

# Overføring av risiko for grunnforholdene i totalentreprise

---

**Thomas Hoff Myhr**

*Masteroppgave i rettsvitenskap vår 2017*



# Innhold

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og overordnet problemstilling .....	1
1.2	Forutsetninger og avgrensninger .....	4
1.3	Gangen i bygg- og entreprisesak .....	6
1.4	Metode og kilder.....	9
1.4.1	Generelt i entrepriseretten .....	9
1.4.2	Rettskildebruk i oppgaven.....	12
2	Den grunnleggende risikofordelingen.....	13
2.1	Utgangspunkter.....	13
2.2	Kort om innholdet i pkt. 23.1 første ledd .....	16
3	Klausuler om overføring av risiko .....	18
3.1	Adgangen til å inngå avtale om overføring av risiko .....	18
3.2	Begrunnelsen for avtalefriheten.....	19
3.3	Fordeler og ulemper ved risikooverføring.....	20
4	Tolkning av klausuler om overføring av risiko.....	23
4.1	Innledning og problemstilling .....	23
4.2	Avtalen som utgangspunkt og formkrav .....	24
4.3	Alminnelige tolkningsprinsipper .....	25
4.4	Tolkningsmomenter.....	28
4.5	Tolkningsregler.....	32
4.5.1	Uklarhetsregelen.....	32
4.5.2	«Det skrevne går foran det trykte» og kontraktsdokumentene .....	35
5	Begrensninger i adgangen til å overføre risikoen etter NS 8407 .....	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Grunnforhold som avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med .....	39
5.2.1	Hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med .....	39

5.2.2	Totalentreprenørens undersøkelsesplikt.....	39
	a) Aktsom besiktelse av byggeområdet og dets omgivelser.....	41
	b) Innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen.....	46
	c) Innhente opplysninger om kabler og rør.....	51
5.2.3	Vesentlig avvik.....	52
5.3	Byggherrens opplysningsplikt- og risiko.....	56
5.3.1	Terminologi: Opplysningsplikt og opplysningsrisiko.....	56
5.3.2	Byggherrens opplysningsplikt.....	56
	a) Det nærmere innholdet i opplysningsplikten.....	58
	b) Byggherrens risiko for totalentreprenørens innhentingsplikt.....	79
5.3.3	Byggherrens opplysningsrisiko.....	69
	a) Byggherrens opplysningssvikt.....	70
5.4	Parallell svikt.....	80
5.5	Overføring av risikoen utenfor rammene for bruken som protokollen forutsetter....	83
6	Begrensninger i adgangen til å overføre risikoen etter andre regelsett.....	86
6.1	Revisjon og sensur.....	86
6.1.1	Avtaleloven § 36.....	86
6.1.2	Læren om bristende forutsetninger.....	93
6.1.3	Forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.....	96
	Referanseliste.....	98
	Vedlegg.....	106

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og overordnet problemstilling

Tema for denne oppgaven er overføring av risiko for grunnforholdene i totalentrepriseforhold. Målet er å gjøre rede for partenes adgang til å inngå avtaler om å overføre risikoen for forholdene ved grunnen, herunder hvem av partene som etter inngått avtale er økonomisk ansvarlig.

Oppføring av et bygg eller anlegg er en komplisert og langsiktig forpliktelse. Det kan være næringsbygg, forretningsbygg, leilighetsbygg/boligblokker, hotell, veianlegg, kaianlegg, jernbaneanlegg, flyplassanlegg eller lignende. Oppføring av nye bygg eller anlegg forutsetter arbeid i grunnen. Under oppføringen kan det avdekkes forhold i grunnen som medfører merkostnader. Det kan blant annet være forurensede masser som må kjøres til deponi, fjell i grunn som må sprenges og større masseutskiftninger som må foretas.

Ofte er dette forhold som hverken byggherren eller entreprenøren hadde grunnlag for å kjenne til ved kontraktsinngåelsen. For å få vite mer om grunnen, og minimere risikoen for uforutsette forhold, kan det foretas grunnundersøkelser. Det kan være grunnboringer, som foretas for å kartlegge grunnforhold som kvikkleire, grunnavstand, fjellkontroll m.m., og geotekniske undersøkelser av jordlag og mark, for å avdekke ulike typer masser i grunnen som fyllmasser, tørrskorpe eller lignende.

Rent teoretisk er det mulig å avdekke ethvert forhold ved grunnen. Det kan foretas utallige grunnboringer, seismiske prøver og innhentes sakkyndige uttalelser om geologiske og geotekniske forhold. En slik avdekking er imidlertid svært tidkrevende og kostbar, og således ikke praktisk gjennomførbart. I praksis foretas normalt grunnundersøkelsene med det formål å undersøke om grunnen tåler belastningen av et bygg eller anlegg. Grunnundersøkelsene blir derav kun tatt som stikkprøver, og eliminerer ikke enhver usikkerhet ved grunnen. Hvilken beskaffenhet grunnforholdene har vil derfor være beheftet med en viss usikkerhet også etter at grunnundersøkelser er foretatt. Dette gjør at uforutsette hindringer i form av uventede masser, gjenstander, fjell i grunn eller lignende likevel kan forekomme.

Grunnundersøkelser kan foretas av byggherren og entreprenøren. Da gjennomføringen av undersøkelser er en tidkrevende og kostbar prosess, er byggherren muligheter til å foreta grunnundersøkelser i en totalentreprise med konkurranse, større enn entreprenørens. En unnlattelse av å innhente grunnundersøkelser gjør at entreprenøren må gjøre det i et knapt tidsrom mellom anbudsinnbydelse og innsendelse av tilbud. Dette fremstår som lite praktisk, og hvor det er flere entreprenører som ønsker å inngi tilbud vil det være svært kostbart hvis samtlige skal gjennomføre egne undersøkelser. Samfunnsøkonomisk er derfor mest lønnsomt at grunnundersøkelsene foretas en gang, og at alle potensielle tilbydere (entreprenører) orienteres om resultatet. Skal det bygges på byggherrens grunn, vil det være mest nærliggende at det er byggherren som foretar grunnundersøkelsene.<sup>1</sup>

Selv om undersøkelsene fungerer som stikkprøver, bygger totalentreprenørene i høy grad på grunnundersøkelsene som byggherren har foretatt. Det medfører at totalentreprenøren ved innsendelsen av tilbudet ofte har en bestemt oppfatning av grunnforholdenes beskaffenhet. Som en konsekvens av dette kan entreprenørens kalkylevurdering forfeile. Grunnforholdene viser seg å være annerledes enn forutsatt, og det kan føre til uenigheter om hvem som skal bære ansvaret for de uforutsette grunnforhold.

Siden partene aldri kan kjenne alle forhold ved grunnen, må det avklares hvem som skal ha risikoen for grunnforholdene. I dagligtalen i entreprenørbransjen reises det spørsmål om det er byggherren eller entreprenøren som «har risikoen for» hindringen som oppstår. Begrepet «risiko» er et vidt begrep som benyttes i kontraktsrett generelt og i entrepriseretten spesielt.<sup>2</sup> Begrepets juridiske betydning avhenger av hvilket juridisk fagområde det anvendes på.<sup>3</sup> I rettslig sammenheng hvor det tales om å «bære» risikoen er det stort sett et spørsmål om hvilken part de uheldige følgene av en begivenhet eller

---

<sup>1</sup> Se Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 s. 209.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, s. 185.

<sup>3</sup> I kjøpsretten har bla. uttrykket «risiko» - eller «vågnaden» som det het i kjøpsloven fra 1907 og fortsatt heter i avhendingsloven – tradisjonelt vært brukt i en spesiell betydning som knytter seg til følgene av ødeleggelse eller skade av tingen ved tilfeldige hendelser, handlinger fra tredjepersoner o.l, se Kåre Lilleholt, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave, Oslo 2014 s. 242.

utvikling skal gå ut over.<sup>4</sup> For grunnforholdenes vedkommende innebærer det hvem av partene som skal bære de økonomiske konsekvenser av uforutsette grunnforhold.

Dersom det avdekkes forurensede masser som må kjøres til deponi, vil det medføre merarbeid og kostnader som kan forsinke arbeidet med eller ferdigstillingen av prosjektet. For det tilfelle at forholdet ligger innenfor byggherrens risikofære, må byggherren dekke de uforutsette kostnader og eventuelt tap som følge av at prosjektet ferdigstilles senere. Motsatt vil totalentreprenøren bære ansvaret om det ligger innenfor hans risikofære, herunder kan han bli forpliktet til å betale dagmulkt hvis ferdigstillingen forsinkes på grunn av grunnforholdene.

Hvem av partene som skal bære risikoen for slike uforutsette hindringer avhenger av kontraktsforholdet mellom partene. Tradisjonelt skiller de juridiske standardkontraktene for bygg og anlegg mellom utførelses- og totalentrepriser. Hovedforskjellen mellom entreprisformene er plasseringen av prosjekteringsansvaret.<sup>5</sup>

Denne oppgaven omhandler kun totalentreprise. Begrunnelsen er at overføring av risikoen for grunnforhold er mer praktisk i en totalentreprise enn ved en utførelsesentreprise. Til forskjell fra utførelsesentreprisen, vil entreprenøren i en totalentreprise stå for både *prosjekteringen* og utførelsen. Byggherren har kontrakt med totalentreprenøren, som igjen har kontrakt med arkitekt, rådgivere og samtlige andre entreprenører. Det er totalentreprenøren som avgjør hvilke entreprenører som skal utføre arbeidene i grunnen og hvordan arbeidet etter prosjekteringen skal utføres.

Hvilken part som bærer risikoen for grunnforholdene i en totalentreprise er regulert i Norsk Standard 8407:2011 (heretter forkortet «NS 8407» eller «standard») pkt. 23. Etter standardens punkt 23.1 har byggherren risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet. Utgangspunktet er at byggherren bærer risikoen for forholdene ved grunnen, med mindre grunnforholdene var slik totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet. Det samme gjelder for øvrig i en utførelsesentreprise, der byggherren bærer risikoen for at det fysiske

---

<sup>4</sup> Se Lilleholt 2014 s. 242.

<sup>5</sup> Se Henning Nordtvedt, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen, *NS 8407 Kommentartutgave*, Oslo 2013 s. 29.

arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig, jf. NS 8405:2008 pkt. 19.3 annet ledd. Som hovedregel skal derfor grunnforhold som medfører merarbeid, kostnader eller forsinkelse av prosjektet gå ut over byggherren.

Til tross for at den juridiske standardkontrakt for bygg og anlegg i totalentreprise er utgangspunktet for kontraktsforholdet mellom partene, er det ikke alltid kontraktsforholdet i helhet baseres på en standardkontrakt. Partene kan ha ønske om en annen regulering enn det som følger av standardens utgangspunkt om grunnforhold i NS 8407 punkt 23.1. I praksis skjer vanligvis det ved at byggherren legger til egenkomponerte bestemmelser i kontrakten som endrer partenes ansvar og risiko.<sup>6</sup> En slik adgang til å avtale plassering av risiko for forhold ved grunnen forutsettes i standardens pkt. 23.2

Adgangen til å overføre risikoen for forhold ved grunnen reiser en rekke problemstillinger. Spørsmål i den sammenheng er hva som skal til for å avtale avvikende vilkår fra standardens utgangspunkt, hvordan innholdet av avtalen er å forstå og hvem av partene som etter inngått avtale skal bære risikoen. Standarden og alminnelige tolkningsregler avgjør hvordan avtalen skal tolkes og jeg kommer tilbake til det under punkt 4. Videre følger det begrensninger av standarden og obligasjonsrettslige ugyldighetsregler i adgangen til å overføre risikoen for grunnforholdene. Dette behandles under punkt 5 og 6.

## 1.2 Forutsetninger og avgrensninger

Opgavens tema er konsentrert om overføring av risiko for grunnforhold i totalentreprise, og innebærer en avgrensning mot andre rettsområder med nær kontaktflate. En nærmere behandling av anbudsrettslige regler, regelverk for offentlig anskaffelser, arbeidsrett, plan- og bygningsretten, fast eiendoms rettsforhold, ekspropriasjonsretten, miljøretten og kulturminnevernsretten m.m. faller utenfor.

En entreprisekontrakt innebærer generelt at entreprenøren skal utføre et nærmere beskrevet bygg- og/eller anleggsarbeid på vegne av byggherren. Under entreprisebegrepet

---

<sup>6</sup> Se Alf Johan Knag, *Hvordan skrive kontrakt? – en sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet* i på rett grunn, festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Oslo 2010 s. 85-110 (s. 89), Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.)

faller bare byggearbeid på fast eiendom.<sup>7</sup> Det innebærer en avgrensning mot andre kontraktstyper som ikke gjelder oppføring av bygg- og/eller anlegg på landjorden.<sup>8</sup>

En behandling av kontraktsforhold av kjøpsrettslig karakter faller utenfor. Grensen mellom entrepriseretten og kjøpsretten følger av lov 13. mai 1988 nr. 27 kjøpsloven (kjl.) § 2 (1) annet punktum som unntar avtaler om «oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom.» En behandling av kontraktsforhold mellom selger og totalentreprenørs kjøp av materialer og utstyr for å oppføre byggherrens bygg eller anlegg faller utenfor.<sup>9</sup> Det samme gjelder kjøp og overdragelse av fast eiendom etter avhendingsloven<sup>10</sup>, andre tilvirkningskontrakter som bygging av skip og moduler til offshore installasjoner.<sup>11</sup>

Grensespørsmål om hvilke regelverk som kommer til anvendelse vil ikke behandles.<sup>12</sup>

Opgaven gjelder partenes adgang til å avtale risiko for uforutsette grunnforhold. En nærmere behandling av hvilke regelverk som kommer til anvendelse vil i praksis ikke være noen aktuell problemstilling for partenes adgang til å avtale risiko for grunnforholdene.

Det forutsettes i det videre at byggherren og entreprenøren har sluttet seg til NS 8407.

En vurdering av NS 8407 sitt anvendelsesområde vil følgelig ikke behandles.

Forutsetningen innebærer en avgrensning mot andre entreprisekontrakter som gjelder for oppføring av bygg- og/eller anlegg på landjorden, som entreprisekontrakter om utførelsesentreprise og forbrukerentreprise. Dette begrunnes i risikoplasseringen er ulik og at hensynene bak reglene gjør seg gjeldende med ulik styrke for de ulike avtaletypene.

En behandling av virkningene av kontraktsbrudd faller utenfor oppgaven. En slik behandling er ikke sentral for å forstå reglene om risikooverføring. Tidsfrister som reklamasjon og foreldelse, som også må være oppfylt i den sammenheng, behandles ikke.

---

<sup>7</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 19.

<sup>8</sup> Se Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett: utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 9.

<sup>9</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 9 og Nordtvedt mfl. 2013 s. 19.

<sup>10</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 20.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, s. 19.

<sup>12</sup> Et grensespørsmål er under tiden om det vil foreligge et eiendomssalg etter avhendingsloven når entreprenøren som erverver et tomteområde, utbygger dette og deretter selger den ferdig bebyggede eiendom før huset er ferdigstilt, se Hagstrøm 1997 s. 10.



I det videre skilles det ikke mellom begrepene underentreprenør og totalentreprenør. Begrunnelsen for er at det for spørsmålet om risikofordeling er uten betydning for byggherren om grunnforholdet er uforutsett på grunn av totalentreprenøren selv eller underentreprenøren. I praksis vil totalentreprenøren være ansvarlig overfor byggherren, uavhengig av hvem på entreprenørsiden som har utvist skyld, jf. NS 8407 pkt. 10.1 første ledd annet punktum.

### **1.3 Gangen i bygg- og entreprisesak**

For å forstå risikofordelingen mellom partene i en entrepriskontrakt, er det nødvendig å forstå gangen i en vanlig byggesak. Det vil gjøre det enklere å forstå hvilke forpliktelser en klausul om å overføre risikoen for grunnforholdene medfører, og hvem som etter avtalen må bære ansvaret.

Før en generell oversikt over gangen i en vanlig byggesak gis, er det grunn til å gjøre oppmerksom på at partene kan kontrahere på ulike måter ved totalentreprise. Partene kan enten kontrahere ved konkurranse eller uten konkurranse. Hvordan partene har valgt å kontrahere kan i noen grad være avgjørende for hvordan avtalen er å forstå. Dette fordi byggherren ved totalentreprise etter konkurranse må utarbeide et definert prosjektprogram og anbudstilbud som entreprenørene kan inngi tilbud på, mens avtalen uten konkurranse kun vil være basert på forhandlinger.

Byggesaken begynner med byggherrens behov for nybygg, påbygg eller ombygg. Når et slikt behov er erkjent og byggherren bestemmer seg for å utføre byggearbeidet, starter byggeprosessen.

Byggeprosessen kan deles inn i ulike faser. Det er programfasen, prosjekteringsfasen, produksjonsfasen og overtagelsesfasen.<sup>13</sup> I praksis vil det være en glidende overgang mellom disse.

Den første fasen av byggeprosessen er programfasen. I denne fasen utarbeider byggherren et byggeprogram for å analysere sine behov.<sup>14</sup> Byggeprogrammet er av betydning for det endelige resultatet, fordi byggeprogrammet omfatter byggets plassering, størrelse, kvalitet, krav og egenskaper det skal ha. Formålet for byggherren ved utarbeidelsen av

---

<sup>13</sup> Se Jan Einar Barbo, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*, Oslo 1990 s. 24 og 25.

<sup>14</sup> *Op.cit.*, s. 24.

byggeprogrammet er å legge føringer for den kommende prosjekteringen og utførelsen av det ønskede byggverk. Byggeprogrammet og de administrative rammer for økonomi og tid utgjør således rammene for prosjektet.

Når programfasen er gjennomført begynner prosjekteringsfasen. Byggherren vil i denne fasen ha utarbeidet et byggeprogram og ofte engasjere fagfolk til å foreta grunnboringer, sakkyndige til å se på grunnforholdene og lignende. Når disse undersøkelsene er gjennomført vil byggherren utarbeide et konkurransegrunnlag, såfremt det er tale om totalentreprise etter konkurranse. Dersom byggherren har valgt å kontrahere uten konkurranse, vil entreprenøren komme inn i bildet etter utarbeidelsen av byggeprogrammet.

Byggherren inviterer videre to eller flere utvalgte entreprenører som gis adgang til å inngi tilbud. Som en del av konkurransegrunnlaget vedlegges byggeprogrammet, samt resultatene av grunnundersøkelsene som geologiske, miljøtekniske og geotekniske rapporter, og gjerne også i henhold til en standardkontrakt. I vårt tilfelle reglene etter NS 8407. Ved å vedlegge byggeprogrammet får arkitekten og andre konsulenter totalentreprenøren har valgt å bruke den nødvendige informasjon som trengs for å prosjektere, som vil si å beskrive, tegne og beregne det arbeidet som byggherren ønsker utført.

I forbindelse med anbudsinnbydelsen vil interesserte entreprenører gå befarings av byggeområdet, og foreta nødvendige økonomiske vurderinger av byggeoppdraget. Den økonomiske vurderingen vil her ofte være basert på den foretatte befaringsen og annet materiale som følger av anbudsdokumentene. Av anbudsdokumentene kan det fremgå undersøkelser av grunnen, en klausul som overfører risikoen for forholdene ved grunnen og andre forbehold som byggherren har fastsatt eller lignende.

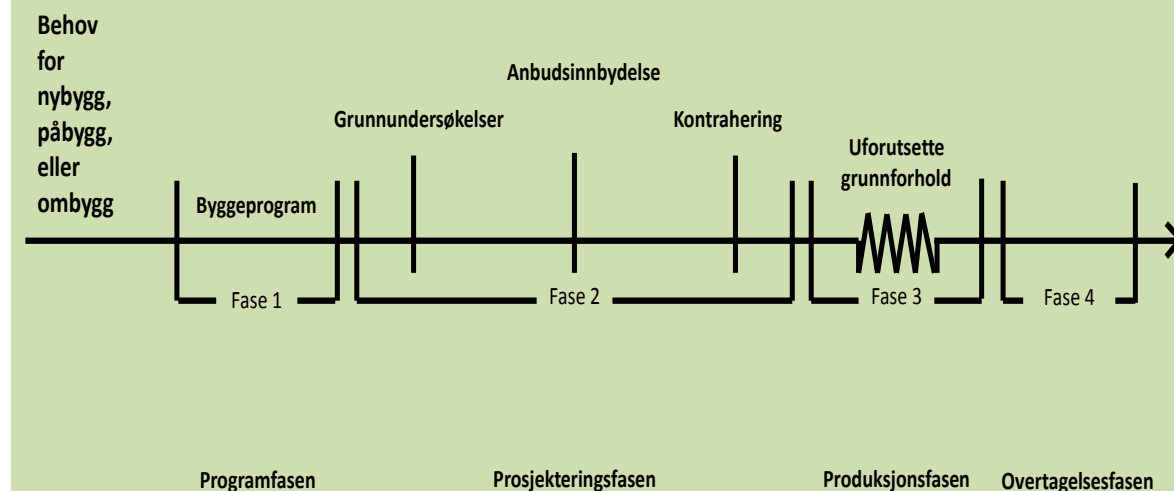
Entreprenører som ønsker å utføre byggeoppdraget innsender så tilbudene til byggherren. Grunntanken er at de interesserte entreprenører skal kunne levere et tilbud basert på de opplysninger som fremgår av konkurransegrunnlaget og befaringsen. Ut fra de innsendte tilbud velger byggherren, etter råd fra sine konsulenter, hvilket tilbud som fremstår best, og kontraherer videre med den aktuelle entreprenøren.

Etter dette starter produksjonsfasen, som vil si det fysiske byggearbeid.<sup>15</sup> Bygget eller anlegget skal oppføres, og det må foretas arbeid i grunnen. Det er under denne fasen de uforutsette masser, fjell eller lignende avdekkes, og leder an mot spørsmålet om hvem av partene som har risikoen, og følgelig må betale.

Til slutt når produksjonsfasen er overstått skal prosjektet overtas av byggherren ved overtagelsesforretning, se NS 8407 pkt. 37.1, da befinner man seg i overtagelsesfasen.

## Gangen i en vanlig byggesak

Figuren gir en kortfattet oversikt over fasene i en vanlig byggesak



Figur 1. En kortfattet oversikt over gangen i en vanlig byggesak. Se vedlegg 1 for forstørret bilde.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, s. 25.

## 1.4 Metode og kilder

### 1.4.1 Generelt i entrepriseretten

Om partene har inngått en avtale om risikooverføring, og hvem som etter avtalen skal bære risikoen for uforutsette grunnforhold i totalentreprise, må klarlegges ut fra alminnelig juridisk metode, basert på tolkninger av standarden og andre rettskilder. Dette avsnittet gir en oversikt over rettskildebildet og de særlige metodeutfordringer som kan oppstå i tolkningsprosessen.

Totalentrepriser i entrepriseretten er ikke lovregulert. Den manglende lovgivningen gir partene et behov for bruk av kontrakter, og standardkontraktene har derfor siden slutten av 1800-tallet vokst frem som en selvregulering på entreprisefeltet.<sup>16</sup> Partene er imidlertid ikke forpliktet til å bruke standardreguleringen. De kan avtale egne kontraktsvilkår. Av relevans er individuelle grunnforholdsklausuler. Standarden fungerer som en egen avtale og partene vil ofte av praktiske hensyn benytte seg av denne. I alle fall som et supplement til den individuelle avtale. Dersom NS 8407 er vedtatt vil den fungere som et *primært rettsgrunnlag* på lik linje med lov.<sup>17</sup>

Standardkontrakten NS 8407 trådte i kraft 1. juli 2011 og avløste den tidligere standarden NS 3431. NS 8407 er vedtatt av Standard Norge, og er en fremforhandlet avtale av bransjeorganisasjoner som har representert de ulike sidene i kontraktsforholdet. Standarden utgjør i realiteten «agreed documents» for totalentrepriser og gir balanserte vilkår. Det foreligger ingen offentlige forarbeider fra forhandlingene. For det tilfelle at noe skulle være nedfelt, vil den omstendighet at de ikke er offentlig tilgjengelig for partene, gjøre den utilrådelig å tillegge vekt som rettskilde. Komiteen innførte videre en protokoll i den nye standarden. Det er uavklart hvilken rettskildemessig status protokollen har, men den er likevel ikke et tradisjonelt forarbeider.

Vilkårene i NS 8407 er ikke et resultat av styrkeforholdet mellom partene. Standarden er en særlig avtaletype, fordi den er utarbeidet av en tredjepart. Det gir standarden ekstra tyngde. Som fremholdt i Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59 blir derfor ordlyden i standarden det sentrale:

«For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf.

---

<sup>16</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 13 med videre henvisning til Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966 s. 59.

<sup>17</sup> Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 337.

Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.».

Selv om det ikke foreligger noen lovgivning om totalentrepriser i entrepriseretten, er mangelen på lovgivningen ikke blitt erstattet av en omfattende rettspraksis.<sup>18</sup> Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelser som behandler overføringen av risiko for grunnforhold i totalentreprise. Det er også et fåtall av høyesterettsavgjørelser som behandler fordelingen av risiko ved uforutsette grunnforhold i totalentreprise.<sup>19</sup> Det er nok flere årsaker til dette. Det kan dels skyldes at partene har standarden, men den viktigste årsaken er nok at sakene ofte er svært faktumtunge og at det derfor hører til sjeldenhetene at vilkårene etter lov 17. juni 2005 nr. 90 tvisteloven § 30-4 (1) er oppfylt. Standardkontraktene har også tradisjonelt inneholdt klausuler om voldgift som tvisteløsningsmekanisme, og partene vil ofte i langsiktige kontraktsforhold se seg bedre tjent med å inngå et forlik.

Det er et begrenset utvalg av avgjørelser fra tingrett og lagmannsrett som belyser foreliggende tema. Hvilken rettskildebetydning slike underrettsdommer har er omdiskutert. Enkelte teoretikere hevder at underrettspraksis spiller ingen rolle i seg selv,<sup>20</sup> mens andre er mer tilbakeholden.<sup>21</sup> Som følge av et fåtall avgjørelser fra Høyesterett, kan underrettsdommene tilkjennes mer vekt enn normalt.<sup>22</sup> Det samme gjelder for voldgiftspraksis, særlig fordi det innenfor bygg- og anleggssektoren tradisjonelt har vært benyttet standardavtaler med voldgiftsklausul.<sup>23</sup> Flere av disse avgjørelsene er likevel gamle, som er med på å begrense hvilken vekt dommene skal tilkjennes.

Voldgiftsavgjørelser må imidlertid brukes med forsiktighet. Disse avgjørelsene har i utgangspunktet vært unntatt offentligheten, og det kan være vanskelig å danne seg et fullstendig bilde av sakens faktum. Videre fastsetter lov 14. mai 2004 nr. 25 voldgiftsloven § 31 (1) første punktum at «voldgiftsretten skal anvende de rettsregler som partene har valgt for de materielle tvistes spørsmål saken gjelder». Partene står således fritt til å *avtale* hvilke

---

<sup>18</sup> Slik tilfellet eksempelvis er i erstatningsretten, jf. Hagstrøm 1997 s. 14.

<sup>19</sup> Pr. 25.03.17 er det kun Rt. 2009 s. 160. De relevante problemstillingene ble imidlertid rettskraftig avgjort i lagmannsretten LG-2007-123605.

<sup>20</sup> Se Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 157-158 og 172-174.

<sup>21</sup> Se Erik Magnus Boe, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010 s. 304.

<sup>22</sup> I samme retning Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 162.

<sup>23</sup> *Op.cit.*, s. 163.



materielle rettsregler som skal legges til grunn for tvisteløsningen. En voldgiftsavgjørelse kan være løst på bakgrunn av for eksempel rimelighet, istedenfor gjeldende rettsregler. De ordinære domstoler er ikke bundet av voldgiftsavgjørelsene.

Annen relevant rettskilde er uttalelser Byggebransjens Faglige Juridiske Råd (BFJR). Rådet er et tvisteløsnings- og responsumorgan for bygge- og anleggsnæringen i Norge. De mottar henvendelser fra parter som ønsker bistand til å løse konflikter, og avgjør saken etter skriftlig forelagt dokumentasjon. Uttalelsene fra rådet er ikke formelt bindende, men blir ofte i praksis etterlevd.<sup>24</sup> Per dags dato har rådet etter NS 8407 ikke tatt stilling til noen relevante konflikter for oppgaven. De relevante uttalelser er derfor avgitt på grunnlag av NS 3431.

I alminnelig metodelære har juridisk teori som utgangspunkt ingen tung rettskildemessig vekt. Som følge av at entrepriseretten er nokså fattig på rettskilder, får dermed teorien større faktisk betydning ved rettsanvendelsen. Mangelen på lovregulering, rettspraksis og forarbeider med utredninger om hvordan standarden og den individuelle avtale er å forstå, skaper et behov som gir teoretiske fremstillinger en større plass i rettskildebildet. Dette reflekteres også i de ordinære domstolers rettskildebruk, hvor det ofte henvises og siteres til entrepriserettslig litteratur i rettsanvendelsen.<sup>25</sup>

Siden NS 8407 har vært i kraft siden 2011, er det lite litteratur om standarden. Standarden er kun blitt behandlet inngående av Giverholt<sup>26</sup> og Nordtvedt mfl. Det er dessuten lite litteratur om NS 3431, og brorparten av litteraturen i entrepriseretten, gjelder utførelsesentreprise. Som følge av at enkelte hensyn bak utførelsesentreprisen gjør seg gjeldende ved fordeling av risiko i totalentreprise, vil også litteratur knyttet til NS 8405 være anvendbar i oppgaven. Det samme gjelder litteratur som er skrevet for den alminnelige kontraktslovgivning.

Som en relevant rettskilde bør også hensynet til en god regel, såkalte «reelle hensyn» nevnes.<sup>27</sup> For det tilfelle at det er få rettskilder som behandler problemstillingene, og ordlyden i NS 8407 ikke gir klare svar, vil de reelle hensyn tillegges større vekt.<sup>28</sup> Eksempler

---

<sup>24</sup> Se blant annet Rt. 2003 s. 1531.

<sup>25</sup> Se f. eks Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 76-80.

<sup>26</sup> Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen, *NS 8407 alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, Oslo 2012.

<sup>27</sup> Se Eckhoff 2001 s. 371.

<sup>28</sup> *Op.cit.*, s. 378-382.

på reelle hensyn er samfunnsøkonomiske betraktninger, forutberegnelighet, lojalitet og rettstekniske hensyn. De relevante hensyn behandles fortløpende i oppgaven.

I tillegg til den ulovfestede bakgrunnsrett, har mer generelle lover som lov 31. mai 1918 nr. 4 avtaleloven (avtl.) relevans for entrepriseretten. Entrepriseretten skiller seg i utgangspunktet ikke fra den alminnelige kontraktsrett, fordi partenes rettigheter og plikter søkes løst etter partenes kontraktsregulering. Kontrakten må tolkes og eventuelt utfylles med grunnlag i bakgrunnsretten. For det tilfelle at standarden ikke regulerer spørsmålet, vil derfor alminnelige entrepriserettslige prinsipper komme til anvendelse. I tillegg er det relevant å se på forbrukerrettslig entrepriser som lov 13. juni 1997 nr. 43 bustadoppføringsloven (buofl.) og lov 16. juli 1989 nr. 63 håndverkertjenesteloven (hvtjl.), men disse lovene kan ikke anvendes analogisk, fordi det dels er andre hensyn som gjør seg gjeldende bak profesjonelle entrepriser. Kjøpsloven, lov 26. mars 1999 nr. 17 husleieloven (husll.) og lov 3. juli 1992 nr. 93 avhendingsloven (avhl.) vil også være relevant for behandling av enkelte spørsmål i oppgaven.

