

**AVVISNING I ENTREPRISE: BYGGHERRENS RETT TIL  
Å NEKTE OVERTAKELSE AV KONTRAKTSARBEIDET  
ETTER NS 3430 PUNKT 30.5 FØRSTE LEDD**

Det blir i fremstillingen redegjort for de materielle, så vel som de formelle, vilkår som må være oppfylt for at byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet ved overtakelsesforretning

Kandidatnr: 291

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25. april 2004

Til sammen 13 931 ord

04.05.2004

# Innholdsfortegnelse

|          |  |          |
|----------|--|----------|
| <b>1</b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>   | <b>1</b> |
| 1.1      | TEMA FOR AVHANDLINGEN  | 1        |
| 1.2      | AVVISNINGSRETTENS FUNKSJON   | 2        |
| 1.3      | KORT OM OVERTAKELSE OG OVERTAKELSESFORRETNING I ENTREPRISEFORHOLD              | 3        |
| 1.4      | RETTSKILDEBILDET   | 5        |
| 1.4.1    | INNLEDNING   | 5        |
| 1.4.2    | NS 3401 PUNKT 23.5 OG NS 8405 PUNKT 32.5                                       | 5        |
| 1.4.3    | RETTSPRAKSIS   | 6        |
| 1.4.4    | JURIDISK TEORI   | 7        |
| 1.4.5    | ANDRE TYPER TILVIRKNINGSKONTRAKTER/ALMINNELIG KONTRAKTSRETT                    | 8        |
| 1.5      | FREMSTILLINGEN VIDERE  | 8        |
| <b>2</b> | <b><u>DE MATERIELLE VILKÅR FOR AVVISNING</u></b>                               | <b>9</b> |
| 2.1      | INNLEDNING   | 9        |
| 2.2      | RELEVANTE INNVIRKNINGSFAKTORER – ”HINDRE DEN FORUTSATTE BRUK”                  | 9        |
| 2.2.1    | MANGEL OG UTBEDRING AV MANGEL  | 9        |
| 2.2.2    | MANGLER SOM IKKE KAN KREVES RETTET – ENTREPRENØREN HAR IKKE<br>UTBEDRINGSPLIKT | 10       |
| 2.3      | RELEVANT BRUK  | 11       |
| 2.3.1    | GENERALENTREPRISE  | 11       |
| 2.3.2    | DELENTREPRISE  | 12       |
| 2.4      | SYNBARHET – ”DEN FORUTSATTE BRUK”  | 13       |
| 2.4.1    | INNLEDNING   | 13       |
| 2.4.2    | UTGANGSPUNKTET – KONTRAKTEN  | 14       |
| 2.4.3    | VANLIG BRUK - TYPEFORUTSETNINGER   | 15       |
| 2.4.4    | PÅ HVILKET TIDSPUNKT MÅ BRUKEN VÆRE SYNBAR FOR ENTREPRENØREN?                  | 16       |
| 2.5      | ULIKE TYPER MANGLER – INNVIRKNING PÅ BRUKEN                                    | 17       |
| 2.5.1    | OFFENTLIGRETTSLIGE MANGLER   | 17       |
| 2.5.2    | FUNKSJONSMANGLER   | 18       |
| 2.5.3    | MANGLER VED UTEAREALER   | 19       |
| 2.5.4    | FASADE- OG SKJØNNHETSMANGLER   | 20       |

|            |   |           |
|------------|---|-----------|
| <b>2.6</b> | <b>SPESIELT OM KRAVET TIL KVALIFISERT MANGEL JF ”I EN GRAD”</b>   | <b>21</b> |
| 2.6.1      | INNLEDNING  | 21        |
| 2.6.2      | NS 3401 PUNKT 23.1 ”VESENTLIG MANGEL” OG BUSTADOPPFØRINGSLOVA § 15, TREDJE LEDD                           | 21        |
| 2.6.3      | NÆRMERE OM FORHOLDET TIL HEVINGSVURDERINGEN   | 23        |
| 2.6.4      | RETTSPRAKSIS  | 25        |
| 2.6.5      | NS 8405 PUNKT 32.5  | 26        |
| 2.6.6      | NF 92 OG FØRSTE UTKAST TIL NY NS (NBR F 79/02)  | 27        |
| 2.6.7      | SYSTEMET I AB 82 (DANSK STANDARDKONTRAKT FOR BYGG OG ANLEGG)  | 28        |
| 2.6.8      | OPPSUMMERING  | 28        |
| <b>2.7</b> | <b>RIMELIGHETSKRAVET JF ”RIMELIG GRUNN TIL Å NEKTE”</b>   | <b>29</b> |
| 2.7.1      | INNLEDNING  | 29        |
| 2.7.2      | ENTREPRENØRENS FORHOLD  | 30        |
| 2.7.3      | FORHOLD VED SELVE KONTRAKTEN  | 31        |
| 2.7.4      | MANGELENS ART   | 31        |
| 2.7.5      | HVOR UTSLAGSGIVENDE VIL MOMENTENE I RIMELIGHETSVURDERINGEN VÆRE?  | 33        |
| <b>2.8</b> | <b>AVSLUTTENDE SYNSPUNKTER HVA GJELDER DE MATERIELLE VILKÅR FOR AVVISNING</b>                             | <b>33</b> |
| <b>3</b>   | <b><u>FORMELLE KRAV TIL BYGGHERRENS AVVISNING</u></b>   | <b>36</b> |
| <b>3.1</b> | <b>INNLEDNING</b>   | <b>36</b> |
| <b>3.2</b> | <b>NEKTELSEN SKAL VÆRE SKRIFTLIG</b>  | <b>36</b> |
| <b>3.3</b> | <b>BYGGHERREN SKAL BEGRUNNE NEKTELSEN</b>   | <b>39</b> |
| 3.3.1      | FØLGENE AV AT DET IKKE ER GITT BEGRUNNELSE FOR AVVISNING  | 40        |
| 3.3.2      | FØLGENE AV AT BEGRUNNELSEN ER GITT PÅ URIKTIG ELLER UTILSTREKKELIG MATERIELT GRUNNLAG                     | 41        |
| <b>3.4</b> | <b>ENTREPRENØREN SKAL TA STILLING TIL NEKTELSEN</b>   | <b>42</b> |
| <b>4</b>   | <b><u>BORTFALL AV AVVISNINGSRETTEEN – OVERTAKELSE VED BRUK</u></b>  | <b>44</b> |
| <b>5</b>   | <b><u>VIRKNINGEN AV BYGGHERRENS URETTMESSIGE AVVISNING</u></b>  | <b>46</b> |
| <b>5.1</b> | <b>OVERTAKELSESTIDSPUNKT FIKSERES OG DAGMULKTSKRAV BORTFALLER</b>   | <b>46</b> |
| <b>5.2</b> | <b>FORSIKRINGS- OG VEDLIKEHOLDSPLIKT DER INGEN AV PARTEN VIL SITTE MED RISIKOEN FOR KONTRAKTSARBEIDET</b> | <b>47</b> |

|            |   |                  |
|------------|---|------------------|
| <b>5.3</b> | <b>BETYDNINGEN FOR BYGGHERRENS REKLAMASJONSPLIKT</b>        | <b>48</b>        |
| <b>5.4</b> | <b>OPPSUMMERING: VIRKNINGENE AV URETTMESSIG OVERTAKELSE</b> | <b>49</b>        |
| <b>6</b>   | <b><u>KILDER</u></b>  | <b><u>50</u></b> |
| <b>6.1</b> | <b>STANDARDKONTRAKTER</b>                                   | <b>50</b>        |
| <b>6.2</b> | <b>LOVER</b>  | <b>50</b>        |
| <b>6.3</b> | <b>FORBEIDER</b>  | <b>50</b>        |
| 6.3.1      | NORGES OFFENTLIGE UTREDNINGER                               | 50               |
| 6.3.2      | ODELSTINGSPROPOSISJONER                                     | 50               |
| <b>6.4</b> | <b>LITTERATUR</b>   | <b>51</b>        |
| <b>6.5</b> | <b>AVGJØRELSER</b>  | <b>52</b>        |
| 6.5.1      | UNDERRETTSPRAKSIS   | 52               |
| 6.5.2      | VOLDGIFT  | 52               |
| 6.5.3      | UTENLANDSK RETTSPRAKSIS                                     | 52               |
| 6.5.4      | BFJR  | 52               |

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for avhandlingen

Emnet for fremstillingen er byggherrens rett til å avise kontraktsarbeidet etter NS 3430 punkt 30.5.

Dette er en beføyelsen som i kontraktsretten gjerne blir omtalt som avvisning eller midlertidig avvisning. Fremstillingens hoveddel vil dreie seg om de materielle vilkår som må være oppfylt for at byggherren skal kunne avvise et mangelfullt kontraktsarbeid. De prosessuelle vilkår for avvisning, samt bortfall av byggherrens avvisningsrett og virkningen av urettmessig avvisning skal også behandles.

Avisning betegner en situasjon hvor realkreditor midlertidig nekter å motta den ytelsen realdebitor tilbyr eller tilvirker, men samtidig fastholder kontrakten og dermed også sin rett til naturaloppfyllelse fra tilbyder.<sup>1</sup>

Grunnvilkåret for slik avvisning må være at kontraktsarbeidet ikke er kontraktsmessig og at yteren har plikt til å utbedre mangelen, enten dette er fastsatt i kontrakten eller følger av alminnelige rettsregler.<sup>2</sup> I slike tilfeller må det avgrenses mot de tilfelle der entreprenøren ikke har utbedringsplikt. Se nærmere om dette i punkt 2.2

En hvilken som helst mangel kan likevel ikke være tilstrekkelig for å avvise realdebitors oppfyllelsesforsøk: Det må være et vilkår at mangelen er av en viss betydning. Vurderingen av om en mangel er av en slik art at den gir rett til avvisning, må bedømmes konkret i hver sak.

NS 3430 Punkt 30.5 angir tre situasjoner der byggherren kan nekte overtakelse av kontraktsarbeidet: Hvor det foreligger kvalifiserte mangler ved kontraktsarbeidet jf

---

<sup>1</sup> ND 1974 s 27, side 58

<sup>2</sup> ND 1974 s 27, side 58

første ledd, hvor det mangler avtalt prøvning og innregulering jf annet ledd. Dessuten kan byggherren nekte overtakelse hvor entreprenøren krever overtakelse før avtalt ferdigstillelsesdato jf tredje ledd. Tema for avhandlingen er som sagt fortolkningen av NS 3430 punkt 30.5 første ledd. Annet og tredje ledd i bestemmelsen er ikke gjenstand for behandling.

Avhandlingen tar heller ikke sikte på å gi en vurdering av selve mangelsbegrepet. Det forutsettes derfor i det følgende at det foreligger mangel. Det som vil bli sentralt i fremstillingen er mangelens betydning for den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet.

Det forutsettes videre at det er enighet mellom partene om ferdigstillelsesdato. Dette er ofte gjenstand for uenighet. Denne vurderingen faller imidlertid utenfor tema for avhandlingen.

## 1.2 Avvisningsrettens funksjon

Grensen mellom mangel og forsinkelse er ikke alltid like innlysende i entrepriseretten. Kontraktsarbeidet blir til på byggherrens eiendom og ytelsen skifter dermed ikke hånd på samme måte som for eksempel i et løsørekjøp. Et mangelfullt bygg kan like gjerne anses som uferdig og dermed forsinket.<sup>3</sup> Avvisning trekker på denne måten opp grensen mellom mangel og forsinkelse og dermed også ferdig og uferdig kontraktsarbeid, jf NS 3430 punkt 20.1:

*” Kontraktsarbeidet anses ferdigstilt den dag det er meldt ferdig til, såfremt det da er i en slik stand at det ikke kan nektes overtatt i henhold til 30.5.”*

Spørsmålet om byggherrens avvisningsrett er i realiteten et spørsmål om hvilket sanksjonssystem som skal anvendes på kontraktsbruddet. Nekter byggherren overtakelse, kommer entreprenøren i forsinkelse og byggherren blir dagmulktberettiget etter NS 3430 punkt 20.1, jf punkt 20.2, til mangelen er utbedret. Hvis byggherren overtar kontraktsarbeidet, må han derimot anvende mangelsbeføyelser som retting eller prisavslag. Hvilket sanksjonssystem som til slutt anvendes på misligholdet, må bero på

---

<sup>3</sup> Hagstrøm, Entrepriserett Utvalgte emner, side 73-74 og Lilleholt side 77-78

hva som er mest rasjonelt etter en total vurdering av hele kontraktsforholdet. For entreprenøren vil det alltid være en fordel å få utbedre mangel etter overtakelse, for da unngår han at dagmulkt påløper. Byggherren vil ofte ha et ønske om å overta kontraktsarbeidet til avtalt tid, men er bygget uferdig vil det ofte være økonomisk gunstigere for han å avvise til manglene er rettet. Han har da krav på dagmulkt til disse er utbedret.

Det har tradisjonelt vært vanlig å definere avvisning i sammenheng med heving.<sup>4</sup> Det er imidlertid vesensforskjeller mellom de to reaksjonsmåtene. Ved heving setter man en strek over hele kontrakten, mens man ved avvisning fastholder avtalen og dermed retten til å få en ytelse i overensstemmelse med kontrakten. Det må imidlertid presiseres at grensen mellom de to beføyelsene i entrepriseforhold ikke er så markant som ellers i kontraktsretten. Heving i entrepriserett vil alltid innebære heving ex.nunc, altså heving for det som gjenstår av kontraktsarbeid. Det må likevel antas at vilkårene for heving og avvisning, også i entrepriserett, ikke kan være de samme, og at terskelen for å heve er noe høyere. Foreligger imidlertid vilkår for heving må det antas at det også kan avvises på samme grunnlag.

### 1.3 Kort om overtakelse og overtakelsesforretning i entrepriseforhold

Avvisningsretten gjøres gjeldende i forbindelse med overtakelse av kontraktsarbeidet. Derfor vil jeg i dette punktet kort skissere gangen i overtakelse, fordi det er ved overtakelsen avvisningsretten utløses.

I de fleste kontraktstyper er levering og overtakelse et skjæringspunkt det er knyttet viktige rettsvirkninger til.<sup>5</sup> Slik er også systemet i NS 3430. Standardens punkt 30.7 angir virkningene av overtakelse.

