

UiO : **Det juridiske fakultet**

Entreprenørens fritak fra plikt til naturaloppfyllelse ved lovstridig innhold i byggherrens arbeidsbeskrivelse

Kandidatnummer: 799

Leveringsfrist: 25.04.15 kl. 12:00

Antall ord: 14579



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
2	AVGRENSNING OG FREMSTILLINGEN VIDERE	4
3	DE TO HOVEDFORMENE FOR ENTREPRISE	5
4	KORT OM BYGGHERRENS ARBEIDSBESKRIVELSE.....	6
5	NATURALOPPFYLLELSE SOM HOVEDREGEL	7
5.1	Sondring mellom mangel og forsinkelse	7
5.2	Alminnelig kontraktsrett	7
5.3	Entrepriseretten	8
6	UNNTAK FRA HOVEDREGELEN OM NATURALOPPFYLLELSE	9
6.1	Unntak etter alminnelig kontraktsrettslige prinsipper.....	9
6.2	Unntak i entrepriser.....	11
6.3	Nektingsadgangen i NS 8405.....	13
6.4	Hensynet bak NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd	14
6.5	Nektingsadgang ved brudd på privatrettslige regler	17
7	TYPETILFELLER AV BRUDD PÅ ANDRE REGLER.....	19
7.1	Arbeidsbeskrivelsens brudd på krav om universell utforming	19
7.2	Arbeidsbeskrivelsens brudd på HMS-regler	22
7.3	Arbeidsbeskrivelsens brudd på privatrettslige lover - grannelova.....	25
7.4	Arbeidsbeskrivelsens brudd med servitutter	26
8	ETTERFØLGENDE RETTSENDRINGER	28
9	TIDSPUNKTET FOR NEKTINGEN	33
10	MIDLERTIDIG RETTSLIG UMULIGHET	33
11	UENIGHET OM LOVLIGHETEN AV ARBEIDSBESKRIVELSENS INNHOLD	35
12	KONKLUSJON.....	35

1 Innledning

Entrepriserett er en samlebetegnelse på de kontraktsrettslige reglene som gjelder i forholdet mellom en byggherre og en entreprenør i et bygg- og anleggsprosjekt. Innen forbrukerentrepriser har man bustadoppføringslova¹, men det er ingen tilsvarende lovregulering av næringsentrepriser. Det er imidlertid utviklet standardkontrakter som i stor utstrekning benyttes for å regulere kontraktsforholdet mellom byggherren og entreprenøren. Utover disse standardkontraktene gjelder alminnelige entrepriserettslige og obligasjonsrettslige prinsipper som bakgrunnsrett.

I et byggeprosjekt er det flere regelsett som kommer til anvendelse. I tillegg til de nevnte entrepriserettslige reglene oppstilles det for eksempel i lov og forskrift offentligrettslige krav til det som skal bygges og hvordan byggingen skal gjennomføres. Således har partene også forpliktelser overfor offentlige myndigheter. Videre kan eksempelvis erstatningsrettslige regler komme til anvendelse i forholdet til tredjemenn. Forholdet mellom disse regelsettene vil i det videre være det sentrale og spørsmål som oppstår i dette skjæringsfeltet vil bli behandlet.

I så henseende reises raskt spørsmålet om i hvilke situasjoner entrepriseretten kommer i kontakt med andre regelverk på en slik måte at disse andre reglene får betydning for hvordan de entrepriserettslige reglene må forstås.

I det juridiske landskap foretas det et grovskille mellom privatrett og offentlig rett. Privatretten er den del av retten som regulerer forholdet mellom private parter. Begrepet private parter omfatter såvel fysiske som juridiske personer – organisasjoner, sameier, konkursbo, aksjeselskap mv. Håndverkertjenesteloven,² kjøpsloven³ og bustadoppføringslova er alle eksempler på privatrettslige regelverk.

Offentlig rett er betegnelsen på den delen av retten som regulerer forholdet mellom det offentlige og en privat part, men også forholdet offentligrettslige organer imellom. Det er de førstnevnte reguleringene som vil være sentrale i denne sammenheng. Forvaltningslovgivningen, herunder eksempelvis forvaltningsloven,⁴ plan- og bygningsloven⁵ (heretter pbl.), og utlendingsloven⁶ er eksempler på slik offentligrettslig regulering.

¹ Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.

² Lov 16 juni 1989 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere.

³ Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp.

⁴ Lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁵ Lov 27 juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.

⁶ Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Man sier gjerne at privatrett og offentlig rett er to ulike typer regelsett. I dom avsagt i Borgarting lagmannsrett 9. november 2010 hadde byggherren saksøkt et arkitektfirma som etter pbl. § 97 var ansvarlig kontrollerende foretak, blant annet under henvisning til at arkitektfirmaets brudd på dets plikter overfor bygningsmyndighetene måtte være ansvarsbetingende overfor byggherren. Lagmannsretten uttalte her at den var «enig med Rønne [byggherren] i at pliktene overfor kommunen og byggherren som regel vil være sammenfallende og viser til de rettsavgjørelsene som fremgår i gjengivelsen av Rønnes anførsler. Noen nødvendig sammenheng mellom dem er det likevel ikke. Det dreier seg fortsatt om to forskjellige regelsett»⁷.

Den enkelte lovgivning ivaretar særskilte hensyn, men på et overordnet plan kan man si at de offentligrettslige reglene og de privatrettslige reglene ivaretar ulike interesser. Privatretten oppstiller regler som en privat part kan gjøre gjeldende for å ivareta sine interesser i forholdet til en annen privat part. Får forbrukeren overlevert en bolig med skjeve gulv, kan han benytte seg av misligholdsbeføyelsene som oppstilles i bustadoppføringslovas kapittel IV. Det karakteristiske her er imidlertid at det er den private parten selv som må ta initiativ til å gjøre sin rett gjeldende overfor den annen part; det offentlige griper ikke inn dersom en entreprenør ikke ferdigstiller arbeidet i henhold til kontrakten.

Også innen offentlig rett har den private parten normalt anledning til å få sin rett prøvd av domstolene, men det er også slik at det offentlige kan gripe inn dersom en privat part opptrer i strid med offentlig regulering. Eksempelvis kan plan- og bygningsetaten stanse arbeid som foregår «i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov», jf. pbl. § 32-3 første ledd. Akvakulturprodusenten kan både klage vedtaket inn for overordnet forvaltningsorgan og få det prøvd av domstolene dersom han ikke får medhold i sin klage. Det som imidlertid skiller dette forholdet fra de privatrettslige er altså at det kan drives offentlig tilsyn med at reguleringene blir overholdt. Dette fordi den offentlige retten er ment å ivareta samfunnets interesser.

At forholdet mellom offentligrettslige regler og privatrettslige regler har vært et omtvistet tema i norsk rett fremkommer av eldre juridisk teori om adferdsnormers betydning ved den erstatningsrettslige culpavurderingen. Med skrevne adferdsnormer sikter Hagstrøm til formelle lover, forskrifter og interne instruksjoner som gjennom forbud og påbud angir hvordan man skal forholde seg. Han viser til at slike skrevne adferdsnormers betydning ved culpavurderingen er et forhold som tidligere i liten grad er blitt viet oppmerksomhet, og at det er et om-

⁷ LB-2009-191162.

tvistet tema.⁸ Diskusjonen er ikke avgrenset til kun å gjelde forholdet mellom skrevne adferdsnormer og culpavurderingen, så det faktum at temaet har vært gjenstand for diskusjon har sin bakgrunn i de tradisjonelle oppfatninger som råder omkring skillet mellom privatrettslige regler og offentligrettslige regler generelt.

Det er således lang tradisjon i norsk rett for til en viss grad å skille mellom offentligrettslige og privatrettslige regler, slik at offentligrettslige regler i mindre grad har blitt tillagt vekt ved løsning av privatrettslige tvister og vice versa – uten at dette skillet er absolutt.

Selv om eksempelvis plan- og bygningsrettens regler er av offentligrettslig karakter, har de allikevel ofte betydning for partenes privatrettslige posisjoner. Dette fremkommer blant annet av Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 121 hvor det i forbindelse med reglene om foretakenes ansvar i plan- og bygningslovens kapittel 23 uttales at:

«Ansvaret er begrenset til det ansvaret vedkommende foretak har påtatt seg i søknaden om ansvarsrett, som del av søknaden om tillatelse til tiltak. Ansvaret er samtidig avhengig av kontrakten med tiltakshaver, selv om den ansvarlige har en selvstendig stilling overfor kommunen. Det privatrettslige ansvar og ansvaret etter plan- og bygningsloven behøver ikke være sammenfallende. Det kontraktsrettslige ansvaret kan imidlertid ved uklarheter tjene som moment for avklaring av grensene for det offentligrettslige ansvaret, der ansvarsoppdelingen etter plan- og bygningsloven er uklar. Det motsatte kan også være tilfelle, slik at ansvarsrettssøknadene kan være tolkningsmomenter der den kontraktsrettslige ansvarsfordelingen er uklar.»

Det finnes også flere eksempler på at standardkontraktene som benyttes i næringsentrepriser inneholder bestemmelser som sier noe om partenes forhold til de offentlige plan- og bygningsmyndigheter.⁹

I et entrepriserettslig kontraktsforhold har entreprenøren forpliktet seg overfor byggherren til å utføre sitt arbeid i henhold til kontrakten. Han har for eksempel påtatt seg jobben med å oppføre et boligkompleks på Ullern i Oslo. Hans forpliktelser overfor byggherren er i denne sammenheng regulert av kontraktens innhold, samt entrepriserettslige og alminnelig kontraktsrettslige prinsipper. Det vil fremgå av kontrakten hva entreprenøren skal gjøre, og i noen tilfeller hvordan han skal gjøre dette. Disse forpliktelsene ligger innenfor den privatrettslige sfære, likevel kan det oppstå situasjoner hvor entreprenørens forpliktelser etter kontrakten

⁸ Hagstrøm (1987) s. 273.

⁹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 103.

kommer i konflikt med andre regler. I offentligrettslige lover og forskrifter finner man blant annet oppstilt regler om hvordan temperaturforholdene på en arbeidsplass skal være, hvilket verneutstyr som er påbudt, hvor lenge arbeidstakerne kan jobbe uten pause og hvilke sikkerhetstiltak som er nødvendige. I tillegg finner man en omfattende regulering som stiller krav til det som skal bygges. Dimensjoner, tilretteleggelse for de med nedsatt funksjonsevne, materialvalg og plassering i forhold til omgivelsene er bare noen av de krav som stilles i forbindelse med byggverk.

Man kan imidlertid tenke seg at byggherren ønsker andre løsninger enn det som er påkrevd i henhold til offentligrettslige krav. Han kan ønske en annen plassering enn det han i utgangspunktet har fått tillatelse til av bygningsmyndighetene, eller han prioriterer effektivitet fremfor sikkerhet på arbeidsplassen. I slike situasjoner vil det kunne oppstå en konflikt mellom entreprenørens forpliktelser i henhold til kontrakten og de rammer som offentligrettslige reguleringer oppstiller for arbeidet det er inngått avtale om, og dets utførelse. Det oppstår således et skjæringsfelt mellom de privatrettslige forpliktelsene entreprenøren har overfor byggherren og de offentligrettslige reguleringene som retter seg mot kontraktens innhold. I dette skjæringsfeltet vil det kunne oppstå mange ulike problemstillinger. Spørsmål om i hvilken grad entreprenøren er forpliktet til å overholde sine plikter etter kontrakten, i hvilken grad han er forpliktet til å overholde offentligrettslige reguleringer, og om det i det hele tatt foreligger motstrid mellom det han er forpliktet til i henhold til kontrakten og offentligrettslige reguleringer.

Det kan også oppstå problemstillinger i skjæringsfeltet mellom entrepriseretten og andre privatrettslige rettsområder, eksempelvis i tilfeller hvor entreprenørens kontraktsforpliktelser kommer i konflikt med privatrettslige lover. Spørsmålet i et slikt tilfelle vil være om entreprenøren, til tross for konflikten med den privatrettslige loven, likevel er forpliktet til å utføre det arbeid som følger av kontrakten.

Ser man disse spørsmålene i et rettighetsperspektiv fra entreprenørens side, blir den overordnede problemstillingen om entreprenøren kan nekte å utføre det arbeid han i utgangspunktet er forpliktet til etter avtalen når slik oppfyllelse vil innebære et brudd med andre regler.

2 Avgrensning og fremstillingen videre

Det vil i det videre bli avgrenset mot totalentrepriser ettersom problemstillingen synes mindre aktuell innenfor slike kontraktsforhold. Problemstillingen vil således knyttes opp mot utførel-

sesentrepriser og det vil tas utgangspunkt i at den siste utgaven av NS 8405¹⁰ er inntatt som en del av avtalen.

For å kunne ta stilling til om entreprenøren kan nekte å utføre arbeid som er i strid med andre regelverk, vil det være hensiktsmessig å først redegjøre for om han i det hele tatt er forpliktet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene og i tilfelle på hvilket grunnlag. Dersom en slik plikt foreligger vil det være naturlig å redegjøre for om det finnes unntak fra denne plikten og i tilfelle omfanget av et slikt unntak. Det naturlige utgangspunktet vil i den sammenheng være å ta utgangspunkt i standardens reguleringer, men ettersom det kan tenkes at denne må suppleres med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, vil det også bli redegjort for disse og i hvilken grad de kommer til anvendelse innad i et kontraktsforhold hvor NS 8405 er inntatt som en del av avtalen. Etter å ha etablert den generelle rammen av unntak fra naturaloppfylleelsesplikten vil spørsmål om entreprenørens nektingsadgang ved lovstridig arbeidsbeskrivelse bli plassert innenfor denne. Kan det identifiseres et rettslig grunnlag for et slikt fritak, vil det for å sette problemstillingen inn i en praktisk ramme bli gitt eksempler på situasjoner hvor en slik nektingsadgang kan komme på spissen.

