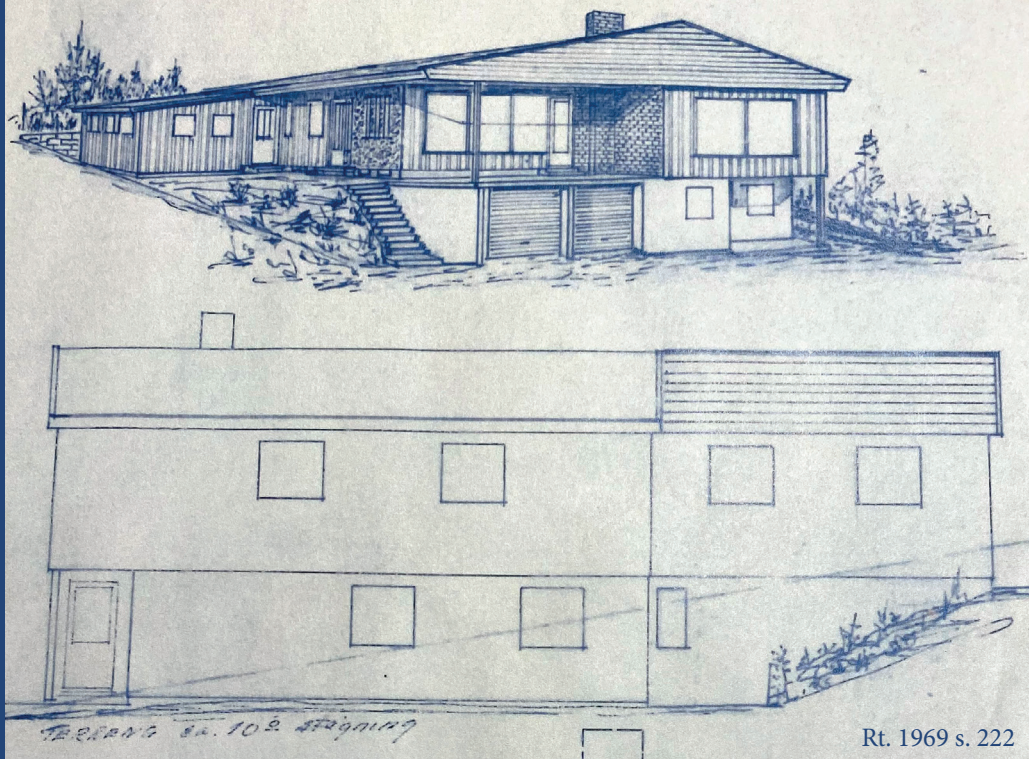


Matias Apelseth
Espen Nyland



BYGGGETEKNISK VITEN

Byggeteknisk viten

Matias Apelseth og Espen Nyland

Byggeteknisk viten

Universitetsforlaget

© Universitetsforlaget 2021

ISBN 978-82-15-03774-5

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Sissel K. Tjernstad
Sats: ottaBOK
Trykk: 07 Media – 07. no
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS
Boken er satt med: Times LT Std 11,3/13,5
Papir: 100 g Amber Graphic

Forord

Et overordnet mål med entrepriseretten er å ivareta behovene til aktørene i bygge- og anleggsprosjekter. Entrepriserettens pragmatiske karakter nødvendiggjør stadige og kritiske gjennomganger av rettsreglene som sammen utgjør fagdisiplinen. Bygge- og anleggsbransjens økende oppmerksomhet på innovasjon, effektivitet og miljøvennlige løsninger utgjør en viktig del av bakteppet for boken. Formålet med denne boken er å avklare hvem av partene i et byggeprosjekt som sitter med risikoen for svikt i byggeteknisk viten, også kalt utviklingsrisikoen. Utviklingsfeil kan ramme både prosjekteringen og utførelsen av arbeidene. Utviklingsrisikoen har knapt blitt behandlet i norsk entrepriserett. Bransjeaktørene trenger forutberegnelighet, og vi mener at tiden er moden for en omskriving av tradisjonell lære.

En behandling av utviklingsrisikoen foranlediger redegjørelser av mer overordnede temaer knyttet til entreprenørens forpliktelser, herunder offentligrettslige krav til prosjektering og det ferdige byggverket. Av samme grunn er ikke dette en bok som utelukkende omhandler utviklingsrisikoen. Vi håper at boken kan være av interesse for advokater, dommere og andre praktikere som jobber med entrepriserettslige problemstillinger. Boken er også relevant for universitets- og høyskolestudenter.

