

Domstolenes rolle i Rettsutviklingen

Et norsk perspektiv

Clement Endresen

INSTITUTT FOR FALVART
ENTREPRENØRSKAP I NORD
Bokserie: Foreleser for gresk og norsk studenter

SKRIFTER
Nr 1. Forf. Torodd Sandoy. Entreprenørrisiko 1966

TORODD SANDOY

ENTREPRENØRRISIKOEN

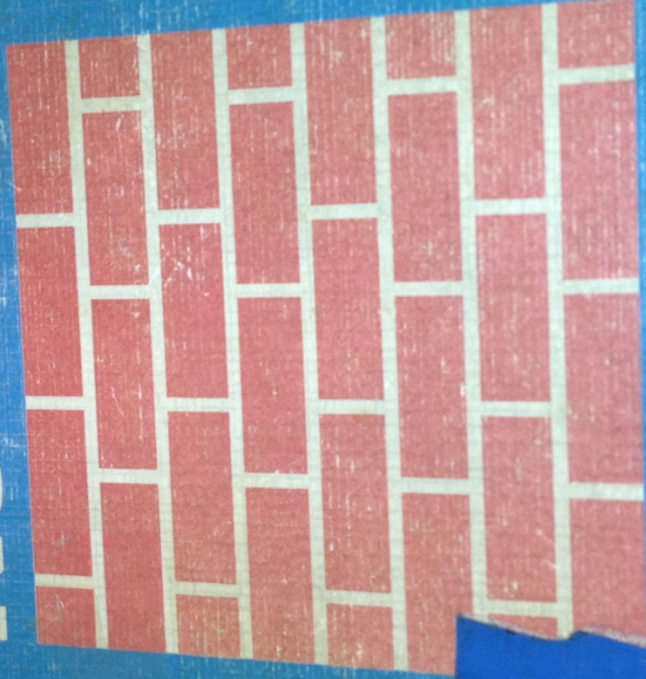
GOLD 1966

FORLAGT AV JORHAN GRUNDT TANKUM

TORE SANDVIK

Kommentar til

NS 3401



UNIVERSITETSFORLAGET

Tore Sandviks betydning

- Fundamentet: Entrepriseretten
- Anmeldelse av NS 3401, Bjørn Sulland i LoR 1977

Fortsatt angitt som støttelitteratur snart 40 år og mange standarder senere

- Litteraturen
 - først skjedde det ingenting
 - dernest skjedde det ikke noe uten referanse til Sandvik
- - Stian Heimdal, TfE 2010, Profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil?

"Men det mest omfattende arbeidet som er gjort, er ved Tore Sandvik i artikkelen "Konsulentenes økonomiske ansvar", som ble skrevet i forbindelse med Det 27. Nordiske Juristmøde i Reykjavik 20-22 august 1975. Men norsk juridisk litteratur som behandler temaet mer inngående, eksisterer ikke."

Tore Sandviks betydning

- Høyesteretts avgjørelser
- Rt. 1999 side 922, Salhusbroen, teorien *vektlegges*
- Rt. 2010 side 1345, Oslo Vei, Sandvik mot ordlyden
- Rt. 2013 side 865, reklamasjonsfrist i forbrukerforhold, Sandvik som lovtekst

Tore Sandviks betydning

- Arne Bechs anmeldelse av Entreprenørrisikoen i LoR 1967, side 44 flg., avsluttes slik:

"Den entreprenørsak hvor Sandvik ikke påberopes av én eller kanskje endog begge
forberedt.«

parter, vil være dårlig

Det er ikke mindre sant i dag.

