



ARNTZEN
DE BESCHE

«BACK TO BACK»

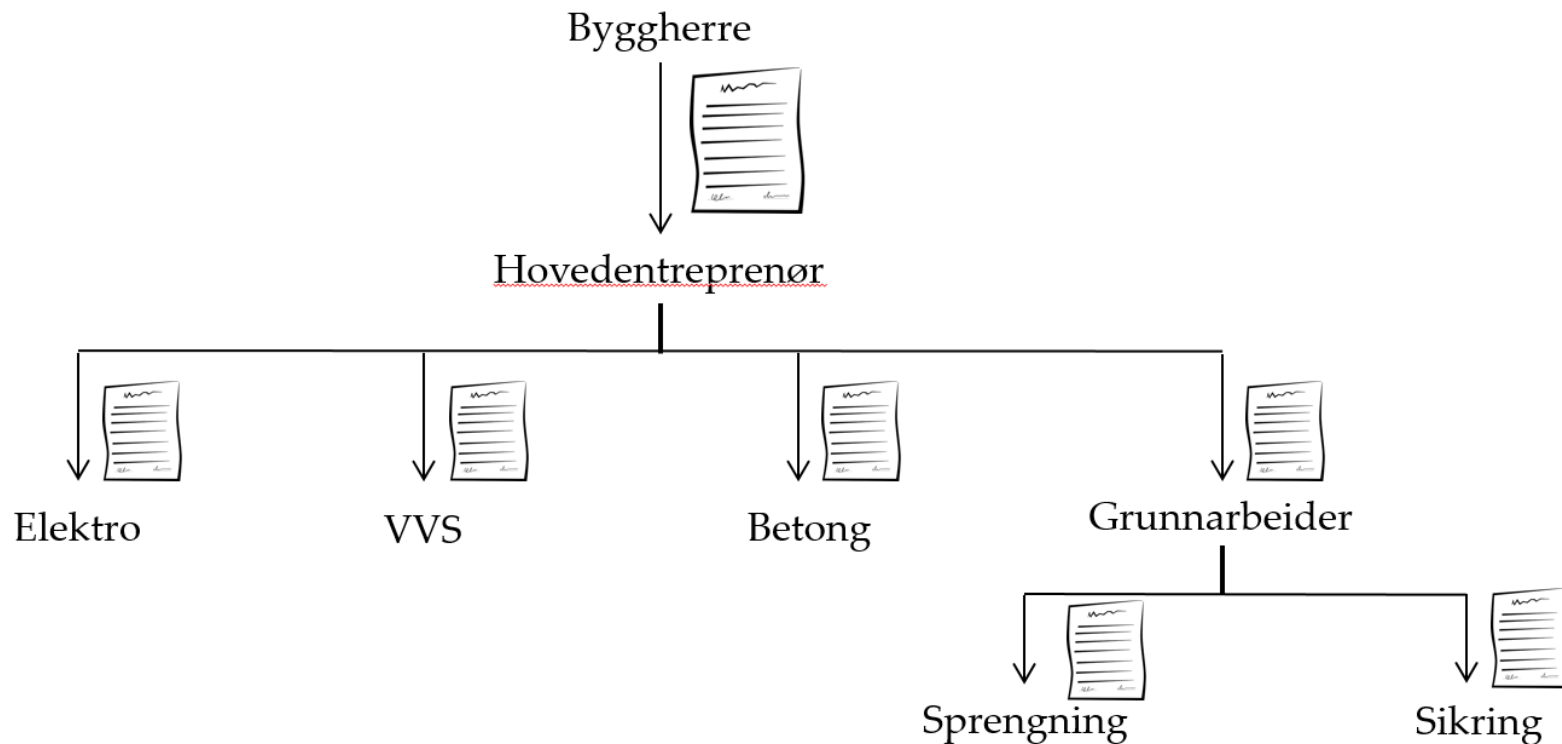
Særlig om resultatbaserte klausuler

14. november 2019

Wenche Maartmann-Moe
PARTNER/ADVOKAT

Bakgrunn

Situasjonen