Arbeidet med boken har vært tidkrevende, ikke minst ved siden av håndteringen av prosessoppdrag og løpende oppgaver som advokater. Hvor mange ferieuker, helger og kvelder som har medgått til skrivearbeidet de siste to årene, vet vi ikke. Uten tålmodigheten som våre kjære på hjemmebane har vist under skriveprosessen, ville boken aldri nådd bokhyllene.

Vi ønsker å rette en stor takk til førsteamanuensis Herman Bruserud ved Universitetet i Oslo. Hermans innsikt i kontraktsretten generelt, og entrepriseretten spesielt, er få forunt. Vi vil også takke våre kolleger i Kluge Advokatfirma for utallige gode diskusjoner de siste to årene, og spesielt de dyktige advokatene Vegar Vatne og Peter Hallsteinsen. Professor Lasse Simonsen ved Universitetet i Oslo har gitt oss nyttige innspill, spesielt i den innledende fasen av arbeidet, noe vi er svært takknemlige for.

Oslo, mai 2021

Matias Apelseth og Espen Nyland

Omslagsbilde:

Illustrasjonen på omslagets forside viser familien Apelseths bolig i Kragerø, som har sitt bakteppe i en dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 1969 s. 222. Tegningen er ført i pennen av Andor Apelseth, som på 1960-tallet havnet i en rettslig tvist med kommunen om hans rett til eiendommen. Etter at kommunen vant i Agder lagmannsrett, endte saken i Høyesterett, hvor et flertall på tre dommere, anført av dommer Blom, voterte i Andor Apelseths favør.

Innhold

Forord	5
Kapittel 1	
Mangelfull byggeteknisk viten – historikk og aktualitet	11
1.1 Tema og problemstilling	11
1.2 Aktualitet	12
1.3 Bakteppet	13
1.4 Fremstillingen videre	15
Kapittel 2	
Overordnet om entreprenørens ytelser og ansvar	17
2.1 Innledning	17
2.2 Krav til kontraktsgjenstanden	17
2.2.1 Overordnet	17
2.2.2 Funksjonsfordelingsprinsippet	22
2.2.3 Oppsummering – overordnet om resultatpliktene	25
2.3 Nærmere om offentligrettslige krav til kontraktsgjenstanden ...	25
2.3.1 Innledning	25
2.3.2 System og aktører	26
2.3.3 Plan- og bygningslovgivningens krav til tiltak	28
2.3.4 Byggevareforordningen/DOK	30
2.4 Privatrettslige konsekvenser av offentligrettslige krav	33
2.4.1 Innledning	33
2.4.2 Ansvarserklæringens betydning for fastleggelsen av oppdragets innhold	34
2.4.3 Kontraktsrettslige konsekvenser av brudd på offentligrettslige krav	35
2.4.4 Delikterstatning og brudd på offentligrettslige krav til prosjekteringen	35
2.5 Kort om entreprenørens prosjekteringsforpliktelser	36
2.6 Oppsummering	39

Kapittel 3

Et krav om svikt i bransjeviten	41
3.1 Innledning	41
3.2 Forsvarlighet er ikke tilstrekkelig	42
3.3 Oppsummering	44

Kapittel 4

Overordnet om risikoen for svikt i byggeteknisk viten	46
4.1 Innledning og utgangspunkt	46
4.2 Utviklingsrisiko i juridisk litteratur	47
4.3 Domstolenes behandling av utviklingsrisiko	51
4.3.1 Ansvarsgrunnlagets betydning	51
4.3.2 Grunnmuren i norsk lære – Byggmesterdommen	53
4.3.3 Øvrig praksis fra domstolene	59
4.3.4 Oppsummering	70
4.4 Risikoregulering i bygge- og anleggsbransjens standardkontrakter	71
4.4.1 Overordnet	71
4.4.2 Kontraktsgjenstanden – resultatkrav og entreprenørens valgfrihet	74
4.4.3 Entreprenørens prosjekteringsforpliktelser	77
4.4.4 Kommentartutgaver til NS 8407 og NS 8405	78
4.4.5 Øvrige standardkontrakter	80
4.4.6 «Entreprenørens dilemma» – kolliderende avtaleforpliktelser	83
4.4.7 Oppsummering – standardkontraktene	86
4.5 Forbrukerentreprise – oppføring av bolig	87
4.5.1 Innledning	87
4.5.2 Bustadoppføringslova – profesjonsnorm og resultatkrav	88
4.5.3 Lovgiverviljen	89
4.5.4 Oppsummering	91
4.6 Utenlandsk rett – Danmark og Sverige	92
4.6.1 Dansk rett	92
4.6.2 Svensk rett	97
4.6.3 Oppsummering	99
4.7 Bransjebehov og reelle hensyn	99
4.7.1 Innledning	99
4.7.2 Innovasjonsgraden i bransjen	100
4.7.3 Forutberegnelighetshensyn	103
4.7.4 Samfunnsøkonomiske betraktninger	104
4.7.5 Rimelighet og forholdet til reglene om avtalerevisjon ..	111
4.7.6 Oppsummering bransjebehov og reelle hensyn	115
4.8 Foreløpig konklusjon	116

