestemmelsen utgangspunktet om at totalentreprenøren ellers ville ha ansvar overfor byggherren på to ulike grunnlag:

For det første vil skader på kontraktsgjenstanden som utgjør «nærliggende og påregnelig følge av den opprinnelige mangelen» også utgjøre mangel.<sup>12</sup> Det betyr at totalentreprenøren har plikt til å utbedre slike skader, og bære kostnadene med dette.<sup>13</sup> Ordlyden i pkt. 42.3.2 skiller ikke mellom følgeskader som anses som mangel etter pkt. 42.1, altså «nærliggende og påregnelig følge», og andre mer avledete skader. Et mulig synspunkt kunne da være at «mangel» i pkt. 42.3.2 må tolkes i samsvar med definisjonen i pkt. 42.1, som inkluderer nærliggende og påregnelig følge, og at det dermed kun er følgeskader som ikke er nærliggende og påregnelige, som er omfattet av ansvarsbegrensningen. Det kunne også hevdes at det tilsvarende følger av uttrykket «andre deler av kontraktsgjenstanden» i pkt. 42.3.2, jf. også det som er sagt om dette over. En slik tolkning ville imidlertid innebære at bestemmelsen fikk liten praktisk betydning. Det samsvarer ikke godt med det som må antas å være hensikten med bestemmelsen; å kanalisere risikoen for skader på kontraktsgjenstanden til byggherrens forsikringsselskap. Dette tilsier at både nærliggende og påregnelige og andre følgeskader er omfattet.<sup>14</sup> Følgelig bør «mangel» i pkt. 42.3.2 anses å vise til definisjonen i pkt. 42.1, første ledd, altså det som i andre ledd omtales som «den opprinnelige mangelen».

For det andre er totalentreprenøren etter alminnelige ansvarsregler ansvarlig for uaktsom skadeforvoldelse.<sup>15</sup> Et slikt ansvar vil også kunne pådras for andre mangelforvoldte skader på kontraktsgjenstanden enn de nærliggende og påregnelige (som jo i seg selv utgjør mangel). Her innebærer pkt. 42.5 en ansvarsbegrensning for slikt uaktsomhetsansvar ved skader på «deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten.»<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Ibid. s. 170 flg.

<sup>12</sup> Jf. NS 8407 pkt. 42.1 andre ledd.

<sup>13</sup> Jf. pkt. 42.3.

<sup>14</sup> Jf. også forutsetningsvis slik Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 391.

<sup>15</sup> Et eget spørsmål er om et slikt ansvar må karakteriseres som kontrakts- eller deliktsrettslig, noe som ikke er opplagt. Grenselandet mellom kontrakts- og deliktsretten er i det hele tatt lite oppgått, se nærmere om dette Lilleholt (2002) og nedenfor punkt 4.

<sup>16</sup> Jf. bestemmelsens første ledd: «Totalentreprenøren er ansvarlig for kostnadene til utbedring av skader på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten, når skaden er en følge av mangel som skyldes uaktsomhet hos totalentreprenøren. Forutsetningen er at utbedringen skjer på en rimelig og forsvarlig måte.»

Totalentreprenøren er da ikke ansvarlig for andre tap enn utbedringskostnadene, med mindre det foreligger forsett eller grov uaktsomhet.<sup>17</sup> Etter sin ordlyd gjelder imidlertid ikke pkt. 42.5 følgeskader på kontraktsgjenstanden, og dette er heller ikke regulert noen andre steder i kontrakten.<sup>18</sup> Hvilket ansvar totalentreprenøren har for mangelforvoldte skader på kontraktsgjenstanden som ikke er «nærliggende og påregnelige», fremstår dermed uklart. Et mulig synspunkt er at vi da må falle tilbake på bakgrunnsretten, som gir totalentreprenøren ansvar både for utbedringskostnader og byggherrens øvrige tap. Et alternativt synspunkt kunne være at alt ansvar for mangler som ikke er regulert i kontrakten, er avskåret, jf. pkt. 49.2, andre ledd. I spennet mellom disse to nokså urimelige tolkningsalternativene fremstår det mest nærliggende å tolke pkt. 42.5 utvidende til også å omfatte uaktsomme mangelforvoldte følgeskader på kontraktsgjenstanden som ikke i seg selv anses som mangel, slik at ansvaret også her begrenses til utbedringskostnadene. Dette er også den eneste løsningen som gir god mening sett opp mot pkt. 42.3.2, som jo fritar totalentreprenøren for nettopp utbedringskostnader når byggherren har tegnet forsikring.

Mens ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 som utgangspunkt gjelder alle skader på kontraktsgjenstanden som følge av mangel, uavhengig av om skaden må anses som en «nærliggende og påregnelig følge» og følgelig selv utgjør mangel, blir konsekvensen av ansvarsbegrensningen her likevel noe forskjellig. For følgeskader som selv utgjør mangel vil entreprenøren fortsatt ha en plikt til å utbedre, men han blir ikke ansvarlig for kostnadene og vil da også etter omstendighetene kunne kreve disse dekket av byggherren eller dennes forsikringsselskap. For andre skader virker bestemmelsen derimot som en ren ansvarsbegrensning for totalentreprenøren.

### **3 Forsikringsselskapets regressadgang mot entreprenøren som er byggherrens kontraktspart**

#### **3.1 Innledning**

Der en tingsskade er dekket av forsikring er skadeserstatningslovens utgangspunkt at ansvaret skal kanaliseres til forsikringsselskapet. Skadelidte vil ikke kunne rette sitt krav mot

---

<sup>17</sup> Jf. andre ledd: «Har mangelen påført byggherren et økonomisk tap som ikke dekkes av de foregående bestemmelsene, kan byggherren bare kreve dette dekket dersom mangelen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos totalentreprenøren.»

<sup>18</sup> Jf. også NS 8407 pkt. 49, som regulerer ansvaret for skader som ikke skyldes mangler.

skadevolder, og forsikringsselskapet vil heller ikke ha noe regresskrav.<sup>19</sup> Imidlertid gjelder det viktige unntak der skaden er voldt ved grov uaktsomhet eller forsett, eller er forvoldt gjennom utøvelse av «yrke, erhvervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet.»<sup>20</sup> I disse situasjonene vil forsikringsselskapet som dekker skaden også ha sitt regresskrav mot skadevolder i behold.<sup>21</sup>

Spørsmålet er om denne regressadgangen påvirkes av den ansvarsbegrensningen som er avtalt mellom byggherren og totalentreprenøren gjennom NS 8407 pkt. 42.3.2 (og tilsvarende i de øvrige NS-standardene). I kommentarutgavene til NS8407 forutsettes at forsikringsselskapets regressadgang enten ikke påvirkes, eller, noe mer tvetydig, at det må være opp til forsikringsselskapet om de vil fraskrive seg retten til regress.<sup>22</sup> Synspunktet synes å være at forsikringsselskapets regressrett er uavhengig av byggherrens krav, og dermed ikke kan begrenses i dennes kontrakt med byggherren. Det som normalt antas å være bakgrunnsrettens utgangspunkt står i en viss motsetning til dette; nemlig at regressadgangen er et avledet krav, som innebærer at regresskreditor trer inn i skadelidtes sted.<sup>23</sup> Dette reiser to spørsmål som skal drøftes i det følgende. For det første er det et spørsmål om det alminnelige utgangspunktet om regressretten som en avledet rett, medfører at forsikringsselskapet nødvendigvis blir bundet av forutgående avtalte ansvarsbegrensninger (punkt 3.2). Forutsatt at dette må besvares bekreftende, er spørsmålet om noe annet likevel kan følge av en tolkning av den aktuelle ansvarsbegrensningen i vår situasjon (punkt 3.3).

### 3.2 Ansvarsbegrensningers virkning for regressretten – utgangspunktet

Utgangspunktet om at regress er et rent avledet krav, står i motsetning til det som kunne vært et alternativt synspunkt, nemlig at forsikringsselskapet som selvstendig skadelidt anses å ha et

---

<sup>19</sup> Skadeserstatningsloven §§ 4-2 og 4-3

<sup>20</sup> Jf. skadeserstatningsloven § 4-2.

<sup>21</sup> Dette er uttrykkelig forutsatt i skadeserstatningsloven § 4-3, som det dog antas ikke selv gir hjemmelen for regress. Denne antas å følge av bakgrunnsretten, se nærmere Trine-Lise Wilhelmsen, 'Regress i skadeforsikring' *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, Årg. 16 (2019) nr. 1, s. 7-32, på s. 13.

<sup>22</sup> Jf. Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, Karl Martinussen, *NS8407 med kommentarer*, Gyldendal 2012, s. 699: «Forsikringsselskapet vil kunne fremme regress mot totalentreprenøren for de utbetalinger selskapet har foretatt til byggherren.» Noe mer tvetydig er uttalelsen hos Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser: kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013, på s. 641: «Bestemmelsen er spesiell ved at den kan gripe inn i forsikringsselskapets rett til regress dersom ikke forsikringsavtalen gjør totalentreprenøren medforsikret, hvilket den ofte vil gjøre. Når det angis at totalentreprenørens ansvar løses gjennom forsikringen, er det uttrykk for at partene har avtalt slik risikofordeling seg imellom. Det vil imidlertid være opp til forsikringsselskapene om de vil tilby en forsikring der de reelt fraskriver seg retten til regress i dette tilfellet.»

<sup>23</sup> Se generelt Bjarte Askeland, *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør*, Fagbokforlaget 2006, s. 51 flg. og Wilhelmsen (2019) s. 12 flg. Senest i en avgjørelse fra kjøremålsutvalget i 2016 ble det fastslått at et forsikringsselskaps regressadgang måtte ta utgangspunkt i skadelidtes krav overfor skadevolder, selv om forsikringsselskapet hadde utbetalt et høyere beløp til skadelidte, jf. HR-2016-558-U.

eget krav mot skadevolder.<sup>24</sup> Høyesterett har imidlertid uttrykkelig avvist at en slik synsvinkel har noe for seg.<sup>25</sup> I dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1601 var spørsmålet om en kommune kunne kreve regress fra ansvarsforsikrer for utgiftene til pleie og omsorg av en trafikkskadet person. Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for regress, men også til at kravet «etter sin art er et regresskrav» og at kommunen dermed ikke kunne ha noe selvstendig krav på erstatning.<sup>26</sup> Senere rettspraksis om informasjonsansvar gir riktignok eksempler på at eierforsikringsselskap kan ha egne deliktskrav mot takstmenn eller eiendomsmeglere som gir uriktige opplysninger.<sup>27</sup> Disse dommene må likevel anses begrunnet i at forsikringsselskapene i de aktuelle sakene selv hadde basert seg på informasjonen som ble gitt.<sup>28</sup>

Det er likevel ingen norske avgjørelser som direkte gjelder spørsmålet om virkningen for regressadgangen av ansvarsbegrensninger i det underliggende forhold. Et mulig synspunkt kunne være at forsikringsselskapets avledete rett innebærer at det trer inn i skadelidtes deliktskrav, og at denne retten står på egne ben i den forstand at den ikke kan innskrenkes gjennom forutgående avtale mellom skadevolder og skadelidte. I forarbeidene til skadeserstatningsloven sies det uttrykkelig at regressretten gir forsikringsselskapet et selvstendig krav mot skadevolderen. Samtidig synes det forutsatt at et slikt selvstendig regresskrav først oppstår «etter at skaden er inntruffet»:

«At forsikringsselskapet kan kreve regress innebærer at det har et selvstendig krav mot skadevolderen. Skadelidte og skadevolder kan ikke uten videre begrense forsikringsselskapets rett til refusjon ved avtale seg imellom etter at skaden er inntruffet.»<sup>29</sup>

Både forarbeidene og rettspraksis synes å forutsette at subrogasjonsprinsippet som ligger under regressretten innebærer at forsikringsselskapet trer inn i skadelidtes kontraktsrettslige posisjoner.<sup>30</sup> Samtidig knytter dette seg primært til inntreden i skadelidtes rettigheter. Det er ikke gitt at det samme må gjelde begrensning av ansvaret. Det ville for eksempel være et konsistent og mulig synspunkt at man så det slik at forsikringsselskapet på regressgrunnlag trer inn i skadelidtes deliktsrettslige posisjon, men ikke kontraktsrettslige

---

<sup>24</sup> Askeland (2006) s. 52.

