TVISTEN ÅS-HOLM

 Ås sine krav:

1. Ås krever seg prinsipalt helt ubundet av avtalen med Lars Holm (uten betalingsforpliktelse på NOK 340.000).

2. Ås krever seg subsidiært delvis ubundet av avtalen med Lars Holm (bundet til avtalen, men med betalingsforpliktelse på maksimalt NOK 300.000).

3. Forutsatt binding, krever Ås a) prisavslag på NOK 100.000 og b) dagmulkt på NOK 70.000 og c) erstatning på NOK 50.000.

Holm sine krav:

1) Holm krever prinsipalt at avtalen er bindende etter sin ordlyd med en betalingsforpliktelse for Ås på NOK 340.000 og i tillegg:

2) øket vederlag på NOK 60.000 på grunn av vansker med grunnen

I. Fullmaktsspørsmålet

Det naturlige er først å ta stilling til Ås sitt krav om total ubundethet, ettersom dette er den prinsipale anførselen fra hans side. Grunnlag for kravet er avtaleloven § 11 annet ledd.

Kandidatene bør raskt komme til at det er tale om en oppdragsfullmakt, jfr avtaleloven § 18 (eller som det i teorien og praksis også heter: § 18 fullmakt). I og med at fullmakten er muntlig, gir det seg selv. På dette punkt bør det ikke være grunnlag for tvil fra kandidatenes side.

Det er naturlig å slå fast at Tastad som fullmektig har handlet innenfor fullmaktens ramme, jfr avtaleloven § 10. Det spørsmålet oppgaven reiser er således et spørsmål om instruksoverskridelse; fullmaktens ramme gjelder å inngå en avtale om et entrepriseoppdrag, instruksen retter seg mot prisen som etter (muntlig) pålegg ikke skulle overstige NOK 300.000. Kandidatene trenger ikke problematisere om Ås uttalelser om behovet for skriftlig avtale, frist for ferdigstillelse av arbeid, klausul om dagmulkt, er en del av instruksen eller fullmakten, ettersom Tastad uansett forholdt seg til disse uttalelsene ved inngåelsen av avtalen med Holm.

Drøftelsen av spørsmålet om instruksoverskridelsen, jfr § 11 annet ledd, bør være kort, ettersom den ikke reiser noen tvil. Siden det er tale om en oppdragsfullmakt, bør kandidatene umiddelbart finne frem til avtaleloven § 11 annet ledd, uten å gå inn på en lengre diskusjon. De bør også raskt kunne slå fast at Tastad har handlet i strid med instruksen, og videre at det for oppdragsfullmakt ikke reiser seg noe spørsmål om legitimasjon ut over retten, slik at Holms gode/onde tro av denne grunn er uten relevans. De kandidater som begir seg inn på en drøftelse av Holms gode/onde tro, bør behandles med skepsis, og dette må etter forholdene gi grunnlag for trekk.

Oppgavens opplysning om at Holm ikke ba om noen dokumentasjon på fullmakten er irrelevant og kandidatene bør ikke problematisere dette. Det forhold at Tastad ikke fikk noen entreprenør til å gjøre arbeidet innenfor rammen på NOK 300.000, er også en irrelevant opplysning, som kandidatene ikke bør gjøre noe ut av.

Konklusjonen blir etter dette at Ås ikke er bundet av avtalen som Tastad som fullmektig inngikk med Holm. Kandidatene bør ikke utvise tvil på dette punkt og hele drøftelsen kan som påpekt gjøres kortfattet.

Det reiser seg imidlertid et spørsmål om Ås likevel er bundet av avtalen, fordi han ikke umiddelbart da han returnerte fra ferie 13 oktober 2012 henvendte seg til Holm og påberopte seg ubundetheten. Oppgaven gir ingen spesifikk opplysning om at Ås unnlot å påberope seg ubundetheten da han kom hjem fra ferie denne dagen, men det ligger i saken, ettersom han lot Holm ferdigstille arbeidet, jfr oppgavens opplysning om at arbeidet var ferdig to uker for sent. I dette ligger at arbeidet var ferdig 27 oktober 2012. Om kandidatene tar opp denne problemstillingen ut fra synsvinkelen ”manglende reklamasjon” eller ut fra alminnelige passivitetsbetraktninger, eventuelt ut fra alminnelige avtalerettslige synspunkter om at Ås må anses avtalerettslig å ha godtatt å være bundet til avtalen, herunder forventningssynspunkter, spiller neppe noen stor rolle. Det kan likevel bemerkes at reklamasjon i ordinær forstand er knyttet til mislighold og misligholdsvirkninger, slik at den mest korrekte innfallsvinkelen er å knytte drøftelsen opp mot alminnelige avtalerettslige regler som nevnt.

Oppgaven gir ingen direkte opplysninger om at Ås inspiserte arbeidsområdet da han kom hjem og i den forbindelse ikke om når Ås fikk beskjed om at avtalen som Tastad hadde inngått forpliktet ham til å betale NOK 340.000 og heller ikke når Ås oppdaget at parkeringsplassen bare fikk plass til fire biler (mot seks etter avtalen), med andre ord når Ås fikk forståelse av hvilket innhold avtalen hadde. Avtalens innhold har betydning for om han kan sies å ha akseptert den ut fra alminnelige avtalerettslige regler. Det er et pluss om kandidatene problematiserer dette.

