

ØKONOMISKE VIRKNINGER AV AVBESTILLING I ENTREPRISEKONTRAKTER

Kandidatnr: 354

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25.11.2003

Til sammen 17 999 ord

12.03.2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	TEMA	1
1.2	AVGRENSNING	2
1.2.1	HEVING	2
1.2.2	ANDRE AVGRENSNINGER	3
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLING	4
2	<u>PARTENE OG PRIMÆRKILDENE</u>	5
2.1	INNLEDNING	5
2.2	STANDARDRETTE	5
2.3	FORBRUKERLOVENE	6
2.4	ALMINNELIG ENTREPRISERETT	7
3	<u>PARTIELL AVBESTILLING – FORHOLDET TIL ENDRINGSREGLENE</u>	8
3.1	INNLEDNING	8
3.2	NÆRMERE OM GRENSEN MOT ENDRINGER	8
3.2.1	INNLEDNING	8
3.2.2	FAST KVANTITATIV GRENSE	9
3.2.3	SKJØNNMESSIG GRENSE	12
3.3	BYGGHERRENS ADGANG TIL Å GI DELER AV OPPDRAGET TIL ANDRE	15
4	<u>VEDERLAG FOR UTFØRT ARBEID</u>	17
4.1	INNLEDNING	17
4.2	KONTRAKTEN INNEHOLDER FASTE SUMMER	19
4.3	KONTRAKTEN INNEHOLDER ENHETSPRISER	22
4.3.1	INNLEDNING	22
4.3.2	STANDARDENE OG ALMINNELIG ENTREPRISERETT	22
4.3.3	BUSTADOPPFØRINGSLOVA	24
4.4	KONTRAKTEN INNEHOLDER IKKE AVTALTE PRISER	25
4.5	GRENSEN MELLOM VEDERLAG OG ERSTATNING	25
		II

5	ERSTATNING	27
5.1	INNLEDNING	27
5.2	ÅRSAKSSAMMENHENG	29
5.3	ØKONOMISK TAP	29
5.3.1	UTGANGSPUNKTET	29
5.3.2	TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN	30
5.3.3	UTMÅLINGSPRINSIPPER - BEVISBYRDESPØRSMÅL	31
5.3.4	BEGRENSNINGER AV DET ØKONOMISKE TAPET	38
5.4	ADEKVANS	47
5.4.1	INNLEDNING	47
5.4.2	STANDARDENE OG ALMINNELIG ENTREPRISERETT	48
5.4.3	FORBRUKERLOVENE	48
5.5	ANSVARSGRUNNLAG – UNNTAK FRA ERSTATNINGSPLIKTEN	49
5.5.1	INNLEDNING	49
5.5.2	ALMINNELIG ENTREPRISERETT	50
5.5.3	FORBRUKERLOVENE	51
5.6	AVBESTILLINGSGEBYR	53
5.7	SPESIELT OM AVBESTILLING AV REGNINGSARBEIDSKONTRAKTER	55
	LITTERATURLISTE	57
	JURIDISK LITTERATUR	57
	FORARBEIDER	58
	LOVER	58
	DOMMER	59

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for oppgaven er avbestillingsoppgjøret i entrepriserforhold. Et entrepriserforhold er et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold som gjelder *arbeid på fast eiendom*.

Ytelsen foreligger altså ikke ved avtaleinngåelsen, men skal tilvirkes eller utføres av den ene parten mot vederlag. Det dreier seg typisk om bygging av kontorbygg, lagerlokaler, hus, hytter osv., eller reparasjoner eller ombygging av slike.

Naturalkreditor i kontraktsforholdet kalles ”byggherre”, mens naturaldebitor kalles ”entreprenør”.

En rekke forhold kan gjøre at byggherren ønsker å påvirke naturaloppfyllelsen i perioden mellom avtaleinngåelsen og avslutningen av arbeidet. Han kan få nye behov som gjør ytelsen unødvendig, den avtalte utførelsen kan vise seg å være lite hensiktsmessig, eller økonomien svikter.¹ Regler om endringer og avbestilling gir byggherren en slik påvirkningsmulighet. Med ”avbestilling” forstås her at byggherren ved en ensidig erklæring fratrar entreprenøren muligheten til å oppfylle avtalen in natura. Avbestillingen innebærer altså at kontrakten ikke blir gjennomført som forutsatt, og spørsmålet som skal drøftes i oppgaven er *hvilken innvirkning* en avbestilling får på det *økonomiske oppgjøret* mellom partene.

Byggherren har *rett til å avbestille* hele eller deler av kontraktsarbeidet uten noen nærmere begrunnelse. Dette framgår klart av NS 3430² pkt. 29.1, NS 3431³ pkt. 34.1, bustadoppføringslova⁴ § 52 og håndverkertjenesteloven⁵ § 39, alles første ledd. Det er

¹ Nærmere om behovene hos Sandvik, Kommentar s. 122 og 265 og Krüger s. 544.

² Norsk Standard 3430 ”Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygge- og anleggsarbeider” 2. utgave september 1994

³ Norsk Standard 3431 ”Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser” 2. utgave september 1994

⁴ Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43, heretter ”buofl.”

⁵ Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni 1989 nr 63, heretter ”hvtjl.”

også sikker rett at avbestillingsretten gjelder i de uregulerte tilfellene.⁶

Avbestillingsretten oppstår idet det foreligger en bindende og endelig avtale, og kan benyttes fram til arbeidet er avsluttet.⁷

Ved å gi byggherren en rett til å avbestille entreprenørens ytelse, aksepteres samtidig at entreprenøren ikke ved kontrakten er gitt noen rett til å oppfylle in natura, bare en plikt. Entreprenørens rett til vederlag springer ut av denne plikten. Ved avbestillingen fratras entreprenøren muligheten til å oppfylle, og dermed også det direkte grunnlaget for hans vederlagskrav. Motstykket til byggherrens avbestillingsrett er derfor at han gis en *plikt til å betale entreprenøren erstatning* for det tap han lider som følge av avbestillingen, se NS 3430 pkt. 29.2, NS 3431 pkt. 34.2, buofl. § 52 annet og tredje ledd og hvtjl. § 40 (2). Det er dette erstatningsoppgjøret som er den vesentlige delen av avbestillingsoppgjøret. Avbestilling vil i tillegg kunne få innvirkning på beregningen av vederlaget for arbeid som er utført før avbestillingen. Disse virkningene vil derfor også bli gjennomgått i oppgaven.

1.2 Avgrensning

1.2.1 Heving

Avbestilling må avgrenses mot bortfall av avtalen som følge av *heving*. Selv om heving, og da spesielt heving *ex nunc*, har likhetstrekk med avbestilling, har de to rettsinstituttene forskjellige grunnlag. Heving er en beføyelse mot den annen parts mislighold, mens avbestilling kan foretas uten at slikt forhold foreligger.⁸

Det tales av og til om ”*uberettiget heving*”, dvs. at byggherren ”hever” kontrakten uten at hevingsvilkårene er oppfylt. Noen egentlig heving vil det da ikke være snakk om. Enten må man si at det er en avbestilling, eller så må man si at det dreier seg om et mislighold fra byggherrens side. I kontraktsforhold uten avbestillingsrett vil sistnevnte være det aktuelle. Slikt mislighold gis samme virkning som når entreprenøren hever

⁶ Sandvik, Kommentar s. 265, Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 69 og Kolrud s. 251. Se dessuten NOU 1992:9 s. 48, som sammen med Ot. prp. nr. 21 (1996-97) også inneholder merknader om alminnelig entrepriserett.

⁷ Kaasen s. 303 for så vidt angår NF 92.

⁸ Haaskjold, s. 296.

kontrakten.⁹ Entreprenøren blir fratatt grunnlaget for opptjeningen av sitt vederlag, og gis derfor krav på oppgjør for eventuelt utført arbeid og erstatning for bortfallet av kontrakten. En ”uberettiget heving” vil dessuten være et forsettlig mislighold slik at kontraktens mulige begrensinger i ansvaret for konsekvenstep ikke kommer til anvendelse, se f. eks. NS 3430 pkt. 34.2.2 d). En ”uberettiget heving” er altså i realiteten en avbestilling. Rettsvirkningene er de samme. Likheten med reglene om oppgjøret ved naturalkreditors heving var også ønsket ved utformingen av avbestillingsbestemmelsene i håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova.¹⁰

Man kunne kanskje tenkt seg at entreprenøren ved slik uberettiget heving hadde rett til å få oppfylle in natura, men ikke ved avbestillingen. Det kan ikke være riktig. Det er ikke naturlig å gi entreprenøren rett til å påtvinge byggherren en ytelse av den art det her er snakk om – særlig da arbeidet i tillegg skal foregå på byggherrens eiendom. Slik også *Lilleholt*¹¹. Også ved salg av fast eiendom er regelen at forbrukeren ikke kan dømmes til å overta eiendommen, se avhl.¹² § 5-1 annet ledd jfr. § 5-2.

1.2.2 Andre avgrensninger

Avbestillingen får også virkninger for entreprenørens *naturalplikter*. Plikt til å stanse naturaloppfyllelsen følger direkte av avbestillingsretten. Men det kan tenkes at han likevel skal fortsette noe arbeid, f. eks. for å sikre det halvferdige bygget. Denne type virkninger behandles ikke her, da oppgaven begrenser seg til de økonomiske konsekvensene av avbestilling.

Det forutsettes at avbestillingen skjer etter at det foreligger en *bindende og endelig* avtale mellom byggherren og entreprenøren. En avtale er bindende når den er gyldig etter alminnelige avtalerettslige regler. Endelig er avtalen når gjennomføringen av den ikke er gjort betinget av at visse på forhånd fastsatte betingelser oppfylles, f. eks. et finansieringsforbehold.

⁹ Se også Sandvik, Kommentar s. 124.

¹⁰ Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 60 og Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 80-81

¹¹ Lilleholt s. 65-66

¹² Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93, heretter ”avhl.”

Byggherren kan i praksis også stanse naturaloppfyllelsen ved *creditormora*, dvs. at han ikke oppfyller sine medvirkningsplikter etter kontrakten, og oppfyllelsen av disse pliktene er nødvendig for at entreprenøren skal bli i stand til å utføre sitt arbeid. Virkningene av at naturaloppfyllelsen stanses av slike årsaker faller utenfor oppgavens tema.

I buofl. § 53 finnes en egen avbestillingsregel der kontrakten også *omfatter rett til grunnen* boligen oppføres på. Regelen er ikke helt forskjellig fra § 52, men de særegenheter som gjør seg gjeldende, vil ikke bli behandlet her. Dette fordi det gir best sammenheng i fremstillingen å holde seg til ett felles utgangspunkt, nemlig at byggherren har rådigheten over byggegrunnen.

1.3 Den videre fremstilling

Jeg vil i det følgende først gi en kort presentasjon av det mest sentrale kildematerialet for reglene om avbestillingsoppgjøret. Videre vil jeg behandle grensen mellom avbestilling og fradrag som skjer ved bruk av endringsreglene. Den siste – og vesentligste – delen av oppgaven vil bestå i å undersøke hvordan det økonomiske oppgjøret etter en avbestilling skal være. Denne delen vil igjen deles i to. Først gjennomgås den delen av oppgjøret som retter seg mot det arbeid som allerede er utført av entreprenøren. Deretter vil jeg se på den delen som gjelder erstatning for det arbeidet entreprenøren gjennom avbestillingen fratras retten til å utføre, eller sagt med andre ord: erstatning for tapet av muligheten til å opptjene vederlaget.

2 Partene og primærkildene

2.1 Innledning

Det kan være praktisk å skille mellom tre rettskildemessige grunntyper i entrepriseretten. For det første har vi de avtaler som er basert på en *kontraksstandard*. Denne typen er aktuell mellom profesjonelle parter. For det andre har vi de avtaler som er underlagt *preseptorisk lovgivning*. Det vil være tilfelle i forbrukerforhold. For det tredje vil det forekomme tilfeller hvor partene står overfor spørsmål som ikke er løst i avtalen, standarden eller loven. Da må spørsmålene løses på grunnlag av *deklaratorisk rett*.

2.2 Standardretten

Hvor byggherren er *profesjonell*, står partene i utgangspunktet fritt til å bestemme avtalens innhold. I praksis bygger man på en standardkontrakt, hvorav de mest anvendte må antas å være NS 3430 eller NS 3431. Disse to standardene har likelydende avbestillingsbestemmelser. Selv om NS 3431 også regulerer prosjekteringen, vil avbestillingssituasjonen, slik den her behandles, bare omhandle ”utførelsesdelen” av totalentreprisen. Det er derfor ingen grunn til å skille mellom bestemmelsene i de to standardene. Heretter brukes derfor samlebetegnelsen ”standardene” der det vises til begge.

Det er ingen særlover som regulerer forholdet mellom profesjonelle parter på entrepriserettens område, så rettsreglene må følgelig utledes av ulovfestet rett.¹³ Årsaken til denne mangelen på lovgivning er nok langt på vei at det i lengre tid har vært en tradisjon for å utarbeide standardkontrakter. Det er snakk om såkalte ”agreed documents”, utviklet gjennom forhandlinger mellom representanter for de involverte parter. Slike kontrakter kan ses på som en form for privat lovgivning. At standardene er

¹³ Hagstrøm, Entrepriserett s. 13 og Sandvik, Entreprenørrisikoen s. 59 flg.

produkter av langvarige forhandlinger, gir en viss sikkerhet for at reglene innebærer en rimelig avveining av de motstridende interesser.¹⁴

Standardene er *dels* en kodifisering av deklarasjonsrett. For å binde partene må de derfor inkorporeres i avtalen.¹⁴ Men det skal neppe mye til for å tilfredsstillе inkorporeringskravet. Når det gjelder NS 3430, er denne arvtaker etter den tidligere NS 3401, som igjen avløste NS 401 A og NS 401. Tradisjonen for bruk av standardene er som nevnt lang. Sandvik skriver i sin kommentar til NS 3401 at ”praksis viser at nær sagt enhver summarisk henvisning til standarden anses tilstrekkelig til at standarden får anvendelse.”¹⁵ Det samme må trolig gjelde NS 3430, og det er neppe grunn til å se annerledes på det der det dreier seg om totalentreprise, hvor NS 3431 er aktuell. Avgjørelsen av vedtagelsesspørsmålet må likevel tas etter en konkret helhetsvurdering, hvor det vil være relevant å ta hensyn til bl. a. kontraktens omfang, partenes profesjonalitet og deres kommunikasjon i forbindelse med avtaleinngåelsen.

2.3 Forbrukerlovene

Hvor byggherren er *forbruker*, reguleres rettsforholdene bustadoppføringslova eller håndverkertjenesteloven. Begge lovene gjelder arbeid på fast eiendom, se begge § 1. Grovt sagt gjelder bustadoppføringslova når disse arbeidene skjer i forbindelse med *oppføring* av en ny bolig, mens der det er snakk om *reparasjoner* på en allerede oppført bolig, gjelder håndverkertjenesteloven. Det skal likevel vises at det for *resultatet av avbestillingsoppjøret* neppe er avgjørende om kontraktsforholdet reguleres av bustadoppføringslova eller håndverkertjenesteloven. Dette er også antydning i forarbeidene til bustadoppføringslova, hvor det uttales at ”føresegnene langt på veg vert samanfallande med føresegnene i handverkertjenestelova §§ 39 og 40”.¹⁶ I det følgende vil derfor bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven behandles under ett med mindre det er særlige forskjeller mellom dem. Bustadoppføringslova vil likevel være det ”primære” regelsett for forbrukerentreprisene, da den gjelder nybygg. Der det vises til begge, brukes samlebetegnelsen ”forbrukerlovene” eller bare ”lovene”.

¹⁴ Hagstrøm, Entrepriserett s. 13 flg.

¹⁵ Sandvik, Kommentar s. 23

¹⁶ Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 80

Forbrukerlovene legger klare bånd på avtalefriheten. Det følger av lovenes § 3 at de er ensidig preseptoriske til fordel for forbrukeren. Det betyr at partene gjerne kan inngå en individuell avtale, men i det øyeblikk avtalen gir forbrukeren dårligere betingelser enn hva som følger av lovene, vil lovenes bestemmelser gå foran.

Byggherren er forbruker dersom han er en ”fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd”, jfr. buofl. § 2 første ledd og hvtjl. § 1 (2). Entreprenøren omfattes av loven dersom han har inngått avtalen som ledd i næringsvirksomhet, jfr. buofl. § 2 annet ledd og hvtjl. § 1 (1).

Det bør også nevnes at selv om bustadoppføringslova preseptorisk regulerer forbrukerentreprisene, finnes det likevel standardkontrakter og utfyllende regler også her. Mest anvendt er nok NS 3425, som gjelder totalentrepriser, og NS 3426, som gjelder kontrakter hvor forbrukeren står for prosjekteringen. De er slik sett forbrukerentreprisenes motstykker til NS 3431 og 3430.

2.4 Alminnelig entrepriserett

Der et spørsmål *ikke løses av standarden* i profesjonelle forhold, kontrakten *ikke bygger på en standard* eller *loven ikke gir svar* i forbrukerforhold, må avtalen suppleres med deklarasjon, eller ”alminnelig”, entrepriserett.

