

Avvisning i entreprise

Byggherrens rett til å nekte å overta kontraksobjektet etter
NS 8405

Kandidatnummer: 443

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25. November 2006

Til sammen 13785 ord

28.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Rettskildene	2
1.2.1	NS 8405, NS 3430 og NS 3401	2
1.2.2	Rettspraksis	3
1.2.3	Alminnelig entrepriserett	4
1.2.4	Standardkontrakter som rettskilde	4
1.3	Den videre fremstilling	6
<u>2</u>	<u>AVVISNINGSRETTENS FUNKSJON</u>	<u>7</u>
<u>3</u>	<u>PROSESSUELLE VILKÅR I FORBINDELSE MED AVVISNING</u>	<u>8</u>
3.1	Innledning	8
3.2	Prosessuelle vilkår for byggherrens avvisning	9
3.3	Avvisning på grunnlag av entreprenørens prosessuelle feil	10
3.3.1	Innkallelse til overtakelsesforretning	10
3.3.2	Entreprenøren nekter å sette opp protokoll	12
<u>4</u>	<u>AVVISNING SOM FØLGE AV MANGLER</u>	<u>14</u>
4.1	Innledning	14
4.2	Relevante mangler – ”forutsatt bruk”	15
4.2.1	Innledning	15
	a. Mangler	
	b. Utbedring av mangler	
4.2.2	Forutsatt bruk	16
4.2.3	Senere bruk enn overtakelsesdato	18

4.3	Terskelen – ”hindre”	19
4.3.1	Innledning	19
4.3.2	Forhistorie	20
4.3.3	Dagens regel – nærmere om hindringskriteriet	22
	a. Innvirkning på hele bruken - bygget kan ikke tas i bruk på grunn av fysiske eller juridiske mangler	
	b. Innvirkninger på delfunksjoner	
4.3.4	Særlig om utbedring som hindring	29
4.4	Bevisbyrden	31
4.5	Er dette en god løsning – en de lege ferenda betraktning	32
<u>5</u>	<u>ANDRE AVVISNINGSGRUNNER</u>	<u>34</u>
5.1	Innregulering, prøving og dokumenter	34
5.2	Avvisning før avtalt sluttfrist	36
<u>6</u>	<u>BORTFALL AV AVVISNINGSRETTEN</u>	<u>36</u>
<u>7</u>	<u>VIRKNINGEN AV URETTMESSIG AVVISNING</u>	<u>38</u>
7.1	Overtakelse	38
7.2	Erstatning	39
7.2.1	Innledning	39
7.2.2	Økonomisk tap	40
7.2.3	Ansvarsgrunnlag	41
7.2.4	Adekvat årsakssammenheng	42
7.2.5	Entreprenørens tapsbegrensningsplikt	42
<u>8</u>	<u>KILDER</u>	<u>45</u>
8.1	Standarder	45
8.2	Lover	45
8.3	Rettspraksis	46

8.4	Forarbeider	46
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>47</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlingen er byggherrens rett til å nekte å overta kontraksobjektet etter NS 8405.

Ved overtakelsen av et kontraksobjekt kan det være at byggherren finner kontraksobjektet å være i dårligere stand enn hva som er forventet etter kontrakten. Han ønsker dermed ikke å overta bygget før entreprenøren har oppfylt sine kontraksforpliktelser. I slike situasjoner kan det være at byggherren skal innrømmes en rett til å avvise kontraktarbeidet inntil bygget er satt i kontraktsmessig stand. Byggherren fastholder dermed kontrakten med entreprenøren mens overtakelsen av bygget utsettes til de eventuelle feil og mangler, som utløste avvisningsretten, er rettet. Det som skjer i disse tilfellene er at byggherren velger en forsinket levering, fremfor at han overtar bygget eller anlegget med de feil som måtte foreligge og krever retting av disse i ettertid.

Den sikre hovedregel er at det er byggets tilstand ved overtakelse som er bestemmende for vurderingen av om det foreligger mangler som representerer mislighold av entreprenørens forpliktelser.¹ Avvisning i entreprisen er derfor først aktuelt i forbindelse med overtakelsen av kontraktarbeidet. Ved overtakelsesforretning blir det foretatt en befaring av hele bygget hvorved det kan avdekkes feil og mangler ved bygget. Overtakelsen av et kontraksobjekt av de dimensjoner entrepriskontrakter gjerne har, er meget viktig. Dette er en formalisert forretning der både entreprenør- og byggherresiden deltar og hvor selve prosessen kan ta flere dager, avhengig av størrelsen på bygget.

¹ Sandvik. Entreprenørrisikoen. s. 388.

Denne oppgaven vil i hovedsak fokusere på avvisning av kontraktarbeider i profesjonelle entrepriserforhold regulert av NS 8405 pkt. 32.5. Standarden er forholdsvis ny og det er fremdeles NS 3430 som regulerer de fleste entrepriskontrakter i dag. Det synes likevel å være fornuftig å skrive om bestemmelsen som regulerer avvisning i NS 8405 fremfor den vi finner i NS 3430 i det den nye standarden gradvis vil bli implementert i entreprisemiljøet.

Det avgrenses mot byggekontrakter i forbrukerforhold, regulert av lov om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997.² Det avgrenses også mot andre byggekontrakter enn de som omhandler landentreprise, så som for eksempel skipsbyggekontrakter og fabrikkkontrakter for petroleumsindustrien.

1.2 Rettskildene

1.2.1 NS 8405, NS 3430 og NS 3401

Slik rettssituasjonen er i dag, er det ingen norsk lov som regulerer entrepriskontrakter. Dette har antagelig sammenheng med at man siden slutten av det 19. århundre har hatt en tradisjon med selvregulering i form av standardkontrakter.³

NS 8405 trådte i kraft i 2004 og er den gjeldende standardkontrakten for hovedentrepriser. Standardens pkt. 1 fastsetter virkeområdet for kontrakten. Den er utarbeidet for bruk i kontraktsforhold hvor en part (entreprenøren) påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for en annen part (byggherren), og hvor det vesentlige av tegninger, beskrivelser og lignende skal leveres av byggherren (utførelsesentreprise).

Standarden er utarbeidet for bruk i kontraktsforhold der partene er profesjonelle. Dette kommer til syne ved at partene i avtalen skal være entreprenør og byggherre, hvorved sistnevnte skal stå for det meste av prosjekteringen. Denne formuleringen innebærer at

² Heretter buofl.

³ Hagstrøm. Obligasjonsrett. s. 46.

totalentreprise ikke omfattes av denne standarden ettersom entreprenøren står for både prosjektering og utførelse i slike entrepriser. Det er videre bare kontrakter som gjelder utførelsen av bygg- og anleggskontrakter på land som omfattes av standarden. Dette innebærer at blant annet fabrikkasjonskontrakter til petroleumsindustrien og skipsbyggektrakter vil falle utenfor.

Den nye standarden erstatter NS 3430 som trådte i kraft i 1991. Da NS 3430 kom, innebar dette en veldig revisjon og formalisering i forhold til den eldre NS 3401 som hadde vært i virksomhet fra 1969. Ønsket om en revisjon av NS 3430 var ytret fra både entreprenører og byggherrer. Revisjonen tok lang tid, mye på grunn av sterk uenighet om hvordan bestemmelsene skulle utformes. Standarden bærer da også preg av at forhandlingene har vært harde, i den forstand at mange av bestemmelsene synes å være kompromisser mellom partene.

De fleste entreprisekontrakter i dag reguleres fremdeles av NS 3430. Den nye standarden kan nok ikke sies å ha fått et godt fotfeste i bransjen så langt. Dette kan være et resultat av nettopp det at partene har utformet en kontrakt som bærer preg av pedagogisk dårlige formuleringer og mange kompromisser.

1.2.2 Rettspraksis

Avgjørelser fra domstolene er en viktig rettskildefaktor i entrepriserett på lik linje med den betydningen rettspraksis har på andre rettsområder.

Lagmannsretts- og tingrettsavgjørelser har langt fra den samme autoriteten som avgjørelser avsagt i Høyesterett har.⁴ Når det gjelder entreprisetvister finnes det en god del rettspraksis fra underrettene, det er imidlertid begrenset rettspraksis fra Høyesterett.

Noe av grunnen til at det ikke er så mange entreprisetvister som løses ved domstolene, er at det er tradisjon for å løse disse ved voldgift. Det er gjerne tatt inn klausuler om voldgift i

⁴ Se Eckhoff. Rettskildelære, kapittel 7 ”Rettspraksis som rettskildefaktor”

standardavtalene. I NS 8405 finner vi slike klausuler i kapittel X pkt 43.3 og 43.4.

Avvisning i entreprise har sjeldent vært oppe til behandling ved norske domstoler, noe som tilsier at det er få, avgjørelser å finne på dette området.⁵

1.2.3 Almennelig entrepriserett

De privatrettslige spørsmål som måtte reises i en entreprisekontrakt av den typen det settes fokus på i denne avhandlingen, er som tidligere nevnt ikke regulert i norsk lov. Det er utviklet almennelige prinsipper i entrepriseretten, som kommer til anvendelse der standardavtalen er taus eller uklar. Disse prinsippene vil i mindre grad komme til anvendelse når det gjelder avvisning i entreprise, ettersom dette er detaljregulert i NS 8405 pkt 32.5.

1.2.4 Standardkontrakter som rettskilde

Ettersom standardkontrakter ikke er lovgivning, står man ovenfor en noe spesiell rettssituasjon der den eneste formen for regulering på et rettsområde er gitt nettopp gjennom standardkontrakter. Landentreprise er et av rettsområdene som nærmest utelukket er regulert igjennom standardkontrakter.

Standardkontrakten kan sies å ha sitt motstykke i individuelt forhandlede kontrakter og er av Erlend Haaskjold definert som

”kontraktsvilkår som er uarbeidet på forhånd, og som tilsiktes anvendt i et ubestemt antall fremtidige kontraktsforhold av en nærmere bestemt type”.⁶

Standardkontrakter er på grunn av at de er fremforhandlet med sikte på å brukes i mange kontraktsforhold, mer generelle og uavhengige av den konkrete avtalesituasjonen.

⁵ Det er ikke hensiktsmessig å gå videre inn på mekanismene hva gjelder voldgift, for en grundigere gjennomgang vises det til Ola Øverseth Nisja i MarLus nr. 314.

⁶ Erlend Haaskjold. Kontraktsforpliktelser. s 166.

Individuelt fremforhandlede kontrakter vil generelt sett være mer situasjons- og partsspesifikke og dermed ”skreddersydde”.

”Agreed documents” utarbeidet av bransjeorganisasjoner og offentlige forvaltningsorganer blir mer og mer fremtredende. Dette er felles fremforhandlede kontrakter der representanter for de forskjellige partene har utformet kontrakten. Det går et sentralt skille mellom ensidig utarbeidede avtaler, der bare en side har utformet kontrakten og felles fremforhandlede standardavtaler (agreed documents).

Det gjør seg gjeldende visse særegenheter ved tolkning av standardavtaler. For det første er standardavtalen designet for å brukes et utall ganger. Tolkningen bærer derfor mer preg av lovtolkning enn avtaletolkning. De individuelle momentene ved en konkret avtale ikke tilstede, avtalen er generell og det er dermed mer naturlig å tolke denne generelt, slik man vil gjøre med en lovtekst

For det andre finnes det ikke forarbeider til standardavtalene, en kan finne spredte notater fra revisjonsarbeid og fra komiteene som har utarbeidet avtalene, men det vil være uriktig å vektlegge disse på lik linje med forarbeider. Dokumentene er mindre tilgjengelige enn forarbeider og de gjerne ikke myntet på å bli tillagt samme vekt som forarbeider til lover vil ha. Når det gjelder individuelt fremforhandlede kontrakter vil det kanskje foreligge utkast til disse eller det en kan kalle prekontraktuelle dokumenter som kan være til hjelp ved tolkningen av avtalen. Det er sjeldent å finne slike dokumenter i forbindelse med standardkontrakter.