Selv om oppgaven ikke er spesifikk på de nevnte punktene, mener jeg at det, uten å spekulere i oppgaveteksten, bør kunne legges til grunn at Holm må ha blitt klar over ikke bare forsinkelsen (som var åpenbar), men antagelig også at det ikke ville bli plass til mer enn fire bilder da han returnerte fra ferie eller like etterpå. Arbeidsplassen der entreprisen ble utført var jo på Ås arbeidssted og det må kunne legges til grunn at han inspiserte forholdene ved hjemkomsten. Noe annet ville ha vært helt unaturlig. Jeg nevner likevel at det kanskje kan være vanskelig for en legmann å bedømme om en entreprise under utførelse vil gi plass til fire eller seks biler på en parkeringsplass. Jeg for min del mener nå likevel at det uten å spekulere i oppgaveteksten må kunne antas at Ås forsto eller burde ha forstått dette da han må ha tatt byggeplassen i øyesyn ved hjemkomst eller umiddelbart etterpå. Det må imidlertid aksepteres at kandidatene legger til grunn at oppgaveteksten ikke gir grunnlag for å slutte at han forsto eller burde ha forstått dette på et så tidlig tidspunkt.

Det er mer uklart når Ås ble klar over at Tastad hadde sluttet avtale med en betalingsforpliktelse på NOK 340.000. Men etter min mening er det neppe å spekulere i oppgaveteksten å legge til grunn at han ble klar over dette forholdet ved hjemkomsten eller ikke lenge etter. Siden oppgaveteksten ikke gir noen spesifikk opplysning om når Ås ble klar over instruksoverskridelsen, må det aksepteres at kandidatene påpeker at det er uklart når det skjedde, og at de ikke legger til grunn at det skjedde ved hjemkomsten eller umiddelbart etterpå. Det vil i tilfelle kunne få følger for kandidatenes konklusjon i spørsmålet om Ås ut fra alminnelige avtalerettslige regler kan sies å ha akseptert avtalen til tross for instruksoverskridelsen.

Slik jeg oppfatter oppgavens faktum, er jeg mest tilbøyelig til å mene at Ås må anses å ha akseptert avtalen med det innhold den fikk. Jeg understreker at konklusjonen på dette punkt ikke er viktig, ettersom den kan være farget av hvordan man oppfatter faktum. Enkelte kandidater vil kanskje ikke finne frem til problemstillingen i det hele tatt. Etter min mening bør det bedømmes kritisk.

Hovedkonklusjonen blir etter dette at Holm må få medhold i sitt krav om at Ås er bundet til avtalen i sin ”opprinnelige” form, dvs med en betalingsforpliktelse for Ås på NOK 340.000. Jeg nevner for ordens skyld at jeg for min del ikke kan se at det er noe grunnlag for den mellomløsning at Ås er bundet, men bare ”delvis”, altså til avtalen med betalingsforpliktelse på NOK 300.000.

De kandidater som har kommet til at avtalen ikke er bindende for Ås må foreta de ytterligere drøftelsene i oppgaven under den forutsetning at binding foreligger. [Se rød tekst under]. De kandidater som har kommet til at Ås er bundet til avtalen og herunder til betalingsforpliktelsen på NOK 340.000, behøver ikke slå fast at drøftelsen av oppgavens øvrige krav forutsetter binding, men det er helt i orden (og fint) om dette presiseres.

Helt grei prinsipal konklusjon, men her unnlater sensorveiledningen å si noe om elefanten i rommet. Hva hvis Peder ikke er bundet av avtalen?

Long story short: Peder blir eier av parkeringsplassen, men Lars har i utgangspunktet krav på vederlag som ikke må settes lavere enn berikelsen, se lov om hendelege eigedomshøve §§ 8, 10 og 11. Vedelaget kan settes ned eller falle bort hvis Lars kan legges «til last» for det som er hendt, jf § 11 (2).

Om kandidatene først velger å ta stilling til Holms krav om øket vederlag på grunn av problemene med grunnforholdene eller Ås krav på prisavslag, dagmulkt og erstatning, er ganske så likegyldig. Jeg for min del mener det er mest naturlig å ta Ås krav først.

Rettskildebruken i resten av sensorveiledningen, er jeg gjennomgående ganske kritisk til. Lang historie kort savner jeg mer bruk av og referanser til bustadoppføringslovas bestemmelser og alminnelige entrepriserettslige prinsipper. I det virkelige liv ville man også forventet referanser til standardkontraktene for næringsentreprise (NS 8405 og NS 8407), men dette er ikke pensum for dere.

Etter mitt syn viser sensorveiledningen ganske tydelig at det kan bære galt av sted hvis man tror at obligasjonsretten bare er «abstrahert kjøpsrett». Analogibetraktninger fra kjøpsloven alene passer ofte dårlig i en entreprisekontrakt, som vår sak gjelder. Bakgrunnsretten må fastlegges på grunnlag av ulovfestet obligasjonsrett, men i denne forbindelse bør bestemmelsene i bustadoppføringslova ha en betydelig mer fremtredende posisjon enn de i kjøpsloven.

Ås krav:

II. Prisavslagskravet

Ås krever ”reduksjon av vederlaget fordi den ferdige parkeringsplassen bare hadde plass til fire biler”. Beløpet er i omfang ikke bestridt av Holm. Oppgaven bruker ikke ordet prisavslag, men kandidatene må komme til og legge til grunn at det er tale om et prisavslagskrav. Kandidatene bør også påpeke at krav om prisavslag er en sanksjon som er hjemlet i en rekke kontraktslover og at det gjelder som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. Som kjent er kravet utformet på noe forskjellig måte i de ulike kontraktslovene, uten at det egentlig er noen grunn til å problematisere dette i det aktuelle tilfellet, fordi omfanget ikke er bestridt. Det er imidlertid sentralt at kandidatene får frem at for å vinne frem med et krav om prisavslag må det foreligge et mislighold (kontraktsbrudd), uten at det gjelder noe vesentlighetskrav.

