

Foutsetningslærens anvendelse i entrepriserforhold; særlig om revisjonsterskelen og forbehold

v/advokat dr. juris Amund Bjøranger Tørum

Oslo, 28. april 2011



www.kvale.no

Emnet – utvalgte problemstillinger

□ Hovedproblemstillingene

- Har det gjennom Salhusdommen og Veisaltingsdommen skjedd en avklaring og/eller rettsutvikling når det gjelder adgangen til å fremme tilleggskrav på grunnlag av forutsetningslæren?
- Er forutsetningslæren i ferd med å bli "konsumert" av standardkontraktenes regulering av "forutsetningssvikt"; når konsumeres forutsetningslæren?
- Kan og bør vurderingstemaene i forutsetningslæren presiseres nærmere i entrepriseforhold?
- Betydningen av forbehold ved fastleggelsen av revisjonsterskelen etter forutsetningslæren; kan byggherren heve terskelen gjennom forbehold om at opplysninger er usikre etc.?
- Gjelder det en grense for i hvilken utstrekning byggherren kan fraskrive seg risikoen for mulige feil i informasjonen?
 - Innebærer Veisaltingsdommen at byggherren uansett forbehold bærer risikoen for vesentlige feil i opplysningene, eller kan forbehold utformes slik at de også omfatter vesentlige feil?
 - Hva skal anses som en "vesentlig" feil, jf. Veisaltingsdommen?

Introduksjon til forutsetningslæren

❑ Tradisjonsrik lære

- Lange tradisjoner både i tysk og fransk rett, i motsetning til i engelsk rett
- Forutsetningslæren har en fast kjerne som er felles for de fleste europeiske rettssystemene
- Tradisjonsrikt regelsett, særlig som akademisk manndomsprøve, men den relativt høye revisjonsterskelen har begrenset den praktiske betydningen

❑ Nærmest naturrettslig karakter

- Nærmest enhver kontrakt inngås på visse forutsetninger som ikke er uttrykkelig omtalt i kontraktsdokumentene; grunnforhold, tilgang på materialer og arbeidskraft
- Dersom forutsetningene som lå til grunn for avtalen viser seg å ha vært uriktige eller endrer seg etter kontraktsinngåelsen, åpner forutsetningslæren i visse tilfeller for ”kontraktsrevisjon”
- Forutsetningslæren gjør det derfor mulig å inngå avtaler uten å forsøke å regulere alle mulige slags eventualiteter, ettersom partene kan legge til grunn at avtalen uansett må anses inngått på visse ”normalforutsetninger”
- Varianter av forutsetningslæren inngår også i arbeidet med å harmonisere europeisk kontraktsrett; DCFR

❑ Forholdet til avtalevilkår og avtaletolking

- Grenser for hva som kan innfortolkes i avtalen uten at man gir seg inn på rene konstruksjoner

De tradisjonelle vurderingstemaene i forutsetningslæren

❑ Høyesteretts sammenfatning i Rt. 1999 s. 920 ”Salhusdommen”

- ❑ ”At entreprenøren har ansvaret for byggverket, betyr at han plikter å utføre de nødvendige arbeidsoperasjoner selv om de skulle vise seg vanskeligere, mer byrdefullt eller mer kostbart enn han regnet med da anbudet ble inngitt. En slik utvikling gir heller ikke rett til å kreve ytterligere betaling for de uforutsette kostnadene. Dette er ikke mer enn et utgangspunkt. Der er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger. For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være ’relevant’, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Et element i denne samlede vurdering vil være størrelsen på det tap som oppsto eller vil oppstå gjennom den uventede utviklingen. Et visst tap må entreprenøren tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre ende av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans.”

❑ De tre vurderingstemaene henger nøye sammen

- Det som ikke kan sies å ha vært ”motiverende”, typisk påvirket innholdet i kontrakten/anbudet, vil sjelden være en ”relevant” forutsetningssvikt
- Skillet mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger; synbarhetsvilkåret
- De store og vanskelige spørsmålene skjuler seg bak etiketten ”relevant” – ”hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet”, gir tross alt begrenset veiledning

❑ Rettsvirkningen; tilleggsvederlag fra og med revisjonsterskelen?

Har det utviklet seg en egen forutsetningslære i entrepriseforhold?

- ❑ Er det én eller flere ”forutsetningslærer” i norsk rett?
 - I mangel av en omfattende norsk høyesterettspraksis om anvendelsen av forutsetningslæren i forskjellige kontraktstyper, blir vel dette et definisjonsspørsmål
 - Men; det er på det rene at mens forutsetningslæren svært sjelden fører fram i andre kommersielle kontrakter, er det en rekke eksempler på at forutsetningslæren har blitt benyttet som revisjonsgrunnlag i entrepriseforhold
 - På bakgrunn av dette er det naturlig å spørre om det har utviklet seg en egen variant av forutsetningslæren i entrepriseretten med en lavere revisjonsterskelen enn ellers
- ❑ Det tradisjonelle virkeområdet for forutsetningslæren er etterfølgende (”bristende”) forutsetninger, ikke uriktige forutsetninger (DCFR)
 - Mange av entreprisetvistene om tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse på grunnlag av forutsetningslæren, gjelder nettopp uriktige forutsetninger; anbudsgrunnlaget inneholder feil, eller arbeidsunderlaget avviker vesentlig fra det som entreprenøren kunne legge til grunn
 - Slike uriktige forutsetninger har tradisjonelt vært håndtert av avtaleloven § 33, men problemet er at denne bestemmelsen leder til ugyldighet, og det er normalt ikke entreprenøren interessert i; han vil ha tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse
- ❑ Behovet for å kunne revidere entrepisekontrakter også på grunnlag av uriktige forutsetninger, synes å ha resultert i forutsetningslæren også har blitt gitt anvendelse på uriktige forutsetninger?