For det tredje er det viktig å huske at en standardkontrakt som NS 8405 er fremforhandlet av representanter for både byggherre- og entreprenørsiden. Dette innebærer at selv om et punkt eller en klausul i avtalen tilsynelatende tilgodeser den ene parten i for stor utstrekning, er kontrakten som sagt et produkt av en forhandling. Det som kan synes å representere ubalanse mellom partene, kan være et resultat av at det er gitt en fordel for den

andre parten på andre områder i samme kontrakt. Man må derfor være forsiktig med å tolke standarden innskrenkende.

For det fjerde, utarbeidelsen av standardkontrakter bærer preg av at det er sterke forhandlingsparter som står mot hverandre. Interessekonflikter resulterer ofte i løsninger som bærer preg av å være kompromisser. Partene må gi og ta for å føre forhandlingene frem til en avtale. Harde forhandlinger resulterer dessuten også i vage formuleringer. Byggherresiden går kanskje med på en løsning der en bestemmelse er utformet på en måte som tilsier at det kan innfortolkes mer enn det bestemmelsen rent semantisk gir uttrykk for, mens entreprenørsiden er fornøyd med at det ikke står sort på hvitt i kontrakten det byggherren har krevd under forhandlingene. Denne måten å utarbeide et dokument på, skiller seg vesentlig fra lovarbeid og det resulterer da også i at bestemmelsene i en standardkontrakt gjerne er retts teknisk og pedagogisk på et mye lavere nivå enn det en ser i norsk lovgivning.

1.3 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg ta for meg de materielle, så vel som de prosessuelle vilkår for avvisning av kontraktarbeider etter NS 8405 pkt. 32.5. Jeg vil starte med en gjennomgang av prosessuelle vilkår, herunder prosessuelle feil som kan føre til avvisning. Eksempler på dette står en overfor der entreprenøren innkaller til overtakelsesforretning for sent eller der han nekter å opprette overtakelsesprotokoll.

Videre vil det foretas en gjennomgang av grensene for avvisning på grunnlag av mangler ved kontraktarbeidet. Hvilke mangler er relevante og hvor skal en legge terskelen for hva byggherren skal måtte tåle av ulemper før han kan innrømmes rett til å nekte å overta bygget eller anlegget. Andre avvisningsgrunner, slik som manglende dokumentasjon, innregulering og prøving vil også bli behandlet sågar som byggherrens rett til å avvise før avtalt sluttfrist.

Finnes det situasjoner der det kan tenkes at byggherren mister sin rett til å nekte å overta, kan for eksempel konkludent atferd gjøre at entreprenøren kan se bort fra byggherrens innsigelser mot å overta? Dette er en problemstilling som det er hensiktsmessig å ta opp ettersom dette vil representere en begrensning i byggherrens avvisningsrett.

Et annet interessant tema er virkningene av urettmessig avvisning, hva blir konsekvensene av at byggherren urettmessig hevder å ha en rett til å avvise? Her må det gjøres et skille mellom overtakelsesspørsmålet og spørsmålet om erstatning som kan oppstå i etterkant av en urettmessig avvisning. Når det gjelder erstatningsspørsmålet er det riktig å anse den urettmessige avvisningen som et forsettlig kontraktsbrudd? Eller vil det være et objektivt ansvar som følge av rettsvillfarelse?

2 Avvisningsrettens funksjon

Når byggherren avviser innebærer det at de rettsvirkninger som er beskrevet i NS 8405 pkt. 32.6 ikke utløses. Den mest fremtredende virkningen er at eventuell dagmulkt slutter å løpe ved overtakelse, jfr. pkt. 32.6 a. Derfor vil avvisning først og fremst være et spørsmål om dagmulkt skal ilegges.

Konsekvensen av at byggherren har rett til å avvise kontraktarbeidet, er at overtakelse ikke finner sted før avvisningsgrunnen er fjernet. Byggherren velger det en kan kalle en forsinket levering fremfor å overta for så å få eventuelle feil og mangler rettet i ettertid. Den funksjon en avvisning av et bygg eller et anlegg har, er at entreprenøren kommer i forsinkelsesansvar med hensyn til sine kontraktsforpliktelser. Ved kontrakter av de dimensjoner en gjerne står ovenfor ved entrepriseavtaler, er det som regel tale om dagmulkter av ikke ubetydelige summer. Det er klart at det er av stor betydning for entreprenøren om byggherren tilkjennes en rett til å avvise bygget eller anlegget. Ved en

overtakelse unngår entreprenøren både forsinkelsesansvaret og den ubegrensede utbedringsplikten som kan sies å eksistere før overtakelsen.⁷

Byggherren har en rett til å avvise, men ingen plikt jfr. ”kan nekte å overta”. Det vil imidlertid ofte være mindre smertefullt for byggherren å velge en utsettelse der en får dagmulkt. Å overta et bygg med slike feil og mangler som tilsier at en ikke kan utnytte bygget slik intensjonen var, innebærer som oftest en stor belastning for byggherren. Ved prosessuelle feil må det være slik at byggherren nyter den samme muligheten til å velge om han vil gjøre avvisningen gjeldende, som han har der det foreligger materielle feil og mangler.

3 Prosessuelle vilkår i forbindelse med avvisning

3.1 Innledning

For at en overtakelse i entreprise skal kunne gjennomføres og godkjennes er det visse prosessuelle vilkår som må være oppfylt. Det må, for det første, være sendt ut innkallelse til overtakelsesforretning til riktig tid. For det andre må det settes opp protokoll. En slik protokollplikt skal sikre bevis og notoritet for overtakelsen. Om entreprenøren sender ut innkallelse for sent, eller dersom han nekter å sette opp protokoll, kan det være at byggherren kan avvise på prosessuelt grunnlag.

Om det skulle foreligge prosessuelle feil fra entreprenørens side, kan byggherren velge å gjøre disse gjeldende. På samme måte som ved avvisning på grunn av fysiske mangler, vil det imidlertid være opp til byggherren om han ønsker å påberope disse feilene eller om han vil overse dem. Dersom byggherren møter til overtakelsesforretning på tross av at innkallelsen er sendt for sent, eller at han gjennomfører overtakelsen uten å gjøre gjeldende

⁷ Garder, Wilfred Rohde. Jussens Venner `99 på s. 260

at det ikke føres protokoll, må bygget likevel regnes som overtatt. Det må være byggherrens risiko dersom han velger å ikke påberope seg de foreliggende prosessuelle feil.

Det finnes også formelle vilkår som hviler på byggherren i forbindelse med avvisning. For at byggherren skal kunne avvise stilles det nemlig krav om at han protokollerer og begrunner sin avvisning.

3.2 Prosessuelle vilkår for byggherrens avvisning

Det følger av NS 8405 pkt. 32.4 annet ledd, første punktum, at ”Dersom byggherren nekter å overta kontraktarbeidet skal han begrunne dette i protokollen. En kan si at denne begrunnelsen er et prosessuelt vilkår for avvisning i entreprise, det vil si at det er en betingelse for å avvise. Det er videre slik at det er kun de mangler som er protokollert, som kan begrunne en avvisning. Dersom byggherren etter overtakelsesforretningen skulle finne flere mangler, skal ikke disse tillegges vekt ved avgjørelsen av avvisningsspørsmålet. Dette gjelder også der disse manglene kunne begrunnet en avvisning hvis de hadde vært avdekket ved overtakelsesforretningen.⁸Heller ikke mangler som ble oppdaget og reklamert under overtakelsesforretningen, men som ikke ble anført som grunnlag for avvisning i protokollen, skal tas i betraktning. Dette gjelder også der de anførte manglene ikke er holdbare.

Der en byggherre nekter å overta et bygg eller et anlegg, vil entreprenøren ofte protestere. For at denne protesten skal kunne ha formell virkning, er det kritisk at den protokolleres. I de situasjonene der entreprenøren er uenig i at det foreligger grunn til avvisning, må han begrunne dette i protokollen. Dette følger av pkt 32.4 annet ledd annet punktum. ”Godtar ikke entreprenøren nektelsen skal han begrunne dette i protokollen”. Skulle entreprenøren unnlate å motsi byggherren i protokollen, må dette trolig anses som om han godtar at byggherren har en rett til å avvise kontraktobjektet. Kravet til begrunnelsen kan ikke være

⁸ Se Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. s. 458.

veldig strengt. Han må si noe, rent faktisk, om hvorfor han ikke aksepterer nektelsen. Noen rettslig begrunnelse for hvorfor han ikke aksepterer avvisningen kan imidlertid ikke kreves. Som oftest vil det si seg selv hvorfor han ikke godtar avvisningen, for eksempel at han mener det ikke foreligger tilstrekkelige mangler til å begrunne avvisning.

3.3 Avvisning på grunnlag av entreprenørens prosessuelle feil

3.3.1 Innkallelse til overtakelsesforretning

Overtakelsen av et bygg eller et anlegg er en omfattende prosess. Det skal foretas besiktigelse av hele kontraktsarbeidet, selvfølgelig visuelt, men det skal i tillegg utføres besiktigelse og testing av tekniske installasjoner for å se at disse fungerer som forutsatt. Prosessen involverer en rekke personer både fra entreprenør og byggherresiden, og det er i den forbindelse viktig at det blir sendt ut varsel i god tid før overtakelsesforretningen skal finne sted.

Det følger av NS 8405 pkt. 32.2 første ledd at entreprenøren, i rimelig tid før kontraktarbeidet er ferdig, skal sende en innkallelse til overtakelsesforretning:

”Entreprenøren skal i rimelig tid før kontraktarbeidet er ferdig, skriftlig innkalle byggherren til overtakelsesforretning.”

Etter pkt. 32.2 følger det at en 14 dagers frist er å anse som rimelig tid, jfr. ”En frist på 14 dager...anses som rimelig”. Fristen skal beregnes fra den dagen byggherren får innkallelsen, jfr. ”mottakelsen”. Formuleringen ”rimelig tid” gir anvisning på at kortere og lengre frister etter omstendighetene kan aksepteres. En lengre frist kan tenkes der bygget eller anlegget er stort og det er ventet at overtakelsen kommer til å bli omfattende. Det må kanskje mobiliseres et betydelig antall mennesker for å få gjennomført overtakelsesforretningen på forsvarlig vis. En kortere frist kan selvfølgelig også tenkes der bygget eller anlegget er av mindre størrelse eller der forretningen er forventet å ikke by på

komplikasjoner. Hva som er rimelig tid, må dermed vurderes i forhold til kontraktobjektets størrelse og kompleksitet.

Er entreprenøren i rute, vil det sjeldent forekomme problemer i forbindelse med innkallelsen til overtakelsesforretning. Her må byggherren forberede seg på at overtakelse skal skje på den dato som er forutsatt.⁹ Det er i de situasjonene der entreprenøren skjønner at han mest sannsynlig kommer til å havne i forsinkelse, at problemene oppstår. Han velger gjerne å vente så lenge som mulig med å sende innkallelsen, i håp om at han skal rekke sluttfristen.

I de tilfellene der entreprenøren sender innkallelsen for sent, slik at fristen for hva som er rimelig har gått ut, kan byggherren ha rett til å unnlate å møte til overtakelsesforretning. Innkallelsen skal ikke komme som en overraskelse på byggherren. Han må gis tid til å samle sammen de menneskene han trenger for å kunne gjennomføre overtakelsen. I kommentarutgaven til Marthinussen m.fl. er det anført at ”det må fastslås at byggherren må ha en viss beredskap for å kunne gjennomføre overtakelse i en slik situasjon”.¹⁰ Dette må etter min mening igjen vurderes etter forholdene. Er den forestående overtakelsesforretningen komplisert, vil det virke urimelig dersom byggherren skal sitte på ”ank”. Det må være entreprenørens risiko når han sender ut en innkallelse i siste liten. Samtidig må det være rimelig å ha en viss forventning til at byggherren er klar over at overtakelse nærmer seg, og at han i denne forbindelse forbereder de aktuelle personer på at det vil bli foretatt overtakelsesforretning i den umiddelbare fremtid, særlig i de tilfeller der det ikke er ventet at overtakelsen skal by på problemer.

