



Norske erfaringer med alternativ tvisteløsning i byggesaker

v/ advokat dr. juris Jan Einar Barbo, advokatfirmaet BA-HR DA, Oslo

København, 19. mars 2015

Agenda

- De norske NS-standardkontraktene
- Litt om voldgift i byggesaker i Norge
- BFJR (Byggebransjens Faglig Juridiske Råd)
- Bruk av oppmann
- Rettsmegling
- Utenrettslig megling («advokatmegling»)
- PRIME / KLR
 - Project Integrated Mediation/Prosjektintegrert megling
 - Konfliktløsningsråd

NS-standardkontraktene (Norsk Standard)

- NS 3430 for utførelsesentrepriser (tilsvarende AB 92)
 - Fra 1991, en mindre revisjon i 1994
 - Avløste NS 3401 (1969)
 - Bestemmelser om *oppmannsavgjørelser*
 - Inspirert av offshorekontraktenes «expert decisions»
 - Tvister *under* 100 G (G = folketrygdens grunnbeløp, p.t. NOK 88 370): *Ordinær rettergang*
 - Tvister *over* 100 G: *voldgift* (ad hoc)
- NS 3431 for totalentrepriser (tilsvarende ABT 93)
 - Fra 1992, en mindre revisjon i 1994
 - Tvisteløsningsbestemmelsene identiske med NS 3430
- Disse to standardkontraktene (og deres avløsere) mer omfattende og detaljerte enn AB 92 og ABT 93, og gjennomgående med strengere preklusive varslingsregler
 - Inspirert av den norske olje- og gassindustriens fabrikkasjonskontrakter

«De norske AB 92 og ABT 93» forts. (2)

- NS 8405:2008 for utførelsesentrepriser
 - Avløste NS 3430 i 2004, revidert i 2008
 - Tvisteløsningsbestemmelsene nesten identiske med NS 3430 og NS 3431
- NS 8407:2011 for totalentrepriser
 - Avløste NS 3431 i 2011
 - Ordningen med oppmannsavgjørrelser videreføres
 - Nytt: Hver av partene kan *be om «tvisteløsningsmøte»* der representanter for partenes *ledelse* deltar
 - Nytt: Bestemmelse om *prosjektintegreert megling* (PRIME)
 - Nytt: Tvister skal løses ved *ordinær rettergang*
 - *Ikke voldgiftsklausul!*
 - Voldgift kan naturligvis avtales på ethvert tidspunkt
 - *Ikke* bestemmelser om ordinær megling (noe overraskende)
- I tillegg en meget lang rekke øvrige NS-standardkontrakter
 - For små/enklere entrepriser, underentrepriser, totalunderentrepriser, anskaffelsesregler, rådgivning/prosjektering, overtagelsesdokumenter, formularer, etc.

Voldgift i byggesaker i Norge

- Voldgift har tradisjonelt stått meget sterkt i norsk bygge- og anleggsbransje
 - Men ingen pålitelig statistikk vedrørende omfang
- Voldgiftsklausuler i standardkontrakter fra 1890
- Tre regionale *faste tekniske voldgiftsretter* fra 1906, ytterligere én i 1964
- Henvisningen til fast teknisk voldgiftsrett utelatt i NS 3430 (1991)
- Saksmengden avtok
- Samtlige faste tekniske voldgiftsretter avviklet fra 1990-tallet, den siste i 2002
- Institusjonell voldgift: Oslo Handelskammer (Oslo Chamber of Commerce)
 - Regler om voldgift, megling, «mini-trials», ekspertbistand m.m.
 - Benyttes nesten ikke i praksis
- I dag: Praktisk talt all voldgift er ad hoc-voldgift
- Ny norsk voldgiftslov i 2005, bygger på UNCITRALs modellov

BFJR - Byggebransjens Faglig Juridiske Råd

- Opprettet i 1977 med sete i Bergen
- Tvisteløsnings- og responsumorgan
- To høyt kvalifiserte jurister og fire ingeniører/arkitekter
- Kan fungere som oppmann eller voldgiftsrett, og yte bistand ved megling m.v.
- Men avgir først og fremst *responsa* (ikke-bindende uttalelser) basert på skriftlig spørsmål fra én av partene i en byggesak
 - Ikke egnet til å foreta bevisbedømmelse
 - Primært tolkning av konkrete kontrakter
 - Typisk tolkning av poster i beskrivende mengdefortegnelse, samt NS-standardkontrakter

BFJR forts. (2)

- Har avgitt 625 uttalelser
 - De første 450 (perioden 1977-1996) samlet i to bøker
 - De fleste uttalelser publiseres i bransjebladet «Byggeindustrien»
 - Tidligere 20-25 saker i året
 - Omfanget redusert dramatisk i de senere år (2014: 4 saker, 2013: 5 saker, 2012: 2 saker)
- Uttalelsene en viss rettskildemessig betydning
- Viktigste hinder for bidrag til å løse den konkrete tvist: Uttalelsene bare basert på spørsmål fra én av partene. Ingen kontradiksjon med mindre avtale om dette