<sup>25</sup> Dette er også synspunktet hos Askeland (2006).

<sup>26</sup> Se også Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015, s. 540. Jf. også senest kjøremålsutvalgets avgjørelse i HR-2016-558-U.

<sup>27</sup> Rt. 2008 s. 1078, Rt. 2015 s. 556 og HR-2016-2264-A.

<sup>28</sup> Rt. 2008 s. 1078, særlig avsnitt 30 flg.

<sup>29</sup> Ot prp. Nr. 60 (1980-1981) s. 43 (min understrekning).

<sup>30</sup> Ibid. s. 43: «Forsikringsselskapet vil ved å t r e i n n i skadelidtes krav mot skadevolderen i stor utstrekning kunne gjøre bruk av eventuelle sikkerhetsrettigheter (t d tilbakeholdsrett) og andre rettigheter som knytter seg til erstatningskravet, forutsatt at ikke annet følger av det rettsgrunnlag de springer ut av (så som besittelse, avtale mm).» Jf. også forutsetningsvis HR-2016-1447-A og Rt. 1998 s. 1815.

ansvarsbegrensninger som det ikke selv har akseptert. Forsikringsselskapet kan jo fortsatt gis rettigheter under en avtale det ikke er part i (og må da selvfølgelig akseptere begrensninger av disse rettighetene), men det følger ikke av dette at rettigheter forsikringsselskapet eventuelt måtte ha som står på egne ben kan begrenses uten selskapets aksept. Likevel er det ingen konkrete holdepunkter for en slik distinksjon i norsk rett, og særlig forarbeidenes nokså klare forutsetning om dette synes å være at det kun er etter at skaden har inntruffet at forsikringsselskapet har fått et selvstendig krav, som ikke kan begrenses i avtale mellom skadelidte og skadevolder.

Det kan heller ikke sies å være spesielt urimelig om avtalte ansvarsbegrensninger gjøres gjeldende overfor forsikringsselskapet. Slike avtaler er noe forsikringsselskapene må forvente vil kunne finnes, og som de også kan be seg forelagt. På den annen side ville konsekvensen av at forsikringsselskapets regresskrav anses uavhengig av ansvarsbegrensninger i det underliggende forhold, være at skadevolders ansvar i realiteten avhenger av om skaden er forsikret eller ikke.<sup>31</sup> Med andre ord, for en uforsikret skade ville han slippe fri på grunn av ansvarsbegrensningen, mens der skaden er forsikret ville han fortsatt ha et ansvar overfor forsikringsselskapet. At skadevolder skal få økt sitt ansvar fordi skaden er forsikret vil i de fleste tilfeller fremstå urimelig.

I teorien er det derfor blitt antatt at også forsikringsselskapets regressrett som utgangspunkt bindes opp av en ansvarsbegrensning i det underliggende forhold. Hans Jacob Bull behandler spørsmålet i tilknytning til det kontraktsregulerte regressvernet i standardkontraktene for offshorefabrikasjon,<sup>32</sup> og konkluderer med at det samme uansett ville følge av subrogasjonsprinsippet etter bakgrunnsretten.<sup>33</sup> Dette samsvarer med tidligere synspunkter hos Selmer,<sup>34</sup> og Hellner med tanke på svensk rett,<sup>35</sup> og er også antatt å være løsningen i dansk rett.<sup>36</sup>

Selv om løsningen nok ikke umiddelbart kan sies å være helt opplagt, synes det ut fra dette likevel nokså klart at det alminnelige utgangspunktet, også i norsk rett, må være at en

---

<sup>31</sup> Jan Hellner, *Försäkringsgivarens regressrätt*, Uppsala 1953, s. 9.

<sup>32</sup> Etter NF/NTK 15 pkt. 31.1 og 31.2 skal forsikringene partene er forpliktet å tegne, inneholde bestemmelser om at den andre parten er medforsikret og at forsikringsselskapet fraskriver seg regress (som vel for de fleste praktiske formål betyr det samme).

<sup>33</sup> Hans Jacob Bull, *Tredjemannsdekning i forsikringsforhold*, Sjørettsfondet 1988, s. 489.

<sup>34</sup> Knut Selmer, *Forsikringsrett*, Universitetsforlaget 2. utg. 1982, s. 349.

<sup>35</sup> Hellner (1953) s. 11. Se også Jan Hellner, *Försäkringsrätt*, Stockholm 1965, s. 285; og for nyere litteratur, Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt*, Norstedts juridik 3. utg. 2015, s. 339-340.

<sup>36</sup> Henning Jønsson, Lisbeth Kjærgaard og Preben Lyngsø, *Dansk forsikringsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 9. utg. 2012, s. 637.

kontraktsfestet ansvarsbegrensning i det underliggende forhold både kan (og normalt vil) innskrenke forsikringsselskapets regressrett. I prinsippet kan det likevel ikke være noe i veien for at noe annet følger av den aktuelle ansvarsbegrensningen.

### 3.3 Tolkning av ansvarsbegrensningen

Spørsmålet er dermed om ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 i seg selv kan gi holdepunkter for at den ikke er ment å ha virkning for forsikringsselskapets regressadgang. Ordlyden gir ingen slike holdepunkter. Og også ut fra det man skulle tro var bestemmelsens formål – å kanalisere risikoen for skader til byggherrens forsikringsselskap – må dette som utgangspunkt anses å ha formodningen mot seg. Et spesifikt trekk ved ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 er likevel at den aktiviseres av at skaden er forsikringsdekket. Synspunktet over om at fortsatt regressrett for forsikringsselskapet innebærer at skadevolders ansvar blir avhengig av om skaden er forsikret, gjør seg dermed ikke gjeldende. Her vil jo totalentreprenøren uansett være ansvarlig dersom skaden ikke er forsikret.

Samtidig er det vanskelig å se at ansvarsbegrensningen kan ha noe som helst annet fornuftig formål enn nettopp å kanalisere risikoen for følgeskader til byggherrens forsikringsselskap. Alternativet er at bestemmelsen kun har som virkning at byggherren først må dekke utbedringskostnadene overfor totalentreprenøren og deretter kreve disse dekket fra forsikringsselskapet som så igjen ville kunne kreve regress fra totalentreprenøren. Det er vanskelig å se hva hensikten med dette skulle være. Når avskjæring av regress også er i samsvar med bakgrunnsrettens utgangspunkt, synes dermed konklusjonen å måtte bli at bestemmelsen vanskelig kan tolkes på noen annen måte enn at den er ment å ha virkning også for forsikringsselskapets regress.

Et annet spørsmål er derimot om ansvarsbegrensningen påvirkes av *forsikringsselskapets* egne forutsetninger eller forbehold om regress. Etter sin ordlyd gjelder bestemmelsen kun så langt skaden er dekket av forsikring. Hvis forsikringsselskapet ikke har akseptert å dekke skaden uten at dets regressrett er i behold, vil det som utgangspunkt medføre at forsikringsavtalen ikke dekker skaden. For eksempel kan man tenke seg at et forsikringsselskap på grunn av tvil om tolkningen av pkt. 42.3.2 inntar som uttrykkelig vilkår i forsikringsavtalen at dets regressrett mot totalentreprenøren er i behold. Utfra en ren ordlydstolkning er da heller ikke totalentreprenørens ansvar begrenset – skaden er ikke «dekket av forsikring.» Man er dermed tilbake til utgangspunktet om at totalentreprenøren er ansvarlig for skader som ikke er forsikret.

En slik tolkning harmonerer likevel dårlig med bestemmelsens formål og grunnleggende lojalitetsforutsetninger. Selv om man ikke nødvendigvis kan gå så langt som til å si at byggherren har en forsikringsplikt, vil normalforventningen gjerne måtte være at byggherren både tegner forsikring og gjør det på sedvanlige vilkår. Et forbehold ved forsikringstegningen om fortsatt regressadgang fremstår i denne forbindelse som en omgåelse av kontraktens utgangspunkt. Selv om spørsmålet må vurderes konkret, kan det etter omstendighetene tilsi at ansvarsbegrensningen fortsatt bør gjelde, og at byggherren også vil kunne bli erstatningsansvarlig overfor totalentreprenøren, i alle fall dersom han ikke tidligere er blitt gjort kjent med forbeholdet.

## 4 Regressadgangen mot en underentreprenør

### 4.1 Innledning

Hvis skaden på kontraktsgjenstanden skyldes mangel hos en underentreprenør reiser det spørsmål om forsikringselskapet, som er avskåret fra å kreve regress mot totalentreprenøren, likevel kan kreve regress fra underentreprenøren. Situasjonen kan for eksempel være at bygget skades gjennom lekkasje fra rør installert av en rørlegger, som har opptrådt som underentreprenør for totalentreprenøren.<sup>37</sup>

Utgangspunktet må også her være at forsikringselskapet trer inn i byggherrens sted. Spørsmålet er altså hvilken adgang byggherren har til å fremme krav mot underentreprenøren. Et slikt krav kan ses under to synsvinkler. Det består ikke noe kontraktsforhold mellom byggherren og underentreprenøren, men byggherren kan ha adgang til å gjøre gjeldende et såkalt direktekrav på kontraktsrettslig grunnlag. Som vi skal se vil imidlertid et slikt krav i praksis være avskåret (punkt 4.2). Hvis mangelen som volder skade utgjør uaktsomhet kan det imidlertid også gi byggherren grunnlag for et selvstendig deliktsrettslig erstatningskrav mot underentreprenøren. Dette reiser for det første spørsmålet om og under hvilke forutsetninger mislighold av en kontraktsforpliktelse i alminnelighet kan gi grunnlag for et slikt deliktskrav. Spørsmålet er prinsipielt og bringer oss inn i et lite oppgått grenseland mellom kontrakts- og deliktsretten (punkt 4.3). Dernest oppstår det mer konkrete spørsmålet om en eventuell adgang til å fremme et slikt krav i vår situasjon likevel må anses avskåret i kontrakten, altså om det er holdepunkter i NS 8407 (og/eller de øvrige entreprisstandardene) for at byggherren

---

<sup>37</sup>Jf. Rt. 2007 s. 1768 (Grev Wedels plass).

har fraskrevet seg adgangen til å fremsette egne deliktskrav mot en underentreprenør (punkt 4.4).

## 4.2 Kontraktsrettslige direktekrav

NS 8407 pkt. 43 gir byggherren en begrenset adgang til å fremsette direktekrav overfor totalentreprenørens kontraktsmedhjelpere:<sup>38</sup>

«Byggherren har rett til å benytte sine mangelskrav, jf. punkt 42, direkte mot totalentreprenørens kontraktsmedhjelpere i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av totalentreprenøren. Byggherren har bare rett til å gjøre slikt krav gjeldende så fremt det må anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot totalentreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens.»

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår for direktekrav. Byggherren må ha et eget mangelskrav, jf. uttrykket «sine mangelskrav,» og det må godtgjøres at kravet enten ikke kan gjennomføres mot Totalentreprenøren, eller «i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens.» Hvis de to første vilkårene er oppfylt kan et direktekrav gjøres gjeldende i samme grad som det «kunne vært gjort gjeldende av totalentreprenøren.»