Etter standardens pkt 32.3 første ledd har partene plikt til å møte til overtakelsesforretningen, jfr. ”Partene har plikt til å møte på overtakelsesforretning”. Det følger av en antitetisk tolkning av standardens pkt. 32.3 første ledd annet punktum at

⁹ Normalt vil spørsmålet om når overtakelse skal finne sted ha vært diskutert i byggemøter, jfr. Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. s. 451.

¹⁰ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. s. 451.

møteplikten kun faller bort der en har gyldig grunn til å ikke møte, jfr. ”unnlater en av partene å møte uten gyldig grunn...”. Forutsatt at innkallelsen til overtakelsesforretningen er sendt for sent, vil byggherren ha slik gyldig grunn til å ikke møte opp. Det vil si at entreprenøren ikke har anledning til å gjennomføre forretningen alene, og han vil komme i forsinkelsesansvar. Byggherren kan imidlertid velge å møte til overtakelse til tross for at innkallelsen er ugyldig. Han kan møte opp alene og protokollere avvisning på grunnlag av for sen innkallelse, dette vil være å regne som en formell avvisning på prosessuelt grunnlag. Byggherren kan også møte opp med nødvendig mannskap og gjennomføre overtakelsesforretningen. Skulle han velge å møte, for så å gjennomføre overtakelsesforretningen, vil adgangen til å påberope seg at innkallelsen var sendt for sent mest sannsynlig være avskåret.¹¹

3.3.2 Entreprenøren nekter å sette opp protokoll

For å sikre bevis og notoritet over overtakelsen skal det settes opp en overtakelsesprotokoll. Dette følger av NS 8405 pkt. 32.4 ”Det skal føres protokoll over overtakelsesforretningen...”

Det kan lett oppstå tvister om hva partene har ment og anført ved overtakelsesforretningen dersom protokoll ikke føres. Skulle det oppstå en tvist i etterkant av kontraktsoppfyllelsen, kan det skape unødvendige problemer for partene at det ikke er ført protokoll. Det blir vanskelig for partene å bevise hva som ble avdekket av mangler, og hva som ble anført i den forbindelse. Det gagnar derfor den enkelte part å gå grundig til verks ved nedtegnelsen av protokollen. Om entreprenøren skulle nekte å sette opp protokoll, kan det være å regne som brudd på kontrakten. Standardens ordlyd er imidlertid at ”*det* skal føres protokoll”. Det er imidlertid ikke sagt hvem som skal føre denne protokollen. Byggherren, eller hans representanter, vil dermed være ansvarlige for å føre protokoll dersom entreprenøren nekter.

¹¹ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer s. 452

Det kan forekomme situasjoner der uenigheter mellom byggherre og entreprenør fører til at entreprenøren nekter å sette opp protokoll over overtakelsesforretningen, enten fordi han er dypt uenig i hva byggherren anfører eller fordi han rett og slett velger å avbryte overtakelsesforretningen.

Entreprenøren kan tenkes å nekte å skrive under på protokollen, slik som er påkrevd etter standardens pkt. 32.4 tredje ledd, jfr. ”protokollen undertegnes av de partene som har vært til stede”. Her må det imidlertid være slik at dersom byggherren har gjennomført overtakelsesforretningen på egenhånd, vil det også være tilstrekkelig om det kun er byggherren som skriver under på protokollen. At han ikke skriver under, vil derfor ikke kunne avskjære en gjennomføring av overtakelsen, eventuelt at byggherren anfører at han har rett til å avvise kontraktobjektet.

Dersom entreprenøren avbryter overtakelsesforretningen kan det stilles spørsmål ved om byggherren må gjennomføre forretningen på egenhånd. I utgangspunktet er det jo i entreprenørens interesse å få gjennomført overtakelsesforretningen. I standardens pkt. 32.3 første ledd heter det:

”Unnlater én av partene å møte uten gyldig grunn, *kan* den andre parten gjennomføre overtakelsesforretningen alene.”¹²

Dette må bety at byggherren kan gjennomføre overtakelsesforretningen på egenhånd, men at han ikke har noen plikt til det. For en byggherre som hevder at han har en rett til å avvise, vil det nærmest være en fordel at entreprenøren avbryter overtakelsesforretningen. Hvis byggherren også avbryter overtakelsesforretningen, vil jo ikke bygget anses overtatt, og entreprenøren kommer i forsinkelsesansvar.

I de situasjonene byggherren velger å avbryte overtakelsesforretningen, kan en stille spørsmålet om han har en tapsbegrensningsplikt overfor entreprenøren, og at han

¹² Min utheving.

derigjennom likevel pålegges å gjennomføre overtakelsesforretningen.¹³ Særlig aktuelt kan dette være der det fremstår som rimelig klart at bygget er ferdig. Rent praktisk vil nok ikke dette forekomme så ofte, der bygget er klart vil som regel entreprenøren være pådriver for å gjennomføre overtakelsesforretningen. Tapet som ville kunne oppstå her er dagmulkt i forbindelse med at bygget ikke blir overtatt, og at entreprenøren dermed kommer i forsinkelsesansvar. Her må imidlertid løsningen være at entreprenøren selv er nærmest til å bære tapet, ettersom det er hans irregulære oppførsel som fører til at han lider økonomisk tap.

4 Avvisning som følge av mangler

4.1 Innledning

Utgangspunktet i entrepriseretten er at entreprenøren kan kreve at byggherren overtar bygget eller anlegget når dette er ferdig, dog ikke før avtalt sluttfrist, jfr. NS 8405 pkt. 32.5 tredje ledd.¹⁴ Det er imidlertid i tråd med lang, norsk og internasjonal rettspraksis at entreprenøren ikke kan kreve overtakelse i ethvert tilfelle. Det vil for eksempel være urimelig å kreve at byggherren skal overta et bygg eller et anlegg som lider av alvorlige mangler.

Utgangspunktet for vurderingen av når byggherren kan avvise bygget er bestemmelsen i NS 8405 pkt. 32.5.

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

¹³ Se også pkt. 7.2.5 ”Entreprenørens tapsbegrensningsplikt”

¹⁴ Se nærmere om avvisning før avtalt sluttfrist nedenfor i pkt. 5.2.

For å komme frem til hva som skal til for at det skal kunne innrømmes en avvisningsrett, må denne bestemmelsen tolkes. Det kan være hensiktsmessig å tvedele tolkningen av pkt. 32.5. Et første spørsmål er hvilke mangler som overhodet er relevante ved avgjørelsen av avvisningsspørsmålet. Dette vil bli drøftet under pkt. 4.2 nedenfor. Dernest må det avgjøres hvor mye som skal til av relevante mangler for at byggherren skal ha rett til avvisning, se pkt. 4.3. Jeg har valgt å kalle denne problemstillingen for terskelspørsmålet. Videre vil jeg si noe om bevisbyrden for avvisning i entrepriserett, pkt. 4.4, og til slutt vil jeg drøfte om regelutformingen i pkt. 32.5 er heldig.

4.2 Relevante mangler – ”forutsatt bruk”

4.2.1 Innledning

a. Mangler

Det er et grunnvilkår for avvisning at det faktisk foreligger mangel ved kontraktarbeidet.¹⁵

Det finnes to kategorier av relevante situasjoner.

For det første stilles det krav om at mangelen må ha en innvirkning på bruken. Etter NS 8405 pkt 32.5 kan byggherren, ved overtakelsen, nekte å overta bygget dersom det ”påvises slike feil og mangler at disse eller utbedringen av dem vil *hindre den forutsatte bruken* av kontraktarbeidet.”¹⁶ Etter dette settes det altså en ramme for hvilke mangler byggherren kan påberope seg overfor entreprenøren. Det kan bare være mangler som virker inn på den forutsatte bruk. Det er med andre ord ikke mangelens størrelse eller art, som bestemmer om byggherren skal få avvise, men hvordan denne mangelen påvirker bruken av bygget eller anlegget som er avgjørende.

Problemstillingen etter dette blir dermed hvilke mangler som er relevante, altså hvilke mangler som kan sies å påvirke den forutsatte bruk. Dette avsnittet skal ta for seg hvilke mangler som er relevante og hvilke mangler en i utgangspunktet ikke kan legge vekt på.

¹⁵ Se dog pkt. 5.1 Innregulering, prøving og dokumentasjon.

¹⁶ Min utheving.

b. Utbedring av mangler

For det andre kan utbedringen av mangler utløse avvisning, dersom utbedringen virker inn på den forutsatte bruk. Bestemmelsen i NS 8405 pkt 32.5 fastsetter at det ikke bare kan avvises på grunnlag av mangler som sådan, men også på grunnlag av utbedring av mangler, jfr. ”slike mangler at disse *eller* utbedringen av dem hindrer den forutsatte bruk”. Ved at forfatterne av standarden har tatt inn at også utbedringen av mangler kan begrunne avvisning, blir grensen for hva som vil kunne betraktes som relevante mangler utvidet. Mangler som ellers ikke kan regnes som relevante, blir det i kraft av at utbedringen av dem påvirker den forutsatte bruk. Dette utgjør en praktisk viktig regel ettersom avvisning kan bli aktuelt selv om mangelen i seg selv ikke virker inn på den forutsatte bruk.

4.2.2 Forutsatt bruk

Det følger direkte av NS 8405 pkt.32.5 første ledd jfr. ”hindre den *forutsatte* bruken” at det er avgjørende at manglene som påberopes, har en negativ innvirkning bygget eller anleggets forutsatte bruk for at de skal anses som relevante. Bruksområdene innenfor bygg og anlegg kan være meget varierte, og det er nok også noe av grunnen til at bestemmelsen er såpass vagt utformet.

I de fleste kontrakter gir den forutsatte bruk seg selv. Dreier kontrakten seg om et idrettsanlegg, er det klart at den forutsatte bruk er at det skal kunne drives idrett på anlegget ved overtakelsen. At det mangler gress eller løpeunderlag, vil derfor være relevante mangler. Et kontorbygg vil lide av relevante feil og mangler dersom det for eksempel ikke er mulig å jobbe i bygget ved overtakelse. At gressplenen ikke er ferdig lagt ved overtakelse, vil derimot neppe være en relevant mangel i dette tilfellet.

Det finnes likevel en del entreprisetrakter der den forutsatte bruk kan være noe uklar for entreprenøren. I disse tilfellene er det rimelig å kreve at det nedtegnes i kontrakten hva bygget eller anleggets funksjon skal være. Det ville føre for langt om entreprenøren måtte skjønne hva den forutsatte bruk skal være dersom den ligger langt utenfor det som er

rimelig å vente seg av tilsvarende bygg eller anlegg. Mer praktisk er kanskje de tilfellene der bruken av enkelte deler av bygget ikke er definert, for eksempel der det er tale om et utleiebygg. Der byggherrens intensjon med bygget er å leie ut lokaler til forskjellige leietakere og disse ikke er kjente ved kontraktsinngåelse, kan det være vanskelig for entreprenøren å vite hva som er den forutsatte bruk.

Et spørsmål som en her kan stille seg, er hva som blir tilfellet der entreprenøren ikke vet med sikkerhet hva de forskjellige rommene i bygget skal brukes til? En kan tenke seg at det ikke var avklart at ett spesielt rom skulle anvendes som data rom, altså det rommet der hele datasystemet drives fra. Om dette rommet ikke er ferdig slik at datasystemet ikke kan settes opp, vil jo dette utgjøre en nokså stor hindring for den forutsatte bruk. Her vil også typen feil ha noe å si. Er det et rom der det ikke skal ferdes mye mennesker, slik som i eksempelet med data rommet eller et annet teknisk rom, vil skjønnhetsfeil ha mindre betydning enn at det for eksempel ikke er strømtilførsel i det rommet.¹⁷

Det er åpenbart at det må foretas konkrete vurderinger av hva som er relevante mangler. Det er umulig å stille opp generelle regler for hva som skal og hva som ikke skal tas med i vurderingen. Det eneste kravet som stilles, er at mangelen virker inn på den forutsatte bruk.