Høyesteretts betydning i dag

- En endring i forhold til 60-70-tallet
 - E: De fleste og fremfor alt de mest betydningsfulle tvister i entrepriseforhold, blir avgjort ved voldgift. (side 71)
 - E: Siden 1950 er det i Rt. Referert bare 4 avgjørelser i tvister mellom partene i Entrepriseforhold, og dette er voldgiftsavgjørelser.
- Barbo (Totalentreprise 1990):
 - "Det finnes få Høyesterettsdommer som berører dette emnet, og antall underrettsavgjørelser er heller ikke stort."
- Advokat dr. juris Amund Bjøranger Tørum
 - Sammenlignende Analyser av fabrikasjon og entreprise
 - På Rett Grunn, side 453 flg. På side 456 – 457
- Dommene løftes frem i litteraturen,
 - ikke alltid med noen begeistring eller allmenn tilslutning, men de blir ikke oversett
- Høyesterett har fått økt betydning, men faget utvikles primært gjennom standardutvikling og teori
 - eller kanskje mer treffende gjennom teori og standardutvikling.

Høyesteretts betydning en funksjon av samvirke med teori og fagmiljø

- Teoriens oppfølging av dommene
 - TfE
 - Marius Borgen "SRG"-dommen og dens betydning ved tolkingen av NS 3430 og NS 8405. Rt. 2005 side 788. TfE nr. 1 2007.
 - På rett grunn. Kai Krüger
 - Tolkning av kontrakter som er tilbudt ved anbudskonkurranse. Se særlig sidene 127 – 129 om "Byggholt"-dommen Rt. 2007 side 1489.
 - Nytt i privatretten
 - Lasse Simonsens kommentar til Oslo Vei, Rt. 2010 side 1345. Nr. 1 2011 side 10.
- Videreutviklingen av standardene som konsekvens av avgjørelser,
 - TfE 2005 side 139 flg. Harald S. Kobbé. NS 8403 – Ny standard for byggelederoppdrag. Rt. 1997 side 231

Systematiske begrensninger

- Kapasitet og konsekvenser
15 % av de sivile anker ble i 2012 henvist til avdeling.
- Manglende forutsetninger for bevisvurdering og den naturlige konsekvens.
- Anke må tilpasses det som er realistisk å få prøvd.
- Ikke en spesialdomstol
- Voldgift mindre dominerende – fler saker, men fortsatt få

Høyesterett og bevisvurdering

- Rt. 2009 side 160, Stryn Energi, heter det
" Lagmannsretten har funnet det bevist at NCC verken ved omleggingen av elven i begynnelsen av september eller ved avdekkingen av høyre fundament i midten av måneden oppdaget avvik i fjellnivået som ga grunnlag for å fremme krav om dekning av merutgifter. Under bevisførselen for Høyesterett har det ikke kommet frem opplysninger som etter mitt syn gir grunnlag for å sette denne bevisvurderingen til side. Jeg har her lagt vekt på at lagmannsretten var satt med to fagkyndige meddommere, og på at bevisførselen der var umiddelbar."
- Rt. 1997 side 231, (Ditten-kvaltalet)
" Det er for Høyesterett ikke kommet frem opplysninger som i nevneverdig grad kan rokke ved det materiale som lå til grunn for lagmannsrettens vurdering.
På denne bakgrunn finner jeg det meget vanskelig å fravike det faglige skjønn som lagmannsretten har gjort. Jeg er etter dette blitt stående ved at Berdal Strømme ikke har noe ansvar overfor Oslo kommune som følge av den geotekniske prosjekteringen."
- " Saken er bedre opplyst for Høyesterett hva angår byggelederens forhold, blant annet ved vedkommende byggeleders egen forklaring og ved fremleggelse av hans dagboknotat samt fotografier av åstedet der utglidningen senere skjedde, tatt 22 desember 1988 om formiddagen. "

