

Tolkning av back to back-klausuler

*Partenes stilling når ansvarsforskyvende
klausuler regulerer kontraktsforholdet*

Kandidatnummer: 170

Antall ord: 14 986



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse 3

1. Innledning	5
1.1. Oppgavens tema	5
1.2. Aktualitet	6
1.3. Innføring i emnet	7
1.4. Oversikt over fremstillingen	9
2. Hva er en back to back-klausul?.....	11
2.1. Terminologi	11
2.2. Formål	13
2.3. Oppsummering	14
3. Særtrekk ved tolkning av back to back-klausuler og entrepriseavtaler	15
3.1. Back to back-klausulenes utforming	15
3.2. Entreprisekontraktens dynamiske karakter	15
3.3. Entreprisekontraktens kompleksitet og prioritetsregler	17
3.4. Sammenfatning	19
4. Utgangspunkter for tolkning av back to back-klausuler.....	20
4.1. Grunnprinsipper i norsk avtalerett	20
4.2. Hovedregelen om en objektiv fortolkning av kommersielle avtaler	21
4.3. Partenes subjektive forståelse	22
4.3.1. Felles forståelse mellom partene	22
4.3.2. God tro-standard	23
4.4. Øvrige tolkningsregler	24
4.4.1. Subsidiære tolkningsregler	24
4.4.2. Uklarhetsregelen	24
4.4.3. Minimumsregelen	25
5. Tolkningsmomentene	27
5.1. Innledning	27
5.2. Ordlyden	27
5.2.1. Hva har partene avtalt? Back to back på regel- og konsekvensnivå.	27

5.2.2.	Hovedkontrakten som tolkningsmoment	30
5.2.3.	Systembetragtninger	31
5.3.	Tolkning i lys av avtalens formål	32
5.4.	Vederlaget.....	34
5.5.	Forutgående forhandlinger	35
5.6.	Etterfølgende opptreden	36
5.7.	Tidligere praksis mellom partene	37
6.	Utfylling.....	38
6.1.	Innledning.....	38
6.2.	Ved bruk av bakgrunnsretten.....	38
6.2.1	Norsk Standard.....	38
6.2.2.	Rettspraksis og andre faktorer.....	40
6.3.	Ved bruk av reelle hensyn	42
6.3.1.	Innledning.....	42
6.3.2.	Forutberegnelighet	43
6.3.3.	Hensynet til operativitet	44
6.3.4.	Lojalitetsbetragtninger	45
6.3.5.	Rimelighetsbetragtninger	47
7.	Konklusjon.....	52
	Litteraturliste	54

1. Innledning

1.1. Oppgavens tema

Entreprisekontrakter er en særlig kontraktsform som regulerer bygge- og anleggsarbeider som skal utføres på landjorden.¹ Som for øvrige kontraktstyper er de uproblematisk dersom begge avtaleparter får den eller de ytelsene de har krav på etter avtalen, men ofte oppstår uenighet om ytelsens art eller omfang, og det vil være nødvendig å foreta en tolkning for å avklare partenes rettigheter og plikter etter avtalen.

Vanligvis oppstiller de ulike avtaleklausulene klare rammer for hvordan partene skal opptre, og i mange tilfeller kan man fastslå klausulens innhold kun ved å lese den. Dersom for eksempel ferdigstillingsfristen er satt til 1. juni 2017 er det klart at entreprenørens ytelse skal leveres innen dette tidspunkt, og man kan vanskelig se for seg at klausulen vil skape uenighet. Klausulen er imidlertid ikke tilstrekkelig klar, og det kan diskuteres hvorvidt ytelsen skal leveres *før* eller *i løpet av* 1. juni. Slik tolkningstil oppstår ikke rent sjeldent, og kan vanligvis løses ved hjelp av alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper.

En særlig utfordring ved tolkning av entreprisekontrakter er bygg og anleggsbransjens bruk av såkalte «back to back»-klausuler. Back to back-klausuler er en form for kontraktsregulering som hyppig anvendes i flere ulike bransjer, hovedsakelig innenfor bygg og anlegg, industri, og olje. Hensikten ved bruk av slike klausuler er å samkjøre de ulike kontraktene i en kontraktskjede for å unngå at de i for stor grad avviker fra hverandre hva gjelder rettigheter og plikter.

Back to back-klausuler er ofte litt annerledes utformet enn øvrige avtaleklausuler, da de i stedet for å konkret oppgi partenes forpliktelser fastslår at hovedkontraktens bestemmelser helt eller delvis skal gjelde tilsvarende i underkontrakten. I noen tilfeller er hovedkontraktens klausuler «klipt og limt inn» i underkontrakten, og det vil ikke oppstå noen særlige utfordringer ved tolkningen. I andre tilfeller henvises det derimot kun generelt til hovedkontraktens bestemmelser uten noen videre klargjøring, og i hvilken utstrekning

¹ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 s. 19.

hovedkontraktens regulering får anvendelse i underkontrakten kan dermed være vanskelig å fastslå.

Temaet er lite behandlet i teori og praksis, og de tilfellene man hører om er vanligvis hvor back to back-klausulene har fått store økonomiske konsekvenser for en av partene, som oftest for underentreprenør. Mange er derfor skeptiske til å underskrive kontrakter hvor slike klausuler er inntatt, og oppgaven vil redegjøre for hvorvidt denne usikkerheten er berettiget.

Tolkning av back to back-klausuler er denne oppgavens hovedtema, og oppgavens formål er å belyse de største utfordringene som oppstår ved tolkning av slike klausuler og redegjøre for hvordan disse vil bli løst etter den alminnelige tolkningslæren. Redegjørelsen gir svar på den overordnede problemstillingen om hvorvidt ansvarsforskyvende back to back-klausuler utgjør en «trussel» for underentreprenører, og hvordan partene best kan sikre seg mot den uforutsigbarheten slike klausuler kan medføre.

Opgaven tar kun for seg anvendelse og tolkning av back to back-klausuler i næringsentreprisen, og avgrenses mot forbrukerentrepriser og reguleringer i bustadoppførings- og håndverkertjenesteloven. Den grunnleggende tolkningslæren og de generelle egenskapene ved back to back vil gjelde tilsvarende i forbrukerentrepriseavtaler, men ettersom de bakenforliggende hensyn vil kunne slå ulikt ut for tolkningsresultatet i de to avtaletypene anses det på grunn av plassbegrensninger hensiktsmessig å foreta en avgrensning.

1.2. Aktualitet

Selv om back to back-klausuler er velkjent praksis innad i bransjen er temaet lite behandlet i både juridisk teori og rettspraksis, og det eksisterer mye uklarhet rundt hvordan slike klausuler skal forstås.

Før det siste tiåret hadde ingen saker for domstolene berørt temaet, men av nyere rettspraksis kan man utlede at konflikter i forbindelse med bruk av back to back-klausuler forekommer oftere og oftere. Årsaken til dette er trolig at stadig flere hovedentreprenører tar i bruk slike klausuler i et forsøk på å begrense den økte risiko de påføres ved bruk av underentreprenører, og anvendelsen vil sannsynligvis øke de påfølgende årene i takt med at flere og flere bedrifter benytter seg av juridiske rådgivere ved utformingen av sine kontrakter.

Back to back er for mange, og særlig de som ikke er en del av bransjen, et ukjent begrep. En feilaktig tolkning kan resultere i store økonomiske følger for partene, og på grunn av den forventede økte bruken i fremtiden anses det nå aktuelt å foreta en juridisk analyse av temaet.

1.3. Innføring i emnet

Entreprisekontrakter regulerer ofte omfattende utbygginger og prosjekter, hvor mange ulike aktører må på banen for å bringe prosjektet i havn. De mest sentrale aktørene i et slikt prosjekt er vanligvis byggherre, hovedentreprenør, og en eller flere underentreprenører.

Byggherre er oppdragsgiver og den som ønsker prosjektet gjennomført. Det er det offentlige som er byggherre i de aller fleste næringsentrepriser, og for å bevare allmennhetens tillit til det offentliges nøytralitet er de underlagt strenge anskaffelsesregler.² Den vanligste fremgangsmåten er at oppdraget utlyses i form av en anbudskonkurranse hvor de interesserte entreprenørene må inngi tilbud. Anbudskonkurransen avgjøres så på en rekke objektive kriterier som skal sørge for at den best egnede og mest økonomisk fordelaktige entreprenøren tildeles oppdraget, og likebehandlingshensyn gir entreprenørene lite rom for forhandling i løpet av anbudsprosessen.³

Det vanligste er at byggherre søker én entreprenør til å påta seg samtlige bygningsmessige og tekniske arbeider som er nødvendige for å gjennomføre prosjektet. Denne entreprenøren får hovedansvaret for selve gjennomføringen av prosjektet, og han kalles derfor som regel hovedentreprenør. Hovedentreprenørs oppdrag forutsetter ofte kunnskap innenfor mange ulike fagfelt, og hovedentreprenør er sjelden i stand til å fullføre oppdraget helt på egen hånd. De ulike fagene utlyses derfor til entreprenører med spesialkompetanse innenfor sine felt, slik at de ulike entreprenørene får ansvar for gjennomføring av hver sin avgrensede del av hovedkontrakten mellom byggherre og hovedentreprenør.

Disse entreprenørene blir imidlertid ikke part i kontrakten mellom byggherre og hovedentreprenør, men vil ha en særskilt kontrakt med hovedentreprenør underlagt hovedkontrakten. De kalles derfor underentreprenører, og kontraktskjeden består således av

² Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 114.

³ Anbudsprosessen som sådan er utenfor grensene for denne oppgaven. For fullstendig regelverk se lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

byggherre på topp, hovedentreprenør i midten og likestilte underentreprenører nedenfor. Når det videre i oppgaven tales om kontraktshierarkiet eller kontraktskjeden er det denne modellen det siktes til.

Når hovedentreprenør skal engasjere underentreprenører for å bistå ham ved utførelsen av ulike prosjekter er det flere forhold han må ta hensyn til. For det første er han avhengig av å motta gode tilbud slik at underentreprenørens vederlag ikke overstiger betalingen hovedentreprenør selv mottar fra byggherre. For det andre må han sørge for at arbeidet underentreprenøren påtar seg samsvarer med det arbeidet hovedentreprenør har påtatt seg i hovedkontrakten, og for det tredje må de ulike underentreprenørene koordineres slik at arbeidene ikke overlapper hverandre og utføres i hensiktsmessig rekkefølge.

For å få dette til å gå rundt gjennomføres omfattende forhandlinger mellom hovedentreprenør og de enkelte underentreprenører, og betydelige forarbeider ligger bak hvert enkelt avtaleforhold. I visse tilfeller er hovedentreprenør under sterkt tidspress for å rekke oppstartsfrister og andre milepæler i hovedkontrakten, og for å forenkle hele kontraktsprosessen er det utviklet standardkontrakter partene kan velge å vedta. Disse standardkontraktene er utviklet i regi av Norsk Standard, og etter forhandlinger mellom representanter for partene i bygg- og anleggsbransjen.

Til en viss grad er standardene en kodifisering av alminnelige entrepriserettslige regler som uansett ville kommet til anvendelse i avtaleforholdet, men utover disse finner man også avtaleskapte ordninger fremforhandlet av komiteens medlemmer.⁴ Av denne årsak må en standard inkorporeres eller vedtas av partene for å komme til anvendelse i kontraktsforholdet, og ettersom standarden regulerer de viktigste formelle sidene ved en entreprisekontrakt kan den anvendes direkte, uten at individuelle tilpasninger er nødvendige. Direkte anvendelse av standardene er ment å skape et likeverdig avtaleforhold, hvor partenes ansvar og risiko er fordelt på en rettferdig og balansert måte.

Som oftest avtales imidlertid at standarden bare skal gjelde delvis, med de avvik som følger av det individuelt fremforhandlede avtaledokumentet.⁵ Det er vanligvis standardens ansvars- og risikofordeling som justeres, for eksempel ved at partene avtaler seg bort fra standardens

⁴ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 27.

⁵ Kai Krüger, *Norsk Kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 456.

begrensninger i dagmulkt- eller erstatningsansvaret.⁶ Dersom slike justeringer foretas i hovedkontrakten mellom byggherre og hovedentreprenør er det ofte ønskelig at de samme ansvarsforskyvningene skal gjenspeiles i underkontrakten, og den vanligste måten å gjennomføre en slik samkjøring på er ved hjelp av back to back-klausuler. Disse klausulene benyttes utelukkende i prosjekter som består av flere avtaleledd, og innebærer normalt sett at avtalevilkår i hovedkontrakten speiles ned til underkontrakten, slik at samme rettigheter og plikter gjelder tilsvarende i hele kontraktskjeden.⁷

Når de samme avtalevilkårene gjøres gjeldende i underkontrakten forenkles kontraktsprosessene ved at partene slipper å bruke like mye tid på forhandlinger og utarbeidelse av kontrakten, men denne tidsbesparelsen og forenklingen av prosessene bør ikke overdrives.⁸ For at en back to back-klausul skal oppnå ønsket effekt mellom partene kreves mye arbeid, og tar man for lett på denne type regulering kan den medføre like mye ulemper som fordeler for partene.

Den største utfordringen ved å skulle samkjøre hoved- og underkontrakten ligger i at kontraktene som oftest har ulikt omfang og verdi, og mange av hovedkontraktens avtalevilkår vil av denne grunn ikke passe inn i underkontrakten. En fullstendig speiling av hovedkontrakten vil normalt være svært vanskelig, og ulike problemer oppstår både ved utformingen og ved tolkning av back to back-klausuler.

1.4. Oversikt over fremstillingen

For å kunne tolke en back to back-klausul er det nødvendig å forstå hva back to back er og hvilket formål det har. Dette redegjøres for i oppgavens pkt. 2. Etter klargjøringen presenteres særlige egenskaper ved back to back-klausuler og entreprisetavtaler som vil kunne påvirke tolkningen, og som det kan være lurt å ha i bakhodet ved fastsettelsen av klausulens innhold (pkt. 3.).

⁶ Mats Ola Harberg, «Bruk av spesielle kontraktsbestemmelser og avvik fra Norsk Standard», *Eurojuris*, 2015 s. 12-21 (s. 16).

⁷ Hugo Otterlei, «Artikkel om back-to-back og underleverandøravtaler», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2013 s. 84-95 (s. 86).

⁸ Amund Tørum og Geir Frøholm, «Back-to-back; Særlig om såkalt PFI (OPS) ved veiutbygging», *Lov og Rett*, 2005 s. 91-108 (s. 99-100).