Etter NS 3430 opereres det med et tosporet system for overtakelse:

Overtakelsesvirkninger er enten knyttet til overtakelsesforretningen eller til overtakelse ved bruk. Avvisning blir bare aktuelt der overtakelse finner sted ved

---

<sup>4</sup> Øvrebø side 217 og ND 1974 s27, side 60-61

<sup>5</sup> Hagstrøm, Entrepriserett Utvalgte emner, side 114

overtakelsesforretning. Overtakelse ved bruk og denne overtakelsestypens betydning for byggherrens avvisningsrett, blir behandlet i kapittel 4.

Grunnen til at overtakelsesforretning er så sentral i entrepriseretten, ligger i denne kontraktstypens natur: Kontraktsarbeidet tilvirkes suksessivt, på byggherrens eiendom og ytelsen skifter ikke hånd på samme måte som i for eksempel løsørekjøp. Det er derfor behov for en formell og synbar begivenhet som markerer overtakelse og dermed også risikoovergang. Krüger kaller dette et ”praktikabelt notorisk skjæringspunkt” eller et ”rettsteknisk skjæringspunkt”.<sup>6</sup>

Overtakelsesprosessen er regulert i NS 3430 kapittel 30. Jeg vil kort gjøre greie for gangen i overtakelsen:

Etter punkt 30.1 skal entreprenøren varsle byggherren om når kontraktsarbeidet vil være klart til overtakelse. På dette punkt kan begge parter kreve at det blir holdt ferdigbefaring og overtakelsesforretning etter punkt 30.2. Det er altså ikke et vilkår for overtakelse av kontraktsarbeidet at det holdes overtakelsesforretning. Krever en av partene en slik forretning, må den imidlertid gjennomføres. Det følger av punkt 30.3 at hvis en av partene unnlater å møte når det først er innkalt til overtakelsesforretning, uten gyldig grunn, kan den andre parten gjennomføre overtakelsesforretningen alene. Det er et vilkår at overtakelsen nedtegnes skriftlig jf punkt 30.4: ”Det skal føres protokoll over overtakelsesforretningen,..”. Det følger videre av bestemmelsen hva protokollen skal inneholde. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 3, som omhandler de formelle krav til avvisning.

---

<sup>6</sup> Krüger, Norsk kontraktsrett, s 188



## 1.4 Rettskildebildet

### 1.4.1 Innledning

Fremstillingen tar sikte på å foreta en fortolkning av NS 3430 punkt 30.5 første ledd, og tar derfor utgangspunkt i denne bestemmelsens ordlyd. Jeg skal i dette punktet gjøre rede for rettskildesituasjonen når det gjelder avvisning etter NS 3430. I det følgende skal kort kommenteres de ulike kildene jeg bruker i avhandlingen.

### 1.4.2 NS 3401 punkt 23.5 og NS 8405 punkt 32.5

Det eksisterer ingen formell lovgivning for entreprise i næringsforhold.<sup>7</sup> Norge har imidlertid lange tradisjoner for å regulere dette i standardkontrakter, også kalt agreed documents. Disse er ikke ensidige utarbeidede kontraktsvilkår, men kontraktsvilkår utarbeidet av representanter fra ulike grupper i bransjen, både fra entreprenørs og byggherres side.<sup>8</sup> I og med at dette ikke er snakk om ordinær lovgivning, må standarden gjøres til en del av avtalen mellom partene for å kunne gjøres gjeldende.<sup>9</sup> Når det er sagt, så er ofte flere av bestemmelsene i standarden ”kodifisert kutyme” og regnes derfor som deklarasjonsrett på området uansett om standarden er vedtatt eller ikke.<sup>10</sup>

NS 3430 ble vedtatt i 1991, og avløste da NS 3401. Da det er, som antydnet ovenfor, snakk om det man ofte omtaler som privat lovgivning, foreligger ingen offisielle forarbeider til standarden.<sup>11</sup> Ved tolkningen av den legges derfor stor vekt på ordlyden, i mangel av andre kilder som kan gi veiledning om fortolkningen.

Det har i lang tid vært forhandlet om en ny standard, og denne foreligger nå: NS 8405. Denne avløser NS 3430, som er trukket tilbake. Grunnen til at avhandlingen tar

---

<sup>7</sup> Simonsen, side 3

<sup>8</sup> Sandvik, side 23.

<sup>9</sup> Simonsen, side 5

<sup>10</sup> Sandvik, side 24

<sup>11</sup> Simonsen, side 4

utgangspunkt i NS 3430 punkt 30.5 er at på tidspunktet jeg starter arbeidet med avhandlingen var den nye standarden ikke vedtatt og jeg fant det dermed mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i NS 3430.

Reglene om avvisning er nå å finne i den nye standardens punkt 32.5. Ordlyden i bestemmelsen er endret. Spørsmålet blir om dette har noen betydning for belysningen av NS 3430 punkt 30.5 ,og om det materielle innhold i avvisningsbestemmelsen etter endringen blir et annet.

Videre kan det også være nyttig å se tilbake på forgjengeren til NS 3430: NS 3401. Bestemmelsen om avvisning var her regulert i punkt 23.5. Man ser dermed bestemmelsens utvikling og kan finne momenter som er av verdi for tolkningen av regelen i NS 3430.

### 1.4.3 Rettspraksis

Det foreligger få avgjørelser som omhandler avvisning i entreprise. Så langt jeg kan se foreligger det ingen høyesterettsavgjørelser om temaet. Det finnes imidlertid noe underrettspraksis. Jeg har funnet fram til fire lagmannsrettsavgjørelser som kan være relevante for tolkningen av NS 3430 punkt 30.5. Den rettskildemessige verdien av disse er naturlig nok begrenset. Argumentasjonen kan imidlertid være god og dessuten eksemplifisere hvilke type problemer som oppstår ved avvisning.

Det foreligger videre et par uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd i Bergen (BFJR) som gjelder avvisning i entreprise. Disse uttalelsene har nok en ytterst begrenset rettskildemessig vekt<sup>12</sup>. Likevel kan også her argumentasjonen og eksemplifiseringen av problemstillinger som oppstår i forhold til avvisning være interessant.

Siden rettspraksis er såpass beskjeden, har jeg også sett på avgjørelser som gjelder avvisning generelt, altså avvisning utenfor entrepriserettens område. Særlig to avgjørelser har pekt seg ut. Begge avgjørelsene gjelder tilvirkningskontrakter. Den ene

---

<sup>12</sup> Mestad, s 157.

er en norsk voldgiftsavgjørelse fra 1974<sup>13</sup>, også kalt ”Fernbay-saken”. Denne gjelder skipsbyggingskontrakter. I avgjørelsen foretas det en utførlig vurdering av de hensyn som ligger til grunn for avvisning generelt og i den foreliggende tvist spesielt. Den andre avgjørelsen er en dansk høyesterettsdom inntatt i U1995 s 974, ”Motorsejleravgjørelsen”, som gjaldt avvisning av en spesialtilvirket motorseilbåt. Overføringsverdien av avgjørelsene er imidlertid noe begrenset, fordi Fernbay er en voldgiftsavgjørelse og ”Motorsejler” er en dansk avgjørelse. Avgjørelsens rettskildemessige verdi er nok også begrenset fordi de gjelder tilvirkning av skip. De dreier seg riktignok om tilvirkningskontrakter, men mangler den særegenhet som kjennetegner entrepriskontrakter, nemlig tilknytningen til fast eiendom. Dette medfører at ikke alle argumenter i avgjørelsene har like stor overføringsverdi for tolkningen av NS 3430 punkt 30.5. Når det er sagt, regnes særlig Fernbay avgjørelsen for å gi uttrykk for alminnelige prinsipper hva gjelder avvisning generelt i kontraktsretten.

#### 1.4.4 Juridisk teori

Heller ikke i juridisk teori er avvisning innenfor entrepriseretten behandlet særlig inngående. Kommentar-utgavene til både Tore Sandvik og Helge Jakob Kolrud/Olav Bergsåker tar opp temaet.<sup>14</sup> Videre er det skrevet en del om avvisning generelt. Særlig må det som gjelder avvisning innenfor tilvirkningskontrakter kunne være av betydning for entrepriseretten. Først vil jeg trekke fram artikkelen til Henrik Øvrebø i Jussens Venner<sup>15</sup>, som gir en oversikt over vilkår for avvisning i forbrukerentreprise, nærmere bestemt etter ”Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad” (bustadoppføringslova, buofl) § 15 3. ledd. Videre er avvisningsproblematikken tatt opp både av Viggo Hagstrøm<sup>16</sup> og Kai Krüger.<sup>17</sup> Også en artikkel av den danske høyesterettsdommer dr Juris Jørgen Nørgaard inntatt i Jussens Venner behandler

---

<sup>13</sup> ND 1974 s 27. Voldgiftsretten var satt med Professor dr.jur Sjur Brækhus som formann. Øvrige medlemmer var H.r.advokat Arne Bech og H.r.advokat og dispasjør Jan Frøystein Halvorsen

<sup>14</sup> Tore Sandvik, Kommentarer til NS 3401, Universitetsforlaget 1977 og Helge Jakob Kolrud, *Kommentar til NS 3430, Universitetsforlaget, Oslo 1992*

<sup>15</sup> Øvrebø, Henrik ”*Forbrukerens rett til å avvise entreprenørens levering av bolig etter bustadoppføringslova § 15 tredje ledd*” Jussens Venner, hefte 3 2003 s210-224

<sup>16</sup> Viggo Hagstrøm ”*Entrepriserett Utvalgte emner*”, Vinderen forlag, Oslo 1997

<sup>17</sup> Kai Krüger ”*Norsk kjøpsrett*”, Alma Mater forlag AS, Bergen 1999 og ”*Norsk kontraktsrett*” Alma Mater forlag AS, Bergen, 1989

temaet.<sup>18</sup> Artikkelen omtaler avvisning innen tilvirkningskontrakter generelt i norsk og dansk rett, og tar utgangspunkt i den danske høyesterettsdommen inntatt i U 1995 s 974 som nevnt ovenfor.

#### 1.4.5 Andre typer tilvirkningskontrakter/alminnelig kontraktsrett

Selv om tema for avhandlingen er avvisning etter NS 3430 punkt 30.5, kan det være hensiktsmessig å se på hvordan avvisningsspørsmål er løst i andre typer tilvirkningskontrakter. Om ikke den rettskildemessige vekt er så stor, vil disse kunne ses som argumenter for den ene eller andre løsningen. Jeg har derfor sett på avvisningsbestemmelser i Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992 (NF 92) som regulerer offshoreentreprise og i Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad, 13.juni. Nr 43. 1997 (buofl) som regulerer forbruker entreprise. Også forarbeidene til bustadoppføringslova vil dermed være av interesse.<sup>19</sup>

#### 1.5 Fremstillingen videre

Oppgaven tar i utgangspunktet sikte på å gi en fremstilling av de materielle vilkårene for å kunne avvise kontraktsarbeidet. Dette er oppgavens hoveddel og blir gjort rede for i kapittel 2. Jeg vil imidlertid også si noe om de prosessuelle vilkår for avvisning, se kapittel 3, samt bortfall av avvisningsrett ved at kontraktsarbeidet tas i bruk, se kapittel 4. Til slutt vil jeg si noe om virkningene av byggherrens urettmessig avvisning, se kapittel 5.

Det er muligens noe konstruert å behandle de enkelte materielle vilkårene i bestemmelsen hver for seg, da dette er en utpreget skjønnsregel; både i teori og praksis ser man ofte på hele bestemmelsen under ett. Det er imidlertid nødvendig for at fremstillingen skal bli systematisk. Dette kan føre til noe overlapping mellom de forskjellige underkapitelene.

---

<sup>18</sup> Jørgen Nørsgaard "Om kjøberens afvisningsret ved tilvirkningskøb" Jussens venner hefte 3 1998, s 132-139

<sup>19</sup> NOU 1992:9Forbrukerentrepriselov, NOU 1993:20 Kjøp av ny bustad, Ot prp nr 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad med mer (bustadoppføringslova)

## 2 De materielle vilkår for avvisning

### 2.1 Innledning

NS 3430 Punkt 30.5 første ledd lyder:

*” Byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet hvis det ved overtagelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet i en grad som gir byggherren rimelig grunn til å nekte overtagelse.”*

Dette er den generelle avvisningshjemmelen i standarden og gir byggherren en rett, jf ”kan”, til å nekte å overta kontraktsarbeidet hvis vilkårene bestemmelsen oppstiller foreligger. Det følger av bestemmelsen at det er byggherren som har bevisbyrden for at det foreligger slike mangler, jf uttrykket ”påvises”.

Utgangspunktet for tolkningen er bestemmelsens ordlyd. Skjønnstemaet i regelen er om mangelen hindrer den forutsatte bruk. Skjønnsterskelen er om mangelen er av en slik grad at den gir byggherren rimelig grunn til å nekte overtakelse.<sup>20</sup> Dermed kan man si at bestemmelsen grovt sett har to hovedvilkår; om det foreligger mangel som hindrer den forutsatte bruk og om byggherren på grunn av denne har rimelig grunn til å nekte å overta kontraktsarbeidet.

### 2.2 Relevante innvirkningsfaktorer – ”hindre den forutsatte bruk”

#### 2.2.1 Mangel og utbedring av mangel

Utgangspunktet i standarden er at for å kunne avvise, må den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet bli hindret av mangler ved kontraktsarbeidet eller utbedringen av disse. En mangel foreligger når det er et avvik mellom kontraktens krav og prestasjon og dette er et forhold som entreprenøren har ansvar for, jf NS 3430 punkt 32.1.

Det er videre klart utfra ordlyden i NS 3430 punkt 30.5 at utbedring av mangel likestilles med mangel, i vurderingen av om byggherren har avvisningsrett. Ifølge

Kolrud har dette alternativet liten selvstendig betydning, fordi dette som regel følger av ”mangelens karakteristika”<sup>21</sup>. Det kan likevel godt tenkes at utbedringen av en mangel for eksempel forårsaker overdreven støy eller på annen måte skaper en ulempe, selv om mangelen i seg selv slik den arter seg, er ganske ubetydelig.

