

UiO : **Det juridiske fakultet**

Byggherrens rett til å nekte overtakelse av kontraktsarbeidet

Avvisning i utførelsesentreprise etter NS 8405 punkt 32.5 første ledd

Kandidatnummer: 691

Leveringsfrist: 25. april 2017

Antall ord: 16867



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avvisningsrettens hensyn og funksjon	3
1.3	Rettskildebildet	4
1.4	Fremstillingen videre	7
2	FORMELLE VILKÅR	8
2.1	Innledning	8
2.2	Protokollen og overtakelsesforretningen	8
2.3	Overtakelsesnekt på formelt grunnlag	8
3	MATERIELLE VILKÅR FOR Å NEKTE OVERTAKELSE AV KONTRAKTSARBEIDET	11
3.1	Innledning	11
3.2	Mangel eller utbedring av mangel	12
3.2.1	Forutsetning: entreprenøren har utbedringsplikt	14
3.3	Forutsatt bruk	14
3.3.1	Ordlyden «forutsatt bruk»	15
3.3.2	Når må den forutsatte bruken være synbar for entreprenøren?	18
3.3.3	Tilfellet der kontraktsarbeidet ikke skal brukes rett etter overtakelse.....	19
3.3.4	Oppsummering	20
3.4	Hindringsvilkåret	20
3.4.1	Ordlyden «hindre»	21
3.4.2	Mangel som hindrer den forutsatte bruk.....	23
3.4.3	Utbedring av mangel som hindrer den forutsatte bruk.....	27
3.4.4	Særlig om estetiske mangler.....	30
3.4.5	Felles momenter	33
3.4.6	Oppsummering	35
3.5	Kan partene avtale en strengere ferdigstillelsesgrad?	35
4	VIRKNINGER AV RETTMESSIG OG URETTMESSIG NEKTELSE	37
4.1	Innledning	37
4.2	Virkninger av rettmessig nektelse.....	37
4.2.1	Entreprenøren er i forsinkelse - dagmulkt	38
4.3	Virkninger av urettmessig nektelse.....	38
4.3.1	Reklamasjon	39
4.3.2	Avsendelse av slutfaktura.....	40

4.3.3	Risikoen for kontraktsarbeidet, herunder forsikring.....	40
4.3.4	Dekning av kostnader	41
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	44
	KILDELISTE	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er byggherrens rett til å nekte overtakelse av kontraktsarbeidet etter Norsk Standard 8405, også kalt avvisning. Spørsmålet om avvisning oppstår i de tilfeller entreprenøren mener at bygget er klart for overtakelse, men byggherren er uenig i dette. Den sentrale bestemmelsen som fastsetter vilkårene for når byggherren rettmessig kan nekte overtakelse etter NS 8405 er punkt 32.5.

Entrepriseretten er en del av den alminnelige obligasjonsretten og betegner et kontraktsforhold der den ene parten, entreprenøren, som selvstendig næringsdrivende, påtar seg utførelsen av et bygge- eller anleggsarbeid for den andre parten, byggherren.¹ NS 8405 er en standardkontrakt for utførelsesentreprise som skal regulere dette forholdet mellom byggherre og entreprenør. En utførelsesentreprise innebærer at byggherren står for prosjekteringen av kontraktsarbeidet og entreprenøren står for utførelsen av denne.

Byggherren kan nekte overtakelse av kontraktsarbeidet i tre ulike situasjoner etter NS 8405 punkt 32.5. Det første tilfellet er der mangelen eller utbedringen av mangelen hindrer den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet, jf. første ledd. Det andre tilfellet er der det ikke foreligger tilstrekkelig testing, jf. annet ledd, og det tredje tilfellet er før avtalt sluttfrist, jf. tredje ledd. Tilfelle 2 gjelder for de situasjonene der entreprenøren må utføre testing av kontraktsarbeidet slik at byggherren kan bedømme om arbeidet er kontraktsmessig utført. Bestemmelsen er dermed til for å beskytte byggherren mot å måtte overta dersom han fratras muligheten til å vurdere om kontraktens krav på vesentlige punkter er oppfylt.² Hensynet bak tilfelle 3 er at overtakelse før tiden som regel vil påføre byggherren økte utgifter. På dette tidspunktet har han heller ofte ikke noe behov eller mulighet for å nyttiggjøre seg av kontraktsarbeidet.³

I oppgaven skal jeg kun behandle det første tilfellet, der mangelen eller utbedring av mangelen hindrer den forutsatte bruken i bestemmelsens første ledd. Jeg avgrenser mot tilfelle 2 og 3 for å kunne gå dypere inn i tolkningen av første ledd.

Avvisning etter punkt 32.5 første ledd⁴ betegner situasjonen der det foreligger et kontraktsbrudd i form av en mangel som entreprenøren har plikt til å utbedre og byggherren av denne grunn

¹ Hagstrøm (2014) s. 19.

² Ulsted (2012).

³ Marthinussen (2016) s. 525.

⁴ Heretter kun omtalt som punkt 32.5.

midlertidig nekter å overta kontraktsarbeidet samtidig som han fastholder kontrakten. En nektelse innebærer altså ikke at byggherren aldri vil overta bygget. Dersom byggherren kan nekte å overta, blir resultatet at kontraktarbeidet blir forsinket og at byggherren kan gjøre gjeldende sanksjoner mot dette, for eksempel dagmulkt.

Ikke enhver mangel vil være tilstrekkelig for å nekte overtakelse. Avvisningsbestemmelsen i punkt 32.5 legger opp til at mangelen må være av en viss betydning. Det er kun der mangelen medfører at byggherren i realiteten ikke kan bruke bygget at han kan nekte overtakelse. På den annen side betinges overtakelse i utgangspunktet av at bygget er ferdigstilt.⁵ Bestemmelsen i punkt 32.5 skal heller ikke tolkes slik at den gir entreprenøren en generell adgang til «forskuttert» overtakelse.⁶

Oppgavens sentrale tema er således mangelens betydning for den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet. Dette er en konkret og skjønnsmessig vurdering ettersom alle byggeprosjekter er ulike.

Det følger motsetningsvis av punkt 32.5 at byggherren er forpliktet til å overta dersom manglene *ikke* hindrer den forutsatte bruken. Byggherrens plikt til å overta selv om det påvises visse mangler ved bygget, må ses i sammenheng med entreprenørens forpliktelse til å ferdigstille bygget i henhold til avtalen mellom partene, også etter overtakelse.⁷

Hovedregelen er at det er kontraktsarbeidets tilstand ved overtakelsen som er bestemmende ved vurderingen av om det foreligger mangler som representerer mislighold av entreprenørens forpliktelser.⁸ Spørsmålet om byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet, blir dermed først aktuelt ved overtakelsen.⁹ Som nevnt ovenfor består en utførelsesentreprise i at entreprenøren skal utføre et arbeid som byggherren har prosjektert. Det konkrete kontraktsarbeidet som entreprenøren skal utføre kan være deler av et bygg, for eksempel rørarbeider eller grunnmursarbeider, eller det kan være hele bygget. Et prosjekt kan dermed bestå av kun én entreprenør, såkalt generalentreprise, og dermed én overtakelse, eller flere entreprenører som alle har kontrakt med byggherren for sitt kontraktsarbeid, såkalt delentreprise. I sistnevnte vil overtakelsene skje fortløpende fra hver av entreprenørene ettersom de blir ferdig med sitt kontraktsarbeid. Det er på disse overtakelsestidspunktene at byggherren kan avvise, uavhengig av om prosjektet totalt sett er ferdigstilt. For å gjøre det

⁵ NS 8405 punkt 34.2 annet ledd.

⁶ Kolrud (2004) s. 387.

⁷ Kolrud (2004) s. 387.

⁸ Sandvik (1966) s. 388.

⁹ Nærmere om overtakelsen i kapittel 2.

enkelt og oversiktlig, vil jeg i de fleste av eksemplene i denne oppgaven ta utgangspunkt i at det hovedsakelig er én entreprenør på prosjektet og at det er én overtakelse som skal skje.

Partene bærer risikoen for sitt eget standpunkt av om vilkårene for nektelse er oppfylt. Dette innebærer blant annet at byggherren kan bli erstatningsansvarlig dersom nektelsen hans er urettmessig, og entreprenøren lider tap som følge av dette.¹⁰

1.2 Avvisningsrettens hensyn og funksjon

I entrepriseforhold kan det være uklart om man står overfor en mangel eller forsinkelse. Et mangelfullt kontraktsarbeid kan like gjerne betegnes som uferdig og dermed forsinket. Punkt 32.5 trekker grensen mellom ferdig og uferdig kontraktsarbeid, og har således stor praktisk betydning. Bestemmelsen definerer således indirekte skillet mellom mangel og forsinkelse.¹¹ Dette fremkommer av punkt 34.2 annet ledd i standarden:

«Arbeidet anses ferdigstilt den dato det overtas av byggherren, eller den dato entreprenøren har krevd overtakelse dersom byggherren da ikke kan nekte overtakelse i henhold til 32.5.»

Spørsmålet om bestemmelsen kommer til anvendelse er dermed et spørsmål om hvilket sanksjonssystem som skal anvendes på kontraktsbruddet, mangels- eller forsinkelsesbeføyelser.

Hensynet bak avvisningsretten er at byggherren ikke skal måtte overta kontraktsarbeidet før det er i samsvar med kontrakten. Som Krüger uttrykker det: «kjøperen må kunne frabe seg et halvferdig produkt som selgeren vil levere fordi han ellers pådrar seg dagmulkt- eller annet forsinkelsesansvar».¹² Kan ikke byggherren bruke kontraktsarbeidet slik som forutsatt, skal han ikke måtte behøve å overta det. Avvisningsretten er i realiteten et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse, og hensikten er å hindre ubalanse i kontraktsforholdet.

Avvisning er ikke uttrykkelig regulert i den alminnelige kontraktsretten. Begrunnelsen for dette kan være at det er uenighet i juridisk kjøpsrettslig teori om hva som skal ligge i en slik avvisningsrett. Videre er det uenighet om det finnes noe skille mellom mangelskravet i avvisning og heving.¹³ Avvisning har imidlertid tradisjonelt vært regulert i entrepriseretten, og eksisterer også i skipsbyggingsforhold der en avvisningsrett er regulert i «Skipsbyggingskontrakten».¹⁴

¹⁰ Se nærmere i delkapittel 4.3.4.

¹¹ Hagstrøm (2014) s. 363 og Øvrebø (2003) s. 211.

¹² Krüger (1999) s. 387.

¹³ Solvang (2015) s. 496.

¹⁴ Jf. art. VII nr. 4.

Avvisningsretten er en midlertidig avvisning, ikke permanent slik som heving.¹⁵ I kjøpsretten er det drøftet om terskelen for å avvise er den samme som terskelen for å heve.¹⁶ Særlig fordi ordlyden i den første standarden, NS 3401, krevde *vesentlig mangel* for å kunne nekte overtakelse. Det er også fremholdt i rettspraksis at der det er grunnlag for å heve basert på at det foreligger vesentlig mislighold av kontrakten, kan også mindre vidtrekkende konsekvenser, slik som avvisning, anvendes.¹⁷ De to reaksjonsmåtene er imidlertid grunnleggende forskjellige. Heving innebærer å annullere kontrakten, mens ved avvisning fastholdes kontrakten og ytelsen kreves rettet. Vurderingstemaene er derfor også annerledes. Der begrepet vesentlig blir brukt om en mangel i avvisningsspørsmål, er dette snarere for å tydeliggjøre at mangelen må være av kvalifisert art, enn å sammenstille avvisningsvurderingen med vurderingen for heving.¹⁸

1.3 Rettskildebildet

I det følgende vil jeg gjøre rede for hvilke rettskilder som er sentrale for å besvare oppgaven og hvordan jeg bruker dem. Rettskildesituasjonen for profesjonelle entrepriser er noe spesiell ettersom reguleringen er basert på standardkontrakter, slik som NS 8405.

NS 8405 er en standardkontrakt utarbeidet av en komité som er oppnevnt av Standard Norge etter forslag fra ulike organisasjoner og institusjoner fra byggherresiden og entreprenørsiden. Den er dermed utarbeidet etter forhandlinger i bransjen. Det er deres forutsetning at standarden anvendes uten større endringer eller avvik enn det standarden selv åpner for, bortsett fra det som er nødvendig på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.¹⁹ Sammensetningen av de ulike aktørene skal sikre at standarden innebærer en rimelig avveining av de motstridende interessene og hindre ubalanse i kontraktsvilkårene.²⁰

Entrepriseretten er altså ikke lovfestet, med unntak av på forbrukerområdet. Begrunnelsen for at et område som dette, med stor samfunnsmessig betydning, ikke er lovregulert er fordi man har hatt en tradisjon for selvregulering i form av standardkontrakter fra helt tilbake til 1800-tallet.²¹ Standardkontrakter er i motsetning til individuelt forhandlede kontrakter mer generelle og mindre konkrete. Av Erlend Haaskjold er standardkontrakter definert som:

¹⁵ Simonsen (1999) s. 392–393.

¹⁶ Øvrebø (2003) s. 217.

¹⁷ Jf. Rt. 2007 s. 1587 avsnitt 52.

¹⁸ Se Nørgaard (1998) s. 137 om dette i dansk rett.

¹⁹ Jf. forordet i NS 8405 s. 3.

²⁰ Hagstrøm (2014) s. 25

²¹ Hagstrøm (2014) s. 25.

«kontraktsvilkår som er utarbeidet på forhånd, og som tilsiktes anvendt i et ubestemt antall fremtidige kontraktsforhold av en nærmere bestemt type».²²

I en dom avsagt i Høyesterett inntatt i Rt. 2010 s. 961 blir framgangsmåten ved tolkning av entreprisekontrakter uttrykt slik:

«Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.»²³

Dette utgangspunktet er også fulgt opp i senere rettspraksis.²⁴

Det faktum at standardene er eneste rettskilde i sin form på området tilsier at de tillegges betydelig vekt som rettskildefaktor i entrepriseforhold.

Avvisningsbestemmelsen er endret flere ganger, men det har ikke vært store realitetsforskjeller mellom vilkårene. De tidligere standardene NS 3430 og 3401 gir holdepunkter for tolkningen av punkt 32.5 i NS 8405. Også lovfestede regler for forbrukerentrepriser kan tas til inntekt for tolkningen.²⁵ Det er imidlertid særlige beskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende for forbrukerforhold, samtidig som entreprisestandardene er utarbeidet med hensyn til tekniske og økonomiske forhold som særlig er til stede for profesjonelle byggeprosjekter. Dette taler mot at bustadoppføringslova får analogisk anvendelse. Synspunkter herfra vil derfor kun ha begrenset verdi.

Jeg vil videre bruke synspunkter fra totalentrepriser, herunder NS 8407 og den foregående NS 3431. Den prinsipielle forskjellen mellom utførelses- og totalentreprise er funksjonsfordelingen. I totalentrepriser står entreprenøren for både prosjekteringen og utførelsen, mens det er byggherren som står for prosjekteringen i utførelsesentrepriser. For begge entrepriseformene har entreprenøren risikoen for at resultatet blir *slik det er beskrevet* ut fra de forutsetninger som er gitt av byggherren.²⁶ Men i utførelsesentrepriser har ikke

²² Haaskjold (2013) s. 380.

²³ Jf. avsnitt 44.

²⁴ Jf. HR-2016-761-A. Denne saken gjaldt tolkning av en avtale basert på en standardkontrakt for leie av næringsbygg, men dommen vil også ha betydning ved bruk av byggebransjens standardkontrakter, jf. Haahjem (2016).

²⁵ Bustadoppføringslova.

²⁶ Marthinussen (2016) s. 46.

entreprenøren risikoen for at de beskrevne arbeider *fungerer* slik som forutsatt av byggherren, slik en totalentreprenør vil ha.²⁷ De samme hensynene vil likevel gjøre seg gjeldende for totalentrepriser og utførelsesentrepriser i en avvisningssituasjon.