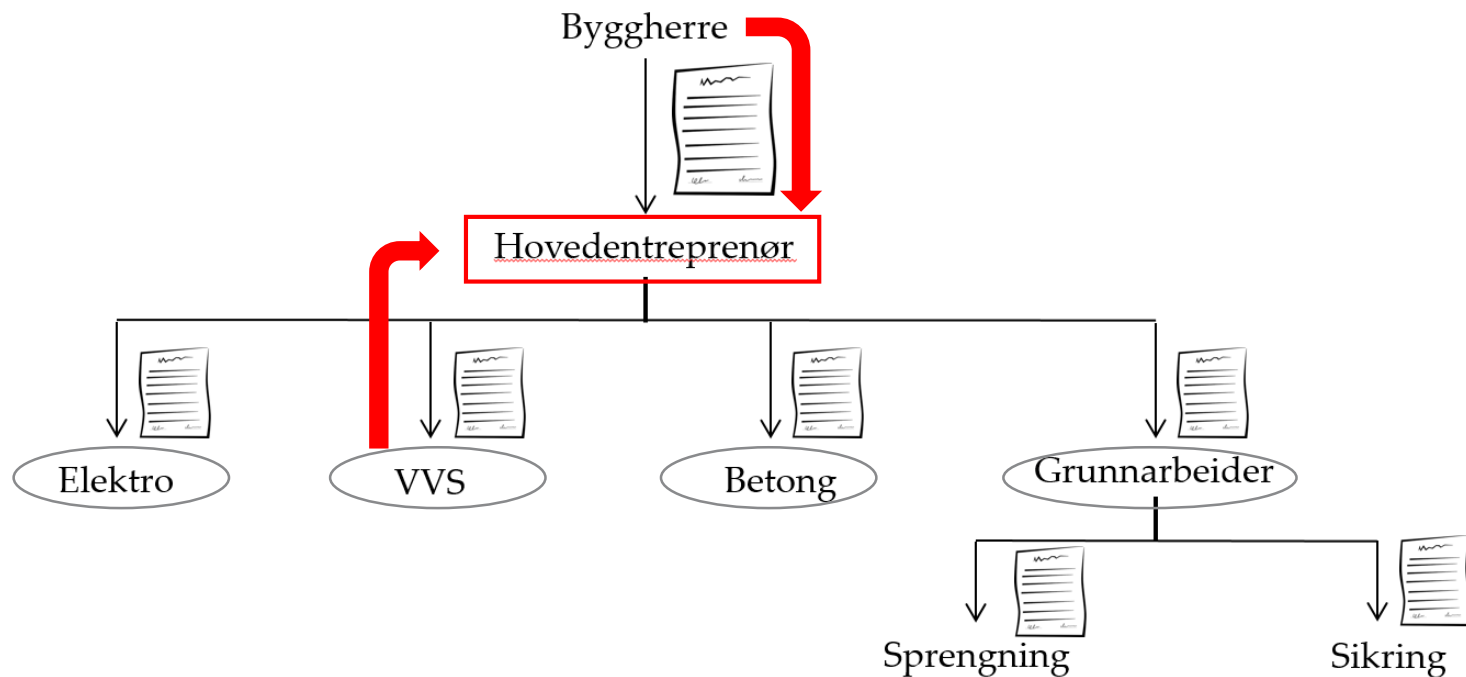


«Entreprenøren har rett til å la deler av sine kontraktsforpliktelser bli utført av underentreprenør. Hans kontraktsansvar overfor byggherren endres ikke ved bruk av underentreprenør.»