Der det er tale om et rent kontraktsrettslig direktekrav, altså et krav som i prinsippet er avledet fra totalentreprenørens kontraktsposisjon, blir vilkåret om at byggherren må ha et eget krav sentralt.<sup>39</sup> Som kontraktsrettslig grunnlag for direktekrav peker dette mot den såkalte dobbeltbegrensningsmodellen, som innebærer et vilkår om at byggherren som direktekravskreditor må ha et eget tilsvarende krav mot sin kontraktspart, totalentreprenøren for å kunne gjøre gjeldende dennes krav mot underentreprenøren.<sup>40</sup>

I vår sammenheng innebærer punkt 42.3.2 da at byggherren i praksis ikke har noe relevant krav som kan gjøres gjeldende mot underentreprenøren. Kontraktens utgangspunkt er

---

<sup>38</sup> Selv om bestemmelsen gir en klar hjemmel for direktekrav kunne det i alle fall tidligere vært stilt spørsmål om bestemmelsens formål primært må sies å være å begrense en direktekravsadgang som ellers ville følge av bakgrunnsretten. Etter Høyesterettsdommen i HR-2018-2256-A må vel utgangspunktet nå helst sies å være at noen alminnelig direktekravsadgang ikke følger av bakgrunnsretten, såfremt underentreprenøren ikke har inntatt en «særlig stilling» overfor byggherren. Bestemmelsen må dermed kunne sies å hjemle en direktekravsadgang som er noe mer begrenset enn den som normalt følger av kontraktslovgivningen.

<sup>39</sup> Men som jeg kommer tilbake til nedenfor får vilkåret andre implikasjoner dersom man tolker bestemmelsen slik at den også omfatter deliktskrav, jf. punkt 4.4 nedenfor.

<sup>40</sup> Ordlyden i dagens NS 8407 fremstår her som en klart tilsiktet endring fra den såkalte subrogasjonsmodellen til *springende regress-* eller *dobbeltbegrensningsmodellen*, jf. ordlyden i den tidligere NS 3431 punkt 43: «Byggherren har rett til å benytte *de mangelskrav totalentreprenøren har* mot sine underentreprenører». Se også slik Nordtvedt mfl. (2013) s. 654; og Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett* (2017) s. 384. Forskjellen på springende regress og subrogasjon ligger i at førstnevnte krever at det må foreligge et mangelskrav i begge ledd, mens sistnevnte forutsetter at direktekravskreditor trer inn i og overtar sin hjemmelmanns krav mot direktekravsdebitor og således ikke trenger å ha noe eget krav for å gjøre gjeldende krav.

jo at skader som er omfattet av punkt 42.3.2 ikke utløser noe økonomisk ansvar for totalentreprenøren. Samtidig forhindrer ikke dette at skadene kan utgjøre mangel som utløser utbedringsplikt i forholdet mellom totalentreprenøren og byggherren. Totalentreprenøren kan altså ha plikt til å utføre utbedringen, med et tilhørende krav på å få dekket sine kostnader fra byggherren eller i realiteten dennes forsikringsselskap. Byggherrens krav mot totalentreprenøren vil dermed ikke samsvare med det krav totalentreprenøren eventuelt ville kunne ha overfor underentreprenøren som jo i hovedsak vil kunne være et rent erstatningsansvar, siden skader på andre deler av totalkontraktsgjenstanden enn hans egen ytelse naturligvis ikke vil kunne føre til noe utbedringsansvar for underentreprenøren. Dette er en konsekvens av at totalentreprenørens og underentreprenørens respektive ytelsesplikter ikke er sammenfallende.<sup>41</sup> For å eksemplifisere: Der mangelen ikke har materialisert seg i skade før overtakelse vil for så vidt mangelen ved totalentreprenørens ytelse normalt være identisk med mangelen ved underentreprenørens ytelse. Den skjulte defekten i rørsystemet utgjør som utgangspunkt mangelen både ved underentreprenørens og totalentreprenørens ytelse på tidspunktet for overtakelsen. Dette gjelder imidlertid ikke for skader som mangelen deretter volder. Her vil likevel skadene på totalkontraktsgjenstanden kunne utgjøre mangel som utløser utbedringsplikt i forholdet mellom totalentreprenøren og byggherren, dersom skadene utgjør «nærliggende og påregnelig følge» av mangelen.<sup>42</sup> De samme skadene vil imidlertid ikke kunne utgjøre noen mangel ved underentreprenørens ytelse, som jo vil være en annen og mer avgrenset ytelse som bare inngår som et element i totalkontraktsgjenstanden. I forholdet til underentreprenøren er det kun nærliggende og påregnelige skader på hans egen ytelse som vil kunne utgjøre mangel overfor ham. Han kan etter omstendighetene bli erstatningsansvarlig for kostnadene til utbedring av skadene mangelen volder på totalkontraktsgjenstanden, men vil ikke få noen utbedringsplikt for skader som ikke har rammet hans egen ytelse.<sup>43</sup>

At følgeskadene utgjør mangel for totalentreprenøren innebærer følgelig kun at han har utbedringsplikt uten økonomisk ansvar. Underentreprenørens mangelsansvar for skadene på totalkontraktsgjenstanden (utover hans egen ytelse) vil derimot bare kunne være et økonomisk ansvar. Implikasjonen er at byggherren, i situasjonen der skaden er dekket av hans forsikring, ikke har noe relevant mangelskrav mot totalentreprenøren. Kontraktsrettslige direktekrav overfor underentreprenører er dermed også utelukket.

---

<sup>41</sup> Når det derimot gjelder gjennomførbarhetsvilkåret må vel synspunktet være at vilkåret er oppfylt hvis byggherren ikke har noe krav, jf. mer om dette nedenfor pkt. 4.4.

<sup>42</sup> Jf. NS 8407 punkt 42.1.

<sup>43</sup> Jf. for eksempel NS 8417 punkt 42.5.

### 4.3 Selvstendige deliktskrav

Siden kontraktens pkt. 43 i praksis avskjærer kontraktsrettslige direktekrav, oppstår spørsmålet om underentreprenørens mangelfulle ytelse som volder skade på kontraktsgjensstanden, i stedet kan gi byggherren (og derigjennom på avledet grunnlag hans forsikringsselskap) grunnlag for et selvstendig deliktskrav mot underentreprenøren.

Etter overtakelsen er kontraktsgjensstanden byggherrens eiendom. Utgangspunktet er at uaktsomt påført skade på andres ting eller eiendom gir grunnlag for et erstatningskrav på deliktsgrunnlag. Samtidig er det her et spørsmål om og under hvilke forutsetninger et slikt uavhengig deliktsansvar oppstår, der skaden er voldt under utførelse av en kontraktsforpliktelse.<sup>44</sup> Forholdet mellom kontraktsrettslig og deliktsrettslig ansvar ved skade som voldes under utførelse av kontraktsplikter har vært problematisert i teorien, men de prinsipielle spørsmålene dette reiser kan vel ikke sies å være helt avklart.<sup>45</sup> Utgangspunktet i norsk rett antas likevel normalt å være et prinsipp om konkurrans, som innebærer at en handling som både er regulert av delikts- og kontraktsregler gir skadelidte en valgrett.<sup>46</sup> Det aktuelle spørsmålet i vår situasjon, der en underentreprenør volder skade på totalkontraktsgjensstanden gjennom mangelfull utførelse av sin ytelse, blir dermed om og under hvilke forutsetninger en slik mangel også utgjør et ansvarsbetingende delikt.<sup>47</sup> Utgangspunktet må da være at dette avhenger av deliktsrettslige regler.<sup>48</sup> I alle fall må dette gjelde når skaden som her rammer en tredjemann – byggherren – som ikke står i noe kontraktsforhold til underentreprenøren og dermed heller ikke (i alle fall som utgangspunkt, men se drøftelsen i punkt 4.4 nedenfor) kan anses å ha gitt avkall på den beskyttelsen som følger av deliktsretten. I det grenselandet mot kontraktsretten vi her befinner oss kan

---

<sup>44</sup> I Rt. 2007 s. 1768 kom Høyesterett til at det ikke var adgang til å fremme et selvstendig deliktskrav mot en underentreprenør parallelt med direktekravsadgangen under kontrakten, som var begrenset i henhold til NS 3431. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, må imidlertid Høyesteretts syn her anses forankret i en tolkning av bestemmelsen i NS 3431 pkt. 43, med andre ord slik at byggherrens adgang til å gjøre deliktsansvar gjeldende var fraskrevet i kontrakten.

<sup>45</sup> Jf. litteraturen som er vist til i note 4 over.

<sup>46</sup> Rt. 2015 s. 276 (Bori). Særlig ved rene formuestap (eller forventningstap) som har sitt utspring i mislighold av en kontrakt kan det likevel være usikkert hvor langt det oppstår et selvstendig deliktskrav, se særlig HR-2017-1834-A (Bori II). Se også Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav: særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise: formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Universitetsforlaget 2007, s. 530.

<sup>47</sup> I noen sammenhenger kan det riktignok tenkes at krav som både har et kontrakts- og deliktsrettslig grunnlag vil måtte karakteriseres som primært kontrakts- eller deliktsrettslig, for eksempel for foreldelsesformål, jf. Rt. 2000 s. 679, på s. 691, der det ble ansett avgjørende om «medkontrahentens erstatningsbetingende atferd (...) har karakter av å stå på egne ben – uavhengig av den inngåtte kontrakt.» Etter dommen i HR-2019-2034-A må det vel nå normalt antas at et slikt ansvar, for foreldelsesformål må anses som kontraktsrettslig. Men dette er et annet spørsmål enn om utførelse og eventuelt mislighold av en kontraktsplikt som av en eller annen grunn ikke gir grunnlag for kontraktsrettslig ansvar, istedenfor kan gi opphav til et selvstendig deliktsansvar.

<sup>48</sup> Rt. 2015 s. 276 (Bori), og HR-2020-312-A (Bori III).

spørsmålet om det oppstår et deliktskrav dermed angripes fra to ulike synsvinkler; for det første om tredjemanns (byggherrens) *interesse* som misligholdet rammer er erstatningsrettslig vernet; for det andre om misligholdet utgjør et delikt (*culpa*) overfor den aktuelle tredjemann (byggherren).

I mange (for ikke å si de fleste) tilfeller av kontraktsbrudd som rammer tredjemann vil tapet være et rent forventningstap, for eksempel at noen kjøper et bygg i tillit til at den offentligrettslig ansvarlige i henhold til plan- og bygningslovgivningen har oppfylt sine plikter. Denne situasjonen har vært gjenstand for en serie på tre nylige Høyesterettsdommer,<sup>49</sup> som kommer i kjølvannet av tidligere rettspraksis, blant annet knyttet til det såkalte informasjonsansvaret.<sup>50</sup> Alle disse dommene gjelder imidlertid det vi kan kalle rene formuestap eller forventningstap. Ved slike tap, som skyldes mislighold av en forutgående kontraktsplikt i situasjonen der det er en kontraktskjede mellom skadevolder og skadelidte, vil det kunne være et nærliggende synspunkt at regler om direktekrav i lovgivningen definerer tredjemanns erstatningsrettslig vernede interesse.<sup>51</sup> Utgangspunktet er et annet der det foreligger en fysisk skade, som i situasjonen vi ser på her; underentreprenørens mislighold fører til en fysisk skade på bygget, som etter overtakelsen er byggherrens eiendom. Spørsmålet om det foreligger en erstatningsrettslig vernet interesse oppstår da egentlig ikke, fordi det er klart at byggherrens eiendom utgjør en erstatningsrettslig vernet interesse på hans hånd. Definisjonsmessig er jo dette en av attributtene ved en eiendomsrett som en tinglig rett, at den nyter beskyttelse mot allmennheten, herunder at den har krav på deliktsrettslig vern.<sup>52</sup>

Om det oppstår et deliktskrav, som igjen vil gi byggherrens forsikringsselskap som dekker tapet et regresskrav mot underentreprenøren, avhenger dermed i vår situasjon primært av om mangelen overfor totalentreprenøren også utgjør et delikt overfor byggherren. Dette er i utgangspunktet ulike vurderingstemaer, og utgangspunktet må være at en kontraktsrettslig

---

<sup>49</sup> Både Rt. 2015 s. 276 (Bori) og HR-2017-1834-A (Bori II) gjaldt kostnader til utbedring av bygg som ikke oppfylte byggetekniske krav, der senere kjøpere hadde stolt på opplysninger gitt av den kontrollansvarlige etter plan- og bygningsloven. I HR-2020-312-A (Bori III) gjaldt saken forsømmelse av den såkalte ansvarlige søker med hensyn til å oppnevne en ansvarlig kontrollerende.

