



Fristforlengelse i entrepriseretten; særlig om kontrollansvaret i NS 8405

*Av
Heidi Nergård og Britt Nergård*

*JUR- 3902
Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2009*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Problemstilling og introduksjon	4
1.2 Ulike samarbeids- og kontraktsformer.....	5
1.3 Rettslig utgangspunkt, avgrensninger og nærmere om problemstillingen.....	7
1.4 Rettskildesituasjonen og metode i entrepriseretten	9
1.4.1 Innledning	9
1.4.2. Lovgivning	9
1.4.3 Rettspraksis.....	10
1.4.4 Kontrakt som rettskildefaktor	11
1.4.5 Andre rettskildefaktorer	12
1.5 Avhandlingens videre fremdrift.....	12
2. Rekkevidden av det entrepriserettslige kontrollansvar ved forsinkelse.	13
2.1 Utviklingen av kontrollansvaret i norsk rett.....	13
2.1.1 Er kontrollansvaret en ”ny” ansvarsform i entrepriseretten?	14
2.2 Opplegget i det følgende; forholdet mellom de ulike fritaksvilkårene	16
2.3 Hindringsvilkåret.....	17
2.4 Kontrollkriteriet	19
2.4.1 Problemstilling og utgangspunkt for å fastlegge rekkevidden av kontrollansvaret	19
2.4.2 Ordlyd.....	21
2.4.3 Forarbeidene	23
2.4.4 Agurkpinnedommens betydning for kontrollansvaret i entrepriseretten	25
2.5 Nærmere om kontrollkriteriet.....	29
2.5.1 En gjennomgang av standardens opplistede fritaksgrunner	29
2.5.2 Brann.....	32
2.5.3 Maskinhavari	33
2.5.5 Økonomisk force majeure.....	36
2.6 Ikke burde tatt i betraktning ved kontraktinngåelsen	38
2.7 Med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av	42
2.7.1 Vilkårets innhold:	42

2.7.2 Nærmere om "offergrensen"	43
2.8 Forsinkelse hos kontraktsmedhjelper.....	47
2.8.1 Innledning.....	47
2.8.2 Er det et krav om dobbel force majeure etter NS 8405 punkt 24.3 andre ledd?.....	48
2.8.3 Hvilken praktisk virkning får det at det ikke kreves dobbel force majeure?50	
2.8.4 Har forsvarlighet i hovedentreprenørens valg av underentreprenør betydning i forhold til krav om fristforlengelse?.....	52
2.8.5 Hvem omfattes av begrepet "kontraktsmedhjelper"?	52
2.8.6 Skal identifikasjonen av kontraktsmedhjelpere foretas i flere ledd?.....	54
2.9 Oppsummering av vilkårene for fristforlengelse	56
2.10 Hvilke misligholdsbeføyelser suspenderes når det innrømmes fristforlengelse?.....	58
3. Kontrollansvarsregelen anvendt på utvalgte typetilfeller	59
3.1 Har hovedentreprenøren krav på fristforlengelse dersom underentreprenøren rammes av konkurs?.....	60
3.2 Partenes rett til fristforlengelse for hindringer som følge av svikt hos nøkkelpersonell.....	64
3.3 Fristforlengelse på grunnlag av at fremdriften hindres som følge av skjulte feil og mangler i bygningskomponenter	67
4. Avsluttende betraktninger	70
4.1 Er kontrollansvaret en god ansvarsregel?.....	70
4.2 En vurdering av alternative ansvarsformer for forsinkelsestilfellene i entrepriseretten.....	71
 Vedlegg: NS 8405 punkt 24.3.....	 77
Litteraturliste og kontraktsstandarder.....	78

1. Innledning

1.1 Problemstilling og introduksjon

Problemstillingen i det følgende er vilkårene for fristforlengelse i entrepriseretten etter kontrollansvarsregelen i NS 8405, og hvorvidt disse vilkårene skal tolkes i lys av det alminnelige kontrollansvaret i norsk rett.

Fra planlegging av et bygg eller anlegg starter til prosjektet er ferdigstilt kan det ofte ta flere år og en rekke ulike forhold kan påvirke fremdriften i prosjektet. For eksempel kan det være slik at grunnforholdene ikke var som forventet, vinteren ble ekstrem, offentlige krav stanset byggeprosjektet osv. Noen ganger skyldes dette interne forhold som kan påvirkes eller kontrolleres av partene. Mangler ved planleggingen, manglende kapasitet, feil i prosjekteringsmateriale, dårlig håndverk etc. er alle eksempler på interne forhold som kan lede til at prosjektet forsinkes.

Framdriften kan imidlertid også påvirkes av mer utenforliggende årsaker som partene ikke på samme måte har mulighet til å påvirke eller kontrollere. Eksempler på slike forhold er ekstraordinære værforhold, naturkatastrofer, importforbud og andre uforutsette omstendigheter som kan hindre fremdriften av prosjektet.

I denne avhandlingen vil vi rette søkelyset mot hindringer i sistnevnte kategori, og vurdere den rettslige betydningen av at framdriften hindres av slike forhold. Det vil med andre ord reises spørsmål om partene har rett til å få fristforlengelse som følge av den aktuelle omstendigheten som hindret framdriften.

Entrepriseretten er ingen selvstendig rettsdisiplin, men omfatter mange ulike rettsområder. For eksempel vil pengekravsrett, avtalerett, erstatningsrett og andre obligasjonsrettslige rettsregler bli omtalt som entrepriserettslige regler når de blir anvendt i entrepriseretten. Entrepriseretten er således en del av den alminnelige obligasjonsretten.

Innen entrepriseretten er det lang tradisjon for at partenes rettsforhold er regulert i standardkontrakter. I kommersielle forhold benyttes slike kontrakter i utstrakt grad. Disse kontraktene har ofte klausuler som regulerer partenes plikter og rettigheter knyttet til avhandlingens problemstilling. I avhandlingen vil vi se på partenes rett til å få forskjøvet oppfyllestidspunkt, under forutsetning av at NS 8405 er vedtatt som

en del av avtaleforholdet. Det vil si at vi ikke primært vil vurdere hvordan løsningen vil bli med grunnlag i alminnelige entrepriserettslige regler, men de entrepriserettslige bakgrunnsreglene vil trekkes inn i fortolkningen av NS 8405.

Dersom parten gis rett til fristforlengelse kan det betraktes som en omlegging av kontrakten. Dette innebærer at den andre partens misligholdsbeføyelser, typisk retten til dagmulkt, suspenderes så langt den uforutsette omstendigheten gir grunnlag for. I denne sammenhengen er det grunn til å bemerke at omlegging av en kontrakt også kan hjemles i avtaleloven § 36 eller i læren om bristende forutsetninger, som begge har en side mot standardens regler om fristforlengelse. I denne avhandlingen vil vi imidlertid bare vurdere omstendigheter som gir rett til fristforlengelse etter kontrollansvarsregelen i NS 8405 punkt 24.3¹.

1.2 Ulike samarbeids- og kontraktsformer

Særegent for entrepriseretten er at begge partene bidrar med realtytelse i byggeprosjektet. For byggherrens del er minimumsytelsen normalt tomtegrunn og en definisjon av byggets formål, men ofte bidrar byggherren også med tegninger, tekniske beskrivelser ol. Hvilken samarbeidsform som velges vil være avgjørende for å fastlegge partenes vederlagsrisiko for den aktuelle ytelsen.

Det finnes flere måter å organisere samarbeidsform og funksjonsfordeling mellom partene på. Byggherren kan velge å kontrahere med en eller flere entreprenører i samme byggeprosjekt. Dersom byggherren kontraherer med flere entreprenører innen ulike fagfelt, benevnes dette som delte entrepriser. I denne avhandlingen vil vi ta utgangspunkt i kontraktsformen hovedentreprisen. Ved en hovedentreprisen forutsettes det at hovedentreprenøren i hovedsak tar på seg ansvaret for utførelsen av det aktuelle bygg eller anlegg. Hvis hovedentreprenøren påtar seg en kontrakt med samtlige fag betegnes han som generalentreprenør.

Det er ingen forutsetning at alt arbeidet må utføres av hovedentreprenørens egne folk. Det mest normale er at hovedentreprenøren overlater deler av ytelsen til underentreprenører med kompetanse innenfor ulike fagområder. I en

¹ NS 8405 punkt 24.3 følger som vedlegg på side 77.

hovedentreprise vil byggherren i hovedsak være leverandør av prosjekteringsmateriale slik som tegninger, beskrivelser, beregninger og lignende.

Standardkontrakter blir som nevnt benyttet i utstrakt grad når entreprisekontrakter blir inngått. Det finnes flere ulike standardkontrakter som er tilpasset de enkelte samarbeidsformene. Disse kontraktene er utviklet av Standard Norge². Standard Norge utvikler standarder på med sikte på å regulere mange fagområder, heriblant bygge- og anleggsbransjen. Utarbeidelse av en ny standard eller revisjon av en eksisterende utføres av en komité som er oppnevnt etter forslag fra ulike bransjeforeninger som representerer både entreprenører og byggherrer. Standardkontraktene betegnes derfor som såkalte "agreed documents". På denne måten fremstår standardavtalene som en kompromissløsning mellom partene.

Standardavtalen regulerer bare en del av kontraktsforholdet mellom partene og må ses i sammenheng med øvrige kontraktsdokument som inngår i avtaleforholdet. Disse inneholder beskrivelser av realytelsen, prisfastsetting, fremdriftsplaner osv.

De fleste standardkontrakter inneholder klausuler som regulerer ansvaret for forsinkelser som følge av uforutsette forhold, og ordlyden i disse er i stor grad sammenfallende uavhengig av hvilken samarbeidsform de gjelder for. Den samarbeidsformen vi benytter for å belyse problemstillingen i denne avhandlingen er regulert i NS 8405 punkt 24.3, som er utformet med sikte på hovedentrepriser og store delte entrepriser. Rekkevidden av regelens innhold vil imidlertid også ha gyldighet for de andre standardkontraktene. Dette med bakgrunn i at ordlyden i kontraktene stort sett er sammenfallende, og at reglene i hovedsak tar sikte på å løse de samme problemstillinger.

NS 8405 punkt 24.3 er en symmetrisk regel, det vil si at den regulerer begge partenes rett til fristforlengelse. I praksis er det imidlertid entreprenørens rett til fristforlengelse som spiller størst rolle, noe som gjenspeiles i drøftelsene i avhandlingen.

² Utdrag fra Standard Norges statutter, publisert på internett: "§ 1 Formål: Standard Norge er en nøytral og uavhengig organisasjon for standardisering rettet mot næringsliv, forvaltning, arbeidsliv og forbrukere. Standard Norge skal ivareta standardisering som fører til Norsk Standard eller andre publikasjoner og representere norske interesser i ISO og CEN (...) Standard Norge har ikke økonomisk erverv som formål".

1.3 Rettslig utgangspunkt, avgrensninger og nærmere om problemstillingen

Dersom byggearbeidet blir forsinket vil det ofte få store økonomiske konsekvenser for partene. Byggherren kan for eksempel tape leieinntekter eller få annet driftstap som følge av at bygget ikke kan nyttiggjøres til avtalt tid, mens entreprenøren av samme årsak får økte utgifter ved at han må stille maskiner og mannskap tilgjengelig så lenge byggearbeidene pågår. Dette innebærer en kostnad i seg selv, men det kan også få ringvirkninger for entreprenørens øvrige kontrakter som følge av at også disse forsinkes. Spørsmålet som da reiser seg er hvem av partene som skal dekke det tapet som forsinkelsen har ledet til.

Et grunnleggende og overordnet prinsipp innen entrepriseretten er at funksjonsfordelingen mellom kontraktspartene avgjør risikofordelingen. Dette følger blant annet av Rt. 1917, s. 673 der byggherren måtte bære risikoen som følge av at mangelen skyldtes svikt i prosjekteringsmaterialet han selv hadde utarbeidet. Temaet for våre drøftelser er ikke å avgjøre hvilken part som har vederlagsrisikoen, eller om denne skal overføres til den andre parten. Den part som blir rammet av en hindring vil i tråd med hovedregelen fremdeles måtte bære risikoen for sin egen ytelse. Utgangspunktet er således at han ikke kan kreve kompensasjon for merkostnadene knyttet til kontraktmessig oppfyllelse. I tillegg til må han også bære den andre partens merkostnader knyttet til forsinkelsen.

Fra denne hovedregelen oppstilles det imidlertid unntak.

Et av unntakene regulerer forsinkelser som har sin årsak i forhold som den andre parten har risikoen for. Typiske eksempler på slike forhold er forsinkelser som følge av endringsarbeid og svikt i den andre partens medvirkning. I slike tilfeller vil den part som rammes både ha krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag, jfr. NS 8405 punkt 24.1 og 24.2. Denne problemstillingen vil ikke bli drøftet nærmere da den ligger utenfor oppgavens tema.

Et annet unntak er fristforlengelse som følge av at fremdriften av partenes forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll. Det er dette unntaket som er tema for vår avhandling. I motsetning til unntaket over, der forsinkelsen skyldes forhold den andre parten har risikoen for, vil det her ikke være snakk om en

overføring av vederlagsrisikoen. Den aktuelle problemstillingen er om det er grunnlag for en utsettelse av oppfyllestidspunktet. Den part som blir rammet av en uforutsett hindring vil i tråd med hovedregelen fremdeles måtte bære risikoen for sin egen ytelse. Han vil derfor ikke kunne kreve kompensasjon for merkostnadene knyttet til forsinkelsen, men han kan under gitte forutsetninger ha krav på fristforlengelse. Dette representerer en mellomløsning da heller ikke den andre parten vil ha krav på å få kompensert sine merkostnader som følge av forsinkelsen.

Dersom vilkårene for fristforlengelse som følge av hindringer utenfor partenes kontroll er oppfylt i henhold til standardens bestemmelse, innebærer det at parten ikke vil være i en kontraktsbruddsituasjon. Den mest praktiske virkningen av at det innrømmes fristforlengelse er at byggherrens rett til dagmulkt bortfaller. Dessuten vil den andre parten ikke ha rett til å heve kontrakten. Dette representerer et avvik fra kjøpslovens modell.

I lov 13. mai 1988 nr. 27 lov om kjøp (kjøpsloven) oppstilles reglene om forsinkelse som følge av forhold utenfor selgers kontroll som en unntaksbestemmelse i erstatningsregelen i § 27. Dersom vilkårene etter denne bestemmelsen er oppfylt vil konsekvensen være at erstatningsplikten bortfaller, men selgeren vil fortsatt befinne seg i en kontraktsbruddsituasjon. Dette innebærer at kjøperen beholder sine øvrige misligholdsbeføyelser, blant annet retten til å heve kjøpet etter reglene i kjøpsloven § 25. Denne løsningen innebærer med andre ord ikke en omlegging av kontrakten på samme måte som i entrepriseretten. Det må imidlertid bemerkes at kjøperens hevingsrett i tilvirkningskjøp er begrenset til tilfeller der ” hans formål med kjøpet blir vesentlig forfeilet” jfr. kjøpsloven § 26.

Årsaken til at reglene er forskjellige etter de ulike bestemmelsene er antagelig at konsekvensene av å heve et kjøp ofte vil være vesentlig mindre enn å heve en entreprisekontrakt. Ved heving av genuskjøp vil produktet kunne omsettes på nytt, slik at innsatsfaktorene blir erstattet. Den økonomiske konsekvensen kan da bli begrenset til tap av overskudd på salget. I kjøpsforhold ville det i mange tilfeller dessuten være urimelig for kjøperen at han må vente på en kjøpsgegenstand som han enkelt vil kunne skaffe seg fra en annen leverandør. Dette argumentet gjør seg ikke

gjeldende i et byggeprosjekt, da det sjeldent vil være tidsbesparende å få bygget oppført av andre entreprenører uavhengig av årsaken til forsinkelsen.

I entrepriseretten er det en glidende overgang mellom reglene om forsinkelse og mangler. Byggherren har i henhold punkt 32.5 rett til å nekte å overta kontraktsarbeidet dersom det kan påvises mangler ved overtakelsen. Det følger videre av punkt 36.2 at entreprenøren har rett og plikt til å utbedre mangel. Dersom bygget har en mangel ved overtakelsen kan det anses som om bygget er uferdig. Konsekvensen av dette blir da at entreprenøren blir i forsinkelse som følge av at han må utbedre mangelen. Dette innebærer at skjæringstidspunktet for om man kan kategorisere en ufullstendig ytelse som en mangel eller en forsinkelse, vil være ved overtakelsestidspunktet.

1.4 Rettskildesituasjonen og metode i entrepriseretten

1.4.1 Innledning

Entrepriseretten er lovregulert kun i forbrukerforhold. I utgangspunktet kan det derfor være avgjørende for rettskildesituasjonen om en befinner seg innenfor eller utenfor forbrukerområdet. I vår avhandling har vi valgt å avgrense mot forbrukerforhold, slik at vår gjennomgang av rettskildesituasjonen tar sikte på å fastlegge rekkevidden av innholdet i kommersielle kontrakter. Dette betyr likevel ikke at entrepriserettslig lovgivning på forbrukerområdet vil være uten betydning. Det vil tvert imot være slik at forarbeidene, spesielt til lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadsoppføringslova), vil kunne ha betydelig overføringsverdi der bestemmelsene er lik eller tilnærmet lik standardens klausuler, og hvor det er grunn til å tro at reglene ivaretar de samme hensyn.

1.4.2. Lovgivning

Rettskildesituasjonen i kommersiell entrepriserett er spesiell i den forstand at lovgiver fullstendig har valgt å overlate rettsutviklingen til domstolene og partene i næringen. At lovgiver ikke velger å gi preseptoriske regler er imidlertid i tråd med kjøpsretten for øvrig. Dette er begrunnet i det overordnede prinsippet om avtalefrihet. Dessuten vil de beskyttelsesbehov som gjør seg gjeldende i forbrukerforhold ikke være relevante

når begge kontraktsparter anses som profesjonelle aktører. At lovgiver også har valgt å avstå fra å gi deklarasjonelle regler er mer særskilt for entrepriseretten. En sannsynlig begrunnelse for dette er kompleksiteten i entrepriseforhold.

Selv om bustadoppføringslova kun oppstiller regler for entrepriseavtaler der byggherren er forbruker, kan enkelte regler som tidligere nevnt ha betydning som bakgrunnsrett også for avtaler mellom kommersielle parter. Generelt vil det ofte være lite som taler i mot å benytte regler til gunst for entreprenøren analogisk utenfor forbrukerområdet.

Kjøpsloven gir i stor grad uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper³, noe som medfører at relevante lovregler får betydning også i entrepriseretten. Dette ivaretar også hensynet til konsekvente regler for løsning av rettsspørsmål av samme art.

Kort oppsummert vil relevante lovregler ha stor overføringsverdi på entrepriserettens område der lov og kontrakt har lik eller tilnærmet lik ordlyd, og det i tillegg tas sikte på løsning av de samme problemstillinger i begge regelverk.

1.4.3 Rettspraksis

Tradisjonelt har få entrepriserettslige tvister vært gjenstand for behandling i Høyesterett. Dette har imidlertid endret seg noe i løpet av de siste fem årene. Man kan imidlertid, som tidligere nevnt, betrakte entrepriserett som et samlebegrep for mange ulike rettsområder når regler fra de aktuelle områdene benyttes i forbindelse med løsning av tvister knyttet til entrepriseretten. Det vil derfor ikke være grunn til å betrakte prejudikatsverdien av Høyesterettsavgjørelser innenfor disse rettsområdene på en annen måte i entrepriseretten, enn i obligasjonsretten for øvrig. Et eksempel på dette i relasjon til vår problemstilling er Rt. 2004, s. 675, der rekkevidden av kontrollansvaret blir drøftet⁴.

Det finnes en del rettsavgjørelser fra de lavere rettsinstansene. Tradisjonelt har slike avgjørelser liten rettskildemessig vekt. I mangel på autoritative rettskilder vil imidlertid disse dommene representere viktige eksempler for løsning av tvister. Man kan

³ Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 30

⁴ Betydningen av denne dommen for kontrollansvaret i entrepriseretten vil bli drøftet under punkt 2.4.4

imidlertid ikke tillegge avgjørelsene større betydning enn det kvaliteten på argumentasjonen i dommen tilsier.

En årsak til at det tradisjonelt har vært lite rettsavgjørelser innen entrepriseretten er at alle standardene frem til NS 3401 anviste voldgift som obligatorisk konfliktløsningsmetode. Generelt har voldgiftsdommer lav rettskildemessig vekt. På rettsfelt der voldgiftsinstituttet benyttes i utstrakt grad, kan imidlertid dette stille seg annerledes som følge av mangel på andre rettskilder⁵. Størst betydning får voldgiftsdommene som rettskilde inn i nye voldgiftsavgjørelser, men det finnes også eksempler på at de er påberopt ved de ordinære domstolene⁶.

1.4.4 Kontrakt som rettskildefaktor

Ordlyden i de individuelle kontraktene som beskriver partenes ytelsesplikt vil, som i obligasjonsretten for øvrig, alltid være utgangspunktet for å avgjøre rettsforholdet mellom partene. I tillegg til individuelle kontrakter som beskriver ytelsene, blir som nevnt, standardkontrakter ofte tatt inn som en del av avtaleforholdet.

Standardkontraktene regulerer forhold som på andre obligasjonsrettslige områder ofte blir regulert gjennom formell lov.

Dersom partene ønsker å gjøre standardkontraktene gjeldende for sine avtaler må dette fremkomme eksplisitt i noe av det øvrige avtalematerialet⁷. På en annen side viser langvarig praksis at mange av bestemmelsene gir uttrykk for alminnelige entrepriserettslige regler. For de bestemmelser dette gjelder innebærer det at de aktuelle reglene vil blitt lagt til grunn i avgjørelsen av tvister mellom partene, uavhengig av om standarden er inntatt som en del av avtalen.

De generelle avtaletolkningsreglene må modereres når de benyttes på standardavtalene. Tolkingsprosessen vanskeliggjøres ytterligere ved at standardkontraktene mangler publiserte forarbeider som kan bidra til å belyse innholdet. Tolkningen av standardavtalene må dermed i større grad enn ellers baseres på ordlyden.

⁵ Se artikkel av Sjur Brækhus, Voldgiftspraksis som rettskilde. Publisert i festskrift til Anders Bratholm 70år, Oslo 1999, s. 458.