Problemstillingen blir derfor om det forhold at parkeringsplassen bare hadde plass til fire biler, mot kontraktens angivelse av seks, er et mislighold som kan påberopes (noe som egentlig er to spørsmål, jfr i det følgende). (Fullmakten gikk ut på at parkeringsplassen skulle ha plass til ”minst” seks biler, kontrakten fikk det innhold at det skulle være plass til seks biler, forholdet til fullmakten skal her ikke problematiseres).

Holm fremkommer med den innsigelse at den uventede forekomsten av fjell ikke kunne være hans risiko. Dette er i realiteten en innsigelse om at det ikke foreligger mislighold (kontraktsbrudd), fordi årsaken til oppfyllelsessvikten er et forhold som ikke ligger på ham, men på Ås, jfr for så vidt reglene i kontraktslovgivningen som utelukker mangel, hvis mangelen skyldes «kjøperen eller forhold på hans side», jfr kjl § 30. Dette er utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Kandidatene må derfor ta stilling til innsigelsen. Denne drøftelsen kommer imidlertid også inn i forbindelse med dagmulktkravet, men det juridiske grunnlaget for Holms innsigelse er der en noe annen, se nedenfor (avtalerevisjon/mislighold av sideplikt). Selve innholdet i drøftelsen blir likevel hovedsakelig den samme. Kandidatene må vekte på den ene siden det forhold at Ås selv var klar over grunnforholdene uten å videreformidle dette til Tastad, slik at denne kunne gi den entreprenøren som ble valgt opplysninger om forholdet mot – på den annen side - det forhold at Holm spurte Tastad om grunnforholdene uten å få noe svar, noe som burde ha gitt ham et insitament til å forhøre seg med Ås (på ferie) eller gjøre egne undersøkelser før han sa ja til å inngå avtale. I den forbindelse er det også et moment at utgangspunktet – gitt at byggherren ikke kjente til grunnforholdene – er at det ligger under entreprenørens profesjonsplikt å besørge at han vet at han er i stand til å utføre entreprisen på arbeidsstedet. Jeg viser her til drøftelsen nedenfor vedrørende dagmulktsklausulen. Personlig heller jeg i retning av at Ås har vært illojal ved å tilbakeholde opplysningene og at han ikke kan gjøre gjeldende noe mangelskrav av den grunn at mangelen skyldes hans eget «forhold». Men her kan det være rom for ulike vurderinger, se nedenfor.

Dersom vi for den videre drøftelses del forutsetter at et eventuelt mislighold ikke skyldes «forhold» på Ås side, er det ikke tvil om at det teknisk sett foreligger mislighold (kontraktsbrudd), fordi parkeringsplassen kun har plass til fire biler, mot de kontraktsbestemte seks. Kandidatene bør raskt komme til det og legge det til grunn. Derimot reiser det seg et spørsmål om Ås ikke kan påberope seg misligholdet/kontraktsbruddet/mangelen, fordi det eventuelt kan sies å være reklamert for sent, eller fordi han må anses å ha akseptert at det er «riktig» (kontraktsmessig) oppfyllelse, at det kun ble fire plasser.

Oppgavens opplysninger om at arbeidet ble ferdig to uker for sent, altså 27 oktober 2012, mens Peder kom hjem fra ferie 13 oktober 2012 (dagen etter det tidspunkt arbeidet etter avtalen skulle være ferdig), er i denne forbindelse igjen relevant, jfr foran. Siden det nå er tale om kontraktsbrudd/mislighold, kan dette diskuteres under synsvinkelen for sen reklamasjon. Her kan kandidatene eventuelt trekke inn de alminnelige kontraktsrettslige prinsippet om reklamasjon innen rimelig tid. Kontraktsrettens regler om reklamasjon gjelder prinsipalt mangler; det er neppe grunnlag for å oppstille noen alminnelig regel i obligasjonsretten om plikt til å reklamere innen rimelig tid ved forsinkelser. Siden fire parkeringsplasser mot seks kontraktsfastsatte er en mangel, kan problemstillingen behandles som en reklamasjonsproblemstilling.

Etter min mening gir det likevel bedre mening å diskutere problemstillingen ut fra den synsmåte at Ås ikke kan påberope seg dette forholdet som et mislighold/kontraktsbrudd, hvis han må anses å ha akseptert at parkeringsplassen bare fikk plass til fire biler. Synspunktet må i tilfelle være at han må eller burde ha oppdaget dette da han returnerte fra ferie, men likevel lot Holm ferdigstille arbeidet, uten å gjøre noen innsigelse gjeldende. Jeg viser til fremstillingen foran om dette spørsmålet, der det påpekes at faktum i oppgaveteksten er noe uklart, men at det neppe kan sies å være spekulasjon at Ås forsto eller burde ha forstått dette ved hjemkomst eller umiddelbart etterpå. Å la Holm få ferdigstille prosjektet uten å komme med noen innsigelse før etter ferdigstillelsen, må etter min oppfatning føre til at Ås anses for å ha akseptert at han fikk en parkeringsplass med bare fire parkeringsplasser. I tilfelle foreligger det kontraktsmessig oppfyllelse. Det sentrale på dette punkt, som så ofte ellers, er at kandidatene finner frem til problemstillingen. Konklusjonen er ikke viktig.