Også estetiske mangler vil etter omstendighetene kunne være relevante. Det som oftest begrenser avvisningsadgangen på grunnlag av såkalte skjønnhetsfeil, er at det er sjeldent at slike feil virker inn på den forutsatte bruk. At det i et kontorbygg skulle trenge malingsflick her og der, eller at det mangler busker ved inngangen, vil neppe utgjøre en reell hindring for byggherren, selv om riktig oppfyllelse av kontrakten tilsier at det skal være busker på utsiden og at malingsarbeidet skal være ferdig. Der estetiske feil kan ha en større betydning, er gjerne hvor kontrakten gjelder restauranter, hoteller, representasjonsboliger eller kanskje det mest praktiske; utleiebygg. At det estetiske er i orden i disse tilfellene, er jo en forutsetning for at kontraktsobjektene skal kunne utnyttes til sitt fulle. Det er ikke vanskelig å tenke seg at dersom det mangler tapet eller lignende, vil

¹⁷ Se nærmere om skjønnhetsfeil under pkt. 4.3.4 "Særlig om utbedring som hindring".

det være vanskelig å lokke til seg spisegjester. Et annet eksempel kan være dersom det gjenstår arbeid på fasaden på et hotell eller at det ser uferdig ut. Gjester vil lett kunne komme til å velge bort dette hotellet til fordel for andre, ferdige, hoteller. Når det gjelder utleiebygg, er det en helt klar forutsetning for at byggherren skal kunne leie ut lokaler at lokalene ser ferdige og representable ut.

4.2.3 Vurderingstidspunktet - Senere bruk enn overtakelsesdato

En noe spesiell situasjon får man der bygget ikke skal tas i bruk rett etter overtakelse, men en tid senere. La oss si at bygget eller anlegget skal tas i bruk så lenge som én måned etter avtalt overtakelse. Problemstillingen en får her er om dette tidsrommet mellom avtalt ferdigstillelse og faktisk brukstakelse skal komme entreprenøren til gode hvis han er forsinket med byggearbeidene?

Det finnes to måter å se dette på. Den ene synsvinkelen er at en ser på den aktuelle situasjonen. Starter bruken av bygget opp på et senere tidspunkt enn den avtalte ferdigstillelsen, vil en forsinkelse fra entreprenørens side ikke interferere med den forutsatte bruk. Her kan en imidlertid snakke om en uberettiget fordel for entreprenøren, han kan slippe unna en avvisning på grunn av at byggherren tilfeldigvis ikke skal ta i bruk bygget eller anlegget til den dato entreprenøren først hadde antatt.

Den andre synsvinkelen er normativ, der vurderingen tar utgangspunkt i den forutsatte bruk. Her er det det avtalte overtakelsestidspunkt som er avgjørende, ikke at byggherren tilfeldigvis skal ta bygget i bruk på et noe senere tidspunkt. Man skal vurdere det som om byggherren skulle tatt bygget i bruk umiddelbart. Den normative synsvinkelen skaper klarhet og forutberegnelighet, ettersom den trekker en klar linje for hvilket tidspunkt mangelsvurderingen skal foretas, nemlig ved overtakelsesforretningen.

Den normative synsvinkelen må være den korrekte måten å vurdere denne situasjonen på, dette stemmer også best overens med bakgrunnsretten. Det kan imidlertid ikke ses bort i fra

at en domstol kan komme til å legge vekt på at bygget tas i bruk på et senere tidspunkt enn overtakelsen, der det er sterk tvil med hensyn til om byggherren skal innrømmes avvisningsrett eller ikke.

4.3 Terskelen – ”hindre”

4.3.1 Innledning

Det er ikke tilstrekkelig at mangelen (eller utbedringen av denne) påvirker den forutsatte bruk. Det følger av NS 8405 pkt. 32.5 at mangelen eller utbedring av manglene skal ”hindre den forutsatte bruk”. Dette innebærer at innvirkningen på bruken må være kvalifisert. Spørsmålet en må stille seg er hvor mye en byggherre skal måtte tåle før det skal gis rett til å avvise.

Ettersom ingen kontrakter er identiske, er det ikke klart hva som legges i ordlyden ”hindre den forutsatte bruk”. Hva entreprisen går ut på og ikke minst den forutsatte bruk, varierer fra kontrakt til kontrakt. En vurdering av hvorvidt gjenstående arbeid ved en overtakelse skal utløse en avvisningsrett, må foretas konkret ved det enkelte kontraktsforhold. At bestemmelsen som regulerer avvisning i entreprise ikke er klar i sin formulering, og ikke gir særlig anvisning på hvordan en skal bedømme hvorvidt det er adgang til å avvise eller ikke, gjør ikke vurderingen enklere.

Dette avsnittet skal handle om hindringen, det vil si det som fører til at byggherren ikke kan ta i bruk bygget eller anlegget slik kontrakten forutsetter. Hvor skal terskelen for denne hindringen legges? Er det rimelig at byggherren må tåle mindre hindringer, eller skal enhver ulempe kunne utløse en avvisning?

I en entreprise er det gjerne mer enn én entreprenør som skal utføre arbeid på bygget eller anlegget. Det er ofte slik at en entreprenør har ansvar for en del av byggearbeidet, og at hans arbeid er en forutsetning for at neste entreprenør kan ta fatt på sitt arbeid. Samspillet mellom entreprenører kan gjøre at forsinkelse hos én entreprenør kan forplante seg hos den neste. Her kommer bestemmelsene om fristforlengelse inn, jfr. NS 8405 pkt. 25. Tilfellene

med sideentreprenører kan også reise vanskelige problemstillinger i forhold til avvisning. Det avgrenses imidlertid mot disse i denne oppgaven. Det forutsettes videre at det kun skal gjennomføres en overtakelsesforretning.

Avvisningsbestemmelsen er blitt revidert flere ganger. Det kan derfor være nyttig, å foreta en gjennomgang av forhistorien for dagens bestemmelse, før selve drøftelsen av hvor terskelen for avvisning ligger i dag.

4.3.2 Forhistorie

I NS 401 ble det gitt adgang til å avvise kontraktsobjektet dersom det ble påvist vesentlige feil eller mangler. Dette vesentlighetskravet ble videreført i NS 3401.

NS 3401 pkt 23.5

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

Kravet om at mangelen skulle være vesentlig for å kunne utløse en rett til å nekte å overta kontraktobjektet, var streng og bestemmelsen ga anvisning på at det skulle foretas en vesentlighetsvurdering. Begrunnelsen for å ha et vesentlighetskriterium var at det ville føre for langt om overtakelse og overførsel av rådighet skulle være betinget av at arbeidet var fullstendig fullført og hver eneste svikt og mangel var utbedret.¹⁸ Allerede etter denne standarden var det, i følge Sandvik¹⁹, graden av brukbarhet som skulle ligge til grunn for vesentlighetsvurderingen, og at vesentlighetskravet var oppfylt nettopp der den forutsatte bruk var hindret. Hva som skulle regnes for å være vesentlige mangler, måtte vurderes ut fra den betydningen mangelen hadde for brukbarheten av bygget eller anlegget.

¹⁸ Sandvik. Kommentar til NS 3401 s. 212.

¹⁹ Sandvik. Kommentar til NS 3401 s. 212.

Ved revisjonen av NS 3401 ble vesentlighetskravet tatt ut og erstattet med en rimelighetsvurdering. NS 3430 pkt. 30.5 lød som følger:

NS 3430 pkt. 30.5

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

I følge Kolrud²⁰ innebar denne revisjonen en oppmykning av kriteriene for å kunne nekte overtakelse ettersom vesentlighetskravet nå var falt bort. Påstanden er riktig nok blitt kritisert. Kravet til hindringen kan selvfølgelig ha vært strengere etter NS 3401 enn hva som kreves for at det skal foreligge en hindring etter NS 3430. Kolrud hevder i sin kommentar at det synes som om realitetsforskjellen mellom bestemmelsene likevel ikke er så stor, slik at det ikke kan være tale om en klar oppmykning av avvisningsretten. Dette er det rimelig å stille et spørsmålstegn ved. Det er jo nettopp en oppmykning av avvisningsretten en ser igjennom revisjonen av standardene. I NS 3401 var det et vesentlighetskrav, som ble oppgitt i NS 3430.

Ved revideringen av NS 3430 ble det utarbeidet et forslag til en ny avvisningsbestemmelse, som hadde følgende ordlyd.²¹

Pkt. 33.5 første ledd

”Byggherren skal overta kontraktarbeidet 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 kontraktarbeidet eller senere arbeider.”

²⁰ Kolrud. Kommentar til NS 3430 s. 266.

²¹ Forslag til Norsk Standard NBR F 79/02, Norsk bygge- og anleggskontrakt. Pkt. 33.5.

Dette forslaget innebærer en klar forandring i forhold til de foregående bestemmelsene om avvisning. Det skal etter forslaget mindre til for å innrømme avvisning sammenlignet med de forrige standardene. Samtidig er bestemmelsen pedagogisk, og ikke minst retts teknisk, bedre enn den forrige bestemmelsen. I motsetning til NS 3430 pkt. 30.5 tar denne bestemmelsen tak i det klare utgangspunkt, at kontraktarbeidet skal være kontraktsmessig. Deretter gis vilkårene for når byggherren, til tross for at det foreligger mangler, må overta bygget. Vilråene for avvisning synes også klarere etter dette forslaget enn hva de har vært tidligere, selv om det nok også her må en rimelighetsvurdering til.

Etter denne bestemmelsen er terskelen for å kunne nekte overtakelse lavere enn det vi ser i de foregående standardene. Det tidligere, nokså strenge, kravet til at mangelen må "hindre den forutsatte bruk" og "i en grad som gir byggherren rimelig grunn" jfr. pkt 30.5, er tatt bort og erstattet med at det er kun dersom feilen eller mangelen er av "mindre praktisk betydning for utnyttelsen" at det ikke kan avvises.

4.3.3 Dagens regel – nærmere om hindringskriteriet

Forslaget til ny bestemmelse ble imidlertid ikke tatt inn i den nye standarden. Mye tyder på at bestemmelsen lempet for mye på kravene for hva som skal til for at byggherren skal kunne avvise, og at harde forhandlinger har tvunget byggherresiden til å fire på kravene hva gjelder avvisning.

Den bestemmelsen som ble tatt inn i NS 8405 pkt. 32.5 er langt på vei en kopi av bestemmelsen i NS 3430 pkt. 30.5.

Pkt. 32.5 første ledd

"Byggherren kan nekte å overta kontraktarbeidet hvis det påvises slike feil og mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruken av kontraktarbeidet."

Det som imidlertid skiller denne bestemmelsen fra avvisningsbestemmelsen i den forrige standarden, er at gradsvurderingen er blitt fjernet jfr. NS 3430 pkt. 30. "...i en grad som gir

byggherren rimelig grunn til å nekte overtagelse.” Det kan diskuteres hvorvidt dette utgjør en realitetsforskjell ettersom en må foreta en vurdering av hva som skal til for å kunne avvise kontraktarbeidet også etter NS 8405 pkt. 32.5. Kolrud har i sin kommentarutgave til NS 8405 hevdet at en forutsetning om rimelighet må innfortolkes i bestemmelsen, derigjennom vil det ikke ha noen betydning for realitetsinnholdet i bestemmelsen at gradsvurderingen er fjernet fra ordlyden.²² Dette er en synsmåte jeg kan slutte meg til.