Anvendelsen av forutsetningslæren i entrepriseforhold

- Kan og bør det utvikles fastere kriterier?

❑ Problemet

- Eksempler i underrettspraksis på skipperskjønn hvor det foretas en ”risikoplassering” basert på nokså frirettslige rimelighetsbetraktninger
- Tvisteskapende

❑ Botemiddelet?

- Mer stringent og mer presis begrepsbruk; uttrykkene ”risiko” og ”funksjonsfordeling” er inflaterte i entrepriseretten, og har fått preg av hokus pokus og begrepsjuss, mens det bare er mer eller mindre treffende navn på resultatet
- En slik tilnærming tilslører den grunnleggende problemstillingen, nemlig hvordan man skal fastlegge revisjonsterskelen
- Presisere de sentrale vurderingstemaene
- Stille de riktige spørsmålene i riktig rekkefølge
- Avklare forholdet til standardkontraktenes særskilte regulering av ”forutsetningssvikt”; forutsetningslærens subsidiære karakter

Anvendelsen av forutsetningslæren i entrepriseforhold

- *Noen pedagogiske stikkord*

❑ Begrepene ”risiko” og ”funksjonsfordeling”

- Brukes om så mangt og er uansett ikke noe annet enn et navn på resultatet
- Benyttes i liten grad i standardkontraktene; funksjonell tilnærming

❑ Det er særlig fire uttrykk som er nyttige stikkord når man skal analysere forutsetningslærens revisjonsterskel

- Behovet: Ikke ethvert avvik er relevant etter forutsetningslæren
- ”Revisjonsterskel”
 - hvor går den nedre grensen – kvalitativt og/eller kvantitativt – for at avviket skal være en såkalt relevant forutsetningssvikt?
- Entreprenørens ”tålegrense” og ”normalforventning”
 - Avvik som ligger innenfor tålegrensen og normalforventningen må entreprenøren finne seg i uten å kunne kreve tillegg
- Sammenhengen mellom ”revisjonsterskelen” og ”tålegrensen”;
tålegrensen slutter der revisjonsterskelen starter
- ”Normalforventning” gir et stikkord for fastleggelsen av tålegrensen og dermed for revisjonsterskelen

Det kommersielle og rettspolitiske bakteppet ved fastleggelse av revisjonsterskelen i entrepriseforhold

- *Bakgrunnen for at utbygger ønsker "fastpris"*

❑ Kort om (noen) prisformater

- Forutsetningssvikt mindre aktuelt ved regningsarbeid, bortsett fra som grunnlag for fristforlengelse
- "Oppmålingskontrakt"; entreprenøren bærer risikoen for at enhetsprisen(e) dekker kostnadene og gir en fortjeneste, mens byggherren bærer risikoen for at antallet enheter kan overstige budsjettet
- "Lumpsum"; entreprenøren bærer fullt ut risikoen for at prosjektet lar seg gjennomføre innenfor den forhåndsfikserte "fastprisen"

❑ Bakgrunnen for at byggherren ønsker fastpris

- Prosjektet er så vidt oversiktlig at risikopåslaget knyttet til fastpris antas å bli lite
- Utbyggingens lønnsomhet er så marginal at prosjektet i liten grad tåler budsjettoverskridelser
- Entreprenøren kan i kraft av sin erfaring og store omsetning ha bedre forutsetninger for å bære risikoen for uventede risiki enn en (tynt kapitalisert) utbygger
- Investorene/konsortiet/fondet bak utbyggingen ønsker stor grad av forutberegnelighet om den endelige kontraktsummen; OPS/PE-fond/"lockbox"
- Offentlige byggherrer; hensynet til offentlige budsjetter/bevilgninger

Det kommersielle og rettspolitiske bakteppet ved fastleggelse av revisjonsterskelen i entrepriseforhold

- Betydningen av risikopåslaget ved fastleggelsen av revisjonsterskelen

- ❑ Betydningen av at byggherren har bedt om ”fastpris” og betalt en ”risikopremie” for dette
 - Byggherren har uttrykkelig bedt anbyderne om å bære og prise risikoen for visse kostnadsoverskridelser
 - Motstykket til dette er at entreprenørene må (bør!) operere med et større risikopåslag for å ta høyde for uventede forhold
- ❑ ”Risikopåslaget” som ligger inne i fastprisen er relevant ved fastleggelsen av revisjonsterskelen, men det gir begrenset veiledning
 - Merutgifter som følge av avvik som dekkes av ”risikopremien”, ligger i utgangspunktet klart innenfor tålegrensen; **entreprenøren ville ellers få både i pose og sekk** – risikopremie + tillegg
 - Størrelsen på risikopåslaget, i praksis et prosentuelte påslag på anbudet, kan likevel ikke benyttes til å kvantifisere tålegrensen og revisjonsterskelen; revisjonsterskelen bør fastlegges på grunnlag av objektive kriterier, og ikke på grunnlag av størrelsen på risikopåslaget til entreprenøren som vant kontrakten; et lavt risikopåslag ville ellers senke revisjonsterskelen
 - Det at entreprenøren som vant kontrakten opererte med et lavere risikopåslag enn de andre anbyderne, kan imidlertid være en indikasjon på at revisjonsterskelen bør ligge en god del høyere enn hans risikopåslag

I hvilken grad gir Høyesteretts praksis veiledning ved fastleggelse av revisjonsterskelen?