III. Dagmulktskravet

Ås krever videre dagmulkt på NOK 70.000. Dagmulktens omfang er ikke omstridt. Dagmulkten følger som et kontraktsfestet krav og er som sådant ikke bestridt av Holm. Holms innsigelse er også her at den uventede forekomsten av fjell ikke kunne være hans ”risiko”. Kontraktsrettslig innebærer denne innsigelsen i relasjon til dagmulktkravet (se foran om innsigelsens juridiske betydning i relasjon til prisavslagskravet) at Holm mener at dagmulktklausulen må lempes (tilsidesettes) med grunnlag i avtaleloven § 36, eventuelt at den må tilsidesettes ut fra den ulovfestede forutsetningslæren. Det er også nærliggende å forstå innsigelsen på den måten at Holm mener at dagmulktsklausulen må fortolkes bort eller innskrenkende ut fra reelle hensyn (rimelighetshensyn).

Også dette resonnementet får et veldig skjevt utgangspunkt.

En forutsetning for å kreve dagmulkt - generelt og etter denne kontrakten - er at det foreligger en «forsinkelse».

I kjøpsretten defineres «forsinkelse» som et tidsmessig avvik mellom faktisk og kontraktsmessig oppfyllelse, som ikke skyldes forhold på kjøpers side. Hvis vi tar en titt på buofl., se vi at systemet er litt annerledes i entrepriseretten.

Etter buofl. § 17 (1), jf § 10 (1), foreligger det i utgangspunktet en forsinkelse dersom ferdigstillelse ikke kan skje til avtalt tid. Et viktig unntak fra dette utgangspunktet er imidlertid bestemmelsen om **tilleggsfrist** etter § 11. Etter § 11 b. har entreprenøren krav på tilleggsfrist hvis arbeidet blir «seinka på grunn av (…) omstende som forbrukaren svarer for» - for eksempel uventet vanskelige grunnforhold, jf over.

Buofl. § 11 (1) b) får ikke direkte anvendelse, men bestemmelsen bør nok anses som uttrykk for alminnelig entrepriserett (evt. kan bestemmelsen anvendes analogisk). At realkreditor må bære risikoen for tidsmessig avvik som skyldes et «forhold på kreditors side», må gjelder for øvrig generelt i hele kontraktsretten. Uansett innfallsvinkel: Dagmulktskravet bør drøftes som et spørsmål om det i det hele tatt foreligger en forsinkelse/et kontraktsbrudd. Det er ikke nødvendig for Lars å påberope seg de vage reglene om avtalerevisjon etter avtl. § 36 eller forutsetningslæren.

MEN: Et annet kjempepoeng som sensorveiledningen ikke tar opp, er at Lars ikke varsler Peder om tilleggsfristkravet i det han støter på fjell. Etter buofl. § 11 siste ledd mister entreprenøren krav på tilleggsfrist hvis forbrukerbyggherren ikke varsles «uten ugrunnet opphold». Samme regel har vi i NS8405 og NS8407. Det kan argumenteres godt for at samme regel bør gjelde på ulovfestet grunnlag.

På den annen siden er Peder å bebreide i vår sak for manglende varsling om fjellgrunnen. Det kan tale mot at Lars bør ha mistet kravet på tilleggsfrist, men uten videre avgjørende er det ikke. Her er det bare å drøfte i vei!

Om kandidatene velger å argumentere ut fra avtaleloven § 36, forutsetningslæren eller alminnelig avtaletolkning (eventuelt med § 36 som en retningslinje for tolkningen), er etter min mening ikke avgjørende. Alle disse innfallsvinklene er ”mulige”. Personlig har jeg minst sansen for forutsetningslæren, ettersom den er så vilkårsorientert og fordi det neppe fremstår så naturlig å anvende den på et tilfelle som dette der det er tale om å endre innholdet i en spesifikk kontraktsbestemmelse (men la resten av kontrakten bestå). I så måte er avtaleloven § 36 mer nærliggende, likevel slik at jeg personlig er mest tilbøyelig til å angripe problemstillingen som et tolkningsspørsmål, jfr foran. Som sagt, er det ikke avgjørende hvordan kandidatene formelt angriper problemstillingen, men at den ses. Det er et pluss om kandidatene redegjører for at problemstillingen kan angripes på flere rettslige grunnlag, og særlig dersom det som her sies noe om det enkelte grunnlag og det ”naturlige” knyttet til det å gjøre bruk av det ene eller det annet. Det kan likevel neppe kreves at kandidatene viser en slik forståelse, men det må gi et pluss til de som ser sammenhengen i argumentasjonsmønstrene.

De argumentene som, uansett rettslig innfallsvinkel, må analyseres og vurderes er om Ås ut fra forholdene burde ha gitt Holm opplysning om fjellgrunnen før avtale ble inngått, jfr Holms innsigelse om nettopp det. Denne innsigelsen kan enten oppfattes som en innsigelse om at Ås har tilbakeholdt en opplysning av så vesentlig karakter at Ås har misligholdt en sideplikt, eller som en innsigelse om – hvis så ikke er tilfellet – at opplysningssvikten innebærer at risikoen for at arbeidet måtte foretas på fjellgrunn (med forsinkelse og dagmulkt til følge), må ligge hos Ås.

Hvis man ser det slik at Ås kan sies å ha misligholdt en sideplikt til å gi slik opplysning, kan han ikke gjøre gjeldende det (kontraktsfastsatte) kravet om dagmulkt som følge av den forsinkelse som nettopp har oppstått som en følge av dette misligholdet. I tilfelle er vi egentlig utenfor kontraktsrevisjonslæren og læren om tolkning.

Hvis man ser det slik at opplysningssvikten (bare) innebærer at risikoen for at arbeidet ble utført på fjellgrunn med forsinkelse til følge må bæres av Ås, er det imidlertid et spørsmål om avtalerevisjon, jfr avtaleloven § 36, eller en endring av avtalens innhold basert på en rimelighetsorientert tolkning. Hvordan kandidatene bedømmer forholdet; om de angriper dette ut fra den ene eller andre synsmåte, er ikke viktig. Det må antas at bare de aller beste er i stand til å oppfatte nyansene på dette punkt, selv om oppgaven i klare ord sier at Holm mente at ”han skulle ha fått opplysning om fjellgrunnen før avtale ble inngått”, noe som gir en indikasjon om at man i det minste bør drøfte mislighold av en sideplikt.

