



UIT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav i entrepriseretten

En analyse av HR-2018-2256-A

Ingrid Alida Dovland

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2019



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema for avhandlingen.....	1
1.2	Generelle trekk ved entrepriserforhold.....	3
1.3	Avgrensninger.....	5
1.4	Rettskildesituasjon og metode.....	6
1.5	Veien videre.....	8
2	Direktekravinstituttet	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Historisk tilbakeblikk.....	11
2.3	Direktekrav i andre rettssystemer.....	11
2.4	Grunnvilkår for å fremme direktekrav.....	12
2.5	Kontraktuelle direktekrav med grunnlag i ulovfestet rett.....	14
2.5.1	Utgangspunkt.....	14
2.5.2	Ulike modeller for kontraktsbaserte direktekrav.....	14
3	Reelle hensyn	15
3.1	Innledning.....	15
3.2	Hensynet til direktekravskreditor (C).....	16
3.3	Retts tekniske og oppgjørstekniske hensyn.....	17
3.4	Hensynet til direktekravsdebitor (A).....	17
3.5	Hensynet til medkontrahenten (B).....	20
3.6	Hensynet til medkontrahentens (B) øvrige kreditorer.....	21
3.7	Hensynet til konsekvente regler.....	22
3.8	Hensynet til sakens opplysning.....	23
3.9	Bransjepraksis.....	24
3.10	Rimelighet og forutberegnelighet.....	24

3.11	Hensynet til partsviljen og systembetraktninger	25
4	Analyse av Atlant-dommen.....	26
4.1	Utgangspunkt.....	26
4.2	Høyesteretts bruk av rettskilder.....	27
4.2.1	Innledning.....	27
4.2.2	Tidligere høyesterettspraksis	27
4.2.3	Utviklingen i lovgivningen.....	29
4.2.4	Standardkontraktene	30
4.2.5	Sammenfatning.....	32
4.3	«Særlig stiling».....	33
4.3.1	Innsats og ansvar	34
4.3.2	Tilknytning	34
4.3.3	Direkte kontakt	35
4.3.4	Midtleddets rolle.....	36
4.3.5	Sammenfatning.....	37
4.3.6	Betydningen av at det ikke forelå en «særlig stiling»	37
4.4	Avveining av behovet og betenkelighetene.....	38
4.4.1	Utgangspunkt: Relativitetsgrunnsetningen.....	38
4.4.2	Bakgrunnsretten.....	38
4.4.3	Valg av kontraktstandard.....	40
4.4.4	Profesjonelle parter.....	41
4.4.5	Ubalanse og utilsiktede konsekvenser	41
4.4.6	Tilknytning til lovregulerte typetilfeller	43
4.4.7	Forsikringsplikten.....	43
4.4.8	Oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn	45
4.4.9	Hensynet til medkontrahenten (B) og direktekravsdebitor (A).....	45
4.4.10	Hvilken modell bygger den ulovfestede regelen på?.....	46

4.4.11	Konklusjon.....	48
4.5	Sammenfatning.....	48
5	Avsluttende bemerkninger.....	50
5.1	Utgangspunkt.....	50
5.2	Hva er innholdet i den ulovfestede regelen?.....	50
5.2.1	Første vurderingstema: «Særlig stilling».....	50
5.2.2	Andre vurderingstema: Avveining av behov og betenkeligheter	51
5.3	Er den ulovfestede regelen om direktekrav god?	52
5.4	En alminnelig direktekravsrett?.....	54
6	Kilderegister.....	55
6.1	Lovgivning.....	55
6.2	Forarbeider og forskrifter	55
6.3	Rettspraksis.....	56
6.3.1	Høyesterett.....	56
6.3.2	Underrettspraksis	57
6.4	Juridisk litteratur.....	57
6.5	Juridiske artikler	59
6.6	Norsk Standard	59

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Avhandlingen gjelder den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav i bygge- og entrepriseforhold.

Det grunnleggende utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at en avtale kun er bindende mellom de parter som er en del av avtalen.¹ Hovedregelen om at avtalen kun har direkte betydning for avtalepartene, kalles relativitetsgrunnsetningen. En naturlig konsekvens er dermed at utenforstående tredjemenn ikke kan gjøre gjeldende rettigheter eller pålegges forpliktelser etter avtalen mellom avtalepartene. Direktekrav representerer et unntak fra relativitetsgrunnsetningen ved at et misligholdskrav kan gjøres gjeldende overfor et tidligere ledd i kontraktskjeden.

Direktekravsrett i forbrukerentrepriser er avklart gjennom bustadsoppføringslova, mens omfanget av profesjonelle parters direktekravsrett er uklart når spørsmålet ikke er regulert i avtalen mellom partene.² Det er følgelig spørsmålet om direktekravsrett på ulovfestet grunnlag i næringsentrepriser som er sentralt.

Utgangspunktet for avhandlingen er en analyse av HR-2018-2256-A, som i det følgende vil omtales som *Atlant-dommen*. Saken gjaldt spørsmål om hvorvidt totalentreprenør, Atlant Entreprenør SVS AS («Entreprenøren») hadde adgang til å fremme direktekrav mot to av underrådgiverne, Bright Elektro og Bright VVS («Underrådgiverne»). Entreprenøren hadde inngått kontrakt med Bright Arkitekter AB («Arkitekten») og hadde dermed ikke noe direkte kontraktsforhold til de to Underrådgiverne.

Entrepriseoppdraget gjaldt rehabilitering av deler av «Midtbygningen» som er en del av universitets bygninger på Karl Johansgate i Oslo. Entreprenøren hevdet at det ble gjort feil under prosjekteringen av både Arkitekten og de to Underrådgiverne. Arkitekten hadde gått konkurs, og Entreprenøren rettet derfor erstatningskravet direkte mot Underrådgiverne.

¹ Haaskjold (2017) s. 269.

² Se Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadsoppføringslova - buofl) og Aas (2008) punkt 1.

Det var enighet i Høyesterett om at det «ikke er etablert en alminnelig ulovfestet direktekravsrett» i norsk kontraktsrett.³ Spørsmålet var dermed om Entreprenøren i dette tilfellet kunne gjøre direktekrav gjeldende mot Underrådgiverne med grunnlag i «domstolskapt rett».

I avhandlingen benyttes de tre formuleringene «domstolskapt rett», «ulovfestet rett» og «bakgrunnsretten» i flere sammenhenger. Selv om begrepene langt på vei har likhetstrekk, er det noen grunnleggende forskjeller mellom disse. Med «domstolskapt rett» siktes det til rettsregler og faglige resonnementer som er etablert og utviklet av Høyesterett. Begrepet «ulovfestet rett» omfatter domstolskapt rett, men går også lengre enn dette. Ordlyden tilsier at ulovfestet rett omfatter alle rettsregler som ikke følger av positiv lovgivning. Det kan eksempelvis være rettsregler som er etablert gjennom kutymen eller fast praksis.

Formuleringen «bakgrunnsretten» er enda videre enn de to øvrige begrepene, og kan omfatte både domstolskapt rett og ulovfestet rett. Bakgrunnsretten kan omfatte både lovfestede eller ulovfestede regler som kan benyttes til å utfylle en avtale som ikke gir svar på en bestemt problemstilling.⁴ I Atlant-dommen var det rettslige utgangspunktet «domstolskapt rett», men på grunn av det ovennevnte, vil de øvrige begrepene også benyttes der det er naturlig.

Avgjørelsen viser at det i dag fortsatt ikke eksisterer noen *alminnelig rett* til å fremme direktekrav i entrepriseforhold på ulovfestet grunnlag.⁵ Basert på de avgjørelser som foreligger vedrørende den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav, legges det til grunn at det i visse tilfeller er grunnlag for å tillate direktekrav på dette grunnlaget etter en konkret vurdering.⁶ Det foreligger dermed en ulovfestet regel som er skapt av domstolene. Hva som skal til for at regelen får anvendelse, samt hvilket innhold denne har, er imidlertid uklart. Det sentrale i avhandlingen er derfor å analysere i hvilke typetilfeller det etter en *konkret vurdering* av det enkelte saksforhold, kan være grunnlag for å akseptere direktekrav mot et tidligere ledd i kontraktskjeden, med grunnlag i de ulovfestede regler.

Ettersom direktekrav kan tillates på ulovfestet grunnlag, etter en konkret vurdering av det aktuelle saksforholdet, er det vanskelig å si noe generelt om når direktekrav kan tillates. Av denne grunn vil avhandlingen særlig ta for seg de reelle hensyn som gjør – eller kan gjøre –

³ Avsnitt 46.

⁴ Se Giertsen (2014) s. 244.

⁵ Avsnitt 80.

⁶ Rt-1976-1117 (Siesta), Rt-1981-445 (Davanger), Rt-1995-486 (Nordland), Rt-1998-656 (Veidekke) og HR-2018-648-A (Bruktbil).

seg gjeldende. Atlant-dommen, men også tidligere avgjørelser, vil være sentrale for å klarlegge hvilke momenter som kan være relevante i vurderingen. Formålet er å si noe om innholdet i den ulovfestede regelen, samt om Høyesterett i Atlant-dommen fulgte det samme argumentasjonsmønsteret som ble fulgt av Høyesterett i tidligere avgjørelser.

I norsk rett gjelder kontraktsfrihetsprinsippet. Det innebærer at både fysiske og juridiske personer kan forplikte seg gjennom kontrakt med forutsetningen om at kontrakten skal oppfylles etter sitt innhold.⁷ Konsekvensen av kontraktsinngåelse er at det skapes et rettsforhold mellom kontraktspartene. Kontrakten er utgangspunktet når partenes rettigheter og forpliktelser skal klarlegges. Hvorvidt direktekrav kan tillates i de tilfeller kontrakten ikke regulerer spørsmålet, er usikkert. Spørsmålet er hvilken løsning som følger av de ulovfestede reglene i disse typetilfellene.

1.2 Generelle trekk ved entrepriseforhold

For å sette den ulovfestede direktekravsadgangen i entrepriseforhold i en rettslig kontekst, er det hensiktsmessig med en generell gjennomgang av gangen i en entreprisesak. En entreprisekontrakt kan formuleres som et bygge- og anleggsprosjekt mellom en byggherre og en eller flere entreprenører, som skal utføres på landjorden.⁸ Entreprenøren som inngår kontrakten med byggherren er selvstendig næringsdrivende.⁹

Et entrepriseprosjekt begynner med at byggherren har et behov for å utføre et bygge- eller anleggsarbeid. Byggherren kan da velge å inngå en avtale med en entreprenør etter direkte kontakt og forhandlinger, slik at avtalen som utgangspunkt er underlagt de alminnelige avtalerettslige regler som gjelder i norsk rett.¹⁰ Det er imidlertid mange entrepriserettslige avtaler som inngås etter særskilte formaliserte anskaffelsesprosedyrer, herunder ved bruk av anbudskonkurranser. Dersom byggherren er en offentlig aktør er hovedregelen at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse.¹¹ Private aktører kan også velge å være underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, noe som er relativt vanlig i praksis.¹²

⁷ Monsen (2012) punkt 2.

⁸ Hagstøm og Bruserud (2014) s. 19.

⁹ Sandvik (1977) s. 24.

¹⁰ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 113.

¹¹ Det sentrale regelverk for rettsdisiplinen offentlige anskaffelser er blant annet Lov 21. april 2016 nr. 18 om offentlige anskaffelser (LOA) og Forskrift 12. august om offentlige anskaffelser (FOA). I tillegg er det et betydelig antall direktiver m.m. som har stor betydning i forbindelse med offentlige anskaffelser. Se også Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 114.

¹² Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 133.

Uavhengig av fremgangsmåten som benyttes ved avtaleinngåelsen, er byggherrens formål å få gjennomført bygge- eller anleggsprosjektet av en kompetent entreprenør til lavest mulig pris, med best mulig kvalitet. Entreprenørens hovedinteresse er motsetningsvis å få størst mulig økonomisk gevinst ved gjennomføring av prosjektet. Kontraktspartene har dermed grunnleggende motstridende interesser – incentiver – under hele prosjektet. Av denne grunn er det nødvendig med en klar fordeling av ansvarsområder, herunder hvordan risikoen for ulike deler av prosjektet skal fordeles.

Byggherren og entreprenøren kan benytte seg av en rekke ulike kontraktsmodeller.¹³ De mest brukte kontraktsmodellene er totalentreprise og utførelsesentreprise.¹⁴ Ved totalentreprise skal entreprenøren både stå for det vesentligste av prosjekteringen og utførelsen av prosjektet. En utførelsesentreprise innebærer at entreprenøren kun står for utførelsen slik at byggherren har ansvaret for prosjekteringen. I de senere årene har det vokst frem enkelte typer kontraktsmodeller er mer samarbeidsorientert.¹⁵ Både samspillskontrakter og offentlig-privat samarbeid (OPS) er eksempler på slike nye kontraktsmodeller.

Avhengig av type kontraktsmodell, kan byggherren og entreprenøren velge å benytte seg av en rekke ulike standardkontrakter som særlig har betydning for risikofordelingen mellom kontraktspartene. Slike standardkontrakter kalles for Norsk Standard (NS) og er gitt i regi av Standard Norge. Standardene er utformet av komitéer bestående av ulike aktører som har tilknytning til bransjen, og tar sikte på en rimelig fordeling av ansvar og risiko mellom kontraktspartene.¹⁶

Entreprenøren kan ha behov for å bruke medhjelpere til å oppfylle sin kontraktsforpliktelse med byggherren. Slike medhjelpere inngår selvstendige kontrakter med entreprenøren, omtales gjerne som underentreprenører. Ved bruk av underentreprenører er utgangspunktet at entreprenøren er ansvarlig for underentreprenørers feil eller mangler.¹⁷ Byggherren og underentreprenøren(e) står ikke i et direkte kontraktsforhold og utgangspunktet er at de ikke kan rette misligholdskrav mot hverandre, men må rette sine krav mot sin felles medkontrahent, entreprenøren. Kjernen i avhandlingen ligger i forholdet mellom et tidligere

¹³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 61.

¹⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 63 og 64.

¹⁵ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 65.

¹⁶ Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. (2004) s. 52.

¹⁷ Jf. NS 8405 pkt. 15.2 første ledd, NS 8406 pkt. 12 første ledd og NS 8407 pkt. 10.1 første ledd.

Entreprenørens ansvar for sine underentreprenører er også lagt til grunn i rettspraksis, se blant annet Rt-1986-1386 (s. 1393), jf. Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 79.

og et senere ledd i kontraktskjeden, som ikke har et kontraktsforhold med hverandre, herunder hvilken adgang et senere ledd i kontraktskjeden har til å rette mangelskrav mot et tidligere ledd.

1.3 Avgrensninger

Det er en rekke interessante problemstillinger som knytter seg til reglene om direktekrav på entrepriserettens område, og det er ikke mulig å gi en uttømmende fremstilling av disse i avhandlingen. Det er dermed nødvendig med enkelte avgrensninger.

Det avgrenses mot forbrukerentrepriser som i hovedsak er lovregulert i bustadsoppføringslova. Entrepriser i kommersielle forhold er ikke regulert i lov, men er styrt av andre rettskilder. Avhandlingen tar dermed utelukkende sikte på en fremstilling av direktekravsrett i *entrepriseforhold mellom næringsdrivende*, som var problemstillingen i Atlant-saken. Samtidig fremheves det at både bustadsoppføringslova og øvrig kontraktslovgivning, med deres forarbeider, kan få betydning ved tolkningen av enkelte entrepriserettslige spørsmål mellom næringsdrivende.

Videre gjelder avhandlingen adgangen til å fremme *direktekrav mot et tidligere ledd i kontraktskjeden*. Dette gjelder særlig byggherrens adgang til å fremme direktekrav mot underentreprenører, underleverandører eller underrådgivere. Også entreprenørens adgang til å fremme direktekrav mot underentreprenørens kontraktsmedhjelpere er et direktekrav mot et tidligere ledd i kontraktskjeden. Det avgrenses mot krav som fremmes mot et senere ledd i kontraktskjeden. Krav fra eksempelvis underentreprenører mot byggherren er et krav mot et senere ledd i kontraktskjeden og omtales gjerne som vederlagskrav.¹⁸ Det avgrenses også mot horisontale direktekrav, som innebærer at avhandlingen ikke tar for seg adgangen til å fremme direktekrav mellom sideentreprenører. Selv om mange av de samme betraktninger gjør seg gjeldende i disse tilfeller, er det ulike hensyn som kan tas i betraktning i slike tilfeller. Det vil dermed føre for langt å vurdere rekkevidden av direktekravsadgangen i disse relasjonene.

Avhandlingen er begrenset til å gjelde *direkte mangelskrav*, med den konsekvens at adgangen til å fremme direkte forsinkelseskrav innenfor entrepriserettens område ikke blir drøftet nærmere. Bakgrunnen for avgrensningen er at både lovgivningen og de entrepriserettslige standardene som åpner for direktekrav, gjennomgående regulerer adgangen til å fremme

¹⁸ Bjøranger Tørum (2007) s. 382.

direkte mangelskrav.¹⁹ Selv om misligholdskrav som følger av forsinkelse som hovedregel vil forplante seg i kontraktskjeden, vil kravets identitet tilsi at direktekrav er utelukket.²⁰ Dersom et forsinkelseskrav skulle kunne være gjenstand for direktekrav ville det lett kunne oppstå vanskeligheter ved spørsmål om ansvarsplassering.

De ulovfestede regler om direktekrav er basert på *kontraktsrettslige regler*. Det avgrenses dermed mot de øvrige regelsett som kan tjene som grunnlag for direktekravsrett. Mulige grunnlag for direktekrav kan både følge av kontraktsrettslige regler, deliktsrettslige regler og berikelseslæren. Bakgrunnen for denne avgrensningen skyldes at det rettslige grunnlaget i Atlant-dommen bygget på kontraktuelle regler. De øvrige grunnlagene er derfor av begrenset betydning for avhandlingens tema.

1.4 Rettskildesituasjon og metode

Avhandlingens tema ligger i et grensesnitt mellom entrepriseretten og obligasjonsretten. Entrepriseretten er et særlig kontraktsforhold innenfor den alminnelige obligasjonsretten og er en selvstendig rettsdisiplin.²¹ Begge rettsdisiplinene forutsetter at det foreligger et kontraktsforhold mellom to eller flere parter, med den konsekvens at kontrakten mellom partene er det primære utgangspunktet når rettslige spørsmål skal klarlegges.

Ved tolkning av fremforhandlede standardkontrakter er hovedregelen at kontrakten skal tolkes objektivt.²² NS-kontraktene er fremforhandlet av andre enn avtalepartene, uavhengig av det individuelle avtaleforholdet, og det vil derfor være vanskeligere å finne frem til kontraktspartenes vilje ved inngåelsen av kontrakten.²³ Det som særlig skiller tolkningen av en fremforhandlet standardavtale fra en individuelt forhandlet avtale, er at førstnevnte har færre kilder som kan bidra til å klarlegge partenes intensjoner. Utgangspunktet ved tolkningen av standardkontrakter er dermed en objektiv tilnærming basert på hvordan en forstandig og rimelig person ville ha oppfattet den ut fra konteksten – inkludert hva som er formålet med kontrakten.²⁴

¹⁹ Se eksempelvis hvtjl. § 27 første ledd, fkjl. § 35 første ledd, kjl. § 84 første ledd og buofl. § 37 første ledd. Tilsvarende avgrensning følger av NS 8405 pkt. 37, NS 8407 pkt. 43, NS 8415 pkt. 37 og NS 8417 pkt. 43, jf. Haaskjold (2017) s. 272.