#### **1.4.2 Rettskildebruk i oppgaven**

Ovennevnte rettskilder vil bli benyttet i oppgaven. Det absolutte utgangspunkt vil være ordlyden i NS 8407. Bestemmelser av gjenstand for tolkning og klarlegging er pkt. 23.1 og 23.2. Oppgaven er i hovedsak konsentrert om avtaler inntatt etter pkt. 23,2 men tolkningsprosessen av individuelle avtaler som gir bestemmelsen anvendelse er også tema.

De viktigste rettskildene er rettspraksis, standarden, BJFR og juridisk litteratur. Mine forundersøkelser har bestått av en gjennomlesning av kildematerialet for å besvare problemstillingene i oppgaven. En del rettspraksis er referert i juridisk litteratur, mens andre dommer og uttalelser er innhentet fra Lovdata og Rettsdata etter spesifikke søk. Flesteparten av voldgiftsavgjørelser er delvis fremstilt av Sandvik og det er begrenset hva man kan få ut av materialet.<sup>29</sup> Voldgiftspraksis vil bli benyttet som eksempler på problemstillinger og rettslige løsninger.

---

<sup>29</sup> Se Sandvik 1966.

## 2 Den grunnleggende risikofordelingen

### 2.1 Utgangspunkter

Et grunnleggende prinsipp i norsk entrepriserett er at risiko skal fordeles i henhold til kontraktens funksjonsfordeling.<sup>30</sup> Dette prinsipp la Høyesterett allerede til grunn i 1917.<sup>31</sup> Prinsippet tilsier at partene etter kontraktens fordeling av arbeidsoppgaver bærer risikoen for egen ytelse. Dette er basert på betraktninger om hvem av partene «som har de beste muligheter til å *forutse* eller *forebygge* risikobegivenheten eller dens innflytelse»<sup>32</sup> (min kursivering). Fordelingen av arbeidsoppgaver for totalentreprise følger som utgangspunkt av standarden selv, men partene er også gitt anledning til å avtale en annen fordeling.

Prinsippet gir uttrykk for en allmenn regel som innebærer at hver av partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.<sup>33</sup> Arbeidsoppgavene som skal ytes for å oppføre bygget eller anlegget utgjør «funksjoner», og det er disse «funksjonene» etter kontraktsforholdet de selv bærer risikoen for. Begrepet funksjonsområde utgjør således en fellesbetegnelse på de ytelser partene etter kontraktsforholdet yter frem mot det endelige og forutsatte resultat. Som eksempel nevnes at byggherren opplyser totalentreprenøren om at forholdene ved grunnen kun består av leire. Det vil være en ytelse som byggherren har foretatt. Svikt i denne ytelsen, ved at grunnforholdene for eksempel består av fjell, vil være en risiko som byggherren etter den grunnleggende risikofordelingen må bære.

I den sammenheng partene får bidrag fra aktører de har kontrahert med, vil partene identifiseres med disse bidragene. Bidraget fra aktører totalentreprenøren har kontrahert med, vil være totalentreprenørens ytelse i relasjon til byggherren: Bidragene ligger innenfor totalentreprenørens «funksjonsområde» og risikoen for disse bidragene må totalentreprenøren bære risikoen for. Det samme gjelder for byggherren. Har byggherren for eksempel kontrahert med tredjepart om å utføre grunnboringer, og materiale etter grunnboringen ikke er i samsvar med de faktiske grunnforhold, vil byggherren etter den grunnleggende risikofordelingen måtte bære risikoen for svikt i materialet.

---

<sup>30</sup> Se Sandvik 1966 s. 243 og Hagstrøm 1997 s. 16.

<sup>31</sup> Se Rt. 1917 s. 673.

<sup>32</sup> Se Sandvik 1966 s. 117.

<sup>33</sup> Se Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 333.

For det tilfelle at en hindring i grunnforholdene faller innenfor totalentreprenørens risikofære, kan det bli spørsmål om byggherren har rett til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende.

Aktuelle beføyelser er dagmulkterstatning, prisavslag eller en rett til å heve kontrakten. Den viktigste konsekvensen er at totalentreprenøren risikerer dagmulkterstatning på grunn av forsinkelse, jf. NS 8407 pkt. 40.1. Byggherren vil her kreve dagmulkt per hverdag etter nærmere utmåling, jf. standardens pkt. 40.3. Det kan også avtales en høyere dagmulkt ut over standarden. Til forskjell fra et krav om prisavslag er det ikke nødvendig for byggherren å dokumentere et faktisk økonomisk tap eller tapets størrelse.

Faller hindringen i grunnen innenfor byggherrens risikofære, blir det spørsmål om totalentreprenøren har rett til å kreve forlenget utførelsestid, slik at tidspunktet for overtakelse forskyves, jf. NS 8407 pkt. 33.1 bokstav b og/eller betaling for merarbeid, jf. NS 8407 pkt. 34.1.2 (1).<sup>34</sup> En forskyvning av overtagelsestidspunktet gjør at byggherren risikerer å komme i ansvar for krav fra tredjepersoner, som for eksempel en bedrift som skal leie næringslokalet fra avtalt overtagelsestidspunkt.

Konsekvensen av at risikofordelingen følger partenes avtalte funksjonsfordeling er at de rent organisatoriske forhold ved byggearbeidet må tillegges betydelig vekt. For totalentrepriser er partenes risikofordeling for grunnforholdene slik, jf. NS 8407 pkt. 23.1:

«Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet.

Totalentreprenøren skal:

- a) Gjennomføre en aktsom besiktelse av byggeområdet og dets omgivelser,
- b) innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen, som for eksempel forurensninger, geologiske og geotekniske forhold ved kontakt med offentlige etater, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren, og

---

<sup>34</sup> Det kan undertiden være tvilsomt hva «merkostnader» skal dekke, jf. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 81.

- c) innhente opplysninger om kabler og rør ved kontakt med offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte om dette, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren

Byggherren plikter i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget å opplyse om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesser av å få.

Alle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning ved avgjørelsen av hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med. Det samme gjelder forhold nevnt i annet ledd, selv om totalentreprenøren ikke har oppfylt sin plikt etter denne bestemmelsen.

Byggherren svarer for de opplysninger om forhold ved grunnen, byggeområdet, og dets omgivelser som han har gitt i forbindelse med kontraktsinngåelsen.

Dersom byggherren gir uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd, har han risikoen for konsekvensene av dette, med mindre man kan gå ut fra at dette ikke har virket inn på tilbudet. Det samme gjelder for riktigheten av opplysninger innhentet etter annet ledd bokstav c og c.»

Hovedregelen følger av første ledd: Byggherren har risikoen for forholdene ved grunnen, og det kan utløse berettigede krav om både fristforlengelse og vederlagsjustering fra totalentreprenøren. Som det kort redegjøres for nedenfor, er dette imidlertid kun et utgangspunkt, fordi det avgjørende er hva totalentreprenøren «hadde grunn til å regne med». Er grunnen slik totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, kan han ikke kreve fristforlengelse og vederlagsjustering av byggherren. Totalentreprenøren må da dekke alle de nødvendige kostnader grunnforholdene medfører selv, og eventuell dagmulktstatning om oppføringen blir forsinket. Hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med avhenger av bestemmelsens andre til sjette ledd. Bestemmelsen angir viktige momenter, av stor betydning for tolkningen av hovedregelen. Av særlig relevans er byggherrens opplysningsplikt og totalentreprenørens undersøkelsesplikt, jf. annet og tredje ledd.

Hovedregelen har gode grunner for seg. Byggearbeidet foregår på byggherrens grunn, og det er rimelig at en eier normalt har risikoen for egen eiendom. Byggegrunnen er en nødvendig ytelse fra byggherren, og i lys av prinsippet om funksjonsfordeling er det rimelig



at ytelsen behandles på samme måte som andre innsatsfaktorer.<sup>35</sup> Siden det er byggherren som er eier av grunnen, vil det også være han som normalt har den største forutsetningen for å kunne kjenne til og avklare grunnforholdene. Til slutt er det byggherren som har den langsiktige interessen i å få oppført bygget eller anlegget.

Dersom forholdene ved grunnen er slik at totalentreprenøren har tilstrekkelig grunnlag for, og oppfordring til å ta høyde for de variasjoner som viser seg, bør imidlertid totalentreprenøren ikke vernes. Totalentreprenøren har da med åpne øyne inngitt et tilbud for å utføre et byggearbeid med de grunnforhold som er. Til forskjell fra byggherren, vil totalentreprenøren ha bedre muligheter til å forutse eller forebygge risikobegivenheten eller dens innflytelse. Totalentreprenøren kan da ikke kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering i tillegg til det byggherren etter inngitt tilbud skal betale.

## **2.2 Kort om innholdet i pkt. 23.1 første ledd**

Vurderingstemaet er hva totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med». Dersom det avsløres «avvikende», det vil si uforutsette grunnforhold, fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med», vil byggherren bære risikoen. Foreligger det derimot forhold som totalentreprenøren hadde tilstrekkelig grunn for, og oppfordring til å ta høyde for, vil han bære risikoen. For å avgjøre om grunnforholdet «avviker» fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med», må det avklares hvilke opplysninger totalentreprenøren hadde og hvilke han burde ha på bakgrunn av pliktene i annet ledd bokstav a-c.

De klareste tilfeller av grunnforhold totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, er når totalentreprenøren kjenner til de faktiske forhold ved grunnen. Det kan være fordi byggherren har foretatt grunnundersøkelser, og de resultater som er formidlet til totalentreprenøren er korrekt, eller fordi undersøkelsene totalentreprenøren var forpliktet til å gjennomføre kunne avdekt forholdene i grunnen.

Ut fra den informasjon totalentreprenøren har tilgjengelig kreves det at han foretar en forstand helhetsvurdering, jf. Rt. 1999 s. 922 på s. 932 hvor førstvoterende i Høyesterett siterer uttalelser fra juridisk teori:

---

<sup>35</sup> Se Hagstrøm og Bruserud 2014 s. 208.

«[V]år rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelig data.»

Det er ikke totalentreprenørens subjektive forventning av grunnforholdene som er avgjørende, men hva det objektivt sett kan forventes at totalentreprenøren tar høyde for etter den informasjon han har fått av byggherren og de undersøkelser han er forpliktet til å foreta.

Standardens pkt. 23.1 setter ingen begrensninger for hvilke opplysninger som er aktuelle. Etter bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at «[a]lle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning[.]» I tillegg til de opplysninger totalentreprenøren får av byggherren og de undersøkelser han selv er forpliktet til å foreta, kan for eksempel opplysninger fra naboer, media eller lignende, også kunne vektlegges i vurderingen.

Tidspunktet for vurderingen er «ved utarbeidelsen av tilbudet». De forhold som skal tas i betraktning er de som totalentreprenøren var kjent med eller burde vært kjent med før pristilbudet ble inngitt. Det vil typisk være opplysninger som byggherren har gitt uttrykk for i konkurransegrunnlaget, og de opplysninger som totalentreprenøren selv var forpliktet til å innhente. Tidspunktet for vurderingen etablerer et skjæringstidspunkt mot de opplysninger totalentreprenøren mottar etter inngivelsen av tilbudet. Disse opplysningene vil totalentreprenøren ikke kunne forventes å «regne med», men de vil eksempelvis kunne få betydning for om entreprenøren må foreta ytterligere undersøkelser i etterkant, jf. standardens pkt. 25.1.1 bokstav b).

Redegjørelsen angir rammene for vurderingen av hva totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med». Det avgjørende for hvem som skal bære risikoen, er om forholdene «avviker» fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med». Begrunnelsen for at bestemmelsen ikke behandles i dybden her, er at oppgaven omhandler risikooverføring. Etter standardens pkt. 23.2 er partene gitt en adgang til å inngå avtale om en annen risikofordeling enn hva som følger av standardens pkt. 23.1. Byggherren kan imidlertid ikke fri seg ansvar for forhold som «avviker vesentlig» fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med». Vurderingen er den samme som pkt. 23.1, men terskelen for totalentreprenøren til å unngå ansvar er høyere. Som følge av at skrankene er de samme, og pkt. 23.1 er helt sentral for å forstå unntaket etter pkt. 23.2, vil jeg i oppgavens pkt. 5.2.3 komme detaljert tilbake til hvilke forhold som «avviker» fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.

## 3 Klausuler om overføring av risiko

### 3.1 Adgangen til å inngå avtale om overføring av risiko

Hovedregelen i norsk er at vi kan binde oss til det vi vil, gjerne omtalt som kontraktsfrihet. Det er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten. Ofte forankres prinsippet i Kong Christian Femtis Norske love 15. april 1687 art. 5-1-2 (NL), som sier at alle kontrakter: «[S]om ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere».

Utgangspunktet er at partene kan inngå avtale med hvem de vil og om hva de vil. Dette gjelder imidlertid så langt avtalefriheten ikke kommer i strid med lov eller avtale. Det samme gjelder for partenes adgang til å overføre risikoen for grunnforholdene, jf. NS 8407 pkt. 23.2, men med begrensningen som følger av ordlyden. Bestemmelsen lyder slik:

*«Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med basert på reglene i 23.1.*

Slik avtale fritar ikke byggherren for risiko nevnt i 23.1 siste ledd.» (min kursivering)

Strengt tatt tilsier ordlyden at det er begrensningen som reguleres her, men viser også at det i utgangspunktet er avtalefrihet.

Etter den tidligere standarden NS 3431, var det ingen regulering av adgangen til å overføre risikoen for forholdene ved grunnen. Rettspraksis viser imidlertid at det også etter den tidligere standarden var en adgang til å inngå slike avtaler.<sup>36</sup> NS 8407 pkt. 23.2 er en kodifisering av denne praksis.

Standardens pkt. 23.2 er fravikelig. Dersom partene ønsker en annen regulering av kontraktsforholdet, kreves det at partene har avtalt et avvik i den individuelle avtale. Har ikke partene avtalt noe avvik, vil bestemmelsen gjelde.

---

<sup>36</sup> Se eksempelvis LG-2008-45836 og LH-2010-34513.

## 3.2 Begrunnelsen for avtalefriheten

Det er flere begrunnelser for utgangspunktet om avtalefrihet. Standardens pkt. 23.1 sikrer i utgangspunktet en rimelig god risikobalanse, men bestemmelsen er blant annet vanskeligere å anvende enn pkt. 23.2. Problemet er at opplysningene totalentreprenøren får av byggherren gir et begrenset bilde av grunnforholdene, at opplysningene kan være koblet sammen med en rekke forbehold og at materialet etter de gjennomførte grunnundersøkelser kan gi utydelige svar.

Uten nærmere holdepunkter må det fastlegges om det er byggherren eller totalentreprenøren som skal dekke kostnadene. Etter den grunnleggende risikofordelingen byr det på problemer, fordi det lett kan oppstå uklare grensesnitt om forholdet «avviker» fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.

Generelt bør det verken stilles for høye eller lave krav til totalentreprenørens forutseenhet. Stilles det for høye krav til entreprenørene innkalkulere betydelige risikopåslag i tilbudene som gis, eventuelt at entreprenørene foretar grunnundersøkelsene selv. Som tidligere nevnt er det ikke en rasjonell og samfunnsøkonomisk løsning. Samtidig bør det heller ikke stilles for lave krav til totalentreprenørens forutseenhet. Dersom totalentreprenøren ikke kan pålegges ansvar med mindre grunnundersøkelsene uttrykkelig er i samsvar med hvordan grunnforholdene viser seg å være, vil byggherrens insentiv for å foreta grunnundersøkelser bli lite.

Totalentreprenøren kan altså ikke bygge på at grunnforholdene er av enkleste sort, men at det vil være en variasjon i hvilke uventede forhold som kan gi totalentreprenøren en rett til å kreve fristforlengelse og vederlagsjustering. Hvilke forhold dette er, kan være vanskelig å slå fast. For å avbøte denne usikkerheten, og skape større grad av klarhet i avtaleforholdet, kan derfor partene tilpasse standarden. I stedet for at byggherren har risikoen for forhold som «avviker» fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, kreves det da at forholdene «avviker vesentlig». Dette gjør at partene i større kan ivare sine individuelle forhold ved kontrakten og behov for øvrig.

### 3.3 Fordeler og ulemper ved risikooverføring

Som et utgangspunkt er det ingen av partene som ønsker å påta seg mer enn nødvendig risiko. Grunnen til det er at begge partene ønsker å gjennomføre prosjektet med lavest mulige kostnader. Det er derfor den som i utgangspunktet blir kvitt risikoen, her byggherren, som er tjent med overføringen, men dette avhenger av om, og i tilfelle hvor mye entreprenøren legger på prisen.

Etter dagens markedssituasjon er det stor etterspørsel etter entreprenørfirmaet. Entreprenørene står overfor flere potensielle byggeprosjektet, noe som legger press på byggherrene. På grunn av forholdstallet mellom antall byggeprosjekt og entreprenører, står derfor entreprenøren ikke overfor et valg om å påta seg risikoen for grunnforholdene eller å ikke påta seg å utføre et arbeid i det hele tatt. Markedssituasjonen gjør følgelig at byggherren ikke kan kreve hva han vil.

Et spørsmål som reiser seg da, er hvorfor entreprenøren skal akseptere en overføring av risiko. Svaret på det er normalt den økonomiske fordel en endring av risikobildet avspeiler. Som en del av totalentreprenørens kalkulering av pris, vil han under hensyn til å få oppdraget kunne innkalkulere en «risikopremie».

Fordelen for byggherren med å overføre risikoen for forholdene ved grunnen, er at totalentreprenøren i større grad må regne med uforutsette grunnforhold, og være økonomisk ansvarlig for disse. Hindringer som fordyrer prosjektet, for eksempel uforutsette fjell i grunn som må sprenges, vil i så fall være en kostnad som må bæres av totalentreprenøren, og ikke byggherren, med mindre fjellet avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.

Ulempen er imidlertid at byggherren ikke vil være økonomisk tjent med å overføre risikoen om det i grunnforholdene ikke avdekkes noen hindringer, eller at overføringen av risiko koster med enn kostnadene for å overgå hindringen. For totalentreprenøren vil i så fall overføring av risiko være en økonomisk fordel. Den avtalte pris for å overføre risikoen vil overstige kostnadene for å overgå hindringen(e). Ulempen er imidlertid om kostnadene som følger av hindringen(e) overgår den avtale pris for å overføre risikoen. Totalentreprenøren vil da ikke oppnå noen ekstra avkastning som følge av overføringen, og overføringen vil være en økonomisk ulempe for totalentreprenøren. Totalentreprenøren vil likevel, sannsynligvis ha flere prosjekter under utførelse, og det er liten sannsynlighet for at



kostnadene for å overgå hindringen(e) blir høyere enn den avtalte pris i samtlige prosjekter, noe som vil være med på å dekke opp for eventuelle tap.

Ofte synes poenget med å overføre risiko, å være å sikre byggherren mot økonomiske kostnader for grunnforhold som avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, men det er også andre grunner. Ofte overføres risikoen fordi det ikke dreier seg om beskjedne verdier.<sup>37</sup> Det tar lang tid fra avtaleinngåelse til ferdigstilling, og det skaper en betydelig grad av usikkerhet.<sup>38</sup> Partenes adgang til å avtale overføring av risiko gjør derfor at de får en større grad av forutberegnelighet om hva gjennomføringen av prosjektet til slutt skal koste, men byggherren kan ikke fri seg fra de største avvikene som vil ramme totalentreprenøren hardest.

Dersom partene ikke har en adgang til å overføre risikoen, kan det for byggherren være vanskelig å sikre eget økonomisk budsjett, noe som kan medføre at byggherren vegrer seg for å ta sjansen med å oppføre et bygg eller anlegg. Særlig gjelder dette hvor byggherren er i en økonomisk presset situasjon, som skaper et ytterligere behov for en tidlig avklaring av totalkostnadene for arbeidet i grunnen. Et eksempel på det er dom inntatt i LG-1997-2010. Saken gjaldt spørsmål om entreprenøren hadde krav på betaling av merkostnader. Fylkeskommunen hadde som byggherre fremholdt overfor entreprenøren at han som en forutsetning skulle ha den fulle risiko for grunnforholdene, fordi fylkeskommunen nettopp ikke hadde mulighet til å bevilge midler dersom det skulle vise seg å påløpe ekstraomkostninger. De grunnforholdene som det erfaringsmessig var heftet usikkerhet ved i prosjektet av denne typen måtte entreprenøren betale kostnadene for selv.

Fordelene med å inngå avtale om å overføre risikoen er følgelig ikke bare av økonomisk art. Partenes adgang til å avtale plassering av risikoen fremmer en ansvarsavklaring, slik at det vil være enklere å fastsette hvem som skal bære risikoen. Det kan være fordi partene mangler den nødvendige kunnskap om fordelingen etter standardens pkt. 23.1 eller fordi partene bevisst ønsker å unngå opphetede diskusjoner om ansvar. Som nevnt er utgangspunktet etter standarden at byggherren bærer risikoen for forhold som «avviker» fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, men etter pkt. 23.2 kreves det at forholdene «avviker vesentlig». Er grunnforholdene slik at de «avviker» fra det

---

<sup>37</sup> Se Lilleholt 2014 s. 216.

<sup>38</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 10 med videre henvisning.

totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, vil derfor totalentreprenøren etter pkt. 23.2 måtte bære risikoen. Spørsmålet om fordelingen av risiko, blir da et spørsmål om grunnforholdene «avviker vesentlig».

En ulempe er imidlertid at entreprenøren har begrenset med tid før innsendelsen av tilbudet. Entreprenøren skal foreta grundige vurderinger og kontroll av byggherrens beskrivelse før det utbedres et realistisk pristilbud. Dersom byggherren ikke har foretatt de nødvendige grunnundersøkelser, må entreprenøren foreta disse selv. Gjennomføringen er imidlertid kostbar og tidkrevende, og det er ikke realistisk at potensielle tilbydere har vilje og mulighet til å hyre egne konsulenter for å lage en slik kalkyle, selv før de faktisk vet om byggherren vil akseptere tilbudet. Det kan medføre at interesserte entreprenører innsender tilbudet, uten at de nødvendige undersøkelser av grunnen er foretatt. Overføringen av risiko kan da gi ubalanserte avtalevilkår, som først og fremst ivaretar byggherren. Protokollen til standarden anbefaler her at byggherren sterkt innhenter de nødvendige grunnundersøkelser og at unnlåtelsen vil være illojal. Betydningen av det kommer jeg tilbake til under pkt. 5.5.

Selv om entreprenøren i anbudskonkurransen har mindre muligheter til å foreta grunnundersøkelser, og byggherren normalt er klar over det, er det likevel ikke til hinder for å kreve at entreprenøren skal bære risikoen om grunnforholdene er lite utbedret. Poenget er ikke å fastslå hvem av partene som skal foreta undersøkelsene av grunnen, men virkningene av at undersøkelsene ikke er foretatt.<sup>39</sup> Det gjør at avtaler om å overføre risikoen kan være en kilde til uenighet og skape tvist mellom partene. Praksis gir likevel uttrykk for at overføringen av risiko i store entreprisekontrakter er utbredt. Dette gjør at problemstillingene i den forbindelse er praktisk.

Standarden og andre rettsgrunnlag setter begrensninger i adgangen til å overføre risikoen. Begrensningene følger av ordlyden i pkt. 23.2, protokollen gir uttalelser og andre regelsett som avtl. § 36. Forutsetningen er imidlertid at partene har inngått en avtale om å overføre risikoen, og at innholdet etter overføringen er klart. Det leder over til neste vurdering, som er et spørsmål om hva som skal til for å inngå en avtale om risikooverføring og hvordan innholdet etter en slik avtale skal forstås.

---

<sup>39</sup> Se Sandvik 1966 s. 237.

## 4 Tolkning av klausuler om overføring av risiko

### 4.1 Innledning og problemstilling

Spørsmålet i det videre er hvordan en klausul om overføring av risikoen for forholdene ved grunnen skal tolkes. Det sentrale er å fastslå om partene har avtalt en overføring av risiko, og rekkevidden av den eventuelle risikoen som er overført. Problemet oppstår når partene er uenige om det er inngått en avtale *med* risikooverføring og hva *innholdet* av overføringen er. Svaret på disse spørsmålene beror på en alminnelig avtalerettslig tolkning.

Siktemålet er å fastsette avtaleforholdets rettsvirkninger, altså hvilke rettigheter og plikter partene har etter kontrakten.<sup>40</sup> Naturlig nok er dette tema for partene før inngåelsen av kontrakten, og i de fleste tilfeller oppstår det ingen uenigheter om forståelsen av avtalen. Adgangen til å overføre risikoen for grunnforholdene er imidlertid vid, og partene ønsker ofte en detaljert regulering, slik at ethvert kontraktsforhold får sitt eget særpreg. Partene risikerer å ikke utforme klausulen klart nok, slik at den åpner for ulike tolkningsalternativer. Det må i tilfellet bringes på det rene hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn.

For å komme til hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn, må rettsanvenderen gjør ulike vurderinger. Tolkningen blir på denne måten en prosess, som leder frem mot tolkningsresultatet. Prosessen er styrt av normer fra kontraktsrettens rettskildelære.<sup>41</sup> Normene viser seg i form av tolkningsprinsipper, tolkningsmomenter og tolkningsregler. Med tolkningsprinsipper siktes det til prinsipper for hvordan avtalen skal fortolkes, og med tolkningsmomentene til de argumenter av relevans for tolkningen. Tolkningsreglene er veiledende normer om hvilket tolkningsresultat som skal legges til grunn.

Først må rettsanvenderen gjør seg kjent med hvilke prinsipper som gjelder for tolkningen av klausuler om å overføre risikoen for grunnforholdene. Disse prinsippene er veiledende for hvilket tolkningsresultat rettsanvenderen kommer til, men vil ikke alene være avgjørende. Også andre momenter kan ha betydning. Argumentene kan trekke i retning av et bestemt tolkningsresultat, men også i ulike retninger. Det oppstår da flere tolkningsalternativer. Valget mellom alternativene må løses under uskrevne tolkningsregler, som for eksempel NS 8407 pkt. 2.2. Det gjør at enkelte klausuler ikke anses vedtatt eller tolkes innskrenkende.

---

<sup>40</sup> Se Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 379.

<sup>41</sup> Se Woxholth 2014 s. 382.

## 4.2 Avtalen som utgangspunkt og formkrav

Ved vurdering av om partene har avtalt å overføre risikoen for grunnforholdene, og hvilken risiko totalentreprenøren etter overføringen har påtatt seg, er utgangspunktet avtalen mellom partene. Med avtalen menes her de individuelle vilkår partene har avtalt. Uten slik avtale vil hovedregelen om risikofordeling gjelde. Dette fremgår av ordlyden i pkt. 23.2: «Dersom det er *avtalt* at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen...» (min kursivering). En problemstilling i den sammenheng er det om stilles formkrav til skriftlighet for å vise at partene har avtalt å overføre risikoen for grunnforholdene. Og i tilfellet det ikke er stilt et krav til skriftlighet, blir det et spørsmål om hvilken betydning fraværet av skriftlig avtale har for vurderingen om partene har avtalt risikooverføring.

Hovedregelen i norsk rett er formfrihet. Det innebærer at det ikke er noen krav til avtalens form, slik at avtalen om å overføre risikoen for grunnforholdene i utgangspunktet kan inngås muntlig. Det oppstilles imidlertid enkelte unntak fra regelen om formfri kontraktsinngåelse.<sup>42</sup> Noe slikt unntak følger ikke av NS 8407 pkt. 23.2 eller rettspraksis.

Til forskjell fra mange land, der kontrakter om for eksempel kjøp av fast eiendom må inngås skriftlig,<sup>43</sup> er det etter norsk rett ingen formkrav om skriftlighet for å avtale overføring av risikoen for grunnforhold. Byggherren og totalentreprenøren kan altså, uavhengig av om kontrakten gjelder milliarder eller ikke, inngå avtalen muntlig.

For omfattende og kompliserte kontrakter kan fraværet av skriftlig avtale være et tydelig tegn på at endelig enighet ikke er oppnådd. Eksempel fra kontraktsretten på dette er dom av Rt. 1990 s. 1060. Saken gjaldt spørsmål om det i tilknytning til inngått factoringavtale, var gitt tilsagn om en utvidelse av risikoavdekning på kr 650 000 til 1 million. Under bevisvurderingen på s. 1066 framholdt Høyesterett som et moment at partene sannsynligvis ikke hadde inngått noen bindende avtale om et så viktig spørsmål per telefon:

«Etter det som tidligere hadde passert mellom partene og det som umiddelbart deretter ble foretatt fra ASF's side, finner jeg det *usannsynlig* at ASF i

---

<sup>42</sup> Eksempler på dette er lov 25. juni 1999 nr. 46 finansavtaleloven § 48 om skriftkrav ved visse forbrukerkredittkontrakter og lov. 16. juni 1989 nr. 69 forsikringsavtaleloven §§ 2-2 og 11-2 som lovfester at forsikringsbevis skal nedfelles i skrift.

<sup>43</sup> Se Lilleholt 2014 s. 218.

telefonsamtalen har ment å inngå bindende avtale om et så viktig spørsmål.»  
(min kursivering)

Spørsmålet var viktig fordi det gjaldt en avtale av verdi inntil kr 350 000. Til forskjell fra en avtale om å overføre risikoen for forhold ved grunnen, vil imidlertid partene ofte ikke kjenne til verdien av avtalen, før de uforutsette grunnforhold er avdekt. Det kan tenkes at forholdene ved grunnen ikke medfører noen ekstraomkostninger, men i praksis vil det som regel avdekkes uventede grunnforhold. At det kan dreie seg om verdier som gjør at spørsmålet om det er inngått en avtale om risikooverføring viktig, er heller ikke tvilsomt. Et eksempel på det er dom inntatt i LE-2008-152113. Byggherren måtte her betale rundt 15 millioner kroner i merutgifter på grunn av totalentreprenørens økte kostnader som følge av uventede løsmasser.

Dersom partene er uenige om det er inngått en avtale om å overføre risikoen for grunnforholdene, og det ikke er inngått noen skriftlig avtale, vil fraværet av skriftlig avtale trekke sterkt i retning av at partene ikke har avtalt en risikooverføring. Sett hen til den økonomiske konsekvens overføringen kan medføre, og at partene som profesjonelle normalt inngår avtaler skriftlig, fremstår det nærmest som et absolutt vilkår at avtalen må være inngått skriftlig. Selv om det kan tenkes at partene inngår avtalen muntlig, noe som vil høre til en av sjeldenhetene, vil fraværet av skriftlig avtale ha stor betydning for bevisvurderingen av om partene har avtalt en risikooverføring.