Kapittel 5

Plasseringen av utviklingsrisiko	117
5.1 Profesjonsnormen	117
5.1.1 Innledning	117
5.1.2 Sammenhengen mellom profesjonsnormen og utviklingsfeil	117
5.1.3 Kort om FoU-prosjekter mv.	121
5.2 Avtalefestede krav til funksjon	123
5.2.1 Innledning	123
5.2.2 Nærmere om avtalte funksjonskrav	124
5.2.3 En avtaleregulering av risiko?	126
5.2.4 NS 8405/8407 er gjort til del av kontrakten	127
5.2.5 NS 8405/8407 er ikke gjort til del av kontrakten	129
5.2.6 Oppsummering	133
5.3 Offentligrettslige krav	134
5.3.1 Innledning	134
5.3.2 Overordnet om offentligrettslige krav og privatrettslige mangelsregler	135
5.3.3 Konsekvenser av verifikasjonsreglene i TEK 17	136
5.3.4 Særskilt om «ulovlighet» i mangelssaker	140
5.3.5 Byggeteknisk utvikling og funksjonskravene i TEK 17	143
5.3.6 Offentligrettslige krav – oppsummering	145
5.4 Avtalen nedfeller ikke uttrykkelige resultatforpliktelser	146
5.4.1 Innledning	146
5.4.2 Avtalereguleringen fastsetter ikke resultatforpliktelser	146
5.4.3 NS 8405/8407 er gjort til del av kontrakten	152
5.5 Oppsummering	155

Kapittel 6

Innholdet i byggherrens utviklingsrisiko	156
6.1 Innledning	156
6.2 Fastleggelsen av skjæringstidspunktet	157
6.2.1 Overordnet – det tradisjonelle utgangspunktet	157
6.2.2 Hvilket tidspunkt skal legges til grunn?	158
6.3 Når foreligger det en utviklingsfeil?	161
6.4 Enkelte momenter i vurderingen	163
6.4.1 Eksperimentering	163
6.4.2 Egne undersøkelser	165
6.4.3 Opplysning og godkjenning	167
6.4.4 Ajourføring av bransjeviden	169
6.5 Oppsummering – byggherrens utviklingsrisiko	172

Kapittel 7

Behov for revisjon av tradisjonell lære	174
Kilderegister	176
Litteratur	176
Lover	178
Forarbeider	180
Rettspraksis	180
Standardkontrakter	183
Norske standardkontrakter	183
Utenlandske standardkontrakter	184
Annet	184
Stikkordregister	185

Kapittel 1

Mangelfull byggeteknisk viten – historikk og aktualitet

1.1 Tema og problemstilling

I bygge- og anleggskontrakter vil et faglig godt arbeid normalt føre til ønsket resultat. Det hører med til sjeldenhetene at aktørene i norske byggeprosjekter, herunder entreprenører og rådgivere, benytter materialer og løsninger som ikke er egnet til sitt formål. Likevel ser vi fra tid til annen at forventninger som bransjen har til materialer og/eller byggemetoder, i ettertid viser seg å være basert på sviktende grunnlag. Vi står i så fall overfor det som ofte kalles «utviklingsfeil», altså feil som knytter seg til ukjente egenskaper ved en løsning eller et materiale, og som først blir avdekket etter at bransjen i noen tid har benyttet metoden/materialet.

Det sentrale temaet for denne boken er hvem av aktørene – entreprenøren eller byggherren – i et entrepriseforhold som sitter med risikoen for utviklingsfeil. I entrepriseretten har man med dette ment «risikoen for at en byggemotode som på byggetidspunktet anses for å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt (...)»¹ Vi står med andre ord overfor et spørsmål om fordeling av risikoen for at den tekniske innsikten i bransjen viser seg å være mangelfull.²

Selv om man skulle komme til at utviklingsrisikoen påhviler byggherren, vil ikke det innebære at entreprenøren er fri for ethvert ansvar. Dersom byggherren sitter med utviklingsrisikoen, vil det være nødvendig å ta stilling til hvilke krav som skal stilles til entreprenørens arbeider. Dette er i realiteten et spørsmål om hvilket handlingsrom entreprenøren har i tilfeller hvor byggherren sitter med utviklingsrisikoen. Når står man overfor en utviklingsfeil, og når står man overfor en kompetansesvikt som entreprenøren uansett må hefte for?