I drøftelsen av om Ås burde ha gitt Holm opplysninger om fjellgrunnen før avtale ble inngått, er det opplagt av relevans at Ås ut fra oppgavens opplysninger var klar over at grunnen der arbeidet skulle foretas besto av fjell. Ås bestrider således ikke at han visste dette, men viser til at Holm selv som profesjonell entreprenør måtte ha risikoen for å undersøke forholdene på stedet før han påtok seg arbeidet til fast pris. Ås viser også til at avtalen ble inngått av fullmektigen Tastad, som ikke kjente noe til grunnforholdene.

Den sistnevnte innsigelsen fra Ås sin side, har ikke relevans. Som fullmaktsgiver er det Ås som forpliktes av og til avtalen, og fullmektigens manglende kunnskap om grunnforholdene kan ikke komme ham til hjelp, når han selv var klar over grunnforholdene. Han kunne ha gitt fullmektigen disse opplysningene.

Når det gjelder innsigelsen om at Holm som profesjonell entreprenør selv burde ha gjort undersøkelser, er den derimot relevant, spørsmålet er hvilken vekt den skal tillegges. Det er slik at det hører under entreprenørens plikt og risikosfære å gjøre undersøkelser om grunnforhold, jfr f eks Salhus-flytebro dommen, Rt 1999 s 922, som dog gjaldt hvem som hadde risikoen for kostnadsøkning som følge av den valgte fremgangsmåten som arbeidet skulle følge (sveising av stål). Det sentrale her er at faktiske forhold som er sentrale for gjennomføringen av entreprisen som et utgangspunkt ligger til entreprenøren som profesjonsutøver. Jeg kommer nedenfor tilbake til den betydning Ås eget forhold har for denne bedømmelsen, foreløpig ser jeg bort fra dette.

Oppgaven gir også en opplysning om at Holm spurte om grunnforholdene, men at Tastad svarte at han ikke kjente noe til dem. Dette underbygger i og for seg plikten til Holm, som profesjonell entreprenør, til å gjøre egne undersøkelser, eventuelt ved å ta kontakt med Ås (på ferie). Etter min oppfatning burde en entreprenør ut fra faglige standarder ha gjort nærmere undersøkelser før han bandt seg til en avtale av denne typen til fastpris. Dette gjelder altså generelt, om man ser bort fra Ås forhold, se neste avsnitt.

Som foran påpekt er det åpenbart relevant i bedømmelsen at Ås kjente til grunnforholdene, og at han valgte ikke å la denne informasjonen tilflyte Tastad for videreformidling til den entreprenøren som måtte få oppdraget. Det er ikke tvilsomt at dette forholdet innebærer at man må tillegge det mindre vekt at Holm ikke fulgte opp den standard for undersøkelser man ellers må legge til grunn at ligger i god profesjonsskikk for entreprenører, jfr foran. Jeg for min del anser Ås som illojal som ikke har lagt forholdene til rette for at opplysningen tilflyter den valgte entreprenøren. Det er ganske drøyt at et tidligere arbeidsprosjekt på eiendommen ble skrinlagt nettopp som følge av grunnforholdene, og at Ås som eier holder tilbake slik vital informasjon. Jeg bedømmer dette slik at denne opplysningsplikten «setter til side» eller om man vil, må gå foran entreprenørens undersøkelsesplikt, jfr også foran vedrørende prisavslagskravet.

Det sentrale er på dette punkt at kandidatene finner og analyserer disse argumentene, ikke hva slags konklusjon de kommer til. For egen del mener jeg altså at Ås er å bebreide for ikke å ha lagt forholdene til rette for en videreformidling av opplysningene om grunnforholdene. Etter mitt syn kan Ås etter dette ut fra en tolkning av dagmulktklausulen ikke gjøre gjeldende rettighetene etter denne slik saken ligger an, men konklusjonen er som sagt ikke sentral.

IV. Erstatningskravet

Det neste spørsmålet er om Ås kan gjøre gjeldende erstatningskravet på NOK 50.000 (fortjenestetap), fordi han mistet en kunde som følge av at kunden snudde da han ikke fikk parkert bilen hos Ås. Omfanget av kravet er ikke bestridt.

Kandidatene må her finne frem til at problemstillingen kan bedømmes både ut fra den forutsetning at dagmulktsklausulen er effektiv og kan påberopes og under den forutsetning at den ikke er effektiv, jfr drøftelsen foran. Oppgaven gir direkte oppfordring til å ta denne problemstillingen i betraktning, jfr formuleringen ”i hvert fall ikke dersom Ås hadde krav på dagmulkt etter kontrakten”. Problemstillingen er en kjent ”gammel traver” i obligasjonsrettslige oppgaver (og i kontraktsrettslig praksis).

Dersom det forutsettes at dagmulktsklausulen er effektiv, er utgangspunktet at en dagmulktklausul stenger for et alminnelig erstatningskrav som følge av forsinkelse (men ikke som følge av mangler). Det er formålet med klausulen. Men det er likevel all mulig grunn til å betone at konkret vil dette ofte reise seg som et tolkningsspørsmål, noe som også er tilfellet her.