## 2.2.2 Mangler som ikke kan kreves rettet – entreprenøren har ikke utbedringsplikt

Det må i en avvisningsvurdering avgrenses mot mangler som entreprenøren ikke har plikt til å utbedre. I NS 3430 punkt 32.5 heter det:

*” Vil kostnadene til utbedring bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås, kan byggherren ikke kreve utbedring foretatt eller kostnadene ved slik utbedring erstattet. ”*

Hvis byggherren ikke kan kreve retting eller utbedring av manglene, er det heller ingen grunn til å avvise. Poenget med avvisning er jo nettopp at byggherren kan kreve mangler utbedret, samtidig som han får dagmulkt. Hvis entreprenøren ikke har utbedringsplikt, har heller ikke byggherren rett til å avvise. Aktuelle beføyelser for byggherren må dermed bli prisavslag, erstatning eller heving. Det er altså slik at mangelsbegrepet, herunder også utbedring av mangel, er gjenstand for to ulike vurderinger: Først må det vurderes om mangel eller utbedring av denne hindrer den forutsatte bruk, deretter må det vurderes om denne mangelen er av en slik art og omfang at det kan kreves utbedring eller ikke. Jeg vil kort illustrere med et eksempel hvordan disse temaene kan dukke opp i samme sak:

Det skal bygges et kontorbygg. Etter kontrakten skal byggets enkelte etasjer ha en bestemt takhøyde. Ved overtakelsesforretning viser det seg at takhøyden er for lav i forhold til det som var opprinnelig avtalt, og dette klart er en mangel som hindrer den forutsatte bruk. Den eneste måten å utbedre dette på vil være å rive hele bygget og å oppføre det på nytt, noe som vil føre til en uforholdsmessig stor kostnad etter punkt 32.5.

---

<sup>20</sup> Simonsen, side 78

<sup>21</sup> Kolrud, s 267

Vurderingen av om utbedring er av en slik art at det fører til en uforholdsmessig stor kostnad faller utenfor avhandlingens tema.

## 2.3 Relevant bruk

### 2.3.1 Generalentreprise

At et bygg kommer til som følge av en generalentreprisekontrakt, vil si at hele entreprisen er samlet i én kontrakt.<sup>22</sup> Ved denne entrepriseformen er det derfor bruken av det ferdige bygg som må vurderes, når man skal ta stilling til hva som er relevant bruk. Hvis det er et sykehus som skal tilvirkes, er det bruken av bygget som sykehus som må vurderes.

Det vil likevel ikke ved en general entreprise nødvendigvis være snakk om én type bruk. Det som skal tilvirkes kan inneholde flere enheter som alle skal brukes til forskjellige formål. For å illustrere dette kan som eksempel nevnes Domus Nova i Pilestredet, som er en del av Det juridiske fakultet. Bygget inneholder for å nevne noe: lesesaler, bibliotek, kontorer, toaletter, pc-rom, heissystem, kantine og garasje og parkeringsanlegg. Disse enhetene har alle forskjellig bruk.

En konstatering av samme type mangel vil dermed ikke nødvendigvis få det samme praktiske utslag for de forskjellige typer bruk. Samme type mangel kan konstateres, for eksempel en utvendig fasademangel, men det praktiske utslaget av mangelen behøver nødvendigvis ikke bli den samme for et laboratorium som en restaurant. Mens et laboratorium kan anvendes med uferdig fasade eller inngangsparti, vil dette være mye mer problematisk der man skal tilvirke et restaurantetablissement som har et utpreget publikumsaspekt og også en kommersiell verdi for byggherren. På denne måten ser man at det er essensielt å fastlå bruken av kontraktsarbeidet, før man kan vurdere mangelens betydning for den forutsatte bruk.

---

<sup>22</sup> Simonsen , side 10

### 2.3.2 Delentreprise

Delentreprise skiller seg fra generalentreprise i den forstand at entreprisen som skal utføres er en del av et større kontraktsarbeid. Vurderingstemaet for om dette arbeidet tilfredstiller den forutsatte bruk blir derfor noe annerledes enn ved generalentreprise. Spørsmålet blir om det foreligger mangel ved nettopp denne delen, som hindrer den forutsatte bruk. ”Bruk” vil her innebære at det er mulig å arbeide videre på eller med, denne delen. Den forutsatte bruk må her bestå i at arbeidet er i en slik stand at andre entreprenører, uten større problemer, kan utføre den entreprisen de er satt til å gjøre.

Skal en entreprenør for eksempel tilvirke grunnmur på et bygg, må det være en forutsetning at dette arbeidet er i en slik stand at det kan bygges videre på det uten større hinder. Dette var temaet i Byggholt avgjørelsen.<sup>23</sup> Her var betongarbeidene fuktige, slik at det var umulig å fortsette arbeidet med den til det avtalte tidspunkt. Rettens flertall avgjorde at dette var et forhold som entreprenøren hadde risikoen for, og at byggherren derfor hadde rimelig grunn til å nekte å overta dette arbeidet. Det forelå dermed en forsinkelse etter NS 3430 punkt 20.1, og byggherren var dagmulftsberettiget etter punkt 20.2.

Et lignende tema var oppe i Ullevål Stadion-avgjørelsen.<sup>24</sup> Det var ikke omtvistet at utearealene rundt stadion var mangelfulle. Veiene var ikke fremkommelige og anleggsgartneren kom ikke i gang med sitt arbeide. Mangelen var altså av en slik art at den forhindrer en annen kontrahent i å påbegynne sitt oppdrag. Dette ble likevel ikke ansett som en mangel som hindret den forutsatte bruk. Noen omfattende begrunnelse for at lagmannsretten ikke så på dette som en mangel som kunne gi avvisningsrett blir ikke gitt og det er derfor vanskelig å bedømme betydningen av vurderingen retten foretar her.

Offshoreentreprise, som også er regulert i standardkontrakt, Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF 92), har en lignende avvisningshjemmel i art 19.1 annet ledd, hvor det går tydeligere fram enn i NS 3430 punkt 30.5 at også delarbeider rammes av bestemmelsen:

---

<sup>23</sup> Borgarting Lagmannsrett, LB-2001-01369

<sup>24</sup> Borgarting Lagmannsrett, LB-2001-03130



*” Leveringsprotokoll skal opprettes selv om det gjenstår å utføre mindre deler av Arbeidet, forutsatt at de gjenstående deler ikke har praktisk betydning for utnyttelsen av Kontraktsgjensstanden eller for senere fabrikkasjonsarbeide som skal utføres av andre leverandører.”*

Her fremgår det altså uttrykkelig at mangelen ikke kan være av en slik art at den hindrer utførelsen av ”senere fabrikkasjonsarbeide.” Det kan nevnes at i første utkast til det som nå er NS 8405 var det også tatt med et begrep om ” ...senere arbeider”.<sup>25</sup> Dette ble imidlertid ikke inntatt i den endelige versjonen, NS 8405. Mye taler imidlertid for at et slikt krav ligger i NS 3430 punkt 30.5. Det vil ikke være rimelig om byggherrens stilling blir dårligere fordi han velger å dele opp entreprisen

## 2.4 Synbarhet – ”den forutsatte bruk”

### 2.4.1 Innledning

Mangelens innvirkning på den forutsatte bruk er det sentrale vurderingstema i avvisningsvurderingen etter NS 3430 punkt 30.5. Hva den forutsatte bruk består i blir dermed essensielt å fastslå.

Ofte vil den forutsatte bruk gi seg selv eller det vil i alle fall være temmelig uproblematisk å fastslå denne. Hvis det er et kontorbygg eller en skole som skal tilvirkes, vil den forutsatte bruk være at den kan brukes til nettopp dette.

Det kan imidlertid tenkes tilfelle der den forutsatte bruk ikke gir seg selv. Hvis den ikke gjør det, må det ifølge Kolrud reguleres i kontrakten.<sup>26</sup> Dette har nok mye for seg både hva gjelder bevisshensyn og retts tekniske hensyn.

Jeg har ovenfor sett på den relevante bruk av kontraktsarbeidet. I og med at det brukes en formulering som ” den forutsatte bruk” antydes for det første at det er bruk som må være synbar for entreprenøren. Et andre vilkår må være at byggherren ikke er beskyttet

---

<sup>25</sup> NBR F 79/02

mot enhver bruk av bygget. For det tredje antyder denne formuleringen at synbarheten må foreligge på et nærmere bestemt tidspunkt.

Et kriterium om synbarhet opereres det med på flere områder i kontraktsretten. Både i hevingsvurderingen og i læren om bristende forutsetninger oppstilles et kriterium om at en forutsetning for kontrakten må være synbar for debitor. Hagstrøm betegner dette, i forhold til hevingsvurderingen, som en synbarhetsrekvisitt eller en innsiktsrekvisitt.<sup>27</sup>

#### 2.4.2 Utgangspunktet – kontrakten

Som ellers i kontraktretten må man ta utgangspunkt i avtalen mellom partene. Det som står her må åpenbart sies å være synbart for entreprenøren, forutsatt at det er formulert tilstrekkelig klart. Hvis utformingen er uklar, og dette feiltolkes av entreprenøren, må byggherren bære risikoen for villfarelsen.

Spørsmålet blir om bruken må reguleres uttømmende i kontrakten for at det skal kunne sies å være synbart for entreprenøren. Det har vært hevdet at man i entrepriseretten tolker kontraktene antitetisk, det vil si at det som ikke står i kontrakten, kan heller ikke gjøres gjeldende. Entreprenøren behøver dermed bare å forholde seg til det som er positivt angitt.<sup>28</sup> Dette er hva man i angloamerikansk rett kaller ”the parole evidence rule.”

Dette vil i så fall være svært fordelaktig for entreprenøren og tilsvarende strengt overfor byggherren. Spørsmålet blir da hvor langt byggherren er beskyttet med hensyn til bruk som ikke uttrykkelig er regulert i kontrakten, om i det hele tatt. Må det forventes av entreprenøren at han må kunne påregne en bruk som ikke er angitt uttrykkelig i

---

<sup>26</sup> Kolrud, s 267

<sup>27</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett: Om bristende forutsetninger, også kalt forutsetningslæren se side 248 flg: kort og upresist kan det sies at når det er en brist i en synbar og relevant forutsetning for kontrakten kan det føre til endring eller bortfall av kontrakten. Se om synbarhetskriteriet ved vesentlig mislighold/hevingsvurderingen side 416, hvor kriteriet omtales som synbarhetsrekvisitt eller innsiktsrekvisitt

<sup>28</sup> Hagstrøm Entrepriserett utvalgte emner, side 77

kontrakten, men som for eksempel er typisk for det kontraktarbeidet han skal produsere?

### 2.4.3 Vanlig bruk - typeforutsetninger

I læren om bristende forutsetninger har det tradisjonelt vært et skille mellom det man kaller individuelle forutsetninger og det man kaller typeforutsetninger.<sup>29</sup>

Med typeforutsetninger menes forutsetninger som er vanlig eller typiske ved en type kontrakter.<sup>30</sup> Det heter i standardens punkt 9.1 at :

*”Er ikke kvalitetskrav til materialer og utførelse angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlig for tilsvarende arbeider.”*

Det kvalitetskrav som kan utledes av denne bestemmelse, må regnes som et minstekrav til det som skal produseres. Tilsvarende bestemmelse finnes også i buofl § 7.

Man finner ellers i den moderne norske kontraktslovgivning ofte et vilkår om at kontraktsgjenstanden skal ha egenskaper som en vanlig, god handelsvare jf Lov om kjøp 13.mai. Nr 26. 1988 (kjl) § 17, altså et vilkår om vanlig god ytelse.<sup>31</sup> I følge kjl §17 (2) a må kontraktsytelsen ” passe for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til.”

Hva gjelder avvisning, må betraktingen bli følgende: Forutsetninger som gjelder generelt for den typen kontraktsarbeid som skal tilvirkes, må det kunne forventes at er synbart for entreprenøren. Man må da se på hva som skal tilvirkes og hva det som tilvirkes vanligvis brukes til. Alminnelig god kvalitet på kontraktsarbeidet må, som nevnt ovenfor, være et minstekrav, samt at det kan forventes det tilfredstiller de krav som er typisk for denne kontraktstypen.

---

<sup>29</sup> Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner, side 53 flg

<sup>30</sup> Hagstrøm Entrepriserett utvalgte emner side 53 flg

<sup>31</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett, side 153. Se også avhendingsloven § 3-2 (1) a , forbrukerkjøpsloven § 15.

Se videre Rt 1998 s 774

Betraktningen i læren om bristende forutsetninger er at jo mindre typisk forutsetningen er, desto mer synbar må den være for debitor. Det skal da påpekes at jo mindre typisk bruken er, desto større er grunnen til å kontraktsregulere den.

Hvis vi igjen tar utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd ”den forutsatte bruk”, så må det være klart at byggherren ikke er beskyttet mot mangelens innvirkning på atypisk bruk av kontraktsarbeidet. Atypisk bruk kan selvfølgelig være fastsatt i kontrakten, og da anses den forutsatt. Atypisk bruk som ikke er fastsatt i kontrakten, kan byggherren derimot ikke være beskyttet mot etter NS 3430 punkt 30.5.

#### 2.4.4 På hvilket tidspunkt må bruken være synbar for entreprenøren?

Utrykket ”den forutsatte bruk” gir anvisning på at bruken må være fastsatt på et nærmere angitt tidspunkt. Et minimumskrav må være at den forutsatte bruken er synbar før ferdigstilling, ellers har ikke entreprenøren mulighet til å innrette seg etter forutsetningen. På den annen side, kan det spørres om synbarheten senest må foreligge ved kontraktsinngåelsen. Svaret på det må være ja, den forutsatte bruk må være synbar ved avtaleinngåelse. Hvis man ser på NS 3430 punkt 4, er det flere dokumenter som inngår i kontrakten. Hvis bruken fremgår klart av disse dokumentene, må byggherren være beskyttet.

Det må videre påpekes at byggherren har en materiell endringskompetanse etter punkt 28.1 i standarden. I denne endringskompetansen ligger det at byggherren kan pålegge entreprenøren å gjøre endringer i utførelsen av kontraktsarbeidet. Dette vil selvfølgelig få betydning for vurderingen av når eller på hvilket tidspunkt bruken må være synlig. Hvor vidtgående byggherrens materielle endringskompetanse er, faller utenfor avhandlingens tema. Det er imidlertid verdt å merke seg at etter standardens punkt 28.2 skal pålegg om endring være skriftlig og skal gis ”i god tid” før endringen ska utføres. Dette vil være en endring av kontrakten, altså en revisjon av avtalen, og skriftlig varsel om endring må ses på som en del av kontrakten. Så lenge dette formkravet er overholdt, og varsel er gitt i god tid må dette sies å være gitt på et tidspunkt som gir entreprenøren mulighet til å innrette seg.