Utgangspunkter og rammer for selve tolkningen oppstilles i pkt. 4., hvor det redegjøres for noen av tolkningslærens generelle grunnprinsipper og tolkningsregler. Deretter følger en fremstilling av tolkningsmomentene, som er omstendigheter rundt avtalen som kan bidra til å kaste lys over klausulens innhold (pkt. 5.). I enkelte tilfeller vil ikke disse momentene utpeke et klart tolkningsresultat, og for å kunne treffe en konklusjon kan det være nødvendig å supplere avtalen med andre kilder. Hvilke omstendigheter «utenfor» selve avtalen som kan være aktuelle ved utfylling av back to back-klausuler redegjøres for i pkt. 6.

Avslutningsvis (pkt. 7.) vurderes i hvilken utstrekning back to back-klausuler utgjør en trussel for underentreprenør, og hvordan partene best kan sikre seg mot de uforutsette økonomiske byrdene bruk av slike klausuler kan medføre.

2. Hva er en back to back-klausul?

2.1. Terminologi

Back to back er et relativt ukjent konsept utenfor de aktuelle bransjer, og hva back to back egentlig er blir ikke klarere ved at terminologien ofte varierer både i teori og praksis.

Begrepene back to back-regulering⁹, back to back-konseptet¹⁰, og back to back-prinsippet¹¹ er alle brukt for å beskrive denne type avtaleklausuler, og hvorvidt noen av disse begrepene er treffende vurderes i det følgende. Å forstå hva back to back er, er helt avgjørende for å kunne tolke og anvende begrepet, og en terminologisk klargjøring kan bidra til å forhindre fremtidige konflikter ved bruk av back to back-klausuler.

Begrepet «back to back» eller den norske oversettelsen «rygg mot rygg» gir ikke mye veiledning for forståelsen, men ordlyden tilsier at man beskytter hverandre eller «har hverandres rygg». På hvilken måte, eller i hvilken utstrekning, kan derimot ikke leses ut av ordlyden og man må se hen til andre kilder for å fastslå begrepets innhold.

Hvorvidt back to back er en type regulering, et konsept, et prinsipp eller en klausul vil kunne være klargjørende for forståelsen, og ettersom begrepet «back to back-prinsippet» er det mest utbredte, vurderes først om back to back er å anse som et rettslig prinsipp.

Dersom så er tilfellet, vil prinsippet være enkelt å anvende i entrepriseavtalene. På lik linje med øvrige prinsipper anses det da som en grunnregel med et bestemt innhold, og rettsanvenderen vil enkelt kunne fastslå avtaleklausulens nærmere innhold kun ved anvendelsen av begrepet. Når back to back omtales forstår de fleste i bransjen at det er snakk om speiling av kontraktsvilkår, noe som underbygger at back to back har et avgrenset innhold og kanskje kan anses som et rettslig prinsipp.

En slik forståelse støttes til en viss grad av at også domstolene benytter begrepet «back to back-prinsippet» når de behandler saker hvor harmoniserende avtaleklausuler er involvert,

⁹ Marie Braadland og Line Wefald, Ikke bare bare med «back to back», [grette.no](https://www.grette.no) 14.05.2013. <https://www.grette.no/fagforum/ikke-bare-bare-med-back-to-back/>

¹⁰ Tørum/Frøholm (2005) s. 97.

¹¹ Arne Engesæth, «Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back to back prinsippet», *Lov og Rett* 1996 s. 365-377 (s. 365-366).

men deres videre tolkning av klausulene avskjærer at back to back har et klart og bestemt innhold.

I Rt. 2006 s. 1076 (avsnitt 87) viste Høyesterett til «entreprisekontraktens ‘back to back-prinsipp’», og fastslo deretter prinsippets innhold med bakgrunn i gjeldende kontraktsvilkår. Innholdet vil således variere fra kontrakt til kontrakt basert på partenes regulering og kontraktsutforming, og vi kan dermed ikke tale om et rettslig prinsipp.

Det er videre bred enighet i teorien om at back to back ikke er et rettslig prinsipp.¹² Det er av flere forfattere hevdet av «back to back» er et begrep med uavklart innhold, hvor det eneste man kan slå fast er at konseptet går ut på å speile kontraktsvilkår over flere ledd, slik at alle eller visse vilkår i hovedkontrakten får anvendelse også i lavere nivåer av kontraktspyramiden.¹³

På grunn av faren for at en kontraktspart misforstår begrepet og tillegger det et konkret innhold i den tro at man har med et rettslig prinsipp å gjøre, burde man kanskje avstå fra å benytte begrepet «back to back-prinsippet» både når det behandles i litteratur og ved anvendelsen av det i praksis. Både begrepet «back to back-regulering» og «back to back-konseptet» gir et mye riktigere bilde av hva back to back egentlig er, ettersom det ikke er et begrep med avgrenset innhold, men i hovedsak er et kontraktsteknisk arrangement hvor målet er å samkjøre å skape systematikk mellom to ulike kontraktsforhold.¹⁴

Siden back to back må særskilt avtales og spesifiseres i hver enkelt kontrakt for å oppnå denne ønskede systematikken, er det klart at man her har med en avtaleklausul å gjøre. Når man anvender og behandler slike klausuler er derfor kanskje begrepet «back to back-klausuler» bedre å benytte. Dette skaper lite forvirring om begrepets innhold, da kontraktspartene ved benevnelsen gjøres oppmerksom på at dette er en klausul hvis innhold må fastslås ved tolkning.

I denne oppgaven vil derfor begrepene «back to back» og «back to back-klausuler» i hovedsak benyttes. Det er likevel trolig at det etablerte begrepet «back to back-prinsippet» vil

¹² Tørum/Frøholm (2005) s. 91-108.

¹³ Se bl.a. Otterlei (2013) s. 86.

¹⁴ Tørum/Frøholm (2005) s. 97.

bli anvendt i utstrakt grad også i fremtiden, men så lenge man er klar over at dette kun er en benevnelse som ikke gir klausulen et konkret innhold er ikke dette problematisk.

2.2. Formål

Når det inngås avtaler mellom flere kontraktsledd som alle jobber for samme sluttresultat, ligger den største utfordringen i at alle partene ikke er del av den samme kontrakten. I kontraktshierarkiet illustrert innledningsvis vil det i prosjektet foreligge to kontrakter; én mellom byggherre og hovedentreprenør, kalt hovedkontrakten, og én (eller flere) mellom hovedentreprenør og hans underentreprenør(er), kalt underkontrakten(e).

Ettersom den enkelte kontrakt som utgangspunkt kun er bindende partene imellom vil ikke underentreprenør være bundet av hovedkontrakten. Utgangspunktet blir derfor at risikoen for korrekt oppfyllelse overføres fra ledd til ledd, slik at hovedentreprenør har risikoen for korrekt oppfyllelse overfor byggherre uavhengig av om deler av kontraktarbeidet utføres av en underentreprenør. Dette forutsettes for det første i NS 8405 pkt. 4 hvor det fremgår at hovedentreprenørs kontraktsforpliktelser ovenfor byggherre ikke kan overdras uten samtykke. I NS 8405 pkt. 15.1 annet ledd presiseres dette utgangspunktet ved at det fastslås at hovedentreprenør beholder sitt ansvar overfor byggherre uavhengig av hvor mange underentreprenører han knytter til seg.

Når hovedentreprenør gir en underentreprenør ansvar for å utføre en del av oppdraget, forblir således risikoen for at underentreprenørens arbeid tilfredsstiller kravene i hovedkontrakten hos hovedentreprenør.¹⁵ Feil foretatt i lavere kontraktsledd vil derfor ha direkte virkning på hovedentreprenørs ytelse overfor byggherre, og kan lede til at hovedentreprenør både blir påført ekstraarbeid og eventuelle dagbøter som følge av feil på arbeid som i prinsippet tilligger underentreprenørens ansvarsområde.

Ved å videreføre hovedentreprenørens forpliktelser etter hovedkontrakten til underkontrakten, sikrer hovedentreprenør at også underentreprenør er bundet av de samme kontraktsforpliktelsene, og nevnte risiko reduseres betraktelig. En slik videreføring kan bidra til å sikre at viktige avtalevilkår ikke blir avglemt ved utformingen av underkontrakten og å

¹⁵ Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2016 s. 208.

forhindre at det oppstår utilsiktede uoverensstemmelser mellom hoved- og underkontrakten. Det overordnede formålet med «back to back» må derfor anses å være samkjøring av kontraktskjeden.¹⁶

2.3. Oppsummering

Man kan etter dette legge til grunn at back to back er et samlebegrep for speiling av kontraktsvilkår over flere avtaleledd, hvor hovedformålet er samkjøring av kontrakter og risikoforskyvning, og hvor det nærmere innholdet av begrepet må vurderes konkret i hver enkelt sak, med utgangspunkt i gjeldende kontrakt.

En back to back-klausul er dermed en avtaleklausul på lik linje med de øvrige delene av kontrakten, og vanlige avtalerettslige tolkningsregler kommer til anvendelse ved fastsettelsen av klausulens innhold.

¹⁶ Tørum/Frøholm (2005) s. 97.

3. Særtrekk ved tolkning av back to back-klausuler og entreprisedavtaler

3.1. Back to back-klausulenes utforming

Hensikten med å tolke en back to back-klausul er, på lik linje med tolkning av øvrige avtalevilkår, å klargjøre ansvarsfordelingen mellom partene og å fastslå deres rettigheter og plikter etter avtalen. En slik fastsettelse av ansvarsfordelingen er helt sentral for alle deler av avtaleforholdet, både ved oppstarten, under utførelsen, og ved partenes sluttoppgjør etter ferdigstillingen av prosjektet.

Å tolke back to back-klausuler er imidlertid særlig utfordrende ettersom de sjelden oppgir partenes konkrete ansvar, men i stedet henviser til reguleringer i hovedkontrakten og fastslår at disse skal gjelde tilsvarende i underkontrakten. Denne utformingen kan gjøre det vanskelig å fastslå ansvarsfordelingen direkte ut fra klausulen, og kan lede til at underentreprenør påtar seg et ansvar som ikke er forenelig med deres forutsetninger for oppdraget, og som de ikke evner å bære dersom noe skulle gå galt.

Tolkning av en back to back-klausul vil således sjelden handle om en ren fastsettelse av ordlyden. Det man ønsker å fastslå ved tolkningen er hva slags virkning klausulen har på avtaleforholdet, og det sentrale spørsmålet ved tolkningen er hvilke deler av hovedkontrakten back to back-klausulen er tenkt å skulle videreføre til underkontrakten. Hovedkontrakten blir således et fremtredende element ved fastsettelse av partenes rettigheter og plikter i underkontrakten, og hovedkontraktens betydning for tolkning av back to back-klausulen vurderes nærmere i pkt. 5.2.2.

3.2. Entreprisedavtalenes dynamiske karakter

Et ytterligere særtrekk som kan gjøre det utfordrende å fastslå partenes rettigheter og plikter etter avtalen, er entreprisedavtalenes dynamiske egenskaper.¹⁷ Først og fremst er kontraktene dynamiske i den forstand at entreprenørens forpliktelser i varierende grad endres underveis i oppdraget, slik at deres arbeidsomfang i mange tilfeller vil ha et annet innhold når

¹⁷ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 148.

man foretar tolkningen, enn hva som fremgår av selve avtaledokumentet. Dette er fordi uforutsette hendelser kan dukke opp underveis i oppdraget, for eksempel at den planlagte løsningen viste seg å ikke fungere eller at stedige forhold ikke er som beskrevet, og at man derfor måtte velge en annen fremgangsmåte eller løsningsmetode. Ved entrepriseavtaler er det derfor svært vanlig at det foretas endrings- eller tilleggsbestillinger underveis i oppdraget.

Disse endrings- og tilleggskravene blir en del av kontraktsforholdet, men i partenes sluttoppgjør skilles det mellom disse etterfølgende bestillingene og det opprinnelige kontraktsomfanget som i utgangspunktet står beskrevet i kontrakten. I sluttoppgjøret avregnes partenes gjenstående krav mot hverandre, og det oppstår ofte uenighet om hvilke typer arbeider som er å anse som tilleggs- og ekstraarbeider ettersom disse kan medføre krav på fristforlengelser og/eller vederlagsjustering. Dersom slike tilleggskrav ikke aksepteres av byggherren, for eksempel fordi han mener ekstraarbeidet skyldes entreprenørens egne forhold, vil entreprenøren ha utført arbeid han ikke får betalt for, og dermed påføres et tap.

Entreprisekontraktenes dynamiske karakter viser seg også i form av prosjektenes sårbarhet for ekstern påvirkning. Blant annet kan værforhold, offentlige tillatelser og forsinkelser fra andre involverte parter påvirke prosjektet og den enkelte entreprenørs arbeid, slik at man ikke rekker sine egne milepæler.¹⁸ Dette kan lede til at man påføres dagbøter, eller at man går glipp av andre viktige prosjekter fordi man ikke rekker å ferdigstille de pågående oppdragene i tide.

Det er disse dynamiske elementene, og risikoene de medfører, hovedentreprenør forsøker å avtale seg bort fra ved å speile ansvaret ned til underentreprenør. Særlig vanlig er det at hovedentreprenør lar underentreprenør bære risikoen for eventuelle dagbøter hovedentreprenør påføres som følge av underentreprenørs forhold, og at underentreprenørs krav på tilleggsbetaling gjøres avhengig av om hovedentreprenør får tilsvarende krav dekket av byggherre.

Konsekvensene og rimeligheten av slike risikoforskyvninger vurderes nærmere under pkt. 6.3., hvor det redegjøres for bruk av reelle hensyn ved tolkning av back to back-klausuler. I dette avsnittet brukes eksemplene kun for å illustrere at entreprisekontrakter er «flyktige» og ofte utsatt for endringer, slik at selve kontrakten kun blir et utgangspunkt ved tolkning. Før partenes rettigheter og plikter kan fastslås må flere elementer ses nærmere på og settes i

¹⁸ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 149.

sammenheng, og denne øvelsen kompliseres ytterligere ved at det i entreprisekontraktene er mange ulike dokumenter å skulle forholde seg til.

3.3. Entreprisekontraktenes kompleksitet og prioritetsregler

Entrepriseavtaler er ofte omfattende kontrakter som består av mange ulike dokumenter. Alle dokumentene har sin egen funksjon, de utfyller hverandre, og utgjør i fellesskap selve byggekontrakten.¹⁹ Denne kompleksiteten medfører flere tolkningsutfordringer, først og fremst dersom det foreligger motstrid mellom noen av dokumentene, men også ved uklarhet eller mangelfull regulering fra partenes side.