1 Se Barbo (1990) s. 59–60, Hagstrøm (1997) s. 85 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 203.

2 Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 203.

1.2 Aktualitet

I Norge er asbestholdige byggematerialer et av de mest kjente eksemplene på utviklingsfeil. Asbest er et naturlig mineral med svært gode varme- og lyd-isolerende egenskaper. I tillegg er materialet brannsikkert. Mineralet ble tradisjonelt benyttet i isolasjonsmaterialer som eternittplater til tak, og i gulvbelegg. Bruken var høyest omkring 1970, men i en tiårsperiode fra 1977 ble det innført restriksjoner mot bruk av asbest. Bakgrunnen var at man fikk kjennskap om at asbest kunne virke kreftfremkallende.

Et ferskere eksempel er den danske byggenæringens bruk av vindsperreplater med høyt innhold av magnesiumoksid. Platene, som gjerne kalles MgO-plater, var billigere og lettere å håndtere enn konkurrerende vindsperrmaterialer. MgO-platene kapret på få år nesten hele markedet for vindsperrmaterialer i Danmark, og i 2014 hadde platene en markedsandel på om lag 75 prosent. I 2015 ble det avdekket at saltet i platene gjorde at platene tok til seg vann når luftfuktigheten ble høy på høst- og vinterstid. Platene viste seg å avgi vann som ikke bare medførte vann- og råteskader, men som grunnet saltinnholdet også medførte korrosjonsskader på skruer, beslag og andre metalldele i konstruksjonen. Utskiftningskostnadene er ventet å bli om lag én milliard danske kroner.

Andre eksempler på svikt i byggeteknisk viten er bruk av PCB-holdige byggematerialer, bruk av vann på flate tak som beskyttelse mot sollys og svenske entreprenørers bruk av veggkonstruksjoner uten luftesjikt. Nylige eksempler på utviklingsfeil kan være royalimpregnerte kledningsprodukter. Royalbehandlet kledning har vært brukt i mange tiår i brannklasse D. Nylig utførte tester har avdekket manglende brannmotstand, noe som førte til at produktene i 2020 ble nedklassifisert i påvente av avklaringer.³ Bruk av lettvektsrør med sink i sprinkleranlegg kan også nevnes som et mulig eksempel på utviklingsfeil.⁴ Det viste seg at sinken reagerte med vannet i anlegget, noe som førte til produksjon av knallgass.

Et fellestrekk for disse eksemplene er at de springer ut av usikkerheten som til enhver tid knytter seg til den gjeldende *byggetekniske viten*. Selv de fremste forskere og bransjeaktører vet aldri alt om hvilke egenskaper et produkt har / kan ha, eller hvilken funksjon en løsning vil gi over tid. Noen ganger vil dette føre til at bransjen benytter materialer og løsninger med ukjente negative egenskaper. Konsekvensen kan være at bygget ikke svarer til byggherrens forventninger og avtalens krav, eller at entreprenøren må bruke mer tid og ressurser

³ Se for eksempel <https://www.boligprodusentene.no/artikkelarkiv/kledning-blir-nedklassifisert/>.

⁴ Lettvektsrør har store fordeler i forbindelse med montasje, sammenlignet med tradisjonelle sprinklerrør – med stor godstykkelse. Redusert godstykkelse innebærer også reduserte produksjonskostnader. Rørene ble innsatt med sink for å motvirke korrosjon. Etter noen år ble det avdekket at sinken reagerte med vannet i sprinkleranlegget, og dannet knallgass.

for å oppnå det tilsiktede resultatet enn det entreprenøren opprinnelig hadde forutsatt. En fellesbetegnelse for denne typen svikt kan være *utviklingsfeil* eller *utviklingssvikt*.⁵

1.3 Bakteppet

Norsk entrepriserett er grunnleggende sett basert på det såkalte funksjonsfordelingsprinsippet, som utgjør et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.⁶ I dette prinsippet ligger at hver av partene er ansvarlig for svikt i egne ytelser og leveranser. Dersom byggherren har prosjektert en løsning eller valgt et produkt, er det derfor ikke tvilsomt at byggherre har risikoen dersom den prosjekterte løsning eller det valgte produkt viser seg uegnet. Tilsvarende er utgangspunktet at dersom det er entreprenøren som har prosjektert en løsning eller valgt et produkt, så er det entreprenøren som har ansvar dersom den prosjekterte løsningen eller det valgte produktet viser seg uegnet.⁷ Rådgiveren, enten han er engasjert av byggherren eller av entreprenøren, er på sin side bare ansvarlig dersom den prosjekterte løsningen eller det valgte produktet ikke oppfyller avtalens krav, og dette skyldes uaktsomhet fra rådgiverens side.⁸ Mens entreprenøren, innenfor egen risikosfære, må frembringe et resultat, har altså rådgiveren i utgangspunktet kun en omsorgsforpliktelse.

