

"BACK-TO-BACK" AVTALER

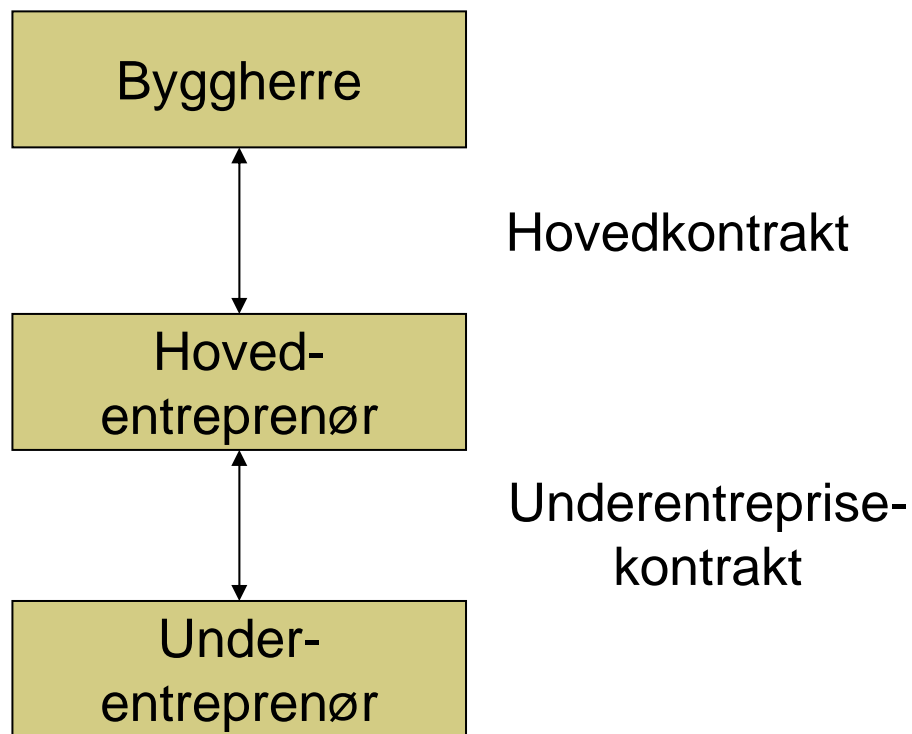
Utforming og
praktiske problemer

Nils-Henrik Pettersson
Holmsbu, 4. september 2009

www.schjodt.no

SCHJØDT

Back-to-back situasjonen



Back-to-back: Teknikk for å sikre at risikoen hovedentreprenøren har etter Hovedkontrakten blir overført til underentreprenøren i størst mulig grad.

Siktemål med foredraget:

- **Belyse hva som skal til for å oppnå maksimal risikooverføring og fordeler og ulemper ved forskjellige teknikker**

Rettskilder

- **LoR 1996: Arve Engesæth:**
 - Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back-to-back prinsippet
- **Marius 2002: Stephen Knudtzon:**
 - Problemstillinger knyttet til "back-to-back" kontrakter i offshoreentreprise
- **LoR 2005: Geir Frøholm og Amund Bjøranger Tørum: Back to back:**
 - Særlig om såkalt PPF (OPS) ved veiutbygging
- **Svært få (ingen?) relevante dommer**

Det samfunnsmessige perspektivet

- **Effektiv risikoallokering bidrar til lavere kostnader ved at risikoen plasseres ett sted, ikke to steder. (Unngå dobbelt påslag)**
- **Det oppfordrer også til opparbeidelse av spesialkompetanse i ”mindre” firmaer.**
- **Forekommer svært ofte i byggebransjen og er en grunnsten i organiseringen av byggeri.**

Tolkning av back-to-back avtaler

- **Utgangspunktet er selvfølgelig vanlige tolkningsprinsipper, det vil normalt si objektiv tolkning basert på ordlyden, jf. Rt. 2002 side 1155 (Professor Birkelandsvei 28 C-dommen).**
- **Å legge vekt på formålet er imidlertid et anerkjent tolkningsmoment. Back-to-back formålet vil således være en relevant faktor.**

Faneklausul - eksempel

Back-to-back vilkår

- **Formålet er at denne kontrakten skal speile vilkårene i Hovedkontrakten slik at Hovedentreprenørens rettigheter og forpliktelser etter Hovedkontrakten overføres til Underentreprenøren, med mindre noe annet klart fremgår av sammenhengen. Ved tolkningen av denne kontrakten skal det legges stor vekt på dette formålet.**

"Paramount" klausul

- **Back-to-back prinsippet skal ha forrang foran alle andre bestemmelser og ved eventuell utilsiktet motstrid mellom Hovedkontraktens regulering og Underentreprenøraftalens regulering, skal den reguleringen som følger av Hovedkontrakten også gjelde for Underentrepriseavtalen.**

Organisatoriske bestemmelser

- **Underentreprenørens rett til å delta i byggemøter.**
 - Reelt behov. Stort sett fordel for alle parter. Har byggherren rett til å motsette seg dette?
- **Underentreprenørens rett til å delta direkte i forhandlinger med byggherren.**
 - Reelt behov. Byggherren kan selvfølgelig motsette seg det (normalt ingen plikt til å forhandle overhodet), men bør aksepteres.