I NS 8405 pkt. 3.1 og 3.2 er motstridsproblematikken regulert ved hjelp av en prioritetsrekkefølge bygget på den omvendte tidsprioritets prinsipp, hvor de nyeste dokumentene har høyeste prioritet.²⁰ Tilsvarende bestemmelse finnes for underkontraktene i NS 8415 pkt. 3.1 og 3.2, og antas å gi uttrykk for generelle prioritetsregler som også ville blitt fulgt i det tilfelle at partene hverken har avtalt en annen prioritet eller vedtatt at Norsk Standard skal gjelde. Dersom avvikende tolkningsregler er avtalt må disse imidlertid som utgangspunkt legges til grunn.²¹

Høyesterett slo i Rt. 1970 s. 794 fast at man ved tolkning av avtaler som består av flere dokumenter skal ta utgangspunkt i «det sentrale dokument i kontraktsforholdet». Dette vil som oftest være avtaledokumentet, og det ligger av denne grunn øverst på prioritetslisten.

Avtaledokumentet uttrykker partenes oppnådde enighet, og regulerer vanligvis de viktigste og mest sentrale sidene av entrepriseavtalen. Det regulerer imidlertid sjelden alle sidene ved kontraktsforholdet, og man må ofte se hen til de øvrige kontraktsdokumentene for å kunne fastslå partenes ansvarsomfang. Dersom avtaledokumentet er ufullstendig eller uklart kan de øvrige dokumentene bidra til utfylling eller klargjøring, og prioritetslisten fastslår at man kan se hen til referater fra forutgående drøftelser og forhandlinger mellom partene, underentreprenørens tilbud, og konkurransegrunnlaget. Partenes forutgående forhandlinger tillegges vekt ved tolkningen ettersom de kan gi uttrykk for partenes hensikt og mål med

¹⁹ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 180.

²⁰ *ibid.*

²¹ Jf. Rt. 2006 s. 690.

avtalen, og betydningen av dette som tolkningsmoment redegjøres ytterligere for under pkt. 5.5.

Bestemmelsene i NS 8405 og 8415 pkt. 3.1 og 3.2 er praktisk talt identiske, men et viktig avvik finnes i pkt. 3.1 e). Begge standardene fastslår at tilbuds- og konkurransegrunnlaget er en del av kontraktdokumentene, men i underentreprisestandarden presiseres at dette også gjelder «hovedentreprenørens kontrakt med byggherren i den utstrekning den eller deler av den er inkludert».²² Et særtrekk ved tolkning av underkontrakter er således, som tidligere nevnt, at også hovedkontrakten i visse tilfeller kan tillegges vekt ved tolkningen.

I hvilken utstrekning den kan benyttes avhenger av partenes avtale, og det er back to back-klausulen som regulerer hvilke deler av hovedkontrakten som videreføres til underkontrakten. Ved utstrakt back to back-regulering hvor store deler av hovedkontrakten videreføres, kan hovedkontrakten praktisk talt fremstå som det «sentrale dokument i kontraktsforholdet» og dens relevans som tolkningsmoment kan synes å øke. Forholdet mellom back to back-klausulen og hovedkontrakten ved tolkning redegjøres nærmere for i pkt. 5.2.

Nederst på prioritetslisten finner man standarden. De norske standardene er forutsatt å kunne regulere alle de formelle sidene ved avtaleforholdet som ikke må særskilt spesifiseres av partene, slik som for eksempel arbeidsbeskrivelsen. Ofte avtales imidlertid også særskilte fristbestemmelser og lignende formelle avvik, og at partenes spesielle kontraktsbestemmelser i slike tilfeller går foran standardiserte bestemmelser følger blant annet av Rt. 1997 s. 1807.

Standardens bestemmelser vil dermed kun komme til anvendelse i den grad spørsmålet ikke er regulert i partenes avtale, eller ved eventuell uklarhet. Som nevnt innledningsvis forutsetter slik direkte anvendelse at standarden er vedtatt av partene, men standardens løsninger kan også være veiledende for hvilket tolkningsalternativ som burde velges i tilfeller hvor den ikke er vedtatt.²³

²² At en slik presisering er inntatt i standarden illustrerer hvor vanlig inkorporering av hovedkontraktens bestemmelser er i bransjen, og således at bruk av back to back-klausuler er veletablert praksis.

²³ Se pkt. 6.2.1.

3.4. Sammenfatning

Ved tolkning av entrepisekontrakter generelt er det viktig å være klar over kontraktens dynamiske karakter. Kontrakten er kun et utgangspunkt ved tolkning og fastsettelsen av partenes rettigheter og plikter, og ettersom hvert dokument regulerer ulike sider av avtaleforholdet må man se alle kontraktsdokumentene i sammenheng dersom man skal kunne fastslå dens egentlige innhold. Hvilket dokument som går foran ved motstrid reguleres av standardens prioritetsregler, eller partenes egen regulering.

Ved tolkning av back to back-regulerte underkontrakter spesielt må man i tillegg se hen til hovedkontrakten for å kunne fastslå underentreprenørens ansvarsomfang. I hvilken utstrekning den får anvendelse avhenger av underkontraktens back to back-klausul, og vil variere fra kontrakt til kontrakt.

4. Utgangspunkter for tolkning av back to back-klausuler

4.1. Grunnprinsipper i norsk avtalerett

Et av avtalerettens grunnprinsipper er avtalefriheten, som medfører at partene står fritt til å inngå avtaler innenfor de grensene som er oppstilt i norsk lov.²⁴ Denne vidstrakte avtalefriheten er en følge av partenes selvbestemmelsesrett, som står særlig sterkt i kommersielle avtaler. Profesjonelle parter forutsettes å kunne ivareta sine egne interesser, og av denne grunn finnes det få preseptoriske lovregler som regulerer innholdet i en avtale inngått mellom jevnbyrdige parter.²⁵ I kommersielle avtaler er det få hensyn som taler for å innskrenke avtalefriheten,²⁶ slik det for eksempel er ved forbrukeravtaler hvor hensynet til forbrukeren som den svake kontraktspart taler for at det oppstilles grenser for hvilke typer avtaler det er rimelig å inngå.²⁷

Kommersielle avtaler inngås ofte av økonomiske årsaker, hvor høye verdier er i omløp. For å kunne ivareta et effektivt omsetningsliv er partene avhengig av at avtalene de inngår gjennomføres etter sitt innhold, og det klare utgangspunktet i norsk avtalerett er derfor at avtaler skal holdes slik de er inngått.²⁸ Dette skaper forutberegnelighet for partene, og gjør at kontrakter kan benyttes som økonomiske instrumenter for omsetning av formuesgoder.²⁹

For å sikre at kommersielle avtaler overholdes og gjennomføres på riktig måte er det gjennom rettspraksis utviklet en generell lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Denne fastslår blant annet at partene skal opptre lojalt mot hverandre gjennom hele avtaleforholdet, og at de ikke skal foreta seg noe som kan være skadelig for oppfyllelsen av avtalen. Lojalitetsplikten pålegger også partene visse positive plikter, blant annet en plikt til samarbeid og medvirkning til at kontrakten blir gjennomført etter sitt innhold.³⁰

²⁴ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2.

²⁵ Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, Bergen 2012 s. 5-6.

²⁶ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012 s. 24.

²⁷ Se nærmere om bruk av rimelighetsbetraktninger i kommersielle avtaleforhold under pkt. 6.3.

²⁸ Prinsippet ble lovfestet allerede i 1687 ved vedtakelsen av Kong Christian Vs lov NL 5-1-1 og er siden fulgt opp i rettspraksis. Se bl.a. Rt.2012 s. 1553.

²⁹ Woxholth (2012) s. 22.

³⁰ Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 80-83.

Lojalitetsprinsippet kommer ofte til uttrykk gjennom lovbestemmelser, og i NS 8405 og 8415 pkt. 5 er en generell samarbeids- og lojalitetsplikt nedfelt. Det nærmere omfanget av lojalitetsplikten vil derimot variere med kontraktens art og innhold, og må fastslås i hver enkelt avtale. Ved tolkning og utfylling av en bindende avtale kan lojalitetsprinsippet utgjøre et selvstendig grunnlag for å pålegge partene forpliktelser utover de man kan lese direkte ut av avtalen. En slik anvendelse av prinsippet forutsetter imidlertid at forpliktelsene som innfortolkes etter omstendighetene fremstår rimelige, og anses nødvendige for en effektiv avvikling av kontraktsforholdet.^{31 32}

Ved bruk av back to back-klausuler medfører lojalitetsplikten at hovedentreprenør både skal videreføre underentreprenørs krav til byggherre og følge opp kravene under sluttoppgjøret dersom underentreprenør ikke er til stede, og det kan synes som om prinsippet har en noe økt betydning i back to back-regulerte kontrakter. Dersom prosjektet går i underskudd, eller hovedentreprenør sliter økonomisk av andre årsaker, kan det være fristende for hovedentreprenør å oppgi underentreprenørs krav for i større grad å få gjennomslag for sine egne, og i slike tilfeller kan den ulovfestede lojalitetsplikten lede til at hovedentreprenør anses å ha opptrådt i strid med sine kontraktsforpliktelser.

4.2. Hovedregelen om en objektiv fortolkning av kommersielle avtaler

Ved tolkning av kommersielle avtaler er hovedregelen at en objektiv tolkning basert på en naturlig språklig forståelse av ordlyden skal legges til grunn. Denne hovedregelen er fastslått av Høyesterett ved flere anledninger, deriblant i Rt. 2002 s. 1155 (s. 1159) hvor Høyesterett om kontrakter inngått mellom profesjonelle parter uttalte at: «Det finnes støtte så vel i teori som rettspraksis for at slike kontrakter som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt».

Høyesterett uttalte videre at forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet er hensyn som taler for at det objektive tolkningsprinsipp står særlig sterkt i avtaler mellom næringsdrivende. De fremforhandlede avtalene presumeres å uttrykke partenes enighet ved

³¹ Haaskjold (2013) s. 83.

³² Nærmere om domstolenes bruk av lojalitetsplikten ved utfylling i pkt. 6.2.2.

avtaleinngåelsen, og ved at en naturlig språklig forståelse legges til grunn unngår man at det oppstår ulike oppfatninger om avtalens innhold.³³

Ettersom profesjonelle parter forutsettes å være i stand til å ivareta sine egne interesser, skal det mye til før et tolkningsalternativ som strider mot den objektive forståelsen av ordlyden velges.^{34 35} Selv om terskelen for å fravike ordlyden er høy, finnes det flere avtalerettslige tolkningsregler og -momenter som kan lede til at en avvikende forståelse legges til grunn. Disse presenteres i det følgende.

4.3. Partenes subjektive forståelse

4.3.1. Felles forståelse mellom partene

Dersom man kan bevise at partene hadde en felles forståelse ved avtaleinngåelsen, vil denne måtte legges til grunn i rettsforholdet mellom partene uavhengig av om den strider mot den objektive ordlydsfortolkningen, jf. Rt. 2002 s. 1155 (s.1160). Dette er en domstolskapt tolkningsregel som gjelder foran ordlyden, og å tolke avtalen i strid med partenes felles forståelse vil ifølge Hov utgjøre en rettsanvendelsesfeil.³⁶

Denne subjektive tolkningsregelen kan knyttes til det avtalerettslige prinsipp om at avtaler skal holdes slik de er inngått, og hensynet til lojalitet i kontrakt. Dersom partene hadde en overenskommelse ved inngåelsen, skal ikke den ene part senere kunne fravike denne dersom han finner at en annen forståelse av bestemmelsen eller kontrakten er mer tjenlig for ham selv.

Når uenigheter om avtalens innhold fremmes for domstolene er det ofte fordi den ene parten hevder at det forelå en felles forståelse som den andre parten nå bestrider. Problemstillingen kommer ofte opp lenge etter selve avtaleinngåelsen, og det er da vanskelig å skulle spore partenes enighet.³⁷ Det er den som hevder en felles forståelse som har bevisbyrden, og Høyesterett uttalte i Rt. 2002 s. 1155 (s. 1160) at utgangspunktet om en objektiv tolkning vil

³³ Woxholth (2012) s. 356.

³⁴ Harberg (2015) s. 15.

³⁵ Se nærmere om ordlyden som tolkningsmoment i pkt. 5.2.

³⁶ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I*, 4.utgave, Oslo 2002 s. 147-148.

³⁷ Giertsen (2012) s. 110.

ha betydning for den bevisstyrken som kreves for å kunne legge en slik subjektiv forståelse til grunn.

Terskelen er således høy, og enhver omstendighet knyttet til avtaleforholdet kan føres som bevis for påstanden.³⁸ Når det gjelder tolkning av back to back-klausuler er det spesielt to momenter som vil kunne bidra til å bevise at det forelå en felles forståelse mellom partene - deres forutgående forhandlinger samt tidligere praksis mellom partene.³⁹ Dersom partene i løpet av forhandlingene har diskutert, og til dels blitt enige om, bruk av back to back-klausuler, kan momentet til en viss grad tale for at hovedkontraktens løsning legges til grunn for forhold som ikke er regulert i underkontrakten. Dette kommer jeg tilbake til i pkt. 5.5.

4.3.2. God tro-standarden

Også i tilfeller hvor kun en av partene hadde en bestemt forståelse av avtalen må denne legges til grunn for tolkningen dersom den annen part kjente eller burde kjent til at en slik forståelse forelå.⁴⁰ Denne subjektive tolkningsregelen er nært knyttet til lojalitetsprinsippet, og innebærer at den ondtroende part som lot være å korrigere motpartens feilaktige forståelse presumeres å ha akseptert den.⁴¹

God tro-standarden kan være aktuell å benytte ved tolkning av back to back-klausuler i tilfeller hvor den ene part tror at Norsk Standard regulerer ansvarsfordelingen i kontrakten, og den annen part er klar over dette uten å opplyse om at avtalens back to back-klausul medfører endringer.