For å sette avvisningsretten i et komparativt perspektiv vil jeg noen steder se hen til rettstilstanden i dansk entrepriserett. Selv om dansk entrepriserett ikke kan tillegges rettskildemessig vekt, kan den belyse hvordan løsningen er i dansk rett og kan hjelpe i tolkningen av den norske bestemmelsen.

Det finnes ikke forarbeider til standarden slik det gjør til alminnelige lover, og derfor er juridisk teori viktig for besvarelsen av oppgaven. Det er utarbeidet kommentarutgaver som skal gi veiledning for de som arbeider med entrepriserett, og særlig bruker jeg den siste utgaven av kommentaren til NS 8405. Videre bruker jeg juridisk teori fra kontraktsretten og ulike kontraktsrettslige artikler. Juridisk teori vil i utgangspunktet ha begrenset rettskildemessig vekt, men ettersom det ikke finnes mange autoritative kilder på avvisningsområdet, vil mye av argumentasjonen i oppgaven ha sin bakgrunn i juridisk teori. Avvisning i utførelsesentreprise er videre magert behandlet i teorien, og av denne grunn ser jeg i tillegg hen til teori om forbrukerforhold og totalentrepriser.

Ettersom byggherrens rett til å nekte overtakelse er detaljregulert i NS 8405 punkt 32.5, vil det være lite behov for å utfylle med alminnelige entrepriserettslige prinsipper. Prinsippene vil likevel komme til uttrykk der de vil ha tilknytning til bestemmelsen. Entrepriseretten er videre en del av den alminnelige obligasjonsretten og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil dermed få anvendelse.

Det finnes få rettsavgjørelser om avvisning i utførelsesentreprise. Derfor vil jeg bruke praksis fra totalentrepriser og forbrukerentrepriser ettersom dette kan ha overføringsverdi. De samme hensynene vil i stor grad gjøre seg gjeldende.

Dommene jeg bruker i oppgaven om materielle spørsmål er avsagt i lagmannsretten. Underrettsavgjørelser vil ikke ha like stor vekt som høyesterettsavgjørelser, men vil likevel vise hvordan retten går fram ved vurderingen. Jeg vil også bruke en voldgiftsavgjørelse om tilvirkning av skip fra 1974²⁸, fordi denne dommen regnes for å gi uttrykk for alminnelige prinsipper om avvisning.²⁹ Den rettskildemessige vekten av denne vil imidlertid være begrenset ettersom det er en voldgiftsdom og den er relativt gammel.

²⁷ Marthinussen (2016) s. 46.

²⁸ Fearnbay-dommen inntatt i ND 1974 s. 27.

²⁹ Øvrebø (2003) s. 214.

1.4 Fremstillingen videre

Denne oppgaven er delt inn i tre hoveddeler, i tillegg til innledningen og avsluttende bemerkninger i kapittel 5. I kapittel 2 skal jeg gi en redegjørelse for de formelle vilkårene som må være tilstede for at byggherren kan nekte overtakelse. Her skal gangen i overtakelsen kort forklares, ettersom det er ved overtakelsen spørsmålet om avvisning blir aktuelt. Situasjonen der de formelle vilkårene ikke er oppfylt blir også kort behandlet.

Kapittel 3 er hovedkapittelet i oppgaven. Her skal jeg gjøre rede for og analysere de materielle vilkårene i punkt 32.5 første ledd. Vilkårene i bestemmelsen er konkrete og skjønnsmessige, og vil i praksis bli vurdert samlet. Av hensyn til en mer systematisk fremstilling av oppgavens tema, har jeg likevel delt opp bestemmelsen etter vilkårene. Først skal mangelen og utbedring av mangelen behandles i avsnitt 3.2. Etter dette går jeg videre til å behandle hva som ligger i den forutsatte bruken i avsnitt 3.3. Hva som nærmere stiller krav til om nektelse kan innrømmes fastsettes av det tredje vilkåret, hindringsvilkåret. Dette er terskelen for når byggherren kan nekte overtakelse av kontraktsarbeidet og blir behandlet i oppgavens avsnitt 3.4. Til slutt ser jeg på et tilfelle fra rettspraksis der det var spørsmål om partene hadde avtalt en skjerpelse av vilkårene for avvisning i avsnitt 3.5.

I kapittel 4 blir virkningene av både rettmessig og urettmessig avvisning relativt kort behandlet, ettersom jeg mener at det er viktig å forstå virkningene for å forstå innholdet i regelen. Ettersom virkningene av rettmessig avvisning kun fører til forsinkelse, blir dette kort behandlet. I tilfellene der avvisningen er urettmessig oppstår en del spørsmål som må avklares, og dette avsnittet får derfor mer oppmerksomhet. Ettersom denne situasjonen er sparsomt regulert i standarden punkt 32.5, bruker jeg særlig prinsipper fra alminnelig kontraktsrett her.

Kapittel 5 vil bestå av avsluttende bemerkninger som vil inneholde en oppsummering og noen korte refleksjoner rundt avvisningsinstituttet.

Alle kursiveringer i sitater fra standardteksten er mine.

2 Formelle vilkår

2.1 Innledning

For at byggherren skal kunne nekte å overta er det visse formelle vilkår som må oppfylles. Dette kan betegnes som formelle forutsetninger for at byggherren rettmessig kan nekte overtakelse.

2.2 Protokollen og overtakelsesforretningen

Overtakelsen markerer et viktig skjæringspunkt i entrepriserforholdet. Det er på dette tidspunktet kontraktsarbeidet skal overføres fra entreprenør til byggherre, jf. punkt 32.6. Ved dette tidspunktet utløses retten til å sende sluttoppgjør. Videre går risikoen over fra entreprenør til byggherre og reklamasjonsfristene begynner å løpe.

Etter standardens punkt 32.1 skal overtakelse skje ved overtakelsesforretning og etter punkt 32.4 skal det føres protokoll over overtakelsesforretningen. I teorien betegnes overtakelsesforretningen som en formalisert ferdigbefaring der byggherren og entreprenøren går gjennom byggearbeidene, og forretningen avsluttes med undertegning av en overtakelsesprotokoll.³⁰ Selve overtakelsen er det sentrale poeng i overtakelsesforretningen. Det er derfor vesentlig at denne protokolleres på en klar og utvetydig måte.³¹ Overtakelsesforretningen skal sørge for et ryddig forhold mellom byggherren og entreprenøren ved avslutningen av kontraktsforholdet. Det er på dette tidspunktet det skal avgjøres om entreprenøren har utført innenfor rammene av kontrakten mellom dem. Overtakelsesforretningen er således grunnlaget for byggherrens rett til å nekte overtakelse.

2.3 Overtakelsesnekt på formelt grunnlag

Dersom byggherren nekter overtakelse skal dette føres i protokoll, jf. punkt 32.4 første ledd bokstav d. Det er et minimumskrav at den angir hvorvidt kontraktsarbeidet «overtas eller nektes overtatt».³² Også begrunnelse for nektelsen skal angis i protokollen. Her bør byggherren være nøye. Poenget med en slik begrunnelse er å påvise at vilkårene etter punkt 32.5 er oppfylt. Det er altså ikke tilstrekkelig å bare angi at det nektes. Byggherren må som et minstekrav oppføre hovedbegrunnelsen sin, for eksempel omfang av gjenstående arbeid, eller omfang og karakter av mangler.³³ Byggherren har selv risikoen for at det grunnlag han mener gir rett til nektelse er tilstrekkelig. Derfor er det viktig at dette blir oppført i protokollen så detaljert som mulig. I alle fall må det framgå hva som er avgjørende for byggherren.³⁴ Dersom entreprenøren godtar

³⁰ Hagstrøm (2014) s. 384.

³¹ Kolrud (2004) s. 384.

³² Kolrud (2004) s. 384.

³³ Kolrud (2004) s. 385.

³⁴ Marthinussen (2016) s. 520.

nektelsen under overtakelsesforretningen, må det kreves tilsvarende mindre, eller ingenting, av byggherrens begrunnelse.

Hvis entreprenøren ikke godtar nektelsen, må han også begrunne det i protokollen, jf. annen setning i annet ledd. Dersom entreprenøren ikke fører opp dette i protokollen, kan dette anses som en godkjennelse av byggherrens nektelse. Etter ordlyden må det antas at det kreves noe mer enn at han fører opp at han ikke aksepterer det. Det kreves en faktisk begrunnelse og denne må knyttes til vilkårene for nektelsen i punkt 32.5. Etter kommentaren kan det likevel ikke kreves mye av denne begrunnelsen og manglende begrunnelse vil neppe føre til at han taper sin innsigelsesadgang mot nektelsen.³⁵ Ofte vil det si seg selv hvorfor han ikke aksepterer, og i så fall må en kort begrunnelse være nok. For eksempel der byggherren nekter å overta fordi det ikke er plantet busker i bakgården til bygget slik det var foreskrevet i kontrakten. For å sikre et best mulig dokumentasjonsgrunnlag bør han imidlertid være nøye med sin begrunnelse, ettersom overtakelsesnektelser ofte vil føre med seg rettslige etterspill.³⁶

Alt av ting å bemerke skal føres i protokollen fra overtakelsesforretningen. For byggherren er dette viktig – en nektelse som ikke blir ført i protokollen, kan ikke gjøres gjeldende overfor entreprenøren.

Videre vil kun de manglene som byggherren fører i protokollen være relevante i avvisningsvurderingen. Hvis han oppdager mangler senere kan ikke disse begrunne nektelse av overtakelse. Her oppstår det en del grensetilfeller. Hvor nøye må byggherren være i sin angivelse av mangelen? Det kan tenkes et tilfelle der byggherren ved overtakelsesforretningen oppdager at det foreligger en mangel ved glasstaket på takterrassen til bygget. Ordlyden i punkt 32.5 fastslår at byggherren må «påvise» manglene.³⁷ Gode grunner taler for at han kun trenger å fastslå at det foreligger en mangel og hvor i kontraktsarbeidet den befinner seg. På den annen side er byggherren profesjonell og det bør stilles krav om at han i noen utstrekning kan uttale seg om årsaken til mangelen og hvordan den skal rettes.

Dersom han avbryter befaringen med det standpunkt at han har nok bevis til å begrunne nektelse, bærer han selv risikoen for om dette er feil. Her vil de eventuelle mangler som hefter ved deler som ikke er befart, ikke senere kunne gi grunnlag for nektelse. Mangler som var reklamert, men som ikke ble påberopt som nektelsesgrunn, kan ikke senere benyttes som begrunnelse alene eller som tilleggsgrunn, dersom den opprinnelige grunn ikke skulle vise seg

³⁵ Kolrud (2004) s. 385.

³⁶ Marthinussen (2016) s. 521.

³⁷ Nærmere om dette i avsnitt 3.1.

å holde.³⁸ Formålet bak protokollen er nettopp å sikre et ryddig forhold og klarhet mellom partene, og det ville undergrave protokollens rolle dersom byggherren kunne gjøre gjeldende mangler og nektelse utenom det som er skrevet i protokollen.

Etter punkt 32.3 første ledd har partene plikt til å møte til overtakelsesforretningen. Bestemmelsen uttrykker videre at der en av partene unnlater å møte uten gyldig grunn, kan den andre gjennomføre alene. Dette kunne føre til at der for eksempel entreprenøren ikke møter kan byggherren nekte for enhver mangel, og entreprenørens fravær anses som en aksept av dette standpunktet. Eller at der byggherren ikke møter, kan entreprenøren tvinge byggherren til å overta bygget med graverende mangler. Selv om partene har risikoen for egen opptreden, må dette nødvendigvis begrenses av partenes lojalitetsplikt. Dersom det ville være illojalt å gjennomføre overtakelsesforretningen, bør den utsettes til den andre parten kan møte opp.

³⁸ Sandvik (1977) s. 213.

3 Materielle vilkår for å nekte overtakelse av kontraktarbeidet

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg gjøre rede for bestemmelsen i punkt 32.5 første ledd.

NS 8405 punkt 32.5 første ledd lyder slik:

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

Som det fremgår av ordlyden har byggherren en rett til å nekte overtakelse, jf. «kan», dersom vilkårene foreligger. Han kan dermed bestemme å overta hvis det passer ham best. Byggherren kan således selv velge om han vil benytte seg av mangels- eller forsinkelsesregimet i standarden, avhengig av hva som tjener hans interesser best.

Videre er det byggherren som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. «påvise». ³⁹ Det i realiteten en forhåndsvurdering som må gjøres ettersom vurderingen skal gjøres ved overtakelsesforretningen, det vil si *før* bygget er tatt i bruk. Selv om det er forutsatt en bruk for kontraktarbeidet, kan det tenkes at hindringen av denne vil vise seg annerledes i praksis enn det man antok ved overtakelsesforretningen. Når byggherren skal bevise at hans standpunkt er rett fordi entreprenøren er uenig i nektelsen, vil han best gjøre dette ved å simulere bruken. Dette vil være mest praktisk i de tilfellene det ikke er klart om mangelen er tilstrekkelig for å avvise. Er det for eksempel ingen toaletter i bygget slik det var foreskrevet, må det være klart at han ikke trenger å bevise at bruken er hindret, og entreprenøren må godta nektelsen. Her kreves det sannsynlighetsovervekt i tråd med hovedregelen i sivilprosessen. ⁴⁰ I de aller fleste tilfeller vil imidlertid ikke spørsmålet om bevisbyrde være avgjørende for om byggherrens nektelse er rettmessig eller ikke.

Etter ordlyden er vurderingstemaet om «mangelen eller utbedringen av den hindrer den forutsatte bruken av kontraktarbeidet». Dette er en konkret og skjønnsmessig vurdering. Samme mangel kan dermed være en hindring for én type bygg, men ikke for et annet.

Videre er ikke avvisningsinstituttet et tilbakevirkende system. Etter ordlyden i punkt 32.5 «ved overtakelsesforretningen», kan nektelsesretten bare benyttes ved selve overtakelsen, og ikke i forbindelse med mangler som blir oppdaget i reklamasjonsperioden etter overtakelse, såkalte

³⁹ Se også Kolrud (2004) s. 387.

⁴⁰ Robberstad (2015) s. 279 og Rt. 1992 s. 64 (*P-pilledom II*).

skjulte mangler i standardens punkt 36.1 annet ledd. Disse må reklameres på etter reklamasjonssystemet i standarden og vil kun utløse mangelsbeføyelser.⁴¹ Dette kommer også til uttrykk i en dom fra lagmannsretten, LB-2001-3130-2.⁴²

Ordlyden oppstiller en rekke vilkår som skal inngå i en konkret og skjønsmessig vurdering. Jeg vurderer dem imidlertid separat for å gjøre behandlingen mer systematisk og oversiktlig.

I det følgende vil jeg gjøre rede for *mangel og utbedring av mangel* i avsnitt 3.2, herunder om kravet om at entreprenøren må ha utbedringsplikt. Videre må mangelen eller utbedringen knytte seg til selve bruken av kontraktsarbeidet, og jeg skal behandle hva som ligger i den *forutsatte bruken* i avsnitt 3.3. Her følger en tolkning av ordlyden sett i lys av formålet til avvisningsreglene og alminnelig kontraktsrett. Mangelens tilknytning til den forutsatte bruken avgjør om mangelen er relevant og setter slik rammen for anvendelsen av bestemmelsen i punkt 32.5.

I avsnitt 3.4 går jeg over til å behandle det tredje vilkåret, om mangelen eller utbedring av mangelen fører til at den forutsatte bruken blir *hindret*. Dette er terskelen for når byggherren kan nekte overtakelse av kontraktsarbeidet. Under dette følger en tolkning av ordlyden sett i lys av de tidligere standardene og synspunkter fra andre deler av kontraktsretten. Det framkommer ikke klart av ordlyden hvor terskelen ligger. Jeg vil derfor vurdere ulike situasjoner og drøfte ulike momenter som kan være retningsgivende for vurderingen. I siste del av kapitlet, avsnitt 3.6, vurderer jeg et tilfelle fra rettspraksis der det var spørsmål om partene hadde avtalt skjerpede vilkår for å nekte.