<sup>50</sup> Dette perspektivet er særlig fremtredende i HR-2020-312-A.

<sup>51</sup> HR-2017-1834-A, særlig dommer Noers votum. Samtidig krysses dette av hensynene bak et mer selvstendig deliktsrettslig informasjonsansvar, jf. særlig HR-2020-312-A.

<sup>52</sup> Gråsonen mellom det kontraktsrettslige og deliktsrettslige interessevernet kan illustreres ved den alternative, tenkte situasjonen, at mangelen ved underentreprenørens ytelse oppdages etter levering, men før den har manifestert seg i en fysisk skade; det oppdages for eksempel en svakhet i rørkoblingene som må utbedres. Her vil det avhenge av kontraktene i de ulike leddene om det foreligger en mangel som gir byggherren grunnlag for å rette et utbedringskrav mot røreleggeren som et direktekrav. Om utbedringskostnadene også gir grunnlag for et deliktskrav vil derimot avhenge av «en bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå,» jf. Rt. 2015 s. 276, avsnitt 26 som også sitert i HR-2017-1834-A, avsnitt 37.

mangel ikke per se utgjør et delikt. Mens et mislighold knytter an til handleplikter i en kontrakt, forutsetter deliktsrettslig uaktsomhet at det foreligger overtredelse av «alminnelige samfunnsmessige handlenormer som i prinsippet påhviler alle og enhver».<sup>53</sup> Samtidig kan ikke den samfunnsmessige aktsomhetsnormen løsriveres helt fra det individuelle kontraktsansvaret. På den ene side vil de alminnelige krav til kontraktsytelsen gjerne defineres av samfunnets normer og forventninger til denne typen ytelser («alminnelig god vare»). På den annen side vil det inngå som et element i den deliktsrettslige vurderingen at det er tale om profesjonell tjenesteyting som utføres mot betaling.<sup>54</sup> En prinsipiell skillelinje er likevel at det kontraktsrettslige ansvaret må fastlegges i samsvar med individuelle vilkår og forutsetninger i kontraktskjeden, mens deliktsansvaret avhenger av mer alminnelige krav til funksjoner og tjenester som inngår i et samfunnsfelleskap.<sup>55</sup>

Vi er her innenfor området for det såkalte profesjonsansvaret.<sup>56</sup> Det er anerkjent at det alminnelige profesjonsansvaret i norsk rett både har en kontraktsrettslig og deliktsrettslig forankring, og rettspraksis gir holdepunkter for at ansvaret i de fleste tilfeller også vil være ganske sammenfallende.<sup>57</sup> I Rt. 1976 s. 1117 (Siesta) ble en seilbåt skadet som følge av en kranførers uaktsomhet under utførelsen av et løfteoppdrag. Høyesterett kom til at eieren kunne gjøre gjeldende et kontraktsrettslig direktekrav mot kranfirmaet, men uttalte *obiter* at kravet også kunne vært forankret deliktsrettslig i skadeserstatningsloven § 2-1 uten at det synes som om retten mente dette aktualiserte noen annen aktsomhetsnorm.<sup>58</sup> I Rt. 1981 s. 445 begrunnet Høyesterett den øyensynlig kontraktsrettslige direktekravsadgangen som ble antatt å foreligge, uttrykkelig med at «manglene skyldes et culpøst forhold som Davanger har ansvaret for, og at han som nevnt ved en motsatt løsning ville bli sittende med en etter

---

<sup>53</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget 2. utg. 2011, s. 831.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Forutsetninger av «kontraktsrettslig art» hos skadelidte og skadevolder vil likevel kunne ha relevans i denne vurderingen. Hvis man kjøper et hus der brannskillet mellom huset og en sokkelleilighet ikke tilfredsstiller offentligrettslige krav, er det forskjell på situasjonen der huskjøperen vet om dette og der han ikke gjør det. Og byggmesterens ansvar kan heller ikke ses adskilt fra oppdraget og funksjonsfordelingen i hans kontrakt med den opprinnelige byggherren. For eksempel kan en byggmester som selv har hatt prosjekteringsansvar også deliktsrettslig være mer å klandre enn en som har bygget etter ferdige arkitekttegninger fremskaffet av byggherren, jf. om dette også Tørum (2007) s. 501.

<sup>56</sup> Det såkalte profesjonsansvaret knyttes gjerne til yrker og tjenesteytelse som forutsetter teoretisk kunnskap, slik som leger, advokater, revisorer mv, jf. slik Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett*, Gyldendal 2017, s. 131. Imidlertid kan det ikke være tvilsomt at også mer praktiske yrker og tjenester som forutsetter tillært kunnskap og ferdigheter, slik som håndverkertjenester og ulike entrepris- og byggetjenester, er omfattet av profesjonsansvaret. Det avgjørende er om det er tale om «virksomheter som er underlagt faglige, profesjonelle normer.» jf. Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 123.

<sup>57</sup> Jf. også slik Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 123 flg.

<sup>58</sup> Rt. 1976 s. 1117, på s. 1123.

omstendighetene ugrunnet berikelse.»<sup>59</sup> En sentral dom som bygger på et strengt deliktsrettslig profesjonsansvar er videre Rt. 1989 s. 1318. Dommen gjaldt en advokats ansvar overfor testamentsarvingene som følge av at et testament var ugyldig på grunn av at gjenlevende ektefelle ikke ble varslet om testamentet, noe som var et krav etter arveloven. Dommen går ikke inn på forholdet mellom deliktsrettslig og kontraktsrettslig ansvar, men forutsetter at det deliktsrettslige ansvaret overfor arvingene knyttet an til en streng profesjonsnorm som ikke var vesensforskjellig fra kontraktsforpliktelsen overfor testator. I Rt. 1995 s. 1350 uttalte Høyesterett helt generelt, uten noen differensiering av aktsomhetsnormen, om takstmenns ansvar overfor tredjeparter:

«Også for takstmenn må man legge til grunn at de har et ansvar ikke bare overfor sin oppdragsgiver, men også overfor andre brukere av takster.»<sup>60</sup>

Også i Rt. 2008 s. 1078, der Høyesterett trakk opp de nærmere kriterier for rekkevidden av informasjonsansvaret overfor tredjemenn,<sup>61</sup> synes det lagt til grunn at den alminnelige aktsomhetsnormen normalt er den samme enten ansvaret bygges på kontrakt eller delikt.<sup>62</sup>

Det deliktsrettslige profesjonsansvaret synes følgelig langt på vei å bygge på de samme krav til aktsomhet som vil gjelde for kontraktsansvaret; en i alminnelighet ganske streng profesjonsstandard. Hagstrøm og Stenvik sier om dette, tilsynelatende uavhengig av om ansvaret i den enkelte sak har deliktsrettslig eller kontraktsrettslig grunnlag, at profesjonsansvaret nettopp er strengt i den forstand at, og fordi, «en rådgiver som frivillig har påtatt seg et oppdrag, må finne seg i at forventningene til hans aktsomhet tar utgangspunkt i kontraktens krav og ikke i allmenne normer for aktsom opptreden. Også vederlaget har betydning for den innsats og omsorgsfullhet som kan kreves fra rådgiverens side.»<sup>63</sup> Det kan også anføres gode reelle grunner for at deliktsnormen og kontraktsnormen normalt bør være sammenfallende. De fleste former for profesjonell tjenesteytelse bygger på en kontrakt, men

---

<sup>59</sup> Rt. 1981 s. 445, på s. 451. For så vidt kan denne avgjørelsen tatt på ordet gi holdepunkter for at Høyesterett mente det *ikke* ville være grunnlag for å fremme et deliktskrav uavhengig av direktekravsadgangen. I motsatt fall, dersom altså grunnlaget for et direktekrav var usikkert, er det jo uklart hvorfor kravet ikke rett og slett kunne vært forankret deliktsrettslig. Om og hvor langt denne intensjonsdybden kan og bør leses inn i resonnetet er likevel usikkert, og i realiteten er det vel mye som taler for at direktekravsadgangen her ble forankret deliktsrettslig.

<sup>60</sup> Jf. Rt. 1995 s. 1350, på s. 1357.

<sup>61</sup> Jf. avsnitt 23 og ytterligere oppsummert slik i Rt. 2015 s. 556 (avsnitt 43): «For det første må informasjonen ha vært villedende, og dette må skyldes uaktsomhet hos den som har avgitt informasjonen i en profesjonell sammenheng. For det andre må skadelidte ha hatt en rimelig og berettiget grunn til å stole på og innrette seg etter informasjonen. For det tredje må informasjonen ha vært ment for skadelidte eller i det minste for en begrenset gruppe som skadelidte tilhørte».

<sup>62</sup> Rt. 2008 s. 1357, særlig avsnitt 20-25.

<sup>63</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 125.

er samtidig som nevnt en utøvelse av funksjoner som inngår i et samfunnsfellesskap, og som vi alle i varierende grad kan komme i berøring med og er avhengige av. Særlig når det gjelder hensynet til å unngå skade, er det reelt sett liten grunn til at direkte berørte tredjeparter bør stå i noen særlig dårligere stilling enn den som tilfeldigvis har betalt for den aktuelle ytelsen.<sup>64</sup>

Et generelt og retningsgivende synspunkt kan være, som Hagstrøm skriver, at «[d]ersom mislighold får innvirkning på *sikkerheten* ved en ytelse, kan dette begrunne et deliktsansvar.»<sup>65</sup> Det er slike synspunkter som ligger under det lovfestede produktansvaret, som innebærer at en produsent blir ansvarlig på deliktsgrunnlag for skade som skyldes sikkerhetsmangel ved et produkt han har satt i omsetning som ledd i yrke eller næringsvirksomhet.<sup>66</sup> Produktansvaret i henhold til produktansvarsloven er riktignok begrenset til skade på person og ting som enten er ment for eller hovedsakelig i «privat bruk».<sup>67</sup> I lys av det som er sagt over taler likevel mye for at det kan oppstilles et mer alminnelig og ulovfestet profesjonsansvar for «sikkerhetsmangel» – altså mangel som innebærer en påregnelig risiko for skade – som også vil gjelde for tjenesteytelser.