❑ Flertallet i Salhusdommen; betydningen av ”tapets” størrelse

- ”Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være ‘relevant’, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Et element i denne samlede vurdering vil være størrelsen på det tap som oppsto eller vil oppstå gjennom den uventede utviklingen. Et visst tap må entreprenøren tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre ende av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans.”

❑ Mindretallsvotumet i Salhusdommen; ingen uenighet på dette punktet

- ”Det er her nærliggende å legge betydelig vekt på den terskelen for en rett til å kreve tilleggsvederlag etter entreprisekontrakter som var utviklet i rettspraksis og teori før avtaleloven § 36 trådte i kraft, jf. T. Sandvik: Entreprenørrisikoen, Oslo 1966 side 202 flg...”

❑ Veisaltingsdommen (avsnitt 63); betydningen av ”tapets” størrelse

- ”For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt-1999-922 på side 931 .”

Foreløpig sammenfatning av Høyesteretts praksis

❑ Hva har Høyesterett slått fast?

- Det gjelder en revisjonsterskel og sammenligningsgrunnlaget for ”tålegrensen” er hva en nøktern og profesjonell entreprenør burde ha tatt høyde for (”normalforventning”)
- Revisjonsterskelen må fastlegges gjennom en ”sammensatt vurdering”, hvor bl.a. ”tapets størrelse” inngår

❑ Hva har Høyesterett ikke tatt stilling til?

- Hvilke andre momenter enn ”tapets størrelse” er relevante ved fastleggelsen av revisjonsterskelen, og hvilken vekt har disse momentene?
- Hvilken vekt har ”tapets størrelse” i denne sammensatte vurderingen?
- Hva innebærer uttalelsen i Salhusdommen om at et betydelig tap kan være en ”selvstendig grunn”?
- Hvilken betydning har forbehold om feil i anbudsgrunnlaget? Dette leder oss over i hovedspørsmålet i Veisaltingsdommen

I hvilken utstrekning kan byggherren heve revisjonsterskelen gjennom forbehold og/eller detaljert ”risikofordeling”?

- Prinsipielle utgangspunkter

❑ I hvilken utstrekning er forutsetningslæren fravikelig?

- Det kan ikke i avtalen ”settes en strek over” avtaleloven §§ 33 og 36; bestemmelsene er grunnleggende i norsk avtale –og obligasjonsrett
- Forutsetningslæren står i prinsipielt samme stilling som avtaleloven § 36, særlig på områder hvor forutsetningslæren og § 36 har overlappende virkeområde
- Forutsetningslæren har nok en kjerne som må anses ufravikelig, men det er neppe tvilsomt at eksempelvis forbehold i avtalen *kan* være av betydning for *fastleggelsen* av revisjonsterskelen, jf. Veisaltingsdommen

❑ Gyldigheten av forbehold om opplysningssvikt

- Den absolutte grensen går ved bevisst tilbakeholdt informasjon; avtl. § 33
- Klar grense, men vanskelig subjektivt bevistema

I hvilken utstrekning kan utbygger heve revisjonsterskelen gjennom forbehold og/eller detaljert risikofordeling?

- *Ulike typer forbehold*

☐ Innskrenkende tolking ("skjult sensur") av generelle forbehold?

☐ Generelle forbehold

- "Contractor is responsible for verifying and interpreting all data and information made available to Contractor by Company and Company shall have no responsibility for the accuracy or completeness of any such data or information"
- "Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Work. Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Work. The Contract Price and/or the Contract Schedule shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs."
- Generell usikkerhet knyttet til masseberegninger

☐ Spesifikke forbehold

- Usikkerhet knyttet til grunnforhold og forurensning i grunnen
- Usikkerhet knyttet til samordning av sideentreprenører

☐ Kombinasjoner; generelle forbehold kombinert med kasuistikk

- Uttømmende angivelse av hvilke risiki byggherren *skal* bære; negativ avgrensning
- Omfattende "interface-matriser"

I hvilken utstrekning kan utbygger heve revisjonsterskelen gjennom forbehold og/eller detaljert risikofordeling?

- Presentasjon av saksforholdet i Veisaltingsdommen

❑ Problemstillingene

- Risikoen for at gjennomsnittlig faktisk saltforbruk per vintersesong var blitt bortimot tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som tidligere rapportert saltforbruk
- Betydningen av at det i kontrakten var tatt forbehold om opplysningenes riktighet, når det senere viste seg at opplysningene var beheftet med vesentlige feil

❑ Funksjonskontrakt med fast pris

- Avsnitt 3: "Det **klart laveste tilbudet** ble inngitt av Oslo Vei AS (heretter benevnt Oslo Vei), som er 100 % eid av Oslo kommune. Oslo Veis **tilbudspris var kr 148 786 040** eksklusive merverdiavgift. Tilbudet var angitt å være basert på « konkurransegrunnlaget, møtereferat fra tilbudskonferansen og innkomne spørsmål besvart av SvV [dvs. Statens vegvesen] ». [Den høyeste tilbudsprisen lå om lag 40 % over tilbudet fra Oslo Vei.](#)
- Avsnitt 3: "Oslo Vei påtok seg å « utføre **drifts- og vedlikeholdsoppgaver** knyttet til stamveger, øvrige riksveger, fylkesveger og gang- og sykkelstier langs riksveger med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner ... i perioden 01.09.2006 – 31.08.2011 i ... Kontrakten inneholder denne **definisjon av « funksjonsansvar »**: « Helhetlig ansvar for beslutning, planlegging, prosjektering, utførelse, kvalitetssikring, oppfølging og dokumentasjon av tiltak som er nødvendig for å overholde kontraktens krav samt dokumentasjon av resulterende tilstand og funksjon.