Høyesterett og bevisvurdering

- Rt. 1999 side 922 (Salhusbroen)
En tilsynelatende inngående faktisk vurdering av kompliserte tekniske spørsmål vedrørende sveisemetoder. Men det var det ikke; det Høyesterett prøvde var om den dokumentasjon som var fremlagt, inneholdt tilstrekkelig røde flagg til at entreprenøren burde ha forstått at det kunne bli problemer.
- Rt. 2007 side 1489 (Byggholt)
" Lagmannsretten gir uttrykk for at Byggholt forsto at kommunen etterspurte prising av tiltransporten. Det er ikke redegjort for hva lagmannsretten her bygger på, og jeg finner ikke å kunne legge dette til grunn, noe jeg vil komme tilbake til nedenfor. "
- Rt. 2012 side 1729 (Mika)
"Spørsmålet er om det av beskrivelsen av det som skal prissettes, når dette blir lest av en normalt forstandig tilbyder, fremgår at dette også omfatter stein som inngår i murarbeidet"

Med et slikt utgangspunkt skulle det ikke være overraskende at Høyesterett mener seg meningsberettiget.

Høyesterett og rettsanvendelsen

- Tvisteloven § 11-3 Rettens ansvar for rettsanvendelsen
- Er bare halve sannheten, i hvert fall i den virkelige verden.
- Også Høyesteretts avgjørelser er i stor grad avhengig av hvilket rettsstoff, som blir forelagt retten.
- Hensynet til kontradiksjon bidrar til begrenset entusiasme for rettskilder som ikke er vist til av partene. Det er oftest ubetenkelig og det skjer naturligvis i atskillig utstrekning, men prosessfullmektigene må gjøre jobben!

Oslo Vei Rt. 2010 s 1345

- Funksjonskontrakt der entreprenør hadde ansvaret for en bestemt standard på vinterveier på Romerike.
- Uriktige opplysninger om historisk saltforbruk ga grunnlag for et tilleggskrav fra entreprenøren. Utgiftene til økt innkjøp av salt ble dekket.
- Underentreprenøren, som hadde stått for utkjøring, hadde frafalt sitt krav mot entreprenøren av kommersielle grunner, og det fikk den konsekvens at staten slapp å betale for dette. Ikke ansett som vederlagskrav - NS 3430 ga bare anvisning på dekning av utgifter.

Oslo Vei

- Et mindretall på 2 fant under henvisning til hvordan NS 3401 var forstått og at NS 3430 ikke på dette punkt tilsiktet noen realitetsendring at det i realiteten dreiet seg om et vederlagskrav og at det da også måtte betales for arbeidet med utkjøringen.
- Lasse Simonsen mente, ikke helt urimelig, at konsipistene nok visste forskjell på utgiftsrefusjon og vederlag, og dermed var det 4-2,
- Men det var før forhåndsstemmene var tellet opp:
I TfR 1999 skrev Helge Morten Svarva og Viggo Hagstrøm en artikkel basert på deres rolle som opponenter til Barbos doktoravhandling. På bakgrunn av et resonnement som minner om mindretallets, stemmer de begge for vederlagskrav, og dermed var det 4-4
- Men skal en telle forhåndsstemmer, må vi nok også ta med doktoranden selv, og dermed blir det 5-4, og avgjørelsen kan opprettholdes.

Oslo Vei

- Hvorfor så mange ord om en avgjørelse som ikke lenger har noen betydning – problemstillingen ble løst allerede ved vedtakelsen av NS 8405.
- Spørsmålet som gjenstår er : Hva vurderte de to fraksjonene ulikt?
- Her er ikke dommen mye til hjelp – votaene står slik sett ikke godt til en annen.
- Rt. 2010 side 961 avsnittene 44-50
- Konkret uenighet om betydningen av at den som i siste omgang skulle hatt vederlaget, hadde frafalt sitt krav

Uklarhetsregelen

- Rt. 1992 side 1105– Kompensasjon for nedsatt arbeidstid. (NSB)

"Bestemmelsen er en del av NSB's standard kontraktsgrunnlag, og det fortolkningsprinsipp at uklarhet i en avtalebestemmelse skal fortolkes mot den som burde uttrykt seg klarere, kommer inn her, uten at dette har vært avgjørende for mitt standpunkt."