Av språkmessige hensyn vil det varieres i bruken av begrepene naturaloppfyllelse, oppfyllelse eller oppfyllelse in natura, men innholdet er ment å være det samme. Det samme gjelder når det veksles mellom begrepene nektingsadgang og fritak fra naturaloppfylleelsesplikten.

3 De to hovedformene for entrepriser

Entrepriseavtaler kan deles inn i de to hovedformene utførelsesentreprise og totalentreprise. I en utførelsesentreprise står byggherren for prosjekteringen ved hjelp fra arkitekter og konsulenter og entreprenøren står for utførelsen av det prosjekterte. Er NS 8405 inntatt som en del av avtalen, vil det i henhold til dennes pkt. 19.2 første ledd være forutsatt en slik funksjonsfordeling mellom byggherre og entreprenør. Utførelsesentreprisen kan omfatte et helt byggeprosjekt, eller bare en del av det.¹¹

Dersom entreprenøren står for både prosjektering og utførelse, vil det være tale om en totalentreprise. I likhet med utførelsesentrepriser kan totalentrepriser dreie seg om alt arbeide ved oppføring av en boligblokk, eller bare installasjon av et ventilasjonsanlegg i nevnte bygg. Skillet mellom disse to formene for entrepriser går således ikke ut på hvor mye arbeid som skal utføres, men funksjonsfordelingen mellom entreprenør og byggherre. Etter sistnevnte

¹⁰ NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.

¹¹ Hagstrøm og Bruslerud (2014) s. 63.

entrepriseform vil totalentreprenøren i prinsippet ha risikoen for alle funksjonsfeil ved prosjekteringen.¹²

4 Kort om byggherrens arbeidsbeskrivelse

I entrepriseavtaler er det vanlig praksis å innta en standardkontrakt som regulerer partenes plikter i kontraktsforholdet. NS 8405 som ble vedtatt i 2004 er et eksempel på en slik kontrakt, men den vil vanligvis bare utgjøre rammeverket for kontraktsforholdet.¹³ Det er utviklet standarder for hvilke dokumenter som skal omfattes av en entrepriseavtale, som for eksempel NS 3450¹⁴. I dens andre del, «Kontraktsgrunnlaget», oppstilles de forpliktelser som påhviler partene på kontraktsinngåelsestidspunktet. Standardkontraktbestemmelser som eksempelvis NS 8405 er inntatt under NS 3450 dokumentgruppe B.1 *Alminnelige kontraktsbestemmelser*. Under dokumentgruppe C.2 *Teknisk beskrivelse* finner man arbeidsbeskrivelsen – altså hva entreprenøren i henhold til avtalen er forpliktet å utføre. Det er innholdet i disse to dokumentgruppene som i det videre vil være det sentrale.

Mens standardkontrakten inntatt under dokumentgruppe B.1 *Alminnelige kontraktsbestemmelser* ligger fast under hele kontraktsforholdet, er innholdet i dokumentgruppe C.2 *Teknisk beskrivelse* gjenstand for revidering underveis. Entrepriseretten har noen særtrekk som skiller den fra andre kontraktsrettslige områder, og den dynamiske struktur man finner i entrepriseretten er et av dens mest karakteristiske trekk. Til grunn for byggeprosessen ligger det en kontrakt som ofte strekker seg over et lengre tidsrom – gjerne flere år - hvor behov for nye løsninger og endrede forhold i mange tilfeller kan gjøre seg gjeldende underveis. Det kan være vanskelig og til dels umulig å forutse alle potensielle forhold på kontraktsinngåelsestidspunktet, de opprinnelige beskrivelsene og spesifikasjonene kan være ufullstendige eller byggherren kan rett og slett ombestemme seg underveis og ønske andre løsninger. Byggherren har derfor et kontraktsfestet rett til å pålegge entreprenøren endringer. Alternativet - avbestilling og inngåelse av ny kontrakt med ny entreprenør - ville vært fordyrende, tidkrevende og lite hensiktsmessig for byggherren. Entreprenøren er også tjent med å få beholde arbeidet og i stedet kompenseres for sine merkostnader og ytterligere nødvendige utførelsestid som følge av endringer og tilleggsarbeid gjennom vederlagsjustering etter NS 8405 pkt. 25.2 og fristforlengelse etter pkt. 24.1. I tiden mens kontraktsforholdet løper kan byggherren pålegge entreprenøren endringer, positive eller negative, samt tilleggsarbeider.

¹² Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 64.

¹³ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 151.

¹⁴ NS 3450:2014 Konkurransesgrunnlag for bygg og anlegg - Redigering og innhold.

Byggherrens adgang til å pålegge entreprenøren endringer eller tilleggsarbeid er imidlertid ikke ubegrenset. I NS 8405 punkt 22.1 og 22.2 oppstilles rammene for byggherrens kompetanse til å pålegge entreprenøren endringer. Punkt 22.1 første ledd oppstiller byggherrens rett til å kreve endringer, hvor endringer opptrer som en paraplydefinisjon for arbeid som defineres nærmere i punktets annet til fjerde ledd samt punkt 22.2. Denne begrensningen er med på å skape forutberegnelighet.

Byggherrens arbeidsbeskrivelse kan således enten springe ut av de opprinnelige beskrivelsene inntatt under eksempelvis NS 3450 dokumentgruppe C.2 *Teknisk beskrivelse*, eller i senere endringsordre gitt av byggherren.

5 Naturaloppfyllelse som hovedregel

5.1 Sondring mellom mangel og forsinkelse

Det bør bemerkes at dersom det foreligger en mangel kan realkreditor kreve retting, mens krav om naturaloppfyllelse er forbeholdt forsinkelsessituasjonene. I den sammenheng bør det påpekes at skillet mellom mangel og forsinkelse i entrepriseretten avviker noe fra den tradisjonelle kontraktsrettslige grensedragningen. Dette fordi det i en del situasjoner er like nærliggende å anse et byggverk som er mangelfullt som uferdig og således forsinket. NS 8405 punkt 32.5 oppstiller ulike situasjoner hvor byggherren kan nekte overtakelse og det er i henhold til standardens systematikk å således trekke grensen for hva som er en mangel og hva som er en forsinkelse i tråd med denne bestemmelsen. Foreligger det mangler av en slik karakter at byggherren kan nekte overtakelse, må dette sies å innebære forsinkelse fra entreprenørens side.¹⁵

5.2 Alminnelig kontraktsrett

Som tidligere antydnet er entreprenøren forpliktet til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. Denne plikten formuleres i kontraktsrettslig sammenheng gjerne som realdebitors naturaloppfyllelsesplikt, som kan sies å springe ut av selve kontraktsforpliktelsen. Det at realkreditor har krav på kontraktsmessig ytelse, eksempelvis et lysthus på vedkommendes landsted, er et resultat av det grunnleggende prinsipp om at avtaler skal holdes. For realkreditors del gir dette seg utslag i at han ved forsinkelse etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper som hovedregel har krav på naturaloppfyllelse - realdebitor kan ikke uforbeholdent la være å levere og henvise realkreditor til øvrige misligholdsbeføyelser.¹⁶ Dette utgangspunktet må sies å gjelde både ved krav på penger og ved krav på realytelser.¹⁷ Det alminnelige kontraktsrettsli-

¹⁵ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 363.

¹⁶ Hagstrøm (2011) s. 377.

¹⁷ Hagstrøm (2011) s. 378.

ge prinsipp om realdebitors retteplikt ved mangler kan også ses på som et uttrykk for at kontrakter skal holdes. Således kan denne plikten anses som et argument for at det må gjelde en tilsvarende plikt ved forsinkelse.

Man finner dette generelle prinsippet om rett til naturaloppfyllelse nedfelt i flere kontraktsrettslige lover. I kjøpsloven § 23 første ledd første punktum heter det at «[k]jøperen kan fastholde kjøpet og kreve oppfyllelse». En lignende bestemmelse finner man i håndverkertjenesteloven § 14 første ledd som også sier at forbrukeren har rett til å fastholde avtalen og kreve å få tjenesten utført. Og i avhendingslova¹⁸ § 4-2 første ledd første punktum finner man at «[k]jøperen kan halde fast ved avtala og krevje at seljaren oppfyller skyldnadene sine».

Kjøpsloven har dannet utgangspunktet for den nyere kontraktslovgivningen og fått virke i over 25 år. Det er derfor i kontraktsrettslig litteratur hevdet at lovens system gir uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.¹⁹ Gode grunner taler for å slutte seg til dette synspunktet; før vedtakelsen av kjøpsloven anså man i stor grad den tidligere kjøpsloven²⁰ som et uttrykk for gjeldende alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og dagens kjøpslov er i stor grad en videreføring av disse.²¹

5.3 Entrepriseretten

Når man befinner seg på et kontraktsrettslig område med deklarasjonsrettslige regler, er det avtalen partene imellom som er det naturlige utgangspunkt ved fastleggelse av plikter og rettigheter.²² På entrepriserettens område er det standardkontraktene som er inntatt i det konkrete avtaleforhold man først må se hen til når det kommer til spørsmål om byggherrens rett til naturaloppfyllelse. Man finner imidlertid ingen konkrete bestemmelser i standarden som fastlegger byggherrens rett på naturaloppfyllelse. Heller ikke i bustadoppføringslova finner man en bestemmelse som oppstiller en slik rett, men at dette generelle prinsippet også gjelder i de entrepriserettslige kontraktsforholdene har ifølge teorien blitt fastslått gjennom rettspraksis. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1972 s. 449 hadde en byggherre reist søksmål mot entreprenøren om et rettekraft, og spørsmålet om entreprenørens retteplikt for omstridte mangler kom på spissen. På side 455 uttaler Høyesterett:

«[Entreprenøren] har plikt til å undersøke forholdet så fort som mulig, og foreta omlegging dersom undersøkelsene ikke klarlegger at det er [byggherrens] feil som er årsaken.

¹⁸ Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.

¹⁹ Bruserud og Tvedt (2010) s. 434-435.

²⁰ Lov 24 mai 1907 nr. 2 om kjøb [opphevet]

²¹ Bruserud og Tvedt (2010) s. 435, Hagstrøm (2011) s. 521 flg.

²² Bruserud og Tvedt (2010) s. 432.

Dette følger av [entreprenørens] særlige sakkyndighet og ansvar og tilsies av det rent praktiske hensyn at det for [byggherren] vil være umulig eller vanskelig selv å utføre disse reparasjoner eller å få andre sakkyndige til å gjøre det.»

Ettersom krav på retting må anses som en videreføring av oppfyllelse *in natura*, kan dommen også sies å ha betydning for spørsmålet om byggherrens rett til naturaloppfyllelse og er således et viktig argument for at byggherren som hovedregel har rett til å kreve naturaloppfyllelse ved forsinkelse.²³

6 Unntak fra hovedregelen om naturaloppfyllelse

6.1 Unntak etter alminnelig kontraktsrettslige prinsipper

Realkreditors krav på naturaloppfyllelse i de tilfeller hvor kontrakten er av en slik art at den kan kreves oppfylt *in natura* er den klare hovedregel. I henhold til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper oppstilles det imidlertid to former for unntak fra denne hvor realdebitor likevel må være fritatt fra plikten til oppfyllelse *in natura*. Disse to formene omtales gjerne som hindring og misforholdsbegrensning. Som nevnt over anses kjøpsloven som et uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og vil således være et naturlig utgangspunkt når begrensningene i naturaloppfyllelesplikten skal fastlegges, selv om dens direkte anvendelse vil kunne variere fra rettsområde til rettsområde.

Hovedårsaken til at retten til naturaloppfyllelse er inntatt i kjøpsloven er ikke for å fastslå at kjøperen har rett til oppfyllelse, men snarere for å lovfeste unntakene som fremgår av kjøpsloven § 23 første ledd annet punktum.²⁴ Her fastsettes det at kjøperens krav på naturaloppfyllelse ikke gjelder dersom «det foreligger en hindring som selgeren ikke kan overvinne, eller for så vidt oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse i at selgeren oppfyller».

Det første unntaket omfatter de tilfeller hvor det foreligger en hindring som forhindrer realdebitor fra å oppfylle. Er oppfyllelse umulig å gjennomføre, eksempelvis dersom realytelsen er en antikk vase fra Ming-dynastiet og denne knuser før overlevering, er det klart at realdebitor er forhindret fra å oppfylle *in natura*. Men det er ikke bare tilfeller av fysisk umulighet som må sies å falle innunder hindringsunntaket, også de tilfeller hvor realdebitors naturaloppfyllelse innebærer oppofrelser av en slik dimensjon at han må anses forhindret fra å oppfylle må sies å falle innunder dette unntaket.²⁵ Kjøpslovens forarbeider presiserer dette:

²³ Hagstrøm (2011) s. 380, Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 347.

²⁴ Bergem (2012) note 113.

²⁵ Hagstrøm (2011) s. 384-385.

«Hindringen må altså være slik at selgeren ikke kan overvinne den. I dette ligger ikke noe krav om en absolutt umulighet. Men forholdene må være slike at selgeren i alle fall på kort sikt ikke kan overvinne dem uten helt spesielle vansker. På den annen side vil ikke enhver ekstra ulempe eller kostnad utgjøre noen hindring etter bestemmelsen. I utgangspunktet er det en ordinær plikt som følger av kjøpsforholdet at selgeren skal avhjelpe følgene av slike forhold som truer med å hindre oppfyllelsen. Det kan skje f eks ved at en ødelagt ting repareres eller erstattes med en annen. Så lenge vanskene kan unngås eller overvinnnes ved alternative forholdsregler, foreligger det ingen hindring i bestemmelsens forstand. Vanskene må altså være av kvalifisert art».²⁶

Eksempelvis kan vilkåret etter dette unntaket være oppfylt dersom kostnadene ved oppfyllelse er av en slik størrelse at realdebitor ikke har noen mulighet til å bære dem.