3.2 Mangel eller utbedring av mangel

I dette avsnittet skal betydningen av mangel eller utbedring av mangel behandles. Her skal jeg forklare hva som ligger i begrepet mangel eller utbedring av mangel. Forutsetningen for at mangel kan gjøres gjeldende er at entreprenøren har utbedringsplikt.

For at avvisning kan innrømmes må det foreligge et kontraktsbrudd i form av mangel. En mangel foreligger der det er et avvik fra kontraktsrettslig oppfyllelse, og dette avviket skyldes forhold på entreprenørens side.⁴³ En videre vurdering av selve mangelsbegrepet faller utenfor oppgaven og i det følgende blir det forutsatt at mangel foreligger.

⁴¹ NS 8405 punkt 36.7.

⁴² «Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at slike skjulte feil og mangler oppdaget i ettertid kan påberopes med den virkning at overtakelsesprosessen blir reversert. Noe annet er at manglene gir krav på utbedring».

⁴³ Hagstrøm (2014) s. 367 og 378, og Hagstrøm (2011) s. 327.

Likestilt med mangler er utbedringen av mangler. Ifølge Kolrud har dette alternativet liten selvstendig betydning fordi utbedringen anses som en del av *mangelens karakteristika*.⁴⁴

Ordlyden i bestemmelsen, «slike mangler at disse *eller* utbedringen av dem», taler for at mangelen og utbedringen er alternativer. Også i praksis blir de vurdert hver for seg.⁴⁵ Hensynet til fleksibilitet og effektivitet kan likevel tale for at man burde kunne tolke bestemmelsen slik at de to situasjonene virker sammen. En slik forståelse kan også gjøre bestemmelsen mer dynamisk. Det kan for eksempel være at det foreligger en mangel som er vesentlig nok til å kunne begrunne nektelse. Her kan det tenkes at en enkel utbedring kunne utligne mangelen slik at nektelse likevel ikke er berettiget.

Formålet bak bestemmelsen kan også tilsi også en slik tolkning. Det kan hevdes at konsekvensen av en mangel ikke er mer betydelig enn hva utbedringen av den vil føre til. Mangelen vil ikke reelt sett hindre bruken av bygget dersom en enkel utbedring kan fikse den. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv vil dette være hensiktsmessig ettersom det vil spare partene for unødvendige utgifter å ikke nekte overtakelse der mangelen kan avhjelpes raskt og enkelt. I realiteten er det kanskje snakk om et mer formelt skille enn praktisk.

Et eksempel er der det foreligger en mangel ved gassanlegget i et bygg. En slik mangel må sies å være alvorlig. Utbedringen som skal til for å rette mangelen ved gassanlegget går imidlertid kun ut på å stramme ventilene forskjellige steder i bygget.

Det kan oppstå problemer ved å legge synspunktet til grunn. Selv om dette virker rimelig, må man være tro mot ordlyden i punkt 32.5 første ledd. Selv om utbedringen er enkel, men mangelen er alvorlig, kan faktisk ikke byggherren *bruke* bygget med mangelen slik den er ved overtakelsesforretningen. Han kan ikke overta et bygg der gassanlegget ikke fungerer fordi han ikke faktisk får tatt det i bruk. Det er dermed bedre for byggherren å legge press på entreprenøren til å rette mangelen ved å pålegge ham dagmulkt. Er utbedringen enkel, blir det uansett ikke snakk om en høy dagmulkt.

Videre er nektelsesretten i realiteten et krav om naturaloppfyllelse. Byggherren vil ha bygget ferdig og entreprenøren har plikt til å utbedre manglene. Entreprenøren har imidlertid også en *rett* til å utbedre mangler, jf. punkt 36.2 første ledd første setning.⁴⁶ En konsekvens av å tolke bestemmelsen slik at en utbedring kan «rette» manglene er at det blir entreprenørens risiko at utbedringen er så enkel og rask at den faktisk kan utligne en mangel som kunne gitt byggherren

⁴⁴ Kolrud (2004) s. 387.

⁴⁵ Se blant annet LE-2009-18453.

⁴⁶ «Mangel som er påberopt i rett tid, har entreprenøren rett og plikt til å utbedre (...)».

rett til å nekte overtakelse, jf. prinsippet om at partene har risikoen for egne oppfatninger. Hva skjer dersom entreprenøren tar feil her, og at utbedringen ikke var så enkel likevel, men i realiteten hindrer bruken? Når kan man vite at utbedringen er så enkel at den kan utligne mangelen? Dette vil innebære upraktiske og unødvendig uklare situasjoner. Det kan være dette som er hensynet bak at ordlyden innebærer at vurderingen av mangelen i seg selv og utbedringen gjøres separat, jf. «eller». Å unngå at slike vanskelige vurderingssituasjoner oppstår taler således for at mangelen i seg selv og utbedringen får selvstendig betydning.

I oppgaven skal det for ordens skyld gjøres et skille mellom mangelen i seg selv og utbedringen av mangelen under drøftelsen av hindringsvilkåret i avsnitt 3.5.

3.2.1 Forutsetning: entreprenøren har utbedringsplikt

En forutsetning for at byggherren kan nekte overtakelse er at entreprenøren har utbedringsplikt. Det må således avgrenses mot mangler som ikke kan kreves rettet. Det framkommer av NS 8405 punkt 36.2 første ledd:

«Mangel som er påberopt i rett tid, har entreprenøren rett og plikt til å utbedre, med mindre kostnadene til utbedringen vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås.»

Hensikten med avvisningsretten er at manglene skal utbedres før bygget kan overtas, samtidig som entreprenøren ilegges dagmulkt. Når manglene ikke kan rettes kan heller ikke byggherren nekte å overta. Avvisning vil i disse tilfellene ikke ha noe fornuftig formål.⁴⁷ For eksempel kan ikke byggherren kreve retting av en mangel som medfører at hele eller store deler av et bygg må rives og bygges opp igjen. Byggherren må her benytte seg av andre beføyelser, slik som prisavslag, erstatning eller heving.

Det må derfor alltid først vurderes om det foreligger mangel, og deretter om det i det hele tatt kan kreves utbedring av den. Vurderingen av om utbedringen medfører en uforholdsmessig stor kostnad blir ikke behandlet i denne oppgaven.

3.3 Forutsatt bruk

Etter ordlyden skal ikke mangelen eller utbedringen av den vurderes isolert. For at mangelen skal være relevant for avvisningsspørsmålet, må den innvirke på den *forutsatte bruken* av kontraktsarbeidet.

⁴⁷ Simonsen (1991) s. 393.

Som nevnt i oppgavens innledning kan det være én eller flere entreprenører på prosjektet. Der det kun er én entreprenør, er det den endelige bruken av bygget bestemmelsen skal vurderes opp mot. Der det er flere entreprenører som alle står for sin del av prosjektet kan det tenkes at vurderingen blir noe annerledes. Likevel må entreprenørens kontraktsarbeid vurderes opp mot den endelige bruken av prosjektet, slik at det arbeidet som entreprenøren leverer kan bygges videre på og får sin tiltenkte rolle i det endelige prosjektet. For enkelthetens skyld skal jeg i oppgaven forholde vurderingen til der det i hovedsak er én entreprenør.

Samme mangel kan få et praktisk utslag i én type bygg, men ikke for et annet, for eksempel der varmtvannsberederne ikke er levert. En slik mangel vil nok få relativt liten betydning for bruken av et kontorbygg, men den vil ha avgjørende betydning for bruken av en barnehage. Derfor er det viktig å fastslå hva som er den konkrete bruken av kontraktsarbeidet før det kan vurderes om mangelens innvirkning på den er slik at den vil hindres.

Den forutsatte bruken utgjør således rammen for hvilke mangler byggherren kan påberope seg. For en fotballbane må for eksempel mangelen innebære at bruken av selve gressmatten eller tribunen blir påvirket. Dette betyr at byggherren ikke kan nekte overtakelse der mangelen knytter seg til andre forhold enn bruken, for eksempel hvis det er uenighet om betaling for tilleggsarbeider.⁴⁸

At også utbedring av mangel kan gi byggherren grunn til å nekte overtakelse utvider på en måte nektelsesretten. En mangel som ikke er relevant kan bli det fordi utbedringen av den innvirker på bruken. For eksempel kan man tenke seg en situasjon der mangelen realiserer seg utenfor den forutsatte bruken. Utbedringen av den vil imidlertid føre til så mye støy slik at den innvirker på en del av kontraktsarbeidet som befinner seg i den forutsatte bruken.

I det følgende skal begrepet «forutsatt bruk» behandles. Under dette tolker jeg ordlyden og hvor langt den rekker.

3.3.1 Ordlyden «forutsatt bruk»

Vurderingen av om byggherren kan nekte å overta knytter seg til bruken av bygget, jf. ordlyden «*forutsatt bruk*». Videre er det den *forutsatte* bruken det pekes på.

Den forutsatte bruken er lagt til grunn som den endelige bruken av kontraktsarbeidet, altså den funksjonen bygget eller anlegget skal ha når det er ferdig.⁴⁹ Hva som er den forutsatte bruken er ikke alltid klart. Utgangspunktet må tas i en tolkning av ordlyden «forutsatt». En ren objektiv

⁴⁸ Slik det ble uttalt i en dom fra forbrukerforhold inntatt i LA-2007-22932.

⁴⁹ Se punkt 3.3.3.

tolkning av ordlyden tilsier at det er den bruken som entreprenøren vet eller burde vite om. Dette kan anses som et krav om at bruken må være synbar og påregnelig for entreprenøren. Et slikt utgangspunkt gjelder generelt i kontraktsretten.⁵⁰ Spørsmålet blir så hvor den forutsatte bruken kommer til uttrykk?

Det er flere tenkelige situasjoner som kan gjøre at bruken er synbar og påregnelig. Ettersom det er kontrakten som ligger til grunn for entrepriseforholdet, må det være åpenbart at bruk beskrevet i kontrakten er synbart for entreprenøren. Deretter kan det vurderes om også bruk som følger av kontraktarbeidets art, såkalt vanlig bruk, vil kvalifisere. Tidspunktet for vurderingen og forholdet til endringer blir behandlet til slutt.

3.3.1.1 Kontrakten

Utgangspunktet er at partene har avtalefrihet og avtaler fritt de frister og krav til kontraktsarbeidet som skal gjelde for prosjektet mellom dem. Det framgår av punkt 11.1 i standarden at «kontraktarbeidet skal oppfylle de krav som er angitt i kontrakten».

Kontrakten mellom byggherre og entreprenør inneholder flere dokumenter, jf. NS 8405 punkt 3.1. NS 8405 vil være ett av disse dokumentene, jf. bokstav f. Det sentrale dokumentet for å finne den forutsatte bruken er arbeidsbeskrivelsen. Det som står her reflekterer hva byggherren vil ha bygd. I utførelsesentrepriser er det byggherren som prosjekterer, og som nevnt vil ikke resultatet være mangelfullt selv om det skulle vise seg å ikke lede til det forventede resultat dersom entreprenørens resultat samsvarer med prosjekteringsgrunnlaget.⁵¹ Entreprenøren har altså risikoen for at resultatet blir *som beskrevet* av byggherren.

Det som står i kontrakten må sies å være synbart for entreprenøren, i alle fall der utformingen av kontrakten er klar.⁵² Spørsmålet er om alt som står i kontraktsdokumentene inngår under forutsatt bruk?

Ordlyden «forutsatt» taler for at det i utgangspunktet gjelder all bruk. En slik tolkning kan imidlertid føre for langt. Man kan tolke ordlyden sammenholdt med hensynet bak avvisningsretten dit hen at det i første rekke er kjernebruken som vil inngå i den forutsatte bruken. Det skal ikke være mulig å avvise for enhver hindring. Dette tyder på at det må være begrensninger i hva som ligger i den forutsatte bruken. Hindring for mer perifere deler av kontrakten kan tenkes å ikke gi grunnlag for avvisning. Der det ikke kommer klart fram av kontrakten hva som er kjernefunksjoner og perifere funksjoner, kan denne grensen være

⁵⁰ Jf. synbarhet i andre deler av kontraktsretten, herunder i læren om bristende forutsetninger der forutsetninger må være synbare for debitor, med mindre det foreligger typeforutsetninger som alltid er synbare.

⁵¹ Marthinussen (2016) s. 57. Begrensninger av dette utgangspunktet i NS 8405 punkt 13.1.

⁵² Byggherren har risikoen for at kontraktsvilkårene er utformet tydelig, jf. Rt. 1992 s. 1105 på side 1108.

vanskelig å trekke. For eksempel står det i kontrakten at det skal være gardiner på alle rom i kontorbygget. Dette høres først og fremst ut som en perifer del, men kan likevel tenkes å ha en viktig funksjon. For eksempel kan gardinene være av sentral betydning på møterommet til konsernsjefene der diskusjoner er viktig. Man bør derfor være forsiktig med å innskrenke for mye når man skal trekke en slik grense.

Formålet med avvisningsregelen er som nevnt ikke at enhver mangel kan gi grunn til å nekte overtakelse. Noe snevrere enn all bruk må det altså være. Man kan likevel si at i utgangspunktet vil all bruk i kontrakten vil være forutsatt. All innvirkning her vil likevel ikke føre til nektelse fordi hindringsvilkåret som jeg kommer til i avsnitt 3.4 setter begrensninger. Hindringsvilkåret sammenholdt med vilkåret om forutsatt bruk vil således innsnevre i tråd med formålet bak punkt 32.5.

3.3.1.2 Bruk som er vanlig for kontraktsarbeidet

Videre må man stille spørsmålet om bruken må reguleres uttømmende i kontrakten for å være synbar for entreprenøren. I entrepriseretten er det anført at det er nærliggende å tolke kontraktsdokumentene antitetisk slik at ytelsesplikten til entreprenøren kun baseres på det positivt angitte.⁵³ Dette legger en streng føring på byggherren til utformingen av kontrakten. En slik tolkning kan i visse tilfeller medføre at entreprenøren slipper unna med mye. En viss grad av skjønn bør kunne innbakes i prosjektet slik at også synbare forutsetninger utover kontrakten vil gjelde. Dette legges også til grunn av Hagstrøm, der det nevnes at «et visst rom for utfylling vil det imidlertid være» i relasjon til en abstrakt mangelsvurdering.⁵⁴

I punkt 11.1 annet ledd i standarden heter det:

«Er ikke kvalitetskrav til materialer og utførelse angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider».

Det må legges til grunn at avvik fra denne bestemmelsen vil utgjøre mangel. Dermed må vanlig bruk anses å inngå under forutsatt bruk. Slike generelle kvalitetskrav regnes som et generelt prinsipp i den alminnelige kontraktsretten.⁵⁵ Regelen er også lovfestet for forbrukerentrepriser i bustadoppføringslova § 7 annet ledd annen setning.

Noen former for bruk vil slik være åpenbare for prosjektet, slik som ved oppføring av en fotballstadion eller et hotell. Her vil den forutsatte bruken følge av arten av kontraktsarbeidet

⁵³ Hagstrøm (2014) s. 372.

⁵⁴ Hagstrøm (2014) s. 372.

⁵⁵ Jf. krav om alminnelig god vare etter kjøpsloven § 17 (2). Dette ble definert som et ulovfestet prinsipp av Høyesterett i «Videospillerdommen» inntatt i Rt. 1998 s. 774.

og helt sikkert også framgå tydelig av kontrakten. Det vil være klart for entreprenøren for eksempel at fotballbanen skal være gresslagt og at tribunene skal tåle mange tilskuere, selv om dette ikke står uttrykkelig i kontraktdokumentene. At gressmatten da ikke er lagt ferdig selv om resten av bygget er ferdig hjelper lite. Dette gjelder uansett om leggingen av matten ikke tar så lang tid eller er lite omfattende.⁵⁶ Videre er det klart for entreprenøren at et hotell skal huse hotellgjester og at det dermed for eksempel er viktig at alle låsene på alle romdørene er programmert riktig.

