



«Kontrakt og virkelighet»

Risikofordelingen knyttet til grunnforhold

- en historisk reise fra 1893 til 2013

Advokat dr. juris Jan Einar Barbo, advokatfirmaet BA-HR DA
Bergen, 11. november 2013

Agenda

- Høyesteretts holdning i det 19de århundre
- Den entrepriserettslige grunnpilaren vedrørende risikofordelingen: Rt. 1917 side 673
- Den videre utviklingen frem til 1966
- Tore Sandviks synspunkter i Entreprenørrisikoen (1966)
- Utviklingen etter 1966
- Regulering av spørsmål om risiko for grunnforhold i NS-kontraktene
- Det 21ste århundre: NS 8405 og NS 8407
- Noen avsluttende refleksjoner

Rt. 1893 side 423

- Jernbaneanlegg – oppgjør for forstøtningsmurer etter teoretiske profiler
 - «40 Kroner pr Kubikfavn»
- Utførelsesentreprise
- Økte mengder som følge av uforutsette grunnforhold
 - Profilene ga ingen indikasjoner om grunnforholdene under murene. Grunnundersøkelser ikke foretatt
 - Ikke fast fjell ved «Murens Bundlinie»
 - Profilene: 572 Kbfv
 - Faktisk: 794,2 Kbfv
- BH (Indredepartementet):

«Kontrakten maa betragtes som en for Kontraktørerne hazardiøs Kontrakt, og Hazarden maa efter Kontraktens Indhold gjælde saavel større som mindre Uoverensstemmelser mellem det beregnede og det virkelig udførte Arbeide.»
- E: Måtte kunne legge til grunn at teoretiske profiler ga et omtrentlig korrekt bilde av arbeidets omfang

Rt. 1893 side 423 (2)

- HRs flertall:

- Ingen tvil om at kontraktens bestemmelse var vederlagsberegning basert på teoretiske profiler, ikke på faktisk omfang
- Kontrakten var dermed «*af hasardiøs Natur*»
- Kontraktsforpliktelsen var en resultatforpliktelse
- E hadde befart traseen
- Ergo: Es risiko
- Forbehold for det tilfelle at byggherrens opplysninger led av «*store og gjennomgaaende Mangler*» som innebar en villedning av E
 - Dette ikke bevist i saken

- Dissens:

- Begge parter forutsetning at profileringen skulle være «*i alt Væsentlig rigtig*»
- Støttet seg på fagkyndige vitner som hadde uttalt at
 - Profileringen var «*i ... høi Grad urigtig og misvisende*»
 - Det var tale om «*vildledende Beregning*» som var «*utilbørlig misvisende*»

- Sannsynlig at mindretallets syn ville fått gjennomslag i dag

Rt. 1898 side 227

- Bygging av to bygninger i Ruseløkkveien 20 og 22 i Kristiania. Fikssum totalentreprisekontrakt inngått på basis av anbud
- E måtte «*gaa flere Alen længere, end i hans Anbud forudsat, for at naa saa fast og god Lere, at der kunde skaffes Bygningerne solid og godt Fundament*»
- HR:
 - E skulle etter kontrakten sørge for at bygningslovgivningens krav ble oppfylt. Grunnforholdene derfor Es risiko når det viste seg nødvendig å gå dypere enn forutsatt, og
«Jeg antager ... som almindelig regel, at hvor en Bygherre opfordrer til Anbud paa Bebyggelse af en dertil tjenlig Tomt, og der saa i Henhold til Anbudet afsluttes en Kontrakt om Bebyggelsen for en bestemt Sum, maa Risikoen for Tomtens Beskaffenhed paahvile den, der har paataget sig Bygningens Opførelse, med mindre han i Anbudet eller Kontrakten, særskilt har fraskrevet sig saadant Ansvar, ... Efter min Opfatning vil nemlig den fornødne Undersøgelse af Grunden i Almindelighed lettest og sikrest kunne foretages af den, der paatager sig Bygningens opførelse og som maa præsumeres at sidde inde med den fornødne tekniske Kyndighed.... Hvis man vilde antage, at Risikoen for Grunden var hos Bygherren, vilde der meget let og meget hyppig kunne opstaa Stridigheder og Proces ...»
 - Henvist til Rt. 1893 side 423 som uttrykk for samme betraktning
 - Men ingen tendens i begrunnelsen til å la totalentrepriseaspektet være avgjørende
- Ikke opplagt hva resultatet ville blitt i dag

Grunnpilaren vedrørende risikofordeling: Rt. 1917 side 673

- Fundamentering av «Revels- og Solegaarden paa Tyskerbryggen» i Bergen
- Utførelsesentreprise – tegninger og beskrivelse utarbeidet av BHs arkitekt
 - Herunder grunnundersøkelser og fundamenteringsplan utarbeidet av BHs arkitekt
- «grunden var ubekvem som byggetomt» - setningsskader – mangelskrav
- Ingen utførelsesfeil fra Es side
- Årsak: For få pæler