Gjennom Norsk Standard og generell praksis innenfor entrepriseretten har det utviklet seg et skille mellom typiske «byggerrisikoer» og «entreprenørrisikoer»,⁴² og tilsvarende gjelder ansvarsfordelingen mellom hovedentreprenør og underentreprenør. De fleste aktører er klare over hovedregelen om at oppfyllelsesrisikoen forblir hos hovedentreprenør, og at han overfor byggherre er ansvarlig for underentreprenørens rettigheter og plikter. Dersom partene under kontraktsforhandlingene diskuterer bruken av Norsk Standard, og den ene part gir uttrykk for en oppfatning om at standarden skal anvendes uendret for avtaleforholdet, kan det være

³⁸ Giertsen (2012) s. 110.

³⁹ Se pkt. 5.5. og 5.6.

⁴⁰ Haaskjold (2013) s. 176.

⁴¹ Haaskjold (2013) s. 177 og Giertsen (2012) s. 111.

⁴² Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 197.

illojalt å ikke opplyse om at så ikke er tilfelle. Standardene ble utviklet for å forenkle kontraktsarbeidet, og ettersom deres innhold er velkjent er det naturlig at partene ikke er så grundige ved gjennomlesingen av kontraktsdokumentene.

Å bevise at en slik avvikende forståelse forelå ved avtaleinngåelsen, og i tillegg at motparten kjente til den kan være vanskelig, men også her vil partenes forutgående forhandlinger og deres tidligere praksis kunne være klargjørende.⁴³

4.4. Øvrige tolkningsregler

4.4.1. Subsidiære tolkningsregler

De subjektive tolkningsreglene redegjort for over anses som unntak fra hovedregelen om en objektiv fortolkning av avtalen. I det følgende redegjøres for uklarhetsregelen og minimumsregelen som, i stedet for unntaksregler, anses som subsidiære tolkningsregler som kun kommer til anvendelse dersom de øvrige tolkningsreglene og -momentene ikke gir noen klar løsning.⁴⁴ Reglene oppstiller en presumsjon for hvilket alternativ som ved uklarhet bør velges, og kan derfor hjelpe rettsanvenderen med å fatte et valg mellom de ulike tolkningsalternativene.⁴⁵

4.4.2. Uklarhetsregelen

Regelen innebærer i all hovedsak at eventuelle uklarheter i avtalen går utover den parten som har formulert avtalevilkåret. Dette begrunnes med at han er den nærmeste til å bære risikoen for uklarheten, og siden han presumeres å ha ivaretatt sine egne interesser ved utformingen av avtalen er det rimelig at eventuelle uklarheter går utover ham selv.⁴⁶

Ved tolkning av standardkontrakter treffer ikke hensynene som begrunner uklarhetsregelen, ettersom kontraktene ikke er ensidig utformet av den ene parten. Ved bruk av standardkontrakter som Norsk Standard kan ingen av partene bebreides for uklarheten, og regelen vil ikke kunne gi noen anvisning på hvilket tolkningsalternativ som bør velges.

⁴³ Giertsen (2012) s. 112.

⁴⁴ Haaskjold (2013) s. 315.

⁴⁵ Woxholth (2012) s. 382.

⁴⁶ Haaskjold (2013) s. 317.

Dersom hovedentreprenør har utarbeidet sine egne «standardavtaler» er regelen derimot aktuell å benytte. I slike tilfeller har hovedentreprenør selv utformet kontrakten, og siden kontrakten trolig er mest fordelaktig for hovedentreprenør burde eventuelle uklarheter tolkes til underentreprenørs fordel.

Underentreprisekontrakter blir imidlertid som oftest til etter forhandlinger mellom partene, hvor de i fellesskap blir enige om de ulike avtalevilkårenes innhold, og hvor den ene ikke kan klandres for uklarheten i større grad enn den andre. Spørsmålet om hvorvidt uklarhetsregelen kan anvendes ved tolkning av back to back-klausuler vil således avhenge av forhandlingene, og hvorvidt de var ensidige eller ikke.

Bruk av uklarhetsregelen er spesielt aktuelt i tilfeller hvor back to back-klausulen er særlig tyngende for underentreprenør.⁴⁷ Back to back-klausuler kan som nevnt være vanskelige å få tak på, og dersom klausulen kan komme til å ramme underentreprenør hardt kan det anses illojalt av hovedentreprenør å ikke opplyse om denne risikoen. I tilfeller hvor hovedentreprenør har handlet i strid med lojalitetsplikten anses det rimelig at den tyngende klausulens uklarhet går ut over ham selv.⁴⁸

4.4.3. Minimumsregelen

Minimumsregelen innebærer at man ved tolkningstvil velger det tolkningsalternativet som er minst inngripende for løftegiveren.⁴⁹ Regelen er subsidiær til uklarhetsregelen, og forekommer sjelden i rettspraksis.⁵⁰ Dette er fordi regelen er vanskelig å anvende i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, hvor en innskrenkende tolkning av underentreprenørs løfte utgjør en tilsvarende ulempe for hovedentreprenør.

Back to back-klausuler ofte uklare eller generelle, og det kan være vanskelig å fastslå hvilke vilkår i hovedkontrakten som er inkorporert i underkontrakten og hvilke som ikke er det. I et slikt tilfelle er bruk av minimumsregelen fristende, men man burde likevel være forsiktig med å velge det «minst inngripende» resultatet. Ved bruk av ansvarsforskyvende back to back-

⁴⁷ Haaskjold (2013) s. 317.

⁴⁸ I hvilken utstrekning hovedentreprenør pålegges en slik opplysningsplikt er usikkert, men det antas at klausulen må være svært tyngende før manglende opplysning anses illojalt ettersom bruk av back to back-klausuler og dets konsekvenser er velkjent i bransjen.

⁴⁹ Woxholth (2012) s. 384.

⁵⁰ Haaskjold (2013) s. 323, med henvisning til Huser, *Avtaletolkning*, s. 570.

klausuler som pålegger underentreprenør en økt risiko, burde underentreprenørs vederlag å øke tilsvarende. Å velge det tolkningsalternativet som medfører minst ansvar for underentreprenør kan derfor lede til ubalanse i avtaleforholdet, hvor underentreprenør får betalt mer enn hans ytelse i utgangspunktet er verdt.

Minimumsregelens legitimitet har på grunn av slike utfall ved flere tilfeller blitt kritisert, og Hov har uttalt at man isteden burde gå for en variant hvor man ved tolkningstvil velger det alternativet som gjør minst skade.⁵¹

⁵¹ Hov (2002) s. 159-160.

5. Tolkningmomentene

5.1. Innledning

Avtaletolkning handler i all hovedsak om å fastslå kontraktens innhold basert på partenes berettigede forventninger. Dersom man ikke kan spore en felles oppfatning blant partene for hvordan avtalen skal forstås, må man derfor se hen til øvrige momenter og omstendigheter som kan kaste lys over deres intensjoner ved avtalen. Alle omstendigheter rundt avtalen og dens inngåelse kan være veiledende, og i den videre fremstillingen redegjøres nærmere for de mest relevante momentene ved tolkning av back to back-klausuler.

5.2. Ordlyden

5.2.1. Hva har partene avtalt? Back to back på regel- og konsekvensnivå.

For å finne svar på hvilke deler av hovedkontrakten som gjennom back to back-klausulen inkorporeres til underkontrakten, må man starte med å spørre hva partene objektivt sett har avtalt. De finnes flere ulike måter å speile kontraktsvilkår på, men både i teori og rettspraksis skilles det i hovedsak mellom to metoder - back to back på regelnivå og back to back på konsekvensnivå.⁵² Hvilken fremgangsmåte som er valgt for å back to back-regulere avtalen har betydning for klausulens virkning på underkontrakten, og for å fastsette klausulens innhold må man derfor først identifisere hvilken form for back to back-regulering partene har benyttet.

Back to back på regelnivå, også kalt formell back to back⁵³, innebærer at hele eller deler av hovedkontrakten anvendes tilsvarende i forholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenør.⁵⁴ Ved denne type back to back-regulering innarbeider man hovedkontraktens vilkår uendret i underkontrakten, og hensikten er «å hindre at kritiske

⁵² Se bl.a. LB-2015-76130 med henvisning til Engesæth (1996) s. 369.

⁵³ Tørum/Frøholm (2005) s. 98.

⁵⁴ Braadland/Wefald (2013).

bestemmelser glemmes, eller at man gjør omformuleringer i underleverandøravtalen, som innebærer at man får utilsiktede forskjeller».⁵⁵

Denne metoden forenkler kontraktsprossesene en del da man slipper å utforme en ny og «fullstendig» underkontrakt, men isteden kan ta utgangspunkt i hovedkontrakten og spesielt regulere de områdene man ønsker skal avvike fra den. Back to back på regelnivå er særlig nyttig å anvende på underleverandørens arbeidsomfang. Ved å la hovedkontrakten få tilsvarende anvendelse i forholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenører sikrer hovedentreprenøren at ingen deler av oppdragsbeskrivelsen blir forandret eller utelatt ved utformingen av underkontrakten, og på denne måten begrenser de muligheten for å komme i ansvar for at arbeidet ikke er utført i kontraktsmessig stand. Det er naturligvis kun arbeidsomfanget underleverandøren har påtatt seg som speiles, og ikke hovedkontraktens oppdragsbeskrivelse som helhet.

Direkte anvendelse av hovedkontrakten i forholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenør leder videre til at for eksempel frister, garantier og dagmulktbestemmelser gjelder tilsvarende i underkontrakten, slik at alle parter har samme regulering å forholde seg til. Selv om dette på mange måter forenkler kontraktene, er slik samkjøring ikke nødvendigvis ønskelig i alle tilfeller ettersom det er sjeldent at hoved- og underentreprenørene skal forholde seg til samme frister. Underentreprenør utfører som oftest kun arbeider av et begrenset delomfang, og deres ferdigstillelsesfrist kan være både måneder og år før hovedentreprenørs. Fristene burde i alle tilfeller tilpasses i underkontrakten slik at hovedentreprenør etter underentreprenørs levering får nok tid til å ferdigstille sine egne arbeider innenfor fristene oppstilt av byggherre.⁵⁶

Ved direkte speiling av hovedkontrakten som helhet, kan underkontrakten bli uforholdsmessig omfattende og komplisert ettersom hele hovedkontrakten med vedlegg vil gjelde tilsvarende i underkontrakten. Ofte er ikke hensikten at alle bestemmelser skal videreføres, og det kan i slike tilfeller være vanskelig å fastslå hvilke deler av hovedkontrakten som er speilet og hvilke som ikke er det. Ved bruk av back to back på regelnivå er det således viktig å være presis ved utformingen av underkontrakten for å unngå å forvanske tolkningen av klausulen ytterligere.

⁵⁵ Braadland/Wefald (2013).

⁵⁶ Engesæth (1996) s. 369.

Ved back to back på konsekvensnivå ser man derimot bort fra de rent formelle sidene av kontrakten, og fokuserer i stedet på det praktiske utfallet av den. Man søker å oppnå tilsvarende konsekvenser i forholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenør som i forholdet mellom hovedentreprenør og byggherre, og viderefører hovedkontraktens fordeler og ulemper som sådan, uten å se hen til de konkrete avtalevilkårene og deres ordlyd.⁵⁷

Reell back to back, som det også kalles, benyttes ofte for å regulere mer usikre deler av kontrakten, for eksempel adgangen til å få betalt for endrings- og tilleggsarbeider.⁵⁸ Dette er et område hvor detaljregulering er vanskelig, da slike krav ofte ikke avgjøres før i sluttoppgjøret. Vanlig fremgangsmåte er at underentreprenør underveis i prosjektet varsler sine endringskrav «uten ugrunnet opphold» og at hovedentreprenør innenfor rimelig tid tar stilling til kravet.⁵⁹ Krav som ikke aksepteres ender i sluttoppgjøret, og blir der endelig avgjort.

Det kan tenkes at hovedentreprenør før sluttoppgjøret har akseptert og betalt underentreprenør for hans utførte endrings- og tilleggsarbeid, men at byggherre senere avslår kravet og nekter å betale tillegg. I et slikt tilfelle taper hovedentreprenør penger, og for å unngå denne risikoen er det vanlig å avtale «paid if paid»-klausuler, som innebærer at underentreprenør kun får betaling under forutsetning av at hovedentreprenør får kravet godkjent av byggherre. Slike klausuler er altså en form for back to back på konsekvensnivå, hvor samkjøring av kontraktene forsøkes oppnådd ved å legge samme resultater til grunn, til forskjell fra samme regler.

Back to back på konsekvensnivå kan bidra til å forenkle underkontrakten i den forstand at hovedkontrakten og dens vedlegg ikke behøver å inkorporeres fullt ut for å oppnå ønsket effekt.⁶⁰ Ulempen ved å benytte denne metoden er at selve kontraktsprosessen kompliseres. Her skrives underkontrakten fra bunnen av, så selv om sluttresultatet vil bli at det er mindre papirer å holde orden på, vil det ta lengre tid å få ferdigstilt den endelige avtalen.

⁵⁷ Braadland/Wefald (2013).

⁵⁸ Tørum/Frøholm (2005) s. 97.

⁵⁹ NS 8415 pkt. 23.2 og 23.3.

⁶⁰ Tørum /Frøholm (2005) s. 99.

5.2.2. Hovedkontrakten som tolkningsmoment

Redegjørelsen over illustrerer hovedkontraktens særlige betydning ved tolkning av back to back-klausuler. Back to back-klausulen og hovedkontrakten er nært knyttet sammen i den forstand at hvilken type back to back-klausul partene har valgt er avgjørende for hovedkontraktens anvendelse i underkontrakten, samtidig som hovedkontrakten som sådan vil være avgjørende for back to back-klausulens virkning i underkontrakten.

Dersom det fremgår at partene har avtalt back to back på regelnivå, må man ved tolkningen av underkontrakten legge stor vekt på den konkrete ordlyden i hovedkontrakten, og legge denne til grunn også i underkontrakten. Dersom partene derimot har avtalt back to back på konsekvensnivå fokuserer man i stedet på hva slags fordeler og ulemper hovedentreprenør pålegges i hovedkontrakten, og anvender tilsvarende resultater i underkontraktsforholdet.

Hvordan utformingen av back to back-klausulen kan påvirke tolkningsresultatet i underkontrakten kan illustreres ved å se hvordan en bestemmelse om dagmulkt får ulike konsekvenser for underentreprenør avhengig av om partene har valgt back to back på regel- eller konsekvensnivå. I eksempelet har hovedkontrakten en dagmulktbestemmelse som fastslår at dagmulkten per dag skal utgjøre 1 promille av total kontraktssum.