²⁰ Hagstrøm (2015) s. 294 og 295.

²¹ Hagstrøm (2011) s. 28.

²² Se Rt-2002-1155 (s. 1159) og Rt-2012-1729 (avsnitt 57 og 58) og Ørstavik (2018) pkt. 1.1.

²³ Ørstavik (2018) pkt. 1.2.

²⁴ Bjøranger Tørum (2019) s. 21.

Bakgrunnsretten kan være et relevant selvstendig tolkningsmoment når kontrakten ikke gir noen veiledning på hvilken løsning som skal velges.²⁵ Innholdet i bakgrunnsretten finner man ved å identifisere de relevante rettskildene som gjelder innenfor rettsdisiplinen(e).²⁶ Hensikten med å identifisere bakgrunnsretten på et område, er å tolke eller utfylle en uklar eller taus kontrakt med gjeldende rett. Både obligasjonsrettslige og entrepriserettslige rettskilder er sentrale deler av bakgrunnsretten når det gjelder den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav i næringsentrepriser.

Karakteristisk for entrepriserforhold mellom næringsdrivende er at rettsområdet i hovedsak er ulovfestet.²⁷ Bakgrunnen for at lovgiver har vært tilbakeholden med å lovregulere rettsområdet har sammenheng med den lange tradisjonen for selvregulering i form av utarbeidelser av standardkontrakter, som har røtter helt tilbake til 1800-tallet.

Forbrukerentrepriser er imidlertid lovregulert, og bustadsoppføringslova har bestemmelser som innholdsmessig langt på vei tilsvarer NS 8405.²⁸ Selv om særlige beskyttelseshensyn gjør seg gjeldende innenfor forbrukerentrepriser, må det være på det rene at bustadoppføringslova, med dens tilhørende forarbeider og tilknyttet praksis, kan være av betydning ved klarleggingen av øvrige entrepriserettslige regler.²⁹

Det har frem til vedtakelsen av NS 3401 i 1969 vært avtalt at alle tvister skulle avgjøres ved voldgift.³⁰ Voldgiftspraksisen har ikke vært tilgjengelig på grunn av at den som utgangspunkt ikke har vært offentlig. Dette er bakgrunnen for at det tradisjonelt har vært lite tilgjengelig rettspraksis på området. Den tidligere hovedregelen om voldgift, er i dag langt på vei forlatt i standardkontraktene. Konsekvensen er at flere saker har kommet inn for de alminnelige domstolene.

Det finnes et begrenset antall avgjørelser fra Høyesterett som gjelder direktekrav med grunnlag i ulovfestet rett. Særlig lite rettspraksis finnes om temaet innenfor entrepriseretten. Det er fem dommer som er sentrale for spørsmålet om en ulovfestet direktekravsrett og som er egnet til å belyse hvilken rettsutvikling Atlant-dommen medfører. Disse blir omtalt som

²⁵ Rt-2000-1049 (s. 1054) og HR-2016-1447-A (avsnitt 46), jf. Bjøranger Tørum (2019) s. 28.

²⁶ Høgberg (2006) s. 172.

²⁷ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25

²⁸ Forbrukerentrepriser innebærer at byggherren er en forbruker, jf. buofl. § 1 første ledd og hvtjl. § 1 første ledd. Se Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. (2004) s. 49.

²⁹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 29.

³⁰ Se Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 25 og Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. (2004) s. 49.

Siesta-, Davanger-, Nordland-, Veidekke- og Bruktbil-dommen.³¹ På grunn av manglende lovgivning og forarbeider, vil disse avgjørelsene være sentrale for å belyse innholdet i en den ulovfestede regelen om direktekrav. Dommene omhandler ulike rettsområder, herunder transportretten, eiendoms- og tingsretten, samt entrepriseretten. Selv om dommene gjelder ulike rettsområder, vil flere av de samme hensyn gjøre seg gjeldende. Dommene er derfor relevante for å vurdere innholdet av den ulovfestede regelen om direktekrav innenfor entrepriseretten.

På grunn av mangelen på viktige rettskilder innenfor næringsentrepriser, har NS-kontraktene fått økt betydning som rettskildefaktor. Flere av standardkontraktene har bestemmelser om direktekrav. Hvilken betydning reguleringen har for den ulovfestede regelen om direktekrav, er derfor av interesse i avhandlingen. Også reelle hensyn og juridisk teori er sentrale rettskilder i næringsentrepriser.³² Høyesterett har trukket frem flere hensyn som er av interesse for den konkrete avveiningen av hvorvidt direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag. Rettslitteraturen belyser også hvilke hensyn som kan vektlegges i forbindelse med en ulovfestet direktekravsadgang. Hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende for direktekrav med grunnlag i ulovfestet rett gjennomgås under punkt 3.

1.5 Veien videre

Avhandlingens punkt 2 belyser direktekravsinstituttet, samt hvilket gjennomslag reglene om direktekrav har fått i norsk rett. Hensikten er å sette den ulovfestede regelen om direktekrav inn i et rettslig perspektiv, slik at er enklere å forstå og analysere Atlant-dommen. Videre gjennomgås visse grunnforutsetninger som må foreligge for at det skal være aktuelt å vurdere om det foreligger en adgang til å fremme et direkte krav. Endelig redegjøres det for kontraktuelle direktekrav som har grunnlag i ulovfestet rett – som var det rettslige grunnlaget i Atlant-dommen.

Avhandlingens punkt 3 omhandler de mest fremtredende reelle hensyn som kan ha betydning når domstolen skal ta stilling til om det foreligger en ulovfestet adgang til å fremme direktekrav. Klarleggingen av hvilke reelle hensyn som kan tenkes å være en del av den ulovfestede regelen om direktekrav, er sentralt for å vurdere kvaliteten av Høyesteretts konkrete begrunnelse i Atlant-dommen.

³¹ Rt-1976-1117 (Siesta), Rt-1981-445 (Davanger), Rt-1995-486 (Nordland), Rt-1998-656 (Veidekke) og HR-2018-648-A (Bruktbil).

³² Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28-29.

Avhandlingens punkt 4 inneholder en analyse av Atlant-dommen, som er den siste avsagte dommen vedrørende den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav. Det sentrale med analysen er både å vurdere hvilke momenter og hensyn som var relevante i dommen, samt å vurdere om Høyesterett fulgte det samme argumentasjonsmønsteret som i tidligere avgjørelser som gjaldt den ulovfestede direktekravsretten. Formålet er å utlede noen retningslinjer som gir anvisning på hvordan spørsmålet om den ulovfestede direktekravsadgangen på entrepriserettens område skal anvendes.

Avhandlingens punkt 5 inneholder avsluttende bemerkninger omkring den ulovfestede direktekravsadgangen. Punktet tar sikte på å vurdere innholdet i den ulovfestede regelen om direktekrav, samt hvilke momenter som inngår i den konkrete vurderingen. I tillegg vurderes det om den ulovfestede regelen er god, herunder om den bør opprettholdes eller justeres.

2 Direktekravinstitutet

2.1 Innledning

Direktekrav innebærer at et misligholdskrav gjøres gjeldende overfor en tredjemann som ikke er kontraktspart, men som likevel er en del av en kontraktskjede. Slike direkte krav bryter som nevnt, med den grunnleggende relativitetsgrunnsetningen som gjelder i norsk rett.

Høyesterett har i flere tidligere avgjørelser akseptert direktekrav til tross for at det bryter med hovedregelen om at en kontrakt kun har rettsvirkninger mellom kontraktspartene.³³ I Atlant-dommen ble det derimot ikke akseptert et slikt avvik fra relativitetsgrunnsetningen. Hva som er bakgrunnen for at det i noen tilfeller gis adgang til å fravike relativitetsgrunnsetningen, mens det i andre tilfeller ikke gis en slik adgang er interessant å se nærmere på. Det må imidlertid, utvises varsomhet med å tillate en vidtgående adgang til å fremme direktekrav. En for vidtgående adgang kan føre til at utenforstående tredjemenn ikke kan forutberegne sin rettsstilling, og kan innebære at skillet mellom i og utenfor kontrakt, blir vanskeligere å trekke.

³³ Se Rt-1976-1117, Rt-1981-445, Rt-1995-486, Rt-1998-656 og HR-2018-648-A.

Den som kan fremme et direktekrav kalles i det følgende direktekravskreditor (C), mens den som direktekravet kan gjøres gjeldende mot kalles direktekravsdebitor (A). Den felles kontraktsparten mellom direktekravsdebitor og –kreditor omtales som medkontrahenten (B).³⁴

Innenfor entrepriseretten kan byggherre være direktekravskreditor (C) og underentreprenør være direktekravsdebitor (A). Hovedentreprenør vil da være medkontrahent (B) og har et selvstendig kontraktsforhold til A og et selvstendig kontraktsforhold til C. Det eksisterer dermed ikke noe kontraktsforhold mellom A og C som regulerer rettigheter og plikter dem imellom. De har kun adgang til å gjøre gjeldende kontraktsrettslige krav mot sin medkontrahent B. Hovedregelen på entrepriserettens område er at byggherre (C) retter sine mangelskrav mot hovedentreprenør (B), som han har et kontraktsforhold med. Dersom B har et tilsvarende mangelskrav mot sin underentreprenør (A), vil B kunne kreve regress hos A.

Spørsmålet om det er adgang til å fremme direktekrav kan både oppstå forbindelse med *homogene kontraktskjeder* og i forbindelse med *heterogene kontraktskjeder*. Førstnevnte innebærer at det foreligger en kjede av like kontraktstyper, mens sistnevnte innebærer at kjeden består av ulike kontraktstyper.³⁵ I entrepriserettens forhold, herunder kontrakt mellom byggherre og entreprenør, og kontrakt mellom entreprenør og underentreprenør, er det tale om en homogen kontraktskjede.

Direktekravsreglene i norsk rett kan ses på som et avledet kontraktsansvar eller formulert på en annen måte; som et kontraktslignende ansvar.³⁶ Bakgrunnen for å systematisere direktekravsreglene slik har sammenheng med det grunnleggende syn om at det ikke bør tillates direktekrav som strider mot kontraktskjedens regulering. Det innebærer følgelig at direktekravskreditors (C) krav mot direktekravsdebitor (A) er begrenset av det krav som medkontrahenten (B) kan gjøre gjeldende mot A. Dersom C, uavhengig av Bs krav mot A, kunne ha rettet sitt krav som han hadde overfor B, direkte mot A, ville det stride mot kontraktskjedens regulering. En slik praktisering av direktekrav, ville ført til at reglene om direktekrav i større grad fremstår som et selvstendig ansvar.

³⁴ Bjøranger Tørum (2007) s. 36

³⁵ Hagstrøm (2011) s. 814.

³⁶ Bjøranger Tørum (2007) s. 290 og 292.

2.2 Historisk tilbakeblikk

Første gang direktekrav ble lovfestet i Norge, var i forbindelse med revisjonen av kjøpsloven i 1974.³⁷ Det ble i den forbindelse gitt en bestemmelse om direkte mangelskrav i forbrukerkjøp (§ 49). Frem til dette tidspunktet rådet det betydelig usikkerhet, både i Norge og i de øvrige nordiske landene, om hvorvidt det forelå adgang til å fremme direkte misligholdskrav. Bestemmelsen førte til at direktekrav, herunder om det var en mer generell adgang til å fremme direktekrav på grunnlag av ulovfestede bakgrunnsregler, i større utstrekning ble drøftet i teorien. Da det i 1988 ble vedtatt en ny kjøpslov som fikk en bestemmelse om direktekravsadgang i næringskjøp, skjedde imidlertid den store omveltningen i norsk rett.³⁸ Etter denne innføringen har Norge fått en rekke lovregler om direkte mangelskrav i øvrig kontraktslovgivning.³⁹

Det er uklart hva som var bakgrunnen for at direktekrav ble innført i kontraktslovgivningen fra 1974 og utover. Både reglene om delikt, men særlig tredjemannsavtaler kunne på denne tiden gi grunnlag for direktekrav, uavhengig av lov.⁴⁰ En tredjemannsavtale innebærer at to parter inngår en avtale som gir tredjemann rettigheter.⁴¹ Selv om bakgrunnen for innføringen er usikker, er det på det rene at forutberegneligheten er styrket som følge av at vi i dag har lovregler om direktekravsadgangen. I tillegg har innføringen redusert behovet for å innlemme direktekravsregler under andre regelsett.

Den første standardkontrakten som ble vedtatt var NS 401 i 1938.⁴² Denne hadde ikke bestemmelser om direktekrav, men ble for første gang introdusert i entrepriserettslig sammenheng med NS 3431 som kom i 1992.⁴³ Selv om dette var den første NS-kontrakten som hadde bestemmelser om direktekrav, aksepterte domstolene også før dette tidspunktet at det forelå en adgang til å fremme direktekrav.

2.3 Direktekrav i andre rettssystemer

Selv om den nordiske dimensjonen var sentral ved reformasjonen av de nordiske kjøpslovene på 1980-tallet, viser kjøpsloven av 1988 § 84, at Norge bevisst prioriterte direktekrav fremfor

³⁷ Bjøranger Tørum (2007) s. 175.

³⁸ Se kjøpsloven § 84.

³⁹ Se eksempelvis hvtjl. § 27, fkjl. § 35, avhl. § 4-16 og buofl. § 37.

⁴⁰ Bjøranger Tørum (2007) s. 176.

⁴¹ Se Rt-1995-975 (s. 979).

⁴² Nordtvedt, Ruud, Bergsaker, Bjørnvik, Johansen (2013) s. 22.

⁴³ Giverholt, Arvesen, Marthinussen (2012) s. 714.

nordisk rettslikhet.⁴⁴ Lenge var det et slags dansk-norsk fellesskap hva gjaldt regler om direktekrav. I Norge fikk eiendomskjøpere adgang til å fremme direkte mangelskrav mot blant annet tidligere salgssledd ved avhendingslova § 4-16 i 1991. Danmark fikk en slik bestemmelse i 1994, men den begrenser seg til forbrukerforhold. I dag kan man legge til grunn at reglene om direkte mangelskrav har nokså sikkert grunnlag og innhold i norsk rett. I Danmark er det imidlertid fortsatt noe uklart i hvilken utstrekning direktekrav godtas.

I svensk rett er utgangspunktet at direktekrav må ha hjemmel i lovgivningen for at det skal kunne tillates. Den konservative praktiseringen av direktekrav som gjelder i Sverige, har mange likhetstrekk med eldre norsk teori omkring dette rettsområdet. Hensynet til nordisk rettslikhet får av denne grunn begrenset betydning innenfor området for direktekrav, men det kan likevel ikke utelukkes at både svensk og dansk rett kan gi inspirasjon og veiledning ved løsning av enkeltspørsmål.

Selv om det finnes en rekke interessante tilnærminger til direktekravsinstituttet, også i land utenfor Norden, vil en slik fremstilling passe bedre inn i en komparativ analyse av reglene om direktekrav.⁴⁵ Det sentrale for denne avhandlingen er å vurdere gjeldende rett, med utgangspunkt i norsk rettspraksis. Det er av denne grunn av begrenset interesse å bevege seg inn i en inngående drøftelse av andre lands praktisering av direktekrav. Dette støttes også av at Atlant-dommen, samt øvrige rettsavgjørelser som gjelder direktekrav, ikke inkluderer andre lands praksis som et relevant vurderingsmoment. Det skal likevel innrømmes at andre rettssystemers praktisering av direktekravsinstituttet *kan* være en viktig kilde ved den videre utviklingen av norske regler om direktekrav.

2.4 Grunnvilkår for å fremme direktekrav

For at et direktekrav skal kunne gjøres gjeldende på ulovfestet grunnlag, må tre grunnforutsetninger være til stede.⁴⁶ Disse grunnforutsetningene har både støtte i lovreglene om direkte mangelskrav og har kommet til uttrykk i Atlant-dommen, samt i tidligere dommer fra Høyesterett.⁴⁷

⁴⁴ Bjøranger Tørum (2007) s. 29 og 30.

⁴⁵ Se Bjøranger Tørum (2007) s. 41 flg. for en inngående komparativ og analytisk fremstilling av engelsk, amerikansk, tysk og fransk direktekravsrett.

⁴⁶ Haaskjold (2017) s. 271 og 272 og Tørum Bjøranger (2007) s. 321.

⁴⁷ Se blant annet Rt-1976-1117, Rt-1981-445, Rt-1995-486, Rt-1998-656 og HR-2018-648-A, samt Bjøranger Tørum (2007) s. 322.

Det første grunnvilkåret som kan oppstilles er at det må foreligge *en kontraktskjede*. Det betyr at ytelsen direktekravet knytter seg til, må ha vært gjenstand for omsetning i mer enn ett ledd. Dersom det ikke foreligger en avtale i leddet mellom A og B og i leddet mellom B og C, må direktekravet heller bygges på deliktsgrunnlag – de alminnelige erstatningsrettslige regler utenfor kontrakt. Det fremgår forutsetningsvis av flere høyesterettsavgjørelser at dette er et vilkår for direktekrav.⁴⁸ I Atlant-dommen hadde Entreprenøren inngått kontrakt med Arkitekten basert på NS 8402. Deretter inngikk Arkitekten en muntlig avtale med de to Underrådgiverne. Prosjektet som gjaldt rehabilitering av Midtbygningen var dermed gjenstand for omsetning i flere ledd, og det forelå følgelig en kontraktskjede.

For det andre er det en forutsetning for å fremme direktekrav at *den kravet rettes mot (A) selv er i kontraktsbrudd med sin medkontrahent (B)*.⁴⁹ Dette er naturlig fordi grunntanken bak direktekrav er at kravet skal kunne rettes mot det leddet i omsetningskjeden hvor kravet har oppstått – hos den egentlige ansvarlige. Dersom en tenker seg at A ikke har gjort seg skyldig i et kontraktsbrudd med B, vil det heller ikke foreligge noe grunnlag for C til å fremme et direktekrav mot A. I Atlant-dommen hevdet Entreprenøren (C) at både Underrådgiverne (A) og Arkitekten (B) hadde gjort feil under prosjekteringen. Ved at Høyesterett tok stilling til spørsmålet om direktekrav viser det at Underrådgiverne (A) hadde gjort seg skyldig i et kontraktsbrudd overfor Arkitekten (B).

For det tredje er det en forutsetning for at C skal kunne fremme direktekrav at *medkontrahenten (B) må ha et misligholdskrav mot direktekravsdebitor (A)*. Dette grunnvilkåret har nær sammenheng med den andre grunnvilkåret, da ingen av disse grunnvilkårene vil være oppfylt uten det andre. Det andre og det tredje grunnvilkåret har blant annet kommet klart til uttrykk i Siesta-dommen hvor det ble uttalt at As eneste interesse var at det ikke skulle øke dets ansvar om C trådte inn i Bs krav.⁵⁰ Dommen viser følgelig at det er en forutsetning for direktekrav at B har et krav mot A, som C eventuelt kan tre inn i. Liknende uttalelser følger både av Davanger- og Veidekke-dommen.⁵¹ Utgangspunktet er dermed at de tre grunnforutsetningene må foreligge for at det skal være aktuelt å fremme et direktekrav.