Bruk av oppmann

- NS-standardkontraktene:
- *Hver av partene* kan frem til overtagelsen *kreve* en tvist *avgjort* av en oppmann
- Valg av oppmann:
 - Velges av partene i fellesskap, eller
 - Fra en liste alternative oppmenn satt opp av Standard Norge og etter fremgangsmåte fastsatt av Standard Norge
- Rask, normalt skriftlig, prosess - typisk 6-8 uker
- Innlegg fra begge parter
- Begrunnet avgjørelse
- Ikke bindende
- Partene skal innen én måned meddele om de aksepterer avgjørelsen som bindende
 - Forekommer ikke ofte
- Omfang? Usikkert. Ingen statistikk

Bruk av oppmann forts. (2)

- Erfaringer:

- Betydningen av oppmannsavgjørelsen beror på oppmannens kvalifikasjoner og anseelse
- Betydningen av oppmannsavgjørelsen beror i høy grad på kvaliteten og omfanget av begrunnelsen som gis
- Selv om den tapende part antagelig sjelden aksepterer oppmannsavgjørelsen som bindende, fører avgjørelsen - og især begrunnelsen - til at det blir enklere å oppnå en minnelig løsning. Partene får kvalifisert «veiledning»
- Normalt bare skriftlig saksforberedelse. Lite egnet hvis vanskelige bevissspørsmål eller behov for vitneforklaringer
- Velegnet hvis kun spørsmål om tolkning av skriftlig kontrakt
- Mest egnet hvis begge parter er enige om å innhente oppmannsavgjørelse. Som oftest lite hensikt ensidig å *kreve* oppmannsavgjørelse hvis den annen part ikke er interessert i dette

- NS 8405 og NS 8407 inneholder bestemmelser om at

- oppmannsavgjørelser i noen tilfeller *skal følges* inntil avgjørelsen eventuelt fravikes ved avtale eller dom, og
- at avgjørelsen i disse tilfeller *blir bindende* med mindre voldgift eller rettergang er innledet innen seks måneder

- Sistnevnte ordning lite benyttet

- Antagelig fordi oppmannens avgjørelsesgrunnlag kan være noe spinkelt, og dermed for risikabelt med en avgjørelse som raskt kan tvinge partene inn i voldgift eller rettergang

Rettsmegling

- «Rettsmegling» = megling i regi av domstolene
 - Later til å være ganske likt dansk retsmægling
- Prøveordning ved seks domstoler fra 1997
 - På bakgrunn av et privat initiativ fra en gruppe dommere, advokater og universitetsjurister som ønsket å promotere alternativ tvisteløsning
- Prøveordningen forlenget og utvidet flere ganger
- Ved den nye tvisteloven 2005 (den norske rettspleieloven for sivile saker) ble rettsmegling permanent og gjeldende for samtlige domstoler (i praksis ikke for Høyesterett)
 - Merk lovens tittel: «Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)»
- Spørsmålet om det skal gjennomføres rettsmegling er det *første* spørsmålet dommeren tar opp med partene i planmøtet etter inngivelse av stevning og tilsvær
- Rettsmegling besluttet av retten
 - I praksis bare hvis begge parter aksepterer rettsmegling
 - Kan bare besluttet i strid med begge parter vilje «når særlige grunner tilsier det»

Rettsmegling forts. (2)

- Megler: Forberedende dommer, en annen dommer, en person fra domstolens faste utvalg av meglere, eller en annen hvis partene samtykker
 - I entreprisesaker: som oftest en utenforstående advokat som megler
 - I entreprisesaker dessuten mer og mer vanlig med en fagkyndig co-megler
- Ingen særskilte saksbehandlingsregler: Megleren bestemmer fremgangsmåten i samråd med partene
- Bevisforbud og taushetsplikt om det som fremkommer under meglingen
- Rettsmegling i dag *meget utbredt*
- Oslo tingrett: ca. 12-14 % (2010-2014) av alle saker for domstolen ble rettsmeglet
- Av disse endte 64-71 % med forlik
- Samlet statistikk for hele Norge finnes ikke (?)
- Det kan se ut til at forliksprosenten er *høyere* for domstoler i distriktene
- NB: Tallene gjelder samtlige meglinger, inklusive barnefordeling og skilsmissesaker, etc.

Utenrettslig megling («advokatmegling»)

- «Partene kan for en rettslig tvist avtale utenrettslig mekling etter tvisteloven. Avtalen skal være skriftlig og angi at tvistelovens regler om utenrettslig mekling skal anvendes. ...» (tvisteloven § 7-1)
- Partene kan også avtale privat megling som ikke er «etter tvisteloven»
 - Forskjellen er først og fremst at partene står (enda) noe friere til å avtale opplegg og fremgangsmåte, man har ikke krav på bistand fra domstolen til å få oppnevnt megler, og man kan ikke påberope reglene om bevisforbud og taushetsplikt
 - Det er i praksis ingen grunn til ikke å avtale at tvistelovens regler om utenrettslig megling skal gjelde
- Intet generelt meglings- eller «mediations»-institutt i Norge
- Advokatforeningen og Juristforeningen arbeider aktivt for å fremme megling som tvisteløsningsmekanisme
- Kurs i megling - «Godkjent advokatmekler»
 - Ingen betingelse for å opptre som megler
 - Mer enn 600 norske advokater er «Godkjent advokatmekler»
 - Men bare et fåtall av disse har gjennomført oppdrag som megler
 - Kurset er primært innrettet mot mindre omfattende meglingsoppgaver, og mot alle typer tvister

