

Back-to-back

Ronny Lund og Ruben Skifjell Hoffgaard

Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 15. april 2021

Wiersholm

Om temaet

Hva er back-to-back?

- Innholdet av hovedkontrakten har betydning for innholdet av kontrakter nedover i kontraktskjeden
- Speiling av regler og/eller posisjoner
- Avhengigheter – kontrakten lever ikke (helt) sitt eget liv men påvirkes av en annen kontrakt

Back-to-back av hva?

- Scope
- Mengdebeskrivelse
- Krav om tilleggsvederlag/fristforlengelse
- Misligholdskrav
- Administrative bestemmelser
- mv.

Rettskildesituasjonen

- Avtalefrihet
 - Alminnelige regler om tolkning/sensur
- Noe i standardkontrakter (NS 8415, NS 8416, NS 8417, NIB 2016)
- Noe i juridisk litteratur og noen få dommer
- Et og annet foredrag

"Regelnivå"

- Selvstendige kontrakter med like/lignende regler
- Kontraktene lever egne liv – kan gi ulike løsninger selv om samme regler og faktum
 - Krav kan være prekludert nedover selv om det gis uttelling oppover
 - Samme materielle spørsmål kan få ulik løsning
- Langt på vei gjennomført i praksis
 - Scope/arbeidsomfang
 - NS 8405/NS 8415 mv. – rettigheter, plikter og spilleregler
 - For mengdekontrakter er (post)beskrivelser og måleregler normalt gjennomgående



"Konsekvensnivå"

- Resultat i hovedkontrakten blir avgjørende for resultat nedover i kontraktskjeden
 - Ikke bare like regler, men avhengighet/likhet også på resultat
 - Ikke lenger reelt uavhengige/selvstendige kontraktsforhold
- Kan gjennomføres i større eller mindre grad
 - Grunnlag
 - Utmåling
 - Oppgjør
- Viktig avgrensning: Kun meningsfylt for rettigheter eller forpliktelser av betydning også i hovedkontrakten (flow through)

Bør regler for back-to-back på konsekvensnivå standardiseres?

- Utbredt i praksis
 - Både på land og offshore
 - Gode og sofistikerte varianter på særrområder (for eksempel i OPS) men er tilgjengelig for få
 - For øvrig: Stor variasjon i utforming, innhold og kvalitet – "skreddersøm" og "hjemmesnekring"
- Entreprenørens tilnærming
 - Veldig vanskelig/krevende å regulere
 - Overlater til hjemmesnekring
- Tradisjonelt har fokus vært på tyngende/negative aspekter ved modellen (sett særlig fra UEs ståsted)
- Men det er også gode grunner til at systemet benyttes...

Noen bærende hensyn (1/2)

- Det grunnleggende: Det er uheldig å plassere risikoen for det økonomiske utfallet hos mellomledet (HE), og ikke hos den som har utført arbeidet (UE) eller mottatt ytelsen (BH)
- Videre uheldig om mellomledet (HE) oppnår noe overfor (BH) som ikke gis nedover (UE)
- Det kontraktuelle systemet bør samsvare med det som nok uansett er den underliggende økonomiske realiteten
- Felles interesse i utfall (tid, vederlag, ansvar), dog med varierende styrke og grad:
 - HE kan ha større økonomisk eksponering for forsinkelse som skyldes UE enn UE selv har
 - HE har normalt mindre økonomisk interesse i UEs vederlagskrav enn UE selv har
- Likevel – trolig en grunnleggende felles interesse i samarbeid
 - Forent fokus, felles innsats og større ressurspool må antas å gi en større kake til fordeling

Noen bærende hensyn (2/2)

- Effektiviseringsgevinst på tvistesiden
 - Begrenser antall tvister
 - Gjennomføringen av tvister rasjonaliseres
- Også noen innlysende argumenter mot konseptet
 - Partenes insentiver ikke fullt ut de samme
 - UE til dels prisgitt forhold UE ikke har fullt ut rådighet over
 - Kommer særlig på spissen i kombinasjon med hjemmesnekrede "catch all"-bestemmelser
- Uansett: Back-to-back på konsekvensnivå er utbredt i bransjen og bransjen er trolig tjent med mer ensartede og klare regler om omfang, plikter, rettigheter og sanksjoner
 - Både utbredelsen av praksisen og virkningene for kontraktspartene er så betydelige at konseptet bør underkastes grundigere analyse og gjøres til gjenstand for standardisering

Hvor langt bør reguleringen av back-to-back på konsekvensnivå gå?