De tre grunnforutsetningene er imidlertid ikke avgjørende for hvorvidt direktekrav faktisk kan fremsettes. Foreligger grunnforutsetningene, må det foretas en konkret vurdering av det

⁴⁸ Se eksempelvis HR-2018-2256-A, Rt-1981-445 og Rt-1976-1117.

⁴⁹ Bjøranger Tørum (2007) s. 322.

⁵⁰ Rt-1976-1117 (s. 1122).

⁵¹ Rt-1981-445 (s. 451) og Rt-1998-656 (s. 662).

aktuelle typetilfellet om hvorvidt direktekrav skal tillates. De reelle hensyn som gjør seg gjeldende, vil stå sentralt ved vurderingen. Hvilke relevante hensyn og interesser som kan tenkes å ha betydning i den konkrete vurderingen, gjennomgås under punkt 3 i avhandlingen.

2.5 Kontraktuelle direktekrav med grunnlag i ulovfestet rett

2.5.1 Utgangspunkt

I Atlant-dommen var de ulovfestede reglene om direktekrav det rettslige utgangspunktet. Direktekrav som har grunnlag i ulovfestede regler hører systematisk under de kontraktsrettslige regler. Det er dermed naturlig å tale om *kontraktuelle direktekrav med grunnlag i ulovfestet rett*.

Det kan generelt tenkes tre mulige grunnlag som kan begrunne direktekrav: (1) Kontrakt, (2) delikt og (3) ugrunnet berikelse.⁵² Hvilket grunnlag som benyttes, har betydning både for hvilke vilkår som må foreligge for at direktekrav skal kunne tillates, og betydning for hvilke virkninger det har at direktekravet fremmes.⁵³ Avhandlingen avgrenser mot direktekrav med grunnlag i delikt og berikelseslæren, da det kontraktuelle ansvaret var hjemmelsgrunnet i Atlant-dommen og er det interessante for fremstillingen.

Kontraktuelle direktekrav kan ha sitt rettslige utgangspunkt i lov, ulovfestet bakgrunnsrett eller partsdisposisjoner. De misligholdsbeføyelser direktekravskreditor (C) kan fremme overfor direktekravsdebitor (A), kan være alt fra retting, omlevering, prisavslag, heving eller erstatning, avhengig av om vilkårene for å gjøre disse gjeldende er oppfylt. Avhandlingen tar utgangspunkt i den ulovfestede bakgrunnsretten, men de øvrige kontraktuelle grunnlagene kan være relevante for å klarlegge innholdet i den ulovfestede regelen. De øvrige grunnlagene for direktekrav, kan dermed være viktige bidragsfaktorer ved klarleggingen av innholdet i den ulovfestede regelen.

2.5.2 Ulike modeller for kontraktbaserte direktekrav

Kontraktbaserte krav kan baseres på tre ulike modeller: Subrogasjon, springende regress eller tredjemannsløfte.⁵⁴ I kontraktslovgivningen og i tidligere praksis fra Høyesterett, benyttes både subrogasjonsmodellen og regressmodellen. NS-standardene bygger gjennomgående på regressmodellen. Direktekrav som har grunnlag i bakgrunnsretten følger nødvendigvis den

⁵² Hagstrøm (2011) s. 814 og Cordero-Moss (2018) s. 394.

⁵³ Cordero-Moss (2018) s. 394.

⁵⁴ Hagstrøm (2011) s. 819 og Haaskjold (2017) s. 272-277.

samme regulering som de sentrale rettskildene på området. Av denne grunn er modellen som bygger på tredjemannsløfte av mindre betydning. I det følgende gjennomgås innholdet i regress- og subrogasjonsmodellen. Grunnen til at det er relevant å sondre mellom de ulike modellene, er fordi det vil ha betydning for hvordan Cs direktekrav mot A skal avgrenses.

Direktekrav som bygger på subrogasjon innebærer at C kan gjøre krav gjeldende overfor A selv om det ikke foreligger mislighold overfor C.⁵⁵ Det kreves imidlertid at B har et misligholdskrav overfor A som C kan tre inn i. Subrogasjonsmodellen er følgelig en form for cesjon – overdragelse – hvor C trer inn i Bs misligholdskrav overfor A.⁵⁶ Både kjøpsloven § 84 og avhendingslova § 4-16 bygger på subrogasjonsmodellen.⁵⁷

Ved springende regress – også omtalt som dobbeltbegrensningsmodellen eller regressmodellen – kan C gjøre sitt eget misligholdskrav mot B gjeldende overfor A.⁵⁸ A hefter da kun innenfor rammen av det ansvar han har overfor B. Resultatet vil være det samme som om C hadde gjort gjeldende sitt krav overfor B, som igjen hadde søkt regress hos A. Direktekrav basert på springende regress er hovedregelen etter forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd.⁵⁹ Samtlige av NS-kontraktene som innehar bestemmelser om direktekrav benytter formuleringen ”sine mangelskrav” eller ”sine krav” og må forstås som en henvisning til dobbeltbegrensningsmodellen.⁶⁰

Hvilken modell som inngår i den ulovfestede regelen om direktekrav, er usikkert. Dette drøftes under punkt 4.4.10.

3 Reelle hensyn

3.1 Innledning

Direktekrav bryter med relativitetsgrunnsetningen og skaper dermed plikter for en tredjemann som ikke er kontraktspart. I Atlant-dommen konstaterte Høyesterett at det kreves en god

⁵⁵ Hagstrøm (2015) s. 298.

⁵⁶ Utgangspunktet i norsk rett er at formuerettslige krav kan overdras, jf. Rt-2008-385 (avsnitt 61), jf. Bergsåker (2015) s. 85, Haaskjold (2017) s. 237 og Bjøranger Tørum (2007) s. 452.

⁵⁷ Se Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 137 og Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 113.

⁵⁸ Haaskjold (2017) s. 274.

⁵⁹ Se NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov s. 154.

⁶⁰ Se eksempelvis NS 8401 pkt. 13.6, NS 8405 pkt. 37, NS 8407 pkt. 43, NS 8415 pkt. 37 og NS 8417 pkt. 43, jf. Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. (2004) s. 557 og Nordtvedt, Ruud, Bergsaker, Bjørnvik og Johansen (2013) s. 654.

begrunnelse for å avvike hovedregelen om at en kontrakt kun skaper rettigheter og plikter for kontraktspartene.⁶¹ Terskelen for å tillate direktekrav er dermed som utgangspunkt høy.

Reelle hensyn er sentrale ved vurderingen av om direktekrav kan tillates på ulovfestede grunnlag. Hvilke hensyn som var avgjørende i Atlant-dommen gjennomgås i avhandlingens punkt 4. Det sentrale her er å klarlegge hvilke hensyn som kan tale for eller mot en ulovfestet direktekravsadgang. Ved å klarlegge de sentrale hensynene, blir det enklere å vurdere kvaliteten av Høyesteretts vurderinger i Atlant-dommen.

3.2 Hensynet til direktekravskreditor (C)

Det er særlig direktekravskreditor (C) som vil være tjent med å ha en direktekravsadgang mot andre enn hans medkontrahent (B). For C vil det være en klar fordel å kunne fremme sitt mangelskrav direkte mot direktekravsdebitor (A) fordi han oppnår større sikkerhet for å få dekning for sitt krav.⁶² Denne fordelene viser seg blant annet i de tilfeller B ikke lenger er solvent, har gått konkurs eller av andre grunner er ute av stand til dekke kravet. Videre kan det tenkes at C foretrekker å rette kravet direkte mot A på grunn av reglene om vernetting eller på grunn av forhold på det mer personlige plan. Ettersom lovgiver har valgt å innføre bestemmelser om direktekrav i en rekke lover, viser det at Cs behov for å fremme et krav direkte mot A er såpass tungtveiende at hensynet til C går foran As forutberegnelighet i disse tilfellene.⁶³ De lovfestede regler om direktekrav bygger dermed i stor grad på Cs behov for å kunne fremme kravet direkte, samt Cs behov for å øke sine dekningsmuligheter.

I denne sammenheng er det relevant å vurdere om C har et *legitimt behov* for å fremme direktekrav. Bakgrunnen for direktekravsinstituttets fremvekst er som påpekt, hensynet til Cs behov for å øke sine dekningsmuligheter. Det er dermed interessant å se nærmere på hvilke behov på Cs side som kan være en legitim begrunnelse for å tillate direktekrav. C har eksempelvis ikke et legitimt behov i de tilfeller han har fått sitt krav fullt oppgjort av B, og deretter trer inn i Bs mer omfattende krav mot A, for å kreve mer enn det C kunne ha krevd hos sin medkontrahent (B). Det ville innebære at C fikk en ugrunnet fordel. I slike tilfeller har ikke C et legitimt behov for å fremme direktekrav.

⁶¹ Avsnitt 95.

⁶² Haaskjold (2017) s. 270.

⁶³ Se eksempelvis kjl. § 84, avhl. § 4-16, buofl. § 37, hvtjl. § 27 og fkjl. § 35.

Motsetningsvis kan det tenkes at C har et legitimt behov for å fremme direktekrav dersom B er insolvent eller har gått konkurs, og det viser seg at A misbruker Bs insolvens overfor C til å kreve betalt for å utbedre manglene.⁶⁴ Selv om det er flere typetilfeller som kan trekkes frem som eksempler på når C vil kunne tenkes å ha et legitimt behov for direktekrav, vil det føre for langt å gi en utførlig gjennomgang av disse. Poenget er å fremheve at Cs motivasjon for å fremme et direktekrav kan være av betydning for vurderingen av om et slikt krav skal aksepteres. Hva som er motivasjonen bak direktekravet inngår som en naturlig del av vurderingen av hvorvidt C rent faktisk har et behov for å fremme kravet mot A.

3.3 Rettstekniske og oppgjørstekniske hensyn

Adgangen til å fremme direktekrav kan også begrunnes ut fra *praktiske, retstekniske og oppgjørstekniske hensyn*.⁶⁵ Det vil i mange tilfeller være både tidsbesparende og mindre ressurskrevende å rette et mangelskrav direkte mot direktekravsdebitor (A) i stedet for å rette kravet mot medkontrahenten (B), som deretter fremmer det samme kravet mot sin medkontrahent (A). Særlig kan det være praktisk med direktekrav når kontraktsbruddet medfører at det kan fremsettes krav om retting eller utbedring. A har i mange tilfeller bedre forutsetninger enn B til å rette mangelen, da A gjerne besitter den nødvendige kunnskapen om den aktuelle mangelen. Et annet tilfelle hvor direktekrav kan være en praktisk løsning, er der mangelskravet er omtvistet. I slike tilfeller vil ofte A ha bedre kunnskap om det arbeidet eller de produkter som er levert, og dermed kunne bidra med avklaringer for å avklare om det faktisk foreligger en mangel.

Dersom C kan rette et mangelskrav direkte mot A og dermed dit hvor mangelen har oppstått, unngår man at C må rette kravet mot B som deretter vil kreve regress hos A. Dette er tidsbesparende, særlig i de tilfeller hvor kravet gjelder utbedring og det er direktekravsdebitor som i så fall skal utføre utbedringen.⁶⁶

3.4 Hensynet til direktekravsdebitor (A)

Hensynet til direktekravsdebitor (A) er sentralt ved spørsmålet om direktekrav fordi direktekravsrett vil kunne øke As forpliktelser til å omfatte andre enn hans kontraktspart. På grunn av at As forpliktelser øker, uten at det har grunnlag i kontrakten mellom A og B, er dette hensynet et tungtveiende argument mot å tillate direktekrav.

⁶⁴ Bjøranger Tørum (2007) s. 324.

⁶⁵ Haaskjold (2017) s. 270 og 271.

⁶⁶ Giverholt, Arvesen, Marthinussen (2012) s. 715.

I forarbeidene til kjøpsloven begrunnes direktekravsadgangen med at direktekravsdebitor (A) neppe har noen «beskyttelsesverdig interesse» i å motsette seg et direktekrav fra et senere kontraktsledd, forutsatt at kravet begrenses til det som A må finne seg i fra sin kontraktspart (B).⁶⁷ Uttalelsen tilsier at det er færre betenkeligheter med å tillate direktekrav dersom kravet fra C begrenses til det krav som B kunne gjort gjeldende mot A.

Dersom direktekravet ikke kan overstige det krav B har mot A, har A muligheten til å forutberegne sin rettsstilling. Motsetningsvis vil et direktekrav som overstiger det krav B kunne gjort gjeldende mot A, være i strid med den ansvarsregulering som er kontraktsfestet mellom A og B. Dersom en slik løsning tillates, vil det være vanskelig for A å forutberegne sitt ansvar for eventuelle mangler. Å tillate direktekrav som overstiger det krav som B kunne gjort gjeldende mot A, harmonerer dårlig med reglene i kontraktslovgivningen og innebærer at kontraktsreguleringen mellom A og B blir satt til side, til fordel for Cs behov for å dekke sitt krav. Dersom direktekrav tillates i strid med kontraktkjedens regulering, vil det ikke lengre være naturlig å tale om et avledet kontraktsansvar. En slik løsning vil innebære at det blir vanskeligere å trekke grensen mot direktekrav som har grunnlag i delikt. En ulovfestet direktekravsrett som overstiger det krav som B kunne gjort gjeldende er dermed ikke en ønskelig løsning og er en interesse som er beskyttet.

Avhendingslovas bestemmelse om direktekrav bygger på den samme begrunnelsen som ble lagt til grunn for kjl. § 84.⁶⁸ Den sentrale begrunnelsen i kjøpsloven og avhendingsloven for å tillate direktekrav, er hvorvidt direktekravsdebitor (A) har noen *beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg direktekravet*. Dette hensynet har også flere ganger vært sentralt i Høyesteretts vurdering av om direktekrav skal tillates på bakgrunn av ulovfestede regler.⁶⁹

Ved vurderingen av om A har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et direktekrav, er det av betydning om A oppnår en *ugrunnet og tilfeldig fordel* om direktekrav ikke tillates. Dersom det er klart at A er ansvarlig for mangelen, kan det fremstå som en tilfeldig fordel for A om C skulle vært avskåret fra å rette kravet direkte mot A fordi B for eksempel viser seg å være insolvent. Dette momentet var relevant i Bruktbil-dommen hvor Høyesterett uttalte at det ville være en «uberettiget berikelse om verkstedet skulle slippe å

⁶⁷ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 136.

⁶⁸ Se avhl. § 4-16, jf. Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 112.

⁶⁹ Rt-1976-1117 (s. 1122), Rt-1981-445 (s. 451) og HR-2018-648-A (avsnitt 57).

dekke sitt mangelsansvar fordi bilen ble videresolgt». ⁷⁰ Også i Davanger-dommen la Høyesterett vekt på om A «ville bli sittende med en etter omstendighetene ugrunnet berikelse». ⁷¹ Uttalelsene viser at et moment i vurderingen av om A har en beskyttelsesverdig interesse, er hvorvidt A oppnår en ugrunnet eller uberettiget berikelse. Dersom det er tilfellet vil det tale i retning av at direktekrav burde tillates.

Hva som skal til for at det er tale om en ugrunnet og tilfeldig fordel, er ikke uten videre helt klart. Det må nok antas at alle økonomiske fordeler som A får som følge av at C ikke tillates å fremme direktekrav, omfattes av formuleringen. Forutsetningen er at A blir sittende med en berikelse som han i utgangspunktet ikke har rett til, i henhold til kontrakten med B. I tillegg kan det være retningsgivende å vurdere om As tilfeldige fordel går på bekostning av C.

Videre er det av betydning om A, ved kontraktsinngåelsen, *kunne regne med* at et – mer omfattende – mangelskrav ville kunne bli rettet mot ham. ⁷² Dersom A kunne ha regnet med en slik mulighet, vil det tale for at direktekrav skal tillates. Dette momentet har sammenheng med at det er ønskelig at kontraktskjedens regulering følges.

Eksempelvis vil det være betenkelig dersom C skulle ha adgang til å fremme et direktekrav mot A, når A har fraskrevet seg det aktuelle ansvaret overfor B. ⁷³ Dersom direktekrav tillates til tross for As ansvarsfraskrivelse overfor B, vil det både virke urimelig, være lite forutberegnelig og generelt virke urimelig for A. Direktekrav vil i slike tilfeller ikke være noe A hadde grunn til å regne med ved kontraktsinngåelsen og taler dermed for at direktekrav i slike tilfeller bør være avskåret. ⁷⁴ Hvorvidt A har fraskrevet seg ansvar overfor B kan enten ha skjedd uttrykkelig eller fremgå forutsetningsvis. ⁷⁵

I forarbeidene til kjøpsloven fremgår det også at når C ikke har større rett enn sin medkontrahent (B), innebærer det at A kan gjøre gjeldende at B allerede har mottatt oppgjør for krav på grunn av samme mangel. ⁷⁶ Et liknende synspunkt er også kommet til uttrykk i forarbeidene til håndverkertjenesteloven hvor det legges til grunn at Cs rett til å fremme direktekrav er «undergitt den begrensning» at dersom A allerede har gjort opp med B, så er C

⁷⁰ HR-2018-648-A (avsnitt 57).

⁷¹ Rt-1981-445 (s. 451).

⁷² HR-2018-648-A (avsnitt 48 og 57), Rt-1976-1117 (s. 1122), Rt-1981-445 (s.451) og Rt-1998-656 (s. 663).

⁷³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 138 og Bjranger Tørum (2007) s. 198.

⁷⁴ Hagstrøm (2015) s. 295.

⁷⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 138.

⁷⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 137.

avskåret fra å fremme kravet.⁷⁷ Det kan dermed utledes at A er beskyttet mot å måtte gjøre opp det samme kravet flere ganger. Dette synspunktet har nær sammenheng med hva A kunne ha regnet med ved inngåelsen av kontrakten med B. Det er lite trolig at A regner med at både B og C skal kunne gjøre gjeldende krav mot A, for den samme mangelen. Dersom den ulovfestede regelen om direktekrav inneholder en slik begrensning, vil hensynet til A bli lettere å ivareta.

Det kan etter dette legges til grunn at det vil være lettere å godta direktekrav på ulovfestet grunnlag dersom hensynet til A er ivaretatt. Dette innebærer at A ikke må ha noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet, herunder at A ikke blir sittende med en ugrunnet og tilfeldig fordel, eller at kravet overstiger det A kunne ha regnet med.

3.5 Hensynet til medkontrahtenten (B)

Hensynet til medkontrahtenten (B) kan også ha betydning ved vurderingen av om direktekrav skal tillates. Medkontrahtenten kan av ulike grunner ønske å selv disponere over sitt misligholdskrav mot A. Dette kan være tilfellet dersom B ønsker å avregne mangelskravet i et større oppgjør mellom B og A. I tillegg kan det tenkes tilfeller hvor C vil kunne oppnå en ugrunnet fordel på bekostning av B, særlig dersom C ikke har et misligholdskrav mot B, men bygger sin rett på at han har kontrahert ytelsen fra B.⁷⁸ Likevel er betydningen av denne innvendingen begrenset fordi B er berettiget til å disponere over kravet mot A, i alle fall inntil avtale med C er inngått.