### 4.3 Alminnelige tolkningsprinsipper

Utgangspunktet er at dersom partene er enige om avtalens innhold på avtaletidspunktet, vil denne forståelsen *alltid* bli lagt til grunn. Det betyr, uavhengig av utformingen av ordlyden, at den felles forståelse mellom partene blir lagt til grunn i rettsforholdet mellom dem, jf. Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159, UNIDROIT Principles 2010 art. 4.1 (1): «A contract shall be interpreted according to *the common intention of the parties*» (min kursivering) og DCFR 2009 II.-8:101 første avsnitt: «A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties *even if this differs from the literal meaning of the words*» (min kursivering). At dette også gjelder for tolkning av avtaler om overføring av risiko for grunnforhold er heller ikke tvilsomt, jf. Rt. 1993 s. 564 på s. 569:

«Det primære formål ved *all kontraktstolkning* er å finne ut hva partene har ment.»  
(min kursivering)

I utgangspunktet vil det ikke foreligge noen felles forståelse mellom partene. Det er byggherren som utformer klausulen i konkurransegrunnlaget og i anbudskonkurranser hvor forhandlinger er forbudt, vil partene ikke ha *diskutert* innholdet nærmere. Entreprenører som ønsker å utføre byggeoppdraget kan imidlertid spørre byggherren om hvordan klausulen er å forstå, og partene kan i så fall skape en felles forståelse av avtalen. Som eksempel nevnes at byggherren har inntatt en klausul i konkurransegrunnlaget hvor det heter at «totalentreprenøren skal påta seg enhver risiko ved grunnen». Dersom partene er enige om at klausulen skal forstås slik at den ikke gjelder for forurensede masser, vil det være en felles forståelse som senere må legges til grunn, selv om totalentreprenøren etter ordlyden skal ha risikoen for de forurensede masser.

Dersom partene er enige om hvordan avtalen skal forstås, er utfallet gitt, og det er ingen grunn for at saken tas opp for domstolene. En av partene kan imidlertid fastholde at det har vært en enighet om forståelsen av avtalen.<sup>44</sup> For det tilfelle at en slik felles forståelse av avtalen kan påvises, vil domstolen uavhengig av om forståelsen avviker fra klausulens ordlyd, legge tolkningsresultatet til grunn, jf. voldgiftsdom inntatt i RG-1992-728 på s. 738:

«Hvis begge parter i et kontraktsforhold har forstått kontrakten på samme måte, vil denne felles forståelse være avgjørende, ikke bare hvor kontrakten er taus, men også på punkter hvor kontraktens ord synes å angi en avvikende løsning».

Det samme er uttalt i Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 35 av førstvoterende dommer Stang Lund:

«Subjektive momenter ved fortolkningen kan imidlertid også i næringslivets kontrakter føre til en annen forståelse enn det som følger av kontraktens ordlyd. I de tilfeller det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra en naturlig forståelse av kontrakten, må den omforente forståelse legges til grunn.»

Det foreligger lite rettspraksis der domstolene i tvist mellom næringsdrivende har konstatert at det på avtaletidspunktet har vært en enighet om forståelsen av avtalen. Grunnen til det må nok være at det er vanskelig å bevise en felles forståelse av avtalen, og at terskelen for å konstatere at næringsdrivende har vært enige om en avvikende

---

<sup>44</sup> Se for eksempel Rt. 1995 s. 498 på s. 503, hvor Høyesterett konstaterte at partene hadde hatt felles oppfatning på avtaletidspunktet.

forståelse av kontraktens objektive ordlyd er høyere enn normalt. Som fremholdt av Haaskjold er det «den som hevder en forståelse i strid med kontrakts ord, som har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse av avtalen»,<sup>45</sup> og etter Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 35 kreves det:

«*[R]elativt klare holdepunkter* for at partene har vært enige om en avvikende forståelse» (min kursivering).

Dersom domstolen kan konstatere at partene har hatt en felles forståelse om å overføre risikoen for grunnforholdene, og hvilket innhold avtalen har, skal domstolen legge denne forståelsen av avtalen til grunn. Kan ikke dommeren konstatere noen slik felles forutsetning, vil tolkningen falle tilbake på det objektive tolkningsprinsipp. Dette er også lagt til grunn i UNIDROIT Principles 2010 art. 4.1 (2): «If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances».

Siden partene som regel er uenige om fortolkningen av avtalen, og det i de fleste tilfeller ikke lar seg bevise en felles forståelse, er det objektive tolkningsprinsipp det praktiske utgangspunkt i norsk rett, jf. Rt. 1980 s. 84 på s. 91 fra byrettens dom:

«Partene hevder å ha lagt hver sin mening i forbeholdet. Det avgjørende her blir da hva saksøkte med rimelighet kan legge i ovennevnte utsagn slik det framtrer etter sitt innhold og etter hele situasjonen. Dette spørsmålet må løses på grunnlag av avtalerettslige regler. Hovedregelen er da at utsagnet skal tolkes objektivt.»

Ved en objektiv fortolkning er spørsmålet om en alminnelig fornuftig person, i tilsvarende situasjon som byggherren og totalentreprenøren, mener det er avtalt en overføring av risiko. Som fremholdt av Høyesterett skal domstolen legge stor vekt på kontraktens ordlyd,<sup>46</sup> som er naturlig, fordi den avspeiler partenes berettigede forventninger om hvordan avtalen er å forstå, jf. forventningsprinsippet i norsk rett. Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 34 med videre henvisning til Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159 uttrykt det på følgende måte:

---

<sup>45</sup> Se Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002 s. 102.

<sup>46</sup> Se eksempelvis Rt. 2012 s. 1729 og Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 34, jf. Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2000 s. 806.

«At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.»

Dette styrkes ytterligere ved at det i entreprise etter konkurranse er et krav om like konkurransevilkår for tilbyderne, jf. Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58:

«Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriserforhold. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget - som danner basis for den senere kontrakten - være klart formulert.»

Utgangspunktet er således at den naturlige forståelsen av klausulen om å overføre risikoen for grunnforholdene skal legges til grunn.

#### **4.4 Tolkningsmomenter**

Selv om klausulen om å overføre risikoen for grunnforholdene skal tolkes etter det objektive tolkningsprinsipp, innebærer det ikke at vurderingen utelukkende skal baseres på hva ordlyden tilsier. Også andre momenter enn kan være avgjørende ved tolkningen. Dette ble i entrepriseretten senest videreført og uttalt av førstvoterende i høyesterettsdom inntatt i Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 66, hvor det heter at: «Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier.

Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn».

Siden listen over reelle hensyn aldri kan bli uttømmende, vil jeg kort behandle noen momenter som er særlig aktuelle ved risikooverføring. Grensen for hvilke momenter som er relevante trekkes mot de som kan tenkes å kaste lys over partenes intensjoner.<sup>47</sup> De utvalgte momenter er partenes kontraktsforhandlinger, formålet ordlyden skal ivareta, størrelsen på det avtalte påslag og størrelsen på vederlaget.

---

<sup>47</sup> Se Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 252.



Hvilken betydning de ulike tolkningsmomenter har avhenger av hvor klar ordlyden etter klausulen er utformet. Hovedregelen er at den naturlige forståelsen av klausulen skal velges av domstolen, selv om andre tolkningsmomenter trekker i en annen retning.<sup>48</sup> Det skal derfor mer til før en part blir hørt med at han hadde en oppfatning som ikke stemmer overens med ordlyden.

Er ordlyden derimot vag, flertydig eller ufullstendig, vil avtalen sjeldent utpeke et bestemt tolkningsalternativ. Avtalen må da presiseres i forhold til det som fremgår av ordlyden.<sup>49</sup> Poenget er at ordlyden ikke angir hvilken risiko totalentreprenøren har påtatt seg, men at det er behov for å tolke ordlyden i lys av andre tolkningsmomenter. Utformingen av klausulen gjør dermed at tolkningsmomentene får større betydning enn om ordlyden er klar, og at momentene kan få avgjørende betydning for hvilket tolkningsresultat som skal legges til grunn.

I motsetning til i engelsk rett er det etter norsk rett adgang til å trekke inn kontraktsforhandlinger i tolkningen.<sup>50</sup> Det betyr at forhandlinger mellom byggherren og anbyderne i utgangspunktet kan kaste lys over avtalens innhold. For anbudskonkurranser er det imidlertid i entrepriseretten et forbud mot å forhandle etter budfristens utløp, noe som er relativt aktuelt i entrepriseforhold, jf. NS 8400:2005 pkt. 6.5. Det gjør at det bare er de kontraktsforhandlinger som finner sted forut for budfristens utløp som kan kaste lys over avtalens innhold. Slike forhandlinger er typisk at anbyder forklarer byggherren om hvordan tilbudet er å forstå ved å avklare uklarheter, noe som er i tråd med god anbudsskikk å gjøre, se NS 8400:2005 pkt. 6.7.

Et eksempel hvor domstolen anvendte partenes kontraktsforhandlinger for å tolke avtalen er LG-2014-206364. Et av spørsmålene lagmannsretten tok stilling til var om totalentreprenøren hadde påtatt seg risikoen for grunnforholdene. Partene hadde inngått en avtale i henhold til NS 8407, som en oppfølger av en opsjonsavtale som gav totalentreprenøren rett til å utføre et byggearbeid. Byggherren anførte at presiseringen i opsjonsavtalen om at «avtalen inngås som en opsjon for Fakta Bygg AS til å få kontrakten for arbeidet om Fakta Bygg AS etter nærmere undersøkelser finner å kunne forplikte seg til

---

<sup>48</sup> Se Woxholth 2014 s. 389.

<sup>49</sup> Se Woxholth 2014 s. 392.

<sup>50</sup> Se Lilleholt 2014 s. 229.

å utføre arbeidet for totalt kr 45 mill.» (min kursivering) bekreftet at totalentreprenøren påtok seg risikoen for grunnforholdene. Spørsmålet var om uttrykket «nærmere undersøkelser» refererte seg uttrykkelig til forholdene ved grunnen eller om uttrykket innebar det at totalentreprenøren skulle regne på prosjektet og innhente priser fra underentreprenører.

På tidspunktet for inngåelsen av opsjonsavtalen var det kjent at tomten hadde høyt grunnvann, samt at totalentreprenøren hadde inngitt tilbud på grunnarbeidene. Videre var det kjent at tomtegrunnen skulle underlegges nærmere grunnundersøkelser, men resultatet av disse undersøkelsene var ikke klare da kontrakten ble inngått.

Ordlyden i opsjonsavtalen gav ikke uttrykk for hvem av partene som skulle bære risikoen for uklare omstendigheter utover de forhold som allerede var kjent, hvilket talte for at det var byggherren som måtte bære risikoen. Lagmannsretten la videre til grunn en mail fra totalentreprenøren før inngåelsen av kontrakten, hvor det etter et møte mellom partene ble tatt forbehold med hensyn til grunnforholdene: «Fakta Bygg varslet vi må ta forbehold om prisen på grunnarbeidene». Byggherren unnlot å svare på denne mailen. Unnlåtelsen av byggherren til å svare på mailen tydet etter lagmannsrettens syn på at det ikke var noen innsigelser mot at byggherren skulle ha risikoen for grunnforholdene. Lagmannsretten la dermed til grunn at totalentreprenøren ikke hadde påtatt seg risikoen for grunnforholdene.

Klausulens ordlyd må også ses i lys av det formål den skal ivareta. Sentralt i den sammenheng er den konkrete foranledning til at partene inngikk avtalen. Avtalen kan for eksempel være inngått fordi byggherren måtte realisere en endelig fiksering av vederlaget, noe som trekker i retning av en risikooverføring. Formålet kan også angi hvor omfattende risiko som er overført. Dersom fylkeskommunen som byggherre har utarbeidet avtalen fordi de han ikke får bevilget *noen* midler om det skulle påløpe ekstraomkostninger, vil formålet trekke i retning av en full risikooverføring. Det var tilfellet i dom inntatt LG-1997-2010, men her var risikooverføringen etter ordlyden begrenset til å gjelde innhentet materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser:

«Alt materiale i forbindelse med geologiske undersøkelser som byggherren har fått utført, stilles til entreprenørens disposisjon til orientering. Entreprenøren kan ikke påberope seg innholdet i dette materialet.»

Hvilken betydning formålet som moment har ved vurderingen avhenger av hvor klart det er kommet til uttrykk.<sup>51</sup> Dersom formålet kan utledes direkte av avtaleforholdet vil det være et argument mot å velge et annet tolkningsalternativ, samtidig som at en mer indirekte utledning kan gjøre det forsvarlig å velge et annet. I nevnte dom LG-1997-2010 kom lagmannsretten frem til at det var inngått en avtale om risikooverføring. Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at det hadde formodningen mot seg at risikooverføringen kun gjaldt variasjon i sikringsmengder ved driving i fjell. Som et ledd i resonnementet som ledet frem til standpunktet, var retten innom formålet med avtalen. Det ble lagt vekt på at overføringen av risiko var «forutsetningen for å få prosjektet realisert», siden det var klart at veiprojektet ikke var et fylkeskommunalt prioritert prosjekt, som gjorde at det ikke var rom for nye fylkeskommunale bevilgninger.

Ved fortolkningen av avtalen er også størrelsen på det avtalte påslaget et sentralt tolkningsmoment.<sup>52</sup> Det avtalte påslag er en avtale mellom totalentreprenøren og byggherren om hvilken fortjeneste totalentreprenøren har krav på for utført arbeid av underentreprenørene. Påslaget er normalt angitt i prosent og fremgår av avtaledokumentet, under pkt. regningsarbeider. For de uforutsette grunnforhold vil påslaget nærmere tas inn under «påslag endring i underentreprise», og størrelsen på påslaget kan gi en indikasjon på hvilken risiko totalentreprenøren har påtatt seg. Høy risiko skal kompenseres med høyere forventet fortjeneste. Dersom størrelsen på det avtalte påslaget er høyere enn normalt, vil det tale for at det er avtalt en overføring av risikoen for grunnforholdene.<sup>53</sup>

Videre vil størrelsen på vederlaget kunne være et relevant tolkningsmoment. Det er byggherren og totalentreprenøren som skal bestemme vederlaget for å utføre arbeidet. Dersom prosjektet uten overføring av risikoen for grunnforholdene kan vente en tilbudssum på 50 millioner, men entreprenørene inngir tilbud på ca. 100 millioner, vil størrelsen på det sistnevnte vederlag tilsi at avtalen innebærer en overføring av risikoen for grunnforholdene. Som fremholdt i LE-2008-152113 er det «åpenbart at flytting av risiko vil være reflektert i kontraktsprisen». Gode grunner taler dessuten for at risikooverføringen synliggjøres som en egen prisbærende post i avtalen.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Se Woxholth 2014 s. 400.

<sup>52</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 33.

<sup>53</sup> Vanligvis fastsettes påslag endring i underentreprise 15 %.

<sup>54</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 339.

Dersom vederlaget skal brukes som en tolkningsfaktor ved fastleggelsen av ordlyden må man imidlertid være klar over at det i byggebransjen ikke er uvanlig med såkalt «taktisk prising».<sup>55</sup> Dette betyr at totalentreprenøren priser poster han regner med vil pådra seg tilleggsarbeider høyt, mens poster som han regner med vil avbestilles prises lavt. Den uklarheten taktisk prising gir, innebærer at de angitte prisene og totalsummen kan gi mindre veiledning for tolkningen enn i andre sammenhenger.

## 4.5 Tolkningsregler

Selv om tolkningsprinsippene og tolkningsmomentene ikke utpeker et bestemt resultat, må rettsanvenderen treffe et valg mellom de ulike tolkningsalternativene. For denne situasjonen er det utviklet et sett av uskrevne tolkningsregler.<sup>56</sup> Woxholth opererer med tre typer tolkningsregler.<sup>57</sup> Det er uklarhetsregelen, «det skrevne går foran det trykte», altså prioritetsregler og minimumsregelen. Sistnevnte tolkningsregel går ut på at rettsanvenderen velger det tolkningsalternativ som er minst inngripende for løftegiveren.<sup>58</sup> Det er innvendt at regelen både er logisk umulig og upraktisk å anvende i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold.<sup>59</sup> Regelen sier ikke annet enn at man skal være «hyggelig» mot den ene parten i et kontraktsforhold.<sup>60</sup> Det er derfor problematisk å anvende minimumsregelen på en tolkningstvist mellom en byggherre og totalentreprenør ved overføring av risikoen for grunnforholdene. Av den grunn vil ikke minimumsregelen behandles i fortsettelsen. I det videre vil jeg redegjøre for uklarhetsregelen i pkt. 4.5.1 og «det skrevne går foran det trykte» i pkt. 4.5.2.

### 4.5.1 Uklarhetsregelen

Med uklarhetsregelen forstås at kontrakten ved uklarhet skal tolkes mot den som burde ha formulert seg klarere.<sup>61</sup> For en avtale om å overføre risikoen for grunnforholdene vil det være byggherren. Det er byggherren som utformer klausulen og som må sørge for at konkurransegrunnlaget er klart og entydig. Uklarhetsregelen har hyppig vært anvendt i saker om ansvarsfraskrivelse<sup>62</sup> og virkningen er at avtalen ikke kan gjøres gjeldende, eller

---

<sup>55</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 79.

<sup>56</sup> Se Hov og Høgberg 2009 og Woxholth 2014 s. 416.

<sup>57</sup> Se Woxholth 2014 s. 416-418.

<sup>58</sup> Se Woxholth 2014 s. 418.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Se Hov og Høgberg 2009 s. 260.

<sup>62</sup> Se f. eks Rt. 1951 s. 976, Rt. 192 s. 670, Rt. 1961 s. 1022 og Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 61.

i det minste ikke vil gjelde fullt ut. Regelen kommer til anvendelse i entrepriserforhold, jf. Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 75. Dersom avtalen er tvetydig formulert, og byggherren hevder en forståelse som gir vesentlig gunstigere stilling enn etter bakgrunnsretten (NS 8407 pkt. 23.1), befinner man seg i kjernen av ukklarhetsregelen.<sup>63</sup>

Regelen begrunnes med rimelighetsbetraktninger ved at risikoen for ukklarhet legges på den som var nærmest til å avklare ukklarheten.<sup>64</sup> Dersom byggherren har utformet en klausul om å overføre risikoen for grunnforholdene, er det være han som er årsaken til at kontrakten inneholder ukklarheten. Regelen innebærer et element av skyld, i den forstand at byggherren burde uttalt seg klarere. Sanksjonen for brudd på denne norm er at avtalen tolkes i mot ham.<sup>65</sup> Andre begrunnelser er at regelen har en preventiv og pedagogisk effekt.<sup>66</sup> Regelen egner seg generelt til å motvirke ukklarheter ved overføring av risikoen, slik at byggherren må anstrenge seg for å unngå ukklarheten. Prevensjonsbetraktningene bærer imidlertid ikke ukklarhetsregelen alene. Risikobetraktningene utgjør hovedbegrunnelsen for regelen.<sup>67</sup>

Sandvik fremholder at klausuler som innebærer en full risikooverføring blir «undergitt en hardhendt innskrenkende tolkning, medmindre det er på det rene at de også avspeiler en endring i forhold til den normale funksjonsfordeling.»<sup>68</sup> En problemstilling i den sammenheng er om det fremdeles gjelder et slikt restriktivt bilde av tolkningen.

Et eksempel på hvor det var avtalt full risikooverføring og den uklare avtalen førte til en innskrenkende tolkning er dom inntatt i Rt. 1917 s. 673. Saken gjaldt en entreprisekontrakt der entreprenøren hadde påtatt seg fundamenteringen av et byggverk utarbeidet av byggherrens arkitekt. Spørsmålet var hvem av partene som måtte bære risikoen for svikt ved fundamenteringen. Byggherren mente at entreprenøren måtte bære risikoen fordi det i beskrivelsen var inntatt følgende klausul:

---

<sup>63</sup> Se Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 133.

<sup>64</sup> Se Hov og Høgberg 2009 s. 284.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, s. 283.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, s. 284 med videre henvisninger.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Se Sandvik 1966 s. 205-206.

«Entreprenøren paatar sig fuld garanti for, at piloteringen bli i enhver henseende god og sikker, saa at bygningen med konstant og tilfældig belastning, uten fare for sætning og glidning kan bygges paa den.»<sup>69</sup>

Ordlyden i klausulen tilsier at entreprenøren etter en streng objektiv tolkning påtok seg risikoen for fundamenteringen, slik at entreprenøren måtte bære ansvaret for setningsskadene.

Høyesterett tolket likevel klausulen innskrenkende, slik at entreprenøren ble frifunnet for krav om erstatning for kostnader ved utbedringen av skader ved setningene i fundamentet. Som begrunnelse for resultatet ble det lagt atskillig vekt på at ordlyden etter klausulen fravek risikofordelingen etter funksjonsfordelingsprinsippet. Piloteringsplanen var utarbeidet av byggherrens arkitekt, og svikten hadde årsak i at det etter planen var blitt anvendt for få pæler, og at pælene ikke var plassert dypt nok ned. Høyesterett uttalte i den forbindelse:

«Under disse omstændigheder forekommer det mig, naar monierfabrikken var pligtig til å følge piloteringsplanen og denne var utarbeidet av byggherrens arkitekt, ikke at ha nogen god mening at la den av manierfabrikken indegaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighet.»<sup>70</sup>

Videre ble uklarhetsregelen lagt til grunn som begrunnelse for en innskrenkende tolkning. Ordlyden i klausulen var vidtrekkende og det var ingen tilstrekkelig grunnlag i ordlyden for en så vidtrekkende risikooverføring:

«Noget saadant ansvar finder jeg ikke, at fabrikken har at overta, tiltrods for de ganske vide uttryk vedkommende klausul i kontrakten har faat.»<sup>71</sup>

Dommen er imidlertid gammel og overføringen av risiko har siden den tid blitt en del av bransjepraksis. Poenget med den kodifiserte adgang er nettopp å fravike den grunnleggende funksjonsfordelingen – for å skape større grad av klarhet og forutberegnelighet i avtaleforholdet. Avspeiler ordlyden en endring i forhold til den normale funksjonsfordeling, skal klausulen underlegges en streng objektiv tolkning.

---

<sup>69</sup> Se Rt. 1917 s. 673 på s. 676.

<sup>70</sup> Se Rt. 1917 s. 673 på s. 674.

<sup>71</sup> Se Rt, 1917 s. 673 på s. 674.

Nyere rettspraksis viser imidlertid at ukklarhetsprinsippet fremdeles har anvendelse som tolkningsregel, jf. Rt. 2009 s. 160. Dommen omhandlet et krav om merutgifter, og spørsmålet var om kravet var tapt fordi det var fremsatt for sent. I kontrakten hadde byggherren inntatt en varslingsfrist på 24 timer og spørsmålet var om denne varslingsfristen kunne gjøres gjeldende. Virkningen av avtalen var at totalentreprenørens krav på over ni millioner ville bortfalle. Som følge av at den svært korte fristen lett ville kunne lede til urimelige resultater fant lagmannsretten at uklarheten om hvilken varslingsfrist som skulle gjelde måtte gå ut over byggherren, som formulerte kontrakten.

Av dommen utledes at ukklarhetsprinsippet fremdeles gjelder på entrepriserettens område. Videre synes Høyesterett å legge vekt på et rimelig resultat ved anvendelsen av ukklarhetsregelen. Domstolen er betenkt over en vid overføring av risikoen i forhold til den tradisjonelle risikobalanse, dersom overføringen ikke er gjort tilstrekkelig klar. Systemet forventer at det ved enighet i kontrakter mellom næringsdrivende etableres klare klausuler som angir overføringen av risikoen for grunnforholdene. Om ikke risikerer byggherren at klausulen blir tolket innskrenkende, slik at den ikke etablerer et unntak fra hovedregelen.

#### **4.5.2 «Det skrevne går foran det trykte» og kontraktsdokumentene**

I Norge inngås entrepisekontakter etter et «lag på lag» prinsipp.<sup>72</sup> Partene inngår byggekontrakten på bakgrunn av en rekke dokumenter. Det er vanlig at kontrakten består av et formelt avtaledokument, alminnelige kontraktsbestemmelser, entreprenørens tilbud, beskrivelse bygget eller anlegget (konkurransesgrunnlaget).

Avtaledokumentet er normalt svært kortfattet og er et dokument som markerer at partene er blitt enige om avtalen. Avtaledokumentet inneholder kontraktssum, spesifikasjon av partenes ytelser, leveringstid eller lignende. De alminnelige kontraktsbestemmelsene er reguleringen av kontraktsforholdet mellom partene, hvilket nærmest unntaksfritt er en standardkontrakt. For det tredje inngår entreprenørens tilbud, hvor entreprenøren oppgir en totalpris han kan tilby, og eventuelle vilkår (forbehold) han fastsetter for å overta entreprisen. Videre inngår beskrivelsen av bygget eller anlegget (konkurransesgrunnlaget) som er svært detaljert og angir det arbeid som skal utføres.

---

<sup>72</sup> Se Knag 2010 s. 86.

Det første dokument som utarbeides er konkurransegrunnlaget. Dokumentet angir entrepriseformen som er valgt, tidspunkt for ferdigstilling av prosjektet, beskrivelser med forbehold om hvordan prosjektet skal utføres og se ut. Etter å ha mottatt pristilbud fra interesserte entreprenører med forbehold inngås «kontraktsforhandlinger», hvis det er tillat. Forhandlingene tar sikte på å avklare innholdet og betydningen av konkurransegrunnlaget og forbehold i tilbudet. Partenes enigheter under disse forhandlingene inntas i en «protokoll», som også tas in som en del av kontrakten, før avtaledokumentet til slutt signeres.

Siden kontrakten om å oppføre et bygg- eller anlegg inngås på bakgrunn av flere kontraktsdokumenter, operer standardkontrakten med egne tolkningsregler. Reglene følger av standardens pkt. 2.2 og tar sikte på å forenkle hva som gjelder mellom partene.

Med mindre annet er avtalt fremgår kontraktsdokumentene av standardens pkt. 2.1. Siden byggekontrakten er en helhet av dokumenter, som gjelder side ved side, er det i prinsippet tilstrekkelig at et forbehold om overføring av risikoen for grunnforholdene fremgår av ett av dokumentene.<sup>73</sup>

Som følge av at byggekontrakten er en helhet av dokumenter er det etablert tolkningsregler for hvilke av dokumentene som skal ha prioritet ved motstrid.<sup>74</sup> Standardens pkt. 2.2 lyder:

«Funksjonskrav og krav til løsninger, kvalitet eller merke som er spesifisert i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget gjelder foran løsninger eller konstruksjoner i totalentreprenørens tilbud, med mindre han har tatt uttrykkelig forbehold.

De dokumentene som inngår i kontrakten utfyller hverandre. Inneholder kontraktsdokumentene bestemmelser som strider mot hverandre, gjelder yngre foran eldre. Løser ikke dette motstriden, gjelder spesielle bestemmelser foran generelle, og bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten foran standardiserte bestemmelser.»

Ordlyden i standardens pkt. 2.2 annet ledd første punktum tilsier at rekkefølgen er basert på et omvendt tidsprioritets prinsipp, som vil si at det nyeste dokument gjelder foran eldre.

---

<sup>73</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 76.

<sup>74</sup> De mest brukte standardkontraktene har alle sine egne tolkningsregler som er ment å avklare slik motstrid, jf. Knag 2010 s. 87.



Rekkefølgen kan langt på vei begrunnes av selve avtalemekanismen, der kontrakten gjerne sluttes etter anbudskonkurranse ved at byggherren aksepterer entreprenørens tilbud.<sup>75</sup>

Normalt vil avtaledokumentet være det dokument med høyest prioritet, jf. standardens pkt. 2.1 bokstav a. Bakgrunnen for det er at avtaledokumentet er det siste dokument i kontrakten som etableres og markerer at partene er blitt enige. Standarden krever imidlertid ikke at det opprettes noe slikt dokument, og i så fall vil protokollen etter «kontraktsforhandlingene» ha førsteprioritet.

Konsekvensen av et slikt prioritetssystem er at partene må være oppmerksom på hvilke dokumenter som gjelder fremfor andre. Grunnen til det er at det kan oppstå motstrid mellom de ulike dokumenter som samlet sett utgjør kontrakten. Som eksempel nevnes at byggherren i konkurransegrunnlaget har inntatt en klausul om å overføre risikoen for grunnforholdene, men totalentreprenøren har tatt forbehold mot risikooverføringen i «kontraktsforhandlingene».

Videre fremgår det av standardens pkt. 2.2 første ledd at funksjonskrav som er «spesifisert i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget gjelder foran løsninger eller konstruksjoner i totalentreprenørens tilbud, med mindre han har tatt uttrykkelig forbehold». Ordlyden tilsier at spesifisering i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget skal gjelde foran totalentreprenørens tilbud, med mindre totalentreprenøren har tatt *uttrykkelig* forbehold. Det stilles således visse krav for at totalentreprenørens forbehold skal gjelde. Formålet er å få beholdet klart frem i lyset, se LE-2004-9945. Dette er særlig viktig fordi tilbudet går foran konkurransegrunnlaget ved motstrid, jf. NS 8407 pkt. 2.1 bokstav c. Det kan ikke kreves at byggherren skal lese tilbudet med tanke på å avdekke utydelige eller uklare forbehold som han blir bundet av.

Dersom det omvendte tidsprioritets prinsipp ikke løser motstriden mellom dokumentene må tolkningsspørsmålet løses under et spesialitetsprinsipp, jf. standardens pkt. 2.2 andre ledd tredje punktum: «[G]jelder spesielle bestemmelser foran generelle». Ordlyden tilsier at spesielle forbehold har prioritet fremfor generelle. Som eksempel nevnes at byggherren inntar en klausul om full risikooverføring i protokollen, samtidig som at totalentreprenøren i samme dokument tar forbehold mot forurensede masser. Dersom det under arbeidet i grunnen avsløres at det er både forurensede masser og fjell i grunnen, kan totalentreprenøren påberope seg forbeholdet mot de forurensede masser, men ikke i mot fjellet.

---

<sup>75</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 76.

## 5 Begrensninger i adgangen til å overføre risikoen etter NS 8407

### 5.1 Innledning

I det foregående ble det redegjort for tolkningen av klausuler om å overføre risikoen for grunnforholdene. Det neste som skal behandles er de rettslige grunnlag standarden fastsetter for å begrense rekkevidden av risikoen som er overført. I fortsettelsen forutsettes det at partene har avtalt en overføring av risikoen for forholdene ved grunnen. NS 8407 pkt. 23.2 lyder:

«Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med basert på reglene i 23.1.

Slik avtale fritar ikke byggherren for risiko nevnt i 23.1 siste ledd.»

Hovedregelen følger av den individuelle avtale: Totalentreprenøren bærer risikoen for grunnforholdene, og det kan utløse berettigede krav om dagmulktstatning på grunn av forsinkelse. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. Standardens pkt. 23.2 fastsetter absolutte grenser for hvor mye risiko som kan overføres. Uavhengig av om partene er profesjonelle, gjelder standardens begrensninger i avtalefriheten.

Første begrensningen er om grunnforholdene «avviker vesentlig» fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med basert på reglene i 23.1». Dersom grunnforholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, må byggherren dekke de nødvendige kostnader grunnforholdene medfører selv, og eventuell fristforlengelse og/eller vederlagsjustering. Den andre begrensningen fremgår av pkt. 23.2 (2). Byggherren svarer her for konsekvensene av brudd på opplysningsplikten og det å gi totalentreprenøren «uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd», samt riktigheten av opplysninger totalentreprenøren etter annet ledd er forpliktet til å innhente, jf. 23.1 siste ledd. Til slutt oppstiller protokollen viktige forutsetninger for bruken av standarden som kan tenkes å medføre begrensninger i adgangen til å overføre risikoen.