For det første kan det problematiseres om det er tale om forsinkelse eller mangel; kunden dro til en konkurrent i stedet, da han ikke fikk parkert bilen der. Siden kunden

var der og snudde en uke etter at Holm skulle ha vært ferdig med arbeidene, må det legges til grunn at årsaken var forsinkelse (og ikke den eventuelle mangelen at det var fire opptatte plasser, men skulle ha vært seks plasser å velge mellom). Parkeringsplassen var altså ikke ferdigstilt i tide; ingen kunne parkere der. Da er kravet prinsipielt et forsinkelseskrav og som sådant omfattet av en alminnelig dagmulktsklausul.

Imidlertid reiser det seg et ”nytt” tolkningsspørsmål, og det er om formålet/meningen med dagmulktklausulen er å stenge for krav av denne typen. Fortjenestetapet er et konsekvenstap (som etter kjøpsloven både kan anses som direkte eller indirekte, jfr § 67 annet ledd bokstav c, alt etter de konkrete forhold vedrørende dekningskjøp osv). Dette kan det nok være delte meninger om. Utgangspunktet må likevel være at dagmulktsklausulen stenger for erstatning for alt tap som følge av forsinkelse uansett hvordan tapet konkret materialiserer seg.

Dersom dagmulktklausulen ut fra en tolkning ikke anses for å stenge for erstatningskravet, forutsetter erstatning (likevel) at de alminnelige erstatningsvilkårene i norsk rett foreligger. Kandidatene må drøfte dette, eventuelt subsidiært om de kommer til at dagmulktsklausulen er til hinder for erstatning.

Det foreligger rent faktisk årsakssammenheng mellom forsinkelsen og tapet: Hadde parkeringsplassen vært ferdig, ville kunden ha kunnet parkere og da hadde det også kunnet bli inngått avtale med Ås. (Egentlig er dette ikke opplagt, ettersom det ikke er gitt at han hadde funnet en ledig parkeringsplass selv om arbeidet var gjort ferdig, og det er heller ikke nok til å inngå en avtale at man får parkere (!), men oppgaven legger til grunn at Holm aksepterer at Ås hadde tapt en fortjeneste på NOK 50.000 på kunden som ble borte, og det kan ikke bare anses som en erkjennelse vedrørende omfanget, men også vedrørende årsakssammenhengen). .Adekvanskravet må også anses oppfylt, ut fra Holms innrømmelse.

Problemstillingen blir om det foreligger ansvarsgrunnlag. Dette kan dels drøftes som et spørsmål om culpaansvar i kontrakt (ulovfestet) eller (ulovfestet) kontrollansvar. Noe rent objektivt ansvar, f eks garantiansvar, er det ikke tale om.

Vedrørende culpaansvar kommer man her tilbake til spørsmålet om årsaken til forsinkelsen, jfr foran om grunnforholdene, og hvem som skal bære risikoen for disse Culpa forutsetter mer enn at Holm eventuelt skal bære risikoen for grunnforholdene, det forutsetter skyld. Dette må presiseres, men det er neppe så mye mer kandidatene kan få ut av drøftelsen. Dersom det påpekes at normen er kontraktsspesifikk og dermed strengere enn etter ”bonus pater familias” standarden utenfor kontrakt, er det greit. Noe særlig lenger er det ikke mulig å komme på dette punktet. Etter min oppfatning foreligger det ikke culpa; Ås eget forhold tatt i betraktning, jfr foran. I bedømmelsen vil det således være relevant å ta Ås eget forhold i betraktning når spørsmålet om det foreligger culpa fra Holm sin side skal avgjøres (og ikke bare som et ”medvirkningssynspunkt” og da som grunnlag for eventuell reduksjon av erstatning).

Dersom problemstillingen angripes som et spørsmål om kontrollansvar er det ulovfestet sådant. Det er uklart om og i hvilken grad, særlig på ”specie-forpliktelsenes” område, det kan sies å foreligge et ulovfestet, objektivt kontrollansvar. Entreprisen vedrørende parkeringsplassen er en specie-forpliktelse (individuelt bestemt forpliktelse). De kandidatene som får frem dette, må få et pluss.

Det er et faktum at de lovfestede reglene om kontrollansvar har fått en meget bred anvendelse og at det samme gjelder for bruken av kontrollansvaret i kontraktspraksis. Det er ikke vanskelig å finne eksempler på at dette også gjelder for speciesforpliktelser. Og utviklingen går i retning av en stadig større utbredelse av kontrollansvaret også i kontraktspraksis. For egen del er jeg likevel fortsatt skeptisk til å legge til grunn at det kan sies å foreligge et slikt ansvar ut fra alminnelige regler. Oppgaven forutsetter ikke en løsning basert på standardkontrakter (Norsk Standard) og det kan ikke forventes at kandidatene bygger på eller trekker slutninger fra standardkontrakter innen entreprise. Noe sikkert svar på spørsmålet foreligger ikke. Det må være tilstrekkelig at problemstillingen reises og de som får noe fornuftig ut av den må som sagt få et pluss.

I den grad kontrollansvaret drøftes nærmere, er det relevant å ta stilling til om risikoen for grunnforholdene (fjellet) er en hindring utenfor Holms kontroll. Det er det neppe, ettersom det ligger under en entreprenørs naturlige profesjonsforpliktelse å undersøke og ha kunnskap om grunnforholdene før han setter i gang. Imidlertid vil det i den konkrete drøftelsen av hindringsvilkårene være relevant at også Ås var klar over grunnforholdene og etter min oppfatning må anses å ha opptrådt illojalt, jfr foran. Hvis man ikke åpner for det, vil man kunne komme til urimelige tolkningsresultater.