⁶ Se Torstein Eckhoff, rettskildelære 5. utgave ved Jan E. Helgesen s. 163. Eksempel på en voldgiftsdom som Høyesterett ofte refererer til er inntatt i Rt. 1951 s 371 "Vedbolag", se blant annet Rt 1988 s.276 7 se Rt. 2004, s. 1887 – der det fremgår at en ren henvisning er tilstrekkelig

1.4.5 Andre rettskildefaktorer

Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper er en viktigere rettskildefaktor i entrepriseretten enn i obligasjonsretten for øvrig, der disse nå ofte er kodifisert i lov. Ved utfylling av en ufullstendig entreprisekontrakt, vil innarbeidede og anerkjente prinsipper ha stor gjennomslagskraft. Prinsippene får både direkte betydning som en autoritativ rettskilde, og mer indirekte gjennom at standardkontrakter ofte bygges på allerede aksepterte prinsipper.

Som en konsekvens av den beskjedne tilgangen på tradisjonelt autoritative rettskildefaktorer vil juridisk teori kunne tillegges større vekt innen entrepriseretten, enn det er tradisjon for på andre rettsområder. Det er skrevet noe om temaet i juridisk teori, men også her er tilfanget beskjedent. Det faktum at Tore Sandviks "Entreprenørrisikoen" fra 1966 fremdeles regnes som et hovedverk for dette rettsområdet er illustrerende for situasjonen. Av øvrig juridisk teori fra de siste årene som kan bidra til å fastlegge innholdet av bestemmelsene, kan nevnes kommentarutgavene som er skrevet til mange av standardkontraktene.

1.5 Avhandlingens videre fremdrift

I starten av kapittel 2 vil vi foreta en gjennomgang av utviklingen av kontrollansvaret i norsk rett og drøfte om regelen representerer en ny ansvarsform i entrepriseretten. Deretter vil vi redegjøre for regelens innhold på et generelt grunnlag før vi foretar en gjennomgang av de enkelte vilkår i ansvarsregelen i NS 8405. Oppgaven omhandler i utgangspunktet vilkårene for fristforlengelse, men for å få helhet og forståelse for regelens betydning vil vi også se kort på virkningen av at ansvarsfritak innrømmes.

I kapittel 3 vil vi se nærmere på kontrollansvarsregelen anvendt på noen utvalgte typetilfeller, der det er uklart om det kan gis fristforlengelse med hjemmel i den nevnte regelen.

Avslutningsvis vil vi i kapittel 4 vurdere hvorvidt kontrollansvaret er en god ansvarsregel, før vi drøfter alternative ansvarsformer for forsinkelsestilfellene i entrepriseretten.

2. Rekkevidden av det entrepriserettslige kontrollansvar ved forsinkelse.

2.1 Utviklingen av kontrollansvaret i norsk rett

Det lovfestede kontrollansvaret har sitt utspring i Wienkonvensjonen om internasjonale løsørekjøp 1980 art 79 (CISG). Norge var gjennom konvensjonen forpliktet til å gjennomføre bestemmelsen i norsk lov for internasjonale løsørekjøp. Av kjøpslovens forarbeider framkommer det at det var ønskelig at reglene for nasjonale og internasjonale kjøp ble tilnærmet like. I tillegg ble ansvarsformen ansett som en modernisering av gjeldende rett. Sammen med ønske om en felles nordisk kjøpslovgivning, var dette bakgrunnen for at ansvarsregelen også ble innført for nasjonale kjøp⁸.

I lovgivningen ble kontrollansvaret første gang innført med kjøpsloven av 1988 § 27. Foruten kontrollvilkåret, er vilkårene i bestemmelsen forenelig med de samme vilkårene som fulgte av kjøpsloven 1907 § 24.

Den nye ansvarsregelen erstattet det tidligere regelverket som opererte med et skille for ansvar avhengig av om det var knyttet til genus- eller specieforpliktelser. Etter kjøpsloven av 1907 ble det i genuskjøp lagt til grunn et objektivt ansvar med unntak for force majeure, mens ansvaret for specieforpliktelser hovedsakelig ble basert på culpa med omvendt bevisbyrde – et såkalt presumsjonsansvar. Dette skillet er ikke opprettholdt i kjøpsloven av 1988, der kontrollansvaret gis anvendelse for så vel individuelle som for artsbestemte forpliktelser. På den andre siden er ansvaret begrenset til kun å omfatte direkte tap, i motsetning til kjøpsloven av 1907 § 24 som også omfattet indirekte tap.

Formålet med innføring av kontrollansvaret var i utgangspunktet en nyansering av de gamle ansvarsreglene⁹. På grunn av at kjøpsloven av 1907 skilte mellom specie- og genusytelser, vil endringen ha ulik virkning avhengig av ytelsens karakter. For genusytelser innebærer endringen et mer lempelig ansvar. For specieytelser, var den gamle ansvarsformen culpa med omvendt bevisbyrde. For disse ytelsene medførte

⁸ Ot. prp. 80 (1987-1988) side 19

⁹ Framkommer blant annet av kjøpslovens forarbeider, Ot.prp nr 80 (1986-1987) side 34.

innføringen av kontrollansvaret i realiteten en skjerpelse, da ansvar kan pålegges uavhengig av skyld etter kontrollansvarsregelen.

Det er imidlertid grunn til å bemerke at heller ikke kjøpsloven av 1907 § 24 alltid ble praktisert som et rent objektivt ansvar med unntak for force majeure, slik regelen ble tolket i teorien. Det klassiske eksemplet på dette er "Knutelindommen" Rt. 1970 s. 1059. Her ble manglende råvaretilgang, som følge av produksjonsvansker hos underleverandør, ansett som ansvarsfritakende. Dommen gjaldt direkte anvendelsen av kjøpsloven 1907 § 24. Dommen viser at også kjøpslovens regler ble praktisert lempeligere enn det teorien den gangen antok var innholdet i et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Betydningen av denne dommen for fastleggelsen av rekkevidden av kontrollansvaret vil bli drøftet senere i avhandlingen, blant annet under punkt 2.4.4.

Kontrollansvaret får stadig større utbredelse innen norsk kontraktsrett også i forbindelse med ytelser av speciekarakter. I nyere lovgivning er kontrollansvaret innført også blant annet i lov 3. juli 1992 nr.93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven), lov 16.juni 1989 nr. 63 om håndverkstjenester m.m. til forbruker (håndverktjenesteloven) og bustadoppføringslova. I juridisk teori pågår det en diskusjon om hvorvidt kontrollansvaret erstatter culpaansvaret som den alminnelige ansvarsregelen også på ulovfestet område¹⁰. Vi vil ikke ta stilling til denne problemstillingen i avhandlingen.

2.1.1 Er kontrollansvaret en "ny" ansvarsform i entrepriseretten?

I standard tilvirkningskontrakter, blant annet i skipsbyggingskontrakter og eldre standardkontrakter på entrepriserettens område¹¹, har det vært inntatt klausuler med lignende struktur og formuleringer som kontrollansvaret før ansvarsformen ble lovfestet. Bakgrunnen for dette kan være et behov for et felles regelverk i et internasjonalt marked. Dette synet støttes av Mestad som i forbindelse med innføringen av kjøpsloven § 27 fremholder at "force majeure klausular fra forretningspraksis vart tatt som utgangspunkt for strukturen"¹². En stor del av næringslivet opererte derfor med ansvarsregler som i stor grad er forenelige med

¹⁰ Fremkommer blant annet i Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo, 2003, s. 502 ff.

¹¹ Fremhevet av Mestad. Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo, 1991, på s. 285 ff. der han viser til formuleringer i skipsbyggingskontrakter, NF 87 og NS 3401 der uttrykk som "verkstedet ikke har kontroll over", "utenfor en parts kontroll" og "forhold han ikke er herre over"

¹² Mestad. Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo 1991, s. 294 ff.

prinsippene i kontrollansvaret før det ble lovregulert. Utformingen av ansvarsreglene på lovbestemte områder er dermed også inspirert av kontraktspraksis.

I standard bygge- og anleggskontrakter ble selve begrepet "hindres av forhold utenfor hans kontroll" for første gang nedfelt i NS 3430 som avløste NS 3401 i 1991. I NS 3401 ble begrepet ikke benyttet, men derimot var det inntatt en reservasjon mot å pålegge ansvar for forhold som entreprenøren "ikke er herre over". Det samme begrepet ble også benyttet i den første norske standardiserte byggekontrakt NS 401a som ble innført i 1961.

Selv om disse bestemmelsene ble ansett for å gi uttrykk for et objektivt ansvar med unntak for force majeure, åpner ordlyden for å innfortolke en ansvarsform tilsvarende kontrollansvaret. Dette fremkommer blant annet ved at force majeure blir betegnet som ett av flere forhold som gir rett til fristforlengelse. En alminnelig oppfatning av hva man ikke er "herre over" er etter vårt syn forenelig med oppfatningen av hva som "ligger utenfor hans kontroll", jfr. NS 8405 punkt 24.3. Med bakgrunn i et slikt synspunkt kan det argumenteres for at dagens standardavtaler ikke innebærer noen realitetsendring sammenlignet med det som fulgte av de gamle standardkontraktene. Dette synet støttes også av Kolrud¹³ i hans uttalelser av betydningen av innføringen av begrepet "utenfor kontroll" i NS 3430.

I teorien blir ansvarsformen i de gamle standardkontraktene ofte ansett å bygge på de samme prinsipp¹⁴, om enn i en modifisert form, som i kjøpsloven av 1907 § 24 som lovfestet et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Voldgiftspraksis på entrepriserettens område¹⁵ viser imidlertid at det var flere omstendigheter enn tradisjonelle force majeure hendelsene som kunne gi ansvarsfritak. Dette blir i teorien ofte fremstilt som om entrepriseretten har akseptert at flere og mer hverdagslige begivenheter er omfattet av begrepet force majeure, enn det som ellers er anerkjent på andre kontraktsområder¹⁶. Etter vårt syn kan dette like gjerne være et resultat av at ordlyden i de tidligere entrepriserettslige standardkontraktene, for eksempel NS

¹³ Kolrud: Kommentar til NS 3430. Oslo, 1992, s. 145

¹⁴ Hagstrøm: Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997, s. 40

¹⁵ For eksempel vgd 31/12- 1914 om sammenbrudd i en større byggeheis og ansvarsfritak på grunn av brakkebrann (omtalt av Sandvik, Tore. Kommentar til NS 3401, sitert fra Hagstrøm: Entrepriserett, Utvalgte Emner. Oslo 1997, s. 47)

¹⁶ Sandvik, Tore: Kommentar til NS 3401 s.84, referert av Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, i note 20 på side 37.

3401, åpner for å innfortolke et "kontrollansvar", jfr. vår forståelse av begrepet "herre over". Konsekvensen av dette vil være at eldre rettspraksis på entrepriserettens område fremdeles vil kunne være relevant for tolkningen av dagens regler, og at begrepet force majeure ikke nødvendigvis har en større rekkevidde innenfor entrepriseretten enn i obligasjonsretten for øvrig.

En annen sak er at entrepriserettens spesielle karakter, med sin sammensatte og kompliserte ytelsesform, gir opphav til flere uforutsette forhold enn i kjøpsforhold for øvrig. Dette gjør at flere praktiske forhold vil bli gjenstand for vurdering i forhold til hvor ansvarsgrensene går. For eksempel vil værforhold sjelden påvirke produksjon av ordinære kjøpsgjester, mens det under oppføring av bygg kan ha avgjørende betydning.

Med bakgrunn i ovenstående drøftelser kan det muligens hevdes at innføringen av kontrollansvaret som "ansvarsfigur" ikke nødvendigvis innebærer noen vesentlige realitetsendringer i forhold til tidligere retts- og kontraktspraksis på entrepriserettens område.

2.2 Opplegget i det følgende; forholdet mellom de ulike fritaksvilkårene

Det kan være mange årsaker til at tidsfrister i byggeforetak overskrides som følge av omstendigheter partene ikke har kontroll eller herredømme over. For entreprenøren kan det skyldes svikt i leveranser fra underleverandører, streik, maskinhavari eller andre forhold som han ikke råder over. Byggherrens ytelser kan forsinkes av svikt ved prosjekteringen som kan ha sin årsak i forhold som ligger utenfor hans kontroll.

I utgangspunktet er kontrollansvaret objektivt, men regelen inneholder også elementer av subjektiv karakter. Dette innebærer at det kan foreligge ansvar uavhengig av om det foreligger skyld hos noen av partene. Det er altså ikke nok at parten ikke kan klandres for hindringen så lenge den er innenfor hans kontroll. Den parten som vil

påberope seg fristforlengelse har bevisbyrden for at vilkårene for fristforlengelse er oppfylt¹⁷.

Vi vil i det følgende søke å fastlegge innholdet av kontrollansvaret ved en gjennomgang og drøftelse av de fire kumulative vilkårene som må være oppfylt for ansvarsfrihet; at fremdriften hindres, at dette er en følge av forhold utenfor partenes kontroll, at hindringen ikke burde vært tatt i betraktning ved kontraktinngåelsen og at partene ikke med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av hindringen. Foruten vilkåret om at hindringen må ligge utenfor kontroll inneholder de øvrige vilkårene i hovedsak de samme momentene som et objektivt ansvar med unntak for force majeure¹⁸.

Vilkårene går i stor grad over hverandre og må ses i sammenheng. For oversiktens del har vi likevel valgt å behandle de enkelte vilkår hver for seg. Det vil bli lagt særlig vekt på behandlingen av kontrollkriteriet da dette anses å by på størst utfordring med hensyn til å fastlegge rekkevidden av kontrollansvaret.

2.3 Hindringsvilkåret

For å fastlegge nærmere hva som kreves for å anse et forhold som en relevant hindring, må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av standardens ordlyd – at "fremdriften av deres forpliktelser *hindres* av forhold utenfor deres kontroll".

Det sentrale spørsmålet blir å fastlegge hva som kreves for at det skal foreligge en hindring. Ordet "hindres" er vagt og gir lite veiledning for tolkningen. Dette kan være begrunnet i et ønske om en skjønnsmessig fortolkning med sikte på at praksis skal bidra til å gi regelen et mer konkret innhold. Standarden gir imidlertid eksempler på konkrete hendelser som skal anes som en hindring. Med bakgrunn i at alle eksemplene i standarden er av samme karakter, kan det reises spørsmål om disse er representative for øvrige hindringer som kan tenkes omfattet av regelen. Det vil med andre ord være et spørsmål om hindringen må være av samme art eller styrke som

¹⁷ Dette følger av alminnelige bevisregler og framkommer også av forarbeidene til bustadoppføringslova ot.prp nr 21 (1996-1997) s. 68.

¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett. Oslo 2003, s. 486 note 88

de angitte eksemplene. Avgjørelsen av dette må bero på en tolkning av øvrige relevante rettskilder.

Kjøpsloven § 27 og bustadoppføringsloven § 11 har en ordlyd som er tilnærmet lik standardens, men i motsetning til standardens regel gir ordlyden ikke anvisning på hindringens art ved eksemplifisering. Den svenske kjøpsloven har samme ordlyd som den norske. I forarbeidene¹⁹ til denne loven begrunnes fraværet av eksempler med at en eksemplifisering kunne lede til en for streng tolkning, da forutsetningen var at også hendelser av annen art og styrke enn typisk force majeure også kunne lede til ansvarsfritak.

I forarbeidene til kjøpsloven nevnes imidlertid noen eksempler på relevante hindringer. Eksemplene i kjøpslovens forarbeider beskriver hendelser som omfattes av det klassiske force majeure begrepet, men det åpnes for at også økonomiske forhold kan utgjøre en hindring. I mangel på holdepunkt i standarden, og av hensyn til behovet for konsekvens og regelharmoni, er det ikke grunn til å anta at standardens regler skal tolkes på en mer restriktiv måte enn kjøpslovens regler med hensyn til hindringens art. Det kan derfor ikke legges avgjørende vekt på at standarden kun opplyster hindringer av force majeure karakter.

I forarbeidene til kjøpsloven framholdes det videre at det ikke er tilstrekkelig for ansvarsfritak at oppfyllelsen har blitt vanskeligere eller mer kostbar enn forutsatt. På den annen side kreves det ikke objektiv umulighet i den forstand at levering i rett tid er umulig også for enhver annen selger, jfr. uttalelsen: "Det kan foreligge forhold som ikke gjør oppfyllelsen absolutt umulig, men som gjør det så ekstraordinært tyngende å oppfylle at forholdet etter en objektiv vurdering må sies å utgjøre en hindring for oppfyllelse"²⁰. Denne uttalelsen taler også for at hindringens art ikke er avgjørende²¹. Så lenge arten av hindringen ikke er avgjørende, vil det sentrale vurderingstemaet bli å avgjøre hvor store ressurser som det forventes at det settes inn for å overvinne følgene av hindringen, med andre ord et spørsmål om å fastsette en offergrense. Etter vårt synspunkt vil dette være det sentrale vurderingstemaet også i relasjon til NS 8405 punkt 24.3. En konsekvens av dette er at hindringsvilkåret vil henge nøye

¹⁹ Reg.prop 1986:93 s 27f, gjengitt fra Bjørn Sandvik, Seljarens kontrollansvar. Åbo 1994, s. 103.

²⁰ Ot prp 80 (1987-1988) s. 72

²¹ Dette er et synspunkt som støttes av Krüger, men som han finner "bemerkelsesverdig". Krüger. Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur, JV 1992, s. 338

sammen med vilkåret om hva man med "rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av", jfr.. drøftelsen i punkt 2.7.2 der "offergrensen" blir drøftet nærmere.

Spørsmålet om det foreligger en hindring, vil i mange tilfeller bero på når den aktuelle omstendigheten som leder til forsinkelsen inntreffer. Dette vil være av særskilt betydning innenfor entrepriseretten der man opererer med lange tidshorisonter. I forhold til muligheten for å overvinne følgene av hindringen vil det være avgjørende om hindringen inntreffer i en kritisk fase av byggeprosjektet. Dette vil også være et forhold som det er mest naturlig å drøfte under vilkåret om hva man kan "unngå eller overvinne følgene av", jfr. punkt 2.7.

Som følge av at hindringens art ikke er avgjørende kan en rekke ulike omstendigheter utgjøre en relevant hindring. Det er derimot et absolutt vilkår at forsinkelsen har sin årsak i den aktuelle hindringen. Det er med andre et krav om årsakssammenheng mellom forsinkelsen og hindringen. For eksempel vil det ikke gi grunnlag for fristforlengelse selv om byggearbeidene utføres i løpet av en periode der værforholdene kan karakteriseres som "ekstraordinære" dersom den faktiske årsaken til forsinkelsen er knyttet til svikt i eget driftsopplegg.

2.4 Kontrollkriteriet

2.4.1 Problemstilling og utgangspunkt for å fastlegge rekkevidden av kontrollansvaret

I teorien diskuteres det hvilken synsvinkel som skal legges til grunn i forhold i fastleggelsen av hva som ligger innenfor, og hva som ligger utenfor partenes kontrollsfære. Diskusjonen dreier seg om det skal tas utgangspunkt i at grensene skal fastsettes etter et strengt årsaksperspektiv, eller om ansvarsfritak skal være betinget av om parten hadde situasjonen som ledet til forsinkelsen under *faktisk kontroll*. Etter det første alternativet vil ansvaret være avhengig av om man har satt i gang et hendelsesforløp. I et slikt perspektiv vil en entreprenør ha ansvaret for at fremdriften i prosjektet forsinkes bare ved å ha satt i gang årsakskjeden som førte til forsinkelsen, for eksempel ved sitt valg av vareleverandør. Dette innebærer at entreprenøren ikke vil bli fritatt for ansvar selv om han ikke har faktisk kontroll over

hindringen som førte til forsinkelsen. Dette som følge av at han objektivt sett hadde et handlingsalternativ med hensyn til valg av vareleverandør. Vi ser i denne sammenhengen bort i fra et eventuelt ansvarsfritak som følge av at underleverandøren var rammet av forhold utenfor *sin* kontroll, jfr. punkt 24.3 andre ledd. Denne problemstillingen vil bli behandlet under i punkt 2.8.

Dersom man legger til grunn et kontrollperspektiv vil entreprenøren kun bli ansvarlig dersom han har en faktisk kontroll og påvirkningsmulighet over situasjonen, og dermed en reell mulighet til å unngå eller overvinne hindringen som ledet til forsinkelsen.

Det fremgår av det ovenstående at de ulike perspektivene resulterer i to ulike ansvarsmodeller, der årsaksperspektivet leder til et meget strengt ansvar, mens kontrollperspektivet vil gi grunnlag for en snevrere tolkning slik at langt flere omstendigheter kan tenkes å gi grunnlag for ansvarsfritak. Som Hagstrøm peker på, er det betydelig forskjell på å sette i gang et utviklingsforløp og det å ha påvirknings- og kontrollmuligheter²². Til tross for at ansvarsregelen i kontrollperspektivet leder til et lempeligere ansvar er det ikke tvilsomt at kontrollansvaret var ment å omfatte noe annet enn en ren culpapregel.

På denne bakgrunn kan det se ut som om årsaksperspektivet tilsynelatende nærmer seg grensen for et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Legger man derimot til grunn et kontrollperspektiv kan det synes som om ansvaret reelt sett ligger nærmere et culpaansvar med omvendt bevisbyrde. I motsetning til en culpapregel vil det, i alle fall teoretisk sett, ikke være avgjørende om det er utvist skyld hos noen av partene. Spørsmålet blir dermed å avdekke hvor kontrollansvaret befinner seg i området opp mot det objektive ansvaret dersom man anlegger årsaksperspektivet, og ned mot culpa i et kontrollperspektiv.

Hvilket perspektiv som anlegges får dermed avgjørende betydning for de konkrete drøftelser av hvilke typer hindringer som kan betraktes som "utenfor kontroll". For å ta stilling til hvilket perspektiv som skal legges til grunn, vil vi ta utgangspunkt i kontraktens ordlyd og andre relevante rettskilder.

²² Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, s.39.

I den følgende drøftelsen tar vi ikke stilling til om det i utgangspunktet er tatt et forsvarlig valg av for eksempel kontraktsmedhjelpere, produksjonsmetoder, transportmetoder osv. Betydningen av forsvarligheten av disse valgene er en del av de subjektive elementene i kontrollansvaret og vil bli drøftet nedenfor i punkt 2.6 og 2.7.

2.4.2 Ordlyd

Første ledd i NS 8405 punkt 24.3 lyder:

”Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelse hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlig påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser”.

En naturlig forståelse av ordet kontroll vil etter vår mening omfatte en faktisk mulighet til å påvirke situasjonen²³. Med denne forståelsen har man ikke ”kontroll” bare ved å ha satt i gang et hendelsesforløp. Det kreves i tillegg at man har en faktisk, i motsetning til en teoretisk, mulighet til å påvirke det videre hendelsesforløp. Dersom forsinkelsen for eksempel skyldes en skjult mangel i vareleveransen, kan man neppe sies å ha en faktisk kontroll. Bedømmelsen av hva man har kontroll over må foretas etter en objektiv norm, dvs at man ikke vurderer den aktuelle entreprenørens kontroll og påvirkningsmulighet, men derimot hva man kan forvente av en forsvarlig entreprenør i et tilsvarende tilfelle. I denne sammenheng må det påpekes at det stilles faglig høye krav til hva man kan forvente av en profesjonell part.