Rt. 1917 side 673 (2)

- Garanti i kontrakten:

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

- Tolket innskrenkende: Es ansvar etter kontrakten gjaldt kun «*sit arbeide*»

- Kontraktsplikten var begrenset til å utføre det prosjekterte arbeidet på fagmessig måte

- HR:

«Under disse omstændigheter forekommer det mig, naar [Entreprenøren] var pligtig til at følge piloteringsplanen og denne var utarbeidet av bygherrens arkitekt, ikke at ha nogen god mening at la den av [Entreprenøren] indgaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighed.»

- Denne dommen er grunnlaget for et grunnprinsipp i norsk entrepriserett: risikofordelingen følger funksjonsfordelingen

Den videre utviklingen frem til 1966

- Lite kjent praksis fra perioden 1920-1950
 - Kan ha sammenheng med Tore Sandviks prinsipper for (og mulighet for) innhenting av materiale
- Fire voldgiftsdommer publisert i Norsk Retstidende
 - Rt. 1954 side 32
 - Fjellet hardere enn det E kunne regne med etter den geologiske beskrivelsen
 - BHs risiko
 - Rt. 1954 side 35
 - E ikke medhold i krav om tillegg for tungt borbart og sprengbart fjell
 - E hadde tatt en rekke forbehold, blant annet mot «dårlig» fjell, men et forbehold vedrørende fjellets hardhetsgrad var ikke akseptert av BH
 - En E må alltid *«være forberedt på overraskelser ved fjellsprengninger, og han [har] her med åpne øyne ... unnlatt å gardere seg mot denne risiko»*
 - Rt. 1954 side 50
 - Usedvanlig seigt og vanskelig sprengbart fjell
 - Ansett omfattet av et forbehold vedrørende *«fjellets art»*
 - Dermed BHs risiko

Utviklingen frem til 1966 (2)

- Rt. 1955 side 120
 - Også hardt og vanskelig borbart fjell
 - *«Et anbud må antas å være basert på en objektivt sett forsvarlig vurdering av fjellets bor- og sprengbarhet. Viser det seg at fjellet er vesentlig vanskeligere enn det på forhånd måtte antas, må entreprenøren etter rettens mening ha krav på tillegg.»*
 - Dog en betingelse at avviket er så stort at det *«kan sies å kullkaste en forsvarlig kalkyle»*
 - Fjellet ansett som *«gjennomsnittlig ... noe tyngre borbart enn hva man kunne regne med for vanlig gneis og granitt»*
 - Men avviket ikke tilstrekkelig til å begrunne et tilleggskrav

Utviklingen frem til 1966 ⁽³⁾

- Deretter et knippe (8-10) kjente voldgiftsdommer og noen få ordinære underrettsdommer vedrørende grunnforhold i 1950- og 60-årene
 - Men mye av dette vanskelig fysisk tilgjengelig (Tore Sandviks gamle arkiv)
 - En del av dommene er referert i «Avgjørelser i byggesaker fra 1913 til 1971» utgitt av NBR i 1988
- Hovedinntrykket av denne praksisen: I stor grad spørsmål om hva E hadde grunn til å regne med på basis av BHs beskrivelse og besiktigelse, og om de faktiske grunnforhold avvek fra dette
- Advokat Arne Bechs oppsummering i 1962 var (og er) treffende:

«... vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten».

 - En uttalelse som Tore Sandvik og Viggo Hagstrøm har sluttet seg til, og – ikke minst – Høyesterett i Rt. 1999 side 922
 - Dog: Spørsmålet om risiko for grunnforhold gjelder ikke nødvendigvis spørsmål om *forutsetningssvikt*. Intet *vesentlighetskrav* ved den ordinære vurdering av risikoplasseringen
 - (Ingen vesentlighetsterskel i NS 8405 og NS 8407)

Tore Sandviks synspunkter i Entreprenørrisikoen

- Betoner sterkt sammenhengen mellom valgfrihet og risiko (Rt. 1917 side 673)
- Fremhever betydningen av fagkyndighet (Rt. 1898 side 227)
 - Men betoner at fordelingen av fagkyndighet kan ha endret seg siden 1898
 - Og at BH i dag (1966) som hovedregel benytter egne konsulenter
 - Og at dette ofte tilsier at BH bør bære risikoen for grunnforholdene
- Fastslår at BH som utgangspunkt bærer risikoen for grunnforholdene
 - Drøfter blant annet spørsmålet om ugyldighet og tilsidesettelse av klausuler som overfører risikoen til E
 - Ingen tendens hos Sandvik til å operere med noen «vesentlighetsterskel»

Tore Sandviks synspunkter ⁽²⁾

- Fremhever BHs risiko for riktigheten av gitte opplysninger (Rt. 1954 side 32)
- «*hardhendt innskrenkende fortolkning*» av klausuler som overfører risiko til E i strid med funksjonsfordelingen (Rt. 1917 side 673)
- E risikoen hvis han har opptrådt *uforsvarlig*
- Kun en kortfattet bemerkning om risikofordelingen ved totalentreprise:
«Hvor prosjektet helt eller delvis er utarbeidet av entreprenøren, blir naturligvis utgangspunktet at han skal ha risikoen også for vansker og hindringer som har sitt utspring i denne del av det arbeid han har påtatt seg.»