Definisjonen av arbeidsomfanget – kontraktmessig leveranse

- Hensikten er å sørge for at underentreprenørens arbeidsomfang blir definert så likt hovedentreprenørens arbeidsomfang som mulig, så langt underentreprisen gjelder.
- Er normalt enkelt når det er selvstendige arbeidsstykker som skal utføres, f.eks. en underentreprenør som skal stå for masseflyttingsarbeidene (eller tunnelarbeidene) i et større veiarbeidsprosjekt.
- Andre ganger er det vanskeligere, f.eks. hvor de arbeidene som skal utføres av underentreprenøren kun er deler av prosesser eller kapitler i hovedkontrakten.
- Ofte legges det for liten vekt på å tenke gjennom grensesnittene mellom underentreprenørens ytelse og hovedentreprenørens ytelse.
- Viktig å sørge for at alle relevante deler av hovedkontrakten videreføres. Det kan være relevante bestemmelser for tolkningen i andre deler av hovedkontrakten enn de som underentreprenøren skal utføre.

Identitesklausul

- **Identitesklausul: Bestemmelse om at underkontrakten skal tolkes og avgjøres på samme måte som hovedkontrakten. Kan utbygges med en bestemmelse om at en eventuell rettslig avgjørelse i hovedforholdet uten videre skal legges til grunn i underforholdet. Slike teknikker forutsetter at avgjørelsen i hovedforholdet kommer før avgjørelsen i underforholdet.**
- **Kan også utbygges med at eventuell enighet mellom byggherre og hovedentreprenør skal legges til grunn også for underentreprisen, men er skummel fra underentreprenørens synsvinkel. Sensur etter avtaleloven § 36 kan tenkes.**

Krav om tilleggsbetaling: endringer, byggherremislighold og lignende

■ **Må skilles mellom**

- interne forhold (endringer og byggherre (hovedentreprenør) mislighold), dvs. forhold som kun kan gi underentreprenøren krav mot hovedentreprenøren, men hvor kravene ikke kan videreføres til byggherren, og
- eksterne forhold (endringer/byggherremislighold), dvs. der grunnlaget for tilleggsbetaling kan videreføres til byggherren.

■ **Interne forhold må håndteres uavhengig av back-to-back situasjonen: Her er det jo ikke noe back-to-back.**

- **Eksterne forhold: Ved kontraktsteknikken søker man å sikre at alle byggherremislighold og endringer fra byggherren videreføres via hovedentreprenøren til underentreprenøren, og at forhold som ikke anses som endringer eller byggherremislighold i hovedforholdet blir ansett som det i underleverandørforholdet.**

Krav om tilleggsbetaling mv. forts.

- **Situasjonen der hovedentreprenøren har rettet krav mot byggherren uten at underentreprenøren har krevet hovedentreprenøren:**
- **Med hensyn til endringer: Intet vilkår for å få tilleggsbetalt for endringer at hovedentreprenøren har blitt påført merutgift. Med andre ord kan hovedentreprenøren i prinsippet kreve tilleggsvederlag for endringer som underentreprenøren har utført, uten at han har mottatt et tilsvarende krav fra underentreprenøren.**
- **Antakelig annerledes med hensyn til byggherremislighold: Her har hovedentreprenøren krav på dekning av "merutgifter". Dette må antakelig forstås som en erstatningsregel, jf. Rt. 2005 side 788 (Oslofjordtunnelen). Hvis man ikke har fått noe krav fra underentreprenøren kan det hevdes at man ikke har noen "merutgift". Prinsippet må være det samme etter NS 8405 (Pkt 21.1)**

Krav om tilleggsbetaling mv. forts.

- **Dersom hovedentreprenøren først får tilleggsvederlag av byggherren for forhold som stammer fra underentreprisen, må han være forberedt på at han må gi fra seg dette uavhengig av manglende varslings e.l., jf. Borgarting lagmannsretts dom av 30. april 2003 (Scan Invest).**
- **Vanligvis urealistisk å tro at man klarer å overføre all risiko til underentreprenøren.**

Forsinkelse

- **Det er svært sjelden at milepælene kan være 100 % back-to-back. Som oftest må underentreprenørens arbeid være ferdig en tid før hovedentreprenørens arbeid, for at hovedentreprenøren skal holde sine milepæler. Milepælene bør derfor forhandles individuelt og fastsettes basert på det som er nødvendig.**
- **Hvis man benytter standardenes system med hensyn til dagmulkt vil det oppstå en asymmetri fordi dagmulkten normalt fastsettes som en andel (en promille) av kontraktssummen. Dagmulkten blir derfor høyere i hovedforholdet.**
- **Kan avbøtes ved**
- **Harmonisering av satsene, det vil i praksis si at dagmulktssatsen i underentrepriseforholdet blir forholdsmessig mye høyere,**
- **erstatningsbestemmelse om at underentreprenøren er ansvarlig for det tap han påfører hovedentreprenøren ved en eventuell forsinkelse.**