I hvilken utstrekning kan utbygger heve revisjonsterskelen gjennom forbehold og/eller detaljert risikofordeling?

- Presentasjon av saksforholdet i Veisaltingsdommen

❑ Kalkulasjonsgrunnlaget og risikopåslaget

- Avsnitt 6: "Kontrakten inneholder ingen angivelse av hvilke mengder salt som må benyttes for at de krav kontrakten stiller, skal være oppfylt. For at de som skulle inngi tilbud, skulle ha et bedre **kalkulasjonsgrunnlag**, fremla Statens vegvesen som anbudsgrunnlag « historiske vinterdriftsdata » for vegene på Romerike. Disse dataene er inntatt som vedlegg S 30 til den inngåtte kontrakt."
- Avsnitt 13: "Oslo Vei hadde ved kalkulasjonen av sitt tilbud til Statens vegvesen tatt utgangspunkt i de opplysninger som vedlegg S 30 inneholdt om medgåtte saltmengder per vintersesong fra og med 1999/2000 til og med 2004/2005, og **lagt inn en sikkerhetsmargin på 10 %**. Det tilbud som Oslo Vei inngav, var således **basert på et gjennomsnittlig saltforbruk på rundt 3 300 tonn**. For ordens skyld presiseres at **denne kalkulasjonen ikke fremgikk av tilbudet**."
- Avsnitt 14: "De saltmengder som TF-Anlegg har brukt ved vinterdriften av vegene i Romerike midt, har imidlertid vist seg å bli atskillig høyere enn det Oslo Vei hadde kalkulert med ved inngivelsen av tilbudet ... Dette gir et **gjennomsnittlig saltforbruk per vintersesong på 8 765 tonn**."

❑ Forbeholdet om mulige feil i anbudsgrunnlaget

- I vedlegget er det presisert at tallene **ikke har « vært underlagt særskilt kvalitetssikring »**, og det er derfor tatt **forbehold for at tallene « kan ... være beheftet med feil »**. Tallene blir presentert som « de beste historiske erfaringstall som kan skaffes »"

Er det en grense for i hvilken utstrekning byggherren kan fraskrive seg risikoen for mulige feil i informasjonen?

- Høyesteretts sensur av forbeholdet i Veisaltingsdommen

❑ Kravet som ble pådømt av Høyesterett

- ❑ Entreprenøren krevde prinsipalt ca. 25 MNOK (avsnitt 29) basert på forutsetningslæren, men fikk 2 MNOK på grunnlag av reglene om merutgifter
- ❑ Kravet ville vel uansett ikke ha ført fram etter forutsetningslærens revisjonsterskel, hvis tapet bare var 2 MNOK og sammenligningsgrunnlaget er den samlede kontraktssummen, jf. Salhus

❑ Domspremissene

- Entreprenøren ble – svært skjønnsmessig – tilkjent et tillegg på 2 MNOK basert på reglene om merutgifter, ikke basert på forutsetningslæren
- Avsnitt 56: ”Som jeg tidligere har fremholdt, kan imidlertid disse **forbeholdene bare dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet**. Oslo Vei hadde **begrenset mulighet til å overprøve** de opplysninger om historisk forbruk som var gitt i vedlegg S 30. Når anbudsgrunnlaget er **beheftet med så vesentlige feil som her**, finner jeg at staten må hefte etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 til tross for de forbehold som er tatt”

❑ Høyesteretts begrunnelse for å sensurere forbeholdet

- (1) "Når anbudsgrunnlaget er beheftet med så vesentlige feil som her"; feilens kommersielle betydning
- (2) Entreprenørens muligheter for å foreta egne undersøkelser; "hadde begrenset mulighet til å overprøve de opplysninger om historisk forbruk som var gitt i vedlegg S 30"

Er det en grense for i hvilken utstrekning byggherren kan fraskrive seg risikoen for mulige feil i informasjonen?

- *Rettsvirkningen av sensurerte forbehold; ingen terskel?*

- ❑ Rettsvirkningen av at forbeholdet ikke dekker "vesentlige feil" – skal det ses helt bort fra forbeholdet, eller medfører forbeholdet en terskel?
 - Avsnitt 69: "Jeg har tidligere konkludert med at det Oslo Vei kan kreve erstattet etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1, er utgiftene til å anskaffe og lagere gjennomsnittlig 25-30 % mer salt per år enn gjennomsnittlig årsforbruk i henhold til vedlegg S 30. Etter en [skjønnsmessig vurdering](#) hvor **også den gjenstående vintersesong av avtaleperioden (sesongen 2010/2011) tas med**, finner jeg at erstatningen passende kan fastsettes til et rundt beløp på kr 2 millioner"
- ❑ Oppdragstakeren hadde lagt på et risikopåslag på 10 %, men dette er uten betydning hvis opplysningssvikten er vesentlig?
- ❑ Dommens implikasjoner
 - Forbehold bør gjøres mest mulig spesifikke
 - Oppdragsgivere bør være forsiktige med å overhodet gi informasjon som kan være feil?
- ❑ Dommens rekkevidde; overskridelsen var 300% på innsatsfaktoren, og det knyttet seg vesentlige feil til opplysningene

Er det en grense for i hvilken utstrekning byggherren kan fraskrive seg risikoen for mulige feil i informasjonen?

- Kan Høyesteretts innskrenkende tolkning gis en mer prinsipiell forankring?

☐ Problemstillingen

- Kan og bør Høyesteretts tilnærming ses som et utslag av reglene om innskrenkende tolking av "as-is"-klausuler, jf. særlig kjøpsloven § 19 (c)?