Som nevnt ovenfor, gir standardene på flere punkter *uttrykk for* ellers gjeldende entrepriserett. Standardene kan imidlertid også være med å *skape* slik rett. Det kan skje ved at bestemmelser som inntas i standardene over tid og ved regelmessig bruk er med på å endre rettsoppfatningen innen bransjen, og skape kutyme.

Ved fastleggelsen av en entrepriserettslig bakgrunnsrett må man naturlig nok også se hen til andre kilder, bl. a. tilgrensende lovgivning, forarbeider, liknende kontrakter, rettspraksis, juridisk litteratur og reelle hensyn. Jeg går ikke nærmere inn på disse kildene her.

Det er avbestillingsoppgjøret under disse tre rettsgrunnlagene – standardene, forbrukerlovene og den alminnelige entrepriserett – som skal behandles i det følgende.

3 Partiell avbestilling – forholdet til endringsreglene

3.1 Innledning

Hvorvidt det foreligger en avbestilling, er ikke alltid helt klart. Det kan oppstå vanskelige grensespørsmål i forhold til reglene om endringer, fordi avbestillingsretten gir byggherren rett til å avbestille også *deler* av kontraktsarbeidet. Spørsmålet er da når en slik reduksjon av arbeidet skal anses som en avbestilling, og når den skal anses som en negativ endring.

Grunnen til at grensen har interesse, er at oppgjøret i de to tilfellene i utgangspunktet er forskjellig. Avbestillingsoppgjøret bygger på *tapssynspunkter* – entreprenøren skal ha erstatning for dekningsbidraget han går glipp av og tap han ellers påføres. Endringer skal på sin side gjøres opp ved *betalingsjustering* – tapssynspunktet er i utgangspunktet irrelevant. Det vil derfor normalt være en fordel for byggherren at en avbestilling anses som en endring. Når grensen på denne måten kan ha økonomisk betydning for partene, er det naturlig å regne med at den i visse tilfeller kan bli gjenstand for spekulasjon.

Jeg vil først se nærmere på grensedragningen mellom de to regelsettene, og deretter se på noen tilfelle hvor partene kan ha motstridende interesser mht. plassering av en reduksjon i den ene eller den andre kategori.

3.2 Nærmere om grensen mot endringer

3.2.1 Innledning

Standardene har to regler som kan tenkes å ha betydning for grensen mellom avbestilling og endringer: NS 3430 pkt. 28.1/NS 3431 pkt. 33.1 og NS 3430 pkt. 28.6/NS 3431 pkt. 33.6. Da standardenes regler er like, vises det heretter i dette kapitlet bare til reglene i NS 3430. Pkt. 28.1 stiller opp en *skjønnsmessig grense* for byggherrens endringskompetanse mer generelt, mens pkt. 28.6 inneholder en *fast kvantitativ grense* mot avbestilling. Bustadoppføringslova har bestemmelser om endringskompetansen i §

9 første og annet ledd som ligner på NS 3430 pkt. 28.1, men som ikke samsvarer helt. Bustadoppføringslova har ingen regel tilsvarende NS 3430 pkt. 28.6, men en fast kvantitativ grense kan avtales, jfr. § 9 tredje ledd.

Her avviker systemet i håndverkertjenesteloven fra bustadoppføringslova Forbrukeren har etter håndverkertjenesteloven ikke noen alminnelig rett til å *kreve* endringer i oppdraget, bortsett fra retten til hel eller delvis avbestilling.¹⁷ Tjenesteyteren har i visse tilfeller plikt til å råde forbrukeren til å gjøre endringer form av fradrag eller tillegg, se §§ 7 og 9, og da kan forbrukeren *velge* om han vil gjennomføre endringen eller ikke, men noen ren endringskompetanse som etter bustadoppføringslova og standardene har forbrukeren ikke. Dette betyr at grensen mellom avbestilling og endring, slik den skal drøftes i det følgende, ikke blir aktuell der forholdet reguleres av håndverkertjenesteloven.

Jeg skal nedenfor se på grensedragningen mellom avbestilling og fradrag ved endring etter begge de nevnte reglene; først den faste kvantitative grense, og deretter den skjønnsmessige. Det vil også bli drøftet hvilken betydning den skjønnsmessige grensen kan ha som supplement til en fast kvantitativ grense.

3.2.2 Fast kvantitativ grense

Etter NS 3430 pkt. 28.6 første ledd, skal ”reduksjonen” anses som en delvis avbestilling dersom ”entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg reduseres med mer enn 15% av kontraktssummen”.

Buofl. § 9 tredje ledd inneholder en regel som gir adgang til å avtale en lignende grense som den man finner i NS 3430 pkt. 28.6. Jeg vil for enkelthets skyld i det følgende forutsette at det er avtalt en slik grense på 15%, noe som også er gjort i standardformularene NS 3425 og NS 3427, mens NS 3426 ikke har noen slik bestemmelse. En avtalt grense er i forarbeidene forutsatt å fylle samme funksjon som grensen i NS 3430 pkt. 28.6¹⁸, men da formuleringene er noe ulike, kan det oppstå forskjellige tolkningsspørsmål.

Grunnlaget for vurderingen av om 15%-grensen er overskredet, er nettoen etter tillegg og fradrag, altså slik at tilleggsarbeider og fradrag vurderes under ett. Dette fremgår av

¹⁷ Woxholt s. 72 flg.

¹⁸ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 50

ordlyden i standardene, men må også gjelde etter bustadoppføringslova.¹⁹ Utgjør nettoen mer enn 15% av ”kontraktssummen” i standardene eller ”vederlaget” i bustadoppføringslova, er utgangspunktet at det foreligger en delvis avbestilling.²⁰ Erstatning vil likevel bare være aktuelt dersom entreprenøren faktisk har lidd tap utover oppgjørene for de enkelte reduksjoner.²¹

Også med en slik grense kan det oppstå ulike problemstillinger. For det første er det uklart hva som ligger i ”entreprenørens samlede vederlag etter tillegg og fradrag”, jfr. NS 3430 pkt. 28.6. Problemet er om det skal medregnes nedjusteringer i avtalt *anslåtte mengder*. Det skal det ikke ved tilleggsarbeider, se pkt. 28.1 annet ledd annet punktum. Ordlyden i pkt. 28.6 åpner for begge løsninger. På den ene siden taler den for å ta med slik nedjustering og eventuelt andre justeringer, se uttrykket ”samlede vederlag”. Denne løsningen legges til grunn av *Kolrud*.²² På den annen side kan man si at ordlyden taler mot å medregne slik justering, se uttrykket ”etter tillegg og fradrag”. Dette kan ses som en henvisning til tillegg og fradrag ved endringer, og bestemmelsen står jo også i standardens kapittel om endringer. *Barbo* legger derfor til grunn at det i grunnlaget for beregningen av 15%-grensen ikke skal tas hensyn til justeringer for avtalt anslåtte mengder, eller andre justeringer som f. eks. prisregulering.²³ Også hensynet til likhet med regelen om tilleggsarbeider trekker i denne retning. Dessuten skal det vises nedenfor at regelen i buofl. § 9 tredje ledd nok må forstås slik at den bare omfatter reduksjon av vederlaget som skyldes endringer. Samlet sett kan det derfor være grunn til ikke å la nedjusteringer i avtalt anslåtte mengder telle med i det ”samlede vederlag etter tillegg og fradrag”. Men løsningen er usikker.

¹⁹ Lilleholt s. 53 og Bergsåker s. 40-41 når det gjelder buofl., og Kolrud s. 248-249 når det gjelder NS 3430.

²⁰ Se NS 3430 pkt. 2.10, som definerer kontraktssummen som ”det opprinnelig avtalte vederlag for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser...” I buofl. brukes uttrykket ”vederlaget” om det mengden av endringer skal holdes opp mot. Dette må forstås som ”kontraktssummen”, der slik finnes, eller prisoverslag, jfr. Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 50.

²¹ Barbo s. 123 flg.

²² Kolrud s. 248

²³ Barbo s. 124-125

I forslaget til ny standard, NBR F 79/02 Norsk bygge- og anleggskontrakt, er dette spørsmålet formodentlig avklart i avbestillingsbestemmelsen i pkt. 41.1 (slik forslaget står i skrivende stund, 24.11.03). Formuleringen er der ”entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider” (min utheving).

Tilsvarende problemstilling oppstår neppe under buofl. § 9 tredje ledd. Der er formuleringen klarere, og det er tale om ”endringer eller tilleggsarbeid”, i motsetning til ”fradrag og tillegg” i standardene. Dessuten uttales det i forarbeidene at mengdevariasjoner ikke er ment medregnet.²⁴ Løsningen i loven må derfor være at det bare skal tas hensyn til reduksjoner og tillegg som kommer av egentlige endringer, pålagt etter § 9.

Når man så har avklart grunnlaget for beregningen av om 15%-grensen (eller høyere, jfr. buofl. § 9 tredje ledd) er overskredet, blir det neste spørsmålet hva som skal skje dersom grensen *faktisk overskrides*. Det er to alternativer. Det ene er å anse hele reduksjonen som en delvis avbestilling. Det andre er bare å anse den delen av reduksjonen som overstiger 15% som delvis avbestilling, og la det som ligger innenfor 15% regnes som endring.

Å anse *hele reduksjonen* som delvis avbestilling passer med ordlyden i NS 3430 pkt. 28.6, jfr. uttrykket ”reduksjonen”. Lilleholt²⁵ legger denne løsningen til grunn, og Barbo²⁶ mener dette vil være best i overensstemmelse med deklarasjonsrett. Deklarasjonsrett vil i denne forbindelse være reglene om oppgjør ved uberettiget delvis heving, og i slike tilfeller vil kreditor ha rett til erstatning for hele sitt tap.

Dersom man anser hele reduksjonen som en delvis avbestilling, vil det føre til at grensen etter omstendighetene kan få meget stor betydning. Holder man seg da innenfor 15 %, skal det ikke betales erstatning over hodet, mens om man får en netto reduksjon på 15,1 %, skal det betales erstatning for hele reduksjonen. Det vil kunne gjøre det lønnsomt for byggherren å unnlate å utstede negative endringsordrer i ganske stor grad, kun for å slippe å betale erstatning. En slik løsning vil være samfunnsøkonomisk

²⁴ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 50

²⁵ Lilleholt s. 59

²⁶ Barbo s. 124

uheldig. Dette taler for å legge til grunn at *bare det overskytende ut over 15%* skal anses som delvis avbestilling. For en slik løsning taler også formålet med 15%-regelen – det skal gis mulighet for en viss bevegelighet i kontraktsforholdet uten at byggherren skal komme i ansvar. I samme retning trekker hensynet til forutberegnelighet. Hovedregelen bør derfor være at bare det overskytende ut over 15% regnes som delvis avbestilling, mens det som ligger innenfor regnes som endring.

Også dette spørsmålet er avklart i forslaget til ny standard, NBR F 79/02 pkt. 41.1 (slik det foreligger 24.11.03). Bestemmelsen sier at dersom det samlede vederlag reduseres med mer enn 15%, ”anses *hele* reduksjonen som delvis avbestilling” (min utheving).

I de svenske kontraktsbestemmelsene AB 92 finnes regler om dette i 6 § 9. Andre ledd ligner bestemmelsen i NS 3430 pkt. 28.6 første ledd. Den svenske regelen er at dersom den negative nettoen av tillegg og fradrag overstiger 20% av kontraktssummen, skal entreprenøren ha erstatning for tap av dekningsbidrag som ”belöper på den överskjutande delen av saldoavdraget”. Løsningen er altså at entreprenøren bare skal ha erstatning for det som går *ut over* 20%. Regelen er riktignok ikke den samme som i standardene, da det følger av 6 § 9 første ledd at entreprenøren også skal ha kompensasjon dersom nettoen er negativ, men ligger innenfor 20% av kontraktssummen. Kompensasjonen skal da utgjøre 10% av differansen. Regelen blir derfor at entreprenøren alltid har krav på 10% av differansen, men dersom nettoen overstiger 20% av kontraktssummen, skal han for den overskytende delen i tillegg ha erstatning, dersom tapet overstiger 10%.

3.2.3 Skjønnsmessig grense

a) Innledning

Det er hevdet at man i visse tilfeller kan betrakte en negativ endring som en avbestilling uavhengig av 15% grensen i pkt. 28.6 eller §9 tredje ledd – at det må gjøres en konkret vurdering, eksempelvis der det avbestilles en selvstendig del av oppdraget.²⁷ Ordlyden i NS 3430 pkt. 29 og buofl. § 52 er ikke til hinder for en slik løsning. Det kan dessuten være at partene i en forbrukerentreprise ikke har avtalt noen kvantitativ grense, eller at profesjonelle parter enten har strøket bestemmelsen i NS 3430 pkt. 28.6 eller ikke bygger kontrakten på standardene i det hele tatt. Grensen må da fastsettes skjønnsmessig. Jeg ser derfor først på hvordan dette gjøres, for deretter å se på om en (avtalt) 15%-grense i visse tilfeller suspenderes av en eventuelt skjønnsmessig fastsatt grense.

b) Kontrakten inneholder ikke noen kvantitativ grense

Prinsippet i NS 3430 pkt. 28.1 og buofl. § 9 første og annet ledd er formodentlig et stykke på vei samsvarende med den alminnelige entrepriserett: Byggherren er gitt endringskompetanse, men innenfor grensene for hva det er rimelig å forlange av entreprenøren. Grensene etter den ulovfestede regel er likevel svært uklare, og standarden og loven er heller ikke fullt ut like. Dessuten passer bestemmelsene i standarden og loven best på tilleggsarbeider. Jeg vil nedenfor se nærmere på den skjønsmessige fastsettelsen av grensen mot avbestilling, slik den fremstår i standardene og loven.

For det første har *omfanget av endringen* betydning. Etter standardene kan byggherren ikke kreve tilleggsarbeider som (netto) går ut over 15% av kontraktssummen. Ifølge *Kolrud*, kan denne grensen gi en viss veiledning også ved fastsettelsen av grensen mellom endring og avbestilling.²⁸ Bustadoppføringslova har ikke lovfestet en slik eksakt kvantitativ grense, men krever at omfanget ikke ”skil seg vesentleg” fra det opprinnelige kontraktsarbeid. I forarbeidene til bustadoppføringslova er det for øvrig uttalt at selv om det ikke er avtalt noen grense i medhold av § 9 tredje ledd, kan 15%-grensen være veiledende i den forstand at en som regel ikke bør anse det som en delvis avbestilling dersom endringen(e) utgjør mindre en 15%.²⁹

For det andre kan *det avbestilte arbeidets karakter* ha betydning. Man kan f. eks. tenke seg at reduksjonen gjelder en selvstendig del av kontraktsarbeidet eller en spesiell utførelse.²⁸ Dreier det seg f. eks. om en kontrakt om oppføring av enebolig med garasje, og garasjen tas ut av kontrakten, kan dette tale for å benytte avbestillingsreglene selv om omfanget av endringen ikke er vesentlig.

For det tredje kan det ha betydning i hvilken grad reduksjonen fører til at *selve oppdraget*, slik det fremstår etter reduksjonen, *skifter karakter*. Dersom entreprisen opprinnelig gikk ut på oppføring av et kontorbygg, men etter diverse endringer får karakter av et lagerbygg, kan dette muligens tale for å anse endringene som en delvis

²⁷ Slik bl. a. *Kolrud* s. 253 og *Harlem* s. 48

²⁸ *Kolrud* s. 253

²⁹ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 81

avbestilling. Det kan også tenkes at man i et slikt tilfelle vil kunne komme til samme resultat ved å se på reduksjonen i arbeidets omfang.

Buofl. § 9 annet ledd foreskriver dessuten en *proposjonalitetsvurdering*: Endringen kan ikke kreves gjennomført dersom entreprenørens ulemper ved den ikke står i forhold til forbrukerens interesser. Også denne bestemmelsen kan ha betydning i avbestillingstilfellene. Selv om byggherren alltid kan ta ut deler av kontrakten, vil det at entreprenørens ulemper overstiger byggherrens fordel tale for å anse reduksjonen som en avbestilling med erstatningsplikt heller enn en endring.

Det som er nevnt ovenfor, vil kunne være momenter i en *helhetsvurdering*. For det er klart at grensen mellom avbestilling og endring, dersom den ikke er avtalt, vil måtte bestemmes ganske konkret, og ikke etter en mer eller mindre løsrevet vurdering av de enkelte endringer.

c) Kontrakten inneholder en kvantitativ grense

Spørsmålet er så om den skjønnsmessig fastsatte grensen får noen betydning i de tilfellene hvor man i kontrakten har en fast kvantitativ grense, slik som i NS 3430 pkt. 28.6 og buofl. § 9 tredje ledd (etter avtale).

Det er klart at en løsning med supplement av den skjønnsmessige regel gjør det mulig å komme til konkret rimelige løsninger. I forarbeidene til bustadoppføringslova uttales det at selv om man har avtalt en grense etter § 9 tredje ledd, hindrer ikke dette entreprenøren fra å gjøre gjeldende begrensningene i første og annet ledd.³⁰

Det tilføyes imidlertid i de samme forarbeider at den praktiske hovedregelen der det finnes en avtalt grense, må være at denne legges til grunn. Ved disse uttalelsene har man nok først og fremst hatt tilleggsarbeid i tankene, men det er neppe grunn til å se annerledes på det der det dreier seg om reduksjoner. Samme betraktninger kan nok legges til grunn for bestemmelsene i standardene – den klare hovedregel må være at 15%-grensen gjelder. Begrunnelsen blir her den samme som ovenfor ved spørsmålet om

³⁰ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 50

hele reduksjonen eller bare den delen som overstiger 15% skal anses som delvis avbestilling, se kapittel 3.2.2 siste avsnitt.