Isolert sett taler ordet ”kontroll” i standardens bestemmelse for å legge til grunn et kontrollperspektiv. Selv med denne lempeligere forståelsen av ordet vil likevel svært mye av det som kan påvirke byggeprosessen være innenfor entreprenørens kontrollsfære. For eksempel vil alt arbeid i entreprenørens egen regi, slik som organisering, planlegging og styring av egne ansatte være innenfor kontrollsfæren, mens hindringer av klassisk force majeureart klart vil falle utenfor. Grensetilfeller kan

²³ Støttes av Hagstrøm som fremholder at ”lovtekstene synes derfor isolert sett å utelukke et rent årsaksperspektiv” ifbm. kontrollansvarsregelene i håndverktjenesteloven på s. 181 i Fragmenter fra obligasjonsrett I, stensilsérie nr. 143

tenkes i forbindelse hindringer som for eksempel har sin årsak i transportuhell og maskinhavari.

Standardens første ledd oppstiller imidlertid noen eksempler på hva som kan være utenfor kontroll - "så som ekstraordinære værforhold, offentlig påbud og forbud, streik, lockout og overenskomtbestemmelser". Eksemplene er alle hindringer som virker utenifra og som er omfattet av det som tradisjonelt er ansett som force majeure begivenheter. Dette vil være forhold som i all hovedsak vil være utenfor kontrollsfæren uavhengig av om man legger til grunn et årsaks- eller et kontrollperspektiv. At alle eksemplene er så ensartet, og at ingen av de nevnte begivenheter berører forhold som er "satt i gang", kan tale for at det skal legges til grunn et strengt årsaksperspektiv. Dette er i tråd med tolkningsprinsippet "ejusdem generis" som innebærer at generelle regler som følger etter bruk av konkrete eksempler, skal tolkes slik at regelen for øvrig er på linje med de konkrete eksempler. Det er imidlertid ikke grunn til å overdrive betydningen av dette prinsippet da et tolkningsprinsipp ikke vil ha samme vekt som en rettsregel.

De nevnte forhold er imidlertid ikke uttømmende, da begrepet "så som" blir benyttet. Selv om hindringstypene som er nevnt kun er eksempler, vil det forhold at de i art er så lik likevel gi dem en viss styrke som tolkningsfaktor, følgelig slik at øvrige hindringer også må være av samme karakter og styrke for å gi grunnlag for fritak for ansvar. De nevnte hindringsårsaker taler nærmest for et objektivt ansvar, og er sånn sett mest forenelig med et årsaksperspektiv. Dette synspunktet forsterkes ytterligere av at begrepet force majeure er benyttet i overskriften som et samlebegrep for alle forhold som kan gi grunnlag for fristforlengelse.

Ordlyden sett under ett gir dermed ikke klare holdepunkter for hvilket perspektiv som skal legges til grunn for tolkningen av regelens nærmere innhold. Mens ordet "kontroll" peker i en retning, peker eksemplene og overskriften i en annen.

Med bakgrunn i at det ikke er holdepunkt for at NS 8405 er ment å fravike det regulære kontrollansvaret, vil den generelle tolkningen av ansvarsformen også gi veiledning for rekkevidden av kontrollansvaret i standarden. Det vil derfor være naturlig å ta utgangspunkt i rettskilder knyttet til det lovfestede kontrollansvaret samt

hva som var formålet med innføringen av kontrollansvaret, for å fastlegge hvilket perspektiv som skal legges til grunn for tolkningen av standardens ansvarsregel.

2.4.3 Forarbeidene

Normalt vil forarbeider være den rettskilden som gir anvisning på det nærmere innhold og formålet med den aktuelle bestemmelsen. Standarden mangler, som tidligere nevnt, forarbeider. Med bakgrunn i at kjøpsloven har vært forbilde for kontrollansvarets utvikling i norsk rett, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i forarbeidene til kjøpsloven også ved tolkningen av standardens bestemmelse.

Kjøpslovens forarbeider inneholder uttalelser som kan gi støtte både til et årsaks- og et kontrollperspektiv. Det uttales blant annet at: *”Forhold som direkte eller indirekte beror på selgerens tiltak eller handlinger, ligger også innenfor hans kontrollsfære. Dette omfatter alt som kan kontrolleres eller påvirkes ved planlegging, styring og kontroll med virksomheten”*²⁴. Hagstrøm tolker begge disse setningene som om de samlet sett taler for et strengt årsaksperspektiv²⁵. Vi mener imidlertid at ordlyden taler for en mer nyansert forståelse. Isolert sett tyder første setning i ovennevnte sitat på at et strengt årsaksperspektiv skal legges til grunn. Dette med bakgrunn i at utsagnet kan tolkes som om selgeren har ansvaret for alle hindringer som kan knyttes til en begivenhet han har ”satt i gang”. Med andre ord betyr dette at selgerens ansvar består, uavhengig av om han har en faktisk mulighet til å påvirke eventuelle uheldige omstendigheter. Dette modifieres imidlertid i påfølgende setning, der begrepene ”kontrolleres” og ”påvirkes” er benyttet. Dette taler for at det er de faktiske muligheter til å påvirke som er avgjørende, med andre ord et kontrollperspektiv.

Kjøpslovens § 27 har ikke eksempler i ordlyden på hva som anses å ligge utenfor kontrollsfæren på samme måte som standardkontrakten. Forarbeidene til kjøpsloven tar ikke opp hvorfor eksempler er utelatt fra lovteksten. I forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i svensk lov²⁶ framgår det, som tidligere nevnt, at dette var en bevisst handling. Begrunnelsen var en frykt for at eksemplene kunne lede til en for streng fortolkning, da forutsetningene var at også hendelser av annen karakter

²⁴ Ot.prp.nr 80 (1986-1987) side 73

²⁵ Hagstrøm Obligasjonsrett. Oslo, 2003. s. 490

²⁶ Reg.prop 1986:93 s 27f, gjengitt fra Bjørn Sandvik, Seljarens kontrollansvar. Åbo, 1994, s. 103.

og styrke enn typisk force majeure også kunne lede til ansvarsfritak. Det må antas at dette argumentet har bærekraft også i forhold til tolkning av det norske regelverket.

Kjøpslovens forarbeider gir videre noen konkrete eksempler på hvordan regelen skal fortolkes. Eksempelene er imidlertid av en slik karakter at de ikke bidrar til å belyse grensetilfeller. Eksempelene er enten typisk force majeure hendelser, som klart faller utenfor kontrollsfæren, eller hendelser som åpenbart lar seg kontrollere av selger. Sistnevnte kan illustreres med utsagnet om ” At selgeren er ansvarlig for den måten virksomheten drives på”²⁷, noe som neppe kan være tvilsomt i relasjon til rekkevidden av kontrollsfæren uavhengig av hvilket perspektiv som legges til grunn.

Forarbeidene til bustadoppføringslova henviser kun kort til kjøpslovens forarbeider i forsinkelsestilfellene,²⁸ og bidrar dermed ikke til å belyse problemstillingen. Ved drøftelsen av rekkevidden for kontrollansvaret i relasjon til mangler, er imidlertid spørsmålet behandlet grundigere. Argumentasjonen her vil ha overføringsverdi også til forsinkelsestilfellene. Selv om uttalelsene også her er av forskjelligartet karakter, finner vi holdepunkt for å innfortolke ett mer liberalt ansvar i retning av at det skal legges til grunn et kontrollperspektiv. Dette framkommer blant annet i følgende uttalelse: ”Ved manglar som kjem frå feil i materialar m.m, vil det vere avgjerande om valet er gjort på eit fullt forsvarleg vis [...] Dersom ein må karakterisere entreprenøren sitt val som fullt forsvarleg, vil feil i materialane i utgangspunktet vere utanfor entreprenørens kontroll.”²⁹. I forbrukerentrepriser ser det dermed ut til at det ikke er avgjørende at entreprenøren objektivt sett hadde et handlingsalternativ, slik at han blir ansvarlig bare på grunn av å ha ”satt i gang” det forløpet som førte til forsinkelsen. En slik tolkning innebærer en lemping av *entreprenørens* ansvar i forbrukerforhold. Det vil da være mindre betenkelig å forutsette at den samme tolkningen legges til grunn også i kommersielle forhold som NS 8405 er beregnet på.

Samlet gir verken standardens ordlyd, forarbeidene til kjøpsloven eller bustadsoppføringslova klare anvisninger på hvilket perspektiv som skal legges til grunn for tolkningen av regelen. Det må derfor legges avgjørende vekt på formålet med innføringen av kontrollansvaret i norsk rett. Det prinsipale formålet var som

²⁷ Ot.prp. 80 (1986-1987) side 73

²⁸ Ot.prp.nnr.21 (1996-1997) s. 51.

²⁹ Ot.prp.nnr.21 (1996-1997) s. 67.

nevnt å bringe norsk rett i tråd med internasjonal kjøpsrett, med sikte på å oppnå regelharmoni mellom nasjonale og internasjonale kjøp. Dessuten ble det lagt vekt på et ønske om en nyansering av det gjeldende regelverk i retning av at det i alle fall ikke skulle innebære en skjerpelse av det objektive ansvar med unntak av force majeure slik det var nedfelt i kjøpsloven av 1907 § 24. Følgelig vil det være mest forenelig med formålet med innføringen av kontrollansvaret å legge til grunn et kontrollperspektiv. Hvis man tar utgangspunkt i at kjøpsloven har vært premissleverandør for utviklingen av kontrollansvaret som ansvarsfigur i norsk rett, må det forutsettes at det samme argumentet vil gjøre seg gjeldende også for tolkningen av standardens bestemmelse i mangel av holdepunkt for noe annet.

Spørsmålet er imidlertid om dette synspunktet kan opprettholdes etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 675 "Agurkinnedommen".

2.4.4 Agurkinnedommens betydning for kontrollansvaret i entrepriseretten

Høyesterett drøfter for første, og foreløpig eneste gang, rekkevidden av kontrollansvaret i kjøpsloven av 1988 i Rt. 2004 s. 675 "Agurkinnedommen". På bakgrunn av dette får dommen stor prinsipiell betydning for fastleggelsen av innholdet i ansvarsregelen generelt sett.

Spørsmålet i "Agurkinnedommen" var om selger av agurkpinne kunne holdes ansvarlig for tap ved at splittbambuspinnene som ble brukt som støttepinner ved agurkproduksjonen, smittet agurkene med en plantesykdom. Selger sto som importør og partene var enige om at mangelen *"var skjult og kunne ikke ha vært oppdaget uten forholdsvis omfattende undersøkelser"*. Med hjemmel i kjøpsloven § 40 jfr. § 27 ble selgeren erstatningsansvarlig for kjøperens direkte tap. Dommen går langt i å pålegge selgeren ansvar til tross for at han ikke hadde faktisk kontroll med årsaken til mangelen. Resultatet i dommen er dermed forenlig med et strengt årsaksperspektiv.

Spørsmålet i det følgende er dommens generelle rekkevidde, og om den har overføringsverdi til reglene om fristforlengelse i entrepriseretten.

Grunnen til at dommen kan være relevant som rettskilde på entrepriserettens område, er som tidligere nevnt, at reglene om fristforlengelse i NS 8405 punkt 24.3 bygger på kjøpslovens kontrollansvar. Rekkevidden av kontrollansvaret i

entrepriseretten har ikke vært gjenstand for behandling i Høyesterett. At Agurkpinnedommen er den eneste dommen der rekkevidden av kontrollansvaret blir drøftet, er dermed i seg selv et argument for å vektlegge dommen også i entreprisesammenheng.

Flere alternative ansvarsgrunnlag ble vurdert i dommen, men resultatet ble hjemlet i et kontrollansvar. Mangelen som førte til sykdomsfremkallelsen var skjult, og det var ikke holdepunkt for at selgeren burde tatt mangelen i betraktning. Ansvar ble likevel pålagt som følge av at det objektivt sett var mulig å skaffe sykdomsfrie støttepinner i markedet. Konklusjonen i dommen er relativt klar, og som nevnt forenlig med et strengt årsaksperspektiv. Flertallet sammenligner kontrollansvaret i kjøpsloven av 1988 med den tidligere rettstilstanden, og presiserer at: "siktemålet med innføringen av kontrollansvar bare var å nyansere det tidligere objektive ansvar med unntak for force majeure". Dersom man legger til grunn at standardbestemmelsene i entrepriseretten bygger på prinsippene i kjøpsloven, og at de har tilnærmet lik ordlyd, kan det av hensyn til regelharmoni argumenteres for at reglene skal ha samme materielle innhold. Med dette utgangspunktet vil rettspraksis fra kjøpsloven også måtte tillegges vekt på entrepriserettens område.

Isolert sett taler de forhold som er nevnt over for at dommen må tillegges en viss generell vekt i relasjon til forsinkelsestilfellene i entrepriseretten. Det er imidlertid flere momenter som trekker i motsatt retning.

Med utgangspunkt i den tidligere omtalte "Knutelindommen", som gikk langt i å frita selger fra ansvar, kan det reises spørsmål om "Agurkpinnedommen" pålegger et for strengt ansvar. Dette i lys av at "Knutelindommen" ble avsagt med grunnlag i et objektivt ansvar med unntak for force majeure, og at formålet med innføringen av kontrollansvaret i alle fall ikke var en skjerpelse av gjeldene regler³⁰. På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at dommen ikke gir et korrekt uttrykk for innholdet av kontrollansvaret i forsinkelsestilfellene. Dersom man legger et slikt synspunkt til grunn vil dommens rettskildemessige betydning reduseres.

Hovedbegrunnelsen for at dommen må tillegges begrenset vekt i relasjon til vår problemstilling er at den omhandler mangler og ikke forsinkelse. Dette poengteres i

³⁰ Dette synet støtte av Hagstrøm: Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, s. 45

domspremissene der førstvoterende uttaler: "Ved anvendelsen av kontrollansvaret på *mangler* må man etter min mening ta utgangspunkt i at kontrollansvaret er meget strengt" (vår uthevelse). Uttalelsen kan tolkes som en avgrensning mot forsinkelsestilfellene generelt sett, eller i retning av at det ikke foreligger et like strengt ansvar i forsinkelsestilfellene. Et argument for at kontrollansvarsregelen må vurderes annerledes i forsinkelsestilfellene enn i mangelstilfellene, er at et ansvarsfritak utløser forskjellige rettsvirkninger i de ulike situasjonene. Dersom det konstateres mangel, vil både prisavslag, heving og ikke minste erstatning for konsekvenstap³¹, jfr. resultatet i "Agurkpinnedommen" være relevante misligholdsbeføyelser. Ved en forsinkelse vil derimot ytelsen være kontraktsmessig ved overlevering. Det vil da kun være snakk om å suspendere oppfyllestidspunktet for ytelsen. Konsekvensene i mangels- og forsinkelsestilfellene vil dermed være av forskjellig karakter. Det må i denne sammenheng understrekes at det sjelden vil bli snakk om å erstatte det faktiske tapet ved en forsinkelse. Den relevante misligholdsbeføyelsen i et slikt tilfelle vil være erstatning i form av dagbøter.

Selv om kjøpslovens kontrollansvar har vært forbilde for standardens bestemmelse, vil det forhold at kjøpsloven ikke har direkte anvendelse på entrepriseretten til en viss grad redusere betydningen av "Agurkpinnedommen" som en autoritativ rettskilde på dette området.

I teorien fremholdes det at det i tråd med "gravitasjonsprinsippet" skal klare holdepunkter til for å hevde at en kontraktsbestemmelse skal fravike tilsvarende regel gitt i lov³². Bakgrunnen for dette er et ønske om konsis forståelse for juridiske begreper og regelharmonie. Vi mener imidlertid at det kan være betenkeligheter knyttet til å anvende regler som er utformet med henblikk på "enkle" kjøpsforhold på kontraktsforhold i entrepriseretten. Dette med bakgrunn i at kompleksiteten i et byggeprosjekt tilsier at problemstillinger knyttet til forsinkelse er mer relevant innenfor entrepriseretten enn i kjøpsretten forøvrig. Dette er en følge av at et byggeprosjekt går over lang tid og involverer mange ulike aktører, slik at det regelmessig vil oppstå situasjoner som påvirker fremdriften av ytelsen. Disse usikkerhetsmomentene vil ikke gjøre seg gjeldende i et ordinært kjøpsforhold som omhandlet i "Agurkpinnedommen". Dessuten kan en så streng tolkning av ansvarsgrunnlaget

³¹ Merk at erstatningen ikke omfatter indirekte tap.

³² Framkommer blant annet av Krüger. Norsk kjøpsrett. Bergen 1999 s. 443.

medføre at entreprenøren må kalkulere inn et uforholdsmessig høyt risikotillegg, da han også må ta hensyn til omstendigheter der han mangler faktisk påvirkningsmulighet.

Et annet forhold som taler i mot å tillegge "Agurkpinnedommen" avgjørende vekt er at tidligere aksepterte fritaksgrunner i entrepriseretten muligens ikke lenger vil gi grunnlag for fristforlengelse. Etter vårt synspunkt vil det være betenkelig å endre en innarbeidet rettstilstand på bakgrunn av innføringen av nye rettsregler utenfor entrepriseretten.

Selv om det kan knytte seg større tvil om hva som er det korrekte rettslige utgangspunktet etter "Agurkpinnedommen", er det etter vårt synspunkt likevel tvilsomt om dommen gir holdepunkt for at det skal legges til grunn et strengt årsaksperspektiv i vurderingen av kontrollansvaret i entrepriseretten. Slik vi har drøftet over er det flere moment som taler for å legge til grunn et kontrollperspektiv ved tolkningen av NS 8405 i forsinkelsestilfellene. I samme retning trekker det forhold at kontraktspraksis sjelden gir støtte for et skjerpet erstatningsansvar utover det som følger av lovverket.³³

Vi mener derfor det er grunn til å hevde at det kan være hensiktsmessig å tolke en entrepriserettslig kontraktsbestemmelse avvikende fra rettspraksis basert på en deklarasjonsbestemmelse. Hvorvidt det er behov for å tolke regelen avvikende er imidlertid uavklart, da rekkevidden av kontrollansvaret når det gjelder forsinkelser fortsatt ikke er fastlagt av domstolene, verken i entrepriseretten eller i kjøpsretten for øvrig. Ved fastleggelsen av rekkevidden av en entrepriserettslig kontraktsbestemmelse vil det etter vår mening, uansett være mer naturlig å legge vekt på hvordan forsinkelsesreglene har utviklet seg i bransjen, på tross av at ordlyden i standardkontraktene har endret seg i kjøpsrettslig retning.

Selv om løsningen er usikker, vil vi i den videre fremstillingen ta utgangspunkt i at det skal legges til grunn et kontrollperspektiv ved drøftingen av grensen for hvor kontrollsfæren skal trekkes.

³³ Krüger, "Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur?" Publisert i Jussens Venner 1992, s. 337 på s. 353

2.5 Nærmere om kontrollkriteriet

Spørsmålet i denne delen av avhandlingen blir å avgjøre i hvilken grad kontrollansvaret lempes ansvaret ved forsinkelser sammenlignet med det objektive ansvaret med unntak for force majeure. Tidligere har vi drøftet hvorvidt de gamle standardene, for eksempel NS 3401, i realiteten ga uttrykk for et kontrollansvar slik dette blir tolket i dagens kjøpslov. Dette synspunktet vil vi ikke legge vekt på i den videre drøftingen. For å belyse forskjellene klarere vil vi ta utgangspunkt i det som i teori og praksis tradisjonelt ble betegnet som et objektivt ansvar med unntak for force majeure, når vi sammenligner med den tidligere rettstilstanden. Årsaken til denne tilnærmingen er at praksisen under det gamle regelverket framstår som uklar med hensyn til hvilke omstendigheter som ga grunnlag for ansvarsfritak. Under vil vi forsøke å belyse problemstillingen ved en gjennomgang av en del typetilfeller i relasjon til kontrollkriteriet.

2.5.1 En gjennomgang av standardens opplistede fritaksgrunner

I NS 8405 punkt 24.3 blir det oppregnet noen forhold som er utenfor partenes kontroll. Eksemplene er ikke uttømmende, jfr. begrepet "så som". Følgende eksempler er nevnt: "ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser". Som tidligere nevnt er alle de nevnte fritaksgrunner i utgangspunktet omfattet av begrepet force majeure. Formålet med innføringen av de nye reglene i kjøpsloven, var en viss lemping i forhold til det objektive ansvaret i kjøpsloven av 1907 § 24. Utgangspunktet må derfor være at de klassiske force majeure begivenhetene i hvert fall ligger utenfor kontrollsfæren³⁴. Det kan imidlertid tenkes unntak fra dette utgangspunktet. Vi vil derfor foreta en gjennomgang av de enkelte eksempler i standarden, for å se om det kan foreligge omstendigheter som fører til at de likevel ikke gir grunn til ansvarsfritak.

Når det gjelder værforhold, gir bestemmelsen anvisning på at disse skal være "ekstraordinære". Dette innebærer at entreprenøren må akseptere værforhold innenfor normale variasjoner. Eksemplet er ikke så relevant i forhold til kontrollkriteriet da været alltid vil være utenfor entreprenørens kontroll. Dette er et forhold som må drøftes i relasjon til de subjektive vilkår. Spesielt i forhold til hva entreprenøren "burde ha tatt i betraktning", se punkt 2.5. Det er imidlertid uklart om

³⁴ Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997, s. 45.

”ekstraordinære værforhold” i standardens forstand, må være av samme styrke som tidligere var påkrevet for å fylle vilkårene for force majeure.

Videre nevner bestemmelsen offentlig påbud og forbud som en fritaksgrunn. Eksempler på forhold som er omfattet av denne kategorien er import- og eksportforbud, nye tekniske krav til bygg, HMS krav og andre offentlig myndighetstiltak. Også i denne sammenheng vil selve myndighetstiltaket typisk være utenfor kontroll, slik at det igjen blir et spørsmål om hindringen ”burde vært tatt i betraktning” eller om parten med ”rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene” av hindringen. Eksempel på at det er innrømmet fristforlengelse som følge av et offentlig myndighetstiltak, finner vi i en dom inntatt i LB-2007-179240. Saken gjaldt et byggeprosjekt der entreprenøren innstilte arbeidet som følge av et ugyldig vedtak i kommunen med krav om byggestans. Lagmannsretten vurderte vedtaket som utenfor entreprenørens kontroll, at det ikke burde vært tatt i betraktning eller at følgene av hindringen ikke burde ha vært overvunnet. Selv om omstendighetene i denne saken var meget spesielle som følge av at vedtaket var ugyldig, viser eksemplet at offentlig myndighetstiltak kan være et forhold som kan gi grunnlag for fristforlengelse.