Anvendt på vår situasjon, der en underentreprenør volder skade på totalkontraktsgjenstanden gjennom mangelfull utførelse av sin ytelse, tilsier dette at man ikke fra at det foreligger mangel kan slutte at det også foreligger et deliktsansvar. Men det forhold at skaden er forvoldt gjennom utførelsen av en kontraktsplikt utelukker ikke at det også kan oppstå et selvstendig deliktsansvar overfor byggherren. Forutsetningen for at et slikt ansvar oppstår vil være; (i) at underentreprenøren ikke har oppfylt de alminnelige krav som må stilles til aktsom og profesjonell utførelse av den aktuelle ytelsen, i så fall vil dette normalt også utgjøre uaktsomhet i deliktsrettslig forstand; og (ii) at mangelen kan sies å utgjøre en latent påregnelig risiko for skade som kan karakteriseres som en sikkerhetsmangel ved ytelsen. Videre må det naturligvis være denne risikoen som har manifestert seg i skade i det aktuelle tilfellet.

---

<sup>64</sup> Derimot kan det nok tenkes at dette vil kunne stille seg annerledes når det gjelder kravet til påregnelighet og adekvans. Og unntaksvise kan selvfølgelig kravene til sikkerhet og aktsomhet være konkret definert i kontrakten på en måte som går lenger enn hva som følger av alminnelige bransje- eller samfunnskrav.

<sup>65</sup> Hagstrøm (2011) s. 834, med støtte i Rt. 1993 s. 1201 som gjaldt ansvaret for en produsent av betongblokker som smuldret opp, men hvor det angivelig var reklamert for sent til at ansvar kunne gjøres gjeldende på kontraktsrettslig grunnlag. Høyesterett kom likevel til at kjøperne av betongblokkene kunne gjøre gjeldende et deliktskrav mot produsenten.

<sup>66</sup> Lov 23. desember 1988 nr. 104 (Produktansvarsloven), § 2-1, jf. § 1-1.

<sup>67</sup> Produktansvarsloven § 2-3.

#### 4.4 Er adgangen til å fremme deliktskrav avskåret under kontrakten?

Der mangelen utgjør uaktsomhet kan det altså, etter omstendighetene, gi byggherren grunnlag for et deliktskrav mot underentreprenøren. Forsikringsselskapet trer inn i byggherrens posisjon og vil dermed ha et regresskrav, med mindre underentreprenøren har noe grunnlag for å motsette seg dette. En ansvarsbegrensning i underentreprenørens egen kontrakt med totalentreprenøren kan imidlertid ikke uten videre gjøres gjeldende overfor byggherren. Mellom byggherren og underentreprenøren er det jo ingen kontrakt. Spørsmålet er dermed om noen slik ansvarsbegrensning kan utledes fra kontrakten mellom byggherren og totalentreprenøren til fordel for totalentreprenørens kontraktsmedhjelpere. I dette ligger reelt sett et spørsmål om kontrakten kan tolkes som et tredjemannsløfte. Dette er et system vi finner i byggekontrakter i offshoresektoren, hvor tredjemannsaspektet er gjort temmelig uttrykkelig.<sup>68</sup>

Umiddelbart kunne det synes fornuftig at den antatte hensikten med NS 8407 pkt. 42.3.2; å kanalisere risikoen for skader på kontraktsgjensstanden til byggherrens forsikringsselskap, tilsier at bestemmelsen også burde fortolkes som et tredjemannsløfte til å omfatte skader som følge av mangel hos en underentreprenør.<sup>69</sup> Etter sin ordlyd beskytter bestemmelsen imidlertid kun totalentreprenøren, og selv om et tredjemannsløfte etter omstendighetene nok vil kunne anses å foreligge selv om det ikke følger uttrykkelig av ordlyden, må nok formodningen normalt være at det kreves forholdsvis klare holdepunkter for at man skal kunne legge en slik tolkning til grunn.<sup>70</sup> Byggherrens adgang til å fremme deliktskrav mot totalentreprenøren for andre skader er også direkte regulert og i noen grad begrenset i pkt. 42.5, men denne omfatter heller ikke krav mot kontraktsmedhjelpere.

Krav mot kontraktsmedhjelpere er derimot uttrykkelig regulert og i noen grad begrenset gjennom NS 8407 pkt. 43.<sup>71</sup> Etter ordlyden gjelder bestemmelsen «mangelskrav», og den fremstår dermed primært som en regulering av adgangen til å fremme

---

<sup>68</sup> I standardvilkårene for offshorefabrikasjon, NF og NTK 15, innebærer det såkalte knock-for-knock ansvarsregimet i art. 30 at begge parter er avskåret fra å fremme deliktskrav mot den annen part eller dennes leverandører, kontraktsmedhjelpere, underleverandører mv., jf. også LH-2007-58598, hvor lagmannsretten uttalte følgende om dette: «Hvorvidt Veolia Transport Nord AS, uten å være direkte part i avtalen mellom AFS-PIHL Group ANS og Statoil, kan bygge selvstendig rett på AFS-PIHL Group ANS avkall på å gjøre ansvar gjeldende mot sideordnede kontraktører, vil, som tingretten er inne på, bero på en tolking av avtalen. Avgjørende er om avtalepartene mente å gi tredjemann slik rett.»

<sup>69</sup> Dette er systemet under tilvirkningskontraktene i offshoresektoren, jf. NTK og NF 15 art. 30-31, der forsikringsplikten medfører at det skal tegnes forsikringer som inkluderer regressavkall, se nærmere Knut Kaasen, *Tilvirkningskontrakter*, Universitetsforlaget 2018, s. 832; og Bull(1988) s. 487-488.

<sup>70</sup> Jf. Rt. 1995 s. 486, på s. 492.

<sup>71</sup> Se ovenfor pkt. 4.2 der den relevante del av bestemmelsen er sitert.

kontraktsrettslige direktekrav. Høyesterett har likevel lagt til grunn at den forrige versjonen av bestemmelsen, pkt. 43 i NS 3431,<sup>72</sup> måtte anses som en uttømmende regulering av byggherrens adgang til å fremme krav mot kontraktsmedhjelpere:

«Det følger av bestemmelsen at byggherren bare kan fremme et mangelskrav direkte mot underentreprenøren, hvis kravet ikke kan gjennomføres mot totalentreprenøren, jf. begrensningene nevnt i tredje punktum. Bestemmelsen må videre forstås slik at adgangen til å fremme krav direkte mot underentreprenøren er uttømmende regulert for de mangelskrav som omtales i første punktum. Det gjelder også når mangelen skyldes uaktsomhet hos underentreprenøren. Ved å vedta NS-3431 har byggherren med andre ord valgt en avtalestruktur hvor mangelskrav primært må rettes mot egen kontraktspart.»<sup>73</sup>

Selv om det ikke sies helt uttrykkelig, er det mye som taler for at Høyesterett la til grunn at bestemmelsen også omfattet deliktskrav. Det eneste førstvoterende uttrykkelig sier om spørsmålet er følgende:

«Som nevnt, må punkt 43 forstås slik at adgangen til direktekrav er uttømmende regulert for de mangelskrav som omtales i første punktum. (36) Det er etter dette ikke aktuelt for meg til å gå inn på de ankende parters subsidiære anførsel om direktekravsrett basert på ulovfestede regler.»<sup>74</sup>

Av anførselene fremgår det imidlertid at saksøker subsidiært hadde anført «adgang til direktekrav med grunnlag i deliktsreglene»,<sup>75</sup> noe som gir et sterkt holdepunkt for at førstvoterende må ha ment å inkludere dette i passusen «direktekravsrett basert på ulovfestede regler.» I motsatt fall ville man jo måtte legge til grunn at Høyesterett unnlot å ta stilling til en av saksøkerens anførsler.

Det er likevel ikke opplagt at man fra dette kan utlede at byggherren i enhver situasjon er avskåret fra å gjøre gjeldende deliktskrav mot en underentreprenør. Det som ble vurdert og avgjort i dommen var om byggherren kunne rette krav mot underentreprenøren, når denne også hadde et krav mot totalentreprenøren som fortsatt var gjennomførbart. Vilkåret i NS 3431 pkt. 43 om at direktekrav bare kan gjøres gjeldende «så fremt det må anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot totalentreprenøren, eller det i høy grad er blitt

---

<sup>72</sup> NS 3431 pkt. 43 hadde/har følgende ordlyd: «Byggherren har rett til å benytte de mangelskrav totalentreprenøren har mot sine underentreprenører, tidligere salgsledd, prosjekterende eller andre kontraktsmedhjelpere direkte overfor disse. Disse har rett til å motregne overfor kravet i den utstrekning dette er tillatt etter gjeldende rett. Byggherren kan bare gjøre slikt krav gjeldende såfremt det må anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot totalentreprenøren eller i høy grad er vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens».

<sup>73</sup> Rt. 2007 s. 1768 (Grev Wedels plass), avsnitt 27.

<sup>74</sup> Ibid. avsnitt 35-36.

<sup>75</sup> Ibid. avsnitt 15.

vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens,» var altså ikke oppfylt. At kravet kunne vært rettet mot totalentreprenøren var partene enige om.<sup>76</sup> Det saksøkende forsikringsselskapet, som hadde dekket tapet og krevde regress fra rørentreprenøren, hevdet at pkt. 43 ikke kom til anvendelse, dels fordi det ikke hadde oppstått noe relevant mangelskrav i bestemmelsens forstand, siden mangelen var blitt utbedret før byggherren overtok, og dels fordi bestemmelsen ikke omfattet deliktskrav. Høyesterett kom til at kravets art ikke kunne være avgjørende når det var «på det rene at kontraktsarbeidet hadde feil, som gjorde at arbeidet ikke var i den stand byggherren hadde krav på.»<sup>77</sup> Sentralt i denne forbindelse var nok at vilkåret om å uttømme krav mot totalentreprenøren ga god mening, også for deliktskrav, som i den aktuelle situasjonen uansett ville være helt sammenfallende med et mangelskrav.<sup>78</sup>

Det fremstår ikke like opplagt at pkt. 43 kan eller bør tolkes slik at bestemmelsen også avskjærer muligheten for selvstendige deliktskrav, der byggherren selv ikke har noe krav mot totalentreprenøren slik situasjonen blir når ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 kommer inn i bildet. Gjennomførbarhetsvilkåret gir da liten mening, og kan vel strengt tatt også hevdes å være oppfylt, fordi byggherren ikke har noe krav som «kan gjennomføres mot totalentreprenøren.» Spørsmålet i denne situasjonen blir dermed egentlig om et av de andre to vilkårene i bestemmelsen, altså at byggherren bare kan gjøre «sine mangelskrav» gjeldende, og at dette må gjøres innenfor rammen av totalentreprenørens krav, avskjærer et selvstendig deliktskrav mot underentreprenøren.

Uttrykket «sine mangelskrav» gir i seg selv få eller ingen holdepunkter for dette. Ved et kontraktsrettslig direktekrav avledet fra totalentreprenørens kontraktsposisjon overfor underentreprenøren, innebærer vilkåret som ovenfor nevnt at direktekravsadgangen følger springende regress- eller dobbeltbegrensningsmodellen, slik at byggherren også må ha et eget mangelskrav overfor totalentreprenøren.<sup>79</sup> Men der kravet er et deliktskrav blir situasjonen en

---

<sup>76</sup> Ibid. avsnitt 25: «Jeg bemerker innledningsvis at partene er enige om at totalentreprenøren Veidekke er ansvarlig for vannskaden overfor byggherren i dette tilfellet, jf. blant annet kontraktsmedhjelperansvaret i [NS-3431](#) punkt 16.1. Byggherren og dennes forsikringsselskap, If, har imidlertid valgt å fremme sitt krav direkte mot underentreprenøren, her representert ved Gjensidige. Uenigheten gjelder kun spørsmålet om kravet er av en slik karakter at det kan rettes direkte mot underentreprenøren.»