Høyesterett har i flere tidligere dommer, hvor det var spørsmål om å fremme direktekrav, lagt vekt på hvordan B har valgt å forholde seg til at C ønsker å gjøre et direktekrav gjeldende mot A.⁷⁹ I *Siesta*-dommen lot Høyesterett det stå åpent hvorvidt direktekrav kunne fremmes uten hensyn til Bs holdning til at direktekravet ble gjort gjeldende.⁸⁰ Det kan følgelig utledes at dersom B har forholdt seg positiv til at C ønsker å fremme direktekrav mot A, kan det tale for at det er lettere å akseptere en slik adgang. Det kan imidlertid ikke sies noe sikkert om hva som er løsningen dersom B motsetter seg at direktekravet gjøres gjeldende. Basert på tidligere avgjørelser i Høyesterett, virker det imidlertid som at B sjelden har innvendinger mot at direktekrav fremmes.

⁷⁷ NOU 1979:42 s. 119.

⁷⁸ Hagstrøm (2015) s. 295.

⁷⁹ Rt-1981-445 (s. 451) og Rt-1976-1117 (s. 1122).

⁸⁰ Rt-1976-1117 (s. 1122).

En innvending mot å tillate direktekrav, er at B har behov for å få informasjon om at hans medkontrahent (A) ikke har utført sine forpliktelser kontraktsmessig. I de tilfeller direktekrav fremmes, vil ikke nødvendigvis B bli informert om at direktekravet gjøres gjeldende mot A. B har normalt et behov for å kunne føre kontroll med hans kontraktsmedhjelpers gjennomføring av kontrakten. Dersom direktekrav fremmes uten at B blir informert om dette, vil han heller ikke vite om A har overholdt sine kontraktsforpliktelser overfor ham. Det må dermed legges til grunn at betenkelighetene med å tillate direktekrav øker dersom B ikke sikres kunnskap om det forholdet som gir C rett til å fremme et direktekrav mot A.

3.6 Hensynet til medkontrahentens (B) øvrige kreditorer

Et hensyn som kan tale mot å akseptere direktekrav, er *hensynet til Bs øvrige kreditorer* ved konkurs. Dersom B har gått konkurs, vil C ved å fremme direktekrav mot A, oppnå et fortrinn sammenliknet med Bs øvrige kreditorer. En slik fortrinnsrett kan representere et unntak fra utgangspunktet om at konkursskyldnerens (B) personlige kreditorer skal behandles likt.⁸¹ Det avgjørende ved vurderingen av om direktekrav strider mot likedelingsprinsippet, er hvorvidt konkursboet påføres et tap. Dersom boet ikke påføres noe tap som følge av direktekravet, vil C heller ikke begunstiges på boets bekostning.

Innvendingen om at direktekrav kan stride mot likedelingsprinsippet i konkurs, kan tilsi at direktekrav skal avskjæres. Motsetningsvis kan det argumenteres med at reglene om direktekrav ikke er etablert med sikte på konkurstilfellene alene, og at direktekrav generelt har blitt mer anerkjent i norsk rett.⁸² Disse momentene kan tale for at direktekrav likevel ikke skal avskjæres. I tillegg er det mulig å se direktekravsadgangen som en form for separatisrett, som innebærer at kravet separeres fra de øvrige midlene i boet.⁸³ Dersom en slik betraktning legges til grunn, vil det være mindre naturlig å hevde at fremsettelse av direktekravet går på bekostning av Bs øvrige kreditorer.

I Atlant-dommen påpekte mindretallet at Bs konkursbo ikke hadde «frem satt noe konkurrerende krav» mot A, og det var «opplyst at bobehandlingen er avsluttet».⁸⁴ Uttalelsen indikerer at hensynet til Bs kreditorer kan få betydning i vurderingen av hvorvidt direktekrav skal tillates. Dersom både Bs konkursbo og C fremsetter et krav mot A slik at kravene

⁸¹ Bjøranger Tørum (2007) s. 184.

⁸² Hagstrøm (2015) s. 295-296.

⁸³ Lilleholt (2012) s. 38.

⁸⁴ Avsnitt 137.

konkurrerer med hverandre, kan det virke betenkelig dersom C skulle få tilkjent kravet på bekostning av Bs konkursbo. Likevel er denne innvendingen ikke særlig praktisk da konkursboet ikke kan gjøre et krav gjeldende mot A, med mindre det har utbetalt dividende til C.⁸⁵ Dersom dividende er utbetalt til C, vil han ikke lenger ha noe krav å gjøre gjeldende mot A. Problemstillingen om at det fremsettes konkurrerende krav kan dermed ikke begrunne at direktekravsrett skal være avskåret.

Flertallet i Atlant-dommen uttalte seg ikke om hvilken betydning hensynet til Bs kreditorer skal eller bør ha. Heller ikke i andre avgjørelser fra Høyesterett nevnes dette hensynet. Det er dermed få holdepunkter i rettspraksis for hvorledes hensynet til Bs kreditorer skal håndteres og eventuelt hvilken betydning likedelingsprinsippet i konkurs vil ha dersom direktekrav fremsettes. Det må kunne legges til grunn at dersom bobehandlingen er avsluttet, vil hensynet til Bs øvrige kreditorer ha mindre betydning. Dersom bobehandlingen ikke er avsluttet og C ønsker å fremme et krav direkte mot A, vil hensynet til kreditorene være mer fremtredende. På bakgrunn av de ovennevnte momenter, er det nærliggende å la Cs direktekravsrett gå foran hensynet til Bs øvrige kreditorer. Dette synspunktet forsterkes av at direktekrav er lovfestet i en rekke kontraktslover slik at lovgiver for disse tilfellene har akseptert at Cs direktekrav skal tillates til tross for at det finnes andre kreditorer. Cs krav har i slike tilfeller «forrang», og underbygger argumentet om at direktekrav kan betraktes som en form for separatistrett.

3.7 Hensynet til konsekvente regler

Et sentralt tema ved vurderingen av om direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag, er *hvor nært beslektet det aktuelle typetilfellet er* med typetilfeller som inngår i lovreglene om direktekrav.⁸⁶ Dette momentet har vært fremhevet flere ganger av Høyesterett.⁸⁷ Dersom typetilfellet ligger nært opp til de typetilfeller som er omfattet av lovgivningen, taler det for at direktekrav kan tillates. Grunnen til dette er særlig fordi de hensyn som begrunner lovreglene om direktekrav, også kan gjøre seg gjeldende på andre områder som ikke er lovregulert. Dersom de samme hensyn som begrunner en lovregel om direktekrav, også gjør seg gjeldende i et annet typetilfelle, vil det dermed være færre betenkeligheter ved å tillate direktekrav på ulovfestet grunnlag. Det blir da tale om å anvende lovbestemmelsen – eller deler av lovbestemmelsen – analogisk.

⁸⁵ Vagner og Iversen (2005) s. 218.

⁸⁶ Bjøranger Tørum (2007) s. 323.

⁸⁷ HR-2018-2256-A (avsnitt 106), Rt-1998-656 (s. 660- 661), Rt-1976-1117 (s. 1122) og HR-2018-648-A (avsnitt 53).

På den annen side, vil det ikke nødvendigvis være utelukket å fremme direktekrav dersom det ikke eksisterer lovregler som er nært beslektet med det aktuelle rettsområdet. Det kan likevel foretas en helhetsvurdering av om det gjør seg gjeldende særlige betenkeligheter eller om det er noen fremtredende interesser som likevel taler for å akseptere direktekrav i det aktuelle typetilfellet. Dette var tilfellet i Veidekke-dommen, hvor det ikke fantes lovbestemmelser om direktekrav innenfor næringsentrepriser, men hvor retten likevel kom frem til at det forelå direktekravsadgang basert på andre momenter.⁸⁸ Også i Davanger-dommen kom Høyesterett til at direktekrav kunne tillates på bakgrunn av at det hadde skjedd en overføring mellom B og A av de misligholdsbeføyelser som kunne gjøres gjeldende overfor C. Førstvoterende uttalte at det derfor ikke var nødvendig «å gå inn på om det med hjemmel i deklarasjoniske rettsregler ville vært adgang» for C å fremme direktekrav mot A.⁸⁹ Det ble følgelig ikke tatt stilling til hva som fulgte av lovreglene på tilgrensende rettsområder.

Det kan hevdes at hensynet til konsekvente regler innenfor entrepriseretten innebærer at den ulovfestede regelen om direktekrav er betinget. Bakgrunnen for dette synspunktet skyldes at samtlige av NS-kontraktene som har bestemmelser om direktekrav, tillater direktekrav såfremt «det må anses godtgjort at kravet *ikke kan gjennomføres* mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort *på grunn av konkurs eller annen klar insolvens*» (min uthevning).⁹⁰ Direktekravsretten er følgelig gjort betinget av umulighet eller insolvens. Det er dermed naturlig at også den ulovfestede regelen inneholder de samme betingelser for at direktekrav skal kunne aksepteres.

3.8 Hensynet til sakens opplysning

Det er et grunnleggende utgangspunkt at oppgjøret etter en skade skal bli så riktig som mulig, slik at ansvaret plasseres hos den egentlige ansvarlige.⁹¹ For å nå dette målet er det viktig at både faktum og avtalen mellom partene *belyses så godt som mulig*. Det er dermed sentralt at partene i kontraktskjeden engasjerer seg. Det kan for eksempel dreie seg om å belyse innholdet i kontrakt, møtereferater og andre dokumenter som kan fortelle noe om endringer underveis. Det er ofte slik at de ulike partene i kjeden besitter ulike dokumenter og informasjon som kan være nyttig for å belyse saken. Både Veidekke-dommen og Rt-2007-1768 er eksempler på at det ikke var gitt tilgang til ulike dokumenter fra underentreprisen. I

⁸⁸ Rt-1998-656 (s. 661-662).

⁸⁹ Rt-1981-445 (s. 451).

⁹⁰ Se NS 8401 pkt. 13.6, NS 8405 pkt. 37, NS 8407 pkt. 43, NS 8415 pkt. 37 og NS 8417 pkt. 43.

⁹¹ Aas (2016) pkt. 3.2.

sistnevnte dom ble avklaringer forvansket ved at C fremmet direktekrav overfor A. Dersom C hadde fremmet sitt krav mot B, ville B fått en egeninteresse i å avklare forholdet til A for å vurdere om kravet kunne videreføres til A.

Det kan tenkes at et direktekrav medfører at det blir vanskeligere å få full oversikt over saken fordi en part i kontraktskjeden ikke har egeninteresse i saken, men det trenger ikke nødvendigvis å være slik. Likevel kan det være en innvending mot å tillate direktekrav, at saken ikke vil bli godt nok opplyst.

3.9 Bransjepraksis

Entrepriseretten er et spesielt rettsområde fordi det er så godt som uregulert, og fordi bransjen selv har utarbeidet et omfattende sett av NS-kontrakter. Av denne grunn overlates mye ansvar til partene, og i tillegg er det unaturlig å lene seg på den alminnelige kontraktsretten på enkelte områder.⁹² Selv om standardkontraktene kan sies å være en kodifisering av alminnelig entrepriserett og kontraktsrett, bærer flere av bestemmelsene preg av å være fremforhandlede løsninger. Domstolene bør av denne grunn ikke legge til grunn en regel som er i strid med bransjens oppfatning. Det som imidlertid kan være vanskelig å avgjøre, er hva som er i strid med bransjens oppfatning på bakgrunn av mangelen på «forarbeider». I byggebransjen har det blitt svært vanlig å benytte seg av en betinget direktekravsrett. Dette kan både tale for en ulovfestet regel om direktekrav, men også tale mot en slik regel fordi adgangen er uttømmende regulert i NS-kontraktene.

3.10 Rimelighet og forutberegnelighet

Et spørsmål som oppstår ved vurderingen av om direktekrav skal tillates med grunnlag i ulovfestede regler, er hvorvidt *rimelighetsbetraktninger* kan tas i betraktning. Ingen av avgjørelsene som gjelder direktekrav etter ulovfestede regler, bruker rimelighetshensyn som et eksplisitt moment i vurderingen. I Atlant-dommen uttaler flertallet at det «kan virke lite rimelig» om A slipper ansvar på bakgrunn av at B hadde gått konkurs.⁹³ Uttalelsen må kunne tas til inntekt for at det ble trukket inn rimelighetsbetraktninger i den konkrete vurderingen. Selv om hensynet til rimelighet ikke ble tillagt noen særlig vekt i dommen, kan det tenkes at dette er et moment som vil kunne få større tilslutning for fremtidige avgjørelser.

⁹² Aas (2016) pkt. 3.2.

⁹³ HR-2018-2256-A (avsnitt 109).

I forarbeidene til kjøpsloven er det uttalt at ikke uten videre vil være «rimelig at heimelsmannen skal bli endelig fri sitt ansvar for mangler bare fordi tingen blir solgt videre».⁹⁴ Denne formuleringen viser at hensynet til rimelighet er tatt i betraktning ved utformingen av bestemmelsen om direktekrav i kjøpsloven. Dette kan indikere at det fra lovgivers side er ønskelig at rimelighetshensyn skal ha betydning ved vurderingen av om direktekrav skal tillates.

Dersom hensynet til rimelighet tillegges betydning i den konkrete vurderingen av om direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag, vil det være lettere å konstruere en fleksibel regel. En fordel er at direktekrav kan nektes i de tilfeller Cs motivasjon for å fremme direktekravet er å oppnå en ugrunnet fordel, som da innebærer at C ikke har et legitimt behov for å fremme direktekrav. I slike tilfeller vil det være urimelig dersom C får adgang til å fremme direktekravet. Ved å legge vekt på hva som anses som rimelig i det konkrete tilfellet vil det være lettere å nekte direktekrav i de tilfeller C forsøker å misbruke direktekravsadgangen.

En ulempe med å tillegge rimelighetsbetraktninger vekt i vurderingen, er at hensynet til *forutberegnelighet* blir svekket tilsvarende. Det vil følgelig medføre at det er vanskeligere for aktører i bransjen å vurdere hvorvidt det faktisk foreligger en direktekravsrett i det aktuelle typetilfellet og dermed gjøre det vanskelig å klarlegge det konkrete innholdet i regelen.

På bakgrunn av det ovennevnte, må det vurderes hvor langt hensynet til rimelighet strekker seg. Det er imidlertid sikkert at rimelighetsbetraktninger kan gjøre det enklere å anvende en ulovfestet regel om direktekrav i næringsentrepriser, da saksforholdene ofte er sammensatte og konkrete. Regelen vil dermed kunne bli enklere å tilpasse de ulike typetilfeller.

3.11 Hensynet til partsviljen og systembetraktninger

Utgangspunktet er at kontrakter som er inngått mellom næringsdrivende skal tolkes objektivt. Det vil si at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt.⁹⁵ Hensynet til tredjeparter tilsier også at et objektivt tolkningsprinsipp skal legges til grunn.⁹⁶ Begrunnelsen for at kommersielle kontrakter skal tolkes objektivt, er særlig hensynet til forutberegnelighet og klarhet.⁹⁷

⁹⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 138.

⁹⁵ Se Rt-2012-1729 (avsnitt 57).

⁹⁶ Se Rt-2002-1155 (s. 1159).

⁹⁷ Bjøranger Tørum (2019) s. 15.

Et spørsmål som ofte oppstår ved tolkningen av kontrakter mellom næringsdrivende, er hvorvidt subjektive elementer kan vektlegges. Høyesterett har tidligere fastslått at «subjektive fortolkningsmomenter har også sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter. Kan det påvises en *felles forståelse* som avviker fra kontraktens ordlyd, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem» (min utheving).⁹⁸ Uttalelsen viser at partsviljen skal legges til grunn – forutsatt at partene har den samme, avvikende forståelsen av kontrakten. Det er imidlertid sjelden at partene har en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd. Likevel kan det konkluderes med at partenes felles forståelse av hvorvidt det foreligger direktekravsrett, går foran en objektiv fortolkning av kontrakten.

Dersom det ikke kan påvises noen felles forståelse av kontrakten, vil *hensynet til kontraktens system* kunne gi veiledning.⁹⁹ Det må imidlertid utvises varsomhet med å innfortolke eller utfylle kontrakten dersom løsningen ikke er i samsvar med systemet som kontrakten bygger på. Bakgrunnen for at systembetraktninger har relevans ved tolkning av kontrakter mellom næringsdrivende, er at slike kontrakter ofte er gjennomarbeidet og detaljerte.¹⁰⁰ Det er dermed en presumsjon for at kontrakten er ment å uttømmende regulere rettsforholdet mellom partene. Ved spørsmål om direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag, vil det følgelig være av betydning å vurdere om en slik rett er kompatibel med kontraktens system.

4 Analyse av Atlant-dommen

4.1 Utgangspunkt

Denne delen av avhandlingen består både av en deskriptiv og en normativ analyse av HR-2018-2256-A, Atlant-dommen. Formålet er å klarlegge innholdet i den ulovfestede regelen om direktekrav, herunder å vurdere om Høyesterett følger det samme argumentasjonsmønsteret som ble brukt i tidligere dommer.

Saken er presentert innledningsvis i avhandlingen og det gjentas kun her at det sentrale spørsmålet var om Entreprenøren kunne gjøre direktekrav gjeldende mot Underrådgiverne med grunnlag i domstolskapt rett. Både Sarpsborg tingrett og Borgarting lagmannsrett kom, under tvil, frem til at det ikke forelå noen direktekravsadgang etter ulovfestet rett i den

⁹⁸ Rt-2002-1155 (s. 1159).

⁹⁹ Rt-2000-1049 (s. 1054) og Rt-2005-268 (se særlig avsnitt 53), jf. Bjøranger Tørum (2019) s. 25.

¹⁰⁰ Bjøranger Tørum (2019) s. 27.

foreliggende sak.¹⁰¹ Høyesteretts flertall kom frem til det samme resultatet som underinstansene.

4.2 Høyesteretts bruk av rettskilder

4.2.1 Innledning

Før Høyesterett tok stilling til spørsmålet om direktekrav, gjennomgikk flertallet de relevante rettskildene for problemstillingen. Det ble vurdert hvorvidt tidligere rettspraksis fra Høyesterett, reguleringen i kontraktslovgivningen og reguleringen i NS-kontraktene kunne gi veiledning ved løsningen av problemstillingen. Rettskildene ble brukt for å klarlegge bakgrunnsretten på det aktuelle området for å vurdere om det var adgang for å utfylle kontrakten. Formålet med å utfylle en taus kontrakt med bakgrunnsretten er å fastslå hvilke rettigheter og forpliktelser partene har.¹⁰² Etersom kontrakten mellom Entreprenøren og Arkitekten var taus omkring direktekrav, er det naturlig at bakgrunnsretten ble klargjort før en eventuell utfylling.

4.2.2 Tidligere høyesterettspraksis

Høyesterett fremhevet i Atlant-dommen, fem tidligere høyesterettsdommer som ga grunnlag for en domstolskapt direktekravsrett.¹⁰³ Dette er de samme dommene som ble introdusert innledningsvis under punkt 1.4. Det er kun en av dommene, Veidekke-dommen, som gjaldt direktekravsrett innenfor entrepriserettens område. Likevel er de øvrige dommene også relevante for å belyse Høyesteretts tidligere tilnærming til spørsmålet om direktekrav, herunder hvilke hensyn som kan gjøre seg gjeldende.