Grunnlagssiden (trolig)

- Utmålingen av mengder
- Hvorvidt det foreligger en endring
- Hvorvidt det foreligger forsinkelse

Utmåling (trolig ikke)

- Utmålingen av tilleggsvederlag (forskjellige priser)
- Utmålingen av et misligholdskrav (eks. dagmulkt)
 - Forholdsmessighet eller skadesløsholdelse for HE?

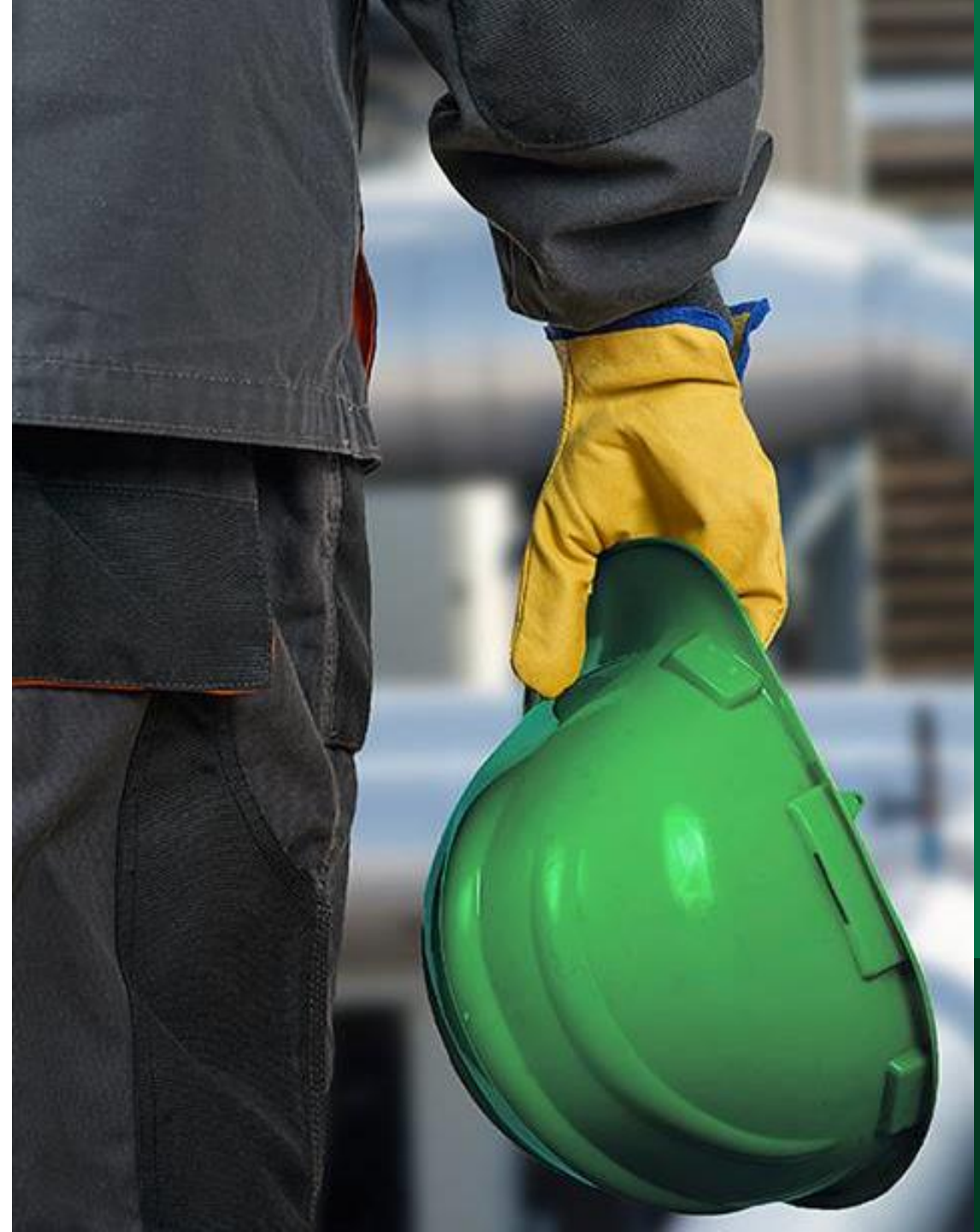
Oppgjør (trolig ikke)