## 2.5 Ulike typer mangler – innvirkning på bruken

Jeg skal i dette punktet se på betydningen av ulike typer mangler. Avhandlingen tar som tidligere nevnt ikke sikte på å gjøre rede for selve mangelsvurderingen. Hensikten er å illustrere hvilke typer mangler som kan oppstå og innvirkningen disse har på bruken av bygget. Oversikten er naturlig nok bare ment som en eksemplifisering av de problemstillingene som kan oppstå.

I avgjørelsen ”Ullevål Stadion” var flere type mangler påberopt som avvisningsgrunnlag, jeg tar derfor utgangspunkt i denne avgjørelsen som illustrasjon.<sup>32</sup> De faktisk forhold i saken var som følger: Ullevål Stadion skulle opprustes, som ledd i at den skulle bli nasjonalanlegg for fotball. Foruten tribuner, skulle byggene inneholde kontor- og forretningslokaler og parkeringsanlegg i kjeller. Byggherre var AS Ullevål Stadion (US) som ble representert av Totalprosjekt AS og entreprenør var Ole K Karlsen Entreprenør AS (OKK).

Det dreide seg om en totalentreprisekontrakt på en verdi av NOK 254 mill. Det var NS 3431 som regulerte kontrakten. Avgjørelsen må likevel ha relevans for ordinær entreprise da ordlyden i NS 3430 punkt 30.5 og NS 3431 punkt 35.4 er identiske

Faktum reiser flere rettslige problemstillinger i tillegg til om byggherren kunne nekte overtakelse, jf NS 3431 35.4, blant annet uenighet om sluttoppgjør og dagmulktkrav.

### 2.5.1 Offentligrettslige mangler

Brudd på offentligrettslige regler kan være en kontraktsrettslig mangel. I forhold til forbrukere er dette regulert i den moderne kontraktslovgivningen. Bestemmelser i både Lov om avhending av fast eiendom, 3.juli. Nr 93. 1992 (avhl) og bustadoppføringslova har regler om dette.<sup>33</sup> Det er et vilkår for at det kan påberopes som mangel, at det etter risikofordelingen mellom partene, er et forhold som entreprenøren svarer for.

---

<sup>32</sup> Borgarting Lagmannsrett, LB-2001-03130

<sup>33</sup> avhl § 3-2 og buofl § 25 annet ledd

Retten fant at det ikke forelå dokumentasjon på midlertidig brukstillatelse etter Plan- og bygningsloven. 14.juni. Nr. 77. 1985 (plbl) § 93. Problemet var ikke her at det ikke forelå brukstillatelse, men at det ikke forelå tilstrekkelig dokumentasjon for at brukstillatelsen var innvilget på overtakelsestidspunktet. Det viste seg imidlertid senere at slik tillatelse ble gitt kort tid etter overtakelsesforretningen (faktisk senere samme dag som overtakelsesforretning ble holdt). Lagmannsretten fant at forholdet ikke gav byggherren rimelig grunn til å avvise bygget.

Når det gjelder forbrukerentreprise, er det i teorien antatt at hvis midlertidig brukstillatelse ikke foreligger har forbrukeren rimelig grunn til å nekte overtakelse etter buofl § 15 tredje ledd.<sup>34</sup> Det er ingen åpenbar grunn til at denne betraktningen ikke skal gjelde også i ordinær entrepriser. Dette må jo nettopp være en mangel som hindrer den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet. Men det er altså viktig å se forskjell på om tillatelse faktisk foreligger og om dokumentasjon på slik tillatelse foreligger. Er det derfor slik at byggherren ikke kan kreve dokumentasjon for at midlertidig brukstillatelse faktisk foreligger? Det må nok her anses som tilstrekkelig at man har entreprenørens ord på at slik tillatelse foreligger. Det er mulig at byggherren kan ta forbehold i kontrakten dersom det senere skulle vise seg at midlertidig brukstillatelse ikke foreligger selv om entreprenøren hevder at den gjør det.

Andre typer offentligrettslige mangler som kan tenkes, er brudd på forurensningslovgivningen. Brudd her er straffesanksjonert, jf *Lov om vern mot forurensninger og om avfall*. 13.mars. Nr 6. 1981 (forurl) § 78, og det må antas at hvis bygning og tilhørende ikke er i overensstemmelse med bestemmelsene her, må dette betraktes som mangler som hindrer den forutsatte bruk.

### 2.5.2 Funksjonsmangler

Mangler ved et bygg vil ofte utgjøre såkalte funksjonsmangler, og er en type mangel som må være sentral i en avvisningsvurdering. Med funksjonsmangler menes mangler som rammer vitale funksjoner som strømanlegg, sanitæranlegg og lignende. Denne

---

<sup>34</sup> Bergsåker, side 81

typen mangler går nettopp til kjernen av den forutsatte bruken. Hvis det er omfattende mangler ved for eksempel strømanlegg, sanitæranlegg, vifteanlegg, låsemekanismer, heissystemer etc vil dette ha stor betydning for den forutsatte bruken uansett type kontraktsarbeid. Dette vil gjelde hele spekteret av entreprisetypene fra verksteder, kontorer, skoler og hoteller osv.

I Ullevål Stadion-saken var det ikke omtvistet at det faktisk forelå mangler ved sterkstrømanlegget. Tvisten gjaldt om disse utgjorde en sikkerhetsmessig fare, særlig fordi bevisførselen gjorde det ”vanskelig å fastslå hvilken innvirkning det har hatt for ferdigstillelsesgraden”.<sup>35</sup> Det er byggherren som har bevisbyrden for å påvise manglene. Det går verken klart ut fra faktum eller premissene akkurat hva denne feilen ved det elektriske anlegget bestod i, men det er tydeligvis slik at hvis det er en sikkerhetsmessig problem, så kan dette gi grunnlag for avvisning. Feil på sterkstrøm anlegg kan medføre både skade på selve kontraktsarbeidet og i verste fall personskader.

### 2.5.3 Mangler ved utearealer

Som nevnt i punkt 2.3.2 om delentreprise ble det i avgjørelsen ”Ullevål Stadion” påberopt fra byggherrens side at det forelå kvalifiserte mangler ved utearealene, blant annet med hensyn til tilkomstveier. Det ble av lagmannsretten ikke betraktet som en mangel som gav rett til avvisning. Hva gjelder forbrukerentreprise har det blitt hevdet av Lilleholt at kontraktsarbeidet må regnes som ferdig selv om det gjenstår arbeider på ”felles utearealer”.<sup>36</sup> Som utearealer anses blant annet ”stikkvegar, grøntområde, leikeplasser og parkeringsplasser”.<sup>37</sup> Med dette må menes at forbrukeren ikke kan nekte overtakelse selv om det foreligger mangler ved denne typen arealer. Det virker som om Bergsåker ikke deler dette syn. Han hevder at bustadoppføringslovas system ikke åpner for at entreprenøren kan forlange at forbrukeren overtar boligen før fellesarealer og utearealer er fullført.<sup>38</sup> Sistnevnte syn har etter mitt syn mye for seg, da bygg som brukes til boligformål skal tjene visse trivselshensyn, og det derfor kan være viktig for

---

<sup>35</sup> Borgarting lagmannsrett, LB 2001-03130, side 8 flg

<sup>36</sup> Lilleholt side 79 jf side 19

<sup>37</sup> Lilleholt side 19

<sup>38</sup> Bergsåker side 81-82

forbrukeren at utearealene er i en slik stand at de kan brukes.<sup>39</sup> Hva gjelder ordinær entreprise er det kanskje rom for å gi entreprenøren litt mer spillerom, men kontraktsarbeid som har et publikumsaspekt som f.eks. hoteller eller nettopp et stadion vil også ha et slikt innslag av trivselshensyn, som kanskje vil føre til at ferdigstillelsesgraden må bedømmes strengere.

#### 2.5.4 Fasade- og skjønnhetsmangler

Det kan stilles spørsmål om fasade og skjønnhetsmangler er en mangel som kan gi grunnlag for avvisning, fordi dette ikke går direkte på funksjonsdyktigheten til bygget. Hva med kontraktsarbeid som har et utpreget publikumsaspekt, for eksempel et hotell, en restaurant eller nettopp et tribuneanlegg. Hvis man først ser på hotelleksemplet, så kan det tenkes at det ferdigstilte bygget kan tjene et hotells primære funksjoner, nemlig at det kan inntas måltider der og overnattes i. Men la oss si at det har omfattende fasademangler. Om ikke denne typen mangel er en avvisningsgrunn i seg selv, kan det tenkes at utbedringen vil forårsake betydelig støy. Dette vil begrense hotellets primære funksjoner og bruk, nemlig at det skal kunne overnattes i, nødvendigvis med en viss grad av komfort. Dessuten vil omfattende mangler ved fasaden på et hotell eller en restaurant også ha kommersiell betydning for byggherren.

Omvendt kan tenkes det samme problemet med et industribygg eller verksted. Her er det kanskje betydelig støy allerede og ytterligere støy ved utbedringen av fasaden vil ikke være til hinder for den forutsatte bruk. Dessuten vil ikke en mangel ved byggets utside være like avgjørende som i eksemplet ovenfor.

Eksemplene illustrerer at når mangelsvurdering knyttes opp mot den forutsatte bruk, kan de samme type mangler få ulike utslag på forskjellige typer av bygg.

---

<sup>39</sup> Om trivselshensyn se Øvrebø side 214



## 2.6 Spesielt om kravet til kvalifisert mangel jf "i en grad"

### 2.6.1 Innledning

Det er på det rene at en hvilken som helst mangel ikke kan begrunne avvisning av kontraktsarbeidet. Et prinsipielt viktig spørsmål er derfor hvor høy terskelen er for å kunne avvise. Gjelder det et vesentlighetskrav her?

I Fernbay-avgjørelsen heter det at avvisning bare kan finne sted der mangelen "reelt sett er av en viss betydning".<sup>40</sup> Videre sies det at:

*"Hvorvidt man knytter skjønnet til stikkordet vesentlig mangel eller ei, er nokså likegyldig. Hvis man gjør det må man imidlertid være klar over at vesentlighets skjønnet ikke behøver falle ut på samme måte hvor det er spørsmål om midlertidig avvisning som når det gjelder heving."*<sup>41</sup>

Etter NS 3430 punkt 30.5 må det foreligge "slike mangler" som "vil hindre den forutsatte bruk i en grad som gir byggherren rimelig grunn til å nekte". Altså kan ikke en hvilken som helst mangel gi avvisningsrett, det må dreie som en type kvalifisert mangel.<sup>42</sup> Etter at man har fastslått om det foreligger en mangel som innvirker på bruken, må det derfor vurderes om innvirkningen er av en slik kvalifisert art som bestemmelsen gir anvisning på. Regelen har i entrepriserett lenge vært at så lenge bygget kan brukes uten større problemer, kan det heller ikke avvises.<sup>43</sup> Spørsmålet blir om dette fortsatt er et uttrykk for gjeldende rett.

### 2.6.2 NS 3401 punkt 23.1 "Vesentlig mangel" og Bustadoppføringslova § 15, tredje ledd

I forgjengeren til NS 3430, NS 3401, var det et vilkår for nekting at det forelå "vesentlig mangel":

---

<sup>40</sup> ND 1974 s 27, side 60

<sup>41</sup> ND 1974 s 27, side 61

<sup>42</sup> Kolrud, s 267

<sup>43</sup> Kolrud, side 267

*”Overtagelse kan nektes hvis det påvises vesentlige mangler. Er ikke de påviste mangler vesentlige, kan overtagelse ikke nektes, men byggherren har rett til å holde tilbake av sluttoppjøret et nødvendig beløp til utbedring.”*

Å anvende vesentlig mangel som vilkår for avvisning er ifølge Hagstrøm ”ikke en treffende karakteristik av innholdet i punkt 30.5.”<sup>44</sup>. Som eksempel nevner han at et bygg kan ha vesentlige mangler ved fasaden, men at det ikke hindrer den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet.<sup>45</sup>

Det kan også være uheldig å anvende krav om vesentlig mangel fordi kriteriet kan forveksles med begrepet om vesentlig mangel som er et vilkår for å heve. Selv om det har vært påpekt at begrepet ikke nødvendigvis har det samme innhold i avvisningsvurderingen som hevningsvurderingen<sup>46</sup> kan det imidlertid virke forvirrende.<sup>47</sup>

I forarbeidene til bustadoppføringsloven ble det først foreslått ”vesentlig mangel” som vilkår for avvisning etter lovens § 15, tredje ledd, og det presiseres at vesentlighetsvurderingen ikke nødvendigvis er den samme som for heving.<sup>48</sup>

Om kriteriet vesentlig mangel sies det imidlertid:

*”Vesentlighetsvurderinga treng ikkje vera den same i høve til overtakingsspørsmålet som i høve til hevingsspørsmålet. I det eine tillfelet er det tale om kva manglar som gjev rimelig grunn til å nekte overtaking. Utvalet vil likevel peike på at spørsmålet om nekting av overtaking skjer på et tidspunkt da entreprenøren meiner å vera ferdig med arbeidet, og dersom forbrukaren har rimelig grunn til å nekte overtaking på grunn av mangel, vil han kunne ha rimelig*

---

<sup>44</sup> Hagstrøm, Entrepriserett Utvalgte emner, side 74

<sup>45</sup> Hagstrøm, Entrepriserett utvalgte emner, side 74

<sup>46</sup> Sandvik, s 212

<sup>47</sup> NOU1993:20 side 47

<sup>48</sup> NOU 1992-9

*grunn til å heve på grunn av magelen òg. Forbrukaren får dermed eit val mellom å heve og å holde fast avtalen og krevje oppfylling.* ”<sup>49</sup>

Kriteriet om vesentlig mangel ble imidlertid forkastet og utforming av buofl § 15.3 lyder som følger<sup>50</sup>:

*” Forbrukaren kan nekte å overta ytinga dersom det ligg føre mangel som gjev rimelig grunn til nektinga. ”*

Utvalget sier imidlertid at det er den samme vurdering som skal foretas, altså som om vilkåret hadde vært ”vesentlig mangel”.<sup>51</sup> Det blir videre påpekt at har forbrukeren avvisningsrett har han også hevingsrett. Hvis dette skal forstås slik at om det foreligger mangel som er tilstrekkelig til å nekte overtakelse kan forbrukeren også heve på samme grunnlag, må dette betegnes som en utpreget positivrettslig bestemmelse, som ikke kan sies å ha støttet i bakgrunnsretten. Ser man imidlertid uttalelsen i sammenheng med at det i entreprise forhold bare er aktuelt å heve ex.nunc, er betraktningen likevel ikke så vidtrekkende som det først kan virke som.