Hindringer for fremdriften som følge av ”overenskomstbestemmelser” vil også regelmessig være utenfor partenes kontroll, slik at det avgjørende for om det gis ansvarsfritak må fastlegges ved en bedømmelse av om det var grunn til å ta hindringen i betraktning, eller om det var mulig å overvinne følgene av hindringen. Begrepet inkluderer for eksempel endring i tariffbestemte arbeidstidsbestemmelser. I Rt. 1992, s.1105 ”NSB-dommen” ble entreprenøren tilkjent fristforlengelse med grunnlag i at tariffestede arbeidstidsbestemmelser ble endret fra 40 timer til 37,5 timer pr uke. Høyesterett konkluderte med at dette var et forhold utenfor entreprenørens kontroll. I dette tilfellet var kontraktsforholdet basert på NS 3401 med endringer som fulgte av NSBs standard anbuds- og kontraktsvilkår. Begge parter var enige om endringen i arbeidstiden ville gi rett til fristforlengelse i medhold av standardavtalen på grunnlag av kontrollansvarsregelen. Selv om det ble reist spørsmål om NSBs standard anbuds- og kontraktsvilkår kunne innskrenke retten til fristforlengelse, falt man likevel ned på det resultatet som ville ha fulgt av standardens bestemmelser. Retten vurderte det som irrelevant om nedsettelse av arbeidstiden skjer som følge av tariffbestemte endringer eller om de er fastsatt i lov.

Det kan imidlertid tenkes at resultatet hadde blitt et annet dersom arbeidstidsnedsettelsen var av mer individuell karakter, eller om den var begrenset til enkelte bedrifter eller bransjer. For eksempel er det tvilsomt om forsøk med innføring av en sekstimersdag som følge av politiske føringer ville gitt grunnlag for ansvarsfritak³⁵.

Samlet sett er det neppe grunn til å betrakte de ovennevnte fritaksgrunnene, ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud og overenskomstbestemmelser på en annen måte enn det som fulgte av det tradisjonelle ansvarsgrunnlaget, objektivt ansvar med unntak for force majeure.

De siste eksemplene som blir nevnt er streik og lockout. Dette er forhold som har lang tradisjon som fritaksgrunn i entrepriseretten. Innen kjøpsretten ble det imidlertid sondret mellom nasjonale og lokale konflikter, der de sistnevnte konflikter ikke ble betraktet som force majeure. Dette synspunkt synes imidlertid å være forlatt i dag. Bakgrunnen for det endrede synspunktet er at streik og lockout er et lovlig virkemiddel i arbeidsforhold, uavhengig av om konflikten er av lokal eller nasjonal karakter. En slik sondring mangler dermed saklig begrunnelse. Dette forsterkes av at spørsmål om lønn i større grad enn tidligere blir avgjort på lokalt plan. Søkelyset rettes i dag mer mot hva som er den underliggende årsak til streiken. En streik som for eksempel er fremprovosert av arbeidsgiver må betraktes som innenfor kontroll, og gir derfor ikke grunnlag for ansvarsfritak. En slik betraktning må få samme gjennomslagskraft også innen entrepriseretten. Dette synet støttes av Kolrud i kommentarutgaven til NS 3430³⁶. Streik hos hovedentreprenørens kontraktsmedhjelpere kan også gi grunnlag for fristforlengelse. I denne sammenhengen vil det bli et spørsmål om hovedentreprenøren har plikt til å kontrahere ytelsen med en alternativ kontraktsmedhjelper. Avgjørende for hvorvidt det foreligger en slik plikt er hvilken krets av kontraktsmedhjelpere som er rammet av streiken. Det må sondres mellom underentreprenører og øvrige kontraktsmedhjelpere. Denne sondringen kommer vi tilbake til under punkt 2.8.5. Det vil ikke foreligge en plikt til å kontrahere alternative kontraktsmedhjelpere dersom det

35 Bergens tidene søndag 18.januar 2009: "I Soria Moria-erklæringen heter det: «regjeringen vil bidra til forsøk med sekstimersdag/arbeidstidsreformer i samarbeid med partene i arbeidslivet»

³⁶ Kolrud m/flere: kommentar til NS 3430. Oslo, 1992, s. 146

er underentreprenører som blir rammet av streik. Begrunnelsen for dette følger av vår drøfting under punkt 2.8.4 jfr. 2.8.5.

Andre forhold som klart ligger utenfor kontroll, og som entreprenøren ikke kan ventes å ta i betraktning, er naturskapte katastrofelignende hendelser som ras, lynnedslag, jordskjelv osv. Det samme gjelder for menneskeskapte katastrofelignende omstendigheter som krig, terror, opprør og sabotasjeaksjoner. Sistnevnte hindringstyper er også beskrevet i den såkalte "katastroferegelen" i standardens punkt 17, tredje ledd. Ordlyden i denne bestemmelsen samsvarer tilsynelatende med kontrollansvarsregelen, men skal forstås som en langt snevrere unntaksregel. Dette understreker ytterligere at det ikke er tvilsomt at slike hindringer er utenfor kontrollsfæren.

Som drøftelsen over viser, gir standardens eksempler lite veiledning for hvor grensen for kontrollsfæren skal trekkes, da de omhandler relativt klare tilfeller som også tidligere ga grunnlag for ansvarsfritak. Spørsmålet blir dermed å avgjøre hvilke andre forhold som kan tenkes omfattet av regelen dersom det forutsettes at et kontrollperspektiv legges til grunn for vurderingen, jfr. 2.4.3. Vi nærmer oss her kjernen i problemstillingen, nemlig hvor kontrollansvaret for forsinkelser befinner seg på skalaen mellom et objektivt ansvar med unntak for force majeure og et culpaansvar med omvendt bevisbyrde. Vi vil i det følgende vurdere noen typeeksempler som kan tenkes å befinne seg i dette området.

2.5.2 Brann

I utgangspunktet har brann tradisjonelt sett vært anerkjent som en force majeure hendelse. Unntak fra dette kan imidlertid tenkes. Brann er et forhold som er tatt opp i kjøpslovsforarbeidene der det fremkommer at dersom brannen skyldes "kortslutning i det elektriske anlegget, ligger det derfor i *prinsippet* innenfor selgerens kontrollsfære, mens situasjonen blir en annen dersom det er en pyroman som har vært på ferde"³⁷. (vår kursivering). Vi ser her at vurderingstemaet er hva man i "prinsippet" har kontroll over. Dette er imidlertid et tema som må vurderes annerledes i standardens forstand dersom man legger til grunn et kontrollperspektiv, jfr. vår konklusjon over. De konkrete uttalelsene i kjøpslovens forarbeider vil være vanskelig å forene med et slikt syn. For eksempel kan en kortslutning skje i et anlegg selv om installasjonen er

³⁷ Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 73

foretatt på en forsvarlig og forskriftsmessig måte, og uten at det er mulig å ha faktisk kontroll over situasjonen. Med bakgrunn i en slik betraktning kan derfor en brann som følge av kortslutning være utenfor kontroll i relasjon til standardens system. Til tross for at dette innebærer et avvik fra en uttrykkelig uttalelse i kjøpslovens forarbeid, mener vi at det er grunn til å opprettholde et slikt synspunkt. I motsatt fall vil brann måtte betraktes på en annen måte enn andre forhold entreprenøren mangler faktisk kontroll over.

Resultatet av at det skal anlegges et kontrollperspektiv vil for de praktiske tilfellene innebære at vurderingstemaet typisk vil være hvorvidt nødvendige forebyggende brannsikringstiltak er foretatt, og om alle forskriftsmessige krav er fulgt. Dette vil nærme seg grensen for en aktsomhetsvurdering, og det kan derfor betraktes som et forhold som muligens ligger nærmere et culpaansvar enn et objektivt ansvar med unntak for force majeure.

I entrepriseretten har brann tradisjonelt sett vært anerkjent som fritaksgrunn, med mindre brannen skyldes et uaktsomt forhold. Som et eksempel kan nevnes en gammel voldgiftsdom omtalt av Sandvik³⁸ der en omfattende brakkebrann på et anleggsområde ble kvalifisert som force majeure. Det må likevel fremheves at terskelen for ansvarsfritak, selv med utgangspunkt i et kontrollperspektiv, i realiteten antagelig vil være høyere i dag enn det som var tilfelle tidligere. Dette som følge av de omfattende krav i dagens tekniske forskrifter og krav til forebyggende brannsikringstiltak ved for eksempel varme arbeider som sveising og lignende.

2.5.3 Maskinhavari

Maskinhavari som hindringsårsak er en praktisk problemstilling innenfor entrepriseretten. Med utgangspunkt i at man er ansvarlig for eget driftsopplegg vil slike uhell i utgangspunktet ligge innenfor kontrollsfæren, jfr. kjøpslovens forarbeid³⁹. Spørsmålet blir om det også finnes unntak fra dette utgangspunktet. Det kan for eksempel tenkes at man blir utsatt for uhell av nevnte art, til tross for at driftsopplegget er fullt ut forsvarlig og at årsaken til uhellet ikke *faktisk* er kontrollerbart. Slike situasjoner kan oppstå dersom havariet har sin årsak i skjulte feil og mangler i komponenter som ikke betraktes som slitasjedeler. Som følge av at

³⁸ Vgd av 27.11.1949 omtalt i Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Oslo, 1966, s. 287

³⁹ Ot. prp. 80 (1986-87) s. 73

maskinhold er nokså midt i sentrum for entreprenørens virksomhet bør man imidlertid være restriktiv med å innrømme ansvarsfritak i slike sammenhenger. Hagstrøm peker på at entreprenøren har oppfordring til å anskaffe seg reservedeler dersom han benytter spesielle maskiner, slik at driftsopplegget gir margin for uhell⁴⁰. Etter vårt synspunkt kan man imidlertid ikke forvente at entreprenøren har alle tenkelige komponenter på lager. Det må kunne begrenses til et krav om at entreprenøren som følge av en synbar risiko for svikt, hadde rimelig grunn til å ta forhåndsregler. Etter vår mening vil et kontrollperspektiv lede til at man unntaksvis kan anerkjenne maskinhavari som følge av skjulte feil og mangler som fritaksgrunn. Et slikt synspunkt medfører at kontrollansvaret er mer lempelig enn det som følger av et objektivt ansvar med unntak fra force majeure. I forarbeidene til bustadsoppføringslova framholdes det at entreprenøren ikke er ansvarlig for skjulte feil og mangler på materialer⁴¹. Etter vår mening er det ikke grunn til å vurdere skjulte feil og mangler på maskiner på en annen måte. Det må imidlertid erkjennes at løsningen er mer tvilsom for så vidt gjelder skjulte feil og mangler etter "Agurkpinnedommen" som gir anvisning på et motsatt resultat, og som er avsagt etter utarbeidelsen av forarbeidene til bustadoppføringslova.

Det kan hevdes at tilsvarende uhell også har vært en anerkjent fritaksgrunn tidligere innen entrepriseretten. Blant annet finnes det eksempel på at man har godtatt et ekstraordinært og inngripende driftsuhell som grunnlag for fristforlengelse. Saken gjaldt forsinkelse som følge av sammenbrudd i en byggheis⁴². Omstendighetene i dette tilfellet var imidlertid så spesielle, at de ikke kan tas til inntekt for at maskinhavari ble godtatt som fritaksgrunn på generell basis med hjemmel i de gamle ansvarsreglene.

Samlet sett mener vi at maskinhavari ikke helt kan utelukkes som fritaksgrunn. Det må imidlertid erkjennes at det kun unntaksvis kan være aktuelt å innrømme fristforlengelse på dette grunnlaget, da ansvaret for maskinparken ligger i kjerneområde for entreprenørens eget driftsopplegg.

⁴⁰ Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997, s. 47

⁴¹ Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s.67.

⁴² I Voldgiftsdom av 31/12-1914 – FTV vestlandet – referat fra Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, s. 47

2.5.4 Forsinkelser som skyldes svikt hos tredjeperson

Ved fastleggelsen av rekkevidden av kontrollansvaret må det skilles mellom underentreprenører og entreprenørens øvrige leverandører⁴³. Tredjemenn omfattet av sistnevnte kategori skal vurderes i henhold til punkt 24.3 første ledd, med andre ord med utgangspunkt i hovedentreprenørens kontrollsfære. Omfattet av denne bestemmelsen vil typisk være vareleverandører, transportører, strømlleverandører og lignende. Forsinkelser som har sin årsak i svikt hos disse kontraktsmedhjelperne, vil ikke automatisk gi grunnlag for fristforlengelse, selv om årsaken til svikten ligger utenfor deres kontroll. Årsaken til dette er at det faktiske forhold som ligger til grunn for forsinkelsen ikke er relevant så lenge bedømmelsen skjer med utgangspunkt i entreprenørens kontrollsfære. Med andre ord vil det ikke være avgjørende om hindringen skyldes et unnskyldelig forhold eller uaktsomhet på leverandørens hånd.

En annen sak er at slike hindringer i all hovedsak vil ligge utenfor det som er faktisk kontrollerbart for entreprenøren. I denne forbindelse vil det være av avgjørende betydning om det legges til grunn et årsaks- eller et kontrollperspektiv. I et årsaksperspektiv vil entreprenøren alltid være ansvarlig for svikten. Dette bare ved å ha foretatt valget av sin leverandør. Synspunktet er at han ved sin bestilling har "satt i gang" det forhold som førte til svikten. Dersom man anlegger et kontrollperspektiv vil det avgjørende være om entreprenøren har en faktisk påvirkningsmulighet som typisk vil være et spørsmål om det foreligger et handlingsalternativ når hindringen oppstår. Dette innebærer en plikt til å kontrahere med en alternativ kontraktsmedhjelper for oppfyllelsen av forpliktelsen. Denne vurderingen må foretas i henhold til det subjektive vilkåret, der spørsmålet blir om entreprenøren "med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgende (sic!) av", jfr. drøftelsen under i punkt 2.7.

Resultatet av en slik tolkning leder til at det er de subjektive forhold på entreprenørens side, mest typisk om det foreligger et handlingsalternativ, som vil være avgjørende for om det innrømmes ansvarsfritak i relasjon til kontrollansvaret. Ved et objektivt ansvar med unntak for force majeure vil det i tillegg måtte vurderes om hindringen er av en art som faller inn under begrepet force majeure. For

⁴³ Sondringen mellom disse kontraktsmedhjelperne vil bli drøftet i punkt 2.7.4

eksempel vil entreprenøren kunne få ansvarsfritak dersom en transport ble rammet av et ras, men ikke dersom forsinkelsen skyldes brist i transportørens eget driftsopplegg.

I forbindelse med hindringer som har sin årsak i svikt hos tredjemenn kan det på bakgrunn av det ovenstående hevdes at kontrollansvarsregelen avviker fra det objektive ansvaret. Det kan derfor tenkes forhold som gir ansvarsfritak etter kontrollansvarsregelen og som ville gitt motsatt resultat etter et objektivt ansvar med unntak for force majeure.

2.5.5 Økonomisk force majeure

Begrepet økonomisk force majeure ble introdusert i rettspraksis og teori under første verdenskrig. Bakgrunnen for dette var at krigen førte til vareknapphet og ekstraordinær prisøkning på råvarer og driftsmidler. Dette førte til at domstolene aksepterte en avtalerevisjon av tidligere inngåtte kontrakter dersom det kunne lede til store økonomiske tap hvis de ble opprettholdt⁴⁴. At forhold av rent økonomisk art kan tenkes å gi grunnlag for ansvarsfritak fremkommer også i forarbeidende til kjøpsloven § 27 der det fremholdes at "Forhold av rent økonomisk art kan også i prinsippet tenkes å utgjøre hindring for oppfyllelse, f eks ekstraordinær utgift- eller prisstigning. Men det er ikke tilstrekkelig at avtalen ikke lenger er regningssvarende, eller at det har blitt betydelig dyrere enn beregnet å oppfylle". Denne problemstillingen er nært knyttet til spørsmålet om "offergrensen" som vi drøfter under punkt 2.7.2.

Begrepet økonomisk force majeure kan tenkes anvendt i flere sammenhenger. Vi har valgt å se på svikt i kapitaltilgangen som et aktuelt eksempel på at økonomisk force majeure kan utgjøre en hindring for fremdriften i et byggeprosjekt.

Svikt i kapitaltilgangen er et forhold som kan ramme begge partene i et byggeprosjekt. For entreprenørens del er problematikken knyttet til at han kan få problemer med å forskuttere innsatsfaktorer som bygningsmaterialer, lønn osv. På byggherresiden er problematikken knyttet til at han ikke får betalt vederlaget til entreprenøren i rett tid.

⁴⁴ Den sentrale dommen i denne sammenheng er Rt. 1919, s. 167 der det uttales at selgeren kan fritas fra sin leveringsplikt dersom tapet er "eksorbitant". Dommen er senere fulgt opp i Rt. 1935, s122 Falcombridge og vgd. inntatt i Rt. 1951, s. 371 "Vedbolag".

I utgangspunktet vil det foreligge et rent objektivt ansvar for svikt i egen økonomi⁴⁵. Det må vurderes om det finnes unntak også fra denne hovedregelen. Dette spørsmålet er aktualisert gjennom den pågående finanskrisen, der utlånsinstitusjoner havnet i en situasjon der de ikke var i stand til å imøtekomme etterspørselen på kapital. Situasjonen oppsto relativt uventet og plutselig, og medførte stans i en rekke byggeprosjekt. Problematikken var størst i forhold til prosjekter som ennå ikke var igangsatt, men også pågående prosjekter ble rammet som følge av stans i kapitaltilgangen. Spørsmålet blir om denne type hindringer kan gi grunnlag for fristforlengelse frem til situasjonen er normalisert. Så lenge dette er en situasjon som rammer hele verdensøkonomien, og i stor grad er uavhengig av eget driftsopplegg, taler dette for å anse forholdet som utenfor kontroll.

Det kan argumenteres for at det nevnte tilfelle også kan betraktes som en force majeurehendelse, og derfor kunne gi ansvarsfritak også i forhold til en objektiv regel med unntak for force majeure. Et slikt synspunkt kan begrunnes i situasjonens karakter, som inneholder flere av de momentene som er avgjørende for å fastslå force majeure. Det kan argumenteres for at finanskrisen var utenfrakommende, inntrådte plutselig, uventet og med stor tyngde.

I henhold til drøftingene over ser vi at svikt i økonomien teoretisk sett kan gi grunnlag for fristforlengelse i forhold til begge regelsett. Reelle hensyn taler imidlertid for å være svært varsom med å innrømme ansvarsfritak i nevnte tilfelle. Slik vi vurderer finanskrisens virkninger i Norge⁴⁶ var situasjonen ikke tilstrekkelig ekstraordinær til å gi grunnlag for ansvarsfritak. Bakgrunnen for dette synspunktet er at det verken forelå objektiv eller subjektiv umulighet til å skaffe kapital. Etter vårt syn lå situasjonen lå vesentlig annerledes an i mellomkrigsårene, der økonomisk force majeure som nevnt innledningsvis ble anerkjent som fritaksgrunn.

2.5.6 Oppsummering

Med bakgrunn i drøftingene over er det etter vår mening holdepunkter for å hevde at standardens kontrollansvarsregel åpner for at flere forhold kan gi grunnlag for

⁴⁵ Framkommer bla. i Mestad. Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo, 1991, s.359.

⁴⁶ Bedømmelsen kunne kanskje bli en annen i forhold til finanskrisens virkning i andre land som for eksempel Island der finanssystemet kollapset fullstendig.

ansvarsfritak, enn hva som følger av en objektiv regel med unntak for force majeure. Det kan dermed synes som om kontrollansvaret lempet ansvaret ved forsinkelser sammenlignet med det objektive ansvaret med unntak for force majeure. Den praktiske betydningen av en slik sonndring er imidlertid usikker. Dette skyldes for det første at det er uavklart hvilke forhold som tradisjonelt er blitt karakterisert som force majeurehendelser i entrepriseretten. Dessuten vil flere av de overnevnte grensetilfeller likevel ikke kvalifisere til fristforlengelse som følge av at de ikke oppfyller de subjektive vilkårene i standardens punkt 24.3 tredje ledd.

2.6 Ikke burde tatt i betraktning ved kontraktingåelsen

De fleste hindringer kan i prinsippet forutses dersom man anstrenger fantasien til det ytterste. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes slik at man bør ta i betraktning enhver eventualitet som kan tenkes å innebære en hindring for kontraktsmessig ytelse. Dersom man legger til grunn at kravet til hindringen skal knyttes til omstendigheter som er usedvanlig, sjelden eller usannsynlig, er det vanskelig å se at det er mulig å ta den aktuelle omstendigheten i betraktning. Dette innebærer at det kan tenkes unnskyldelige hindringer som ikke er så usannsynlig at de kan forutses.

Hvilke omstendigheter som omfattes må avgjøres etter en samlet vurdering av situasjonen der en mengde momenter må tas i betraktning. Bestemmelsen vil få anvendelse selv om hindringen i prinsippet er utenfor partens kontroll når den inntreffer – dersom den bare var forutselig på avtaletidspunktet⁴⁷. Begrunnelsen er at parten i slike tilfeller påtar seg en risiko for at hindringen inntreffer. Dersom hindringen var forutselig skulle parten ikke ha tatt på seg ytelsen, eller tatt et forbehold. Det kreves med andre ord en aktsomhetsvurdering. Krüger peker på at kontrollansvaret i praksis også er et slags presumsjonsansvar, men at man uten å anvende en culpaterminologi spør om en forsinkelse kan tilskrives en faktisk årsak som befinner seg innenfor eller utenfor partens kontrollsfære⁴⁸.

Forhold som inntreffer ofte må parten selvsagt ta i betraktning da parten ikke kan bli hørt med at slike forhold ikke var forutselig. Hindringen må være uvanlig eller uventet for at det skal virke ansvarsbefriende. Generelt kan det sies at parten ikke må ta i

⁴⁷ Ot.prp 80 (1986-1987) s. 73

⁴⁸ Krüger, Hindringsansvar – en ny kontraktsrettslig ansvarsfigur, Jussens venner 1992, s.337 på side 346.

betraktning omstendigheter som skyldes vis major, det vil si naturskapte hindringer som virker utenifra. At hindringen blir mer langvarig enn parten har forutsatt er i utgangspunktet irrelevant så lenge hindringen var tatt i betraktning. Også mindre sannsynlighetsgrader er relevant dersom det knytter seg usikkerhet til en omstendighet – her blir det igjen et spørsmål om parten hadde oppfordring til å ta forbehold⁴⁹.