I en lagmannsrettsdom om forbrukerforhold ble forutsatt bruk likestilt med *daglig bruk*.⁵⁷ Om dette vil tilføre noe til vurderingen er usikkert. Gode grunner taler for at dette må anses å være det samme, ettersom den bruken som skal gjøres av bygget som regel vil være på en daglig basis.

Et slikt utgangspunkt må gjelde i tillegg til kontrakten og stille et minstekrav til kontraktsarbeidets kvalitet. Med andre ord kan man si at det som gjelder generelt for den type av kontraktsarbeid som prosjektet omfatter, er synbart for entreprenøren.

Å innbefatte en slik regel i begrepet om forutsatt bruk vil fungere som en sikkerhetsventil der ikke alt er regulert i kontrakten. I de aller fleste tilfeller er tilnærmet *alt* regulert nøyte i kontrakten. Man ser likevel at dette varierer fra kontrakt til kontrakt, og ofte har det med størrelsen på entreprisen å gjøre. For eksempel har byggherren prosjektert at det skal være ventilasjon i bygget, uten å spesifisere noe mer. Dersom entreprenøren kun setter inn én lufteluke i hver etasje kan han ikke slippe unna med det.

Bruk som ikke er så typisk for arten av kontraktsarbeidet må dermed reguleres i kontrakten for å kunne regnes som *forutsatt bruk*, jf. Kolrud og avsnittet over.⁵⁸ Slik er det også i læren om bristende forutsetninger. Som et utgangspunkt gjelder det her at jo mindre typisk en forutsetning er, desto strengere krav vil det stilles til synbarheten.⁵⁹ Dette kan overføres til entrepriseforhold ved å si at jo mindre typisk en bruk er, desto større grunn til å regulere den i kontrakten. Dette vil også gjøre forholdet mellom partene så oversiktlig som mulig.

3.3.2 Når må den forutsatte bruken være synbar for entreprenøren?

Hovedregelen her må være at bruken må være synbar *før* avtaleinngåelsen. Ellers vil ikke entreprenøren ha noen plikt til å bygge i henhold til forutsetningen. Entrepriskontrakter skiller

⁵⁶ Marthinussen (2016) s. 524.

⁵⁷ LE-2004-3175.

⁵⁸ Kolrud (1992) s. 387.

⁵⁹ Hagstrøm (2014) s. 253.

seg imidlertid fra andre typer kontrakter ved sin dynamiske karakter. I entrepriseforhold kan byggherren utstede endringsordrer under hele kontraktsforholdets løp.⁶⁰ Forutsetningen er at endringen holder seg innenfor de saklige rammene for endringskompetansen.⁶¹

Kontrakten mellom entreprenøren og byggherren utgjør dermed ikke bare det som ble inngått ved avtaleinngåelsen, men også de senere endringene. Dette innebærer at den forutsatte bruken ikke nødvendigvis er den samme ved avtaleinngåelsen som ved avslutningen av kontraktsforholdet. Den kan i prinsippet være både noe mer eller noe mindre. For eksempel vil byggherren ønske å utvide stasjonsområdet ved en jernbanestasjon, eller han vil ikke lenger at det skal bygges mur rundt inngangspartiet til skolebygget.

En særlig problemstilling oppstår der byggherren går utenfor sin endringskompetanse og entreprenøren har akseptert dette. Byggherren pålegger for eksempel elektroentreprenøren å legge rør til badene i bygget, eller han pålegger entreprenøren av en vanlig bygård å lage en fasade med utpregede utskjæringer og utsmykninger han ikke er faglig kompetent til å foreta. Entreprenøren kan si nei til endringer utenfor byggherrens endringskompetanse.⁶² Godtar han likevel å utføre, vil endringen utgjøre en del av kontrakten. Byggherrens rett til å nekte overtakelse er dermed i behold dersom entreprenøren ikke kan utføre endringen og det fører til kvalifisert mangel.

3.3.3 Tilfellet der kontraktarbeidet ikke skal brukes rett etter overtakelse

Ofte skal ikke kontraktarbeidet tas i bruk rett etter overtakelse, for eksempel fordi bygget skal leies ut og leietakerne ikke flytter inn før på et senere tidspunkt. Spørsmålet er om dette har noen innvirkning på byggherrens rett til å nekte overtakelse.

Det er sikker rett at selv om byggherren ikke skal ta i bruk bygget til sitt endelige formål med en gang etter overtakelsen har dette ingen betydning for kvalitetsbedømmelsen av entreprenørens arbeider.⁶³ Regelen blir også slått fast i en dom fra lagmannsretten om et totalentrepriseforhold:

«Om manglene eller utbedringen hindrer bruken må vurderes konkret. At byggherren uansett ville brukt noe tid til innflytting mv. er uten betydning. Entreprenørens arbeider skal vurderes i forhold til byggherrens endelige bruk.»⁶⁴

⁶⁰ NS 8405 punkt 22.1 første ledd.

⁶¹ NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd og Barbo (1997) s. 67.

⁶² NS 8405 punkt 22.1 tredje ledd.

⁶³ Marthinussen (2016) s. 524.

⁶⁴ LE-2009-18453.

Dette må også være regelen i utførelsesentrepriser. Den avtalte sluttfristen er et fastsatt tidspunkt som hele fremdriften må forholde seg til og som partene planlegger etter.

Dreier det seg om et hotell skal det for eksempel innredes før det står klart for å ta imot gjester. Videre kan det hende at det skal foretas tekniske installasjoner eller lignende. Ofte skal det i tillegg inn flere entreprenører for å utføre andre arbeider på bygget. Utbedringsarbeidene vil ikke skape de samme praktiske problemene og ulempene der byggherren uansett ikke skal bruke bygget til sin forutsatte bruk med en gang. Det skal uansett utføres arbeid og utbedringen vil ikke skape de samme vanskelighetene som der bygget for eksempel skulle tas i bruk av innflyttede leietakere.⁶⁵

Dette vil likevel ikke ha betydning. Regelen kan nok begrunnes i rene retts tekniske hensyn og ikke egentlig av hensyn til byggherren. Overtakelsen er et fastsatt tidspunkt og for at ikke det skal være tvil rundt denne er det mest hensiktsmessig å la fristen gjelde ubetinget. Der det skal andre entreprenører inn for å installere for eksempel det elektriske og lignende kan det skape problemer og forsinkelse dersom den foregående entreprenørens arbeid ikke er ferdig til sin tid.

3.3.4 Oppsummering

Den forutsatte bruken kan betegnes som det som er synbart og påregnelig for entreprenøren. Hva som er synbart og påregnelig må i alle fall være det som framkommer av kontrakten. Gode grunner taler for at også bruk som følger av arten av kontraktsarbeidet vil være synbar og påregnelig.

Mangler eller utbedringer som gir utslag i den forutsatte bruken vil dermed være relevante. Etter omstendighetene kan disse således gi avvisningsrett dersom hindringsvilkåret tilfredsstilles. I utgangpunktet kan man la tilnærmet all bruk inngå under «forutsatt bruk», i alle fall bør man være forsiktig med å innskrenke for mye. Hensynet bak avvisningsinstituttet er likevel ikke å la enhver mangel gi byggherren rett til å nekte overtakelse, men gode grunner taler for å la det neste vilkåret i bestemmelsen, hindringsvilkåret, være den avgjørende begrensningen.

3.4 Hindringsvilkåret

For at mangelen eller utbedringen av den skal gi avvisningsrett, må den «*hindre* den forutsatte bruken av kontraktarbeidet». Selv om en mangel innvirker på den forutsatte bruken, må den likevel tilfredsstillende hindringsvilkåret. Man kan si at mangelen må være av kvalifisert art.

Dette er vurderingen av terskelen for når det kan nektes. Mangelen kan påvirke bruken på en rekke forskjellige måter, og det er umulig å utforme en generell regel om når bruken blir

⁶⁵ Giverholdt (2012) s. 608.

påvirket i så stor grad at avvisning er rimelig.⁶⁶ Grunnen til at dette ikke kan angis mer klart er at kontraktsarbeidene som standarden skal gjelde for vil være så forskjelligartede. Det man kan si sikkert er at ikke alle relevante mangler vil tilfredsstillende vilkåret. Det er ikke grunn til å gi byggherren en rett til å nekte å overta et tilnærmet feilfritt kontraktarbeid.⁶⁷ En slik løsning ville undergrave bestemmelsene om retting etter overtakelse.

Praktiske hensyn taler for at det ikke kreves at byggherren er helt forhindret i å bruke bygget, men at ulempen ved å ta over er slik at han *praktisk sett* vil ha vanskeligheter med å utnytte seg av det. Spørsmålet som må stilles er når mangelen eller utbedring av mangelen utgjør en så stor ulempe for byggherren at den kan sies å hindre bruken. Når er ulempen så stor at byggherren ikke behøver å finne seg i den?

I dette delkapittelet skal det først foretas en tolkning av ordlyden *hindre* og hvilke krav denne stiller til vurderingen. Videre skiller jeg mellom der mangelen i seg selv hindrer den forutsatte bruken, og der utbedring av mangelen hindrer den forutsatte bruken, jf. «eller». Under hvert av disse avsnittene vil jeg vurdere ulike situasjoner og drøfte ulike momenter som kan være retningsgivende for vurderingen.

3.4.1 Ordlyden «hindre»

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «hindre» taler for at vurderingen er streng sett fra byggherrens side. Mindre strenge formuleringer kunne vært «forstyrre», «være til ulempe for», «plage» eller «sjenere». Likevel kan ikke «hindre» bety at mangelen skal gjøre bruken helt umulig. Da ville svært få tilfeller falle innunder bestemmelsen, ettersom det som oftest kan settes inn tiltak for å overkomme hindringen. Det ville gjort byggherrens nektelsesrett nærmest illusorisk.

Det er imidlertid en grunn til at ordet «hindre» er brukt. Det er et strengt vilkår og man skal være forsiktig med å lempe for mye på dette. Det som er klart etter ordlyden er at det må foreligge en reell hindring av den forutsatte bruken. At noe blir hindret kan etter omstendighetene likestilles med at noe er svært vanskelig. Dersom byggherren må sette inn ressurser av en viss størrelse for å utnytte kontraktarbeidet kan han ikke tvinges til å overta. For eksempel der de ansatte i kontorbygget må gå en stor omvei for å komme inn i bygget hver dag.

Ordlyden er streng etter punkt 32.5. For totalentrepriser gjelder tilsynelatende en lavere terskel i favør av byggherren. Ordlyden her er dersom manglene eller utbedringen av dem har «liten

⁶⁶ Øvrebø (2003) s. 214–215.

⁶⁷ Øvrebø (2003) s. 211.

praktisk betydning» for bruken kan det ikke nektes.⁶⁸ Ordlyden i den tidligere totalentreprisestandarden NS 3431 hadde lik ordlyd som dagens NS 8405 punkt 32.5.⁶⁹ I juridisk teori er det imidlertid tatt til orde for at terskelen er den samme i dag.⁷⁰ Etter min mening kan ikke dette være riktig. En ren ordlydstolkning av «hindre den forutsatte bruken» taler for at det må legges en høyere terskel til grunn i NS 8405. Vurderingstemaet «mindre praktisk betydning» ble også brukt i forslaget til ny NS 8405, jf. NBR F 79/02 punkt 33.5, men ble likevel ikke vedtatt. Dette underbygger således at det må legges en høyere terskel til grunn i NS 8405 enn i NS 8407.

Avvisningsbestemmelsen er blitt endret flere ganger for utførelsesentrepriser. I NS 3401 fra 1969 var vilkåret at byggherren måtte påvise vesentlige mangler.⁷¹ I sin kommentar anførte Sandvik at vesentlighetsvilkåret nettopp var oppfylt der mangelen hadde betydning for bruken av bygget.⁷² I den etterfølgende NS 3430 var det et tilleggsvilkår at hindringen av den forutsatte bruken ga byggherren *rimelig grunn* til å nekte overtakelse.⁷³ Dette vilkåret er tatt ut i dagens standard. Ifølge juridisk teori er det imidlertid tvilsomt om dette innebærer noen reell endring.⁷⁴ Forfatterne mener at det fortsatt må foretas en rimelighetsvurdering ved avgjørelsen av om byggherren skal gis rett til å nekte overtakelse. Jeg er enig i dette, fordi dette gir en mulighet til å avveie hensyn. Det ville videre ført for langt om endringen i ordlyden fra NS 3430 skulle innebære at enhver hindring kan utløse nektelse. Dette støttes av bustadoppføringslova, der ordlyden også viser til en totalvurdering:

«Forbrukeren kan nekte å overta ytinga dersom det ligg føre mangel som gjev rimeleg grunn til nektinga.»⁷⁵

Det skal vurderes i hvilken grad den forutsatte bruken blir hindret, og under dette vurdere om det *alt i alt* fremstår som rimelig at byggherren nekter overtakelse, tatt i betraktning bruken av bygget.⁷⁶ Endringen i ordlyden fra NS 3430 taler imidlertid for at rimelighetsvurderingen i større grad enn før må knytte seg til de konkrete vilkårene i punkt 32.5, til forskjell fra en mer overordnet vurdering av alle forhold tatt i betraktning. Ifølge Nordtvedt har rimelighetsvurderingen neppe noen selvstendig betydning.⁷⁷ Regelen skal ikke være resultat av

⁶⁸ NS 8407 punkt 37.3 annet ledd.

⁶⁹ NS 3431 puliunkt 35.4.

⁷⁰ Nordtvedt (2013) s. 565.

⁷¹ NS 3401 punkt 23.5.

⁷² Sandvik (1966) s. 212.

⁷³ NS 3430 punkt 30.5.

⁷⁴ Marthinussen (2016) s. 523 og Kolrud (2004) s. 388.

⁷⁵ Jf. § 15 tredje ledd.

⁷⁶ Marthinussen (2016) s. 523.

⁷⁷ Nordtvedt (2013) s. 565.

en ren interesseavveining mellom byggherren og entreprenøren, men begrunnes i den konkrete bruken av det konkrete kontraktsarbeidet. Punkt 32.5 skal således ivareta balansen og dynamikken i kontraktsforholdet på en objektiv måte. Rimelighetsvurderingen bør således ikke få avgjørende betydning, men vil i tvilstilfeller være veiledende.

I det følgende vil jeg gjennomgå ulike typesituasjoner og momenter som kan ha betydning for terskelvurderingen, først ved mangel og deretter ved utbedring av mangel.

3.4.2 Mangel som hindrer den forutsatte bruk

Mangelen må innvirke på den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet i slik grad at den vil *hindre* bruken.

Åpenbare tilfeller er der mangelen er såpass betydelig at byggherren ikke kan bruke bygget til sitt formål. Som eksempler har vi tilfeller der det ikke er satt inn vinduer i et kontorbygg eller det elektriske anlegget i et museumsbygg ikke er installert. I disse tilfellene kan ikke byggherren starte kontordrift eller ta imot museumsgjester. Det er grensetilfellene som byr på problemer. I det følgende skal jeg se på ulike momenter som kan ha betydning i vurderingen av om mangelen hindrer den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet.

3.4.2.1 Kjernebruk og perifer bruk

I avsnittet for forutsatt bruk ble det sett på såkalt *kjernebruk* og *perifer bruk*. Der en mangel materialiserer seg innenfor en del av kontraktsarbeidet som kategoriseres som kjernebruk vil nok mangelen lettere ha innvirkning, enn dersom den befinner seg i en mer perifer del av bruksområdet til kontraktsarbeidet. For eksempel skal det mindre til for å nekte overtakelse der bassengvarmepumpen til bassenget i en svømmehall ikke er funksjonell enn der det ikke er satt inn benker i badstuen i garderoben. Videre vil det være rimelig om byggherren nekter å overta en fotballstadion som mangler store deler av gressmatten, mens det vil anses som mindre rimelig der byggherren avviser på grunn av at inngangspartiet ikke er malt ferdig.