### 2.6.3 Nærmere om forholdet til hevingsvurderingen

I den alminnelige teorien er utgangspunktet at terskelen for å avvise og å heve ikke kan være den samme.<sup>52</sup> Det er mulig at regelen i bustadoppføringslova har likestilt beføyelsen for å verne forbrukeren. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at beføyelsene likestilles i ordinær entrepriserett. Det følger verken av bestemmelsens ordlyd eller alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Hevingsretten er i NS 3430 regulert i punkt 34.1.1:

---

<sup>49</sup> NOU 1992-9

<sup>50</sup> NOU 1993:20, side 47

<sup>51</sup> NOU 1993:20

<sup>52</sup> Se eksempelvis ND 1974 s 27 side 61 og Kruger, Norsk kjøpsrett side 385

*”Byggherren har rett til å heve kontrakten dersom entreprenøren vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser, eller det er klart at vesentlig mislighold vil inntre..... ”*

Ut fra en umiddelbar forståelse av ordlyden er ikke vilkårene for å heve og å avvise de samme. Det har imidlertid i teorien blitt stilt spørsmål ved de tilfeller, der real debitor blir så forsinket på grunn av utbedring av mangelen ved avvisning, at kreditor på grunn av denne forsinkelsen blir hevingsberettiget. Er da et vilkår for avvisning, at det også foreligger vesentlig mangel i forhold til hevingsvurderingen?

Dette synspunktet blir hevdet i Fernbay avgjørelsen i forbindelse med mangler som tar lang tid å utbedre<sup>53</sup>:

*” Hvis den midlertidige avvisningen betyr en så langvarig utsettelse av leveringen at bestilleren vil få en rett til å heve p.g.a forsinkelsen, må det være et minstevilkår for retten til avvisning at mangelen er vesentlig i relasjon til hevingsreglene.”*

Denne slutningen har imidlertid blitt kritisert av blant annet Jørgen Nørgaard.<sup>54</sup> Han mener at forsinkelse i seg selv er et mislighold ”og kan også ved tilvirkningskøb selvstændigt give køberen ret til å hæve.” At mangelen ikke behøver være vesentlig for å kunne avvise, selv om avvisningen i realiteten fører til heving går også frem av ”Motorsejlerdommen”.<sup>55</sup> Når først vilkår for avvisning foreligger, altså at mangelen i seg selv er av en slik art at den begrunner avvisning, betyr det at mangelen er av en viss betydning og da må det etter min mening være rimelig at eventuell forsinkelse som måtte oppstå, må gå ut over debitor.

Det kan stilles spørsmål ved om denne diskusjonen har særlig stor betydning for avvisningsregelen i NS 3430. Selv om entrepris kontrakter er en type tilvirkningskontrakter, skiller førstnevnte seg ut særlig på ett punkt, nemlig

---

<sup>53</sup> ND 1974 s 27, side 61

<sup>54</sup> Nørgaard, side 136

<sup>55</sup> U 1995 974

kontraktsytelsens tilknytning til byggherrens eiendom. Heving er derfor ikke en særlig praktisk beføyelse, dessuten vil det bare dreie seg om heving ex nunc. Skulle det derfor være sånn at avvisning førte til heving vil dette derfor ikke være like alvorlig for entreprenøren, som for en realdebitor som skal tilvirke en løsøregjenstand.

Hvis forsinkelsen beror på mangelen i seg selv, slik at enhver entreprenør vil bruke like lang tid på å utbedre mangelen, vil derfor ikke heving være noe alternativ. Det kan for eksempel være at årstiden fører til at utbedring blir vanskelig. Her vil dessuten byggherren være beskyttet av dagmulksreglene, hvis han kan avvise kontraktsarbeidet.

Beror imidlertid forsinkelsen på forhold hos entreprenøren selv, fordi han f.eks. ikke har kompetanse eller av økonomiske årsaker ikke kan utbedre mangelen, vil byggherren kunne heve forutsatt at det foreligger vesentlig mislighold som i punkt 34.1.1..

Betraktningen må være den at hvis vilkår for å avvise først foreligger etter 30.5, så er det rimelig at entreprenøren må ta konsekvensene av dette, også om det skulle bli tale om en vesentlig forsinkelse. Forsinkelsen er jo nettopp en følge av at han ikke har levert kontraktsmessig arbeid.

#### 2.6.4 Rettspraksis

I ”Broene over Nitelva-avgjørelsen”<sup>56</sup> ble avvisningsspørsmålet igjen knyttet til ”vesentlig mangel” kriteriet. I denne avgjørelsen la retten til grunn et krav om vesentlig mangel for å gi rett til nekting. Dette vilkåret ble imidlertid ikke drøftet nærmere da det ikke var avgjørende for sakens utfall. Det er derfor vanskelig å si om retten her mente vesentlig mangel alene kunne begrunne avvisning eller om vesentlig mangel knyttes til den forutsatte bruk. Hvis sistnevnte alternativ legges til grunn er det mest i overensstemmelse med ordlyden i NS 3430 punkt 30.5. Bruken av kriteriet vesentlig mangel kan da tolkes som et uttrykk for å at det må foreligge en type kvalifisert mangel.

---

<sup>56</sup> Eidsivating lagmannsrett, LE-1997-00253. Det påpekes at dette ikke er Høyesterettsavgjørelsen med samme kallenavn. Spørsmål om avvisning ble ikke anket.

I Gardermoen-avgjørelsen anvendes også begrepet ”vesentlig mangel”<sup>57</sup>: Idet retten vurderer om manglene som er påberopt som grunnlag for nektelsen sies følgende:

*”Riktignok synes det å ha foreligget en del mangler hvorav enkelte – isolert bedømt – må anses vesentlige.”*

Denne uttalelsen tyder isolert sett på at man fortsatt anvender vilkåret om vesentlig mangel for å begrunne avvisning. Retten sier imidlertid videre:

*”Men siden utbedringene av også disse manglene tilsynelatende har kunnet foregå uten store problemer for de entreprenører som skulle bygge videre på SAGs kontraktsarbeid, ga heller ikke disse manglene reelt sett grunnlag for å nekte å overta, jf pkt. 30.5 første ledd.”*

Denne siste uttalelsen viser at mangelen ble vurdert opp mot den forutsatte bruk. At de brukte begrepet ”vesentlige mangel”, kunne være for å understreke at det var tale om kvalifiserte mangler i motsetning til mangler av mindre betydning. Retten uttaler at det forelå vesentlige mangler, men det at disse likevel ikke ga grunn til avvisning viser jo nettopp at forekomsten av vesentlige mangler alene ikke gir grunnlag for å nekte overtakelse.

#### 2.6.5 NS 8405 punkt 32.5

I den nylig vedtatte (januar 2004) NS 8405 er ordlyden som følger:

*” Byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet hvis det ved overtagelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet”.*

Innebærer denne endringen i ordlyden at terskelen for å nekte overtakelse blir høyere eller lavere? Hvis man tolker ordlyden strengt vil enhver mangel som hindrer bruken av

---

<sup>57</sup> Eidsivating lagmannsrett, LE 1998-00648

kontraktsarbeidet gi rett til avvisning. Om mangelen er kvalifisert måles etter om den hindrer den forutsatte bruk eller ikke. Man kan dermed si at vurderingstemaet blir snevrere, men hvordan det praktisk slår ut er vanskelig å si.

Barbo antyder at terskelen for å avvise med denne endringen kanskje er senket noe til fordel for byggherren.<sup>58</sup> Når det er sagt, må det fortsatt antas å gjelde at mangelen må være av en viss art og omfang. Slik at avvisningsbestemmelsen dermed er i tråd med det som gjelder for avvisning generelt i kontraktsretten. Det ville dessuten ikke være rimelig at byggherren skulle kunne avvise et omfattende kontraktsarbeid som bare har ubetydelige mangler. Men det må muligens antas utfra ordlyden at mangelsvurderingen må knyttes i større grad til den forutsatte bruk, enn å foreta en isolert mangelsvurdering.

#### 2.6.6 NF 92 og første utkast til ny NS (NBR F 79/02)

I første høringsutkast til ny standard, den som ble NS 8405, lød bestemmelsen om avvisning som følger:<sup>59</sup>

*” Byggherren skal overta kontraktsarbeidet med mindre det ved overtagelsesforretningen påvises mangler. Selv om det påvises mangler, kan byggherren ikke nekte å overta hvis de påviste manglene eller utbedringen av dem bare er av mindre praktisk betydning for utnyttelsen av kontraktsarbeidet eller senere arbeider. ”*

Ordlyden er helt klart svært ulik det som ble den endelige formuleringen i NS 8405 punkt 32.5. Den har imidlertid noen likhetstrekk med NF 92. Her heter det i punkt 19.1:

*”Leveringsprotokoll skal opprettes selv om det gjenstår å utføre mindre deler av Arbeidet, forutsatt at de gjenstående deler ikke har praktisk betydning for*

---

<sup>58</sup> Barbo, foredrag side 3

<sup>59</sup> NBR F 79/02 punkt 33.5

*utnyttelsen av Kontraktsgjensstanden eller for senere fabrikasjonsarbeide som skal utføres av andre leverandører.”*

I begge formuleringene er avvisningsretten negativt avgrenset: Kontraktsarbeidet kan ikke nektes overtatt hvis manglene er av ”mindre praktisk betydning”<sup>60</sup> eller ikke er av ”praktisk betydning”<sup>61</sup> for bruken av kontraktsarbeidet. Dette gir likevel en anvisning på at mangelen må være av en viss art. Ordlyden angir dermed den nedre terskelen; det må foreligge noe mer enn en ubetydelig mangel. Det påpekes at også her er vurderingen knyttet opp til bruken av kontraktsarbeidet, så det er fortsatt ikke slik at mangelen vurderes isolert. Mangelen må altså ha en viss betydning for utnyttelsen av kontraktsarbeidet, og ville nok ha rammet ganske likt som vilkåret i NS 3430 punkt 30.5.

#### 2.6.7 Systemet i AB 82 (dansk standardkontrakt for bygg og anlegg)

Etter den danske standardkontrakten for entreprisarbeid AB 92, er avvisningskriteriet knyttet til ”væsentlige mangler” og representerer dermed en mer tradisjonell tankegang. Det foreligger imidlertid tilleggskriterier som er utarbeidet i forarbeider til standarden, AB 92- betænkning 1246/1993. Her heter det at mangelen må ”etter en konkret vurdering” på en ”ikke ubetydelig måte” hindre eller sinke ”ibruktagning” av entreprisen. Man ser her at vesentlig mangel er knyttet til *bruken* av kontraktsarbeidet. Altså er det nærliggende å anta at vesentlig mangel er et uttrykk som anvendes for å understreke at en hvilken som helst mangel ikke kan begrunne avvisning.

#### 2.6.8 Oppsummering

Som nevnt innledningsvis er det klart at det stilles krav til at mangelen skal være av viss art, og at det dermed skal en del til både hva gjelder mangelens art og omfang. Som vist, er det holdepunkter for å anta at terskelen ligger ganske høyt og at vurderingen fortsatt , til tross for endret ordlyd, knyttes til begrepet vesentlig mangel. Dette betyr ikke nødvendigvis at man legger til grunn den vanlige forståelsen av vesentlig mangel og dermed setter terskelen like høyt som ved heving, men heller for å understreke at mangelen må være av kvalifisert art. Det er mye som tyder på at anvendelsen av

---

<sup>60</sup> NF 92 punkt 19.1



formuleringen: ” vesentlig mangel” bare er noe misvisende i begrepsmessig forstand, slik at innholdet ikke er det samme som i hevingsvurderingen. Et mer hensiktsmessig begrep er etter min mening er å anvende et begrep om ”kvalifisert mangel”.<sup>62</sup> Da understreker man at det dreier seg om mangler som er av en viss art og betydning, samtidig som man unngår forvekslingen med vesentlig mangel begrepet i hevingsvurderingen.

## 2.7 Rimelighetskravet jf ”rimelig grunn til å nekte”

### 2.7.1 Innledning

Vilkåret ”rimelig grunn til å nekte” gir anvisning på en totalvurdering av de relevante forhold. I en avvisningsvurdering etter punkt 30.5 ser man først og fremst se på hvordan mangelen vil slå ut i forhold til bruken av kontraktsarbeidet. Spørsmålet er her hvilke omstendigheter som regnes som relevante forhold. Ordlyden i bestemmelsen er ikke helt klar på dette punkt. Et alternativ er å tolke bestemmelsen slik at dette vilkåret må knyttes strengt opp til den forutsatte bruk og mangelens innvirkning på denne.

Et annet tolkningsalternativ er at dette vilkåret gir anvisning på en totalvurdering av hele kontraktsforholdet. Dette alternativet er nok mer i overensstemmelse med bakgrunnsretten hva gjelder avvisning. I Ferbay-saken sies det generelt om vurderingen som foretas for å begrunne avvisning<sup>63</sup>:

*” Det hele munner ut i en konkret rimelighetsvurdering: Er det alle forhold tatt i betraktning, rimelig å gi bestilleren rett til å gjøre gjeldende en såvidt streng mangelsbeføyelse som midlertidig avvisning?”*

---

<sup>61</sup> NBR F 79/02 punkt 33.5

<sup>62</sup> Simonsen side 78 og Kolrud s267

<sup>63</sup> ND 1974 side 27, side 60-61

Begrepet ”rimelig grunn til å nekte” gir anvisning på en skjønnregel og i følge Øvrebø er det vanlig å forstå slik språkbruk at avgjørelsen må bero på en konkret helhetsvurdering.<sup>64</sup> Det skal imidlertid bemerkes at denne uttalelsen ble gitt i forhold tolkningen av bustadoppføringslovens § 15 tredje ledd, som lyder som følger:

*” Forbrukaren kan nekte å overta ytinga dersom det ligg føre mangel som gjev rimelig grunn til nektinga”*

Bestemmelsen har ikke som NS 3430 et vilkår om at mangelen må hindre den forutsatte bruk. Det kan være flere grunner til dette. Ofte vil den forutsatte bruk i forbrukerentreprise gi seg selv: Lovens anvendelsesområde er oppføring av bygg til boligformål. Videre kan det være fordi at rimelighetsvurderingen er ment å være bredere her enn etter systemet i NS 3430. Ordlyden i §15, tredje ledd kan i alle fall tyde på det. Antagelig må det antas at det er snakk om to ulike vurderingstema. Mens det etter bustadoppføringslova skal vurderes om forbrukeren har rimelig grunn til å nekte, alle forhold tatt i betraktning, så må det etter NS 3430 punkt 30.5 vurderes om mangelen hindrer den forutsatte bruk og om dette, alle forhold tatt i betraktning gir han rimelig grunn til å nekte.