Etter NS 8405 pkt. 32.5 kan byggherren nekte å overta dersom den forutsatte bruk hindres av de manglene som påvises ved befaring i forbindelse med overtakelsesforretningen, jfr. ”hindrer den forutsatte bruken”²³ I det følgende skal det foretas en drøftelse av hvor terskelen for avvisning ligger og dermed hva som skal til for at en kan tale om mangler som hindrer den forutsatte bruk.

Etter standardens ordlyd er det avgjørende for byggherrens rett til å nekte overtakelse, at manglene som foreligger skaper en reell hindring. Byggherren skal være hindret fra å ta i bruk bygget slik intensjonen var jfr. ”den forutsatte bruken”. Hva som mer konkret skal til for at bygget eller anlegget skal kunne avvises, sier bestemmelsen ingenting om. Noe av grunnen til dette må være at det er vanskelig å si noe generelt om hva som skal til for at hindring skal foreligge, ettersom saksforholdene kan være såpass forskjellige, avhengig av hva som skal oppføres og hva slags mangler som skaper den påståtte hindringen.

Vilkåret om at hindringen skal gi byggherren rimelig grunn til å avvise bygget eller anlegget, jfr. NS 3430 pkt. 30.5 ”rimelig grunn”, er som allerede nevnt ikke lenger en del av avvisningsbestemmelsen. Det vil imidlertid føre for langt om denne revisjonen skulle innebære at enhver hindring kunne utløse en avvisningsadgang.

For å få et visst inntrykk av hva som skal til for at en hindring skal være tiltrekkelig for avvisning, kan en dom fra lagmannsretten være nyttig. Denne saken dreier seg om en

²² Kolrud. Kommentar til NS 8405. s. 386.

²³ Min utheving.

forbrukerentreprise. Det er derfor ikke samme tema for avvisningsretten som ved profesjonelle entrepriser. Det er imidlertid nærliggende å tro at uttalelser i slike saker kan ha en viss relevans også i forhold til NS 8405 pkt. 32.5. Lagmannsretten uttalte i RG 2005-120 at hva som skal til for at det skal anses å være rimelig for kjøper å kreve dagmulkt, må ses i sammenheng med mangelens betydning for bruken av boligen, boligens forutsatte bruk. Dersom boligen kan tas i bruk som forutsatt, hjelper det ikke at det finnes mangler som må utbedres. Det er først berettiget å avvise når mangler påvirker den daglige bruk. Denne siste uttalelsen burde være en nyttig rettesnor også etter NS 8405. Det er jo slik at der mangler utgjør en hindring i den daglige bruk, vil den også hindre den forutsatte bruk.

Når en skal drøfte nærmere hva som ligger i hindringsbegrepet, er det fornuftig å ta utgangspunkt i de klare tilfellene, for så senere å gå nærmere inn på tilfeller der det kan være tvil om hvorvidt hindringen er stor nok for å begrunne avvisning.

a. Innvirkning på hele bruken - bygget kan ikke tas i bruk på grunn av fysiske eller juridiske mangler

Der feil og mangler som avdekkes ved overtakelsesforretning har innvirkning på hele bygningen, altså der bygningen overhodet ikke kan tas i bruk, er det liten tvil om at byggherren har rett til å avvise bygget. Spørsmålet er imidlertid hvor store ulemper byggherren må tåle før det skal gis klarsignal for avvisning? En må foreta en konkret gradsvurdering av hindringen.²⁴

Dersom vi tar for oss et hotell, vil det være kritisk om det ikke går an å ta i mot gjester. Er rommene uferdige, vil dette utvilsomt utgjøre en hindring som tilsier at bygget skal kunne avvises. Dersom det ikke er forsvarlig å ha gjester eller ansatte til stede, vil det være opplagt at det skal gis avvisningsadgang. Manglende sikkerhetstiltak, som for eksempel

²⁴ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. s. 460.

utlistrekkelige brannsikringer og branntetninger²⁵, vil utgjøre alvorlige hindringer. En kan ikke innlosjere gjester dersom sikkerheten ikke er tilfredsstillende. En annen side av samme sak er at et bygg i en slik tilstand ikke vil bli godkjent av bygningsmyndighetene, se nedenfor.

I forbindelse med de klare tilfellene av når byggherren skal kunne avvise, faller det naturlig å snakke om de juridiske forutsetningene for at et bygg skal kunne tas i bruk. Offentlige tillatelser, som for eksempel en brukstillatelse, er forutsetninger for at kontraktarbeidet skal kunne tas i bruk på lovig vis.

Sandvik har i sin kommentar til NS 3401 skrevet at dersom mangelen fører til at det ikke gis brukstillatelse etter bygningsloven § 99 annet ledd, ville det i seg selv utløse en adgang for byggherren til å nekte overtakelse. Manglende ferdigattest etter bygningsloven § 99 vil derimot ikke gi denne retten.²⁶ Reglene i bygningsloven § 99 er videreført i plan- og bygningsloven § 99.²⁷

Kommunen skal utstede ferdigattest når tiltaket er helt ferdig, jfr. plbl. § 99. nr 1.

”Når et tiltak som går inn under § 93 er ferdig, skal den kontrollansvarlige foreta sluttkontroll. Sluttkontrollen skal også omfatte utearealer, adkomst og andre vilkår som eventuelt er stilt i tillatelsen. Når det er ubetenkelig kan kommunen bestemme at sluttkontroll kan utelates ved mindre tiltak.”

Dersom bygget eller anlegget ikke er helt ferdig, kan kommunen utstede en midlertidig brukstillatelse, jfr. plbl. § 99 nr 3.

²⁵ Se LB-2001-3130 der det ble påberopt mangler ved brannsikring. Lagmannsretten avviste riktignok påstanden ettersom både Ole K. Karlsen Entreprenører og Plan- og bygningssetaten hadde funnet tiltakene tilstrekkelige.

²⁶ Sandvik. Kommentrar til NS 3401. s. 212.

²⁷ Plan- og bygningsloven av 14. juni. 1985. Heretter plbl.

”Finnes det mangler av mindre vesentlig betydning, kan likevel midlertidig brukstillatelse gis, når kommunen finner det ubetenkelig. Manglene skal da rettes innen en frist som settes av kommunen. Kommunen kan kreve at det stilles sikkerhet for at manglene blir rettet.”

Midlertidig brukstillatelse utstedes på grunnlag av kontrollerklæringer som skal vise at gjenstående arbeid ikke har betydning for helse, miljø og sikkerhet.

Er det ikke gitt brukstillatelse er det opplagt at byggherren ikke skal tvinges til å overta. Å ta i bruk et bygg som ikke er godkjent av kommunen vil ikke bare hindre den forutsatte bruk på grunn av mangler, men vil rent juridisk være ulovlig.

b. Innvirkning på delfunksjoner

Det er særlig der mangelen bare hindrer bruk av deler av bygget eller anlegget, at det kan oppstå tvilstilfeller.

Dersom vi ser på tilfellet med fotballbanen igjen, er det opplagt at dersom det mangler gressmatte vil det være vanskelig å benytte seg av anlegget, men også dersom deler av gressmatten eller underlaget mangler vil det være innebære en hindring av den forutsatte bruk. Det vil definitivt være en mangel som påvirker den daglige bruke av anlegget. Det er naturlig å tro at dersom mangelen ligger i det en kan kalle byggets kjernefunksjon, vil dette lettere kunne føre til at avvisning tillates, enn om en mer perifer funksjon er hindret. Det vil si at dersom en kan ta i bruk anlegget til tross for mindre ulemper, vil det ikke gis adgang til å nekte overtakelse. En kan tenke seg at dersom det ved et idrettsanlegg er mangler på en del av tribunene, men en fortsatt kan benytte selve idrettsbanen, er det mulig at det ikke er nok for å kunne kreve avvisning. Kjernefunksjonen til et slikt anlegg vil være at det skal kunne drives idrett på anlegget, selv om det er en del av den forutsatte bruk at tilskuere skal

kunne sitte på tribunen og se på. Sistnevnte funksjon kan ligge litt utenfor kjernen av den forutsatte bruk, særlig der det er tale om et mindre anlegg.

Om en vrir på eksempelet og tenker seg et stort idrettsstadion slik som for eksempel Bislett Stadion eller Ullevål Stadion, kan mangler ved tribunene derimot utgjøre alvorligere hindring. Om deler av tribunen ikke kan benyttes er det sannsynlig at byggherren skal kunne nekte overtakelse. Her kan i utgangspunktet ikke entreprenøren høres med at tribunene uansett ikke kommer til å være fullsatt i nærmeste fremtid. Tilfeldigheter som at det ikke skal være landskamp på en stund, men at det bare skal spilles vanlige seriekamper, og at publikum dermed ikke kommer strømmende til på samme måte, skal ikke ha noen virkning på avvisningsspørsmålet. Her må det, som ellers ved avvisning, selvfølgelig vurderes om manglene utgjør en faktisk hindring for bruken.

Dersom det er snakk om et kontorbygg, vil en hindring i kjernefunksjonen typisk innebære at bygget ikke kan tas i bruk av de som jobber der. Om heis eller trapp mangler eller det elektriske anlegget ikke virker, er det være liten tvil om at det skal kunne avvises.

Sistnevnte ble anført som avvisningsgrunn i LB-2001-3130, en sak som dreide seg om moderniseringen av Ullevaal Stadion. I følge den ankende part, AS Ullevaal Stadion, forelå det vesentlige mangler ved det elektriske anlegget. Lagmannsretten tok opp spørsmålet om manglene var så store at det ikke var mulig å overta bygget. I denne saken var AS Ullevaal Stadion imidlertid ikke blitt frarådet å overta bygget, etter en nøytral konsulentuttalelse. Lagmannsretten fant at de foreliggende mangler ved sterkstrømanlegget ikke utgjorde en stor nok hindring for å utløse avvisning. Denne saken dreide seg om et totalentrepriseforhold, som reguleres av NS 3431. Avvisning etter denne standarden reguleres av pkt. 35.4 og ordlyden er identisk med ordlyden i den tidligere NS 3430 pkt. 30.5. Det må derfor antas at uttalelsene i denne dommen har relevans for avvisning også etter NS 8405.

Det at det ikke finnes strøm i et bygg, vil definitivt innebære en hindring. Det er en forutsetning for tilnærmet alle bygg at det elektriske anlegget er oppe og går for at bygget

skal kunne tas i bruk. Som i avgjørelsen ovenfor vil det likevel være slik at ikke enhver mangel eller ufullstendighet ved det elektriske anlegget kan utløse en adgang for byggherren til å avvise bygget. Det må nok, som lagmannsretten sa, være avgjørende om det er mulig å ta bygget i bruk slik det står.

Mangler som hindrer mindre viktige funksjoner, vil vanskeligere kunne gi grunnlag for avvisning, for eksempel dersom det er mangler i enkelte, mindre viktige rom som bøttekott og lignende.

Det kan gis delvis brukstillatelse jfr. plbl. § 99 nr. 3 slik at deler av bygget kan tas i bruk. Det er imidlertid usikkert hvorvidt en slik delvis brukstillatelse vil avskjære en avvisningsadgang. Dersom kun deler av et bygg kan tas i bruk vil jo dette mest sannsynlig hindre den forutsatte bruk. En annen sak er om byggherren har et ønske om å ta i bruk denne delen, på bekostning av en eventuell avvisning. Som tidligere nevnt er det opp til byggherren om han ønsker å benytte sin rett til å avvise.