- Rt 2007 side 1489 (Byggholt)

"Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting (en klar og presis prosjektbeskrivelse) blir oppnådd." (avsnitt 62)

"Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinnyderen har ment." (avsnitt 75)

At entreprenøren hadde vært i tvil med hensyn til forståelsen, kunne da ikke være avgjørende

- Rt. 2012 side 1729, Mika, en ytterligere bekreftelse.

Objektiv fortolkning av anbudsdokumenter

- Rt. 2002 side 1155 – det alminnelige prinsipp
- Rt. 2003 side 1531 Veidekke
Hensynet til andre tilbydere tilsa en snever adgang til å fravike ordlyden
- Rt. 2010 side 961, Florø Idrettsenter,
"Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av hva bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn. "(avsnitt 44)

Objektiv fortolkning

- Rt. 2012 side 1729, Mika,

"Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold." (avsnitt 58)

"I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetraktninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng." (avsnitt 67)

"Spørsmålet er om det av beskrivelsen av det som skal prissettes, når dette blir lest av en normalt forstandig tilbyder, framgår at dette også omfatter stein som inngår i murarbeidet." (avsnitt 69)

Entreprenørrisikoen

Bristende forutsetninger og avtaleloven § 36

- Rt. 1999 side 922, Salhusbroen

"Det er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger."

"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."

- men dette er et sitat fra Arne Bechs artikkel i Nffp 1962)
- og dette var partene enige om

Mindretallet fant at avtll. § 36 hadde erstattet "den eldre lære om bristende forutsetninger."

Entreprenørrisikoen

- I Petroleumskontrakter (2006) skriver Kaasen (side 310 - 311) at forholdet mellom den tradisjonelle lære om bristende forutsetninger er uavklart, men tilføyer, en tilslutning til Hagstrøms syn at forutsetningslæren fortsatt har en plass i entrepriseretten.
- Oslo vei 2010 side 1345. Her ble begge grunnlag anført og førstvoterende fastslo: "Selv om de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av [avtaleloven § 36](#), utgjør bristende forutsetninger et eget rettsgrunnlag, jf. [Rt-1999-922](#) (Salhus Flytebru). Hvilket av de to rettsgrunnlagene som vil ha størst rekkevidde, avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på."
- Lasse Simonsen gir i sin domskommentar i Nytt i privatretten, nr. 1 2011, uttrykk for at Høyesterett her hadde en anledning til å avklare forholdet mellom de to grunnlag. Det var vel knapt tilfellet ettersom det i kontrakten var avtalt hvem som skulle ha risikoen, men hans analyse er det ikke noe å utsette på, så når det virkelig byr seg en anledning, vil Høyesterett kanskje igjen følge opp teoriens anvisning.
- Knut Kaasen, Petroleumskontrakter, side 139-140, viser til at det kan være kontraktsbrudd om byggherren eksempelvis gir uriktige opplysninger om grunnforholdene, med mindre kontrakten innebærer plikt til selv å undersøke. Det hender faktisk – også når det ikke er meningen. Operatøren iverksetter undersøkelser av grunnforholdene med omfattende grunnboring, stiller data til rådighet for entreprenør, og overfører risikoen for grunnforholdene på denne. Her er det utvilsomt en mulighet til å få bekreftet at avtll. § 36 kan få anvendelse også mellom næringsdrivende.

Underrettsavgjørelser og voldgift

- Tore Sandvik i Entreprenørrisikoen
 - tok utgangspunkt i at voldgiftspraksis gir uttrykk for gjeldende rett på samme måte som underrettspraksis (side 76).
 - "Men denne praksis må også tillegges en viss normativ effekt. Den omstendighet at et visst rettslig syn er lagt til grunn i en avgjørelse, er et selvstendig argument for å bygge på samme syn i fremtidige saker."(side 77)
 - "En helt enkeltstående voldgiftsavgjørelse behøver en neppe tillegge synderlig vekt når en skal ta standpunkt til et spørsmål. Stilles en imidlertid overfor en rekke avgjørelser som går i samme retning, blir situasjonen en annen."
- Erik Boe, Rettskildelære under debatt, uttrykker seg i samme retning.