3.3 Byggherrens adgang til å gi deler av oppdraget til andre

Siden grensen mellom avbestilling og negative endringer er uklar og har økonomisk betydning, vil partene kunne se seg tjent med å spekulere i den. Det kan skje ved at byggherren ”skummer fløten” i kontrakten, dvs. tar ut de relativt sett dyre delene, for å gi dem til en annen entreprenør som kan utføre dem billigere.³¹ Man kan tenke seg at entreprenørens forutsetning for tilbudet nettopp var helheten i kontrakten. Når noe tas ut, forstyrres balansen mellom ”høye” og ”lave” priser. Entreprenøren kan da bli sittende igjen med arbeidsoppgaver som det vil være lite lønnsomt eller til og med tapsbringende for ham å utføre alene.

Én mulig løsningen av dette problemet kan være å anta at entreprenøren må være nærmest til å bære risikoen for sine egne forutsetninger. Vile han forsikre seg mot at slik ”skumming” skjedde, burde han ha fordelt dekningsbidraget jevnere ut over de forskjellige komponentene i tilbudet, slik at eventuelle endringer ikke kunne ramme ham så skjevt.

En annen løsning kan være å innfortolke et krav om saklig grunn³², kanskje supplert med lojalitetssynspunkter og avtl. § 36, dersom slik ”skumming” får urimelige utslag.³³ Hvis årsaken til at byggherren har tatt ut de dyrere komponentene er andre enn økonomiske, f. eks. av hensyn til bedre kvalitet eller en mer hensiktsmessig utførelse, er lojalitetssynspunktet ikke like nærliggende.³⁴

I saken i LE 1998-00648, er et lignende spørsmål behandlet under pkt. 3.5 ”Avbestilling av påstøp”. Kontrakten var bygget på NS 3430. Byggherren hadde avbestilt visse støpearbeider, for å få dem utført av en annen entreprenør. Retten påpekte at kontraktens pkt. 28 riktignok også gjaldt endringer i form av reduksjoner, men at den

³¹ Se Sandvik, Kommentar s. 124

³² Slik antyd det av Sandvik, Kommentar s. 124 og Kolrud s. 252

³³ Se også Johansen s. 201-202

³⁴ Slik Kaasen s. 299 når det gjelder NF 92. Han mener at det skal lite til av akseptable grunner før en slik reduksjon må godtas uten erstatningsplikt.

foreliggende situasjon ”klart faller utenfor området for kontraktens pkt. 28”. Det uttales videre at ”pkt. 28 må forstås med en viktig begrensning som følger av bestemmelsens formål. Formålet er å gi byggherren mulighet til å få det bygget han ønsker og har behov for, også i de tilfeller hvor ønsker og behov først bli klarlagt under selve byggeprosessen. Bestemmelsen gir derfor ikke adgang til å ta et bestemt arbeidsstykke ut av en entreprenørs kontrakt for så å få samme arbeid utført av en annen entreprenør. Dette må i tilfelle håndteres som en avbestilling etter kontraktens pkt. 29.”

Uttalelsene i dommen er ganske kategoriske. Rent bokstavelig ser det ut til at man mener at ethvert tilfelle hvor en byggherre tar ut en del av kontrakten og gir den til en annen entreprenør, må behandles som en avbestilling. Om det er det retten har ment, er likevel ikke helt klart. Det fremgår ikke tydelig hva som er bakgrunnen for byggherrens overføring av oppdraget fra den ene entreprenør til den andre, og om retten i tilfelle har lagt vekt på denne årsaken.

Etter dette vil valget mellom å anse reduksjoner i disse tilfellene som avbestilling eller endring altså i realiteten bli et spørsmål om fordelingen av risikoen for entreprenørens dekningsbidrag. Avgjørelsen må tas etter en konkret vurdering, hvor årsaken til reduksjonen må stå sentralt. Utgangspunktet kan tenkes å være at der byggherrens formål med reduksjonen er å spare penger ved å benytte en annen entreprenør, bør han betale erstatning for entreprenørens tap ved ikke å få utføre arbeidet. Har han derimot en annen, saklig, grunn, bør risikoen kanskje ligge hos entreprenøren, men med uttalelsene i LE 1998-00648, er dette altså noe uklart.

4 Vederlag for utført arbeid

4.1 Innledning

Avbestillingen virker *ex nunc*, dvs. at den virker for den delen av det avtalte oppdraget som enda ikke er utført. Avbestillingsoppgjøret er derfor egentlig bare et erstatningsoppgjør som retter seg mot det arbeidet entreprenøren fratas muligheten til å utføre. For det utførte arbeidet skal entreprenøren ha vederlag i samsvar med avtalen. Kravet på vederlag for utført arbeid kan imidlertid bli *påvirket* av det faktum at entreprenøren ikke får utføre hele oppdraget. Derfor må også vederlagsspørsmålet behandles i oppgaven.

Er det utført arbeid på avbestillingstidspunktet, blir oppgjøret altså todelt, og det er ”vederlagsdelen” som skal behandles i dette kapitlet. Foretas avbestillingen før entreprenøren har utført noe arbeid, blir naturlig nok ikke denne posten aktuell. Den nærmere grensen mellom hvilke poster som skal gjøres opp etter reglene om vederlag og hvilke som skal erstattes, vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.5.

Entreprenørens krav på vederlag for utført arbeid tas gjerne for gitt, og fremgår eksempelvis ikke av ordlyden i avbestillingsbestemmelsene i NS 3430 pkt. 29 og NS 3431 pkt. 34. I buofl. § 52 annet ledd første punktum er det derimot sagt uttrykkelig: ”For arbeid som er utført før avbestillinga, kan entreprenøren krevje vederlag.” Samme utgangspunkt følger av hvjtl. § 40 første ledd.

Buofl. § 52 annet ledd annet punktum og hvjtl. § 40 (1) gir visse prinsipper for fastsettelsen av vederlaget. Det skal tas utgangspunkt i *avtalte priser*. Finnes ikke slike, følger det av bustadoppføringslova at vederlaget skal beregnes som regningsarbeid, jfr. § 41, mens håndverkertjenesteloven sier at vederlaget skal beregnes som om kontrakten bare omfattet den avbestilte delen.

Det er klart at det også etter standardene og alminnelig entrepriserett må tas utgangspunkt i de avtalte prisene. Siden det ikke er gitt bestemmelser om dette i

standardene, kan man antakelig se hen til bestemmelsene om oppgjør ved heving, se NS 3430 pkt. 34.1.2 b) og 34.2.2 b) og de tilsvarende bestemmelsene i NS 3431 pkt. 39.³⁵ Ordlyden i NS 3430 pkt. 34.2.2 b) sier at ”byggherren [skal] betale entreprenøren for kontraktmessig utførelse etter kontraktens priser.” Selv om bestemmelsene retter seg mot heving, er det etter det som er sagt i kapittel 1.2.1 neppe grunn til å trekke noen skarp grense mot avbestilling.

Jeg vil dele den følgende fremstilling i tre etter hvilket vederlagsformat som er benyttet i kontrakten. Det kan være avtalt enhetspriser eller faste summer, men det kan også være at det ikke er avtalt noe om pris i det hele tatt. Begrepsbruken skal forklares nedenfor. En annen type mekanisme for vederlagsberegning finnes i de såkalte incitamentkontrakter. Dette er kontrakter hvor entreprenørens vederlagskrav påvirkes av om han lykkes i å oppnå visse mål som er fastsatt i kontrakten, som f. eks. ekstra kort byggetid. Denne typen kontrakter behandles ikke her. Når det gjelder entreprenørens fortjeneste, eller dekningsbidrag, er dette et element som både har betydning ved vederlagsberegningen og erstatningsutmålingen. Derfor vil jeg allerede her forklare innholdet i disse begrepene noe nærmere.

Med *enhetspris* menes at det er avtalt en pris per ferdig produsert enhet, beregnet som et produkt av arbeidsinnsats, materialkostnader og eventuelt rigg- og driftskostnader. (Rigg og drift kan også være kalkulert som en egen post.) Som eksempel kan man bruke malingsarbeider. En enhetspris kan i slike tilfeller regnes ut pr. kvadratmeter malt overflate, og vil da, noe forenklet, bestå av malerens arbeidsinnsats, malingsforbruk og leie av stillaser – altså både variable og faste kostnader.

Med *faste summer* menes her at kontrakten inneholder bestemte priser for hele oppdraget eller enkelte selvstendige deler av det. Det kan eksempelvis være avtalt at hele bygget skal oppføres for en bestemt sum, uten at det under denne er avtalt priser for de enkelte arbeidsoppgaver. Entreprisen kan også være delt opp i bolker, som hver har sin faste pris, f. eks. malingsarbeidene for seg. I praksis vil kontraktene gjerne i tillegg til en fast sum også inneholde enhetspriser til bruk ved endringer.

³⁵ Slik Krüger s 553 for så vidt angår NS 3401

Også begrepene *dekningsbidrag*, *dekningsgrad* og *fortjeneste* må forklares.³⁶ Begrepene dekningsbidrag og fortjeneste brukes noe tilfeldig i rettspraksis og i juridisk litteratur. Etter en normal forståelse av begrepene, har de imidlertid litt forskjellig innhold. *Dekningsbidraget* fremkommer ved å ta utgangspunkt i den avtalte pris, for deretter å trekke fra de *direkte kostnadene*. Med direkte kostnader forstås forbruk av varer og tjenester vurdert i penger, som er nødvendige for å gjennomføre kontrakten. De direkte kostnadene kan igjen deles opp i *faste og variable kostnader*. Faste kostnader er de kostnader som i utgangspunktet ikke varierer med produksjonsmengden, f. eks. utgifter til leie og oppsetting av stillas. Variable kostnader er kostnader som varierer med størrelsen på produksjonen, f. eks. materialforbruk. Når man så har funnet dekningsbidraget, skal dette i sin tur dekke *indirekte kostnader* og risiko. Det resterende er *overskudd*. Med indirekte kostnader menes kostnader som ikke uten videre kan henføres til et bestemt oppdrag, eksempelvis entreprenørens generelle administrasjonskostnader. Overskuddet er det entreprenøren sitter igjen med etter at alle kostnader er dekket, og dekker språklig sett det samme som uttrykket *fortjeneste*. Når ”fortjeneste” brukes i rettspraksis og teori i avbestillingssammenheng, er det etter min oppfatning likevel normalt i betydningen ”dekningsbidrag”. Uttrykket *dekningsgrad* brukes om dekningsbidraget regnet i prosent av omsetningen.

4.2 Kontrakten inneholder faste summer

Inneholder kontrakten en *fast pris for den delen som er utført før avbestillingen*, er det naturlig at denne legges til grunn – dette følger ganske klart av ordlyden i bustadoppføringslova, og også av forarbeidene.³⁷ Det samme må gjelde standardene og alminnelig entrepriserett.

Er det gitt en *fast pris for hele kontraktsarbeidet*, mens det bare avbestilles en del av det, vil spørsmålet om beregning av vederlaget bli vanskeligere. I hovedtrekk kan man da tenke seg to muligheter. Den første bygger på det klare utgangspunktet: Avtalte priser skal legges til grunn. Den andre forutsetter at man ser bort fra den avtalte pris, fordi denne av ulike grunner blir uanvendelig der bare en del av oppdraget utføres.

³⁶ De følgende definisjoner er hentet fra Bøe, Økonomisk Maxilex s. 54, 58, 125 og 158

³⁷ NOU 1992:9 s. 101 og Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 81

Utgangspunktet er avtalens pris. Man kan tenkes å legge til grunn et *proporsjonalitetsprinsipp*. Er det avtalt en kontraktspris på 10, og arbeidene avbestilles etter at halvparten er utført, settes vederlaget til 5. En slik løsning må antakelig være hovedregelen.

I visse tilfeller kan en slik ren proporsjonalitetsbetraktning føre til skjeve resultater i den ene eller annen retning, f. eks. der prisen er bygget på en forutsetning om at hele arbeidet utføres. Det vil kunne være tilfelle ved f. eks. maleropdrag. Her vil maleren kanskje måtte leie inn stillaser og malingsprøyter som han trenger uansett hvor mye han skal male. Disse kostnadene er faste, og sammen med de variable kostnader som f. eks. antall liter maling og antall arbeidstimer, samt et dekningsbidragselement, utgjør de malerens pristilbud. Dersom maleren bare får utføre en mindre del av oppdraget, vil han like fullt pådra seg de faste kostnadene – i alle fall en vesentlig del av dem. Disse vil da bli forholdsmessig høyere jo mindre arbeid han utfører. Reduksjonen fører m.a.o. til tap av synergieffekter. Bygger man på et rent proporsjonalitetsprinsipp, vil malerens dekningsgrad bli lavere jo tidligere avbestillingen kommer. Frem til en viss mengde utført arbeid, vil maleren ikke ha opptjent noe dekningsbidrag over hodet, men arbeide med tap. I disse tilfellene kan man si at forutsetningene for prisen forrykkes, slik at den i alle fall ikke direkte kan legges til grunn for vederlagsberegningen.

Utgangspunktet må fortsatt være at man benytter de holdepunkter avtalen kan gi ved fastsettelsen av vederlaget. Man kan tenke seg en *justert* anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet på samme måte som det nedenfor skal vises at man gjør bruk av justerte enhetspriser. Er det f. eks. mulig å fastslå hvilken dekningsgrad entreprenøren la til grunn for sin pris, bør denne også legges til grunn når den nye pris beregnes. Målet er hele tiden å opprettholde den *kommersielle balanse* i kontraktsforholdet også ved avbestillingen.

Dersom man etter en konkret vurdering antar at man ikke kan bygge på den avtalte pris i det hele tatt – hvilket må være unntakstilfellene – er et alternativ å bygge på *regningsprinsippet*, se buofl. § 52 annet ledd annet punktum jfr. § 41 annet ledd og NS 3430 pkt. 27.3 og NS 3431 pkt. 31.3. Kort sagt går regningsprinsippet ut på at entreprenøren skal ha dekket sine dokumenterte kostnader med tillegg av et rimelig påslag for dekningsbidrag. Det er alminnelig antatt at regningsprinsippet er den

alminnelige regel om vederlagsberegning i entrepriseforhold dersom avtalen ikke sier noe annet.³⁸ En annen variant er å beregne vederlaget som om oppdraget bare omfattet det utførte arbeidet. Dette er løsningen i hvtjl. § 40 (1), som igjen viser til § 32 om prisberegning. Etter § 32 skal prisen utgjøre ”gjengs pris” for tilsvarende arbeider, dersom slik pris er rimelig. Finnes ikke slik gjengs pris, skal det betales ”rimelig pris”.

Når det gjelder uttrykket ”gjengs pris”, er det noe uklart hvordan dette skal forstås. Utgangspunktet må være at gjengs pris er prisen for samme type tjeneste, utført på samme tid i samme område av landet. Slik sett vil uttrykket egentlig bety ”markedspris”. Disse to uttrykkene har likevel noe forskjellig betydning på et annet område, nemlig husleieretten. Med ”gjengs leie” menes der ”et representativt gjennomsnitt av det leienivået som allerede er etablert på stedet ved leie av liknende husrom på liknende leievilkår”, se NOU 1993:4 s. 134. ”Markedsleie” vil være leien for tilsvarende husrom på samme sted til samme tid *til enhver tid*, mens gjengs leie vil utgjøre et *gjennomsnitt av de inngåtte kontrakter*. Gjengs leie vil dermed ikke følge markedets konjunkturer like raskt som markedsleien, men kan være både høyere og lavere enn markedsleien. Forskjellen mellom husleiekontrakter og entreprisoppdrag er likevel at førstnevnte er en løpende ytelse, mens sistnevnte i denne forbindelse ikke er det. Det er derfor her neppe grunn til å skille mellom markedspris og gjengs pris på den måten som det er gjort i husleieloven.

De to nevnte alternativene har forskjellig *utgangspunkt*, men det er grunn til å tro at *resultatet* i de aller fleste tilfeller vil bli det samme. Dette fordi begges regelsett innebærer at entreprenøren bare kan få dekket de kostnader det er forsvarlig av ham å pådra seg, med tillegg av et dekningsbidrag som i begge tilfeller skal være rimelig. Prisberegningen suppleres altså av alminnelige lojalitetssynspunkter. Om rettsforholdet reguleres av bustadoppføringslova eller håndverkertjenesteloven er derfor neppe avgjørende for det faktiske resultat av oppgjøret for utført arbeid ved avbestilling.

Etter dette må utgangspunktet etter standardene, bustadoppføringslova og alminnelig entrepriserett være at entreprenørens vederlag for utført arbeid så langt det er mulig må bygge på kontraktens priser. Er dette ikke mulig, skal vederlaget dekke hans faktiske kostnader med påslag av et dekningsbidragselement som er rimelig i forhold til

³⁸ Sandvik, *Entreprenørrisikoen* s. 168-170 og s. 329 og *Kommentar* s. 130 og *Krüger* s. 346: ”Den deklatoriske hovedregel om vederlagsberegning i entrepriseforhold synes i dag å være at byggherren – i mangel av holdepunkter for annet – skal dekke entreprenørens dokumenterte utlegg og betale ham vanlig – eventuelt rimelig – fortjeneste (salær) på oppdraget – altså en regningsregel basert på *kostprinsippet*.”

oppdragets omfang, slik det faktisk ble. Dette for at balansen i kontraktsforholdet så godt som mulig opprettholdes også ved avbestillingen. Mer om dette i neste kapittel.