NS 8405:2008 PUNKT 15.1 (1)

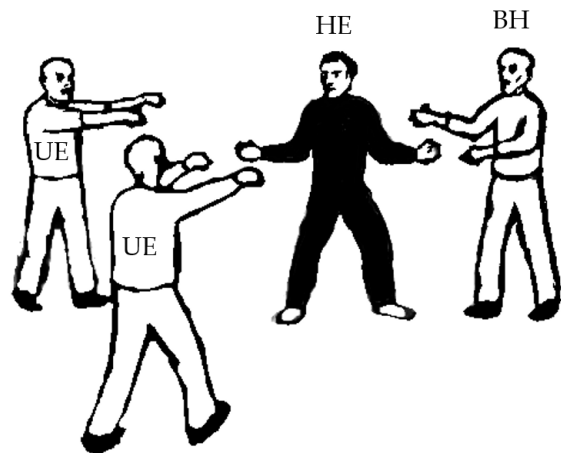
(TILSVARENDE NS 8407: 2011 PUNKT 10.1)

Hovedentreprenørens mellomrolle



Hovedentreprenørens behov for samordning

- HE har full teknisk og økonomisk risiko for leveransene overfor byggherren
- HE har oppdragsgiveransvar overfor underentreprenøren
- Hovedentreprisekontrakten og underentreprisekontrakten er bare bindende mellom partene
- **Behov for samkjøring: Begrense mellomliggende risiko for hovedentreprenøren**



Back to back – Ulike teknikker

Skreddersøm av underkontrakten

- Egen kontrakt hvor arbeidsomfang og øvrige kontraktsbestemmelser er særskilt tilpasset den enkelte underentreprenør
- Er arbeidskrevende og krever kompetanse
- Ofte ikke tid til skreddersøm med tilstrekkelig høy kvalitet
- Betydelig risiko for at HE «bommer»
- **Anbefaling:** Kun dersom tid til å lage en gjennomarbeidet avtale



Speiling av hovedkontraktens reguleringer («regelbasert» back to back)

- Hovedkontraktens tegninger, beskrivelser og vilkår brukes på alle nivåer i kontraktshierarkiet
- Enkelte tilpasninger må gjøres
- Standard underleveransekontrakter som bygger på dette prinsippet (NS 8415, NS 8416, NS 8417)

3 Kontraktsdokumenter

3.1 Kontraktsdokumenter

Er ikke annet avtalt, inngår følgende dokumenter i kontrakten:

- a) avtaledokumentet dersom slikt dokument er opprettet;
- b) eventuelle referater eller skriftlig materiale fra oppklarende drøftelser eller forhandlinger avholdt etter at tilbudet ble inngitt, som er godkjent av begge parter.
- c) underentreprenørens tilbud;
- d) skriftlige avklaringer og eventuelle referater eller skriftlig materiale fra befaringer eller konferanser avholdt før tilbudet ble inngitt;
- e) tilbuds- eller konkurransegrunnlaget, herunder hovedentreprenørens kontrakt med byggherren i den utstrekning den eller deler av den er inkludert;
- f) denne standarden (NS 8415).

Speiling av HEs resultat under hovedkontrakten («resultatbasert» back to back)

- HEs ansvar, forpliktelser og risiko overfor byggherren skal dekkes av UE.
- UE mulighet for å fremme krav mot HE begrenses til hva HE oppnår eller kan oppnå overfor byggherren

4. Forholdet til hovedentreprisen

UEs ansvar og forpliktelser for kontraktsarbeidet skal samsvare med HEs ansvar og forpliktelser overfor byggherren. UE skal altså oppfylle de krav til kontraktsarbeidene som er gjeldende mellom HE og byggherren.

UE har krav på vederlagsjustering eller fristforlengelse overfor HE i den utstrekning HE har tilsvarende krav overfor byggherren.

UE kan ikke påberope seg forbehold som ikke er i samsvar med HEs rettigheter, ansvar og forpliktelser overfor byggherren.

Resultatbaserte klausuler
Problemstillinger knyttet til vedtakelse, tolkning og sensur

Bakgrunn

- Resultatbaserte klausuler kan gå nokså langt i å overføre risiko til UE
- UE kan ikke påvirke innholdet i hovedkontrakten
- UEs mulighet til å påvirke utfallet av eventuelle prosesser mot byggherren kan være begrenset
- Kan oppleves som en ukontrollerbar risiko for UE



Prinsipper for vedtakelse

- Alminnelige prinsipper for avtaleslutning gjelder
- Muligens grunnlag for å oppstille et klarhetskrav for de mest vidtgående reguleringene
- Men: Klar aksept av risiko binder som utgangspunkt
- Muligens sensur ved tilfeller av grov skyld hos HE



Prinsipper for tolkningen

- Alminnelige prinsipper for avtaletolkning gjelder
- Avtaler mellom profesjonelle parter skal tolkes objektivt, jf. bl.a. Rt-2010-961
- Utgangspunkt: En naturlig språklig forståelse av kontraktens ordlyd
- Adgang til å vektlegge formålet ved avtalen og andre reelle hensyn

- Rt-2010-961 Skanska avsnitt 44:

Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.