Allerede asymmetrien mellom entreprenøransvaret og rådgiveransvaret medfører en betydelig risiko for entreprenøren. Selv om entreprenøren har gjort et forsvarlig valg av rådgiver, og selv om rådgiveren har foretatt en forsvarlig prosjektering, kan entreprenøren bli sittende alene med ansvaret for avvik overfor byggherren. I motsetning til rådgiveren er entreprenøren normalt heller ikke forsikret for mangelsansvar. Ansvar kan dermed få meget store økonomiske konsekvenser for entreprenøren.

Dette ansvarsbildet utgjør en viktig del av bakteppet i analysen av de nærmere grensene for bransjeaktørens risiko. Et av spørsmålene denne asymmetrien foranlediger, er om det bør oppstilles unntak også fra de resultatfor-

5 Det er heller ikke utenkelig at bruken av fasadeplater i høytrykkslaminat (HPL) i Storbritannia bør anses som utviklingsfeil. Etter at et ekspertutvalg testet materialenes brannmotstand, krever myndighetene nå at fasadeplatene skiftes ut i høye bygninger. Ekspertene anslår at mer enn 100 høydehus over 18 meter vil bli berørt. Det er ikke avklart om det er entreprenørene, byggherrene eller myndighetene som må ta regningen. Se <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/jul/18/grenfell-experts-demand-urgent-removal-of-combustible-cladding-on-scores-of-tower-blocks> og https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/818184/Advice_note_on_use_of_HPL_panels_in_external_wall_systems.pdf.

6 Se kap. 2.2.2 for en nærmere beskrivelse av funksjonsfordelingsprinsippet.

7 Se kap. 2 for en nærmere beskrivelse av entreprenørens forpliktelser.

8 Se for eksempel NS 8401 pkt. 13.1, NS 8402 pkt. 10.1 og Urbye (2011) s. 146, Barbo (1990) s. 39 og Hagstrøm (2011) s. 128.

pliktelserne som i utgangspunktet påhviler entreprenøren.⁹ Et slikt unntak er, av grunner som vi vil komme tilbake til i kapittel 4, i norsk juridisk teori oppstilt for nevnte utviklingsfeil. Den tradisjonelle oppfatningen er derfor at byggherren anses for å sitte med utviklingsrisikoen.¹⁰ Tanken er at man, ved å legge utviklingsrisikoen på byggherren, vil legge til rette for økt innovasjon og byggeteknisk utvikling.¹¹ Oppfatningen har over tid festet seg og er i juridisk teori regelmessig ansett som «gjeldende rett» i norske entrepriseforhold. Hvorvidt det er grunnlag for en slik «konklusjon», er temaet i denne bokens kapittel 4 og 5.

I et konkret tilfelle vil vurderingen av ansvar for utviklingsrisikoen måtte bero på *partenes avtale*. Etter omstendighetene kan man fastslå hvordan partene har ment å fordele utviklingsrisikoen seg imellom. Følger det for eksempel av inngått avtale at entreprenøren har utstedt en funksjonsgaranti som omfatter den aktuelle typen svikt, må entreprenøren bære konsekvensene av utviklingsfeilen, som del av sitt garantiansvar. En eksplisitt regulering av utviklingsrisikoen er imidlertid ikke vanlig.¹² Når heller ikke gjeldende bransjestandardkontrakter inneholder noen uttrykkelig regulering av risikoen for utviklingsfeil, er situasjonen regelmessig at spørsmålet om ansvar for utviklingsrisiko ikke eksplisitt er avklart gjennom partenes avtale. Implisitt kan partenes avtale, herunder avtalte standardkontrakter, likevel innebære en regulering av utviklingsrisikoen. Dette vil vi komme tilbake til.¹³

Ved vurdering av ansvar og risiko kan det være fristende å se hen til hvilket vederlag entreprenøren har betinget seg for arbeidet. Tanken er at det har presumsjonen for seg at det er en sammenheng mellom omfanget av entreprenørens ytelse og vederlaget han betinger seg for å utføre arbeidene. Ofte vil

9 I teorien kunne man også stilt spørsmål ved om kravene til *byggherrens* prosjektering/utførelse skal modifiseres i møte med utviklingsfeil. Noen slik modifikasjon er det, som vi vil komme tilbake til i blant annet kap. 4, ikke rettskildemessig grunnlag for. Der byggherrens ytelser medfører svikt, vil han måtte svare for svikten i tråd med funksjonsfordelingsprinsippet.