Der mangelen rammer *sentrale funksjoner* av kontraktsarbeidet, slik som rørsystem og strømanlegg, vil dette ha stor betydning for bruken av bygget. Man kan nok med sikkerhet si at dette er en type mangler som vil gi rett til avvisning uavhengig av hva slags type bygg det er snakk om. Strømanlegget vil ha like stor betydning for en skole og et kontorbygg som for en idrettshall.

Det samme må gjelde for *sikkerhetsinstallasjoner*, slik som nødutganger og brannsystemer. En mangel som materialiserer seg her må gi rett til avvisning uansett om det dreier seg om små mangler. Dersom taket i en tunnel på en strekning ikke er sikret slik det er prosjektert må dette anses å hindre bruken. Heller ikke der nødutgangene er tilstrekkelig markert, vil det være

forsvarlig å ta i bruk tunnelen. Den potensielle konsekvensen at liv kan stå på spill gjør at det ikke vil være rimelig å overta bygget. Det vil ikke være forsvarlig å ta i bruk bygget med mangelen, og den potensielle faren som følge av mangelen er en risiko som ikke kan pålegges byggherren.

Kommentaren nevner at der det er enkelte rom i et stort kompleks som ikke kan brukes, er ikke dette tilstrekkelig grunn til å nekte overtakelse med mindre disse rommene er *vesentlige for bruken*.⁷⁸ Med dette må det menes at rommene må befinne seg i kjernebruken av bygget. Rom som er en del av mer perifere deler av bygget, kan nok ikke betegnes som vesentlige for bruken. En mangel som gjør seg gjeldende her kan ikke gi grunn til nektelse. For eksempel har vi det tilfellet at det ikke er lagt gummibelegg på gulvet i bøttekottene i et hotellbygg slik det var foreskrevet i kontrakten. Av denne grunn kan ikke rengjøringspersonalet bruke kottene til oppbevaring av rengjøringsmaterialer. Likevel kan ikke dette anses som en mangel som hindrer den forutsatte bruk, fordi kottene er en perifer del av bruken av hotellet, og i en relativt kort periode etter overtakelsen kan nok hotellet greie seg uten. Ulempen for byggherren som følger av mangelen er derfor ikke stor nok til at han kan nekte å overta hotellet.

Et annet tilfelle er der rommet i utgangspunktet skal kunne brukes hver dag, men der rommet ikke er del av det egentlige hovedformålet til bygget. Et eksempel her er et treningsrom i et kontorbygg. Selv om rommet i utgangspunktet skal kunne utnyttes av de ansatte i bygget hver dag, er ikke trening en del av kjernebruken til bygget. Det kan fortsatt drives kontordrift i bygget, og treningsrommet må sannsynligvis utbedres etter overtakelse.

Der det foreligger mangler ved *utearealer* taler gode grunner for at utearealene må være forutsatt som kjernebruk for at de skal kunne gi byggherren rett til å nekte overtakelse. Utearealer er regnet som blant annet parkeringsplasser og grøntområder⁷⁹ og som oftest vil ikke utearealer være en del av kjernebruken til bygget. Dette må likevel ses i sammenheng med hva slags type bygg det gjelder. Er det snakk om en barnehage vil mangler ved lekeplassen og ellers ved uteområdene få større betydning enn for et kontorbygg. Også for hoteller vil uteområdet ha større betydning.

3.4.2.2 *Mangelens art og størrelse*

Som sagt er det ikke mangelens art eller størrelse som er avgjørende. I dansk kjøpsrett opereres det imidlertid med et skille mellom såkalt *kvalitetsmangel* og *kvantitetsmangel*.⁸⁰ En kvalitetsmangel foreligger der arbeid er utført, men ikke tilfredsstillende. En kvantitetsmangel

⁷⁸ Marthinussen (2016) s. 523.

⁷⁹ Lilleholt (2001) s. 19.

⁸⁰ Kjøbeloven § 50.

foreligger der arbeidet ikke er utført i det hele tatt. Poenget her er at der det foreligger en kvalitetsmangel taler dette for at manglene skal rettes, og at avvisning ikke kan innrømmes. Der det foreligger kvantitetsmangel tyder dette på at det foreligger forsinkelse fra entreprenørens side. Det taler for at forsinkelsessanksjoner skal anvendes, slik det gjør ved avvisning. Vagner mener at dette skillet kan være veiledende ved tvilstilfeller i dansk entrepriserett.⁸¹

Å operere med et slikt skille for avvisning vil kunne føre til spekulasjon fra entreprenøren, slik at han utfører alt arbeid, men dårlig, i den hensikt å unngå dagmulkt. Dette vil dermed ikke være en heldig løsning. Etter mitt syn bør vi ikke ha denne løsningen etter norsk rett. Mangelsvurderingen i vårt rettssystem er kun basert på om det foreligger avvik fra kontrakten eller ei. Der entreprenøren har satt opp muren ved inngangen til tunnelen skjevt vil utgjøre en mangel på lik linje med der han ikke har satt opp mur i det hele tatt. Skillet mellom kvalitets- og kvantitetsmangel kan nok kun anses som et moment som ikke kan tillegges avgjørende vekt.

Videre har mangelens betydning flere ganger blitt knyttet til at den må være *vesentlig*.⁸² Dette er ikke det samme vurderingstemaet som i hevingsvurderingen, men brukt for å klargjøre at mangelen må være av kvalifisert art. Begrepet «vesentlig» brukt om mangel i avvisningssammenheng her knytter seg dermed ikke til type mangel, men til graden av påvirkning på bruken av bygget eller anlegget. Det kan dermed foreligge en vesentlig mangel, men hvis ikke den hindrer byggherren i å bruke bygget er den ikke relevant.⁸³

I dansk entrepriserett er selve avvisningskriteriet at det må foreligge «væsentlige mangler»⁸⁴ slik det var i den tidligere NS 3401. I forarbeidene til standarden er det imidlertid uttalt at ved vurderingen om det foreligger vesentlig mangel skal det legges vekt på «om manglen efter en konkret vurdering på ikke ubetydelig måde hindrer eller sinker ibrugtagning af den del af byggeriet eller anlægget».⁸⁵ Kravet om vesentlig mangel knytter seg altså til bruken av kontraktsarbeidet. Dette underbygger forståelsen av *vesentlig* som en anvisning på mangelens betydning for bruken.⁸⁶ Om mangelen i seg selv er vesentlig eller ikke er dermed ikke avgjørende. En annen sak er at en vesentlig mangel i praksis ofte vil føre til avvisning.

⁸¹ Vagner (1993) s. 204. Dette synspunktet er likevel ikke fulgt opp i den senere utgaven, Vagner (2001) s. 203–206.

⁸² Jf. NS 3401 punkt 23.5, LE-1998-00648 og Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 55–56.

⁸³ Hagstrøm (2014) s. 365.

⁸⁴ Jf. AB 92 § 28 stk. 2.

⁸⁵ Betænkning nr. 1246 s. 113.

⁸⁶ Se nærmere om dette i Nørgaard (1998) s. 137.

3.4.2.3 Offentligrettslige mangler

Vilkårene for å få utstedt ferdigattest etter plan- og bygningsloven § 21-10 er strengere enn vilkårene for avvisning i NS 8405 punkt 32.5. I praksis utstedes ferdigattest etter at kontraktarbeidet er overtatt. Før denne tid kan det imidlertid utstedes en midlertidig brukstillatelse fra kommunen, jf. plan- og bygningsloven § 21-10 tredje ledd. Spørsmålet er om byggherren kan nekte overtakelse dersom det ikke foreligger slik midlertidig tillatelse.

I realiteten er dette et spørsmål om hvem som skal ha risikoen for at kommunen ikke utsteder slik midlertidig tillatelse. Utstedelse av midlertidig tillatelse er aktuelt ved den siste entreprisen på prosjektet. Etter standarden punkt 19.6 har byggherren ansvar for å skaffe nødvendige tillatelser fra det offentlige. Etter dette kan byggherren anses som ansvarlig søker etter pbl. § 23-4. Dersom midlertidig brukstillatelse ikke utstedes, må man se på grunnen til dette. Dersom begrunnelsen for at tillatelse ikke ble gitt kan tilbakeføres til utførelsen av arbeidene kan byggherren nekte å overta bygget.

Det samme må gjelde for andre offentligrettslige regelverk som stiller krav til kontraktsarbeidet, for eksempel forurensningsloven og krav til brannsikring⁸⁷. Ettersom det er byggherren som prosjekterer har entreprenøren kun ansvar for at arbeidet blir utført slik som beskrevet av byggherren. Dersom grunnen til at kontraktsarbeidet ikke oppfyller offentligrettslige krav er forhold på entreprenørens side, kan byggherren nekte å overta.

3.4.2.4 Kumulasjon av mangler

Ved avgjørelsen av om mangler er tilstrekkelig til å begrunne avvisning kan mangler kumuleres, jf. ordlyden «disse».⁸⁸

Etter dette kan det legges til grunn at der eksempelvis to mangler er nært ved å oppfylle vilkårene i punkt 32.5 vil de sammenholdt gi rett til avvisning.

I tilfeller der det foreligger mange småfeil kan det være utfordrende å avgjøre om manglene til sammen utgjør en hindring for den forutsatte bruken. Dette er en situasjon som ofte viser seg i praksis. For at småmangler sammenholdt skal kunne innvirke på bruken i den grad at bruken blir hindret, må de befinne seg i kjernebruken av bygget. Poenget her er at selv om manglene i seg selv er små og av mindre betydning må det gå en grense et sted, slik at byggherren kan si at entreprenøren må utbedre før overtakelse kan skje. For byggherren kan dette være en krevende vurdering.

⁸⁷ For eksempel krav til forebyggende brannsikkerhet i TEK 10.

⁸⁸ Se også Marthinussen (2016) s. 520.

Fra drøftelsen i avsnittet over kan man antakeligvis legge til grunn at der småfeilene befinner seg i en perifer del av bruken til bygget, vil de ikke hindre bruken. Eventuelt kan utbedringen av dem gjøre det.⁸⁹

3.4.2.5 Type kontraktsarbeid

Formålet bak typen kontraktsarbeid kan være et moment. Det kan tenkes at mangler ved et sykehus lettere vil begrunne avvisning enn mangler ved et lagerbygg fordi bruken av et sykehus er ivaretagelse av menneskers helse, noe som må anses viktigere enn å lagre ting. Et viktig moment her er også at utbedring av mangler på et sykehus lettere kan forstyrre legene og sykepleiernes arbeid enn utbedring på et lager vil. Dette taler mot at utbedring utføres etter at sykehuset er tatt i bruk, slik de må dersom byggherren ikke får avvise.

En dom fra lagmannsretten fra 2009 om et totalentrepriseforhold, LE-2009-18453 (heretter omtalt som *Sykehjemsdommen*) taler imidlertid mot dette. Dommen handlet om et sykehjem der seks av baderommene hadde feil helling på badegulvene. I den tidligere totalentreprisestandarden NS 3431 var vurderingstemaet det samme som i dagens NS 8405 og dommen kan derfor ha betydning for vurdering av punkt 32.5.⁹⁰ Byggherren fikk ikke nekte med den begrunnelse at selve bruken ikke ble hindret. Badene kunne brukes til sitt formål fordi beboerne kunne dusje der. Den eneste konsekvensen av mangelen var at de ansatte måtte svabre gulvet for å få bort vannet etterpå. Her kom lagmannsretten til at selve bruken ikke ble hindret, og byggherren kunne dermed ikke nekte overtakelse. Bruken hadde nok vært hindret der det ikke var innlagt vann til badene. At byggherren ikke kunne nekte, og at beboerne måtte leve med ulempen tilsier at ikke formålet med bygget hadde avgjørende betydning. Jeg kommer tilbake til denne dommen under utbedring av mangel i avsnitt 3.4.3.

3.4.3 Utbedring av mangel som hindrer den forutsatte bruk

Hvis mangelen eller manglene ikke hindrer den forutsatte bruken av bygget må det vurderes om *utbedringen* av dem gjør det. Her vil i noen grad andre momenter gjøre seg gjeldende. Klare yttertilfeller vil på den ene siden være tilfeller der utbedringen vil være så liten at den ikke vil ha noen praktisk betydning, for eksempel når det bare gjenstår å justere ventilasjonsanlegget i bygget. På den andre siden finner vi tilfellene der utbedringen medfører at bygget i realiteten er uferdig og byggherren nærmest må gå rundt på en byggeplass etter overtakelsen.

⁸⁹ Se punkt 3.4.3.

⁹⁰ NS 3431 punkt 35.4.

Utbedring som hindring kan ta mange former. For eksempel vil støy, plassmangel, rot og lang tid kunne utgjøre hindringer. *Sykehjemsdommen* nevnt ovenfor gir veiledning for hvordan vurderingen skal foretas:⁹¹

«Det fører i sin alminnelighet til ikke ubetydelige ulemper for en byggherre at utbedring av mangler må gjennomføres etter overtakelsen av et bygg. Det er ikke uvanlig, og slik lagmannsretten ser det, lå ulempene her innenfor hva byggherren måtte tåle. Dette også sett hen til den konkrete bruken av bygget som sykehjem.»

Nedenfor følger ulike momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen om utbedring av mangel kan hindre den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet.

3.4.3.1 Tidsmomentet

For utbedring av mangler som hindring vil tidsmomentet ha avgjørende betydning. *Sykehjemsdommen* fra lagmannsretten illustrerer dette.⁹² Sykehjemmet hadde plass til inntil 40 beboere. Seks av badene hadde feil fall, men ville ikke hindre bruken ettersom beboerne fortsatt kunne bruke dusjen. Utbedringen ville medføre opphugging og støp av nye badegulv med ny overflatebehandling. Rommene tilhørende badene kunne ikke brukes under utbedringen. Det ble vurdert at utbedringsarbeidene kun ville ta få dager og dermed fikk ikke byggherren rett til å nekte overtakelse. I dommen var tidsaspektet det avgjørende momentet, selv om utbedringen var omfattende og støyende. Det kan nok antas at avvisningen ville vært rettmessig dersom utbedringen av badene hadde tatt flere uker.

Årsaken til at tidsmomentet har stor betydning er at det vil være urimelig om byggherren kan nekte å overta på grunn av en korttidig utbedring. Dette må særlig gjelde der prosjektet er omfattende og kostbart.

Det kan tenkes at der mye større deler av kontraktsarbeidet blir berørt av utbedringen, vil utbedringen måtte ha tatt enda kortere tid for at avvisning ikke skal kunne gjøres gjeldende. I *Sykehjemsdommen* førte utbedringen av badene til mye støy og til at badene i det hele tatt ikke kunne brukes. Likevel var det kun seks rom som ble berørt, noe som kan betegnes som en liten del av et sykehjem med førti rom. Tidsmomentet vil således avhenge av hvor stor del av kontraktsarbeidet som blir påvirket.

⁹¹ LE-2009-18453.

⁹² LE-2009-18453.

Man kan nok også legge til grunn at der utbedringen foregår i deler av kontraksarbeidet som inngår i kjernebruken, vil utbedringen måtte ta kortere tid enn der den foregår i mer perifere deler.

Motsatt vil en utbedring som medfører lite støy og rot, men som går over lang tid, kunne være i en annen situasjon. Her må nok byggherren tåle mer, i alle fall der utbedringen skjer på en del av kontraktarbeidet som ikke er sentral. Langvarig utbedring kan imidlertid særlig ha betydning for bygg som er underlagt helse, miljø og sikkerhetskrav. Dette bringer drøftelsen over i neste avsnitt.

3.4.3.2 Type bygg

Ofte vil utbedringer som går over lang tid påvirke arbeidsmiljøet. Det stilles strenge krav til helse, miljø og sikkerhet i for eksempel kontorbygg, barnehager og sykehus. Dersom en langvarig utbedring for eksempel medfører svevestøv vil dette tale sterkt for at bygget må kunne avvises. Også kontinuerlig støy må settes i samme bås. Dette gjelder selv om ikke støyen er særlig høy.