Som eksempel på en hindring som entreprenøren burde tatt i betraktning nevner bustadoppføringslova at entreprenøren ”i avtalen tek på seg å gjennomføre ei spesiell teknisk løysing som han veit eller burde vite at kan by på problem, til dømes fordi det ikkje er mogeleg å finne gode nok materialar”⁵⁰. Dette synspunktet bygger på at entreprenøren har en varslingsplikt overfor byggherren, dersom han har valgt en spesiell teknisk løsning som innebærer at det kan foreligge en risiko for å ikke finne gode nok materialer. Dette synspunktet trer enda tydeligere frem dersom det er entreprenøren selv som har valgt den tekniske løsningen.

Illustrerende for en hindring som burde vært tatt i betraktning finner vi i Bodø byretts dom av 25.10.1982⁵¹. Her var det tvist om forseringsvederlag som følge av forsinket levering av masser til byggeplassen på grunn av telerestriksjoner. Spørsmålet ble dermed om entreprenøren burde ha tatt i betraktning risikoen for telerestriksjonene ved avtaleinngåelsen. Dette ble under tvil besvart benektende. Begrunnelsen var at det var 10-12 år siden sist det hadde vært tilsvarende restriksjoner på veien. Denne omstendigheten ble dermed ansett som en force majeure situasjon etter daværende NS 3401, og ville vært utenfor partens kontroll etter dagens bestemmelser. En annen sak er at entreprenøren i dette tilfellet likevel ikke fikk dekket sine kostnader fullt ut. Dette fordi han burde ha startet transporten av massene tidligere og mellomlagret disse da telerestriksjonene ble varslet – et utslag av kravet om å overvinne følgene av hindringen.

Rettskildemessig vil ikke denne dommen ha stor vekt, men argumentasjonen belyser hva som kreves i forhold til sannsynligheten for at spesielle omstendigheter inntreffer. I dette tilfellet var tidsperspektivet det avgjørende momentet. Man kan tolke dommen

⁴⁹ Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, s.38.

⁵⁰ Ot. prp. 20 (1996-97) s. 67

⁵¹ Referert fra Marthinussen m/ fl. Kommentarer til NS 8405. Oslo 2006, s.395.

slik at resultatet ville blitt annerledes dersom det hadde vært mer vanlig med telerestriksjoner i det aktuelle området.

Et annet klassisk eksempel fra kjøpsretten på hindring som burde vært tatt i betraktning finner vi Rt. 1962, s. 175. Saken gjaldt krav på erstatning fra en fisker fordi selgeren ikke kunne levere en båtmotor. Selgeren anførte at det var objektivt umulig for ham å levere motoren som forutsatt på grunn av importrestriksjoner. Med bakgrunn i at importrestriksjoner allerede forelå på kontraktstidspunktet, kom retten til at dette var en såpass nærliggende hindring at selgeren burde tatt den i betraktning og dermed hadde oppfordring til å ta forbehold. Dette viser betydningen av at det må tas forbehold for hindringer som er forutselig ved kontraktsinngåelsen, dersom de skal virke unnskyldelige. Dette gjelder også selv om det bare er liten sannsynlighet for at hindringen inntreffer.

At det kan inntreffe vanskelige værforhold i forbindelse med byggearbeid er noe partene må ta i betraktning. Det er bare "ekstraordinære værforhold" som kan gi krav på fristforlengelse. Det vil være skjønnsmessig hvor grensene skal trekkes. Det kan ikke kreves at parten skal ta i betraktning ekstreme værforhold som inntreffer med mange års mellomrom. Det avgjørende vil være om været er dårligere enn det man kan forvente i de ulike årstidene på det aktuelle stedet. Som eksempel nevner kjøpslovsforarbeidene at det ikke "ventes at selgeren skal ta i betraktning muligheten for en langvarig kuldeperiode i juni"⁵².

Vi har gjennomgått en rekke avgjørelser fattet av Byggebransjens Faglig Juridiske Råd. I praktisk entrepriserettslig sammenheng viser disse at forsinkelse som følge av vær er et forhold som påberopes i utstrakt grad. Avgjørelsene fattes på grunnlag av en svært konkret vurdering, der det blant annet innhentes statistikker fra meteorologisk institutt for å fastslå om værforholdene i den aktuelle perioden avviker tilstrekkelig fra det normale. I BFJR sak nr. 172 / 1984 var en gjennomsnittlig nedbørsmengde på ca 150 prosent av normalen i en fem måneders periode tilstrekkelig til å gi grunnlag for fristforlengelse.

Fra rettspraksis kan nevnes et eksempel der entreprenøren ikke burde tatt i betraktning en ekstraordinær flom i forbindelse med bygging av en bro. Saken gjaldt

⁵² Ot.prp 80 (1986-1987) s.73.

krav om forseringsvederlag. Uttalt at "Selv om det ikke er uvanlig med flom i Nitelva på denne tiden av året, er det ikke grunnlag for å hevde at [entreprenøren] burde tatt muligheten for en flom av dette omfanget i betraktning da kontrakten med [byggherren] ble inngått"⁵³. I forbindelse med værhindringer vil det ofte oppstå spørsmål om hvor lang fristforlengelse som kan kreves. Forsinkelser kan medføre at arbeidene blir skjøvet inn i en for entreprenøren ugunstigere årstid eller inn i ferieperioder. Dette medfører at relativt beskjedne forsinkelser som følge av værhindringer, kan få langt større konsekvenser for fremdriften enn hindringens lengde i utgangspunktet skulle tilsi. I Nitelvdommen ble det akseptert at en 14 dagers flom ga rett til en fristforlengelse på flere uker. Dette som følge av at arbeidene ble forskjøvet inn i en ugunstigere årstid, samt at det ble innrømmet tillegg for ferie. Det ble i tillegg tatt hensyn til tidsbruk knyttet til evakuering av byggeplassen og igangsetting av driften. Lagmannsretten kom til at entreprenøren i dette tilfelle hadde iverksatt de tiltak man med rimelighet kunne forvente av han for å unngå følgene av hindringen. Det framkommer også av dommen at bedømmelsen av den tidsmessige konsekvensen av hindringen må bero på en skjønnsmessig vurdering når den foretas i ettertid. Dette vil være særlig relevant når entreprenøren har valgt å forserer arbeidene slik tilfelle var i denne saken.

Sykefravær er også noe partene i utgangspunktet må ta i betraktning ved kontraktsinngåelsen. I forbindelse med ventede epidemier eller pandemier kan man muligens kreve at parten tar forbehold dersom det er forventet at dette vil føre til et uvanlig stort sykefravær. Situasjonen kan imidlertid være slik at det er vanskelig å forutse utviklingen av en epidemi. I lys av dagens situasjon, med den stadig mer utbredte svineinfluensaen, er dette ikke en upraktisk problemstilling da antall syke økte dramatisk i forhold til myndighetenes anslag. En slik uventet utvikling kan man ikke kreve at partene tar i betraktning.

Forarbeidene til kjøpsloven⁵⁴ peker også på at hindring som følge av streik ikke vil fritta selgeren dersom denne kunne forutses på avtaletiden. Dette kan være aktuelt dersom det ved kontraktsinngåelsen pågår forhandlinger mellom ulike interessergrupper som kan lede til streik.

⁵³ Eidsivating lagmannsretts dom av 06.05.1998 LE 1997-00253

⁵⁴ Ot.prp 80 (1986-1987) s.73.

Som nevnt ovenfor vil det ha betydning for bedømmelsen av hva man burde ha tatt i betraktning hvorvidt parten hadde oppfordring til å ta inn forbehold mot en mulig hindring. Det vil imidlertid være en grense for hvor vidtrekkende forbehold som kan tas før det nærmer seg en total ansvarsfraskrivelse. Eksempel på at det ble tatt for vidtrekkende forbehold har vi RG-2005-385 der Oslo kommune ikke ble fritatt fra erstatningsansvar etter skader på byggverk i forbindelse med en flom, selv om det var inntatt et forbehold som dekket det forholdet det var snakk om. Retten fant at en så omfattende ansvarsfraskrivelse var så urimelig, at den måtte revideres etter avtaleloven § 36. Til tross for at denne dommen ikke gjaldt spørsmål om fristforlengelse, vil den ha overføringsverdi i relasjon til hvor langt det er anledning til å ta forbehold.

2.7 Med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av

2.7.1 Vilkårets innhold:

Mens de første vilkårene omhandler partens mulighet til å unngå hindringen, er det fjerde vilkåret rettet inn mot å unngå *følgene* av hindringen. Selv om det blir stadfestet at hindringen var utenfor partens kontroll og ikke burde vært forutsett, er det ikke ansvarsbefriende dersom kompenserende tiltak for å unngå *følgene* av hindringen *burde* ha vært iverksatt. På samme måte som forrige vilkår, tilfører denne vurderingen kontrollansvaret et subjektivt element.

Størst betydning får dette vilkåret på forhold som avdekkes etter kontraktsinngåelse, men tidsnok til å velge alternativer for å unngå forsinkelsen. Vurderingen blir her om *følgene* kan *overvinnnes*, for eksempel med å velge alternative gjennomføringsmåter. Dette kan for eksempel dreie seg om plikt til å endre produksjonsmetode dersom grunnforhold avviker fra det som var forventet, plikt til å kontrahere nye samarbeidspartnere ved antesipert mislighold hos en vareleverandør eller en underentreprenør, anskaffe nye maskiner ved kunnskap om maskinhavari eller lignende. Det sentrale i denne forbindelse er hva som kreves av økonomisk oppofrelse for å forhindre *følgene*, altså en "offergrense". Dette blir drøftet under.

Vilkåret kan også få betydning i forhold til hvilke preventive tiltak som burde vært iverksatt før hindringen avdekkes. Sistnevnte vurdering henger tett sammen med foregående vilkår "burde tatt i betraktning ved kontraktsinngåelse", men har ikke

tidspunkt for kontraktsinngåelsen som skjæringspunkt. Vurderingen blir her om følgene kunne ha vært unngått om preventive tiltak var tatt. For eksempel så kan muligens et maskinhavari aksepteres som forhold utenfor kontroll, men likevel ikke gi rett til fristforlengelse dersom entreprenøren burde ha reservedeler på lager for å *unngå* at et havari *resulterer* i en forsinkelse.

Vilkåret kan også ha betydning på forhold som klart faller inn under begrepet force majeure. For eksempel vil en flom i en elv være en force majeure hendelse, mens det å ikke sikre at det kommer vann ned i byggegropen kan medføre at fristforlengelse ikke innrømmes da *følgene* kunne ha vært unngått.

I entrepriseretten har dette vilkåret stor praktisk betydning. Årsaken til dette er at et byggeprosjekt strekker seg over lang tid, og ofte med en relativ lang felles planleggingsperiode i forkant. Avdekkes det for eksempel en hindring i startfasen av et prosjekt på en ytelse som først kommer inn på slutten av prosjektet, skal det mye til for å bli hørt med at følgene ikke kunne unngås.

2.7.2 Nærmere om "offergrensen"

Spesielt der hindringen ligger litt fram i tid, vil en ofte ha en mulighet til å kompensere med å velge andre alternativer for oppfyllelse dersom ressurser settes inn. Begrepet "rimelighet", som kan betraktes som en rettslig standard, tilsier imidlertid at det ikke settes som krav at ethvert tiltak som kan avverge følgen av hindringen iverksettes. Det må derfor settes en "offergrense" for hva som kan forventes av innsats for å overvinne følgene av hindringen. Det samme prinsippet er lagt til grunn i kjøpsloven § 23 der kjøperen ikke kan kreve oppfyllelse dersom det kan "medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse".

Vurderingen av hvor grensen går skal tas på objektivt grunnlag. Dette betyr at det ikke skal vurderes hvilke muligheter den konkrete entreprenøren har til å overvinne hindringen, men hvilke muligheter som rent objektivt forefinnes. Kan den konkrete entreprenøren for eksempel ikke skaffe alternative leveranser på grunn av egen kredittsituasjon, vil vilkåret ikke være oppfylt.

Hinderets art vil ha stor betydning for hvor grensen for hva som forventes trekkes. Som fremholdt av Sandvik: "må en nok også ta et visst hensyn til hva som er årsaken til byrdeøkningen. Er det tale om uforutsette vansker med grunnforholdene, vil en neppe stille så store krav som når det gjelder lønns- eller prisstigning."⁵⁵ Sandvik drøfter dette i forbindelse med vederlagsrisikoen, men argumentet vil ha overføringsverdi også til forsinkelsestilfellene. Under vil vi se på noen typiske hindringer, og drøfte hvor rimelighetsgrensen for de aktuelle typetilfellene går.

Et byggeprosjekt består av en rekke ulike komponenter. Hvilken vareleverandør som velges har entreprenøren objektivt sett kontroll over. For genuskjøp gjør varens tilgjengelighet at det forutsettes at følgene overvinnes. I kjøpslovens forarbeider framkommer det at "selgerens mangelsansvar ved kjøp av artsbestemte ting som kan byttes ut og finnes allment tilgjengelig i markedet er tilnærmet objektivt"⁵⁶. I forhold til alminnelige byggevarer er det ingen grunn til å lempe på denne fortolkningen i en entreprisekontrakt. Annerledes kan det være hvis byggherren har spesifisert ytelsen slik at alternativer i realiteten ikke finnes (Oppdalsskifer, Johnson ventilasjonsanlegg osv.). Konsekvensene av dette er at jo mer byggherren spesifiserer prosjektets ytelser, jo større er hans risiko for å måtte akseptere en fristforlengelse.

På samme måte som for vareleverandører kan også underentreprenører i utgangspunktet erstattes relativt enkelt. At entreprenøren har et handlingsalternativ gir han dermed en mulighet til å overvinne følgene av hindringen. Dette stiller seg imidlertid annerledes når entreprenøren har et avbestillingsansvar til underentreprenøren, og årsaken til hindringen er utenfor underentreprenørens kontroll jfr. punkt 23.3 andre ledd. Dette kommer vi tilbake til under kapittel 2.7.

At endring i vareleverandør eller underentreprenør medfører økte kostnader er klart innenfor "offergrensen". Bare i helt ekstreme tilfeller kan det tenkes at merkostnad kan bli ansett som en urimelig konsekvens. Dette framkommer i kjøpslovens forarbeider der det fremholdes at: "kostnadsøkningen [må] være så omfattende at oppfyllelse av avtalen påfører selgeren en belastning som objektivt sett ligger utenfor forutsetningene ved et kjøp av den aktuelle art."⁵⁷ Den aktuelle fritakelsesgrunnen er antagelig mest relevant for kjøp der produktets verdi er lav, og omkostningene for å

⁵⁵ Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Oslo, 1966, s. 295

⁵⁶ Ot.prp.nr 80(1986-1987) s. 74.

⁵⁷ Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 72.

hindre forsinkelsen / mangelen ikke står i forhold til verdien av kjøpsgjensstanden. Hvis denne regelen anvendes i entreprisesammenheng vil terskelen i forhold til "kjøpets art" antagelig ligge så høyt at det svært sjelden vil dreie seg om kostnadsøkninger knyttet til endring i vareleverandør eller underentreprenør som kan anses å være utenfor det som med rimelighet kan forventes at entreprenøren må akseptere.

Når det gjelder endringer i produksjonsmetode kan situasjonen være en annen. I Rt. 1970 s. 1059 "Knutelinedommen" var spørsmålet om det var mulig å levere knutelin i rett tid uten urimelige kostnader. Situasjonen var her at selger la om sin produksjon til døgnkontinuerlig drift og forsøkte å skaffe produktet både innenlands og utenlands. Høyesterett konkluderte med at selger hadde foretatt seg det som med rimelighet kunne forventes. Det ble ikke stilt krav til selgeren om å endre rekkefølge for effektivering av ordrer for å overvinne følgene av hindringen. Dette synspunktet kan ha overføringsverdi til entrepriseretten. Under forutsetning av at det ikke er mulig å kompensere med å skaffe ekstra ressurser, slik at innsatsfaktorene samlet sett er begrenset, kan det neppe stilles krav til at det flyttes ressurser mellom entreprenørens pågående prosjekter, dersom dette resulterer i at et annet prosjekt står i fare for å bli forsinket. At selgeren av knutelin faktisk hadde igangsatt relativt store endringer i produksjonsmåten var antagelig en avgjørende faktor i ansvarsfritakelsen. Den nedre grensen for hvilke tiltak som kreves er vanskelig å trekke, men antagelig må en entreprenør strekke seg rimelig langt for å overvinne følgene av hindringen. Å intensivere arbeidet ut over vanlig arbeidsdag, pålegge overtid, ta i bruk mer effektive maskiner osv. er klart innenfor "offergrensen".

Også forhold på byggeherrens side kan påvirke hvor "offergrensen" går i forhold til å endre produksjonsmetode. Dersom det i prosjekteringsmaterialet er konkretisert spesifikke metoder for utførelsen, vil terskelen for å forlange at entreprenøren skal endre metode for å overvinne følgene av en hindring være vesentlig høyere. Dette støttes av Sandvik⁵⁸ i forbindelse med drøfting av vedelagsjustering, men vil ha overføringsverdi også i forhold til fristforlengelse. Han viser her blant annet til RG 1960 s. 232. Saken gjaldt økte kostnader til utbedring av en kai. Retten kom til at

⁵⁸ Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Oslo, 1966, s. 209.

entreprenøren måtte få dekket sine merkostnader som følge av at byggherren hadde gitt nøye direktiver om utførelsen.

Ved maskinhavari vil spørsmålet være både hvorvidt preventive tiltak burde vært tatt, og hvor langt entreprenøren må strekke seg for å erstatte den havarerte maskinen. Relevante preventive tiltak kan være lager av reservedeler, å forberede alternativ anskaffelse av maskiner osv. Begrepet "rimelighet" indikerer blant annet at det ikke kan forlanges at det bygges opp store reservelagre for alle eventualiteter, men at det skal foretas en aktsom vurdering av hva som behøves for å hindre driftsavbrudd. Hvor vanskelig det vil være å kompensere etter havari og hvor betydningsfull maskinen er for framdriften av prosjektet, vil være momenter i denne vurderingen⁵⁹. Når det gjelder hvilke tiltak som må iverksettes for å erstatte en havarert maskin, blir dette en vurdering av hvor store ekstrakostnader som må aksepteres.

Når det gjelder hvor "offergrensene" skal trekkes både i forhold til å endre produksjonsmetoder, anskaffe nye maskiner med mer, må bero på en konkret avveining. I forarbeidene til kjøpsloven framkommer det at det er uten betydning at kjøpet ikke lenger blir regningsvarende⁶⁰. En slik tolkning i en entreprisekontrakt vil antagelig ikke være holdbar. Generelt sett kan det neppe kreves at det settes inn så store ressurser at hele fortjenestemarginen i et stort byggeprosjekt tapes under forutsetning av at entreprenøren har en normal avkastning på prosjektet. Dette synet støttes av Hagstrøm som fremhever at "Entreprenøren neppe [er] forpliktet til å overvinne så omfattende hindringer som løseseselgeren tradisjonelt har måttet nedkjempe for at vilkåret om hindring i NS 3430 punkt 17.2.1 er oppfylt."⁶¹ Rent praktisk vil kostnadene i slike tilfeller som oftest overgå den kostnad som en aksept av dagbøter ville medføre.

Rettspraksis viser imidlertid at det skal vesentlige merkostnader til for at "offergrensen" kan anses overskredet. Dette framkommer blant annet av Rt. 1999 s. 922 "Salhusbrodommen". Dommen gjaldt spørsmål om vederlagsjustering i

⁵⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett. Oslo, 2003, s. 485

⁶⁰ Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s.72.

⁶¹ Hagstrøm – Fragmenter i obligasjonsretten - I, stensilsierier nr 143. Universitetet i Oslo, 1992, s. 26.

forbindelse med uforutsette vansker ved sveising av høyfast stål under bygging av en flytebro. Det framkommer av dommen at "offergrensen" skal fastsettes i relasjon til den totale kontraktssummen, og ikke bare i forhold til den delen av kontrakten der hindringen oppsto. I det konkrete tilfellet medførte dette at en merkostnad på 84 millioner, ikke representerte et så høyt beløp at det ble betraktet som urimelig i relasjon til kontraktens totale verdi på 450 millioner. Til tross for at dommen omhandlet risikoplasseringen mellom partene vil den ha en viss overføringsverdi også i forhold til fristforlengelse. En fristforlengelse vil imidlertid kun suspendere den andre partens misligholdsbeføyelser, mens en vederlagsjustering overfører merkostnadene til den andre parten. Dette innebærer at konsekvensen av bedømmelsen vil være vesentlig mer byrdefull i slike tilfeller. Med bakgrunn i dette er det grunn til å anta at terskelen i fristforlengelsestilfellene er vesentlig lavere.

Forsinkelsens lengde, som igjen gjenspeiler byggherrens kostnad, vil være et moment i vurderingen. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at det må være en viss sammenheng mellom entreprenørens merinnsats og konsekvensen forsinkelsen får for byggherren. Det vil si at det ikke kan forventes at entreprenøren setter inn store ressurser bare for å unngå en ubetydelig forsinkelse.

2.8 Forsinkelse hos kontraktsmedhjelper.

2.8.1 Innledning

Under oppføring av et bygg eller anlegg vil mange ulike aktører være involvert. Byggherren kan velge å kontrahere direkte med en rekke ulike underentreprenører, eller han kan tilknytte seg en hovedsamarbeidspartner. Som tidligere nevnt benyttes NS 8405 typisk i hovedentreprisekontrakter og store sideentrepriser. Hovedentreprenøren vil ha et overordnet ansvar for alle eller de fleste aktører som benyttes til kontraktsoppfyllelsen. Entreprenørens rett til å la deler av kontraktsoppfyllelsen bli utført av underentreprenør fremgår av standarden punkt 15.1.

Konsekvensen av at entreprenøren delegerer deler av kontraktsoppfyllelsen, er at kontraktsmedhjelperens handlinger anses som entreprenørens egne handlinger, dvs en identifikasjon. Utgangspunktet er følgelig at debitor ikke kan bli fri sin forpliktelse

ved å få en annen til å oppfylle. Dette følger av alminnelige kontraktsregler, jfr. Rt. 1986 s.1386 (s. 1393) ”den som bruker en medhjelper til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse, skal som hovedregel hefte for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger på samme måte som om disse var foretatt av ham selv.”

Ved bruk av underentreprenører står byggherren ikke i direkte kontraktsforhold til disse, og det er derfor behov for å regulere ansvarsforholdet mellom hovedentreprenør og byggherre i denne relasjonen. I forhold til forsinkelser er dette regulert i standardens punkt 24.3 andre ledd. Det oppstilles her en regel som gir rett til fristforlengelse dersom fremdriften av kontraktsforpliktelsene hindres av en kontraktsmedhjelper. Bestemmelsen lyder slik:

”Blir fremdriften hindret av en kontraktsmedhjelper, har parten krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold utenfor hans kontroll som nevnt i første ledd.”