Videre fritas realdebitor fra sin naturaloppfylleelsesplikt dersom det må sies å foreligge et vesentlig misforhold mellom de oppofrelser han må tåle for at naturaloppfyllelse skal kunne skje og byggherrens interesse av oppfyllelse fra realdebitor. Dette beror således på en interesseavveining. Det følger av alminnelig kontraktsrettslige prinsipper at realdebitor ikke er forpliktet til oppfyllelse i de tilfeller hvor det vil være uforholdsmessig tyngende for ham. Det må foretas en interesseavveining hvor de nødvendige oppofrelser fra realdebitors side veies opp mot realkreditors interesse av oppfyllelse, og det er i hovedsak en verdimeslig vurdering av nødvendige tiltak som må foretas, men også andre forhold kan tas i betraktning.²⁷

Problemstillinger i tilknytning til disse to unntaksformene er i realiteten spørsmål om hvilke oppofrelser realdebitor må tåle i sin oppfyllelse av avtalen. I den alminnelige kontraktsretten taler man derfor i denne sammenheng gjerne om realdebitors «oppfyllesesterskler».²⁸ Hindringer utgjør således den absolutte grensen oppad for hva som kan forventes av oppofrelser fra realdebitors side i forbindelse med hans kontraktsoppfyllelse. Under denne øvre grensen finner man de forhold som til tross for at de ikke kan anses som hindringer likevel kan innebære fritak fra oppfylleelsesplikten grunnet en misforholdsbegrensning. Det bør i denne sammenheng bemerkes at en forsinket eller mangelfull ytelse fra realdebitors side etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper ikke blir kontraktsmessig som følge av at en oppfyllesesterskel må anses som overskredet.²⁹ Selv om realdebitor fritas fra plikten til å levere in natura, vil realkreditor kunne gjøre andre misligholdsbeføyelser gjeldende.

²⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66.

²⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66-67.

²⁸ Bruserud og Tvedt (2010) s. 430.

²⁹ Bruserud og Tvedt (2010) s. 436.

6.2 Unntak i entrepriser

Behandlingen av spørsmål om realdebitors naturaloppfylleelsesplikt har en noe annen innfallsvinkel enn i entrepriseretten. Som nevnt vil vurderingen etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper bestå i å fastsette hvilke oppførelser realdebitor må tåle for å oppfylle kontrakten in natura. I entrepriseretten vil vurderingen av entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt hovedsakelig bestå i risikoplassering av det forsinkende forhold.

Denne tilnærmingen til spørsmålet følger av den tredeling av det entrepriserettslige risikolandskapet som kontraktstandardene oppstiller³⁰ - henholdsvis byggherrerisiki, materialisering av risiki utenfor partenes kontroll og entreprenørrisiki - og konsekvensene av at et forhold plasseres innenfor ett av de respektive risikoområdene. Utgangspunktet i entrepriseretten er at en risiko som materialiserer seg innenfor partenes risikoområde, må de selv bære konsekvensene av. En kort redegjørelse for disse tre risikoområdene anses her påkrevet.

Materialiserer risikoen seg innenfor byggherrens risikoområde vil entreprenøren kunne få krav på fristforlengelse og vederlagsjustering etter henholdsvis NS 8405 pkt. 24.1 og 25.2. Pkt. 24.1 fastsetter at «[e]ntreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av» «endringer[...]», jf. bokstav a, «forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20», jf. bokstav b, eller «andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for», jf. bokstav c. Det oppstilles dermed to vilkår for fristforlengelse. For det første må det foreligge et forhold som faller innenfor byggherrens risikoområde, og for det andre må dette forholdet ha hindret fremdriften. Hindringsvurderingen etter pkt. 24.1 må også ses i sammenheng med entreprenørens alminnelige plikt til å i noen grad overvinne følger av materialisering av byggherrerisiki, jfr. NS 8405 pkt. 5 og pkt. 18. I henhold til denne bestemmelsen vil således entreprenørens oppfylleelsesplikt bortfalle i de tilfeller hvor det er tale om en hindring av fremdriften som byggherren må ha risikoen for.

Reguleringen av risikomaterialisering utenfor partenes kontroll finner man i NS 8405 pkt. 24.3. Den har klare likhetstrekk med den kontrollansvarsreguleringen som man finner igjen i den alminnelige kontraktsretten. Dersom «fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll» vil partene, herunder entreprenøren, ha rett på fristforlengelse, jf. første ledd. Bestemmelsen sier ikke noe om hvor omfattende hindringen må være for at entreprenøren etter denne bestemmelsen skulle kunne ha krav på fristforlengelse. Jeg vil i det videre ikke gå inn i en nærmere drøftelse av når disse vilkårene må anses oppfylt, men nevner kort

³⁰ Bruserud og Tvedt (2010) s. 433.

at det i henhold til teorien er hevdet at terskelen for å gi entreprenøren fristforlengelse ved risikomaterialisering utenfor partenes risikoområder må legges forholdsvis høyt.³¹ Det bør også bemerkes i denne sammenheng at selv om begrepet «hindres» benyttes i både pkt. 24.3 og 24.1 - og alminnelig tolkningssynspunkter taler for å tillegge dem samme innhold når de oppstilles innenfor samme kontraktsdokument – vil terskelen for når det foreligger hindring etter pkt. 24.3 måtte legges vesentlig høyere enn etter 24.1.³² Dette fordi det etter førstnevnte pkt. er tale om materialisering av rene byggherrerisiki og derfor ikke kan stilles like strenge krav til entreprenørens overvinnelsesplikt som ved materialisering av risiki utenfor partenes kontroll. I henhold til denne bestemmelsen vil entreprenørens oppfylleelsesplikt bortfalle dersom «fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll».

Materialiserer imidlertid risikoen seg innenfor entreprenørens risikoområde, har han ikke i noe tilfelle krav på slik fristforlengelse, jf. en antitetisk tolkning av den uttømmende oppstillingen av grunnlag for slik fristforlengelse som oppstilles i NS 8405 pkt. 24.1 og 24.3. Entreprenøren er derfor etter kontrakten forpliktet til å overholde de opprinnelige frister. Ettersom entreprenøren ved materialisering av risiko innenfor hans risikoområde ikke har krav på fristforlengelse, taler standardens system for at entreprenøren er forpliktet til å holde seg til de opprinnelige frister. Denne løsningen ville i praksis betydd at han ble pålagt et ubegrenset ressurspådrag og at han selv ikke i tilfeller hvor naturaloppfyllelse er fysisk umulig ville vært fritatt fra plikten til dette. Et slikt resultat kan ikke opprettholdes, og fravær av materiellrettslig begrensning ville uansett kunne møte prosessuelle utfordringer ved tvangsfullbyrdelsen, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven³³ § 13-8 fjerde ledd, jf. 13-14 tredje ledd.

Motsatt resultat, at standardens manglende regulering av naturaloppfylleelsesplikten må innebære at byggherren ikke har noe krav på slik oppfyllelse med henvisning til at standardens oppstilling av byggherrens misligholdsbeføyelser er uttømmende, vil heller ikke kunne opprettholdes. Dette fordi naturaloppfylleelsesplikten ikke bare kan ses som en misligholdssanksjon, men også som en plikt som springer ut av selve kontraktsforholdet.³⁴

Når kontrakten ikke løser spørsmålet vil det naturlige være å utfylle kontrakten med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. En slik adgang legges til grunn av Lilleholt i forbindelse med bustadoppføringslovas manglende regulering av entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt. Han utfyller i dette tilfellet med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.³⁵ Gode grunner

³¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 220.

³² Bruserud og Tvedt (2010) s. 441

³³ Lov 26 juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

³⁴ Bruserud og Tvedt (2010) s. 445.

³⁵ Lilleholt (2001) s. 118-119.

taler derfor for at det også i forbindelse med NS 8405 må kunne ses hen til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper når spørsmål ikke reguleres i kontrakten eller følger av alminnelige entrepriserettslige prinsipper.³⁶

I den sammenheng kan de alminnelige kontraktsrettslige reglene om fritak fra oppfyllelse, som redegjort for under punkt 6.1, komme til anvendelse. Jeg går ikke inn i en videre drøftelse av når entreprenøren etter disse reglene må sies å kunne fritas fra sin plikt til naturaloppfyllelse.

6.3 Nektingsadgangen i NS 8405

Når entreprenøren nekter å utføre arbeid og således kommer i forsinkelse, er dette i utgangspunktet materialisering av en entreprenørrisiko; han har selv valgt ikke å utføre arbeidet. Han vil således etter standarden ikke ha krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering, jf. det over, og forsinkelse vil derfor medføre et kontraktsbrudd fra entreprenørens side.

I NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd oppstilles det imidlertid et unntak fra entreprenørens naturaloppfyllelsesplikt:

«Entreprenøren har rett til å nekte å utføre arbeid som ville være i strid med offentligrettslige krav stilt i lov eller i medhold av lov».

I henhold til standarden vil altså forsinkelse som følge av entreprenørens nektning av å utføre «arbeid som ville være i strid med offentligrettslige krav» ikke medføre et kontraktsbrudd fra hans side. Det blir hevdet i teorien at denne «bestemmelsen innebærer at det vil være kontaktstridig å pålegge entreprenøren å utføre arbeid som er i strid med offentligrettslige lover og forskrifter»,³⁷ men etter ordlyden er det mer naturlig å se det slik at pålegg om arbeid i strid med offentligrettslige krav medfører en nektingsadgang for entreprenøren som avskjærer byggherrens adgang til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, ikke et kontraktsbrudd fra byggherrens side. Nektingsadgangen i pkt. 12.1 annet ledd er således et kontraktsfestet unntak fra den generelle naturaloppfyllelsesplikten.

En annen praktisk betydning ved innlemmelsen av en slik nektingsadgang i kontrakten er at forsinkelse som følge av at entreprenøren nekter å utføre arbeid med henvisning til at byggherrens arbeidsbeskrivelse har innhold som strider med offentligrettslige krav, må anses som en materialisering av byggherrrisiko. Dette må sies å følge av den tidligere nevnte risikofor-

³⁶ Bruserud og Tvedt (2010) s. 446

³⁷ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2010) s. 157.

delingen som standardens system legger opp til. Når det foreligger en nektingsadgang etter pkt. 12.1 og byggherren pålegger entreprenøren å utføre arbeid han i henhold til kontrakten kan nekte å utføre, må byggherren selv bære risikoen for dette. Dette må sies å følge av NS 8405 pkt. 24.1. Bestemmelsen oppstiller vilkårene for entreprenørens rett til fristforlengelse, men sier ikke noe nærmere om hvilke hindringer «byggherren har risikoen for» etter bokstav c. Man må således ha et rettslig grunnlag for å kunne trekke forhold innunder denne bestemmelsen og plassere dem på entreprenørens risikoområde. Pkt. 12.1 annet ledd er et slikt grunnlag og må innebære at entreprenøren har rett til fristforlengelse i de tilfeller hvor «fremdriften hindres» som en følge av at entreprenøren er pålagt arbeid som strider med offentligrettslige krav, jf. NS 8405 pkt. 24.1 bokstav c. Det ville være lite hensiktsmessig om entreprenøren skulle gis en rett til å nekte å utføre slikt arbeid, men samtidig måtte bære risikoen for forsinkelse som følge av nektingen. Nektingsadgangen i pkt. 12.1 annet ledd ville i tilfelle vært forholdsvis innholdsløs. Ved å oppstille denne nektingsadgangen i pkt. 12.1 annet ledd, definerer man altså samtidig et forhold – byggherrens lovstridige arbeidsbeskrivelser - som alltid skal plasseres innenfor byggherrens risikoområde. Hindres fremdriften av dette vil det derfor kunne gi rett til fristforlengelse, jf. pkt. 24.1 bokstav c. På samme grunnlag vil entreprenøren også kunne ha rett på vederlagsjustering etter pkt. 25.2 bokstav c.

Gjennom å innta en slik bestemmelse i standarden unngår man også potensielle problemstillinger i tilknytning til en normkonflikt mellom de privatrettslige entreprisereglene og offentligrettslige krav. Entreprenørens offentligrettslige plikt inntas som en del av de privatrettslige kontraktsbestemmelsene og gis forrang fremfor byggherrens interesse av oppfyllelse. Vurderingstemaet i forbindelse med anvendelse av denne bestemmelsen vil derfor kun være om byggherren har pålagt entreprenøren å utføre noe i strid med offentligrettslige krav eller ikke.

6.4 Hensynet bak NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd

Hensynet og tankegangen bak nektingsadgangen i NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd forstås best om man ser den i sammenheng med kontraktsbestemmelsens første ledd, samt ansvarsreglene i pbl.

Pbl. oppstiller kvalitets- og utførelseskrav i forbindelse med oppføring av byggverk. Disse reglene regulerer i utgangspunktet ikke forholdet mellom partene, men partenes forhold til de offentlige bygningsmyndigheter. Gjennom NS 8405 pkt. 12.1 kommer disse reglene allikevel til anvendelse innad i kontraktsforholdet ettersom entreprenøren er forpliktet til å overholde krav som følger av offentligrettslige regler, herunder pbl., etter første ledd. Dette har en klar side til det ansvar entreprenøren også har overfor offentlige myndigheter, som for eksempel plan- og bygningsetaten.