☐ Lovregulert sensur av "as is"-klausuler; kjøpsloven § 19 (c)

- "Selv om tingen er solgt « som den er » eller med liknende alminnelig forbehold, foreligger mangel når ... (c) **tingen er i vesentlig dårligere stand** enn kjøperen hadde grunn til å rekne med etter **kjøpesummens størrelse** og forholdene ellers"
- Bestemmelsen kan ses under synsvinkelen forutsetningssvikt, og kan forklare hvorfor vesentlige feil var en forutsetningssvikt for selve forbeholdet
- Men legger ikke bestemmelsen opp til en "globaltilnærming", der sammenligningsgrunnlaget er den samlede kontraktssummen?

☐ Bruken av "as is"-klausuler; avhendelse, brukt tonnasje

☐ Er kjøpsloven § 19 fravikelig?

- I utgangspunktet ja (i hvert fall utenfor kjøpslovens virkeområde), men det kreves nok klare holdepunkter for at partene har ment å fravike disse prinsippene; brukt tonnasje/Salesform

I hvilken utstrekning kan avtalebestemmelser som regulerer en ”forutsetningssvikt”, suppleres med forutsetningslæren?

☐ Hva innebærer konsumsjons-synspunktet i Veisaltingsdommen?

- Utgangspunktet (avsnitt 62) : "Den omstendighet at **en form for** bristende forutsetninger er avtaleregulert, er ikke til hinder for at det på grunnlag av ulovfestede regler blir krevd kontraktsrevisjon for andre former for bristende forutsetninger eller for forutsetningssvikt **utover** det som er avtaleregulert."
- Avsnitt 65: "Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er **derimot** i kontrakten **bevisst plassert** hos Oslo Vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen. **Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt** bestemmelser om hvilke konsekvenser det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tidligere saltforbruk, **ville de ulovfestede regler om bristende forutsetninger kunne ha gitt Oslo Vei grunnlag for å kreve erstatning for at forutsetningen om nivået for tidligere saltforbruk svikter**. Som jeg tidligere har påpekt, reguleres imidlertid virkningen av **denne** forutsetningssvikten av NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1. **Siden** spørsmålet er kontraktsregulert, gir de ulovfestede regler ikke hjemmel for å kreve **erstatning for denne forutsetningssvikten**."

☐ Vurderingstemaet; klausulen anses uttømmende dersom den innebærer en *bevisst* plassering av den *aktuelle* risikoen, jf. også ND 2001 s. 109

☐ Jeg kommer tilbake til implikasjonene av dette; forutsetningslæren får subsidiær karakter?

☐ Uttalelsen om at forutsetningslæren kan gi grunnlag for ”erstatning” må bero på en inkurie; kontraktsrevisjon vs. erstatning

Utsyn: Den norske forutsetningslæren sammenlignet med den ”europæiske” versjonen i DCFR

❑ ”Europeiske kontraktsrettslige prinsipper”: soft law (”PECL II”)

❑ “III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

- (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.
- (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:
 - (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or
 - (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.
- (3) Paragraph (2) applies only if:
 - (a) the change of circumstances **occurred after** the time when the obligation was incurred;
 - (b) the debtor did not at that time take into account, and could **not reasonably be expected to have taken into account**, the **possibility or scale** of that change of circumstances;
 - (c) the debtor did not assume, and **cannot reasonably be regarded as having assumed**, the risk of that change of circumstances; and
 - (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to **achieve by negotiation** a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.”

De offisielle kommentarene til ”forutsetningslæren” i DCFR

- ❑ Omfatter bare etterfølgende forutsetningssvikt
 - Uriktige forutsetninger reguleres av reglene om villfarelse
 - Den norske forutsetningslæren omfatter derimot også visse uriktige forutsetninger, i hvert fall i entrepriseforhold
- ❑ Vilkår 1: Problemet må være eksepsjonelt og atypisk
 - ”an exceptional change of circumstances”
 - Avgrensning mot risiki som er typiske for kontraktstypen, eksempelvis volatile priser
 - Ingen klar parallell i den norske forutsetningslæren, men inngår i “relevansvurderingen”
- ❑ Vilkår 2: Problemet må i betydelig grad forrykke balansen i kontrakten
 - Oppfyllelse må ha blitt ”unjustly onerous”; revisjonsterskelen
- ❑ Vilkår 3: Problemet må ha vært uventet på avtaletidspunktet
 - Vilkåret om at debitor ikke burde ”taken into account ... the possibility or the scale” på avtaletiden
 - Objektiv/profesjonell vurdering på tidspunktet for avtaleinngåelsen
 - En parallell til ”normalforventningen” i Salhusdommen
 - Alternativet ”or the scale” setter fingeren på den kvantitative dimensjonen; avvikets størrelse

Fortsettelse; de offisielle kommentarene til ”forutsetningslæren” i DCFR

- ❑ Vilkår 4: Debitor har ikke akseptert (”assumed”) den aktuelle risikoen
 - Omfatter bl.a. de tilfellene der endringen ligger innenfor ”debitors kontroll” transaksjoner som per definisjon er risikable (eksempelvis futures)
 - Synes ikke å være begrenset til de tilfellene der debitor uttrykkelig har akseptert den aktuelle risikoen, eksempelvis ved klare og konkrete forbehold, men også de tilfellene der debitor *bør anses* for å ha ”overtatt” risikoen; åpner for fiksjoner vedrørende ”aksept av risiko”
 - Ingen klar parallell i den norske forutsetningslæren, men spørsmålet om ”hvem som bør bære” risikoen, herunder ”kontrollsynspunktet”, drøftes gjerne i ”relevansvurderingen”
- ❑ Rettsvirkningen; revisjonsterskel?
 - ”Re-establishing the contractual balance”
 - ”The costs caused by the unforeseen circumstances ... should not be placed solely on one of the parties. The risks are to be shared”
- ❑ Er disse vilkårene klargjørende?
 - Sammenlignet med hva? Den tradisjonelle norske ”relevansvurderingen”?
 - Kan og bør disse vilkårene integreres i den norske forutsetningslæren? Dette bringer oss videre til neste tema

Er det grunnlag for å oppstille visse grunnvilkår?