Eksempler fra rettspraksis

LB-2015-76130 Lambertseterbanen – Krav fra byggherre

KTP



TBW



BMO

BMO har de samme forpliktelser overfor TBW som TBW har overfor KTP AS. Dette prinsippet gjelder alle forhold som berører TBWs kontrakt med KTP AS.



LB-2015-76130 Lambertseterbanen – Krav fra byggherre (forts.)

KTP



TBW



BMO

- Byggherren fremmet krav mot TBW om dekning av kostnader til økt vakthold på byggeplassen.
- TBW aksepterte kravet og fordelte deretter kostnadene på underentreprenørene i prosjektet

Lagmannsrettens vurdering:

«Det følger av [back to back-klausulen] at BMO har de samme forpliktelser overfor TBW som TBW har overfor KTP. TBW har overfor KTP måttet akseptere å dekke denne kostnaden. BMO har ikke sannsynliggjort at en slik forpliktelse ikke fulgte av Hovedavtalen, eller at det på annen måte var uforsvarlig av TBW å akseptere dette kravet fra KTP. Det er et grunnleggende element ved back to back-prinsippet – også slik det er formulert i Avtaledokumentet – at TBWs forpliktelser overfor KTP gjenspeiles i underentreprenørenes forpliktelser overfor TBW. Dette må også gjelde kravet knyttet til vakthold fra Securitas.»

LB-2015-76130 Lambertseterbanen – Krav mot byggherre

KTP



TBW



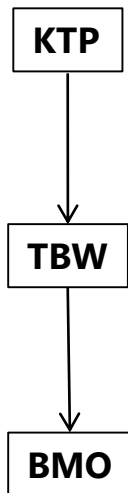
BMO

For de forhold som kommer inn under prinsippet om «back to back» er det avtalt at TBW kun skal dekke økonomiske krav fra BMO under forutsetning at KTP som byggherre godkjenner tilsvarende krav fra TBW.



LB-2015-76130 Lambertseterbanen – Krav mot byggherre (forts)

Lagmannsretten oppstilte to unntak fra back to back-reguleringen:



«For det første må det gjøres unntak for de tilfellene der årsaken til at KTP ikke honorerer et krav skyldes at TBW ikke har oppfylt sine forpliktelser om å videreføre krav fra BMO opp til KTP»

- Ikke uttrykkelig plikt til videreføring i avtalen
- Måtte likevel innfortolkes, evt. ses på som et eget grunnlag krav mot TBW

«Dernest må det gjøres en begrensning for de tilfellene der årsaken til KTPs avvisning av et krav skyldes feil gjort hos en annen underentreprenør enn BMO, eventuelt hos TBW»

- Sensur av klar ordlyd?
- Nei: Partene hadde avtalt at det skulle skje et oppgjør for slike kostnader uavhengig av den avtalte back-to-back-klausulen
- Uklart om grunnlag for sensur uten slik avtale

LH-2015-47254 Hamnøytunellen

SVV



LNS



ABS

Avtalt at krav som fremsettes av ABS kun godgjøres «dersom SVV aksepterer disse»



LH-2015-47254 Hamnøytunellen – Bevis for at kravet er videreført

- ABS' krav bygget på en masseberegning av faktisk utført arbeid foretatt i samsvar med målereglerne for prosessen
- Uklart om LNS hadde bragt kravet videre.
- Lagmannsretten (dommens side 16):
«Detaljene i LNS kommunikasjon med SVV om saken fremstår for lagmannsretten som uklare. Lagmannsretten finner det på den bakgrunn ikke godtgjort at kravet er presentert for SVV på en måte som gir LNS grunnlag for å avslå ABS' krav under henvisning til avtalens bestemmelse om "back to back"»