Ansvarsreglene i byggesaker er nedfelt i pbl. kapittel 23. Disse reglene er en videreføring av en ansvarsordning som ble inntatt i plan- og bygningsloven 1985 etter den såkalte byggesaksreformen i 1997. Bakgrunnen for dette var at byggkvaliteten generelt ikke opplevdes som tilfredsstillende. Tidligere hadde tiltakshaveren vært den ansvarlige overfor bygningsmyndighetene, men med de nye reglene ble dette ansvaret flyttet over på foretakene i byggesaken. I stedet for kommunal bygningskontroll ble det innført en ordning hvor kontrollen ble lagt til foretakene, enten ved egen- eller uavhengig kontroll.³⁸ Foretakene må etter nye regler godkjennes og en sentral godkjenningssystem ble i denne sammenheng opprettet.

I lovens § 23-1 første ledd oppstilles det et krav om at det «[i] tiltak etter § 20-1 første ledd bokstavene a til l skal [...] være ansvarlige for søknad, prosjektering, utførelse og kontroll. Ansvarlige i byggesaker innestår for at tiltaket blir i samsvar med krav gitt i eller i medhold av denne lov.» Det forutsettes i det videre at vi har å gjøre med et tiltak som faller innunder tiltakene oppstilt i § 20-1 første ledd bokstav a til l og dermed krever ansvarlige foretak, jfr. § 23-1 første ledd. I en utførelsesentreprise vil entreprenøren typisk være ansvarlig for «utførelse», jfr. § 23-1 første ledd. § 23-6 første ledd sier om ansvarlig utførende: «Ansvarlig utførende har ansvar for at tiltaket utføres på grunnlag av og i samsvar med prosjekteringen, og i samsvar med krav eller tillatelser til utførelsen gitt i eller i medhold av denne lov.»

Det er ansvarlig prosjekterende som har hovedansvaret for at det arbeid som skal utføres er i tråd med de gitte tillatelser og offentlige pålegg generelt. I en utførelsesentreprise vil dette typisk være byggherren. Den ansvarlig utførende entreprenøren har likevel i henhold til § 23-6 første ledd en aktsomhetsplikt. Dette innebærer at dersom han oppdager eller burde oppdagget avvik mellom prosjekteringsgrunnlaget og de krav som stilles i tillatelsen eller plan- og bygningslovgivningen ellers, må han varsle et av de andre ansvarlige foretakene, eller i ytterste konsekvens kommunen. Aktsomhetsplikten innebærer at ansvarlig utførende må sette seg inn i de tillatelser og eventuelle dispensasjoner som er gitt, samt de krav som følger av regelverket for øvrig, og sammenholde disse med prosjekteringsgrunnlaget.³⁹

Dersom den ansvarlig utførende entreprenøren ikke overholder de regler som oppstilles i pbl. eller i medhold av loven, risikerer han å miste ansvarsretten, jf. pbl. §§ 22-2 og 22-4.

Entreprenøren som ansvarlig utførende foretak er etter disse reglene forpliktet overfor bygningsmyndighetene til å overholde de reguleringer som følger av plan- og bygningslovgivningen, men han er også i henhold til standarden forpliktet til det samme overfor byggherren.

³⁸ St.prp. 69 (1998-1999) pkt. 12.1.

³⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling s. 330.

NS 3401⁴⁰ ble vedtatt i 1969 og i dens punkt 14.2 het det at:

«Entreprenøren er forpliktet til, også overfor byggherren, å sørge for at de offentlige forskrifter som gjelder for hans arbeid og for forholdene på byggeplassen, blir overholdt».

Da NS 3430⁴¹ ble vedtatt i 1994 ble denne plikten videreført i punkt 6.1:

«Entreprenøren skal overholde de lover, de offentlige forskrifter og vedtak som gjelder for hans arbeid og for forholdene på byggeplassen.»

Utover at det presiseres at plikten gjelder for begge parter, ble prinsippet videreført i NS 8405 punkt 12.1 første ledd som sier:

«Begge parter skal overholde de lover, offentlige forskrifter og vedtak som gjelder for deres kontraktsforpliktelser og for forholdene på byggeplassen.»

Avtalen kan nødvendigvis ikke regulere partenes forhold til bygningsmyndighetene, men partenes forhold utad til offentlige myndigheter er ment å skulle kunne få konsekvenser innad i kontraktsforholdet. Dersom entreprenøren ignorerer en regulering av HMS-forholdene på byggeplassen, vil det kunne medføre sanksjoner fra offentlige myndigheter som f.eks. Arbeidstilsynet og politiet, noe som kan forsinke fremdriften og på den måten ramme også byggherren. Behovet for en slik kontraktsbestemmelse gjør seg derfor sterkt gjeldende og gjør at manglende overholdelse av offentlige pålegg i seg selv kan innebære kontraktsbrudd. Således kan brudd på denne plikten eksempelvis - dersom de øvrige vilkår er oppfylt - føre til heving av kontrakten.⁴²

Tilsynelatende kan det virke som om entreprenørens plikt overfor offentlige myndigheter ikke kan komme på kant med hans forpliktelser overfor byggherren ettersom sistnevnte forpliktelser generelt henviser til førstnevnte. Når man leser pkt. 12.1 første ledd kan man derfor ved første øyekast også få et inntrykk av at kontraktsbestemmelsens annet ledd er overflødig; offentligrettslige krav vil bli overholdt, jf. første ledd, og en nektingsadgang virker derfor upraktisk. Pkt. 12.1 første ledd etablerer imidlertid ingen rett for entreprenøren til å overholde offentligrettslige krav, kun en plikt i forholdet til byggherren som han kan gjøre gjeldende

⁴⁰ NS 3401:1969 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.

⁴¹ NS 3430:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

⁴² Sandvik (1977) s. 147.

overfor entreprenøren. Pliktens omfang etter første ledd er avhengig av byggherrens arbeidsbeskrivelser. En generell henvisning til lover, offentlige forskrifter og vedtak har i tilknytning til entreprenørens plikter liten verdi når det kommer til eksempelvis bygningsmessige krav i de tilfeller hvor byggherrens prosjektering er såpass detaljert at entreprenøren i liten grad er gitt noen valgmulighet. En slik henvisning kan bare få selvstendig betydning for entreprenørens plikt der hvor det i kontrakten er overlatt til entreprenøren å foreta valg.⁴³ Dette har sammenheng med den tidligere nevnte risikofordeling det opereres med innenfor entreprisretten og som gjenspeiles i NS 8405.⁴⁴

Entreprenøren kan ikke ved en slik generell henvisning som den i pkt. 12.1 første ledd anses å ha påtatt seg risikoen for at byggingen - slik det er prosjektert - kan gjennomføres, eller for eventuelle merkostnader og tidsforbruk dersom det blir nødvendig med endringer i forhold til det prosjekterte - eksempelvis grunnet at arbeidsbeskrivelsen strider med kravene i plan- og bygningslovens. Byggherren kan således ikke gjøre gjeldende at entreprenørens arbeid medfører et kontraktsbrudd når byggherren selv har stått for prosjekteringen av de lovstridige løsningene. Samtidig kan ikke entreprenøren for sin frifinnelse vise til bygningsmyndighetenes godkjenning og ferdigattest dersom det er avvik mellom arbeidsgrunnlaget utarbeidet av byggherren og det faktisk utførte arbeid. Dette illustrerer hvordan de privatrettslige entreprisreglene og de offentligrettslige plan- og bygningsreglene i stor grad operer på hvert sitt felt og at kontraktsbestemmelsene går foran plan- og bygningslovens krav innad i kontraktsforholdet.⁴⁵

Kontraktsbestemmelsens første ledd må derfor ses i sammenheng med de prosjekterte løsninger som er levert av byggherren. Entreprenørens offentligrettslige plikter etter pkt. 12.1 første ledd reduseres proporsjonalt med arbeidsbeskrivelsens lovstridige innhold. Entreprenørens plikt overfor bygningsmyndighetene vil likefullt bestå. Dette gjør at nektingsadgangen etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd praktisk sett er svært viktig. Entreprenøren ville løpt en stor risiko dersom han etter kontrakten var pliktig å sette sine offentligrettslige plikter til side og etterfølge byggherrens instruksjoner. Tilbaketrekking av ansvarsretten etter pbl. §§ 22-2 og 22-4 er bare en av flere konsekvenser entreprenøren ville risikert. De øvrige sanksjoner han vil kunne risikere kommer jeg tilbake til i de sammenhenger hvor disse gjør seg gjeldende.

6.5 Nektingsadgang ved brudd på privatrettslige regler

NS 8405 pkt. 12.1. annet ledd oppstiller en nektingsadgang for entreprenøren dersom byggherren pålegger ham å utføre arbeid som er i strid med «offentligrettslige krav». Ordlyden

⁴³ Sandvik (1966) s. 213.

⁴⁴ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 190. flg.

⁴⁵ Sandvik (1966) s. 384.

utelukker således at entreprenøren med henvisning til denne bestemmelsen kan nekte å utføre arbeid som er i strid med privatrettslige lover. I teorien blir det imidlertid hevdet at entreprenøren også må kunne nekte å utføre arbeid som bryter med slikt regelverk, men dette begrunnes ikke nærmere.⁴⁶ Ettersom ordlyden i NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd eksplisitt nevner offentligrettslige krav, er det lite trolig at denne kontraktsbestemmelsen kan benyttes som rettslig grunnlag for en nektingsadgang ved arbeidsbeskrivelser som strider med privatrettslige lover. Grunnlag for slik nekting må således søkes et annet sted.

Standarden oppstiller ingen annen nektingsadgang enn den i pkt. 12. 1 annet ledd og kontrakten må derfor utfylles med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

I henhold til den tradisjonelle læren om fritak fra plikten til naturaloppfyllelse i kontraktsforhold, må spørsmålet sies å innebære en vurdering av om det faktisk at arbeidsbeskrivelsen er i strid med andre privatrettslige regler er en hindring som medfører at entreprenøren ikke er forpliktet til å oppfylle.

Hagstrøm hevder at realdebitor ikke kan pålegges å «oppfylle in natura når det foreligger rettslig umulighet, eksempelvis at det er ulovlig å oppfylle avtalen, at oppfyllelse er straffbart, eller at selger av en fast eiendom ikke har grunnbokshjemmel eller ikke er eier». Dommen inntatt i Rt. 1911 s. 684 er et eksempel på det sistnevnte, nemlig at selger av en fast eiendom verken hadde grunnbokshjemmel til eller var de facto eier av denne.⁴⁷ Kjøper kunne således ikke kreve oppfyllelse.

Hensynet bak en slik regel begrunnes imidlertid ikke nærmere av Hagstrøm. Marthinussen, Giverholt og Arvesen sier i sin kommentar til NS 8405 i forbindelse med brudd på offentligrettslige krav at entreprenørens nektingsadgang er kontraktsfestet i pkt. 12.1 annet ledd fordi det kan få store konsekvenser for ham dersom han skulle være nødt til å etterfølge byggherrens pålegg i alt og ett. De nevner spesielt entreprenørens ansvar overfor bygningsmyndighetene, faren for å miste ansvarsretten og at han kan komme i erstatnings- og straffeansvar.⁴⁸ Det er altså konsekvensene for entreprenøren som er det sentrale hensynet bak nektingsadgangen etter NS 8405 pkt. 12.1. annet ledd. Selv om en del av de nevnte konsekvenser knytter seg til offentligrettslige krav, er det mye som taler for å vurdere nektingsadgang ved arbeidsbeskrivelser som strider med privatrettslige lover på samme måte. Spørsmålet om entreprenøren kan nekte å utføre arbeid som strider med privatrettslige lover må således bero på en vurdering av hvilke konsekvenser det vil kunne ha for ham dersom han blir pålagt å oppfylle og om disse

⁴⁶ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2010) s. 157.

⁴⁷ Hagstrøm (2011) s. 384.

⁴⁸ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2010) s. 157-158.

konsekvensene således må sies å innebære en hindring fra å kunne oppfylle in natura, jf. alminnelige kontraktsrettslige prinsipper

I likhet med nektingsadgangen etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd, vil også en nektingsadgang på bakgrunn av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper gi entreprenøren rett på fristforlengelse etter pkt. 24.1 bokstav c og vederlagsjustering etter pkt. 25.2 bokstav c.

7 Typetilfeller av brudd på andre regler

7.1 Arbeidsbeskrivelsens brudd på krav om universell utforming

Plan- og bygningsloven oppstiller et rammeverk for hva prosjekteringen kan inneholde av arbeid og setter vilkårene for at de offentlige bygningsmyndighetene skal kunne gi tillatelse til at arbeidet iverksettes. Når søknadsprosessen er gjennomført og igangsettingstillatelse er gitt, kan det tenkes at byggherren ønsker andre løsninger enn det som ble dokumentert i søknaden i henhold til pbl. § 21-2. Entreprenørens nektingsadgang etter NS 8405 pkt. 12.1 vil da bero på en vurdering av om byggherrens endring medfører en lovstridig løsning, noe som vil kunne være en sammensatt øvelse og således viser at nektingsadgangen er svært generelt utformet og kan by på tolkningsproblemer.

Pbl. § 29-3 oppstiller en generell regel vedrørende krav til universell utforming. Bestemmelsens første ledd annet punktum sier at tiltak som omfatter «arbeidsbygg skal være universelt utformet i samsvar med forskrift gitt av departementet». I henhold til forarbeidene innebærer kravet om universell utforming at «hovedløsningen er utformet slik at den kan brukes av flest mulig på en likeverdig måte».⁴⁹ Pbl. § 29-3 er i all hovedsak en forskriftshjemmel og de nærmere krav til universell utforming oppstilles i byggt teknisk forskrift.⁵⁰ Formålsbestemmelsen i byggt teknisk forskrift § 1-1 sier at den skal «sikre at tiltak planlegges, prosjekteres og utføres ut fra hensyn til [...] universell utforming [...]».