Det finnes dermed holdepunkter for å anta at det skal foretas en konkret vurdering av hele kontraktsforholdet ved en avvisningsvurdering etter NS 3430 punkt 30.5. Jeg vil i det følgende se litt på hvilke momenter som kan være relevante i en i en slik konkret vurdering, etter at mangelen og dens betydning for den forutsatte bruk er konstatert.

### 2.7.2 Entreprenørens forhold

Henrik Øvrebø påpeker i sin artikkel at ” på en måte er entreprenørens atferd ekstra relevant i avvisning”.<sup>65</sup> Med dette må menes at hvis entreprenøren direkte eller indirekte er skyld i at kontraktsarbeidet ikke er kontraktsmessig, må dette kunne tillegges vekt i avvisningsvurderingen.

---

<sup>64</sup> Øvrebø, side 212

<sup>65</sup> Øvrebø side 216

Særlig i de tilfelle hvor mangelen skyldes grov uaktsomhet eller forsett på entreprenørens side må hans forhold kunne tillegges vekt.

Det kan på den annen side også tenkes tilfelle der entreprenørens forhold kan tale mot avvisning. Dette var et moment som ble drøftet i Fernbay avgjørelsen. Her la voldgiftsretten vekt på at verkstedet (realdebitor) var svært ”forhandlingsvillig, og forberedt på å påta seg betydelig byrder for å det hele til å gli.”<sup>66</sup> Retten sa videre at dette, og rederiets noe kjølige holdning i forhold til verkstedets forslag til løsning, er et moment i avvisningsvurderingen.<sup>67</sup>

### 2.7.3 Forhold ved selve kontrakten

Kontraktens størrelse kan være et moment som enten kan tale for eller imot avvisning. Dreier det seg om en omfattende og økonomisk kostbar kontrakt, vil muligens manglene etter en helhetsvurdering ikke kunne gi ”rimelig grunn” til å nekte, selv om de kanskje til en viss grad vil vanskeliggjøre bruken av kontraktsarbeidet. Betragtningen er at etter en helhetsvurdering blir manglene å anse som mindre betydelige forholdsmessig. På den annen side kan mangler på mindre kontraktsarbeid virke større eller mer betydelig, og da vil det etter en helhetsvurdering kunne tale for avvisning, hvis man ser mangelens størrelse i forhold til kontraktens størrelse.

### 2.7.4 Mangelens art

Det kan tenkes at mangelens art kan gi veiledning om hvilken beføyelse som skal anvendes på kontraktsbruddet.

I dansk rett opererer man med et skille mellom kvalitetsmangel og kvantitetsmangel.<sup>68</sup> Det har ikke vært tradisjon for en slik inndeling i norsk rett.

---

<sup>66</sup> ND 1974 s 27 side 71-72

<sup>67</sup> ND 1974 s 27 side 72

<sup>68</sup> Nørgaard, side 138 note 9 om den danske købelovs § 50

Denne inndelingen kan likevel være hensiktsmessig i vurderingen om avvisning er rimelig eller ikke. Inndelingen har på en måte nær sammenheng med skillet mellom mangel og forsinkelse. En kvalitetsmangel går på det arbeid som er utført og kvaliteten på dette, mens kvantitetsmangel kan dreie seg om arbeid som helt eller delvis ikke er utført.

Det kan finnes spor av dette skillet i NF 92.<sup>69</sup> Skillet fremgår ikke klart av ordlyden, men det heter i art 19.1 ”gjenstående deler” av kontraktsarbeider, mens art 25.1 regulerer ”mangler”. Bakgrunnen for at dette skille er sentralt for petroleumskontrakter er at kan selskapet (reakkreditor) ved levering<sup>70</sup> frafalle krav om at leverandøren skal fullføre hva gjelder uferdig arbeide, men likevel fastholde for det som er mangelfullt utført. En viktig konsekvens av dette er nemlig at leverandøren ikke har krav på betaling for den del som gjelder arbeid som ikke er utført og derfor ikke skal utføres, mens han har et ansvar for det mangelfullt utførte arbeidet. Dessuten er det i følge Kaasen muligens slik at uferdig arbeid ikke reguleres av mangelsbestemmelsen i art 25 om mangler.<sup>71</sup>

Dreier det seg om arbeid som ikke er utført i det hele tatt kan dette ses på som en kvantitetsmangel, det er for eksempel ikke lagt lister i kontorbyggets enheter. Dette vil være et forhold som ligner en forsinkelse, fordi er snakk om arbeid som entreprenøren overhodet ikke har utført. Er listene derimot lagt slik at de ikke sitter godt nok, vil det bli betraktet som en kvalitetsmangel, som taler for at mangelsbeføyelser skal anvendes.

Prinsippet om dette skille mellom kvantitetsmangel og kvalitetsmangel er klart,<sup>72</sup> men ofte vil manglene ligge i et grenseland mellom disse to.

En åpenbar svakhet ved å legge for stor vekt på dette skillet for å avgjøre om vi har å gjøre med et mangelfullt eller forsinket arbeid, er at entreprenøren, i ytterste konsekvens, lett vil kunne spekulere i dette: Han utfører hele entreprisen men utførelsen

---

<sup>69</sup> Kaasen, side 434 flg jf side 445

<sup>70</sup> Begrepet ”levering” i petroleumskontrakter tilsvarer overtakelse i entreprise

<sup>71</sup> Kaasen, side 435

<sup>72</sup> Kaasen, side 434, fotnote 6

er dårlig slik at han blir ferdig til avtalt tid, vil kontraktsarbeidet anses som mangelfullt snarere enn forsinket om man anvender denne inndelingen. Entreprenøren må nok utbedre manglene, men slipper da å bli belastet med dagmulkt.

#### 2.7.5 Hvor utslagsgivende vil momentene i rimelighetsvurderingen være?

Synspunktet må være at de ulike momentene i rimelighetsvurderingen alene ikke har så mye vekt. Det er mangelens innvirkning på den forutsatte bruk som er det sentrale vurderingstema; rimelighetsvurderingen kommer i tillegg.

Hvis mangelen ellers er nokså ubetydelig, kan ikke entreprenørens forhold alene føre til avvisningen. Øvrebø nevner som eksempel hvis entreprenøren med vilje har unnlatt å feste det siste dørhåndtaket vil ikke dette alene gi avvisningsrett.<sup>73</sup> Hvis entreprenørens forhold er sterkt klanderverdig må det bøtes på gjennom andre misligholdsbeføyelser.

Men om rimelighetsvurderingen ikke er utslagsgivende, kan den i tvilstilfelle være veiledende for hvilket resultat man lander på.

NS 8405, som nå har erstattet NS 3430, har ikke et slikt kriterium om rimelig grunn til å nekte. At denne endringen betyr at rimelighetsvurderingen bortfaller fullstendig, er ikke gitt da alminnelig kontraktsrettslige prinsipper må kunne gjelde også her - og da vil resultatet bero på en helhetsvurdering. At kriteriet om rimelig grunn til å nekte er tatt bort kan tyde på to forhold: Konsipistene ønsker at bestemmelsen skal ha et annet innhold<sup>74</sup> eller at endringen er et forsøk på å gjøre bestemmelsen enklere å anvende, ved at man tar bort et kriteriet som er såpass skjønnsmessig.

#### 2.8 Avsluttende synspunkter hva gjelder de materielle vilkår for avvisning

Avvisningsbestemmelsen i NS 3430 punkt 30.5 er en utpreget skjønnsbestemmelse og det kan vanskelig angis konkret hvor høyt eller lavt man skal sette terskelen for gi byggherren medhold i avvisning. Foran har jeg forsøkt å vise hvilket momenter som kan være relevante ved tolkningen av bestemmelsen.

---

<sup>73</sup> Øvrebø side 216

Det må være klart at avvisning er en del av det som omtales som den alminnelig entrepriserett.<sup>75</sup> Avvisning har forankring i alminnelig kontraktsrett og det faktum at NS 3401, NS 3430 og nå 8405 har bestemmelser om dette støtter dette.

Innholdet i denne avvisningsretten er imidlertid ikke helt klar; at ordlyden i bestemmelsen er endret flere ganger er et moment som taler i mot at den gir uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Når det er sagt tror jeg etter drøftelsen ovenfor at man kan si at så vel i entrepriseretten som i alminnelig kontraktsrett gjelder det et prinsipp om at mangelen må, for å kunne avvise, være av en kvalifisert art.

Om den nye ordlyden fører til en endring av innholdet i bestemmelsen er etter min mening ikke klart. Barbo antyder som tidligere nevnt også at grensen for å avvise er senket noe til fordel for byggherre.<sup>76</sup>

Det som må være sentralt er at man kommer fram til en regel som ikke setter terskelen for høyt for å kunne avvise, og heller ikke for lavt. Bygg og anlegg bransjen utgjør en viktig næring i Norge, og det er av stor samfunnsøkonomisk interesse at reglene er klare her. Setter man terskelen for lavt, slik at byggherren gis rett til avvisning for mangler som ikke er av større betydning, vil dette svekke dynamikken i kontraktsforholdet. Ofte dreier det seg om relativt omfattende kontrakter og tilsvarende store kontraktssummer slik at byggherren må godta enkelte avvik. Ofte er det også slik at byggherren ønsker å overta bygget til den tid det er avtalt.

På den annen side vil man ved å sette terskelen for høyt for å kunne avvise mangelfullt kontraktsarbeid entreprenøren mulighet til å spekulere i bestemmelsen ved å melde kontraktarbeidet ferdigstilt før det er kontraktsmessig. Med det mener jeg at han vil ferdigstille selv om bygget åpenbart har mangler av visse dimensjoner, men han er bedre tjent med å rette etter overtakelse, da han i disse tilfellene vil unngå dagmulkt. Igjen vil samfunnsøkonomiske hensyn gjøre seg gjeldende: Som nevnt kan byggekontrakter være svært omfattende og det dreier seg om store økonomiske verdier.

---

<sup>74</sup> Barbo, side 3: Det antydes at terskelen for avvisning blir senket noe til fordel for byggherre

<sup>75</sup> Simonsen, side 7 flg

<sup>76</sup> Barbo, side 3

Byggherren må derfor kunne forvente å få et arbeid som er i overensstemmelse med kontrakten. Det er også viktig at det er en viss kvalitetssikring i bransjen. Settes terskelen for lavt vil kvaliteten på arbeidet svekkes. Generelt er det heller ingen fordel for entreprenørens good will i kommersielle forhold.

### 3 Formelle krav til byggherrens avvisning

#### 3.1 Innledning

Jeg skal i dette kapittelet vurdere de formelle krav til avvisning av kontraktsarbeidet. Avvisning skjer i forbindelse med overtakelsesforretning. Som nevnt i punkt 1.3 er overtakelsesforretningen en sterkt formbundet prosess, og det gjelder derfor også formelle krav til byggherrens avvisning.

Punkt 30.4 i standarden angir de formelle kravene til overtakelsesforretningen. Bestemmelsen angir også de vilkår som gjelder spesielt for det tilfellet at byggherren nekter overtakelse, jf 30.4 d.

Av denne bestemmelsen kan det utledes følgende formelle krav til avvisning: Hvis byggherren vil avvise kontraktsarbeidet, må han gjøre dette skriftlig. Det er videre et krav at han begrunner avvisningen. Entreprenøren på sin side må ta stilling til avvisningen. Han kan med andre ord ikke forholde seg passiv til byggherrens nektelse. Videre må han begrunne hvorfor han ikke godtar avvisningen. Begrunnelsen må være skriftlig. Det kan spørres om dette bare er ordens- og bevisregler eller om dette er gyldighetsregler. Hvis sistnevnte er tilfelle vil brudd på bestemmelsen kunne medføre at partene blir avskåret fra å gjøre sine innsigelser gjeldende. Jeg skal i det følgende vurdere innholdet i reglene samt virkningen av at de ikke blir overholdt.

#### 3.2 Nektelsen skal være skriftlig

Et formkrav til byggherren avvisning er i følge NS 3430 punkt 30.4 d) at det skal føres inn i protokollen ”*hvorvidt kontraktsarbeidet overtas eller nektes overtatt.*”

Det er altså et krav om at nektelsen skal være skriftlig. Standarden bruker her ordet ”skal”, hvilket indikerer at skriftlighet er et ufravikelig krav og at en muntlig nektelse dermed ikke er tilstrekkelig.

I ”Broene over Nitelva” avgjørelsen ble utalt følgende om formkrav til byggherrens nektelsen:<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Eidsivating Lagmannsrett, 1998, LE-1997-00253



*”...til tross for at den (retten) finner det sannsynliggjort at byggherrens representant under befaringen ga uttrykk for slik misnøye at entreprenøren kunne få inntrykk av at brua ikke ville bli overtatt – ikke kan legge til grunn at byggherren, på noen entydig og juridisk bindende måte, faktisk nektet å overta brua i forbindelse med overtagelsesforretningen.”*

I denne saken er det for retten uklart om byggherren har nektet å overta kontraktsarbeidet (broen). Her som ellers må uklarhetsregelen gjelde, slik at byggherrens handlemåte blir tolket i hans disfavør. Det var dessuten også tvilsomt om de materielle vilkår for å avvise forelå. Retten stiller derfor strengere krav til formen av nektelsen. Det legges vekt på at kontraktsverket for entrepriser legger opp til ”en sterk formalisert prosess” mellom partene og at avvisning får alvorlige følger for entreprenøren.