LH-2015-47254 Hamnøytunellen – Forliksforhandlinger

- LNS hadde i forbindelse med sluttoppgjøret forhandlet frem en løsning med SVV der LNS fikk en godtgjørelse tilsvarende 50 % av det opprinnelige kravet.
- Lagmannsretten (dommens side 17):
«Hvilke vurderinger som lå til grunn for oppgjøret mellom LNS og SVV under dette punkt, er langt fra klart. ABS' krav kan derfor ikke avslås under henvisning til «back to back» prinsippet som det er vist til fra LNS' side»



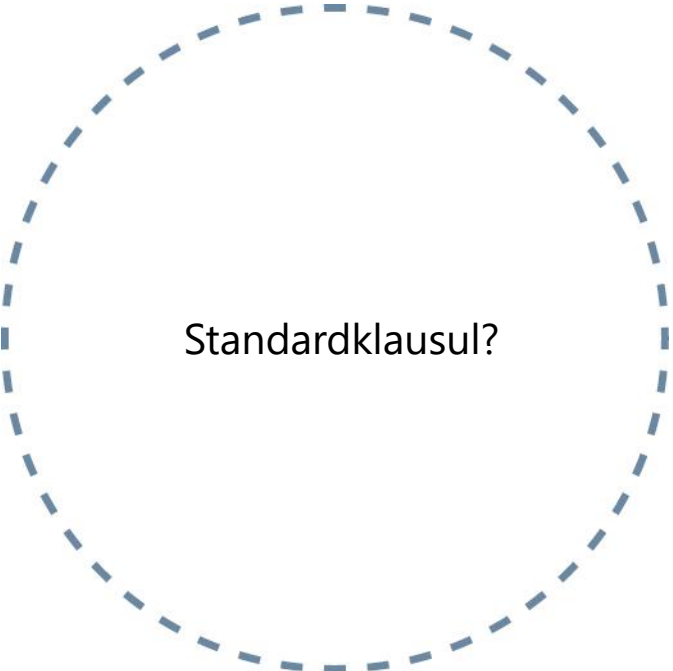
Standardisering av back to back-klausuler?

Behov for standardisering?

- Praksis spriker – mange hjemmesnekrede løsninger
- Konseptet oppleves til dels risikofylt og vanskelig for underentreprenørene
- Samtidig legitimt behov hos HE for samordning
- Påstand: Hensynet til UE ivaretas bedre ved klarere reguleringer



Utgangspunkter for en eventuell standardiseringsprosess



Standardklausul?



Egen standardavtale?

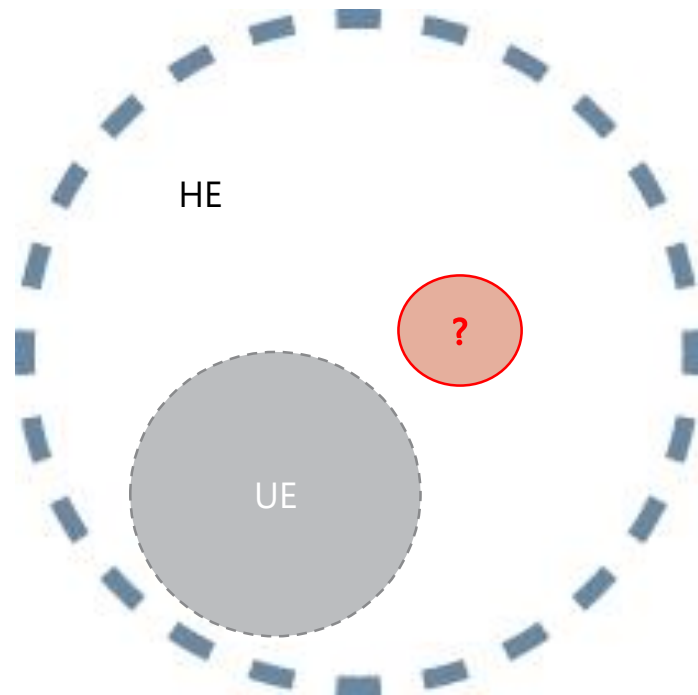
Mulige prinsipper for en resultatbasert regulering