Førstvoterende i Atlant-dommen oppsummerte sitt inntrykk av rettspraksis slik: «Det har vært en forsiktig utvikling i retning av større aksept for direktekrav på ulovfestet grunnlag. Det er imidlertid tale om få avgjørelser over et nokså langt tidsrom fra ulike rettsområder. Argumentasjonsmønsteret har felles trekk, men vel så karakteristisk er at begrunnelsen er nøye forankret i det aktuelle saksforholdet.»¹⁰⁴

Uttalelsen tyder på at det i dag er en større toleranse for å tillate direktekrav etter ulovfestede regler, selv om det fortsatt ikke kan sies å foreligge noen slik generell adgang. Siden det

¹⁰¹ Se TSARP-2015-147954 og LB-2016-86441.

¹⁰² Giertsen (2014) s. 116.

¹⁰³ Avsnitt 49 flg.

¹⁰⁴ Avsnitt 63.

påpekes at argumentasjonsmønsteret i de tidligere avgjørelsene har flere felles trekk, er det naturlig at disse trekkene vil kunne ha en sentral betydning i den konkrete vurderingen. De momenter som vektlegges i de tidligere avgjørelsene kan dermed ha relevans ved vurderingen av om direktekrav skal tillates.

Som sitatet over viser, la Høyesterett til grunn at begrunnelsen for å tillate direktekrav må være nøye forankret i det aktuelle saksforholdet. Det er naturlig å forstå uttalelsen slik at det er vanskelig å si noe generelt om hvilke momenter som kan være relevante og at avgjørelsen beror på særtrekk i det individuelle saksforhold, herunder særlige hensyn som gjør seg gjeldende.

Veidekke-dommen ble fremhevet som den mest sentrale dommen som tydeligst markerer en rettsutvikling fordi den ikke bygget direktekravsadgangen på noen form for overtakelse av kontraktsposisjon.¹⁰⁵ Dette er et godt poeng fordi det ved overtakelse av kontraktsposisjon har skjedd en, enten uttrykkelig eller stilltiende, avtale om cesjon – overdragelse av kravet. Reglene om cesjon er et eget regelsett som i noen grad også kan få betydning for ulovfestede direktekravsregler. Det forutsettes imidlertid en form for avtale om overdragelse av et krav fra medkontrahenten til direktekravskreditor for at sistnevnte skal kunne fremme kravet overfor direktekravdebitor. I Veidekke-dommen ble imidlertid ikke direktekravsadgangen begrunnet ut fra slike cesjonssynspunkter, men begrunnet ut fra et selvstendig ulovfestet grunnlag – nemlig om det forelå en «særlig stilling». Grunnlaget for avgjørelsen i Veidekke-dommen skilte seg følgelig fra Siesta-dommen og Davanger-dommen, som bygget direktekravsadgangen på cesjonssynspunkter i tillegg til ulovfestede regler.¹⁰⁶

Høyesterett la i Atlant-dommen til grunn at dersom forholdene er slik som i Veidekke-dommen, vil det være grunnlag for direktekrav. Dette er naturlig fordi et identisk saksforhold vil ha de samme begrunnelser for å tillate direktekrav. Uttalelsen viser at i de tilfeller direktekravsdebitor (A) har hatt en «særlig stilling» under gjennomføringen av kontrakten, vil direktekrav tillates. Det nærmere innholdet i dette vurderingstemaet drøftes under punkt 4.3.

Førstvoterende utelukket imidlertid ikke at det «etter en konkret vurdering i den enkelte sak kan ligge til rette for å godta rett til direktekrav i et videre omfang enn det som ble gjort i de tidligere dommene». Uttalelsen forstås slik at det ikke nødvendigvis kreves at A har hatt en

¹⁰⁵ Rt-1998-656 (avsnitt 64).

¹⁰⁶ Se Rt-1976-1117 (s. 1122) og Rt-1981-445 (s. 451).

«særlig stilling» for at direktekrav kan tillates. Det kan også utenfor slike tilfeller være adgang til å åpne for direktekrav.

4.2.3 Utviklingen i lovgivningen

Flertallet var av den oppfatning at utviklingen i lovgivningen kunne være et relevant moment når det skulle vurderes om det var grunnlag for å videreutvikle den ulovfestede regelen om direktekrav.¹⁰⁷ Det ble fremhevet at det de siste tiårene er innført regler om direktekrav i en rekke lover for å styrke stillingen til forbrukere, privatpersoner eller sammenslutninger av privatpersoner. Enkelte av reglene var imidlertid formulert slik at direktekravsrett også gjaldt i næringsforhold.¹⁰⁸ Dette innebærer at selv om formålet med lovreglene har vært å styrke stillingen til private, kan reglene likevel ha betydning for næringsdrivende. En slik tolkning av reglene gjelder nok kun i de tilfeller der særlige beskyttelseshensyn ikke gjør seg gjeldende.

Selv om den generelle tendensen i lovgivningen tilsa økt aksept av direktekrav, la førstvoterende særlig vekt på at ingen av de aktuelle lover lå så nært det konkrete tilfellet at det talte for å godta direktekravsadgang.¹⁰⁹ Det ble vist til både Siesta-dommen og Nordland-dommen som eksempler på at betraktninger om lovregulering er viktig. Tilsvarende synspunkter var også relevant i Bruktbil-dommen.¹¹⁰

Det er riktig at det er få lovbestemmelser om direktekrav som gjelder for næringsdrivende, og adgangen til å fremme direktekrav har fått størst gjennomslag i lovgivning som gjelder for private og for forbrukere. Det er også slik at det i flere tidligere dommer har vært vektlagt hvorvidt spørsmålet om direktekrav er regulert på tilgrensende områder. Disse momentene taler i retning av at lovbestemmelser om direktekrav ikke kan anvendes analogisk på rettsområder som ikke grenser til de lovregulerte rettsområder.

Det kan spørres om det er et absolutt krav for å tillate direktekrav, at det finnes lovregler om direktekrav på tilgrensende områder. Dersom dette hadde vært et absolutt vilkår for å fremme direktekrav, ville det ikke ha vært nødvendig for Høyesterett i Atlant-dommen å vurdere spørsmålet nærmere. På grunn av at flertallet fortsatte drøftelsen, kan det legges til grunn at direktekrav kan tillates selv om det ikke eksisterer lovregler om direktekrav på tilgrensende

¹⁰⁷ Avsnitt 68.

¹⁰⁸ Avsnitt 67.

¹⁰⁹ Avsnitt 69.

¹¹⁰ HR-2018-648-A (avsnitt 53).

rettsområder. Det er imidlertid på det rene at dette momentet kan ha betydning for helhetsvurderingen.

4.2.4 Standardkontraktene

NS-kontraktene ble fremhevet som en relevant rettskilde i Atlant-dommen. Partene i saken hadde benyttet NS 8402 som ikke inneholdt bestemmelser om direktekrav. Førstvoterende uttalte «at det må ha vært et bevisst valg når det ikke ble gitt rett til å fremme direktekrav etter NS 8402».¹¹¹ Bakgrunnen for standpunktet var at sentrale næringsorganisasjoner deltok i arbeidet med å utarbeide standarden med det formål å tilpasse nyere kontrakts- og organisasjonsformer i privat og offentlig bygg- og anleggssektor.

Det er nærliggende å legge til grunn at forhandlerne av NS 8402 bevisst unnlot å innta bestemmelser om direktekrav i standarden. Selv om det ikke foreligger konkrete holdepunkter for å trekke slike slutninger, er det lite trolig at den manglende reguleringen skyldes en glipp. Det kan tenkes at bakgrunnen for å ikke inkludere regler om direktekrav var at det ville ha liten praktisk betydning i en NS 8402-kontrakt.¹¹² Heller ikke NS 8406 og NS 8416, som er forenklete standardkontrakter, inneholder bestemmelser om direktekrav. Forenkling av enkelte standarder kan følgelig tilsi at det har vært et bevisst valg hos bransjen å ikke inneha bestemmelser vedrørende direktekrav.

Selv om det kan fastslås at det har vært et bevisst valg å ikke innføre bestemmelser om direktekrav i samtlige NS-kontrakter, vil ikke dette nødvendigvis avskjære direktekravsrett på ulovfestet grunnlag. Unnlåtelsen av å inneha bestemmelser om direktekrav kan ikke uten videre tas til inntekt for at reglene ikke er anvendelige på den aktuelle kontraktstypen.¹¹³ Det kan i slike tilfeller vurderes om andre rettskilder, herunder reelle hensyn, tilsier at kontrakten skal utfylles med en ulovfestet direktekravsrett.

Videre uttalte førstvoterende at de kontraktstandarder som inneholder bestemmelser om direktekrav har «fastsatt nokså detaljerte regler med nærmere regulering av betingelsene for at kravet kan fremsettes».¹¹⁴ Det ble i den sammenheng fremhevet at NS-kontraktene inneholder bestemmelser om direktekravets omfang, reklamasjon og varsling. Flertallet mente at det på

¹¹¹ Avsnitt 72.

¹¹² Urbye (2011) s. 247.

¹¹³ Simonsen (2019) pkt. 4.5.

¹¹⁴ Avsnitt 73.

grunn av det omfattende sett av detaljerte standardkontrakter som hadde ulike reguleringer omkring direktekrav, kunne utledes to slutninger.

For det første var det grunnlag for å trekke den slutning at bransjen selv fortsatt regnet med at adgangen til å fremme direktekrav ikke fulgte av bakgrunnsretten.¹¹⁵ Denne slutningen støttes av at direktekrav er regulert i enkelte NS-kontrakter, mens noen ikke inneholder slike bestemmelser. Dersom bransjen mente at en slik adgang fulgte av bakgrunnsretten, ville det ikke være nødvendig å kontraktsfeste en slik rett. Direktekravsrett ville da ha blitt innfortolket i samtlige avtaler som gjaldt næringsentrepriser. Det må imidlertid utvises forsiktighet med å legge for mye vekt på hva som har vært forhandlerne av standardkontraktene sine intensjoner med de ulike reguleringene.¹¹⁶ Bakgrunnen for denne påstanden, er at forhandlernes vilje ikke er legitimert på samme måte som lovgiverviljen, som er legitimert gjennom lovgivers kompetanse til å gi bindende lover for de ulike rettsområdene. Den manglende legitimiteten som forhandlernes vilje har, innebærer at den ikke kan tillegges den samme betydning som lovgivers vilje.

Den andre slutningen flertallet utledet av NS-kontraktenes ulike regulering, var at bransjen syntes å legge til grunn at direktekrav var hensiktsmessig i enkelte typetilfeller, men ikke i andre.¹¹⁷ Dersom det forutsettes at den ulike reguleringen er bevisst, er det også nærliggende at bransjen ikke mener det er hensiktsmessig med direktekrav i samtlige av NS-kontraktene. Dette synspunktet forsterkes ved at standardkontraktene som ikke inneholder bestemmelser om direktekrav, inneholder regler om forsikringsplikt.¹¹⁸ Dersom forsikring tegnes som forutsatt, vil C heller ikke ha et behov for å fremme direktekrav mot A. Betydningen av forsikringsplikten drøftes nærmere under punkt 4.4.7.

Førstvoterende uttalte videre at det var underordnet hva som var begrunnelsen for den ulike reguleringen: «Her er poenget at reguleringen er forskjellig, og at begge alternativer kan velges av kontraktspartene». Uttalelsen viser at partene hadde adgang til å velge en standardkontrakt som inneholdt regler om direktekrav, dersom en slik rett var ønskelig. I tillegg kunne partene ha inntatt en klausul om direktekrav i tillegg til den standardkontrakten

¹¹⁵ Avsnitt 75-77.

¹¹⁶ Ørstavik (2018) pkt. 4.3.1.

¹¹⁷ Avsnitt 77.

¹¹⁸ Se NS 8401 pkt. 7.2, NS 8402 pkt. 6.2, NS 8405 pkt. 10.2, NS 8406 pkt. 9, NS 8407 pkt. 8.2, NS 8415 pkt. 10.2, NS 8416 pkt. 9 og NS 8417 pkt. 8.2.

de hadde valgt. Hvilke slutninger som kan trekkes av at partene kunne ha valgt en annen regulering, er imidlertid uklart.

Flertallet syntes å være av den oppfatning at den detaljerte reguleringen av de nærmere betingelser og i hvilket omfang direktekrav kan gjøres gjeldende etter disse bestemmelsene taler mot å tillate direktekrav på ulovfestet grunnlag. Terskelen for å utfylle med en regel om direktekravsrett er følgelig høyere når det finnes detaljerte reguleringer i øvrige NS-kontrakter. Bakgrunnen for at flertallet ikke innfortolket en direktekravsrett, har nok sammenheng med at det fremstod som nærliggende at den manglende reguleringen i kontrakten, var et uttrykk for partsviljen. I de tilfeller det er behov for å ha detaljerte regler, er det mindre ønskelig å skape en slik regel gjennom domstolspraksis. Dette synspunktet har sammenheng med hensynet til forutberegnelige rettsregler. Regler om direktekrav er derfor bedre egnet til å reguleres i avtalen mellom partene – enten individuelt eller slik at det inntas i standardkontraktene generelt.

Mindretallet var av en annen oppfatning når det gjaldt betydningen av at standardkontrakten ikke hadde noen bestemmelser om direktekravsrett, Etter mindretallets syn kunne valget av kontraktstandard like gjerne ha skyldtes reguleringen av vederlaget.¹¹⁹ Den riktige løsningen var etter mindretallets syn å følge fremgangsmåten som ble benyttet i Veidekke-dommen. Det måtte derfor vurderes om «direktekravsadgangen eksisterer uavhengig av avtale [...] i kraft av ulovfestede regler.»¹²⁰ Mindretallet var dermed av den oppfatning at den tause avtalen ikke kunne gi noen veiledning for spørsmålet om direktekravsrett. En slik forståelse innebærer at en taus kontrakt ikke kan si noe om partsviljen.

4.2.5 Sammenfatning

Etter en gjennomgang av rettskildene uttalte førstvoterende at «generelt står nok adgangen til å fremme direktekrav noe sterkere i dag enn da Veidekke-dommen ble avsagt i 1998. Men det er fortsatt ikke grunnlag for å konstatere at det eksisterer noen alminnelig rett til å fremme direktekrav i entrepriseforhold. Tilfeller som faller utenfor det lov- eller avtaleregulerte må fremdeles vurderes konkret ut fra de momenter som er fremhevet i rettspraksis.»¹²¹ Uttalelsen tyder følgelig på at reglene om direktekrav har fått større gjennomslag i norsk rett enn det som var tilfellet i Veidekke-dommen i 1998. På dette tidspunktet var det uklart hvorvidt «det

¹¹⁹ Avsnitt 118.

¹²⁰ Avsnitt 119.

¹²¹ Avsnitt 80.

eksisterer en mer generell adgang til å reise direktekrav i entrepriseforhold». ¹²² I Atlantdommen uttalte Høyesterett for første gang at det ikke gjelder en alminnelig adgang til å fremme direktekrav, men at det likevel kan være grunnlag for direktekrav, basert på en konkret vurdering.

Uttalelsen viser at de momenter og hensyn som har vært en del av vurderingen i tidligere høyesterettsdommer, kan gi veiledning for den konkrete vurderingen. Dette må tas til inntekt for at Høyesterett ønsket å gi et signal om hvilke momenter som inngår i den ulovfestede regelen, og dermed gi den ulovfestede regelen et mer håndfast innhold.

Høyesterett innledet sin drøftelse med å fastslå at det ikke eksisterte en alminnelig adgang til fremme direktekrav på ulovfestet grunnlag, uten å utdype nærmere hva en slik rett innebar. Hva som er innholdet i en alminnelig direktekravsrett er uklart. En mulig forståelse av begrepet er at utgangspunktet er at det ikke foreligger noen ulovfestet regel om direktekrav, men at det kan gjøres unntak for tilfeller hvor det etter en konkret vurdering, likevel er behov for å fremme direktekrav. En annen måte å forstå formuleringen, er en generell direktekravsrett som innebærer at enhver kan gjøre gjeldende direktekrav på ulovfestet grunnlag. Formuleringen kan likevel ikke tas til inntekt for en ubetinget rett til å fremme direktekrav. Det er vanskelig å fastlegge innholdet i en slik rett når direktekrav på ulovfestet grunnlag uansett kan aksepteres etter en konkret vurdering av det aktuelle typetilfellet.

Til tross for at flertallet fastslo at det ikke eksisterte en alminnelig direktekravsrett, ble problemstillingen gjennomgått uten at det var nødvendig for det resterende av drøftelsene. Selv om den generelle gjennomgangen ga en oversikt over flere relevante kilder, ble verken reelle hensyn eller juridisk teori trukket frem som sentrale rettskilder. Disse rettskildene har riktig nok lav rettskildemessig vekt, men kan likevel gi veiledning i tilfeller hvor det er mangel på andre vektige kilder. Hvorfor disse rettskildene ikke ble inkludert i den generelle gjennomgangen, er uvisst.

4.3 «Særlig stiling»

Etter den generelle gjennomgangen av rettskildene var vurderingstemaet for Høyesterett om den rettstilstand som ble etablert med Veidekke-dommen tilsa at direktekrav skulle godtas i

¹²² Rt-1998-656 (side 662).

den konkrete saken. Det sentrale vurderingstemaet var om Underrådgiverne hadde hatt en «særlig stilling» slik det ble formulert i Veidekke-dommen.¹²³

Mindretallet i Atlant-dommen var enig i at utgangspunktet for vurderingen var hvorvidt Underrådgiverne hadde hatt en «særlig stilling» under gjennomføringen av entreprisen.¹²⁴ Det var dermed enighet mellom flertallet og mindretallet om at utgangspunktet for hvorvidt direktekrav skal tillates, beror på om debitor har hatt en «særlig stilling» under utførelsen. Denne vurderingen innebar naturlig nok en sammenlikning av forholdene i Veidekke-dommen, da dette er den eneste tidligere avgjørelsen som har tillatt direktekrav på bakgrunn av en slik begrunnelse.

Ved vurderingen av om Underrådgiverne hadde hatt en «særlig stilling» under utførelsen av prosjektet la flertallet vekt på særlig fire momenter.

4.3.1 Innsats og ansvar

Det første momentet av betydning var Underrådgivernes *innsats og ansvar*.¹²⁵ Sammenholdt med totalprosjektet dreide Underrådgivernes honorar seg kun om noen få prosent av kontraktssummen, selv om deres innsats ikke var ubetydelig. Førstvoterende viste til at underentreprenøren i Veidekke-dommen hadde hatt et totalansvar for hele prosjektet, mens i den konkrete saken hadde Underrådgiverne kun hatt totalansvar innenfor sine fag. Det ble derfor lagt til grunn at entreprenøren i Veidekke-dommen hadde hatt en mer sentral stilling enn Underrådgiverne i den konkrete saken.

4.3.2 Tilknytning

For det andre ble det lagt vekt på at Underrådgiverne ikke hadde *tilstrekkelig nære bånd* til deres medkontrahent, Arkitekten.¹²⁶ Selv om Arkitekten og Underrådgiverne hadde innlevert et felles tilbud som ga en indikasjon på at båndene mellom dem var tette, var det avgjørende at det kun var Arkitekten som ble gjort til avtalepart i kontrakten med Entreprenøren. Det var dermed klare grenser for de involvertes formelle roller under kontrakten.

I Veidekke-dommen var også entreprenøren den eneste som hadde inngått formell kontrakt med byggherren. I et senere pristilbud ble det imidlertid opplyst om at tilbudet var basert på

¹²³ Avsnitt 84.