<sup>77</sup> Ibid. avsnitt 31

<sup>78</sup> Et hensyn er blant annet at dette gir totalentreprenøren en egeninteresse i saken som igjen kan bidra til at den blir best mulig opplyst, jf. Jardar Aas, 'Direkte mangelskrav i entrepriseretten' *Tidsskrift for erstatningsrett* (2008) s. 187-200.

<sup>79</sup> At et direktekrav i prinsippet er avledet fra underentreprenørens kontraktsforpliktelse overfor totalentreprenøren må klart nok være utgangspunktet uansett om man anlegger subrogasjonsmodellen eller springende regress/dobbeltbegrensningsmodellen. I begge tilfeller er det kontraktsansvaret direktekravs-debitor har påtatt seg under sin kontrakt som prinsipielt begrunner at han kan pålegges ansvar.

annen. Dette er jo som utgangspunkt byggherrens eget krav, og det er ikke avledet av totalentreprenørens posisjon på noen måte. Det kan likevel som ovenfor nevnt, og i forlengelsen av Høyesteretts resonnement i Rt. 2007 s. 1768, være gode grunner til at bestemmelsen bør anses anvendelig også her. Betydningen av det blir imidlertid ikke da primært at byggherren også må ha et eget krav (som i den kontraktsrettslige direktekravsituasjonen), men at eventuelle deliktskrav kun kan gjøres gjeldende «i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av totalentreprenøren» – med andre ord, kontraktsmedhjelperens ansvarsbegrensninger må respekteres.

En slik tolkning gir god mening utfra en mulig forutsetning om at kontraktens ansvarsregulering er ment å være uttømmende<sup>80</sup> Kontrakten gir selv visse holdepunkter for en slik tolkning. Det må for eksempel anses klart at byggherren ikke får noe selvstendig deliktskrav mot totalentreprenøren for fysiske skader på andre deler av bygget og anlegget uavhengig av ansvarsbegrensningen som følger av pkt. 42, jf. særlig pkt. 42.5.<sup>81</sup> Det følger riktignok ikke uttrykkelig av kontrakten at en tilsvarende begrensning gjelder overfor en underentreprenør. Samtidig er det holdepunkter for at dette må anses som en underliggende systemforutsetning, særlig hvis vi ser på forholdet mellom de ulike entreprisstandardene. Både underentrepnisstandardene NS 8416 og 8417 har tilsvarende bestemmelser, som innebærer at deliktsansvaret for skadeforvoldelse normalt vil være innskrenket både i relasjonen mellom byggherren og totalentreprenøren og i relasjonen mellom totalentreprenøren og underentreprenøren.<sup>82</sup> Det vil ikke samsvare godt med tanken bak disse bestemmelsene om byggherren for andre tap enn utbedringskostnadene fortsatt skulle ha adgang til å gjøre et selvstendig deliktskrav gjeldende mot underentreprenøren. Slik sett kan det være gode grunner til i denne sammenheng å fortolke ansvarsbegrensningen som følger av pkt. 42.5, sett i sammenheng med pkt. 43, som en form for tredjemannsløfte som også må kunne gjøres gjeldende av en underentreprenør.

---

<sup>80</sup> I svensk rett er det tilsvarende blitt lagt til grunn av Högsta Domstolen på grunnlag av tolkning av AB 92, se NJA 2007 s. 258, men det er også blitt lagt til grunn i en annen sak at en slik forutsetning må ha kommet forholdsvis klart til uttrykk i avtalen med skadelidte, se NJA 2009 s. 16, og se diskusjonen hos Tørum, 'Forholdet mellom kontraktsansvar og deliktsansvar' (2017), s. 23-24.

<sup>81</sup> Pkt. 42.5 har i NS 8407 følgende ordlyd: «Totalentreprenøren er ansvarlig for kostnadene til utbedring av skader på deler av bygget som ikke omfattes av kontrakten, når skaden er en følge av mangel som skyldes uaktsomhet hos totalentreprenøren. Forutsetningen er at utbedringen skjer på rimelig og forsvarlig måte. Har mangelen påført byggherren et økonomisk tap som ikke dekkes av de foregående bestemmelsene, kan byggherren bare kreve dette dekket dersom mangelen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos totalentreprenøren.»

<sup>82</sup> NS 8416 pkt. 27.4 og NS 8417 pkt. 42.5.

Noen tilsvarende forutsetning knyttet til skader på kontraktsgjenstanden følger derimot ikke like klart pkt. 42.3.2. Systemhensynene knyttet til pkt. 42.3.2 tilsier heller ikke på samme måte som den øvrige ansvarsreguleringen at adgangen til å fremme deliktskrav mot kontraktsmedhjelpere må være utelukket. Hensikten med å frita totalentreprenøren for ansvar må primært være at han da dekkes av byggherrens forsikring og slipper å tegne egen ansvarsforsikring for skader på egen ytelse som følge av mangel, etter at den er overtatt av byggherren. I utgangspunktet kunne man nok tenke seg at dette var en mulig løsning som også kunne ha gode grunner for seg, men det må også ses i lys av hvilke forsikringer totalentreprenøren og dennes underentreprenører selv forutsettes å ha.

Her er utgangspunktet at totalentreprenøren ikke plikter å ha ansvarsforsikring for skader på selve kontraktsgjenstanden etter overtakelse.<sup>83</sup> Tilsvarende bestemmelser finner vi også igjen i de ulike underentreprisestandardene. NS 8417 inneholder en helt likelydende bestemmelse som i NS 8407, bortsett fra at det avgjørende er om «totalentreprenøren» har tegnet forsikring, og at det er «TUE» (totalunderentreprenøren) som i så fall er fritatt for ansvar.<sup>84</sup> I NS 8415 og 8416 er derimot det avgjørende om skaden er dekket av forsikringer som «hovedentreprenøren eller byggherren har tegnet» (min utheving).<sup>85</sup> Særlig de to sistnevnte standardene kan hevdes å reflektere en «systemforutsetning» om at underentreprenøren skal være dekket av byggherrens forsikring. Forutsetningen synes å være at hovedentreprenørens forsikring dekker etter at underentreprenørens ytelse er overtatt av hovedentreprenøren og inntil bygget overtas av byggherren, mens byggherrens forsikring dekker etter dette. Selv om den tilsvarende forutsetningen ikke gjenfinnes uttrykkelig i NS 8417 og NS 8407, forutsetter både disse og de øvrige entreprisestandardene at underentreprenørens ansvarsforsikring ikke dekker skader på egen ytelse etter at den er levert, dersom skadene er forsikringsdekket.<sup>86</sup> Samtidig plikter underentreprenøren å være ansvarsforsikret for skader på totalkontraktsgjenstanden og for øvrig «byggherrens eller tredjemanns person og ting».<sup>87</sup>

Noen forutsetning om at deliktskrav mot underentreprenøren er ment å være avskåret, og derigjennom dekket under byggherrens forsikring, kan etter mitt syn klart nok ikke utledes

---

<sup>83</sup> Jf. NS 8407 pkt. 8.2.

<sup>84</sup> NS 8417 pkt. 42.3.2.

<sup>85</sup> NS 8415 pkt. 36.2 og NS 8416 pkt. 27.2.

<sup>86</sup> Dette er i det hele tatt et karakteristisk trekk ved ansvarsforsikring, at den ikke omfatter skade på egen ytelse.

<sup>87</sup> Jf. NS 8407 pkt. 8.2, sml. NS 8415 pkt. 9, NS 8416 pkt. 10.2 og NS 8417 pkt. 8.2. Det følger også av disse bestemmelsene at forsikringsdekning av kontraktsmedhjelperes ansvar ikke skal forhindre regress fra forsikringsselskapet mot kontraktsmedhjelperen.

av dette. Snarere synes kontraktens forutsetning på dette punkt å være at ansvaret for skadeforvoldelse på «byggherrens eller tredjemanns person og ting,» herunder kontraktsgjenstanden i hovedkontrakten etter at den er overtatt av byggherren, skal kanaliseres til ansvarsforsikringsselskapet til underentreprenøren som har forårsaket skaden. Her vil jo normalt underentreprenøren i henhold til sin kontrakt ha en forsikringsplikt – for skader på annet enn egen ytelse skal han ha ansvarsforsikring. Sagt på en annen måte virker det som kontraktene her bygger på en systemforutsetning om at regelen i pkt. 42.3.2 skal speiles nedover i hver enkelt underkontrakt, slik at byggherrens forsikring kun dekker følgeskader på underentreprenørens egne ytelser, slik disse er overtatt og inkorporert i totalkontraktsgjenstanden, etter at denne igjen er overtatt av byggherren.

En slik forutsetning om at underentreprenørene skal være dekket av byggherrens forsikring så langt gjelder skader på egen ytelse kan implisitt forankres i setningen i pkt. 43, om at byggherren kan gjøre gjeldende krav «i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av totalentreprenøren». Med andre ord; han er bundet av ansvarsbegrensningene i underentreprenørens kontrakt med totalentreprenøren, også så langt gjelder deliktskrav, herunder ansvarsbegrensningene som tilsvarende NS 8407 pkt. 42.3.2 i underkontraktene. Synspunktet som kan utledes fra Rt. 2007 s. 1768 om at bestemmelsen også omfatter deliktskrav, ivaretar slik sett kontraktens systemforutsetning om uttømmende regulering av ansvar også for tidligere kontraktsledd. Om det uttrykkelig er lagt til grunn i underkontrakten at underentreprenøren skal være dekket av byggherrens forsikring eller ikke,<sup>88</sup> bør ikke være avgjørende, så lenge underentreprenøren er forutsatt dekket av sin kontraktsparts (altså totalentreprenørens) forsikringer. Den underliggende systemforutsetningen er uansett den samme, og vilkåret om at byggherren bare kan gjøre gjeldende krav «i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av totalentreprenøren,» tilsier at byggherren og dennes forsikringsselskap blir bundet av ansvarsbegrensningen i det underliggende forhold på samme måte som total-/hovedentreprenøren.

Man kan nok likevel ikke si at denne løsningen direkte springer en i øynene ved lesing av kontrakten, så helt sikker er tolkningen ikke, selv om den etter mitt syn gir best mening utfra kontraktens system. Et mulig synspunkt kunne nok også være at kontrakten i det hele tatt ikke gir tilstrekkelig sikre holdepunkter for å innfortolke et tredjemannsløfte, slik at

---

<sup>88</sup> Som nevnt over sier NS 8417 pkt. 42.3.2 kun at totalentreprenøren forutsettes å være dekket av totalentreprenørens forsikring, mens NS 8415 og 8416, henholdsvis pkt. 36.2 og pkt. 27.2, sier at det avgjørende er om skaden er dekket av forsikringer som «hovedentreprenøren eller byggherren har tegnet».

byggherrens eventuelle deliktskrav fullt ut må anses å være i behold, uavhengig av pkt.

42.3.2. Det motsatte synspunkt, at et eventuelt deliktskrav fullt ut skulle være avskåret, som en konsekvens av Høyesterettsdommen i Rt. 2007 s. 1768, gir derimot hverken dommen eller kontrakten gode holdepunkter for etter mitt syn.

## 5 Regressadgangen når byggherren har overdratt kontraktsgjenstanden

### 5.1 Innledning

Ovenfor har jeg konkludert med at byggherrens forsikringsselskap vil være avskåret fra å gjøre gjeldende et regresskrav mot totalentreprenøren. Videre har jeg konkludert med at forsikringsselskapet kan ha en regressrett mot en underentreprenør som har voldt skaden, så langt det er grunnlag for et deliktskrav på byggherrens hånd, men at det ikke vil være grunnlag for noe avledet, kontraktsrettslig direktekrav mot underentreprenøren. I det følgende drøfter jeg hvordan dette stiller seg der bygget etter overlevering til byggherren er overdratt, typisk til et borettslag eller boligsameie.