Som tidligere nevnt er det sjeldent at skjønnhetsfeil i seg selv utgjør en så alvorlig hindring at den utløser en adgang til å nekte overtakelse. Det finnes likevel tilfeller der en kan tenke seg at eksteriørfeil kan være mer alvorlige enn ellers. Dersom det er tale om oppføring av et bygg som er nødt til å være presentabelt for at det skal kunne oppfylle sin funksjon, er det en mulighet for at skjønnhetsfeil kan føre til at byggherren kan nekte å overta. Et hotell kan tjene som eksempel her. For at gjester skal ønske å ta inn på et hotell, er det som oftest en forutsetning at hotellet skal se noenlunde innbydende ut. Den forutsatte bruk for et hotell er opplagt at det skal bo gjester der. Om skjønnhetsfeil hindrer dette er det innlysende at dette er en hindring av den forutsatte bruk og at avvisning må tillates.

Samfunnsøkonomiske hensyn kan óg tilsi at det er rimelig at skjønnhetsfeil rettes i etterkant av overtakelse. Etter NS 8405 pkt. 34.3 "Dagmulkens størrelse", kan dagmulktsatsene være av betydelige summer. Ved overskridelse av sluttfristen skal dagmulkten utgjøre 1 % av kontraktssummen per hverdag, dersom ikke annet er avtalt. (Til sammen skal ikke dagmulkten overskride 10 % av kontraktssummen jfr. pkt 34.3 annet

ledd). Det er lett å forstå at dagmulkten kan ramme entreprenøren hardt, og det er derfor viktig å foreta en viss begrensning av tilfellene der dagmulkt skal tas i bruk.

4.3.4 Særlig om utbedring som hindring

Der mangelen i seg selv ikke utgjør et tilstrekkelig grunnlag for avvisning, foreligger det likevel en mulighet for at utbedringen av denne mangelen kan utgjøre en hindring. En må ha i minnet at mangler skal rettes av entreprenøren uansett om det innrømmes avvisning eller ei. Dersom manglene bygget led av ikke var nok for å begrunne avvisning, skal disse likevel rettes etter overtakelse. Begrunnelsen for at hindring som er forårsaket av utbedring også kan lede til avvisning, er nettopp at det vil være urimelig at byggherren må overta bygget der arbeidene med å rette mangler hindrer den forutsatte bruk.

Det er ikke vanskelig å forestille seg at utbedring av mangel kan føre til en hindring av den forutsatte bruk av bygget. Det at det må være arbeidere tilstede for å rette mangelen, eller gjøre ferdig arbeidet, kan i seg selv representere en ulempe. Vurderingsnormen for hva som skal til for at hindring som følge av utbedring skal kunne utløse avvisningsbeføyelsen, er den samme som ved mangler som i seg selv utgjør en hindring jfr. "...slike mangler at disse *eller* utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruken". Spørsmålet vi må stille oss er, hvor store ulemper byggherren må tåle, i form av utbedringer?

Her som tidligere må det være slik at dersom utbedringene fører til at bygget er ubrukelig, for eksempel på grunn av støv eller lignende, er det riktig at det skal kunne avvise. Det må også være adgang til å avvise der deler av bygget ikke kan brukes på grunn av utbedringene. Der en etasje må stenges for utbedring, er det liten vil om at byggherren skal kunne nekte overtakelse.

Dersom det er mange mindre mangler som hver for seg ikke ville utløse avvisning, kan det likevel oppstå situasjoner der utbedringen av disse utgjør en hindring som kan føre til at byggherren kan nekte å overta bygget. Vi så tidligere at dersom det var tale om mangler ved et mindre viktig rom, ville det mest sannsynlig ikke kunne innrømmes noen avvisning

for byggherren. En utbedring av disse manglene vil imidlertid kunne medføre slike hindringer at avvisning likevel kan innrømmes. Arbeidere og utstyret de må bruke for å rette mangelen, kan føre til ulemper som igjen kan føre til avvisning. Det er kanskje ikke nok at de som bruker bygget må trække over en kabel en dag, men dersom det er tale om en utbedring som vil ta tid, eller at mye utstyr trengs for å få rettet mangelen, vil avvisningsadgangen kunne være mer sannsynlig. Her må en også ta hensyn til arbeidsmiljøet. Støy og støv vil kunne påvirke den forutsatte bruk i tilstrekkelig grad for at byggherrens påstand om avvisning skal tas til følge.

Som regel vil skjønnhetsfeil få størst betydning for avvisningsspørsmålet i nettopp forbindelse med utbedring. Dette har å gjøre med at utbedringen av slike skjønnhetsfeil vil kunne være like forstyrrende som retting av andre feil og mangler. En kan tenke seg at dersom det er store flater som må males om på grunn av at det for eksempel er brukt feil farge, vil dette kunne utgjøre en hindring. Det samme gjelder der gulv må slipes om fordi det er skjønnhetsfeil i lakken. Støy, pussestøv og lignende kan utgjøre en hindring for den forutsatte bruk, ikke minst med tanke på helse- og arbeidsmiljø.

Det er kanskje vanskeligere å tenke seg at skjønnhetsfeil på utsiden av et bygg skal kunne utløse en rett for byggherren til å nekte overtakelse. Her må en likevel sondre mellom hva slags bygg en står overfor, og man må konstant ha i minnet om at vurderingsnormen er hindring av forutsatt bruk. Er det tale om et hotell, eller en representasjonsbolig, er det selvfølgelig avgjørende at bygget er presentabelt også på utsiden. Er ikke murpussen slik den skal slik at stillas ikke kan tas ned før overtakelse, vil det kunne være hindring av forutsatt bruk. Det samme vil kunne være tilfelle der leggingen av brosteins ikke er ferdig eller er mangelfull. Er det derimot tale om et kontorbygg vil det være vanskeligere å avvise på grunnlag av at bygget lider av visse skjønnhetsfeil. Det vil ikke hindre den forutsatte bruk av kontorbygget at det for eksempel legges gress eller plantes planter.

En interessant problemstilling har man der entreprenøren tilpasser seg byggherrens bruk. Han legger for eksempel utbedringen til kveldstid eller i helger. Slik at utbedringen

innvirker i liten grad på byggherrens bruk av bygget. Er det rimelig at entreprenøren skal kunne høres med dette? Kan det føre til at avvisning ikke skal innrømmes? Her kan en se situasjonen på to forskjellige måter, man kan enten la entreprenøren få en fordel av at han kan legge utbedringen til mindre kritiske tidspunkter, slik at den ikke hindrer den forutsatte bruk. Det andre synspunktet vil være å si at utbedringen utgjør en hindring uansett når entreprenøren måtte velge å gjennomføre jobben. At det gjenstår arbeider som i utgangspunktet skaper en hindring for den forutsatte bruk, skal ikke gå utover byggherren. Det er imidlertid usikkert hva som ville bli utfallet der det foreligger tvil om grunnlaget for avvisningen er tilstrekkelig. Det er en viss mulighet for at en domstol vil kunne ta hensyn til entreprenørens tilpasning og derigjennom komme til at utbedringen ikke innebærer tilstrekkelig hindring for den forutsatte bruk. Etter min mening ville det være en god løsning om man kunne ta hensyn til at entreprenøren tilpasser sin utbedring i forhold til byggherrens bruk. Konklusjonen bør være at en kan ta hensyn til dette, bestemmelsen vil ellers fremståsom meget firkantet, særlig der det er tvil omkring avvisningsspørsmålet. En slik løsning vil også være i samsvar med bakgrunnsretten.

4.4 Bevisbyrden

Det er på sin plass å si noe om bevisbyrden for avvisning. Generelt i kontraktsretten er hovedregelen slik at den som påberoper seg mangler vil måtte sannsynliggjøre at det faktisk foreligger slik mangel.

For at byggherren skal kunne avvise etter NS 8405 pkt. 32.5, må det foreligger mangler ved kontraktobjektet. Vi har imidlertid sett at bestemmelsen i tillegg stiller krav om at denne mangelen påvirker kontraktobjektet på en slik måte at det hindrer den forutsatte bruk. Dette innebærer av bevisbyrdespørsmålet blir todelt.

Det må være nokså klart at byggherren skal bære bevisbyrden for at det faktisk foreligger mangler ved kontraktobjektet. Når det gjelder innvirkningen manglene har på kontraktobjektet er det trolig slik at byggherren er nærmere til å bære bevisbyrden enn entreprenøren. Byggherren har som oftest større kunnskap om den forutsatte bruk enn hva

entreprenøren har Dette stemmer da også godt overens med at byggherren må nedtegne og begrunne i protokollen på hvilket grunnlag han ønsker å avvise, jfr. NS 8405 pkt. 32.4 annet ledd.

Ikke sjeldent ser en at det er uenighet mellom partene om hvorvidt det foreligger mangel eller ei, og dermed og så om hvorvidt vilkårene for avvisning er tilstede. Her som ellers i kontraktsretten må partene bære risikoen for sin egen oppfatning av situasjonen. Det innebærer at dersom byggherren feilaktig har ment at det forelå grunn nok til avvisning av bygget, kan dette få konsekvenser. Blant annet kan det bli tale om erstatning som følge av kontraktsbrudd fra byggherrens side.²⁸

4.5 Er avvisningsregelen i NS 8405 en god regel?

Ettersom innholdet av avvisningsbestemmelsen ikke ble nevneverdig forandret ved den siste revisjonen, er det fornuftig å stille spørsmålet om denne revisjonen virkelig var nødvendig. Det synes som om det er enighet i teorien om at en må foreta en rimelighetsvurdering selv om denne delen av bestemmelsen er redigert vekk.²⁹ Den eneste effekten revisjonen ser ut til å ha hatt, er at den har gjort bestemmelsen retts teknisk dårligere, og at det nå er vanskeligere å se hva som skal til for at en byggherre skal kunne avvise et bygg eller et anlegg.

Revisjonen av avvisningsbestemmelsen, gjennom tidene, har ført til at terskelen for at byggherren skal kunne avvise kontraktobjektet er blitt lavere. Forslaget som ble satt frem til ny avvisningsbestemmelse i Forslag til Norsk Standard NBR F 79/02, Norsk bygge- og anleggskontrakt pkt. 33.5 innebar en ytterligere oppmykning av regelen. Dette forslaget ble ikke tatt inn i standarden, og det er sannsynlig at entreprenør siden av forhandlingsbordet har satt foten her.

²⁸ Se nærmere under pkt. 7. Virkningen av urettmessig avvisning.

²⁹ Kolrud. Kommentar til NS 8405. s. 386. Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer s.460

Bestemmelsen som ble tatt inn i stedet er, som nevnt ovenfor, en tilnærmet kopi av den vi så i NS 3430 pkt 30.5. Spørsmålet man kan stille seg er hvorvidt det virkelig var nødvendig å i det hele tatt røre denne bestemmelsen? Å ta bort rimelighetskravet, har kun skapt usikkerhet med hensyn til hva som nå skal til for at byggherren skal kunne avvise. Bestemmelsen kan etter denne revisjonen virke ufullstendig, som om den mangler noe, og her må en innfortolke den rimelighetsvurderingen som ble tatt vekk.

Et spørsmål man kan stille seg er om mangler som ikke er direkte relevante for den forutsatte bruken bør ha noen betydning i et avvisningsspørsmål? Etter bestemmelsens ordlyd er det kun mangler som er direkte relevante for den forutsatte bruk, som kan påberopes i forbindelse med avvisning. Bestemmelsen gir lite rom for skjønn. Ved for eksempel heving i kontrakt vil det måtte utøves et skjønn der mange faktorer spiller inn. Burde en ha åpnet for at andre forhold enn kun de relevante manglene skulle kunne tas med i en helhetsvurdering? Dette kunne i alle tilfelle være en god løsning i tilfeller der det foreligger tvil i forhold om de påviste mangler utgjør tilstrekkelig hindring. For eksempel kunne de manglene som ikke utgjør en hindring, fått en viss betydning.