❑ Problemstillingen

- Kan det oppstilles ”grunnvilkår” for anvendelse av forutsetningslæren?
- Uttrykket ”grunnvilkår”; nødvendige, men ikke tilstrekkelige, kumulative vilkår for at forutsetningslæren skal gi grunnlag for tillegg
- Formålet; fremme klarhet og forutberegnelighet i rettsanvendelsen

❑ Det rettskildemessige grunnlaget; synteser

❑ Grunnvilkår 1: Forutsetningslæren er ikke konsumert

- Veisaltingsdommen innebærer at en rekke spørsmål om ”forutsetningssvikt” i utgangspunktet må anses uttømmende regulert av standardkontraktenes mekanismer for tilleggsvederlag/merutgifter, og disse mekanismene kan bare suppleres med forutsetningslæren ved betydelige avvik
- Inngangsporten til forutsetningslæren – gir den en subsidiær karakter (kjedelig for juristene, men neppe en ulykke for byggebransjen)
- Vilkåret vil få stadig større betydning etter hvert som standardkontraktenes regulering blir mer finmasket og nyansert

Betydningen av at grunnvilkår 1 er oppfylt

- Konsekvensene av konsumsjons-synspunktet i Veisaltingsdommen

- ❑ Den praktisk og prinsipielt viktigste konsekvensen; revisjonsterskel
 - Det vil dreie seg om en type forutsetningssvikt som ikke kan anses regulert i den aktuelle kontrakten, eller om et meget betydelig avvik
 - Tillegg vil være betinget av at avviket overstiger forutsetningslærens revisjonsterskel
 - Til sammenligning er ikke tilleggvederlag som følge av svikt ved byggherrens leveranser, herunder forstyrrelser som følge av dette, betinget av at avvikene overstiger en revisjonsterskel, jf. eksempelvis NS 8407 pkt. 34.2.2
- ❑ Innebærer konsumsjons-synspunktet i Veisaltingsdommen at forutsetningslæren vil miste noe av sin praktiske betydning?
 - Dette er et spørsmål om hvilke typer ”forutsetningssvikt” som *ikke* kan anses regulert i NS 8405 og NS 8407; mer aktuelt for NS 8406?
 - Det er åpenbart svært begrenset spillerom for å supplere den utførlige og fremforhandlede reguleringen av grunnforhold i NS 8407 pkt. 23 med forutsetningslæren, særlig når man synes å ha spesialregulert slik ”forutsetningssvikt” i pkt. 23.2
 - Det er vel heller ikke særlig spillerom for å sette til reguleringen i NS 8407 pkt. 34.3.2 av når og hvordan enhetspriser kan kreves justert
 - De fleste typer uriktige opplysninger fra byggherren, fanges vel opp av NS 8407 pkt. 22 og 23?
 - Etterfølgende forhold er i liten grad kontraktsregulert, bortsett fra sedvanlig indeksregulering, men terskelen for slik kontraktsrevisjon er uansett svært høy, jf. avtaleloven § 36 andre ledd

Grunnvilkår 2: Problemet var uventet på avtaletidspunktet

❑ Salhusdommen: Strenge krav til hva profesjonelle entreprenører bør forutse

- **Generelt:** ”Hvilken av partene, byggherren som foresto prosjekteringen eller entreprenøren som foresto utførelsen, er nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte? Svaret vil, slik jeg ser det, først og fremst måtte bero på om og i hvilken utstrekning KEUM - som var ansvarlig for å velge en anvendbar sveisemetode - hadde muligheter for å forutse at sveisbarheten av det høyfaste stålet kunne komme til å by på slike problemer som oppsto, og som bare lot seg løse ved bruk av for- og ettervarme på det nivå som viste seg nødvendig. Ved vurderingen av dette må det ses hen til at KEUM - og Kværnerkonsernet samlet - satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på sveising ... Dette må gjøre det berettiget å stille høye krav til AF ved vurderingen.”
- **Subsumsjonen:** ”Både Oxelsunds håndbok og KEUMs sveisemanual er utgitt i slutten av 1992. Det er imidlertid ikke påvist av AF at de ga opplysninger om sveising av høyfast stål som ikke KEUM hadde eller burde hatt ved kontraktsinngåelsen ett år tidligere. Ut fra det jeg har sitert fra de to håndbøkene og sveisemanualen kan AF etter min mening vanskelig høres med at sprekkrisikoen ved å sveise under de kontraktsgitte betingelsene i vår sak kom helt overraskende. AF hadde grunn til å regne med at det kunne bli behov for bruk av for og ettervarme opp til det nivå som faktisk viste seg nødvendig.”