For bygg og anlegg der slike krav ikke er like viktige skal det nok mer til før slike konsekvenser av utbedring som nevnt over kan føre til avvisning. For eksempel der utbedringer må gjøres i et tunnelanlegg kan ikke støy ha avgjørende betydning. Brukerne av tunnelen skal kun befinne seg i tunnelen i en kort periode og vil ikke bli plaget av støyen i stor grad. Det samme kan tenkes å gjelde i et lagerbygg.

Videre kan utbedringer av utearealer ha større innvirkning på bruken av en barnehage enn for et kontorbygg. For en barnehage må det også stilles strengere krav til hvor lenge utbedringen kan foregå og hva den medfører av rot og lignende. Dersom det er fare for at barna kan finne planker med spikere eller andre farlige gjenstander, kan det være mer hensiktsmessig å la utbedringen skje før overtakelse. Motsatt vil det for et lagerbygg ikke ha like stor innvirkning på bruken av lagerbygget at det over en viss tid er rot og støy.

3.4.3.3 Kjernebruk og perifer bruk

Man kan videre se hen til hvor i kontraksarbeidet utbedringen skal foregå. Har mangelen som skal utbedres realisert seg i en del av kjernebruken til bygget kan man nok si at det skal mindre til før utbedringen gir rett til å nekte overtakelse enn der den befinner seg i en mer perifer del. For eksempel der utbedringen medfører at gressmatten på et fotballstadion må legges om. Her må det i tillegg særlig stilles strengere krav til tidsbruk. Motsetningsvis må nok byggherren tåle at utbedringen tar lenger tid der mangelen har materialisert seg i garderobene.

Det er klart at byggherren ikke kan nekte der mangelen befinner seg i en perifer del og utbedringen vil være lite merkbar, eksempelvis der det mangler oppmerking på parkeringsplassen utenfor fotballstadionet.

En mer problematisk situasjon oppstår der mangelen befinner seg i en perifer del av den forutsatte bruken, men at utbedringen av den er vanskelig og tidkrevende. For eksempel der det mangler drenering på parkeringsplassen. Medfører utbedringen støy og andre ulemper som påvirker resten av kontraktarbeidet må det være klarere at det kan nektes. Særlig der det påvirker sentrale deler av bygget.

3.4.3.4 Utbedring utenom brukstid

Det kan tenkes at utbedringen kan foretas utenom kontraktarbeidets brukstid. For eksempel vil utbedringen medføre støy og rot på et treningssenter når gulvet må legges om. For å unngå dette kan entreprenøren sette inn arbeid på kvelds- og nattestid når treningssenteret er stengt. Her kan ikke den forutsatte bruken hindres. Vilkårene etter punkt 32.5 er dermed ikke oppfylt og det vil ikke være noe i veien for at overtakelse skjer. For de typer bygg eller anlegg som ikke brukes hele døgnet, vil dette være en gunstig løsning. Ellers ville avvisningsbestemmelsen praktisk sett være unødvendig firkantet. Særlig der det er tvil om avvisning skal innrømmes kan en slik løsning være aktuell.

3.4.4 Særlig om estetiske mangler

I dette avsnittet blir estetiske mangler vurdert for seg fordi de tradisjonelt sett ikke har vært ansett for å kunne begrunne avvisning etter punkt 32.5. I dette avsnittet skal jeg foreta en ordlydstolkning av begrepet «bruk». Deretter skal jeg skille mellom ulike typer bygg og drøfte betydningen av estetiske mangler for hver av dem. Videre skal jeg vurdere tidsmomentet i forhold til utbedring av estetiske mangler. I dette avsnittet vurderer jeg estetiske mangler under både mangel i seg selv og utbedring av mangel sammenholdt.

Det er klart at en estetisk mangel skal utbedres på lik linje med funksjonelle mangler. Selv om estetiske mangler kategoriseres som mangler i standardens forstand er det imidlertid i juridisk litteratur antatt at de som utgangspunkt ikke kan gi grunnlag for overtakelsesnekt etter pkt. 32.5, fordi de ikke vil føre til noen hindring for bruken som sådan.⁹³ Dette til tross for at utbedringen av dem blir forholdsvis omfattende.⁹⁴

Bestemmelsens vilkår knytter seg til *bruken* av bygget. En ren ordlydstolkning kan tilsi at dette kun omfatter *funksjonelle mangler* og at estetiske mangler faller utenfor. Dersom kun

⁹³ Se Marthinussen (2016) s. 524 og Sandvik (1977) s. 213.

⁹⁴ Marthinussen (2016) s. 524.

fasadeplater må skiftes vil dette ikke hindre bruken til for eksempel utleie av et kontorbygg. Dette kan rettes ved bruk av lift utenfra.⁹⁵ Og dersom inngangspartiet til et sykehus ikke er malt vil ikke det hindre folk i å kunne komme seg inn i bygget. Bygg er imidlertid svært forskjellige og etter min mening kan man ikke si absolutt at estetiske mangler ikke vil være relevante grunnlag for å nekte å overta bygget. Dette må være en konkret bedømmelse. Forutsetningen for at estetiske mangler skal få betydning for byggherrens rett til å nekte overtakelse er at bruken hindres, slik det er for rene funksjonsmangler.

Det er vanskelig å si hva en rent naturlig språklig forståelse av ordlyden «bruk» egentlig innebærer. Jeg mener at en tolkning der estetiske mangler ikke omfattes, vil være innskrenkende. Dette fordi bruken her kun vil peke på den fysiske funksjonen til bygget. Her vil kun det man fysisk kan bruke bygget til være relevant. En mer utvidende tolkning lar bruken også omfatte estetiske mangler. Dette er fordi de også kan anses å ha en bruksverdi for bygget. Dette vil særlig være tilfellet der funksjonen av bygget er av kunstnerisk art og har et utpreget publikumsaspekt, for eksempel et kunstmuseum.

Det er klart at estetikk har betydning for bygg generelt. Dette er blant annet et av formålene i byggt teknisk forskrift til plan- og bygningsloven, der det i § 1-1 står at «[...] tiltak skal planlegges, prosjekteres og utføres ut fra hensyn til god visuell kvalitet [...]». Dette taler for at estetikk er av betydning.

Det kan være hensiktsmessig å skille mellom ulike typer kontraktsarbeid. Her kan man dele inn i tre kategorier: rene kunstverk, vanlige bygg og bygg der estetikk er viktig, for eksempel kunstbygg. Ved å foreta et slikt skille mellom ulike typer bygg, utvider man definisjonen av den tradisjonelle måten å forstå «bruk» på etter omstendighetene. Bruken vil ikke bare være ren funksjon for noen bygg, men også innebære at et bygg skal gi et helhetlig inntrykk.

I kategorien for bygg som er rene kunstverk må man først avgjøre om NS 8405 i det hele tatt kommer til anvendelse. I standardens punkt 2.6 defineres kontraktsarbeidet som «bygg, arbeid eller anlegg som omfattes av kontrakten». Kontraktsarbeidet defineres som alt som omfattes av kontrakten og uansett kan partene velge å la standarden gjelde mellom dem. For rene kunstverk er det klart at kjernebruken er av estetisk art. Selve bruken av kunstverket er at det i seg selv skal være til kunstformål. Her kan det nok sies ganske klart at dersom det foreligger mangler ved estetikken kan byggherren nekte å overta. Det kan til og med også tenkes at rene småfeil her vil kunne gi rett til avvísning. Den forutsatte bruken er at kunstverket skal gi et helhetlig inntrykk slik at det estetiske er hovedformålet. Frihetsgudinnen som står på Liberty Island i New York kan tjene som eksempel. Hovedformålet er et kunstlandemerke. Sideformålet er at

⁹⁵ Giverholdt (2012) s. 607.

man kan gå eller ta heisen opp i toppen for å se på utsikten. At Frihetsgudinnen skulle ha manglet fakkelen måtte åpenbart ha ledet til avvisning. Om det hadde foreligget mangler ved heisen, eller det måtte foretas utbedringer i heissystemet er det mindre klart om dette kunne ledet til avvisning.

For bygg jeg her har kalt vanlige, vil tolkningen av forutsatt bruk som foreligger i litteraturen være mer nærliggende. For slike vanlige bygg, for eksempel et vanlig kontorbygg, er det rimelig at estetiske mangler ikke vil kunne gi byggherren rett til å nekte overtakelse fordi de som oftest ikke vil hindre bruken. Estetikken vil være et mer perifert punkt i kontrakten og vil ikke ha direkte betydning for selve bruken av bygget. Ved vanlige bygg kan man imidlertid tenke seg at utbedringen av estetiske mangler får større betydning, for eksempel der utbedringen vil føre med seg støv, lukt, støy eller andre ulemper. Der alle vegger må males om er det klart at selv om en slik mangel ikke fysisk hindrer at det kan gjøres kontorarbeid der må likevel alt inventar flyttes ut for at malerne skal komme til.

Videre har vi situasjoner der det estetiske elementet er en så fremtredende og viktig del av bygget at mangler i estetikken vil utgjøre en hindring. Her har vi kategorien kunstbygg, eksempelvis operahuset i Oslo. Det estetiske elementet er en så viktig del av byggets formål og bruk at det ville være kunstig å si at bruken ikke hindres av estetiske mangler. Å gå i operaen skal nettopp være en helhetlig opplevelse, ikke kun å høre opera i salen. For slike bygg skal det i tillegg ofte holdes en offisiell åpning av bygget, og her er det essensielt at det ikke for eksempel står stillaser over den røde løperen. Også bygg man ved første øyekast ville tenke på som vanlige bygg kan det estetiske være særlig viktig. Et eksempel er kontorbyggene på Tjuvholmen. Selv om disse ikke kan kategoriseres som *kunstbygg* vil det estetiske kunne ha mye å si for firmaets image. Image kan handle mye om estetikk og i alle fall der det er spesifisert som viktig av byggherren vil mangler gi grunn til å nekte overtakelse. Dette må likevel ikke trekkes for langt og man må legge til grunn at det skal mye til her før en ren estetisk mangel kan gi byggherren rett til å nekte å overta bygget.

Øvrebø fremholder at tidsfaktoren vil spille en ekstra viktig rolle for estetiske mangler.⁹⁶ Han mener at for forbrukerbygg vil ikke utseendemessige ulemper være byrdefulle der feilen kan rettes i løpet av noen dager. Dette synspunktet har overføringsverdi til profesjonelle forhold. Av hensyn til entreprenøren vil ikke estetiske mangler veie like mye som funksjonelle mangler i en avvisningssituasjon dersom de kan utbedres forholdsvis raskt. Dette kan likevel ikke være hovedregelen, og man må igjen se hen til skillet mellom ulike typer bygg. Særlig der det er snakk om bygg som skal holde en åpning når det er ferdig, er dette et moment som vil øke betydningen av estetikken til bygget. Dette må også gjelde for bygg som i utgangspunktet skal

⁹⁶ Øvrebø (2003) s. 215.

fungere som vanlige bygg. Eksempler her kan være representasjonsbygg, slik som departementer eller Høyesterett. I slike situasjoner kan det også hende at byggherren pålegger entreprenøren forsering for å få bygget klart til åpningen.⁹⁷ At det innvendige ikke er like ferdig kan også være av mindre betydning for byggherren i disse tilfellene.

En situasjon som er spesiell er der estetikk skal fylle en funksjon utover det rent estetiske, for eksempel der kunsten skal brukes til å bedre trafikksikkerheten. Lærdalstunnelen mellom Aurdal og Lærdal i Sogn og Fjordane er et eksempel her. Det er verdens lengste veitunnel og dette krever spesielle sikkerhetstiltak. SINTEF, forskningskonsernet som har kompetanse innen trafikkpsykologi, ble kontaktet da tunnelen skulle bygges.⁹⁸ Forskerne tok inn kunstnere i prosessen for å gjøre den lange ferden tryggere, særlig for å forhindre at sjåførene sovnet. Blant annet er det lysinstallasjoner som gir inntrykk av dagslys og soloppgang. Selv om dette ikke er normalt for tunneler kan man her si at det estetiske elementet går over til å bli en sikkerhetsfunksjon og at en mangel ved den dermed er en funksjonsmangel. Her kan det tenkes at det estetiske spiller en såpass viktig funksjon at mangler i den må kvalifisere for nektelse.

En annen situasjon har vi der det er prosjektert at det skal være ren kunst på for eksempel veggene i et tunnelanlegg, uten å skulle ha en sikkerhetsfunksjon, som for eksempel i Oslofjordtunnelen. Den forutsatte bruken er gjennomkjøring på en sikker måte. Kunst på veggene kan ganske åpenbart sies å ikke være en del av kjernefunksjonen. Likevel kan utbedringen her føre til at tunnelen må stenges av og således kan hindre den forutsatte bruken. I et slikt tilfelle kan avvisning være den beste løsningen.

3.4.5 Felles momenter

Størrelsen på prosjektet kan ha betydning for om avvisning skal tillates eller ei. Er prosjektet stort og kostbart vil en mangel kunne anses som forholdsmessig mindre, mens for en mindre kontrakt vil samme mangel kunne utgjøre en større del. Mangelens kostnad og dens betydning i forhold til størrelsen på prosjektet kan derfor tale for eller mot i avgjørelsen av om nektelse er rimelig eller ikke.

Det kan videre stilles spørsmål ved om entreprenørens skyld i at en mangel oppstår kan tillegges vekt i hindringsvurderingen. Etter ordlyden skal avvisning begrunnes i mangelen og følger av denne *alene*. Øvrebø uttaler imidlertid for forbrukerforhold at «på en måte er entreprenørens adferd ekstra relevant ved avvisning».⁹⁹ Entreprenørens adferd ble også lagt vekt på i Fearnbay-

⁹⁷ Jf. NS 8405 punkt 22.2.

⁹⁸ SINTEF (2007).

⁹⁹ Øvrebø (2003) s. 216.

dommen, en voldgiftsdom om avvisning i skipsforhold.¹⁰⁰ Der hadde entreprenøren ved flere anledninger lagt til rette for utbedring og var samarbeidsvillig. Dommeren i Fearnbay-saken la nok antakelig vekt på entreprenørens adferd i mangel av en uttrykkelig bestemmelse som regulerte avvisning, til forskjell fra NS 8405 punkt 32.5. Entreprenørens adferd er videre et hensyn som gjør seg gjeldende i forbrukerforhold.¹⁰¹ Om entreprenøren er skyld i at kontraktarbeidet ikke er i kontraktsmessig stand vil nok være mer relevant som moment i forbrukerforhold enn for profesjonelle forhold.

Disse hensynene taler for at entreprenørens adferd i utgangspunktet ikke skal legges vekt på i vurderingen av om byggherren kan nekte overtakelse. Simonsen understreker at adgangen til å nekte overtakelse ikke skal fungere som en sanksjon mot skyld og av avvisningsspørsmålet bør avgjøres på bakgrunn av objektive kriterier.¹⁰² Entreprenørens adferd kan likevel ikke helt utelukkes som et moment der mangelen skyldes forsett eller grov uaktsomhet på entreprenørens side.

Hensyn til praktiske løsningen kan være et moment. I Fearnbay-dommen ble det foretatt en mer pragmatisk tilnærming til avvisningsspørsmålet. Det fantes ingen regler som uttrykkelig ga rett til avvisning i skipsforhold, men momentene som ble vurdert i dommen kan likevel ha overføringsverdi til vurderingen etter NS 8405 punkt 32.5. Retten fant at det ikke ville være hensiktsmessig å avvise i det konkrete tilfellet selv om manglene i utgangspunktet kvalifiserte til det. Dette var fordi det ville være mer praktisk om entreprenøren fikk utbedre manglene mens skipet var i bruk enn å holde hele skipet tilbake. Ifølge Solvang vil mangler som avdekkes i skipsforhold som utgangspunkt gi avvisningsrett, fordi regelverket vedrørende etterfølgende mangler har begrenset rekkevidde.¹⁰³ Etersom det i standarden finnes uttrykkelig klar regel taler rettskildemessige hensyn for at man skal forholde seg til denne. Dette vil også være mest forutberegnelig. I etterkant av Fearnbay-dommen ble avvisningsretten regulert i Skipsbyggingskontrakten¹⁰⁴, og dermed er antakeligvis begrunnelsen i dommen av mindre rettskildemessig betydning i dag. Dette taler for at det også kan være lite rom for slike praktiske løsninger som moment i rimelighetsvurderingen for entrepriser på land. På den annen side tilstreber retten å komme fram til praktiske løsninger. Hvordan avvisningen vil vise seg i praksis vil uansett være et viktig moment i rimelighetsvurderingen.