Ved vurderingene er det fire typetilfeller som kan oppstå. Dersom totalentreprenøren ikke har fått opplysninger om grunnforholdene av byggherren, blir det et spørsmål om forholdet var informasjon som totalentreprenøren selv var forpliktet til å innhente. For det tilfelle at

totalentreprenøren ikke var forpliktet til å innhente opplysningen, blir det et spørsmål om byggherren var forpliktet til å opplyse om forholdet. Dersom byggherren var forpliktet til å opplyse om forholdet, men totalentreprenøren selv var forpliktet til å innhente informasjonen, blir det et spørsmål om opplysningsplikten eller undersøkelsesplikten skal gå foran.

Totalentreprenøren kan også ha fått opplysninger av byggherren om hvordan grunnforholdene er, men at opplysningene ikke samsvarer med de faktiske grunnforhold. Endelig blir det da et spørsmål om opplysningene byggherren har gitt er uriktig, mangelfull eller ufullstendig.

Under punkt 5.2 behandles begrensingen etter standardens pkt. 23.2 (1), mens begrensingen etter standardens pkt. 23.2 (2) behandles ved punkt 5.3. Under punkt 5.4 behandles hvem av partene som skal bære risikoen når ingen har oppfylt pliktene sine, før det til slutt under punkt 5.5 behandles om protokollen medfører en begrensing i adgangen til risikooverføring.

## **5.2 Grunnforhold som avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med**

### **5.2.1 Hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med**

Byggherrens risiko for grunnforholdene gjelder bare der det foreligger «vesentlig avvik» fra det totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med basert på reglene i 23.1», jf. standardens pkt. 23.2 (1). Som fremholdt under pkt. 2.1 og 2.2 angir bestemmelsen viktige momenter av betydning for tolkningen og skrankene er etter pkt. 23.1 de samme. Hva totalentreprenøren etter reglene i pkt. 23.1 hadde «grunn til å regne med» avhenger i utgangspunktet av hvilke opplysninger totalentreprenøren har fått, typisk i konkurransegrunnlaget, og den kunnskap totalentreprenøren selv var forpliktet til å skaffe, jf. pkt. 23.1 (4).

### **5.2.2 Totalentreprenørens undersøkelsesplikt**

Utgangspunktet etter den alminnelige kontraktslovgivning er at det ikke oppstilles noen plikt til å undersøke kontraktsgjenstanden før levering eller overtakelse, med mindre realdebitor har gitt oppfordring om å undersøke den.<sup>76</sup> NS 8407 følger imidlertid ikke kontraktslovgivningen på dette punkt. Etter standarden er totalentreprenøren pålagt å gjøre ulike tiltak og undersøkelser før innlevering av tilbudet. Plikten er regulert i NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) og lyder slik:

«Totalentreprenøren skal:

---

<sup>76</sup> Se blant annet kjl. § 20, avhl. § 3-10 og husll. § 2-6.

- a) Gjennomføre en aktsom besiktelse av byggeområdet og dets omgivelser,
- b) innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen, som for eksempel forurensinger, geologiske og geotekniske forhold ved kontakt med offentlige etater, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren, og
- c) innhente opplysninger om kabler og rør ved kontakt med offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte om dette, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren.»

Undersøkelsesplikten kan sies å være en av de to sentrale elementer i vurderingen av hva totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med».<sup>77</sup> Dersom totalentreprenøren unnlater å foreta undersøkelsene, som han etter ovennevnte bestemmelse er forpliktet til, skal situasjonen bedømmes som om han har innhentet opplysningene, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. pkt. 23.1 (4) siste setning. For det tilfelle at undersøkelsen ville avdekt risikoforhold, skal således totalentreprenøren bære risikoen for forholdet.<sup>78</sup> De forhold totalentreprenøren *burde oppdaget*, vil dermed være en del av kontraktsgrunnlaget. Totalentreprenøren blir følgelig ikke bedre stilt ved å forsømme undersøkelsesplikten, men kan likevel unngå ansvar ved å presisere hva tilbudet er basert på og at avvik fra dette skal behandles som en endring. I så fall vil tilbudet overstyre den foreslåtte løsningen etter standarden, jf. standardens pkt. 2.2.

De nevnte tiltak og undersøkelser totalentreprenøren har plikt til å foreta, er kun minimumsundersøkelser.<sup>79</sup> Ved å foreta de presiserte undersøkelser, jf. bokstav a-c), er totalentreprenøren ikke fritatt ethvert ansvar. Dersom det er andre opplysninger som totalentreprenøren *burde* fått med seg, fordi det eksempelvis er opplyst i media, vil også det kunne være forhold som totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. pkt. 23.1 (4) første setning.

Det er gode grunner som taler for at entreprenørens undersøkelsesplikt strekker seg lengre enn ved alminnelig kontraktslovgivning. Til forskjell fra alminnelig kontraktslovgivning er reglene etter entrepriseretten i større grad et utslag av samarbeid, og lojalitetsplikten

---

<sup>77</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 337.

<sup>78</sup> Se Giverholt 2012 s. 349.

<sup>79</sup> *Ibid.*

strekker seg utover det som er uttrykkelig kontraktsfestet.<sup>80</sup> Standardens pkt. 3 er også inntatt for å fremme partenes samarbeids- og lojalitetsplikt.

I den videre fremstilling vil det gjøres rede for omfanget av totalentreprenørens plikt til å undersøke byggeområdet og dets omgivelser, jf. pkt. a). Deretter vil omfanget av totalentreprenørens plikt til å innhente opplysninger behandles, jf. pkt. b) og c).

#### **a) Aktsom besiktelse av byggeområdet og dets omgivelser**

Totalentreprenøren plikter etter NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav a å gjennomføre en «aktsom besiktelse av byggeområdet og dets omgivelser...». Det avgjørende er her hva som menes med en «aktsom» besiktelse. Det vil nok sjeldent by på tvil hva som skiller begrepene «byggeområdet og dets omgivelser». Det er nærliggende å tolke uttrykket «byggeområdet» som den del av eiendommen et bygg- eller anleggsarbeid skal utføres på. Dersom partene har avtalt å oppføre et næringsbygg på en del av eiendommen, vil det være den delen av eiendommen bygget skal oppføres på, som er byggeområdet. «Omgivelser» i anledning byggeområdet, kan være de resterende arealer av eiendommen, dvs. de arealer det ikke skal utføres et bygg- eller anleggsarbeid på, og eventuelle nabotomter i nærheten. Hvor langt fra byggeområdet slike omgivelser kan være, er mer usikkert. Fastleggelsen av de ytre rammene må vurderes konkret, men det må likevel kunne kreves at de geografiske forhold kan tilsi hvordan grunnen på byggeområdet er. Dette leder over til neste vurderingen som er et spørsmål om hvilke undersøkelser totalentreprenøren er forpliktet til å foreta på naboeiendommen og den eiendom bygg- eller anleggsarbeidet skal utføres på.

En naturlig forståelse av ordlyden «aktsom» tilsier at det må foretas en forsvarlig og ordentlig besiktelse. Hva som nærmere ligger i dette, må avgjøres konkret. Siden totalentreprenøren yter profesjonell bistand mot vederlag, må det være tale om en streng aktsomhetsnorm. Det dreier seg om et profesjonsansvar.<sup>81</sup> Det avgjørende blir hva som kan kreves av en totalentreprenør som har påtatt seg et byggearbeid av en slik art og omfang kontrakten gjelder.<sup>82</sup> Et relevant spørsmål i den sammenheng er om det ligger innenfor en «aktsom» besiktelse at totalentreprenøren må foreta fysiske undersøkelser.

---

<sup>80</sup> Se Hagstrøm 2003 s. 336.

<sup>81</sup> Se Hagstrøm 1997 s. 88.

<sup>82</sup> *Ibid.*

Ordlyden «aktsom besiktelse» tilsier at det i utgangspunktet er tilstrekkelig med en visuell besiktelse. Dersom totalentreprenøren under befaringen blir oppmerksom på forhold som kan avdekke risikoforhold, er det imidlertid innenfor en «aktsom» besiktelse å følge opp dette. Slik ordlyden er formulert, kan den likevel ikke være nok til å pålegge totalentreprenøren å foreta målinger og boringer av grunnforholdene. En slik tolkning støttes dessuten av den alminnelige kontraktsrett, som for eksempel ikke pålegger kjøperen av fast eiendom å gjøre tilsvarende undersøkelser.

Det er lite rettspraksis med relevans for problemstillingen. En dom som kan gi bidrag er RG-1982-313. Saken gjaldt en utførelsesentreprise hvor entreprenøren på grunn av uventede grunnforhold krevde tilleggsvederlag. I saken hadde byggherren ikke foretatt undersøkelser av grunnen og de opplysninger som ble fremlagt gav et meget tynt bilde av grunnforholdene. Entreprenøren fikk medhold i kravet. På side 318 understrekte retten følgende:

«På bakgrunn av anbudsdocumentene og opplysninger som ble gitt under anbudsbefaringen var det ikke grunn for entreprenøren til å anta at grunnforholdene var spesielt vanskelige.»

Under befaringen ble entreprenøren oppmerksom på at utbyggingsområdet lå opptil og til dels inne i et myrområdet, som kunne tyde på at det var vanskelige grunnforhold. Siden entreprenøren hadde vurdert hva som fremgikk av anbuds materialet og det som ble gitt under anbuds befaringen, var likevel undersøkelsesplikten oppfylt. Retten kom til at entreprenøren hadde oppfylt undersøkelsesplikten, selv uten å ha foretatt egne fysiske undersøkelser. Dommen trekker i retning av at det ikke kan kreves for at besiktelsen skal anses som «aktsom» at totalentreprenøren må foreta fysiske undersøkelser. Denne slutningen støttes ytterligere av at lagmannsretten ikke gikk inn på vurderingen av om entreprenøren *burde* ha gjort slike undersøkelser.

På den annen side skal partene etter prinsippbestemmelsen i NS 8407 pkt. 3 samarbeide og ta rimelig hensyn til hverandre. Det innebærer at totalentreprenøren ikke bare skal ivareta sine egne interesser, men også må ivareta byggherrens. For det tilfelle at totalentreprenøren oppdager at det er fjell eller vann som pipler til overflaten, noe som kan tilsa at det er fjell eller kvikkleire i grunnen, har han derfor plikt til å undersøke grunnen nærmere. En slik undersøkelse kan avdekke grunnforhold som sikrer at gjennomføringen av arbeidet kan skje

uten hindringer, at byggherren ikke blir pålagt uforutsette merkostnader, og skape en mer forsvarlig ressursutnyttelse.

Til tross for at totalentreprenøren skal ivareta byggherrens interesser, vil det i en totalentreprise med konkurranse være mer praktisk at det er byggherren som foretar undersøkelsen.<sup>83</sup> Slik bestemmelsen er utformet stilles det heller ingen krav om å utføre fysiske undersøkelser.<sup>84</sup> De undersøkelser totalentreprenøren skal foreta, må derfor avgrenses mot fysiske undersøkelser i grunnen.<sup>85</sup>

For at besiktelsen skal anses som «aktsom» kreves det ikke at totalentreprenøren må foreta boringer eller målinger på naboeiendommen og den eiendom et bygg- eller anleggsarbeid skal utføres på.

De nærmere muligheter for å avdekke uforutsette grunnforhold vil også avhenge av hvilken årstid befaringen gjennomføres. Et spørsmål som reiser seg da er hvor mye som kan kreves av totalentreprenøren når grunnforholdene er dekt.

Ordlyden tilsier at totalentreprenøren skal foreta en besiktelse som er egnet til å avdekke uventede grunnforhold. For det tilfelle at marken er snødekt, noe som gjør det vanskeligere å avdekke risikoforhold, kreves det etter en «aktsom» besiktelse at totalentreprenøren foretar en grundigere vurdering av grunnforholdene. Hva som nærmere ligger i det, må avgjøres konkret.

På den ene siden kan ordlyden tas til inntekt for at det ikke er tilstrekkelig med en «normal» visuell besiktelse, men at totalentreprenøren må gjøre ulike tiltak dersom grunnforholdene er dekt. På den annen side kan det heller ikke kreves at totalentreprenøren må gjøre ethvert tiltak. Det må likevel være tale om en forholdsvis grundig undersøkelse,<sup>86</sup> og det må kunne kreves at totalentreprenøren setter av tilstrekkelig med tid så han får sett alt som relevant.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Se pkt. 1.1 ovenfor.

<sup>84</sup> Nordtvedt mfl. 2013 s. 333.

<sup>85</sup> Giverholt s. 349-350

<sup>86</sup> Giverholt 2012 s. 349.

<sup>87</sup> Nordtvedt mfl. 2013 s. 333-334.

Det er lite rettspraksis med relevans for problemstillingen. En voldgiftsdom av 1/7 1960 gir imidlertid bidrag ved fastleggelsen av rettstilstanden.<sup>88</sup> Spørsmålet i saken var om entreprenøren kunne lastes for å ikke oppdage at grunnprofilene var uriktige under besiktelsen på byggeplassen. På det tidspunkt befaringen ble gjennomført var det område grunnprofilene viste seg å være uriktige, dekt av en vedstabel. Retten kom frem til at flyttingen av et helt vedlager måtte falle utenfor hva som kunne kreves under en befaring. Byggherren måtte bære risikoen.

Dommen kan tas til inntekt for at det ikke kreves at entreprenøren må flytte gjenstander når grunnforholdene er dekt. Det kan likevel diskuteres om retten ville kommet til et annet resultat, dersom det ikke var tale om et helt vedlager som måtte flyttes. For det tilfelle at grunnforholdene var dekt av en mindre mengde snø, ved eller lignende, kan det være mer rimelig at totalentreprenøren måtte flytte på dette. Likevel er det byggherren som styrer når anbudsbefaringen skal foretas. Det er således byggherren som kan unngå perioder eller gjenstander som gjør at marken er dekt. Byggherren vil dessuten ha bedre tid enn totalentreprenøren, noe som også gjør det rimelig at det er byggherren som må foreta flyttingen. I tillegg til å foreta befaringen, skal totalentreprenøren innhente diverse opplysninger, og alt dette innenfor en knapp anbudsfrist. Det kreves ikke at totalentreprenøren foretar annet enn en visuell besiktelse av grunnforholdene når de er dekt.

Dersom det pågår et gravearbeid eller byggearbeid på naboeiendommen, vil totalentreprenøren måtte foreta en «aktsom» besiktelse av denne. Dette leder over til neste vurdering som er et spørsmål om totalentreprenøren må oppsøke og forhøre seg med disse aktørene.

Ordlyden tilsier at totalentreprenøren ikke er pålagt å forhøre seg med aktørene på naboeiendommen. Slik ordlyden er formulert skal totalentreprenøren foreta en visuell besiktelse, og det er derfor tilstrekkelig at totalentreprenøren foretar en observasjon av naboeiendommen.

Giverholt 2012 trekker i samme retning: «Han er neppe forpliktet til *aktivt* å forespørre aktørene i andre prosjekter hva slags forhold de har støtt på»<sup>89</sup> (min kursivering).

---

<sup>88</sup> Se Sandvik 1966 s. 302.

<sup>89</sup> Giverholt 2012 s. 350.



På den annen side må aktsomhetskravet ses i sammenheng med den prekontraktuelle lojalitetsplikt, som medfører at partene også forut for kontraktsinngåelsen er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet.<sup>90</sup> Totalentreprenøren kan altså under besiktelsen ikke ensidig hevde sine egne interesser, men må i en viss utstrekning også ta hensyn til byggherrens. Prinsippet har dessuten størst betydning i langvarige avtaleforhold og totalentrepriser forutsetter at partene har et særlig tillitsforhold til hverandre. Det er videre lite som kreves av totalentreprenøren, samtidig som at opplysningene vil være av stor verdi for byggherren.

Lojalitetsplikten må likevel tilpasses styrkeforholdet mellom partene. Normalt vil det være tale om jevnbyrdige profesjonelle parter, og det må kunne forutsettes at de er i stand til å ivareta sine egne interesser. Dessuten kan byggherren høre med aktørene selv, istedenfor at samtlige entreprenører på befaring må gjøre det. Slik bestemmelsen er utformet, og selv om det kan fremstå som naturlig å forespørre aktørene, kan det likevel neppe være noen slik plikt.<sup>91</sup> For at besiktelsen skal anses «aktsom» kreves det ikke at totalentreprenøren oppsøker og forhører seg med aktører på naboeiendommen som utfører et bygg- eller gravearbeid

En særlig problemstilling er om totalentreprenøren under befaring må foreta undersøkelser eller forhøre seg, dersom aktøren på naboeiendommen er en konkurrerende anbyder. I voldgiftsdom inntatt i Rt. 1954 s. 50, som gjaldt pristillegg for sprengningsarbeid av tunnel, kom retten til at en slik befaring ikke kunne kreves, fordi entreprenøren som drev tunnelen i nærheten var en konkurrerende anbyder:

«A/S Anleggs folk fant ikke å kunne undersøke jernbanetunnelen eller spørre om råd hos Furuholmens folk, da Furuholmen selv var konkurrent om vannverksanlegget. (...) Saksøkeren måtte derfor holde seg til Rosenlunds rapport og det han selv kunne se ved en overfladisk befaring av terrenget. De opplysninger han således hadde, kunne ikke gi ham noen forutsetning om at han sto overfor et særlig vanskelig og seigt fjell som det ville bli særskilt dyrt å sprengne tunnel i.»<sup>92</sup>

Totalentreprenøren må under befaringen ikke foreta undersøkelser eller forhøre seg med aktørene på naboeiendommen om de er en konkurrerende anbyder.

---

<sup>90</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 80 og 82.

<sup>91</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 333.

<sup>92</sup> Rt. 1954 s. 50 på s. 59.

Etter dette må det kunne legges til grunn at det er en visuell besiktelse totalentreprenøren skal foreta på naboeiendommen og den eiendom et bygg- eller anleggsarbeid skal utføres på. De forhold totalentreprenøren *burde* oppdage, vil være de forhold som var *synlige* under befaringen. Dersom det foretas en befarings i et gammelt industriområde, og det finnes spor av at byggetomten er blitt brukt til avfallsfylling, vil følgelig avfallsfyllingen være et forhold totalentreprenøren burde tatt i betraktning ved inngivelsen av tilbudet.<sup>93</sup> Eventuelle kostnader for masseutskiftning/reising av massene må totalentreprenøren i så fall bære. Det samme gjelder om andre forhold tilsier at grunnforholdene er usikre. Det skal da normalt ikke mye til før det legges til grunn at totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med» forholdet.<sup>94</sup>

**b) Innhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen**

Etter NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav b skal totalentreprenøren:

«[I]nnhente foreliggende opplysninger om forhold ved grunnen, som for eksempel forurensninger, geologiske og geotekniske forhold ved kontakt med offentlige etater, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren[.]»

Bestemmelsen regulerer hvilke foreliggende offentlige opplysninger totalentreprenøren må innhente om grunnforholdene. Det er tre vilkår som må være oppfylt for at totalentreprenøren skal ha overholdt undersøkelsesplikten. Disse er at totalentreprenøren har innhentet «foreliggende opplysninger» ved kontakt med «offentlige etater», «i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren».

Plikten gjelder overfor «offentlige etater». Et spørsmål som reiser da er hvem totalentreprenøren må kontakte for å innhente opplysninger.

Ordlyden tilsier at totalentreprenøren er forpliktet til å innhente opplysninger fra den offentlige forvaltning, og at opplysninger fra institusjoner, som for eksempel Sintef eller lignende ikke omfattes. Ordlyden angir videre ingen begrensning av hvilke etater som må kontaktes, men bestemmelsen gir uttrykk for at forurensninger og geologiske og geotekniske forhold er relevante. Totalentreprenøren må følgelig selv vurdere hvilke etater som må kontaktes.

---

<sup>93</sup> Se Giverholt 2012 s. 350.

<sup>94</sup> Se Giverholt 2012 s. 350

Et naturlig utgangspunkt for totalentreprenøren er å kontakte kommunen der byggeområdet er lokalisert. Som forurensningsmyndighet, bygnings- og beredskapsmyndighet, vil kommunen normalt ha relevant informasjon om forhold som totalentreprenøren kan forvente å påtreffe i grunnen. Det kan være geokart som viser resultater fra tidligere undersøkelser av grunnen, oversikt over kommunale avfallsdeponier og vann- og avløpsanlegg eller lignende. Kommunen har dessuten en veiledningsplikt,<sup>95</sup> som vil si at kommunen, dersom den ikke innehar informasjonen totalentreprenøren søker, må henvise ham til andre relevante etater, som f. eks klima- og forurensningsdirektoratet. Endelig har kommunen også en plikt til å utarbeide en kommunal risiko- og sårbarhetsanalyse (ROS-analyse).<sup>96</sup> Av denne analysen kan det fremgå hvor hyppig hendelser som flom, kvikkleireskred, steinsprang eller lignende kan inntreffe i kommunen. Dersom slike forhold inntreffer på det aktuelle byggeområdet eller dets omgivelser, får det klart betydning for totalentreprenørens utføring av byggearbeid.

Også regionale myndigheter kan ha viktig informasjon om grunnen. Fylkesmannens miljøvernavdeling jobber eksempelvis med å kartlegge forurensning i regionen, og har oversikt over virksomheter som kan medføre forurensning i grunnen, som for eksempel bilvrakplasser, og asfalt- og pukkverk eller lignende. Klima- og forurensningsdirektoratets database kan også ha relevant informasjon om grunnforurensning.<sup>97</sup>

Giverholt fremholder at det normalt må antas å være tilstrekkelig at totalentreprenøren henvender seg til kommunale myndigheter samt fylkesmannen.<sup>98</sup> Synspunktet må forstås slik at totalentreprenøren, dersom han har henvendt seg til kommunale myndigheter samt fylkesmannen, i utgangspunktet har oppfylt undersøkelsesplikten. Dette må nok være hovedregelen, men at det unntaksvis kan forekomme omstendigheter som gjør det nødvendig med ytterligere undersøkelser.

Nordtvedt mfl. advarer mot det utgangspunkt Giverholt forfekter. Etter deres oppfatning vil forholdene i mange tilfeller ligge slik an at totalentreprenøren for å oppfylle undersøkelsesplikten, også må kontakte andre offentlige etater.<sup>99</sup> Dette må nok ses i sammenheng med at utgangspunktet kan mane til forsiktighet. På den ene siden er det ikke

---

<sup>95</sup> Jf. lov 10. februar 1967 forvaltningsloven § 11.

<sup>96</sup> Jf. lov 25. juni 2010 nr. 45 sivilbeskyttelsesloven § 14.

<sup>97</sup> Se [www.klif.no/grunn/](http://www.klif.no/grunn/)

<sup>98</sup> Se Giverholt 2012 s. 351.

<sup>99</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 335.

ønskelig at totalentreprenøren *bare* skal kontakte kommunale myndigheter og fylkesmannen for å unngå ansvar for uforutsette grunnforhold, mens det på den annen kan være forhold som tilsier at totalentreprenøren må innhente annen relevant informasjon. Det kan lede til et dårligere samarbeid mellom partene, samtidig som at totalentreprenøren undervurder plikten han har til å innhente opplysninger. Totalentreprenøren kan følgelig risikere å bli pålagt risiko for forhold som han i utgangspunktet ikke trodde han var forpliktet til å innhente informasjon om, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (4) siste setning.

Forhold som kan få betydning for hvilke opplysninger totalentreprenøren må innhente kan være forhold som han oppdager under befaringen. Som eksempel bruker Nordtvedt mfl., dersom totalentreprenøren oppdager spor av at tomten er blitt brukt til avfallsdeponi eller at grunnen er forurenset av oljeutslipp, har dette betydning for hvilke anstrengelser totalentreprenøren må gjøre.<sup>100</sup> Det samme gjelder opplysninger som totalentreprenøren får fra kommunen. Dersom det fremkommer at det er gjort undersøkelser av NGI, må totalentreprenøren også kontakte NGI for å få den aktuelle rapport.<sup>101</sup>

Oppsummeringsvis må det som et minimum forventes at totalentreprenøren innhenter opplysninger fra kommunen og fylkesmannen. Om det er nødvendig med ytterligere undersøkelser avhenger av de konkrete omstendigheter i saken.

Neste problemstilling er om totalentreprenøren er forpliktet til å innhente opplysninger fra offentlige etater, dersom byggherren selv er en av de «offentlige etater» totalentreprenøren er forpliktet til å innhente opplysninger fra. Det var en av problemstillingene Hålogaland lagmannsrett i dom inntatt i LH-2007-102419 tok stilling til. Kommunen i egenskap av å være plan- og bygningsmyndighet, krevde erstatning på grunn prosjekteringsfeil etter den tidligere standarden NS 3431 pkt. 8.1 annet ledd: «Totalentreprenøren har risikoen for lokale forhold av betydning for gjennomføringen av oppdraget som han kunne ha skaffet seg opplysninger om ved (...) kontakt med de kommunale myndigheter o.l.» Saken omhandlet ikke grunnforhold, men er relevant fordi det var spørsmål om totalentreprenøren hadde oppfylt plikten ved å ikke skaffe annen kunnskap ved kontakt med kommunen. Bestemmelsen nevner uttrykkelig at både kommunale og lignende myndigheter er omfattet, og begrepet «offentlige etater», jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav b) omfatter ikke mer.

---

<sup>100</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 334.

<sup>101</sup> Se Giverholt 2012 s. 351.

Sakens faktum var at en snøskavl brakk og falt ned fra takraftet, slik at de nedre veggelementene ble knekt innover og medførte enkelte åpninger i veggen. Spørsmålet var om totalentreprenøren hadde foretatt en mangelfull prosjektering ved å bruke Paroc-elementer. Totalentreprenøren hadde ikke tatt høyde for de særlige lokale forhold i Hammerfest, og risikoen for skade ved de horisontale krefter som utløses når snø faller ned fra takraftet. Ved vurdering av om totalentreprenøren burde ha skaffet seg opplysninger om dette ved besiktelsen eller ved kontakt med de kommunale myndigheter, jf. NS 3431 pkt. 8.1 annet ledd, fremhevet lagmannsretten at:

«Lagmannsretten kan ikke fine bevis at Lønnheim Entreprenør AS for øvrig, og ut fra en risikoavveining etter punkt 8.1, burde eller kunne ha skaffet seg kunnskap som betydde økt aktsomhet ved prosjekteringen hva angikk horisontale krefter av snø. Det bemerkes at byggherren plikt til opplysning etter punkt 8.1 første ledd må ses i sammenheng med at kommunen i kraft av å plan- og reguleringsmyndighet også ville være adressat for entreprenørens søken etter kunnskap i annet ledd. Det er ikke fremlagt eller godgjort at det forelå særlige regulerings- eller planmessige forhold på stedet som ville øke entreprenørens aktsomhet.»

Uttalelsen kan ikke direkte tas til inntekt for at totalentreprenørens undersøkelsesplikt er begrenset. Slik uttalelsen er utformet kan det synes som at plikten til å undersøke skal ses i sammenheng med byggherrens plikt til å opplyse, og at byggherren som en offentlig etat vil ha en skjerpet opplysningsplikt. Gode grunner taler for en slik tolkning, og konsekvensen er at plikten til å undersøke indirekte begrenses. Ved at kommunen som offentlig etat har informasjon som byggherren ellers ikke vil ha, må kommunen i tillegg til å opplyse om det en privat byggherre plikter å gjøre, også opplyse om forhold som totalentreprenøren ellers må henvende seg til kommunen for å få. Det ville være unaturlig dersom kommunen bestemt kan skille mellom de to rollene som byggherre og plan – og reguleringsmyndighet.

Det samme må antagelig gjelde for totalentreprenørens plikt til å innhente foreliggende opplysninger etter NS 8407. Som nevnt favner ikke ordlyden videre, og det er heller ingen tvil om at plikten skal ses i sammenheng med byggherrens plikt til å opplyse, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (4). Totalentreprenøren er således ikke forpliktet til å innhente opplysninger fra offentlige etater, dersom byggherren selv er en av de «offentlige etatene» som totalentreprenøren har plikt til å innhente opplysninger fra.

Det er kun «foreliggende opplysninger» totalentreprenøren er forpliktet til å innhente, dvs. informasjon som de offentlige etater allerede innehar. Bestemmelsen etablerer et skjæringstidspunkt, slik at det kun er de opplysninger det offentlige har ved inngivelsen av tilbudet som er omfattet. Det betyr at opplysninger som ikke er tilgjengelig før inngivelsen av tilbudet, men som er tilgjengelig etter inngivelsen, er opplysninger som totalentreprenøren ikke var forpliktet til å innhente. Det kan være at totalentreprenøren før inngivelsen av tilbudet har undersøkt om det var utarbeidet rapporter som viste forurensning i grunnen, men at slike rapporter var ikke utarbeidet før etter inngivelsen av tilbudet.

Plikten til å innhente opplysninger gjelder «i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren». Ordlyden innebærer at totalentreprenørens plikt til å innhente foreliggende opplysninger begrenses der byggherren selv har fremlagt opplysningene. Har byggherren for eksempel fremlagt geotekniske rapporter fra kommunen, trenger ikke totalentreprenøren å innhente de samme dokumentene som byggherren har fremlagt.

Mer usikkert er det om totalentreprenøren kan bygge på at de opplysninger byggherren fremlegger er uttømmende, slik at totalentreprenøren ikke må innhente andre relevante foreliggende opplysninger. Det kan tenkes at byggherren fremlegger opplysninger fra Klif om forurensning i grunnen, men samtidig er det andre relevante opplysninger i kommunens aktsomhetskart for forurenset grunn.

Etter bestemmelsen er det i utgangspunktet totalentreprenøren som er pålagt å innhente relevante foreliggende opplysninger ved grunnen. For det tilfelle at byggherren har fremlagt enkelte relevante opplysninger, kan derfor totalentreprenøren ikke automatisk være fritatt det ansvar han er pålagt.

På den annen siden må det ses hen til hvilke opplysninger det aktsomt kan forventes at totalentreprenøren innhenter.<sup>102</sup> Det kan være vanskelig å slå fast, fordi det vil måtte bero på en konkret vurdering. Av betydning i den sammenheng kan være hvilke opplysninger byggherren har lagt frem, hva totalentreprenøren oppdaget under befaringen, jf. bokstav a eller lignende. Totalentreprenøren vil her, som når han selv har innhentet opplysningene,

---

<sup>102</sup> Se Giverholt 2012 s. 351.

aktsomt måtte vurdere informasjonen og finne ut om det er nødvendig med ytterligere undersøkelser. Dessuten kan forholdene som totalentreprenøren oppdager under befaringen som nevnt ovenfor få betydning.

**c) Innhente opplysninger om kabler og rør**

Etter NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav c skal totalentreprenøren:

«[I]nnhente opplysninger om kabler og rør ved kontakt med offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte om dette, i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren.»

Bestemmelsen regulerer hvilke opplysninger om kabler og rør som totalentreprenøren er pliktet til å innhente. Totalentreprenøren plikter å kontakte relevante «offentlige etater og andre det er nærliggende å kontakte om dette», for å få opplysninger om «kabler og rør». Typiske eksempler på kabler og rør er vannledninger, strømkabler, TV-kabler, gatevarmeanlegg, kloakkledninger mv.