Ved back to back på regelnivå legges ordlyden til grunn, slik at også dagmulkten i underkontrakten tilsvarer 1 promille av total kontraktssum, men ettersom bestemmelsen nå anvendes i underkontrakten beregnes kravet ut fra underkontraktens totale kontraktssum i stedet for fra hovedkontraktens. Siden underkontrakten er mindre omfattende og således har mindre verdi, vil beregningsgrunnlaget for dagmulkten være vesentlig lavere for underentreprenør enn det vil være for hovedentreprenør i hovedkontrakten. Dette medfører at hovedentreprenør ved forsinkelse fra underentreprenør, påføres et dagmulktkrav fra byggherre som er høyere enn hva han selv får dekket av underentreprenør. Formell back to back avtales normalt i tilfeller hvor flere underentreprenører er knyttet til prosjektet, og hvor hver underentreprenør bærer et delansvar for at hovedentreprenør skal rekke sin frist. Dersom en forsinkelse og derav et dagmulktkrav oppstår, kan kravet «fordeles» mellom de underentreprenørene som har forårsaket forsinkelsen, og hovedentreprenør kan på denne måten få hele sin bot dekket. Hvor kun én underentreprenør kan holdes ansvarlig medfører derimot denne reguleringen en risiko for av hovedentreprenør ikke får dekket sitt krav.

For det tilfellet at partene har avtalt back to back på konsekvensnivå legges som nevnt samme fordeler og ulemper til grunn i både hoved- og underkontrakten, noe som medfører at underentreprenør påføres tilsvarende dagmulktkrav som hovedentreprenør. I tilfeller hvor underentreprenør er ansvarlig for en forsinkelse får hovedentreprenør dermed dekket byggherrens dagmulktkrav fullt ut, og påføres ikke noe tap som følge av underentreprenørs mislighold. Denne reguleringen benyttes ofte i tilfeller hvor én underentreprenør påtar seg hele eller det meste av arbeidsomfanget, eller i tilfeller hvor en underentreprenør har det fulle og hele ansvaret for en delaktivitet som er avgjørende for at hovedentreprenør når sin frist. Denne løsningen kan imidlertid ramme underentreprenør svært hardt, og hvorvidt det i slike tilfeller er rom for å vektlegge rimelighetshensyn ved tolkningen vurderes nærmere i pkt. 6.3.5.

Uavhengig av hvilken form for back to back-regulering som benyttes legger hovedkontrakten sterke føringer for tolkningen av underkontrakten. Ved bruk av ansvarsforskyvende back to back-klausuler vil det være umulig å fastsette underkontraktens innhold uten å se hen til hovedkontrakten, og ved tolkning av underkontraktens back to back-klausul utgjør den derfor et av to «sentrale kontraktsdokument» som må sees i sammenheng for å kunne fastsette partenes rettigheter og plikter etter avtalen.

5.2.3. Systembetragtninger

Systeminnrettet eller harmoniserende tolkning innebærer at man velger det tolkningsalternativet som best harmoniserer med kontraktens øvrige bestemmelser, og som samsvarer med de overordnede hensyn kontrakten bygger på.⁶¹ Ved tolkning av back to back-klausuler får harmoniseringshensyn trolig en enda viktigere rolle, ettersom selve målet med slike klausuler er å skape samsvar mellom hoved- og underkontrakten.

Harmoniseringshensynet har både en positiv og en negativ side. Den positive siden går ut på at man forsøker å tolke avtalen slik at den får best mulig indre sammenheng, mens den negative siden går ut på at man ved tolkningen forsøker å unngå motstrid mellom avtalens bestemmelser.⁶² Ved tolkning av back to back-klausuler, vil disse to sidene ved harmoniseringshensynet kunne tale for at ulike resultater legges til grunn.

⁶¹ Woxholth (2012) s. 360-361.

⁶² Haaskjold (2013) s. 213.

Dersom partene har valgt å back to back-regulere avtalen taler hensynet til systematikk i kontrakten for at et tolkningsalternativ som gjenspeiler hovedkontrakten legges til grunn ved tolkning av underkontrakten. Et tolkningsresultat som ikke samsvarer med hovedkontraktens bestemmelser kan anses å skape motstrid mellom underkontraktens back to back-klausul og de øvrige bestemmelsene, og dermed i strid med harmoniseringshensynets negative side.

I mange tilfeller vil hovedkontraktens løsning imidlertid passe dårlig inn i underkontrakten, for eksempel på grunn av ulike frister. Dersom underkontraktens ferdigstillelsesfrist er satt til 1. august, gir det lite mening at dagbøtene for eksempel skal starte å løpe 1. september, kun fordi dette er ferdigstillelsesfristen i hovedkontrakten. I et slikt tilfelle vil harmoniseringshensynets positive side tale for at et tolkningsalternativ som gir best indre sammenheng i avtalen velges, og den beste løsningen vil være at dagmulkten starter å løpe samme dag som underentreprenørs ferdigstillelsesfrist løper ut.

En ren ordlydsfortolkning ved bruk av systembetragtninger vil således ikke alltid gi et klart svar på hvorvidt hovedkontraktens løsning skal legges til grunn også i underkontrakten, og man må i slike tilfeller se hen til øvrige omstendigheter ved avtalen som kan kaste lys over forståelsen.

5.3. Tolkning i lys av avtalens formål

Avtalens formål er et viktig tolkningsmoment da det belyser partenes mål med avtalen, og således også hva de ønsket å oppnå ved å innføre avtalens back to back-klausul.⁶³ At den enkelte avtaleklausulens formål kan ha betydning for tolkningsresultatet ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2010 s. 961, hvor de ved tolkningen av en entrepris kontrakts sluttoppgjørbestemmelse valgte den forståelsen som var best egnet til å ivareta formålet om å få avklart partenes mellomværende.

Et tolkningsalternativ som best realiserer formålet bør i mange tilfeller velges, og ved tolkning av back to back-klausuler bør det overordnede formålet om samkjøring av hoved- og underkontrakten tillegges vekt.

Formålet med back to back-klausulene vil, som nevnt i pkt. 5.2.2., variere med hvilken type back to back-regulering partene har valgt. Har partene valgt back to back på regelnivå er

⁶³ Hov (2002) s. 167.

formålet at underkontrakten skal gjenspeile ordlyden i hovedkontrakten, og har de valgt back to back på konsekvensnivå er formålet at underentreprenør for sin «del» av hovedkontrakten skal ha samme fordeler og ulemper som hovedentreprenør.⁶⁴ Ved uklarhet vil således back to back-klausulens utforming ha betydning for hvilke formålsvurderinger som gjøres.

Det hender at det i underkontrakten avtales en generalklausul som fastslår back to back-formålet med avtalen. Det er uttalt at en slik formålsklausul vil kunne fungere som en kontraktsfestet tolkningspresumsjon i tilfeller hvor underkontraktens forhold til hovedkontrakten byr på tvil, men det er uklart hvor stor påvirkning den vil ha for tolkningsresultatet.⁶⁵

I tilfeller hvor underkontrakten avviker fra hovedkontrakten kan en generalklausul bidra til å avklare forskjellene. Dersom det er klart at underentreprenør skulle ha ansvar for alt grunnarbeid, vil man ved hjelp av klausulen kunne innfortolke spesifikasjoner ved grunnarbeidet som ved en feil ble avglemt ved utformingen av underkontrakten. En slik innfortolkning kan imidlertid anses å stride mot tolkningslæren og den sterke vektleggingen av ordlyden.⁶⁶ Høyesterett har ved flere anledninger vært tilbakeholden ved å la formålet overstyre en klar ordlyd i profesjonelle avtaler, og uttalte i Rt. 1994 s. 581 (s. 587) at det ville «åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkningen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet».

Et ytterligere problem ved bruk av generalklausuler er at underkontrakten som oftest har mindre omfang og verdi, og at en fullstendig speiling av hovedkontrakten derfor vil være urimelig og uhensiktsmessig. Enhver bestemmelse i hovedkontrakten egner seg ikke å videreføre, og ved bruk av generalklausuler kan det oppstå tvil rundt hvilke deler av kontrakten som er å anse som en videreføring og hvilke som ikke er det. Mens generalklausulen i et slikt tilfelle taler for at et tolkningsresultat i tråd med hovedkontrakten velges, kan øvrige omstendigheter tale for at motsatt løsning legges til grunn.

Som nevnt er underkontrakten ofte mindre omfattende, og rimelighetshensyn taler for at tyngende avtalevilkår ikke innfortolkes med mindre dette fremgår klart av underkontrakten.⁶⁷

⁶⁴ Braadland/Wefald (2013).

⁶⁵ Tørum/Frøholm (2005) s. 100.

⁶⁶ *ibid.* s. 101.

⁶⁷ Se nærmere om utfylling av avtalen i pkt. 6.

Videre skal man være forsiktig med å innfortolke de delene som er utelatt ettersom avvikene mellom hoved- og underkontrakten i mange tilfeller er tilsiktet. Tilbake til eksemplet over ved grunnarbeidet, kan det for eksempel være tilfelle at entreprenøren ikke hadde kapasitet til å påta seg alt arbeidet, og at partene ble enige om at enkelte deler skulle utføres av en annen entreprenør. Dersom de utelatte delene i et slikt tilfelle innfortolkes på grunnlag av generalklausulen blir underentreprenør pålagt ekstraarbeid han ikke har fått betaling for å utføre.

I tilfeller hvor partene har gjennomgått hovedkontrakten og valgt konkret hvilke deler som skulle videreføres snakker man om detaljregulering, og det er da lite rom for bruk av generalklausuler om back to back.⁶⁸ Når mange konkrete vilkår er videreført i underkontrakten vil antitetiske tolkningsregler tale for at de vilkårene som ikke er videreført anses å ikke skulle gjelde tilsvarende, og en generalklausul vil da trolig ikke kunne påvirke tolkningsresultatet.

Generalklausuler vil ha størst nytte i tilfeller hvor partene ikke har regulert forholdet i underkontrakten, men nødvendigheten av å kontraktsfeste back to back-formålet må ikke overdrives ettersom det nok uansett vil bli lagt til grunn etter alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. En forståelse som strider direkte imot klausulens formål vil normalt aldri foretrekkes, og samkjøringsformålet tillegges alltid, i større eller mindre grad, vekt ved tolkning av back to back-regulerte kontrakter.⁶⁹

5.4. Vederlaget

Vederlaget kan ha betydning for tolkningen i tilfeller hvor det er tvil rundt ytelsens omfang eller kvalitet.⁷⁰ Kontraktssummen gjenspeiler som regel underentreprenørs ansvar, og avhenger av hvilken risiko han er villig til å påta seg. Ved utstrakt back to back-regulering pålegges underentreprenør en økt risiko, og kontrakten vil være mer verdt enn dersom hovedentreprenør selv beholder en del av risikoen. Momentet kan derfor si noe om back to back-klausulens omfang, og i hvor stor grad underentreprenør kan holdes ansvarlig for eventuelle kontraktsbrudd.

⁶⁸ Tørum/Frøholm (2005) s. 101.

⁶⁹ Woxholth (2012) s. 366.

⁷⁰ Hov (2002) s. 169.

Ved entreprisedavtaler er vederlagsmomentet litt spesielt, ettersom kontraktssummen sjeldent representerer det endelige oppgjøret mellom partene. Som nevnt tidligere i oppgaven blir det alltid avholdt et sluttoppgjør hvor partene forhandler om eventuelle tilleggs- og endringskrav, og i hvilken utstrekning underentreprenør får gjennomslag for sine krav er ved bruk av back to back-klausuler ofte direkte knyttet til hvorvidt hovedentreprenør får tilkjent tilsvarende krav fra byggherre.

I tilfeller hvor underentreprenør har inngått en dårlig avtale hvor han både har akseptert en økt risiko, og har akseptert en kontraktssum som ikke er representativ for ansvaret han har påtatt seg, kan det synes urimelig dersom han i tillegg ikke får gjennomslag for sine tilleggskrav. Det kan da være fristende å anvende vederlaget som et moment ved tolkningen av hvorvidt underentreprenør skal få sine krav dekket, men dette er det lite rom for etter entrepriserettslig prinsipper. Det vil i så fall være snakk om en rimelighetsvurdering, og i hvilken utstrekning det er rom for å ta slike hensyn redegjøres nærmere for i pkt. 6.3

Eventuelle vederlagsjusteringer som foretas under utførelsen kan si noe om i hvilken grad partene har avtalt back to back, men slike vurderinger passer bedre under tolkningsmomentet «partenes etterfølgende opptreden» som redegjøres for i pkt. 5.6. Vederlagsjusteringer foretas når partene etter kontraktsinngåelsen blir pålagt endringer eller tillegg som ikke gjenspeiles i kontrakten, og er derfor lite egnet som moment ved fastsettelsen av kontraktsansvaret. Det er kontraktssummen som fastslår partenes opprinnelige kontraktansvar, og det er denne man burde se hen til dersom vederlaget skal benyttes som tolkningsmoment ved fastsettelsen av partenes rettigheter og plikter.

5.5. Forutgående forhandlinger

Ofte, og særlig i kontraktsforholdet mellom hovedentreprenør og underentreprenør, vil partene ha foretatt omfattende kontraktsforhandlinger i forkant av inngåelsen av den endelige kontrakten. Dersom disse forhandlingene er dokumentert kan de være veiledende for vurderingen av hva partene ønsket å oppnå ved den valgte back to back-reguleringen.

I avtaleforholdet mellom byggherre og hovedentreprenør er det ofte ikke gjennomført noen forutgående forhandlinger ettersom de fleste entreprisedavtalekontraktene blir inngått etter offentlige anbudregler. Kontraktene består stort sett av et konkurransegrunnlag og det tilbudet som vant

anbudskonkurransen, og hensynet til likebehandling av alle anbyderne stenger i utgangspunkt for interne forhandlinger og subjektive vurderinger av kontraktene.⁷¹

I avtaleforholdet mellom hovedentreprenør og hans underentreprenører har partene større frihet til å foreta individuelle tilpasninger, og deres forutgående forhandlinger får av denne grunn større relevans ved tolkningen. Momentet har imidlertid begrenset verdi sett hen til at forhandlingene nettopp kun er innledende. Det er den endelige kontrakt som viser hva partene til slutt ble enige om, og begge parter kan ha gitt etter for enkelte krav underveis for å oppnå enighet.

Likevel kan momentet bidra til å kaste lys over partenes hensikt med avtalen, og dersom det i dokumentene fra de forutgående forhandlingene fremgår hvilke konkrete avtalevilkår partene ønsket å videreføre fra hoved- til underkontrakten, kan momentet tale for at denne løsningen legges til grunn ved tolkningen av back to back-klausulen.