Det er ikke viktig hvilken konklusjon kandidatene kommer til når det gjelder spørsmålet om vilkårene etter skyldansvaret eller kontrollansvaret foreligger. Det sentrale er å finne og reise problemstillingene, og at kandidatene får noe ut av drøftelsen. Jeg for min del mener likevel at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag verken ut fra ulovfestet culpaansvar i kontrakt eller ulovfestet kontrollansvar.

Holms krav:

V. Tilleggsvederlagskravet

Det neste spørsmålet, som er det siste slik jeg har lagt besvarelsen opp, jfr foran, er å ta stilling til Holms krav på økt vederlag (tilleggsvederlag), NOK 60.000, som følge av vansker med grunnen (fjellet). Kravet innebærer i realiteten en endring av avtalen, ettersom det impliserer en betalingsforpliktelse ut over fastprisen. I likhet med når det gjelder spørsmålet om dagmulktsklausulen, jfr foran, reiser det seg her et spørsmål om hvilket eller hvilke rettslig grunnlag som er relevant(e) og i tilfelle mest nærliggende.

Når det gjelder vederlagsjustering av denne typen, er kontraktstolkning ikke så nærliggende, dersom man ikke har en ordlyd og et sett kontraktsvilkår å holde seg til. Innfallsvinkelen blir derfor noe annerledes enn foran når det gjelder dagmulktsklausulen. Vi kan ikke godt foreta en utfylling av kontrakten ved å endre vederlagsbestemmelsene i den med et tilleggsvederlag ut over fastprisen, uten å ha en vederlagsbestemmelse å fortolke. Oppgaven gir derfor ikke noe godt grunnlag for å tilnærme seg dette spørsmålet om forpliktelsesøkning som et tolkningsspørsmål. Men jeg understreker at man på mer generelt juridisk grunnlag opplagt kan tenke seg en slik forpliktelsesøkning ut fra en avtaletolkning om kontrakten har en vederlagsklausul som gir grunnlag for tolkning. Dersom kandidatene til tross for dette litt skeptiske standpunktet til å benytte tolkning som innfallsvinkel velger å gjøre dette, bør man ikke slå hardt ned på det. Det jeg her diskuterer, er den optimale innfallsvinkelen til problemstillingen rettslig sett.

Det er likevel min oppfatning at oppgaven ikke legger forholdene til rette for å benytte seg av tolkningsalternativet når det ikke er ”noe å tolke”. Hadde selve ordlyden i vederlagsbestemmelsen i kontrakten vært vedlagt og gitt grunnlag for en tolkning ut fra formål mv, hadde saken stått annerledes. Det avgjørende må imidlertid være hva kandidatene får ut av drøftelsen, ikke innfallsvinkelen.

Det mest hensiktsmessige er etter dette å drøfte problemstillingen enten ut fra forutsetningslæren – endring av kontraktsvilkår i form av forpliktelsesøkning som følge av uforutsette forhold vedrørende grunnen – eller som et spørsmål om forpliktelsesøkning med grunnlag i avtaleloven § 36. Det er i og for seg ikke sentralt hvilken av disse innfallsvinklene kandidatene velger. Det skal likevel nevnes at Høyesterett i Salhus-flytebro dommen, jfr Rt 1999 s 922, (flertallet 3 dommere) la til grunn en anvendelse av forutsetningslæren (og ikke avtaleloven § 36) i et slikt tilfelle, mens mindretallet (2 dommere) la til grunn avtaleloven § 36. Ingen av fraksjonene i Høyesterett kom imidlertid til at kravet om forpliktelsesøkning kunne føre frem, kort og noe unøyaktig sagt fordi det var enighet om at det lå nærmest under entreprenøren å ha innsikt i de aktuelle sveiseprosessene som hadde fordyret entreprisen. Slik sett er det en klar parallell til forholdet mellom Ås og Holm.

Forutsetningslæren er absolutt et aktuelt rettsgrunnlag for krav om tilleggsvederlag for uventede vanskelige forhold. De tre viktigste Høyesterettsdommene vi har om avtalerevisjon og forutsetningslæren gjelder alle spørsmålet om entreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag pga en eller annen sviktende forutsetning, jf rt 1999 s. 922, rt 2010 s. 1345 og rt 2014 s. 866.

Etter buofl. § 43 har entreprenøren uten videre krav på tilleggsvederlag fra forbrukerbyggherren dersom «forhold på forbrukarens side» medfører «nødvendige kostnader». Den samme regelen følger av NS8405 og NS 8407. Som sagt, får ingen av disse regelsettene direkte anvendelse. Derfor fremstår det som naturlig å følge Høyesteretts praksis, og vurdere kravet om tilleggsvederlag etter forutsetningslæren.

Uansett valg av rettsgrunnlag, bør det diskuteres om kravet på tilleggsvederlag skal nektes pga manglende varsling fra Lars’s side. Etter buofl. § 43 har ikke entreprenøren uttrykkelig en varslingsplikt for å kreve tilleggsvederlag, slik han har for krav om tilleggsfrist, jf 11 siste ledd. Etter NS 8405 og NS8407 har entreprenøren varslingsplikt i begge tilfeller. Hva som gjelder på ulovfestet grunnlag antar jeg er ganske tvilsomt. Her er det bare å drøfte i vei.