10 Utviklingsrisikoen må holdes adskilt fra svikt som oppstår grunnet endrede faktiske forhold, slik som for eksempel mer ekstreme klimatiske forhold. I slike tilfeller står man ikke overfor en svikt i byggeteknisk viten om en byggemetodes egnethet til et bestemt formål. Der byggemetoden ikke lenger kan brukes til sitt opprinnelige formål – for eksempel kledning til bolig i kyststrøk – fordi klimaet har endret seg, skyldes svikten ikke at bransjens oppfatning om metodens egnethet har blitt etablert på sviktende grunnlag, men at entreprenøren har benyttet seg av en løsning som man ikke hadde adekvat erfaringsgrunnlag med til det aktuelle formålet (som i vårt eksempel er bruk av materialer/byggemetoder under de aktuelle klimatiske forholdene). Dette er en kompetansefeil som, i fravær av avtale om noe annet, må håndteres etter funksjonsfordelingsprinsippet, og som derfor utgjør en entreprenørrisiko uavhengig av hva man måtte mene om utviklingsrisikoens plassering.

11 Se kap. 4.7.2.

12 I FoU-prosjekter, som er preget av nybrottsarbeid og bruk av moderne løsninger, ser vi derimot at partene normalt regulerer hvem av partene som må svare for at bruken av nye løsninger ikke viser seg å medføre tilsiktet resultat. Som vi vil komme tilbake til, representerer imidlertid ikke dette en regulering av utviklingsrisikoen da utviklingsfeilene er kjennetegnet av at de oppstår til tross for etablert bransjeviten.

13 Se kap. 4.4.

en slik fremgangsmåte, grunnet blant annet taktisk prising, kunne bære galt av sted.¹⁴ Den praktiske hovedregelen er at man må se hen til bakgrunnsretten, og eventuelt øvrige deler av partenes kontrakt, for å fastlegge entreprenørens forpliktelser. Dette gjelder også for spørsmålet om utviklingsrisikoens plassering og innhold.

I juridisk litteratur har det som nevnt lenge vært bred enighet om at det er byggherren som må ta konsekvensene av svikt i byggeteknisk viten. *Hagstrøm* fremholder til illustrasjon at:

«Når entreprenøren prosjekterer, blir utgangspunktet at entreprenøren har risikoen for det arbeid han har påtatt seg, slik at han som hovedregel også har risikoen for prosjektet. Det gjøres imidlertid en distinksjon mellom prosjekteringsfeil og det man kan kalle utviklingsrisikoen, dvs. risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt. Dersom entreprenørens arbeid med prosjektet må sies å ha vært forsvarlig etter kunnskapen den gang, har han ikke risikoen for at senere erfaring tilsier at løsningene allikevel ikke var tilfredsstillende.»¹⁵

Oppfatningen har sitt historiske utspring i dansk rett. Hos våre danske naboer er det ingen tvil om at utviklingsrisikoen påhviler byggherren, og det er i dag også inntatt en regulering av utviklingsrisikoen i danske standardkontrakter.¹⁶ I norsk rett har vi verken samme reguleringer i standardkontraktene eller tilsvarende praksis fra domstolene, men oppfatningen synes altså å være den samme: Utviklingsrisikoen påhviler byggherren. Noen utførlig behandling av utviklingsrisikoen foreligger likevel ikke – i verken norsk, dansk eller svensk entrepriserett. Hva som menes med at «utviklingsrisikoen tilligger byggherren», er derfor ikke avklart. Som vi skal belyse i denne boken, foreligger det ikke tungtveiende rettskilder som støtter litteraturens generelle konklusjon.

1.4 Fremstillingen videre

Før utviklingsrisikoen kan behandles, er det, på overordnet nivå, nødvendig å avklare hvilke forpliktelser entreprenøren normalt har overfor byggherren. Bakgrunnen er, som nevnt, at utviklingsrisikoen vil påhvile byggherren dersom entreprenøren kun har forpliktet seg til å utføre sine arbeider på forsvarlig vis. Der entreprenøren på den andre siden har påtatt seg å frembringe visse

14 Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 369. Det finnes imidlertid nylige eksempler på at domstolene ser hen til vederlagets størrelse for de enkelte arbeidsoperasjonene ved tolkningen av entreprisetavler, se for eksempel HR-2019-830-A (Magne Sveen) avsnitt 46 og LH-2018-153242.