❑ Generalisert

- Spørsmålet er om entreprenøren, basert på sin *ekspertise*, hadde *mulighet* for å *forutse problemet* eller problemets *omfang* på avtaletidspunktet, og om han burde ha avdekket dette gjennom befaring eller lignende
- Betydningen av at entreprenøren foresto prosjekteringen; totalentreprise

❑ Unntak

- Unntak 1: Byggherren visste om problemet på avtaletidspunktet uten å opplyse om det
- Unntak 2: Hvis tapet blir betydelig større enn det som med rimelighet kunne forutses på avtaletidspunktet, kan det etter omstendighetene være grunnlag for tillegg selv om entreprenøren var kjent med problemet på avtaletidspunktet, jf. Salhus og DCFR (”scale”)

Grunnvilkår 3: Debitor kan ikke anses å ha akseptert den aktuelle risikoen gjennom avtalen

- ❑ Synspunktet står sentralt i Veisaltingsdommen og DCFR
 - ”**Risikoen** for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er derimot **i kontrakten bevisst plassert** hos Oslo Vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å **omfordele denne risikoen**”
- ❑ En viss overlapp med grunnvilkår 1
- ❑ Eksempel 1 (uriktige opplysninger): Klare og spesifikke forbehold i anbudsgrunnlaget
 - Unntak; de aktuelle opplysningene er beheftet med vesentlige feil, og disse har innvirket på anbudet/kontrakten, jf. Veisalting
- ❑ Eksempel 2 (utførlig regulert i en omforent avtale): Den detaljerte reguleringen av grunnforhold i NS 8407 pkt. 23, herunder den særskilte terskelen i pkt. 23.2
- ❑ Eksempel 3 (etterfølgende utvikling): Avtalen inneholder særskilte mekanismer for å håndtere prisstigning, eksempelvis klausuler om indeksregulering av visse innsatsfaktorer

Er det grunnlag for å presisere vurderingstemaene?

☐ Uttrykket ”vurderingstema”

- Sentrale spørsmål som *må* vurderes nærmere *hvis* grunnvilkårene er oppfylt
- Forholdet til den ”sammensatte vurderingen” som inngår i ”relevansvilkåret”; utpensler og klargjør spørsmålene som bør vurderes
- Det kan oppstilles visse retningslinjer for hvordan disse spørsmålene skal vurderes

☐ Er ”normalforventningen” egnet som vurderingstema, eller er dette bare et stikkord på et større problemkompleks?

☐ Vurderingstema 1: Dreier det seg om en etterfølgende forutsetningssvikt eller om uriktige forutsetninger?

- Dette skillet er lite påaktet i teori og praksis, men her finner vi nok mye av forklaringen på at revisjonsterskelen tilsynelatende er lavere i entrepriseforhold
- Flere av de sakene hvor forutsetningslæren har blitt påberopt og/eller har ført fram, synes å gjelde ”uriktige forutsetninger”, typisk uriktige opplysninger eller innblanding fra byggherren
- Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at revisjonsterskelen for etterfølgende forutsetningssvikt er like høy i entrepriseforhold som i andre kommersielle kontrakter; svært høy terskel for å kreve tillegg basert på prisøkninger på innsatsfaktorer som betong, asfalt, stål, diesel etc.

Vurderingstema 2: Knytter problemet seg til ”byggherrens leveranse” eller til det som må anses som entreprenørens spesialområde?

☐ Salhusdommen

- ”Ankemotparten har pekt på at det vil måtte få betydning for entreprenørens adgang til å kreve tilleggsbetaling som følge av uforutsette forhold, om de kontraktsbestemte arbeider utføres på entreprenørens eget område og med bruk av arbeidsmetoder som entreprenøren selv velger eller er fortrolig med, eller om arbeidene utføres på fremmed grunn og/eller med arbeidsmetoder som er foreskrevet av byggherren i kontrakten. Jeg er enig i at slike forhold etter omstendighetene vil kunne få betydning for vederlagsspørsmålet”

☐ Funksjonelt beskrevet totalentreprise vs. utførelsesentreprise hvor byggherren har forestått prosjekteringen

☐ Grensetilfeller

- Mindretallet i Salhus: ”Jeg finner først å måtte ta et annet utgangspunkt enn førstvoterende når det gjelder selve **entreprisekontraktens betydning** for endringskravet. Ved kontrakten hadde entreprenøren påtatt seg en forpliktelse til å levere den stålkassen til flytebrua som tvisten knytter seg til. **Stålkassen var prosjektert av byggherren, som dermed hadde bestemt hva slags materialer som skulle benyttes**. Han hadde således bestemt flytegrensen både for det stålet som skulle benyttes og for sveiseavsettet. Men det var entreprenør en som skulle skaffe alle materialene.”
- Tiltransportert totalentreprise hvor problemet burde ha vært oppdaget før tiltransporten, eksempelvis av byggherrens prosjekterende i programfasen

Vurderingstema 2 – fortsettelse

- ❑ Entreprenøren bør normalt ikke kunne kreve tillegg basert på forutsetningslæren der problemet knytter seg til ”entreprenørens spesialområde”
 - På dette punktet er det fristende å vise til kontraktens "funksjonsfordeling"; utførelsesentrepriser vs. totalentrepriser
 - Et slikt utgangspunkt gir entreprenøren et sunt incentiv til å vurdere og prise risiki knyttet til utførelsen og/eller prosjekteringen *før* kontrakten inngås, noe som er til det beste både for entreprenøren og byggherren
 - Entreprenøren har normalt bedre forutsetninger enn byggherren for å vurdere og prise risiki knyttet til ”entreprenørens spesialområde”, eksempelvis hvor følsomme hans valgte arbeidsmetoder vil være for visse forstyrrelser
 - Grensetilfeller; byggherren har spesifisert den problematiske arbeidsmetoden
 - Dette innebærer at entreprenøren i disse tilfellene i utgangspunktet bare bør kunne kreve tillegg basert på forutsetningslæren der problemet innebærer at han påføres betydelige tap, jf. Salhus, Veisaltning og DCFR (”scale”)

Vurderingstema 3: Er tapet "særlig omfattende"?