- "Pay when paid"
- Neppe grunnlag for at UE skal bære risikoen for BHs betalingsevne

Nødvendig supplering – plikter og sanksjoner

- Overordnet tilnærming: Begge må gjøre det som er nødvendig for å oppnå best mulig resultat til felles beste
 - I hovedsak konkrete handleplikter
- Innsatsforpliktelser som springer ut prinsipper om lojalitet med forankring i felles interesser
- Kjernen er åpenhet, informasjonsdeling og samarbeid

- Eksempel i det følgende: Krav på tilleggsvederlag



Eksempler på plikter – tilleggsvederlag

Underentreprenør

- Identifisere endringsforhold
- Varsle endringsforhold innen gjeldende frister
- Begrunne, bygge opp og dokumentere krav
- Plikt til å vurdere innspill fra HE/BH

Hovedentreprenør

- Selvstendig plikt til å varsle/fremsette krav UE ikke selv har identifisert
- Vurdere varsler/endringer fra UE
- Påpeke mangler eller ufullstendigheter ved UEs varsel
- Varsle krav videre (som ikke åpenbart er grunnløse/håpløse) innen gjeldende frister
- Videreføre svar, innsigelser mv.

Uenighet om kravsoppfølging

- Utgangspunktet: Samarbeid om fremsettelse og videre forfølging av krav
- Kjensgjerning: Partene kan ha forskjellige syn og interesser
 - I praksis HE som ikke ønsker å ta videre/følge opp et krav fra UE
 - Fremsette eller opprettholde krav?
 - Innlede eller fortsette rettslige skritt?
 - Forliksklage/stevning eller anke
 - Fremsette eller takke ja til tilbud om forlik/løsning?
- Hva skjer hvis partene har ulike syn?



Uenighet om kravoppfølging

- Mulige mekanismer
 - HE avgjør, men med plikt til å lojalt ivareta også UEs interesser / basere avgjørelsen på saklige kriterier
 - Med sanksjonering av pliktbrudd
 - Transport av krav fra HE til UE
 - Direktekravsadgang
 - UE forfølger kravet i HEs navn men for egen kost/risiko
- Ad hoc løsninger
 - Utkjøp mv.

Konsekvenser av pliktbrudd

- Dagens tilnærming: Revisjon/innskrenkende tolkning av klausuler for å avbøte urimelige konsekvenser/resultater
 - I møte med bredt formulerte og hjemmesnekrede klausuler
 - Perspektivet oftest ensidig og fra UEs ståsted
 - Tale om å innskrenke rekkevidden av klausuler som begrenser en posisjon på UEs hånd
- En standardisering av konseptet bør ta utgangspunkt i mer konkrete rettigheter og plikter på både HEs og UEs hånd
 - Klar og gjennomtenkt regulering – mindre rom for innskrenkende tolkning/revisjon
 - Naturlig å sanksjonere pliktbrudd gjennom misligholdsbeføyelser (erstatning)
 - Egentlig ikke behov for å skille mellom "interne" og "eksterne" forhold

Takk for oss!

wiersholm.no

Wiersholm