Begrepet universell utforming er en rettslig standard som innholdsmessig endrer seg «over tid i takt med samfunnsutviklingen»,⁵¹ men man finner en definisjon i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven⁵² § 13 andre ledd. Her sies det at det med universell utforming menes «utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene [...] slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig» - ikke helt ulik den definisjonen som ble oppstilt i forarbeidene. Hva som ligger i kravet til universell utforming og hva som skal til

⁴⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 342.

⁵⁰ Forskrift om tekniske krav til byggverk.

⁵¹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 203.

⁵² Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

for at det må anses oppfylt er det med andre ord vanskelig å si noe mer konkret om - det må vurderes konkret i hvert enkelttilfelle.

Dersom byggherren og entreprenøren har inngått kontrakt om oppføring av et kontorbygg og det i den anledning skal anlegges et utendørs oppholdsareal i tilknytning til bygget hvor byggherren i sin arbeidsbeskrivelse har pålagt entreprenøren å lage en gangvei fra byggets hovedinngang til oppholdsarealet, kan entreprenøren gjøre sin nektingsadgang etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd gjeldende dersom arbeidsbeskrivelsens innhold strider med det som følger av kravene til universell utforming når det gjelder adkomst til slike oppholdsarealer. Byggherren kan ha overholdt alle krav til slike adkomster i sin søknad, men det kan tenkes at han i etterkant oppdager forhold, eksempelvis ved terrenget, som gjør at han underveis endrer de tekniske beskrivelsene, noe som kan by på en utfordring for entreprenøren når grensen for ulovlig arbeid skal trekkes.

Byggteknisk forskrift § 8-7 oppstiller krav til utforming av gangatkomst til «uteoppholdsareal med krav om universell utforming», jfr. første ledd første punktum. I forskriftens § 8-2 første ledd bokstav d sies det at uteareal for arbeidsbygning skal være universelt utformet «slik det følger av bestemmelsene i forskriften». Og av § 8-1 annet punktum fremkommer det at det med uteareal blant annet siktes til «uteoppholdsareal i tilknytning til byggverk». Dersom byggherren har pålagt entreprenøren å lage gangatkomst til uteareal i tilknytning til et utendørsområde som er ment som et oppholdsareal i tilknytning til kontorbygget, faller dette arbeidet innunder kravet om universell utforming i henhold til byggteknisk forskrift § 8-7.

Forskriftsbestemmelsens første ledd første punktum sier at slik gangatkomst skal være «trinnfri». Har byggherren i den opprinnelige arbeidsbeskrivelsen overholdt dette kravet, men senere ved en endringsordre tegnet inn en trappeatkomst, er det derfor lite tvilsomt at entreprenøren kan nekte å utføre arbeidet i henhold til NS 8405 pkt. 12.1. annet ledd, selv om det også i slike tilfeller kan tenkes unntak. Disse unntakssituasjonene kommer jeg tilbake til.

Det oppstilles videre en del begrensninger i forbindelse med stigning, krav om hvileplan, samt krav til bredde, tverrfall, dekke og avgrensing. Pålegger byggherren entreprenøren å anlegge en gangatkomst i strid med disse kravene, vil det kunne gi ham rett til å nekte å utføre arbeidet. Det er imidlertid mange forhold som må tas i betraktning ved vurderingen av om gangatkomst til uteoppholdsareal er i strid med kravene om universell utforming eller ikke.

§ 8-7 fjerde punktum fastsetter at «[d]er det er flere uteoppholdsareal med samme funksjon, skal minst ett av disse ha gangatkomst som oppfyller kravene». Med «kravene» siktes det til de krav som oppstilles i første til tredje punktum. Dersom det i tilknytning til kontorbygget er laget to uteoppholdsareal og en annen entreprenør allerede har anlagt gangatkomst til det ene i

henhold til kravene i § 8-7 første til tredje punktum, kan ikke entreprenøren nekte å anlegge gangadkomst til det andre uteoppholdsarealet med henvisning til kravene i § 8-7 første til tredje punktum. Det oppstilles imidlertid et krav om at «øvrig gangadkomst skal ha stigning maksimum 1:10», jfr. femte punktum. Dette innebærer at selv om gangadkomsten til det ene uteoppholdsarealet er i henhold til § 8-7 første til tredje punktum, kan entreprenøren nekte å anlegge en gangadkomst til det andre uteoppholdsarealet dersom byggherren ved endringsordre har lagt opp til en stigning større enn 1:10.

Entreprenørens nektingsadgang avhenger også av om de to uteoppholdsarealene har «samme funksjon», jfr. bestemmelsens fjerde punktum. I Direktoratet for Byggkvalitets Veiledning om tekniske krav til byggverk uttaler direktoratet at funksjonen ikke bare må være den samme, men utformingen kan heller ikke være svært forskjellige før de ikke lenger omfattes av bestemmelsens fjerde og femte punktum. Det nevnes som et eksempel at selv om begge uteoppholdsarealene har en lekeplassfunksjon, vil gangadkomsten ikke kunne ha større stigning enn 1:20 til noen av arealene dersom det var huskestativ på den ene plassen og sandkasse på den andre.

Overfører man dette synspunktet til et kontorbygg med to uteoppholdsarealer med en tiltenkt rekreasjonsfunksjon hvor det bare på den ene plassen er anlagt sitteanretninger, vil entreprenøren trolig kunne nekte å anlegge gangadkomst med stigning større enn 1:20 til plassen med sitteanretninger, selv om kravene etter første til tredje punktum er overholdt i tilknytning til plassen uten sitteanretninger. Selv om veiledningen ikke sier noe om dette, vil entreprenøren trolig ikke kunne nekte å anlegge gangadkomst med stigning begrenset til 1:10 til plassen uten sitteanretninger dersom gangadkomsten til plassen med sitteanretninger overholder kravene etter første til tredje punktum. Dette fordi funksjonsvilkåret etter fjerde punktum er oppfylt og – så sant de utover sitteanretningene er helt identiske – tilgjengeligheten til det mest attraktive uteoppholdsarealet er ivaretatt.

Annerledes ville det nok stilt seg dersom begge arealene hadde sitteanretninger, men at det på det ene arealet var vanlige parkbenker, mens det på det andre arealet var høyere «barkraker». Funksjonsvilkåret ville fremdeles vært oppfylt, men entreprenøren kunne trolig ha nektet å anlegge gangadkomst som ikke oppfylte kravene til § 8-7 første til tredje punktum til begge arealene, med henvisning til at uteoppholdsarealene fremstår som for forskjellige, jfr. Direktoratet for Byggkvalitets Veiledning om tekniske krav til byggverk.

Eksempelet viser at vurderingen av om byggherrens arbeidsbeskrivelse er i strid med offentligrettslige krav kan være en sammensatt øvelse hvor resultatet ofte ikke er gitt på forhånd. Man kan enkelt se for seg at det vil kunne oppstå uenighet mellom partene om byggherrens arbeidsbeskrivelse i tilknytning til gangadkomsten er i strid med kravene til universell utfor-

ming eller ikke, spesielt når man er overlatt til skjønnsmessige vurderinger av om to uteoppholdsarealer fremstår som for forskjellige til at man er innunder kravet i byggt teknisk forskrift § 8-7 fjerde og femte punktum.

Ytterligere vil vurderingen av om arbeidsbeskrivelsen er lovstridig kunne kompliseres ved at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 tredje ledd første punktum overfor offentlige og private virksomheter oppstiller et unntak fra kravet om universell utforming dersom det medfører en «uforholdsmessig byrde» for virksomheten. Ved denne vurderingen skal det i henhold til bestemmelsens tredje ledd annet punktum «særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, hvorvidt virksomhetens alminnelige funksjon er av offentlig art, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn».

I eksempelet med gangatkomst til uteoppholdsareal i tilknytning til byggverk, kan man tenke seg at en universelt utformet gangatkomst vil kunne være uforholdsmessig dyr å anlegge fordi terrenget er av en slik art at det må en omfattende konstruksjon til for å innfri kravet. Dersom byggherren ved endringsordre gir entreprenøren en arbeidsbeskrivelse som objektivt sett avviker fra kravene til universell utforming etter byggt teknisk forskrift, kan det tenkes at hans nektingsadgang etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd allikevel er avskåret grunnet forhold i det konkrete tilfellet som innebærer at kravene til universell utforming i byggt teknisk forskrift kan tilsesettes, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 tredje ledd første punktum.

Vurderingen av entreprenørens nektingsadgang etter pkt. 12.1 er således sammensatt og potensielt vanskelig, noe som må sies å kunne påvirke bestemmelsens verdi. I tilfeller hvor byggherrens arbeidsbeskrivelse opplagt er i strid med offentligrettslige krav, vil den likevel kunne ha stor betydning. Men i de tilfeller hvor lovstridigheten beror på en sammensatt og komplisert vurdering og hvor utfallet til syvende og sist er usikkert, vil bestemmelsen måtte sies å være av mindre betydning.

7.2 Arbeidsbeskrivelsens brudd på HMS-regler

I mange tilfeller vil det kunne være selve utførelsen av arbeidet som er i strid med offentligrettslige krav, ikke det fysiske resultatet. Byggherreforskriften⁵³ oppstiller og fordeler ansvar for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø, gjerne forkortet til HMS, i forbindelse med bygge- og anleggsarbeid. Forskriftens kapittel 2 oppstiller byggherrens plikter og gir ham ansvar for ivaretagelsen av HMS fra planleggingsstadiet, gjennom utførelsen og helt frem til ferdigstillelse.

⁵³ Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser.

God fremdrift er ikke bare i entreprenørens interesse; også byggherren er tjent med at byggearbeidet utvikler seg i tråd med fremdriftsplanen. Man kan derfor tenke seg at byggherren i sin iver etter å få avsluttet arbeidene, går på kompromiss med sine plikter til overholdelse av HMS-kravene etter byggherreforskriften. Eksempelvis kan dette skje ved at han i sin arbeidsbeskrivelse oppstiller detaljerte angivelser av hvordan selve utførelsen av arbeidet skal gjennomføres, og at dette strider med krav til helse, arbeidsmiljø og sikkerhet.

Byggherreforskriftens § 9 bokstav g sier at byggherren særlig skal stille krav om «lagring, håndtering og fjerning av avfall og farlige materialer». Selv om byggherreforskriften ikke oppstiller noen nærmere definisjon av hva som etter forskriften skal regnes som «farlige materialer», er det å anta at asbest faller innunder denne kategorien. Forskrift om utførelse av arbeid⁵⁴ oppstiller i § 1-4 nr. 5 definisjonen av asbest.⁵⁵

Etter forskrift om utførelse av arbeid § 4-1 er det i utgangspunktet forbudt å bruke og håndtere asbest, med unntak av i de tilfeller som nevnes i § 4-2, herunder «riving, reparasjon og vedlikehold av asbestholdig materiale, herunder håndtering av asbestholdig avfall fra slikt arbeid», jfr. bestemmelsens bokstav a.

Det er ikke uvanlig at husfasader, som ble bygget før man ble oppmerksom på helsefaren ved asbest, er dekket med eternittplater. Disse inneholder asbest og må behandles varsomt når de fjernes i forbindelse med omkledning av fasade. Forskrift om utførelse av arbeid § 4-14 sier at «[a]sbest og asbestholdige materialer skal fjernes og det skal utføres etterkontroll i henhold til § 4-17 før annet rivingsarbeid påbegynnes».

Etter forskriftens § 1-3 første ledd skal entreprenøren sørge for at bestemmelsene i denne blir gjennomført. Han er således ansvarlig overfor Arbeidstilsynet for at disse kravene blir overholdt, herunder kravet om i størst mulig grad å begrense antall arbeidstakere som blir eksponert for asbest, jfr. § 4-7 bokstav a. Forskriften § 32-1 sier at forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskriften er straffbart i henhold til arbeidsmiljøloven⁵⁶ kapittel 19. Arbeidsmiljøloven § 19-1 første ledd sier at forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelser gitt i medhold av loven, kan straffes med både bøter og fengsel inntil tre måneder. Foreligger det særlig skjerpene omstendigheter kan det utmåles fengsel inntil to år, jfr. annet ledd.

⁵⁴ Forskrift om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav.

⁵⁵ «[D]e fibrøse, krystallinske silikatmineralene krysotil (hvit asbest), krokidolitt (blå asbest), amositt (brun asbest), antofyllittasbest, tremolittasbest og aktinolitbasbest».

⁵⁶ Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Det kan tenkes at byggherren av økonomiske årsaker ønsker å utsette fjerningen av asbesten til ytterligere rivingsarbeid er utført, slik at mer avfall kan fjernes samtidig. I et slikt tilfelle vil nok entreprenøren som regel motsette seg dette, og det er liten tvil om at tilfellet i dette eksempelet omfattes av entreprenørens nektingsadgang i NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd.

Man kan imidlertid tenke seg situasjoner hvor det vil kunne være mer tvilsomt om entreprenøren kan nekte å utføre arbeidet i henhold til pkt. 12.1 annet ledd. Forskrift om utførelse av arbeid § 4-7 sier at arbeidstakerne skal eksponeres så lite som mulig for asbest, og oppstiller tiltak som særlig skal gjennomføres for å oppnå dette. Bestemmelsens bokstav a sier at «antall arbeidstakere som blir eller kan bli eksponert for støv med asbestfiber skal begrenses mest mulig». Det kan tenkes at byggherren og entreprenøren vil kunne være uenige om hvor mange arbeidstakere som kreves for å gjennomføre arbeidet i henhold til fremdriftsplanen - byggherren mener det kreves tolv personer, mens entreprenøren mener det er tilstrekkelig med åtte - og at entreprenøren motsetter seg å bruke det antall arbeidstakere byggherren forventer.