- UEs ansvar og forpliktelser:
- UEs ansvar og forpliktelser for et nærmere definert kontraktsarbeid tilsvarer HEs ansvar og forpliktelser for det samme arbeidet overfor byggherren
- UEs krav og muligheter:
- UE har krav på vederlagsjustering og fristforlengelse i den utstrekning HE har krav på det samme fra BH, men etter underkontraktens rater/prisnivå
- Unntak: Ved «interne forhold»



UEs ansvar og forpliktelser

- HEs ansvar og risiko dekkes av UE, men bare innenfor UEs ansvarsområde
- Underkontrakten må tolkes for å fastlegge hvilke ansvar/forpliktelser UE har påtatt seg
- HE har risikoen for eventuelle uklarheter, jf. prinsippet i Rt-2007-1489 Byggholt



UEs krav og muligheter – Forslag om sontring mellom eksterne og interne forhold

Eksterne forhold:

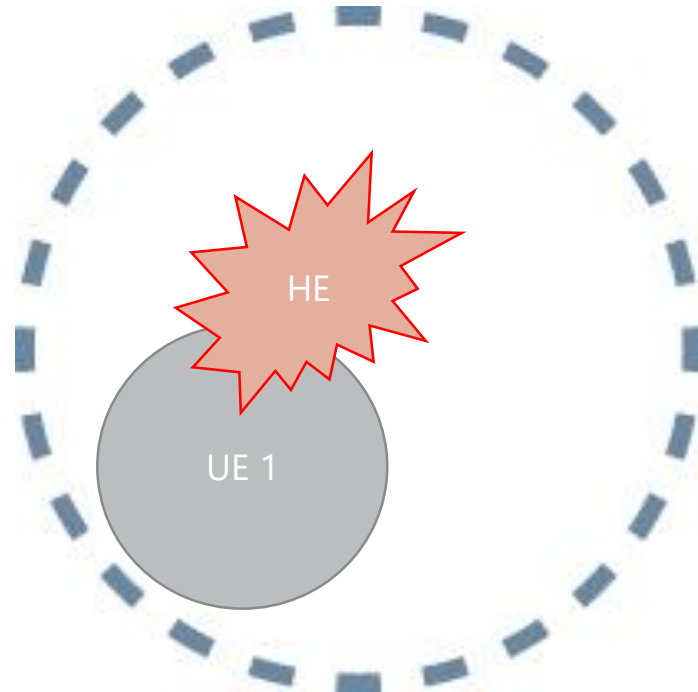
- Forhold som byggherren har risikoen for etter hovedkontrakten
- UE mottar det HE har krav på fra byggherren
- Unntak: I den grad kravet forringes som følge av forhold HE har risikoen for, gjelder prinsippene for interne forhold

Interne forhold:

- Forhold som er byggherren uvedkommende
- Forhold som ikke kan videreføres til byggherren som følge av forhold HE bærer risikoen for
- Avgjørende for om UE har et krav mot HE er om kravet er rettmessig

Eksempel: HEs egne forhold påfører UE merkostnader/forsinkelser

- Uten unntak for interne forhold:
 - Hvor klar er ordlyden?
 - Grunnlag for felles forståelse som avviker fra ordlyden? (LB-2015-76130 Lambertseterbanen)
- Med unntak for interne forhold:
 - HE er nærmest til å bære risikoen for egne feil/forsømmelser
 - Klarere at UE kan fremme krav om vederlagsjustering/fristforlengelse



Eksempel: Krav er ikke videreført til byggherren i rett tid

- Situasjon: UE har fremmet krav innenfor fristene i underkontrakten, HE har forsømt å videreføre krav innenfor fristene i hovedkontrakten
- Uten unntak for interne forhold:
 - Hvor klar er ordlyden?
 - Tendens i rettspraksis til å innfortolke plikt til videreføring (LB-2015-76130 og LH-2015-47254)
- Med unntak for interne forhold:
 - HE er nærmest til å bære risikoen for egne feil/forsømmelser
 - Klarere at UE kan fremme krav om vederlagsjustering/fristforlengelse



Eksempel: HE unnlater å forfølge krav rettslig

Uten unntak for interne forhold:

- Hvilken ordlyd er brukt?
 - Er UEs krav avhengig av «byggherrens godkjenning»?
 - Eller avhengig av at HE «har et krav» mot byggherren?
- Egne regler om rettslig forfølging i underkontrakten?

