

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Hevingsoppgjøret i entrepriseforhold

Hvordan skal vederlagsoppgjøret fastsettes for arbeidet som allerede er utført?

Kandidatnummer: 690

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17381



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Metode .....	2
1.4	Videre fremstilling .....	4
<b>2</b>	<b>OVERSIKT OVER HEVINGSREGLENE I ENTREPRISERETTEN .....</b>	<b>4</b>
2.1	Hevingsvilkårene .....	4
2.2	Heving for fremtidige ytelser .....	6
2.3	Virkningene av heving .....	7
<b>3</b>	<b>HEVINGSOPPGJØRET.....</b>	<b>8</b>
3.1	Opptakt til problemstillingen .....	8
3.1.1	Utviklingslinjer i norsk rett og kontraktspraksis .....	8
3.1.2	Løsningen etter nyere lovgivning vist ved håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova.....	10
3.1.3	Løsningen etter nyere standardkontrakter .....	12
3.1.4	Oppgjørsmodellen etter høyesterettspraksis .....	13
3.1.5	Oppgjørsmodellen etter tilvirkningskontrakten NTK 15.....	15
3.1.6	Er Sandviks tilnærming et alminnelig prinsipp? .....	16
3.2	Enkelte utfordringer ved vederlagsberegningen .....	17
3.3	Hvilket vederlag har entreprenøren krav på for sine delvis fullførte arbeider? .....	19
3.4	Hvordan fastsettes verdien av det mangelfulle på hevingstidspunktet? .....	23
3.4.1	Har entreprenøren en utbedringsplikt etter heving? .....	24
3.4.2	Sandviks tilnærming for vederlagsberegningen ved mangler .....	27
3.4.3	Løsningen etter tidligere standarder med tilhørende teori.....	29
3.4.4	Vederlagsberegningen ved mangler i forbrukerentrepriser .....	31
3.4.5	Vederlagsfastsettelsen for det mangelfulle etter NTK15 .....	35
3.4.6	Nærmere om løsningen etter NS 8405 .....	35
3.4.7	Skal det ytes vederlag for det totalt verdiløse?.....	38
3.5	Grensedragningen for arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen.....	39
3.5.1	Skal det ytes vederlag for arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen?.....	39
3.5.2	Har entreprenøren en utleveringsrett eller plikt? .....	41
<b>4</b>	<b>ERSTATNING FOR NØDVENDIGE MERKOSTNADER .....</b>	<b>43</b>
4.1	Utgangspunkter for erstatningsutmålingen .....	43

<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b> .....	<b>44</b>
5.1	Oppsummering og konklusjon.....	44
	<b>LITTERATURLISTE</b> .....	<b>46</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Emnet for oppgaven er hevingsoppgjøret i entrepriseretten, nærmere bestemt vederlagsoppgjøret ved heving. Et sentralt spørsmål i entrepriseretten er hvilket vederlag byggherren skal yte for arbeidet til entreprenøren. Ved heving vil kun deler av arbeidene være utført, og det kan også være mangler ved arbeidet som er utført på hevingstidspunktet. Dette kan gjøre det krevende å fastsette vederlaget.

Entreprisekontrakter er ofte langvarige og omfattende. De vil også kunne innebære betydelig risiko for partene.<sup>1</sup> Det er ikke uvanlig at det oppstår problemer med fremdriften og kvaliteten på arbeidet. For å avhjelpe disse problemene er det utviklet standardkontrakter med en rekke misligholdsbeføyelser.<sup>2</sup> Det forekommer imidlertid at partene ikke lenger ser seg tjent med å fortsette kontraktsforholdet, typisk som følge av omfattende forsinkelser, avvik i utførelsen eller insolvens. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å heve kontrakten.

Hevingsoppgjøret i entrepriseretten skiller seg fra oppgjøret ellers i kontraktsretten.<sup>3</sup> Dette er naturlig ettersom arbeidene normalt sett utføres på byggherrens eiendom og dermed ikke kan restitueres slik som i kjøp. Det er derfor ikke alltid mulig å basere løsningene på alminnelig kontraktsrett, noe som også viser seg gjennom utførlig regulering i entrepriserettens standardkontrakter.<sup>4</sup>

Entreprisekontrakter er dynamiske, og det er sjeldent det totale vederlaget er kjent ved avtaleinngåelse. Fastsettelsen av vederlaget kan derfor være komplisert. Dette er også tilfellet for hevingsoppgjøret. Det må da klarlegges hvilket vederlag det skal ytes for delvis utført arbeid og mangelfullt arbeid. Slik erstatningsmodellen er lagt opp er det også behov for å fastlegge hva fullføringen av arbeidet normalt ville kostet uten kontraktsbruddet.<sup>5</sup>

Oppgaven vil ta utgangspunkt i byggherrens heving overfor entreprenøren etter standardkontrakten NS 8405 for utførelsesentrepriser.<sup>6</sup> Det skal gjennom oppgaven klarlegges hvilke regler som gjelder for hevingsoppgjøret og tas konkret stilling til noen utvalgte emner som ofte oppstår ved heving.

---

<sup>1</sup> Sandvik s. 85 flg. (1966)

<sup>2</sup> Krav om forsering, utbedring, prisavslag, heving m.m. Se eksempelvis Hagstrøm (2017) s. 335 flg.

<sup>3</sup> Eksempelvis Sandvik (1977) s. 247

<sup>4</sup> Hagstrøm (2017) s. 25

<sup>5</sup> Dette vises i punkt 2 og 4.

<sup>6</sup> Utførelsesentrepriser innebærer at det er byggherresiden som prosjekterer arbeidet og entreprenøren utfører arbeidet som beskrevet i prosjekteringen.

Hovedproblemstillingen er hvilket vederlag som skal ytes for allerede utført arbeid. Underproblemstillinger som da oppstår er hvilken oppgjørsmoell som benyttes, hva det skal ytes vederlag for og hvordan dette vederlaget skal fastsettes der arbeidet kun representerer en delvis ytelse eller er beheftet mangler.

## **1.2 Aktualitet**

Heving i entrepriserforhold er i praksis en siste utvei for partene der andre løsninger ikke har ført frem. Der en part likevel ser seg tjent med å avslutte kontraktsforholdet er det behov for klarhet i reglene om oppgjøret. Tvistesommene kan være store og partene vil ikke alltid være behjelpelige til å finne løsninger i minnelighet.

Det er lite rettslig avklaring for hevingsoppgjøret og de dommene som eksisterer bærer preg av å være spesifikke. Teorien på området tar i varierende grad stilling til hevingsoppgjøret og det er i varierende grad grunnitt for synet til forfatterne. Oppgaven skal derfor forsøke å belyse sentrale sider ved hevingsoppgjøret for å gi klarhet i hva det skal betales for og hvordan beregningen skal foretas.

Hevingsbestemmelsene etter NS 8405 er generelle og kan påberopes av både entreprenøren og byggherren. For oppgaven her legges det til grunn at det er entreprenøren som er i mislighold. Misligholdene til byggherren er ofte lettere å rette og det er i utgangspunktet byggherren som har mest å tjene på å få bygget eller anlegget i stand.

Videre avgrenses det mot regelverket etter avhendingsloven for kjøp og salg av brukte boliger. Situasjonen for bygg under oppføring og ferdige hus er forskjellig, og loven er ment til å dekke en annen situasjon.

## **1.3 Metode**

Entrepriseretten er et rettsområde som i stor grad er ulovfestet. Det er imidlertid lang tradisjon for selvregulering gjennom opprettelse av standardkontrakter. Når oppgaven skal undersøke vederlagsberegningen etter NS 8405 vil naturligvis kontraktstolkning av denne standarden være viktig. Utgangspunktet for kontraktstolkning er partenes felles forståelse. Noe slikt er det ikke grunnlag for å slå fast i denne oppgaven. Standardene skal i utgangspunktet tolkes på objektivt grunnlag, med utgangspunkt i ordlyden.<sup>7</sup> Ordlyden er imidlertid i mange tilfeller knapp og kan ha behov for presisering. Gjeldende standard for utførelsesentrepriser, NS 8405, er den siste i

---

<sup>7</sup> Om dette se bl.a. Rt. 2010 s. 961 & Rt. 2002 s. 1155 (side 1159)

en lang rekke med standardkontrakter på feltet.<sup>8</sup> Tidligere standarder vil derfor gjennom oppgaven bli benyttet til å belyse situasjonen tidligere, og hvordan spørsmål tradisjonelt er blitt løst.

Kjøpsloven vil ikke få direkte anvendelse i entrepriseretten ettersom § 2 første ledd annet punktum unntar avtaler om «oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom». Loven kan likevel kaste lys over enkelte problemer i entrepriseretten. For forbrukerentrepriser er spørsmålene i stor grad regulert i bustadoppføringslova. Loven er delvis bygget på samme system som NS 8405, og den vil der det passer i oppgaven bli benyttet som veiledning eller støt-teargument for tolkningen av standardkontrakten. En ren analogisk anvendelse kan ikke på generelt grunnlag oppstilles ettersom loven er rettet mot en annen type kontraktsforhold, og er ment til å beskytte en uprofesjonell byggherre.

I entrepriseretten er det generelt begrenset med rettspraksis.<sup>9</sup> Dette er også tilfellet ved heving og hevingsoppgjøret. Det er tradisjon for å løse tvister ved hjelp av voldgift som er lite tilgjengelig og av varierende kvalitet. Det er også usikkert hvilken rettskildemessig verdi voldgiftsdommer skal tillegges.<sup>10</sup> Det blir derfor ikke benyttet voldgiftspraksis i oppgaven. Grunnet liten behandling i rettsapparatet vil underrettspraksis få en mer fremtredende stilling i oppgaven. Det er likevel ikke tilstrekkelig med dommer til å kunne fastslå en fast og langvarig praksis. Underrettspraksis er ikke en autoritativ rettskilde som tillegges rettsnormerende kraft.<sup>11</sup> I mangel på uttalelser fra Høyesterett vil imidlertid underrettspraksis bli vektlagt som tolkningsmoment av standardkontraktene.

I oppgaven vil en høyesterettsdom avsagt for forbrukerforbrukerentreprise få en viss plass.<sup>12</sup> Dommen illustrerer et hevingsoppgjør etter bustadoppføringslova og er det nærmeste en rettslig avklaring fra Høyesterett som eksisterer. Det er ikke dermed gitt at dommen har overføringsverdi for tolkningen av standardkontrakten.

Ettersom det er sparsommelig med rettspraksis og andre juridiske kilder vil juridisk litteratur få en mer fremtredende rolle enn ellers i formueretten. Dette er også tilfellet for oppgaven her. Det er skrevet flere kommentarutgaver til standardene, i tillegg til annen juridisk teori for entrepriserett. Juridisk teori sammenholdt med tolkning av standardene og underrettspraksis vil i stor grad danne rettskildebildet i entrepriseretten.

---

<sup>8</sup> NS 401 (1938), NS 401A (1961), NS 3401 (1969), og NS 3430 (1994). For en totaloversikt se Hagstrøm (2017) s.25-26.

<sup>9</sup> Hagstrøm (2017) s. 28

<sup>10</sup> Hagstrøm (2017) s. 28

<sup>11</sup> Skoghøy (2018) s. 227

<sup>12</sup> HR-2016-219-A

Jeg vil som et klart utgangspunkt benytte norske rettskilder, men der andre nordiske kilder er aktuelle for å belyse spørsmålet vil disse bli trukket inn.

#### **1.4 Videre fremstilling**

For bedre å kunne vise grunnlaget og systemet ved hevingsoppgjøret vil det først bli gjort en kort redegjørelse for hevingsinstituttet på entrepriserettens område. Vurderingstemaet om hva som er tilstrekkelig for å kunne ta skrittet til heving faller utenfor oppgavens omfang.

I oppgavens hoveddel tas det først stilling til hvilken oppgjørsmodeell som benyttes ved heving i punkt 3.1. I punkt 3.2 fremstilles noen av problemene rundt vederlagsberegningen. Punkt 3.3, 3.4 og 3.5 er utvalgte emner for hvilket vederlag som skal ytes for delvis fullført arbeid, de mangelfulle arbeidene og arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen. For å kunne gi et helhetlig bilde av hevingsoppgjøret vil det også bli knyttet noen bemerkninger til erstatningen for merkostnader i punkt 4.

## **2 Oversikt over hevingsreglene i entrepriseretten**

### **2.1 Hevingsvilkårene**

Før det er adgang til å heve en kontrakt i entrepriseretten må enkelte vilkår være oppfylt. Hva som innholdsmessig ligger i vilkårene og deres ytterpunkter vil ikke bli drøftet i oppgaven. Det er likevel hensiktsmessig med en gjennomgang for å gi oversikt og fremstille situasjonen byggherren befinner ved heving.

For det første må det foreligge vesentlig mislighold.<sup>13</sup> Dette blir gjerne formulert som et spørsmål om den ene kontraktsparten har rimelig grunn til å si seg fri fra sine kontraktsforpliktelser.<sup>14</sup> Vurderingen må tas ut fra en sammensatt vurdering. Heving kan ha utgangspunkt i alle mislighold, typisk forsinkelse og mangler. Riktignok legges vurderingstidspunktet for mangel til overtagelsestidspunktet, men NS 8405 åpner også for antesipert mislighold.<sup>15</sup> Dette kan kun gjøres dersom det er «klart» at vesentlig mislighold vil inntre. Av stor relevans er virkningene av at kontraktsforholdet fortsetter.<sup>16</sup> Altså hvordan situasjonen til byggherren vil være dersom kontraktsforholdet fortsetter og hvordan vil det være dersom han får engasjert ny entreprenør. Typisk heves entreprisekontrakter der entreprenøren ikke har evne eller vilje til å fullføre prosjektet og det er behov for å finne en ny entreprenør som kan fullføre arbeidet. I store prosjekter vil det være tidkrevende og kostbart å finne en ny entreprenør som skal sette seg inn i arbeidene,

---

<sup>13</sup> NS 8405 pkt. 39.1

<sup>14</sup> Rt. 1998 s. 1510 (side 1518) & Marthinussen (2016) s. 656

<sup>15</sup> NS 8405 pkt. 39.1

<sup>16</sup> Marthinussen (2016) s. 660

gjøre seg kjent med eventuelle mangler og deretter fullføre arbeidet. Kostnaden av dette må bæres av entreprenøren.<sup>17</sup>

Før heving kan finne sted skal byggherren sende skriftlig varsel med utbedringsoppfordring.<sup>18</sup> Det skal samtidig settes en rimelig frist til utbedringen. Hva som anses å være rimelig frist vil naturligvis avhenge av misligholdets art og størrelse. Vilkåret må sees i sammenheng med vilkåret om vesentlig mislighold og om byggherren har rimelig grunn til å si seg løs fra avtalen. Byggherren bør komme i en bedre situasjon ved å heve og der opprinnelig entreprenør vil klare å fullføre prosjektet før en eventuell ny entreprenør bør dette være veiledende for rimelig frist.<sup>19</sup>

Det kan likevel kunne settes korte frister. Der byggherre har engasjert en rekke entreprenører for å sette i stand et bygg vil han ofte være avhengig av at den ene entreprenøren fullfører sitt arbeid før ny entreprenør kan utføre sin jobb. Typisk må el-installasjoner være på plass før veggene ferdigstilles. I slike situasjoner kan tapet byggherren potensielt får være svært omfattende og en kortere frist må anses å være rimelig.

Det er sikker rett at misligholdet ikke skal være utbedret innen fristens utløp, satt av byggherre.<sup>20</sup> Det avgjørende er om entreprenøren viser evne og vilje til å fullføre prosjektet i samsvar med avtalen.<sup>21</sup> Misligholdet må rettes innen realistiske rammer. Et viktig argument er i hvilken grad arbeidet ville blitt raskere ferdig ved å engasjere en annen entreprenør. Der ny entreprenør ikke vil kunne fullføre før en eventuell retting av opprinnelig entreprenør, trekker dette i retning av at heving ikke kan gjennomføres. Hva som regnes som rimelig frist må avgjøres konkret i hver enkelt sak.

Avslutningsvis er det et vilkår om skriftlig hevingserklæring til den andre parten eller hans representant.<sup>22</sup> Hevingserklæringen vil normalt sett inneholde varsling om registreringsforretning etter punkt 39.7 og fristen entreprenøren har til å forlate byggeplassen etter punkt. 39.2. Dersom byggherren ønsker å benytte seg av entreprenørens utstyr til fullføring av arbeidet bør også dette komme med i hevingserklæringen.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> NS 8405 pkt. 39.4 om erstatning for merkostnader

<sup>18</sup> NS 8405 pkt. 39.1 3. ledd

<sup>19</sup> Om dette se Marthinussen (2016) s. 663

<sup>20</sup> Hagstrøm (2017) s. 357

<sup>21</sup> Marthinussen (2016) s. 668

<sup>22</sup> NS 8405 pkt. 39.1 4. ledd

<sup>23</sup> NS 8405 pkt. 39.2 4. ledd



## 2.2 Heving for fremtidige ytelser

Ved heving av kontraktsforhold er forpliktelsene vesentlig misligholdt. Utgangspunktet er derfor at ytelsene begge parter har prestert skal restitueres.<sup>24</sup> Det typiske for utførelsesentrepriser er at arbeidene hovedsakelig finner sted på byggherrens faste eiendom. Det er derfor lite praktisk eller umulig å restituere ytelsene. Etter NS 8405 punkt 39.2 flg. skjer hevingen fremover i tid, *ex nunc*, til forskjell fra utgangspunktet i kjøpsretten.<sup>25</sup> Også andre entreprisforhold har samme system. Eksempelvis NS 8407 for totalentrepriser og bustadoppføringslova.<sup>26</sup> Litteraturen gir også uttrykk for at heving *ex nunc* er det alminnelige utgangspunktet generelt i entrepriseretten.<sup>27</sup> Etter bustadoppføringslova er likevel forbrukeren gitt anledning til å velge heving med tilbakevirkende kraft, *ex tunc*.<sup>28</sup> For denne type heving er imidlertid situasjonen en annen enn for NS 8405. Heving *ex tunc* i forbrukerentrepriser gjelder kun der avtalen også innebærer retten til grunnen.<sup>29</sup> Det er et aktivt valg fra lovgivers side og det bemerkes i forarbeidene at dette er en utvidelse av rettigheter som skiller seg fra entrepriseretten ellers.<sup>30</sup>

Det vil kunne oppstå situasjoner hvor det ikke hadde vært spesielt problematisk med heving med tilbakevirkende kraft. NS 8405 åpner imidlertid ikke for slike løsninger og vil eventuelt måtte baseres på egen avtale. Augdahl argumenterer for at der ytelsen er «helt uten verdi» for den annen part skal det ikke ytes noe vederlag.<sup>31</sup> Han mener at selv om ytelsen etter sin natur ikke er restituerbar skal det likevel ikke betales noe vederlag. Dette kan synes å ha elementer av heving *ex tunc*. Etter mitt syn kan dette like godt tolkes som særregler for erstatning, eventuelt vederlag der arbeidene behefter mangler. Dette vil bli behandlet nedenfor i punkt 3.4.

Når standardene og bustadoppføringslova har en tydelig anvisning på heving for fremtiden må dette sies å være det helt klare utgangspunktet. Det ville fort oppstått vanskelige grensedragninger dersom det i visse tilfeller skulle vært åpnet for heving med tilbakevirkende kraft. For resten av oppgaven tas det ikke stilling til om det i visse tilfeller kan åpnes for å heve med tilbakevirkende virkning.

---

<sup>24</sup> Hagstrøm (2013) s. 425 flg.

<sup>25</sup> Hagstrøm (2013) s. 447

<sup>26</sup> NS 8407 pkt. 46.2 & bustadoppføringslova § 21

<sup>27</sup> Arvesen (2014) s. 467, Hagstrøm (2017) s. 356 & Marthinussen (2016) s. 657

<sup>28</sup> Bustadoppføringslova § 21 (3)

<sup>29</sup> Bustadoppføringslova § 21 3. ledd jf. § 1 1. ledd bokstav b

<sup>30</sup> Ot.prp.nr21 (1996-1997) s. 60

<sup>31</sup> Augdahl (1978) s. 198

## 2.3 Virkningene av heving

Heving innebærer at entreprenøren fratras muligheten til å naturaloppfylle. Når hevingserklæringen gis til entreprenøren, gis han samtidig en frist til å forlate byggeplassen.<sup>32</sup> Etter fristens utløp har han ikke lenger rett til å oppholde seg på byggeplassen. Entreprenøren skal i «rimelig utstrekning sikre» arbeid og materialer før han forlater byggeplassen.<sup>33</sup> Fristen til å forlate byggeplassen gis ensidig av byggherren og den kan være svært kort. Dette vil imidlertid få virkninger på sikringen av arbeidet. Der byggherren setter fristen kort vil det i store prosjekter ofte ikke være anledning til å sikre alt tilstrekkelig. Dette må imidlertid være opp til byggherren. Risikoen for arbeidet går over på byggherren allerede ved hevingserklæringen, og dersom byggherren ønsker egne folk til å sikre arbeidet må det være greit.<sup>34</sup>

Det skal innen fjorten dager avholdes registreringsforretning hvor det foretas en gjennomgang av det utførte arbeidet.<sup>35</sup> Det er her partene skal gå gjennom arbeidet, og finne frem til hvilke arbeider som er utført og hvilke eventuelle mangler arbeidet er beheftet med. Etter registreringsforretning plikter fortsatt entreprenøren å stille garanti for arbeidet redusert forholdsmessig til arbeidet som er utført.<sup>36</sup>

Heving innebærer som utgangspunkt et klart skille. Partene er ikke lenger parter i et kontraktsforhold og det er ikke noe som lenger knytter byggherre og entreprenør sammen. Realitetene rundt heving er derimot at partene må forholde seg relativt mye til hverandre. Det kan fort oppstå problemer med fastleggelsen av hva som er utført og hva partene mener er mangelfullt. Samtidig har byggherren rett til å benytte seg av entreprenørens utstyr.<sup>37</sup> Som regel oppstår det også et erstatningskrav som følge av hevingen. Partene vil følgelig måtte forholde seg til hverandre, og vil være tjent med klare regler for hevingsoppgjøret.

Entreprenøren har krav på vederlag for det utførte og plikter å dekke erstatning for merkostnadene til byggherren.<sup>38</sup> Merkostnadene for byggherren vil i hovedsak være kostnader til fullføring av prosjektet. Byggherren har også krav på å kunne benytte seg av entreprenørens stillaser, redskaper, maskiner og lignende til fullføring av prosjektet. For dette skal også entreprenøren ha vederlag. Dette vederlaget er noe som vil kunne motregnes i byggherrens erstatningskrav for merkostnader. Etter NS 8405 punkt 39.2 fjerde ledd skal vederlaget være «rimelig». Vederlaget må følgelig fastsettes etter skjønn i det enkelte kontraktsforhold. For oppgaven her vil det ikke

---

<sup>32</sup> NS 8405 pkt. 39.2 1. ledd

<sup>33</sup> NS 8405 pkt. 39.2 3. ledd

<sup>34</sup> Om risiko se NS 8405 pkt. 39.1 siste ledd

<sup>35</sup> NS 8405 pkt. 39.7

<sup>36</sup> NS 8405 pkt. 39.6

<sup>37</sup> NS 8405 pkt. 39.2

<sup>38</sup> NS 8405 pkt. 39.3 & 39.4

bli sagt noe ytterligere om dette vederlaget ettersom dette kravet vil trekkes fra den erstatningen som byggherren kan kreve og blir konkret vurdert i den enkelte sak.

Standarden gir ikke noen videre redegjørelse for hvordan vederlaget skal gjøres opp eller etter hvilke regler dette gjøres. I det følgende vil det forsøkes å gi klarhet i utgangspunktene for vederlagsberegningen og deretter en gjennomgang av utvalgte temaer i hevingsoppgjøret.

### **3 Hevingsoppgjøret**

#### **3.1 Opptakt til problemstillingen**

Som gjennomgått ovenfor i punkt 2.2, skjer heving i utgangspunktet kun for fremtidige ytelser. Entreprenøren blir fratatt muligheten til naturaloppfyllelse, men vil fortsatt være berettiget vederlag for det arbeidet som er gjort. Dette følger direkte av standarden punkt 39.3, men følger også etter alminnelig obligasjonsrett for heving fremover i tid.<sup>39</sup> Entreprenøren er i mislighold og vil derfor også kunne bli erstatningsansvarlig. Det skal først tas stilling til hvilken modell som skal benyttes ved fastleggelsen av hevingsoppgjøret.

Det kan hovedsakelig tenkes to forskjellige løsninger for hvordan entreprenøren skal få betalt. For det første at det foretas en samlet behandling hvor entreprenøren får vederlag tilsvarende den totale summen med et eventuelt fradrag for fullføringskostnader. For det andre at det ytes vederlag for det hittil utførte og deretter eventuelt gis erstatning. Spørsmålet er så hvilken av løsning som gjelder for utførelsesentrepriser mellom profesjonelle parter.

##### **3.1.1 Utviklingslinjer i norsk rett og kontraktspraksis**

Sandvik tok blant annet opp hevingsoppgjøret i sin bok *entreprenørrisikoen* fra 1966. Boken ble forfattet i en tid hvor det var magert med litteratur på feltet og standardene avvek fra de någjeldende. Sandvik beskrev den gang oppgjøret som to «klart adskilte kategorier», basert på dagjeldende standard NS 401 A.<sup>40</sup> Sandvik argumenterte for at det først skal foretas et vederlagsoppgjør og deretter foretas en beregning av merkostnadene ved fullføring av prosjektet. Om dette rent faktisk skjer samtidig eller adskilt kan ikke ha betydning. Det prinsipielle i Sandviks tilnærming er at det skal fastlegges hvilket vederlag som skal ytes og deretter hvilke merkostnader som skal erstattes.

Sandvik legger vekt på at heving i entrepriseprosjekter skjer med virkning for fremtiden. I dette ligger det at arbeidet entreprenøren har ytt ikke restitueres. Det er da naturlig at det skal ytes vederlag for dette arbeidet. Dette alene gir ikke noe argument for en adskilt vurdering. Også der det ytes fullt vederlag med fradrag for differansen av fullføringskostnadene, vil

---

<sup>39</sup> Hagstrøm (2013) s. 454-456

<sup>40</sup> Sandvik (1966) s. 447

entreprenøren få vederlag for det utførte. Det gir imidlertid ikke entreprenøren krav på vederlag allerede på hevingstidspunktet. Dersom oppgjøret skulle la seg vente til arbeidet er fullført vil dette påføre en likviditetsbelastning på entreprenøren. Normalt sett vil partene ha avtalt en form for fremdriftsbetaling eller akontobetaling. Der dette er gjort vil en eventuell utsettelse ikke nødvendigvis representere en stor likviditetsbelastning.

Det fremstår likevel etter Sandviks syn at det ligger noe prinsipielt i at betaling ytes på hevings- tidspunktet og for arbeidet som er utført. Heving innebærer et skjæringspunkt for partene og kravet til vederlag oppstår på hevingstidspunktet. Det samme gjør et eventuelt erstatningskrav, men i motsetning til erstatningskravet er det lettere å fastsette vederlag for det utførte på he- vingstidspunktet. Det kan virke urimelig å vente med utbetaling av dette kravet. Selv om likvi- ditetsbelastningen ikke nødvendigvis er stor, legges det likevel en begrensning på råderetten over midler som tilhører entreprenøren. Hensynet til entreprenørens likviditet trekker altså i retning av to adskilte kategorier.

Sandvik trekker også frem at der byggherren klarer å fullføre prosjektet for lavere kostnad enn det vederlaget entreprenøren ville hatt krav på, bør denne fordelen tilfalle byggherren.<sup>41</sup> Dette vil ikke være resultatet dersom det benyttes en vederlagsberegning hvor det skal ytes fullt ve- derlag etter kontrakten med fradrag for fullføringskostnader. Det fremstår som noe prinsipielt galt å tilegne entreprenøren vederlag for en del av en kontrakt som ikke eksisterer etter he- vingen. Etter heving er det som utgangspunkt ikke noe grunnlag for å tilegne entreprenøren vederlag.

Vederlagsformatet kan også gjøre det vanskelig å benytte en differanseberegning. Sandvik trek- ker frem at der det er avtalt regningsarbeid, vil det totale vederlaget ikke være kjent på hevings- tidspunktet.<sup>42</sup> Regningsarbeider innebærer at entreprenøren får betalt for antall timer som ar- beides. Det er følgelig stor usikkerhet vedrørende den endelige kontraktssummen. Dersom ve- derlaget for det utførte arbeidet utregnes allerede på hevingstidspunktet, vil dette føre til et mer korrekt økonomisk oppgjør.

Ved heving ex nunc i alminnelig obligasjonsrett vil også fortjenesten for den delen av kontrak- ten som faller bort, være tapt. Ved heving fritas realdebitor muligheten til naturalforpliktelse.<sup>43</sup> Samtidig blir realkreditor fritatt fra å betale resterende pengeytelse.<sup>44</sup> Dette synes å bli forutsatt

---

<sup>41</sup> Sandvik (1966) s. 449

<sup>42</sup> Sandvik (1966) s. 449

<sup>43</sup> Realkreditor vil i entrepriserettslig sammenheng være entreprenør og realkreditor byggherre.

<sup>44</sup> Om dette se Hagstrøm (2013) s. 425 flg.

ved Hagstrøms gjennomgang av heving for fremtidige ytelser.<sup>45</sup> Også Krüger har dette synet for ex nunc-heving i det han skriver at «parten fratras anledningen til å oppfylle, slik at muligheten for vederlagsopptjening stenges.»<sup>46</sup> Etter alminnelig obligasjonsrett er resultatet altså at det trekkes et klart skille ved hevingen. En eventuell gevinst ved lavere fullføringskostnader tilfaller derfor realkreditor. Samtidig som at fremtidig vederlagsopptjening bortfaller vil følgende vederlag for det allerede utførte bestå. Etter alminnelig obligasjonsrett er resultatet følgelig tilsvarende det Sandvik argumenterer for er gjeldende i entrepriseretten.

Argumentasjonen til Sandvik følger et logisk resonnement og er i tråd med obligasjonsretten ellers for heving ex-nunc. Det er imidlertid ikke gitt at en slik løsning fortsatt er gjeldende rett på entrepriserettens område. I det følgende undersøkes det om Sandvik sin tilnærming er fulgt opp i någjeldende rett og kontraktspraksis.

### 3.1.2 Løsningen etter nyere lovgivning vist ved håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova

Heving av håndverkertjenester for forbrukere skiller seg fra løsningen Sandvik argumenterte for. Etter någjeldende håndverkertjenestelov § 16 følger det at der heving skjer for fremtidige ytelser skal tjenesteyter gis differansen mellom prisen på hele tjenesten og det som det «normalt koster å få utført den delen som står igjen.». Historisk sett er det også en slik tilnæringsmetode som er benyttet for håndverkertjenester.<sup>47</sup>

Etter ordlyden er det altså ikke avgjørende hva fullføringskostnadene rent faktisk ender på. Hvilket vederlag håndverkeren får er avhengig av andre anslag på fullføringskostnadene. Dette må løses etter alminnelig bevisvurdering. Løsningen innebærer at der fullføringskostnadene er lik eller lavere enn opprinnelig pris, ytes det ikke noen erstatning fra opprinnelig håndverker. I motsatt tilfelle vil opprinnelig håndverker yte det overskytende av opprinnelig pris. Forbrukeren stilles dermed i tilsvarende økonomiske situasjon som om kontrakten ikke ble misligholdt. Om prosjektet etter fullføring viser seg å være dyrere enn disse anslagene vil forbrukeren likevel være berettiget til erstatning etter reglene i håndverkertjenesteloven kapittel V.

Forarbeidene til håndverkertjenesteloven er tause vedrørende valg av oppgjørsmødel ved heving.<sup>48</sup> Det er nærliggende å tenke at differansemødel er brukt ettersom arbeidene har et mindre omfang enn entreprisprosjekter. Det er lettere å fastsette en konkret sum for fullføringskostnader, og den opprinnelige kontraktssummen er mer fast enn i entreprisprosjekter.

---

<sup>45</sup> Hagstrøm (2013) s. 453-457

<sup>46</sup> Krüger (1989) s. 728

<sup>47</sup> Se bl.a. Rt. 1934 s. 763 om malerarbeider.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 81-83

Dersom modellen til håndverkertjenesteloven legges til grunn i entreprisetilfeller, trenger det ikke å foretas noen utregning av det utførte på hevingstidspunktet. Det er tilstrekkelig å finne frem til hvilken kostnad det totale arbeidet ville kostet og hva fullføringskostnadene blir. Dette vil kunne virke tidsbesparende for partene og muligens resultere i lavere totale kostnader.

Entrepriseprosjekter er imidlertid normalt større i omfang og beheftet med mer usikkerhet enn håndverkertjenester. Det er ofte at et entrepriseprosjekt ikke ender på prisestimatet som ble oppgitt ved prosjektets start. Ved store prosjekter vil tidvis ikke all prosjektering være fullført før arbeidet er satt i gang og det vil være behov for endringer. I store prosjekter er det også vanskelig å forutse alle behov og problemer som kan kunne oppstå. Det å estimere hva prosjektet vil koste er følgelig en komplisert oppgave. Det er med andre ord ofte svært stor usikkerhet vedrørende den totale kostnaden ved et prosjekt. Dette henger også nært sammen med hvilket vederlagsformat som er benyttet. Der det er angitt en fastpris vil det naturligvis være noe enklere å fastlegge det totale vederlaget. Ofte er imidlertid kontraktene basert på forskjellige vederlagsformater, herunder regningsarbeider, hvor det er komplisert å fastlegge en totalsum på hevings-tidspunktet.

Håndverkertjenesteloven regulerer andre forhold enn NS 8405. Lovens løsning har følgelig liten overføringsverdi på utførelsesentrepriser. De besparelser som oppnås i håndverkertjenester ville antagelig resultert i dyrere, mer kompliserte prosesser i utførelsesentrepriser og større usikkerhet for partene.

Etter bustadoppføringslova er heving angitt i to forskjellige bestemmelser, en som reaksjon på mangel og en for forsinkelse.<sup>49</sup> Dette er antagelig gjort av pedagogiske grunner og innholdsmessig er de tilsvarende. For hevingsoppgjøret gjelder § 21 uavhengig av om grunnlaget er mangel eller forsinkelse. En av virkningene ved heving er at entreprenøren har krav på «vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen.». Etter § 22 følger det at forbrukeren kan kreve dekket sine «nødvendige merkostnader».