I henhold til forskriftens § 4-3 skal virksomheter som skal utføre arbeid med asbestholdig materiale søke om tillatelse til dette fra Arbeidstilsynet. Videre oppstilles det i forskriftens § 4-5 krav om at de som skal utføre slikt arbeid må ha gjennomgått en særskilt opplæring i tilknytning til dette. Det skal også sendes inn en melding til Arbeidstilsynet før selve arbeidet tiltar hvor det blant annet skal opplyses om «antall berørte arbeidstakere», jf. § 4-4 annet ledd bokstav d. Dersom uenigheten mellom entreprenøren og byggherren kommer på spissen etter at tillatelse fra Arbeidstilsynet er gitt, men før melding etter § 4-4 med opplysning om antall berørte arbeidstakere er sendt til Arbeidstilsynet, og entreprenøren viser til nektingsadgangen etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd, vil det oppstå et spørsmål om det er tale om å «nekte å utføre arbeid som ville være i strid med offentligrettslige krav».

Selve arbeidet ville ikke være i strid med offentligrettslige krav, all den tid det har blitt innhentet de nødvendige tillatelser fra Arbeidstilsynet, jfr. forskriftens § 4-3, melding med faktisk antall berørte arbeidstakere vil bli sendt før arbeidet tiltar, jfr. § 4-4 og opplæring er gjennomført i henhold til § 4-5. Vurderingen må derfor knyttes opp mot kravet i § 4-7 bokstav a om å begrense antall arbeidstakere mest mulig. Kan entreprenøren påvise at dette kravet ved oppfyllelse av byggherrens arbeidsbeskrivelse ikke blir overholdt, vil han måtte ha adgang til å nekte å utføre arbeidet i henhold til NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd. Dette vil imidlertid bero på en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle.

Ettersom plikten til å begrense antall berørte arbeidstakere etter § 4-7 bokstav a påhviler arbeidsgiveren - som i dette tilfelle er entreprenøren - og brudd på en slik plikt vil kunne få store konsekvenser for ham, taler rimelighetshensyn for at terskelen for å gjøre nektingsadgangen i pkt. 12.1 gjeldene i slike tilfeller bør legges lavt.

7.3 Arbeidsbeskrivelsens brudd på privatrettslige lover - grannelova

Et eksempel på en situasjon hvor arbeidsbeskrivelsen inneholder løsninger i strid med privatrettslig lov vil kunne oppstå dersom byggherren i forbindelse med oppføring av et boligkompleks pålegger entreprenøren å plassere jordmasse etter gravearbeider på toppen av en skråning som går ned mot tilstøtende naboeiendom, og skråningen består av tørket og porøs leire som vil kunne rase ut dersom det blir for høyt trykk på toppen av denne. En slik arbeidsbeskrivelse ville i tilfelle kunne være i strid med naboloven⁵⁷ § 2 første ledd som fastsetter at «[i]ngen må ha, gjera eller setja i verk noko som urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe på granneeigedom. Inn under ulempe går òg at noko må reknast for farleg.» I utgangspunktet er ikke arbeidsbeskrivelsen i strid med entreprenørens plikter, ettersom denne bestemmelsen retter seg mot eier av tiltakseiendommen. Sett ett i lys av naboloven § 9 første ledd første punktum kan dette imidlertid stille seg noe annerledes. Denne sier at «[d]et økonomiske tapet nokon lid av skade eller ulempe i strid med nokor føresegn i §§ 2-5 er den ansvarlege skyldig til å bøta, anten han sjølv eller nokon han svarar for, har gjort seg skyldig i aktløyse eller ikkje.»

Det blir i teorien hevdet at entreprenøren kan komme i ansvar etter denne bestemmelsen og det oppstilles i den sammenheng to vilkår. For det første må det fastlegges at entreprenøren har en lovmessig tilknytning til eiendommen hvor den skadevoldende handling ble utført. Deretter må det vurderes om han «hadde en tilknytning til det skadepotensialet som førte til skaden».⁵⁸ Det blir i teorien i forbindelse med det første vilkåret hevdet at entreprenøren – også dersom hans oppdrag er kortvarig – må sies å ha oppfylt tilknytningsvilkåret. Utførelsen av arbeidet vil derfor være det avgjørende for om han kan pådra seg ansvar.⁵⁹

Tilfellet må vurderes opp mot unntakskategorien om hindringer som fritar entreprenøren fra oppfyllelsesplikten etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Ettersom ansvaret etter denne bestemmelsen er objektivt vil entreprenøren kunne pådra seg ansvar for skade på naboeiendommen uavhengig av skyld. Selv om byggherren har gitt ham detaljerte beskrivelser vil entreprenøren kunne bli ansvarlig etter naboloven § 9 første ledd første punktum dersom arbeidet fører til skade på naboeiendommen. Dette vil typisk være tilfellet dersom byggherren pålegger entreprenøren å plassere jordmassene på en slik måte at grunnen raser ut, og dette medfører skader på naboeiendommen. Risikoen for å kunne bli erstatningsansvarlig overfor naboen taler for å oppstille en nektingsadgang for entreprenøren i slike tilfeller.

⁵⁷ Lov 16 juni 1961 nr. 15 Lov om rettshøve mellom grannar (grannelova).

⁵⁸ Nygaard (1991) s. 271 flg.

⁵⁹ Falkanger og Falkanger (2013) s. 429-430.

7.4 Arbeidsbeskrivelsens brudd med servitutter

Pbl. § 21-6 første punktum sier at «[m]ed mindre annet følger av loven her, skal bygningsmyndighetene ikke ta stilling til privatrettslige forhold ved behandling av byggesøknader». Hensynet bak bestemmelsen er å presisere at det ikke hører innunder bygningsmyndighetenes arbeidsoppgaver å ta stilling til slike problemstillinger. Som et resultat av dette kan den situasjon oppstå at arbeid igangsettes med tillatelse etter pbl. uten at forholdet til privatrettslige begrensninger er avklart. Det bør i denne sammenheng påpekes at slik tillatelse i strid med en privatrettslig rettighet ikke medfører at denne bortfaller som en følge av tillatelsen, jfr. Rt. 2008 s. 362.⁶⁰ Dette ble opprettholdt i dommen inntatt i Rt. 2011 s. 228 hvor en utbygger som hadde bygget et boligkompleks i strid med en såkalt villaklausul, måtte betale erstatning til eier av en naboeiendom. Retten la i sin begrunnelse vekt på at han ikke hadde gjort noe for å fjerne eller moderere servituten.

Annet punktum sier videre at «[d]ersom det framstår som klart for bygningsmyndighetene at tiltakshaver ikke har de privatrettslige rettigheter søknaden forutsetter, kan søknaden avvises». Et eksempel på en slik situasjon vil kunne være dersom tiltakshaver ikke har hjemmel til eiendommen søknaden gjelder for. Bygningsmyndighetene har med dette ingen selvstendig plikt til å undersøke hvorvidt vedkommende er hjemmelshaver eller ikke, men dersom en tredjemann kan dokumentere at han er rettmessig eier, vil dette kunne gi grunnlag for å avvise søknaden.⁶¹

I følge forarbeidene vil en byggehindrende servitutt imidlertid ikke gi grunnlag for å avvise en byggesøknad.⁶² En servitutt er en heftelse på en fast eiendom. Servitutter kan deles inn i ulike kategorier, herunder negative servitutter som begrenser hjemmelshavers utnyttelse av eiendommen.⁶³ Servitutter kan stiftes på flere måter; testamentariske bestemmelser, hevd, alders tids bruk, jordskifte og ekspropriasjon. Den praktisk vanligste er imidlertid stiftelse ved avtale.⁶⁴ Eksempelvis kan dette skje i forbindelse med overdragelse av en fast eiendom. Eieren av en større tomt ønsker å skille ut og selge en del av tomten sin, men er redd for å miste fjordutsikten dersom den nye eieren bygger et hus som blokkerer denne. Da vil han kanskje behefte den utskilte tomten med en negativ servitutt som sier at byggverk som skal oppstilles på tomten ikke kan være høyere enn fire meter. Slike servitutter får rettsvern ved tinglysning på eiendommens grunnboksblad.

⁶⁰ Reusch (2012) note 628.

⁶¹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 322.

⁶² Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 322.

⁶³ Falkanger (2011) s. 274.

⁶⁴ Falkanger (2011) s. 276-277.

Spørsmålet blir dermed om entreprenøren, dersom det foreligger motstrid mellom en slik negativ servitutt og byggherrens arbeidsbeskrivelse, kan nekte å utføre dette arbeidet med henvisning til NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd.

Eksempelvis kan man tenke seg at tiltakshaver har fått tillatelse til å oppføre et hus med en mønehøyde på fire og en halv meter, mens den negative servitutt som hviler på tomten sier at det ikke kan bygges høyere enn fire meter. Byggherren tar i sin prosjektering ikke hensyn til servitutt og i henhold til entreprenørens arbeidsbeskrivelse skal huset ha en mønehøyde på fire og en halv meter.

Den ansvarlig utførende entreprenørens aktsomhetsplikt overfor bygningsmyndighetene med hensyn til å sørge for at hans arbeid utføres i samsvar med prosjektering, tillatelse og øvrige krav etter plan- og bygningsloven, jfr. pbl. § 23-6, kan ikke sies å innebære et krav om at han skal kjenne til privatrettslige forhold som kan påvirke lovligheten av entreprisen og sørge for at arbeidet utføres i henhold til disse. Bygningsmyndighetene har i utgangspunktet ingen plikt til å undersøke hvilke heftelser som hviler på eiendommen eller ta hensyn til dette i byggesøknadsvurderingen, det er derfor lite som taler for at entreprenøren som ansvarlig utførende likevel skulle ha en slik generell plikt overfor bygningsmyndighetene.

I henhold til det som er skrevet over, representerer ikke en byggehindrende servitutt grunnlag for å avvise en byggesøknad. Med andre ord er det ikke å anse som et offentligrettslig krav etter pbl. at det prosjekterte skal være i tråd med slike servitutter. Således faller dette utenfor ordlyden i NS 8405 pkt. 12.1 og entreprenøren kan ikke på dette grunnlag nekte å utføre arbeidet. Skal han kunne nekte å utføre arbeidet uten å misligholde avtalen med byggherren, må man se hen til de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om realdebitors unntak fra plikten til naturaloppfyllelse. I denne sammenheng er det hindringsalternativet som er det mest nærliggende å vurdere dette opp mot. I likhet med vurderingen i det naboettslige forholdet vil konsekvensene for entreprenøren ved oppfyllelse også her måtte sies å være av avgjørende betydning for om det foreligger en hindring som fritar ham fra plikten til å oppfylle in natura.

Servituttloven⁶⁵ § 2 første ledd oppstiller følgende: «Korkje rettshavaren eller eigaren må bruka rådveldet sitt over eigedomen såleis at det urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe for den andre.» Videre fastsetter 17 første ledd at «[o]m ein part varig og trass i åtvaringar brukar rådveldet sitt over eigedomen i strid med §§ 2 eller 3, kan motparten krevja dom anten på avskipping av retten mot vederlag ein gong for alle eller på at retten skal setjast ut or kraft for ei viss tid mot eingongsvederlag eller ei avgift for året». Og i annet ledd oppstilles det

⁶⁵ Lov 29 nov 1968 um særlege rederettar over framand eigedom.

videre at «[f]or misbruken kan den skyldige dømast til å svare ei høveleg skadebot, endå om pengeskade ikkje er valda».

Det oppstilles således en plikt for eier av eiendommen etter § 2 til ikke å bruke råderetten sin i på en slik måte at det er til skade eller ulempe for servitutthaveren, samt en sanksjon ved brudd på denne plikten etter § 17 første og annet ledd. Bestemmelsen i § 17 annet ledd hjemler et erstatningsgrunnlag for ikke-økonomiske skader. Utover dette kan man for krenkelse av servitutt bli ansvarlig etter den alminnelige culperegelen.⁶⁶

Som det fremkommer av dette er det altså eier av tomten som er pliktsubjektet i de tilfeller hvor det hviler en servitutt på eiendommen. Dersom det bygges i strid med en tredjemanns rettigheter, vil det derfor være nærliggende å plassere ansvaret for hans eventuelle økonomiske tap på den som etter servituttloven § 2 har en plikt overfor servitutthaveren. Dette taler for at entreprenøren ikke kan komme i ansvar ved krenkelse av servitutter og at det således ikke foreligger en hindring som fritar ham fra plikten til naturaloppfyllelse dersom byggherren pålegger ham å bygge i strid med slike.

Entreprenørens fritak fra naturaloppfylleelsesplikten med henvisning til at servituttet representerer en hindring, jf. alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, kan imidlertid tenkes praktisk i de tilfeller hvor både byggherre og entreprenør kjenner til servituttet, og byggherren pålegger entreprenøren å bygge i strid med denne. Selv om byggherren enten er eier av eiendommen, eller er hans representant, kan entreprenøren ved å utføre arbeidet i henhold til arbeidsbeskrivelsen kunne pådra seg ansvar etter den alminnelige culperegelen og således risikere et erstatningskrav fra servitutthaveren. Dette taler for at entreprenøren i et slikt tilfelle må kunne nekte å utføre arbeidet i henhold til arbeidsbeskrivelsen med henvisning til de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om fritak fra naturaloppfylleelsesplikten.

8 Etterfølgende rettsendringer

Man kan se for seg at det vil være tilfeller hvor entreprenøren er tjent med ikke å fullføre arbeidet han er forpliktet til i henhold til avtalen. Dette kan eksempelvis være aktuelt dersom entreprenøren grunnet tidsnød må takke nei til andre oppdrag hvor den økonomiske gevinsten ville vært større. Man kan i slike situasjoner se for seg at den kreative entreprenør kan ha vikarierende motiver for å gjøre nektingsadgangen etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd gjeldende. Eksempelvis dersom kommunen etter at byggetillatelse er gitt, men før arbeidet er igangsatt, foretar en reguleringsendring av det tomtearealet hvor arbeidet skal utføres. Dersom det er gitt tillatelse til å sette opp en boligblokk i et område som ikke lenger er regulert til bolig-

⁶⁶ Reusch (2014) Note 69.

formål, vil entreprenøren kanskje anse dette som en anledning til å gjøre nektingsadgangen gjeldende og komme seg ut av kontraktsforholdet. Kommunens kompetanse til å gjennomføre reguleringsendringer følger av pbl. § 12-14.