4.3 Kontrakten inneholder enhetspriser

4.3.1 Innledning

Dersom kontrakten inneholder enhetspriser, må disse som utgangspunkt legges til grunn. Spørsmålet blir her, som ovenfor hvor det gjaldt faste summer, hvordan enhetsprisene skal anvendes dersom forutsetningene for dem forandres i større eller mindre grad.

Selv om utgangspunktet som nevnt må være at enhetspriser legges til grunn der det er avtalt slike, er det uttalelser i forarbeidene til bustadoppføringslova som kan tyde på at det kan tenkes unntak fra dette utgangspunktet i forbrukerentrepriser. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven inneholder ikke merknader om dette, så spørsmålet må der løses etter den alminnelige entrepriserett. Jeg vil først se på reglene i standardene og alminnelig entrepriserett, og deretter se på i hvilken utstrekning reglene i bustadoppføringslova avviker fra dette.

4.3.2 Standardene og alminnelig entrepriserett

Standardene inneholder som nevnt ikke regler som direkte gjelder fastsettelse av vederlaget for utført arbeid ved avbestilling. Det mest nærliggende må da være å ta utgangspunkt i det systemet for bruk av enhetspriser som allerede finnes i endringsreglene, se NS 3430 pkt. 28 og NS 3431 pkt. 33, og anvende dette analogisk på avbestillingstilfellene.³⁹

Det er grunn til å tro at dette systemet gir uttrykk for alminnelig entrepriserett.

Tilsvarende prinsipper lå til grunn i NS 3401. Det finnes også et tilsvarende system i fabrikkasjonskontrakten, NF 92 art. 13.2, selv om dette er noe mer detaljert.

Standardretten og den alminnelige entrepriserett behandles derfor under ett. Og siden standardene her har likelydende bestemmelser, vises det bare til bestemmelsene i NS 3430.

³⁹ Sandvik, Kommentar s. 267 og Krüger s. 553, jfr. note 35

Etter NS 3430 pkt. 28.4.1 første punktum er utgangspunktet at enhetsprisene legges *direkte* til grunn. Men som i eksemplet i kapittel 4.2 vil det kunne oppstå vanskeligheter med bruken av enhetspriser der avbestillingen medfører større avvik fra den forutsatte arbeidsmengde. Jo større del de faste kostnader utgjør av enhetsprisen, desto mindre reduksjon av arbeidsmengden skal det til før direkte bruk av enhetspriser vil redusere entreprenørens dekningsgrad betydelig. Av denne grunn er systemet i pkt. 28.4 bygget opp som en ”trapp”, hvor det øverste ”trappetrinnet” er der hvor enhetsprisene legges direkte til grunn. Ettersom forutsetningene for å benytte enhetsprisene blir dårligere, beveger man seg nedover ”trappetrinnene”, og enhetsprisene *justeres* mer og mer for å passe til den endrede situasjon, jfr. pkt. 28.4.1 annet til fjerde punktum og 28.4.2. Poenget er likevel at enhetsprisene danner utgangspunktet for vederlagsberegningen, slik at den *økonomiske balansen* i kontraktsforholdet også opprettholdes ved endringer, og her ved avbestilling.

Det må understrekes at det klare utgangspunkt er at avtalte priser skal legges til grunn, direkte eller i justert form. Det kan likevel unntaksvis tenkes at en avbestilling vil kunne rokke så mye ved forutsetningene for enhetsprisene at man etter omstendighetene må se helt bort fra dem. Man kan igjen tenke seg at oppdraget gjelder malingsarbeider, og at det opprinnelige omfang var 1000 kvm., mens kun 30 kvm. blir malt før avbestillingen. De enhetspriser som var tenkt brukt ved tilleggsarbeider eller fradrag i forhold til det opprinnelige arbeid, kan da føre til helt urimelige resultater om de skal brukes til å beregne vederlaget for det faktisk utførte. Maleren har f. eks. lagt inn utgifter til oppsetting av stillaser og leie av malingssprøyte i grunnlaget for enhetsprisen. Dersom man multipliserer enhetsprisen med antall malte kvadratmeter, vil maleren neppe få dekket sine faste kostnader ved oppdraget. I et slikt tilfelle vil neppe en justert anvendelse av enhetsprisene gi mening.

Finner man etter en slik vurdering at (justerte) enhetspriser ikke lenger er anvendelige over hodet, blir spørsmålet hvordan man da skal beregne vederlaget. Etter NS 3430 pkt. 28.5 første ledd, som gjelder den tilsvarende situasjon ved endringer, kan entreprenøren gi byggherren et *tilbud på fradrag* som skal tilsvare besparelsen ved reduksjon av arbeidsomfanget. Selv om det ikke står uttrykkelig, er det klart nok meningen at entreprenøren også skal gjøre fradrag for dekningsbidraget, da det ikke er meningen at

entreprenøren skal beholde dekningsbidraget for et arbeid han ikke skal utføre.⁴⁰ (Når det gjelder dekningsbidraget for arbeidet entreprenøren blir fratatt, skal dette riktignok erstattes ved avbestilling, men reglene om dette holdes her adskilt fra reglene om oppgjøret for utført arbeid.)

Blir partene ikke enige om tilbudet, foreskriver pkt. 28.5 annet ledd bruk av *regningsprinsippet*. Som vist tidligere er regningsprinsippet den deklarasjoniske regel for vederlagsberegning. Prinsippet må anvendes på samme måte her, som skissert i siste avsnitt i kapittel 4.2.

4.3.3 Bustadoppføringslova

Ordlyden i buofl. § 52 annet ledd annet punktum sier at vederlaget skal fastsettes på grunnlag av de ”prisane som er avtalt”, eller ”dersom dette ikkje let seg gjere”, etter regningsprinsippet. Så langt ser ikke dette ut til å utgjøre noen forskjell fra standardene, men som nevnt er det uttalelser i forarbeidene som gjør at det ikke er helt klart hvordan bestemmelsen skal forstås.

I Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 81 uttales det at enhetsprisene skal legges til grunn der det er avtalt slike. Men etter NOU 1992:9 s. 101-102 kan det se ut til at dette ikke alltid skal gjøres. Det nevnes bl. a. at i tilfeller hvor større deler av arbeidet blir avbestilt, vil reduksjonen av omfanget kunne innebære en forrykning av entreprenørens kalkyle dersom enhetsprisene legges direkte til grunn, f. eks. gjennom tap av synergieffekter, jfr. det som er skrevet ovenfor under behandlingen av standarden og alminnelig entrepriserett. Dette kan føre til at entreprenøren får lavere dekningsgrad enn han ville fått dersom avtalen bare hadde omfattet den utførte delen. Det uttales videre i NOU'en at ”[I] slike tilfelle kan ein ikkje seie at det er avtala pris for denne delen av arbeidet”. I Odelstingsproposisjonen sies det på sin side igjen at forslaget bygger på utvalgets utkast (NOU'en), men at bestemmelsen er ”bygd opp noko annleis”. Om det er noen egentlig uenighet, kommer dermed ikke klart fram.

Det som volder problemer, er justert anvendelse av enhetsprisene. Dersom enhetsprisene ikke kan anvendes direkte, skal de, som vist ovenfor, etter standardene og

⁴⁰ Kolrud s. 247.

alminnelig entrepriserett anvendes i justert form så langt dette lar seg gjøre. Ordlyden i § 52 annet ledd tredje punktum kan tyde på at det samme skal gjelde etter bustadoppføringslova. Det fremgår at regningsprinsippet kun skal anvendes dersom ”det ikkje let seg gjere” å beregne vederlaget ut fra de avtalte priser. På den annen side tyder uttalelsene i NOU 1992:9 s. 101-102 på at enhetspriser bare skal kunne legges til grunn i direkte form, og samtidig bare dersom dette ikke fører til at dekningsgraden reduseres. En slik løsning passer dårlig med hovedregelen om å bruke avtalte priser, og vil i realiteten antakelig føre til at enhetspriser får temmelig liten betydning i avbestillingstilfellene. Hensynet til opprettholdelse av den kommersielle balanse i kontrakten også ved avbestilling trekker derfor i retning av å tolke § 52 annet ledd tredje punktum slik at enhetsprisene anvendes i samme utstrekning som de ville kunne anvendes etter standardene og den alminnelige entrepriserett. I samme retning trekker hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet og også hensynet til rettsenhet på entrepriserettens område.

Skulle forutsetningene for anvendelsen av enhetspriser helt falle bort, vil man være henvist til regningsprinsippet, se § 52 annet ledd tredje punktum jfr. § 41 annet ledd. Selv om dette neppe vil være særlig vanlig, kan det nok tenkes, se malingseksemplet i det foregående avsnitt. Også her må anvendelsen av prinsippet bli som vist i siste avsnitt i kapittel 4.2.

4.4 Kontrakten inneholder ikke avtalte priser

Er kontrakten ikke inngått med avtalte priser i det hele tatt, er situasjonen den samme som når faste priser eller enhetspriser over hodet ikke er anvendelige. Det er allerede vist at det da er regningsprinsippet som skal legges til grunn. Vederlaget skal utgjøre entreprenørens nødvendige kostnader med et rimelig påslag, se kapittel 4.2 siste avsnitt.

4.5 Grensen mellom vederlag og erstatning

Som nevnt innledningsvis i kapittel 4.1, må det avklares hvilke poster som faller inn under oppgjøret for utført arbeid og hvilke som faller inn under erstatningsoppgjøret. De poster det her kan være tvil om plasseringen av, er de som gjelder utgifter pådratt i forbindelse med oppfyllelsen, i motsetning til tapet av dekningsbidrag.

Hevingsbestemmelsene i standardene, se NS 3430 pkt. 34.2.2, sett i sammenheng med avdragsbestemmelsene, se NS 3430 pkt. 26.1.2, kan gi veiledning. Etter disse skal entreprenøren ha *vederlag* for utført arbeid samt det som er tilført byggeplassen av materialer og varer for å innbygges. Forbrukerlovene avviker her noe fra standardene. Etter buofl. § 52 annet ledd og hvtjl. § 40 (1) er det bare arbeid som er utført på eiendommen entreprenøren kan kreve vederlag for. Utgifter til materialer og varer som ikke er innbygd kan entreprenøren ikke kreve vederlag for.⁴¹ De utgifter som entreprenøren etter dette ikke kan kreve vederlag for, kan i utgangspunktet inngå i *erstatningsoppgjøret*.

⁴¹ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 81 og Lilleholt s. 68.

5 Erstatning

5.1 Innledning

Erstatningsoppgjøret er det egentlige avbestillingsoppgjøret, jfr. kapittel 4.1 ovenfor. Den følgende fremstillingen av reglene om erstatningsoppgjøret vil ta utgangspunkt i situasjonen hvor kontrakten inneholder priser for det arbeid som skal utføres, det være seg faste summer, enhetspriser eller begge deler. I kapittel 5.7 behandles oppgjøret der arbeidet etter avtalen skal gjøres opp etter regning. De fleste reglene om oppgjøret er felles, men det er særegenheter ved regningsarbeid som gjør det hensiktsmessig å behandle denne situasjonen særskilt. Mer om dette innledningsvis i kapittel 5.7.

De grunnleggende utgangspunkter kan slås fast: For å kunne kreve erstatning, må det foreligge økonomisk tap, ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og adekvans. Det er det nærmere innholdet av disse vilkårene som skal behandles i det følgende.

Det er klart at en så inngripende rett som byggherren gis gjennom avbestillingsretten, ville få helt *urimelige* utslag dersom entreprenøren ikke samtidig ble gitt rett til økonomisk kompensasjon. På den annen side vil de største betenkelighetene med en fri avbestillingsrett bli borte dersom entreprenøren økonomisk kompenseres som om avtalen hadde blitt gjennomført.

Hvis byggherren kunne avbestille uten å komme i ansvar, ville entreprenørens virksomhet bli langt mer *risikofylt*. Det må antas å være temmelig nær sammenheng mellom risiko og pris, slik at muligheten for å lide tap som følge av byggherrens (ansvarsfrie) avbestilling, naturlig ville reflekteres i entreprenørens pristilbud ved at han måtte legge inn en sikkerhetsmargin. Det er lignende betraktninger som ligger til grunn i voldgiftsdommen ”Tiranna II”, som riktignok ikke gjelder avbestilling, men avtalerevisjon etter læren om bristende forutsetninger.

Dommen er inntatt i RG 1992 s. 728. Rettens formann var professor Sjur Brækhus. Saken gjaldt spørsmålet om en entreprenør hadde rett til tilleggsvederlag for merarbeid

ved å fjerne olje fra et skipsvrak. Kontrakten var inngått som totalentreprise til fast pris. Etter en konkret vurdering, kom retten til at kontrakten måtte suppleres etter læren om bristende forutsetninger, og entreprenøren ble gitt rett til tilleggsvederlag. Det uttales avslutningsvis i drøftelsen (s. 743) at ”hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for hindringer som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt anbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere anbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt.”

Grunntanken i dommen må kunne overføres også til avbestillingssituasjonen, da prinsippene om prising av risikoen ville gjøre seg gjeldende på samme måte om entreprenøren ikke hadde hatt sikkert rettslig grunnlag for sitt erstatningskrav.

En adgang til ansvarsfri avbestilling ville videre svekke respekten for avtalenes bindende virkning, hvilket i sin tur ville gjøre det vanskelig for entreprenørene å organisere sin virksomhet hensiktsmessig. Svekket forutberegnelighet ville føre til mindre effektiv produksjon.

Sammenfatningsvis er altså byggherrens avbestillingsrett belagt med kompensasjonsplikt overfor entreprenøren av *reparasjons-* og *prevensjonsgrunner*.

Det har vært hevdet at verdien av avbestillingsretten for byggherren blir illusorisk dersom han likevel må betale entreprenøren full erstatning.⁴² Dette kan normalt ikke være riktig. Den klart viktigste posten avbestillingserstatningen skal dekke, er tapet av dekningsbidraget. Vederlag for de direkte kostnadene ved det arbeidet som ikke skal utføres, slipper byggherren naturlig nok å betale for. Da slikt vederlag normalt vil utgjøre den største posten i entreprenørens totale pris for et arbeid, vil det være en vesentlig forskjell mellom å betale den totale prisen og bare erstatning for faktisk tap.

Konkret erstatningsutmåling er komplisert og må nødvendigvis bli skjønnsmessig. Partene kan derfor på forhånd avtale at erstatningen skal utgjøre en bestemt sum eller en

⁴² NOU 1979:42 s. 93

bestemt andel av det avtalte vederlag – såkalt normaltapserstatning, eller avbestillingsgebyr. Reglene om dette behandles etter reglene om konkret tapsutmåling, se kapittel 5.6.

5.2 Årsakssammenheng

Det følger av standardene og forbrukerlovene at det entreprenøren kan kreve erstattet ved avbestillingen er tapet som *oppstår ved* at han ikke får utføre den avbestilte delen av oppdraget, se NS 3430 pkt. 29.2, NS 3431 pkt. 34.2, buofl. § 52 tredje ledd og hvtjl. § 40 (2). Dette kalles ”den positive kontraktsinteresse”. Entreprenøren skal m.a.o. stilles som om kontrakten var blitt gjennomført uten avbestillingen.

5.3 Økonomisk tap

5.3.1 Utgangspunktet

Av bestemmelsene i standardene og forbrukerlovene følger det at entreprenøren har krav på erstatning for *hele sitt økonomiske tap* som følge av avbestillingen. Erstatningen er likevel avgrenset av entreprenørens tapsbegrensningsplikt og prinsippene om berikelsesfradrag, se kapittel 5.3.4, og av adekvanskravet, se kapittel 5.4 nedenfor. Hovedregelen om ”full erstatning” gir, som *Hagstrøm* skriver⁴³, neppe mer enn et (for) enkelt utgangspunkt. Erstatningen må utmåles konkret i de enkelte tilfeller selv om praksis nok har gitt visse retningslinjer for vurderingen.

I det øyeblikk det foreligger en bindende og endelig kontrakt mellom byggherren og entreprenøren, er det et stykke på vei avklart hva entreprenørens oppfylleelsesplikt vil bestå i. Motstykket til entreprenørens ytelsesplikt er byggherrens plikt til å betale det avtalte vederlaget. Entreprenørens ”interesse” i å oppfylle kontrakten ligger nettopp i at han gis en rett til vederlag. Avbestilles kontrakten, er det denne ”oppfylleelsesinteressen” som skal erstattes.

Det kan også være grunn til å presisere lovtekstene noe. Forbrukerlovene bruker uttrykket ”fortjeneste”. Som nevnt i kapittel 4.1, er ikke dette uttrykket helt dekkende. Det mest korrekte må være å forstå det i betydningen ”dekningsbidrag”. Det fremgår

⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 518

også av forarbeidene til bustadoppføringslova at uttrykket ”fortjeneste” språklig sett ikke omfatter alt det som kan kreves dekket.⁴⁴

5.3.2 Tidspunktet for vurderingen

Hva som skal være skjæringstidspunktet for vurderingen av oppfyllelsesinteressens størrelse må avklares. Grunnen til dette er at det ved entrepriseavtaler normalt foretas større eller mindre endringer av entreprenørens ytelsesplikt etter at kontrakten er sluttet. Dette kan gjøres innefor de skranker som oppstilles av reglene om byggherrens endringskompetanse, se bl. a. NS 3430 pkt. 28 og buofl. § 9. En slik endringsadgang må for øvrig antas å være kutyme i entrepriseforhold⁴⁵, og omfanget av kutymen må bestemmes etter en vurdering av hva det er rimelig å forlange av entreprenøren.

Da byggherren under kontraktens løp kan endre innholdet av entreprenørens plikt, er det kontraktsplikten på *avbestillingstidspunktet* som danner utgangspunktet for erstatningsberegningen. Byggherren skal foreskrive endringene gjennom såkalt ”endringsordre”. De formelle krav er her noe forskjellige etter standardene og bustadoppføringslova. Poenget i denne sammenheng er at en endringsordre i avtalerettslig forstand må anses som et påbud, slik at den gjelder fra det tidspunkt den er kommet frem til entreprenøren. Det samme må gjelde avbestillingen.⁴⁶ Av dette følger at utgangspunktet for fastleggelsen av oppfyllelsesinteressen er entreprenørens kontraktsplikt etter den opprinnelige avtale supplert med de senere endringer som har kommet frem til entreprenøren på det tidspunkt avbestillingserklæringen kommer frem til ham.

Det kan spørres om man ikke også i visse tilfeller kan gå lenger enn dette. Man kan tenke seg at kontrakten avbestilles mens det enda er større deler av arbeidet som ikke er utført. Dersom arbeidet faktisk skal utføres, og man på avbestillingstidspunktet kan *sannsynliggjøre* at det vil bli bestilt tilleggsarbeider, er spørsmålet om man kan trekke inn disse hypotetiske tilleggsarbeidene ved fastleggelsen av grunnlaget for

⁴⁴ NOU 1992:9 s. 103

⁴⁵ Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 47 jfr. NOU 1992:9 s. 33. Se også Sandvik, Kommentar s. 122-123

⁴⁶ Haaskjold s. 296

erstatningsberegningen. Etter Nucleus-dommen og dommen i RG 1990 s. 607 ser det ut til at dette må besvares bekræftende.

Nucleus-dommen, Rt. 2001 s. 1062, gjaldt erstatning for brudd på anbudsreglene, men gir likevel uttrykk for prinsipper med overføringsverdi til avbestillingstilfellene. En forbigått anbyder vil jo i realiteten være i samme situasjon som en entreprenør hvis oppdrag blir avbestilt – i begge tilfeller mister anbyderen/entreprenøren retten til å utføre det forutsatte oppdraget, og dermed også muligheten for opptjeningen av vederlaget inkludert dekningsbidraget. I saken ble oppdragsgiveren dømt til å betale erstatning for tapet av kontrakten, *slik denne faktisk utviklet seg*, dvs. også for tilleggsarbeider. Dette fordi at ”Samla sett viser nettopp omfanget av den gjennomførte utbygginga kva som i dette tilfellet var det mest sannsynlege omfanget av oppdraget.”

I dommen i RG 1990 s. 607 fant retten at forventede tilleggsarbeider burde kunne regnes med i grunnlaget for tapsberegningen, innenfor en rimelig ramme ut fra erfaringer i vedkommende bransje og arbeidets omfang og karakter. Til forskjell fra Nucleus-dommen, som bygget på den faktiske utvikling, gjorde lagmannsretten en rent hypotetisk beregning av verdien av sannsynlige tilleggsarbeider.

RG 1990 s. 607: Saken gjaldt bygging av en flyplass, Valdres Lufthavn Leirin. Arbeidet gjaldt opprinnelig kortbaneflyplass, men planene ble endret, og byggherren bestemte seg for å bygge en charterflyplass i stedet. Det ble etter hvert besluttet ny anbudskonkurranse for den ”nye” flyplassen, og den opprinnelig antatte entreprenør nådde ikke opp i konkurransen. Den opprinnelige kontrakt ble derfor avbestilt. Entreprenøren krevde erstatning for tapet. Det ble godtatt at entreprenøren kunne trekke inn forventede tilleggsarbeider i grunnlaget for erstatningsberegningen. Det uttales i dommen: ”Lagmannsretten legger ... den avtalte kontraktsum ... til grunn for erstatningsberegningen. I tillegg til kontraktssummen kommer et beløp for tilleggsarbeider som lagmannsretten fastsetter skjønnsmessig. Erfaringsmessig vil det være slik ved større entreprisekontrakter at tilleggsarbeider vil bli bestilt av byggherren. Slike forventede tilleggsarbeider bør kunne regnes med i grunnlaget for tapsberegningen, innenfor en rimelig ramme ut fra erfaringer i vedkommende bransje og arbeidets omfang og karakter.”

5.3.3 Utmålingsprinsipper - bevisbyrdespørsmål

a) Innledning

Det ikke åpenbart at rett til full kompensasjon ved avbestilling i praksis er jevngodt med oppfyllelse, selv i et rent økonomisk perspektiv. Et erstatningsoppgjør etter en

avbestilling vil, i større eller mindre grad, måtte bygge på et hypotetisk hendelsesforløp. Det betyr at regler om bevisbyrde vil kunne få avgjørende betydning for det endelige resultat. En regel som legger bevisbyrden hos byggherren, vil selvsagt være ønskelig fra et entreprenørsynspunkt. Han kan si at så lenge byggherren ensidig kan endre kontrakten med virkning for entreprenøren, bør samtidig byggherren ha risikoen for eventuell tvil som måtte oppstå omkring utmålingen av det helt konkrete tap. På den annen side vil det fra et byggherresynspunkt være entreprenøren som er nærmest til å avdekke det tap han i det enkelte tilfelle lider ved avbestillingen.

Det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunkt, så vel i som utenfor kontraktsforhold, er at bevisbyrden påhviler kreditor, altså den som krever erstatning.⁴⁷ I avbestillingstilfellene har man gjerne i teorien operert med to utmålingsprinsipper – hhv. den såkalte ”addisjonsmetoden” og ”subtraksjonsmetoden”.⁴⁸ Teoretisk skal de to metodene føre til samme resultat. Men da de fordeler bevisbyrden ulikt, vil resultatene i praksis kunne bli forskjellige.

Det som her sies om addisjons- og subtraksjonsmetoden, ser ut til å være den alminnelige oppfatning i teorien. Selvig (s. 617-618) synes i tillegg å gi begrepene noe forskjellig materielt innhold ved at tapsbegrensningsplikten ikke er sammenfallende for de to metodene. Han lar addisjonsmetoden følge de alminnelige erstatningsregler, mens han for subtraksjonsmetoden mener at tapsbegrensningsplikten er noe mindre omfattende; eksempelvis ved at man ikke gjør fradrag for entreprenørens fordel ved å få frigjort sin produksjonskapasitet, med mindre han faktisk har utnyttet den ved å utføre andre oppdrag (s. 618 3. avsnitt). Woxholt, Håndverkertjenester (s. 80) og Belsheim (i JV 1996 s. 280) ser ut til å følge Selvig.

Jeg vil nedenfor se på de to metodene, og på om disse samsvarer med domstolenes metoder for å løse spørsmålene i praksis.

b) Addisjonsmetoden

Ved anvendelse av addisjonsmetoden, som også er kalt bruttometoden, skal det tas utgangspunkt i de enkelte tapsposter. Man må avklare hvilke kostnader entreprenøren er blitt påført gjennom kontraktsforholdet, derunder hans tapte dekningsbidrag, og summere disse. Bevisbyrden ved bruk av denne metoden ligger hos entreprenøren. Det

⁴⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 534

⁴⁸ Se bl. a. Brunsvig s. 27 flg., Sandvik s. 266 flg., Kolrud s. 253, Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 240, Krüger s. 268 og

betyr at dersom det er tvil om en posts eksistens eller omfang, skal denne tvilen gå ut over entreprenøren.

c) Subtraksjonsmetoden

Ved anvendelse av subtraksjonsmetoden, også kalt differansemetoden eller nettometoden, er utgangspunktet det motsatte av addisjonsmetoden. Man tar utgangspunkt i det avtalte vederlag, og gjør så fradrag for den besparelse entreprenøren oppnår ved å slippe å utføre arbeidet. Ved bruk av denne metoden ligger bevisbyrden hos byggherren. Det betyr at ved tvil om det skal gjøres fradrag for besparelse eller omfanget av besparelsen, vil tvilen gå ut over byggherren.

d) Praktisk erstatningsutmåling

Man kan så spørre om hvilken av de to metodene som er den mest hensiktsmessige, og om noen av dem kan sies å være den alminnelig anvendte. Det vil i denne sammenheng være nødvendig å se på tilgrensende lovgivning, forarbeidene til disse og rettspraksis.

Ordlyden i standardene gir ingen veiledning, og spørsmålet må løses etter bakgrunnsretten, om denne overhodet gir noe svar på spørsmålet. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

Buofl. § 52 tredje ledd jfr. § 36 og hvtjl. § 40 (2) jfr. § 30 ser derimot ut til å bygge på et addisjonsprinsipp. Det heter i bustadoppføringslova at entreprenøren kan kreve erstatning for økonomisk tap (første punktum), derunder tapt dekningsbidrag ”så langt det blir *godtgjort* at det ikkje var *mogeleg* å oppnå ei tilsvarende fortjeneste ved oppdrag frå andre” (annet punktum, min utheving). Tilsvarende i håndverkertjenesteloven. Bevisbyrden ligger altså hos entreprenøren, og er særlig streng, jfr uttrykket ”*mogeleg*”.

Forarbeidene til bustadoppføringslova⁴⁹ uttaler seg ikke om spørsmålet, men da bestemmelsene er praktisk talt likelydende reglene i håndverkertjenesteloven, vil forarbeidene til sistnevnte gi veiledning. I følge Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 61 har man for håndverkertjenestelovens del tatt utgangspunkt i addisjonsmetoden. Dette begrunnes med at ”[i] og med at det gjelder tap pga avbestillingen som oppstår hos tjenesteyteren,

⁴⁹ NOU 1992:9 s. 49 og s. 102-103 og Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 81

må tjenesteyteren ha en naturlig bevisføringsplikt.” Det man formodentlig mener, er at tjenesteyteren vil ha best mulighet til å bringe klarhet i hvilke tap som oppstår hos ham, og dermed være nærmest til å bære bevisbyrden for dette.

Rt. 2003 s. 486, Block Watne-dommen (saksforholdet er gjennomgått nedenfor under kapittel 5.3.4 c) (iii)), gjaldt spørsmål om erstatning etter avbestilling, jfr. buofl. § 52 tredje ledd. Den nærmere erstatningsutmålingen var rettskraftig avgjort av lagmannsretten, LB-2001-02006, men Høyesterett kom likevel med visse generelle bemerkninger. Det uttales bl. a. at: ”Det er tapet som avbestillingen av den konkrete ytelsen har medført, som kan kreves erstattet. Det kan være større eller mindre enn gjennomsnittlig fortjeneste i virksomheten. ... Kravet må normalt bygge på dokumentasjon av kostnader.” Denne fremgangsmåten var også fulgt av lagmannsretten, som etter bevisføringen la til grunn en dekningsgrad på 22%, som så ble beregnet ut fra et grunnlag bestående av kontraktssummen med fradrag for merverdiavgift og verdien av de arbeidene byggherren etter kontrakten hadde rett til å trekke ut. Selv om det bare dreier seg om en post, dekningsbidraget, følger det av domspremissene at fremgangsmåten tilsvarer addisjonsmetoden.

Når det gjelder standardene og alminnelig entrepriserett, er spørsmålet uklart. Det som uansett må være klart, er at tapsberegningen må bygge på kontrakten, dvs. priser som er oppgitt for vedkommende arbeider og de poster som eventuelt skal utgjøre dekningsbidraget.⁵⁰

Et utgangspunkt kunne være å se hen til det som i teorien antas å være den alminnelige obligasjonsrettslige regel om avbestilling⁵¹, nemlig regelen i kjl. § 52 (2). Denne viser til kjøpsloven kapittel X for så vidt angår erstatningsutmålingen. Det er ikke tatt eksplisitt standpunkt til hvilken fremgangsmåte som skal benyttes ved erstatningsberegningen. Det uttales i forarbeidene: ”Hvordan man kommer fram til erstatningsbeløpet er for så vidt ikke avgjørende så lenge de relevante tapsposter etter regelen blir dekket. Av særlig interesse for utmålingen er bestemmelsen i § 70 om plikt

⁵⁰ Kolrud s. 254

⁵¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 239 jfr. s 236 flg.

til å begrense tap”⁵² Denne uttalelsen, særlig siste setning, peker likevel i retning av addisjonsprinsippet.

Som nevnt ovenfor, må det antas at bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven legger addisjonsmetoden til grunn. Men utgangspunktet for disse lovene er jo bl. a. å ivareta hensynet til forbrukeren som er den uprofesjonelle part. I næringsforhold er det annerledes, og synspunktet om at entreprenøren som den profesjonelle part er nærmest til å godtgjøre hvilket tap han lider ved avbestillingen, er ikke like nærliggende.

Rettspraksis fra de alminnelige domstoler kan synes å trekke i retning av at det er addisjonsmetoden som skal legges til grunn både i kjøps- og entrepriseforhold, jfr. RG 1987 s. 375 og RG 1990 s. 607. Som nevnt ovenfor må også Rt. 2003 s. 486 antas å bygge på dette prinsippet, men saken gjelder altså en forbrukerentreprise, og da følger dette også av loven.

RG 1987 s. 375 gjaldt krav om erstatning ved kjøperens uberettigete heving av kontrakt om kjøp av ferdighus. Retten uttaler (s. 380): ”[Man kommer] formodentlig det faktiske tap nærmest ved å ta utgangspunkt i nettofortjenesten med tillegg av de omkostninger bedriften har hatt med den mislykte avtalen.”

RG 1990 s. 607 gjaldt erstatning for avbestilling i entrepriseforhold. Saksforholdet er kort gjengitt ovenfor i petitavsnittet i kapittel 5.3.2. Det uttales: ”Lagmannsretten er enig med herredsretten i at [entreprenøren] må få erstattet tapt fortjeneste av den gjenstående kontraktsverdi med tillegg av eventuelle tap eller merkostnader som følge av avbestillingen, men med fradrag for eventuelle besparelser i avbestillingsperioden og fortjeneste på andre oppdrag i samme periode. På denne måte vil [entreprenøren] få sin oppfyllelsesinteresse erstattet.”

Når det gjelder voldgiftspraksis⁵³, finnes det flere eksempler på at man isteden har lagt subtraksjonsmetoden til grunn, se ND 1960 s. 420 (svensk dom) og ND 1975 s. 298 (norsk dom, med høyesterettsdommerne Mellbye og Blom og professor Brækhus).

⁵² Ot. prp. nr. 80 (1986-97) s. 105-106

⁵³ Om voldgiftspraksis' betydning som rettkildefaktor, se bl. a. Brækhus i MarLus nr. 54 pkt. 1 og Barbo s. 20 flg.

Krokeide påpeker riktignok at selve metoden for erstatningsberegningen ikke kan ses å ha vært gjenstand for tvist i noen av dommene.⁵⁴

I juridisk teori foreslår *Sandvik* en mellomløsning, ved at man utmåler erstatningen etter begge metoder, for derved å få et bredere grunnlag for ”det umålingsskjønn som i alle tilfelle må foretas.”⁵⁵ Dette er selvsagt mulig, men som påpekt av *Iversen*, vil det både være tungvint og kostbart.⁵⁶ *Hagstrøm* peker på formålet med avbestillingen: Byggherren skal kunne hindre naturaloppfyllelse dersom han ikke lenger ønsker ytelsen, men han skal ikke få økonomiske fordeler på entreprenørens bekostning. Ved addisjonsmetoden vil nettopp dette kunne skje ved at det er entreprenøren som blir sittende med bevisbyrden.⁵⁷ Det må dessuten være et poeng at dekningsbidragets størrelse ved bruk av addisjonsmetoden på en eller annen måte må *fastsettes* før erstatningsberegningen. Ved bruk av subtraksjonsmetoden *fremgår* det nettopp av beregningen.⁵⁸ Ved addisjonsmetoden må derfor dommeren, med mindre det finnes klare holdepunkter for noe annet, finne det dekningsbidrag som fremstår som ”rimelig”. Men det er jo det faktiske dekningsbidrag som skal erstattes, ikke det ”rimelige”. Og da dekningsbidraget gjerne vil reflektere risikoen i det enkelte kontraktsforhold, vil subtraksjonsmetoden være den best egnede til å fastlegge det. Dessuten samsvarer subtraksjonsmetoden best med erstatningsberegningen ved heving.⁵⁹ På den annen side kan det tenkes at entreprenøren er nærmest til å godtgjøre de tap han lider ved avbestillingen, eksempelvis dersom byggherren har begrensede muligheter til å påvise hvilken besparelse entreprenøren oppnår ved avbestillingen.

Alt i alt er det altså uklart hva som er det deklatoriske utgangspunktet for valg av erstatningsberegningemetode. De gjennomgåtte kilder trekker dels i retning av addisjonsmetoden, dels i retning av subtraksjonsmetoden, slik at man neppe kan slå fast at den ene metode er den alminnelige.

⁵⁴ *Krokeide* s. 192-193, note 97

⁵⁵ *Sandvik*, Kommentar s. 267, med tilslutning fra *Vagner* s. 67-68

⁵⁶ *Iversen* s. 484

⁵⁷ *Hagstrøm*, Obligasjonsrett s. 240 og *Brunsvig* s. 29

⁵⁸ *Iversen* s. 483

⁵⁹ *Krokeide* s. 193 og *Hagstrøm* s. 240

Det er grunn til å tro at domstolene i de enkelte tilfeller ikke vil føle seg bundet til noen fast metode, men heller vurdere konkret hvilken av partene som er *nærmest til å ha bevisbyrden*. Det overordnede mål er jo nettopp å finne det konkrete tap entreprenøren skal ha erstattet, ikke valget mellom ulike fremgangsmåter.

Normalt vil det være avtalt en kontraktssum for hele arbeidet, eventuelt kan en slik beregnes ut fra avtalte priser. Man kan da benytte ”subtraksjonsmetoden” for å finne prisen på det arbeidet som er avbestilt, dvs. at man trekker vederlag for faktisk utført arbeid fra kontraktssummen. Tvil omkring den pris man da kommer frem til for det avbestilte arbeid, bør byggherren ha risikoen for. Det entreprenøren skal ha erstattet, er dekningsbidraget for det avbestilte, samt andre tap han lider som følge av avbestillingen, f. eks. lønninger til ansatte. Dekningsbidraget finnes mest praktisk ved å regne ut en viss prosent av den pris man har kommet fram til for det avbestilte arbeidet. Og her vil det være entreprenøren som er nærmest til å bære risikoen for tvil om dekningsgradens størrelse, da han kan føre bevis for hvilken dekningsgrad han har hatt på andre liknende oppdrag. Det samme må gjelde de andre tap som oppstår ved avbestillingen, da det normalt vil være entreprenøren som har de beste forutsetninger for å godtgjøre disse – man kan altså si at man benytter ”addisjonsmetoden” for disse postene. Når det gjelder spørsmålet om fradrag for fordeler entreprenøren oppnår ved avbestillingen, har oppfatningen tradisjonelt vært at det er byggherren som må godtgjøre hvilke fordeler entreprenøren får. En slik bevisbyrde kan likevel bli tung å bære for byggherren, da det ofte er entreprenøren som sitter på mest relevant informasjon.⁶⁰

Den her til slutt skisserte metode kombinerer subtraksjons- og addisjonsmetoden i den forstand at bevisbyrden for de enkelte tapsposter legges hos den part som etter en konkret vurdering er nærmest til å bære den. Det er grunn til å tro at en slik fremgangsmåte vil bli benyttet av domstolene fremfor å velge en av de mer teoretiske metodene.

⁶⁰ Simonsen s. 316-317 med henvisninger.

5.3.4 Begrensninger av det økonomiske tapet

a) Utgangspunktet

Med ”begrensninger” av det økonomiske tapet forstås her de begrensninger som kommer i tillegg til de alminnelige vilkår om årsakssammenheng, adekvans og ansvargrunnlag.

Selv om entreprenøren skal ha erstatning slik at han ikke taper på avbestillingen, skal han heller ikke tjene på den. Det ville være urimelig i forhold til byggherren. I forlengelsen av dette er det rimelig å kreve av entreprenøren at han aktivt gjør en innsats for å begrense sitt tap, derunder forsøker å dekke tapet gjennom andre avtaler. Har entreprenøren muligheter til å begrense tapet, vil det være lite rimelig om byggherren skulle bære kostnadene ved at entreprenøren her forsømmer seg.

På denne bakgrunn er det et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp at entreprenøren har en generell plikt til å *begrense sitt tap*.⁶¹ Det betyr at det ved erstatningsutmålingen skal tas hensyn både til de kostnader entreprenøren faktisk har spart, og de kostnader han kunne eller burde ha spart.

Oppnår entreprenøren en *fordel* gjennom avbestillingen, skal det som hovedregel også gjøres *fradrag* for denne. Dette fremkommer for så vidt helt naturlig gjennom den differansebetraktning erstatningsberegningen gjerne tar utgangspunkt i, nemlig at det faktiske og det hypotetiske hendelsesforløp holdes opp mot hverandre. Prinsippet kalles gjerne ”*compensatio lucri cum damno*” (vinning skaden har tilført skadelidte, avkortes i erstatningen), eller ”*berikelsesfradrag*”.⁶²

Disse prinsippene fremkommer ikke uttrykkelig av standardene, men er sikker rett.⁶³ I bustadoppføringslova er prinsippene kommet til uttrykk i § 36 annet ledd: ”Forsømer forbrukeren å avgrense tapet gjennom rimelege tiltak, må forbrukeren sjølv bere den

⁶¹ Plikten til å begrense tapet er generelt forankret i skadeerstatningsloven § 5-1 nr. 2, og har dessuten kommet til uttrykk i kjl. § 70 (1), hvtjl. § 30 (2), avhl. § 7-2 (1), buofl. § 19 tredje ledd og § 36 annet ledd, husleieloven § 2-14 fjerde ledd og forbrkjl. § 54 første ledd.

⁶² Hagstrøm s. 549 med henvisninger.

⁶³ Se bl. a. Kolrud s. 253

tilsvarande delen av tapet”, og i § 52 tredje ledd: ”... så langt det blir godtgjort at det ikkje var mogeleg å oppnå ei tilsvarende forteneste ved oppdrag frå andre”. Tilsvarende i hvtjl. § 30 (2) og § 40 (2).

Det følger av forarbeidene til forbrukerlovene at vurderingen av begrensningenes omfang må gjøres konkret i de enkelte tilfeller, og at lovenes løsninger ikke er ment å gjøre noe unntak fra de alminnelige utgangspunkter.⁶⁴ De nevnte forarbeidene kan likevel gi eksempler på typetilfeller, se nedenfor.

I det følgende skal det derfor undersøkes hvor langt den alminnelige tapsbegrensningsplikten og prinsippet om berikelsesfradrag kan tenkes å strekke seg i noen tilfeller som typiske vil være aktuelle ved avbestilling i entreprisekontrakter.

b) Tapsbegrensningsplikten

Et spørsmål som er mye diskutert, er hvorvidt entreprenøren er forpliktet til å *nedbemanne* for å begrense tapet ved avbestillingen. For forbrukerlovenes del vil dette være et spørsmål om hvorvidt nedbemanningen er å anse som et ”rimeleg tiltak”, jfr. buofl. § 36 annet ledd og hvtjl. § 30 (2). Som nevnt ovenfor, utgjør dette neppe noen forskjell fra den alminnelige lære.

Av forarbeidene til bustadoppføringslova fremgår det at entreprenøren innen visse grenser kan ha plikt til å permittere ansatte dersom avbestillingen fører til overkapasitet.⁶⁵ Forarbeidene til kjøpsloven nevner også denne muligheten, men det legges til at oppsigelser på slikt grunnlag ikke harmonerer godt med ”nåtidsens [1976] sosiale syn”.⁶⁶ Dessuten nevnes det at slike oppsigelser kan ”gå sterkt imot tilvirkerens egne økonomiske interesser”. Man slutter seg til *Brunsvig* som uttaler: ”Hvis en oppsigelse medfører alvorlig risiko for at tilvirkeren vil miste fagkyndig personale som trengs til utførelse av etterfølgende kontrakter, kan dette medføre at tilvirkeren ikke har plikt til å si opp sine folk. Han kan da kreve erstatning for lønn til disse i den tiden som de ikke kan settes til lønnsomt arbeide.”⁶⁷ Utvalget peker videre på at det også utenfor

⁶⁴ NOU 1992:9 s. 103 og Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 94 og NOU 1979:42 s. 124.

⁶⁵ NOU 1992:9 s. 103

⁶⁶ NOU 1976:34 s. 71

⁶⁷ Se *Brunsvig* s. 30

de av Brunsvig nevnte tilfeller ikke alltid vil anses som ”rimelige tiltak” å gå til oppsigelse. Det uttales at tilvirkeren ikke bør tvinges til oppsigelser ”som av samfunnsmessige grunner må misbilliges”.

Det som fremgår av forarbeidene til kjøpsloven med henvisningen til Brunsvig, ser ut til å ha tilslutning av *Hagstrøm*.⁶⁸ *Sandvik* tillegger entreprenøren en plikt til å ”søke omdisponert ressursene”.⁶⁹ I dette ser han ut til bl. a. å legge en plikt til redusere bemanningen med mindre denne er nødvendig for å kunne sikre seg nye oppdrag. *Sandviks* syn stemmer derfor også godt overens med det ovennevnte. *Arnholm* og *Augdahl* mener på den annen side at entreprenørens tapsbegrensningsplikt ikke innebærer en plikt til å si opp sine folk.⁷⁰ Men som anført av *Lyngsø*, vil en slik regel medføre at entreprenøren ikke får noe incitament til å utnytte den muligheten for tapsbegrensning som ligger i oppsigelsen av folk han kanskje strengt tatt ikke trenger for fremtidige oppdrag.⁷¹ *Krokeide* antar at tendensen i juridisk teori er at entreprenøren ikke er forpliktet til å si opp sin faste arbeidsstokk, kun ”løs” arbeidskraft som er ansatt for å gjennomføre arbeidet kontrakten angår, mens han antar at tendensen i rettspraksis går i retning av å kreve at entreprenøren begrenser tapet gjennom oppsigelser generelt.⁷² Det samfunnsmessige hensyn som er påpekt av *Iversen*, at det er mest effektivt at arbeidstakerne flyttes fra bedrifter som er uproductiv til bedrifter som er produktive, bør også tas i betraktning.^{73 74}

Rettspraksis om spørsmålet er sparsom, men av interesse kan være voldgiftsdommen i ND 1975 s. 298 – ”Aker-Reksten-saken. Saken gjaldt heving av kontrakt om bygging av fire tankskip. Retten la til grunn at den erstatningsberettigede hadde plikt til å redusere sitt tap ved permitteringer, eventuelt oppsigelser, av arbeidstakere som ikke kunne gis annen beskjeftigelse. Det dreide seg imidlertid om en betydelig underbeskjeftigelse over

⁶⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 562

⁶⁹ Sandvik, Kommentar s. 267

⁷⁰ Arnholm s. 247 og Augdahl s. 226

⁷¹ Lyngsø s. 323

⁷² Krokeide s. 190-191

⁷³ Iversen s. 724. Iversen drøfter spørsmålene generelt på s. 722-729

⁷⁴ Hos bl. a. Lyngsø (s. 321 flg.), Brunsvig (s. 29 flg.) og Iversen (s. 720 flg.) gjøres det også rede for synspunktene i dansk og svensk teori.

en periode på halvannet til to år, og som først ville være merkbar to år etter hevingen. Det var altså egentlig snakk om ”Akers innpasning i norsk produksjonsliv under de endrede generelle forhold” (s. 318).

Etter dette ser det ut til at i alle fall personale som er ansatt særskilt, og ”løst”, for å delta i den senere avbestilte entreprise, som hovedregel må sies opp. Når det gjelder den faste arbeidsstokk, er spørsmålet mer tvilsomt, og må vurderes konkret. Avgjørelsen må tas etter en vurdering både av hensynet til byggherrens ønske om slippe å betale for å holde folk han ikke lenger har noen nytte av, og entreprenørens ønske om å slippe for store omrokkinger av sin egen organisasjon. Det vil jo også være tilfeller hvor entreprenøren bevisst inngår en tapsbringende kontrakt for i nedgangstider å kunne holde sysselsettingen og den faglige standard oppe. Hvor langt man skal gå i å la byggherren etter avbestillingen være med å betale for dette, er imidlertid uklart. Avveiningen bør dessuten falle sammen med det samfunnsmessige ønske om å hindre spill av ressurser.

c) Berikelsesfradrag

(i) Utgangspunktet – prinsippets hovedinnhold

Prinsippet om berikelsesfradrag går som nevnt ut på at de fordeler entreprenøren oppnår ved avbestillingen skal gå til fradrag i hans erstatningskrav. Det er snakk om en differansebetraktning. Dette er greit som et utgangspunkt, men den nærmere rekkevidde av prinsippet er uklar.⁷⁵ I visse tilfeller vil en strengt anvendt regel om fradrag kunne føre til helt forkastelige resultater. *Hagstrøm* nevner bl. a. et eksempel fra tysk deliktserstatningsrett. Tilfellet gjaldt personskadeerstatning. Etter en trafikkulykke der skadelidte også mistet sin eneste bror, kunne personskadeerstatningen naturlig nok ikke reduseres med fordelen av å ha blitt enearving.⁷⁶ Eksemplet er for så vidt fjernt fra avbestilling ved entreprise, men poenget er at prinsippet ikke ukritisk kan legges til grunn.

⁷⁵ Se Iversen s. 741-742 for en oversikt over synspunktene i nordisk teori.

⁷⁶ *Hagstrøm*, Obligasjonsrett s. 550.

Hva som skal behandles under læren om berikelsesfradrag, er diskutert i teorien.⁷⁷ Det foreslås å forbeholde læren for andre fordeler enn sparte kostnader. Normale besparelser, som f. eks. besparelsen ved å slippe å utføre det avbestilte arbeidet, inngår i det Iversen og Hagstrøm betegner selve ”erstatningsformelen”.⁷⁸ Nå er dette først og fremst et terminologisk spørsmål. Grensen vil være uklar, og om en ”fordel” skal gå til fradrag eller ikke, vil neppe løses ulikt avhengig av hvilken betegnelse man gir den. Men for fremstillingen under dette kapitlets del, vil sontringen være hensiktsmessig.

For at det skal være adgang til gjøre fradrag for en fordel, må det oppstilles visse vilkår beslektet med de man finner ved spørsmålet om det skal svares erstatning. Det er for det første et krav om *årsakssammenheng* i den forstand at fordelene må ha oppstått som en følge av avbestillingen. For det andre er det i en viss forstand et krav om *adekvans* – fordelene som skal gå til fradrag må ikke etter kontraktsforholdets art være upåregnelig. For det tredje sier man gjerne at fordelene og tapet i noen grad må være likeartede, altså et krav om ”*komputabilitet*”. Hva som ligger i dette kravet, er noe uklart, men det glir over i adekvanskrevet.⁷⁹ Samlet sett kan man etter dette antakelig si at vilkåret for at en fordel skal kunne gå til fradrag, er at den står i nær sammenheng med misligholdet og det tap som kreves dekket. Det er i alle fall ikke slik at ethvert tap kan ”motregnes” med en hvilken som helst fordel bare fordi det logisk sett forligger en årsakssammenheng.

(ii) Fradrag for dekningsbidrag fra andre kontrakter

Det spørsmål som i avbestillingstilfellene må antas å være av størst betydning, er i hvilken utstrekning det skal gjøres fradrag for dekningsbidrag entreprenøren får eller kan få ved å *utnytte sin ledige kapasitet* som følge av avbestillingen, jfr. også buofl. § 53 tredje ledd annet punktum. Problemstillingen blir for så vidt parallell til spørsmålene om dekningskontrahering i kjøpsretten.

Augdahl mener at slikt fradrag ikke kan skje, da en slik ordning ”i realiteten [er] ensbetydende med at [entreprenørens] rett til å fastholde kontrakten helt fornektes. ... Man tar jo fra ham den eneste fordel som kan være ham til trøst i hans skuffede

⁷⁷ Se her Iversen s. 733 flg., Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 549 flg og Simonsen s. 312 flg.

⁷⁸ Iversen s. 777 og Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 550

⁷⁹ Hagstrøm s. 551-552

forventning.”⁸⁰ Augdahls syn kan neppe legges generelt til grunn, og i alle fall ikke hva angår kontraktsforhold regulert av forbrukerlovene, hvor det motsatte uttrykkelig fremgår. Til Augdahls oppfatning anfører *Lyngsø* at et slikt synspunkt vil innebære at entreprenøren får mer enn sin oppfyllelsesinteresse dekket. Han påpeker videre sammenhengen med det fradraget som skal gjøres for entreprenørens besparelse ved å slippe å utføre det avbestilte: ”Der er nemlig ingen prinsipiell forskjell mellom, om en økonomisk fordel oppnås ved, at en udgift ikke afholdes, eller ved at en tilsvarende inntækt fortjenes”.⁸¹ Og om Augdahls syn kan virke rimelig overfor entreprenøren, vil det være tilsvarende urimelig overfor byggherren. Trekker man det et skritt lenger – slik at entreprenøren skal kunne la være å ta på seg oppdrag over hodet i perioden hvor det avbestilte arbeidet egentlig skulle utføres, ville det bryte med hensynene som ligger bak tapsbegrensningsplikten, derunder ønsket om samfunnsøkonomisk effektivitet.

Flere beslektede problemstillinger kan oppstå i tilknytning til den ovenfor nevnte, og noen av dem skal drøftes i de neste underpunkter.

(iii) Entreprenøren har kapasitet til å ta på seg ”alle” oppdrag – Rt. 2003 s. 486
Følgende problemstilling er påpekt av bl. a. *Brunsvig*: I visse tilfelle kan forbindelsen mellom avbestillingen og de andre arbeidene, ”dekningsarbeidene”, bli ganske usikker, f. eks. hvis entreprenøren hevder at han hadde hatt tilstrekkelig kapasitet til å utføre også disse arbeidene selv om avbestillingen ikke var foretatt.⁸² Dette er egentlig et spørsmål om årsakssammenhengen mellom avbestillingen og ”fordelen”.

Etter det som er sagt i kapittel 5.3.4 c) (i), skal det ikke gjøres fradrag for dekningsbidrag ved andre oppdrag dersom dette ikke står i tilstrekkelig nær sammenheng med avbestillingen av den opprinnelige kontrakt. Sagt på en annen måte – dekningsbidraget for ”dekningskontrakten” skal ikke gå til fradrag dersom dekningskontrakten ville blitt gjennomført uavhengig av avbestillingen.

⁸⁰ Augdahl s. 226

⁸¹ Lyngsø s. 325-326

⁸² Brunsvig s. 31

Et slikt tilfelle kom opp i Block Watne-saken, Rt. 2003 s. 486. Saken gjaldt krav om erstatning for tapt dekningsbidrag ved avbestilling av avtalt oppføring av typehus, jfr. buofl. § 52 tredje ledd. Byggherren inngikk avtale med en entreprenør, Block Watne, om planlegging og oppføring av typehus. Byggherren skulle selv stå for fundament og grunnmur. Etter at prosjekteringsarbeidet var gjort, avbestilte byggherren ytelsen, og inngikk dagen etter avtale med en annen entreprenør om oppføring av huset. Block Watne krevde da erstatning for tapt dekningsbidrag.

Det spesielle i saken var at Block Watne ikke fikk ledig kapasitet som følge av avbestillingen. Tvert i mot hevdet de at de aldri sa nei til en kunde pga. manglende kapasitet, fordi de tilpasset kapasiteten etter etterspørselen. Avbestillingen medførte således ikke lediggang, men tapt *omsetningsvolum*. Block Watne hevdet at de pga. sin fleksible organisasjon ville vært i stand til å levere byggherrens hus, og flere til, i tillegg til de som faktisk ble levert på samme tid, se avsnitt 28 i dommen.

Høyesterett delte seg i løsningen av spørsmålet om erstatning (4:1). Flertallet stemte for å tilkjenne entreprenøren erstatning for sitt tapte dekningsbidrag, mens mindretallet gikk i mot.

Førstvoterende tok utgangspunkt i *ordlyden* i § 52 tredje ledd, og konstaterte at den nok direkte peker mot de tilfellene hvor entreprenøren ikke klarer å få utnyttet sin kapasitet, men at den også åpner for å tilkjenne erstatning i nærværende situasjon, hvor avbestillingen førte til tapt omsetningsvolum og det derfor ikke var mulig å få tatt inn igjen dekningsbidraget, se 29. avsnitt.

Videre ble *forarbeidene* drøftet. Problemstillingen er ikke nærmere diskutert der. Likevel mente førstvoterende at det fremgår av NOU 1992:9 s. 102 at man var klar over den. Tolket antitetisk peker forarbeidene i retning av å åpne for erstatning i dette tilfellet, se 29. avsnitt. At forarbeidene ikke drøfter spørsmålet særskilt, kunne ikke hindre en slik tolkning, se 32. avsnitt.

Flertallet fant også støtte for tolkningen i hensynet til *rettsenhet* i forhold til tilgrensende lovgivning og alminnelig kontraktsrett, og antok derfor at det var *alminnelige erstatningsutmålingsprinsipper* som skulle legges til grunn, se 30. avsnitt. Av disse

prinsippene følger det at entreprenøren ”ikke [skal] sitte igjen med mindre inntekt enn han ville ha hatt om avbestillingen ikke hadde skjedd”, se 31. avsnitt. Det ble også vist til at en slik løsning er lagt til grunn i *juridisk teori*, se 33. avsnitt.

Til slutt ble forholdet til de *forbrukerhensyn* loven skal ivareta drøftet, se avsnitt 34 og 35. Det ble pekt på at loven var ment å klargjøre rettstilstanden og å styrke forbrukernes stilling, men at bestemmelsene om avbestilling bygger på en ”balansering av hensynene til begge parter”. Førstvoterende viste også til bestemmelser som i visse tilfeller gjør det mulig for forbrukeren å avbestille uten erstatningsansvar, og dessuten muligheter for lemping av ansvaret i de tilfeller hvor anvendelse av alminnelige erstatningsregler ville føre til urimelige løsninger. Selv om det ikke sies uttrykkelig, fremgår det av drøftelsen og resultatet at flertallet ikke fant at ansvar i det foreliggende tilfelle virket urimelig.

Sammenfatningsvis mente altså flertallet at lovens ordlyd, forarbeidene, reelle hensyn og juridisk teori talte for at byggherren blir erstatningsansvarlig for entreprenørens tapte dekningsbidrag ved tapt omsetningsvolum selv om avbestillingen ikke direkte fører til ledig kapasitet. Når det gjelder erstatningsutmålingen, var denne ikke oppe for Høyesterett. Domspremissene inneholder likevel noen merknader av mer allmenn interesse. Det vises til behandlingen ovenfor av spørsmålene om adekvans og metode for erstatningsutmåling.

Dommen ble altså avsagt under dissens, og *mindretallets* synspunkter bør nevnes. Mindretallet tok også utgangspunkt i ordlyden, men tolket den på bakgrunn av reelle hensyn annerledes enn flertallet.

Først kommenterte han likevel forarbeidene, som han i likhet med flertallet antok taler for å tilkjenne erstatning i det foreliggende tilfellet. Han gikk likevel ut ifra at ”forarbeidene nok tenkte seg dette som et unntakstilfelle. Det mener altså jeg at det ikke vil være, og at de bedrifter som styres av etterspørselen, tvert imot representerer hovedregelen”, se 44. avsnitt.

Når det gjelder ordlyden, mente mindretallet at denne med tyngde taler for at erstatning ikke skal tilkjennes i et tilfelle som det foreliggende. ”Når så disse ressursene ved bortfall av kontrakten rent faktisk fullt ut benyttes til å oppfylle andre kontrakter, kan

ikke selgeren etter min mening sies å ha oppfylt – og han kan heller ikke oppfylle – lovens krav om å godtgjøre at det ikke var mulig å oppnå en tilsvarende fortjeneste ved andre oppdrag”, se 47. avsnitt.

Løsningen ble etter mindretallets mening underbygget av reelle hensyn: ”En erstatningsplikt for dekningsbidraget vil også bety at selgerens politikk om aldri å si nei til en kunde, har som konsekvens at plikten til å begrense tapt fortjeneste ved bortfall av en kontrakt i praksis faller bort. Særlig vanskelig er dette å akseptere i forhold til en lov som har som sin målsetting å styrke forbrukernes stilling.” Mindretallet mente videre at flertallets løsning ville føre til at entreprenøren ble gitt dobbel betaling av dekningsbidraget.

Med Block Watne-dommen må dette spørsmålet formodentlig anses løst, i alle fall dersom spørsmålet oppstår i en forbrukerentreprise. Trolig vil dommen også måtte legges til grunn i profesjonelle forhold da flertallet uttrykkelig bygger på alminnelige erstatningsutmålingsprinsipper. Dessuten var det i dommen heller ikke særskilte forbrukerhensyn som påvirket utfallet.

(iv) Tapsbringende kontrakter

Det kan videre være spørsmål om den ”gevinst” entreprenøren oppnår ved å slippe fri av en tapsbringende kontrakt, skal gå til fradrag i hans erstatningskrav.⁸³ *Krokeide* antar at spørsmålet som hovedregel må besvares bekræftende, men at det i visse tilfeller må gjøres unntak.⁸⁴ *Simonsen* mener adgangen til å gjøre fradrag for slike fordeler må være begrenset, da en ubegrenset bruk av regelen i mange tilfeller vil føre til urimelige resultater. Han viser også at spørsmålet alltid har vært omstridt i nordisk rett.⁸⁵

Man kan som nevnt tidligere tenke seg at entreprenøren inngår ”tapsbringende” kontrakter med vitende og vilje, eksempelvis for å holde sysselsettingen oppe eller for å vinne erfaringer. Den vanlige oppfatningen er visstnok da at ”ekstraordinære” omkostninger kan kreves dekket uten at det gjøres fradrag for fordelene ved å slippe å

⁸³ Iversen gir eksempler på hva som ligger i at en kontrakt er ugunstig på s. 750 flg.

⁸⁴ *Krokeide* s. 193 jfr. s. 219 flg. Se også Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 555

⁸⁵ *Simonsen* s. 313.

oppfylle.⁸⁶ Det vil her dreie seg om den type *utgifter som oppstår direkte ved avbestillingen*, eksempelvis avbestillingserstatning til underentreprenører. Det ville virke urimelig om entreprenøren ikke skulle få dekket disse, da de har sitt direkte utspring i byggherrens handling.

Det vil heller ikke være grunnlag for fradrag dersom det foreligger *selvstendige grunnlag* for å kreve erstatning for de påløpte kostnader. To eksempler på slike selvstendig kompensasjonsgrunnlag nevnes av Simonsen.⁸⁷ For det første vil *omsorgsutgifter* til fordel for byggherren alltid kunne kreves dekket, eksempelvis sikring av anlegget før entreprenøren forlater byggeplassen. Dette er begrunnet i rimelighetshensyn. For det andre vil tap entreprenøren påføres som følge av byggherrens *brudd på varslingsplikter* være skjermet mot fradrag. Begrunnelsen for dette er først og fremst preventive hensyn.

Etter det som er sagt i kapittel 5.3.4 c) (i), henger dette naturlig sammen med kravet om komputabilitet. Man kan eksempelvis neppe si at ”fordelen” ved å slippe ut av kontrakten er komputabel med utgifter til sikring av anlegget.

En annen sak er at byggherren kan stå overfor betydelige bevisproblemer når han skal godtgjøre at entreprenøren har inngått en tapsbringende kontrakt. Det kan derfor i praksis skje at berikelsesfradrag ikke foretas selv om det faktisk foreligger grunnlag for det.⁸⁸

5.4 Adekvans

5.4.1 Innledning

Som nevnt er det også et helt alminnelig vilkår at tapet for å være erstatningsmessig må være adekvat i forhold til den tapsbringende handling – her avbestillingen. Vilkåret skal

⁸⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 555 og Simonsen s. 313.

⁸⁷ Simonsen s. 314. Slik også Hagstrøm s. 555

⁸⁸ Krokeide s. 193

beskytte debitor mot krav som etter sin art eller størrelse er upåregnelige.⁸⁹ Det som skal undersøkes her, er hvordan adekvanskravet fremstår i reglene i standardene, forbrukerlovene og alminnelig entrepriserett.

5.4.2 Standardene og alminnelig entrepriserett

I standardene er det ikke formulert noen adekvansbegrensning. Man må derfor falle tilbake på det *alminnelige adekvanskravet* i kontraktserstatningsretten.

Hagstrøm⁹⁰ skriver generelt om adekvansbegrensningen at det er ”innsikten hos en normalperson i den handlendes sted som skal legges til grunn, kombinert med de særlige kunnskaper om individuelle forhold som debitor måtte besitte.”

Utgangspunktet for vurderingen er altså at en ”bonus pater familias-figur” blant byggherrer. Adekvansgrensen kan også etter omstendighetene bli utvidet dersom byggherren har spesielle kunnskaper som gjør at han burde ha forstått mer enn ”normalt”.⁹¹ Den profesjonelle byggherre ofte vil ha bedre forutsetninger enn en forbruker for å overskue konsekvensene av avbestillingen. Det kan derfor tenkes at mer fjerntliggende tapsposter kan anses erstatningsmessige der byggherren er profesjonell. Jeg vil komme tilbake til dette med eksempler i kapittel 5.5.2.

5.4.3 Forbrukerlovene

I buofl. § 52 tredje ledd første punktum fremgår adekvanskravet gjennom formuleringen ”så langt forbrukeren rimelig kunne rekne med tapet som ei følge av avbestillinga” (mine uthevninger). Dette er en vanlig måte å formulere adekvanskravet på, og sammenfaller stort sett med reglene i hvtjl. § 30, kjl. § 67, avhl. § 7-1 og forbrkjl. § 52, alles første ledd annet punktum.

Som nevnt i kapittel 5.4.2 er adekvansvurderingen objektiv – man tar utgangspunkt i en normalperson. Spørsmålet er om buofl. § 52 tredje ledd første punktum avviker fra

⁸⁹ Se Rt. 1983 s. 205 på s. 221: Tapet må ”stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet [her avbestillingen]; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig” Se også Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 526 flg.

⁹⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 528

⁹¹ Iversen s. 108

dette. Her er formuleringen ”så langt *forbrukeren* rimeleg kunne rekne med...”, og dette kan gi inntrykk av at det skal være adgang til å ta hensyn til subjektive forhold hos forbrukeren i unnskyldende retning. Avhl. § 7-2 bruker formuleringen ”den ansvarlege”, mens uttrykket i håndverkertjenesteloven, kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven er ”en”.

Det finnes ikke holdepunkter i forarbeidene for at adekvansvilkåret skal tolkes annerledes i bustadoppføringslova og avhendingslova enn i håndverkertjenesteloven, kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven. Snarere tvert i mot. I buofl. § 19 tredje ledd finnes det en tilsvarende bestemmelse til beskyttelse av entreprenøren. Forarbeidene til denne viser til det som er sagt om bestemmelsen i § 36 første ledd annet punktum, hvor ordlyden er ”ein”, og det uttales: “Det er ikkje eit spørsmål om kva entreprenøren faktisk *har* rekna med, men om ei meir objektiv avgrensing av ansvaret.”⁹² Når det gjelder den tilsvarende bestemmelsen i avhl. § 7-1, viser forarbeidene til bestemmelsen bare til det som er sagt i kjøpslovsproposisjonen⁹³, som innebærer at også denne bestemmelsen skal tolkes objektivt. I samme retning trekker hensynet til rettsenhet og forutberegnelighet – det ville være uheldig om nesten sammenfallende adekvansregler i de forskjellige lovene skulle tolkes forskjellig.

Konklusjonen må derfor bli at lovgiver ved formuleringen av buofl. § 52 tredje ledd første punktum ikke har ment å gjøre noe unntak fra den alminnelige regel.

Utgangspunktet for adekvansvurderingen er altså det *samme som etter deklarasjonsrett*.

5.5 Ansvarsgrunnlag – unntak fra erstatningsplikten

5.5.1 Innledning

Den siste alminnelige betingelsen for erstatningsansvar er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag. Utgangspunktet er klart nok: Entreprenørens erstatningskrav *oppstår ved at byggherren avbestiller* hele eller deler av ytelsen.

Utgangspunktene er de samme etter forbrukerlovene, standardene og bakgrunnsretten, men lovene inneholder visse unntak som avviker fra de andre regelsettene. Jeg vil derfor

⁹² Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 59 jfr. NOU 1992:9 s. 89 jfr. s. 83

først behandle det som er felles for alle regelsett, og deretter de spesielle unntakene i lovene.

5.5.2 Alminnelig entrepriserett

Spørsmålet om ansvarsgrunnlag vil i denne sammenheng være et spørsmål om fordelingen av risikoen for konsekvensene av avbestillingen. Da byggherren gjennom avbestillingsretten er gitt mulighet til ensidig å gå fra kontrakten, må den naturlige løsning også være at det er han som har risikoen for de økonomiske ulemper som oppstår dersom han velger å benytte seg av denne muligheten. Utgangspunktet er derfor at byggherrens erstatningsansvar ved avbestilling er ubetinget.⁹⁴ Det er likevel ikke sikkert at dette utgangspunktet alltid kan legges til grunn, men at det etter omstendighetene må sondres mht. tapets art og omfang. Sammenhengen til adekvanskravet er nærliggende, og selv om dette vilkåret er behandlet ovenfor, må det også trekkes inn her.

Kjøpsloven § 67 sonderer mellom direkte og indirekte tap, hvilket i realiteten er en adekvansgradering av visse typiske tapsposter. De direkte tap vil etter kjøpslovens system normalt være nærliggende og skal erstattes dersom kontrollansvarsregelens vilkår er oppfylt, dvs. uten hensyn til skyld. De indirekte tap er ikke like nærliggende og er derfor bare erstatningsmessige dersom skadevolder har utvist skyld. Denne sondringen mellom direkte og indirekte tap er så positivrettslig at den neppe kan overføres direkte til entrepriseretten. Men grunntanken må likevel være relevant. Man kan derfor si at tapet av kontrakten – oppfyllelsesinteressen – er et direkte tap, som skal erstattes på objektivt grunnlag. Er det derimot snakk om mer avledede tap, er det mulig at det må kreves skyld. Slikt avledet tap kan tenkes oppstått der entreprenøren hadde andre interesser i å få oppfylle kontrakten enn bare å opptjene vederlaget. Det kan han f. eks. ha hatt dersom gjennomføring av entreprisen var nødvendig for at entreprenøren skulle få innpass på et marked, og avbestillingen førte til at han gikk glipp av dette markedet. Var ikke denne interessen synbar for byggherren, er det neppe rimelig at han uten videre må betale erstatning for tapet. Og her kan det kanskje være en forskjell

⁹³ Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 127 jfr. Ot. prp. nr. 80 (1986-97) s. 122-123. Slik også Rognlien s. 151.

⁹⁴ Se også NOU 1992:9 s. 49: "Det kan tenkjast fleire tilfelle der forbrukaren uventa og heilt utan skuld kjem i situasjonar der han må avbestille, men der han likevel etter vanlege kontraktsrettslege reglar har risikoen for den uventa hendinga og må gje entreprenøren fullt avbestillingsoppgjær."

mellom forbrukerentreprisene og de profesjonelle kontraktsforhold – man kan tenke seg at den profesjonelle byggherre ofte har bedre forutsetninger enn forbrukeren for å overskue konsekvensene av avbestillingen.

5.5.3 Forbrukerlovene

Det som er sagt ovenfor om standardene og alminnelige entrepriserett må også gjelde etter forbrukerlovene. Men lovene inneholder visse unntak fra den alminnelige erstatningsplikten, jfr. buofl. § 52 fjerde ledd og hvtjl. § 40 (2) siste punktum a) – c).

Bestemmelsene bygger på *kontrollansvarsregelen*, og følger opp den lovgivertradisjon som startet med innføringen av kontrollansvaret i kjøpsloven, og som senere er videreført i forbrukerlovgivningen ellers. Det kan for ordens skyld nevnes at unntaksregelen bare gjelder erstatningsansvaret. Entreprenøren har alltid krav på vederlag for utført arbeid. Bestemmelsene i bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven er formulert noe forskjellig, men mht. innholdet er det neppe grunn til å skille.⁹⁵ Det vises i det følgende derfor bare til bustadoppføringslova.

Strengt tatt regulerer § 53 fjerde ledd bare avbestilling som følge av en spesiell type bristende forutsetninger. Slik sett faller egentlig en nærmere drøftelse av temaet utenfor oppgaven, jfr. kapittel 1.4. Men da reglene gjør til dels klare inngrep i den risikofordeling som ellers ville følge av alminnelig kontraktsrettslige regler, er det grunn til å se noe nærmere på dem.

Begrunnelsen for i visse tilfeller å fravike den alminnelige risikofordelingen i forbrukerforhold, er nettopp at den ene av partene er profesjonell mens den andre ikke er det. Det pekes i forarbeidene på at forbrukeren gjerne bare gjør én slik avtale i sitt liv, og at avtalen i tillegg er av betydelig økonomisk omfang. Entreprenøren på sin side har gjerne en sterkere økonomisk ryggrad, gjør mange liknende avtaler, og kan kanskje pulverisere det enkelte tap og se det som en driftskostnad.⁹⁶

⁹⁵ NOU 1992:9 s. 103

⁹⁶ NOU 1992:9 s. 49

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må årsaken til avbestillingen falle inn under en av de tre kategoriene som er nevnt i fjerde ledd – i tillegg til at den også må tilfredsstillende kontrollansvarsregelens fire kumulative vilkår.

Den første kategorien omfatter de tilfeller der en hindring fører til at forbrukeren ikke kan *nyttiggjøre* seg arbeidet. Forarbeidene nevner som eksempler på slike tilfelle bl. a. at forbrukeren ikke får kjøpt tomte huset skulle bygges på fordi selgeren ikke var rette eier, at grunnen raser ut, offentligrettslige omreguleringer eller personskaade – forbrukeren havner f. eks. i rullestol, og huset ligger i bratt terreng og har mange trapper.⁹⁷

Den andre kategorien tar for seg tilfellene der forbrukeren hindres i å yte nødvendig *medvirkning*. Eksemplet fra forarbeidene er her at han pga. sykdom ikke blir i stand til å føre opp grunnmuren dersom han i følge kontaktsforholdets funksjonsfordeling har ansvaret for dette.⁹⁷

Den tredje kategorien gjelder forbrukerens manglende *betalingsevne*. Dette er kanskje det unntaket som utgjør det klareste avviket fra alminnelig kontraktserstatningsrett hvor det klare utgangspunkt er objektivt ansvar for pengemangel. Det påpekes også i forarbeidene at dette unntaket er ment anvendt med varsomhet.⁹⁸ Det kan være at pengemangelen henger sammen med årsaker som faller inn under andre kategorier, eksempelvis at huset blir for stort på grunn av at ektefellen dør.

I tillegg til at avbestillingen må ha en årsak som faller inn under (minst) en av de tre kategoriene, må årsaken også skyldes en *hindring*. Dette vilkåret er formodentlig det greieste å avklare. Spørsmålet er normalt om denne hindringen fyller de øvrige kumulative vilkår i kontrollansvarsregelen. Hindringen må ligge utenfor forbrukerens *kontrollsfære*, ikke med rimelighet kunne *regnes med* på avtaletiden – hvilket for øvrig er et strengere krav enn at hindringen bare var mindre enn 50 % sannsynlig – og til slutt at hindringens følger ikke med rimelighet kunne *unngås eller overvinnes*.

⁹⁷ NOU 1992:9 s. 50 og 103

⁹⁸ NOU 1992:9 s. 103

Kontrollansvarets innhold er grundig drøftet i forarbeider og teori, og jeg viser derfor til disse for nærmere drøftelser og eksempler.⁹⁹

Vurderingen av om vilkårene for ansvarsfrihet er til stede er m.a.o. svært sammensatt, og vil nok i stor grad måtte gjøres på bakgrunn av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende i det enkelte tilfelle. Selv om en må ta utgangspunkt i forbrukerens begrunnelse for avbestillingen, må vurderingen likevel være objektiv. Dette for å unngå at forbrukeren i realiteten forsøker å omgå hovedregelen om full erstatning, eksempelvis fordi han har funnet en annen entreprenør som kan utføre oppdraget billigere. Ellers må den nærmere utformingen av regelens innhold skje gjennom praksis, og praktiseringen bør skje i samsvar med utviklingen ellers på forbrukerområdet. Det påpekes for ordens skyld i forarbeidene at regelen i liten grad er egnet til analogisk anvendelse utenfor forbrukerforhold.¹⁰⁰

5.6 Avbestillingsgebyr

Av buofl. § 54 og hvtjl. § 40 (3) fremgår det at partene isteden for å utmåle erstatningen konkret i henhold til de ovenfor gjennomgåtte prinsipper, kan forhåndsfastsette den gjennom et avbestillingsgebyr. Standardene har ingen tilsvarende bestemmelser, men det følger av partsautonomien at man selvsagt har en slik mulighet.

Som det har fremgått av det ovenstående, er individuell tapsutmåling ofte temmelig komplisert. En forhåndsfastsatt normalerstatning har derfor sine åpenbare *praktiske fordeler*. Det vil for det første gjelde det faktum at man slipper å ta stilling til det konkrete tap, og for det andre at man kan unngå kostbare prosesser om spørsmålene. Dessuten vil byggherren vite hva han eventuelt må betale ved en avbestilling slik at han kan vurdere om han skal avbestille eller likevel fastholde avtalen.¹⁰¹

Ulempen er selvsagt at gebyret i større eller mindre grad kan avvike fra det faktiske tapet. Det vil f. eks. kunne ha stor betydning på hvilket tidspunkt avbestillingen blir gjort. Er det fastsatt ett gebyr, vil dette kunne gi lav tapsdekning der avbestillingen skjer

⁹⁹ Se bl. a. Ot. prp. nr. 80 (1986-97) s. 72 flg., Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 61 flg. jfr. NOU 1979:42 s. 94-95, NOU 1992:9 s. 49-50 og 103 og Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 480 flg. med ytterligere henvisninger.

¹⁰⁰ NOU 1992:9 s. 103

¹⁰¹ NOU 1979:42 s. 95

tidlig, mens det kan gi ”overkompensasjon” der avbestillingen kommer like før arbeidene er ferdige. Dette problemet kan antakelig til en viss grad avhjelpest ved at man graderer gebyrene etter hvor langt arbeidene har kommet.

En viss likhet til reglene om avbestillingsgebyret på dette punkt har reglene om dagmulkt ved forsinkelse, som også innebærer en forhåndsfastsatt normalerstatning. I disse tilfellene vil normalerstatningens størrelse være knyttet til visse milepæler dersom slike er avtalt, se bl. a. NS 3430 pkt. 20.2 annet ledd bokstav b) jfr. pkt. 20.1 tredje ledd, slik at den virker progressivt ettersom arbeidet skrider frem. Det kunne være fornuftig å avtale et tilsvarende system for avbestillingsgebyret, likevel slik at gebyrets størrelse i forhold til dagmulkten blir ”motsatt progressiv” – dvs. at det blir mindre jo lenger man har kommet i arbeidet. For det arbeidet som er utført, skal entreprenøren uansett ha vederlag, og i dette skal også dekningsbidragselementet være innbakt.

En liknende løsning er lagt til grunn i NF 92 pkt. 17.3. Der skal avbestillingsgebyret utgjøre det beløp som etter to forskjellige beregningsmåter er det minste.

Når det gjelder grensene for partenes avtalefrihet, må det i kontrakter mellom *profesjonelle* antas at disse er temmelig vide. Har man inngått avtale om et avbestillingsgebyr som på avtaletidspunktet måtte antas å være rimelig, skal det nok temmelig mye til å gå fra det dersom det ved avbestillingen viser seg å ligge et stykke fra det virkelige tapet. Hensynene blir de samme som ved bruk av dagmulksreglene – om gebyret i det ene tilfellet slår uheldig ut for den ene part, kunne man like gjerne tenke seg at det i et annet tilfelle vil slå motsatt ut. Terskelen for avtalerevisjon etter f. eks. avtalelovens § 36 må derfor antas å være høy. En annen løsning ville også medføre at fordelene med bruk av avbestillingsgebyr – et forenklet oppgjør – langt på vei blir borte.

I *forbrukerforhold* er nok dette noe annerledes. Det fremgår av buofl. § 54 annet punktum og hvtjl. § 40 (3) første punktum at avbestillingsgebyret må virke *rimelig* i lys av bestemmelsene i hhv. buofl. § 52 (og § 53) og hvtjl. § 40 (1) og (2). Bestemmelsene kan også ses i sammenheng med den generelle regelen om at det ikke er adgang til å avtale dårligere betingelser for forbrukeren enn det som følger av lovene.

Bestemmelsene kan likevel ikke tas til inntekt for at enhver avtale om

avbestillingsgebyr som slår dårligere ut for forbrukeren enn hva individuell tapsutmåling ville gjort, skal settes til side.¹⁰² Et visst slingringsmann må det være, ellers ville adgangen til å forhåndsfastsette avbestillingserstatningen miste mye av sin hensiktsmessighet. Men når det f. eks. gjelder spørsmålet om å gjøre fradrag i avbestillingsgebyret for fordelder entreprenøren oppnår ved avbestillingen, vil det nok være lettere for forbrukeren å kreve slikt fradrag enn for den profesjonelle byggherre. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven peker som eksempel på tilfeller hvor forbrukeren skaffer tjenesteyteren et nytt oppdrag i stedet for det som avbestilles uten at tjenesteyteren har noen ulemper i den forbindelse. Det kunne også være urimelig å kreve gebyret dersom avbestillingen er direkte til tjenesteyterens fordel.¹⁰³ I profesjonelle forhold må man i tilfelle bygge et slikt krav på f. eks. avtl. § 36, og det skal som nevnt mye til.

Når det gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag, blir løsningen den samme som ved vanlig erstatningsutmåling, se kapittel 5.5 ovenfor. Dette er også sagt uttrykkelig i buofl. § 54 og hvtjl. § 40 (3), begges siste punktum.

5.7 Spesielt om avbestilling av regningsarbeidskontrakter

Den viktigste posten i erstatningsoppgjøret ved avbestilling er normalt dekningsbidraget entreprenøren går glipp av ved ikke å få utføre arbeidet. Grunnlaget for beregningen av dekningsbidraget er det som det ville ha kostet å utføre det avbestilte arbeidet, de direkte kostnader. Og det er her problemet oppstår da man ved regningsarbeid ikke har noen kontraktssum, og kanskje heller ikke enhetspriser, å beregne dette grunnlaget ut fra.

Det man antakelig må gjøre i slike tilfeller er å se på hvor mye byggherren har bestilt, og deretter sette opp en kalkyle basert på alminnelige bevisregler over hva det ville kostet å utføre dette arbeidet. Deretter må entreprenøren sannsynliggjøre hvilken dekningsgrad han skulle hatt på arbeidet, og eventuelt andre tap han er påført ved avbestillingen. Når det gjelder dekningsgraden, må denne i henhold til

¹⁰² Ot. prp. nr. 21 (1996-97) s. 83

¹⁰³ NOU 1979:42 s. 96

regningsprinsippet være rimelig, og det vil den normalt måtte antas å være hvis den samsvarer med det som er vanlig for tilsvarende arbeider, se hvtjl. § 32 og kjl. § 45.

Der vederlaget skal beregnes etter regningsprinsippet, ser man at det i avbestillingssituasjonen vil knytte seg (enda større) usikkerhet til erstatningsoppgjøret enn hvor kontrakten inneholder avtalte priser. Derfor bør i alle fall de mest sentrale prisspørsmål avklares i avtalen, og særlig dersom partene hadde tenkt seg en pris som er høyere eller lavere enn vanlig.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

Arnholm, Carl Jacob. *Privatrett III*. Oslo, 1966

Augdahl, Per. *Den norske obligationsrets almindelige del*. 3. utg. Oslo, 1963

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997

Belsheim, Kåre. *Frå kontraktsretten: Avbestilling utanfor lovregulerte tilfelle*. I: Jussens Venner 1996, s. 270-280

Bergsåker, Trygve. *Kjøp av ny bolig med kommentarer til bustadoppføringslova*. Oslo, 2000.

Brunsvig, Per. *Avbestillingsrett i kontraktsforhold*. Bilag II til Forhandlingerne på det 23. Nordiske Juristmøde 1963

Brækhus, Sjur. *Rettslige problemer ved bygging av skib – belyst ved nyere voldgiftspraksis*. I: MarIus nr. 54

Bøe, Einar. *Økonomisk maxilex*. Einar Bøe, Eldbjørg Gui Wold. Oslo, 1987

Cappelen, Hans. *Byggherren og kontraktene*. Oslo, 1994

Eide, Erling. *Rettsøkonomi – analyse for privatrett og miljørett*. Erling Eide og Endre Stavang. Oslo, 2001

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett – i samarbeid med Magnus Aarbakke*. Oslo, 2003

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett: Utvalgte emner*. Oslo, 1996

Harlem, Hanne. *Kanselleringsklausuler i petroleumskontrakter*. I: Marius nr. 188 (1992)

Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. Oslo, 2002

Iversen, Torsten. *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*. København, 2000

Johansen, Christian. *Byggherrens ændringsret*. København, 1999

Kolrud, Helge Jakob. *Kommentar til NS 3430*. Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inger-Johanne Lund, Svein Arild Pihlstrøm og Stein Erik Stinessen. Oslo, 1992

Krokeide, Kjetil. *Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1979 s. [132]-227

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

- Lyngsø, Preben. *Afbestillingsret*. København, 1971
- Rognlien, Stein. *Avhendingslova. Kommentar til: Lov av 3. juli 1992 om avhending (kjøp og salg) av fast eiendom*. Oslo, 1998
- Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Bergen, 1977
- Selvig, Erling. *Kontraktsretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett 10. utg. Oslo, 1993, s. [298]-647
- Simonsen, Lasse. *Prekontraktuellet ansvar*. Oslo, 1997
- Vagner, Hans Henrik. *Entrepriseret, 2. udgave*. København, 1993
- Woxholt, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. Oslo, 2001
- Woxholt, Geir. *Privatrettsgrunnlaget: Håndverkertjenester – og to andre emner fra kontraktsretten*. Oslo, 1997

Forarbeider

- NOU 1976:34 *Lov om kjøp*
- NOU 1979:42 *Forbrukertjenester*
- NOU 1992:9 *Forbrukarentrepriselov*
- Ot. prp. nr. 80 (1986-97) *Om kjøpslov*
- Ot. prp. nr. 29 (1988-89) *Om lov om håndverkertjenester m m for forbrukere*
- Ot. prp. nr. 66 (1990-91) *Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)*
- Ot. prp. nr. 21 (1996-97) *Om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)*
- Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) *Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)*

Lover

- 1988 Lov om kjøp (*kjøpsloven*) av 13. mai 1988 nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (*håndverkertjenesteloven*) av 16.juni 1989 nr. 63
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (*avhendingslova*) av 3. juli 1992 nr. 93
- 1997 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (*bustadoppføringslova*) av 13. juni 1997 nr. 43
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (*forbrukerkjøpsloven*) av 21. juni 2002 nr. 34

Dommer

Norsk Retstidende (Rt.):

Rt. 1983 s. 205 Adekvans

Rt. 2001 s. 1062 Nucleus

Rt. 2003 s. 486 Block Watne

Rettens Gang (RG):

RG 1987 s. 375 Trondheim byrett

RG 1990 s. 607 Eidsivating

RG 1992 s. 728 Voldgiftsdom

LE 1998-00648 Eidsivating

LB 2001-02006 Borgarting

Nordiske domme i sjøfartsanliggender (ND):

ND 1960 s. 420

ND 1975 s. 298 Aker Reksten