Utviklingen etter 1966

- Omfattende rettspraksis
- Mer sofistikerte prisformater
- Økende teknisk mulighet til å undersøke grunnforholdene
- Nye problemstillinger: radonstråling m.v.
- Ofte sofistikerte bestemmelser om risikofordeling i kontrakter som direkte gjelder grunn- og fjellforhold (tunneler m.v.)
- Problemstillingen som oftest hva E – etter en alminnelig nøktern vurdering - hadde grunn til å regne med på basis av BHs forutgående opplysninger
 - Herunder at BH som utgangspunkt må bære risikoen for konsekvensene av at grunnundersøkelser ikke er foretatt

Utviklingen etter 1966 (2)

- E gitt medhold i et overraskende stort antall saker
 - E ikke medhold i saker der han har opptrådt *uaktsomt* eller selv valgt en annen metode enn foreskrevet av BH
 - Det kreves *klar tale* hvis grunnforholdsrisiko skal overføres til E ved utførelsesentreprise
- Avtagende tendens til å operere med noen «vesentlighetsterskel» og kontraktsrevisjonssysnpunkter
 - Kan se ut til at Tore Sandviks Entreprenørrisikoen førte til en justering av synet på *utgangspunktet* for risikoplasseringen og på *vurderingstemaet*

Utviklingen etter 1966 ⁽³⁾

- Motsatt ved totalentreprise:

- Sterk tendens til å pålegge TE risiko for grunnforhold
- Begrunnelse: Prosjekteringsansvaret medfører «totalansvar» for byggets funksjon, herunder risiko for grunnforholdene

- Eks. BFJR-sak nr. 265:

«Totalentrepriseformen forutsetter at [TE] ... har påtatt seg risikoen for prosjekteringen. I utgangspunktet har således entreprenøren i totalentreprise den totale risiko for det ferdige produkt...

Rådets konklusjon er at når kommunen har valgt et anbud, utført i totalentreprise, så må entreprenøren ta risikoen for at hans egne forutsetninger holder eller brister.»

Grunnforhold i NS-kontraktene

- NS 401 (1938/1946)
- NS 401 A (1961)
- NS 3401 (1969)
- NS 3430 (1991)
- Ingen særskilt regulering av risiko for grunnforhold i disse standardene
- Fastsatt at BH skulle prosjektere, men lite om omfanget av prosjekteringen
- BH ansvar for egen prosjektering og «dokumenter som han har levert»

NS 3431 (totalentrepriser, 1992)

- Punkt 8.2:

«Byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han gir entreprenøren.»

«For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde oppdaget dem eller tatt dem i betraktning.»

- Kodifisering av tidligere rettspraksis, uttalelser fra BFJR og teori
- Var ansett som en logisk konsekvens av prosjekteringsansvaret
- Byggherren opplysningsplikt? Ikke uttrykkelig regulert
 - I alle fall opplysningsplikt om forhold han kjente til og som han forsto at TE ville ha behov for
 - Mer usikkert om opplysningsplikt vedrørende forhold han «forstår eller burde forstå vil få betydning» - kun slik bestemmelse for «lokale forhold»
 - I alle fall alminnelig lojalitetsplikt
- Grensen mellom BHs uriktige (positive) opplysninger og manglende opplysninger
- TE ikke pålagt noen uttrykkelig undersøkelsesplikt

NS 8405 (2004, revidert 2008)

- Punkt 19.2 første ledd:

«Byggherren skal levere de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet.»

- Punkt 19.3 annet ledd:

«Byggherren bærer risikoen for at det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig.»

- *«nødvendige og egnet»*: Omfatter også prosjekteringen av det som skal finne sted i grunnen. E ingen selvstendig undersøkelsesplikt
- Ingen vesentlighetsterskel. BH bærer risikoen ved *ethvert* avvik

NS 8405 (2)

- Varslingsplikt for E etter punkt 21.1 hvis han «*blir oppmerksom*» på avvik
 - Dette *kunnskapskravet* som betingelse for varslingsplikt under utførelsen må ikke blandes sammen med Es *aktsomhetsplikt* i forbindelse med vurderingen av hva han «*hadde grunn til å regne med*» ved kontraktsinngåelsen
- Kommentirutgavene til NS 8405: Det ovennevnte ingen realitetsendring
 - Ikke så sikkert. Aksentuering av omfanget av BHs prosjekteringsforpliktelse – også for grunnforhold
 - Tydeligere at ingen vesentlighetsterskel
 - Tydeligere at *avtalt risikofordeling*, ikke spørsmål om «revisjon» etter forutsetningslæren e.l.