Bestemmelsen har flere likhetstrekk med innhentingsplikten av opplysninger om forurensning og geologiske og geotekniske forhold etter NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav b. Totalentreprenøren skal blant annet innhente opplysningene «i den grad slike opplysninger ikke er fremlagt av byggherren».<sup>103</sup>

Av «offentlige etater» er et naturlig utgangspunkt å kontakte Vann- og avløpsetaten. Etaten er ansvarlig for drift og vedlikehold av renseanlegg og ledningsnett og vil presumptivt ha oversikt over kabler og rør i grunnen. Andre offentlige etater det kan være aktuelt å kontakte er Statens Vegvesen, Plan- og bygningsetaten, Samferdselsetaten, Friluftsetaten, men flere av disse har i f. eks Oslo inngått samarbeid om en felles påvisningstjeneste som utføres av Geomatikk AS<sup>104</sup>, Norges landsdekkende tjeneste for gravemelding og kabelpåvisning.<sup>105</sup> Tjenesten forenkler innhenting av opplysninger om kabler og rør, og vil også være et naturlig utgangspunkt for totalentreprenøren, uavhengig av hvor i landet et byggearbeid skal utføres.

---

<sup>103</sup> Se tilsvarende drøftelse under pkt. b) dersom byggherren har fremlagt opplysninger.

<sup>104</sup> Se Giverholt 2012 s. 351

<sup>105</sup> Se nærmere <http://geomatikk.no/tjenester/gravemelding-og-kabelpavisning> og <http://geomatikk.no/tjenester/ledningsdokumentasjon>.

Til forskjell fra plikten etter bokstav b, er ikke innhentingsplikten begrenset til kun å gjelde offentlige etater. Etter bestemmelsen skal totalentreprenøren også innhente opplysninger fra andre det er «nærliggende» å kontakte. Hvem det er nærliggende å kontakte må vurderes konkret. Typiske eksempler er lokale energiverk, samt leverandører eller eiere av stikkledninger o.l. Det vil også være nærliggende å kontakte selskaper som Get, Telenor og Canal Digital.<sup>106</sup> Flere av disse opplysningene kan dessuten innhentes hos Geomatikk AS, ettersom flere har sluttet seg til samarbeidet. Etter omstendighetene kan også totalentreprenøren være pliktig til å henvende seg til naboer, for eksempelvis å avdekke private stikkledninger som ligger i grunnen.

Som ved plikten til å innhente foreliggende opplysninger etter bokstav b, kan det også her oppstå spørsmål om hvor langt undersøkelsesplikten strekker seg. Totalentreprenøren kan ha undersøkt Geoteknikk og Vann- og avløpsetaten, men det viser seg å være fiberkabler fra en privat aktør i grunnen. Dette må nok være et ansvar totalentreprenøren må bære. I tillegg til å undersøke hos Vann- og avløpsetaten, må det kunne forventes at en aktsom totalentreprenør undersøker aktuelle strøm- og teletjenesteselskaper. Til forskjell fra Vann- og avløpsetatens som har ledningskart over kabler og rør for drikkevann og avløpsvann, vil disse selskapene presumptivt ha egne kabler og rør i grunnen, om ikke minst i nærheten av byggeområdet.

### **5.2.3 Vesentlig avvik**

I det foregående ble det redegjort for vilkåret om hvilke grunnforhold totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med» basert på reglene i 23.1. Overordnet er problemstillingen i det videre hvilke grunnforhold som «avviker vesentlig» fra dette. Som jeg kommer tilbake til har byggherren risikoen for konsekvensene av brudd på opplysningsplikten og det å gi «uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd», men byggherren vil også være ansvarlig for de avvik som rammer totalentreprenøren hardest. Dette leder over til neste vurderingen som er et spørsmål om hvilke grunnforhold som «avviker vesentlig» fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.

For totalentrepriser er avtalt plassering av risikoen for forhold ved grunnen regulert i NS 8407 pkt. 23.2:

---

<sup>106</sup> Nordtvedt mfl. 2013 s. 335.



«Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope at forholdene *avviker vesentlig* fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med basert på reglene i 23.1.

Slik avtale fritar ikke byggherren for risiko nevnt i 23.1 siste ledd.» (min kursivering)

Ordlyden innebærer at ikke ethvert avvik omfattes, og taler for at terskelen må være relativt høy. Vesentlighetsvurderingen avhenger av hvilke grunnforhold det er tale om, sett opp i mot de opplysninger totalentreprenøren har fått og hvilken kunnskap han selv kunne skaffe. Hvert grunnforhold må vurderes separat. Det avgjørende blir følgelig å fastsette grensen mellom avvik, jf. standardens pkt. 23.1 (1) og vesentlig avvik, jf. standardens pkt. 23.2 (1).

Nordtvedt mfl. mener at det overordnet må kreves et markert avvik i forhold til det totalentreprenøren kunne påregne for at det skal foreligge et vesentlig avvik.<sup>107</sup> Gode grunner taler for en slik forståelse. Utgangspunktet er at forholdene ved grunnen er usikre, og totalentreprenøren påtar seg risikoen mot vederlag. Dersom byggherren til tross for en slik avtale skal bære risikoen bør derfor forholdet være klart utenfor den risiko som totalentreprenøren kunne forutberegne å påta seg.

Vesentlighetsbegrensingen kan langt på vei ses å være i samsvar med det som er blitt lagt til grunn etter læren om bristende forutsetninger,<sup>108</sup> jf. Rt. 1999 s. 922 hvor førstvoterende på s. 931 siterte en artikkel av Arne Bech:

«[V]år rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En *vesentlig svikt* i disse forutsetningene, og dermed *vesentlig svikt* i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren en rett til justering av kontrakten» (min kursivering).

Bestemmelsen kan sees å være i samsvar med det alminnelige utgangspunkt om at totalentreprenøren må kunne forutse eller forebygge risikobegivenheten eller dens

---

<sup>107</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 340.

<sup>108</sup> *Ibid.*

innflytelse.<sup>109</sup> Begrensningen kan dermed angi en grense for hvilke forhold totalentreprenøren med rimelighet bør bære konsekvensene av. Til sist er standarden ment å være en balansert kontraktsstandard, og begrensningen kan sees som et ønske om å ivareta balansen mellom partene.<sup>110</sup>

Protokollen («forordet») til NS 8407 pkt. 23.2 anbefaler sterkt at det innhentes nødvendige grunnundersøkelser som vedlegges konkurransegrunnlaget. Dersom byggherren unnlater å foreta slike undersøkelser, vil totalentreprenøren ikke ha noen reell mulighet til å forutberegne hvor stor risiko han påtar seg. For det tilfelle at byggherren ikke gir totalentreprenøren denne muligheten til å forutberegne risikoen han skal påta seg, kan det være rimelig at det er byggherren som må bære risikoen.

Ved en konkret vurdering er et relevant moment hvilken type/art forutsetningssvikt det dreier seg om.<sup>111</sup> Dersom det dreier seg om en type/art forutsetningssvikt som totalentreprenøren kan forvente å møte på, trekker det i retning av at avviket ikke er vesentlig. Som eksempel nevnes at totalentreprenøren har lagt til grunn utgraving av ca. 35 kubikkmeter leire. Dersom det viser seg at utgravingen er mer omfattende, dreier det seg om et forhold som etter sin type/art ligger opp i mot den risiko han måtte forvente, og det skal i en slik situasjon normalt sett mye til for å tilbakeføre risikoen til byggherren.<sup>112</sup> På den annen side vil en avdekking av for eksempel forurensede masser være en type/art forutsetningssvikt som i nevnte situasjon taler for et vesentlig avvik, men det vil også avhenge av hvor omfattende masser det er tale om.

Et annet relevant moment er størrelsen på de økonomiske konsekvenser.<sup>113</sup> Dersom det viser seg å bli svært kostbart å overvinne de uforutsette grunnforhold, vil forholdet lettere være et vesentlig avvik. Det reiser spørsmål om hvor høye ekstrakostnader totalentreprenøren må godta som følge av uforutsette problemer. Giverholt mener det neppe kan konstateres et vesentlig avvik med mindre merkostnadene til totalentreprenøren blir på fra 15- 20 % høyere enn det som var antatt i tilbudet.<sup>114</sup> Det samme er lagt til grunn for kjøpers adgang til

---

<sup>109</sup> Se Sandvik 1966 s. 117.

<sup>110</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 340.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> Se Giverholt 2012 s. 356.

å heve fast eiendom under «prosentlæren», jf. avhl. § 4-13 (1).<sup>115</sup> Et Illustrerende saksforhold i den sammenheng er dom inntatt i Rt. 2009 s. 160. Totalentreprenøren måtte her bruke mer enn *dobbelt* så mye betong som inntatt i tilbudet. For det tilfelle at standardens pkt. 23.2 hadde vært anvendt på saksforholdet, vil trolig totalentreprenøren ha unngått ansvar fordi forholdene «avvek vesentlig».

Videre kan det være naturlig å legge vekt på om totalentreprenøren må prosjektere en ny løsning eller om han kan benytte prosjektert fremgangsmåte.<sup>116</sup> Bakgrunnen for det er at det vil være dyrere å omprosjektere enn om totalentreprenøren kan avbøte hindringen med andre midler. Som eksempel nevnes at mener å måtte prosjektere en ny løsning med underentreprenøren. Totalentreprenøren forventer å møte på sand, men møter kvikkleire enkelte områder, slik at det må foretas masseutskifting og endring av fundamenteringsmåte. I utgangspunktet vil det tale for at avviket er vesentlig, men dersom totalentreprenøren kan gjennomføre arbeidet etter forutsatt fundamenteringsmåte, ved for eksempel å øke mengden spunt eller forlenge pelene, vil den økonomiske konsekvens bli lavere enn ved å omprosjektere og foreta masseutskifting. I så fall kan den økonomiske konsekvens tale for at avviket ikke er vesentlig, slik at totalentreprenøren ikke kan unngå ansvar.

Til slutt nevnes også at et relevant moment er om grunnforholdet er et forhold totalentreprenøren hadde muligheter for å avdekke før inngåelsen av avtalen.<sup>117</sup> Dersom forholdet lett kunne vært avdekt vil det tale for at avviket ikke er vesentlig, mens det på den annen siden vil trekke i retning av et vesentlig avvik om totalentreprenøren hadde dårlige muligheter for å avdekke forholdet. Som eksempel bruker Nordtvedt mfl. prøvegravinger, grunnboringer og seismikk.

Momentene vurderes samlet. Illustrerende er sak fra BFJR nr. 527 (2001). Saken gjaldt oppføring av omsorgsboliger i totalentrepriseforhold og totalentreprenøren krevde tillegg for masseutskifting som måtte foretas. Rådet uttalte i den anledning at «de avdekkede grunnforholdene *stort sett samsvarer* med opplysningene byggherren har gitt» (min kursivering). Videre at dersom det hadde «vært *nødvendig* med full masseutskifting er det klart at byggherren måtte betale for dette» (min kursivering). Da det bare var nødvendig

---

<sup>115</sup> Se Anderssen 2008 s. 295.

<sup>116</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 340 og Giverholt 2012 s. 356.

<sup>117</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 340.

med delvis masseutskiftning og «grunnen i utgangspunktet var av god nok kvalitet», måtte totalentreprenøren bære ansvaret. De siterte uttalelser kan overføres til vurderingen av hvilke forhold som avviker vesentlig etter pkt. 23.2. Forutsetningssvikten i saken knyttet seg opp i mot de forhold som totalentreprenøren *hadde grunn* til å forvente å møte på, samtidig som den masseutskiftning som måtte foretas ikke var av stor nok *økonomisk betydning*.

## 5.3 Byggherrens opplysningsplikt- og risiko

### 5.3.1 Terminologi: Opplysningsplikt og opplysningsrisiko

I den alminnelige kontraktslovgiving brukes uttrykket «opplysningsrisiko» om de tilfeller hvor realdebitoren har risikoen for at opplysningene som *gis* er korrekte.<sup>118</sup> Det innebærer en avgrensning mot de tilfeller hvor realdebitoren *ikke* har gitt informasjon, såkalt «misligholdt opplysningsplikt».<sup>119</sup> I den videre fremstillingen brukes begrepet «opplysningsrisiko» som en fellesnevning på disse tilfellene. Uttrykket «opplysningsplikt» brukes hvor byggherren er forpliktet til å opplyse om et forhold, men slik at virkningen av å ikke gi opplysningen faller inn under opplysningsrisikoen. Inndelingen av oppgaven er hensiktsmessig. Standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6) henviser til tredje ledd, som innebærer at byggherren også har risikoen for konsekvensene av å ikke gi opplysninger. De nevnte begreper er ikke brukt i tredje og sjette ledd, samtidig som at bestemmelsene regulerer to sider av samme sak. Bestemmelsene er ikke strukturert etter den alminnelige kontraktslovgiving, men slik at unnlåtelsen av å gi opplysningen først får betydning om den etter sjette ledd har «virket inn på tilbudet». Endelig skal det etter standarden foretas en individuell vurdering av tredje ledd på den ene siden, og sjette ledd på den andre.

I fortsettelsen drøftes innholdet av byggherrens opplysningsplikt i pkt. 5.3.2, mens opplysningsrisikoen behandles i pkt. 5.3.3.

### 5.3.2 Byggherrens opplysningsplikt

NS 8407 pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6) henviser til tredje ledd og regulerer virkningen av at byggherren unnlater å opplyse totalentreprenøren om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser. Standardens pkt. 23.1 (3) lyder:

---

<sup>118</sup> Hagstrøm 2003 s. 67-68.

<sup>119</sup> Hagstrøm 2003 s. 132.

«Byggherren plikter i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget å opplyse om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få.»

Av bestemmelsen framkommer fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge uforutsette grunnforhold på grunn av opplysningssvikt fra byggherrens side. Hvilke opplysninger byggherren plikter å gi, må avgjøres ut i fra en tolkning av uttrykkene «forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser», som byggherren «kjente eller måtte kjenne til» og som det var «nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få». Videre er det et vilkår at det er i «tilbuds- eller konkurransegrunnlaget» byggherren har unnlatt å gi totalentreprenøren opplysningene.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at partene ikke har en generell opplysningsplikt overfor hverandre. I et kontraktsforhold har partene som utgangspunkt risikoen for egne forutsetninger og forventninger, og det er unntak fra dette som må begrunnes.<sup>120</sup> Slike unntak kan være inntatt i avtalen mellom partene, men også følge av enkelte lovbestemmelser i kontraktsretten. Ved at byggherren etter standardavtalen er pålagt en opplysningsplikt, blir derfor spørsmålet hvilke forhold byggherren må opplyse totalentreprenøren om, for å unngå å være ansvarlig på tross av inngått avtale om overføring av risikoen for grunnforholdene. Med ovennevnte problemstilling innebærer opplysningsplikten en reell begrensning i adgangen til å overføre risikoen.

De siste tiårene er det blitt vanlig å se opplysningsplikten som et konkret utslag av en mer generell plikt til å opptre lojalt i kontraktsforhold.<sup>121</sup> Hensynet til å opptre lojalt i kontraktsforhold har dessuten i senere tid fått en økende anvendelse og betydning for domstolenes løsning av kontraktsrettslige problemstillinger.<sup>122</sup> Lojalitetsplikten er knesatt i NS 8407 pkt. 3:

---

<sup>120</sup> Se Rt. 2012 s. 355 avsnitt 68 og 69, Rt. 2002 s. 1110 (s. 1118) og Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 359.

<sup>121</sup> Se Samuel Skrunes og Harald S. Kobbe, *Byggherrens opplysningsplikt i entrepriseforhold* i på rett grunn, festschrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Oslo 2010 s. 409-429 (s. 412), Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.)

<sup>122</sup> Se for eksempel Rt. 2013 s. 1079 avsnitt 24, Rt. 2006 s. 999 avsnitt 46, Rt. 2005 s. 268 avsnitt 55 og Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 29.

«Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten.»

Plikten til å samarbeide og vise lojalitet gjelder «under gjennomføringen av kontrakten.» Ordlyden tilsier at partene på ethvert trinn av byggeprosessen skal samarbeide og vise lojalitet. En slik forståelse av ordlyden er i samsvar med teorien, hvor det er lagt til grunn at lojalitetsplikten også gjelder før en kontrakt er inngått, og gjennom hele gjennomføringen av kontrakten.<sup>123</sup> Hvis byggherren unnlater å samarbeide og vise lojalitet før kontraktsinngåelsen, ved f.eks å ikke gi opplysninger om grunnforholdene, kan det derfor være i strid med lojalitetsprinsippet. Totalentreprenøren må kunne stole på at byggherren videreformidler relevant kunnskap som kan ha betydning for grunnforholdene.

Virkingen av å ikke gi opplysningene er at byggherren risikerer å bli ansvarlig for de forutsetninger og forventninger som totalentreprenøren måtte ha.

NS 8407 pkt. 23.2, jf. 23.1 (3) har paralleller til lignende bestemmelser i kontraktsretten, som for eksempel avhl. § 3-7, kjl. § 19, hvtjl. § 19, buofl. § 26 og husll. § 2-4.

#### **a) Det nærmere innholdet i opplysningsplikten**

Byggherrens opplysningsplikt gjelder «*forhold* ved grunnen... » (min kursivering).

Byggherren plikter med andre ord å opplyse totalentreprenøren om forhold eller omstendigheter av betydning ved grunnen. Uttrykket «forhold» er imidlertid et vidt begrep. Det omfatter mye, og det er få begrensninger i uttrykket.

Etter den alminnelige kontraktsrettslovgivning er opplysningsplikten begrenset til å gjelde *vesentlige forhold*.<sup>124</sup> Det innebærer en avgrensning av opplysningsplikten, men noen tilsvarende begrensning er ikke inntatt i standarden. Hvorfor komiteen har valgt å bruke en annen formulering er uvisst. Trolig skal opplysningsplikten ikke bare omfatte opplysninger om vesentlige forhold ved grunnen, men også at andre opplysninger i seg selv er viktige.

Siden begrepet «forhold» er vidt, må det ses i sammenheng med vilkåret om at det må gjelde opplysninger som det var «nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få»,

---

<sup>123</sup> Se Nazarian 2007 s. 31 og 32 med videre henvisninger.

<sup>124</sup> Se f. eks kjl. § 19 første ledd bokstav b, hvor selgers opplysningsplikt er begrenset til å gjelde vesentlige forhold, NOU 1992: 9 Forbrukarentreprise lov s. 39 og Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo 2003.

jf. NS 8407 pkt. 23.1 (3), jf. 23.2 (1). Det er kun opplysninger som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få, som vil kunne føre til brudd på opplysningsplikten. Dette innebærer en begrensning i hvilke forhold ved grunnen byggherren plikter å opplyse totalentreprenøren om.

Typiske forhold ved grunnen som rammes av bestemmelsen, er massenes beskaffenhet, herunder forurensninger, fjellforhold eller kabler i grunnen og lignende. Uttrykket «forhold» omfatter imidlertid mer enn bare de åpenbare forhold i grunnen. Også mindre åpenbare forhold ved grunnen kan byggherren være forpliktet å opplyse om. Dersom byggherren for eksempel unnlater å gi opplysninger som gjør at fundamentering blir vanskelig, kan unnlattelsen av å gi opplysningen være et brudd på opplysningsplikten.

En særlig problemstilling er om byggherren kun er forpliktet til å opplyse om forhold ved grunnen som er realisert på tidspunktet tilbuds- eller konkurransegrunnlaget ble utstedt. Som hovedregel gjelder opplysningsplikten for de historiske kjensgjerninger, og hypoteser eller forventninger om utvikling i fremtiden omfattes ikke.<sup>125</sup> Det betyr at byggherren i utgangspunktet kun er forpliktet til å opplyse om konkrete forhold ved grunnen, og at usikre formodninger og mistanker faller utenfor. Grensen mellom mistanke og konkrete forhold er imidlertid flytende. Hovedregelen er ikke unntaksfri. En utfordring er derfor om byggherren også er forpliktet til å opplyse om mistanker ved grunnen.

Hvor langt opplysningsplikten strekker seg avhenger av hvor nærliggende det er å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få opplysningen. Dette vil blant annet bero på hvor sterk mistanken er og i hvilken grad opplysningen er tilgjengelig.<sup>126</sup>

En høyesterettsdom av interesse er Rt. 1959 s. 1172. Saken gjaldt en annen type kontraktsforhold, men kan trekke linjer for hva byggherren må opplyse om. Spørsmålet i saken var om en advokat var erstatningsansvarlig for å ha medvirket til overdragelse av en andel i noen vinagenturer, som i ettertid viste seg å være verdiløse. Det var på det rene at advokaten ikke kjente til at vinagenturene var verdiløse, men advokaten kjente til selgerens økonomi og tidligere transaksjoner. Det at advokaten kjente til disse omstendighetene gjorde det tilstrekkelig å vekke mistanke om at vinagenturene kunne være dårlige. Advokaten måtte

---

<sup>125</sup> Se Hagstrøm, 2003 s. 141.

<sup>126</sup> Se Hagstrøm, 2003 s. 142.

varsle kjøper og unnlåtelsen gjorde at kjøperen fikk medhold av Høyesterett. Førstvoterende, dommer Gaarder, uttalte følgende på side 1174:

«Alt dette burde tilsi at Rosendahl, da det ble forhandlet om salget til Gardshol, iallfall burde gitt Gardshol et tydelig vink om at det kunne være grunn til høyere undersøkelse. Hadde dette skjedd, samtidig som Rosendahl spesielt hadde opplyst om salget til K. Sæbø - hva han burde gjort fordi også dette salg gjaldt Flaaten-agenturer - må jeg anta at Gardshol ville forholdt seg avventende inntil han hadde fått gjort nærmere undersøkelser, og i så fall antar jeg at han ikke ville innlatt seg på handelen.»

Selv om advokaten på avtaletidspunktet ikke kjente til at andelen i vinagenturene var verdiløse, måtte advokaten opplyse kjøper at det var grunn til nærmere undersøkelse. Dommen taler for at det må varsles om mistanke som kan være nærliggende at skape problemer for kjøper i fremtiden, og at opplysningsplikten avhenger av hvilken betydning opplysningen har for motpartens inngåelse av avtalen. Således kan mistanke om forhold ved inngåelsen av avtalen være gjenstand for opplysningsplikt.

Det samme prinsipp må antagelig gjelde i totalentrepriser. På den ene siden bør byggherren, forutsatt at mistanken kan være nærliggende at skape problemer for totalentreprenørens kalkyle eller driftsopplegg i fremtiden, opplyse i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget. Om mistanken er stor eller liten, kan mistanken uansett avdekke vanskelige grunnforhold, som igjen kan være av stor økonomisk betydning og avgjørende for totalentreprenørens aksept om å overta risikoen.

På den annen side vil byggherren i de tilfeller han gir opplysninger måtte bære risikoen for at de er riktige. Videre kan opplysningene føre til at interesserte totalentreprenører priser tilbudene høyere, samtidig som byggherren ikke har konkrete holdepunkter som er gjenstand for opplysningsplikt.

Selv om byggherren risikerer å motta høyere tilbud fra interesserte totalentreprenører, er det likevel ingen grunn til å verne en byggherre som spekulerer i totalentreprenørens undervurdering av risiko. Som framholdt i teorien er grunnforholdene vanskelige å vurdere, og den ene konklusjon etter kvalifiserte vurderinger kan være like sannsynlig som en



annen.<sup>127</sup> I de tilfeller byggherren unnlater å varsle totalentreprenøren om sine mistanker, kan årsaken være et ønske om å oppnå et lavere tilbud, enten fordi byggherren avdekker kompliserende grunnforhold eller fordi totalentreprenøren innkalkulerer en større risikopremie. Det kan føre til at totalentreprenøren pålegges risiko som han vanskelig kunne forutberegne og skape ubalanse i kontraktsforholdet. Forutsatt at mistanken kan være nærliggende at skape problemer for totalentreprenøren i fremtiden, må således utfallet være at byggherren er forpliktet til å opplyse totalentreprenøren om mistanker ved grunnen.

I praksis vil det sjeldent være tvil om hva som faller inn under uttrykkene forhold ved «grunnen, byggeområdet og dets omgivelser». Som følge av at uttrykkene ikke er definert i standarden, vil det først og fremst være kontraktsdokumentene, jf. standardens pkt. 2.1 som avgjør innholdet. Mer usikkert er hva som faller inn under uttrykket «dets omgivelser». Om uttrykket henviser til både «grunnen» og «byggeområdet», eller kun det sistnevnte, er uklart. Sammensetningen i bestemmelsen og strukturen i standarden, tilsier det sistnevnte, slik det også følger av standardens pkt. 23.1 (2) bokstav a. Siden det ikke er noen begrensninger i uttrykkene «byggeområdet og dets omgivelser...», er det nærliggende å tolke uttrykkene like vidt som under standardens pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2). Fastleggelsen av de ytre grensene må dermed vurderes konkret, men det må likevel kunne kreves at opplysningen kan tilsi hvordan grunnforholdene på byggeområdet var, og hvordan arbeidet i grunnen måtte gjennomføres.

NS 8407 pkt. 23.1 (3) avløser den tidligere NS 3431 punkt 8.1 «lokale forhold» og pkt. 8.2 «grunnforholdene». Ved utarbeidelsen av den nye standarden unnlatte imidlertid komiteen å innta en tilsvarende regulering om lokale forhold, og standardens pkt. 23.1 (3) gjelder kun grunnforhold. En naturlig utfordring i den sammenheng er om opplysningsplikten etter NS 8407 pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (3) også omfatter «lokale forhold» ut over grunnforholdene.

Standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (3) omtaler «forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser», men ordlyden i overskriften til bestemmelsen taler for at lokale forhold ut over grunnforholdene ikke er regulert.

På den annen side kan ordlyden «forhold ved grunnen» (min kursivering) forstås slik at den omfatter mer enn bare forhold «i» grunnen, slik at pkt. 23.2 (1) også omfatter «lokale

---

<sup>127</sup> Se Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, Oslo 2016 s. 275/76.

forhold» ut over grunnforholdene. En slik forståelse av ordlyden gir imidlertid ingen solid forankring av regelen alene, men også hensyn bak den grunnleggende risikofordelingen taler for dette. For det tilfelle at lokale forhold ut over grunnforholdene ikke er omfattet av opplysningsplikten, vil således totalentreprenøren etter avtalt risikooverføring nå bære risikoen for alle andre lokale forhold enn grunnforholdene.

Eksempler på lokale forhold byggherren var forpliktet å opplyse totalentreprenøren om, var grunnbrudd på *nabotomter*, jf. LH-2011-046327 og særskilte klimatiske forhold ved *byggeområdet*, jf. LH-2007-102419. Disse opplysningene var byggherren forpliktet å opplyse totalentreprenøren om, fordi informasjonen kunne tilsi hvordan grunnforholdene på byggeområdet var, og hvordan arbeidet i grunnen måtte gjennomføres.

Etter den nye standarden, jf. pkt. 23.1 (3), jf. 23.2 (1) gjelder opplysningsplikten ikke bare forhold ved grunnen, men også «byggeområdet og dets omgivelser». Siden standarden skal kodifisere rettstilstanden etter NS 3431<sup>128</sup> og uttrykkene har komparative linjer til ovennevnte rettspraksis, kan det argumenteres for at uttrykkene også omfatter lokale forhold. Slik ordlyden «forhold ved grunnen» (min kursivering) er formulert er det dessuten vanskelig å se hvorfor særegne forhold ved byggeområdet, ikke like mye som andre, naturgitte omgivelser, skal omfattes av begrepet. Presumptivt vil det jo være de særegne forhold totalentreprenøren har interesse av å få. All den tid NS 3431 ikke skilte mellom *alminnelige* og *lokale* forhold, kan heller ikke unnlattelsen av å bruke begrepet i den nye standarden, medføre at lokale forhold ut over grunnforholdene ikke lengre er regulert. En slik endring burde i så fall vært presisert i standarden, men noe slikt fremgår ikke.

Støtte for at byggherren må opplyse om lokale forhold ut over grunnforholdene fins i den alminnelige kontraktslovgivning. Etter forarbeidene til avhl. § 3-7 er naboforhold nevnt som et moment av betydning for selgers opplysningsplikt.<sup>129</sup> Dersom det er noen i nabolaget som lager sjenerende støy, kan det være et særegent forhold ved eiendommen som selger kan være forpliktet å opplyse om. Selv om støy fra naboer kan være uproblematisk for totalentreprenørens gjennomføring av arbeid, kan det imidlertid være at andre naboer er sensitiv for støy. Dersom naboeiendommen driver pelsdyroppdrett eller operasjoner som er

---

<sup>128</sup> Flere kurs- og foredragsholdere fremholder at NS 8407 kodifiserer hva som allerede er utlagt i praksis etter den tidligere NS 3431. Det samme er fremhevet i flere av høringsuttalelsene til NS 8407.

<sup>129</sup> Ot.prp. nr.66 (1990-1991) s. 89.

særlig følsom for rystelser, luftforurensning eller støy, kan det medføre omlegginger eller begrensninger av totalentreprenørens utføring av arbeid. Det vil være særegne forhold som byggherren er forpliktet til å opplyse om. Etter dette legges det til grunn at opplysningsplikten etter NS 8407 pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (3) også omfatter lokale forhold ut over grunnforholdene.

For at totalentreprenøren skal kunne påberope seg brudd på opplysningsplikten, er det videre et vilkår at byggherren «kjente eller måtte kjenne til» forholdet. Dersom byggherren har positiv kunnskap om forholdet, dvs. han kjente til forholdet, men unnlot å opplyse totalentreprenøren om det, vil det foreligge en opplysningssvikt som byggherren er ansvarlig for. Rent umiddelbart kan det tenkes å høre til sjeldenhetene at byggherren holder tilbake slik kunnskap, men i teorien er det tatt til ordet for at det ikke er tilfellet. Som eksempel vil byggherren, særlig de store og profesjonelle, ikke sjeldent holde tilbake innhentet data og opplysninger fra foretatte grunnundersøkelser.<sup>130</sup> I de situasjoner hvor det er på det rene at byggherren har holdt tilbake slik informasjon, vil det være uproblematisk å konstatere byggherrens opplysningssvikt. Denne delen av vilkåret behandles derfor ikke i fortsettelsen. Det kan imidlertid være vanskelig å føre bevis for at byggherren kjente til forholdet.<sup>131</sup> Byggherren er derfor også gjort ansvarlig for forhold som han «måtte kjenne til». Problemstillingen som reiser seg da er hva som ligger i uttrykket «måtte kjenne til».

Begrepet «måtte kjenne til» tilsier det må foretas en aktsomhetsvurdering og at det er tale om forhold som en alminnelig byggherre må vite om. Det innebærer at byggherren ikke kan unnlate å opplyse om forhold som er mer eller mindre allment kjent, og innebærer en avgrensning mot opplysninger byggherren ikke kan forventes å kjenne til. Som følge av at ordlyden presiserer det er forhold som byggherren måtte kjenne til, innebærer det også en mildere aktsomhetsnorm enn dersom det hadde stått «burde» kjenne til. En slik formulering ville pålagt byggherren en aktiv undersøkelsesplikt, men noen slik aktiv plikt kan ikke utledes av bestemmelsen. Når komiteen har valgt å bruke begrepet «måtte», trekker det i retning av at byggherren ikke blir ansvarlig i tilfeller han *burde* kjenne til forholdet (simpel uaktsomhet).

---

<sup>130</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 410 og 411.

<sup>131</sup> Totalentreprenøren har bevisbyrden for at byggherren kjente til forholdet, men unnlot å opplyse om det. LE-2014-8649, LF-2014-100158, LB-2011-27307, LF-2010-158511 og Harald Benestad Anderssen, *Avhendingsloven med kommentarer*, Oslo 2008 s. 153 legger dessuten til grunn et skjerpet beviskrav. I stedet for sannsynlighetsovervekt, kreves det kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at selgeren kjente eller måtte kjenne til forholdet. Det samme må nok også legges til grunn i en totalentreprise.