Utenrettslig advokatmegling i norske entreprisetvister

- Stor økning de siste 10-15 årene
- Statistikk om omfang finnes ikke, men på det rene at meget utbredt
 - I dag rutinemessig spørsmål om megling når en entreprisetvist oppstår
 - Undersøkelse utført av det svenske advokatfirmaet Roschier i 2014 bekrefter at megling / alternativ tvisteløsning er vesentlig mer utbredt i næringslivet i Norge enn i Danmark, Finland og Sverige, og med vesentlig høyere forlikssrate
 - Erfaringen med at et stort antall saker løses på denne måten, er antagelig hovedgrunnen til utbredelsen
- Forekommer på alle stadier av en tvist
 - Under prosjektgjennomføringen
 - I perioden etter sluttoppgjør
 - Etter at sak for domstolene eller voldgift er innledet - typisk med basis i stevning og tilsvær
- Mer og mer vanlig at advokatmegleren bistås av en fagkyndig co-megler
- Som oftest i noen grad *evaluerende* megling - ikke bare tilretteleggende
 - Jf. tvisteloven § 7-3 (3): «... Mekleren skal opptre upartisk og virke for en minnelig løsning. Mekleren kan sette fram forslag til løsning og gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.»

Noen erfaringer med advokatmegling i entreprisetvister

- Ingen statistikk, men personlig erfaring er at megling fører frem i minst 50 % av sakene
 - Store prosessomkostninger er spart i Norge som følge av dette
- Vesentlig at *beslutningstagerne* deltar under meglingen
- En *fordel* om de som er mest personlig involvert i byggesaken *ikke* deltar
- Viktig at parter og advokater forstår meglingens «vesen» og er innstilt på å finne en *løsning* - ikke på å «vinne meglingen»
 - Parter og advokater må også læres opp i megling og bidra til en løsning - megleren kan ikke gjøre jobben alene
- Kostnader / ressursbruk:
 - Kostnadene til megler kan være høye, men likevel neglisjerbare hvis meglingen fører frem
 - For partene og advokatene er erfaringen at hvis meglingen *ikke* fører frem, vil mesteparten av arbeidet likevel komme til nytte i en senere sak for domstolene eller voldgift - en nyttig forberedelse av saken
 - Fører ofte til at en etterfølgende rettssak eller voldgift forenkles: Dårlige argumenter frafalles, saken «spisses» mot sentrale tvistepunkter, etc.

PRIME / KLR

- PRIME: Prosjektintegrert megling / Project Integrated Mediation

- KLR: Konfliktløsningsråd

- «Klok mann på site»

- NS 8407:2011 art. 50.2:

«Dersom partene er enige om det, kan det oppnevnes et meglingsutvalg med mandat å bistå partene med å løse tvister som måtte oppstå i kontraktsperioden.

Hensikten med utvalget er å gi partene et forum for å finne frem til minnelige løsninger.

Meglingsutvalget bør oppnevnes så snart som mulig etter kontraktsinngåelsen.

Utvalget bør bestå av inntil tre medlemmer, som oppnevnes av partene i fellesskap.

Utvalget bestemmer i samråd med partene en hensiktsmessig arbeidsform, herunder i hvilken grad og på hvilken måte utvalgets medlemmer skal involveres i arbeidet under kontrakten.

Kostnadene med utvalgets arbeid deles likt mellom partene hvis ikke annet er avtalt.»

- Like mye tvisteforebygging som tvisteløsning

PRIME / KLR forts. (2)

- PRIME / KLR kan bidra til at utfordringer under prosjektgjennomføringen ikke eskalerer
- Utvalget vil kjenne prosjektet og kontrakten - kan gripe inn eller tilkalles raskt
- Vil i praksis være forbeholdt store, komplekse prosjekter (bl.a. pga. kostnadene)
- PRIME / KLR er foreløpig mindre utbredt, men har blant annet vært benyttet av Statens vegvesen på store vegutbyggingsprosjekter - med varierende, men likevel overveiende positivt, resultat

Noen avsluttende råd

- Lite eller intet løses kun gjennom kontraktsregulering
 - Varierende erfaring med NS-standardkontraktenens oppmannsordning - selv om gode intensjoner
 - Megling er *ikke* regulert i noen NS-standardkontrakter - men er blitt meget utbredt
- Det praktisk viktigste at noen toneangivende aktører går foran - og med vellykket resultat
- Det er ikke tilstrekkelig med gode meglere for at megling skal lykkes - også parter og advokater må læres opp i hva megling er
 - En part «vinner» ikke en megling. Enten vinner begge, eller ingen, av partene

Jeg siger kun: gaaer hen, og forliger eder, I Skabhalse!

(Ludvig Holberg)