Som utgangspunkt må det være klart at også borettslaget eller boligsameiet kan få et selvstendig deliktskrav mot både totalentreprenøren og en underentreprenør på grunnlag av uaktsomhet. Dersom en skjult mangel ved ytelsen først manifesterer seg etter at en senere rettsetterfølger har overtatt eiendommen, kan det gi grunnlag for et deliktskrav selv om mangelen først manifesterer seg i skade etter noen tid. Dette kan sammenlignes med situasjonen der en løs takstein faller ned fra et tak og treffer en tilfeldig forbipasserende.<sup>89</sup> Mangelen medfører en latent risiko som når den utløses, og etter omstendighetene, kan danne grunnlag for erstatning for den som rammes, uavhengig av om den uaktsomme handling eller unnlattelse som har manifestert seg i mangelen og deretter i skaden var direkte rettet mot vedkommende.

I dette ligger også at rettsetterfølgerens forsikringsselskap som dekker skaden får et tilsvarende regresskrav. Noen tilsvarende innskrenkning av adgangen til å fremme et slikt deliktskrav på grunn av bestemmelsene i NS 8407 som er drøftet over, kan vanskelig komme på tale. Borettslaget eller boligsameiet er ikke bundet av byggherrens kontrakt med totalentreprenøren, og det vil vel normalt ikke være noen tilsvarende holdepunkter som i NS

---

<sup>89</sup> Rt. 1972 s. 965.

8407 for å anse adgangen til å fremme deliktskrav særskilt regulert i kontrakten.<sup>90</sup> Spørsmålet som er særlig interessant å drøfte her er følgelig om rettsetterfølgeren, og dermed dennes forsikringsselskap, i stedet kan gjøre gjeldende et kontraktsrettslig, avledet krav, mot totalentreprenøren (eller dennes underentreprenør), typisk i en situasjon der det ikke foreligger uaktsomhet som gir grunnlag for deliktskrav.<sup>91</sup>

Som nevnt over vil ikke en kontraktsrettslig mangel i seg selv utgjøre et delikt. Der det ikke foreligger uaktsomhet vil dermed rettsetterfølgerens direktekravsadgang måtte baseres på kontraktskjeden og kontraktsrettslige regler. Under forutsetning av at bygget er ferdigstilt og overlevert byggherren før det overdras, vil det i praksis foreligge en avhending av det ferdige bygget sammen med eiendommen, som vil være regulert av avhendingsloven. En eiendomskjøpers adgang til å fremme direktekrav er regulert i avhendingsloven § 4-16, som har følgende ordlyd:

«§ 4-16. Krav mot tidlegare seljar og anna avtalepart

(1) Kjøparen kan gjere krav på grunn av mangel gjeldande mot tidlegare seljar eller annan tidlegare avtalepart, i same grad som krav på grunn av mangelen kan gjerast gjeldande av seljaren.

(2) Kjøparen må gi tidlegare seljar eller annan tidlegare avtalepart melding om kravet innan reklamasjonsfristen som gjeld for same kravet mot seljaren, og seinast innan fristen for reklamasjon som gjeld i forholdet mellom seljaren og dei tidlegare avtalepartane.

(3) Ved forbrukarkjøp av nyoppført eigarbustad som ikkje har vore brukt som bustad i meir enn eitt år på avtaletida, gjeld bustadoppføringslova § 37 tilsvarande.»

Utgangspunktet er at rettsetterfølgeren utleder sin direktekravsadgang fra byggherrens rettsposisjon. Overordnet er spørsmålet om ansvarsfraskrivelsen i NS 8407 pkt. 42.3.2, som direkte vedrører byggherrens kontraktsposisjon overfor totalentreprenøren, også innskrenker rettsetterfølgerens direktekravsadgang. I det følgende ser jeg først på rettsetterfølgerens adgang til å fremme direktekrav mot entreprenøren som er byggherrens kontraktspart, eller dennes underentreprenør (punkt 5.2). Dernest drøfter jeg betydningen av at rettsetterfølgeren

---

<sup>90</sup> Samvirkende årsaker eller lang tid mellom utførelsen av ytelsen og skaden vil nok likevel kunne reise vanskelige spørsmål om årsakssammenheng, påregnelighet og adekvans. Og også her kan det nok reises spørsmål ved om adgangen til å fremme eventuelle deliktskrav er helt uavhengig av de vilkår som gjelder for rettsetterfølgerens direktekravsadgang i henhold til lovgivningen, for eksempel om manglende overholdelse av reklamasjonsfrister også vil kunne få betydning for et deliktskrav.

<sup>91</sup> Jeg går ikke her inn på spørsmålet om et eventuelt ansvar i så fall vil være dekket av entreprenørens ansvarsforsikring.

er å anse som forbrukerkjøper, og om det i så fall gjelder en utvidet direktekravsadgang (punkt 5.3).

## 5.2 Rettsetterfølgeren og dennes forsikringsselskaps adgang til å fremme direktekrav mot entreprenøren som er byggherrens kontraktspart

Avhendingsloven § 4-16 er basert på en subrogasjonsmodell. Dette følger klart både av ordlyden og forarbeidene.<sup>92</sup> Utgangspunktet er dermed at rettsetterfølgeren som får bygget avhendet fra byggherren trer inn i dennes kontraktsposisjoner og overtar de krav som følger eiendommen. Det er således uten betydning om rettsetterfølgeren har noe eget mangelskrav mot byggherren. Samtidig får rettsetterfølgeren heller ikke noe bedre krav enn byggherren. Utgangspunktet så langt gjelder kontraktsrettslige direktekrav (og dermed i motsetning til situasjonen ved et selvstendig deliktskrav), må dermed være at en rettsetterfølger blir bundet av ansvarsfraskrivelsen i pkt. 42.3.2. Et spørsmål er likevel om ansvarsfraskrivelsen gjelder etter sitt eget innhold i denne situasjonen. Siden bygget er overdratt er det jo presumptivt ikke lenger *byggherren* som har forsikret bygget.<sup>93</sup> Spørsmålet er altså om pkt. 42.3.2 i direktekravs-situasjonen må tolkes som om det stod *skaden er dekket av forsikring som byggherren eller dennes rettsetterfølger har tegnet*.

Utgangspunktet må være at rettsetterfølgeren trer inn i byggherrens kontraktsposisjon, og at bestemmelsen må leses med dette for øye. Når et krav ikke kunne oppstått så lenge byggherren hadde vedblitt å være eier, foreligger heller ikke noe mangelskrav på byggherrens hånd som rettsetterfølgeren kan tre inn i eller overta. At rettsetterfølgeren skulle få en bedre stilling enn byggherren hadde er ikke lett å forene med et subrogasjonsprinsipp. Ordlyden gir ikke sterke argumenter mot en slik tolkning. Den må jo i direktekravs-situasjonen leses i lys av at rettsetterfølgeren da trer inn i byggherrens kontraktsposisjon.

Det eneste reelle argumentet som kunne tale mot denne løsningen er hensynet til rettsetterfølgerens forsikringsselskap, som ikke nødvendigvis vil ha sett for seg at en ansvarsfraskrivelse i det forutgående leddet mellom byggherren og totalentreprenøren avskjærer dets regressadgang. Det kan videre hevdes at dette argumentet forsterkes når ansvarsfraskrivelsen er så vidt uklar.

---

<sup>92</sup> Ot. prp. nr. 66 (1990-1991), s. 111 flg.

<sup>93</sup> Her må vi holde utenfor de tilfeller der skaden manifesterer seg før overdragelsen, men ikke oppdages før etterpå, hvor byggherrens forsikring antagelig fortsatt vil dekke.

Samtidig er jo utgangspunktet at det er tale om et avledet krav. Forsikringsselskapet kan vanskelig ha noen berettiget forventning om et krav uavhengig av hva som følger av det forutgående kontraktsforholdet. Selvstendige deliktskrav rettsetterfølgeren måtte ha som følge av uaktsomhet hos totalentreprenøren eller dennes underentreprenør, berøres som nevnt ikke av ansvarsfraskrivelsen. Det kan dermed vanskelig hevdes at hensynet til rettsetterfølgerens forsikringsselskap er spesielt tungtveiende. Konklusjonen må dermed bli at rettsetterfølgerens forsikringsselskap som har dekket utbedring av skade som skyldes mangel, ikke har noe kontraktsrettslig direktekrav å tre inn i, som kan gi grunnlag for regress mot en totalentreprenør (eller dennes underentreprenør) som har oppført bygget i henhold til NS 8407.<sup>94</sup>

### 5.3 Situasjonen der rettsetterfølgeren er forbrukerkjøper

Spørsmålet som skal drøftes her er om en rettsetterfølger som er å anse som forbruker også vil være bundet av ansvarsbegrensningen i NS 8407 pkt. 42.3.2, med virkning for dennes forsikringsselskap som har forsikret skaden. Avhendingsloven § 4-16 (3) oppstiller en noe utvidet direktekravsadgang for forbrukerkjøp:

«Ved forbrukarkjøp av nyoppført eigarbustad som ikkje har vore brukt som bustad i meir enn eitt år på avtaletida gjeld bustadoppføringslova § 37 tilsvarande.»

Regelen kan ikke fravikes ved avtale med en selger som opptre i næring, jf avhl. § 1-2 (2). Forbrukerkjøp er igjen definert som «kjøp av eiendom når kjøparen er ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.»<sup>95</sup> Direktekravsregelen som gjelder ved forbrukerkjøp av eiendom som ikke har vært brukt som bolig i mer enn ett år er at bustadoppføringslova § 37 skal «gjelde tilsvarende». Den har følgende ordlyd:

---

<sup>94</sup> Dersom rettsetterfølgeren unntaksvis (noe som riktignok antagelig er helt upraktisk) ikke skulle ha forsikret bygget blir situasjonen en annen. Dette må gjelde uavhengig av om byggherren hadde forsikret bygget før overtakelsen. Utgangspunktet må være at rettsetterfølgerens direktekravsadgang ikke er bundet opp til noen forutsetning om forsikring etter levering. Noen slik forsikringsplikt for byggherren følger da heller ikke av NS 8407. Situasjonen her blir i og for seg direkte sammenlignbar med at byggherren ikke har tegnet forsikring. Utgangspunktet da er at skader som oppstår etter levering og utgjør en «nærliggende og påregnelig følge» av en mangel også skal anses som mangel og vil være omfattet av utbedringsansvar. Her vil rettsetterfølgeren da kunne gjøre gjeldende det samme krav om utbedring eller erstatning som byggherren kunne gjort dersom han ikke hadde forsikret bygget.

<sup>95</sup> Der rettsetterfølgeren for eksempel er et borettslag vil dette gjerne utgjøre en sammenslutning av forbrukere. Borettslaget er selv en juridisk person, som ikke vil kunne være forbrukerkjøper i lovens forstand. Forutsatt at boligen ikke har vært benyttet til bolig i mer enn ett år ved kjøpet, vil imidlertid den enkelte som deretter kjøper en andel i borettslaget være forbrukerkjøper og omfattet av den utvidete direktekravsadgangen som følger av bustadoppføringslova. Et boligsameie eller «eierseksjonssameie» er derimot i prinsippet kun et sameie, som etter alminnelig lære ikke er en egen juridisk person. Her vil normalt de enkelte seksjonseierne gjøre avtale direkte med utbygger/byggherren, og disse avtalene vil da være å anse som forbrukerkjøp.

«Forbrukaren kan gjere sitt krav som følgje av mangel gjeldande mot ein tidlegare avtalepart som har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd, i same mon som mangelen kan gjerast gjeldande av entreprenøren eller annan avtalepart.