¹²⁴ Avsnitt 121.

¹²⁵ Avsnitt 85 og 86.

¹²⁶ Avsnitt 87.

blokkleveranser fra underentreprenøren, men det var uttrykkelig sagt at entreprenøren var byggherres kontraktspart. De formelle kontraktsforhold var følgelig likt regulert i Veidekke-dommen og i Atlant-dommen. Da Høyesterett i Atlant-dommen likevel mente at tilknytningen var mindre i den aktuelle saken – sammenliknet med Veidekke-dommen – kan det skyldes at underentreprenøren i Veidekke-dommen reelt sett hadde en nærmere tilknytning enn Underrådgifverne i Atlant-dommen. Dette synspunktet støttes også av at underentreprenøren og entreprenøren i Veidekke-dommen hadde samarbeidet om tidligere utbygginger flere ganger, samt at entreprenøren og underentreprenøren hadde inngått en samarbeidsavtale i forbindelse med den aktuelle utbyggingen.

4.3.3 Direkte kontakt

Et tredje moment som var relevant i vurderingen av om Underrådgifverne hadde hatt en «særlig stilling», var hvorvidt det forelå en *direkte kontakt* mellom Entreprenøren og Underrådgifverne.¹²⁷ Den direkte kontakten som hadde vært mellom Entreprenøren og Underrådgifverne hadde omhandlet konkrete, praktiske detaljer. Denne kontakten kunne etter flertallets vurdering ikke ha betydning, fordi det var naturlig for Entreprenøren å forholde seg til fagpersonene på området for avklaring slike praktiske detaljer. Heller ikke den direkte kontakten som hadde vært utvekslet i forbindelse med Underrådgifvernes tilleggsoppdrag som assisterende byggeledere ble ansett å utgjøre en direkte kontakt som fikk betydning for direktekravsadgangen.

I Veidekke-dommen konstaterte Høyesterett at det var etablert en direkte kontakt mellom underentreprenøren og byggherren gjennom byggherrens byggekontrollør og underentreprenørens ledelse for byggeprosjektet.¹²⁸ Den kontakt som ble etablert som følge av underentreprenørens rolle som byggeleder, var dermed mer omfattende i Veidekke-dommen enn det som var tilfellet i Atlant-dommen.

Flertallet i Atlant-dommen mente imidlertid at det var av større betydning at partene stort sett hadde fulgt kontraktens anvisning når det gjaldt fakturering. Det innebar at Underrådgifverne fakturerte midtledet som viderefakturerte Entreprenøren uten noe påslag. Det ble ikke tillagt noen vekt at enkelte fakturaer ble sendt direkte fra Underrådgifverne til Entreprenøren da dette skjedde i slutten av prosjektet og da det var på det rene at midtledet hadde økonomiske

¹²⁷ Avsnitt 88 til 90.

¹²⁸ Rt-1998-656 (s. 662).

vansker. Det ble lagt større vekt på at Underrådgiverne som hovedregel hadde forholdt seg til Arkitekten, som var deres kontraktspart.

Mindretallet mente på sin side at Underrådgiverne hadde hatt en «omfattende direkte kontakt» med Entreprenøren i oppfyllingsfasen.¹²⁹ Begrunnelsen var at Underrådgiverne i praksis leverte prosjekteringstjenestene direkte til Entreprenøren, i samsvar med kontrakten. Mindretallet var enig med førstvoterende i at underentreprenøren i Veidekke-dommen hadde hatt en mer fremtredende stilling enn det Underrådgiverne hadde hatt i den aktuelle saken.

Det er usikkert hvorvidt underentreprenøren i Veidekke-dommen fakturerte sin medkontrahent eller om det også ble sendt fakturaer direkte til byggherre. Dette drøftes ikke i Veidekke-dommen, men det er likevel fremhevet at midtledet hadde en passiv rolle og det innebar muligens også at fakturering skjedde direkte fra underentreprenøren til byggherren. Det hadde videre betydning at underentreprenøren skulle delta på overleveringsbefaringen slik at det skjedde en felles overlevering av arbeidene til byggherre. Underentreprenøren hadde dermed en mer fremtredende stilling i Veidekke-dommen som medførte en mer omfattende direkte kontakt med byggherren.

4.3.4 Midtledets rolle

Det fjerde momentet som hadde betydning i flertallets vurdering var hvorvidt midtledet hadde hatt en *underordnet og passiv rolle* når det gjaldt kontraktsforholdene.¹³⁰ Entreprenøren hadde helt frem til konkursåpningen, rettet alle sine krav mot sin kontraktspart og ikke Underrådgiverne. Dette skilte seg fra situasjonen i Veidekke-dommen hvor midtledet hadde spilt en underordnet og passiv rolle da manglene ble avdekket.¹³¹

Dersom B har utvist passivitet underveis, herunder unnlatt å følge kontraktskjedens formelle regulering, vil det følgelig tale for at A har hatt en «særlig stilling». Bakgrunnen for dette synspunktet syntes å være at B, ved å utvise den nødvendige passivitet, ikke lengre fremstår som den reelle kontraktsparten til C. Det vil kunne føre til at A får en mer fremtredende rolle slik at forholdet mellom A og C blir tettere, og det er da mer naturlig for C å fremsette et eventuelt krav, direkte mot A, i stedet for å følge kontraktens formelle regulering.

¹²⁹ Avsnitt 130.

¹³⁰ Avsnitt 91.

¹³¹ Rt-1998-656 (s. 662-663).

4.3.5 Sammenfatning

De fire vurderingsmomentene som ble vektlagt i Atlant-dommen, har nær tilknytning til hverandre. Det avgjørende for at det skal foreligge en «særlig stilling» er hvorvidt direktekravsdebitor (A) og direktekravskreditor (C) har hatt en så omfattende direkte kontakt at det er naturlig at C retter sitt krav mot A. Det kan dermed konstateres at det er det reelle forholdet mellom A og C under gjennomføringen av prosjektet, som er avgjørende for hvorvidt A har hatt en «særlig stilling». Poenget er at de formelle kontraktsforholdene ikke lengre representerer de reelle forholdene, slik at det er naturlig både for A og C at kravet fremmes mot A som har opptrådt som den «reelle kontraktspart».

4.3.6 Betydningen av at det ikke forelå en «særlig stilling»

Førstvoterende konkluderte med at forholdene i Atlant-dommen skilte seg markant fra saksforholdene i Veidekke-dommen. Underrådsgiverne hadde dermed ikke hatt noen «særlig stilling» under gjennomføringen av prosjektet.¹³² Det ble imidlertid poengtert at dette i seg selv ikke var avgjørende: «Det er godt mulig at det i fravær av andre momenter kunne vært grunn til å utvide den ulovfestede direktekravsadgangen til også å omfatte et tilfelle som i saken her.»¹³³ Hvilke momenter flertallet sikter til må ses i sammenheng med den neste vurderingen. Disse gjennomgås i neste punkt, men det nevnes likevel her at de momenter Høyesterett siktet til, knyttet seg til at partene var profesjonelle, hadde valgt en NS-kontrakt uten bestemmelser om direktekrav, samt at utfylling passet dårlig i dette tilfellet. Dersom disse forholdene ikke hadde vært til stede kan det tenkes at flertallet hadde tillatt direktekrav.

Uttalelsen tilsier at forholdene ikke nødvendigvis må være slik som i Veidekke-dommen for at direktekrav skal kunne aksepteres på ulovfestet grunnlag. Direktekrav kunne også aksepteres etter en konkret vurdering av den ulovfestede bakgrunnsretten som bygget på en «nærmere avveining av behovet og betenkelighetene».¹³⁴ Dette innebærer at dersom det ikke foreligge en «særlig stilling», kan direktekrav likevel tillates etter en konkret vurdering av øvrige hensyn som gjør seg gjeldene.

Også mindretallet var av den oppfatning at direktekrav ikke var utelukket selv om Underrådsgiverne ikke hadde hatt en «særlig stilling».¹³⁵ I så fall måtte det foretas en «nærmere avveining av behovet og betenkelighetene» med å tillate direktekrav i det aktuelle

¹³² Avsnitt 92.

¹³³ Avsnitt 93.

¹³⁴ Avsnitt 99.

¹³⁵ Avsnitt 127.

tilfellet. Mindretallet var, i likhet med flertallet, av den oppfatning at dersom kriteriet «særlig stilling» var oppfylt, var det adgang til å fremme direktekrav. Dette synspunktet må nok gjelde generelt, slik at de saksforhold hvor direktekravsdebitor (A) har hatt en «særlig stilling», vil det automatisk foreligge direktekravsrett. Det vil da ikke være nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av «behovet og betenkelighetene» ved å tillate direktekrav.

Dersom det konkluderes med at A ikke har hatt en «særlig stilling», må det foretas en konkret «avveining av behovet og betenkelighetene» ved å tillate direktekrav. Sistnevnte vurderingstema er dermed subsidiært.

4.4 Avveining av behovet og betenkelighetene

4.4.1 Utgangspunkt: Relativitetsgrunnsetningen

Etter en sammenlikning av saksforholdene i Veidekke-dommen og det konkrete saksforholdet, gikk Høyesteretts flertall nærmere inn på den ulovfestede bakgrunnsretten og de hensyn som gjorde seg gjeldende i saken. Flertallet tok utgangspunkt i relativitetsgrunnsetningen og konstaterte at direktekravsrett representerer et brudd på dette prinsippet som det kreves en god begrunnelse for.¹³⁶ Førstvoterende anerkjente at hovedregelen er utfylling med bakgrunnsrett når kontrakten er taus, men mente det var mindre naturlig i den konkrete saken. Grunnen til at utfylling passet dårlig i den aktuelle saken skyldtes både at utfylling ville innebære plikter for en utenforstående tredjemann og at det ikke fantes noen sikker bakgrunnsrett på avtaletidspunktet.¹³⁷ Dette synspunktet tilsier at det utenfor vurderingstemaet «særlig stilling», ikke finnes noen sikker bakgrunnsrett. Motsetningsvis kan det slutes at kravet om «særlig stilling» følger av bakgrunnsretten.

4.4.2 Bakgrunnsretten

Det ble konstatert at direktekrav kunne tillates etter en «nærmere avveining av behovet og betenkelighetene» for å fremheve at det var tale om en avveining av momenter.¹³⁸

Førstvoterende uttalte at «[j]eg har vanskelig for å godta at det på kontraktstidspunktet – på et slikt grunnlag – var etablert en «bakgrunnsrett» som partene kunne forholde seg til.»

Formuleringen viser at det på kontraktstidspunktet ikke forelå noen bakgrunnsrettslig regel som ga grunnlag for å tillate direktekrav basert på en slik avveining av momenter. Flertallets

¹³⁶ Avsnitt 95.

¹³⁷ Avsnitt 97 og 98.

¹³⁸ Avsnitt 99.

synspunkt støttes av at NS-kontraktene som har regler om direktekrav, er detaljert utformet. Det er som nevnt, mindre praktisk å etablere en regel på ulovfestet grunnlag i de tilfeller det er behov for en detaljert regulering. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at direktekravsretten dermed skal reguleres i avtalen mellom partene.

Dersom direktekrav ble godtatt ville det innebære en rettsutvikling, slik at det ble anvendt ny bakgrunnsrett som da ble etablert gjennom dommen.¹³⁹ Dette var imidlertid ikke en hindring for å godta direktekrav, og heller ikke ensbetydende med at kontrakten ikke kunne utfylles da flertallet ikke var fremmed for «at det kan være grunnlag for å utvide direktekravsadgangen noe gjennom domstolspraksis».¹⁴⁰ Uttalelsen viser for det første at direktekrav kunne tillates på grunnlag av ny bakgrunnsrett som ble etablert med dommen. For det andre trekker uttalelsen i retning av at adgangen til å fremme direktekrav på ulovfestet grunnlag, kunne gjøres videre enn den adgangen som fulgte av tidligere høyesterettspraksis. For det tredje viser uttalelsen at også detaljerte regler kan utvikles av domstolene, uavhengig av avtaleregulering.

Mindretallet var av en annen oppfatning av hvorvidt det forelå relevant bakgrunnsrett på kontraktstidspunktet. Det ble vist til at både kontraktspraksis på entrepriserettens område, lovgivningen generelt, rettspraksis og nyere rettsvitenskap hadde gått i retning av en større aksept av adgangen til å fremsette krav direkte mot andre enn medkontrahtenten.¹⁴¹ Etter mindretallets oppfatning kunne eksistensen av bakgrunnsrett være nyttig også for profesjonelle parter. Det ble vist til at dette særlig gjaldt i kontraktskjeder slik som i den foreliggende sak, hvor avtalen i første ledd ikke uten videre bandt neste ledd. Dette er et viktig poeng da det på entrepriserettens område ofte vil være partenes formål med avtalen i neste ledd, å oppfylle avtalen i første ledd. Mindretallet mente at en balansert bakgrunnsregel derfor kunne «fylle et behov som ikke enkelt fylles i hver avtale isolert sett».¹⁴² Det er nærliggende å forstå mindretallet slik at det både var grunnlag og behov for å oppstille en regel om direktekrav på grunnlag av reelle hensyn.

Flertallet og mindretallet later til å bygge på noe ulike oppfatninger om hva som inngikk i begrepet «bakgrunnsretten». Flertallets oppfatning av hva som var «bakgrunnsrett» syntes å være hvorvidt det forelå en bakgrunnsrettslig regel, og ikke hvorvidt det eksisterte øvrig

¹³⁹ Avsnitt 100.

¹⁴⁰ Avsnitt 101.

¹⁴¹ Avsnitt 122 til 125.

¹⁴² Avsnitt 126.

rettskildemateriale som kunne gi veiledning for spørsmålet om direktekrav, slik som mindretallet. Ettersom flertallet tilla begrepet en strengere fortolkning, kan det være bakgrunnen for at flertallet og mindretallet var uenige om hvorvidt det fantes relevant bakgrunnsrett.

4.4.3 Valg av kontraktstandard

Det var flere grunner til at flertallet ikke tillot direktekrav i den aktuelle saken. For det første hadde partene benyttet en «standardkontrakt som ikke åpner for direktekrav» til tross for at det fantes andre standardkontrakter som uttrykkelig anerkjente en slik adgang.¹⁴³ Det var ingen opplysninger som begrunnet valget av kontraktstandard eller hvorvidt partene hadde noen felles oppfatning av om det burde være adgang til å gjøre direktekrav gjeldende. Det var heller ikke noen opplysninger som tilsa at spørsmålet om direktekravsrett hadde blitt drøftet med Underrådgiveverne på kontraktstidspunktet.

I mangel på andre konkrete holdepunkter, måtte valget av kontraktstandard etter flertallets syn, ha betydning ved vurderingen av om det forelå en direktekravsrett. Det forelå ingen holdepunkter for at partene hadde hatt en avvikende felles forståelse av kontrakten, og det er dermed i samsvar med de alminnelige tolkningsprinsipper å tolke kontrakten etter en objektiv norm. Det innebærer at i de tilfeller profesjonelle parter velger å benytte en NS-kontrakt som ikke inneholder bestemmelser om direktekrav, er dette i seg selv et uttrykk for partsviljen. Dersom partene i Atlant-dommen hadde foretatt seg noe på kontraktstidspunktet, eller på et senere tidspunkt, som viste at de hadde ment å inkludere en bestemmelse om direktekrav, ville utfallet naturligvis kunne blitt annerledes. Det kan konkluderes med at i de tilfeller det ikke finnes andre holdepunkter for å vite hva partene har ment om direktekravsrett, kan unnlattelse av å inkludere slike bestemmelser tilsi at partene ikke ønsket å ha en slik adgang.

Mindretallets syn på at det var brukt en standardkontrakt som var taus omkring spørsmålet om direktekrav, skilte seg fra flertallets slutninger omkring dette. Mindretallet mente at når avtalen var taus vedrørende direktekravsadgangen, hadde det «betydning for spørsmålet om bakgrunnsretten *får anvendelse*, [...] men ikke for spørsmålet om hva bakgrunnsretten *går ut på*, og heller ikke ved avveining av de interesser som gjør seg gjeldende.»¹⁴⁴ Mindretallets uttalelse er ikke helt enkel å følge på dette punkt da spørsmålet om bakgrunnsretten får anvendelse henger nøye sammen med hva bakgrunnsretten går ut på. Poenget syntes likevel å

¹⁴³ Avsnitt 102.

¹⁴⁴ Avsnitt 133.

være at mindretallet ikke mente at det kunne trekkes slutninger i den ene eller den andre retning når verken kontrakten eller partenes handlinger ga noen veiledning for spørsmålet om direktekravsadgang. Mindretallet mente den riktige løsningen var å klarlegge innholdet av bakgrunnsretten og deretter utfylle kontrakten, forutsatt at en «avveining av behovet og betenkelighetene» tilsa det.

4.4.4 Profesjonelle parter

For det andre ble det lagt vekt på at det var tale om «profesjonelle parter» som måtte bære konsekvensene av sine valg av kontraktsstandard.¹⁴⁵ Det var på det rene at standardkontrakter kan utfylles, men domstolene burde etter førstvoterendes syn være varsomme med å gripe inn i et slikt finmasket standardisert kontraktssystem.¹⁴⁶ Dette måtte i alle fall gjelde når det dreide seg om profesjonelle parter som må forutsettes å kunne ivareta sine interesser. Førstvoterende uttalte dersom det etableres en direktekravsrett på dette området vil det innebære at en standardkontrakt suppleres for å avhjelpe en velkjent risiko – at kontraktspartneren går konkurs – som profesjonelle parter enkelt kunne ha avtalt seg bort fra.

Flertallets uttalelser viser at terskelen for å utfylle en avtale mellom profesjonelle parter er høyere enn utfylling av en avtale mellom private eller forbrukere. Profesjonelle parter har en sterkere oppfordring til å ta stilling til eventuell risikomaterialisering, og de har bedre forutsetninger enn private til å vurdere hva som bør inkluderes i avtalen. Selv om det kan argumenteres for at det også i avtaler mellom profesjonelle parter kan oppstå behov for utfylling, vil denne innvendingen ha liten betydning i de tilfeller det dreier seg om en velkjent risiko som er regulert i andre NS-kontrakter. Dersom det blir tatt for lett på utfylling av kontrakter i næringsforhold, kan det føre til at langt flere tvister blir reist for domstolene. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er dette ikke en heldig løsning.

4.4.5 Ubalanse og utilsiktede konsekvenser

Et tredje moment som tilsa at direktekrav basert på ulovfestet rett var avskåret, var at utfylling med domstolskapt rett i en standardkontrakt kunne «skape ubalanse og gi utilsiktede konsekvenser».¹⁴⁷ Det ble i denne sammenheng fremhevet at standardkontraktene i tillegg til å ha bestemmelser om direktekravsadgangen, også hadde tilknyttede bestemmelser om varsling, notoritet og frister. Slike spørsmål var etter førstvoterendes syn lite egnet for

¹⁴⁵ Avsnitt 103.

¹⁴⁶ Avsnitt 104.

¹⁴⁷ Avsnitt 105.

regulering gjennom domstolsskapt rett. Se for øvrig drøftelsen under punkt 4.2.4 som gjelder betydningen av detaljerte standardkontrakter.