Som det fremgår av ordlyden er vurderingen av de årsaker som kan gi grunnlag for fristforlengelse de samme som når hovedentreprenøren selv er forhindret, jfr. henvisningen til første ledd. I denne forbindelse vises til drøftelsene over, som angår entreprenørens egen kontrollsfære. Det må imidlertid vurderes om hovedentreprenørens egne handlinger /handlingsalternativer også påvirker vurderingen når forsinkelsen kan tilbakeføres til en kontraktsmedhjelper. Dette vil vi se på under punktene 2.8.2. til 2.8.4. der vi tar stilling til hvorvidt det er et krav om dobbel force majeure og virkningen av dette. Vi vil videre drøfte hvilken krets av tredjemenn som er omfattet av begrepet ”kontraktsmedhjelper” under punkt 2.8.5.

2.8.2 Er det et krav om dobbel force majeure etter NS 8405 punkt 24.3 andre ledd?

Etter standardens ordlyd har ”partene krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold utenfor hans kontroll”. Standardens ordlyd avviker fra kjøpslovens § 27, andre ledd som lyder: ”Beror forsinkelsen på en tredjemann som selgeren har gitt i oppdrag helt eller delvis å oppfylle kjøpet, er selgeren fri for ansvar bare om også tredjemann ville være fritatt etter regelen i første

ledd..."(vår kursivering). Spørsmålet er om disse bestemmelsene skal tolkes på samme måte på tross av den avvikende ordlyden.

Etter kjøpslovens system må selgeren påvise at forsinkelsen skyldes forhold både utenfor egen og kontraktsmedhjelperens kontroll for å oppnå ansvarsfritak, såkalt "dobbel force majeure". Dette fremkommer av ordlyden der det heter at selger er fri fra ansvar "bare om også tredjemann ville være fritatt etter regelen i første ledd" (vår kursivering). Ordet "også" er ikke benyttet i standarden. Dersom utelatelsen av ordet er tilsiktet, taler dette for at det er tilstrekkelig at kontraktsmedhjelperen⁶² er hindret av forhold som gir rett til ansvarsfritak. Også ordlyden " *eller* hans kontraktsmedhjelpere burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av sine *respektive* kontrakter"(vår kursivering) i avtalens punkt 24.3 tredje ledd tilsier at det ikke skal foretas en dobbel force majeure vurdering.

I teorien kan det synes som om dette ikke betraktes som en tilsiktet forskjell, slik at kjøpslovens regler om dobbel force majeure også gjelder ved vurderingen av standardens regler. I forbindelse med drøftingen av regelens innhold etter NS 3430⁶³ uttaler Hagstrøm: "Regelen er altså at entreprenøren for å oppnå fristforlengelse både må vise at han selv er brakt i en situasjon som gir grunnlag for fristforlengelse etter punkt 17.2.1 og 17.2.2, og at hans medhjelper er blitt rammet av en oppfylleseshindring som fyller vilkårene etter de samme regler. Dette er bakgrunnen for betegnelsen dobbelt force majeure"⁶⁴. Dette synet blir fastholdt i en senere lærebok av samme forfatter⁶⁵. I kommentarutgaven til NS 8405⁶⁶ blir det også innfortolket et krav om "dobbel force majeure".

Konsekvensen av en slik forståelse av regelen er at hovedentreprenøren kan komme i en kontraktsbruddssituasjon overfor sine kontraktsmedhjelpere. Dette fordi et krav om dobbel force majeure kan innebære at hovedentreprenør må avbestille og kontrahere med en ny underentreprenør for å oppfylle vilkåret om "unngå eller overvinne følgene av " forsinkelsen. Dersom kontraktsmedhjelperen i denne situasjonen har krav på tilleggsfrist som følge av hindring utenfor hans kontroll, vil hovedentreprenøren komme i et avbestillingsansvar ovenfor sin kontraktspart.

⁶² Omfanget av begrepet "kontraktsmedhjelper" vil bli drøftet i kapittel 2.7.4

⁶³ Ordlyden i NS 8405 er tilnærmet lik NS 3430, og det finnes ikke holdepunkter i ordlyden for en realitetsendring.

⁶⁴ Hagstrøm: Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo 1997, s. 51

⁶⁵ Hagstrøm: Obligasjonsrett. Oslo, 2003, s 501.

⁶⁶ Marthinussen m.fl Kommentarer til NS 8405. Oslo, 2006, s. 401.

Med unntak fra angivelsen av entreprenørens kontraktsmedhjelper⁶⁷ har standardens regler om fristforlengelse i punkt 24.3 en ordlyd som i stor grad sammenfaller med § 11, andre ledd, i bustadoppføringslova⁶⁸. Med uttalelsen "Departementet er likevel kome til at det vil vere for strengt å byggje på prinsippet om « dobbel force majeure » i denne samanhengen",⁶⁹ framgår det klart at bustadoppføringsloven ikke har et krav om "doppel force majeure". Dette begrunnes i at et slikt krav vil virke urimelig i entrepriseforhold på grunn av avbestillingsansvaret hovedentreprenøren kan komme i. Det må antas at disse hensyn også har vært avgjørende ved utforming av standardens regler. Etter vårt syn taler dette for at regelen i standardkontrakten må forstås på samme måte som i bustadsoppføringslova, slik at standarden avviker fra kjøpsloven § 27, andre ledd, på dette punktet. En slik forståelse innebærer en lemping av kontrollansvaret i NS 8405 sammenlignet med kjøpslovens bestemmelse, når forsinkelsen har sin opprinnelse hos en kontraktsmedhjelper.

I vår videre framstilling legger vi dermed til grunn at det ikke er et krav om dobbel force majeure i forsinkelsestilfellene.

2.8.3 Hvilken praktisk virkning får det at det ikke kreves dobbel force majeure?

For vilkårene om at det må foreligge en "hindring" og at denne må være "utenfor kontroll" får antagelig skillet mellom enkel- og dobbel force majeure sjelden betydning. Bakgrunnen for dette er at en hindring som rammer underentreprenøren vil bli bedømt på samme måte som om det var hovedentreprenøren som ble rammet av en tilsvarende hindring. For naturskapte hindringer -"vis major"- vil det være uten betydning om vurderingen skjer i to ledd. For eksempel vil vurderingen av om en flom eller et ras er en hindring utenfor kontroll, ikke endres av at også hovedentreprenøren blir vurdert. For andre hindringer, som for eksempel lokal streik, maskinhavari og lignende hos underentreprenør, vil også denne vurderingen bli lik i forhold til kontrollkriteriet. I slike tilfeller vil hovedentreprenøren antagelig ha en enda mindre mulighet til å kontrollere situasjonen. Oppsummert betyr dette at så lenge vurderingene skjer i forhold til objektive vilkår, slik tilfellet er for hindrings- og

⁶⁷ Kretsen av tredjemenn som anses omfattet av begrepet kontraktsmedhjelper i NS 8405 blir drøftet i punkt 2.7.4.

⁶⁸ Merk at det kreves dobbelt force majeure, jfr. bustadsoppføringslova § 35, der andre hensyn gjør seg gjeldende.

⁶⁹ Ot.prp.nmr. 21 (1996-1997) s. 52 ff.

kontrollvilkåret, vil det være av liten betydning om vurderingen skjer bare i forhold til kontraktsmedhjelperen, eller om den i tillegg skjer i relasjon til hovedentreprenøren.

I forhold til det subjektive vilkåret ”burde ha tatt i betraktning” og ikke minst ”med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av” kan imidlertid resultatet bli et annet. Når det ikke er krav om dobbel force majeure vil vurderingstemaet begrenses til hvilke forhåndsregler underentreprenøren tok ved inngåelsen av kontrakten, og hvilke tiltak det kan forventes at underentreprenøren satte inn for å unngå forsinkelsen⁷⁰.

Dersom en forutsetter at vurderingen av de subjektive vilkårene skal foretas etter en objektiv norm, vil resultatet for vis major tilfellene trolig bli det samme uavhengig av om bedømmelsen skjer etter en enkel eller dobbel force majeure regel. De krav som stilles til entreprenørens aktsomhet forsterkes ikke ved at vurderingen skjer i to ledd. For eksempel vil kravet til å overvinne eller ta i betraktning lange nedbørsperioder være uavhengig av om bedømmelsen også skjer i forhold til hovedentreprenøren. Det tas med andre ord ikke hensyn til særegenheter ved entreprenøren som påvirker hans mulighet til å forutse eller overvinne hindringen.

Som nevnt innebærer en regel om enkel force majeure en lemping av ansvaret for hovedentreprenøren. Eksemplene over viser imidlertid at det i mange tilfeller ikke vil få betydning om man legger til grunn en enkel eller dobbel force majeure regel. Forskjellen mellom reglene vil først få praktisk betydning når forsinkelsen skyldes forhold der hovedentreprenøren har et handlingsalternativ. Dette vil typisk være tilfelle når hindringen skyldes forhold som rammer den enkelte underentreprenør, som for eksempel en lokal streik eller et unnskyldelig maskinhavari. Selv om hindringen fyller vilkårene for ansvarsfritak for underleverandøren, kan resultatet etter en dobbel force majeure regel likevel innebære at det ikke blir innrømmet ansvarsfritak. Dette skyldes at hovedentreprenøren i disse tilfellene kan overvinne følgene av hindringen ved å finne en alternativ underentreprenør.

Vi ser med dette at en regel om enkel force majeure antagelig kun får praktisk betydning i forhold til de situasjonene som i bustadsoppføringslova begrunner avviket fra regelen i kjøpsloven med, nemlig å unngå å sette hovedentreprenøren i en

⁷⁰ Hovedentreprenørens rolle i denne sammenheng vil bli drøftet i kapittel 2.7.3

kontraksstridig avbestillingssituasjon. Dette gjør det mindre betenkelig å konkludere med at standardavtalen ikke har en regel om dobbel force majeure.

2.8.4 Har forsvarlighet i hovedentreprenørens valg av underentreprenør betydning i forhold til krav om fristforlengelse?

En hovedentreprenør vil alltid være ansvarlig for sitt valg av underentreprenør på grunn av reglene om identifikasjon. Forsvarligheten i valg av underentreprenør vil dermed være et element i en culpavurdering. I forhold til kontrollansvarsregelen vil imidlertid årsaken til forsinkelsen være det sentrale vurderingstemaet. Når hindringen fyller vilkårene for ansvarsfritak etter regelen om kontrollansvar, vil det ikke være av betydning at valget av underentreprenør var uforsvarlig. Dette innebærer at entreprenøren har krav på fristforlengelse selv om det er mangler ved underentreprenørens driftsopplegg, dersom hindringen har sin årsak i forhold som faktisk er utenfor dennes kontroll og de øvrige vilkår for fritak er oppfylt. Årsaken til dette er at det i slike tilfeller vil mangle årsakssammenheng mellom hindringen som førte til forsinkelsen og valget av underentreprenør. I motsatt fall ville regelen innebære at en velrenommert entreprenør kunne bli fri for ansvar som følge av ekstraordinære værforhold, mens en annen ikke ville oppnå ansvarsfritak for det samme forholdet, fordi det var mangler ved driftsopplegget.

Med bakgrunn i det ovenstående vil hovedentreprenørens valg av underentreprenør ikke ha betydning under forutsetning av at hindringen som førte til forsinkelsen har sin årsak i forhold utenfor underentreprenørens kontroll.

2.8.5 Hvem omfattes av begrepet ”kontraktsmedhjelper”?

Hvem som betraktes som kontraktsmedhjelpere får stor betydning for hvordan bedømmelsen av forsinkelsessituasjonen skjer. En vid tolkning av ordet ”kontraktsmedhjelper” omfatter ”enhver som har en kontrakt med entreprenøren og hvis ytelser entreprenøren skal gjøre bruk av ved oppfyllelsen av byggekontrakten”⁷¹. For eksempel vil hovedentreprenøren være avhengig av vareleveranser, strøm, post-, tele- og transporttjenester osv. Dersom leverandører av slike typer tjenester

⁷¹ Hagstrøm: Fragmenter fra obligasjonsrett – I. Stensilserie nr. 143. Universitetet i Oslo, 1992, s. 160ff

skulle betraktes som kontraktsmedhjelpere i standardens forstand, ville det bety at vilkårene for fristforlengelse skulle vurderes i forhold NS 8405 punkt 24.3 andre ledd. Dette innebærer at vurderingstemaet vil være den faktiske årsaken til hindringen. Dersom toget med byggematerialene sporet av, eller det oppsto brudd i strømforsyningen, måtte man se på de underliggende årsakene til forsinkelsene hos disse leverandørene. Hvorfor sporet toget av, var det manglende vedlikehold, uaktsomhet hos lokføreren eller var det en unnskyldelig naturskapt hindring? Resultatet av en slik fortolkning, sett i sammenheng med at det ikke kreves dobbel force majeure, er at det for eksempel ved en unnskyldelig svikt hos en vareleverandør eller en transportør, ikke kreves at hovedentreprenøren finner alternative kontraktsmedhjelpere. Dette kan få store økonomiske konsekvenser som det ville være urimelig å belaste byggherren med.

Det synes åpenbart at det ikke er tilsiktet en slik virkning av regelen. Det er derfor behov for å avgrense hvem som faller inn under begrepet kontraktsmedhjelper i relasjon til standarden.

Et annet moment som taler for en snevrere tolkning er at man må se regelen i sammenheng standardens øvrige punkter. Standarden benytter begrepet "underentreprenør" i punkt 15.1. Sett i sammenheng med at standarden ikke har krav om dobbel force majeure, er det ikke tvilsomt at det er kontraktsforholdet mellom hoved- og underentreprenør som er hensyntatt. Årsaken til at et så vidt begrep som kontraktsmedarbeider benyttes i standarden kan forklares med at regelen omfatter både byggherrens og entreprenørens rett til fristforlengelse. Begrepet "underentreprenør" vil ikke passe like godt dersom forsinkelsen skyldes forhold på byggherresiden.

En slik forståelse av ordlyden er også forenlig med bustadoppføringslova § 11, som uttrykkelig begrenses til å omfatte bare underentreprenører. I denne sammenheng må det bemerkes at forarbeidene viser til at det ikke er tilsiktet at bestemmelsen i bustadoppføringslova skal ha et annet innhold enn tilsvarende bestemmelser i håndverktjenesteloven og avhendingsloven. Hensynet til regelharmoni på entrepriserettens område taler for å anvende bustadoppføringslovas grensedragningsregime også ved tolkning av standardavtalen.

Vareleverandører vil etter dette også falle utenfor kretsen av kontraktsmedhjelpere i standardens forstand. Spørsmålet er mer tvilsomt i forhold til leverandører av spesialtilvirkede komponenter og installatører av teknisk utstyr der installasjonsarbeidet er en vesentlig del av leveransen. I disse grenseområdene må det konkret vurderes om de faller inn under begrepet kontraktsmedhjelper. Et viktig element i denne vurderingen vil være om hovedentreprenøren kommer i en kontraktsstridig avbestillingssituasjon, dersom vedkommende leverandør ikke blir betraktet som kontraktsmedhjelper (jfr. drøftelsen over).

Forsinkelser som har sin årsak i tredjemenn som faller utenfor det vi ovenfor har definert som kontraktsmedhjelpere i relasjon til standardens punkt 24.3 andre ledd, vil kun bli vurdert i forhold til hovedentreprenørens kontrollsfære. Vurderingstemaet blir da om hindringen var utenfor *hovedentreprenørs* kontroll. Dette betyr at årsaken til forsinkelsen teoretisk sett er uten betydning, så lenge valget av medhjelper var forsvarlig. Med andre ord er det irrelevant at årsaken til forsinkelsen er uaktsomhet hos tredjemann. I forhold til vilkåret om å overvinne hindringen, kan imidlertid den faktiske årsaken til forsinkelsen indirekte få betydning. Dette har sammenheng med at hovedentreprenøren i enkelte situasjoner kan unngå forsinkelsen ved å tilknytte seg en ny leverandør. Dette stiller seg ofte annerledes dersom forsinkelsen er av en slik art at alle leverandører rammes, slik det ofte stiller seg ved force majeure hendelser. Er årsaken til forsinkelsen innstilte ferjer eller stengte veistrekninger, vil et bytte av transportør være formålsløst. Man kan i disse tilfellene si at det foreligger objektiv umulighet for oppfyllelse.

For forsinkelser som skyldes tredjemenn som ikke betraktes som kontraktsmedhjelpere, vil det være av avgjørende betydning hvilket perspektiv som anlegges i forhold til kontrollkriteriet ("satt i gang" eller reell kontrollmulighet) jfr.. drøftingene over i punkt 2.4.

2.8.6 Skal identifikasjonen av kontraktsmedhjelpere foretas i flere ledd?

Et bygg blir stadig mer komplekst, noe som medfører at byggebransjen har et økende behov for å spesialisere seg. Et resultat av dette er at også en underentreprenør ofte vil ha behov for å tilknytte seg eksterne kontraktsmedhjelpere.

En underentreprenør som har ansvaret for all elektronikk i et bygg, kan for eksempel ha behov for å tilknytte seg ekspertise innen ulike spesialområder. Spørsmålet blir om underentreprenørens underentreprenør også skal betraktes som en kontraktsmedhjelper etter punkt 24.3 andre ledd, og dermed vurderes med utgangspunkt i egen kontrollsfære. I motsatt fall vil det kreves at underentreprenøren overvinner hindringen ved å kontrahere med en annen underentreprenør. Dersom underentreprenørens underentreprenør er rammet av en hindring som fyller vilkårene for ansvarsfritak, vil han ha krav på fristforlengelse etter NS 8416 punkt 20⁷². Konsekvensen av dette vil være at underentreprenøren kommer i et kontraktsstridig avbestillingsansvar overfor sin underentreprenør.

Ordlyden "hindret av en kontraktsmedhjelper" gir ikke holdepunkt for at regelen skal begrenses til kun å omfatte underentreprenører som står i et direkte kontraktsforhold til hovedentreprenøren. En slik begrensning kan innebære ulik behandling av like forsinkelsesgrunner. Velger en hovedentreprenør å tilknytte seg få samarbeidspartnere med større ansvarsfelt, vil det innebære et skjerpet ansvar, sammenlignet med at han inngår flere kontrakter med avgrenset ansvar. En slik forskjell er neppe tilsiktet. En forsinkelse vil i så fall innebære en tilfeldig fordel for byggherren, da han vil bli tilkjent dagbøter til tross for at hindringen kunne gitt rett til fristforlengelse dersom den oppsto hos hovedentreprenøren eller underentreprenører som står i et direkte kontraktsforhold med hovedentreprenøren, jfr. andre ledd.

Reglene om identifikasjon taler også i retning av at kontrollsfæren må vurderes med utgangspunkt i det ledd hindringen oppstår, slik at det er den faktiske årsaken til hindringen som blir vurdert. Når partene i et kontraktsforhold skal identifiseres med sine kontraktsmedhjelpere i andre relasjoner, er det heller ingen gode grunner for å avvike fra prinsippet i disse tilfellene.

Det er grunn til å presisere at et slikt synspunkt ikke innebærer et krav om dobbel eller trippel force majeure. Poenget er at vurderingen av hvorvidt vilkårene for fristforlengelse er oppfylt, kun skal skje i det ledd hindringen faktisk har oppstått. Det vil dermed være en vurdering som skjer etter prinsippet om enkel force majeure. Dette er i tråd med bustadoppføringslovas bestemmelse, som nettopp er begrunnet i

⁷² Bestemmelsen bygger på samme prinsipp som NS 8405 punkt 24.3 andre ledd

hensynet til å unngå at partene kommer i en kontraktsbruddsituasjon ved en avbestilling, jfr. punkt 2.8.2.

Etter vår mening taler de ovennevnte hensyn for at vurderingen skal foretas i det ledd hindringen oppsto, dersom dette er en aktuell problemstilling.

2.9 Oppsummering av vilkårene for fristforlengelse

Med unntak av kontrollkriteriet er vilkårene i standardens bestemmelse i stor grad i overensstemmelse med de samme vilkår som legges til grunn ved den tradisjonelle ansvarsformen objektivt ansvar med unntak for force majeure. Det kan dermed synes som om forskjellen mellom denne ansvarsformen og kontrollansvaret vesentlig ligger i at det etter kontrollansvaret er nok at hindringen ligger utenfor partens kontroll, mens hindringen etter de tradisjonelle ansvarsformene i *tillegg* må skyldes en force majeure omstendighet⁷³. Som Hagstrøm påpeker, synes det som om det er enighet om at de klassiske tilfellene av force majeure ligger utenfor kontrollsfæren⁷⁴. Avgjørende for å fastlegge rekkevidden og omfanget av kontrollansvaret blir dermed grensedragningen for partenes kontrollsfære.

Vi har videre konkludert med at det avgjørende for grensedragningen vil være hvilket perspektiv, årsaks- eller kontrollperspektivet, som legges til grunn. Med bakgrunn i våre drøftelser leder dette til at kontrollansvaret ikke tilfører noe vesentlig nytt i forhold til den tradisjonelle ansvarsformen, objektivt ansvar med unntak for force majeure, dersom man forutsetter at et årsaksperspektiv legges til grunn. Vi har imidlertid konkludert med at de beste grunner taler for at man må legge til grunn et kontrollperspektiv. Under denne forutsetningen mener vi å ha påvist at kontrollansvaret i flere sammenhenger innebærer en lempelse av det objektive ansvaret med unntak for force majeure, slik at det kan argumenteres for at kontrollansvaret befinner seg nærmere et culpaansvar med omvendt bevisbyrde enn et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Vi er imidlertid usikker på om dette innebærer en realitetsendring innenfor entrepriseretten i et historisk perspektiv. Dette har bakgrunn i at det både er usikkerhet knyttet til rekkevidden av ansvaret i de

⁷³ Hagstrøm. Obligasjonsrett. Oslo, 1997, 487

⁷⁴ Op.cit

gamle standardkontraktene, og til hvilke begivenheter som tradisjonelt ble omfattet av begrepet force majeure i entrepriseretten.