15 Hagstrøm (1997) s. 85.

16 Se Buch (2007) s. 143, Hørlyck (2011) s. 171–172, Hørlyck (2014) s. 373, Vagner/Iversen (2005) s. 179–180 samt s. 350 flg.

resultater, vil det prinsipielle utgangspunktet være at utviklingssvikten utgjør en entreprenørrisiko. Som det vil fremgå, knytter entreprenørens forpliktelser seg dels til *resultatet* av entreprenørens ytelse og dels til *arbeidsprosessen*. Entreprenørens plikter overfor byggherren vil bli behandlet i bokens kapittel 2.

I kapittel 3 presiserer vi hva som ligger i utviklingsrisikoen – i motsetning til andre former for kompetansesvikt som entreprenøren uansett må svare for. Hvorvidt det er grunnlag for den tradisjonelle oppfatningen, om at byggherren på mer eller mindre generelt grunnlag sitter med risikoen for utviklingsfeil, er tema i kapittel 4. I kapittel 5 foretar vi en vurdering av enkelte typetilfeller, som der entreprenøren har påtatt seg å prestere i samsvar med et kontraktsfestet funksjonskrav, eller der utviklingssvikten medfører avvik fra krav i byggeteknisk forskrift. I kapittel 6 er temaet hvilke rammer som gjelder for entreprenørens arbeider der byggherren sitter med utviklingsrisikoen. I kapittel 7 foretar vi en oppsummering av i hvilke situasjoner henholdsvis byggherren og entreprenøren må svare for utviklingsfeil. I tillegg redegjør vi kort for hvordan vi mener utviklingsrisikoen *bør* håndteres i norsk entrepriserett.

Kapittel 2

Overordnet om entreprenørens ytelser og ansvar

2.1 Innledning

En grunnleggende forutsetning for at spørsmålet om utviklingsrisikoens plassering skal være av interesse, er at entreprenøren har påtatt seg et ansvar utover å utføre et forsvarlig stykke arbeid. Har entreprenøren etter avtalen utelukkende påtatt seg å forestå et forsvarlig arbeid, vil det følge allerede av «forsvarlighetskravet» at byggherren sitter med utviklingsrisikoen. Grunnen til det er at utviklingsfeilene – ifølge tradisjonell lære – oppstår til tross for at entreprenøren har utført sine arbeider på forsvarlig måte. For at spørsmålet om utviklingsrisiko skal komme på spissen, må med andre ord entreprenøren ha påtatt seg et resultatansvar. Et slikt resultatansvar kan følge av kontrakt eller av bakgrunnsretten – preseptorisk eller deklaratorisk. Utover krav i partenes avtale vil blant annet plan- og bygningslovgivningen oppstille en rekke resultatforpliktelser til entreprenørens ytelser i norske byggeprosjekter.

I fortsettelsen vil vi derfor først gi en overordnet redegjørelse for hvilke krav byggherren kan stille til entreprenørens ytelser. Målsetningen med gjennomgangen er å få en oversikt over entreprenørens resultatforpliktelser i norsk entrepriserett. Deretter foretas i kapittel 4 en vurdering av om disse resultatpliktene skal modifiseres i møte med utviklingsfeil, med den konsekvens at utviklingsrisikoen påhviler byggherren – slik tradisjonell lære har lagt til grunn.

2.2 Krav til kontraktsgjenstanden

2.2.1 Overordnet

I entrepriserforhold vil entreprenøren og byggherren påta seg en rekke forskjellige forpliktelser overfor hverandre. I praksis vil det særlig være spørsmålet om hvilke krav byggherren kan stille til den ferdige kontraktsgjenstanden, som volder uenighet og tvist. Etter gjeldende rett er det ikke tvilsomt at byggherren

kan forlange visse *resultater* av entreprenørens arbeid.¹⁷ Ved fastleggelsen av innholdet i entreprenørens leveranseforpliktelser kan entreprenørens forpliktelser deles i tre overordnede kategorier:¹⁸

- (i) profesjonsnormen
- (ii) avtalespesifikke krav
- (iii) abstrakte krav til funksjon

Profesjonsnormen

Entreprenøren er alltid forpliktet til å utføre et faglig godt arbeid.¹⁹ I profesjonsnormen ligger at entreprenøren er forpliktet til å utføre arbeidet, herunder både prosjektering, produktvalg og utførelse, på forsvarlig vis.²⁰ Eksempelvis fremgår det av bustadoppføringslova § 7 at:

«Entreprenøren skal utføre arbeidet på fagleg godt vis og elles vareta forbrukerens interesser og omsynet til miljøet med tilbørleg omsut. Så langt tilhøva gjev grunn til det, skal entreprenøren samrå seg med eller rettleie forbrukaren.