Førstvoterendes begrunnelse for å utvise forsiktighet mot å utfylle en standardkontrakt har gode grunner for seg. Siden bransjen selv utformer NS-kontraktene, kan det være vanskelig for Høyesterett å utfylle med en bakgrunnsrettslig regel som ivaretar alle de typetilfeller som kan tenkes å oppstå. I tillegg må det kunne legges til grunn at bransjen selv er i stand til å utforme standardkontrakter som har en fornuftig og hensiktsmessig løsning.

Det finnes likevel flere eksempler på at Høyesterett i tidligere dommer har utfylt med bakgrunnsretten til tross for at det aktuelle partsforholdet har hatt en detaljert regulering.¹⁴⁸ Davanger-dommen er et eksempel på at Høyesterett valgte å utfylle en taus standardkontrakt med ulovfestet bakgrunnsrett. Saken var imidlertid noe annerledes fordi det dreide seg om tolkning av en standardavtale mellom private parter, samt at partenes etterfølgende opptreden kastet lys over forståelsen. Likevel viser Davanger-dommen at også standardkontrakter kan utfylles.

I Veidekke-dommen utfylte Høyesterett en standardkontrakt med bakgrunnsrett slik at det ble gitt rett til å fremme direktekrav til tross for at kontrakten ikke hadde bestemmelser om dette. Endelig fremheves Rt-2012-1779 som riktig nok ikke gjaldt direktekrav, men hvor det blant annet ble reist spørsmål om det ble reklamert slik at mangelsbeføyelser kunne gjøres gjeldende. I forbindelse med tolkningen av avtalen uttalte Høyesterett at «(j)eg kan vanskelig se at dette punktet er ment å regulere forholdet til bakgrunnsretten slik at den ikke *på vanlig måte kan utfylle og supplere* den inngåtte avtalen» (min uthevning).¹⁴⁹ Dommen gir uttrykk for at det vanlige ved avtaletolkning er å utfylle og supplere med bakgrunnsrett.

De ovennevnte dommer viser at standardkontrakter kan utfylles med bakgrunnsrett i visse tilfeller, på samme måte som andre avtaler. Likevel må det ikke tas for lett på utfylling av standardkontrakter – særlig ikke når partene er profesjonelle og hvor standardkontrakten er ment å inneholde en uttømmende regulering. Dersom en NS-kontrakt utfylles med bakgrunnsrettslige regler, kan det føre til at den forutsatte risikofordelingen mellom partene forrykkes. Systembetragtninger er derfor en sentral innvending mot utfylling av standardkontrakter. Som allerede nevnt, avbøter eksempelvis forsikringsplikten behovet for

¹⁴⁸ Simonsen (2019) pkt. 4.5.

¹⁴⁹ Se Rt-2012-1779 (avsnitt 54).

direktekrav i NS 8402. Det innebærer at kontrakten ikke har et påtrengende behov for en regel om direktekrav, forutsatt at forsikringsplikten følges.

4.4.6 Tilknytning til lovregulerte typetilfeller

En fjerde innvending mot å tillate direktekrav i den aktuelle saken var at saksforholdet *ikke lå tilstrekkelig nært de lovregulerte typetilfellene* at det i seg selv talte for den samme regel.¹⁵⁰ Det ville derfor etter førstvoterendes syn ikke gi en mer konsekvent regulering om det i det aktuelle tilfellet ble åpnet for direktekrav.

Hvorvidt saksforholdet ligger tilstrekkelig nært de lovregulerte typetilfellene har vært fremhevet som et sentralt moment både i Siesta-, Nordland-, Veidekke- og Bruktbildommen.¹⁵¹ Det vil gjennomgående være lettere å godta direktekrav på rettsområder som ligger nært opp til de lovregler som allerede eksisterer. Bakgrunnen for dette skyldes at reglene vil kunne ivareta de samme interesser samtidig som like hensyn begrunner behovet for direktekrav. Det ble likevel uttalt i Veidekke-dommen at det fra «rettsområder som grenser inn mot entrepriseretten, kan nevnes håndverkertjenesteloven av 16 juni 1989 nr 63 § 27 og bustadsoppføringslova av 13 juni 1997 nr 43 § 37».¹⁵² Det kan dermed spørres om det også på entrepriserettens område eksisterer tilgrensende lovgivning vedrørende direktekrav som kan begrunne at det også kan gis adgang til å fremme direktekrav på ulovfestet grunnlag. Det er imidlertid viktig å merke seg at begge disse lovene omhandler forholdet mellom næringsdrivende og forbruker.¹⁵³ Det innebærer at det ikke uten videre kan trekkes paralleller fra forbrukerlovgivningen til næringsentrepriser ettersom ulike hensyn gjør seg gjeldende i disse relasjonene.

4.4.7 Forsikringsplikten

Endelig mente flertallet at det heller ikke forelå noen avgjørende reelle hensyn som tilsa at Entreprenøren skulle gis adgang til å fremme direktekrav mot Underrådgiverne.¹⁵⁴ I denne forbindelse ble det vist til at Arkitekten hadde en plikt til å tegne forsikring i henhold til kontrakten som skulle dekke et eventuelt erstatningsansvar selskapet ble påført. I saken var det uklart hvorvidt Arkitekten tegnet forsikring i samsvar med kontrakten og i tilfelle hvorfor

¹⁵⁰ Avsnitt 106.

¹⁵¹ Rt-1976-1117 (s. 1122), Rt-1995-486 (s. 492), HR-2018-648-A (avsnitt 53 flg.) og Rt-1998-656 (s. 660-661).

¹⁵² Rt-1998-656 (s. 661).

¹⁵³ Buofl. § 1 og hvtjl. § 1.

¹⁵⁴ Avsnitt 107.

Arkitekten ikke oppnådde noen utbetaling fra forsikringsselskapet.¹⁵⁵ Dersom forsikring hadde blitt tegnet som avtalt, ville den gitt dekning for Entreprenørens krav. Poenget var at dersom bestemmelsene i standardkontrakten hadde blitt fulgt, ville det ikke oppstå noe behov for å fremme direktekrav.

Flertallet mente følgelig at Entreprenøren ikke hadde noe legitimt behov for å fremme direktekrav mot Underrådgiverne da partene i utgangspunktet ville ha hatt dekning for kravet gjennom ansvarsforsikringen. Entreprenøren hadde, på lik linje som Arkitekten, et ansvar for å påse at forsikring var i orden og måtte dermed ta konsekvensene av at kontraktspartene ikke hadde fått en slik forsikring på plass. Bakgrunnen for at forsikring ikke var tegnet, eventuelt hva som var grunnen til at forsikringen ikke ble utbetalt, var ikke relevant for vurderingen.

Mindretallet anerkjente at Entreprenørens behov for å fremme direktekrav var redusert som følge av at Arkitekten hadde påtatt seg en forsikringsplikt.¹⁵⁶ Dersom forsikring hadde blitt tegnet som forutsatt i kontrakten, ville Entreprenøren ha hatt mulighet til å fremme sine krav mot forsikringsselskapet. Mindretallet påpekte likevel at forsikringsselskapet uansett kunne ha trådt inn i Arkitektens stilling og krevd regress fra Underrådgiverne. Til tross for manglende forsikring kunne mindretallet ikke se noen betenkeligheter ved å tillate at kravet ble fremmet direkte, fordi Underrådgiverne måtte ha vært forberedt på at et eventuelt mangelskrav kunne komme til å bli rettet mot dem.

Mindretallet la dermed vekt på hva Underrådgiverne kunne ha regnet med på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Hva direktekravsdebitor (A) kunne ha regnet med, har vært et sentralt vurderingstema i flere tidligere avgjørelser. Ettersom Underrådgiverne var oppmerksom på muligheten for at forsikringsselskapet kunne komme til å fremme et regresskrav mot dem, kan det ikke anføres noen tungtveiende innvendinger mot at en annen, herunder Entreprenøren, kunne gjøre gjeldende det samme krav. Det kan følgelig argumenteres for at det ikke er betenkelig at et krav fremmes av en annen enn forsikringsselskapet – forutsatt at kravet ikke overstiger det krav som B kunne gjort gjeldende mot A.

¹⁵⁵ Avsnitt 108.

¹⁵⁶ Avsnitt 135.

4.4.8 Oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn

Ifølge mindretallet talte oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn for å tillate direktekrav.¹⁵⁷ Momentet har tidligere vært fremhevet i Bruktbil-dommen, hvor det ble uttalt at direktekrav innebærer at kravet blir rettet der det hører hjemme og dermed fremstår som ressursbesparende.¹⁵⁸ Disse hensyn hadde betydning i saken ettersom de påstøtte mangelfulle tjenestene i praksis ble levert direkte fra Underrådgiverne til Entreprenøren, med det formål å oppfylle Arkitektens forpliktelse overfor Entreprenøren.

Flertallet i Atlant-dommen nevnte imidlertid ikke hvilken betydning oppgjørstekniske eller prosessøkonomiske hensyn kunne tenkes å ha i den konkrete vurderingen. Det taler for at hensynet ikke har særlig stor betydning for den konkrete vurderingen – i alle fall ikke når andre tungtveiende hensyn gjorde seg gjeldende.

4.4.9 Hensynet til medkontrahtenten (B) og direktekravsdebitor (A)

Mindretallet mente at hensynet til Arkitekten (B) i dette tilfelle ikke trakk i noen bestemt retning fordi Arkitektens konkursbo ikke hadde fremsatt noe konkurrerende krav mot Underrådgiverne, og bobehandlingen var avsluttet.¹⁵⁹ Flertallet uttalte seg ikke omkring Arkitektens, herunder konkursboets, holdning til et eventuelt direktekrav. I flere av de tidligere avgjørelsene har det blitt lagt vekt på hvorvidt midtleddet (B) støtter direktekravet. Dersom det har vært tilfellet har det fått betydning i positiv retning. Det ville på den bakgrunn vært naturlig å trekke inn dette som et relevant moment i den konkrete vurderingen ettersom det kan være med å belyse om direktekrav ville være betenkelig i den aktuelle saken.

Flertallet fremhevet at hensynet til hvorvidt avskjæring av direktekrav ville innebære en tilfeldig fordel for Underrådgiverne (A), i noen grad gjorde seg gjeldende i Atlant-dommen.¹⁶⁰ Selv om det kunne virke «lite rimelig» at Underrådgiverne slapp ansvar fordi deres avtalepart hadde gått konkurs, var det et utslag av den kontraktsmodellen som partene hadde valgt. Selv om Underrådgiverne ble sittende med en tilfeldig fordel, kunne dette ikke veie opp de øvrige momentene som flertallet hadde pekt på. Uttalelsen innebærer at det var uten betydning i den konkrete saken om Underrådgiverne oppnådde en ugrunnet fordel på bekostning av Entreprenøren. Selv om flertallet trakk inn rimelighetsbetraktninger i vurderingen, kunne dette ikke veie opp for profesjonelle parters valg av standardkontrakt.

¹⁵⁷ Avsnitt 136.

¹⁵⁸ HR-2018-648-A (avsnitt 51).

¹⁵⁹ Avsnitt 137.

¹⁶⁰ Avsnitt 109.

Atlant-dommen er den eneste dommen som har fremhevet rimelighetshensyn i den konkrete vurderingen. Til tross for at hensyn til rimelighet var en del av vurderingen, virker det ikke som at momentet ble tillagt noen vekt når det var tale om profesjonelle parter. Likevel kan det tenkes at innføringen av dette hensynet vil få betydning for senere avgjørelser hvor det er spørsmål om direktekravsadgang.

4.4.10 Hvilken modell bygger den ulovfestede regelen på?

I Atlant-dommen ble direktekravet ikke tillatt fremmet. Flertallet tok dermed ikke stilling til om regressmodellen eller subrogasjonsmodellen var å foretrekke dersom direktekrav hadde blitt akseptert etter ulovfestet rett. Mindretallet var av den oppfatning at Entreprenøren kunne fremsette direktekrav etter «den såkalte dobbeltbegrensningsmodellen».¹⁶¹

I de tidligere dommene som gjelder den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav har det vært sprikende oppfatninger omkring hvilken modell som følger av den ulovfestede regelen. Davanger-dommen gjaldt spørsmål om et krav knyttet til skjulte feil og mangler ved en enebolig, kunne fremmes direkte mot tidligere salgssledd. Førstvoterende uttalte i den forbindelse at Cs «inntreden ikke kunne øke» As ansvar dersom direktekrav ble tillatt.¹⁶² Dommen bygger på et inntredessynspunkt og innebærer dermed at subrogasjonsmodellen ble lagt til grunn.

Nordland-dommen gjaldt ansvar for skade på en maskin som hadde blitt totalskadet under en transport. Spørsmålet var om maskingrossistfirmaet (C) kunne fremme et erstatningskrav direkte mot undertransportøren (A). Etter at førstvoterende hadde innfortolket en direktekravsrett i en lovbestemmelse i veifraktloven, ble det tilføyd at kravet også fulgte av de alminnelige regler om tredjemannsløfter.¹⁶³ Dommen viser at også tredjemannsløfter kan benyttes som grunnlag for en ulovfestet regel om direktekrav.

I Veidekke-dommen, som gjaldt direktekrav i en næringsentreprise fra byggherre mot underentreprenør, ble det uttalt at det «bør være lettere å godta et krav som i tilfelle begrenser underentreprenørens ansvar til det ansvar som han ville ha hatt overfor sin medkontrahent, hovedentreprenøren, og som samtidig ikke går ut over det krav som byggherren kunne ha

¹⁶¹ Avsnitt 127.

¹⁶² Rt-1981-445 (s. 451).

¹⁶³ Rt-1995-486 (s. 492).

gjort gjeldende overfor hovedentreprenøren». ¹⁶⁴ Uttalelsen viser at regressmodellen er å foretrekke dersom direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag i næringsentrepriser.

Rettspraksis har følgelig hatt ulike tilnærminger til hvilke av modellene som skal benyttes når direktekrav tillates på ulovfestet grunnlag. Både Veidekke-dommen og mindretallet i Atlantdommen, som gjaldt direktekrav i næringsentrepriser, bygger på regressmodellen. Det kan dermed tenkes at regressmodellen foretrekkes i disse typetilfellene. I forarbeidene til husleieloven forutsettes den ulovfestede regelen om direktekrav å bygge på regressmodellen, og kan tale for at denne modellen skal gjelde dersom spørsmålet ikke er regulert. ¹⁶⁵ Det er likevel ikke mulig å si noe sikkert om hvilke av modellene den ulovfestede regelen om direktekrav innenfor entrepriseretten, bygger på. Både regressmodellen og subrogasjonsmodellen har svakheter og fordeler som det kan tale både for og mot at de bør inngå i den ulovfestede regelen om direktekrav.

Det resultat som modellen for springende regress fører til kan hevdes å samsvare bedre med alminnelige prinsippene for regress. ¹⁶⁶ Dersom regressmodellen følges, vil resultatet være det samme som om reglene om alminnelig regress hadde blitt fulgt. Regressmodellen samsvarer følgelig med grunntanken i regressretten.

Ulempen med modellen for springende regress er særlige de retts tekniske hensyn som gjør seg gjeldende. Modellen forutsetter nemlig at det må foretas en mangelsvurdering i flere ledd, med den følge at tvistetemaet kompliseres. Bruk av denne modellen vil dermed utvide tvistetemaet og medfører en risiko for at A ikke blir holdt ansvarlig. Modellen gir grunnlag for en noe komplisert fremgangsmåte, og det kan tenkes at subrogasjonsmodellen er et bedre alternativ dersom direktekrav tillates på ulovfestet grunnlag. Hensynet til en retts teknisk enkel regel får særlig betydning for spørsmålet om en ulovfestet regel får gjennomslag.

Subrogasjonsmodellen kan imidlertid føre til at C trer inn i Bs krav mot A, selv om C har fått kontraktsmessig oppfyllelse fra B. Dette ville i så fall være en uheldig konsekvens av å benytte subrogasjonsmodellen. NS-kontraktene er gjennomgående basert på regressmodellen, noe som kan tale for at den ulovfestede regelen innenfor entrepriseretten også må følge denne modellen.

¹⁶⁴ Rt-1998-656 (s. 662).

¹⁶⁵ NOU 1993:4 s. 138.

¹⁶⁶ Se Rt-1997-1029 (s. 1036): «[D]et følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel», jf. Hagstrøm (2011) s. 820.

Selv om det fortsatt er uklart hvilken modell som skal inngå som en del av den ulovfestede regelen om direktekrav, er det uansett sikkert at direktekrav kun tillates dersom As ansvar ikke øker som følge av at C får adgang til å fremme kravet. Dette synspunktet fremgår av mindretallets bemerkninger i Atlant-dommen, og er kommet til uttrykk i både Siesta-, Davanger- og Bruktbil-dommen. I sistnevnte dom uttalte førstvoterende at «[j]eg kan heller ikke se at verkstedet kommer dårligere ut ved at direktekrav tillates, enn det verkstedet måtte regne med [...]».¹⁶⁷ Formuleringen viser at det avgjørende for hvorvidt direktekrav skal kunne tillates er at As ansvar ikke skal overstige det ansvar som A ville ha hatt dersom B hadde gjort gjeldende et krav. Dette hensynet vil imidlertid være ivaretatt etter både subrogasjonsmodellen og regressmodellen.

Det kan spørres om det er nødvendig å oppstille et absolutt skille mellom modellen for springende regress og subrogasjonsmodellen. Basert på Høyesteretts praksis, kan det være hensiktsmessig å benytte subrogasjonsmodellen i enkelte tilfeller og regressmodellen i andre. Dersom den ulovfestede regelen om direktekrav både tillater direktekrav basert på subrogasjons- og regressmodellen, er det enklere å tilpasse regelen for de ulike typetilfeller som gjør seg gjeldende. Det er uansett ikke grunnlag for å trekke noen sikker konklusjon om at den ulovfestede regelen likestiller de to modellene.

4.4.11 Konklusjon

Flertallet konkluderte med at direktekrav var avskåret i den aktuelle saken. Mindretallet kom på sin side til at Entreprenøren hadde adgang til å fremsette sitt erstatningskrav direkte mot Underrådgiverne etter dobbeltbegrensningsmodellen. Det avgjørende for flertallets konklusjon var Entreprenørens valg av kontraktstandard, at det dreide seg om profesjonelle parter, den detaljerte reguleringen i NS-kontraktene, samt at tapet kunne vært dekket gjennom ansvarsforsikring som Arkitekten hadde plikt til å tegne. Mindretallets synspunkter avvek på tre punkter. De hadde et annet syn på betydningen av valg av standardkontrakt, hva som kunne utledes av bakgrunnsretten, samt den konkrete vurderingen.

4.5 Sammenfatning

Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om det var adgang til å fremme direktekrav basert på ulovfestede regler, skiller seg metodisk fra tidligere avgjørelser. Det er særlig to punkter som skiller seg ut i Atlant-dommen, sammenliknet med tidligere avgjørelser.

¹⁶⁷ HR-2018-648-A (avsnitt 57).