Til tross for at vi mener at det er holdepunkter for at kontrollansvarsregelen innebærer en lempelse av det objektive ansvar med unntak for force majeure er det grunn til å presisere at det ikke er tilstrekkelig at det ikke foreligger skyld hos noen av partene. Det er dermed viktig å holde fast på at bestemmelsen bygger på et objektivt ansvar. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid som følge av at rekkevidden av regelen i stor grad avhenger av fastleggelsen av de subjektive elementene som inngår i bestemmelsen. Konsekvensen av dette er at partene ikke har et ubetinget krav på fristforlengelse, selv om partene ikke var å bebreide for det forhold som førte til at fremdriften av deres forpliktelse ble hindret. For de praktiske tilfellene har vi imidlertid vanskelig for å finne eksempler på slike forhold i entrepriseretten når man legger til grunn et kontrollperspektiv. Et tenkelig forhold av denne art kan kanskje være hindringer som følge av svikt i kommunikasjonen innad i bedriften. Legger man derimot til grunn et årsaksperspektiv er det lettere å finne eksempler på uforskyldte hindringer som ikke gir grunnlag for ansvarsfritak. I tråd med "Agurkpinnedommen" vil for eksempel hindringer som følge av skjulte feil og mangler i materialer ikke gi grunnlag for ansvarsfritak.

Vi har videre konstatert at NS 8405 punkt 24.3 ikke krever dobbel force majeure i motsetning til kjøpslovens regler. Dette innebærer en lemping av entreprenørens ansvar når forsinkelsen har sin opprinnelse hos en underentreprenør. I denne forbindelsen har vi sett at det vil ha betydning om tredjemenn kan karakteriseres som en kontraktsmedhjelper i standardens forstand, da dette er avgjørende for om bedømmelsen skal skje med utgangspunkt i NS 8405, punkt 24.3, første eller andre ledd. Årsaken til at dette er at det i utgangspunktet ikke blir spørsmål om hindringen har sin årsak i forhold innenfor *tredjemanns* kontrollsfære, dersom vurderingen skjer i henhold første ledd. Det avgjørende i disse tilfellene vil være om hovedentreprenøren har et handlingsalternativ.

2.10 Hvilke misligholdsbeføyelser suspenderes når det innrømmes fristforlengelse?

Krav om fristforlengelse gjelder partenes "forpliktelse" jfr. NS 8405 punkt 24.3 første ledd. Dette betyr at fristforlengelse kan innrømmes både når det er realytelsen og pengeytelsen som er forsinket.

Med bakgrunn i at det er entreprenøren som tradisjonelt sett har ansvaret for de fleste realytelsene, vil de fleste krav på fristforlengelser være relatert til hans forpliktelser. Virkningen av at entreprenøren innrømmes en fristforlengelse vil, som tidligere nevnt, være at byggherrens krav på dagmulkt suspenderes så langt fristforlengelsen rekker. Alternativt kan byggherren og entreprenøren avtale at entreprenøren forserer sitt arbeide slik at opprinnelig frist likevel overholdes. Byggherren må da kompensere merkostnadene knyttet til entreprenørens forsering.

Dersom byggherren ikke imøtekommer entreprenørens krav om fristforlengelse, kan entreprenøren også på eget initiativ velge å forsere arbeidene for å unngå forsinkelse. Dersom det i ettertid viser seg at avslaget på krav om fristforlengelse var urettmessig vil entreprenøren ha krav på dekning av sine merkostnader knyttet til forseringen.

Det følger av standarden at avtalte frister for milepæler underveis i prosjektet bare er dagmulktbelagt når dette er uttrykkelig avtalt. På samme måte som ved oversittelse av en ferdigstillelsesfrist, vil krav på dagbøter for oversittelse av disse fristene også bortfalle dersom vilkårene for fristforlengelse er oppfylt.

I et stort byggeprosjekt med mange aktører vil det alltid være nødvendig å utarbeide en framdriftsplan. Det vil ikke være naturlig å uttrykkelig avtale dagmulktbelagte frister for alle planlagte milepæler i et prosjekt. En forskyvning i fremdriften kan for eksempel påføre byggherren ekstra kostnader i forbindelse med byggherreleveransen, selv om den ikke resulterer i at sluttfristen overstiges. En slik situasjon kan sees på som et brudd på samordningsplikten jfr NS 8405 punkt 18.3 som vil kunne gi byggherren krav på erstatning jf NS 8405 punkt 35. Dersom entreprenøren får innrømmet rett til fristforlengelse i relasjon til delfrister som *ikke* er dagmulktbelagt, må det være en naturlig konsekvens at også erstatning som følge av brudd på samordningsplikten suspenderes.

Unnskyldelig forsinkelse av pengeytelse er lite praktisk da svikt i egen betalingsevne aldri vil bli ansett som "utenfor partens kontroll". Dersom vilkårene for fristforlengelse stadfestes for pengeytelsen ⁷⁵, vil virkningen av dette etter standardens regler være at entreprenørens rett til morarente og rett til å stanse arbeidet på grunn av betalingsmislighold bortfalle.

Byggherren kan også bli innrømmet fristforlengelse for en forsinket realytelse dersom vilkårene er oppfylt. Eksempler på slike situasjoner er at utenforliggende forhold medfører at prosjekteringsmaterialet eller en sideentreprenør blir forsinket. I slike tilfeller vil entreprenøren ikke ha krav på vederlagsjustering som følge av forlenget byggetid.

Det følger av standardens bestemmelser at partene har rett til å heve kontrakten ved vesentlig mislighold. Når en fristforlengelse innrømmes vil ikke vilkårene for heving foreligge, da den forsinkede part ikke vil være i en misligholdssituasjon. Standarden oppstiller imidlertid et snevert unntak fra denne regelen, dersom fremdriften hindres i mer enn 6 måneder. Denne hevingsretten får i hovedsak antagelig praktisk anvendelse dersom naturkatastrofer o.l. ikke lenger gjør det hensiktsmessig å fullføre arbeidet overhode, da situasjoner som medfører en så lang driftsstans neppe er relatert til den konkrete entreprenør eller byggherre.

Det følger av NS 8405 punkt 24.3 fjerde ledd at en part har krav på "fristforlengelse dersom fremdriften hindres av at den andre parten har krav på fristforlengelse". Denne bestemmelsen fastslår en i og for seg åpenbar virkning av at det innrømmes fristforlengelse. Dersom byggherren blir innrømmet fristforlengelse ville det vært klart urimelig dersom entreprenøren likevel skulle ha plikt til å ferdigstille prosjektet i henhold til den opprinnelige tidsfristen.

3. Kontrollansvarsregelen anvendt på utvalgte typetilfeller

I kapittel 2 har vi gjennomgått en del typetilfeller under de enkelte vilkår. I denne delen av avhandlingen vil vi se på vilkårene for fristforlengelse i sammenheng. Dette vil vi gjøre ved å gjennomgå noen utvalgte typetilfeller som vi ikke har funnet løsning på gjennom rettspraksis eller teori og der resultatet av bedømmelsen byr på tvil.

⁷⁵ Mest pratisk ved svikt i betalingskanaler

3.1 Har hovedentreprenøren krav på fristforlengelse dersom underentreprenøren rammes av konkurs?

Fra januar til mai i 2009 gikk 546 bedrifter innen bygg og anlegg konkurs⁷⁶. Dette illustrerer at konkurs er en svært aktuell problemstilling for bedrifter knyttet til bygg- og anleggsbransjen. Dette har sin årsak i flere forhold. Byggeindustrien er i større grad enn andre bransjer påvirket av konjunktursvinginger i samfunnet. Dette innebærer at bransjen er meget følsom for enhver endring som kan tenkes å påvirke lønnsomheten i et byggeprosjekt. For eksempel vil en bebudet renteoppgang ikke i samme grad påvirke detaljhandelen, som investorers vilje til å foreta store investeringer. Dette fører til at bransjen må foreta en stadig tilpasning til markedet. Ofte er slike svingninger vanskelig å forutse slik at bransjen ikke tidsnok klarer å korrigere tilgangen på ressurser på en styrt måte, noe som igjen resulterer i en rekke konkurser. Det er ofte små fortjenestemarginer i entreprenørbransjen. Sammen med det forhold at et enkelte prosjekt kan utgjøre en vesentlig andel av et selskaps omsetning i en lang periode, innebærer dette at en enkeltstående feilslått kalkyle kan få fatale følger for den enkelte aktør i bransjen.

En konkurs vil ofte resultere i en forsinkelse. Dersom det er hovedentreprenøren som går konkurs vil spørsmål om fristforlengelse i alminnelighet ikke bli aktuelt. Spørsmålet er om dette stiller seg annerledes dersom det er en av hovedentreprenørens kontraktsmedhjelpere som rammes. Hovedentreprenøren må da kontrahere den aktuelle ytelsen på nytt. Selve anskaffelsesprosessen vil ta tid og den nye samarbeidspartneren vil ofte måtte overta halvferdig arbeid. Begge disse forhold fører til at fremdriften ikke blir så rasjonell som forutsatt.

Med bakgrunn i ovenstående kan det reises spørsmål om hovedentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom en av hans underentreprenører går konkurs.

Som en illustrasjon var konkurs hos underleverandør inntatt som en fristforlengende omstendighet i Norsk skipsbyggingskontrakt av 1981⁷⁷. Tilvirkning av skip og oppføring av bygg har mange fellestrekk, herunder det forhold at de ofte er avhengig av kontraktsmedhjelpere for kontraktsoppfyllelsen. Det er dermed grunn til å anta at

⁷⁶ Referat fra Bygg.no – Byggeindustrien (<http://www.bygg.no/id/40424?q=konkurs>)

⁷⁷ Referert fra Mestad. Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo, 1991, s. 225 (Standardkontrakten er i dag erstattet av SBK 2000)

konkurs er en like relevant problemstilling i begge kontraktsformene. Når standardkontraktene i entrepriseretten ikke eksplisitt omfatter konkurs hos en underentreprenør, må det kreves klare holdepunkt dersom det skal anses som en relevant fritaksgrunn. Vi vil i det følgende vurdere om konkurs under gitte forutsetninger kan gi grunnlag for fristforlengelse i entrepriseretten.

Før de enkelte vilkårene for fristforlengelse drøftes må det tas stilling til om forholdet skal vurderes etter NS 8405 punkt 24.3 første eller andre ledd. Utgangspunktet er at en forsinkelse som følge av hindring hos underentreprenør skal vurderes i henhold til andre ledd, altså i relasjon til underentreprenørens kontrollsfære. Hensynet bak denne regelen er at hovedentreprenøren skal unngå å komme i et avbestillingsansvar overfor sin underentreprenør. Dette hensynet vil ikke være en relevant problemstilling dersom underentreprenøren er konkurs, da hovedentreprenøren i slike tilfeller har rett til å heve. Dette følger av NS 8416 punkt 29.1, som regulerer forholdet mellom hoved- og underentreprenør. Bestemmelsen lyder ” *en part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går konkurs, eller han blir beviselig insolvent*”.

Resultatet av at vilkårene for fristforlengelse blir vurdert etter andre ledd, vil være at hindringen skal vurderes i forhold til underentreprenørens kontrollsfære. Dette innebærer at det ikke vil bli innrømmet fristforlengelse, da svikt i egen økonomi i alminnelighet ikke gir grunnlag for ansvarsfritak, jfr. punkt 2.5.5.

Spørsmålet i en slik situasjon vil være om man kan falle tilbake til en vurdering etter første ledd, slik at man kan ta utgangspunkt i hovedentreprenørens egen kontrollsfære ved vurderingen av om vilkårene for fristforlengelse foreligger. Drøftelsen vil da bli den samme som man må foreta i tilfeller der hindringen skyldes svikt hos kontraktsmedhjelpere som ikke er omfattet av andre ledd, slik som vareleverandører og andre tredjemenn som ikke står i direkte tilknytning til kontraktsoppfyllelsen, jfr. punkt 2.8.5.

I forarbeidene til bustadoppføringslova er det ikke sagt noe direkte om den situasjonen at underentreprenøren er forsinket uten at han har krav på

fristforlengelse. Man kan som Lilleholt⁷⁸ hevde at det ville gi mest sammenheng i regelverket at hovedentreprenøren ikke blir innrømmet tilleggsfrist i et slikt tilfelle, selv om han medgir at spørsmålet er tvilsomt. I motsetning til konkurstilfellene vil imidlertid hovedentreprenøren i disse tilfellene ha krav på dagmulkt fra underleverandøren, slik at ansvaret for en forsinkelse overføres til den part som var årsaken til forsinkelsen. I et konkurstilfelle vil situasjonen imidlertid være slik at det ikke finnes noen part å overføre ansvaret til. Selv om løsningen er usikker i den situasjonen som Lilleholt viser til, er det flere forhold som taler for at spørsmålet må løses med bakgrunn i hovedentreprenørens kontrollsfære, når underentreprenøren er konkurs.

Et forhold som taler for at man anlegger et slikt synspunkt er at kontrollansvaret, slik vi har tolket det, forutsetter at det skal tas utgangspunkt i partens påvirkingsmulighet eller faktiske kontroll over situasjonen som førte til forsinkelsen. Dersom vurderingen skjer etter andre ledd, vil det innebære at hovedentreprenørens kontrollmulighet aldri blir vurderingstema. Dette resulterer i at hovedentreprenøren aldri vil kunne oppnå fristforlengelse dersom underentreprenøren går konkurs. Et teoretisk unntak fra dette vil i så fall være at det forhold som ledet til konkursen anses å ligge utenfor underentreprenørens kontroll.

Etter vårt synspunkt vil det være urimelig å pålegge hovedentreprenøren ansvar uten at hans faktiske kontrollmuligheter i det hele tatt er vurdert. Dette forsterkes av det forhold at det *kan* innrømmes fristforlengelse som følge av mindre dramatiske hindringer hos underentreprenøren. Vi finner det derfor ikke naturlig at en konkurs skal medføre en fullstendig utelukkelse av hovedentreprenørens mulighet til å bli innrømmet fristforlengelse.

I denne forbindelse må man ha i mente at det ikke er snakk om en overføring av risikoen til byggherren. Som en følge av funksjonsfordelingen mellom partene vil hovedentreprenøren fremdeles ha risikoen for kontraktsmessig oppfyllelse av ytelsen. Det vil her bare være snakk om at misligholdsbeføyelsene suspenderes slik at fristen for rettidig oppfyllelse forskyves. Kostnaden med å inngå kontrakt med en ny underentreprenør må bæres av hovedentreprenøren, noe som ofte er byrdefullt i

⁷⁸ Lilleholt. Avtale om ny bustad. Oslo, 2001, s. 94 f.

seg selv. En rimelighetsvurdering kan tilsi en slik mellomløsning når hovedentreprenøren rammes av et forhold utenfor sin kontroll.

Selv om løsningen er tvilsom, da ordlyden taler for en annen løsning, vil vi likevel i det følgende vurdere om konkurs kan gi grunnlag for fristforlengelse dersom man aksepterer at det tas utgangspunkt i hovedentreprenørens egen kontrollsfære. Det første spørsmålet vil da være om en konkurs hos en underentreprenør hindrer fremdriften av hovedentreprenørens forpliktelse.

Vi har tidligere konkludert med at hindringens art er uten betydning. Det avgjørende vil være om det er årsakssammenheng mellom hindringen og forsinkelsen. For de fleste praktiske tilfeller vil dette vilkåret være oppfylt.

Det neste spørsmålet blir da om hindringen er utenfor hovedentreprenørens kontroll.

Dersom konkursen har sin årsak i forhold som kan knyttes til hovedentreprenørens egen atferd, vil vilkåret for ansvarsfritak aldri være oppfylt. Er årsaken til konkursen for eksempel at hovedentreprenøren har misligholdt sin pengeforpliktelse overfor underentreprenøren, vil det åpenbart ikke gi grunnlag for ansvarsfritak. Det samme vil være tilfelle i situasjoner der hovedentreprenøren mer indirekte har bidratt til konkursen. Innen byggebransjen kan, som nevnt over, en feilkalkulering av et enkelt prosjekt få fatale følger. Selv om utgangspunktet er at kontrakten inngås av presumptivt like sterke parter, er det en kjensgjerning at hovedentreprenøren ofte vil være overlegen i en forhandlingsposisjon. Spesielt i nedgangstider er det en kjent problemstilling at firma strekker seg langt for å vinne et anbud, og at mye av lønnsomheten til hovedentreprenøren avhenger av hvor mye man kan få presset prisene til sine kontraktsmedhjelpere. Dersom situasjonen er slik at hovedentreprenøren har akseptert et anbud som åpenbart ikke er regningsvarende for underentreprenøren, kan han ikke senere bli hørt med at situasjonen var utenfor hans kontroll.

Annerledes vil det stille seg dersom hovedentreprenøren verken direkte eller indirekte har påvirket de forhold som ledet til konkursen. For eksempel dersom underentreprenøren rammes av insolvens hos en annen oppdragsgiver osv. I dette tilfellet vil hovedentreprenøren mangle faktisk kontroll.

Det neste spørsmålet blir da om entreprenøren burde ha tatt konkursen i betraktning, eller om han med "rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av" konkursen.

Før kontraktsinngåelsen må det forventes at hovedentreprenøren har foretatt undersøkelser av kontraktsmedhjelperens økonomiske situasjon ved å innhente regnskapstall osv. Dersom disse indikerer at underentreprenørens soliditet eller likviditet er svak, kan det være nærliggende å forvente at en konkurs burde vært tatt i betraktning. Dersom hovedentreprenøren, til tross for faresignalene, velger å kontrahere, har han tatt en bevisst risiko og vilkåret vil dermed ikke være oppfylt. Det er med andre ord et krav om at det foretas et forsvarlig valg av underentreprenører også i relasjon til deres økonomiske stilling.

Det må også forventes at hovedentreprenøren tar sine forholdsregler dersom det er andre forhold som kan gi indikasjon på at underentreprenøren befinner seg i en insolvenslignende situasjon. Det kan ofte påvises irregulære forhold på byggeplassen i forkant av en konkurs, for eksempel i form av at fremdriften ikke er som forutsatt. Dette vil gi oppfordring til å forta ytterligere undersøkelser vedrørende kontraktspartens solvens og vurdere om det er nødvendig å sette inn kompensierende tiltak for å unngå eller overvinne følgene av hindringen. En eventuell avbestilling vil i slike tilfeller være uproblematisk da kontrakten, som nevnt, kan heves som følge av vesentlig mislighold eller insolvens.

Som vist over vil en konkurs hos en underentreprenør på langt nær gi en ubetinget rett til fristforlengelse. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, der løsningen avhenger av om alle vilkårene for fristforlengelse er oppfylt i relasjon til hovedentreprenøren.

3.2 Partenes rett til fristforlengelse for hindringer som følge av svikt hos nøkkelpersonell.

Hindringer som kan tilbakeføres til administrasjon og organisasjon av virksomheten, herunder å besørge tilgang på arbeidskraft, vil i utgangspunktet være innenfor

kontrollsfæren. Vi vil i det følgende vurdere om det likevel kan tenkes unntak fra dette utgangspunktet.

Både byggherren og entreprenøren vil være avhengig av nøkkelpersonell som har en unik innsikt i det konkrete prosjektet, eller som har en særlig kompetanse som gjør at de ikke lett kan erstattes. Spesielt sårbart er dette i forhold til ytelser som har betydelige elementer av personlig karakter. I entrepriseretten vil det mest praktiske eksemplet være arkitekttjenester, som på mange måter kan betraktes som et åndsverk. Slike ytelser kan ofte være av en slik karakter at man normalt ikke kan kreve naturaloppfyllelse⁷⁹. I en hovedentreprise vil eksempelet dermed ha størst praktisk betydning for byggherrens mulighet til å oppnå fristforlengelse.

Hagstrøm framholder at det bærende synspunktet for at partene har ansvar for svikt hos nøkkelpersonell er at de i kraft av sin instruksjonsmyndighet har tilstrekkelig påvirkningsmulighet ovenfor egne folk⁸⁰. Han framholder videre at dette synspunktet også må gjelde selv om kontraktsbruddet skyldes at en av nøkkelpersonene rammes av en fritidsulykke⁸¹. Etter vårt synspunkt er det imidlertid grunn til å vurdere om dette synspunktet kan nyanseres dersom man anlegger et kontrollperspektiv for vurderingen av hvorvidt det er grunnlag for en fristforlengelse.

Vi vil i det følgende foreta en gjennomgang av de enkelte vilkår for å ta stilling til hvorvidt svikt hos nøkkelpersonell kan gi rett til fristforlengelse.

Det første spørsmålet som reiser seg vil da være om svikt hos en av nøkkelpersonene kan tenkes å utgjøre en hindring for fremdriften av partenes ytelser, og om denne ligger utenfor deres kontroll.

Typisk for nøkkelpersoners ytelser er at produksjonen for øvrig vil være avhengig av deres leveranser. I verste fall kan en forsinkelse av prosjekteringen medføre at byggeprosjektet midlertidig stanser opp. I større bygg og anleggsprosjekter vil prosjekteringen foregå i team slik at risikoen for svikt reduseres. På tross av dette vil

⁷⁹ Hagstrøm. Obligasjonsrett. Oslo, 2003, s. 366 f.

⁸⁰ Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997, s. 46.

⁸¹ Jan Helner: kontrollansvaret i Juhlajulkaisu – festskrift før Kurt Olsson, helsingfors 1989, s. 122, opptrykt i Jan Helner: Köp och avtal, Stockholm 1992 s. 125 ff., referert av Hagstrøm. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997, s. 46.

likevel enkeltpersoner ofte ha en så sentral rolle at fremdriften er avhengig av deres personlige ytelser.

Det kan tenkes mange årsaker til at nøkkelpersoner i et byggeprosjekt ikke kan fullføre sine ytelser som forutsatt og at dette vil medføre en forsinkelse. Etter vårt syn vil det ligge utenfor partens kontrollsfære dersom en forsinkelse oppstår som følge av for eksempel akutt sykdom eller skade hos en nøkkelperson, da partene i slike tilfeller vil mangle *faktisk* kontroll og påvirkningsmulighet over den inntrufne omstendigheten. I denne sammenheng vil instruksjonsmyndigheten, som Hagstrøm refererer til, ikke være relevant.

Det neste spørsmålet blir da om parten burde ha tatt i betraktning en svikt hos nøkkelpersonell.

Det er åpenbart at partene i utgangspunktet må ta i betraktning at ansatte og kontraktsmedhjelpere for øvrig kan bli rammet av sykdom og skade. Dette innebærer et krav om at partene planlegger med et driftsopplegg som gir rom for sykdom og andre fraværsgrunner. Dersom parten har valgt et driftsopplegg som gjør at han er særlig avhengig av enkeltpersoner, må han selv bære risikoen for en svikt hos en av disse. Spørsmålet blir om det kan tenkes at prosjektet forsinkes til tross for at driftsopplegget er fullt forsvarlig og i henhold til bransjestandard.