¹⁰⁰ Inntatt i ND 1974 s 27.

¹⁰¹ Øvrebø (2003) s. 216.

¹⁰² Simonsen (2011).

¹⁰³ Solvang (2015) s. 491.

¹⁰⁴ Jf. art. VII nr. 4.

3.4.6 Oppsummering

Byggherren skal som hovedregel overta et ferdigstilt kontraksarbeid, men mangler uten praktisk betydning kan ikke gi grunn til nektelse. Det skal vurderes hvilken innvirkning mangelen eller utbedring av mangelen har på bruken av kontraktarbeidet, og under dette vurderes om det er rimelig å la byggherren avvise. Hindringsvilkåret skal fastsettes ved bruk av skjønn og hvor terskelen konkret ligger kan ikke angis. Regelen man kommer fram til kan ikke sette terskelen for høyt eller for lavt. Ligger terskelen for lavt kan byggherren avvise for små og i realiteten ubetydelige mangler. Byggherren må godta små avvik fra kontrakten, ettersom det ofte dreier seg om omfattende og langvarige prosjekter. Setter man terskelen for høyt kan entreprenøren få en uberettiget fordel ved at han innkaller til overtakelsesforretning til avtalt sluttfrist selv om kontraktarbeidet ikke er ferdig, fordi han heller vil rette manglene etter overtakelse enn å betale dagmulkt. Regelen skal ikke gi entreprenøren en generell adgang til forskuttert overtakelse.¹⁰⁵

Momentene som er vurdert i dette kapittelet vil sammenholdt være relevante og kan gi en pekepinn på hvor terskelen ligger. Det må understrekes at vurderingen av hindringsvilkåret er konkret. Det er derfor ikke mulig å oppstille en generell regel om når bruken blir påvirket i så stor grad at avvisning er rimelig.¹⁰⁶ Hovedmomentet som likevel kan tenkes å ha størst tyngde kan etter drøftelsen være om mangelen eller utbedringen av den befinner seg i kjernebruken eller mer perifere deler av kontraksarbeidet. Dette må gjelde for både mangel og for utbedring av mangel. Videre vil momenter som tid ha betydning for utbedringen. Etter min mening må estetiske mangler bedømmes likt som funksjonsmangler, så lenge vilkåret i punkt 32.5 er oppfylt.

3.5 Kan partene avtale en strengere ferdigstillelsesgrad?

Hvilke krav som stilles til byggets ferdigstillelsesgrad blir definert av bestemmelsen om byggherrens rett til å nekte overtakelse. Tilfredsstillende ikke bygget vilkårene i bestemmelsen, anses bygget som tilstrekkelig ferdigstilt, og eventuelle mangler utover dette må utbedres i henhold til standardens reklamasjons- og mangelsregime.

I en dom om et totalentrepriseforhold fra lagmannsretten med nummer LB-2001-3130-2 ble det imidlertid vurdert et tilfelle der den ene parten anførte at det hadde blitt avtalt en strengere ferdigstillelsesgrad enn den som gjelder i standardkontrakten. Dette er i realiteten et spørsmål om partene har avtalt et skjerpet krav for å kunne avvise kontraksarbeidet.

¹⁰⁵ Kolrud (2004) s. 387.

¹⁰⁶ Øvrebø (2003) s. 214–215.

Ordlyden i kontrakten mellom partene lød: «Med overlevering menes bygget fullt driftsklart for alle funksjoner og med frister som fremkommer av tidligere avtaler ...». Det ble uttalt at en slik avtale tolket bokstavelig ville innebære et vesentlig avvik fra den etablerte bransjestandard i totalentrepriser. Hvis man skal avtale en strengere ferdigstillelsesgrad må dette bli uttrykt langt klarere, og på en slik måte at det ikke etterlater noen tvil. Retten så også hen til hvilke konsekvenser som ville oppstått dersom avtalen kunne tolkes slik. Der det kan utløses millionkrav i dagmulkt, må det stilles strenge krav til klarhet og utvetydighet. Synspunktet i dommen har overføringsverdi til utførelsesentrepriser ettersom de samme hensynene gjør seg gjeldende. Det kan leses ut av dommen at det i utgangspunktet er avvisningsbestemmelsen i 32.5 som definerer ferdigstillelsesgraden, og at dersom det skal avvikes fra denne, må dette gjøres tydeligere enn tilfellet var i dommen. Antakeligvis må man understreke uttrykkelig i avtalen at ferdigstillelsesgraden som skal gjelde er strengere.

4 Virkninger av rettmessig og urettmessig nektelse

4.1 Innledning

Hvilke virkninger som inntreffer ved byggherrens avvisning beror på om nektelsen er rettmessig eller urettmessig. I det følgende vil jeg vurdere virkningene under hvert tilfelle og de ulike situasjoner som oppstår i forbindelse med dette. Ved rettmessig nektelse er konsekvensen at overtakelse ikke skjer, mens ved urettmessig nektelse anses overtakelse for å ha skjedd.

4.2 Virkninger av rettmessig nektelse

Følgene av en rettmessig avvisning er at overtakelsen ikke skjer på det tidspunktet det var avtalt. Dette innebærer at de rettsvirkningene som ellers ville ha inntrådt, blir utsatt. Entreprenøren kommer dermed i forsinkelse, og er dermed eksponert for misligholdssanksjoner, som dagmulkt.

Hva som er virkningene av rettmessig nektelse kommer ikke klart fram av NS 8405 punkt 32.5. En avvisning i entreprisforhold er likevel forstått som en midlertidig avvisning der kontrakten fastholdes.¹⁰⁷ Overtakelse skal skje på et senere tidspunkt, når bygget er ferdigstilt. Ved å avvise kontraktarbeidet velger således byggherren at forsinkelsesbeføyelser kommer til anvendelse på kontraktbruddet. Andre beføyelser, slik som prisavslag, heving eller erstatning, kan da ikke gjøres gjeldende.¹⁰⁸ Det er altså ikke snakk om en permanent avvisning av kontraktarbeidet slik tilfellet er der byggherren hever.¹⁰⁹ Byggherren holder tilbake sitt bidrag, sluttoppgjøret, uten å misligholde kontrakten, og entreprenøren anses for å ikke ha levert. Misligholdet klassifiseres med andre ord som ikke-oppfyllelse.¹¹⁰ Avvisningsretten er med andre ord et krav om naturaloppfyllelse av kontrakten og entreprenøren er fortsatt pliktet til å levere kontraktmessig ytelse. For å oppnå dette må han rette manglene.

Forsinkelsesansvaret innebærer at entreprenøren må betale dagmulkt til byggherren, jf. standardens punkt 34.1.¹¹¹ Entreprenøren vil også fortsatt beholde risikoen for kontraktsarbeidet.

¹⁰⁷ Simonsen (1999) s. 392–393.

¹⁰⁸ Med unntak for der utbedringen tar så lang tid at det kan heves, jf. oppgavens punkt 3.2.4.

¹⁰⁹ NS 8405 punkt 39.

¹¹⁰ Krüger (1999) s. 384.

¹¹¹ Jf. første ledd første setning «Sluttfristen for kontraktarbeidene er dagmulktbelagt».

4.2.1 Entreprenøren er i forsinkelse - dagmulkt

Ettersom sluttfristen for kontraktsarbeidene er dagmulktbelagt kan byggherren kreve dagmulkt, jf. standardens punkt 34.1. Dagmulkt løper uavhengig av entreprenørens skyld og uten hensyn til økonomisk tap.

Som nevnt ovenfor er byggherrens rett til å nekte overtakelse et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse – som sikrer balansen i kontraktsforholdet. Det kan være rimelig å la forsinkelsesreglene rette opp en ubalanse som følge av mangler. Byggherren får en kompensasjon for manglende oppfyllelse mens det legges press på entreprenøren til å levere kontraktsmessig.¹¹² Ettersom dagmulkten kan utgjøre en stor kostnad for entreprenøren vil dagmulkten i de aller fleste tilfeller være en effektiv sanksjon. Et viktig poeng er også at dagmulkten fungerer som en ansvarsbegrensning for entreprenøren – byggherren kan ikke kreve erstatning i tillegg til dagmulkten, jf. punkt 34.1 siste ledd.¹¹³

Dagmulkten løper helt til entreprenøren anser kontraktsarbeidet som ferdig og innkaller til ny overtakelsesforretning.¹¹⁴ For å unngå at dagmulkten løper over lang tid, vil entreprenøren ofte sette inn ekstra ressurser, *forsere*, for å bli raskere ferdig.

4.3 Virkninger av urettmessig nektelse

Det heter i punkt 32.5 fjerde ledd:

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

Bestemmelsen slår fast den alminnelige regelen om at byggherren har risikoen for sin forståelse av kontrakten.¹¹⁵ Dersom byggherren urettmessig nekter å overta kontraktsarbeidet innebærer dette ifølge kommentaren et forsettlig mislighold av hans medvirkningsplikt.¹¹⁶

Ordlyden «å ha *funnet* sted» peker tilbake på det tidspunktet da overtakelsesforretningen opprinnelig ble holdt. Det var ved dette tidspunktet byggherren hadde plikt til å overta, og entreprenøren kan legge dette tidspunktet til grunn som risikoovergang.

Alle virkninger ved overtakelse inntreffer, jf. punkt 32.6. For det første bortfaller byggherrens krav på dagmulkt. Videre begynner reklamasjonsfristen å løpe og entreprenøren kan sende

¹¹² Hagstrøm (2014) s. 351.

¹¹³ Med unntak for tilfeller der forsinkelsen har sin årsak i forsettlig eller grovt uaktsomt forhold.

¹¹⁴ Dagmulkten er likevel begrenset til 10% av kontraktssummen, jf. NS 8405 punkt 34.3 tredje ledd.

¹¹⁵ Kolrud (2004) s. 390.

¹¹⁶ Marthinussen (2016) s. 523.

slutfakturaen. Risikoen for kontraktsarbeidet går over på byggherren, og entreprenørens plikt til å holde forsikring opphører. Alle virkningene av overtakelsen forholder seg til tidspunktet for den opprinnelige overtakelsesforretningen, bortsett fra avsendelsen av slutfakturaen. At byggherrens nektelse er urettmessig betyr likevel ikke at manglene som foreligger ikke skal utbedres av entreprenøren. Manglene skal utbedres slik at kontraktsarbeidet kommer i kontraktsmessig stand, selv om de ikke ga grunn til å nekte overtakelse.¹¹⁷

I det følgende skal jeg kort kommentere reklamasjonsfrister og avsendelse av slutfaktura. Der byggherren nekter å overta og entreprenøren motsetter seg dette oppstår det jeg vil kalle en *mellomsituasjon* hvor ingen av dem mener å ha ansvar for kontraktarbeidet, herunder holde kontraktarbeidet forsikret, og jeg skal vurdere hvilke regler som må gjelde her. Til slutt skal jeg vurdere entreprenørens mulighet for å kreve erstattet kostnader som har påløpt ham som følge av den urettmessige avvisningen, herunder om han skal pålegges en tapsbegrensningsplikt.

4.3.1 Reklamasjon

I NS 8405 angis to reklamasjonsfrister. Den ene reklamasjonsfristen løper *etter* overtakelse, jf. punkt 36.7, og den andre må gjøres gjeldende *ved* overtakelse, jf. punkt 36.6.

Reklamasjonsfristen i punkt 36.7 gjelder reklamasjon for såkalte skjulte mangler. Denne fristen begynte å løpe da overtakelsesforretningen ble holdt, og ikke da det ble bevist at nektelsen var urettmessig. En annen løsning ville ført til en uberettiget fordel for byggherren og tilsvarende ulempe for entreprenøren.

Reklamasjon etter punkt 36.6 skal gjøres under overtakelsesforretningen og protokolleres etter punkt 32.4 bokstav b. Et mulig problem oppstår der byggherren er av den oppfatning at bygget kan avvises før han er ferdig med befaringen. Da kan han ha unnlatt å reklamere over flere mangler han hadde oppdaget hvis han ikke hadde avbrutt befaringen. Spørsmålet her er om byggherren er avskåret fra å gjøre slike eventuelle mangler gjeldende.

Byggherren har risikoen for sitt eget standpunkt. Dette gjelder også dersom han lar være å reklamere over mangler ved overtakelsesforretningen. Videre innebærer manglende oppfyllelse av punkt 36.6 preklusjon. Dersom byggherren avbryter overtakelsesforretningen i den tro at han har påvist mangler som er tilstrekkelige til å begrunne avvisning, er han derfor avskåret fra å gjøre gjeldende mangler han burde ha reklamert over ved overtakelsesforretningen.

¹¹⁷ Kolrud (2004) s. 387.

4.3.2 Avsendelse av slutfaktura

Etter punkt 33.1 i standarden skal entreprenøren sende byggherren slutfaktura innen en frist på to måneder fra overtakelsen. Der byggherren urettmessig har nektet overtakelse kan imidlertid entreprenøren innrette seg etter det standpunkt byggherren har hatt. Entreprenøren kan derfor avvente avsendelse av slutfaktura uten at byggherren kan påberope seg at tomånedersfristen har begynt å løpe.

Denne fristen anses dermed ikke for å ha begynt å løpe ved det opprinnelige overtakelsestidspunktet, men når det er avklart at byggherrens nektelse var urettmessig. Utsettelse av denne fristen er av hensyn til entreprenøren og skal sikre at han får nok tid til å få inn alle krav og kostnader i slutfakturaen. Også krav entreprenøren får *som følge av* den urettmessige avvisningen må nok inn i slutfakturaen, med mindre entreprenøren har tatt konkrete forbehold om dette. Dette betinger at kontraktsarbeidet faktisk er overtatt slik at entreprenøren har oversikt over hvilke kostnader som har påløpt.

4.3.3 Risikoen for kontraktsarbeidet, herunder forsikring

Der byggherren nekter overtakelse og entreprenøren nekter for at dette er riktig oppstår en *mellomsituasjon* der ingen av partene mener å ha risikoen for kontraktsarbeidet. Etter punkt 32.6 går risikoen for kontraktsarbeidet over på byggherren, jf. bokstav b, samtidig som entreprenørens plikt til å holde kontraktsarbeidet forsikret opphører, jf. bokstav c. Etter ordlyden er det dermed klart at entreprenøren kan si opp forsikringen. I teorien er det imidlertid uenighet om entreprenøren kan si opp forsikringen.¹¹⁸

Spørsmålet her blir om entreprenøren kan si opp forsikringen i mellomsituasjonen da det ennå ikke er bevist at byggherrens nektelse var urettmessig.

I den alminnelige kontraktsretten blir situasjonen der byggherren urettmessig nekter å overta kontraktsarbeidet, betegnet som kreditormora.¹¹⁹ For kreditormora-situasjoner oppstår det en omsorgsplikt for debitor.¹²⁰ Ifølge Hagstrøm kan omsorgsplikter dessuten bli utledet av det alminnelige krav om lojalitet i kontraktsforhold.¹²¹ Dette kan følgelig legges til grunn i entreprisforhold. Dermed har entreprenøren fortsatt ansvar for kontraktsarbeidet, og det har han helt til det er bevist at nektelsen var urettmessig.

¹¹⁸ Marthinussen (2016) mener at entreprenøren kan si opp forsikringen på s. 525. Kolrud (2004) inntar motsatt syn på side 387.

¹¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 619.

¹²⁰ Hagstrøm (2011) s. 627–631. Lovfestet i bl.a. kjøpsloven § 72, avhendingslova § 2-7 og håndverkertjenesteloven § 47.

¹²¹ Hagstrøm (2011) s. 627.

Det kan vanskelig sies at entreprenøren oppfyller sin omsorgsplikt dersom han ikke holder kontraktsarbeidet forsikret. Fra et samfunnsøkonomisk ståsted vil dette også være en fornuftig løsning. Entreprenørprosjekter omhandler ofte store økonomiske verdier og det er naturlig at entreprenørens omsorgsplikt også omfatter forsikring. Videre er det entreprenøren som har sittet med forsikringen under byggetiden, jf. punkt 10.1, og rent praktisk vil det ikke medføre store ulemper for ham å la den løpe videre.

Entreprenøren sitter med ansvaret for kontraktsarbeidet i mellomsituasjonen og må derfor også holde forsikringen løpende.

Som regel vil antakeligvis denne situasjonen løses relativt greit i praksis. Dersom byggherren vil avvise bygget vil han sannsynligvis sikre seg ved å tegne en egen forsikring, eller partene kan ha regulert dette et annet sted i kontrakten. Også prosjektets finansieringskilder vil nok stille krav om at kontraktsarbeidet holdes forsikret til enhver tid.

Det kan tenkes at det burde oppstilles en regel i standarden som uttrykkelig regulerer situasjonen der det er anført avvisning, men ikke avklart ennå om dette var riktig. En uttrykkelig regel klargjort dette forholdet. Situasjoner som kan oppstå i denne mellomsituasjonen kan føre til store utgifter, og savn av klare regler fører til unødvendig risiko.

4.3.4 Dekning av kostnader

Byggherrens urettmessige avvisning vil ofte medføre økte kostnader for entreprenøren, for eksempel forsikring og kostnader til vedlikehold av kontraktsarbeidet. NS 8405 inneholder ingen uttrykkelig regulering av dekning for slike kostnader.¹²²

Bakgrunnsretten må supplere standarden på dette punktet. Etter alminnelig erstatningsrett i kontrakt kan økte kostnader kreves erstattet fra byggherren der han misligholder sin del av kontrakten.¹²³ Det er også antatt i juridisk teori at tap som entreprenøren har lidt som følge av den urettmessige nektelsen kan kreves som erstatning fra byggherren.¹²⁴

¹²² Det kan tenkes at bestemmelsen i punkt 25.2 bokstav c om entreprenørens krav på vederlagsjustering kan være et mulig grunnlag for dekning av kostnadene. Likevel dreier reglene om vederlagsjustering seg om tillegg i kostnader for tilleggsarbeid og vil dermed ikke passe like godt på dette tilfellet. Entreprenøren skal ikke ha et vederlag, men en dekning av kostnader som følge av byggherrens kontraktsbrudd. Således vil erstatning i kontrakt være et bedre grunnlag selv om dette må forankres i alminnelige erstatningsrettslige prinsipper for kontrakt utenfor standardens regler.

¹²³ Hagstrøm (2011) s. 630.

¹²⁴ Marthinussen (2016) s. 523.

I motsetning til dagmulkt er erstatning etter alminnelig kontraktsrett avhengig av at det foreligger et økonomisk tap. Videre må det foreligge et ansvarsgrunnlag og en adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og avvisningen.

Beregningen av erstatningen eller vederlagsjusteringen må begynne fra tidspunktet for overtakelsesforretningen da det ble nektet, jf. fjerde ledd i punkt 32.5. Kostnader som har påløpt entreprenøren etter denne datoen kan kreves erstattet av byggherren.

For det første må det være klart at byggherren har ansvaret for sin urettmessige avvisning. Utgangspunktet i norsk rett er at det gjelder et objektivt ansvar for rettsvillfarelse, jf. prinsippet om at partene har risikoen for sine egne forutsetninger. Dette er også uttalt i en Høyesterettsdom inntatt i Rt. 1983 s. 205 der det uttales:

«Det foreligger fra selskapets side et mislighold som skyldes en uriktig oppfatning av dets plikter i kontraktsforholdet, og et slikt mislighold må vanligvis anses erstatningsbetingende.»

Ettersom en urettmessig avvisning betegnes som byggherrens forsettlig mislighold av sin medvirkningsplikt, kan nok også culpa legges til grunn som ansvarsgrunnlag.

Det må videre foreligge adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet til entreprenøren og nektelsen. Spørsmålene her er om det økonomiske tapet ville ha påløpt dersom byggherren ikke hadde nektet, og om det økonomiske tapet er påregnelig for byggherren.

Kostnader som gjelder drift og normalt ettersyn av kontraktsarbeidet må anses som påregnelige. Også forsikring må falle under her. Dette er utgifter som har gagnet byggherren og som han selv måtte ha betalt hvis han hadde overtatt kontraktsarbeidet da han skulle. Forseringskostnader må også anses som en påregnelig følge av en urettmessig avvisning.

Spørsmålet blir så hva som kan erstattes, herunder hva som kan regnes som økonomisk tap. Det legges til grunn i kommentaren at de meromkostninger som entreprenøren har blitt påført som følge av at byggherren ikke har overtatt, kan erstattes.¹²⁵ Dette kan være utgifter entreprenøren påtar seg til vakthold eller øvrige sikringstiltak eller andre utgifter som entreprenøren ikke ville blitt påført dersom overtakelse hadde skjedd.¹²⁶ Det kan også være forsikring, driftsutgifter,

¹²⁵ Marthinussen (2016) s. 523.

¹²⁶ Marthinussen (2016) s. 523.

ettersyn av kontraktarbeidet og arbeidskraft. Ifølge Kolrud skal entreprenøren fullt ut settes i en økonomisk posisjon som om overtakelse hadde skjedd da det skulle.¹²⁷

Videre vil ofte entreprenøren forsere for å unngå at dagmulkten løper lenger enn nødvendig. Dette vil ofte medføre økte kostnader. Det må anses som påregnelig for byggherren at entreprenøren vil bli ferdig så fort som mulig. Forseringskostnader kan dermed kreves erstattet, med de begrensninger som følger under.

Spørsmålet blir så om entreprenøren har en tapsbegrensningsplikt. Tapsbegrensningsplikten kan anses som en underplikt av den alminnelige ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold, og kommer til uttrykk i flere regler.¹²⁸ For at tapsbegrensningsplikten skal inntre må det foreligge aktuelt eller antasipert mislighold som kreditor visste eller burde vite om.¹²⁹ I situasjonen der byggherren har avvist kan det vise seg at avvisningen var urettmessig, men entreprenøren vet ikke dette sikkert før det er bevist. Spørsmålet som oppstår her er om han skal handle som om bygget var overtatt eller som om han var forsinket. Dette får særlig betydning for forseringskostnadene.

I standarden punkt 24.8 første ledd heter det at entreprenøren kan anse et avslag på et berettiget krav på fristforlengelse som et pålegg om forsering. I bestemmelsens første ledd annet punktum pålegges entreprenøren en tapsbegrensningsplikt som består i at forseringskostnadene ikke kan overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget tillagt 30%. Dette må legge føringen for entreprenørens erstatning for forseringskostnadene og det kan konkluderes med at han må foreta en forsvarlig vurdering av kostnadene. Det vil således være rimelig at entreprenøren blir pålagt en tapsbegrensningsplikt der det er sannsynlig at forseringskostnadene vil overstige terskelen i punkt 24.8.

¹²⁷ Kolrud (2004) s. 391.

¹²⁸ Se skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2, kjøpsloven § 70, avhendingsloven § 7-2, UNIDROIT Principles art. 7.4.8 første ledd.

¹²⁹ Hagstrøm (2011) s. 582.

5 Avsluttende bemerkninger

I denne oppgaven har jeg vurdert vilkårene for at byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet etter NS 8405 punkt 32.5 første ledd. Regelen i punkt 32.5 er en skjønnsregel, og i praksis blir vilkårene i vurderingen vurdert samlet i større grad enn jeg har framstilt dem i oppgaven.

De formelle vilkårene i punkt 32.1 og 32.4 krever at det må holdes overtakelsesforretning og det må føres protokoll over denne. Byggherren må oppføre i protokollen at det nektes og han må begrunne dette. Entreprenøren må føre opp en begrunnelse dersom han er uenig i nektelsen.

Etter NS 8405 punkt 32.5 første ledd må mangelen eller utbedringen av mangelen påvirke den forutsatte bruken i en slik grad at bruken blir hindret. Den forutsatte bruken er den bruken som er synbar for entreprenøren. I alle tilfeller vil dette være det som står i kontrakten, men også vanlig bruk som følger av kontraktsarbeidets art vil kunne være synbar. Hindringsvilkåret setter terskelen for når mangelen eller utbedringen av mangelen innvirker på den forutsatte bruken på en slik måte at byggherren kan avvise. Denne terskelen skal fastsettes ved bruk av skjønn og man kan ikke utforme en klar regel på hvor terskelen ligger konkret. Momentene jeg har brukt i oppgaven kan være veiledende for vurderingen, men er ikke ment som noe uttømmende tolkning av hvordan bestemmelsen er å forstå.

Til slutt har jeg vurdert virkningene av om avvisningen var rettmessig eller urettmessig. Her er standardens regulering mager. Ettersom punkt 32.5 trekker grensen mellom forsinkelse og mangel kommer entreprenøren følgelig i forsinkelse der avvisningen er rettmessig. Der avvisningen er urettmessig skal alle virkninger av overtakelse i punkt 32.6 anses for å ha inntrådt. Her oppstår det noen uklare situasjoner, særlig spørsmålet om hva som skal skje med forsikringen i den såkalte mellom-situasjonen. Etter min mening er det behov for en bestemmelse som kunne klargjøre dette i standarden.

Hensynet bak avvisningsinstituttet er at byggherren skal beskyttes mot å måtte overta et kontraktsarbeid han ikke kan gjøre bruk av. Selv om bestemmelsen byr på uklarheter hva angår tolkningen, er den således en nødvendig rett for ham i kontraktsforholdet. Samtidig skal bestemmelsens ordlyd også beskytte entreprenøren mot å måtte betale dagmulkt der manglene ikke er betydelige nok. Alt i alt skal bestemmelsen opprettholde balansen i kontrakten.

Bestemmelsen har en viktig funksjon ettersom den skal trekke grensen mellom forsinkelse og mangel i entrepriseforhold. Videre er bygg og anlegg objekter som har et langvarig perspektiv etter kontraktens utløp. Det er viktig at partene under oppføringen og i etterkant kan stå inne for resultatet. Det er i begges interesse at resultatet skal bli så godt som mulig og i henhold til

kontrakten mellom dem. Punkt 32.5, slik som resten av standardens bestemmelser, underbygger dette ved å legge til rette for et balansert kontraktsforhold.

Etter å ha vurdert ordlyden i punkt 32.5 er jeg av den oppfatning at ordlyden er uklar og åpner for flere tolkningsutfall. Om bestemmelsen gir uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp er dermed usikkert, også fordi den er endret flere ganger. Likevel vil jeg konkludere med at det er en fornuftig ordlyd som ligger til grunn for vurderingen som skal gjøres. En mer konkret ordlyd vil kunne føre til løsninger som ikke er godt nok tilpasset hvert tilfelle. Ettersom alle byggeprosjekter kan være svært ulike, må behovet for en dynamisk bestemmelse veie tyngre enn en klar ordlyd. Det er således opp til hver enkelt bruker av standarden å anvende avvisningsbestemmelsen rasjonelt. I tiden som kommer kan man nok forvente at eventuelle tvister som må avgjøres i retten vil belyse dette og gi nærmere retningslinjer for vurderingen.

Kildeliste

Lover og forskrifter

2010	Forskrift 26. mars 2010 om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift, TEK 10)
2008	Lov 27. juni 2008 nr. 71 lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 43 lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad (bustadoppføringslova)
1992	Lov 03. juli 1992 nr. 93 lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
1989	Lov 16. juni 1989 nr. 63 lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
1988	Lov 13. mai 1988 nr. 27 lov om kjøp (kjøpsloven)
1981	Lov 13. mars 1981 nr. 6 lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

Standarder

NS 8405:2008	Norsk bygge- og anleggskontrakt for utførelsesentreprise
NS 8407:2011	Norsk bygge- og anleggskontrakt for totalentrepriser
NS 3430:1994	Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

NS 3431:1993	Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser
NS 3401:1969	Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider
Skip 2000	Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt
NBR F 79/02	Førsteutkast til NS 8405

Rettspraksis

HR-2016-1447-A	
Rt. 2010 s. 961	
Rt. 2007 s. 1587	
Rt. 1998 s. 774	<i>Videospillerdommen</i>
Rt. 1992 s. 64	<i>P-pilledom II</i>
Rt. 1992 s. 1105	
Rt. 1983 s. 205	
LE-2009-18453	<i>Sykehjemsdommen</i>
LA-2007-22932	
LE-2004-3175	
LB-2001-3130-2	
LE-1998-00648	
ND 1974 s. 27	<i>Fearnbay</i>

Forarbeider

Ot.prp.nr.21 (1996-1997) Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)

Internasjonale kilder

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

AB 92 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed

Betænkning nr. 1246 *fra Udvalget til revision af Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed af 1972 (AB72), 1993*

Købeloven *Lovbekæntgørelse nr. 237 av 28. marts 2003 om køb, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 523 af 6. juni 2007, § 7 i lov nr. 718 af 25. juni 2010 og § 1 i lov nr. 1460 af 17. december 2013.*

Vagner, Hans Henrik *Entrepriseret, 2. udgave, 1993*

Vagner, Hans Henrik *Entrepriseret, 3. udgave, 2001*

Litteratur

Barbo, Jan Einar *Kontraktomlegging i entrepriseforhold: om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis, 1997*

Giverholdt, Heikki, Arvesen, Hans-Jørgen, Marthinussen, Karl *NS 8407 Alminnelige kontaktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer, 2012*

- Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelser, 2. utgave, 2013*
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett, 2. utgave, 2011*
- Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman *Entrepriserett, 2014*
- Kolrud, Helge Jakob, Bergsaker, Olav, Davidsen, Erik, Holstrøm, Jarle W. *NS 8405, 2004*
- Kolrud, Helge Jakob, Bergsaker, Olav *Kommentar til NS 3430, 1992*
- Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett, 4. utgave, 1999*
- Lilleholt, Kåre *Avtale om ny bustad, 2001*
- Marthinussen, Karl, Giverholdt, Heikki, Arvesen, Hans-Jørgen *NS 8405 med kommentarer, 4. utgave, 2016*
- Nordtvedt, Henning, Ruud, Dag Arne, Bergsaker, Arve, Bjørnvik, Martin, Johansen, Johnny *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, 2013*
- Nørgaard, Jørgen «Om kjøberens afvisningsret ved tilvirkningskøb», *Jussens Venner (1998) s. 132-138.*
- Robberstad, Anne *Sivilprosess, 3. utgave, 2015*
- Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen, 1966*
- Sandvik, Tore *Kommentar til NS 3401, 1977*
- Simonsen, Lasse *Bustadoppføringslova, 2011 (sitert fra rettsdata.no)*

Simonsen, Lasse «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens Venner* (1999) s. 305-398

Solvang, Trond «Naturalkreditors avvisningsrett», *Lov og rett* 08/2015, s. 487-503

Øvrebø, Henrik «Forbrukerens rett til å avvise entreprenørens levering av bolig etter bustadoppføringslova § 15 tredje ledd», *Jussens Venner* (2003) s. 212-220

Nettartikler

Ulsted, Tor André *Rett til bruk – en utfordring ved overtakelse* (2012), <http://byggejuss.no/rett-til-bruk-en-utfordring-ved-overtakelse/> [sitert 15.02.17]

Haahjem, Mari Moe *Ny Høyesterettsdom om tolkning av standardkontrakter* (2016), <http://byggejuss.no/ny-hoyesterettsdom-om-tolkning-av-standardkontrakter/> [sitert 30.03.17]

SINTEF *Norske pustehull i kinesisk tunnel* (2007), <http://www.sintef.no/siste-nytt/norske-pustehull-i-kinesisk-tunnel/> [sitert 19.04.17]