5.6. Etterfølgende opptreden

Partenes etterfølgende opptreden tillegges betydning ved tolkning av uklare klausuler ettersom momentet viser hvordan partene har oppfattet sine plikter.⁷² Hvordan partenes opptreden kan bidra til klargjøring av hvorvidt de hadde avtalt at kontrakten skulle back to back-reguleres illustreres i det følgende.

Ved bruk av reell back to back avtales ofte en «paid if paid» klausul i underkontrakten, som betyr at underentreprenør får betalt i den utstrekning hovedentreprenør får de samme kravene godkjent fra byggherre. Dersom underentreprenør fremmer et krav om vederlagsjustering på grunn av endrings- eller tilleggsarbeid pålagt av hovedentreprenør plikter hovedentreprenør å ta stilling til kravet innen «ugrunnet opphold» etter at kravet er mottatt.⁷³ I tilfeller hvor det er avtalt en slik «paid if paid» klausul avventer hovedentreprenør ofte å ta stilling til kravet til han selv har fått godkjenning fra byggherre, og selv om det ikke konkret fremgår av kontrakten taler slik etterfølgende opptreden klart for at partene har avtalt back to back på konsekvensnivå.

⁷¹ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 180-181.

⁷² Giertsen (2012) s. 119.

⁷³ NS 8415 pkt. 25.5.

5.7. Tidligere praksis mellom partene

Også partenes tidligere praksis kan være et moment av betydning. De største bygg- og anleggssfirmaene i landet, som ofte har rollen som hovedentreprenør, har såpass mange oppdrag at de har stort behov for å benytte seg av underentreprenører. Dette behovet medfører at de i utstrakt grad inngår underkontrakter med ulike firma, og for å begrense kontraktsarbeidene utvikles gjerne egne «standardavtaler» som avviker fra risikofordelingen i Norsk Standard.⁷⁴

Dersom partene har jobbet sammen ved en, eller flere, tidligere anledninger må underentreprenør anses å være klar over denne endrede ansvarsfordelingen, og kan da ikke hevde uvitenhet om omfanget av back to back-klausulen.

Det kan riktignok være tilfelle at underentreprenør ikke har fått ansvarsforskyvelsen med seg, men å overse de samme kontraktsreguleringene ved flere anledninger er ikke unnskyldelig hos en profesjonell part. Dersom ordlyden i kontrakten er klar, og partene i tillegg har jobbet sammen ved flere anledninger og under samme «standardkontrakt» vil back to back-reguleringen måtte legges til grunn mellom partene uavhengig av underentreprenørs eventuelle uvitenhet om klausulens omfang.

Momentet vil ha motsatt effekt dersom partene ikke har benyttet en slik «standardavtale», men individuelt forhandler seg frem til ulike avtalevilkår hver gang. I et slikt tilfelle kan man ikke anta at partene ønsket å avtale samme ansvarsfordeling som i forrige kontrakt, og momentet leder til at man ser bort i fra hvordan partene har forholdt seg tidligere, og ser kun på det foreliggende kontraktsforholdet.

⁷⁴ Harberg (2015) s. 16.

6. Utfylling

6.1. Innledning

Utfylling av kontrakten kan bli nødvendig i tilfeller hvor kontrakten selv ikke kan løse det spørsmålet som har oppstått, for eksempel fordi den er ufullstendig, bestemmelsen ikke gir mening, eller det foreligger motstrid mellom en eller flere bestemmelser.⁷⁵

Kontrakten og omstendighetene rundt selve avtalen har ikke gitt en klar løsning på spørsmålet, og i stedet for å spørre hva partenes intensjon med avtalen var, må man se hen til andre kilder for å konkludere med hva kontraktens løsning *burde være*. Momentene det ses hen til ved utfylling er i stor grad de samme som ved tolkning av avtalen og grensen mellom tolkning og utfylling er flytende, noe domstolene ofte illustrerer ved å ikke skille mellom de to prosessene.⁷⁶ Hovedforskjellen er at det ved utfylling i større grad anvendes momenter eller prinsipper som ligger «utenfor kontraktsforholdet», og det er disse som skal ses nærmere på i dette kapitlet.⁷⁷

Det skilles i hovedsak mellom to ulike former for utfylling - regelbasert og rimelighetsbasert. Ved regelbasert utfylling suppleres kontrakten med bakgrunnsretten, mens man ved rimelighetsbasert utfylling, som navnet tilsier, benytter reelle hensyn for å komme frem til den rimeligste løsningen på tvilsspørsmålet.⁷⁸

6.2. Ved bruk av bakgrunnsretten

6.2.1 Norsk Standard

Regelbasert utfylling innebærer som oftest utfylling ved bruk av deklarasjonslov på gjeldende område.⁷⁹ Deklaratorisk lovgivning presumeres å uttrykke den mest

⁷⁵ Haaskjold (2013) s. 346-347.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ Woxholth (2012) s. 377.

⁷⁸ Haaskjold (2013) s. 349.

⁷⁹ Woxholth (2012) s. 377.

hensiktsmessige og balanserte løsningen, og det er bred enighet om at man ved tvil burde velge det tolkningsalternativet som innebærer et minst mulig avvik fra bakgrunnsretten.⁸⁰

Innenfor profesjonell entrepris finnes det verken deklarasjons- eller preseptorisk lovregulering, og utfylling må eventuelt skje ved bruk av ulovfestede kontraktsrettslige- og entrepriserettslige prinsipper eller Norsk Standard.⁸¹ De norske byggstandardene er fremforhandlet av representanter for alle avtaleparter og anses derfor, på lik linje med øvrig lovgivning, å gi uttrykk for veloverveide og «gjennomsnittlige» løsninger som skaper balanse i avtaleforholdet.⁸²

Av avtalerettslige prioritetsregler følger at partenes særregulering går foran standardiserte bestemmelser, og NSen vil kun gjelde i den utstrekning en annen løsning ikke er avtalt i kontrakten.⁸³ Standardens bestemmelser vil således utfylle kontraktens uregulerte deler, og dersom en back to back-klausul som forskyver ansvarsfordelingen mellom partene ikke er avtalt, legges den balanserte ansvarsfordelingen i standarden til grunn mellom partene.

Samme løsning må velges i andre tilfeller hvor ansvarsfordelingen anses å være uregulert, for eksempel hvor det er uenighet om hvorvidt back to back er avtalt eller ikke, og en slik forståelse ikke kan bevises, og i tilfeller hvor back to back-klausulen er såpass mangelfullt utformet at klausulen må anses uvirksom.⁸⁴

Dersom det er klart at partene har avtalt back to back, men man er usikker på klausulens omfang, vil ikke NSen direkte kunne bidra til utfylling av back to back-klausulen. Speiling av kontraktsvilkår er ikke regulert i noen av standardene og back to back blir således å anse som et unntak fra den standardiserte ansvarsfordelingen.

Man skal ved tolkning av back to back derfor være tilbakeholden ved å la klausulen få et videre omfang enn hva som klart fremgår av avtalen, noe som blant annet ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2006 s. 1076. Spørsmålet var hvorvidt avtalens back to back-prinsipp og dets forrang medførte at reklamasjonsfristene i Norsk Standard ikke kom til anvendelse i avtaleforholdet, og at utbyggers reklamasjon dermed var fremsatt for sent.

⁸⁰ Haaskjold (2013) s. 282.

⁸¹ Krüger (1989) s. 459.

⁸² Woxholth (2012) s. 39.

⁸³ Hov (2002) s. 161-162.

⁸⁴ Nærmere om uvirksomhet og operasjonshensynet i pkt. 6.3.3.

Avtalens back to back-klausul var noe generell, og etter å ha konstatert at prinsippet medførte at betingelsene som gjaldt mellom huseier og utbygger skulle gjelde tilsvarende mellom utbygger og entreprenør, fastslo Høyesterett at det hadde «formodningen mot seg at entreprenørens rett til utbedring [skulle] være fraveket ved det back to back prinsippet som [var] skissert i kontrakten». Dommen viser at back to back-klausulen må være klar dersom den er ment å skulle erstatte alminnelige kontraktsrettslige regler, og illustrerer hvordan bakgrunnsretten kan anvendes som støttemoment for det tolkningsalternativ som velges.

Det er avviket fra bakgrunnsretten og Norsk Standard som må begrunnes, og ved uklarhet bør det tolkningsalternativ som i minst mulig grad røkkes ved standardens risikofordeling velges.⁸⁵ At hovedentreprenør i slike tilfeller i større eller mindre grad blir nødt til å bære risikoen for underentreprenørs ytelse har også støtte i de felleseuropeiske kontraktsprinsippene oppstilt i DCFR⁸⁶ og Svensk byggtjänst AB 04, som er Sveriges svar den norske byggstandard. Både DCFR LV.C.-2:104 og III.-2:106 og AB 04 art. 5:12 fastslår at hovedentreprenør står fritt til å benytte seg av underentreprenører, men at han i slike tilfeller beholder oppfyllelsesrisikoen og risikoen for korrekt levering. Heller ikke disse reguleringene er bindende for partene, men kan benyttes for å støtte oppunder et tolkningsresultat som i størst mulig grad samsvarer med den norske standardreguleringen.

En slik tolkningspresumsjon antas å gjelde både hvor Norsk Standard er vedtatt og i tilfeller hvor den ikke er det ettersom den i utstrakt grad gir uttrykk for ulovfestede entrepriserettslige prinsipper. At tolkning i strid med standardbestemmelsene skal unngås synes videre å ha støtte i uklarhets- og minimumsregelen og av alminnelige rimelighetshensyn.

6.2.2. Rettspraksis og andre faktorer

I tilfeller hvor verken kontrakten eller Norsk Standard gir et klart svar på spørsmålet, kan blant annet rettspraksis, kutymene og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper tillegges vekt ved tolkning og utfylling av uklare back to back-klausuler.⁸⁷

⁸⁵ Haaskjold (2013) s. 283.

⁸⁶ DCFR, eller Draft Common Frame of Reference, er en referanseramme for felles europeiske kontraktsrettslige prinsipper utarbeidet etter initiativ fra EU, med et siktemål om å skape en felleseuropeisk kontraktsrett.

⁸⁷ Woxholth (2012) s. 377.

I entrepriseavtaler er det særlig det ulovfestede lojalitetsprinsippet som benyttes til å utfylle kontrakten. Krav til lojal oppreden har blitt innfortolket i back to back-klausuler ved flere anledninger, senest i LB-2015-76130 som gjaldt sluttoppgjøret i et byggeoppdrag. Det var uenighet om det endelige oppgjøret og ettersom en «paid if paid»-klausul var avtalt måtte lagmannsretten for å kunne ta stilling til underentreprenørs krav først fastslå klausulens innhold.

Underentreprenør skulle få sine krav godkjent under forutsetning av at byggherre aksepterte tilsvarende krav fra hovedentreprenør, og lagmannsretten slo først fast at byggherres årsak til å avvise hovedentreprenørs krav i utgangspunktet ikke hadde betydning for hvorvidt klausulen kom til anvendelse da en slik forståelse ikke hadde støtte i ordlyden.

På tross av dette måtte en begrensning likevel oppstilles, og lagmannsretten fastslo at dersom årsaken til byggherrens avvisning var at hovedentreprenør hadde forsømt sin plikt til å videreføre underentreprenørs krav til byggherre, kunne ikke hovedentreprenør ved å vise til back to back-prinsippet avvise kravet. Med dette ble det en videreføringsplikt innfortolket i avtalen, uten at en slik fremgikk direkte av partenes avtale. Lagmannsretten begrunnet ikke hvorfor de oppstilte en slik begrensning, men utfyllingen har trolig tilknytning til det ulovfestede lojalitetsprinsippet og dets økte betydning ved bruk av «paid if paid»-klausuler.

For at byggherre skal kunne ta stilling til berettigelsen av underentreprenørs krav, forutsettes det at hovedentreprenør faktisk viderefører kravene. Både lojalitetsprinsippet og operasjonshensynet taler for at en videreføringsplikt innfortolkes ved bruk av slike klausuler, ettersom klausulen både blir uvirksom og overflødig dersom hovedentreprenør ikke er forpliktet til å videreføre underentreprenørs krav. En slik videreføringsplikt blir dermed bare en konsekvens av partenes plikt til å lojalt bidra til at kontrakten blir korrekt oppfylt, og dommen viser at alminnelige prinsipper kan benyttes til utfylling for å skape operative kontrakter.

I mange tilfeller kontraktsfestes en lojalitetsplikt og hovedentreprenørs videreføringsplikt i underkontrakten, og det kan spørres om slik kontraktsfesting er overflødig etter lagmannsrettens avgjørelse. Man skal være forsiktig med å legge for mye vekt på enkeltavgjørelser ettersom ulike avtaler ofte taler for at forskjellige resultater legges til grunn, og dommen gir ikke grunnlag for at en videreføringsplikt automatisk kan innfortolkes i alle «paid if paid»-klausuler.

Lojalitetsplikten følger imidlertid av ulovfestede regler, og tolkes med ulik grad inn i de fleste avtaler. Omfanget av lojalitetsplikten varierer fra avtale til avtale, og dersom plikten ikke er nærmere spesifisert i avtalen kan det ved fastsettelsen av innholdet være nyttig å se hen til tidligere rettsavgjørelser med lignende avtaleklausuler. De tidligere avgjørelsene har kun en veiledende og opplysende virkning, og kan fungere som støttemoment for hvilket tolkningsalternativ som bør velges dersom en lignende problemstilling reises for domstolene ved en senere anledning.

Lagmannsrettsdommen kan således benyttes som argument for å innfortolke tilsvarende videreføringsplikt i en senere «paid if paid»-klausul, men det er nok mer sannsynlig at domstolene dersom de velger å foreta en slik utfylling i stedet begrunner resultatet med lojalitets- og operativitetshensyn.⁸⁸

6.3. Ved bruk av reelle hensyn

6.3.1. Innledning

Hvis man etter dette fremdeles ikke har noe klart svar på hvilket tolkningsalternativ som skal velges, åpnes det for at man kan velge det alternativet som gir den mest rettfærdige løsningen. Reelle hensyn kan både benyttes som støtteargument for det tolkningsresultatet øvrige tolkningsmomenter utpeker eller som selvstendig moment for hvilket tolkningsalternativ som burde velges.⁸⁹

Rimelighetshensyn vil i mange tilfeller støtte opp et tolkningsresultat i samsvar med bakgrunnsretten, ettersom også bakgrunnsretten presumeres å oppstille den beste og mest balanserte løsningen. Bruk av rimelighetshensyn er derfor mest aktuelt i tilfeller hvor det ikke finnes noen bakgrunnsrett eller man ikke kan utlede noe klart svar av den, slik tilfellet per dags dato er for tolkning av back to back-klausuler.