For det første benyttet Høyesterett seg av to adskilte vurderingstemaer; hvorvidt det forelå en «særlig stilling» og deretter en konkret avveining av behovet og betenkelighetene med å tillate direktekrav. Førstnevnte vurderingstema ble første gang benyttet i Veidekke-dommen og deretter videreført i Atlant-dommen. Dette kan tale for at Høyesterett ønsker å videreføre dette vurderingstemaet til de tilfeller det blir spørsmål om en ulovfestet direktekravsadgang innenfor entrepriseretten. Det andre vurderingstemaet innebar en konkret avveining av de momenter som gjorde seg gjeldende i saken – som liknet vurderingen i tidligere avgjørelser. Det virker dermed som at Høyesterett ønsket å videreføre også dette vurderingstemaet.

Det andre punktet som er spesielt med Atlant-dommen, er at flere av de reelle hensyn som i tidligere dommer har blitt tillagt vekt, ikke hadde den samme betydningen i Atlant-dommen. Det siktes da særlig til hensynet til hvorvidt C har et legitimt behov for å fremme direktekrav, betydningen av Bs holdning til at kravet blir fremmet og hvorvidt A har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg kravet. I den forbindelse vil det, basert på tidligere dommer, være naturlig å vurdere hvorvidt A regnet med at kravet kunne bli rettet mot ham og hvorvidt han blir tilført en ugrunnet fordel på bekostning av C.

Bakgrunnen for at flertallet i Atlant-dommen ikke omtalte de ovennevnte hensyn skyldes nok at de momenter som ble fremhevet i dommen var av større betydning, og at det dermed ikke var hensiktsmessig å vurdere de øvrige hensynene. De momenter som flertallet inkluderte i den konkrete vurderingen av behovet og betenkelighetene med å tillate direktekrav, er ikke hensyn som har vært fremhevet i tidligere dommer fra Høyesterett. Både hensynet til valg av kontraktstandard, at det dreide seg om profesjonelle parter, at bransjen selv står for utformingen av standardene og hvorvidt det foreligger en forsikringsplikt, ble fremhevet som relevante momenter. Til tross for at disse punkter ikke har vært en sentral del av tidligere avgjørelser hvor det har blitt reist spørsmål om en ulovfestet direktekravsadgang, er momentene like fullt tale om reelle hensyn. Selv om flertallet i Atlant-dommen kunne ha inkludert flere av de reelle hensyn som har vært vektlagt i tidligere avgjørelser – dersom det var ønskelig å videreføre disse – viser dommen at det konkrete saksforholdet har stor betydning for hvilke hensyn som er relevante å ta i betraktning.

Dommens begrunnelse er i likhet med tidligere avgjørelser som gjelder den ulovfestede direktekravsretten, konkret forankret i saksforholdet. De momenter som ble fremhevet i Atlant-dommen gir likevel retningslinjer for hvilke momenter som kan ha betydning i liknende typetilfeller. Ettersom Høyesterett ofte går skrittvis frem når det utformes en ny

regel, er det sentralt å sammenholde de avgjørelser som foreligger for å vurdere hvilke mønster som følges. Atlant-dommen kan tas til inntekt for at det er ønskelig å beholde en ulovfestet regel om direktekrav, også innenfor entrepriseretten, men terskelen for å tillate direktekrav innenfor næringsentrepriser er høy.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Utgangspunkt

Det er på det rene at det frem til Atlant-dommen, ikke var grunnlag for å konstatere at det eksisterte noen alminnelig rett til å fremme direktekrav i entrepriserforhold.¹⁶⁸ Det kan likevel spørres om Høyesterett, i Atlant-dommen, har etablert en slik alminnelig adgang til å fremme direktekrav i næringsentrepriser. Dette er problemstillingen i punkt 5.3.

Det er imidlertid avklart at det etter Atlant-dommen eksisterer en adgang til å fremme direktekrav dersom det etter en konkret vurdering er grunnlag for det. Den konkrete vurderingen beror på det nærmere saksforhold, samt hvilke hensyn og motstridende interesser som gjør seg gjeldende.

5.2 Hva er innholdet i den ulovfestede regelen?

5.2.1 Første vurderingstema: «Særlig stilling»

De to avgjørelser som er avsagt vedrørende ulovfestede direktekravsregler innenfor entrepriseretten, er Veidekke-dommen og Atlant-dommen. I begge dommene er det sentrale hvorvidt direktekravsdebitor (A) hadde en «særlig stilling» under gjennomføringen av prosjektet. Dersom dette er tilfellet, kan det legges til grunn at det vil være adgang til å fremme direktekrav.

Det som imidlertid er noe uklart, er hva som kreves for at det skal foreligge en «særlig stilling». Begge avgjørelsene bygger på den forutsetningen om at A vil ha en «særlig stilling» dersom A og C har hatt en direkte kontakt av en viss betydning, under gjennomføringen av prosjektet. Det har i den sammenheng betydning hvilket omfang kontakten har hatt, hvorvidt kontakten har fulgt kontraktens regulering, og hvorvidt A og B har hatt en så nær tilknytning at det har vært naturlig for C å også forholde seg til A. Dersom B har forholdt seg passiv under gjennomføringen, med den følge at A og C har unnlatt å gå veien gjennom B, vil det

¹⁶⁸ Rt-2018-2256-A (avsnitt 80).

også tilsi at det har vært en direkte kontakt mellom A og C. Det avgjørende er hvorvidt *de reelle forholdene* mellom A og C er av en slik karakter at det er naturlig for C å fremme et mangelskrav direkte mot A, uten å gå veien gjennom B.

5.2.2 Andre vurderingstema: Avveining av behov og betenkeligheter

Atlant-dommen skiller seg fra Veidekke-dommen ved at direktekrav ikke nødvendigvis var avskåret dersom kravet til «særlig stilling» ikke var oppfylt. Det sentrale, subsidiære, vurderingstemaet var en helhetsvurdering av «behovet og betenkelighetene» med å tillate direktekrav. Denne vurderingen kan lettere sammenliknes med argumentasjonsmønsteret i de tidligere avgjørelser som har vurdert den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav. Denne delen av Høyesteretts konkrete vurdering i Atlant-dommen viser, på samme måte som flere av de tidligere avgjørelsene, at det sentrale er en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende.

Hva som inngår i denne interesseavveiningen er Cs behov for direktekrav vurdert opp mot betenkelighetene med å tillate det, i det aktuelle typetilfellet. Hvilke øvrige momenter og hensyn som kan vektlegges i denne vurderingen er uklart. Grunnen til uklarheten skyldes særlig at flertallet i Atlant-dommen la vekt på hensyn som tidligere ikke har vært fremhevet, samt at flere av de hensyn som gjenfinnes i tidligere dommer ikke ble tillagt samme betydning i Atlant-dommen. Det som er verdt å merke seg er at den konkrete avveining av hvorvidt direktekrav skal tillates, nødvendigvis må være konkret. Dermed vil de avgjørende reelle hensyn også kunne variere ut fra hvilket typetilfelle en står overfor. Atlant-dommen bringer dermed inn flere andre hensyn som kan ha relevans for vurderingen i næringsentrepriser.

Dersom vurderingstemaene i Atlant-dommen følges i senere avgjørelser fra Høyesterett, vil det innebære en totrinnsvurdering. Det må først vurderes hvorvidt det foreligger en «særlig stilling» og dersom svaret på dette er negativt, blir spørsmålet om direktekrav kan tillates etter en nærmere avveining av behovet og betenkelighetene ved å tillate kravet fremmet.

Innholdsmessig er ikke den ulovfestede regelen direkte klar, og det er dermed vanskelig å konkludere med hvilke hensyn som lovlig kan tillegges vekt i den konkrete avveiningen.

Det kan imidlertid utledes av Atlant-dommen at terskelen for å tillate direktekrav innenfor næringsentrepriser er høy. Bakgrunnen for det er særlig at det er tale om profesjonelle parter som forventes skal kunne ivareta sine interesser, samtidig som det er bransjen selv som

utarbeider NS-kontraktene som benyttes. I tillegg virker det generelt mer betenkelig å utfylle et finmasket standardisert kontraktssystem, enn en individuell avtale, med bakgrunnsrett.

Konsekvensen av at det innenfor næringsentrepriser syntes å være en snever adgang til å fremme direktekrav på grunnlag av bakgrunnsretten, er at det er desto viktigere for aktørene å vurdere hvorvidt det er hensiktsmessig å innta en klausul om direktekrav, i kontrakten. Dersom avtalen er taus omkring direktekrav, er det langt fra sikkert at en slik adgang innfortolkes.

5.3 Er den ulovfestede regelen om direktekrav god?

Den ulovfestede regelen om direktekrav innenfor entrepriserettens område innebærer i dag en todelt vurdering: Direktekrav tillates dersom A har hatt en «særlig stilling» under gjennomføringen av entreprisen, men kan også tillates etter en konkret avveining av behovet og betenkelighetene som gjør seg gjeldende i det aktuelle typetilfelle. Innholdet i begge vurderingene er som tidligere vist, fortsatt noe uklart, men fremgangsmåten er likevel forholdsvis klar.

Mot den fremgangsmåten som ble benyttet i Atlant-dommen, kan det innvendes at den er noe omstendelig og tungvint. Konsekvensen av at det ikke foreligger en «særlig stilling» er at det foretas en konkret interesseavveining av de hensyn som gjør seg gjeldende. Den første vurderingen er dermed uten betydning for den neste vurderingen, og syntes dermed å være noe overfladisk. Dersom vurderingstemaet kun hadde vært en avveining av behovet og betenkelighetene, ville vurderingen rent teknisk blitt enklere. I tillegg ville det være lettere å klarlegge hva som inngår i den konkrete vurderingen dersom det kun dreier seg om ett vurderingstema. Dette synspunktet støttes av de tidligere avgjørelser som legger til grunn en avveining av de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende, med unntak av Veidekke-dommen.

Fordelen med å velge en slik fremgangsmåte er at det vil bli mer forutberegnelig for utenforstående å vurdere om det har noen hensikt å gå til søksmål å kreve direktekrav på ulovfestet grunnlag. Det er fortsatt nødvendig å konkretisere og videreutvikle den ulovfestede regelen slik at innholdet blir mer håndfast. Særlig bør hensynet til A, B og C være mer fremtredende i den konkrete vurderingen, for å gjøre det enklere å sette seg inn i, og anvende den ulovfestede regelen.

En annen sak er at det i større grad bør åpnes for rimelighetsbetraktninger enn det som praktiseres i dag. Atlant-dommen er den eneste dommen som eksplisitt sier noe om hva som kan tenkes å være rimelig, men det virker ikke som at de øvrige avgjørelsene stenger for slike rimelighetshensyn.¹⁶⁹ Ettersom den ulovfestede regelen i dag hovedsakelig består av en avveining av interesser, vil det være naturlig at hensynet til et rimelig og godt resultat får en plass i vurderingen. Dette vil som tidligere påpekt, føre til en mer fleksibel ulovfestet regel som gir mulighet til å avskjære direktekrav i de tilfeller Cs motivasjon for å fremme kravet ikke anses som legitim. Rimelighetshensyn bør likevel ikke få en så stor plass at det går på bekostning av forutberegneligheten.

En ytterligere innvending mot den ulovfestede regelen, er at den praktiseres noe strengt. Tendensen i kontraktslovgivningen har gått mot en økt aksept av å tillate direktekrav, og tilsier dermed at det generelt er mindre betenkelig å akseptere en ulovfestet adgang til å fremme direktekrav. Selv om det er adgang til å benytte seg av NS-kontrakter som innehar bestemmelser om direktekrav eller individuelt å avtale at en slik adgang skal foreligge mellom avtalepartene, kan det oppstå tilfeller hvor det foreligger et legitimt behov for C til å fremme direktekrav. Dersom hensynet til A er ivaretatt ved at As ansvar ikke øker som følge av at direktekrav gjøres gjeldende, vil det knytte seg få betenkeligheter ved å tillate en slik ulovfestet adgang. Dersom Cs krav ikke overstiger det krav B kunne gjort gjeldende mot A i henhold til kontrakten mellom A og B, er det nærliggende å legge til grunn at dette er noe A må kunne regne med.

Den ulovfestede adgangen til å fremme direktekrav bør nok også være betinget av umulighet eller insolvens, i likhet med NS-kontraktenes regulering. Dette vil i så fall være i samsvar med bransjens praktisering og oppfatning av hvordan direktekravsretten skal anvendes. I tillegg vil en betinget direktekravsrett kunne gi en balansert avveining mellom hensynet til C på den ene siden, og hensynet til både A og kontraktskjeden på den andre siden. En ubetinget direktekravsrett vil ikke ivareta hensynet til konsekvente regler, som er gitt stor betydning i Høyesteretts praksis. I tillegg vil en ubetinget direktekravsrett gi C en større valgmulighet enn det som strengt tatt er nødvendig.

¹⁶⁹ Avsnitt 109.

5.4 En alminnelig direktekravsrett?

Etter at Høyesterett hadde gjennomgått de rettskilder som var relevante for problemstillingen i Atlant-dommen, ble det konstatert at det «fortsatt ikke [er] grunnlag for å konstatere at det eksisterer noen alminnelig rett til å fremme direktekrav i entrepriseforhold».¹⁷⁰ Uttalelsen utelukket imidlertid ikke at Høyesterett, i Atlant-dommen, oppstilte en slik alminnelig adgang til å fremme direktekrav. Som allerede nevnt under punkt 4.2.5, utdypet ikke flertallet hva som innholdsmessig inngår i begrepet «alminnelig rett til å fremme direktekrav». Spørsmålet er om dommen kan tas til inntekt for at C har fått en alminnelig direktekravsrett mot A i de tilfeller vilkåret om «særlig stilling» er oppfylt.

Flertallet tok utgangspunkt i vurderingstemaet «særlig stilling» slik det ble oppstilt i Veidekke-dommen. Formålet med å oppstille det samme vurderingstemaet i Atlant-dommen, må være at Høyesterett ønsket å videreføre prejudikatet. Dersom Høyesterett ikke var enig i at C skal ha direktekravsrett i de tilfeller A og C reelt sett har opptrådt som kontraktsparter, ville vurderingstemaet naturligvis heller ikke blitt videreført. Det kan av denne grunn konkluderes med at Høyesterett i Atlant-dommen oppstilte en alminnelig adgang til å fremme direktekrav i de tilfeller A har hatt en «særlig stilling» under gjennomføringen av kontrakten. En slik forståelse av en «alminnelig rett til å fremme direktekrav», er ikke i strid med en naturlig forståelse av ordlyden og er i samsvar med Høyesteretts begrunnelse for å tillate direktekrav.

¹⁷⁰ Avsnitt 80.

6 Kilderegister

6.1 Lovgivning

Anskaffelsesloven	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA)
Avhendingslova	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova – avhl.)
Bustadoppføringslova	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova – buofl.)
Forbrukerkjøpsloven	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven – fkjl.)
Håndverktjenesteloven	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven – hvtjl.)
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven – kjl.)

6.2 Forarbeider og forskrifter

NOU 1979:42	Forbrukertjenester Delinnstilling I
Ot.prp.nr.80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp
Ot.prp.nr.66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
NOU 1993:4	Lov om husleieavtaler
NOU 1993:27	Forbrukerkjøpslov
Anskaffelsesforskriften	Forskrift 12. august nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA)

6.3 Rettspraksis

6.3.1 Høyesterett

Rt. 1976 s. 1117	<i>Siesta</i>
Rt. 1981 s. 445	<i>Davanger</i>
Rt. 1986 s. 1386	
Rt. 1995 s. 486	<i>Nordland</i>
Rt. 1995 s. 975	
Rt. 1997 s. 1029	
Rt. 1998 s. 656	<i>Veidekke</i>
Rt. 2000 s. 1049	
Rt. 2002 s. 1155	<i>Hansa Borg</i>
Rt. 2005 s. 268	<i>Pan Fish</i>
Rt. 2007 s. 1029	
Rt. 2007 s. 1768	
Rt. 2008 s. 385	
Rt. 2012 s. 1729	
Rt. 2012 s. 1779	<i>Hydro Aluminium</i>
HR-2016-1447-A	<i>KLP</i>
HR-2018-648-A	<i>Bruktbil</i>
HR-2018-2256-A	<i>Atlant</i>

6.3.2 Underrettspraksis

TSARP-2015-147954

LB-2016-86441

6.4 Juridisk litteratur

Bergsåker (2015)

Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. Utg., 1. Opplag, Universitetsforlaget 2015

Bjøranger Tørum (2007)

Bjøranger Tørum, Amund, *Direktekrav, Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepriser. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Universitetsforlaget 2007

Cordero-Moss (2018)

Cordero-Moss, Giuditta, *Norsk ordre public som skranke for partsatomoni i internasjonale kontrakter og internasjonal tvisteløsning*, Universitetsforlaget 2018

Giertsen (2014)

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. Utg., Universitetsforlaget 2014

Giverholt, Arvesen, Marthinussen (2012)

Giverholt, Arvesen, Marthinussen, *NS 8407, Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, 1. Utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2012

Haaskjold (2017)

Haaskjold, Erlend, *Obligasjonsrett, En innføring*, Universitetsforlaget 2017

Hagstrøm og Bruserud (2014)

Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget 2014

Hagstrøm og Bruserud (2015)

Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, *Kjøpsrett*, 2. Utg., Universitetsforlaget 2015

Hagstrøm (2011)

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. Utg., Universitetsforlaget 2011

Henning Nortvedt, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve

- Nordtvedt, Ruud, Bergsaker, Bjørnvik og Johansen (2013) Martin Bjørnvik og Johnny Johansen, *NS 8407, Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, Kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013
- Høgberg (2006) Høgberg, Alf Petter, *Kontraktstolkning, Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Universitetsforlaget 2006
- Lilleholt (2012) Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuesrett, Fleire rettar til same formuesgode*, Universitetsforlaget 2012
- Marthinussen, Giverholt, Arvesen m. fl. (2004) Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen m. fl., *NS 8405 med kommentarer*, 1. Utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2004
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore, *Kommentar til NS 3401*, Universitetsforlaget 1977
- Urbye (2011) Urbye, Hans Jakob, *Kommentarer til NS 8401 og NS 8402*, 2. Utg., Oslo 2011
- Vagner og Iversen (2005) Vagner, Hans Henrik og Iversen, Torsten, *Entrepriseret*, 4. utg., 1. opplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2005

6.5 Juridiske artikler

- Aas (2008) Aas, Jardar, *Direkte mangelskrav i entrepriseretten*, Tidsskrift for Erstatningsrett, vol. 5, 2008 (sitert fra Idunn.no)
- Bjøranger Tørum (2019) Bjøranger Tørum, Amund, *Tolking av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy*, Jussens Venner vol. 54, s. 1-38, 2019 (sitert fra Idunn.no)
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten*, Jussens Venner vol. 47, s. 319-345, 2012 (sitert fra Juridika.no)
- Simonsen (2019) Simonsen, Lasse, *Midtbygningen – HR-2018-2256-A*, Nytt i privatretten (NiP) (sitert fra Rettsdata.no)
- Ørstavik (2018) Ørstavik, Inger B., *Prinsippet om objektiv tolkning, Særlig om tolkning av forhandlede standardavtaler*, Tidsskrift for rettsvitenskap, nr. 4, 2018 (sitert fra Juridika.no)

6.6 Norsk Standard

- NS 3401:1992 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser
- NS 8401:2010 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag
- NS 8402:2010 Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid
- NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt
- NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt
- NS 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise
- NS 8415:2008 Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av

bygge- og anleggsarbeider

NS 8416:2009

Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider

NS 8417:2011

Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser

Samtlige kilder fra internett avlest: 01.05.2019