Mangler

- **Reell harmonisering av mangeler sørger man for ved å definere arbeidsomfanget og kontraktsmessig leveranse likeartet, samt ved at kontraktsbestemmelsene er likeartet.**
- **Man risikerer imidlertid at reklamasjonsfristene ikke er harmonisert fordi reklamasjonsfristen normalt begynner å løpe ved levering. Levering i underentrepriseforholdet vil ofte være tidligere enn levering i hovedentrepriseforholdet.**
- **Det er derfor nødvendig med en bestemmelse som fastsetter at levering først skjer på det tidspunktet levering har skjedd i hovedforholdet.**

Varslingsfrister

- **Normalt samme varslingsfrister, f.eks. *"uten ugrunnet opphold"*.**
- **Dette skaper imidlertid risiko for at varsling kan skje for sent i hovedforholdet, selv om det er tidsnok i underentrepriseforholdet, fordi hovedentreprenøren vanligvis vil ha behov for noe tid til egen saksbehandling.**
- **Bør tenkes gjennom og kontraktsreguleres.**

Betaling

- **Særlig om "paid if paid" klausuler**
- **Underentreprenøren får bare betalt hvis hovedentreprenøren får betalt**
- **Risikabelt for underentreprenøren. Kan tenkes sensurert.**

- **Særlig om "paid when paid" klausuler.**
- **Underentreprenøren får ikke betalt før hovedentreprenøren får betalt. Forfallstidspunktet for underentreprenørens krav utskytes altså.**
- **Risikabelt for underentreprenøren. Kan tenkes sensurert.**

Janusansiktproblemet

- **Problemstillingen: Hovedentreprenøren må hevde en ting overfor byggherren og det stikk motsatte overfor underentreprenøren.**
- **Kan skape tvil om troverdigheten**
- **I praksis neppe noe stort problem: Domstolene forstår situasjonen, og legger ikke vekt på at hovedentreprenøren har argumentert annerledes i en annen sak.**

Plikt til å fremme krav og rett til å influere

- **Dersom hovedentreprenøren ikke viderefører underentreprenørens krav tar hovedentreprenøren selv risikoen. Det vil han ofte ikke ønske å gjøre.**
- **På den annen side kan også underentreprenøren ha en selvstendig interesse i at krav videreføres, både fordi det kan være lettere å få oppgjør fra byggherren, fordi hovedentreprenørens betalingsvilje og betalingsevne kan være avhengig av at han får gjennomslag for et krav osv.**
- **Det er vanlig at man avtaler at hovedentreprenøren er forpliktet til å videreføre krav fra underentreprenøren.**
- **Kan imidlertid være behov for å avgrense mot "tullete" krav.**
- **Også vanlig at det avtales at underentreprenøren skal ha fullt innsyn i kravsbehandlingen og rett til å influere på denne, herunder til å delta i møter osv.**

Utenrettslige tvister

- **Problemstillingen.**
- **Situasjonen med pakkeløsninger og deloppgjør.**
- **Underentreprenørens skepsis er ofte mye større her enn ved en rettslig prosess.**
- **Megling: Kan tenkes klausuler som regulerer meglingssituasjonen. F eks. bestemmelser om -plikt til felles megling, -plikt til å følge meglingsresultatet, -rett til å delta osv**

Tvisteloven § 15-6

§ 15-6. Forening av saker til felles behandling

- **Saker som reiser likeartede spørsmål, og som skal behandles med samme sammensetning av retten og etter hovedsakelig de samme saksbehandlingsregler, kan forenes til felles behandling og til felles avgjørelse. § 4-7 annet ledd får anvendelse.**
- **For hovedentreprenøren vil forening av saker ofte bidra til å redusere risikoen (mindre sjanse for forskjellige utfall)**

Tvisteloven § 15-7

- **§ 15-7. Partshjelp**

(1) Partshjelp skal tillates for

- a) den som har reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner, og**
- b) foreninger og stiftelser, 2 samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4.**

D v s at underentreprenøren oftest vil ha adgang til å erklære partshjelp.

Voldgift

- Ved voldgift klarer man ikke å kumulere to saker med mindre man har avtalt dette uttrykkelig. Slike voldgiftsklausuler forekommer, men er ikke vanlig.
- Dersom man ikke har avtalt på forhånd at det skal kunne skje kumulasjon vil det som regel være slik at én av partene vil motsette seg det.
- Hjelpetintervensjon i voldgift?

Lovvalgsklausuler og vernetingsklausuler

- **Skal det være reell back-to-back må det nødvendigvis være de samme lovvalgsklausuler.**
- **Vernetingsklausuler i utlandet kan være en praktisk problemstilling. Øker normalt risikoen dramatisk.**