Dommen er omtalt i pensum og må forutsettes kjent. Likevel må de kandidatene som får noe ut av forholdet mellom forutsetningslæren/avtaleloven § 36 og sier noe fornuftig om det få et pluss. Jeg nevner for ordens skyld at det etter min mening neppe er noe stort poeng å slå fast at avtaleloven § 36 ikke kan anvendes i et forhold som det i oppgaven, fordi Høyesteretts i Salhus-flytebro dommen (flertallet) valgte forutsetningslæren. En slik tilnærming blir en nokså ”firkantet” rettsanvendelse. Mye kan tale for at det er forutsetningslæren som her regjerer når det gjelder forpliktelsesøkning i entrepriseforhold, men det kan ikke utelukkes at forholdene kan ligge annerledes an om faktum endres – det er således ikke gitt at alle entreprisesaker om forpliktelsesøkning skal bedømmes etter forutsetningslæren, bare fordi dette ”følger av” Salhus flytebro dommen. Uansett er det en grense for hva vi kan forvente at kandidatene får frem om disse til dels teoretiske sondringene i en praktikum. Det er resonnementene omkring disse spørsmålene, ikke standpunktet, som det er verdifullt om kandidatene kan redegjøre litt om.

Uavhengig av den rettslige angrepsvinkelen må kandidatene ta konkret stilling til om det er grunnlag for å la risikoen for at det var fjellgrunn flyttes fra entreprenør (Holm) til byggherre (Ås). Således må kandidatene få frem at utgangspunktet er at kontrakten om fastpris skal holdes. Det må altså særskilte argumenter til for at denne risikoen kan flyttes over på Ås og gi Holm krav på tilleggsvederlag på NOK 60.000.

I denne drøftelsen vil de argumentene som foran er behandlet i drøftelsen av dagmulktklausulen være relevante. Det som taler for at risikoen for dette forholdet ikke kan flyttes over på Ås er at grunnforholdene ligger sentralt under entreprenørens risikoområde, fordi det har med gjennomføringen av entreprisen å gjøre, jfr argumentasjonen i Salhus flytebro dommen. Det som taler for at det kan være grunnlag for å flytte risikoen over på Ås er Ås eget forhold; hans kjennskap til grunnforholdene som han ikke gjorde noe for at kunne tilflyte den entreprenøren som ble valgt. På dette punkt ligger saken annerledes an enn Salhus flytebro. Personlig mener jeg som fremholdt foran at Ås har vært illojal og er å bebreide på dette punktet, noe som kan gi grunnlag for å overføre risikoen fra Holm til Ås. Det skal presiseres at det avgjørende ikke er konklusjonen, men at kandidatene finner frem til problemstillingen og får argumentene pro og contra frem.

VI Avsluttende bemerkninger

Oppgaven er etter min oppfatning god. Den er kanskje ikke spesielt vanskelig, men må likevel antas å skille godt mellom de gode og mindre gode besvarelsene. Ganske særlig vil man få et grunnlag til å skille når man ser hvordan kandidatene angriper problemstillingene vedrørende grunnforholdene, ettersom den rettslige betydningen av og innholdet i Holms innsigelser ikke er de samme når det gjelder prisavslagskravet og konvensjonalbotkravet og forholdet får også en annen rettslige betydning i erstatningskravet og til slutt i avtalerevisjonskravet vedrørende tilleggsvederlaget. Her er det vanskelig å «holde tungen rett i munnen» og de gode kandidatene vil kunne briljere. De svakere vil antagelig bare vise til drøftelsen «foran» eller «nedenfor» uten å problematisere. Det bør etter forholdene gi grunnlag for trekk, fordi det kan vise mangel på forståelse.

Også når det gjelder spørsmålet om Ås må sies å ha godtatt avtalen som den er fordi han uten innsigelser lot Holm få ferdigstille arbeidet, kan gi grunnlag for å sondre mellom de gode og de svakere kandidatene. Men her er det først og fremst tale om å «finne frem til» dette rettsgrunnlaget.

Det er kanskje ikke så enkelt å gjøre de ”helt store tabbene” ved løsningen av oppgaven, ettersom den reiser mange rettsspørsmål, der det er mulig å kompensere for svikt ved å drøfte andre problemstillinger bedre. Det er heller ikke slik at svikt på et punkt forfølger kandidaten gjennom besvarelsen og fører til svikt på andre punkter. Imidlertid gir oppgaven gode muligheter for at kandidatene får vise bredde og dybde i kunnskaper i både avtalerett og alminnelig obligasjonsrett. Det bør derfor ikke være spesielt vanskelig å skille seg ut i positiv retning.

Det forhold at oppgaven er noe uklar i faktum når det gjelder når og hvorledes Ås oppdaget instruksoverskridelsen og mangelen på 2 parkeringsplasser er ingen svakhet ved oppgaven. Kandidatene får rett og slett forholde seg til oppgaven ut fra de faktaopplysninger den gir. Det bør kunne fungere helt utmerket at kandidatene gir uttrykk for at faktum ikke gir presist svar på de nevnte spørsmålene og på den måten tar forbehold når de legger ut om rettsreglene.

Jeg har flere ganger fremholdt betydningen av å finne frem til de riktige problemstillingene og argumentene pro/contra, og nedtonet betydningen av resultatet (med visse unntak vedrørende fullmaktsspørsmålet som er ganske så opplagt i sin ”rene” form). Jeg minner om det i disse sluttordene. Det er ellers viktig å honorere kandidatene for det positive, og ikke bare ”trekke” for det som er negativt. Skal det trekkes, bør det være for forståelsessvikt.

Denne veiledningen er skrevet som et utkast og jeg får ikke lest noen besvarelser, ettersom jeg ikke er sensor denne dagen. Det er enighet mellom meg og eksamensformann, Trygve Bergsåker, at han skal forholde seg til diskusjonen på sensormøtet og gjøre eventuelle endringer i veiledningen, herunder når det gjelder synsmåter som studentene må ha som er annerledes eller avviker fra opplegget i veiledningen. For egen del understreker jeg at veiledningen er ment som nettopp en veiledning, ikke som en ”mønsterbesvarelse” eller en bindende norm for sensuren. Den må derfor leses og brukes med sedvanlige forbehold.

Oslo