"Dersom det ikke oppnås enighet mellom HE og Byggherre, og HE avstår fra å ta disse sakene videre i en rettslig behandling, skal Byggherres synspunkt også legges til grunn i avtaleforholdet mellom HE og UE"

"Dersom Byggherren avviser kravet, skal HE og UE lojalt samarbeide om kravet og avtale videre oppfølging av kravet overfor Byggherren"

Eksempel: HE unnlater å forfølge krav rettslig (forts.)

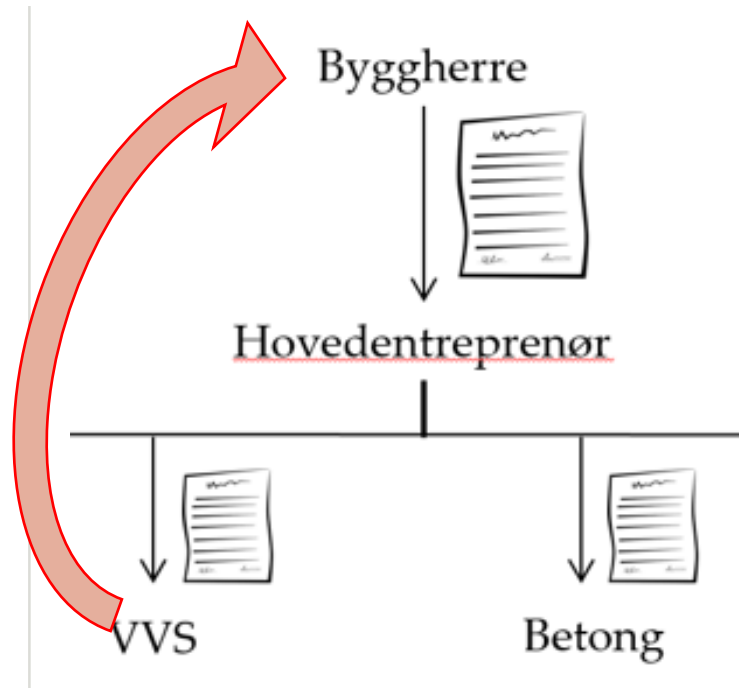
Med unntak for interne forhold:

- HE har risikoen for eget valg om ikke å forfølge kravet
- Konsekvens av manglende rettslig forfølgning blir at back to back-prinsippet ikke gjelder
- Klarere at UE kan fremme kravet overfor HE



Eksempel: HE velger å ikke forfølge krav rettslig (forts.)

- Mulig alternativ 1: Overdragelse av HEs krav mot byggherren til UE
- Adgang til overdragelse av rettigheter, jf. bl.a. Rt-2008-385 (61)
- Debitorskifte forutsetter aksept fra UE
- Mulig alternativ 2: HE gir UE direktekravsadgang
- HE vil gå fri i den utstrekning UE vinner frem overfor byggherren
- Ulemper?



Eksempel: Risikoen for utfallet av forliksforhandlinger med byggherren

- Situasjon: HE inngår forlik med byggherren som omfatter UEs krav
- Uten unntak for interne forhold:
 - Hvor klar er ordlyden?
 - Trolig sensur ved illojal tilsidesettelse av UEs interesser (LB-2015-76130 Lambertseterbanen)
 - Ellers uklart om HE har risikoen for utfallet av forhandlingene
- Med unntak for interne forhold:
 - HE har risikoen for utfallet av forhandlingene, med mindre resultatet forankres hos UE



Takk for meg!



Wenche Maartmann-Moe

Partner

Mobil: +47 930 53 801

E-post: wmm@adeb.no