En bedre løsning enn den vi ser i dag, ville være å gjøre bestemmelsen klarere. Dette kan eksempelvis gjøres ved å ta inn igjen et vurderingsmoment. Rimelighet virker fornuftig ettersom det er det man likevel tolker inn i bestemmelsen i dag. Terskelen for avvisning behøver ikke nødvendigvis å bli ytterligere senket, men det kan synes nødvendig med en oppklaring omkring hva som skal til for å kunne avvise. Det kan videre, med fordel, inntas en helhetsvurdering, slik at det blir rom for skjønn der en er i tvil om det skal innrømmes avvisning eller ikke. Argumenter mot dette er selvfølgelig at bestemmelsen kan bli mindre tilgjengelig for brukerne av standarden.

5 Andre avvisningsgrunner

5.1 Innregulering, prøving og dokumenter

Etter pkt. 32.5 annet ledd kan byggherren nekte overtakelse dersom det ikke foreligger slik innregulering, prøving eller annen dokumentasjon som er avtalt skal foreligge ved overtakelsen. Bestemmelsen lyder:

”Byggherren kan nekte å overta hvis det ikke foreligger slik innregulering eller prøving eller annen dokumentasjon som det er avtalt skal foreligge ved overtakelsen, og som er nødvendig for at byggherren skal kunne vurdere om kontraktens krav på vesentlige punkter er oppfylt.”

Vilkåret for at avvisning skal kunne skje etter dette leddet, er at dokumentasjonen, prøvingen eller innreguleringen var nødvendig for å kunne vurdere om kontrakten var oppfylt på riktig vis. Bestemmelsen i seg selv kan virke noe forvirrende. Det er viktig å legge merke til at det går et skille mellom manglende innregulering, og dokumentasjon som fremkommer på grunnlag av innregulering og prøving. Pkt. 32.5 annet ledd omhandler tilfeller der det ikke foreligger dokumentasjon på innregulering og prøving, jfr. ”...slik innregulering eller prøving *eller annen* dokumentasjon...”.³⁰ Den selvstendige betydningen pkt 32.5 annet ledd har, er at den gir et eget grunnlag for avvisning der det ikke foreligger noen fysisk mangel ved kontraktobjektet. Det som mangler er dokumentasjonen som fremkommer ved prøving og innregulering.

Dersom innregulering ikke er foretatt, vil dette innebære at det foreligger mangel ved kontraktarbeidet. En installasjon, for eksempel et ventilasjonsanlegg, som ikke er innregulert vil ikke virke slik det skal, og vil derfor representere en mangel. Tilfellene der det ikke er foretatt innregulering, eller der denne ikke er tilstrekkelig, vil derfor ikke omfattes av pkt. 32.5 annet ledd, en vil derimot kunne avvise etter pkt 32.5 første ledd.

³⁰ Min utheving.

Det må her, som ved mangler, være tale om kvalifiserte krav. Mangelen på dokumentasjon vedrørende innregulering og prøving, må altså være av en viss betydning. Dette er da også i tråd med det som gjelder ved avvisning på grunn av mangler. Betydningen må måles opp mot den betydning innreguleringen m.v. har for byggherrens vurdering av entreprenørens oppfyllelse av kontraktsforpliktelsen. Det stilles altså opp et ”nødvendighetskriterium”. Byggherren kan med andre ord ikke påberope seg ethvert avvik i leveringen av dokumentasjonen. Det er bare manglende levering av dokumentasjon som er nødvendig for vurderingen av kontraktsoppfyllelsen som er relevant og som derigjennom kan påberopes som avvisningsgrunn.

Videre kreves det at den aktuelle dokumentasjon knytter seg til ”kontraktens krav på vesentlig punkter”. Dette hindrer at byggherren kan påberope seg manglende innregulering m.v. der denne ikke knytter seg til deler av bygget som er av en viss viktighet. Det er meningen å avskjære muligheten for å kunne avvise på grunnlag av forhold av mer marginal betydning. Dette stemmer da også godt overens med den oppfatning at en ikke skal kunne avvise på grunn av mindre viktige forhold.³¹

Tidligere inneholdt standarden også en bestemmelse om nektelse dersom slik dokumentasjon var ”forutsatt” å skulle foreligge ved overtakelsesforretningen. Da denne bestemmelsen ble tatt ut i den nye standarden, er det nærliggende å tolke dette dit hen at det ikke lenger foreligger en slik adgang dersom det ikke er uttrykkelig avtalt mellom partene. Det er mulig at dette ikke må følge bokstavlig av kontrakten, men at det i det minste må følge av en rimelig fortolkning av kontrakten.³² Det følger av ordlyden at den innregulering, prøving og dokumentasjon det er tale om, skal fremgå eksplisitt av kontrakten, normalt i arbeidsbeskrivelsen eller spesifikasjoner jfr. ”slik innregulering”.

³¹ Kolrud. Kommentar til NS 8405. s. 390.

³² Kolrud. Kommentar til NS 8405. s. 389.

5.2 Avvisning før avtalt sluttfrist

Byggherren kan også nekte å overta før avtalt sluttfrist, selv om kontraktarbeidet er ferdig i alle henseender. Entreprenøren kan dermed ikke fremtvinge overtakelse selv om arbeidet er ferdig tidligere enn avtalt. Det krever i så fall samtykke fra byggherren. Begrunnelsen for regelen er at overtakelse før det avtalte tidspunkt vil kunne påføre byggherren uforutsette utgifter, i tillegg til at han sjeldent på dette tidspunktet har behov og mulighet for å nyttiggjøre seg av kontraktarbeidet.

6 Bortfall av avvisningsretten

For at byggherren skal kunne avvise, har vi sett at avvisningskravet må begrunnes i overtakelsesprotokollen. Forutsatt at det er protokollert avvisning, kan det likevel spørres om retten til å nekte å overta, under visse omstendigheter, kan falle bort?

En kan tenke seg en situasjon der byggherren, på tross av at han har protokollert avvisning, likevel tar i bruk bygget. Byggherrens urettmessige brukstakelse er regulert i NS 8405 pkt 32.8. Byggherren har som hovedregel ikke rett til å ta over bygget før det er formelt overtatt, dette følger av første ledd:

”Ut over det som er fastsatt i 32.7, har byggherren ikke rett til uten entreprenørens samtykke å ta kontraktarbeidet i bruk før overtakelsen. Dersom byggherren likevel tar kontraktarbeidet i bruk, foreligger det mislighold av kontrakten.”

Det følger av pkt. 32.8 fjerde ledd at dersom byggherren skulle ta i bruk bygget før overtakelse, skal entreprenøren gi byggherren varsel om at han skal rette forholdet, eventuelt at han kreve delovertakelse. Det er tale om et kort frist som er ment for å legge press på byggherren. Det vil virke sterkt urimelig om byggherren skal kunne ta i bruk bygget samtidig som entreprenøren skal betale dagmulkt som følge av avvisning. Hensynet

til entreprenørens behov for avklaring må her veie tyngre enn byggherrens behov for å organisere seg.³³

Konsekvensene av byggherrens manglende reaksjon på entreprenørens varsel er fastsatt i pkt. 32.8 femte ledd. For det første går risikoen for hele kontraktarbeidet over på byggherren etter utløpet av fristen, som entreprenøren satte. Her er det verdt å merke seg at selv om byggherrens bruk kun gjelder deler av bygget, vil risikoen, også for de deler han ikke har tatt i bruk, gå over på han. Det må antas at denne ordningen innført av preventive årsaker. For det andre, og kanskje viktigere i forhold til avvisning, er at dagmulkt slutter å løpe, jfr. pkt. 32.8 femte ledd, annet punktum ”Eventuell dagmulkt slutter å løpe.”

Forsikringsplikten er ikke regulert i pkt. 32.8. Rent logisk skulle entreprenørens forsikringsplikt opphøre når risikoen går over på byggherren. I følge Marthinussen m.fl. er det imidlertid ingen ”nødvendig sammenheng mellom risiko og hvem som tegner forsikring.” Ettersom bestemmelsen er taus hva gjelder forsikringsplikten, vil denne løpe helt til entreprenøren melder bygget ferdig, og overtakelsesforretning faktisk holdes.³⁴

Det må dog være slik at den sikkerheten entreprenøren har stilt, reduseres i samsvar med at det har funnet sted en delovertakelse. Dette er heller ikke direkte regulert i bestemmelsen, men det synes å være den rimeligste løsningen da sikkerheten ikke lenger er nødvendig for å dekke dagmulktansvar.³⁵

Velger byggherren å avslutte den urettmessige bruken, vil misligholdet anses som opphørt og risikoen for de delene av bygget som var tatt i bruk vil gå tilbake til entreprenøren.

Det synes som om passivitet neppe kan være grunn for bortfall av avvisningsretten der avvisning allerede er protokollert. Det kreves ikke at byggherren tar ytterligere skritt etter

³³ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. 2. utgave. s. 527.

³⁴ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. 2. utgave. s. 528.

³⁵ Marthinussen m.fl. NS 8405 Med kommentarer. 2. utgave. s. 529.

at han har begrunnet hvorfor han mener han har en rett til å avvise kontraktarbeidet. Der avvisning ennå ikke er ført og begrunnet i protokollen ville passivitet eller unnlattelse kunne avskjære avvisning.

7 Virkningen av urettmessig avvisning

7.1 Overtakelse

Det kan være vanskelig for byggherren å avgjøre om han virkelig har rett til å avvise kontraktobjektet når tiden for overtakelse er kommet. Kanskje er han i tvil om de manglene som foreligger er tilstrekkelige for å kunne begrunne avvisning. Likevel må han ta en avgjørelse om han skal påberope seg avvisning eller ikke, ettersom dette skal begrunnes i protokollen, jfr. NS 8405 pkt. 32.4 annet ledd.³⁶

Problemstillingen som må reises i disse tilfellene, er hva som blir følgen av at byggherren avviser der det ikke er tilstrekkelig grunnlag for det, altså der han avviser urettmessig?

Hovedregelen om virkningen av urettmessig avvisning finner vi i NS 8405 pkt.32.5 siste ledd:

”Hvis byggherren urettmessig nekter å overta kontraktarbeidet, skal overtakelse anses å ha funnet sted.”

Denne regelen synes selvsagt. Her som ellers bærer partene risikoen for sin egen oppfattelse. Skulle situasjonen være den at byggherren nekter å overta uten å ha tilstrekkelig grunnlag for det, vil alle virkningene av overtakelse inntre. For det første avbrytes et eventuelt forsinkelsesansvar slik at dagmulkt opphører. For det andre er ikke lenger entreprenøren pliktig til å holde bygget eller anlegget forsikret. Dette gjelder uavhengig av om byggherren har tegnet ny forsikring. Entreprenøren vil ikke kunne holdes

³⁶ Se også under pkt. 3.2 ”Prosessuelle vilkår for byggherrens avvisning”

ansvarlig selv om han er klar over at bygget ikke lenger er forsikret. For det tredje vil alle frister, som følger av at overtakelse har funnet sted, begynne å løpe, se pkt 32.6.

Nå kan det imidlertid tenkes at byggherren, i stedet for å foreta en formell avvisning gjennom innføring i protokollen, avviser bygget rent faktisk ved å avbryte overtakelsesforretningen. Det kan også være at det oppstår uenigheter mellom byggherre og entreprenør som resulterer i at byggherren forlater stedet og derigjennom avbryter forretningen.

Skulle en slik situasjon oppstå, er det viktig for entreprenøren at han gjennomfører på egenhånd, jfr. NS 8405 pkt. 32.3 første ledd annet punktum:

”Unnlater en av partene å møte uten gyldig grunn, kan den andre parten gjennomføre overtakelsesforretningen alene.”

Dersom det i ettertid skulle vise seg at byggherren hadde nektet å overta, uten å ha rett til det, vil det være kritisk for entreprenøren dersom overtakelsesforretningen ikke ble gjennomført. Da vil ikke pkt. 32.5 fjerde ledd komme til anvendelse. Denne situasjonen innebærer jo at det ikke har funnet sted noen overtakelse i det hele tatt, derigjennom at virkningene for overtakelse ikke inntreffer. Dette innebærer blant annet at entreprenøren kommer i forsinkelsesansvar og at dagmulkt starter å løpe. Dette til tross for at han i utgangspunktet hadde ferdigstilt bygget på en slik måte at avvisning ikke kom på tale.