I høyesterettsdom inntatt i Rt. 2002 s. 696 tolket retten på s. 702 uttrykket «måtte kjenne til» i avhl. § 3-7. Dommen omhandlet kjøpers adgang til å gjøre mangel gjeldende på grunn av forurensning i grunnen ved to eiendommer, på tross av et «as is» forbehold. Retten tolket ordlyden som et «normativt begrep, og ikke en bevisregel».<sup>132</sup> I den forbindelse fremhevet førstvoterende at det etter forarbeidene<sup>133</sup> ikke må foreligge noen rimelig grunn for å være uvitende, og at det ikke er tilstrekkelig at han burde kjenne til forholdet. Høyesterett kom frem til at eiendommen hadde en mangel etter avhl. § 3-7, hva gjelder manglende opplysninger, fordi selgeren hadde unnlatt å opplyse om en rapport som fastslo at det kunne være stor forurensning i grunnen. Selgerselskapet hadde ikke faktisk kjennskap til rapporten, men måtte ha en slik kunnskap som det etter loven krevdes. Forståelsen av uttrykket er i senere tid blitt videreført i rettspraksis.<sup>134</sup>

Behandlingen av uttrykket «måtte kjenne til», jf. avhl. § 3-7 etterlater tvil om hvilket skyldkrav som oppstilles.<sup>135</sup> I teorien er uttalelsene i Rt. 2002 s. 696 på s. 702 blitt forstått slik at det oppstilles et krav om forsett eller grov uaktsomhet.<sup>136</sup> Utenfor de lovbestemte tilfellene er det i enda større grad uavklart hvilket skyldkrav som skal gjelde ved aktsomhetskravet «måtte kjenne til».<sup>137</sup> Et spørsmål som da reises, er om et skyldkrav om grov uaktsomhet også skal legges til grunn for byggherrens opplysningsplikt.

Det kan diskuteres om uttrykket «måtte kjenne til» i standardens pkt. 23.1 tredje ledd har samme betydning som ordlyden etter avhl. § 3-7. Riktig nok er det vesensforskjeller mellom avhendingsloven og standarden, og hensynene bak reglene kan være ulike. Som eksempel vil partene etter avhendingsloven være opptatt av selgerens, altså realdebitors opplysningsplikt, mens det i totalentreprisen vil være tale om byggherrens, det vil si realkreditors opplysningsplikt. Totalentreprisen bærer også gjerne større preg av samarbeid og langsiktighet enn ved salg av fast eiendom, noe som kan gjøre det mer rimelig å stille høyere krav til lojal opptreden. Ulikhetene gjør derfor at det bør utvises varsomhet med å overføre tolkningen direkte. Rettskildene knyttet til avhl. § 3-7 vil likevel kunne være

---

<sup>132</sup> Rt. 2002 s. 969 s. 702.

<sup>133</sup> Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 89.

<sup>134</sup> Se eksempelvis LB-2015-26008, LG-2015-163894 og LB-2014-62763.

<sup>135</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 426.

<sup>136</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 426 og Hagstrøm 2003 s. 149 flg, særlig s. 151.

<sup>137</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 426.

relevant for å klarlegge ordlyden. Entrepriseretten har en nær tilknytning til den alminnelige kontraktsretten. Rt. 2002 s. 696 taler for et skyldkrav om grov uaktsomhet.

Skrunes og Kobbe mener imidlertid at det må legges til grunn et skyldkrav om simpel uaktsomhet. Om uttrykket «måtte kjenne til», jf. NS 8407 pkt. 23.1 (3), mener de det er naturlig å søke veiledningen i de alminnelige reglene om lojalitetsplikt, hvor skyldkravet var simpel uaktsomhet, fremfor den nye kontraktslovgivningen. Som argument mot å søke veiledning i kontraktslovgivningen, mener de bla. at lovgivningen i større grad er en «kopiering» fra kjøpsloven, enn en gjennomtenkt vurdering av hvilket skyldkrav som skal oppstilles.<sup>138</sup>

På den annen side kan det innvendes at bruk av ordlyden «måtte kjenne til» i flere bestemmelser, danner grunnlag for et mer alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Selv om det før kontraktslovgivningen var tilstrekkelig med simpel uaktsomhet, bør en kanskje etter avgjørelsen i Rt. 2002 s. 696 stille et krav om grov uaktsomhet.

Å stille et skyldkrav om grov uaktsomhet, kan imidlertid virke irrasjonelt for totalentreprenøren. Skyldkravet medfører at totalentreprenøren, som fullt ut har opptrådt aktsomt, etter avtalt risikooverføring, må bære risikoen for manglende opplysninger som byggherren *burde* ha opplyst om.

Begrepet «måtte» er imidlertid et strengere begrep enn *burde*, som blant annet er brukt i lov 21. juni 2002 nr. 34 forbrukerkjøpsloven (forbrkjl.) § 16 første ledd bokstav b. Begrepet *burde* ble i forbrjl. brukt fordi forbrukeren normalt er den svakeste part, og dermed har et behov for sterkere vern. I en totalentreprise er begge partene profesjonelle, og et slikt behov er mindre gjeldende. Når komiteen har valgt å bruke begrepet «måtte», trekker det således i retning av at byggherren ikke blir ansvarlig for forhold han *burde* ha opplyst om.

Etter dette må det kunne legges til grunn et skyldkrav om grov uaktsomhet for at vilkåret «måtte kjenne til» skal være oppfylt. En slik forståelse av uttrykket er også lagt til grunn i Giverholt og Nordtvedt.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 426 og 427.

<sup>139</sup> Se Giverholt 2012 s. 352 og Nordtvedt mfl. 2013 s. 336.

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 straffeloven § 23 andre ledd definerer grov uaktsomhet. Av bestemmelsen fremgår det at handlingen er grov uaktsom når den er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse. Se også Rt. 2004 s. 499 avsnitt 32 og Rt. 2009 s. 6 avsnitt 49 hvor skyldformen i privatrettslig sammenheng krever et markert avvik fra forsvarlig handlemåte. Det neste som må vurderes er når det vil være grovt uaktsomt av byggherren å ikke kjenne til det aktuelle forholdet.

Husll. § 2-4 om utleiers manglende opplysninger om husrommet, bruker begrepet «måtte kjenne til». Etter forarbeidene er grov uaktsomhet sammenfattet i at:

«Utleiers opplysningsplikt omfatter ikke bare forhold han faktisk kjenner til, men også forhold han måtte kjenne til. Forhold utleieren måtte kjenne til, er slike som det nærmest er uforklarlig at han er uvitende om. Forhold som utleieren bare burde kjent til, faller derimot utenfor regelens rekkevidde.»<sup>140</sup>

Dersom det er tale om en situasjon som etter normal bedømmelse gjør det nærmest uforklarlig at utleieren er uvitende om forholdet, er det således nærliggende å tolke situasjonen slik at utleieren måtte kjenne til forholdet. Utleieren vil med andre ord ha opptrådt grovt uaktsomt. Det at utleieren ikke kjente til det aktuelle forhold, vil i så fall være et klart klanderverdig forhold som utleier vil være sterkt å bebreide for.

Vurderingen av om byggherren «måtte kjenne til» forholdet, må vurderes konkret.

Vurderingen er etter sin art subjektiv.<sup>141</sup> Dette innebærer at byggherrens individuelle forhold kan tas med i vurderingen. Som eksempel nevnes at byggherren eier tre tomter i et område. Under oppføring av bygg på to av disse tomtene ble byggherren kjent med at grunnforholdene var forurenset, og ved graving på den tredje tomten er det avdekt forurensede masser. Selv om byggherren faktisk ikke var kjent med de forurensede massene på den tredje tomten, vil den omstendighet at slike masser ble avdekt på de øvrige tomtene, trekke i retning av at byggherren *måtte kjenne til* forholdet.

Etter dette må det kunne legges til grunn at byggherren har opptrådt grovt uaktsomt, når det ut fra en normal bedømmelse er nærmest uforklarlig at byggherren er uvitende om forholdet. Når det vil være tilfellet må vurderes konkret. Vurderingen er etter sin art subjektiv.

---

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 156.

<sup>141</sup> Se Anderssen 2008 s. 151.

Byggherren hefter således ikke bare om de forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han faktisk kjente til, men også forhold det var grovt uaktsomt å ikke kjenne til.

For at det skal foreligge opplysningssvikt, er det videre et vilkår at det må dreie seg om opplysninger det var «nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få». Det er ikke alle forhold totalentreprenøren har et nødvendig behov eller interesse å få opplysning om. Vilkåret viser tilbake til «forhold» ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser, og innebærer en begrensning i hvilke forhold byggherren er forpliktet å opplyse om.

Som et utgangspunkt vil totalentreprenøren ved utarbeidelsen av tilbudet være interessert i all informasjon som kan skaffes. Opplysninger om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser kan alle være relevante ved utarbeidelsen av kalkylen, og dermed av «interesse» å få. For byggherren innebærer det at han må opplyse om ethvert forhold, og at vilkåret ikke innebærer noen reell begrensning i opplysningsplikten. Et spørsmål som reiser da, er om en slik vid forståelse av uttrykket skal legges til grunn.

I utgangspunktet må det legges til grunn en objektiv vurdering. I dette ligger at det er de opplysninger som *totalentreprenører flest* har interesse av å få, som byggherren er forpliktet å opplyse om. Et slikt utgangspunkt er naturlig, fordi det er urimelig å forvente at byggherren, dersom totalentreprenøren skal vektlegge spesielle forhold, må bære risikoen for totalentreprenørens forventninger. Etter dette er opplysningsplikten i første omgang begrenset mot de forhold totalentreprenører flest ikke mener er av interesse, og at det er de omstendigheter folk flest oppfatter som negative, det må opplyses om.<sup>142</sup> For det tilfelle at totalentreprenøren er overtroisk, og byggherren vet noen mener å ha observert «spøkelse» i grunnen, er det således et forhold han ikke kan forventes å opplyse om. Opplysningen vil ikke være av betydning for de fleste totalentreprenører, og totalentreprenøren selv vil være nærmest til å bære risikoen.

Hvilke forhold totalentreprenører flest har interesse av å få, må bero på en konkret vurdering. I avhl. § 3-7 brukes begrepet «grunn til å regne med å få», og uttrykket er etter forarbeidene forstått å være «opplysninger som det i seg selv vil ha ein del å seie for kjøparen å få.»<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Se Trygve Bersåker, *kjøp av fast eiendom 4 utgave*, Oslo 2003 s. 203.

<sup>143</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 89.

Hva angår opplysningsplikten etter standarden, er nok denne terskelen for høy. Selv om uttrykket i hovedsak ikke innebærer annet enn en språklig forskjell, er det gode grunner som taler for en lavere terskel. For det første ligger det en begrensning i den brukte ordlyden «nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få» opplysningen (min kursivering). Uttrykket tilsier det er lite som skal til for at opplysningen kan være av interesse for totalentreprenøren, og at terskelen er lav. Totalentrepriser bærer videre til forskjell fra avhending av fast eiendom et større preg av langsiktighet og samarbeid, som sammen med hensynet til lojalitetsplikten i standardens pkt. 3, gjør det rimelig å stille strengere krav til lojal oppreden.<sup>144</sup> Grunnforholdene er komplekse å vurdere, og det er vanskelig å forutse betydningen av forholdet. Siden mindre forhold kan føre til store økonomiske konsekvenser, kan nærmest enhver opplysning få betydning for de vurderinger som må gjøres. Det må likevel være opplysninger om forhold som kan påvirke totalentreprenørens kostnader, arbeidsopplegg eller lignende, slik at de mer eller mindre alminnelige forhold faller utenfor.

Videre følger det av forarbeidene til avhl. § 3-7 at kjøperen ikke har plikt til å opplyse om omstendigheter som kjøperen etter § 3-10 første ledd «kjente eller måtte kjenne» til.<sup>145</sup> Selv om opplysningsplikten etter standarden kan hevdes å være videre enn under den alminnelige kontraktslovgivning, er det ingen behov for å verne totalentreprenøren som kjente eller måtte kjenne til forholdet. For det tilfelle at totalentreprenøren faktisk kjenner til et forhold, eller det er tale om et forhold som tidligere har vært tema, vil byggherren ikke være forpliktet til å opplyse om forholdet. Dette ble behandlet som et sideordnet tema i dom av Eidsivating lagmannsrett LE-2008-152113. Partene var kjent med undersøkelsen, og spørsmålet var om byggherren hadde overtrådt varslingsplikten etter kontrakten. Problemstillingen handlet ikke direkte om byggherrens opplysningsplikt, men flertallet (4-1) kom med en treffende uttalelse som er overførbar til drøftelsen: «Det foreligger ingen plikt til å varsle om noe som allerede er blitt tema.»

Totalentreprenøren har heller ikke krav på opplysninger som byggherren med god grunn kunne gå ut fra at totalentreprenøren allerede var kjent med. Dersom det skal utføres et gravearbeid i Bjørvika<sup>146</sup>, hvor de fleste totalentreprenører allerede vet at grunnen synker og

---

<sup>144</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 415-416.

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s.89.

<sup>146</sup> <https://www.tu.no/artikler/bjorvika-synker/231007>, <http://www.aftenposten.no/osloby/Bjorvika--en-kjempe-pa-leirfotter-86658b.html>, <http://geoforskning.no/nyheter/grunnforskning/751-innsynkingen-i-bjorvika>.



forskyver seg horisontalt, kan det være et forhold totalentreprenøren ikke kan regne med å få opplysning om. Dersom det derimot er tydelig at totalentreprenøren ikke forstår at dette er et problem, for eksempel under befaringen, jf. pkt. 23.1 (2) bokstav a, kan byggherren ikke forholde seg taus. Det avgjørende vil i så fall være hvorvidt byggherren hadde god grunn for å tro at totalentreprenøren allerede var kjent med forholdet, og her må det nok kreves en streng aktsomhetsplikt for byggherren.

Hvilke opplysninger det var «nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få» må altså bero på en konkret vurdering. Etter det ovennevnte oppstilles det en lav terskel og «det skal lite til før man kan anta at noe kan være interessant for totalentreprenøren.»<sup>147</sup>

Dette innebærer at en relativt vid forståelse av uttrykket kan legges til grunn. Vilkåret utgjør ingen vesentlig begrensning i opplysningsplikten. Den klare hovedregelen må være at totalentreprenøren har interesse av å få enhver opplysning.<sup>148</sup> For at byggherren skal ha overholdt opplysningsplikten må han således opplyse om ethvert forhold. Som forarbeidene til avhl. § 3-11 uttrykker «seljarar bør nemleg generelt ha den haldninga at det er betre å seie for mykje, og også å seie det temmelig sjølvsagte».<sup>149</sup> En slik holdning bør også byggherren ha.

Det er i «tilbuds- eller konkurransegrunnlaget» byggherren plikter å opplyse om forhold ved grunnen. Dokumentet inngår som en del av partenes avtale, jf. standardens pkt. 2.1 bokstav e, og utgjør et sentralt dokument for totalentreprenørens utarbeidelse av tilbud. Dokumentet er utarbeidet av byggherren etter program- og prosjekteringsfasen, og etablerer et skjæringspunkt for opplysningsplikten. Dersom totalentreprenøren vinner frem med sitt tilbud basert på opplysningene etter tilbuds- eller konkurransegrunnlaget er han som utgangspunkt bundet av dette.

### **5.3.3 Byggherrens opplysningsrisiko**

Som nevnt under pkt. 5.3.1 brukes begrepet «opplysningsrisiko» om de tilfeller hvor byggherren har risikoen for konsekvensen av å ikke gi totalentreprenøren opplysninger, samt de tilfeller hvor byggherren har risikoen for at de gitte opplysninger er korrekte.

---

<sup>147</sup> Se Giverholt 2012 s. 353.

<sup>148</sup> Se Giverholt 2012 s. 352.

<sup>149</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 96.

Byggherrens opplysningsplikt reguleres i standardens pkt. 23.1 (3), mens opplysningsrisikoen utledes av sjetzte ledd, jf. standardens pkt. 23.2 (2):

«Slik avtale fritar ikke byggherren for risiko nevnt i 23.1 siste ledd.»

Pkt. 23.1 siste ledd lyder:

«Dersom byggherren gir uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd, har han risikoen for konsekvensene av dette, med mindre man kan gå ut fra at dette ikke har virket inn på tilbudet. Det samme gjelder riktigheten av opplysninger innhentet etter annet ledd bokstav b og c.»

Av bestemmelsen framkommer to kumulative vilkår som må være oppfylt for at byggherren skal bære risikoen for grunnforholdene. Dette beror på en tolkning av uttrykkene «gir uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger», herunder hvilke opplysninger totalentreprenøren berettiget kan forvente å få. Videre er det et vilkår at opplysningen må ha «virket inn på tilbudet». Det samme gjelder etter bestemmelsens andre punktum for riktigheten av de opplysninger som totalentreprenøren er forpliktet til å innhente.

Standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6) gir uttrykk for at totalentreprenøren ikke har risikoen for grunnforhold hvis de er uforutsett fordi byggherren har gitt uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger. Med forbehold om at opplysningene har virket inn på tilbudet utgjør dermed bestemmelsen en begrensning i adgangen til å overføre risikoen. Det samme gjelder for riktigheten av opplysningene totalentreprenøren etter annet ledd er forpliktet til å innhente. Dersom opplysningene ikke har virket inn på tilbudet, vil totalentreprenøren måtte bære risikoen for grunnforholdene og klausulen om å overføre risikoen vil gjelde etter sin ordlyd.

I fortsettelsen vil byggherrens risiko for opplysningssvikt behandles i pkt. a), mens byggherrens risiko for innhentede opplysninger behandles pkt. b).

#### **a) Byggherrens opplysningssvikt**

Begrepet «opplysningssvikt» brukes her som en fellesnevning på de tilfeller hvor byggherren ikke har gitt opplysninger som han «kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få», og om de situasjoner hvor det er gitt

opplysninger, men opplysningene viser seg å være feilaktige.<sup>150</sup> Skillet mellom uriktige og mangelfulle opplysninger er langt i fra skarp.<sup>151</sup> Dersom byggherren gir enkelte opplysninger om grunnforholdene, men ikke alle, kan opplysningen være både uriktig, men også vurderes som mangelfull. Dette trekker i retning av å behandle situasjonene samlet.

Standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6) angir ikke uttrykkelig at byggherren skal bære risikoen for *manglende* opplysninger. Slik bestemmelsen er utformet taler ordlyden derimot for det motsatte, slik at det er en forutsetning at byggherren positivt må «gi» opplysninger. En slik tolkning av bestemmelsen medfører imidlertid at brudd på opplysningsplikten kan være uten konsekvenser, og at byggherren kan unngå risikoen som er ved å gi opplysninger. Giverholt og Nordtvedt mfl. drøfter ikke problemstillingen, men synes begge å forutsette at byggherren også har risikoen for manglende opplysninger.<sup>152</sup> Støtte for en slik avklaring finnes og i en voldgiftsdom av 8/9 1961: Byggherren var her *klar over* at det var fjell i grunnen, men *unnlot* å opplyse anbyderne at grunnen inneholdt fjell som måtte sprenges. I stedet for å gi opplysningen ble det i kontrakten med anbyder som fikk arbeidet inntatt en klausul om å justere vederlaget om det viste seg å være fjell i grunnen. Byggherren innrømte tillegg for sprengningsarbeid og økt graving. Entreprenøren fikk medhold av voldgiftsretten i krav på tillegg for økte grunnmasser.<sup>153</sup> Reelle hensyn trekker dessuten i samme retning. Det er som nevnt ingen klar grense mellom uriktige og mangelfulle opplysninger, og det kan derfor være like klanderverdig å ikke gi opplysninger som å gi uriktig informasjon. Med forankring i Rt. 1948 s. 370 hevdes det dessuten at det ikke er en adgang til å fraskrive seg ansvar for grov uaktsomhet. Etter dette må det kunne være forsvarlig å legge til grunn en utvidende tolkning av ordlyden, slik at byggherren i tillegg til å ha risikoen for de opplysninger han «gir», også har risikoen for *manglende* opplysninger.

Det er «uriktige», «mangelfulle» og «ufullstendige» opplysninger som kan unnta totalentreprenøren ansvar for uforutsette grunnforhold. Siden vilkårene er alternative, vil det i prinsippet ikke være viktig å avgrense når opplysningen er «uriktig», «mangelfull» eller

---

<sup>150</sup> I samme retning LA-2016-83184 hvor avhl. § 3-7 og § 3-8 som regulerer manglende og uriktige opplysninger til sammen gikk under fellesbetegnelsen «opplysningssvikt» og Krüger 1989 s. 292. Undertiden brukes begrepene «opplysningssvikt», «opplysningsplikt» og «opplysningsrisiko» om hverandre. Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2016 s. 148 bruker f. eks «opplysningsrisiko» eller «opplysningsansvar» om det tradisjonelle begrepet opplysningsplikt.

<sup>151</sup> Krüger 1989 s. 638

<sup>152</sup> Giverholt 2012 s. 356 nest siste avsnitt og Nordtvedt mfl. 2013 s. 341 pkt. 3.

<sup>153</sup> Sandvik 1966 s. 224.

«ufullstendig», men det avgjørende vil være om opplysningen er innenfor begrepenes ytre ramme. Det er likevel hensiktsmessig å klarlegge hva som ligger i de ulike begrepene, siden det vil gi en bedre oversikt over de ytre rammene.

En naturlig forståelse av begrepet «uriktig» tilsier at opplysningen byggherren har gitt ikke stemmer med de faktiske forhold. For det tilfelle at byggherren har opplyst at det *ikke* er forurensede masser i grunnen, men det er det, vil han følgelig ha gitt en uriktig opplysning. Det samme gjelder om grunnen er beskrevet som løs sand, men viser seg å bestå av hard leire som må løsgjøres med meiselmaskin, jf. vgd. av 7/11 1951.<sup>154</sup> Slike positive og presise opplysninger som viser seg å være uholdbare må byggherren bære risikoen for. Et slikt prinsipp er også nedfelt i NS 3431 pkt. 8.2.1 og NS 8405 pkt. 19.2 og 19.3.

Rettspraksis viser imidlertid at det undertiden kan oppstå mer tvilsomme tilfeller enn det ovennevnte. Dette gjelder særlig hvor det er gitt opplysning om et grunnforhold, men opplysningen ikke eksakt samsvarer med de faktiske forhold. Eksempel på det er dom inntatt i LG-2007-123605:

Saken gjaldt spørsmål om totalentreprenøren hadde krav på dekning av merutgifter som følge av at grunnfjellet lå lavere enn det byggherren hadde oppgitt. Totalentreprenøren hadde ved inngivelsen av tilbudet basert seg på en forutsetning om at fast fjell lå ca. 3,3 meter høyere enn det gjorde. Saken reiste to hovedspørsmål; om byggherren hadde gitt uriktig informasjon og hvem av partene som måtte bære risikoen for opplysningene. Partene hadde inngått en avtale om å overføre risikoen for forholdene ved grunnen, slik at totalentreprenøren som utgangspunkt skulle ha risikoen.

Etter en nærmere vurdering av anbudsbeskrivelsen og vedlagt tegning i anbudsdokumentene kom lagmannsretten frem til at byggherren ved å opplyse at fjellprofilet lå like under terrengnivå hadde gitt en *uriktig* opplysning, når fjellet viste seg å ligge flere meter dypere enn opplyst. Det utgangspunkt at totalentreprenøren hadde risikoen for forholdene ved grunnen kunne derfor ikke fritta byggherren for ansvar. Merutgiftene av at fjellet lå 3,3 meter lavere enn hva byggherren hadde opplyst, måtte byggherren selv bære konsekvensene av.

---

<sup>154</sup> Sandvik 1966 s. 224.

Et annet tvilstilfelle er om byggherren har gitt en «uriktig» opplysning om opplysningene ikke i seg selv er positivt uriktige, men slik at opplysningene som gis til sammen gir totalentreprenøren et feilaktig bilde av grunnforholdene.

Denne problemstillingen kom på spissen i LE-1987-280. Saken gjaldt en totalentreprise der byggherren hadde foretatt flere boringer i grunnen for å fastslå grunnforholdene, og totalentreprenøren anførte at byggherren hadde risikoen for uforutsette grunnforhold som etter en *normal faglig slutning* ikke gav et riktig bilde av grunnforholdene. For så vidt angikk fundament 18 hadde byggherren foretatt to borehull med 20 meters avstand og de viste et fall på 17 meter og varslet om bratt fjell. Under gravearbeidet ble det oppdaget hard morene, og totalentreprenøren mente etter den geologiske rapport å ikke kunne trekke slutning med hensyn til dette. Staten som byggherre anførte at de bare hadde risikoen for at opplysningene var *riktige*, men entreprenøren vant frem i lagmannsretten. Kostnadene ved å omprosjekttere fundament 18 og de økte anleggsomkostninger i den forbindelse måtte byggherren bære konsekvensene av.

Voldgiftsdom av 28/7 1949 er også av noe relevans.<sup>155</sup> Den geologiske beskrivelsen omtalte her byggegrunnen som «fjell i dagen eller stenfylling». Entreprenøren måtte da være berettiget å legge til grunn at massene kunne tas ut som et *vanlig* gravearbeid. Når grunnen besto av sterkt steinholdig morenegrus som medførte en del sprengningsarbeid, måtte byggherren bære risikoen. Tillegg til prisen for at grunnen var annerledes enn hva entreprenøren hadde forutsatt måtte byggherren betale for.

Barbo drøfter problemstillingen inngående og slutter seg til samme resultat som lagmannsretten.<sup>156</sup> Som støtte for at byggherren må bære risikoen for de faglige slutninger totalentreprenøren gjør av grunnundersøkelsene vektlegger han både reelle hensyn og ovennevnte dom inntatt i LE-1987-280. I samme retning se Sandvik og Skrunes og Kobbe.<sup>157</sup>

På den annen side er det tale om et profesjonelt forretningsforhold. Som profesjonelle parter er det inngått en avtale om å overføre risikoen for grunnforholdene og begge er innforstått med usikkerheten som hefter ved de geologiske rapporter. Det er en kjent sak at innholdet etter de geologiske rapporter ofte avviker fra de faktiske grunnforhold, og det kan dermed

---

<sup>155</sup> Se Sandvik 1966 s. 229.

<sup>156</sup> Se Barbo 1990 s. 52.

<sup>157</sup> Se Skrunes og Kobbe 2010 s. 410-411 og Sandvik 1966 s. 224.

virke urimelig om byggherren skal bære risikoen for totalentreprenørens tolkninger. En mangelfull utredning og opplysningsgivning kan dessuten korrespondere med forhold på opplysningsmottakersiden.<sup>158</sup> Når totalentreprenøren overtar risikoen for grunnforholdene bør han ha en oppfordring til å undersøke grunnforholdene selv, slik at byggherren på en generell basis ikke bør lastes for å innhente utilstrekkelige opplysninger.

Det er likevel bare uforutsette grunnforhold som det etter en aktsom tolkning av geologisk materiale totalentreprenøren ikke kan forvente å møte på, som byggherren må bære risikoen for. Dessuten vil det alltid ligge økonomiske betraktninger bak en risikooverføring og det å foreta grunnundersøkelser. Dersom byggherren velger å spare inn på grunnundersøkelsene ved å eksempelvis foreta to grunnboringer, og deretter antyder ulike grunnforhold mellom disse, vil det være rimelig at byggherren må betale kostnadene om grunnforholdene ikke kan slutes ut fra dette. Det vil ivareta balansen i kontraktsforholdet, men også her kan det være av betydning hvor mye totalentreprenøren har tatt seg betalt for å overta risikoen. Til sist er det endelig byggherren som ønsker å få byggearbeidet utført og det er han som har lokalisert byggetomten.

Rettspraksis og teori trekker entydig i samme retning. Dersom byggherren har gitt opplysninger om grunnforholdene som ikke i seg selv er positivt uriktige, men opplysningene gir totalentreprenøren et feilaktig bilde av grunnforholdene, har byggherren gitt «uriktige opplysninger».

Uforutsette grunnforhold som kan tilbakeføres til «mangelfulle» opplysninger vil byggherren også være ansvarlig for. I tillegg til de situasjoner hvor byggherren ikke har gitt totalentreprenøren opplysninger i det hele tatt, omfatter også vilkåret de tilfeller hvor byggherren har gitt opplysninger, men opplysningene som gis ikke er tilstrekkelige. En kan se det slik at bedømmelsen av om opplysningen er «mangelfull» vil fokusere på hvor positivt riktig opplysningen må være, men likevel slik at det ikke kreves at opplysningen er uttømmende.

En nyere dom av Gulating lagmannsrett LG-2012-67156 er illustrerende. Retten kom her frem til at et konkurransegrunnlag var *mangelfullt* fordi det ikke var presisert i grunnlaget om sprakefjell. Saken gjaldt et tunnel- og rassikringsprosjekt der entreprenøren møtte harde

---

<sup>158</sup> Se Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 282.

bergarter (sprakefjell) etter kort tid. Geologisk rapport og opplysninger under anbudsbeifaringen gav ikke opplysninger om mulig risiko for å støte på sprakefjell. Lagmannsretten fant etter en samlet vurdering at mangelen på opplysning om sprakefjell gav et misvisende og til dels uriktig bilde av bergforholdene målt opp i mot de reelle grunnforhold. Entreprenøren møtte i prosjektet. Merknader som følge av det måtte byggherren bære ansvaret for. Saken gjaldt en utførelsesentreprise, men problemstillingen står ikke i noen annen prinsipiell betydning enn ved totalentreprise. De slutninger lagmannsretten kom med er relevante og overførbar ved fastleggelsen av innholdet i «mangelfulle» opplysninger.

Ytterligere begrenses adgangen til å overføre risikoen for grunnforholdene om vanskene kan tilbakeføres til «ufullstendige» opplysninger som byggherren har gitt. Vilkåret omfatter de tilfeller hvor byggherren har gitt opplysninger som isolert sett er riktige, men opplysningen gir totalentreprenøren et bilde av grunnforholdene som ikke er komplett.

Om opplysningen er av slik art må etter ordlyden avhenge av hvilket grunnforhold det er tale om, sett opp i mot hvor grundige opplysninger totalentreprenøren er blitt tilstilt.

Eksempel på en voldgiftsdom hvor byggherren hadde gitt ufullstendige opplysninger er Rt. 1954 s. 50. Saken gjaldt store sprengningsarbeider der fjellet viste seg å være usedvanlig seigt og vanskelig sprengbart. Etter den geologiske beskrivelsen fremgikk det at fjellet bestod av «gneis», hvilket er en lite definert bergartbetegnelse og omfatter bergarter av høyst varierende karakter. Byggherren var kjent med at gneisen i området var *usedvanlig* seig, men ikke entreprenøren. Retten kom frem til at entreprenøren ved sin kalkyle måtte kunne gå ut fra sine alminnelige erfaringer med sprenging av gneis, og at opplysningene var ufullstendig ved å ha forledet entreprenøren til en undervurdering av de vansker gneisen bydde på. Dommen ble avsagt av en enstemmig voldgiftsrett og daværende Høyesterettsjustitiarius var voldgiftsrettens formann. Gode grunner taler for å tilkjenne voldgiftsdommen vekt ut over hva voldgiftsdommer normalt får, slik det er en tendens for i de alminnelige domstoler.