Byggetillatelsens rettskraftsvirkninger har vært et omdiskutert tema i plan- og bygningsrettslig teori. De forventninger en eier av en eiendom har til å kunne få bebygge tomten sin har et svakt vern i møte med overordnede samfunnsinteresser når det kommer til arealdisponering. Det kan imidlertid tenkes at vernet mot en slik omregulering må være noe sterkere når det er gitt en byggetillatelse. Tradisjonelt sett har byggetillatelsen vært ansett som en nøytral aksept fra bygningsmyndighetenes side, ikke et vern mot etterfølgende omreguleringer.⁶⁷ Legger man dette synspunktet til grunn ville entreprenøren kunne nekte å utføre arbeidet etter NS 8405 pkt. 12.1 og han ville kunne risikere sanksjoner fra bygningsmyndighetene dersom han ikke gjorde det. Men i sin bok *Byggetillatelse* fra 1980 uttalte Audvar Os følgende: «Etter gjeldende rett må hovedregelen være at en formelt rettskraftig byggetillatelse hverken kan stoppes gjennom en reguleringsendring eller byggeforbud. Det offentlige vil være henvist til *ekspropriasjon* eller avtale, dersom man ønsker en annen utnyttelse av tomtearealet enn den tillatelsen er basert på.»⁶⁸ Dette synspunktet var omstridt i juridisk litteratur, men fikk tilslutning i dommen inntatt i Rt. 2002 s. 683. I forarbeidene til plan- og bygningsloven er også dette synspunktet lagt til grunn⁶⁹:

«Departementet har i praksis fulgt Sivilombudsmannens forståelse av gjeldende rett når det gjelder byggetillatelsers rettskraft i forhold til ny regulering og midlertidig dele- og byggeforbud. I en Høyesteretts dom fra 2002 (Rt. 2002 side 683) drøftes det om en gitt "byggetillatelse" gir vern mot senere omregulering eller midlertidig bygge- og deleforbud. Høyesterett konkluderer med at midlertidig dele- og byggeforbud ikke får virkning overfor en allerede gitt byggetillatelse. Departementet forstår dommen slik at det vil være tilstrekkelig for å være sikret mot senere dele- og byggeforbud og ny reguleringsplan, at det foreligger en rammetillatelse, eventuelt en tillatelse i ett trinn. Det er rammetillatelsen som i utgangspunktet gir en rett til å bygge, mens det etter dette tidspunkt i det vesentlige er tiltakshavers ansvar å få fastlagt detaljene i saken slik at igangsettingstillatelse kan gis. Departementet slutter seg til Høyesteretts avgjørelse, og anser at virkningen av rammetillatelse er at den står seg overfor senere midlertidig dele- og byggeforbud og ny reguleringsplan. I denne sammenheng menes rammetillatelse når den er gitt av kommunen, og ikke endelig tillatelse etter en eventuell klagebehandling.»

⁶⁷ Pedersen, Sandvik, Skaraas, Ness m.fl. (2011) s. 178.

⁶⁸ Os (1980) s. 77.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 105.

Dette innebærer at bygningsmyndighetene med henvisning til reguleringsendring ikke kan gripe inn i en allerede gitt byggetillatelse. Entreprenørens adgang til å nekte å utføre arbeidet er således avskåret. Et unntak fra dette kan man likevel tenke seg dersom vilkårene for omgjøring er oppfylt.

Reglene for dette finner man i forvaltningsloven § 35. Eksempelvis kan plan- og bygningsetaten etter bestemmelsens første ledd bokstav c omgjøre vedtak om igangsettingstillatelse dersom «vedtaket må anses ugyldig». Ved vurderingen av om vedtaket må anses «ugyldig» er hovedregelen den at dersom vedtaket strider direkte med lov eller forskrift, anses dette vilkåret som oppfylt.⁷⁰ Det er imidlertid lovmessigheten av vedtaket på vedtakstidspunktet som må legges til grunn ettersom det er gyldigheten av det allerede gitte vedtak som her vurderes. En etterfølgende reguleringsendring vil i denne sammenheng derfor ikke være relevant, og entreprenørens nektingsadgang - i dette tilfellet etter NS 8405 pkt. 12.1 - må fortsatt være avskåret.

Forvaltningsloven § 35 femte ledd oppstiller et unntak fra begrensningen i første ledd i de tilfeller hvor forvaltningsorganet må kunne omgjøre vedtaket etter «alminnelige forvaltningsrettslige regler». I henhold til forvaltningsrettslig teori kan denne unntaksregelen komme til anvendelse i de tilfeller hvor det er en klar og vesentlig interesseovervekt i favør av dette. Dette er en skjønsmessig vurdering hvor mange momenter kan være relevante, men i noen tilfeller vil det være klart at vilkåret for å omgjøre et vedtak etter denne bestemmelsen er oppfylt, eksempelvis dersom opprettholdelsen av vedtaket kan være til fare for liv og helse.⁷¹ Det er imidlertid svært vanskelig å se for seg at det i noe tilfelle i henhold til denne bestemmelsen skulle være en klar og vesentlig interesseovervekt for å omgjøre et vedtak om byggetillatelse grunnet at det det er gitt tillatelse til strider med en etterfølgende reguleringsendring.

Er det tale om en lovendring som ikke omfattes av igangsettingstillatelsen, men som allikevel berører kontraktsforholdet, eksempelvis at det er endringer innen HMS-krav i henhold til pbl. eller andre lover og forskrifter som omfatter byggherrens detaljerte beskrivelse av hvordan arbeidet skal utføres, kan det tenkes at innholdet i lovendringen medfører en nektingsadgang for entreprenøren etter NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd.

Et eksempel på dette kan være dersom entreprenøren skal utføre arbeid i et CO₂-beskyttet rom. CO₂-apparat er godt egnet til å slukke brann i visse type materialer som f.eks. brannfarlige væsker. Ulempen ved slikt slukkingsanlegg er at det kan medføre helseskade dersom det er høy konsentrasjon av denne gassen i luften man puster inn. Derfor er det i forskrift om ut-

⁷⁰ Bernt (2014) note 901

⁷¹ Bernt (2014) note 922

førelse § 28-4 oppstilt en regel som krever at det «i hvert enkelt tilfelle [skal] vurderes om det er nødvendig å etablere ekstra rømningsvei fra CO2-rom eller CO2-beskyttet rom som ikke har direkte utgang til fri luft eller to uavhengige rømningsveier».

Det kan tenkes at Arbeidstilsynet blant arbeidsgivere generelt opplever en uforsvarlig vurdering av nødvendigheten av å etablere ekstra rømningsvei fra CO2-beskyttet rom etter forskrift om utførelse av arbeid § 28-4. I et slikt tilfelle kan det tenkes at tilsynet anmoder Arbeids- og sosialdepartementet om å endre ordlyden i forskriftsbestemmelsen slik at den oppstiller et krav om at det alltid skal være to rømningsveier fra CO2-beskyttede rom. Dersom byggherren i sin arbeidsbeskrivelse ikke har lagt opp til at det skal etableres noen ekstra rømningsvei fra det CO2-beskyttede rommet arbeidet skal utføres i, er det mye som taler for at entreprenøren kan nekte å utføre arbeidet med henvisning til NS 8405 pkt. 12.1 selv om lovstridigheten følger av en forskriftsendring som trådte i kraft etter at avtale var inngått.

På den andre siden oppstiller grunnloven⁷² § 97 et forbud mot at lover gis tilbakevirkende kraft. Dette reiser spørsmålet om en forskriftsendring som endrer reguleringen av et tiltak det allerede er inngått avtale om å utføre, kan komme til anvendelse når arbeidet ennå ikke er utført – noe som i tilfelle vil være av betydning for om arbeidsbeskrivelsen må anses som i strid med offentligrettslige krav og som igjen vil være avgjørende for entreprenørens nektingsadgang etter NS 8405 pkt. 12.1.

Det bør aller først bemerkes at selv om grl. § 97 kun oppstiller et forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft, omfattes også retroaktive forskriftsendringer av dette forbudet.⁷³

Det blir i statsforfatningsrettslig teori hevdet at myndighetene må ha adgang til å regulere allerede bestående tilstander, som f.eks. en avtale mellom to private parter. Dersom alle avtaler skulle bestå upåvirket av ny regulering, ville lovgiver vært forholdsvis maktesløs – det er således en nødvendig side av samfunnets regulering at det kan gjøres inngrep i bestående tilstander.⁷⁴ Rimelighetshensyn taler ytterligere for at en reguleringsendring av hensyn til arbeidstakeres sikkerhet ikke kan avfeies med en henvisning til at avtale allerede er inngått.

Det kan også argumenteres for at det ikke er tale om retroaktiv lovgivning ettersom arbeidsmiljøet ikke nødvendigvis er å anse som en del av avtalen. I så tilfelle vil ikke lovendringen ha noen innvirkning på bestående tilstander, men komme til anvendelse idet arbeidet igangsettes. At forskriftsendringen trådte i kraft etter at avtalen mellom byggherre og entreprenør var

⁷² Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

⁷³ Smith (2015) s. 419.

⁷⁴ Smith (2015) s. 459.

inngått vil derfor ikke være av betydning, og entreprenøren må sies å ha adgang til å nekte å utføre arbeidet i henhold til NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd.

I norsk rett er spørsmålet om kontraktsforpliktelser kan bortfalle som følge av etterfølgende rettsendringer lite behandlet. Innen britisk kontraktsrett er det imidlertid en etablert doktrine, «discharge by frustration», som sier at forpliktelsene i en kontrakt kan bortfalle som følge av forhold som inntreffer etter kontraktsinngåelsestidspunktet og som umuliggjør oppfyllelse, herunder rettsendringer som gjør oppfyllelse ulovlig.⁷⁵

Et eksempel på dette finner man i saken Metropolitan Water Board v Dick, Kerr & Co Ltd fra 1918. Her var det inngått avtale mellom Dick, Kerr & Co Ltd og Metropolitan Water Board i London om at førstnevnte skulle bygge et vannreservoar i løpet av seks år. I avtalen var det inntatt en klausul om at dersom fremdriften ble hindret, kunne Dick, Kerr & Co Ltd bare gis fristforlengelse av Metropolitan Water Boards ingeniør, uansett hva årsaken til forsinkelsen måtte være. Grunnet offentlig pålegg fra the Ministry of Munitions, med hjemmel i the Defence of the Realm Acts and Regulations, måtte arbeidet opphøre og kunne ikke gjenopptas. House of Lords kom til at det offentlige pålegget fra the Ministry of Munitions medførte at Metropolitan Water Board ikke kunne forvente at Dick, Kerr & Co Ltd oppfylte sine forpliktelser, og at fristforlengelsesklausulen i avtalen ikke kunne gjelde for slike fundamentale endringer som dette pålegget medførte. På denne bakgrunn anså retten kontraktsforpliktelsene som bortfalt.⁷⁶

Dette viser at det innen britisk kontraktsrett finnes eksempler på at etterfølgende rettsendringer kan påvirke realdebitors plikt til å oppfylle i henhold til kontrakten. Man kan i denne sammenheng trekke paralleller til læren om bristende forutsetninger, i den forstand at den etterfølgende rettsendringen medførte en såpass grunnleggende forrykkelse av de forutsetninger kontraktspartene hadde på kontraktsinngåelsestidspunktet at den måtte innebære bortfall av forpliktelsene etter kontrakten.

Gode grunner taler for at det også etter norsk rett er slik at rettsendringer som trer i kraft etter kontraktsinngåelsen og som umuliggjør oppfyllelse for realdebitor kan fritta ham fra hans kontraktsforpliktelser. Forutsetter man dette er det mye som taler for å likestille tilfeller hvor rettsendringer medfører at eksisterende kontraktsforpliktelser blir lovstridige med tilfeller hvor realdebitor oppdager at avtalen strider med lov som allerede eksisterte på kontraktsinngåelsestidspunktet. Har en forhandler av trevare inngått avtale om å selge et parti planker

⁷⁵ Beale (2012) s. 1635.

⁷⁶ Beale (2012) s. 1649.

som ikke var CE-merket til en snekker og det etter avtaleinngåelsen viser seg at disse materia- lene forutsatt brukt til byggverk ikke oppfyller kravene i henhold til forskrift om omsetning og dokumentasjon av produkter til byggverk § 10 første ledd bokstav b, er det lite som taler for at kjøper skal kunne få dom på naturaloppfyllelse i disse tilfellene, men ikke i de tilfeller hvor plankene har blitt ulovlige å omsette i tiden mellom kontraktsinngåelse og levering. Det avgjørende for nektingsadgangen må derfor i utgangspunktet sies å være at det foreligger lov- strid ved naturaloppfyllelsen når nektning fra realdebitors side gjøres gjeldende, uavhengig om denne forelå på kontraktsinngåelsestidspunktet.

9 Tidspunktet for nektingen

Er det tale om arbeid under uforsvarlige forhold, vil entreprenørens nektingsadgang være i behold så lenge arbeidet pågår. Har entreprenøren eksempelvis fått i oppdrag å legge nytt gulv i et CO2-beskyttet rom, og han oppdager at det burde vært etablert en ekstra rømningsvei fra dette rommet, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 28-4, må han kunne stanse arbeidet og nek- te videre utførelse med henvisning til NS 8405 pkt. 12.1 annet ledd selv om arbeidet er påbe- gynt.