Entreprenøren skal halde dei materialane som trengst, om ikkje anna går fram av avtalen eller tilhøva. Materialane skal ha vanleg god kvalitet med mindre annan kvalitet er avtalt.»

I entrepriseforhold er det tradisjon for å oppstille krav til arbeidsprosessen som er løstrevet fra forpliktelsene knyttet til kontraktsgjenstandens egenskaper. Reglene har blitt bygget ut fra NS 3401s krav om nøyaktige, solide og fagmessige arbeider,²¹ til NS 8407s mer utpenslede regler om lovlighet, overensstemmelse med allmenne normer og samsvar med relevante tekniske standarder.²² For prosjekteringsarbeidene, som er en vesentlig del av totalentreprenørens forpliktelser, har Barbo treffende fremholdt at entreprenøren vil være forpliktet til å yte et «samvittighetsfullt og fagmessig arbeid, basert bl.a. på praksis og alminnelige prosjekteringsmetoder».²³ I utgangspunktet retter profesjonsnormen seg mot prosessen. Indirekte oppstiller normen også krav til det ferdige resultatet. En byggherre kan, i fravær av særskilt avtale om noe annet, alltid

17 Sandvik (1966) s. 163–164, Barbo (1990) s. 54 og s. 56–57, Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 203 og 368. Se tilsvarende i dansk rett, jf. Iversen (2016) s. 853 og Buch (2007) s. 42 og s. 103.

18 Se upublisert voldgiftsdom mellom ROM Parkering AS og PEAB AS, der professor Lasse Simonsen ledet voldgiftsretten, avsagt 14. februar 2013. Se også for eksempel buofl. §§ 7, 25 (1) og 25 (2); hvtjl. §§ 5, 17 (1) og 6; NS 8407 pkt. 15.1, 14.1 og 14.4.

19 Se for eksempel NS 8407 pkt. 14.5, 15.1 og 17. Se også Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 372–373 og Haaskjold (2013) s. 505.

20 Simonsen (2017) pkt. 17.2.4. og Hagstrøm (2011) s. 127.

21 NS 3401 pkt. 12.

22 NS 8407 pkt. 15.1. I NS 8405 er tematikken ikke regulert i like stor grad, se likevel pkt. 12. I NS 3431 var tilsvarende bestemmelser spredt over pkt. 11–13.

23 Barbo (1990) s. 34.



Byggeteknisk viten gir et dypdykk i en av entrepriserettens finurligheter: den tradisjonelle læren om utviklingsrisiko.

Det er en økende vektlegging av innovasjon i bygge- og anleggsbransjen, og stadig finner entreprenører og rådgivere frem til nye, bedre og mer effektive løsninger. Oftest fungerer nyvinningene som forutsatt, men hvem må ta konsekvensene når den byggetekniske utviklingen bærer galt av sted? De som utvikler løsningene som senere viser seg å svikte – entreprenørene og rådgiverne – eller den som skal høste fruktene av innovasjonen – byggherren?

Boken gir en grundig og analytisk introduksjon i temaet. Forfatterne foretar en kritisk vurdering av tradisjonell lære. Boken inneholder en bred fremstilling av entreprenørens ansvar for avvik og mangler og de offentligrettslige forpliktelsene etter byggeteknisk forskrift.

Målgruppen er advokater, dommere og andre praktikere som jobber med entrepriserettslige problemstillinger. Boken er også relevant for universitets- og høyskolestudenter.

Matias Apelseth (f. 1991) er advokat i Kluge Advokatfirma AS. Han har vært vitenskapelig assistent ved Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo, og som student ga han ut boken *Dynamisk tingsrett til eksamen* (2016) på Universitetsforlaget. Han er sensor ved Universitetet i Tromsø og styremedlem av Ungt Entreprenørforum.

Espen Nyland (f. 1972) er advokat og partner i Kluge Advokatfirma AS. Han har vært vitenskapelig assistent ved Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo og jobbet som både kurslærer og sensor ved Universitetet i Oslo i en årrekke. Nyland er rangert som en av landets fremste advokater i entrepriserett av Chambers og Legal500. Han har hatt møterett for Høyesterett siden 2012 og er medforfatter av boken *Foreldelse av fordringer* (2011) på Universitetsforlaget.

ISBN 978-82-15-03774-5



UNIVERSITETSFORLAGET.NO