Etter en nærmere redegjørelse av innholdet i de ulike begrepene, må de ytre rammene forstås slik at totalentreprenøren berettiget kan forvente å få opplysninger som er korrekte.

Rettspraksis viser at det er glidende overganger mellom uttrykkene, og at det er vanskelig å

trekke noen grenser.<sup>159</sup> Uavhengig av terminologi, er det avgjørende om totalentreprenøren er tilstilt opplysninger som fullt ut samsvarer med de faktiske forhold. Det samme gjelder de opplysninger som totalentreprenøren ikke har fått, men som byggherren var forpliktet til å opplyse om. Har byggherren innhentet undersøkelser av grunnen og fremlagt rapporter som en del av konkurransegrunnlaget, må dermed byggherren bære risikoen for at de faktiske forhold ved grunnen er annerledes. En treffende uttalelse i den anledning er fra voldgiftsdom inntatt i Rt. 1954 s. 32, hvor retten på s. 34 uttalte at:

«[I]ngeniør Furuholmen er berettiget til å legge denne geologiske beskrivelse til grunn ved fortolkningen av kontrakten. Hvis det derfor senere viser seg at denne beskrivelse ikke stemmer med de faktiske forhold, og disse faktiske forhold er slike at ingeniør Furuholmen får høyere driftsutgifter enn de han hadde grunn til å regne med, må ingeniør Furuholmen være berettiget til å få disse ekstra driftsutgifter erstattet av Oslo Lysverker.»<sup>160</sup>

For at byggherren skal være ansvarlig for konsekvensene av opplysningssvikt, er det imidlertid en forutsetning at unnlattelsen av å gi opplysningen eller de opplysninger som er gitt «har virket inn på tilbudet», jf. NS 8407 pkt. 23.2 første ledd, jf. 23.1 sjette ledd. Dersom totalentreprenøren allerede var kjent med det aktuelle forholdet, kan han ikke påberope seg at opplysningssvikten har virket inn på tilbudet. Vurderingstema blir her hva man måtte gå ut fra ville skjedd, dersom totalentreprenøren hadde fått riktig informasjon fra byggherren. Spørsmålet blir da hvordan man avgjør om den manglende eller feilaktige opplysningen har virket inn på tilbudet.

Ordlyden i bestemmelsen gir ingen veiledning. En dom av relevans er Rt. 2003 s. 612. Saken gjaldt et krav om prisavslag for arealsvikt ved kjøp av selveierleilighet, jf. avhl. § 4-12, jf. § 3-8 (2) og spørsmålet var om den uriktige opplysningen fra selger hadde «verka inn på avtala». Som tidligere nevnt har enkelte av bestemmelsene i standarden paralleller til den alminnelige obligasjonsrettslige lovgivning og rettspraksis knyttet til de lovfestede innvirkningsvilkår er derfor relevante.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Se gjennomgåtte dommer ovenfor.

<sup>160</sup> Saken gjaldt sprenging av fjell i forbindelse med et tunnelarbeid. Entreprenøren støtte på en hardkvitt-sone som han etter byggherren geologiske beskrivelse av fjellet ikke kunne være forberedt å møte på.

<sup>161</sup> Se eksempelvis avhl. § 3-7, § 3-8 og kjl. § 18.



Etter en nærmere gjengivelse av tolkningsalternativer fra juridisk teori fant Høyesterett etter ordlyden og med støtte i forarbeidene til avhl. § 3-8 og andre lover om kjøps- og leieforhold at «[d]ersom avtalen ikke ville ha blitt inngått eller inngått på andre vilkår, har i begge tilfeller opplysningen «verka inn på avtala».<sup>162</sup> Høyesterett synes her å oppstille et krav om årsakssammenheng, der det er tilstrekkelig at avtalen ville blitt inngått på andre vilkår. Ordlyden i standarden trekker i retning av å tillegge uttalelsen det samme innhold og det er vanskelig å se hvorfor totalentreprenøren må *sannsynliggjøre* at *tilbudet* ikke ville blitt inngitt. Gode grunner taler for at terskelen er den samme, slik at det er tilstrekkelig at totalentreprenøren må *sannsynliggjøre* at tilbudet ville blitt inngitt på andre vilkår.

Videre uttaler Høyesterett etter en tolkning av forarbeidene til kjl. at «vurderingen i utgangspunktet skal objektiviseres» og «[s]pørsmålet blir altså om en opplysning generelt sett må antas egnet til å motivere.»<sup>163</sup> Dersom opplysningen er av en slik art at *de fleste kjøpere* ville lagt vekt på opplysningen, må det dermed legges til grunn at opplysningen også har vært motiverende for den aktuelle kjøperen. Opplysningen vil da ha virket inn på avtalen. Dette må også være utgangspunktet etter standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6). Spørsmålet blir da om den informasjon som byggherren unnlot å opplyse totalentreprenøren om, eller den feilaktige opplysning som ble gitt, generelt sett må antas egnet til å motivere totalentreprenører flest. Dette må vurderes konkret ut fra de ytre momenter.

Høyesterett siterte videre fra forarbeidene og uttalte at utgangspunktet gjelder med mindre det foreligger «særskilte holdepunkter» for å anta noe annet.<sup>164</sup> Dersom et slikt unntak overføres til NS 8407 kan det oppstå to typetilfeller. På den ene siden kan det være tale om opplysningssvikt som var egnet til å motivere totalentreprenører flest, men likevel slik at det forelå *særskilte holdepunkter* for at opplysningssvikten ikke var egnet til å motivere totalentreprenøren. På den annen side kan det være opplysningssvikt som ikke var egnet til å motivere totalentreprenør flest, men at det etter omstendighetene forelå *særskilte holdepunkter* for at opplysningssvikten var egnet til å motivere den aktuelle totalentreprenør.

Giverholt og Nordtvedt mfl. drøfter ikke problemstillingen, men Giverholt synes å forutsette at slike særskilte holdepunkter kan forekomme.<sup>165</sup> Videre er de reelle hensyn sprikende. På

---

<sup>162</sup> Se avsnitt 40.

<sup>163</sup> Se avsnitt 42.

<sup>164</sup> Se avsnitt 42.

<sup>165</sup> Giverholt s. 354-355.

den ene siden kan det oppfattes som urimelig for byggherren å bære risikoen for opplysningssvikt som ikke var egnet til å motivere totalentreprenør flest, mens han på den annen side kan oppfatte det som rimelig å ikke bære risikoen for opplysningssvikt om forhold som totalentreprenøren har gitt uttrykk for å ha kontroll over. Selv om vurderingen gjerne vil by på vanskelige bevissspørsmål og at de retts tekniske hensyn taler for at regelen ikke er overførbar, kreves det likevel etter ordlyden et relativt høyt beviskrav for å fravike hovedregelen. I det videre legges det til grunn at regelen er overførbar.

Når det foreligger «særskilte holdepunkter» må fastlegges på bakgrunn av de konkrete omstendigheter i saken. Et eksempel på dette kan være hvor byggherren etter arbeid på en naboeiendom har *vage* mistanker om et forhold ved grunnen, men totalentreprenøren har gitt uttrykk for å kjenne grunnen *svært* godt. I utgangspunktet vil antagelsen om forholdet være informasjon som generelt sett må antas egnet til å motivere totalentreprenører flest, men her må byggherren kunne gå ut fra at hans *vage* mistanker ikke er relevante for totalentreprenøren.<sup>166</sup> Unnlatsen av å gi opplysningen vil da ikke «virke inn på tilbudet».

Det er totalentreprenøren som har bevisbyrden for at byggherren har tilbakeholdt informasjon etter tredje ledd eller gitt «uriktige, mangelfulle eller ufullstendige...» opplysninger. På den annen side er det byggherren som har bevisbyrden for at den manglende eller feilaktige opplysningen «ikke har virket inn på tilbudet».<sup>167</sup> Denne bevisbyrden kan byggherren oppfylle ved å sannsynliggjøre at totalentreprenøren visste at opplysningen ikke var riktig, at opplysningen var så usikker at den ikke kunne bli tillagt vekt i tilbudsbeslutningen eller at opplysningen etter omstendighetene ikke var relevante for totalentreprenøren.

Beviskravet for at byggherren skal bære risikoen for opplysningssvikten er ikke særlig høyt. Etter bestemmelsen er det tilstrekkelig at «man kan gå ut fra at» opplysningssvikten har virket inn på tilbudet og etter lignende uttrykk i kjøpsloven § 18 og forbrukerkjøpsloven § 16 er beviskravet beskrevet som «ikke særlig strengt».<sup>168</sup>

Etter dette må vurderingen gjøres i to trinn. Først må det avgjøres om den tilbakeholdte opplysningen etter tredje ledd, eller de feilaktige opplysninger som er gitt, generelt sett må antas egnet til å motivere totalentreprenører flest. Dersom det er tilfellet, vil byggherren i

---

<sup>166</sup> I samme retning Giverholt s. 354.

<sup>167</sup> Se Rt. 2003 s. 612 avsnitt 42 og Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 91 annen spalte, som også må gjelde her.

<sup>168</sup> Se Rt. 2005 s. 257 avsnitt 37 og Rt. 2015 s. 321 avsnitt 50.

neste trinn ha bevisbyrden for at tilbudet ville blitt inngitt på samme vilkår. For det tilfelle at byggherren ikke klarer å sannsynliggjøre dette, vil opplysningssvikten ha virket inn på tilbudet. Standardens pkt. 23.2 (2) har dermed en lavere terskel enn pkt. 23.2 (1) og utgjør en større begrensning i adgangen til risikooverføring.

**b) Byggherrens risiko for totalentreprenørens innhentingsplikt**

Etter standardens pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (6) siste setning bærer byggherren risikoen for konsekvensene av «riktigheten» av de opplysninger totalentreprenøren etter standardens annet ledd bokstav b og c er forpliktet til å innhente. Denne undersøkelsesplikten er behandlet under oppgavens punkt 5.2.2. Spørsmålet i fortsettelsen er hvilke innhentede opplysninger byggherren bærer risikoen for.

Ordlyden tilsier at byggherren bærer risikoen for at informasjonen om grunnforhold, kabler og rør som totalentreprenøren skal innhente er korrekt. Dersom totalentreprenøren har innhentet informasjon fra de offentlige etater mv, men informasjonen viser seg å være uriktig, mangelfull eller ufullstendig, må dermed byggherren med forbehold om at opplysningen har virket inn på tilbudet bære tilleggskostnadene som påløper.

På den annen side mener Nordtvedt mfl. at ordlyden må være et bevisst valg, og at totalentreprenøren skal bære risikoen for at de innhentede opplysninger er mangelfulle eller ufullstendige.<sup>169</sup> Giverholt forutsetter derimot at byggherren har risikoen for at opplysningene som skal innhentes ikke er korrekte, er misvisende eller ufullstendig.<sup>170</sup>

En gjennomgang av begrepene uriktige, mangelfulle og ufullstendige opplysninger viser at det er flytende overganger mellom uttrykkene, at det er vanskelig å trekke noen grenser.<sup>171</sup> De retts tekniske hensyn taler for å ikke skille mellom begrepene. Som et utgangspunkt er grensevurderingen langt i fra skarp, og for å trekke grensene kan det være nødvendig med særlig kunnskap eller faglig kyndighet. Sammenhengen og strukturen i bestemmelsen trekker dessuten i samme retning. Bestemmelsen angir at «[d]et samme gjelder» og det vanskelig å se hvorfor man skal skille mellom begrepene. Om et uforutsett grunnforhold skyldes en uriktig, mangelfull eller ufullstendig opplysning, vil totalentreprenøren uansett ikke forvente å møte på det aktuelle grunnforhold.

---

<sup>169</sup> Nordtvedt mfl. 2013 s. 339.

<sup>170</sup> Giverholt 2012 s. 355.

<sup>171</sup> Se gjennomgåtte dommer under punkt 5.3.3 a.

Etter dette legges det til grunn at byggherren bærer risikoen for konsekvensene av at de innhentede opplysninger er uriktige, mangelfulle eller ufullstendige om de har virket inn på tilbudet. Om innvirkningskriteriet er oppfylt må vurderes konkret som drøftet under punkt 5.3.3 a). Et tilleggsmoment for *denne* vurderingen, er at totalentreprenøren har en generell aktsomhetsplikt.<sup>172</sup> Dersom byggherren *sannsynliggjør* at totalentreprenøren har brutt undersøkelsesplikten, vil opplysningen ikke ha virket inn på tilbudet.

## 5.4 Parallell svikt

Problemstillingen er hvem av partene som må bære risikoen dersom byggherren har misligholdt opplysningsplikten og totalentreprenøren ikke har oppfylt undersøkelsesplikten. Problemstillingen er i ikke direkte regulert i NS 8407. Spørsmålet må avgjøres etter standardens innhold, rettspraksis, reelle hensyn og hvordan spørsmålet er løst etter alminnelige kontraktsrettslige regler og juridisk litteratur.

På den ene siden har byggherren unnlatt å opplyse om forhold som han etter tredje ledd var forpliktet til, for eksempel kjennskap til fiberkabler i byggegrunnen, mens totalentreprenøren på den annen side ville fått opplysningen om han hadde henvendt seg til de aktuelle strøm- og teletjenesteselskapene, jf. pkt. 23.1 (2) bokstav c). Det er generelt vanskelig å angi om opplysningsplikten eller undersøkelsesplikten skal gå foran. Problemene kan være av mer eller mindre betydning for byggearbeidet og de kan også være mer eller mindre skjulte. Det må følgelig foretas en avveining mellom pliktene. Dette understøttes av dom inntatt i LH-2007-102419:<sup>173</sup>

«Entreprenørens plikt til å skaffe seg kunnskap om lokale forhold, må tolkes i sammenheng med punkt 8.1. første ledd om byggherrens opplysningsplikt».

På den ene siden kan det være tilfeller der byggherren holder tilbake informasjon for å oppnå et bedre tilbudsgrunnlag. Byggherren kjenner for eksempel til at det er omfattende mengder med forurensete masser i grunnen, men unnlater å gi opplysninger for at totalentreprenøren skal inngi et lavere tilbud. I en slik situasjon vil nok byggherren vanskelig bli hørt med å vise til totalentreprenørens undersøkelsesplikt, selv om grunnforurensningen kunne vært avdekt etter søk på tomten hos KLIF sine nettsider.

---

<sup>172</sup> Se nærmere om aktsomhetsplikten under pkt. 5.2.2.

<sup>173</sup> Se nærmere om saksforholdet under pkt. 5.2.2.

Opplysningen er av stor betydning for kontraktsforholdet, og byggherren bør ikke være tjent med å forholde seg taus.

På den annen side kan det være tale om forhold som byggherren ikke har opplyst om, fordi det er synbare forhold som byggherren skal slippe å forklare seg om. Som fremholdt av Stang: «når tingen selv taler, kan selgeren tie».<sup>174</sup> Dersom det skal utføres et byggearbeid i et myrområde og det skal graves dypt (mer enn 4-6m), må ikke byggherren opplyse om at det må pæles ved fundamenteringen av bygget.

Mellom de ovennevnte tilfeller kan det være mer usikkert hvem som skal bære risikoen. Byggherren vet eksempelvis at det er en mindre mengde forurensede masser i grunnen eller at det er en kloakkledning som ligger under overflaten. Det er klart at totalentreprenøren hadde «interesse av å få» opplysningen, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (2), jf. 23.1 (3), samtidig som at totalentreprenøren ville oppdaget forholdet om han hadde kontaktet de offentlige etater, jf. NS 8407 pkt. 23.2 (1), jf. 23.1 (2) bokstav b) og c).

Nordtvedt mfl. hevder at opplysningsplikten i nevnte situasjon vil være avgjørende og slå igjennom overfor totalentreprenørens sviktende undersøkelser. Som eksempel bruker de at byggherren unnlater å opplyse om en stikkledning som han kjenner til på den eiendom hvor totalentreprenøren skal grave, samtidig som at totalentreprenøren ville fått opplysning om stikkledningen dersom han hadde innhentet opplysninger fra offentlige myndigheter.<sup>175</sup> Dette taler for at det er byggherren som må bære risikoen for at han ikke opplyste om kloakkledningen og den mindre mengde forurensede masser som han kjente til, selv om totalentreprenøren kunne oppdage problemet ved å oppfylle undersøkelsesplikten.

På den annen side mener Barbo at det kan bli tale om en deling av risikoen, slik at byggherren og totalentreprenøren må dele halvparten av kostnadene for å overgå problemet.<sup>176</sup>

Giverholt uttaler videre at det må legges til grunn en mellomløsning: «[P]artene må ta sin forholdsmessige del ut fra hvor stor forsømmelse de har utvist.»<sup>177</sup> Kan byggherren i større

---

<sup>174</sup> Se Fredrik Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935 s. 601.

<sup>175</sup> Se Nordtvedt mfl. 2013 s. 338.

<sup>176</sup> Se Barbo 1990 s. 50.

<sup>177</sup> Se Giverholt 2012 s. 354.

grad klandres for å ikke ha gitt opplysningen, enn at totalentreprenøren unnlot å innhente opplysningen, vil byggherren måtte bære en større del av kostnadene.

Synspunktene har gode grunner for seg. Det kan være naturlig at risikoen deles, fordi begge partene har forsømt sine plikter. Samtidig kan det være omstendigheter som tilsier at en av partene har utøvd en større forsømmelse, noe som gjør det mindre rimelig med et delt ansvar. Endelig bør ikke byggherren kunne gjøre seg tjent med å forholde seg taus, selv om forholdet faller inn under totalentreprenørens undersøkelsesplikt.

På den annen side kan det innvendes at en løsning om forholdsmessig fordeling av ansvar er retts teknisk uheldig. Regelen vil være vanskelig å praktisere, fordi det er tale om komplekse forhold. I forlengelsen av dette vil det også være vanskelig å fordele kostnadene basert på skyld.

Avhl. § 3-10 (3) trekker videre i retning av at det er byggherrens opplysningsplikt som må gå foran totalentreprenørens undersøkelsesplikt. Bestemmelsen regulerer forholdet til selgerens opplysningsplikt og av forarbeidene fremgår det at «seljarens opplysningsplikt alltid vil gå framfor kjøparens forundersøkingsplikt.»<sup>178</sup> Forholdet mellom kjøper og selger når begge har forsømt sine plikter er også blitt behandlet i rettspraksis. En treffende uttalelse i den anledning er fra dom inntatt RG-1999-1598 av Gulating lagmannsrett:

«Både kjøperne og selger har således forsømt henholdsvis undersøkelsesplikten og opplysningsplikten. Det foreligger da en mangel sett hen til at opplysningsplikten går foran undersøkelsesplikten så lenge det gjelder forhold selger kjente eller måtte kjenne til og som kjøperne hadde grunn til å regne med å få, jfr. avhendingsloven § 3-10 tredje ledd, jfr. § 3-7.»

Etter mitt skjønn må det etter dette være mest naturlig at byggherrens opplysningsplikt går foran totalentreprenørens undersøkelsesplikt. En slik regel vil være retts tekniske enklere og mindre prosesskapende. Endelig vil regelen være i samsvar med generell kontraktsrett, hvor det er lagt til grunn at opplysningsplikt går foran misligholdt undersøkelsesplikt.<sup>179</sup> Støtte for en slik løsning finnes og i lagmannsrettens votum av LH-2007-102419:

---

<sup>178</sup> Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 95.

<sup>179</sup> Se Hagstrøm 2003 s. 147 og Nazarian 2007 s. 375.

«Lagmannsretten kan ikke finne bevist at Lønnheim Entreprenør AS for øvrig, og ut fra en risikoavveining etter punkt 8.1, *burde* eller kunne ha skaffet seg kunnskap som betydde økt aktsomhet ved prosjekteringen hva angikk horisontale krefter av snø. Det bemerkes at byggherrens plikt til opplysning etter punkt 8.1 første ledd må ses i sammenheng med at kommunen i kraft av å være plan- og reguleringsmyndighet også ville være adressat for entreprenørens søken etter kunnskap i annet ledd» (min kursivering).

Byggherren må bære risikoen dersom byggherren har misligholdt opplysningsplikten og totalentreprenøren ikke har oppfylt undersøkelsesplikten.

## **5.5 Overføring av risikoen utenfor rammene for bruken som protokollen forutsetter**

Tema i det videre er hvilken betydning protokollen («forord») til NS 8407 pkt. 23.2 har for adgangen til å overføre risikoen for grunnforholdene når risikooverføringen er avtalt *ut over de rammer* som protokollen fastsetter. Problemstillingen i den sammenheng er om protokollen innebærer en begrensning i adgangen til å avtale risikooverføring for grunnforholdene.

Etter protokollens innledende ord vil «den individuelle kontrakt ikke bli ugyldig i tilfelle partene avviker fra de rammer for bruken som fremgår i det følgende. Det understrekes imidlertid at slike avvik *vil kunne være illojale* i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir». (min kursivering) Protokollens rammer for avtalt plassering av risikoen for forhold ved grunnen lyder:

«Dersom det avtales at totalentreprenøren skal ha risikoen for forholdene ved grunnen, anbefales det sterkt at det innhentes nødvendige grunnundersøkelser som vedlegges konkurransegrunnlaget. Dette vil gjøre entreprenøren bedre i stand til å påta seg og kalkulere risikoen».

Ordlyden tilsier at byggherrens unnlattelse av å innhente nødvendige grunnundersøkelser som skal vedlegges konkurransegrunnlaget er illojal mot de forutsetninger standarden bygger på. Hva som nærmere ligger i uttalelsen, er usikkert. Det leder an mot spørsmålet: hvilke rettslige konsekvenser har det at byggherren unnlater å innhente nødvendige grunnundersøkelser som vedlegges konkurransegrunnlaget.

Ordlyden «[d]en individuelle kontrakt vil *ikke bli ugyldig* i tilfelle partene avviker fra de rammer for bruken som fremgår i det følgende» (min kursivering) trekker i retning av at protokollen ikke innebærer noen begrensning i partenes adgang til å avtale risikooverføring. Selv om protokollen *sterkt* anbefaler at byggherren innhenter de nødvendige undersøkelser av grunnen, kan dermed avtalen ikke bli ugyldig. Det innebærer at dersom avtalen er illojal mot de forutsetninger standarden bygger på, medfører ikke det at protokollen er et selvstendig grunnlag for å endre hvem som har risikoen for forholdene ved grunnen.

Nordtvedt mfl. uttaler:

«Dersom partene, til tross for Protokollens sterke anbefaling, avtaler at totalentreprenøren skal overta risikoen uten at det fremlegges grunnundersøkelser, så vil avtalen mellom partene likevel være gyldig.»<sup>180</sup>

Om denne problemstillingen hevder Giverholt i samme retning, at «[d]ersom det likevel avtales at totalentreprenøren skal ha risikoen, og det ikke fremlegges slike undersøkelser, så vil det ikke innebære at en slik avtale ikke blir virksom.»<sup>181</sup>

Knut Kaasen, komiteens leder og med bakgrunn fra offshorekontraktene, uttaler videre følgende om protokollen til petroleumskontraktene NF 05 og NTK 05:

«Skal overskridelse av protokollens bindinger kunne brukes som grunnlag for å sensurere individuelle kontrakter, må det derfor bygges på avtalerettslige vedtagelsessynspunkter, ikke på direkte rettsvirkninger av protokollene. Det skal meget til for at noe slikt skal kunne føre frem i denne sammenheng.»<sup>182</sup>

Uttalelsen må forstås slik at protokollen i seg selv ikke har noen direkte kontraktsmessig betydning. Selv om protokollen direkte ikke er til hinder for at partene avtaler en overføring av risiko uten de nødvendige grunnundersøkelser, vil innholdet i protokollen kunne brukes som en begrunnelse for å annullere eller revidere kontrakten etter avtalerettslige vedtagelsessynspunkter, som eksmepelvis avtl. § 36. En unnlattelse av å følge anbefalingen vil i så fall tale for at det er «urimelig» at totalentreprenøren skal bære risikoen. Når det gjelder hva som faktisk skal til, behandles dette under punkt 6.1.1.

---

<sup>180</sup> Nordtvedt mfl. 2013 s. 341.

<sup>181</sup> Giverholt 2012 s. 356.

<sup>182</sup> Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Oslo 2006 s. 41.



På den annen side er komiteens ønske å beskytte den enkelte totalentreprenør mot å bli påtvunget avvik som forrykker *balansen* av de løsninger standarden angir. Det kan tenkes at totalentreprenøren - gitt de faktiske markedsforhold - har ingen eller mindre muligheter til å påvirke byggherrens kontraktsopplegg. På denne bakgrunn kan samtykket eller inngivelsen av tilbudet ikke sikkert gi uttrykk for at totalentreprenøren reelt godtar avviket. Når komiteen har valgt å innta begrensninger i adgangen til å overføre risiko som binder partene, synes det (såfremt protokollen ikke er fraveket) heller ikke å være grunn til at et samtykke skal endre begrensningene.<sup>183</sup> Med forbehold om at byggherren etter tredje ledd har gitt de opplysninger han var forpliktet til, vil dermed totalentreprenøren ikke kunne påberope seg opplysningssvikt. Unnlåtelsen av å innhente de nødvendige grunnundersøkelsene medfører at totalentreprenøren må påta seg risikoen på et ufullstendig grunnlag. Totalentreprenøren får altså ingen reell mulighet til å kontrollere eller kalkulere hvor stor risiko han påtar seg. Det skaper liten grad av forutberegnelighet, et dårligere samarbeid, og kan gi en ubalanse i kontraktsforholdet som øker antall tvister på rettsområdet.

Som profesjonelle må det likevel forutsettes at de som inngår en individuell kontrakt er i stand til å ivareta sine egne interesser. Virkningen må i tilfelle være at totalentreprenøren som formelt har samtykket til å inngå en avtale som avviker fra protokollens rammer, likevel kan påberope seg standardens utgangspunkt. Totalentreprenøren kan altså med åpne øyne påta seg risikoen for grunnforholdene, men likevel gjøre de avtalte vilkår ugyldige. Dessuten er protokollen plassert utenfor selve standardkontrakten. Det gjør at den fremstår mer som en veiledning eller oppfordring. Dersom unnlåtelsen var ment å innebære en begrensning i adgangen, burde uttalelsen vært plassert i selve standarden. Endelig vil totalentreprenøren også ha beskyttelse etter standardens pkt. 23.2 (1), som vil ivareta balansen mellom partene.

Både ordlyden i protokollen, teori og til dels reelle hensyn trekker i samme retning. Protokollen innebærer ingen begrensning i adgangen til å avtale risikooverføring for grunnforholdene.

---

<sup>183</sup> Protokollens ordlyd åpner for at det kan gjøres avvik fra protokollen.

## 6 Begrensninger i adgangen til å overføre risikoen etter andre regelsett

### 6.1 Revisjon og sensur

De ulike risikospørsmål partene har inntatt i kontrakten må ses opp i mot vanlige obligasjonsrettslige ugyldighetsregler. Forutsetningen er at partene har avtalt en klausul om å overføre risikoen for grunnforholdene, og at klausulen ad tolknings- og utfyllingsvei ikke lar seg tolkes innskrenkende. Spørsmålet som oppstår er om klausulen kan modifiseres gjennom revisjon eller om den kan erkjennes ugyldig. Virkningen er at risikoen delvis eller helt veltes tilbake på byggherren etter de deklarasjoniske regler, jf. NS 8407 pkt. 23.1. I det videre er det to grunnlag som skal drøftes. Avtl. § 36 og den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes slik de er inngått. Dette ble allerede lagt til grunn i 1678, jf. NL 5-1-2. I et kommersielt forhold er partene profesjonelle og de skal være i stand til å ivareta sine egne interesser. I den anledning er det fremholdt av Høyesterett at det kreves «sterke grunner» for å tilsidesette en klar ordlyd, og at denne terskelen gjelder i styrket grad der partene etter forhandlinger har vurdert og plassert risikoen hos den ene part, jf. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59. Overtakelsen av risikoen for forhold ved grunnen er ellers en del av bransjepraksis og prinsippet om avtalefrihet står sterkt. Spørsmålet er derfor om totalentreprenøren i det hele tatt kan påberope seg at avtalen skal revideres eller gjøres ugyldig, og følgelig hva som skal til for at en entydig klausul som overfører risikoen for grunnforholdene blir revidert eller gjort ugyldig. Først vil revisjon og ugyldiggjøring drøftes med utgangspunkt i avtl. § 36, før revisjon etter den ulovfestede lære om bristende forutsetninger drøftes.

#### 6.1.1 Avtaleloven § 36

Problemstillingen er om partenes klausul om å overføre risikoen for forhold ved grunnen kan revideres eller erkjennes ugyldig i medhold av avtl. § 36. Bestemmelsen lyder:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke *urimelig* eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktsrettslig sedvane» (min kursivering).

Bestemmelsens første ledd inneholder selve lempningsregelen. I annet ledd gis en del relevante momenter av betydning ved urimelighetsvurderingen, før det til slutt i siste ledd uttrykkes at regelen også får anvendelse på handelsbruk og annen kontraktsrettslig sedvane. Etter forarbeidene er bestemmelsen preseptorisk.<sup>184</sup> Det vil si at bestemmelsen er ufravikelig og innebærer at byggherren og totalentreprenøren ikke kan avtale seg vekk fra begrensningen. Når partene har inngått en avtale om risikooverføring, kan avtalen på lik linje med kjøp av melk og brød bli endret eller satt til side.<sup>185</sup> Det samme sier forarbeidene til bestemmelsen: «[a]lle avtalevilkår kan prøves.»<sup>186</sup>

Endring eller tilsidesettelse av avtalen er aktuelt når byggearbeidet etter byggherrens beskrivelse viser seg å være vanskeligere enn antatt. For at en avtale om risikooverføring helt eller delvis skal veltes tilbake på byggherren, oppstiller avtl. § 36 vilkår om at avtalen må være «urimelig» å gjøre gjeldende overfor totalentreprenøren.

Ordlyden tilsier ikke at ethvert avvik mellom byggherrens beskrivelse og grunnforholdene kan føre til at kontrakten revideres. For at avtalen skal revideres kreves det at totalentreprenøren blir pålagt et urimelig ansvar, og ordlyden taler for at terskelen er høy. Bestemmelsen er generell utformet og angir ingen krav angående årsaken til når avtalen er urimelig. Det er følgelig kontraktens samlede virkninger som skal vurderes.<sup>187</sup>

Det kan trekkes en parallell mellom avtl. § 36 og NS 8407 pkt. 23.2 (1). Begge bestemmelsene kommer til anvendelse der grunnforholdene i vesentlig grad avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet, slik at risikooverføringen i sin *nåværende* form er urimelig å gjøre gjeldende overfor totalentreprenøren. Noen forskjeller er imidlertid at vurderingen etter avtl. § 36 ikke er

---

<sup>184</sup> Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 40.

<sup>185</sup> Se Giertsen 2014 s. 203.

<sup>186</sup> NOU 1979: 32 s. 59.

<sup>187</sup> Hagstrøm 2003 s. 279-280 og Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46.

begrenset til å gjelde forholdene ved utarbeidelsen av tilbudet, men at vurderingen åpner for å vektlegge andre hensyn både før, under og etter inngåelsen av avtalen.