Avtale som innskrenkar det kravet entreprenøren eller ein annan avtalepart har, kan ikkje gjerast gjeldande mot forbrukaren i større mon enn det som kunne ha vore avtalt mellom forbrukaren og entreprenøren.

Ved krav mot tidlegare avtalepart gjeld føresegnene om reklamasjon i [§ 30](#) tilsvarande for tilhøvet mellom forbrukaren og den tidlegare avtaleparten.

I den mon forbrukaren gjer gjeldande krav mot entreprenøren som òg kunne ha vore gjort gjeldande mot ein tidlegare avtalepart, gjeld reklamasjonsfristen i [§ 30](#) første ledd andre punktum for vidare mangelskrav frå entreprenøren mot den tidlegare avtaleparten, dersom ikkje anna følgjer av avtalen mellom entreprenøren og den tidlegare avtaleparten. Føresegna her gjeld tilsvarande for vidare krav mellom tidlegare avtalepartar som følgjer av at forbrukaren har gjort gjeldande mangelskrav.»

Avgjørende i vår sammenheng er regelen om at ansvarsbegrensninger i tidlige ledd ikke kan gjøres gjeldende mot forbrukerkjøperen «i større mon enn det som kunne ha vore avtalt mellom forbrukaren og entreprenøren». Spørsmålet er dermed om NS 8407 pkt. 42.3.2 utgjør en ansvarsbegrensning som ikke kunne vært avtalt i forholdet mellom forbrukerkjøperen og totalentreprenøren.

Når avhendingsloven her viser til bustadoppføringslovas regler innebærer det at det må være bustadoppføringslovas regler som er avgjørende for hva som kunne vært avtalt i forholdet mellom entreprenøren og forbrukerkjøperen. Utgangspunktet er bustadoppføringslovas § 3, som fastsetter følgende:

«Det kan ikkje avtalast eller gjerast gjeldande vilkår som er dårlegare for forbrukaren enn det som følgjer av føresegnene i lova her.»

Bustadoppføringslovas §§ 32, 33 og 35 oppstiller en plikt for entreprenøren til å utbedre skader på kontraktsgjenstanden som er en «nærleggjande og pårekneleg følgje av mangelen», jf. til sammenligning NS 8407 pkt. 42.1. Utbedringen skal skje for entreprenørens regning, jf. § 32 fjerde ledd, og dersom utbedring ikke skjer vil forbrukerkjøperen normalt ha krav på prisavslag som svarer til utbedringskostnadene, jf. § 33. Spørsmålet er dermed om regelen som er avtalt i NS 8407 pkt. 42.3.2 kan sies å være et «vilkår» som er «dårlegare» for forbrukeren enn lovens utgangspunkt om at entreprenøren skal bære utbedringskostnadene.

Forbrukerens rettigheter ved mislighold anses gjerne som kjernen av de regler som etter kontraktsrettslig forbrukervernlovgivning i alminnelighet anses ufravikelige. I

forarbeidene til bustadoppføringslova uttales således om dette at det «i første rekkje [er] reglane om forbrukarens rettar ved mishald som ikkje kan fråvikast til hans skade.»<sup>96</sup> I forarbeidene til håndverkertjenesteloven ble det uttalt følgende om hvilke regler som typisk ikke kan fravikes til forbrukerens ugunst, noe som er særlig relevant her fordi det er uttrykkelig vist til dem i bustadoppføringslovas forarbeider:

«Det gjelder i første rekke reglene om partenes kontraktbrudd, men også regler om partenes plikter og rettigheter ellers som ikke direkte henger sammen med den individualisering av ytelsene som er knyttet til avtaleslutningen (f.eks om fraråding, kontakt ved tilleggarbeid, avbestillingsrett, virkningene av uventete forhold m.m). Disse regler gir uttrykk for rettigheter som forbrukeren alltid bør ha og som ikke bør kunne fratras ham ved avtale.»<sup>97</sup>

Disse betraktningene er utdypet i innstillingen fra det såkalte forbrukertjenesteutvalget, som la grunnlaget for mye av vår etterfølgende forbrukervernlovgivning. Her ble det fremholdt at et grunnleggende hensyn bak forbrukervernet er at regler om virkninger av mislighold for forbrukeren vil fremstå som av mer teoretisk art enn de delene av avtalen som handler om individualisering av ytelsen (pris, spesifikasjon av ytelsen, leveringstid mv), noe næringsutøvere lett kan utnytte gjennom å utarbeide ubalanserte standardvilkår:

«Når det gjelder virkningene av mislighold er lovgivningsspørsmålet prinsipielt det samme, nemlig å sikre en rimelig balanse i avtaleforholdet. I praksis blir imidlertid problemene noe annerledes her. For den forbruker som bestiller en tjeneste er det ikke umiddelbart naturlig å ta opp vanskelighetene som vil kunne oppstå dersom arbeidet blir forsinket eller ikke utføres bra nok. På det tidspunkt har bestemmelser for eksempel om reklamasjonsplikt og erstatningsbegrensninger bare teoretisk interesse som det er vanskelig for forbrukeren å forutse betydningen av.

På den annen side er det nettopp på dette området at standardvilkår kan inneholde bestemmelser som i stor grad beskjerer forbrukerens rett, for eksempel retten til heving, prisavslag eller erstatning. Etter utvalgets oppfatning må målet være å finne frem til de reglene om kontraktsbrudd som til sammen gir partene rimelig og «riktige» rettigheter, og som utgangspunkt gjør disse preseptoriske til fordel for forbrukeren.»<sup>98</sup>

Det kan således ikke være særlig tvil om at NS 8407 pkt. 42.3.2 ligger i kjernen av de rettigheter som ikke kan fravikes til forbrukerens ugunst. Derimot er det et spørsmål om bestemmelsen egentlig stiller forbrukeren noe dårligere enn det som er lovens utgangspunkt. Bestemmelsen forutsetter jo at skaden er forsikret og skal dekkes av det forsikringssselskap som har forsikret bygget. Forbrukeren vil dermed få dekning for sine krav der, og kommer

---

<sup>96</sup> NOU 1992:9, s. 29.

<sup>97</sup> Ot.prp.nr.29 (1988–1989) s. 18

<sup>98</sup> NOU 1979:42, s. 16.

slik sett ikke dårligere ut enn om han også hadde et krav mot entreprenøren. Virkningen av ansvarsfraskrivelsen er primært at den fratrar forsikringsselskapet der forbrukeren har tegnet forsikring dets regressadgang, noe som isolert sett kunne tilsi at det er forsikringsselskapet og ikke forbrukeren som gjennom vilkåret kommer dårligere ut. Ofte vil vel også forsikringen i de tilfellene som vi ser på her være tegnet av borettslaget eller sameiet som helhet, noe som gjør at virkningen av ansvarsbegrensningen for den enkelte boligkjøper ikke vil fortone seg som særlig betydningsfull.

Mye taler likevel for at et slikt synspunkt blir for enkelt. Den kanalisering av skaderisiko til forsikringsselskapene som ligger i bestemmelsen vil også kunne ha en mer generell kostnadsside for forbrukerne. Regressadgangen vil ha en verdi for forsikringsselskapene som forsikrer bygget, og manglende regressadgang vil dermed indirekte kunne få betydning for forbrukerne som en ekstra kostnad for forsikringsselskapene, som igjen vil kunne føre til høyere forsikringspremier. Man kan i bunn og grunn se dette som et spørsmål om risikoen for skader skal bæres som en kostnad av forbrukerne gjennom økte forsikringspremier eller av entreprenørsiden som økte kostnader til ansvarsforsikring. De grunnleggende forbrukervernhensynene bustadoppføringslova bygger gir forholdsvis sterke holdepunkter for at man ved allokeringen av denne risikoen må ta utgangspunkt i det som er lovens normalordning, og ikke en slik privat, forhandlet løsning som i NS 8407. Samlet sett tilsier dette at lovens utgangspunkt legges til grunn og at ansvarsbegrensningen i pkt. 42.3.2 ikke kan opprettholdes i tilfeller der den enkelte boligkjøper er forbruker.

## 6 Avsluttende betraktninger

Artikkelen har analysert problemstillingene som oppstår i kjølvannet av den gjennomgående bestemmelsen i entreprisestandardene om at entreprenøren ikke er ansvarlig for kostnader til utbedring av følgeskader av mangel så langt disse er dekket av byggherrens forsikring. I kommentarutgavene synes virkningene av bestemmelsen til dels å ha blitt misforstått, og som redegjort for over gir bestemmelsen opphav til svært komplekse problemstillinger og betydelig uklarhet.

Som vist over kan det ikke være særlig tvil om at en hovedvirkning av bestemmelsen er at den avskjærer regressadgangen for byggherrens forsikringsselskap mot entreprenøren som er byggherrens kontraktspart. Mer sammensatt er spørsmålet om den også avskjærer regressretten mot en underentreprenør som har voldt skaden gjennom uaktsom utførelse av sin

ytelse. Artikkelen har vist at entreprisestandardene må anses uttømmende å regulere byggherrens adgang til å fremme et slikt direktekrav mot en underentreprenør, noe som også vil være avgjørende for forsikringsselskapets regressadgang. Samtidig kan ikke kontrakten tolkes slik at den avskjærer direktekrav som har et selvstendig deliktsrettslig grunnlag. Utgangspunktet her må være at byggherren har et slikt deliktskrav i behold, så langt ikke underentreprenøren har begrenset sitt deliktsansvar i forholdet til hovedentreprenøren. Og i praksis vil normalt underentreprenørens deliktsansvar kun være begrenset så langt gjelder følgeskader av mangel på egen ytelse, noe som også normalt samsvarer med den ansvarsforsikringsdekning underentreprenøren forutsettes å ha.

Ytterligere problemstillinger oppstår der byggherren senere har overdratt kontraktsgjenstanden. Utgangspunktet her må nokså klart være at rettsetterfølgerens egne selvstendige deliktskrav som følge av skade på bygget ikke innskrenkes av byggherrens kontrakt med entreprenøren. Samtidig vil rettsetterfølgerens adgang til å fremme kontraktsrettslig avledete direktekrav måtte ta som utgangspunkt at dette nettopp er en avledet rett, som innebærer at rettsetterfølgeren trer inn i byggherrens kontraktsposisjon og dermed må respektere ansvarsbegrensningen. Der rettsetterfølgeren er forbruker kompliseres dette imidlertid ytterligere. Her vil løsningen antagelig måtte være at forbrukeren ikke er bundet av ansvarsbegrensningen.

Det er lite som tyder på at disse komplekse problemstillingene var klart overskuet, da den tilsynelatende enkle bestemmelsen om entreprenørens ansvarsfrihet der byggherren har forsikret bygget, ble inkludert i entreprisestandardene. I det hele tatt fremstår det noe uklart hva hensikten med bestemmelsen i dag er. Hvis hensikten var å unngå dobbeltforsikring, ved å kanalisere risikoen for skader på hovedkontraktsgjenstanden etter overtakelse til byggherrens forsikringsselskap, krever det en ytterligere klargjøring. Samtidig er det mulig å se en innebygget om enn noe intrikat logikk i kontraktene også slik sammenhengen mellom regulering av ansvar og forsikring fremstår i dag. Utgangspunktet er at byggherrens forsikringsselskap dekker risikoen for følgeskader av mangel på totalentreprenørens og dennes underentreprenørers respektive egne ytelser etter overtakelse, mens øvrige skader forutsettes dekket av de respektive aktørenes ansvarsforsikring. At dette er noe som springer en i øynene når man leser kontrakten kan man nok likevel ikke si, så her burde være et visst potensial for klargjøring når kontraktene tas opp for revisjon.