Det samme vil nok være tilfellet dersom det er tale om en byggkonstruksjon som i seg selv er i strid med kravene i pbl. Man kan tenke seg at byggherren ved endringsordre instruerer entreprenøren til å bygge i strid med den tillatelse som er gitt, eksempelvis at gesimshøyden etter endringsordren skal være en halv meter høyere enn det er gitt tillatelse til. Entreprenøren må nok etter NS 8405 pkt. 12.1. annet ledd når som helst i byggeprosessen kunne stanse ar- beidet dersom han oppdager at arbeidet han utfører er i strid med offentligrettslige krav.

10 Midlertidig rettslig umulighet

En hindring vil kunne være av midlertidig karakter. For at en hindring skal kunne karakterise- res som forbigående, må midlertidigheten være beviselig, i den betydning at det må kunne dokumenteres at hindringen vil opphøre etter en gitt tid. Eksempelvis kan dette være situasjo- nen dersom ventilasjonsanlegget på en arbeidsplass er i ustand og entreprenøren anser tempe- raturen på arbeidsplassen som helseskadelig, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 23-1 annet ledd bokstav c siste strekpunkt, jfr. første ledd, og derfor stanser arbeidet med henvisning til NS 8405 pkt. 12.1. Entreprenøren må da forstå at han er nødt til å gjenoppta arbeidet så snart ventilasjonsanlegget er i orden og hindringen således er bortfalt. I andre tilfeller vil partene ikke ha noen forutsetninger for å tro at den midlertidige hindringen er forbigående, eksempe- lvis dersom det blir vedtatt en forskriftsendring som endrer statusen på innholdet av en ar- beidsbeskrivelse fra lovlig til ulovlig. Det er i slike tilfeller ikke naturlig å tale om forbigåen- de umulighet. Om hindringen er midlertidig må vurderes ut fra den kunnskap man sitter på når kravet om naturaloppfyllelse reises.

Hvorvidt det faktum at hindringen er midlertidig er beviselig, og kan anses som en forbigående umulighet, er ikke av betydning for om naturaloppfyllelse kan skje. Selv om man ved en forbigående umulighet kan få dom på naturaloppfyllelse vil den ikke få noen praktisk funksjon før umuligheten ikke lenger eksisterer, all den tid man ikke kan få tvangsfullbyrdet tiltaket så lenge hindringen består.⁷⁷ Men det kan ha betydning for den praktiske siden av saken. I mange tilfeller vil nok byggherren - når entreprenøren gjør ham oppmerksom på at innholdet i arbeidsbeskrivelsen er i strid med lov - endre arbeidsbeskrivelsen. Er det åpenbart at hindringen – i betydningen rettslig umulighet – er forbigående, vil byggherrens vurdering av om arbeidsbeskrivelsen skal endres trolig bero på hvor lenge hindringen vil bestå. Påvirker avvenningen fremdriften, kan det tenkes at han er tjent med å endre arbeidsbeskrivelsen slik at arbeidet kan fortsette. Eksempelvis vil denne situasjonen kunne oppstå dersom entreprenøren gjør nektingsadgangen i NS 8405 pkt. 12.1 gjeldende med henvisning til at det ikke er tilstrekkelig plass til gravemassene i det området som er avsatt til dette i arbeidsbeskrivelsene, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 21-5 annet ledd. Dersom byggherren vet at denne situasjonen vil endre seg i løpet av kort tid ettersom det vil bli frigjort plass i dette området som følge av ferdigstillelse av annet arbeid, vil han kunne være tjent med å vente.

Er det ikke tale om en forbigående hindring, men en rettslig umulighet som senere viste seg å være midlertidig, vil ikke byggherren ha hatt anledning til å foreta den samme vurderingen. Uavhengig av hvilken av disse to kategoriene hindringen faller innunder, må entreprenørens nektingsadgang sies i utgangspunktet å bortfalle samtidig med hindringens opphør.

Det oppstilles imidlertid et unntak fra dette i den alminnelige kontraktsrettslige teorien i forholdet til forbigående umulighet. Dom på naturaloppfyllelse kan bare gis dersom det på domstidspunktet er sannsynlig at hindringen opphører innen rimelig tid.⁷⁸ Hva som ligger i dette blir presisert i forarbeidene til kjøpsloven hvor det sies at det kan avhenge av hva slags ytelse det er tale om og hvilken interesse kjøper har av oppfyllelse. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom denne rimelighetsvurderingen og den rimelighetsvurdering som foretas i forbindelse med reglene om reklamasjon.⁷⁹ Gode grunner taler for at dette unntaket også må gjelde innen entrepriseretten. Det ville vært urimelig dersom det ikke skulle være noen grense for hvor langt frem i tid byggherren skulle kunne kreve naturaloppfyllelse. Dersom entreprenøren nekter å utføre sprengningsarbeid i frykt for å komme i ansvar overfor virksomheten på naboeiendommen etter naboloven § 9 første ledd første punktum, ville det vært urimelig dersom byggherren skulle kunne få dom på naturaloppfyllelse om to år fordi man visste at virk-

⁷⁷ Hagstrøm (2011) s. 384.

⁷⁸ Hagstrøm (2011) s. 384.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 67.

somheten på naboeiendommen på dette tidspunktet ville være avsluttet og sprengningen således risikofri. Entreprenørens nektingsadgang må derfor i slike tilfeller være i behold.

11 Uenighet om lovligheten av arbeidsbeskrivelsens innhold

Det kan tenkes at det underveis i byggeprosessen oppstår uenighet mellom byggherren og entreprenøren om hvorvidt arbeidsbeskrivelsen inneholder lovstridige løsninger eller ikke, og således en uenighet om entreprenøren kan nekte å utføre arbeidet.

I en slik situasjon må partene ha risikoen for sine egne forutsetninger.⁸⁰ Med dette menes det at dersom entreprenøren nekter å utføre arbeid som senere viser seg å være lovlig, innebærer det et kontraktsbrudd fra hans side. Spørsmålet om hvorvidt arbeidsbeskrivelsens innhold er lovstridig må avgjøres av domstolene eller ved voldgift, avhengig av hva partene har avtalt vedrørende tvisteløsning.

Dersom spørsmålet avgjøres etter at overtakelsesforretning er gjennomført, vil det være naturlig at problemstillingen reises i forbindelse med byggherrens erstatningssøksmål mot entreprenøren som følge av hans nektelse, eventuelt i forbindelse med et rettingskrav som følge av mangel. Skal spørsmålet løses underveis i byggeprosessen, noe som trolig vil være svært upraktisk, vil problemstillingen teoretisk sett reises i forbindelse med et søksmål med krav om dom på naturaloppfyllelse.

Dersom tvisten avgjøres underveis i byggeprosessen og retten eller voldgiftsdomstolen kommer til at innholdet i arbeidsbeskrivelsen er lovstridig, vil entreprenøren ikke ha plikt til å utføre arbeidet i henhold til arbeidsbeskrivelsen. I tillegg vil han kunne ha krav på vederlagsjustering etter NS 8405 pkt. 25.2 bokstav c og fristforlengelse etter pkt. 24.1 c. Dersom retten eller voldgiftsdomstolen kommer til at innholdet i arbeidsbeskrivelsen ikke er lovstridig, må entreprenørens nektelse anses som et kontraktsbrudd og byggherren vil kunne kreve naturaloppfyllelse og eventuelt gjøre andre misligholdsbeføyelser gjeldende.

12 Konklusjon

Entreprenøren har i utgangspunktet en plikt til å oppfylle i henhold til kontrakten. Dersom fremdriften hindres vil det være av betydning for oppfyllelsspørsmålet hvor risikoen for det forsinkende forhold må plasseres. I de tilfeller hvor entreprenøren har risikoen for forsinkelsen vil han i henhold til kontrakten måtte forholde seg til de opprinnelige frister. Etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil han imidlertid ikke være forpliktet til naturaloppfyllelse dersom det foreligger en hindring eller misforholdsbegrensning.

⁸⁰ Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2010) s. 158.

NS 8405 pkt. 12.1 oppstiller et unntak fra entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt i de tilfeller hvor byggherren har pålagt entreprenøren å utføre arbeid i strid med offentligrettslige krav. Gjør entreprenøren denne nektingsadgangen med rette gjeldende, vil han også kunne ha rett til fristforlengelse og vederlagsjustering i henhold til NS 8405 pkt. 24.1 og 25.2. Ved vurderingen av om entreprenøren kan nekte i henhold til denne bestemmelsen, vil spørsmålet være om arbeidsbeskrivelsen faktisk inneholder arbeid som strider med offentligrettslige krav. Denne kontraktsreguleringen innebærer også at problemstillinger knyttet til en normkonflikt mellom de privatrettslige kontraktsforpliktelsene og de offentligrettslige kravene til kontraktsarbeidet ikke kommer på spissen.

I henhold til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil entreprenøren også kunne ha rett til å nekte å utføre arbeid som er i strid med privatrettslige lover, men der hvor nektingsadgangen etter NS 8405 pkt 12.1 annet ledd er uavhengig av hvilke følger oppfyllelse vil kunne få for entreprenøren, må det sies å være et vilkår for nektingsadgang etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper at gjennomføring av arbeidet vil kunne få tyngende konsekvenser for entreprenøren - eksempelvis erstatningsansvar - og at han således løper en risiko ved å gjennomføre arbeidet i henhold til arbeidsbeskrivelsen. Denne vurderingen vil typisk knyttes opp mot fritak fra naturaloppfyllelse som følge av hindring, jf. alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. I de tilfeller hvor entreprenøren kan nekte å oppfylle in natura som følge av at arbeidsbeskrivelsen er i strid med privatrettslige lov, vil han kunne ha rett til fristforlengelse etter NS 8405 pkt. 24.1 bokstav c og vederlagsjustering etter pkt. 25.2 bokstav c.

Etterfølgende rettsendringer vil kunne påvirke entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt. Byggetillatelsens rettskraftsvirkning vil imidlertid kunne avskjære entreprenørens nektingsadgang.

Entreprenøren har rett til å gjøre nektingsadgangen gjeldende så lenge kontraktsforholdet består.

Er hindringen som fritar entreprenøren fra oppfyllelse midlertidig, vil det kunne gis dom på at den skal oppfylles når hindringen ikke lenger foreligger, men med en viss tidsbegrensning.

Kilder

Lover

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvold den 17de Mai 1814

Lov 24 mai 1907 nr. 2 om kjøb [opphevet]

Lov 7 juni 1935 nr. 2 om tinglysing [tinglysingsloven]

Lov 16 juni 1961 nr. 15 Lov om rettshøve mellom grannar (grannelova).

Lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 29 nov 1968 um særlege rederettar over framand eigedom [servituttlova].

Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp [kjøpsloven]

Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere [håndverkertjenesteloven]

Lov 26 juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

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

Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 27 juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne [diskriminerings- og tilgjengelighetsloven]

Forskrifter

Forskrift 3 august 2009 nr. 1028 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften)

Forskrift 26 mars 2010 nr. 489 om tekniske krav til byggverk (byggteknisk forskrift)

Forskrift 6 desember 2011 nr. 1357 om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid)
Forarbeider
Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp
St.prp. 69 (1998-1999) Om kommuneøkonomien mv.
Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen)
Bøker
Beale, H. G. (red.), <i>Chitty on contracts</i> , 31. utg., 2012.
Bruserud, Herman og Tvedt, Odd R., <i>Entreprenørens kontraktsoppfyllelse – «oppfyllelseterskler» I: På rett grunn</i> 2010, s. 430-452 (Sitert fra Rettsdata.no)
Falkanger, Thor og Falkanger, Aage Thor, <i>Tingsrett</i> , 7. utg., 2013
Falkanger, Thor, <i>Fast eiendoms rettsforhold</i> , 4. utg., 2011
Hagstrøm, Viggo, <i>Obligasjonsrett</i> , 2. utg., 2011
Hagstrøm, Viggo, <i>Offentligrettslig Erstatningsansvar</i> , 1987
Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, <i>Entrepriserett</i> , 2014
Lilleholt, Kåre, <i>Avtale om ny bustad</i> , 2001
Marthinussen, Karl, Giverholt, Heikki, Arvesen og Hans-Jørgen, <i>NS 8405 med kommentarer</i> , 2010
Os, Audvar, <i>Byggetillatelse – behandling og rettsvirkninger</i> , 1980
Pedersen, Odd Jarl, Sandvik, Per, Skaraas, Helge, Ness, Stein m.fl., <i>Plan og bygningsrett</i> , 2. utg., 2011
Sandvik, Tore, <i>Entreprenørrisikoen</i> , 1966
Sandvik, Tore, <i>Kommentar til NS 3401</i> , 1977
Smith, Eivind, <i>Konstitusjonelt demokrati</i> , 3. utg., 2015

Dommer
LB-2009-191162
Rt. 1911 s. 684
Rt. 1972 s. 449
Rt. 2002 s. 683
Rt. 2011 s. 228
Artikler
Nygaard, Nils, «Ansvars plassering etter grannelova § 9» <i>Jussens Venner</i> (1991) s. 271 flg.
Standardkontrakter
NS 3401:1969 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider
NS 3430:1994 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider
NS 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt
NS 3450:2014 Konkurransgrunnlag for bygg og anlegg - Redigering og innhold
Nettsider
Bergem, John Egil, <i>Kommentar til kjøpsloven</i> , 2012 [23.04.15] – Gyldendal Rettsdata (sitert fra Rettsdata.no)
Reusch, Marianne, <i>Kommentar til plan- og bygningsloven</i> , 2012 [23.04.15] – Gyldendal Rettsdata (sitert fra Rettsdata.no)
Bernt, Jan Fridthjof, <i>Kommentar til plan- og bygningsloven</i> , 2014 [23.04.15] – Gyldendal Rettsdata (sitert fra Rettsdata.no)