Vurderingen av i hvilke tilfeller en risikooverføring i et kommersielt kontraktsforhold vil «virke urimelig» å gjøre gjeldende, beror på konkret rimelighetsvurdering. Det avgjørende er etter bestemmelsen når det vil være urimelig å gjøre gjeldende ett eller flere av vilkårene etter risikooverføringen. Bestemmelsen er en rimelighetsstandard og det avgjørende blir etter en urimelighetsvurdering å fastsette grensen for når en avtale om risikooverføring er urimelig å gjøre gjeldende.

Ved vurderingen av om risikoen for grunnforholdene skal tilbakeføres må domstolen avveie utgangspunktet om at avtalen skal holdes og hensynet til forutberegnelighet, mot hensynet til totalentreprenøren som hevder at avtalen «virker urimelig». Høyesterett har i Rt. 2013 s. 769 avsnitt 44 oppsummert avveiningen slik:

«Gjennomgående understrekes det klare utgangspunkt at avtaler skal holdes, og det er klart dekkende å si at det er tale om en heller snever unntaksbestemmelse».

Oppsummeringen av Høyesterett må forstås slik at terskelen for revisjon og sensur mellom profesjonelle er høy. I den anledning har Høyesterett også uttrykt følgende i dom inntatt i Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46:

«Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, jf. eksempelvis Rt-1999-922 flertallet på side 932 og Rt-2000-806 på side 816».

I den førstnevnte dom, Rt. 2013 s. 769, gjaldt tvisten et forsikringsoppgjør mellom en privatperson og If skadeforsikring etter et trafikkuhell. If hadde innhentet en spesialisterklæring som resulterte i at det ikke var sannsynlig årsakssammenheng mellom ulykken og privatpersonens skader. Skadelidte aksepterte ikke erklæringen, og krevde en ny erklæring på selskapets bekostning, men If ville ikke dekke kostnadene. Partene gikk deretter i forhandlinger og If valgte å tilby skadelidte et beløp som «endelig oppgjør», for å løse usikkerheten ved om det forelå årsakssammenheng mellom ulykken og privatpersonens skader. Skadelidte aksepterte kontantbeløpet og avklarte usikkerheten om det forelå en årsakssammenheng. Partene inngikk således en faktisk avtale om fordeling av

risiko, og spørsmålet var om avtalen i ettertid avsperrert muligheten for å komme tilbake med tilleggskrav for fremtidig tap i ervervsevnen.

Etter en nærmere vurdering kom Høyesterett frem til at avtalen som avsperrert skadelidtes adgang til å kreve erstatning var urimelig etter avtl. § 36. Det omforente erstatningsbeløp på kr 50 000 reflekterte ikke muligheten for tap av ervervsevnen, og når skadelidte etter å ha innhentet ny legeerklæring fikk påvist årsakssammenheng mellom ulykken og skaden var både avtalen urimelig og ubalansert.

Til forskjell fra Rt. 2013 s. 769 gjaldt imidlertid dom inntatt i Rt. 2003 s. 1132 en avtale i næring mellom to profesjonelle. Selskapet som drev med flyrelatert virksomhet festet tomt på Fornebu, og spørsmål var om selskapet hadde rett til å forlenge festekontrakten. Etter festekontrakten måtte selskapet innrette seg etter at festet var tidsbegrenset og nedbetale bygg og lån over den 20 års periode som var avtalt. Festeren påberopte seg avtl. § 36 og mente det ville være urimelig om han ikke kunne fortsette leien av tomten. Høyesterett gjorde kort prosess og uttalte i avsnitt 47:

«Slike endringer i en kontrakt mellom profesjonelle næringsdrivende faller etter min mening klart utenfor anvendelsesområdet for avtaleloven § 36.»

Selv om saksforholdet i dommene ikke er sammenfallende viser dommene at hensynet til forutberegnelighet veier tyngre i et kommersielt forhold enn forbrukeravtaler.

Forsikringsselskapets forutberegnelighet mot at spørsmålet om årsakssammenheng mellom ulykken og privatpersonens skader var løst var ikke tilstrekkelig for at avtalen ble opprettholdt. Samtidig avfeide Høyesterett i saken mellom de profesjonelle at selskapet som drev med flyrelatert virksomhet på festet tomt på Fornebu kunne kreve å forlenge kontrakten ut over leietiden.

Bakgrunnen for at hensynet til forutberegnelighet veier tyngre i et kommersielt forhold enn ved forbrukeravtaler, er at partene skal være i stand til å ivareta sine egne interesser.<sup>188</sup> Per i dag har ingen krav om lemping av en avtale om å overføre risikoen for grunnforhold mellom profesjonelle ført frem. Å påberope seg at en avtale om å overføre risikoen for grunnforholdene skal endres eller settes til side er således ingen praktisk regel for totalentreprenøren å påberope seg. Risikooverføringen har som nevnt gode grunner for

---

<sup>188</sup> Se Giertsen 2014 s. 231.

seg, se pkt. 3.2 og 3.3, og for at en kontrakt skal kunne endres eller tilsidesettes kreves det derfor at klausulen *sterkt* avviker fra det man vanligvis kan betegne som rimelig.

Ved vurderingen av om klausulen avviker sterkt fra det man vanligvis kan betegne som rimelig skal det etter avtl. § 36 annet ledd tas hensyn ikke bare til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.» Hvilke argumenter som generelt har relevans er ikke mulig å angi, jf. ordlyden «omstendighetene for øvrig».<sup>189</sup> Det samme gjelder hvilken vekt argumentene skal ha.<sup>190</sup> I fortsettelsen vil det være for meget å gå inn på en inngående drøftelse av urimelighetsvurderingen, og problemstillingen blir dermed i hvilke tilfeller risikooverføringen kan bli ansett urimelig etter avtl. § 36.

Det er hensiktsmessig å skille mellom tilfellene hvor byggherren har innhentet grunnundersøkelser og hvor han ikke har gjort det. Etter avtl. § 36 andre ledd kan domstolene legge vekt på «forholdene ved avtalens inngåelse», og byggherrens unnlattelse av å innhente nødvendige grunnundersøkelsene kan vektlegges i vurderingen.

Etter avtl. § 36 andre ledd skal det tas hensyn til «partenes stilling» og «forholdene ved avtalens inngåelse». Momenter av særlig betydning er i den sammenheng det økonomiske resultat risikooverføringen medfører og styrkeforholdet mellom partene ved inngåelsen av avtalen.

Selv om partene er profesjonelle kan også styrkeforholdet mellom de profesjonelle være ujevnt. Som et eksempel nevnes at det er inngått en avtale mellom en ressurssterk byggherre og en mindre nyoppstartet totalentreprenør. Markedssituasjonen kan være slik at byggherren har tilnærmet monopol på utstedelse av byggeoppdrag, og misbruker maktposisjonen for å fremforhandle en avtale i sin favør. Dersom totalentreprenøren må påta seg risikoen for enhver usikkerhet ved grunnen, uten å kunne innfortolke en risikomargin, vil i så fall ujevnheten kunne være et moment for lemping i urimelighetsvurderingen.<sup>191</sup> Illustrerende er en uttalelse fra voldgiftsdom inntatt i ND -1990-204. Saken gjaldt en tvist om fastsatt vederlag for oljetransport fra et felt til et annet mellom oljeselskapene BP og Statoil. Feltet

---

<sup>189</sup> Se Giertsen 2014 s. 203-204.

<sup>190</sup> *Op. cit.*, s. 204.

<sup>191</sup> Se Giertsen 2014 s. 231.

viste seg å produsere vesentlig mer råolje enn forventet og felteierne krevde reduksjon i vederlaget under henvisning til avtl. § 36. Voldgiftsretten uttalte følgende:

«Dersom den ene kontrahent på avtaletiden sitter i en maktposisjon i forhold til den annen kontrahent, og dette resulterer i en avtale hvor balansen klart vipper i den førstnevnte parts favør, kan det være gode grunner til å utøve sensur med hjemmel i § 36. En slik skjev styrkefordeling (...) kan også forekomme i en rent kommersiell sammenheng, også i «big business». Eierne av et rørledningssystem i Nordsjøen kan f. eks. tenkes å ha et sterkt faktisk monopol på transporttjenester, og i kraft av dette søke å oppnå et meget høyt vederlag fra nye felt som ønsker å bli knyttet til ledningene».

Byggherren vil imidlertid meget sjeldent være i en slik monopolsituasjon som fremhevet i voldgiftsdommen. Entreprenøren kan påta seg å utføre byggeoppdrag forskjellige steder, og de fleste prosjekter forutsetter arbeid i grunnen. Dersom byggherren likevel skulle befinne seg i en slik maktposisjon og vippe enhver risiko for oppfylleleshindring på totalentreprenøren, uten noen reell mulighet for å innfortolke en risikomargin, vil overføringen av risiko kunne bli ansett å være urimelig.

Selv om dommen gjelder tvist om fastsatt vederlag for oljetransport er uttalelsen av dommen overførbart. NS 8407 er i stor grad utarbeidet etter samme mønster fra offshorekontraktene. I nevnte sak kom imidlertid voldgiftsretten til at felteierne ikke kunne kreve reduksjon i vederlaget under henvisning til avtl. § 36. Statoil befant seg åpenbart ikke i en slik maktposisjon. Transportavtalen var etablert etter en overveiet risikofordeling og voldgiftsretten la vekt på at produksjonsøkningen innebar betydelige fordeler for felteierne. Uttalelsen må derfor forstås som et obiter dictum, en uttalelse som ikke har betydning for resultatet, men som likevel kan tillegges vekt.<sup>192</sup>

Til forskjell fra voldgiftsdommen, ND-1990-204, er det imidlertid mer praktisk at totalentreprenøren påberoper seg avtl. § 36 og ikke byggherren. I dommen var det felteierne, det vil si byggherren som eier av grunnforholdene, som påberopte seg reduksjon i vederlaget på grunn av vesentlig mer råolje i feltet enn forventet. Ved en overføring av risikoen for grunnforholdene vil imidlertid totalentreprenøren, som vil si yteren av

---

<sup>192</sup> Slike slengmerknader kan ha interesse i senere saker, jf. Nygaard 2012 s. 115.

transporttjenester ha risikoen for de uforutsette grunnforhold. En avdekking av vesentlig mer uforutsette grunnforhold vil derfor være et ansvar som i utgangspunktet påligger totalentreprenøren, og det er derfor totalentreprenøren som må påberope seg at avtalen er urimelig, jf. avtl. § 36.

Ved vurderingen av om avtalen var urimelig i ND-1990-204, la voldgiftsretten vekt på at produksjonsøkningen av råolje innebar betydelige fordeler for felteierne, slik at avtalen ikke var urimelig. Momentet om at økningen av råolje innebar betydelige fordeler for felteierne, er imidlertid ikke overførbart til nærværende vurdering om en avtale om risikooverføring er urimelig. En avdekking av uforutsette grunnforhold vil ikke innebære noen fordel for byggherren. Derimot vil den kunne lede til forsinkelse. Det at de uforutsette grunnforhold ikke innebærer noen fordel for byggherren, som råoljen i ND-1990-204 gjorde for feltfeierne, trekker det i retning av at det skal mindre til for at en avtale om overføring av risikoen for grunnforhold er urimelig.

En annen sak som tydeliggjør betydningen av det økonomiske resultat er LG-1999-2010. Dommen gjaldt en avtale om bygging av undersjøisk tunnel, der entreprenøren hadde påtatt seg risikoen for forholdene ved grunnen. Byggherren hadde foretatt grunnundersøkelser og entreprenøren fremholdte krav på betaling av merkostnader på grunn av store oppsprekninger i fjell, samt en sandsone som ingen av partene hadde grunn til å regne med. Entreprenøren påberopte seg revisjon av avtalen fordi de uforutsette forhold resulterte i et tap på ca. 41 millioner, som var nærmere 80 % av kontraktssummen.

Flertallet kom til at avtl. § 36 ikke fikk anvendelse. Flertallet gav likevel generelle synspunkter om grunnlaget for revisjon:

«Kontrakten av september 1993 etablerer en klar risikofordeling mellom entreprenøren og byggherren. Som lagmannsretten tidligere har kommet til, er denne risikofordeling ikke tilfeldig eller uoverveid. Den beror snarere på en bevisst overlegning fra Selmers side, hvor den type risiko som har materialisert seg konkret, er forutsatt i kontrakten, og hvor det må sies at Selmer bevisst påtok seg en betydelig risiko, uten å ta forbehold om upåregnelige og/eller ekstraordinære forhold som kunne inntreffe med hensyn til grunnens beskaffenhet. (...) når flertallet skal vurdere forholdsmessigheten mellom partenes ytelser, er også kostnadenes størrelse totalt sett av betydning, sett i forhold til selskapets størrelse og evne til å bære disse



kostnadene. (...) Med den risikoregulering som fremgår av kontrakten sett hen til at Selmer som landets største entreprenørselskap og til den rolle selskapet har spilt forut for kontraktsinngåelsen, ser flertallet det ikke som urimelig at Selmer ikke for adgangen til å velte noen av merutgiftene over på byggherren, slik resultatet blir dersom kontrakten tillates revidert etter avtaleloven § 36 på grunnlag av etterfølgende forhold.»

Mindretallet, en fagkyndig meddommer, kom imidlertid til at avtalen måtte endres, slik at entreprenøren fikk dekt omtrent halvparten av merkostnadene, skjønnsmessig fastsatt til 20 millioner kroner. I rimelighetsvurderingen ble det vektlagt at entreprenøren i sandsonen og tilstøtende områder påtraff grunnforhold som sterkt avvek fra byggherrens geologiske og seismiske grunnundersøkelser. Forseringsarbeidet i sonen var tidkrevende og tok seks måneder. Mindretallet mente det ville være urimelig om entreprenøren ikke skulle få kompensert noe av den del av de ekstrakostnader som påløp ved bygging av prosjektet, i forhold til de kostnader prosjektet var beregnet til.

Selv om partene har en adgang til å revidere kontrakter om overføring av risikoen for forhold ved grunnen utledes det av ovennevnte dommer at terskelen er svært høy, og det er reist spørsmål i teorien om terskelen er blitt i overkant høy.<sup>193</sup> Det kan tenkes at flertallet i sistnevnte dom ville ha gitt uttrykk for andre generelle synspunkter om tapet eksempelvis hadde vært ca. 90 % av kontraktssummen eller om entreprenørselskapet ikke var landets største. Terskelen for å endre eller sette til side avtaler mellom profesjonelle må uansett forstås å være svært høy og avtl. § 36 utgjør derfor ingen stor begrensning i adgangen til å overføre risikoen for grunnforhold.

### **6.1.2 Læren om bristende forutsetninger**

Læren om bristende forutsetninger har tradisjonelt spilt en aktiv rolle som grunnlag for revisjon av kontrakter på entrepriserettens område.<sup>194</sup> Spørsmålet er om partenes klausul om å overføre risikoen for forhold ved grunnen kan revideres i medhold av læren om bristende forutsetninger. Læren er ulovfestet og vilkårene er angitt på følgende måte i Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63:

---

<sup>193</sup> Se Giertsen 2014 s. 232.

<sup>194</sup> Se Hagstrøm og Bruserud 2014 s. 251.

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

Det oppstilles altså tre vilkår: entreprenøren må ha avgitt sitt løfte under en motiverende forutsetning, denne forutsetningen må være synbar for byggherren og forutsetningen må være rettslig relevant.<sup>195</sup>

Virkingen av at læren om bristende forutsetninger er oppfylt er at totalentreprenøren kan kreve forlenget byggetid og vederlagsjustering. Dette ble fremholdt i dom inntatt i Rt. 1999 s. 922 på s. 932 der Høyesterett siterte Hagstrøm:

«Vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelig data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid med kompensasjon for den forlengede byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i et klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.»

Spørsmålet er imidlertid om totalentreprenøren overhodet har en slik adgang til å påberope seg at avtalen skal revideres etter læren om bristende forutsetninger, når partene har avtalt en overføring av risikoen for forholdene ved grunnen.

Dette spørsmålet ble behandlet i Rt. 2010 s. 1345. Saken gjaldt spørsmål om tilleggsvederlag fra entreprenøren ved vinterdrift av vegstrekninger som driftes i henhold til en entreprisekontrakt som var inngått etter forutgående anbudsinnbydelse. Hovedspørsmålet var hvem som hadde risikoen for at gjennomsnittlig faktisk saltbruk per

---

<sup>195</sup> *Op. cit.*, s. 253.

vintersesong ble bortimot tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som tidligere rapportert saltforbruk.

Ved vurdering av om entreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag etter læren om bristende forutsetninger uttalte Høyesterett i avsnitt 65 følgende:

«Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er derimot i kontrakten bevisst plassert hos Oslo Vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen. Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt bestemmelser om hvilke konsekvenser det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tidligere saltforbruk, ville de ulovfestede regler om bristende forutsetninger kunne ha gitt Oslo Vei grunnlag for å kreve erstatning for at forutsetningen om nivået for tidligere saltforbruk svikter.»

Uttalelsen må forstås slik at Høyesterett legger til grunn at læren om bristende forutsetninger ikke kommer anvendelse der partene bevisst har foretatt en risikoplassering. Hensikten er nettopp å omplassere risikoen i tilfelle det viser seg å være feil ved prosjekteringen. Det samme er også lagt til grunn ved spørsmål om å omfordele risikoen når partene har avtalt en plassering av risikoen for forhold ved grunnen, jf. LG-1997-2010<sup>196</sup> hvor retten uttalte:

«Partene har nettopp vært oppmerksom på den forutsetning som knytter seg til grunnforholdene. Det er risikoen forbundet med denne forutsetning, grunnforholdenes beskaffenhet, partene klart og entydig har regulert i kontraktens punkt 6 annet avsnitt. Det vil da ikke være adgang til kontraktsrevisjon på grunn av etterfølgende forhold, med den konsekvens at en klar risikoplassering som partene har vært seg bevisst, endres».

Anvendelsen av læren om bristende forutsetninger når partene har avtalt en overføring av risikoen for grunnforhold beror derfor på ordlyden i klausulen. Dersom partene har avtalt virkningen av de uforutsette hindringer i grunnen, vil læren ikke kunne gi grunnlag for revisjon. Som Hagstrøm fremholder: Dersom grunnforholdene viser seg å avvike fra den (spinkle) kunnskap partene hadde da kontrakt ble inngått, vil en slik avtalt plassering av

---

<sup>196</sup> Dommen er presentert i pkt. 6.1.1.

risikoen være avgjørende, og den vil ikke selv kunne settes til side pga. bristende forutsetninger.<sup>197</sup> Ved å avtale en overføring av risikoen for grunnforhold har således partene avtalt den aktuelle forutsetningsbrist, og avtalen må gjelde som sådan. Den økonomiske og fremdriftsmessige konsekvensen for å overgå de uforutsette grunnforhold vil derfor være en risiko som totalentreprenøren har akseptert ved å inngå avtalen.

Læren om bristende forutsetninger kan sies å være mer skjøvet i bakgrunnen av de mer sofistikerte standardkontrakter som tematiserer hyppige forekommende risikofaktorer i entrepriseprosjekter.<sup>198</sup> Den aktuelle forutsetningsbrist er regulert i NS 8407 pkt. 23.2. Dersom klausulen om å overføre risikoen for grunnforholdene omfattes av standarden, vil standarden gjelde tilsvarende. Konsekvensen av at uforutsette grunnforhold avdekkes vil derfor avhenge av om forholdene avviker vesentlig fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med, jf. NS 8407 pkt. 23.2.

Konklusjonen blir derfor at klausuler om overføring av risikoen for grunnforhold, som regulerer virkningen av uforutsette grunnforhold, ikke kan revideres med grunnlag i læren om bristende forutsetninger.

### **6.1.3 Forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36**

Revisjon av avtale i entrepriseforhold kan som utgangspunkt forankres enten i læren om bristende forutsetninger eller avtl. § 36. I teorien er det reist spørsmål om læren om bristende forutsetninger skal tas inn under den generelle lempningsregel.<sup>199</sup> I det videre vil jeg ikke gå inn på en nærmere vurdering om læren bør tas inn under avtl. § 36. Jeg vil imidlertid kort bemerke hvilket revisjonsgrunnlag som strekker seg lengst som begrensning for adgangen til å inngå en klausul om å overføre risikoen for grunnforhold. Høyesterett har i Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61 gitt prinsipielle synspunkter om forholdet mellom de to revisjonsgrunnlagene:

«Selv om de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av avtaleloven § 36, utgjør bristende forutsetninger et eget rettsgrunnlag, jf Rt-1999- 922 (Salhus Flytebru). Hvilken av de to rettsgrunnlagene som vil ha

---

<sup>197</sup> Se Hagstrøm 2011 s. 276.

<sup>198</sup> Se Hagstrøm og Bruserud 2014 s. 252.

<sup>199</sup> Se Hagstrøm 2011 s. 318.

størst rekkevidde, avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på.»

Førstvoterendes synspunkter må forstås slik at det i entrepriseretten gjelder to mulige revisjonsgrunnlag, som til dels overlapper hverandre. Hvilket revisjonsgrunnlag som strekker seg lengst beror på sakens faktum og følgelig subsumsjonen under de ulike revisjonsgrunnlagene.

På bakgrunn av ovennevnte konklusjon kommer ikke læren om bristende forutsetninger til anvendelse der partene har inngått en avtale om å overføre risikoen, nettopp fordi forutsetningsbristen allerede er avtalt. Derimot vil det kunne skje en rimelighetsprøving av overføringen av risiko etter avtl. § 36. Det revisjonsgrunnlag som strekker seg lengst som begrensning for adgangen til å inngå en klausul om å overføre risikoen for grunnforhold er derfor avtl. § 36.

Årsaken til at avtl. § 36 strekker seg lengre enn læren om bristende forutsetninger, er at totalentreprenøren har påtatt seg risikoen for de uforutsette grunnforhold, men kan samtidig ikke vite hvor omfattende grunnforholdene er. På tidspunktet for inngåelsen av avtalen er partene ikke kjent med omfanget av risikooverføringen, men forutsetningen vil først bryte *etter* at avtalen er inngått. Gjennomføringen av arbeidet kan bli mer økonomisk byrdefullt enn antatt, men det er heller ikke innlysende at forutsetningslæren kan gå foran avtl. § 36.

Dessuten er det vanskelig å forestille seg at avtl. § 36 i praksis etterlater noe til vurdering innenfor de rammer som forutsetningslærens oppstiller. Siden forholdene ved grunnen i utgangspunktet er usikre, og totalentreprenøren kan foreta en kalkulert risiko, er det også naturlig at terskelen etter avtl. § 36 er høy. Slik sett kan den høye terskelen trekke i retning av at avtl. § 36 i praksis ikke strekker seg mye lengre enn læren om bristende forutsetninger.

# Referanseliste

## Standardkontrakter

NS 3431	Norsk Standard 3431:1994 - Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser
NS 8400	Norsk Standard 8400:2005 – Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser
NTK 05	Norsk totalkontrakt 2005
NF 05	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005
NS 8405	Norsk Standard 8405:2008 – Norsk bygge og anleggskontrakt
NS 8407	Norsk Standard 8407:2011 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

## Lover

Christian Femtis Norske love 15. april 1687

Lov 31. mai 1918 nr. 04 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven)

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven)

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 25. juni 2010 nr. 45 om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 16. juli 1989 nr. 63 om håndverkertjenester for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

## **Lovforarbeider**

Ot.prp.nr.66 (1990-1991) om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

NOU 1992: 9 Forbrukarentreprise lov

Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) om lov om husleieavtaler (husleieloven)

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) om generell formuerettslig lempningsregel

NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel.

## **Rettsavgjørelser**

### **Norske rettsavgjørelser**

#### **Norsk Retstidende**

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1951 s. 976

Rt. 1952 s. 670

Rt. 1959 s. 1172

Rt. 1961 s. 1022

Rt. 1990 s. 1060  
Rt. 1993 s. 564  
Rt. 1995 s. 498  
Rt. 1999 s. 922  
Rt. 2000 s. 806  
Rt. 2002 s. 696  
Rt. 2002 s. 1110  
Rt. 2002 s. 1155  
Rt. 2003 s. 612  
Rt. 2003 s. 1132  
Rt. 2003 s. 1531  
Rt. 2003 s. 1252  
Rt. 2004 s. 499  
Rt. 2005 s. 257  
Rt. 2005 s. 268  
Rt. 2006 s. 999  
Rt. 2007 s. 1489  
Rt. 2009 s. 160  
Rt. 2009 s. 6  
Rt. 2010 s. 1345  
Rt. 2011 s. 1553  
Rt. 2012 s. 355  
Rt. 2012 s. 1729 A  
Rt. 2013 s. 769  
Rt. 2013 s. 1079 U  
Rt. 2015 s. 321

### **Lagmannsrettsavgjørelser**

LG-1997-2010  
LE-1987-280  
RG-1999-1598  
LE-2004-9945  
LH-2007-102419  
LG-2007-123605



LG-2008-45836  
LE-2008-152113  
LH-2010-34513  
LG-2012-67156  
LB-2014-62763  
LG-2014-206364  
LB-2015-26008  
LG-2015-163894  
LE-2014-8649  
LF-2014-100158  
LB-2011-27307  
LF-2010-158511  
LA-2016-83184

### **Norsk voldgiftspraksis**

Vgd. av 1/7 1960  
Rt. 1954 s. 50  
Rt. 1954 s. 32  
Vgd. av 8/9 1961  
Vgd. av 7/11 1951  
Vgd. av 27/11 1949  
Vgd. av 28/7 1949  
ND-1990-204  
RG-1992-728

### **Uttalelser fra BFJR**

Uttalelse nr. 527 (2001)

### **Litteratur**

**Hagstrøm og Bruserud (2014)**

Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud.  
Entrepriserett. Oslo: Universitetsforlaget,  
2014.

- Lilleholt (2014)** Lilleholt, Kåre. Knophs oversikt over Norges rett 14. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Nordtvedt, Ruud og Bergsaker (2013)** Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen. NS 8407 Kommentarutgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Barbo (1990)** Barbo, Jan Einar. Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko. Oslo: Tano, 1990.
- Sandvik (1966)** Sandvik, Tore. Entreprenørrisikoen. Oslo: Tanum, 1966.
- Hagstrøm (2011)** Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Woxholth (2014)** Woxholth, Geir. Avtalerett 9. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2014.
- Hov og Høgberg (2009)** Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. Alminnelig avtalerett 1. utgave. Oslo: Papinian / Calax.
- Haaskjold (2002)** Haaskjold, Erlend. Kontraktsforpliktelser. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2002.
- Giertsen (2014)** Giertsen, Johan. Avtaler 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Nazarian (2007)** Nazarian, Henriette. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2007.

- Anderssen (2008)** Anderssen, Harald Benestad. Avhendingsloven med kommentarer. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2008.
- Giverholt, Arvesen og Marthinussen (2012)** Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen. NS 8407 alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer. Oslo: Gyldendal Forlag, 2012.
- Hagstrøm (2003)** Hagstrøm, Viggo, i samarbeid med Magnus Aarbakke. Obligasjonsrett. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Stang (1935)** Stang, Fredrik. Innledning til formueretten 3. utgave. Oslo: H. Aschehoug, 1935.
- Krüger (1989)** Krüger, Kai. Norsk kontraktsrett. Bergen: Alma Mater Forlag, 1989.
- Kaasen (2006)** Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Hagstrøm (1997)** Hagstrøm, Viggo. Entrepriserett: utvalgte emner. Oslo: Vinderen forlag, 1997.
- Knag (2010)** Knag, Alf Johan. «Hvordan skrive kontrakt? – en sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet» i på rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010 s. 85-110.

- Skrunes og Kobbe (2010)** Skrunes, Samuel og Harald S. Kobbe. «Byggherrens opplysningsplikt i entrepriseforhold» i på rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010 s. 409-429.
- Fleischer (1998)** Fleischer, Carl August. Rettskilder og juridisk metode. Oslo: Gyldendal, 1998.
- Boe (2010)** Boe, Erik Magnus. Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Eckhoff (2001)** Eckhoff, Torstein. Rettskildelære 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Nygaard (2004)** Nygaard, Nils. Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgave. Oslo: universitetsforlaget, 2004.
- Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2016)** Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. NS 8405 med kommentarer. Oslo: Gyldendal Forlag, 2012.
- Bergsåker (2003)** Bergsåker, Trygve. Kjøp av fast eiendom 4. utgave. Oslo, 2003.
- Hov og Høgberg (2016)** Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. Obligasjonsrett 1. utgave. Oslo: Papinian

## **Traktater, rettsakter fra EU/EØS**

UNIDROIT Principles (2010)

Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2009)

## **Elektroniske kilder**

[www.bfjr.no](http://www.bfjr.no)

<https://snl.no/fundament> (Sist endret 14. februar 2009. Sist sjekket 21. mars 2017)

[www.klif.no/grunn/](http://www.klif.no/grunn/)

<http://geomatikk.no/tjenester/gravemelding-og-kabelpavisning>

<http://geomatikk.no/tjenester/ledningsdokumentasjon>.

<https://www.tu.no/artikler/bjorvika-synker/231007>

<http://www.aftenposten.no/osloby/Bjorvika--en-kjempe-pa-leirfotter-86658b.html>

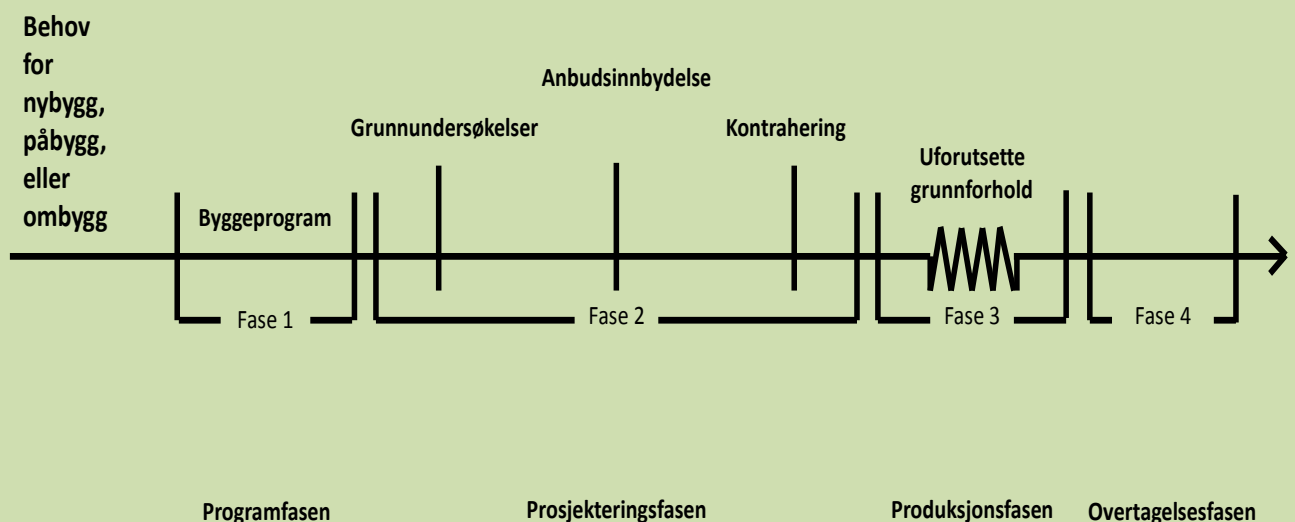
<http://geoforskning.no/nyheter/grunnforskning/751-innsynkingen-i-bjorvika>

# Vedlegg

## Vedlegg 1

# Gangen i en vanlig byggesak

Figuren gir en kortfattet oversikt over fasene i en vanlig byggesak



Figur 1. En kortfattet oversikt over gangen i en vanlig byggesak.