7.2 Erstatning

7.2.1 Innledning

For at entreprenøren skal kunne kreve erstatning i forbindelse med en urettmessig avvisning, er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt. For det første må det foreligge et økonomisk tap, for det andre må det være et ansvarsgrunnlag og for det tredje stilles det

krav om at det er adekvat årsakssammenheng mellom tapet og den ansvarsfrembringende handlingen.

7.2.2 Økonomisk tap

Dersom entreprenøren står på sitt og nekter for at det er rom for noen avvisning, vil han heller ikke få noe økonomisk tap. Det finnes imidlertid situasjoner der entreprenøren, selv om han er uenig i at byggherren har rett til å nekte å overta, helt eller delvis vil bøye seg for byggherrens påstand i påvente av en oppklaring. Det er først og fremst i disse tilfellene at det kan tenkes at det kan oppstå tap for entreprenøren. En tenkt situasjon vil være at det ikke er klart om byggherren har rett til å avvise. Entreprenøren vil for all del unngå at en eventuell dagmulkt skal løpe for en lengre periode dersom det i ettertid skulle vise seg at det var rimelig at byggherren avviste. At entreprenøren skal rette opp de mangler som bygget eller anlegget lider av, er det ingen tvil om. Spørsmålet er bare om rettingen skal skje etter overtakelsen eller om det skal skje som en konsekvens av avvisning, det vil si at dagmulkt vil løpe i utbedringsperioden. For å gardere seg vil entreprenøren forsere³⁷, han setter inn ekstra ressurser for å få ferdigstilt bygget raskest mulig. En prosess som kunne tatt uker eller måneder, vil nå ta atskillig kortere tid, men det vil samtidig koste entreprenøren en del å sette inn denne ekstra arbeidskraften. Om det i ettertid skulle vise seg at byggherren ikke hadde rett til å nekte overtakelse, kan det tenkes at entreprenøren kan kreve erstatning for de ekstra utgiftene han hadde i forbindelse med ferdigstillingen.

Standarden gir ingen løsning på hva som blir konsekvensen av entreprenørens tap på grunnlag av byggherrens urettmessige avvisning. Problemstillingen blir dermed om standardens bestemmelser skal anses å være uttømmende, eller om en skal falle tilbake på bakgrunnsretten, altså alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Etter min mening vil det føre for langt om NS 8405 skal anses uttømmende. Det er da også tradisjon i kontraktsretten å bruke bakgrunnsretten til å fylle huller som måtte finnes i den stående

³⁷ Se NS 8405 pkt. 25.5 om forsering ved avslag på fristforlengelse.

avtalen. En nærliggende løsning ville dermed være at bakgrunnsretten kan bistå med løsninger der standarden selv er taus.

7.2.3 Ansvarsgrunnlag

Hvis byggherren feilaktig nekter overtakelse av bygget eller anlegget, vil dette ofte være grunnet i uvitenhet om hans rettsposisjon. Byggherren tar for eksempel feil av hva som ligger i ”hindre den forutsatte bruk”, og tror at de feil og mangler som foreligger er tilstrekkelig til avvisning. Det er utvilsomt at rettsvillfarelse kan være unnskyldelig.³⁸ Det er likevel et grunnleggende prinsipp i norsk, så vel som i internasjonal kontraktsrett at partene selv, som utgangspunkt, bærer risikoen for sin egen rettsoppfatning, error juris semper nocet.³⁹ Rettspraksis på området fastslår ikke hvorvidt det gjelder en helt alminnelig regel om objektivt ansvar for mislighold som skyldes rettsvillfarelse, men legger i alle fall til grunn at det er dette som vanligvis er regelen.⁴⁰ Ved rent objektivt ansvar stilles det ikke krav om at den som er ansvarlig skal ha opptrådt klanderverdig. Det er heller tale om en risikofordeling i kontraktsforholdet.

Det vil være en misvisende beskrivelse å si at en urettmessig avvisning vil innebære et forsettlig kontraktsbrudd fra byggherrens side.⁴¹ Byggherren vil dessuten, i de aller fleste tilfeller der det er tale om uberettiget avvisning, ha vært i tvil om det var tilstrekkelige feil til at avvisning skulle innrømmes og på det grunnlaget tatt et valg om å påberope seg avvisning. Dette må da være å regne som uaktsomhet, ikke som forsett. Dersom det nå er slik at urettmessig avvisning er å regne som en rettsvillfarelse, vil det vel uansett være liten hensikt i å konstatere om kontraktsbruddet er forsettlig eller ikke, ettersom ansvarsgrunnlaget likevel er (tilnærmet) objektivt.

³⁸ Hagstrøm. Obligasjonsrett. s. 508.

³⁹ Fra romerretten. Setningen var opprinnelig formulert med sikte på avtaleinngåelsen, men er senere brukt om oppfattelsen av kontrakten generelt. Se Hagstrøm. Obligasjonsrett s. 508.

⁴⁰ Rt. 1994 s. 1617 om uberettiget heving av en festekontrakt. Rt. 1983 s. 205 om mislighold av pengeforpliktelse. Rt. 1979 s. 401 om uberettiget overføring av festerett.

⁴¹ Marthinussen m.fl. NS8405 Med kommentarer. s. 460.

7.2.4 Adekvat årsakssammenheng

Til slutt må det foreligge adekvat årsakssammenheng mellom entreprenørens økonomiske tap og byggherrens urettmessige avvisning. I dette ligger det at tapet må være påregnelig for byggherren. Det at entreprenøren har satt inn ekstra arbeidskrefter får å gjøre arbeidet unna forttest mulig for å slippe unna et forsinkelsesansvar, må nok anses å være påregnelig. Det kan ikke være for fjernt for byggherren å tenke seg til at dagmulkt ikke er gunstig for entreprenøren og dermed at han vil komme til å sette i verk slike tiltak.

7.2.5 Entreprenørens tapsbegrensningsplikt

For det tilfellet at avvisningen var ubegrunnet og dermed ugyldig, slik at entreprenøren kan kreve erstatning, er det fornuftig å stille spørsmål om tapsbegrensning. Er det rimelig å pålegge entreprenøren en tapsbegrensningsplikt i disse tilfellene?

Standarden har ingen bestemmelser som tilsier at entreprenøren har en plikt til å begrense sitt tap i en situasjon som vi her står overfor. Tapsbegrensningsplikten må likevel kunne sies å være et allment kontraktsrettslig prinsipp. Kreditors tapsbegrensningsplikt har generell lovforankring i skadeserstatningsloven § 5-1⁴² og er videre fastslått i blant annet kjøpsloven § 70 (1), avhendingsloven § 7-2 annet ledd, håndverkertjenesteloven § 30 (2), bustadoppføringslova §§ 19 tredje ledd og 36 annet ledd, og forbrukerkjøpsloven § 54 første ledd. Videre erplikten til å begrense tap (mitigation of harm) nedfelt i UNIDROIT Principles art. 7.4.6 (1).

Reglene om tapsbegrensning er først og fremst begrunnet i en rekke rettferds og rimelighetsbetraktninger, samt ønsket om å motvirke sløsing.⁴³ Videre må det stilles spørsmål om hvilket tidspunkt tapsbegrensningsplikten skal inntre. Her er, i følge Viggo Hagstrøm,⁴⁴ det sikre utgangspunkt at det, for at en skal ilegges en tapsbegrensningsplikt,

⁴² Skadeserstatningsloven av 13. juni 1969 nr.26

⁴³ Hagstrøm. Obligasjonsrett s. 561

⁴⁴ Hagstrøm. Obligasjonsrett s. 563

må foreligge et aktuelt eller antesipert mislighold, og at kreditor kjente eller burde kjenne til dette.

I vår situasjon vet entreprenøren om at byggherren har nektet å overta. Denne nektelsen kan imidlertid komme til å utgjøre et mislighold dersom det skulle vise seg at den er ubegrunnet. Situasjonen følger dermed for så vidt Hagstrøms utgangspunkt for når tapsbegrensningsplikt skal inntreffe. Det foreligger imidlertid usikkerhetsmomenter i situasjonen som gjør at det er uklart om entreprenøren skal pålegges en tapsbegrensningsplikt eller ikke. På den ene siden er det opplagt at entreprenøren ønsker å gjøre ferdig så mye som mulig i påvente av en avgjørelse, for å unngå dagmulkt. På den andre siden kan det at entreprenøren setter inn ekstra ressurser og lignende, komme til å utgjøre et økonomisk tap. Spørsmålet blir så om entreprenøren har en tapsbegrensningsplikt som tilsier at han ikke skal bøye seg for byggherrens avvisning i det hele tatt, men at han skal handle som om bygget faktisk var overtatt, i påvente av en avgjørelse av avvisningsspørsmålet.

Det er uvisst hva konklusjonen her skal være. Ettersom entreprenøren i prinsipp foretar en forsering, kan det kanskje være nyttig å trekke noen paralleller fra bestemmelsen i NS 8405 pkt. 25.5; "Forsering ved avslag på krav om fristforlengelse". Denne bestemmelsen sier at dersom byggherren avslår et berettiget krav om fristforlengelse, kan entreprenøren anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Entreprenøren pålegges imidlertid en tapsbegrensningsplikt i første ledd annet punktum. Entreprenøren har ikke rett til å velge forsering der vederlaget for forseringen overstiger den eventuelle dagmulkten (tillagt 30 %), som hadde påløpt dersom byggherren hadde rett til å avslå fristforlengelsen. Ettersom det er vanskelig å beregne utgiftene for forseringen, må det nok forventes at entreprenøren foretar en forsvarlig skjønnsvurdering i forhold til om han skal velge å forsere eller ikke.

I prinsipp kan en si at tapsbegrensningsplikt handler om å handle på en forsvarlig måte. Tapsbegrensningsplikt i forhold til urettmessig avvisning, er som tidligere nevnt ikke

regulert i standarden. Det vil imidlertid virke som en rimelig løsning at entreprenøren pålegges en slik plikt, der det er sannsynlig at det økonomiske tapet kan komme til å overstige en eventuell dagmulkt.

8 Kilder

8.1 Standarder

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

Norsk Standard NS 3431. *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser*.1992

Forslag til norsk standard NBR F 79/02, Norsk bygge og anleggskontrakt.

Norsk Standard NS 8405. *Norsk bygge- og anleggskontrakt*. 1. utgave august 2004

8.2 Lover

Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26

Plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77

Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27

Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43

Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34

8.3 Rettspraksis

Rt. 1979 s. 401

Rt. 1983 s. 205

Rt. 1994 s. 1617

RG 2005 s. 120

LB 2001-3130

8.4 Forarbeider

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

8.5 Annet

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994

Litteraturliste

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000

Garder, Wilfred Rohde. *NS 3430 – regulering av rettsfølgene ved mangelfull oppfyllelse*. Jussens Venner, 1999 s 257.

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett Utvalgte emner*. Oslo, 1997

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. Oslo, 2002

Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 3430*. Oslo, 1992

Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 8405*. Oslo, 2004

Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. Oslo, 2001

Marthinussen, Karl m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. Oslo, 2004

Marthinussen, Karl m.fl. *NS 8405 Med kommentarer*. Oslo, 2006

Nisja, Ola Øverseth. *Konfliktløsningsmekanismer i byggekontrakter: de mest anvendte standardkontrakter mellom næringsdrivende i Norge henviser til voldgift som tvisteløsningsform*. MarLus nr 314. Oslo, 2004

Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966

Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo, 1977

Øvrebø, Henrik. *Forbrukerens rett til å avvise entreprenørens levering av bolig etter bustadoppføringslova § 15 tredje ledd*. Jussens Venner, 2003 s. 210