Ordlyden «vederlag for det som er utført» trekker i retning av at det skal foretas et selvstendig oppgjør for vederlaget. Det er likevel ikke entydig, og vederlag for det utførte ville også blitt ytt der en differansmodell ble benyttet. Bustadoppføringslova § 21 1. ledd annet punktum spesifiserer imidlertid at oppgjøret skal fastsettes på grunnlag av prisene som er avtalt. Ordlyden legger altså opp til at det skal ytes vederlag og på hvilket grunnlag det skal gjøres. Dette trekker i retning av at vederlagsberegningen er en separat operasjon.

---

<sup>49</sup> Bustadoppføringslova § 20 og § 34

Systemet etter bustadoppføringslova synes også å legge opp til en oppdelt behandling. Ved først å angi at det skal ytes vederlag, for deretter i en ny paragraf regulere erstatningen. Etter forarbeidene til bustadoppføringslova, NOU 1992:9, var erstatning opprinnelig inntatt under hevingsbestemmelsen, mens oppfølgingen i Ot.prp.nr.21 (1996-1997) gikk vekk fra dette. Etter sistnevnte forarbeid falt erstatning for merkostnader under erstatningsbestemmelsen. Dette gir også en indikasjon på at lovgiver ønsket to adskilte prosesser.

Vilkårene for erstatning etter § 22 knytter seg kun til kostnadene av å «fullføre arbeidet». Operasjonen er følgelig ikke knyttet til vederlaget som entreprenøren har krav på. Både etter ordlyd og system er det naturlig at det skal foretas to adskilte prosesser, men resultatet er ikke klart.

Lovgivningen er splittet vedrørende løsning en for oppgjøret ved heving. Bustadoppføringslova er mer nærliggende situasjonen etter NS 8405 og har etter mitt syn større overføringsverdi. Lov om håndverkertjenester regulerer en annen situasjon og det må etter mitt syn foreligge klare holdepunkter hvis oppgjørsmetoden skal benyttet på utførelsesentrepriser.

### 3.1.3 Løsningen etter nyere standardkontrakter

NS 8405 synes å legge opp til den adskilte prosessen som Sandvik argumenterte for i 1966. I punkt 39.3 står det at entreprenøren skal ha vederlag for «det arbeidet som er utført», mens det i neste punkt gis anledning for byggherren til å få dekket sine merkostnader. Formuleringen i gjeldende standard da Sandvik skrev boken var noe annerledes enn den som finnes i den någjeldende. NS 401 bestemte at restarbeidet skulle utføres for entreprenørens «regning».<sup>50</sup> Sandviks argumentasjon var derfor nødvendig ettersom det basert på ordlyden i dagjeldende standard kunne tenkes å legge opp til en differansevurdering slik håndverkertjenesteloven har nå.

Ordlyden «vederlag for det som er utført» trekker i retning av at det skal foretas et oppgjør. Alene er ordlyden ikke tilstrekkelig til å avgjøre om dette oppgjøret skal foretas på hevingstidspunktet eller etter hvilken modell vurderingen skal foretas. Sett i sammenheng med systemet i kontrakten er det likevel naturlig at det skal foretas separate vurderinger. Etter NS 8405 punkt 39.4 skal det betales erstatning for de nødvendige merkostnader. Oppdelingen gir anvisning på at det er to separate vurderinger.

Någjeldende NS 8405 og forgjengerne NS 3401 og NS 3430 har begge oppdelte bestemmelser for vederlag og erstatning. Først skal det betales vederlag for utført arbeid og deretter erstatning for «nødvendige merkostnader».<sup>51</sup> Med denne formuleringen går en vekk fra problemet med

---

<sup>50</sup> NS 401 § 18 pkt. 1

<sup>51</sup> NS 8405 pkt. 39.4, NS 3401 pkt. 26.1 c), NS 3430 pkt. 34.1.2 c)

formulering som uttrykker at bygget skal ferdigstilles for entreprenørens regning. Der den eventuelle gevinsten ved fullføringskostnadene blir lavere vil dermed tilfalle byggherren og ikke entreprenøren. Denne formuleringen er i overensstemmelse med Sandviks argumentering om to klart adskilte vurderinger.

Tidligere standard, NS 3430, tilføyde også at vederlaget for det utførte skulle gjøres opp etter «kontraktens priser».<sup>52</sup> Dette gir anvisning på at oppgjøret skal foretas på annet grunnlag enn erstatningen og følgelig gjøres opp etter en separat vurdering. Av Marthinussens historiske gjennomgang av hevingsbestemmelsene uttales det at endringene i NS 8405 kun er av redaksjonell betydning.<sup>53</sup>

Standarden NS 8407 for totalentreprise har tilsvarende formulering som NS 8405 og samme resultat vil følge etter denne standarden. Forenklet bygge- og anleggskontrakt NS 8406 har ingen bestemmelser om hevingsoppgjøret. Arvesen legger kort til grunn i teorien at bestemmelsene i NS 8405 får anvendelse på NS 8406. Etter hans syn er reglene etter NS 8405 et utslag av «alminnelige entrepriserettslige regler».<sup>54</sup> Nyere juridisk litteratur tar ikke opp problematikken direkte, men synes å forutsette det todelte skillet.<sup>55</sup>

Resultatet etter nyere standardkontrakter og teorien rundt disse synes altså å være at det klare oppdelte skille er modellen som skal benyttes.

### 3.1.4 Oppgjørsmodellen etter høyesterettspraksis

Problemstillingen ble tatt opp av Høyesterett i dom HR-2016-219-A, om forbrukerentreprise etter bustadoppføringslova. Saken omhandlet heving av et entrepriseprosjekt grunnet vesentlig mislighold. Høyesterett tar først stilling til i hvilken grad det må foretas to klart adskilte prosesser, slik Sandvik argumenterte for.<sup>56</sup> Det bemerkes i avsnitt 32 at forarbeidene til bustadoppføringslova gir anvisning på at oppgjørsmodellen baseres på «entreprisemodellen». Avgjørelsen vil følgelig kunne ha overføringsverdi også for tolkning av profesjonelle entrepriser. Også ordlyden etter bustadoppføringslova § 21 er i stor grad samsvarende med NS 8405.

Førstvoterende slår raskt fast at ordlyden «vederlag for der som *er* utført» trekker klart i retning av at det skal foretas separate vurderinger.<sup>57</sup> Det bemerkes også at fremgangsmåten etter håndverkertjenesteloven § 16 ikke har noen overføringsverdi for tolkningen av

---

<sup>52</sup> NS 3430 pkt. 26.1 b

<sup>53</sup> Marthinussen (2016) s. 657

<sup>54</sup> Arvesen (2014) s. 482

<sup>55</sup> Marthinussen (2016) s. 676 flg. & Kolrud (2004) s. 500 flg.

<sup>56</sup> HR-2016-219-A (29-37)

<sup>57</sup> HR-2019-219-A (29) [min kursivering]



bustadoppføringsloven. Dette gjøres relativt kort knyttet til at førstvoterende mener bestemmelsen er tilpasset «de ytelser loven gjelder».<sup>58</sup>

Høyesterett benytter seg i stor grad av fremstillingen til Sandvik. Det vektlegges at det ved heving bør ytes vederlag for det som er utført. Førstvoterende siterer også Sandvik sitt syn på at en eventuell fordel skal tilfalle byggherren ved lavere fullføringskostnader.<sup>59</sup> Høyesterett leser altså systemet i bustadoppføringslova i lys av hensynene som Sandvik fremhevet. Momentet med et komplisert oppgjør blir ikke trukket frem av Høyesterett. Det blir heller ikke drøftet noe mer inngående om løsningen til Sandvik er holdbar eller har noen motforestillinger. Løsningen synes fortsatt å være den mest hensiktsmessige basert på det som er gjennomgått ovenfor.

Førstvoterende synes å legge avgjørende vekt på poenget til Sandvik om at det tidvis kan forekomme lavere fullføringskostnader og det klare skillet som bør trekkes ved heving. Høyesterett oppsummerer situasjonen:

«Heving får kun virkning for den delen av kontraktsoppfyllelsen som gjenstår på hevings-  
tidspunktet, det vil med andre ord si kun med virkning framover i tid. Siden denne delen  
av kontrakten er hevet, tilfaller en eventuell fordel som følge av at det resterende arbeidet  
blir utført rimeligere enn det kontrakten skulle tilsi, byggherren. For det arbeidet som *er*  
utført på hevingstidspunktet, skal det skje et separat oppgjør.»<sup>60</sup>

Det kan tenkes et motargument til det Høyesterett fastsetter. En todelt løsning kan fremstå som unødvendig kompliserende ettersom merkostnadene i majoriteten av tilfellene blir større enn det opprinnelige vederlaget. Det vil da ikke være noen fordel som skal tilfalle byggherren. Entreprenøren vil like fullt få vederlag for det som er gjort, men med fradrag fullføringskostnadene. Det vil kunne være besparende at det er en samlet prosess. Dette argumentet kan likevel ikke føre til en annen løsning. Det er, slik Høyesterett og Sandvik legger til grunn, ikke noe kontraktsgrunnlag til å gi entreprenøren vederlag etter hevingstidspunktet, ettersom han etter dette tidspunktet ikke opptjener noe vederlag.

For forbrukerentrepriser synes det etter dommen klart at det skal foretas to adskilte prosesser. Det er imidlertid ingen selvfølge at dette skal gjelde også for utførelsesentrepriser etter NS 8405.

---

<sup>58</sup> HR-2019-219-A (30)

<sup>59</sup> HR-2019-219-A (34)

<sup>60</sup> HR-2019-219-A (37)

Den eneste ordlydsforskjellen for vederlaget som skal ytes mellom bustadoppføringslova og NS 8405 er at det i bustadoppføringslova er tilføyet «i samsvar med avtalen». Etter begge regelsett skal det ytes et vederlag for det utførte. Dersom «i samsvar med avtalen» skal gis et materielt innhold vil dette uansett knytte seg til hvilke arbeider det skal betales for og ikke til modellvalg. Uansett skal det etter bustadoppføringslova ytes et vederlag for det utførte. Om det utførte har en snevrere betydning enn etter NS 8405 er ikke avgjørende for modellvalg.

Bustadoppføringslova spesifiserer også at oppgjøret skal skje etter kontraktens priser, tilsvarende tidligere standarder. Ettersom NS 8405 ikke har endret tidligere standarders materielle innhold vil loven og standarden også her være forenlige.

Av forarbeidene følger det at lovgiver ønsket å følge «entreprisemodellen».<sup>61</sup> Dette trekker klart i retning av at loven og standarden skal tolkes tilsvarende. For modellvalg bygger dommen i stor grad på fremstillingen til Sandvik. Boken ble skrevet rettet mot profesjonelle entrepriser noe som gir ytterligere anvisning på at modellene skal tolkes forenlige.

Etter mitt syn er ordlyden og systemene forenlige og det er naturlig at høyesterettsdommen får overføringsverdi. Konklusjonen er at hevingsoppgjøret skal foretas etter to klart adskilte vurderinger. Modellen som benyttes er derfor at det først vurderes hvilket vederlag entreprenøren har rett på, for deretter å foreta et erstatningsoppgjør.

### 3.1.5 Oppgjørsmodellen etter tilvirkningskontrakten NTK 15

Det er også utarbeidet standardkontrakter for «leveranse av større komponenter til produksjon av petroleumsforekomster på kontinentalsokkelen», ofte kalt tilvirkningskontrakter eller offshorekontrakter.<sup>62</sup> En mye brukt standardkontrakt er NTK 15.<sup>63</sup> Arbeidene har flere sentrale sider til entrepriseretten og tidvis benyttes også NTK 15 på landentrepriser.<sup>64</sup> For hevingsoppgjøret er NTK 15 mer utførlig enn for NS 8405. Standarden regulerer selskapets (tilsvarende byggherre) rett til å overta «Kontraktsgjenstanden, Materialer, Selskapsmaterialer, Underleveranser, dokumenter og andre rettigheter som er nødvendige».<sup>65</sup> Standarden beskytter altså i større grad parten som skal ha noe tilvirket. Dette har sammenheng med at produksjonen er spesifisert for det enkelte prosjektet, normalt tilvirkes på leverandørens eiendom og prismessig dreier det seg ofte om svært store beløp.

---

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 60

<sup>62</sup> NTK 15 forordet

<sup>63</sup> Norsk Totalkontrakt 2015, NF 15 er i stor grad tilsvarende.

<sup>64</sup> Kaasen (2018) s. 45

<sup>65</sup> NTK 15 art. 26.2

Det er ikke tvilsomt at heving av tilvirkningskontrakter skjer med virkning for fremtiden.<sup>66</sup> For vederlaget som skal ytes ved heving har NTK 15 en noe tilsvarende løsning som etter NS 8405 og bustadoppføringslova. Etter art. 26.2 3. ledd skal betales vederlag for «den del av Arbeidet som er utført». Dette har nær sammenheng med selskapets rett til utlevering av det tilvirkede. Kaasen argumenterer også for at vederlag for arbeider «som er utført» må tas på ordet.<sup>67</sup> I dette legger han at det ikke er avgjørende om selskapet rent faktisk mottar det tilvirkede. Det ville rammet leverandøren hardt om alle ytelser skulle restitueres, ettersom arbeidene i stor grad er spesialbygget. Det ville også hatt den virkning at hevingen ville fått virkninger tilsvarende det tradisjonelle hevingsinstituttet.<sup>68</sup> NTK 15 synes derfor å ha valgt en løsning tilsvarende entreprisemodellen på tross av at arbeidene ikke finner sted på selskapets eiendom.

Selskapet har også krav på erstatning slik som i entrepriseretten, men etter NTK 15 er erstatningen standardisert i form av et dagmulktkrav.<sup>69</sup> Denne dagmulkten har en øvre ramme fastsatt av partene.<sup>70</sup> Hvilken erstatningsmodell som er valgt er likevel ikke avgjørende for oppgjørsmodellen. Etter NTK 15 sitt system legges også vederlag og erstatning til to forskjellige bestemmelser. Etter NTK 15 kommer det enda tydeligere frem at vurderingene foretas separat og er uavhengige av hverandre. For erstatningens del beregnes denne etter en beregning av «antall Dager som Leveringsdato må antas å ville være oversittet dersom Leverandøren skulle ha fullført».<sup>71</sup> Altså er erstatningen standardisert og kun avhengig av antatt fullføringsdato.

Modellen for hevingsoppjøret etter offshorekontrakten er altså tilsvarende som for landentrepriser med to klart adskilte prosesser.

### 3.1.6 Er Sandviks tilnærming et alminnelig prinsipp?

Alminnelige prinsipper har lang tradisjon i norsk rett.<sup>72</sup> Innholdet av slike alminnelige prinsipper er ikke entydig. For oppgaven her brukes alminnelig prinsipp i den betydning at der et entrepriseforhold på et punkt ikke er regulert, vil avtalen kunne utfylles med alminnelig prinsipp. Hva som skal til for å fastlegge et prinsipps innhold er ikke fastlagt i klare rammer. For å kunne si at noe er et alminnelig prinsipp må det foretas en bred metodisk gjennomgang.<sup>73</sup> Avgjørende er om det er nok kilder som gir støtte for et gitt syn, slik at et uregulert område kan sies å bli regulert av et alminnelig prinsipp.

---

<sup>66</sup> Kaasen (2018) s. 692

<sup>67</sup> Kaasen (2018) s. 711

<sup>68</sup> Kaasen (2018) s. 711

<sup>69</sup> NTK 15 art. 26.3

<sup>70</sup> NTK 15 art. 26.3 a jf. art. 24.2

<sup>71</sup> NTK 15 art. 26.3 a

<sup>72</sup> Alvik (2017) & Hagstrøm (2013) s. 70 flg.

<sup>73</sup> Alvik (2017) pkt. 2

For oppgjørsmetoden ved heving i entrepriserforhold var Sandvik i 1966 klar i sin uttale om valg av metode. Senere teori på entrepriserettens område har ikke stilt seg kritisk til metoden, men har sluttet seg til den. Standardreguleringen på området innen entrepriseretten og offshorekontraktene har også hatt en fast praksis på en slik todeling de siste 50 årene. Det eneste unntaket synes å være håndverkertjenester. For disse har imidlertid Høyesterett tatt et klart standpunkt om at oppgjørsmetoden ikke har overføringsverdi til entrepriseretten.

Også teorien vedrørende alminnelig obligasjonsrett og dens tilnærming til kjøpslovene over flere tiår trekker i retning av at det skal ytes vederlag for det som er ytt.<sup>74</sup> Vederlagsopptjening etter dette tidspunkt er dermed avstengt. Et eventuelt erstatningskrav vil likevel bestå.<sup>75</sup> Om erstatningen skal gjøres opp etter ulikt grunnlag etter eksempelvis entrepriserett og kjøpsrett faller utenfor oppgavens omfang. Avgjørende her er at oppgjørsmodellen ved et todelt skille er gjennomgående lik på kontraktsrettens område.

Systemet Sandvik argumenterte for er godt begrunnet i hensynet til både byggherre og entreprenør. Begge parter er tjent ved at det gis klarhet i hvilket vederlag entreprenøren er berettiget. Generelt for heving for fremtiden har det gode grunner for seg å trekke et klart skille for vederlagsopptjeningen ved hevingstidspunktet for å unngå kompliserte vurderinger av vederlagsopptjening og erstatning.

Etter dette trekker rettskildene i retning av at det for heving for fremtiden skal skje et oppgjør i to adskilte prosesser. Basert på fast kontraktsregulering siden 60-tallet, entydig juridisk teori, lovgivning og høyesterettspraksis vil antagelig den adskilte prosessen i dag kunne sies å gi uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Følgene av dette er at der en kontrakt ikke har regulert i hvilken grad hevingsoppgjøret skal gjennomføres, vil den todelte hevingsmodellen bli benyttet. Høyesterett har imidlertid ikke tatt stilling til dette konkret og det er derfor ikke rettskraftig avgjort om dette skal gjelde på entrepriserettens område.

### **3.2 Enkelte utfordringer ved vederlagsberegningen**

Etter at det nå er slått fast at det skal foretas to adskilte vurderinger, må det undersøkes hvordan vederlaget skal fastsettes mer konkret. I utførelsesentrepriser basert på NS 8405 følger det at «[e]ntreprenøren har krav på vederlag for det arbeidet som er utført.»<sup>76</sup> Entreprenøren skal ha betalt for arbeidet som er gjort på eiendommen til byggherren.

---

<sup>74</sup> Augdahl (1978) s. 198 og Hagstrøm (2013) s. 454

<sup>75</sup> Dette følger allerede av standardene, men se også Hagstrøm (2013) s. 461 for obligasjonsretten

<sup>76</sup> NS 8405 pkt. 39.3

Språklig vil alle arbeider som rent faktisk *er* utført falle inn under ordlyden i kontrakten. Arbeider som ikke enda er påbegynt faller naturligvis utenfor ordlyden. En komplisert grensedragning oppstår for arbeider som er delvis utført eller er mangelfulle. Det kan være vanskelig å ta stilling til om et arbeid skal anses delvis utført eller mangelfullt. I realiteten er denne grensen subtil. Eksempelvis der det er malt ett strøk, mens det etter kontrakten skal males to strøk.<sup>77</sup>

Problemstillingen synes ikke å være behandlet for landjordens entreprisekontrakter. Tilsynelatende skilles det mellom disse to vurderingene uten at det gis nærmere begrunnelse.<sup>78</sup> Kaasen og Høeg-Rasmussen tar derimot opp problemstillingen for offshorekontraktene.<sup>79</sup> I eksempelet ovenfor mener Høeg-Rasmussen at arbeidet er å anse som mangelfullt og ikke delvis utført. Kaasen er derimot ikke like tydelig og mener situasjonen rundt utestående arbeid og mangelfullt arbeid ikke er tydelig.<sup>80</sup>

Etter mitt syn kan det være praktisk å foreta vurderingen separat. Vederlagsformatene i offshorekontrakter og entreprisekontrakter kan variere noe, og typisk der et arbeid er utført på regning er det mindre naturlig å omtale arbeidet som mangelfullt. Slik jeg ser problemstillingen er det også et prinsipielt skille mellom arbeider som er utført korrekt etter beskrivelsene, og arbeider som er feilaktig utført. Et arbeid er definert som mangelfullt der det ikke er i «den stand» byggherren har krav på.<sup>81</sup> Etter ordlyden blir arbeider som lider av utførings- og kvalitetsfeil rammet. Språklig synes det mer naturlig å definere et arbeid som så langt er kontraktsmessig utført som delvis utført og ikke mangelfullt.

Slik fremstillingen nedenfor vil vise, er det i en viss grad forskjell i beregningen av vederlag for delvis fullført arbeid og vederlag for mangelfullt arbeid. Beregningen for delvis utført arbeid og mangelfullt arbeid vil derfor bli behandlet separat. I praksis kan dette likevel være en vanskelig grensedragning for partene. Normalt er det partene som ved registreringsforretningen tar stilling til hvilke arbeider som er delvis utført og mangelfulle.

Spørsmålet har hovedsakelig teoretisk og terminologisk betydning. Der arbeidene er delvis utført har byggherren krav på erstatning for merkostnadene ved fullføringen av arbeidet. Dette vil i mange tilfeller være samsvarende erstatningen byggherren har krav på for mangelfulle arbeider. Likevel vil grensedragningen kunne ha betydning der fullføringskostnadene blir lavere. Det vil også kunne ha betydning for hvilket vederlag som ytes på hevingstidspunktet. Likevel vil

---

<sup>77</sup> Eksempel hentet fra Høeg-Rasmussen (2005) s.66

<sup>78</sup> Eksempelvis Marthinussen (2016) s. 677-678

<sup>79</sup> Kaasen (2018) s. 525 & Høeg-Rasmussen (2005) s. 66

<sup>80</sup> Kaasen (2018) s. 528

<sup>81</sup> NS 8405 pkt. 36.1

byggherren ha rett til å holde tilbake vederlag som kan motregnes i det endelige oppgjøret.<sup>82</sup> Slik oppgaven vil vise i punkt 4 er erstatningen for merkostnader rent objektiv uten noen økonomisk begrensing. Dette stiller seg annerledes for NTK 15 hvor erstatningen er standardisert, med en øvre grense. Antagelig vil det derfor ha større betydning å foreta grensedragningen etter NTK 15. En nærmere gjennomgang av dette temaet faller imidlertid utenfor oppgaven.

### **3.3 Hvilket vederlag har entreprenøren krav på for sine delvis fullførte arbeider?**

På hevingstidspunktet vil normalt noen arbeider kun representere en delvis utført ytelse. NS 8405 regulerer ikke dette tilfellet direkte. Tidligere standard NS 3430 punkt 34.1.2 b spesifiserte at vederlaget ytes for utført arbeid etter «kontraktens priser». Hevingsbestemmelsene i NS 8405 har som nevnt hovedsakelig redaksjonell betydning uten endring av NS 3430 sitt materielle innhold.<sup>83</sup> Når vederlaget skal fastsettes for delvis utførte arbeider skal derfor kontraktens priser være grunnlaget for beregningen. Dette danner imidlertid ikke annet enn et utgangspunkt. Det må følgelig tas stilling til hvilket vederlag som skal ytes for arbeider som ikke var sluttført på hevingstidspunktet.

Vederlagsformatene varierer mellom hva slags prosjekt det dreier seg om, og ofte er vederlaget angitt med en kombinasjon av forskjellige formater. Der arbeider er fullført er de normalt også betalt for etter reglene om fremdriftsbetaling. Fremdriftsbetalingen som finner sted underveis, er ikke en anerkjennelse av kravet, og det må følgelig også betales for det arbeidet som byggherren mener å være beheftet med mangler.<sup>84</sup> Fremdriftsbetalingen har dermed et preg av akontobetaling.<sup>85</sup>

Dette medfører at det på hevingstidspunktet ikke nødvendigvis er store pengebeløp som skal flyttes mellom partene. Men det er fortsatt et behov for å finne ut hvilket vederlag som skal ytes ettersom hevingen medfører et sluttoppgjør. Her skal det kunne motregnes for eventuelle mangler og andre uoppgjorte poster mellom partene.

I en kontrakt med enhetspriser skal det ytes vederlag for den fullførte enheten. Dersom det er avtalt en fast pris per dør og det er levert 14 dører på hevingstidspunktet er beregningen åpenbar. Ved regningsarbeider skal entreprenøren fremlegge dokumentasjon på arbeidet som er utført i

---

<sup>82</sup> Marthinussen (2016) s. 678-689

<sup>83</sup> NS 3401 pkt. 26.1 & NS 3430 pkt. 34.1 og forutsetningsvis i LB-2008-33181 & LH-2018-178744.

<sup>84</sup> NS 8405 pkt. 28.1 3. ledd

<sup>85</sup> Hagstrøm (2017) s. 325

samsvar med kontrakten.<sup>86</sup> Situasjonen blir imidlertid uklar der arbeidene ikke er fullført eller der fremdriftsbetalingen ikke er i samsvar med det faktisk utførte arbeidet.

Oppgjøret for regningsarbeider er ved hevingsoppgjør er relativt grei. Ettersom det skal trekkes et klart skille ved arbeidet som er «utført» bør det ikke by på spesielt mye tvil om hva som skal betales for. Vederlaget er gitt til antall timer entreprenøren har jobbet. Kontrakter med kun vederlagsformat regningsarbeider tilhører imidlertid sjeldenhetene. Regningsarbeider innebærer et vesentlig risikomoment for byggherren hvor han ikke har noe klart anslag for hva prosjektet kommer til å koste. Mange kontrakter vil likevel ha deler hvor regningsarbeider er praktisk nettopp fordi det på forhånd er vanskelig å prise arbeidet.

Naturligvis vil det kunne oppstå problemer om hva som faktisk er utført av regningsarbeidene. Dette er tilfeller som må avklares helt konkret. Etter vederlagsformatet i NS 8405 skal entreprenøren kunne fremlegge spesifisert faktura som «kan kontrolleres» og som inneholder «målinger og annen dokumentasjon som er nødvendig for byggherrens kontroll».<sup>87</sup> Ved uenighet er det følgelig entreprenørens ansvar å bevise sitt krav. Ved denne bevisføringen gjelder overvektsprinsippet.<sup>88</sup>

Ved enhetspriser eller rundsumsposter er det angitt en bestemt pris for et bestemt arbeid. Innenfor kontrakter som helt eller delvis beregnes etter enhetspriser er det imidlertid stor variasjon i hva enheten inneholder. Dette gjør at utregningen i ettertid blir vanskeligere. En enhetspris kan inneholde alt fra løpemeter med vannrør til hele arbeidet med vannrør, altså gravearbeidene, fjerning av masser, fyllmasse og selve røret. Hva enhetsprisen inneholder må vurderes konkret, spørsmålet her er hvordan utregningen skal foretas der kun noen av arbeidene innenfor enheten eller posten er utført.

Dersom det kun skal betales etter kontraktens priser slik som gjennomgått ovenfor, oppstår spørsmålet om det i det heletatt skal betales for en enhet eller en post som ikke er ferdig. Spørsmålet blir da om det kan stilles opp en regel om å betale for det delvis ferdige.

Sandvik mente i 1966 at for de arbeider som ikke var kommet så langt at de representerer en ferdig ytelse som er angitt med enhetspris må en slik post holdes utenfor.<sup>89</sup> Han mente at prinsippene for akontoavregning skulle legges til grunn. Altså noe tilsvarende reglene om fremdriftsbetaling som nå finnes i NS 8405. I det følgende mener han imidlertid at det må gjøres

---

<sup>86</sup> NS 8405 pkt. 28.3 om dokumentasjonskravet til entreprenøren.

<sup>87</sup> NS 8405 pkt. 28.3

<sup>88</sup> HR-2019-1225-A (avsnitt 73)

<sup>89</sup> Sandvik (1966) s. 450

unntak for materialer og arbeider som er kommet frem til byggeplassen ettersom dette eksplisitt er tatt med som noe det kan kreves akontobetaling for. At det kan kreves vederlag for det som er ført frem til byggeplassen er også systemet etter gjeldende standard.<sup>90</sup>

Sandvik fortsetter så med å si at for rundsumposter må det fastsettes en mer skjønnsmessig betaling.<sup>91</sup> Dette kan virke som en motsetning til det han nettopp gjennomgikk. Leses det i sammenheng virker det derimot som at Sandvik mener arbeider som ikke for noen del kan regnes som et «utført arbeid» ikke er vederlagsberettiget, selv om entreprenøren har hatt kostnader knyttet til enheten. Typisk tilrigging, planlegging, transport av materialer og lignende. I Sandviks kommentarutgave til NS 3401 kommer dette synspunktet klarere frem i det at han skriver at for rundsumposter som er delvis ferdig må det foretas en «skjønnsmessig fordeling.»<sup>92</sup> Også nyere juridisk litteratur knyttet til någjeldende standard har tilsvarende utgangspunkt som Sandvik. Marthinussen mener at der arbeidene er delvis ferdige så skal det «foretas er skjønn hvor ferdigstillelsesprosenten vurderes».<sup>93</sup> Dette skrives uten noen nærmere redegjørelse for grunnlaget.

Det fremstår som forsvarlig å ha en løsning som baserer seg på forholdsmessig betaling. En slik løsning er imidlertid ikke uten betenkeligheter. Hevingsoppgjøret medfører som regel at partene ikke samarbeider like godt og det er i førsteomgang disse som skal foreta vurderingen uten hjelp av rettsvesenet. En enklere løsning for partene kunne vært at det ikke blir betalt noe for de delvis fullførte postene og at det resterende ble dekket gjennom enten byggherrens eller entreprenørens merkostnader. Denne løsningen samsvarer likevel ikke med standarden om at det skal ytes vederlag for det utførte. Under gjeldende standard gir kontrakten klart uttrykk for at det skal ytes noe.

Spørsmålet synes ikke direkte å være behandlet av domstolene, men i lagmannsrettens dom LH-2018-178744 synes de å legge vekt på uttalelsene til Marthinussen.<sup>94</sup> Lagmannsretten siterer det Marthinussen skriver:

«Dersom det er avtalt enhetspriser, skal disse anvendes. Det samme gjelder for tilleggsarbeider hvor det er avtalt fastpris. I praksis vil det være vanskelig å fastslå hva entreprenøren har krav på for utførte arbeider, fordi en rekke arbeider vil være delvis ferdige.»<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> NS 8405 pkt. 28.1, se mer i oppgavens punkt 3.5

<sup>91</sup> Sandvik (1966) s. 450-451

<sup>92</sup> Sandvik (1977) s. 255

<sup>93</sup> Marthinussen (2016) s. 677

<sup>94</sup> LH-2018-178744 under «Hevingsoppgjør/økonomisk oppgjør»

<sup>95</sup> Marthinussen (2016) s. 677



Lagmannsretten synes altså å legge til grunn at det skal ytes vederlag for det delvis utførte etter kontraktens priser. Dommen gir imidlertid lite veiledning for hvordan denne beregningen skal foretas. Lagmannsretten la til grunn at deler av arbeidet var korrekt utført og derfor vederlagsberettiget. Dette kan synes å være et forsøk på en skjønnsmessig forholdsmessighetsvurdering av ferdigstillelesprosenten. De resterende arbeidene ble løst etter reglene for mangelfulle ytelser.<sup>96</sup> Dommen illustrerer den kompliserte grensdragningen mellom delvis utført arbeid og mangelfulle arbeider. Den er også et eksempel på at domstolene på entrepriserettens område anser situasjonen som to prinsipielt forskjellige situasjoner. Likevel er dette underrettspraksis uten noen rettsnormerende funksjon og det er ikke utenkelig at Høyesterett tar et annet standpunkt.

Litteraturen tar ikke stilling til hvordan en forholdsmessighetsvurdering skal foretas for utførelsesentrepriser. Antagelig vil en falle tilbake på generelle utgangspunkter for beregningen. Denne vil i stor grad baseres på bevisføring partene legger frem. Altså at entreprenøren legger frem dokumentasjon på hvilke arbeider som rent faktisk er utført og byggherren på motsatt side stiller med sakkyndige uttalelser eller rapporter fra ny entreprenør. Det vil da måtte bli foretatt en konkret objektiv skjønnsmessig vurdering av hvilket vederlag som skal ytes for det som bevismessig kan regnes som ferdig arbeid.

I litteraturen til forbrukerentrepriser er det også tatt til orde for forholdsmessig betaling for delvis utført arbeid.<sup>97</sup> Uttalelsene er knyttet opp mot fremdriftsbetaling, men reglene for fremdriftsbetaling vil også kunne ha overføringsverdi også for hevingsoppgjøret.<sup>98</sup> Vurderingen må foretas på objektivt grunnlag etter Simonsens syn. I dom LB-2020-75480 om heving i forbrukerentrepriser, siteres Simonsen. Spørsmålet i saken er riktignok om det foreligger vesentlig mislighold og uttalelsene knytter seg til om det er krevet ulovlig forskuddsbetaling. Lagmannsretten foretar en vurdering av i hvilken grad forbrukeren (byggherren) plikter å yte fremdriftsbetaling, eller sagt med andre ord, hvilket arbeid det skal ytes vederlag for. Vurderingen som blir foretatt er en objektiv vurdering basert på de bevis partene i saken la frem. Det blir uttalt at det er entreprenøren som må sannsynliggjøre de utførte arbeidene ettersom det er entreprenøren som kjenner arbeidet best.

Dommen har liten rettskildemessig verdi for tolkning av NS 8405, men den gir likevel et eksempel på vederlagsberegning for delvis utført arbeid på entrepriserettens område. Det er nærliggende at det er en slik forholdsmessighetsvurdering som Marthinussen referer til uten at dette blir sagt uttrykkelig.

---

<sup>96</sup> Mer om dette i punkt 3.4.7

<sup>97</sup> Simonsen (2017) punkt 54.1.2

<sup>98</sup> Se mer om dette i punkt 3.5

I stedet for forholdsmessig beregning mener Marthinussen også at det kan fremlegges kalkyler for det arbeidet som er utført. I disse tilfellene mener han at det skal være «utvilsomt at dette er den faktiske kalkyle». Dette vil være situasjonen dersom det er avtalt en rundsum-post hvor arbeidet som allerede er utført har større verdi enn de gjenstående arbeidene. Det vil da kunne bli et misforhold dersom en ren forholdsmessig betaling benyttes. Slik Marthinussen fremlegger beviskravet for en slik kalkyle virker det som at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt. Jeg kan ikke se at det skal eller bør være en strengere norm for situasjonen med kalkyle enn for forholdsmessig vurdering av arbeidene. Det er i utgangspunktet uansett entreprenøren som har bevisbyrden for hvilket arbeid som faktisk er utført og må fremlegge dokumentasjon på dette. At det i realiteten vil være vanskeligere å bevise en slik kalkyle er ikke tvilsomt, men selve bevisterskelen kan ikke være høyrere.

Etter kontrakten skal entreprenøren kunne fremlegge kontrollerbare fakturaer, noe som gir en indikasjon på hvor bevisbyrden bør legges.<sup>99</sup> Som nevnt ovenfor er også entreprenøren nærmest til å ha kunnskap til det faktiske arbeidet. Entreprenøren har krav på vederlag for det arbeidet som er utført. Etter alminnelig bevisregler trenger entreprenøren følgelig ikke å bevise at det har påløpt kostnader ut over alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>100</sup>

For delvis fullførte poster vil derfor utgangspunktet for vederlagsberegningen være å benytte de regler som gjelder i kontrakten ellers. Der disse ikke er anvendelige må det foretas en forholdsmessig vurdering, eventuelt kan det fremlegges bevis for at større kostnader enn en forholdsmessig beregning er påløpt.

### **3.4 Hvordan fastsettes verdien av det mangelfulle på hevingstidspunktet?**

Ved heving er arbeidene ofte beheftet diverse mangler. Slik som gjennomgått er hevingsgrunnlaget ofte begrunnet i forsinkelse og avvik i utførelsen, som ved overtakelse kan konstateres som mangler. Det er kun entreprenørens rett til naturaloppfyllelse som bortfaller og ikke retten til vederlag. NS 8405 har bestemmelser om utbedringsrett, erstatning og prisavslag der arbeidene er mangelfulle og kan gi et godt utgangspunkt ved fastsettelsen av verdien av det utførte.<sup>101</sup> For vederlagsberegningen er det naturlig at disse bestemmelsene er utgangspunktet for vurderingen. Dette synes også være utgangspunktet i litteraturen.<sup>102</sup> Etersom heving har virkning for fremtiden er et resultat av dette at mangelsbeføyelsene for det allerede utførte arbeidet består.

---

<sup>99</sup> NS 8405 pkt. 28.3

<sup>100</sup> HR-2019-1225-A (avsnitt 72-74)

<sup>101</sup> NS 8405 pkt. 36.2, 36.3 & 36.4

<sup>102</sup> Eksempelvis Hagstrøm (2013) s. 454-455

Det skal derfor tas stilling til om utgangspunktene som gjelder for mangler, må modifiseres i hevingstilfellet.

### 3.4.1 Har entreprenøren en utbedringsplikt etter heving?

Det klare utgangspunktet hvor arbeidene er mangelfulle er at entreprenøren har en «rett og plikt» til å utbedre disse for egen regning.<sup>103</sup> Dersom utbedring ikke finner sted vil misligholdet bøtes med erstatning eller prisavslag. Det følger klart av ordlyden i erstatnings- og prisavslagsbestemmelsen at disse kun kan kreves der vilkårene for utbedring ikke er oppfylt. Ettersom kontrakten er hevet er det åpenbart at entreprenørens utbedringsrett er falt bort. Dette er en naturlig følge av at kontrakten heves. Det vil innebære et vesentlig inngrep i hevingsinstituttet om en utbedringsrett skulle bestå i hevingstilfellet. En av virkningene av hevingen er nettopp at entreprenøren plikter å forlate byggeplassen innen fristen satt av byggherren.<sup>104</sup> Problemstillingen her er om entreprenøren ved heving har en plikt til å utføre utbedring der byggherren krever det.

Heving kan først finne sted etter at forholdet er forsøkt rettet.<sup>105</sup> Der vilkåret for heving er oppfylt vil det altså være gitt en mulighet til retting. Det fremstår som overflødig og prosesshemmende dersom entreprenøren skulle være pliktig flere rettemuligheter. På den andre siden heves kun kontrakten for fremtidige ytelser. Det kan derfor tenkes at kontraktens regler skal gjelde fullt ut for alt arbeid frem til hevingstidspunktet.

At NS 8405 punkt 39.1 tredje ledd oppstiller en utbedringsrett ved heving for entreprenøren, er ikke det samme som en plikt til utbedring der byggherren krever det. Det kan likevel vanskelig tenkes en situasjon der entreprenøren ikke vil eller klarer å utbedre som ledd i hevingen, og at byggherren likevel krever at entreprenøren skal utbedre. Entreprenøren har allerede forsømt sin utbedringsmulighet i hevingsoppgjøret, det er da grunn til å tro at han ikke vil utbedre i ettertid selv om han skulle hatt en plikt.

Etter NS 8405 punkt 39.2 skal entreprenøren «snarest avslutte arbeidet» når hevingserklæringen er mottatt. Dette trekker i retning av at byggherren ikke har noen rett til å kreve utbedring. Likevel kan ordlyden tolkes i den retning at det er videre arbeid som skal avsluttes. Igjen oppstår den kompliserte grensdragningen av om arbeidene skal regnes som mangelfulle eller delvis ferdige. Dersom arbeidene er delvis ferdige synes det klart at muligheten for videre naturaloppfyllelse er avskåret. Dersom arbeidene blir regnes som mangelfulle kan det tenkes at avslutningen av arbeidet kun knytter seg til nytt arbeid og ikke utbedring av mangelfullt arbeid.

---

<sup>103</sup> NS 8405 pkt. 36.1

<sup>104</sup> NS 8405 pkt. 39.2

<sup>105</sup> Se NS 8405 pkt. 39.1 3. ledd

Standarden gir ikke klare holdepunkter for hverken å oppstille en plikt til utbedring eller fritta for utbedring. Spørsmålet er imidlertid drøftet i teorien. Kolrud skiller mellom heving fra entreprenør og heving fra byggherre. Han mener at:

«Byggherren kan kreve å utføre utbedringene ved annen entreprenør dersom det er han som har hevet. Dersom det er entreprenøren som har hevet, må han stå fritt i så henseende. Kostnadene til utbedring vil måtte komme til fradrag i oppgjøret hvis entreprenøren ikke utfører utbedringen.»<sup>106</sup>

Det fremstår altså som at Kolrud mener utbedringsplikten er betinget av hvem som hever. Der byggherren hever virker det som at Kolrud mener byggherren har en valgrett om entreprenøren skal utbedre eller ikke. Hensynet bak formuleringen er antagelig at der byggherren hever er han ikke i mislighold, og bør således stå fritt til å benytte seg av utbedringsretten som er gitt i kontraktsforholdet. Også der entreprenøren hever synes Kolrud å mene at entreprenøren har en valgrett. Imidlertid slik at der en annen entreprenør utfører utbedringen skal den økte kostnaden ved dette trekkes fra erstatningen. Litteraturen er imidlertid ikke entydig.

I kommentarutgaven til totalentrepriser etter NS 8407 er det innad i boken sprikende syn på situasjonen.<sup>107</sup> Bestemmelsene for heving etter NS 8407 er tilsvarende som i NS 8405 og litteratur på området vil være til hjelp for å belyse situasjonen.<sup>108</sup> Nordtvedt skriver under punkt 46.3 at totalentreprenøren hverken har en «rett eller plikt til utbedring etter hevingstidspunktet.»<sup>109</sup> Like etter under punkt 46.7 skrives det imidlertid at en slik rett eksisterer der entreprenøren hever og at en plikt ikke foreligger for byggherren der han hever.<sup>110</sup> Altså en tilsvarende tilnærming som Kolrud. Årsaken til sprikende uttalelser er antagelig grunnet at kommentarutgaven til NS 8407 er forfattet av flere. Det belyser likevel usikkerheten rundt spørsmålet.

Marthinussen tar til orde for at det ikke eksisterer noen rett eller plikt til å utbedre ved heving.<sup>111</sup> Etter hans syn løses det heller som et spørsmål om vederlag. Der entreprenøren hever gjøres det et fradrag i vederlaget han ville hatt ved å utbedre manglene og der byggherren hever settes fradraget til utbedringskostnadene av en ny entreprenør.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Kolrud (2004) s. 508

<sup>107</sup> Nordtvedt (2013) s. 690 & 696

<sup>108</sup> NS 8407 pkt. 46

<sup>109</sup> Nordtvedt (2013) s. 690

<sup>110</sup> Nordtvedt (2013) s. 696

<sup>111</sup> Marthinussen (2016) s. 679

<sup>112</sup> Marthinussen (2016) s. 679

Umiddelbart virker dette som en rimelig løsning. Hevingen setter da et klart skille mellom partene slik at de ikke lenger har behov for å forholde seg til hverandre. Dette har gode grunner for seg ettersom tilliten mellom partene naturligvis vil være svært svekket der den ene parten vesentlig har misligholdt sine forpliktelser. Samtidig vil ikke entreprenøren bli stilt dårligere om han unnlater å utbedre, ettersom fradraget uansett settes til kostnaden han ville hatt. Byggherren vil også i majoriteten av tilfellene bli stilt i samme økonomiske situasjon ved at merkostnadene til annen entreprenør blir dekket. Det kan imidlertid oppstå et misforhold om Marthinussen skal tas på ordet i de situasjonene hvor entreprenøren er i mislighold og utbedringskostnadene blir lavere enn opprinnelig kontraktssum. I disse tilfellene vil entreprenøren få vederlag for arbeider han ikke selv utfører. Dette behandles nedenfor.

Et annet moment er som nevnt at utbedring må være forsøkt før heving kan finne sted. Vurderingsnormen for heving er «vesentlig mislighold».<sup>113</sup> Normen er generell og gjelder for alle typer mislighold. Alle misligholdene kumuleres, og de eventuelle mangelfulle arbeidene, altså arbeidene som ikke oppfyller kvalitetskrav, er en del av grunnlaget for hevingen. Dersom utbedring av manglene fant sted i ledd av hevingen, men terskelen for å kunne heve likevel var oppfylt etter hevingsoppgjøret, vil det ikke endre utgangspunktet for utbedringen. Dersom noen av manglene blir utbedret som et forsøk på å avverge heving, men heving likevel skjer vil naturligvis ikke disse manglene lenger trenge utbedring og spørsmålet kommer ikke på spissen. De mangler som da konstateres på hevingstidspunktet skal ha vært forsøkt utbedret som ledd i hevingsprosessen. Det virker derfor overflødig om det på nytt skal stilles opp utbedringsplikt for disse.

I realiteten har det liten betydning hvilken løsning som velges. Det vederlaget som entreprenøren har krav på for det utførte og det fradraget som må gjøres for mangler er to sider av samme sak. Riktignok vil normalt sett utbedringskostnaden bli lavere dersom opprinnelig entreprenør får muligheten til å utbedre, men som allerede lagt til grunn innledningsvis har ikke entreprenøren en slik rett. Dersom entreprenøren utbedrer skapes det et krav på vederlag for mangelfri ytelse, mens der entreprenøren ikke utbedrer har byggherren krav på fradrag for de mangler som arbeidet behefter. Utbedring av mangler innebærer en slags naturaloppfyllelse av kontrakten. Det er nettopp denne som blir fratatt entreprenøren ved heving. Om byggherren ønsker at entreprenøren utbedrer bør dette heller følge av egen avtale.

Hvilken løsning som skal velges er ikke rettskraftig avgjort og må anses å fortsatt være uavklart. Etter mitt syn er den beste løsningen likevel å trekke et klart skille ved hevingen slik at entreprenøren aldri har en rett eller plikt til å utbedre. Dette vil i det følgende bli lagt til grunn. Spørsmålet er så hvilket vederlag entreprenøren har krav på.

---

<sup>113</sup> NS 8405 pkt. 39.1

### 3.4.2 Sandviks tilnærming for vederlagsberegningen ved mangler

Sandvik tar opp vederlagsberegningen ved mangler i boken *Entreprenørrisikoen* under spørsmålet om mangel som hevingsgrunnlag.<sup>114</sup> Sandvik argumenterer hovedsakelig basert på hensynet til at entreprenøren skal få betalt for det som er utført slik at byggherren ikke får noe arbeid gratis.<sup>115</sup> Dette uttrykker han også som at byggherren skal betale for det som har kommet ham til gode. Det innebærer at der arbeidet er totalt verdiløst har ikke entreprenøren krav på vederlag. Situasjonen beskrives av Sandvik som at der arbeidet er verdiløst har entreprenøren ikke «rett til vederlag, selv om det viser seg at arbeidet kan gjøres om for en lavere sum.»<sup>116</sup>

På denne måten legger Sandvik opp til en norm som tar stilling til om arbeidet har kommet byggherren «til gode» eller ikke. Dette samsvarer også godt med det klart oppdelte skille som må trekkes for hevingsoppgjøret. Det er uklart hvorvidt normen kan gjøres gjeldende for arbeider som er kommet delvis til gode. Han skriver heller ikke hvilke kriterier dette skal vurderes på, men det må kunne sies å være en objektiv norm. Det kan ikke være av betydning at byggherrens forutsetninger endrer seg underveis slik at han ikke lenger har bruk for arbeidene og på det grunnlaget ikke lenger kan sies å komme ham til gode.

Det er uklart hvor Sandvik hjemler argumentasjonen for det totalt verdiløse. Resultatet synes å være i tråd med reglene om prisavslag. Prisavslag fastsettes normalt til verdireduksjonen mangelen medfører og er således ikke tilsvarende det forholdsmessige prisavslaget ellers i obligasjonsretten.<sup>117</sup> Den naturlige virkningen av dette er at det arbeidet som er totalt verdiløst ikke er vederlagsberettiget ettersom prisavslaget svarer til hele arbeidet. Slik drøftelsen nedenfor vil vise er prisavslag i utgangspunktet en subsidiær beføyelse som kun kan kreves der utbedringskostnadene blir uforholdsmessig dyre. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.4.7 kan muligens Sandvik ha bygget på et annet grunnlag enn verdireduksjon.

For arbeider som er delvis mangelfulle drøfter ikke Sandvik omfattende. Han bemerker kort at det vesentlige er i hvilken grad arbeidene har kommet byggherren til gode, ettersom vederlaget til entreprenøren har nær sammenheng med erstatningen ved fullføringen av arbeidene. Dette fradraget mener Sandvik «nærmest begrepsmessig kombineres med krav på erstatning for

---

<sup>114</sup> Sandvik (1966) s. 406 flg.

<sup>115</sup> Sandvik (1966) s. 407

<sup>116</sup> Sandvik (1966) s. 408

<sup>117</sup> Eksempelvis NS 3401 pkt. 25.4 2. ledd & Sandvik (1966) s. 400-405

merkostnadene». <sup>118</sup> I det påfølgende skriver han at «[r]eglene om erstatning for utbedringskostnader [...] fører til resultater som er økonomisk likeverdige» som erstatning for merkostnader. <sup>119</sup>

Sandvik mener da at det er uten økonomisk betydning for byggherren hvilken erstatning som legges til grunn og at fradraget for mangler skal settes til utbedringskostnadene. Det er da tydelig at det ikke er et anslag av hva utbedringskostnaden til opprinnelig entreprenør ville vært, men den faktiske kostnaden ved å la en ny entreprenør utføre arbeidet. Dette er naturlig ettersom et grunnleggende hensyn bak mangelsbeføyelsene er å stille byggherren i samme økonomiske situasjon som om misligholdet tenkes borte. Entreprenøren skal erstatte byggherrens positive kontraktsinteresse.

Det vil imidlertid kunne oppstå ulikheter mellom erstatning for utbedringskostnadene og erstatning for merkostnadene. Dersom arbeidene er mangelfulle og også delvis ferdig, vil entreprenøren få vederlag for den mangelfulle delen med et fradrag for utbedringskostnadene. Ved en lavere utbedringskostnad tilfaller denne entreprenøren og ved en høyere kostnad erstattes denne av entreprenøren. For arbeidene som anses som delvis ferdig vil kostnaden ved fullføring erstattes som merkostnader for byggherren, der fullføringskostnadene blir høyere enn opprinnelig pris. Dersom fullføringskostnaden blir lavere, vil denne fordelene tilfalle byggherren. Entreprenøren skal da ikke betale noe erstatning. Denne grensedragningen vil i praksis være komplisert, som beskrevet i punkt 3.2.

Dersom det skal ytes vederlag for det mangelfulle, med fradrag for utbedringskostnadene, tilfaller altså en eventuelt lavere utbedringskostnad entreprenøren. Sandvik tar ikke opp denne problemstillingen, utenom tilfellet for det totalt verdiløse. Antagelig fordi utbedring av mangler regelmessig blir dyrere enn opprinnelig pris. En løsning basert kun på at vederlaget fastsettes med fradrag for utbedringskostnadene synes å kunne stå i motstrid til det Sandvik mener om at fordelene etter heving skal tilfalle byggherren.

Situasjonen er likevel den at ettersom kontrakten kun heves for de fremtidige ytelser vil kontrakten fortsatt være gjeldende for det utførte arbeidet. Entreprenøren er derfor berettiget vederlag for dette arbeidet. En lav utbedringskostnad reflekterer at det mangelfulle arbeidet hadde en verdi og denne skal entreprenøren ha vederlag for. Riktignok vil det kunne forekomme at opprinnelig entreprenør hadde et unormalt høyt påslag, men denne kostnaden må byggherren bære ettersom det var den prisen som ble avtalt. Essensen i vederlagsberegningen for

---

<sup>118</sup> Sandvik (1966) s. 407

<sup>119</sup> Sandvik (1966) s. 408

mangelfulle ytelser er at byggherren skal stilles økonomisk likt som om kontrakten ble oppfylt uten mangler.

Etter Sandviks syn er det klart at det skal betales for det mangelfulle arbeidet med et fradrag. Fradraget skal settes til utbedringskostnadene utført av ny entreprenør. Om det skal stilles opp et unntak for vederlag der arbeidene er totalt verdiløse og eventuelt på hvilket grunnlag dette gjøres, er ikke klart.

### 3.4.3 Løsningen etter tidligere standarder med tilhørende teori

NS 3401 og NS 3430 hadde en annen formulering for vederlagsberegningen enn NS 8405. Etter disse skulle det kun ytes vederlag for det som er «kontraktsmessig utført».<sup>120</sup> Etter en streng ordlydsfortolkning vil dette innebære at det ikke skal ytes noe vederlag for det mangelfulle. Dette vil i stor grad gå ut over entreprenøren ved at han ikke får noe vederlag for arbeid som kan være beheftet små feil som er lette å utbedre. I tillegg er entreprenøren også ansvarlig for merkostnadene ved fullføring. Der arbeidene er totalt verdiløse synes en slik regel å gi en rimelig løsning, men hvor det kun er små feil vil det virke urimelig.

Litteraturen er knapp om spørsmålet, men det uttales at entreprenøren har «ordinært mangelsansvar for utførte arbeider».<sup>121</sup> Dette gir det en henvisning til kontraktens alminnelige bestemmelser om mangelsansvar. Det virker derfor som at Kolrud ikke mener kontrakten skal tas på ordet, men heller ta utgangspunkt i at heving skjer for fremtiden slik at kontrakten består for det utførte. Sandvik skriver i sin kommentarutgave til NS 3401 at beregningen hovedsakelig er lik som den foreløpige akontobetalingen som finner sted underveis.<sup>122</sup> For mangler ved akontobetalingen skriver Sandvik at byggherren kan «gjøre fradrag for de sannsynlige kostnader ved utbedring av manglene.»<sup>123</sup> Altså mener heller ikke Sandvik at en mangel medfører et totalt tap av vederlag.

Slik det legges frem av forfatterne skal det altså ytes vederlag med et fradrag. Slik det siterte av Sandvik gir uttrykk for, skal dette fradraget gjøres basert på utbedringskostnadene. Det kommer ikke klart frem av fremstillingen til Sandvik om det er utbedringskostnadene til opprinnelig entreprenør som er utgangspunktet for vurderingen eller om det er utbedringskostnadene til ny entreprenør. Utgangspunktet ved mangler er som tidligere nevnt at byggherren skal stilles i tilsvarende økonomisk situasjon som om misligholdet ikke fant sted. Det er derfor naturlig at

---

<sup>120</sup> NS 3401 pkt. 26.1 b & NS 3430 pkt. 34.1.2 b

<sup>121</sup> Kolrud (1992) s. 339

<sup>122</sup> Sandvik (1977) s. 255

<sup>123</sup> Sandvik 1977) s. 196



det er utbedringskostnadene til ny entreprenør som er avgjørende. Dette uttrykkes også helt klart i Kolrud sin kommentarutgave til NS 3430.<sup>124</sup>

Grunnlaget for at litteraturen fastslår at entreprenøren ved heving har ordinært mangelsansvar kommer ikke klart frem. Dette er likevel en naturlig følge av at kontrakten heves for fremtidige ytelser. Det er kun retten til naturaloppfyllelse som bortfaller.

Ingen av forfatterne tar opp problematikken om at det i visse tilfeller kan gi entreprenøren en fordel der fullføringskostnadene blir mindre. Heller ikke problematikken der arbeidene er totalt verdiløse blir nevnt. Dette er etter mitt syn ikke noe argument for å gå vekk fra det Sandvik tidligere argumenterte for. Litteraturen til de nye standardene tar sikte på å ta opp de vanligste problemstillingene, for de som daglig benytter standardene.<sup>125</sup> Om det kan stilles opp en regel om vederlagsunntak for det totalt verdiløse tas opp i punkt 3.7.

I NS 3401 var den primære misligholdsbeføyelsen utbedring og der dette ikke er mulig, erstatning for utbedringskostnadene.<sup>126</sup> Etter punkt 25.4 åpnes det også for prisavslag der utbedringskostnadene blir «uforholdsmessig store». Altså var prisavslag en subsidiær mangelsbeføyelse til utbedringskostnadene. Det kan ikke kreves prisavslag dersom utbedringskostnadene er lavere enn verdireduksjonen.<sup>127</sup> Sandvik argumenterer likevel for at prisavslagsbestemmelsen skal gis videre rekkevidde.

Sandvik skriver at byggherren «må ha en viss adgang til å fremme et slikt krav selv om også adgangen til å kreve utbedring eller utbedringskostnader står ham åpen.»<sup>128</sup> Hvor langt dette kan trekkes er uklart. Sandvik er tydelig på at det ikke kan kreves prisavslag der utbedringskostnadene er lavere.<sup>129</sup> Det kan tenkes at det er mellomløsninger som Sandvik henviser til. Det er ikke unormalt at mangler delvis avhjelpes med utbedring og delvis ved prisavslag.<sup>130</sup> Om dette likevel skal åpne opp for en prisavslagsmodell ved heving er uvisst.

Antagelig er Sandvik sitt syn på prisavslag preget av vurderingen om byggherren er pliktig til å utføre utbedringsarbeidene eller ikke. Sandvik argumenterer for at byggherren ikke trenger å utbedre for å få dekket kostnadene sine.<sup>131</sup> Det synes mer rimelig at byggherren kan tilkjennes

---

<sup>124</sup> Kolrud (1992) s. 306

<sup>125</sup> Kolrud (1992) s. 19 & Sandvik (1977) forordet

<sup>126</sup> NS 3430 pkt. 32

<sup>127</sup> Sandvik (1966) s. 406 & Sandvik (1977) s. 236

<sup>128</sup> Sandvik (1966) s. 405

<sup>129</sup> Sandvik (1966) s. 406

<sup>130</sup> Sandvik (1977) s. 237

<sup>131</sup> Sandvik (1977) s. 234

et prisavslag som erstatning ved entreprenørens mislighold i disse tilfellene. En drøftelse av hvorvidt erstatning kan baseres på et prisavslag der byggherren ikke utbedrer faller utenfor omfanget av oppgaven.

Ved heving er uansett entreprenøren pliktig å dekke merkostnadene ved fullføring. Dette er en plikt entreprenøren har ubegrenset av kostnadsomfanget. Det er derfor usikkert om det er nødvendig å stille opp et unntak for uforholdsmessig store utbedringskostnader ettersom disse uansett blir dekket gjennom erstatningen for fullføringskostnadene. Hensynet for å gjøre et unntak fra uforholdsmessige kostnader er ikke like fremtredende ved hevingstilfellet. Det er derfor ikke praktisk å stille opp et unntak for uforholdsmessig store kostnader og følgelig ikke åpne for muligheten til prisavslag.

Etter de tidligere standardene, med tilhørende litteratur, skal det altså ytes vederlag for det mangelfulle arbeidet med fradrag for utbedringskostnadene der annen entreprenør fullfører arbeidet.

#### 3.4.4 Vederlagsberegningen ved mangler i forbrukerentrepriser

Etter bustadoppføringslova § 21 skal det betales vederlag for arbeid som er «utført i samsvar med avtalen». Ordlyden trekker i motsatt retning av NS 8405, og er tilsvarende tidligere NS 3401 og 3430. Ordlyden gir uttrykk for at der arbeidene er mangelfulle skal det ikke ytes noe vederlag for arbeidene. Forarbeidene er tause om bestemmelsen var ment å gi en annen tolkning enn ellers i entrepriseretten, men under kommentaren til § 22 heter det at § 21 følger «entreprisemodellen».<sup>132</sup> Dette gir en anvisning på at lovgiver ønsket en lignende løsning som NS 3430. Altså at ordlyden ikke tas på ordet, men at det skal betales vederlag med et fradrag.

Spørsmålet kom opp for Høyesterett i HR-2016-219-A. Byggherrens anførsel var at entreprenøren ikke kunne kreve vederlag for de arbeidene som ikke var i samsvar med avtalen. I saken hadde byggherren inngått en avtale med høyt påslag slik at arbeidene i ettertid ble gjort for en lavere sum, delvis ved hjelp av egeninnsats som av lagmannsretten ble verdsatt til ca. ¼ av den opprinnelige kontraktssummen. I tillegg til dette hadde byggherre utbedringskostnader hos annen entreprenør tilsvarende ca. ¼ av opprinnelig kostnad. Situasjonen var følgelig den at dersom byggherren skulle betale for mangelfulle ytelser kun med fradrag for utbedringskostnadene ville entreprenøren få vederlag tilsvarende opprinnelig sum på tross av at prosjektet ble fullført til halv pris. Høyesterett konkluderer med at reglene for prisavslag gjelder også for hevingstilfellet.<sup>133</sup> Altså at fradraget settes til utbedringskostnadene.

---

<sup>132</sup> NOU 1992:9 s. 87-88 & Ot.prp.nr.21 (1996-1997) s. 60-61

<sup>133</sup> HR-2016-219-A (46)

Slik som beskrevet under punkt 3.1 la Høyesterett først til grunn at det er to klart adskilte prosesser som må foretas. Først vederlag for utført arbeid, deretter erstatning for merkostnadene. Høyesterett tar deretter stilling til hvordan vederlagsberegningen skal utføres der arbeidet er mangelfullt.

Ordlyden i bustadoppføringslova taler klart nok for at det kun skal betales for det som er «utført i samsvar med avtalen».<sup>134</sup> Situasjonen ville da være at mangler ikke kompenseres etter reglene om utbedringskostnad eller prisavslag, men som erstatning for merkostnaden ved retting. Dette ville medført et tap for entreprenøren ved at han ikke fikk betalt for den delen som var mangelfri. Dersom et arbeid hadde totalverdi 100 i kontraktsmessig stand og merkostnadene kun ble på 80 ville følgelig ikke entreprenøren få noe vederlag. Byggherren ville imidlertid hatt en for tjeneste på 20 uavhengig av hvor stor del av arbeidet opprinnelig entreprenør hadde utført. Høyesterett mente at ordlyden måtte leses i sammenheng med at hevingen virker fremover i tid og ikke kunne tas på ordet. Høyesterett mente at

«[k]ontrakten gjelder fortsatt for det som er levert, med de feil og mangler som måtte forefinnes. Ved at det skal skje et oppgjør, er det behov for å avklare hva som er levert i forhold til totalytelsen, og som det dermed skal ytes vederlag for. Hvilke arbeider som er relevante for vederlagsopptjeningen, må avgjøres ut fra det som er avtalt mellom partene, eller med andre ord være «i samsvar med avtalen». Med denne fortolkningen får henvisningen til avtalen også mening i forsinkelsestilfellene, som bestemmelsen direkte gjelder, idet behovet for en avklaring av hva som er levert, er tilsvarende til stede her.»<sup>135</sup>

Høyesterett mener altså at det skal ytes vederlag for arbeidet som er «utført», men at det skal tilføres et ‘komma’ i lovteksten som impliserer at vederlagsberegningen skal skje i samsvar med avtalen. Tilsvarende som tidligere NS 3401 og 3430 som hadde med et punkt om at vederlaget ytes etter kontraktens bestemmelser. Dersom bustadoppføringslova §21 skulle tolkes etter en streng ordlydsfortolkning mener altså Høyesterett at det ikke skal ytes vederlag der arbeidet er forsinket. Dette arbeidet er ikke i samsvar med avtalen idet at arbeidet er utført for sent. Det kan vanskelig tenkes at lovgiver ønsket å frata entreprenøren vederlagsretten til arbeider som er utført korrekt, men for sent. Som vist ville også en løsning kun basert på merkostnader ramme entreprenøren urimelig hardt.

Slik Høyesterett ser det, skal det fastsettes et vederlag for det som er levert med et fradrag for det mangelfulle. Dette er i tråd med entrepriseretten ellers og den tradisjonelle tilnærmingen. I

---

<sup>134</sup> Bustadoppføringslova § 22

<sup>135</sup> HR-2016-219-A (41)

avsnitt 42 uttales det at fradraget skal beregnes etter bustadoppføringslovas prisavslagsbestemmelse.

Etter bustadoppføringslovas bestemmelse om prisavslag skal fradraget settes til «kostnadene for forbrukeren med å få mangelen retta».<sup>136</sup> I realiteten er dette ikke et prisavslag, men erstatning. Et prisavslag kan etter sin natur ikke overstige den opprinnelige kontraktssummen. Dette blir tatt opp i forarbeidene hvor det blir konstatert at modellen etter kjøpsloven for prisavslag ikke passer inn.<sup>137</sup> Terminologien vil ikke være avgjørende. Slik som i kontraktsretten ellers åpnes det for verdireduksjon også for prisavslagsbestemmelsen i bustadoppføringslova.<sup>138</sup> Det åpnes imidlertid kun for dette der utbedringskostnadene blir «urimeleg høge».<sup>139</sup> Det er altså ingen valgtrett for byggherren til å velge prisavslag etter verdireduksjon. Dette kunne gi urimeelige resultater der mangelen representerer et stort verditap, men har lav rettekostnad. Resultatet er følgelig at fradraget skal fastsettes etter utbedringskostnadene.

Ordlyden «få mangelen retta» trekker klart i retning av at det er de faktiske kostnadene forbrukeren har ved utbedringsarbeidene.<sup>140</sup> Det er naturlig at også utbedringsplikten til entreprenør faller bort for forbrukerentrepriser. Utbedringen vil derfor bli utført av andre enn den opprinnelige entreprenøren. For utbedringskostnadene er det altså den nye entreprenørens utbedringskostnader som skal danne grunnlaget for erstatningen. Om opprinnelig entreprenør skulle ha klart å utbedre til en lavere kostnad er ikke relevant. Førstvoterende uttaler ikke dette eksplisitt, men det følger klart av premissene. Resultatet bekrefter også at det er de faktiske kostnadene forbrukeren hadde som blir erstattet.

Det at Høyesterett legger til grunn at kontrakten består for de deler som er utført har den virkning at det ikke har noen realitet for manglene at kontrakten er hevet. Dette medfører igjen at der byggherren klarer å fullføre arbeidet til en lavere kostnad enn opprinnelig kontrakt vil denne fordelene tilfalle entreprenøren. Høyesterett ser ikke noe problem med det sistnevnte ettersom loven ikke oppstiller noen regel om at entreprenøren skal tape fortjeneste på utført arbeid.<sup>141</sup>

Mangelsbeføyelsene er laget for å stille byggherren i samme økonomiske situasjon som om kontraktsarbeidet var mangelfritt. I saken som stod for Høyesterett endte forbrukeren opp med å betale tilsvarende sum som han ville gjort om entreprenøren hadde fullført kontraktsmessig.

---

<sup>136</sup> Bustadoppføringslova § 33

<sup>137</sup> NOU 1992:9 s. 81

<sup>138</sup> NOU 1992:9 s. 81-82

<sup>139</sup> NOU 1992:9 s. 81-82

<sup>140</sup> Bustadoppføringslova § 33

<sup>141</sup> HR-2016-219-A (44)

At forbrukeren hadde dårlig økonomi og ikke hadde likviditeten til å ansette ny entreprenør for hele arbeidet slo følgelig negativt for ham i form av mye tid og arbeid. Dette ble naturligvis kompensert. Lagmannsretten fastsatte det arbeidet som forbrukeren utførte skjønnsmessig til 100.000kr.<sup>142</sup> Arbeidet forbrukeren utførte svarte til 70% av utbedringsarbeidene mens de resterende arbeidene ble utført av en byggmester til 129.151kr. Forbrukeren anførte at han ved egeninnsats utførte omtrent 12 timers arbeid hver dag i omtrent åtte måneder, dette ble ikke bestridt av lagmannsretten. Lagmannsretten viser ikke til noen form for beregning, men bemerker at minstesats for ufaglært gir liten veiledning. Når Høyesterett legger til grunn at rettsanvendelsen til lagmannsretten er korrekt tas ikke vurderingen av om vederlaget er fastsatt korrekt.

Rettskildene er tydelige på at det skal foretas et fradrag for de mangelfulle arbeidene. Dette fradraget settes til utbedringskostnadene til en ny entreprenør. I den konkrete saken fikk dette som nevnt et mulig urimelig utfall for forbrukeren. Årsaken til det uheldige utfallet er imidlertid ikke rettsregelen, men lagmannsrettens skjønnsfastsettelse av vederlag. Denne vil i hver enkelt sak være helt konkret basert på bevis byggherren kan legge frem. Egeninnsats i profesjonelle entrepriser kan nok utelukkes, og problematikken med en vanskelig skjønnsfastsettelse slik som i denne dommen vil sannsynligvis ikke oppstå.

I den konkrete saken var arbeidet satt til totalt verdiløst av tingretten og lagmannsrettens mindretall. Anken gjaldt imidlertid kun rettsanvendelsen til lagmannsretten og Høyesterett tok derfor ikke stilling til om det kan oppstilles et unntak for det totalt verdiløse.

Det er ingen automatikk at det som legges til grunn i forbrukerentrepriser også skal ha overføringsverdi mellom profesjonelle parter. I forbrukerforhold omtales fradraget som et prisavslag, mens dette ikke er treffende for profesjonelle entrepriser. Innholdsmessig er likevel prisavslag etter bustadoppføringslova tilsvarende som fradrag for utbedringskostnadene. Det er den fradragberegning som er lagt til grunn av Sandvik og etter tidligere standardkontrakter. Bustadoppføringslovas ordlyd for prisavslag er også i stor grad samsvarende med någjeldende NS 8405 om erstatning for utbedringskostnader. Dommen vil derfor kunne belyse vederlagsoppgjøret også etter NS 8405.

Vederlagsberegningen for mangelfulle arbeid i forbrukerentrepriser er følgelig at det skal betales etter kontraktens priser med et fradrag. Fradraget settes til utbedringskostnadene der byggherren hever. Utbedringskostnadene skal svare til hva det koster en ny entreprenør å utføre utbedringen.

---

<sup>142</sup> LH-2014-206301 under «Hevingsoppgjør»

### 3.4.5 Vederlagsfastsettelsen for det mangelfulle etter NTK15

Etter NTK 15 skal det i likhet med NS 8405 betales for arbeidet som er utført.<sup>143</sup> Der selskapet (byggherren) har noe til gode hos leverandøren (entreprenøren) skal det gjøres fradrag for dette. For fradragsberegningen er det naturlig å bruke standardens øvrige bestemmelser. På enkelte punkter avviker formuleringen der fra NS 8405.

Leverandørens mangelsansvar er regulert i NTK art. 25. Som ellers i kontraktsretten er utgangspunktet at leverandøren skal utbedre. Der leverandøren ikke kan utbedre mangelen innen rimelig tid har selskapet rett til selv eller ved tredjemann å utbedre manglene.<sup>144</sup> Omkostningene ved dette skal dekkes av leverandøren. Etter art. 25.3 3. ledd er imidlertid selskapet gitt adgang til å nekte leverandøren å utføre utbedringsarbeidet. Denne muligheten er kun betinget av leverandørens avtalebrudd. Der det foreligger mangel kan følgelig selskapet fritt velge hvem som utbedrer mangelen. Ved sistnevnte utbedringsalternativ skal vederlaget fastsettes etter reglene ved endringsmekanismen.

Ved hevingstilfellene er det mest naturlig at førstnevnte alternativ blir benyttet. Det er ved heving leverandøren som er i mislighold og får derfor ikke rett til å utbedre manglene. Det er følgelig ikke selskapets valg å sette arbeidet bort til noen andre. Denne muligheten er gitt til selskapet for tilfellene hvor kontrakten består, men selskapet likevel ikke har tillitt til at leverandøren utbedrer. Det kan derfor være tidsbesparende for selskapet å sette arbeidet bort for å unngå forsinkelser.

Etter NTK 15 skal fradraget for mangler settes til utbedringskostnadene utført av tredjepart.

### 3.4.6 Nærmere om løsningen etter NS 8405

Etter NS 8405 skal det som nevnt betales for det som er «utført».<sup>145</sup> Etter en streng ordlydsfortolkning vil også arbeidet som er mangelfullt være et utført arbeid som det skal betales for. Ordlyden er imidlertid taus om hvor stort vederlaget skal være. Ordlyden er imidlertid tydeligere enn i forbrukerentrepriser ved at det ikke tilføyes et tillegg om at arbeidet må være i «samsvar med avtalen».

Hevingsbestemmelsene i NS 8405 gir ikke svar på hvordan situasjonen skal løses i mangelstilfellene. Det er imidlertid naturlig å se hen til mangelsbeføyelsene angitt i kontraktens punkt 36. Der utbedring ikke finner sted kan byggherren kreve «kostnadene til utbedring utført av andre»

---

<sup>143</sup> NTK 15 art. 26.2 3. ledd

<sup>144</sup> NTK 15 art. 25.2 2. ledd

<sup>145</sup> NS 8405 pkt. 39.3 & 39.4

eller prisavslag, tilsvarende eldre standarder.<sup>146</sup> Ettersom det er gjort klart at entreprenøren hverken har en rett eller plikt til å utføre utbedring, vil det være naturlig å basere løsningen på erstatning for utbedringskostnader. Slik Høyesterett la vekt på forbrukerentrepriser må hevingbestemmelsen leses i lys av at hevingen skjer *ex nunc*. Kontraktens mangelsbestemmelser er derfor fortsatt gjeldende for den utførte delen, selv om kontrakten heves for fremtidige ytelser.

Ordlyden i punkt 36.3 kan likevel tolkes på ulike måter. «[K]ostnadene til utbedring» kan referere seg både til kostnaden opprinnelig entreprenør ville hatt og til kostnaden en ny entreprenør vil ha. Kostnaden ved å la en ny entreprenør fullføre arbeidet vil i de fleste tilfeller overstige utbedringskostnadene til opprinnelig entreprenør. Dette er naturlig ettersom den opprinnelige entreprenøren er kjent med prosjektet og har gjennomført sin innkjøringsfase. Ofte er også entreprenøren valgt etter sin spisskompetanse. Ved heving er det ofte tidsnød og det er behov for å finne en entreprenør som er villig til å påta seg det uferdige og mangelfulle arbeidet. Det er dermed ikke alltid at spisskompetansen kan måles med opprinnelig entreprenør.

Det er mest nærliggende å tolke ordlyden dithen at det er kostnadene til den nye entreprenøren som skal dekkes. Utgangspunktet ved mangler er at byggherrens positive kontraktsinteresse skal erstattes. Der entreprenøren utbedrer vil byggherren være i samme situasjon som om det ble levert kontraktsmessig. Det samme bør derfor være resultatet der en annen entreprenør utbedrer. Ofte vil det likevel være forsinkelser, men dette må eventuelt dekkes gjennom kontraktens system for dagmulkt.<sup>147</sup> Hensynene bak utbedringskostnadene må sies å være de samme, altså å stille byggherren i samme situasjon som om kontraktsbruddet ikke fant sted. Tolkningen er også i tråd med de tidligere standardene og resultatet i høyesterett for forbrukerentrepriser.

Marthinussen skriver i kommentarutgaven til NS 8405 at det må finnes fram til den «reelle verdien» og at der det foreligger mangler må verdien korrigeres.<sup>148</sup> Hva dette innebærer blir ikke videre drøftet. Marthinussens tilnærming *kan* gi indikasjon på at det skal foretas et fradrag basert på verdireduksjonen, altså etter en prisavslagsmodell. Dette vil også innebære at det ikke ytes noe for arbeid som er totalt verdiløst.

Dersom en løsning hvor den reelle verdien skal legges til grunn vil en eventuell fordel ved lavere utbedringskostnader tilfalle byggherren. Det er få hensyn som trekker i retning av å verne entreprenøren i den situasjonen hvor han er i vesentlig mislighold. Også samfunnsøkonomisk vil en slik løsning ha gode grunner for seg. Byggherren har lite incentiv til å fullføre til en lavere

---

<sup>146</sup> NS 8405 pkt. 36.3

<sup>147</sup> NS 8405 pkt. 34

<sup>148</sup> Marthinussen (2016) s. 678

kostnad der en eventuell fordel kommer entreprenøren til gode. Likevel er det som nevnt ingen bestemmelse som tilsier at entreprenøren skal tape enhver fortjeneste på arbeidet som er utført. Fradrag basert på verdireduksjon vil kunne reflektere verdien dersom manglene ikke blir utbedret. Imidlertid gir et fradrag for utbedringskostnadene et mer korrekt utfall av det faktiske økonomiske tapet som byggherren har.

Marthinussen skriver at verdivurderingen avhenger av om entreprenøren hever eller byggherren.<sup>149</sup> Der entreprenøren hever mener Marthinussen at fradraget som skal foretas for mangler settes til utbedringskostnadene som opprinnelig entreprenør ville hatt dersom utbedring ble foretatt. Der byggherren hever mener Marthinussen at fradraget settes til utbedringskostnaden av ny entreprenør. Det synes derfor som at Marthinussen mener den reelle verdien er reflektert av utbedringskostnadene av manglene. Naturligvis vil denne verdien da variere avhengig av hvem som hever. For oppgavens vedrørende trekker altså ordlyd og teori i retning av at fradraget for mangler skal foretas på grunnlag av utbedringskostnadene ved ny entreprenør.

Løsningen har støtte i reelle hensyn. Det er klarlagt at det ikke eksisterer noen utbedringsrett, og der byggherren er i mislighold bør ikke entreprenøren bli stilt i en dårligere posisjon ved hevingen. Dersom kontraktsforholdet besto, ville entreprenøren vært pliktig å utføre utbedringen av mangler. Der byggherren hever er det nødvendig at det er utbedringskostnadene til ny entreprenør som skal dekkes. Hvis ikke ville byggherren normalt blitt stilt dårligere ettersom ny entreprenør ofte koster mer enn opprinnelig.

Løsningen innebærer som nevnt at entreprenøren kan gis en gevinst der fortjenesteelementet til ny entreprenør er lavere enn opprinnelig. Slik Høyesterett har lagt til grunn skal ikke entreprenøren tape vederlaget for det som er utført. Samtidig blir byggherren ikke stilt noe dårligere enn den opprinnelige avtalen som ble inngått.

Marthinussen tar ikke stilling til det tilfellet hvor det utførte arbeidet er uten verdi. Det er derfor usikkert om det han skriver om «reell verdi» kan være et argument for at det ikke skal ytes noe vederlag for det totalt verdiløse slik Sandvik argumenterte for.

Løsningen etter NS 8405 er i tråd med den historiske tilnærmingen og Høyesteretts avgjørelse for forbrukerentrepriser. For mangelfullt arbeid skal det altså ytes vederlag med fradrag for utbedringskostnadene til ny entreprenør. Hvorvidt det kan gjøres unntak for det totalt verdiløse er ikke tydelig etter standarden eller litteraturen.

---

<sup>149</sup> Marthinussen (2016) s. 679



### 3.4.7 Skal det ytes vederlag for det totalt verdiløse?

Slik som nevnt i punkt 3.4.2 tok Sandvik opp at det ikke skulle betales noe der arbeidet var totalt verdiløst. Dette mente han også måtte gjelde selv om byggherren klarte å fullføre til en lavere kostnad.<sup>150</sup> Sandvik hjemler ikke hvor synspunktet kommer fra. Nyere teori tar ikke opp problemstillingen, det er heller ikke regulert i standardkontrakten.

Det kan ikke forventes detaljregulering på alle felter av kontrakten. Slik som nevnt innledningsvis er ikke heving den mest praktiske misligholdsanksjonen. Heller ikke situasjonen at et arbeid er totalt verdiløst vil oppstå ofte. I denne sammenheng kan det nevnes at forenklet byggestandard NS 8406 ikke har med bestemmelser om hevingsoppgjøret. Det kan derfor ikke trekkes slutninger alene ut fra argumentet at standarden ikke regulerer forholdet.

For arbeider som er totalt verdiløse kan det etter mitt syn argumenteres for at arbeidet ikke er «utført». Ikke i rent faktisk forstand, men slik at arbeidet ikke kan sies å være en del av kontrakten. Det er et arbeid som ikke har tilført kontraktsgjenstanden noen form for verdi. I HR-2019-219-A var tilfellet at alt utenom reisverket måtte rives og bygges opp igjen.<sup>151</sup> I et slikt tilfelle synes det svært urimelig at arbeider som må gjøres om skal anses som utført og dermed være vederlagsberettiget.

Også Augdahl argumenter for at det som verdiløst, grunnet mangel, ikke skal betales for.<sup>152</sup> Dette illustreres ved et eksempel om gravearbeid. Der det blir gravd en grøft på et sted byggherren ikke har behov for en grøft skal det ikke betales noe for grøften. Dette gjelder selv om arbeidet naturligvis ikke kan restitueres. Arbeider som skal anses som «utført» må altså ha tilknytning til kontraktsarbeidet. Der entreprenøren bygger noe som er totalt verdiløst og arbeidet må rives, vil dette ikke i noen grad være i overenstemmelse med kontrakten.

I dom LH-2018-178744 tar lagmannsretten stilling til hevingsoppgjøret etter NS 8405. Kontrakten er riktignok inngått etter forenklet byggestandard NS 8406. Slik som nevnt i punkt 3.1.6 argumenterer Arvesen for at hevingsoppgjøret etter NS 8405 er utslag av alminnelige entrepriserettslige regler. Dette legger også lagmannsretten til grunn og løser problemet etter reglene i NS 8405. Kontrakten dreide seg om opparbeidelse av en molo hvor dekkblokkene måtte være av en viss størrelse. Etter bevisføring la lagmannsretten til grunn at 120 meter med molo var kontraktsmessig bygd. Resten av arbeidet ble definert som mangelfullt.

---

<sup>150</sup> Sandvik (1966) s. 408

<sup>151</sup> Etter bevisførsel i lagmannsretten LH-2014-206301

<sup>152</sup> Augdahl (1978) s. 198

Lagmannsretten foretok ikke noen vurdering av hva arbeidet ville kostet i kontraktsmessig stand for deretter å foreta et fradrag basert på utbedringskostnad. Det ble kun konstatert hva som var kontraktsmessig og at det for dette arbeidet skulle ytes vederlag. Tilsynelatende fremstår vurderingen til lagmannsretten som at de anser arbeidet som totalt verdiløst og følgelig ikke er vederlagsberettiget.

I saken måtte blokkene være av en viss størrelse. Hvis ikke måtte blokkene fjernes og erstattes med større blokker. De blokkene som var for små var følgelig totalt verdiløse. Arbeidet ved de for små blokkene måtte utføres på nytt. Dette løste lagmannsretten ved vederlag for det korrekte utførte og resten som erstatning for merkostnadene. Det bemerkes at erstatningen i saken ble fastsatt etter skjønn og ikke etter at ferdigstilling ble gjort.<sup>153</sup>

Der arbeidet på ingen måte svarer til det prosjekterte, kan arbeidet ikke sies å være «utført». Arbeidet er etter sin natur ikke vederlagsberettiget. Det skal følgelig ikke ytes vederlag for det totalt verdiløse.

### **3.5 Grensedragningen for arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen**

Enkelte ganger er det praktisk at entreprenøren bygger deler av arbeidet utenfor byggeplassen. Eksempelvis er det naturligvis ikke praktisk å forme stålplater eller konstruere vinduer på byggeplassen når det kreves spesialutstyr til konstruksjonen. Det oppstår da et spørsmål om når dette arbeidet blir vederlagsberettiget.

#### **3.5.1 Skal det ytes vederlag for arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen?**

Ordlyden i NS 8405 punkt 39.3 gir liten veiledning for spørsmålet. Begrepet «utført» favner vidt og kan antyde arbeider som blir tilvirket av entreprenør, eller underentreprenør, som enda ikke er levert eller innarbeidet på eiendommen. Dette kan være betongelementer til en tunnel som av praktiske årsaker blir tilvirket et annet sted eller vinduer til en bolig som blir produsert i utlandet og enda ikke er levert. Elementene eller vinduene er da rent faktisk «utført» etter ordlyden.

Ordlyden kan også gi uttrykk for at arbeidet må være tilført bygget eller installasjonen, slik at tilfellene i eksemplene ovenfor faller utenfor det som er «utført». Argumentet her vil være at ordlyden i standarden kun knytter seg til selve kontraktsgjenstanden og at noe da ikke kan sies å være «utført» før det er inkorporert på selve eiendommen.

---

<sup>153</sup> Se om dette i punkt 4.2

Det er tradisjon for å tolke kontrakter objektivt i lys av kontraktens system, formålene som skal ivaretas og reelle hensyn.<sup>154</sup> Etter dommen inntatt i Rt. 2014 s. 520 avsnitt 40 legger førstvoterende vekt på «[h]istorikken bak regelverket og overordnede systembetraktninger». Dommen handler om vederlagsjustering ved avbestilling i forenklet utførelsesentreprise, men de generelle uttalelsene vil også ha betydning for annen kontrakttolking. For tolkningen av hva som er «utført» vil det være naturlig å benytte det øvrige systemet i NS 8405 for vederlag.

Etter avdragsbestemmelsen i punkt 28.1 kan avdrag kreves for det som er «utført» og for materialer som er «tilført byggeplassen». Antitetisk vil materialer som ikke enda er kommet frem til byggeplassen ikke kreves avdragsbetalt og følgelig heller ikke regnes med i arbeidet som er utført i hevingssituasjonen. Dersom «utført» i punkt 28.1 også skulle omfattet det som tilvirkes, men ikke levert, ville «tilført byggeplassen» mistet sin betydning.

Kolrud argumenterer for en slik streng fortolkning av kontrakten på bakgrunn av hensynet til notoritet og kontroll.<sup>155</sup> Han mener at hensynet til byggherrens kontroll veier tyngre enn likviditetsbelastningen entreprenøren påføres ved utsatt betaling. Det er etter dette liten tvil om hva det kan kreves avdrag for etter punkt 28.1. Det er imidlertid ingen selvfølge at ordlyden i punkt 39.3 og punkt 28.1 skal tolkes tilsvarende ettersom de regulerer forskjellige situasjoner.

Som nevnt blir hensynet til likviditetsbelastning og notoritet og kontroll holdt mot hverandre. Entreprenøren vil kun få en midlertidig likviditetsbelastning ved senere betaling. Dersom reglene for avdragsbetaling kommer til anvendelse på hevingssituasjonen vil ikke entreprenøren få betaling for arbeidet som er tilvirket og enda ikke levert. Dette vil være et vesentlig mer inngripende resultat enn senere betaling.

Dersom avdragsbestemmelsen får virkning for heving, vil ikke entreprenøren få betalt for det tilvirkede. Vinkles dette fra byggherrens perspektiv er situasjonen den at han ikke betaler for noe som ikke er levert eller har risikoen for.<sup>156</sup> Det ville vært en urimelig løsning å pålegge byggherren å betale for materialer eller noe tilvirket som ikke er i hans besittelse og ikke kommet ham til gode. Dette gjør seg spesielt gjeldende i en situasjon hvor entreprenøren er gått konkurs og hans kreditorer tar pant i eiendelene. Kreditorerne har anledning til å ta dekning i «formuesgoder som tilhører skylderen på beslagstiden».<sup>157</sup> Byggherren får følgelig kreditorvern før materialene er levert til byggeplassen.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Se bland annet Rt. 2010 s. 961 (44) og Rt. 2014 s. 520 (26 flg.)

<sup>155</sup> Kolrud (2004) s. 336 se tilsvarende syn i Marthinussen (2016) s. 446-447.

<sup>156</sup> NS 8405 pkt. 17

<sup>157</sup> Dekningsloven § 2-2

<sup>158</sup> Det finnes unntak for eksempelvis situasjonen der realkreditor oppbevarer ting hos realdebitor etter realkreditors ønske. Dette faller utenfor behandlingen.

Situasjonen er også den at entreprenøren er i vesentlig mislighold og selve premisset for hevingen er at byggherren har rimelig grunn til å si seg fri fra kontraktsforholdet. Det synes derfor å være en urimelig byrde dersom byggherren blir pålagt å betale for noe tilvirket som potensielt er årsaken til hevingen. Hensynet til byggherren tilsier at han kun skal betale for det som har kommet ham til gode.

Juridisk litteratur synes også å forutsette en tolkning som tilsier av det ikke skal ytes vederlag for det som enda ikke er levert. Dette uten noen videre argumentasjon.<sup>159</sup> For forbrukerentrepriser argumenterer Lasse Simonsen for at «utført» i bustadoppføringslova § 21 skal sees i sammenheng med forskuddsbetalingen etter § 47.<sup>160</sup> Argumentasjonen til Simonssen baseres på en enkel retts teknisk løsning og at hensynet til entreprenøren veier mindre ved heving.

Forgjengerne til NS 8405 hadde en mer utførlig regulering av hevingsoppgjøret.<sup>161</sup> Etter tidligere standarder fulgte det at utregningen av vederlaget skulle gjøres «etter kontraktens priser.»<sup>162</sup> Dette gir en klarere henvisning til den fremdriftsbetalingen som kontrakten legger opp til og som dermed trekker et klart skille for materialer som er kommet frem til byggeplassen. Marthinussen bemerker at endringene i hevingsbestemmelsen til NS 8405 hovedsakelig har hatt redaksjonell betydning uten materiell endring.<sup>163</sup> Det er derfor naturlig at kontraktens priser skal benyttes også ved heving etter NS 8405.

Basert på det som er gjennomgått ovenfor fremstår det som mest hensiktsmessig at kontraktens bestemmelser om fremdriftsbetaling og vederlag også gjelder for hevingstilfellene. Dette medfører at det trekkes et klart skille for materialer og det som er tilvirket, men enda ikke kommet frem til arbeidsplassen.

### 3.5.2 Har entreprenøren en utleveringsrett eller plikt?

Ovenfor er det slått fast at byggherren ikke plikter å betale for det som enda ikke er utlevert. En problemstilling som da dukker opp, er om entreprenøren har rett eller plikt til å utlevere det som er tilvirket. Det vil ikke nødvendigvis være i byggherrens interesse å få dette utlevert der arbeidene behefter mangler. Det kan også tenkes at det tilvirkede er i kontraktsmessig stand, men at hevingen blir gjennomført grunnet vesentlig forsinkelse. Dersom byggherren ønsker å få utlevert det tilvirkede, vil entreprenøren normalt være tjent med å levere ut dette. Som beskrevet

---

<sup>159</sup> Marthinussen (2016) s. 678

<sup>160</sup> Simonssen (2017) pkt. 47.2.2

<sup>161</sup> NS 3401 pkt. 26.1 & NS 3430 pkt. 34.1

<sup>162</sup> NS 3401 pkt. 26.1 c) & NS 3430 pkt. 34.1.2 b)

<sup>163</sup> Marthinussen (2016) s. 657

ovenfor vil entreprenøren være forpliktet til å dekke nødvendige merkostnader. Disse vil naturligvis bli lavere dersom byggherren kan benytte seg av allerede utført arbeid som ikke er utlevert.

NS 8405 har ikke med noen bestemmelse om utleveringsrett. En utleveringsrett vil innebære videre naturaloppfyllelse av kontrakten. Denne retten er naturligvis avskåret ved heving. Spørsmålet som er av interesse, er om entreprenøren har en plikt til å levere ut der byggherren krever det.

NS 8405 regulerer ikke tilfellet. Dette trekker klart i retning av at det ikke kan oppstilles en slik plikt. Svensk standard for entreprisarbeid har med en bestemmelse om rett til utlevering av det tilvirkede som enda ikke er levert.<sup>164</sup> Etter den svenske standarden stilles det opp en plikt for entreprenøren til å medvirke til utlevering gitt at byggherren ønsker det.<sup>165</sup> Sandvik tar kort opp denne problematikken i sin kommentarutgave til NS 3401.<sup>166</sup> Det bemerkes at utenlandske standarder har slik bestemmelse, for deretter å konstatere at en slik plikt ikke eksisterer for entreprenøren etter norsk rett. Dette begrunnes kun ut ifra manglende regulering i standarden. Som nevnt ovenfor vil likevel entreprenøren i de fleste tilfeller være tjent med å medvirke til slik overlevering for å begrense erstatningen ved fordyrelsen av fullføringskostnadene.

Etter NTK 15 følger det at selskapet har en rett til å få utlevert blant annet kontraktsgjenstanden og materialer. Det er i standarden naturlig å ha med en slik bestemmelse ettersom arbeidet normalt tilvirkes et annet sted enn hos selskapet. Videre følger det klart at det er en «rett» for selskapet og ikke en plikt til å motta. Selskapet skal kun betale for de materialer som de overtar.<sup>167</sup> Situasjonen synes likevel å være en noe annen for tilvirkningskontrakten ettersom arbeidet nettopp tilvirkes et annet sted. Det er derfor behov for reguleringen.

Etter mitt syn finnes det ikke gode argumenter på generelt grunnlag å stille opp en plikt for entreprenøren til å utlevere det tilvirkede. Dette burde i så fall vært uttrykkelig regulert i NS 8405. Etter omstendighetene kan det imidlertid i visse tilfeller oppstilles en 'plikt' for byggherren til å ta imot det tilvirkede der entreprenøren tilbyr dette.

Som tidligere gjennomgått kan byggherren få dekket sine «nødvendige merutgifter».<sup>168</sup> I begrepet «nødvendig» ligger det en aktsomhetsplikt for byggherren. Altså at byggherren ikke kan

---

<sup>164</sup> AB 72 kap. 8 §7, og AB 04 kap. 8 § 8

<sup>165</sup> Samuelsson (2020) s. 569-570

<sup>166</sup> Sandvik (1977) s. 254

<sup>167</sup> NTK 15 art. 26.2 3. ledd

<sup>168</sup> NS 8405 pkt. 39.4

få arbeidet fullført bygget til en urimelig kostnad. Byggherren befinner seg ofte i en vanskelig situasjon ved heving og tiden er ofte knapp. Byggherren vil følgelig kunne henvise arbeidet til den første og beste som har mulighet til å fullføre innen de opprinnelige rammene av kontrakten.<sup>169</sup> Der situasjonen er at det tilvirkede ikke er mangelfullt eller det er lett for ny entreprenør å ferdigstille arbeidene med det tilvirkede som enda ikke er utlevert, vil det kunne tenkes at byggherren har en viss plikt til å ta imot dette for å begrense tapet. Selvfølgelig under forutsetning at entreprenøren ønsker å utlevere dette.

Dette er naturligvis et valg og ikke en plikt i streng forstand, men etter mitt syn vil ikke byggherren ha overholdt sin tapsbegrensningsplikt ved å nekte å overta arbeidet. Følgelig vil det måtte foretas avkortning av erstatningskravet. Selve vurderingen av hvilke kostnader som er «nødvendige» må vurderes konkret i den enkelte saken.

På generelt grunnlag synes det ikke å kunne oppstilles en regel om rett eller plikt til utlevering av det tilvirkede. Det kan i noen få tilfeller kunne følge av tapsbegrensningsplikten at byggherren må ta imot det tilvirkede for å begrense tapet.

## **4 Erstatning for nødvendige merkostnader**

### **4.1 Utgangspunkter for erstatningsutmålingen**

Når vederlaget for de utførte arbeidene er klargjort, er neste spørsmål i hvilken grad byggherren skal få erstatning for misligholdet til entreprenøren. Etter NS 8405 punkt 39.4 kan byggherren kreve sine «nødvendige merkostnader, herunder økte finanskostnader» erstattet. Etter ordlyden er dette et objektivt ansvar som påhviler entreprenøren. Naturligvis under forutsetning at vilkårene for heving er oppfylt. Bestemmelsen er ikke rettet mot noen bestemte merkostnader, men bestemmelsen tar klart nok sikte på å dekke merkostnadene til fullføringen av bygget. Sagt med andre ord, erstatning for oppfyllelse av kontrakten.

Kostnadene ved fullføring vil som gjennomgått regelmessig bli høyere ved at en annen entreprenør fullfører bygget. Det er denne ekstrakostnaden erstatningen skal dekke, men også økte finanskostnader. Typisk at byggelånet blir høyere.<sup>170</sup> Det er byggherrens positive kontraktsinteresse som skal erstattes. Byggherren skal stilles økonomisk likt som om kontraktsbruddet ikke var skjedd.

Videre ligger det en begrensing i at kostnadene må være «nødvendige». I dette ligger det en tapsbegrensningsplikt for byggherren. Det kan likevel ikke forventes for mye. Teorien antar

---

<sup>169</sup> Hagstrøm (2017) s. 359

<sup>170</sup> Marthinussen (2016) s. 681

eksempelvis at det ikke kan kreves ny anbudsrunde.<sup>171</sup> Ordlyden setter en begrensning for byggherren slik at kostnader som følger av byggherrens uforsvarlige kostnader ved fullføringen holdes utenfor. Det må aksepteres en dyrere kostnad ved fullføringen ettersom en ny entreprenør påtas seg et ukjent, uferdig og ofte mangelfullt prosjekt.

Dersom kostnadene til byggherren er «nødvendige» er altså erstatningskravet ubegrenset. Dette er naturligvis særlig inngripende for entreprenøren. Likevel er det entreprenøren som er i mislighold og hensynet til byggherren tilsier full erstatning.

NS 8405 punkt 39.4 3. ledd avbryter også dagmulktkravet. Dette er mindre intuitivt enn erstatningen for merkostnader. Dagmulkt er den standardiserte erstatning som i utgangspunktet kan kreves for å bøte på forsinkelsen som oppstår. Erstatningen er ment til å bøte på typiske indirekte tap slik som nedsatt produksjon og tilleggskostnader ved forsinkelse for andre entreprenører som skal utføre arbeid. NS 8405 er inngått med kompromisser fra både byggherresiden og entreprenørsiden. Dette har den virkning at dagmulkt ikke kan kreves etter heving. Allerede påløpt dagmulkt fra dagmulktbelagte delfrister kan likevel kreves.<sup>172</sup>

## **5 Avslutning**

### **5.1 Oppsummering og konklusjon**

Ovenfor har jeg konkludert med at det for hevingsoppgjøret på entrepriserettens område skal foretas et separat oppgjør for vederlag og erstatning. Hevingen skjer kun for fremtidige ytelser og vederlagsopptjeningen avskjæres på hevingstidspunktet. Det skal først foretas en vurdering av hvilket vederlag entreprenøren har rett på for deretter å betale erstatning for merkostnadene ved fullføringen av prosjektet. Modellen er tilsvarende på de fleste entrepriserettslige områder, og kan antas å være et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.

For oppgjøret som skal foretas på hevingstidspunktet har entreprenøren rett til vederlag for det arbeidet som er utført. Ved dette oppgjøret har byggherren rett til å holde tilbake vederlag for dekning av sine øvrige krav og erstatning. Tilbakeholdsretten reguleres ikke direkte av hevingsbestemmelsene, men følger av de generelle betalingsbestemmelsene i NS 8405 punkt 29.3. Det tilbakeholdet beløpet blir deretter motregnet i det etterfølgende erstatningskravet for utbedring og merkostnader. Dette innebærer at det ikke alltid skal utbetales noe på hevingstidspunktet.

Det kan være en vanskelig grensedracting mellom delvis utført og mangelfullt arbeid. Likevel bør det for arbeider som ikke representerer en ferdig ytelse som utgangspunkt foretas

---

<sup>171</sup> Hagstrøm (2017) s. 359

<sup>172</sup> NS 8405 pkt. 39.4 3. ledd & Marthinussen (2016) s. 681

forholdsmessig betaling, basert på hvor langt arbeidet er kommet. Dersom entreprenøren hevder at arbeidene som er gjort representerer et annet vederlag, vil han ha bevisbyrden for dette. Der arbeidene regnes som delvis utført vil byggherren få en fordel ved lavere fullføringskostnader, ettersom vederlagsopptjeningen for fremtidige arbeider er avskåret. Enkelte ganger har det også betydning for utbetalingen på hevingstidspunktet, men som nevnt vil ofte beregnet erstatning for merkostnadene overstige vederlaget entreprenøren er berettiget.

Løsningen for de mangelfulle arbeidene er at entreprenøren hverken har en rett eller plikt til å utbedre. Det skal derfor ytes vederlag som om arbeidet var kontraktsmessig med et fradrag. Fradraget settes til hva det vil koste en ny entreprenør å utføre utbedringen. Løsningen innebærer at entreprenøren i enkelte tilfeller får en fordel der utbedringskostnadene blir lavere enn om opprinnelig entreprenør hadde utført arbeidet kontraktsmessig. Dette må byggherren tåle ettersom han ikke blir stilt dårligere enn ved kontraktsmessig oppfyllelse. Som nevnt er også normalsituasjonen at kostnadene til byggherren, ved å utbedre manglene, overstiger opprinnelig kostnad. Disse kostnadene plikter entreprenøren å erstatte for å stille byggherren i tilsvarende situasjon som om kontrakten ble oppfylt.

Det må for vederlagsberegningen trekkes et klart skille for arbeider som ikke anses å være utført. Skillet medfører at det ikke skal ytes vederlag for arbeider som tilvirkes utenfor byggeplassen og som enda ikke er kommet til byggeplassen på hevingstidspunktet. Også arbeidet som anses for å være totalt verdiløst faller utenfor det byggherren skal yte vederlag for.



## Litteraturliste

### Litteratur:

- Alvik (2017) Alvik, Ivar. *Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og kontraktstyper i norsk rett*. Jussens Venner 06/2017 (volum 52), s. 378-405 [lest på Idunn]
- Arvesen (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Martinussen og Heikki Giverholth. *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. 2. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Augdahl (1978) Augdahl, Per. *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. 5.utg. Oslo: H. Aschehoug & co (W. Nygaard), 1978
- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett en innføring*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Hagstrøm (2013) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2.utg. 2.opplag, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Hagstrøm (2017) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entreprisesrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Høeg-Rasmussen (2005) Høeg-Rasmussen, Annikken. *Erstatning for mangler etter el-lers gjeldende regler?* NF92 artikkel 25.3, tredje ledd. I *Marius* nr. 328 (2005). s. 64-79.
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut. *Tilvirkningskontrakter med kommentar til NTK 15 og NF 15*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Kolrud (1992) Kolrud, Helge Jakob mfl. *Kommentar til NS 3430*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992
- Kolrud (2004) Kolrud, Helge Jakob mfl. *NS 8405 kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen: Alma Mater Forlag, 1989.

- Lilleholt (2014) Lilleholt, Kåre. «Kontraktsrett og obligasjonsrett». I Knophs oversikt over Norges rett. Ragnar Knoph red., 14. utg., Oslo Universitetsforlaget, 2014, s. 210-276.
- Marthinussen (2016) Martinussen, Karl, Heikki Giverholth og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 kommentarutgave til Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt*. 4. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Nordtvedt (2013) Nordtvedt, Henning mfl. *NS 8407 kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Samuelsson (2020) Samuelsson, Per. *AB 04 En kommentar*. Stockholm: Författaren och Nordstedts Juridik AB, 2020.
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo: Forlagt av Johan Grundt Tanum, 1966.
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo: Universitetsforlaget, 1977
- Simonsen (2017) Simonsen, Lasse. *Bustadoppføringslova*. Digital utgave. Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og Rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Lover:**
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenester).

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

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

### **Forarbeid:**

NOU 1992:9 Forbrukerentrepriselov.

Ot.prp.nr. 29 (1988-1989) Om lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere

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

### **Rettspraksis**

Rt. 1934 s. 763

Rt. 1992 s. 796

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2014 s. 520

HR-2016-219-A

LB-2008-33181

LA-2014-196364

LH-2014-206301

LH-2018-178744

HR-2019-1225-A

LA-2020-147608

LB-2020-75480

**Standardkontrakter:**

- NS 401                      Norsk Standard. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* (NS401), 1938.
- NS 401A                     Norsk Standard. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* (NS 401A), 1961.
- NS 3401                    Norsk Standard. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* (NS 3401), 1969.
- AB 72                        Svenska teknologforeningen. *Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader* (AB 72), 1972.
- NS 3430                    Norsk Standard. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* (NS 3430), 1994.
- AB 04                        Bkk Byggandets Kontraktskommitté. *Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader* (AB 04), 2004.
- NS 8405                    Norsk Standard. *Norsk bygge- og anleggskontrakt* (NS 8405), 2008.
- NS 8407                    Norsk Standard. *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser* (NS 8407), 2011.
- NF 15                        Norsk fabrikasjonskontrakt 2015