NS 8407 (totalentrepriser, 2011)

- NS 3431: TE grunnforholdsrisikoen med mindre uriktige opplysninger fra BH eller TE ikke «burde» oppdaget forholdene eller tatt dem i betraktning
- NS 8407 punkt 23: Det formelle utgangspunktet endret:
 - «Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med utarbeidelsen av tilbudet.»
 - «Alle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning ved avgjørelsen av hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.»

NS 8407 (2)

- Regulering av BHs opplysningsplikt

- BH plikter å opplyse om forhold ved grunnen som han *«kjente eller måtte kjenne til og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få»*
- BH svarer for riktigheten av de opplysninger han har gitt
- BH svarer også for mangelfulle eller ufullstendige opplysninger

- Regulering av TEs undersøkelsesplikt

- TE plikt til å gjennomføre *«aktsom besiktigelse»* av byggeområdet og dets omgivelser
- TE plikt til å innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen fra offentlige etater
- TE plikt til å innhente opplysninger om kabler og rør fra offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte
- Men BH bærer risikoen for riktigheten av opplysningene TE har innhentet

NS 8407 ⁽³⁾

- Ingen vesentlighetsterskel. BH bærer risikoen ved *ethvert* avvik
- TE *ikke* plikt til å gjennomføre grunnundersøkelser. Kun «*besiktigelse*» og innhente tilgjengelige opplysninger
 - Men TE en *etterfølgende* undersøkelsesplikt etter punkt 25 – bl.a. «*om det er nødvendig med grunnundersøkelser*»
- Konsekvens hvis ikke grunnundersøkelser: BH bærer risikoen for uventede grunnforhold som kunne vært avdekket

NS 8407 (4)

- Revisjonsbestemmelse i punkt 23.2 hvis *avtalt* at TE skal bære grunnforholdsrisikoen:
 - «Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ...»
 - Slik avtale fritar heller ikke BH fra risikoen for egne uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger
 - Og heller ikke for riktigheten av de opplysninger TE har innhentet hos offentlige myndigheter m.v.
- Men også punkt 23.2 kan fravikes ved avtale
 - Må i tilfelle gjøres *meget* klart i kontrakten
 - Samme problemstilling som avtale om at «as is»-bestemmelsene i kjøpsloven § 19 og avhendingsloven § 3-9 ikke skal gjelde
 - Et sted går det uansett en grense
 - Risikooverføring egen prisbærende post i kontrakten?

Noen avsluttende refleksjoner

- Utførelsesentreprisene:

- Utgangspunktet har endret seg: Fra til dels ganske hardhendte dommer som pålegger E risikoen, til et utvilsomt utgangspunkt om at grunnforholdene er BHs risiko
- Grunnlaget for prinsippet er Rt. 1917 side 673 og senere rettspraksis, samt ikke minst Tore Sandviks utvikling av synspunktet om at risikoen følger funksjonsfordelingen med tilhørende konsekvens for grunnforholdsrisikoen
- I antall svært mange dommer etter 1966 som pålegger BH risikoen
- Vurderingstemaene i rettspraksis i stor grad knyttet opp mot synspunktene i Entreprenørrisikoen
- En gradvis endring av vurderingstema fra bruk av synspunkter fra forutsetningslæren – med en vesentlighetsterskel – til å anse spørsmålet som et kontraktsregulert risikospørsmål – uten krav om vesentlig avvik fra det påregnelige
- NS 8405 en svært tydelig manifestasjon av denne utviklingen
- Tore Sandviks synspunkter i Entreprenørrisikoen er i prinsippet fortsatt fullt gangbare

Noen avsluttende refleksjoner (2)

- Totalentreprisene:

- Tore Sandviks noe enkle og unyanserte utgangspunkt i Entreprenørrisikoen satte spor
- Rettspraksis, BFJR og teori fra 1980-tallet: TE som utgangspunkt grunnforholdsrisikoen som følge av prosjekteringsforpliktelsen
- I prinsippet en avvikende løsning i NS 8407, hvor *utgangspunktet* formelt er det samme som i NS 8405 – men med en nyansert og detaljert regulering av partenes opplysnings- og undersøkelsesplikt
- Kanskje i dag et visst spenningsforhold mellom NS 8407 og bakgrunnsretten?

* * * * *