I Byggholt-avgjørelsen var det heller ikke klart for retten om det forelå tilstrekkelig avvisningsgrunnlag.<sup>78</sup> Om dette sier retten:

*”I en situasjon hvor det fremstår uklart om det var grunnlag for byggherren til å nekte å overta kontraktsarbeidet, kan det være grunn til å legge vekt på hvordan partene har forholdt seg i forhold til de formelle bestemmelser i NS 3430 om framgangsmåten ved overtakelse av kontraktsarbeidet.”*

De faktiske forhold her var at det ikke var opprettet protokoll for overtakelsen, hvilket etter rettens oppfatning skapte bevisvil med hensyn til to forhold: Om byggherren nektet overtakelse og om de materielle vilkår for overtakelse var oppfylt.

*” Det foreligger således ingen protokoll etter NS 3430 fra tidspunktet fra overtakelsesforretningen som viser at kommunen nektet å overta kontraktsarbeidet for så vidt gjelder bygg A og D. Den bevisvil som foreligger med hensyn til om byggherren kunne nekte å overta kontraktsarbeidet for så vidt*

---

<sup>78</sup> Borgarting Lagmannsrett, 2002, LB-2001-01369

*gjelder bygg A og D, finner lagmannsretten i denne situasjon at må gå ut over byggherren.”*

Denne uttalelsen taler for at man ser regelen i standarden som en bevisregel snarere enn en gyldighetsregel. Det ser ut til at å følge formkravene er særlig avgjørende i de tilfelle der det er uklart om byggherren har grunn til å nekte fordi det foreligger bevisvil om mangler eller det er tvilsomt om de mangler som foreligger gir rett til å avvise.

Begge de overnevnt avgjørelsene kan dermed tas til inntekt for at formkravene er spesielt viktige der det er uklart om bygget nektes overtatt og det i tillegg er uklart om de materielle vilkår for avvisning faktisk forelå.

Det kan etter dette ikke antas at fraværet av skriftlighet avskjærer byggherren fra å gjøre avvisning gjeldende. Dertil kommer, at man tradisjonelt i entrepriseretten har vært tilbakeholdende med å gi bestemmelser preklusiv effekt hvis det ikke fremgår uttrykkelig av bestemmelsen. Selv i de tilfeller der det legges opp til preklusjon i bestemmelsen kan domstolene nøle med å gi bestemmelsen slik effekt.<sup>79</sup> Når det likevel i punkt 30.4 er brukt et ord som ”skal” er det derfor nærliggende å tolke kravet om skriftlighet som en bevisregel eller notoritetsregel, snarere enn en gyldighetsregel. Det er imidlertid en sterk oppfordring til byggherren om å uttrykke seg klart her og følge formkravene. Dessuten er det, som nevnt, byggherren som har bevisbyrden for at de materielle vilkår for avvisning foreligger og uklarhet hva gjelder spørsmål om kontraktsarbeidet er avvist vil bli tolket i mot han.

I buofl § 15 fjerde ledd heter det:

*” Ved overtakelsesforretninga bør det førast protokoll som begge partane får eit underskrive eksemplar av.”*

Bruk av ordet ”bør” impliserer at det ikke er et absolutt krav at det skal føres protokoll for overtakelses forretning, herunder avvisning. Det blir også sagt uttrykkelig i forarbeidene at dette er en ordensregel og ikke en gyldighetsregel. Begrunnelsen for

---

<sup>79</sup> Simonsen side 56

dette er at det ble vurdert som for strengt å oppstille dette som et gyldighetskrav.<sup>80</sup> Antagelig ligger det til grunn for denne regelen forbrukerhensyn, men også en generell oppfatning om at skriftlighet i mange tilfeller skal sikre bevis og notoritet, snarere enn gyldighet.

### 3.3 Byggherren skal begrunne nektelsen

Det er videre et krav etter punkt 30.4 annet ledd at byggherrens avvisning skal begrunnes:

*”Dersom byggherren nekter å overta kontraktsarbeidet, skal han begrunne dette i protokollen.”*

Hvor omfattende denne begrunnelsen må være gir bestemmelsen ingen holdepunkter for. Vilkåret om skriftlighet, som beskrevet ovenfor må gjelde tilsvarende også her.

Et minimumskrav må være at man angir de faktiske forhold som ligger til grunn for nektelsen. Hva gjelder de faktiske forhold, må det trekkes en forbindelse mellom punkt 30.4 b) om at det skal utferdiges mangelslister under overtakelsesforretningen og byggherrens reklamasjonsplikt som er regulert i standardens punkt 32.7. Det fremgår av sistnevnte bestemmelse at denne reklamasjonsplikten er svært streng: synbare mangler må reklameres ved overtakelsestidsforretning ellers kan han ikke gjøre de gjeldende. Byggherrens reklamasjonsplikt faller utenfor avhandlingens tema. Det må imidlertid etter dette være klart at enhver rasjonell entreprenør vil ha utferdiget mangelslister, og med dem vil derfor også det faktiske grunnlag for avvisningen foreligge.

Videre kan det nok utledes av bestemmelsen at byggherren i det minste gjør et forsøk på å påvise at de materielle vilkårene i NS 3430 punkt 30.5 er oppfylt.<sup>81</sup> Altså må det kreves at man til en viss grad går inn på det juridiske temaet. Det må innebære at vilkårene som beskrevet i kapittel 2 forsøkes påvist.

---

<sup>80</sup> NOU 1992:9, til § 2-8 Overtakingsforretning

<sup>81</sup> Kolrud, side 265

Det er vanskelig å angi konkret hvor grundig denne begrunnelsen skal være. Jeg vil i det følgende se på to spørsmål som kan oppstå i forhold til begrunnelse og eventuelle rettslige følger dette har.

Det kan tenkes to typer situasjoner som kan oppstå i forhold til kravet om begrunnelse: For det første kan det tenkes at det ikke foreligger noen begrunnelse for avvisningen eller det kan tenkes at det foreligger en begrunnelse men den er uriktig eller mangelfull.

### 3.3.1 Følgene av at det ikke er gitt begrunnelse for avvisning

I de tilfelle der det ikke er gitt noen begrunnelse vil det, som nevnt ovenfor, alltid foreligge mangelslister og dermed foreligger også de faktiske forhold som begrunner avvisningen.

Det er derfor nærliggende å betrakte 30.4 annet ledd som en ordensforskrift og at det i utgangspunktet ikke får noen rettslig følge om begrunnelse ikke er gitt. Det vil i så fall være urimelig strengt overfor byggherren hvis han har nektet og det faktiske grunnlag for avvisningen foreligger, at han skal bli avskåret fra å gjøre avvisningen gjeldende fordi han ikke har utferdiget en begrunnelsen.

Når det er sagt er nok flere grunner til at standarden oppfordrer byggherren til å gi en begrunnelse. For det første oppstår det ved avvisning ofte en situasjon der partene er sterkt uenige og står langt fra hverandre – avvisning er en relativt dramatisk beføyelse.<sup>82</sup> Hvis partene begrunner sine krav, herunder også entreprenøren, vil dette gi et bedre grunnlag for dialog mellom dem som er viktig i situasjoner som dette.

En begrunnelse fra byggherrens side vil dessuten gi entreprenøren enn bedre mulighet til å ivareta sine interesser. Han er pålagt en å ta stilling til nektelsen. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.4 nedenfor

---

<sup>82</sup> Se for eksempel Eidsivating Lagmannsrett, 1998, LE-1997-00253 side 8

### 3.3.2 Følgene av at begrunnelsen er gitt på uriktig eller utilstrekkelig materielt grunnlag

Jeg vil i dette underpunktet se på følgene av at begrunnelse er gitt , men på uriktig eller utilstrekkelig grunnlag. Etter standardens ordlyd stilles det som nevnt ingen krav til hvor omfattende en begrunnelsen skal være, slik at det i utgangspunktet ikke lett kan tenkes at situasjonen blir annerledes her, enn når begrunnelse ikke er gitt over hodet.

Det finnes imidlertid antydninger i Gardermoen-avgjørelsen om at tilfelle som nevnt ovenfor kan få betydning for byggherrens avvisningsrett.<sup>83</sup> Byggherrens avvisning var her begrunnet på et ikke tilstrekkelig materielt grunnlag og det ble uttalt om dette:

*”Når byggherren nekter å overta med en begrunnelse som ikke er holdbar, må nektelsen normalt anses uberettiget. Det gjelder selv om det senere skulle vise seg at det forelå et holdbart grunnlag som kunne vært påberopt”*

Etter denne uttalelsen kan det virke som om byggherren ved å gi en uriktig eller mangelfull begrunnelse blir avskåret fra å gjøre avvisning gjeldende selv om avvisningsgrunnlag skulle foreligge.

Dette kan synes noe strengt, særlig på bakgrunn av det jeg kom til ovenfor, om at kravet om begrunnelse høyst sannsynlig skal betraktes som en ordensforskrift.

Det er mulig at det er spesielle forhold ved denne saken som gjør at resultatet likevel ikke er så urimelig. Avvisningen dreide seg om forhold som faller inn under 30.5 annet ledd og grunnlag for byggherrens avvisning var at dokumentasjonen, som byggherren måtte ha for å kunne vurdere om kontrakten var oppfylt, ikke var i overensstemmelse med ”format, oppsett og innhold”. (Avgjørelsen har av den grunn også mindre relevans for tolkningen av punkt 30.5) Byggherren begrunnelse for å avvise bestod altså i at dokumentasjonens form ikke holdt mål. Videre var de punkter i dokumentasjonen som ble hevdet å være grunnlag for avvisning, av retten ikke ansett som forhold som var av betydning for byggherrens vurdering av om kontrakten var oppfylt jf punkt 30.5 annet

---

<sup>83</sup> Eidsivating Lagmannsrett ,1998, LE-1998-00648

ledd. Begrunnelsen for avvisning hadde derfor ingen forbindelse med eventuelle avvisningsgrunnlag byggherren kunne vært hørt med.

Det er videre snakk om en relativt omfattende kontrakt. Kontraktssummen var på NOK 135.427.157,- slik at dette muligens er et forhold som berettiger retten til å stille strenge krav til begrunnelse her.

Gardermoen avgjørelsen er en relativt konkret avgjørelse og det er litt usikkert hva uttalelsen sitert ovenfor innebærer og om den har generell gyldighet. Videre gjelder den som nevnt avvisning etter punkt 30.5 annet ledd, slik at begrunnelsen også er knyttet opp til denne bestemmelsen.

Hvis byggherren blir avskåret fra å gjøre avvisning gjeldende fordi begrunnelsen er utformet utilstrekkelig eller er uriktig, forutsatt at det ikke er bevistvil om at han nekter og at mangelslister er utarbeidet, vil dette være temmelig strengt. Dertil kommer som nevnt inn reservasjonen mot å gi bestemmelser preklusiv virkning. Videre må det være av betydning at de som utformer begrunnelsen, altså byggherren eller noen av hans representanter, i de fleste tilfelle ikke har juridisk bakgrunn og det kan derfor ikke forventes at begrunnelsene er fullkommen hva gjelder de relevante faktiske og juridiske forhold.

### 3.4 Entreprenøren skal ta stilling til nektelsen

Hvis byggherren nekter å overta kontraktsarbeidet har entreprenøren to muligheter: Han kan godta nektelsen eller ikke.

Det heter i 30.4 annet ledd:

*” Godtar ikke entreprenøren nektelsen, skal han begrunne dette i protokollen”*

Av dette kan utledes tre forpliktelser for entreprenøren: For det første skal entreprenøren ta stilling til avvisning, altså om han godtar den eller ikke. Hvis han ikke godtar nektelsen skal dette begrunnes og det skal begrunnes skriftlig. Dette er altså motsatsen til formkraven som gjelder for byggherren.

Hvis entreprenøren ikke godtar nektelsen, må det være et minstekrav etter jf 30.4 annet ledd, annet punktum at han skriftlig motsetter seg dette. Hvis han ikke gjør det vil han gi inntrykk av at han godtar nektelsen. Her som ellers i kontraktsretten må prinsipper om passivitet gjelde: Hvis man blir oppfordret til å ta stilling til et forhold for ikke å bli forpliktet, kan det, hvis man ikke tar stilling, bli oppfattet som en godkjenning.<sup>84</sup>

Hvor omfattende denne begrunnelsen skal være gir ikke standarden noen holdepunkter for. Det kan antagelig kreves at entreprenøren i det minste gjør et forsøk på å imøtegå byggherrens begrunnelse for avvisningen. Det må også påpekes at entreprenøren ikke har et faktisk grunnlag for avvisning i form av mangelslister slik som byggherren har. Det kan derfor tenkes at det kan stilles noe strengere krav til entreprenørens begrunnelse, i det minste for det faktiske grunnlag for byggherrens avvisning.

I og med at entreprenøren må ta stilling til avvisningen kan det spørres om han må gjøre dette ved overtakelsesforretningen eller om han kan gis tid til å områ seg. Ut fra standardens ordlyd ser det ut som om entreprenøren må ta stilling til avvisningen ved overtakelsesforretning eller i umiddelbar tilknytning til denne. Byggherrens avvisning av kontraktsarbeidet er imidlertid alvorlig for entreprenøren; Hvis han nekter en avvisning som senere viser seg å være rettmessig, påløper ikke bare dagmulkt (dagmulkt vil påløpe uansett om entreprenøren aksepterer rettmessig avvisning eller ikke.) Han blir også sittende med risikoen for kontraktsarbeidet og det dette innebærer. Det er derfor avgjørende for han at han tar den ”riktige” beslutningen i denne situasjonen. Hvis man tar disse hensyn i betraktning vil det ikke være urimelig å innvilge ham tid til å ta stilling til avvisningen. For eksempel såpass mye tid at han kan søke juridisk bistand. På den annen side er det entreprenøren som varsler ferdigstillelse og man kan dermed anta at han på dette tidspunktet er av den oppfatning at han har fullført kontraktsarbeidet. At han derfor skal innvilges lenger tid til å vurderer om han godtar nektelsen, er derfor ikke helt åpenbart.

---

<sup>84</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett side 85

#### 4 Bortfall av avvisningsretten – overtakelse ved bruk

Som tidligere anført har NS 3430 et tosporet system for overtakelse: Kontraktsarbeidet kan overtas ved overtakelsesforretning eller det kan overtas ved bruk. Dette følger av henholdsvis punkt 30.2 og 30.7 annet ledd i standarden.