Å vektlegge slike overordnede hensyn aksepteres imidlertid i begrenset grad mellom profesjonelle aktører, ettersom de forutsettes å være i stand til å ivareta sine egne interesser ved kontraktsinngåelsen.⁹⁰ At momentet på tross av dette har en viss vekt fremgår av Rt. 2010

⁸⁸ Nærmere om lojalitets- og operativitetshensyn i pkt. 6.3.

⁸⁹ Haaskjold (2013) s. 291.

⁹⁰ Giertsen (2012) s. 121.

s. 961 (avsnitt 44) hvor Høyesterett ved tolkningen av en entrepriseavtale uttalte at «[d]et at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer ... ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og **andre reelle hensyn**» (min utheving).

Dommen gjaldt tolkningen av sluttoppgjøringsbestemmelsene i NS 3430 (nå avløst av NS 8405), men tilsvarende tolkningsmomenter forutsettes å kunne legges til grunn også ved tolkning av individuelt forhandlede entrepriseavtaler. Standardene representerer et rettferdig og balansert avtaleforhold, og ettersom det er større sjanse for å finne urimelige avtalevilkår i de selvkomponerte avtalene må man også for disse kunne vektlegge reelle hensyn ved tolkningen.

Å velge det rimeligste resultatet ved tolkningstvil har flere gode grunner for seg, blant annet fordi det har formodningen mot seg at partene ønsket å inngå en urimelig avtale, og fordi å velge den rimelige løsningen kan bidra til å skape balanse i avtaleforholdet.⁹¹

I hovedsak deles reelle hensyn inn i to grupper; konsekvensorienterte vurderinger og rene rimelighetsvurderinger. Konsekvensorienterte vurderinger fokuserer på hva slags virkning de ulike tolkningsalternativene vil ha for avtalen, mens rimelighetsvurderingene handler om å velge det tolkningsalternativet som fremstår mest rettferdig.⁹²

I det følgende presenteres først de konsekvensorienterte hensynene til forutberegnelighet og operativitet, før det redegjøres for de mest aktuelle rimelighetsvurderingene som kan foretas dersom man blir forelagt en uklar back to back-klausul.

6.3.2. Forutberegnelighet

Hensynet til forutberegnelighet har særlig styrke i profesjonelle avtaler, ettersom de «forventes å kunne forutberegne effekten av forhold som kan påvirke om en avtale bør inngås».⁹³ Dette betyr at partene forstår hvilket innhold avtalen må ha for å kunne realisere sitt formål, og det forutsettes at underentreprenør er i stand til å se hvilke avtalevilkår han kan akseptere før risikoen blir for høy.

⁹¹ Haaskjold (2013) s. 291-292.

⁹² Woxholth (2012) s. 371.

⁹³ Giertsen (2012) s. 121-122.

Videre er økonomiske hensyn sentrale ved kommersielle avtaler, og partenes ansvar gjenspeiles ofte i kontraktssummen. Dersom man tolker en back to back-klausul innskrenkende vil hovedentreprenør påføres et økt økonomisk ansvar han ikke hadde forutsett ved kontraktsinngåelsen, og avtalen ville trolig blitt inngått på andre premisser dersom han hadde vært klar over dette.

Hvis partene ikke kan stole på at kontraktene de inngår blir gjennomført etter sitt innhold vil ikke avtaler lenger kunne benyttes som et nyttig instrument for fordeling av risiko, og omsetningslivet svekkes.⁹⁴ Forutberegnelighetshensynet vil således alltid tale for at en løsning i tråd med ordlyden velges.

Dersom ordlyden derimot er uklar vil ikke forutberegnelighetshensynet gi mye veiledning, og ved tolkning av back to back-klausuler vil hensynet i hovedsak benyttes som et argument mot å tillegge øvrige momenter vekt på bekostning av ordlyden. Forutberegnelighetshensynet taler blant annet mot at rimelighetsvurderinger benyttes for å tolke back to back-klausulen innskrenkende, noe vi skal se nærmere på i pkt. 6.3.5.

6.3.3. Hensynet til operativitet

Et ytterligere konsekvensorientert hensyn er hensynet til operativitet. Hensynet innebærer at man unngår å velge et tolkningsalternativ som gjør deler av avtalen uvirksom eller inoperativ, og er en form for systeminnrettet tolkning.⁹⁵ Partene presumeres å ha en hensikt bak de ulike klausulene som avtales, og utgangspunktet er derfor at ingen deler av kontrakten er overflødig da det har formodningen mot seg at partene nedfeller klausuler uten innhold.⁹⁶

Operasjonshensynet vil i de fleste tilfeller tale for at man ved en uklar back to back-klausul utfyller den slik at den blir virksom. Utfylling av klausulen er mest aktuelt hvor det er klart at partene har avtalt back to back, men hvor klausulen ikke uttømmende regulerer anvendelsen. Et slikt tilfelle ble illustrert i pkt. 6.2.2., hvor en videreføringsplikt ble innfortolket i LB-2015-76130 for å gjøre en «paid if paid»-klausul operativ. Å velge det tolkningsalternativet som

⁹⁴ Woxholth (2012) s. 376.

⁹⁵ Se pkt. 5.2.3.

⁹⁶ Haaskjold (2013) s. 286.

gjør klausulen virksom understøttes ofte også av andre hensyn, og særlig taler prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått for at en operativ forståelse velges.⁹⁷

Ved uklarhet om hvorvidt back to back i det hele tatt er avtalt, må det kunne forventes at visse avtalevilkår er videreført for at man skal kunne konkludere med at en slik enighet foreligger. Haaskjold formulerer dette som at klausulen må «adressere de problemstillinger som vedkommende type bestemmelse normalt regulerer»,⁹⁸ og dersom det i underkontrakten kun er en generell henvisning til back to back, vil operasjonshensyn kunne tale for at man bortfortolker denne henvisningen med den begrunnelse at klausulen er uvirksom.

Back to back er såpass utfordrende å anvende at det ved mangelfull regulering er umulig for rettsanvenderen å fastsette klausulens innhold. Et minstekrav for at back to back-klausulen skal anses operativ må være at det fremgår hvorvidt partene har valgt back to back på regel- eller konsekvensnivå, og at klausulen i tilstrekkelig grad viser hvilke deler av underkontrakten som er back to back-regulert.

6.3.4. Lojalitetsbetraktninger

I kontraktsretten antas det å gjelde et generelt lojalitetsprinsipp som pålegger partene en plikt til å ta hensyn til den andre avtaleparten. Lojalitetsprinsippet har flere sider, og varierer med kontraktsforholdets art og styrkeforholdet mellom partene.⁹⁹

Som illustrert i pkt. 6.2.2. har domstolene ved flere tilfeller utfylt kontrakten ved hjelp av dette avtalerettslige prinsippet, men lojalitetsplikten kan også være veiledende for hvilket tolkningsresultat som ved uklarhet skal velges. I slike tilfeller anvendes prinsippet som et reelt hensyn som underbygger hvorfor et tolkningsalternativ foretrekkes foran et annet, i stedet for i form av en plikt til å opptre på en bestemt måte.

Som regel vil et tolkningsresultat som fremmer lojalitet i kontraktsforhold velges, og lojalitetsbetraktninger kan i visse tilfeller lede til at det tolkningsresultat som har mest støtte i de øvrige tolkningsmomentene likevel ikke velges.¹⁰⁰

⁹⁷ Haaskjold (2013) s. 287.

⁹⁸ *ibid.* s. 290.

⁹⁹ Hov (2002) s. 41.

¹⁰⁰ Haaskjold (2013) s. 303-304.

Det er ikke rom for å la lojalitetsbetraktninger være avgjørende i tilfeller hvor ordlyden er forholdsvis klar, men dersom man står mellom to tolkningsalternativer som fremstår relativt like riktige kan lojalitetsbetraktninger lede til at man velger det tolkningsalternativ som best ivaretar hensynet til gjensidig lojalitet.

Lojalitetsbetraktninger har størst betydning i tilfeller hvor den ene parten har utnyttet sin kontraktsposisjon eller opptrådt på en måte som fremstår illojal, men som likevel ikke utgjør et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten.¹⁰¹ I back to back-regulerte avtaler kan slike hensyn få betydning ved avgjørelsen av i hvilken utstrekning underentreprenør i sluttoppgjøret får sine krav dekket, noe lagmannsretten syntes å ha lagt til grunn i LH-2015-47254.

Dommen gjaldt et sluttoppgjør etter at hovedentreprenør hadde intervenert og hevet kontrakten. Partene hadde avtalt en «paid if paid»-klausul hvor 10% av alle krav underentreprenør fikk medhold i skulle gå i påslag til hovedentreprenør. Det innebar at dersom byggherre godtok et av underentreprenørs krav på 10 000 kr, skulle han få utbetalt 9000 kr, mens hovedentreprenør beholdt 1000 kr selv. Underentreprenør hadde fremmet et krav om vederlagsjustering for endringsarbeid, som i første omgang ble avvist av byggherre. I sluttoppgjøret mellom byggherre og hovedentreprenør ble 50% av kravet likevel akseptert og hovedentreprenør erkjente at underentreprenør hadde krav på dette beløpet, med fradrag for hans 10% i påslag. Lagmannsretten fant at dette ikke var tilstrekkelig, og tilkjente underentreprenør kravet fullt ut.

Redegjørelsen for kravet og begrunnelsen for avgjørelsen er kort, og man skal derfor være forsiktig med å tillegge avgjørelsen for stor betydning. I dommen vises det til at vurderingene bak oppgjøret og hvorfor kravet kun delvis ble akseptert var uklart, og det kan synes som om lagmannsretten mistenkte at hovedentreprenør ikke hadde oppfylt sin plikt til å lojalt følge opp underentreprenørs krav ovenfor byggherre. I utgangspunktet skal ikke årsaken til byggherres avvisning ha betydning for hvorvidt underentreprenør får sine krav dekket, og avgjørelsen bærer preg av at lagmannsretten lot lojalitetsbetraktninger være avgjørende når de på tross av back to back-klausulen ga underentreprenør fullt medhold. Dette understøttes av lagmannsrettens avgjørelse i LB-2010-22340 hvor en back to back-klausul med 12% påslag var avtalt. Lagmannsretten uttalte at «Etter forhandlinger med Siemens oppnådde Netel en

¹⁰¹ Haaskjold (2013) s.305.

kompensasjon på 100 000 kroner. Når kontraktmessig påslag hos Netel på 12 % trekkes fra, innebærer dette at Baneservice skal ha 89 286 kroner, jf kontraktens back to back prinsipp. Baneservice kan ikke kreve mer enn dette». Dette resultatet er mer forenelig med selve poenget bak «paid if paid»-klausuler; at underentreprenør ikke får dekket krav utover hva hovedentreprenør får tilkjent, og synes å gi et riktigere bilde av hvordan slike klausuler skal forstås.

Lojalitetsbetraktninger kan som utgangspunkt ikke anvendes dersom avtalen er regulert av balanserte standardkontrakter, ettersom hensynene bak slike betraktninger ikke gjør seg gjeldende for disse kontraktsforholdene.¹⁰² Likevel benektet ikke Høyesterett i Rt. 2011 s. 65 at den ulovfestede lojalitetsplikten i visse tilfeller kan komme til anvendelse ved siden av Norsk Standards kontraktsbestemmelser og det må utvilsomt være rom for å tillegge lojalitetsbetraktninger vekt i tilfeller hvor partene har gjort avvik i standardens løsninger, slik tilfellet vil være hvor det er benyttet ansvarsforskyvende back to back-klausuler.

6.3.5. Rimelighetsbetraktninger

I hvilke tilfeller er slike betraktninger aktuelle?

Rimelighets- og lojalitetsbetraktninger har nær sammenheng da begge innebærer at man forsøker å komme frem til det mest rimelige og rettfærdige tolkningsresultatet.¹⁰³

Rimelighetsbetraktninger er mest aktuelt å benytte i tilfeller hvor man står mellom to tolkningsalternativer og det ene synes å ramme den ene parten urimelig hardt. Det har formodningen mot seg at partene ønsket å inngå en urimelig avtale, og rimelighetshensyn kan i slike tilfeller utfylle kontrakten slik at den får et mer rettfærdig innhold.¹⁰⁴ Ved bruk av back to back-klausuler fremstår ofte ansvarsfordelingen urimelig tyngende for en av partene, og ulike situasjoner hvor rimelighetshensyn kan tenkes å tillegges vekt ved tolkningen presenteres i det følgende.

Arbeidsomfanget til underentreprenør vil som oftest være vesentlig mindre omfattende enn hovedentreprenørens. En klar avgrensning av hvilke arbeidsoppgaver som tillegges underentreprenøren og nøyaktige tekniske spesifikasjoner er derfor helt avgjørende for å unngå konflikt. Det er disse som avgjør hvorvidt underentreprenør kan kreve tilleggs- eller

¹⁰² Haaskjold (2013) s. 315.

¹⁰³ Hov (2002) s. 43.

¹⁰⁴ Haaskjold (2013) s. 291.

endringsvederlag, eller om hovedentreprenør har krav på at arbeidet utføres som en del av det opprinnelige kontraktsarbeidet. I tilfeller hvor oppdragsbeskrivelsen er uklar kan det tenkes at rimelighetshensyn trekkes inn i vurderingen av hvilke arbeider som anses som opprinnelig kontraktsarbeid og ikke. Dersom det ene tolkningsalternativet stiller den ene parten i en bedre stilling enn den andre, vil den rimelige løsningen være å velge det andre alternativet som stiller partene mest mulig likt. Et slikt tolkningsresultat har for øvrig også støtte i minimumsregelen.