Særlig om rettsbruken i underrettene og i voldgiftssaker – polycentri.

"Beskrivelsen av hvordan underrettsdommer bruker faktorer som underrettspraksis og rettsteori er i det minste dekkende for hvordan mange underrettsdommere opptrer."(s 37)

"Dommer bør ikke sprike med mindre rettskildematerialet taler for å skifte kurs. Tvert i mot tilsier grunnleggende likhetshensyn at det må være tillatt å trekke inn tidligere rettsavgjørelser i rettskildebedømmelsen." (s 260)

Underrettsavgjørelser og voldgift

- Borgar Høgetveit Berg (red.), Voldgiftsloven med kommentarer,
viser til de ulike syn og konkluderer for egen del slik:
"For vår egen del finner vi det tilstrekkelig" å vise til at Høyesterett uttrykkelig legger vekt på voldgiftspraksis som rettskilde, se for eks,"
- Salhusdommen (Rt. 1999 side 922)
"Disse rettslige grunnvilkår for entreprenørens rett til tilleggsvederlag er partene i vår sak i utgangspunktet enige om. Jeg må gå ut fra at de også har vært fulgt og følges i rettspraksis, herunder i voldgiftspraksis, selv om denne siste praksis er temmelig fragmentarisk opplyst for Høyesterett.«
men førstvoterende hadde da allerede vist til at Bech (Nffp nr. 48 1962) basert på voldgiftsavgjørelser uttaler at det er " "berettiget å si at 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.«
— og at Sandvik og Hagstrøm hadde uttalt seg i samme retning

Underrettsavgjørelser og voldgift

- Høyesterettsdommer Jens Edvin Skoghøy, "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse" i Nybrott og odling.
- "For at en avgjørelse skal kunne sies å bli benyttet som rettskilde i den betydning jeg bruker uttrykket, må avgjørelsen tillegges betydning ut over det som følger av argumentenes egen overbevisningskraft.
Etter min oppfatning er det en naturlig følge av at det er Høyesterett som dømmer i siste instans, at Høyesterett ikke kan være bundet av avgjørelser av lavere domstoler og voldgiftsretter, og at det derfor bare er avgjørelser av Høyesterett som kan tillegges selvstendig rettskildeverdi.
- Mitt syn: Hensynet til rettsenhet og forutberegnelighet har vekt også ved Høyesteretts overveielser. Det vil ofte være nærliggende å presumere samsvar mellom underrettsdommer og voldgiftsdommer på den ene side og alminnelig rettsoppfatning. Voldgift- og underrettsavgjørelser er relevante rettskilder også for Høyesterett.
 - men en svale gjør ingen sommer

Underrettsavgjørelser og voldgift

- Hva har så Høyesterett sagt om dette senere; nesten ingenting
 - Rt. 2005 side 788 avsnittene 48 og 49
- Konklusjon

Det er grunn til skepsis med i stor grad å basere sin vurdering av en potensiell ankesak på voldgiftsdom og underrettspraksis, med mindre det kan etableres at dommene er uttrykk for en mer alminnelig rettsforståelse.

Høyesteretts holdning til entreprisefagets særtrekk

- Voldgiftspraksis betydning
- Kontraktspraksis som ikke kan anses som kutymmer, anvendelse av relevant standard når denne ikke er gjort til en del av kontrakten
- Byggebransjens Faglig Juridiske Råd

"Rådet foretar hverken befarings eller bevisbedømmelse."

"Rådets arbeidsform egner seg best når det gjelder forståelsen og tolkningen av ord og uttrykk i kontraktsvilkår, beskrivelsestekster, anbudsdokumenter o.l."

(Kai Krügers forord til Uttalelser i byggesaker 1987 – 96.)

 - Rt. 2003 side 1521, Veidekke
 - Rt. 2007 side 1489, Byggholt
 - Rt. 2012 side 1729, Mika
- Høyesterett søker løsninger tilpasset fagfeltets særtrekk