- ❑ Høyesterett har fastslått at et betydelig kan være tilstrekkelig
 - Salhusdommen - flertallet: "Et visst tap må en entreprenør tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre enden av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans"
- ❑ Det grunnleggende spørsmålet er hva som er det riktige sammenligningsgrunnlaget for "et særlig omfattende tap"
 - Betydelig sammenlignet med hva – de prosentuelle overskridelsene for de berørte innsatsfaktorene eller den totale kontraktssummen ("globaltilnærming")?
 - Dersom sammenligningsgrunnlaget er budsjettet for den aktuelle innsatsfaktoren, vil ofte overskridelsen måtte anses som "betydelig"; problemet med "taktisk prising"
 - Dersom sammenligningsgrunnlaget er den totale kontraktssummen, vil sjelden tapet kvalifisere til "betydelig", særlig i de virkelig store prosjektene
 - Skal krav om tilleggsvederlag som bygger på ulike forhold legges sammen, eller skal hvert krav vurderes for seg?
 - Hvilken betydning har det at deler av prosjektet har blitt enklere og billigere å gjennomføre for entreprenøren enn planlagt?
 - Hvilken betydning har det at entreprenøren innga et betydelig lavere pristilbud enn de andre anbyderne?

Vurderingstema 3 – fortsettelse:

Salhusdommen = globaltilnærming?

- ❑ **Flertallets syn (obiter dictum):** ”Dersom **hele** AFs krav på 82 millioner kroner kunne tilskrives de forhold jeg hittil har behandlet, ville spørsmålet kunne stilles om tapet var så ekstraordinært at en viss økonomisk deling mellom partene ut fra den etterfølgende utvikling likevel kunne vær e på sin plass. **Jeg tar ikke standpunkt til dette**, fordi saken etter mitt skjønn ikke stiller seg slik. Det er her særlig to forhold som står sentralt ... Gjøres det **fradrag** for de kostnader som må tilskrives de to forhold jeg nå har drøftet, er det tap som AF er blitt påført som følge av sveiseproblemene, etter min oppfatning under den grense som **alene** kunne tilsagt en viss fordeling av merkostnadene. Jeg minner om at kontraktssummen var på noe over 450 millioner kroner.”
- ❑ **Mindretallets syn:** ”Spørsmålet er så om meromkostningene ved den produksjonsmåten som måtte benyttes, i seg selv representerer et så høyt beløp at grensen for urimelighet passerer av den grunn. De meromkostninger entreprenøren måtte pådra seg i forbindelse med sveisearbeidet, utgjør et betydelig beløp. Men vederlaget for sveisearbeidet er en del av et samlet kontraktsvederlag på over 450 mill. kroner. Vederlaget for sveisearbeidet kan ikke sees isolert, og noen nærmere analyse av det samlede kontraktsvederlaget foreligger ikke. De spesifikasjoner som fremgår av anbudet, er ikke uten videre avgjørende for så vidt. Størrelsen av beløpene for de enkelte poster i et anbud kan være taktisk betinget. Dette forhold og den usikre størrelsen av omkostningsbeløpet vedrørende sveisearbeidet gir etter min mening ikke tilstrekkelig grunnlag for å anta at det foreligger en slik rent økonomisk begrunnet urimelighet som kan gi grunnlag for et krav om tilleggsvederlag.
- ❑ **Sammenfatning**
 - ❑ Mindretallet legger uttrykkelig til grunn en globaltilnærming, og flertallet synes å gjøre det samme
 - ❑ Flertallets uttalelse ”alene kunne tilsagt en viss fordeling av merkostnadene”, underbygger at forutsetningslærens revisjonsterskelen innebærer at entreprenøren uansett ikke ville ha fått tilkjent hele det fremsatte kravet, jf. DCFR
 - ❑ Flertallets votum kan tyde på at reelle merkostnader på 82 MNOK (ca. 20 % av kontraktssummen) ville ha vært tilstrekkelig i denne saken, men dette er selvsagt noe mer enn prosentregning

Vurderingstema 3 – fortsettelse:

Nettobetraktning?

❑ Problemstillingen

- Entreprenøren er i deler av prosjektet påført kostnader betydelig over budsjettet, mens andre deler av prosjektet har latt seg gjennomføre godt under budsjettet
- Spørsmålet er grundig behandlet av Sam Harris i Festskriftet På rett grunn (2010)

❑ Betydningen av at forutsetningslæren ikke hjemler ”prisavslag”

- Det er et sikkert utgangspunkt at forutsetningslæren ikke hjemler ”prisavslag” for byggherren hvis entreprenøren klarer å gjennomføre prosjektet betydelig under de budsjetterte kostnadene
- Dette er vel imidlertid et prinsipielt annet spørsmål enn om det i vurderingen av om entreprenøren *er* påført et betydelig tap som følge av den aktuelle forutsetningssvikten, overhodet er relevant å trekke inn uventede fordeler i andre deler av prosjektet

❑ Det er neppe noe prinsipielt i veien for å trekke inn slike fordeler

- Den tradisjonelle ”relevansvurderingen” er temmelig åpen
- På den annen side vil det ofte være vanskelig å ta stilling til om andre deler av prosjektet *har* latt seg gjennomføre godt under budsjettet, men dette er neppe vanskeligere enn å fastsette entreprenørens reelle merkostnader
- Salhusdommen: ”Gjøres det fradrag for de kostnader som må tilskrives de to forhold jeg nå har drøftet [utpreget konkrete vurderinger], er det tap som AF er blitt påført som følge av sveiseproblemene, etter min oppfatning under den grense som alene kunne tilsagt en viss fordeling av merkostnadene.