Hvis byggherren tar bygget i bruk, faller retten til å avvise bort fordi han da i realiteten har overtatt kontraktsarbeidet. Det følger av standardens system at han da aksepterer bygget som ferdig. Av den grunn gir NS 3430 punkt 30.5 bare rett til nekting ved overtakelsesforretning. Det er ikke en bestemmelse om at overtakelsesvirkningene er betinget av en viss kvalitet. Tar byggherren kontraktsarbeidet i bruk kan han ikke etterpå komme å si at overtakelsesvirkningene ikke har funnet sted fordi vilkårene for avvisning forelå.<sup>85</sup> Dessuten vil det faktum at byggherren begynner å bruke kontraktsarbeidet være et bevismoment som taler ganske sterkt for at han ikke har rimelig grunn til å nekte overtakelse.

Standardens punkt 30.7 annet ledd må ses i sammenheng med punkt 32.7.2:

Overtakelsesvirkningen inntreffer ved bruk, men byggherrens reklamasjonsplikt for synbare mangler inntreffer ikke før 14 dager etter ibruktakelse. Han mister altså ikke retten til å gjøre mangler gjeldende, men er avskåret fra å avvise selv om de materielle vilkår skulle foreligge. Hvis en av partene har begjært overtakelsesforretning innen 14 dager etter ibruktakelse, begynner reklamasjonsplikten ved denne overtakelsesforretningen, men avvisning kan han fortsatt ikke gjøre gjeldende.

Hva skal så til for å kunne konstatere at byggherren har tatt kontraktsarbeidet i bruk? Det blir i teorien hevdet at, for å kunne si at kontraktsarbeidet er tatt i bruk, må det brukes til det formål som er fastsatt i kontrakten.<sup>86</sup> Hvis det skal tilvirkes et leilighetskompleks så må bygget sies å være tatt i bruk i det leietakerene flytter inn.

I forarbeidene til bustadoppføringslova regnes boligen som tatt i bruk hvis det tatt i bruk til det ”føremål det skal ha etter at det er ferdig.”<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Sandvik, side 213

<sup>86</sup> Sandvik, side 211



I og med at det er bruk til det formål kontraktsarbeidet er ment for, konstituerer det derfor ikke ibruktakelse dersom side entreprenører arbeider på en delentreprise.<sup>88</sup>

Det er videre hevdet at det ikke gjelder en nedre grense for omfanget av bruken.<sup>89</sup> Slik at hvis én leietaker flytter inn må bygget sies å være tatt i bruk. Det som er avgjørende er derfor hva kontraktsarbeidet brukes til og ikke i hvilket omfang det brukes.

Kommer man til at kontraktsarbeidet er tatt i bruk, så er det overtatt og byggherren taper sin rett til å avvise.

---

<sup>87</sup> NOU 1992-9 Forbrukerentrepriselov, til §2-7 Overtaking

<sup>88</sup> Sandvik side 211 og Simonsen side 79-80. Her omtales også BFJR nr 295/1988 Svømmebasseng om sideentreprenørs oppføring på entreprenørens arbeid.

<sup>89</sup> Simonsen side 80

## 5 Virkningen av byggherrens urettmessige avvisning

### 5.1 Overtakelsestidspunkt fikseres og dagmulktkrav bortfaller

Hvis byggherren urettmessig avviser kontraktsarbeidet, er det ikke uten videre gitt når man skal anse overtakelse for å ha funnet sted.

I den nylig vedtatte NS 8405 heter det i punkt 32.5 fjerde ledd:

*”Hvis byggherren urettmessig nekter å overta kontraktsarbeidet, skal overtagelse anses å ha funnet sted.”*

Bestemmelsen gir anvisning på en fiksering av overtakelsestidspunktet. Man legger til grunn at overtakelse fant sted da overtakelsesforretningen opprinnelig ble holdt, selv om byggherren på dette tidspunkt nektet å overta. Dette må antas å være en kodifisering av gjeldende rett på område, slik at dette også er regelen etter NS 3430.<sup>90</sup>

Dette må bety at overtakelse anses å ha funnet sted den dag overtakelsesforretning ble holdt og byggherren skulle ha overtatt. Dermed må dette bety at risiko har gått over på byggherren allerede på det tidspunkt overtakelsesforretning ble holdt og bygget skulle vært overtatt.

I følge Sandvik bør det være slik at entreprenøren, selv om han har motsatt seg avvisning, iverksetter ny overtakelsesforretning når han mener han har utbedret tilstrekkelig. Likevel kan han kreve at den opprinnelige overtakelsesforretning legges til grunn som risikoovergang.<sup>91</sup>

En selvsagt følge av urettmessig avvisning er at byggherrens krav på dagmulkt bortfaller. Han taper likevel ikke sin rett til å få mangler utbedret.

---

<sup>90</sup> Barbo side 3

<sup>91</sup> Sandvik side 213

## 5.2 Forsikrings- og vedlikeholdsplikt der ingen av parten vil sitte med risikoen for kontraktsarbeidet

Problemstillingen i dette underpunktet er om det kan antas å gjelde en interimregel for det tilfellet at byggherren avviser bygget og entreprenøren motsetter seg avvisningen. Det oppstår da en situasjon der ingen av partene vil sitte med risikoen for kontraktsarbeidet. Det er først i ettertid, etter at man har fastslått at de materielle vilkår for avvisning ikke forelå, at overtakelsestidspunktet fikseres. Kan det derfor tenkes at det er et behov for en regel som regulerer dette mellomværende? Særlig melder dette problemet seg i forhold til forsikringsplikt og alminnelig vedlikehold av kontraktsarbeidet.<sup>92</sup>

Det forhold at byggherren nekter å overta en ytelse som anses å være kontraktsmessig blir i alminnelig kontraktsrett betegnet som kreditor mora. Kreditor mora foreligger når

*”kreditor ikke kan eller vil motta ytelsen, for eksempel fordi han med urette mener den er kontraktstridig, eller han for øvrig ikke yter den medvirkning han plikter for at avtalen skal oppfylles”<sup>93</sup>.*

Spørsmålet er om det kan trekkes en analogi fra læren om kreditor mora på det forhold at byggherren nekter overtakelse av et kontraktsmessig arbeid. I alle fall kan dette forhold betegnes som kreditor mora etter sin definisjon.

I en kreditor mora situasjon har realdebitor plikt til å dra omsorg for kontraktsarbeidet, dette følger av alminnelig kontraktsrettslige prinsipper.<sup>94</sup>

Denne omsorgsforpliktelsen må muligens også omfatte forsikring. Det er i entreprisekontrakter ofte snakk om kontraktsarbeid av store økonomiske verdier, og hvis man først skal stautere en omsorgsplikt for entreprenøren vil det være fornuftig om denne også omfattet forsikring.

---

<sup>92</sup> Barbo, side 3

<sup>93</sup> Hagstrøm, Alminnelig obligasjonsrett, side 325

<sup>94</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett, side 607 flg

At entreprenøren skal forsikre kontraktsarbeidet i denne perioden vil også være den mest praktiske løsning: Normalt er det entreprenøren som skal holde bygget forsikret under byggetiden. Dette blir regulert i standardens punkt 14.1. Denne plikten opphører ved overtakelse jf punkt 30.7 b), men nekter byggherren å overta kontraktsarbeidet kan entreprenøren la sin forsikring løpe til byggherren faktisk overtar.

Entreprenøren må etter dette kunne kreve at utgiftene han har hatt ved å dra omsorg for kontraktsarbeidet blir dekket ved sluttoppgjøret, hvis byggherrens avvisning var urettmessig.

### 5.3 Betydningen for byggherrens reklamasjonsplikt

Jeg vil i dette underpunktet vurdere hvilken betydning, om noen, urettmessige avvisning har for byggherrens reklamasjonsplikt.

Utgangspunktet i NS 3430 punkt 30.7 jf punkt 32.7.1 er at synbare mangler må reklameres ved overtakelsesforretning. Hvis byggherren ikke reklamerer da, blir han etter bestemmelsens ordlyd avskåret fra å gjøre slike mangler gjeldende.

Forutsatt at formkravene for overtakelsesforretning er fulgt, er det ført protokoll og utarbeidet mangelslister etter besiktigelse av kontraktsarbeidet. Dette må være tilstrekkelig reklamasjon. Problemet kan oppstå der byggherren velger å avvise bygget før han har besiktiget hele kontraktarbeidet, fordi han mener det allerede er klart at det kan avvises. Hvis det for eksempel er satt av 4 dager til besiktigelse og byggherren etter halvannen dag er av den oppfatning at bygget kan avvises, kan han ha unngått å notere seg synbare mangler. Mangelslisten er dermed ikke fullstendig, ei heller reklamasjonen. Er byggherren da, i og med at overtakelsestidspunkt fikseres, avskåret fra å gjøre eventuelle mangler som måtte foreligge gjeldende?

Selv om partene, etter norsk rett, må bære risiko for sine egne oppfatninger vil dette være en svært streng regel og vil ramme byggherren hardt.<sup>95</sup>

Kan det i denne vurderingen ha betydning hvor klart eller uklart det var om kontraktsarbeidet kunne avvises? Hvis det på overtakelsestidspunktet var uklart eller vanskelig å avgjøre om de materielle vilkår for avvisning var til stede vil det for eksempel være svært strengt å prekludere byggherren fra å gjøre mangelskrav gjeldende. Uklarhet rundt dette vil imidlertid i seg selv være et moment som bør oppfordre byggherren til å fullføre hele besiktigelsen.

Videre, hvis avvisning er klart urettmessig vil kanskje ikke et slikt resultat være så urimelig. Igjen kommer reservasjonen om å gjøre bestemmelser preklusive uten at dette fremgår uttrykkelig av bestemmelsen eller bestemmelsene, inn. Nå er det imidlertid slik at regelen om synbare mangler i standardens punkt 32.7 gir uttrykk for en grad av preklusjon, men det er likevel blitt nølt med å gi den slik virkning og den bærer mer preg av en bevisregel.<sup>96</sup> Det kan stilles spørsmål om hvor reell en slik situasjon er. En rasjonell byggherre vil nok ofte overholde reklamasjonsplikten i NS 3430 punkt 32.7, og derfor fullføre besiktigelsen allerede ved den første overtakelsesforretningen.

#### 5.4 Oppsummering: Virkningene av urettmessig overtakelse

Foruten at overtakelsestidspunkt fikseres ved urettmessig avvisning, som både er del av alminnelig entrepriserett og nå kodifisert i den nye standarden, er det litt uklart hvordan andre spørsmål som måtte oppstå i forhold til denne problemstillingen løses. Det overnevnte er i stor grad uttrykk for hvordan disse spørsmålene kan løses og er ikke ment å være absolutt uttrykk for gjeldende rett på område. Spørsmålene har heller ikke, etter det jeg kan se, vært oppe for domstolene.

---

<sup>95</sup> Kolrud side 267

<sup>96</sup> Simonsen side 56

## 6 Kilder

### 6.1 Standardkontrakter

*Norsk Standard NS 3401: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)*

*Norsk Standard NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 2. utgave september 1994*

*NBR F 79/02 (første utkast til NS 8405)*

*Norsk Standard NS 8405: Norsk bygge – og anleggskontrakt. 1. utgave januar 2004*

*Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992*

### 6.2 Lover

*Lov om vern mot forurensninger og om avfall. 13.mars. Nr 6. 1981 (forurl)*

*Plan- og bygningsloven. 14.juni. Nr. 77. 1985 (plbl)*

*Lov om kjøp. 13.mai. Nr 26. 1988 (kjl)*

*Lov om avhending av fast eiendom, 3.juli. Nr 93. 1992 (avhl)*

*Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad, 13.juni. Nr 43. 1997 (buofl)*

### 6.3 Forarbeider

#### 6.3.1 Norges Offentlige Utredninger

*NOU 1993:20 Kjøp av ny bustad*

*NOU 1992:9 Forbrukarentrepriselov*

#### 6.3.2 Odelstingsproposisjoner

*Ot. Prp nr 21 (1996-97) Om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m m (bustadoppføringslova)*

## 6.4 Litteratur

Bergsåker, Trygve: *Kjøp av ny bolig med kommentarer til bustadoppføringslova*, utgitt i samarbeid med Norsk Eiendomsmeglerforbund. Oslo 2003

Barbo, Jan Einar: Foredrag: *8405: Overtakelse og sluttoppgjør*. Oslo 2004

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett Utvalgte emner*. Oslo: Vinderen forlag 1997

Hagstrøm, Viggo. *Alminnelig obligasjonsrett*. I: Knophs oversikt over Norges rett 11. utg. Oslo: Universitetsforlaget 1998, s. [231]-387

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke. Oslo: Universitetsforlaget 2003.

Kaasen, Knut ” *Kommentar til NF 92*”. Oslo: Universitetsforlaget 1994

Kolrud, Helge Jakob, *Kommentar til NS 3430*, Helge Jakob Kolrud og Olav Bergsåker. Oslo: Universitetsforlaget 1992

Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen: Alma Mater forlag 1989

Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*, 4. reviderte utgave. Bergen: Alma Mater forlag 1999

Lilleholt, Kåre ” *Avtale om ny bustad*”. Oslo: Universitetsforlaget 2001

Mestad, Ola: *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Oslo: Universitetsforlaget 1991,

Nørgaard, Jørgen: *Om kjøberens afvisningsrett ved tilvirkningskøb*. JV, 1998, side [132-139]

Sandvik, Tore, *kommentar til NS 3401*. Bergen: Universitetforlaget 1977

Simonsen, Lasse: *Bygge- og entrepriserett Del I Entrepriserettslige emner*. Oslo 2001

Øvrebø, Henrik ”Forbrukerens rett til å avvise entreprenørens levering av bolig etter bustadoppføringslova § 15 tredje ledd” JV 2003 side [210-224]

## 6.5 Avgjørelser

### 6.5.1 Underrettspraksis

Eidsivating Lagmannsrett, 1998, LE-1998-00648, ”Gardermoen”

Eidsivating Lagmannsrett, 1998, LE-1997-00253, ”Broene over Nitelva”

Borgarting Lagmannsrett, 2002, LB-2001-01369, ”Byggholt”

Borgarting Lagmannsrett, 2003, LB-2001-03130, ”Ullevål stadion”

### 6.5.2 Voldgift

Nordiske domme i sjøfartsanliggender 1974 s27, ”Fernbay” (ND 1974 s 27)

### 6.5.3 Utenlandsk rettspraksis

Ugeskrift for Retsvæsen 1995 s 974 ”Motorsejler”

### 6.5.4 BFJR

BFJR nr 295/1988