Et ytterligere tilfelle hvor rimelighetsvurderinger kan påvirke tolkningsalternativet som velges er ved fastsettelse av dagmulktsansvaret. De store forskjellene som kan oppstå for underentreprenør avhengig av om formell eller reell back to back er avtalt ble illustrert i pkt. 5.2.2., og dersom det av underkontrakten fremgår at dagmulktbestemmelsen skal speiles, men ikke hvilken type back to back-regulering som skal benyttes, vil den rimeligste løsningen være å legge til grunn formell back to back. Dette av hensyn til underentreprenør som, hvis reell back to back hadde blitt lagt til grunn, i mange tilfeller hadde blitt påført dagbøter vesentlig høyere enn sin egen kontraktssum. Dagbøtene skal skape fremdrift i prosjektet og legge oppfylleelsespress på partene, og skal ikke fungere som en straff som i ytterste konsekvens kan lede til underentreprenørs konkurs.¹⁰⁵

Innskrenkende tolkning til underentreprenørs fordel?

Ettersom det er underentreprenør som pålegges en økt risiko ved bruk av back to back-klausuler, er det som oftest også overfor ham slike klausuler gir urimelige utslag. I mange tilfeller hvor back to back-klausulen er uklar, eller vanskelig å forstå, ender underentreprenør med å påta seg et ansvar han ikke evner å bære, og det som nå skal vurderes er hvorvidt det i slike tilfeller er rom for å tolke back to back-klausulen innskrenkende til underentreprenørs fordel.

En slik innskrenkende tolkning kan fremstå rettferdig ettersom underentreprenør ofte anses å være den svake part i kontraktsforholdet. I utgangspunktet er ikke partenes styrkeforhold et moment av betydning ved kommersielle avtaler ettersom begge partene anses i stand til å ivareta sine egne interesser, men i tilfeller hvor hovedentreprenør er et veletablert firma og underentreprenør er en selvstendig næringsdrivende vil det ujevne styrkeforholdet av

¹⁰⁵ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 23.

rimelighetshensyn kunne tale for at avtalen til tross for dette utgangspunktet tolkes til underentreprenørs fordel.¹⁰⁶

Styrkeforholdet kan blant annet gi seg utslag både ved kontraktsinngåelsen hvor back to back-klausulen innføres og i sluttoppgjøret hvor hovedentreprenør endelig tar stilling til underentreprenørs krav. I mange tilfeller har ikke underentreprenør noen forhandlingskort, og må godta byrdefulle klausuler og gi etter for sine krav fordi de av økonomiske årsaker er avhengige av å få tilkjent oppdraget. Kanskje kan det for underentreprenør synes som om eneste løsning er å akseptere risikoen og håpe på det beste, og hvis det da går galt går firmaet dukken.

Dersom denne ujevnheten i forhandlingsevnen er synlig ved overprøvelse kan gode grunner tale for å tolke back to back-klausulen og underentreprenørs ansvarsomfang innskrenkende. Hensynet til et effektivt omsetningsliv kan umulig sies å bli ivaretatt dersom løsninger som resulterer i underentreprenørs konkurs legges til grunn, og at avtalen ved uklarhet tolkes til underentreprenørs fordel støttes også av uklarhets- eller forfatterregelen ettersom det som oftest er hovedentreprenør som har utformet kontrakten.

På den annen side er det lite rom for å la rimelighetsvurderinger være avgjørende i profesjonelle avtaleforhold. Partene evner å ivareta sine egne interesser, og med mindre ordlyden er uklar og de øvrige tolkningsmomentene ikke utpeker en konkret løsning er det lite rom for å tillegge slike vurderinger vekt.

Back to back-klausuler har et legitimt formål og har over lengre tid blitt benyttet i bransjen. I kontrakter hvor back to back-klausuler benyttes er hovedentreprenør ofte påført en økt risiko allerede fra byggherre, og det er denne økte risikoen hovedentreprenør ønsker å speile ned til underentreprenør. I de fleste tilfeller hvor back to back-klausuler benyttes kompenseres underentreprenør i form av et risikopåslag, og at klausulene i noen tilfeller synes å ramme underentreprenøren urimelig hardt burde av denne grunn ikke åpne for innskrenkende tolkninger som fratar klausulene sin hensikt. I tilfeller hvor underentreprenør er kjent med den økte risikoen, og i tillegg har fått kompensasjon for denne, taler hensynet til forutberegnelighet og at kontrakter skal oppfylles etter sitt innhold sterkt imot at klausulen tolkes innskrenkende.

¹⁰⁶ Woxholth (2012) s. 374.

I et overordnet perspektiv, og utover resultatet i den enkelte kontrakt, taler de beste grunner mot at sosiale hensyn gis plass i kommersielle avtaleforhold da dette kan bidra til å svekke kontraktens verdi som økonomiske instrumenter. Avtaleretten er effektiv når løftegiver er bundet av sine løfter, og løftemottaker kan stole på at han får den ytelse han har betalt for, og dersom slike innskrenkende tolkninger i større grad aksepteres svekkes forretningslivets tillit til kontraktens bindende effekt. Likevel viser både praksis og avtalerettens utvikling at domstolene til en viss grad kan vektlegge reelle hensyn i tilfeller hvor klausulene ikke gir anvisning på et konkret resultat og synes å ramme den ene avtaleparten urimelig hardt. Domstolene vil imidlertid neppe begrunne resultatet med sosiale hensyn, men «kamouflere» den egentlige årsaken bak den innskrenkende tolkningen ved å vise til at tolkningsresultatet har støtte i alminnelige kontraktsrettslige hensyn eller øvrige tolkningsmomenter. På denne måten bevares kontraktens verdi som økonomiske instrumenter, samtidig som fornuftige og balanserte løsninger velges.

Grensene mot avtalerevisjon

Ofte utfylles kontrakten med rimelighetshensyn for å unngå tolkningsalternativer som leder til behov for rimelighetssensur, og disse to vurderingene har derfor nær sammenheng.¹⁰⁷ I enkelte tilfeller blir avtaleloven § 36 anvendt som et tolkningsmoment, hvor regelen i stedet for å anvendes direkte fungerer som en retningslinje for tolkningen, og anvendes som støttemoment for å legge en rimelig løsning til grunn.¹⁰⁸ ¹⁰⁹ Forutsetningen for at man fremdeles har å gjøre med en innskrenkende tolkning er imidlertid at det er en «rimelig begrunnet tvil» om avtalens innhold.¹¹⁰ Dersom ordlyden er mer eller mindre klar, eller de fleste momentene anviser at et bestemt tolkningsresultat skal legges til grunn, vil det å la rimelighetshensyn være avgjørende for at man konkluderer med motsatt resultat ikke lenger være en innskrenkende tolkning, men en form for avtalerevisjon.

Dersom man mener avtalen får urimelige utslag må man gå veien om sensur for å endre risikofordelingen som oppstilles av back to back-klausulen, men i kommersielle avtaleforhold skal det mye til før en relativt klar ordlyd settes til side på grunnlag av rimelighetshensyn. Trolig vil sensur av back to back-klausuler være mest aktuelt ved ubegrensede dagmulktbestemmelser og i tilfeller hvor underentreprenør ikke får gjennomslag for sine krav

¹⁰⁷ Haaskjold (2013) s. 292.

¹⁰⁸ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.

¹⁰⁹ Woxholth (2012) s. 375.

¹¹⁰ *ibid.* s. 376.

om vederlagsjustering. Det er her de største tapspostene ligger, og hvor back to back-klausulen kan komme til å ramme underentreprenør urimelig hardt.

Terskelen for sensur av kommersielle avtaler er høy og partene har stor frihet til å inngå fordelaktige avtaler for seg selv på bekostning av andre. Mange av de hensynene som er redegjort for over vil også være aktuelle ved en slik vurdering, for eksempel kan den ulovfestede lojalitetsplikten lede til at hovedentreprenør anses å ha handlet i strid med god forretningsskikk og at avtalen av denne grunn sensureres. De nærmere grensene for sensur behandles av plasshensyn ikke i denne oppgaven, men det antas at terskelen for sensur er særlig høy på entrepriserettens område ettersom kontraktene som oftest er resultatet av forhandlinger mellom partene, og er utviklet gjennom langvarig kontraktspraksis, handelsbruk og sedvane.¹¹¹

¹¹¹ Lagt til grunn av Høyesterett i Rt.1999 s. 922.

7. Konklusjon

Når man tolker en back to back-klausul er man, på lik linje ved tolkning av andre kommersielle avtaleklausuler, sterkt bundet av ordlyden. Dersom ordlyden er klar oppstår ingen tolkningsproblemer, da denne uavhengig av hvilke følger det får for partene må legges til grunn. I et slikt tilfelle er rettsanvenderens eneste utvei å sensurere kontrakten, men på grunn av det økonomiske aspektet bak kommersielle avtaler og hensynet til et effektivt omsetningsliv skal det mye til før slik sensur foretas.

Den største utfordringen ved tolkning av back to back-klausuler er hovedkontraktens utpregede rolle ved tolkningen. I mange tilfeller kan det nesten virke som hovedkontrakten er å anse som det sentrale kontraktsdokumentet, men ettersom back to back-klausulens utforming er avgjørende for i hvilken grad hovedkontrakten kommer til anvendelse er det fremdeles underkontrakten som er kontraktsforholdets viktigste dokument, og som utgjør utgangspunktet for tolkningen. Hovedkontrakten har en utfyllende rolle, men ettersom den gjennom back to back-klausulen er gjort til en del av kontraktsforholdet mellom hoved- og underentreprenør er det ikke tale om utfylling i tolkningslærens forstand.

Tolkning av back to back-klausuler må foretas med begge dokumenter i minnet, og i tillegg til å skape tolkningsutfordringer for rettsanvenderen kan dette særtrekket gjøre det vanskelig for avtalepartene å fastslå back to back-klausulens innhold. Det er utfordrende å formulere en feilfri back to back-klausul, og ofte ender den opp uklar eller med et videre anvendelsesområde enn hva som opprinnelig var tiltenkt. Dette skaper uenigheter mellom avtalepartene, som kanskje kunne vært unngått dersom det fantes en form for standardisering av back to back-klausuler som partene kunne forholdt seg til.

Standardisering av back to back-klausuler er likevel ikke et alternativ, ettersom back to back er en måte å avtale seg bort fra den risikofordelingen som etter Norsk Standard anses jevnbyrdig. En eventuell løsning ville vært å omforhandle risikofordelingen i standardene, men en endring til fordel for hovedentreprenør vil trolig ikke aksepteres av representanter for underentreprenørene. Et annet alternativ kunne vært å forby risikoforskyvninger og bruk av back to back, men dette er lite aktuelt på grunn av avtalefrihetens sterke posisjon i norsk rett, og da særlig i kommersielle avtaleforhold. Den enkleste løsningen hadde vært om hovedentreprenører i stedet for å ta i bruk back to back-klausuler regulerte alle aspekter av

oppdraget fullt ut i underkontrakten, men sett hen til den økte bruken av slike klausuler det siste tiåret vil dette neppe skje.

Back to back-klausuler innføres i all hovedsak i kontrakten for å begrense hovedentreprenørs risiko, og har derfor fått rykte på seg for å innebære en «trussel» for underentreprenør. Slik oppgaven viser kan imidlertid uklare back to back-klausuler også ramme hovedentreprenør hardt ettersom underentreprenør ofte har fått risikopåslag og hovedentreprenør dermed risikeres å påføres et tap de i utgangspunktet har «kjøpt seg ut av». Videre kan det synes som om de fleste tolkningsmomenter og -regler taler for en restriktiv tolkning til underentreprenørs fordel ved uklarhet, og man skal derfor være tilbakeholden med å la back to back-klausulen få anvendelse i større grad enn hva som klart fremgår av kontrakten.

Selv om back to back-klausulene innebærer et avvik fra den standardiserte risikofordelingen utgjør de således ikke et større usikkerhetsmoment for underentreprenørene enn andre uklare kontraktsbestemmelser vil gjøre, og selv om underentreprenørene bør være forsiktige med å akseptere uforbeholdne back to back-klausuler er det ingen grunn til å frykte back to back-regulerte kontrakter som sådan.

Det er før en bindende avtale er inngått partene har størst mulighet for å påvirke sine rettigheter og plikter etter avtalen, og ettersom det ikke finnes noen klar bakgrunnsrett å utfylle uklare back to back-klausuler med er det opp til partene å sørge for at klausulen faktisk gir uttrykk for den risikofordelingen som opprinnelig var tiltenkt.

Den beste måten å sikre sine rettigheter på blir dermed at begge parter setter seg nøye inn i kontrakten og gjør seg oppmerksom på hvilken risikofordeling back to back-klausulen gir anvisning på før de underskriver kontrakten. Man vil på denne måten unngå at det oppstår overraskelser vedrørende ansvarsfordelingen i løpet av utførelsen, og kontraktsforholdet kan avsluttes uten kostbare prosesser i domstolene.

Litteraturliste

Bøker:

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2. utgave (Bergen 2012).

Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave (Oslo 2013).

Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, (Oslo 2014).

Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I*, 4. utgave (Oslo 2002).

Huser, Kristian, *Avtaletolkning* (Bergen 1983).

Krüger, Kai, *Norsk Kontraktsrett* (Bergen 1989).

Marthinussen, Karl, Hiekk Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave (Oslo 2016).

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 8. utgave (Oslo 2012).

Artikler:

Engesæth, Arne, «Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back to back prinsippet», *Lov og Rett* 1996 s. 365-377.

Harberg, Mats Ola, «Bruk av spesielle kontraktsbestemmelser og avvik fra Norsk Standard», *Eurojuris*, 2015 s. 12-21.

Otterlei, Hugo, «Artikkel om back-to-back og underleverandøravtaler», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2013 s. 84-95.

Tørum, Amund og Geir Frøholm, «Back-to-back; Særlig om såkalt PFI (OPS) ved veiutbygging», *Lov og Rett*, 2005 s. 91-108.

Internettartikkel:

Braadland, Marie og Line Wefald, Ikke bare bare med «back to back», [grette.no](https://www.grette.no) 14.05.2013.
<<https://www.grette.no/fagforum/ikke-bare-bare-med-back-to-back/>>

Lover:

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 (NL).

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Forskrift:

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Standardavtaler:

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

NS 8415 Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider.

NS 8417 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser.

Svensk byggtjänst AB 04.

Rettsakter fra EU/EØS:

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) - 2009.

Rettsavgjørelser:

Rt. 1970 s. 794.

Rt. 1994 s. 581.

Rt. 1997 s. 1807.

Rt. 1999 s. 922.

Rt. 2002 s. 1553.

Rt. 2006 s. 690.

Rt. 2006 s. 1076.

Rt. 2010 s. 961.

Rt. 2011 s. 65.

Rt. 2012 s. 1553.

LB-2010-22340.

LH-2015-47254.

LB-2015-76130.