I noen situasjoner er det ikke til å unngå at prosjektet avhenger av enkeltpersoners innsikt, kunnskap og arbeidsinnsats. Et byggeprosjekt kan for eksempel ha *en* ansvarlig arkitekt og *en* prosjektleder med en genuin innsikt i det aktuelle byggeprosjektet. Det er heller ikke uvanlig at byggherren kun er representert med prosjektlederen som den eneste personen med konkret kunnskap om det aktuelle prosjektet. For de praktiske tilfellene vil det antagelig være umulig å planlegge med et driftsopplegg der fremdriften ikke er avhengig av enkeltpersoners innsats. Til tross for at man må ta i betraktning at også disse kan bli rammet av sykdom og skade, taler reelle hensyn for at det likevel ikke må være utelukket at ansvarsfritak kan tenkes innrømmet.

Det avgjørende vil da være om parten har gjort det som med rimelighet kan kreves for å unngå eller overvinne følgene av hindringen.

Så snart det blir kjent at en nøkkelperson ikke lenger kan levere sine ytelser som forutsatt, må det være et krav at parten umiddelbart iverksetter tiltak for å forhindre at det oppstår forsinkelse. Dette innebærer for eksempel at det må settes inn en ny prosjektleder ved svikt hos den opprinnelige prosjektlederen. I slike situasjoner må det forutsettes at det finnes personer som har så vidt omfattende innsikt i prosjektet, at han i løpet av kort tid vil være i stand til å ivareta de aktuelle arbeidsoppgavene. Dette korresponderer med et krav om at flere personer har innsikt i de aktuelle arbeidsoppgavene, selv om det ikke kan forventes at de har den samme innsikt som den opprinnelig ansvarlige. I forhold til kravet om å overvinne hindringen vil tidsaspektet ha stor betydning. Det vil stilles større krav til å overvinne hindringen dersom fraværet inntreffer i en ikke kritisk fase av prosjektet.

Som vist over mener vi at reelle hensyn taler for at det kan være en viss åpning for at svikt hos nøkkelpersonell kan gi grunnlag for fristforlengelse. Som følge av at en slik hindring vil være så vidt synbar for partene er imidlertid resultatet usikkert. I tillegg vil kravet om å overvinne følgene av hindringen medføre at det kun kan bli snakk om fristforlengelse i en meget begrenset periode. På bakgrunn av dette vil fristforlengelse som følge av svikt hos nøkkelpersonell antagelig være nokså upraktisk.

3.3 Fristforlengelse på grunnlag av at fremdriften hindres som følge av skjulte feil og mangler i bygningskomponenter

Vi skal i det følgende drøfte hvorvidt forsinkelser knyttet til skjulte feil og mangler i bygningskomponenter kan gi grunnlag for fristforlengelse. Med bygningskomponenter forstår vi i denne sammenheng alt materiale som benyttes i forbindelse med utførelsen av et bygge- og anleggsprosjekt.

Oftest vil skjulte feil og mangler materialisere seg først etter overtakelsen av byggeprosjektet. Det er likevel ikke upraktisk at skjulte feil og mangler kan oppdages før overtagelsestidspunktet. Dette kan for eksempel skje ved funksjonsprøving og målinger av tekniske anlegg i forbindelse med overtakelsesforretningen. Det er ikke uvanlig at avdekkede funksjonsfeil eller materialfeil kan forhindre den forutsatte bruken. Et eksempel på dette er dersom ventilasjonsanlegget ikke leverer de

foreskrevne luftmengder. I slike tilfeller kan byggherren nekte å overta kontraktsarbeidet. Resultatet av dette er at entreprenøren vil komme i forsinkelse, med mindre han får innrømmet fristforlengelse. Spørsmålet blir da om den avdekkede mangelen var utenfor entreprenørens kontroll.

I det følgende vil vi forutsette at byggherren ikke har lagt føringer for materialvalget, og at mangelen ikke er knyttet til entreprenørens egne handlinger. Det forutsettes videre at entreprenøren har foretatt et forsvarlig valg av materialer.

I henhold til forarbeidene i bustadoppføringslova vil entreprenøren i utgangspunktet ikke være ansvarlig for feil ved materialene, jfr. uttalelsen "Dersom ein må karakterisere entreprenøren sitt val som fullt forsvarleg, vil feil i materialane i utgangspunktet vere utanfor entreprenørens kontroll."⁸² Spørsmålet blir om dette synspunktet har overføringsverdi til kommersielle kontrakter. Uttalelsen gir uttrykk for en entreprenørvennlig regel i forbrukerforhold. Dette taler for at det ikke er knyttet betenkeligheter med å gi uttalelsen i forarbeidene overføringsverdi til kommersielle kontrakter. På den andre siden er det ikke uten videre slik at regelen vil passe godt inn i en næringsentreprisekontrakt, da den totale risikofordelingen mellom entreprenør og byggherre er forskjellig fra forbrukerforhold. Vi kan imidlertid ikke finne klare holdepunkt for å avvike bustadoppføringslova på dette punktet, da uttalelsene i forarbeidene er i tråd med vår tolkning av kontrollansvarsregelen.

Vi har tidligere konkludert med at det kan tenkes ansvarsfritak som følge av skjulte feil og mangler i forsinkelsestilfellene. Dette til tross for at resultatet i "Agurkpinnedommen" gir anvisning på en annen løsning i mangelstilfellene. Så lenge mangelen er skjult vil dette også være i tråd med vårt synspunkt om at det avgjørende er hvorvidt entreprenøren har hatt *faktisk* kontroll over den situasjonen som førte til forsinkelsen. Vilåret om at hindringen er utenfor entreprenørens kontroll vil følgelig være oppfylt.

Etter dette vil bedømmelsen av hvorvidt det skal innrømmes fristforlengelse bero på om de subjektive elementene i ansvarsregelen er oppfylt.

Det første spørsmålet som reiser seg blir da om entreprenøren "burde ha tatt i betraktning" at det forelå en feil eller mangel ved den aktuelle bygningskomponenten.

⁸² Ot. prp. nr 21 (1996-97) s. 67

Etter vårt syn vil dette vilkåret ha liten relevans i forhold til skjulte feil og mangler, med bakgrunn i at vi har forutsatt at entreprenørens valg av materialer er gjort på et forsvarlig vis. Det vil ligge i sakens natur at man ikke kan ta i betraktning en feil som er skjult. I motsetning til ved skjulte feil og mangler i produksjonsutstyr kan det ikke forventes at entreprenøren har reservekomponenter for å erstatte bygningskomponenter som viser seg å ikke holde mål⁸³.

Det avgjørende for om det foreligger grunnlag for fristforlengelse vil da bli hvilke tiltak man med rimelighet kan forvente at entreprenøren gjennomfører for å unngå eller overvinne følgene av hindringen.

Generelt må det forventes at det settes i gang betydelige ressurser for å unngå at skjulte feil og mangler resulterer i en forsinkelse. På samme måte som ved andre hindringer vil det være et krav om at entreprenøren intensiverer arbeidet. Vi viser i denne forbindelsen til drøftingen vedrørende "offergrensen" i avhandlingens punkt 2.7.2.

I relasjon til dette vilkåret vil tidsaspektet være av stor betydning, da mulighetene for å unngå forsinkelsen vil være større jo tidligere feilen avdekkes. Dette må ses i sammenheng med entreprenørens plikt til å foreta løpende kontroll med det arbeidet som er utført. Dersom entreprenøren forsømmer denne plikten, med den følge at feilen blir avdekket så sent at forsinkelse ikke er til å unngå, vil vilkåret ikke være oppfylt. Har derimot entreprenøren ivaretatt sin plikt til løpende kontroll og oppdager feilen kort tid før overtakelsen, vil muligheten til å unngå forsinkelse reduseres. I slike tilfeller vil entreprenøren ha rett til fristforlengelse under forutsetning av at de øvrige vilkår er oppfylt.⁸⁴ Det er imidlertid ingen forutsetning for fristforlengelse at feilen blir avdekket kort tid før overtakelsen. Også feil som avdekkes på et tidlig tidspunkt kan lede til forsinkelse for eksempel som følge av at en erstatningskomponent har en lang tilvirknings- eller bestillingstid.

Etter vårt syn kan dermed forsinkelser som følge av skjulte feil og mangler tenkes å gi grunnlag for fristforlengelse.

⁸³ Jfr.r. vår drøftelse i avhandlingens punkt 2.5.3

⁸⁴ Følger også Ot. prp. 20 (1996-97) s. 67

4. Avsluttende betraktninger

4.1 Er kontrollansvaret en god ansvarsregel?

Om kontrollansvaret slik det er nedfelt i CISG art 79 er det uttalt: "in spite of strenuous efforts of legislators and scholars we face the likelihood that Article 79 may be the Conventions least successful part of the half-century of work towards international uniformity"⁸⁵. Vår fremstilling har vist at tolkningen av kontrollansvaret byr på atskillige utfordringer. En av årsakene til at regelen kan oppfattes som tvetydig er at den representerer en kompromissløsning mellom konsipister fra flere stater med ulike rettslige utgangspunkt⁸⁶. Vi mener imidlertid at utfordringene like gjerne kan skyldes at regelen skal omfatte så mange og uensartede omstendigheter og at den dermed vanskelig kan utformes på en mer konkret og rettsteknisk håndterbar måte. I tillegg vil det ofte være slik at en regel som på en balansert måte prøver å ivareta begge parters interesse, ikke samtidig kan være presis og konkret. I entrepriseretten, der regelen er utformet av partene i fellesskap, vil det by på atskillige utfordringer å komme til enighet om en skarpskåren regel, da denne enten måtte være veldig entreprenør- eller byggherrevennlig.

Noe av problemet med kontrollansvaret er at verken forarbeider eller rettspraksis gir noen særlig veiledning i forsinkelsestilfellene. Dette betyr imidlertid ikke at regelen ikke er anvendelig i det praktiske liv. Bestemmelser som åpner for en bred skjønnsmessig vurdering, tar sikte på at reglenes materielle innhold i større grad skal fastsettes av domstolene. Særlig vil dette gjøre seg gjeldende innenfor entrepriseretten, der vil være vanskelig å utforme regler som vil være tilstrekkelig konkret, samtidig som de er dekkende for alle omstendigheter som kan tenkes å føre til en forsinkelse. Denne måten å utforme regler på kan dermed være hensiktsmessig dersom man ønsker en fleksibel regel som ivaretar partenes behov.

Vi mener å ha påvist at standardens kontrollansvarsregel åpner for en fleksibel tolkning som gir mulighet for et balansert resultat for partene. Dessuten anser vi regelen for hensiktsmessig, da den ikke er forbeholdt å omfatte bare enkelte

⁸⁵ Honnold s. 484, gjengitt i Hagstrøm. Obligasjonsrett. Oslo, 2003, s. 489.

⁸⁶ Som fremholdt av Krüger i Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur? på side 347: CISG art. 79 kan "ses som et lovteknisk kompromiss mellom objektivt angelsaksisk (ikke særlig vidtrekkende) ansvar for "breach of contract" på den ene siden og på den annen kontinentale og nordiske hovedregler om culpa som ansvarsvilkår for dekning av alt påregnelig tap."

typetilfeller. Dette vil være av stor betydning i entrepriseretten da forsinkelser kan oppstå som følge av en rekke ulike omstendigheter.

Etter vårt syn er det derfor ikke grunn til å innta en like pessimistisk holdning til kontrollansvarsregelen som Honnold uttrykker.

En fleksibel regel kan imidlertid være retts teknisk vanskelig å praktisere. Dette gir særlig utfordringer innenfor entrepriseretten. Årsaken til dette er at en standardkontrakt skal fungere som et verktøy for at partene skal være i stand til å stadfeste sine rettigheter og plikter. Dette innebærer at tolkningen av innholdet i kontrakten i alminnelighet er overlatt til lekfolk.

Med tanke på at selv jurister kan ha problemer med å fastlegge det nærmere innhold i regelen, sier det seg selv at dette byr på utfordringer for partene i et byggeprosjekt. I næringsentrepriser har imidlertid utvikling gått i retning av en rettsliggjøring, der juristene har fått en fremtredende rolle. Etter vårt syn kan det imidlertid knyttes betenkeligheter til en slik utvikling. Det kan derfor reises spørsmål om det finnes andre ansvarsformer som kan være vel så hensiktsmessig for entrepriserettens del.

4.2 En vurdering av alternative ansvarsformer for forsinkelsestilfellene i entrepriseretten

Foruten kontrollansvaret er de alternative ansvarsgrunnlagene som kan være aktuelle for forsinkelsestilfellene i entrepriseretten et culpaansvar med omvendt bevisbyrde eller et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Vi vil i det følgende drøfte hvordan løsningen blir med bakgrunn i disse ansvarsformene. Dessuten vil vi vurdere om ordlyden i kontrollansvarsregelen kan tilpasses entrepriseretten på en mer dekkende måte enn det som er tilfelle i dag.

Retts teknisk vil en force majeure regel i utgangspunktet være enklere å håndtere. Utviklingen under det gamle regelverket, som formentlig var i tråd med en force majeure regel, viser imidlertid at grensene for hva som skal omfattes av regelen var elastisk. Ansvarsformen ga derfor i praksis likevel grunnlag for uklarheter med hensyn til om hindringer av ulik art ga grunnlag for fristforlengelse. Bakgrunnen for denne utviklingen var antagelig at domstolene betraktet regelen som for snever og til

en viss grad urimelig. Det er dermed ikke grunn til å overdrive den retts tekniske fordelene med en objektiv regel.

Når det gjelder den preventive effekten kan man i utgangspunktet anta at en strengere regel ville vært å foretrekke. Man vil imidlertid ikke oppnå mer med en force majeure regel enn en kontrollansvarsregel. Årsaken til dette er at de forhold som gir fritak etter kontrollansvaret, på samme måte som for force majeure hendelser, ikke kan forebygges da de befinner seg utenfor partenes kontroll.

Det som etter vår mening taler i mot at man legger til grunn at forsinkelsestilfellene skal baseres på et objektivt ansvar med unntak for force majeure, er at de tidligere omtalte "grensetilfellene" aldri vil gi grunnlag for fristforlengelse under denne ansvarsformen. Årsaken til dette er at de etter sin *art* ikke er å betrakte som force majeure hendelser. Mer konkret innebærer dette at ansvarsfritak ikke vil bli innrømmet til tross for at parten ikke har hatt mulighet til å påvirke det forhold som førte til forsinkelsen, uavhengig av om hindringen er utenfor eller innenfor kontrollsfæren. Etter vårt syn vil en slik regel fremstå som mindre balansert. Dette med bakgrunn i at den kan gi tilfeldige resultat, avhengig om hindringens art er klassifisert som force majeure.

Med bakgrunn i drøftelsen over mener vi at en objektiv regel fordeler byrdene på en mindre heldig måte enn kontrollansvarsregelen. Vi mener også å ha vist at den retts tekniske effekten av en force majeure regel ikke må overdrives. Samlet sett mener vi derfor at kontrollansvarsregelen er å foretrekke fremfor et objektivt ansvar med unntak for force majeure.

Det forhold at partenes plikter og rettigheter er regulert i kontrakt og ikke i lovs form, medfører at det er muligheter for å "skreddersy" løsninger for fordeling av ansvar. For mangelstilfellene har for eksempel NS 8405 regler som er tilpasset entrepriseretten, og som avviker fra kjøpsretten for øvrig. Det vil dermed ikke være noe i veien for at "skreddersyde" løsninger kan innføres i standardkontraktene, også når det gjelder forsinkelsestilfellene. Et alternativ for å gjøre regelen enklere å praktisere kan være at man benytter eksemplifisering av typetilfeller i større grad enn det som er tilfelle i dagens standardkontrakt. Dette vil bidra til å klargjøre grensene for kontrollsfæren i de enkelte tilfellene. En slik kontraktspraksis blir blant annet benyttet for

kontrollansvaret i forsinkelsestilfellene i Norsk Skipsbyggingskontrakt. Ulempen med en slik kontraktsteknikk er at den uansett aldri vil kunne være uttømmende. Det er dermed en fare for at typetilfeller som ikke er medtatt, blir ekskludert som fritaksgrunn. I tillegg vil en slik kontraktsform innebære at kontraktsteksten blir svært omfangsrik.

Vi mener likevel at regelen hadde fremstått som mer forutsigbar dersom relevante fritaksgrunner hadde vært eksemplifisert på en mer dekkende måte. Dette betyr nødvendigvis ikke at det inntas flere eksempler, men at typetilfellene er mer variert slik at de belyser bestemmelsens anvendelsesområde på en bedre måte. Det må imidlertid understrekes at vi ikke mener at alternativet skal være en ren kasuistisk bestemmelse. Regelen må fremdeles baseres på en rettslig standard av hensyn til behovet for fleksibilitet. Dette harmonerer også med det systemet regelen er satt inn i, der rettsregler i stor grad er formet som rettslige standarder.

Etter vårt synspunkt kan det være fordeler knyttet til en tilpasning av ordlyden i kontrollansvarsregelen. Dette vil imidlertid ikke løse de rettstekniske problemene som er knyttet til ansvarsregelen i særlig grad.

Det neste spørsmålet blir da om et culpaansvar med omvendt bevisbyrde er en bedre ansvarsform i relasjon til fristforlengelse i entrepriseretten.

Med bakgrunn i kontrollansvarsregelens betydelige culpamodifikasjoner kan det reises spørsmål om i hvor stor grad et culpaansvar reelt sett fraviker et kontrollansvar. I denne sammenhengen er det grunn til å peke på at det heller ikke i en culparegel innrømmes ansvarsfritak for forhold som burde vært tatt i betraktning eller som med rimelighet kunne vært overvunnet. Dette skyldes at unnlatelser av å iverksette preventive og kompensierende tiltak, regelmessig vil bli betraktet som uaktsomt. Det fremstår imidlertid som uklart om hvorvidt kravene som stilles til å iverksette preventive tiltak er like omfattende for begge regelsett. Forskjellen mellom ansvarsreglene kan tenkes å være knyttet til entreprenørens eget driftsopplegg. Vi har imidlertid vanskelig for å finne eksempel på svikt i eget driftsopplegg som ikke ville gitt ansvarsfritak etter kontrollansvaret, og som samtidig ikke er å betrakte som culpøs. Under forutsetning av at det legges til grunn et kontrollperspektiv, mener vi

derfor at avviket mellom en kontrollansvarsregel og en culparegel med omvendt bevisbyrde er relativt beskjedent⁸⁷.

Et argument for at det ville vært bedre å legge til grunn en culparegel med omvendt bevisbyrde for forsinkelsestilfellene i entrepriseretten er at den formodentlig vil vært enklere å praktisere og forstå, også for lekfolk.

Med bakgrunn i at fristforlengelse resulterer i en byrdefordeling mellom partene, er det også grunn til å tro at en culparegel med omvendt bevisbyrde ikke vil stride mot partenes rettsoppfatning. Vi mener dessuten at det er holdepunkt for at partene innen entrepriseretten i praksis har akseptert fristforlengelse dersom forsinkelsen er uforskyldt, samtidig som nødvendige preventive og kompensierende tiltak er iverksatt.

På bakgrunn av at regelen også er enklere å forstå og praktisere mener vi at en culparegel med omvendt bevisbyrde kan være et godt alternativ til kontrollansvaret i entrepriseretten.

⁸⁷ Krüger, Kai. Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur? S. 358 argumenterer for at heller ikke forskjellen mellom en objektiv ansvarsregel, slik den kom til uttrykk i dagjeldende NS 3401, og en culparegel med omvendt bevisbyrde kan ha vært mer tilsynelatende enn reell. Krüger begrunner dette med at man ikke kan trekke vidtrekkende slutninger fra retts- og voldgiftspraksis om at force majeure-reguleringer er blitt oppfattet som mer byrdefullt for yteren enn om man hadde basert seg på en culparegel med omvendt bevisbyrde.

Kontrollansvarsregelens ordlyd:

24.3 Partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure

Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelse hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlig påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.

Bli framdriften hindret av en kontraktsmedhjelper, har parten krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold utenfor hans kontroll som nevnt i første ledd.

En part har ikke krav på fristforlengelse for hindring han eller hans kontraktsmedhjelpere burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av.

En part har dessuten krav på fristforlengelse dersom framdriften hindres som følge av at den andre parten har krav på fristforlengelse etter denne bestemmelsen.

Partene har ikke krav på justering av vedelaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen.

Litteraturliste

Advokatfirmaet Cappelen og Krefting DA. NS 8405 og byggherrene. En enkel innføring i en vanskelig standard. Bergen, 2005.

Barbo, Jan Einar. Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko. Oslo, 1990.

Brækhus, Sjur. Voldgiftspraksis som rettskilde. Publisert i: Festskrift til Anders Bratholm 70 år. Oslo 1999, s. 447-461.

Cappelen, Hans. Byggherren og kontraktene. Drammen, 2001.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001

Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett. Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003.

Hagstrøm, Viggo. Entrepriserett, Utvalgte emner. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo. Fragmenter fra obligasjonsrett – I, kapittel 42-49, 3. utgave. Stensilserie nr. 143. Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 1992

Hagstrøm, Viggo. Fragmenter fra obligasjonsrett – II, kapittel 12 og 51. Stensilserie nr. 140. Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 1992

Høgberg, Alf Petter. Kontraktstolkning. Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter. Oslo, 2006.

Kolrud, Helge Jakob med flere. Kommentar til NS 3430. Oslo, 1992

Kolrud, Helge Jakob med flere. NS 8405 kommentarutgave. Oslo, 2004.

Krüger, Kai. Norsk kjøpsrett. 4. reviderte utgave. Bergen, 1999.

Krüger, Kai. Hindringsansvar – ny kontraktsrettslig ansvarsfigur? Jussens Venner, 1992, s. 337

Krüger, Kai. Omsetningstap i grønnsaksbransjen – en frimodig ytring om agurkpinningdommen, Rt– 2004-675 Jussens Venner 2005, s. 198

Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Oslo, 2006.

Lexau, Trond. Konflikter i byggevirksomhet. Minefelt uten sikring? ISBN: 82-300-0077-8

Lilleholt, Kåre. Avtale om ny bustad. Oslo, 2001.

Martinussen, Gieverholt, Arvesen m. flere. NS 8405 med kommentarer. Oslo, 2006.

Mestad, Ola. Om force majeure og risikofordeling i kontrakt. Oslo, 1991.

Norges Byggstandardiseringsråd. Avgjørelser i byggesaker. Dommer og voldgiftsavgjørelser i bygge- og entreprisesaker. Universitetsforlaget, 1984

Nygaard, Nils. Rettsgrunnlag og standpunkt. 2. utgave, Oslo, 2004.

Sandvik, Bjørn. Säljarens kontrollansvar. Åbo, 1994 .

Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Oslo, 1966.

Tørum, Amund Bjøranger. Produktansvar i kjøpsrettslige klær. Tidsskrift for rettsvitenskap, 2005 s. 629

Kontraktstandarder

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt 2. utgave, 2008.

NS 8416 Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider

NS 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise

