

Entreprenørens utbedringsplikt etter NS 8405



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 525

Leveringsfrist: 25.04.10

Til sammen 16 790 ord

20.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Presentasjon av tema og avgrensning	3
1.2	Rettskilder	4
1.3	Den videre fremstillingen	5
<u>2</u>	<u>VILKÅR FOR UTLØSNING AV UTBEDRINGSPLIKTEN</u>	<u>6</u>
2.1	Det grunnleggende vilkår om mangel	6
2.2	Prosessuelt krav om reklamasjon	7
2.3	Materielt vilkår - Misforholdsbegrensningen	8
2.3.1	Innledning	8
2.3.2	Begrensningens vurderingstema	9
2.3.3	Interesseavveiningen	10
2.3.4	Nedre grense?	16
2.3.5	Kan entreprenøren tvinges til å utbedre når det finnes et gunstigere alternativ?	18
2.3.6	Fullstendig eller delvis begrensning av utbedringsplikten	20
2.3.7	Kan byggherren betale seg til utbedring?	21
2.4	Tidspunktet for når utbedringsplikten utløses	21
<u>3</u>	<u>UTBEDRINGSPLIKTENS INNHOLD</u>	<u>23</u>
3.1	Innledning	23
3.2	Faktisk og økonomisk innhold	23
3.2.1	Vederlagsfri utbedring?	23
3.2.2	Forholdet til regningsarbeider	24
3.2.3	Det videre omfanget av utbedringsplikten	25

3.2.4	Ekstraarbeider	26
3.2.5	Følgeskader	30
3.3	Entreprenørens hensynsplikt	32
3.3.1	Innhold	32
3.3.2	Brudd på hensynsplikten	35
3.4	Utbedringspliktens tidsmessige innhold - utbedringsfristen	36
3.4.1	Innledning	36
3.4.2	Den alminnelige fristen	36
3.4.3	Konsekvensene av for kort utbedringsfrist	38
3.4.4	Oppsamlingsregelen	40
4	<u>KONSEKVENSER AV MISLIGHOLD AV UTBEDRINGSPLIKTEN</u>	45
4.1	Innledning	45
4.2	Forfølgelse av kravet på naturaloppfyllelse	46
4.3	Erstatning	47
4.3.1	Innledning	47
4.3.2	Hva er entreprenøren forliktet til å erstatte?	47
4.3.3	Varslingsregelen	48
4.3.4	Varslingstidspunktet	49
4.3.5	Konsekvenser av brudd på varslingsregelen	50
4.3.6	Nødregelen	51
4.4	Hevning	53
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	54
6	<u>LOVREGISTER</u>	A
7	<u>RETTSPRAKSIS</u>	A
8	<u>FORARBEIDER</u>	B

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og avgrensning

Tema for avhandlingen er en analyse av entreprenørens utbedringsplikt når det hefter mangler ved kontraktsarbeidet. Det er beføyelsessiden¹ av utbedringsreglene som i hovedsak vil bli behandlet. Når det foreligger mangel ved kontraktsarbeidet, har byggherren rett til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Men som utgangspunkt er denne retten begrenset til et krav på utbedring. Entreprenøren har en plikt til å etterkomme dette kravet, en såkalt utbedringsplikt. Det er altså innholdet og omfanget av denne utbedringsplikten, samt virkningene ved mislighold av plikten som vil være gjenstand for behandling. Entreprenørens defensive utbedringsrett er ikke tema for oppgaven, men den vil bli trukket inn som tolkningsmoment når utbedringsplikten skal fastlegges. Det er utbedringsplikten etter NS 8405² som er temaet. Det er derfor forholdet mellom likestilte parter som vil bli behandlet. Men det vil likevel kunne være relevant å trekke inn kilder knyttet til forbrukerlovgivningen. Forarbeider og praksis fra slik lovgivning kan være relevant som tolkningsmomenter når man skal fastlegge meningsinnholdet av utbedringsplikten etter NS 8405. Det er først og fremst de forbrukerrettslige kilder som omhandler tilvirkningskontrakter som vil være av interesse, slik som bustadoppføringslova³ og håndverkertjenesteloven.⁴ Men rettskilder tilknyttet forbrukerkjøpsloven⁵ og kjøpsloven⁶ kan også være relevant. Det vil bli trukket frem enkelte sammenlikninger mellom NS 8405, og øvrige kontraktsregler og alminnelige prinsipper, der verdien av å synliggjøre likheter eller forskjeller gjør seg særlig gjeldende. I det følgende vil de alminnelige partsbetegnelse ved entreprisekontrakter bli brukt. Realdebitor omtales som entreprenør og realkreditor kalles byggherre. Det vil i det følgende forutsettes at vilkårene om mangel og rettidig reklamasjon etter NS 8405 pkt. 36.2 første ledd, er oppfylt.

¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 374.

² Norsk Standard, *NS 8405:2008*.

³ Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m. m. (bustadoppføringslova) 13. juni 1997 nr. 43.

⁴ Lov om håndverkertjenester m. m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) 16. juni 1989 nr. 63.

⁵ Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) 21. juni 2002 nr. 34.

⁶ Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27.

1.2 Rettskilder

Fremstillingen i oppgaven dreier seg om en analyse av NS 8405, og standarden forutsettes vedtatt av partene.

Rettskildebildet og metoden som benyttes ved tolkning av kontraktsstandarden NS 8405, har samme utgangspunkt som ellers innenfor kontraktsretten. Det er den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsens ordlyd som danner utgangspunktet for tolkningen.

Utbedringsbestemmelsene i NS 8405 angir generelle rammer for hvordan innholdet, omfanget og virkningene av utbedringsplikten er. Reglene inneholder flere tvetydige og skjønnsmessige vurderingstemaer som må søkes klarlagt gjennom bruk av andre rettskilder.

Ettersom NS 8405 ikke er resultat av noen formell lovgivningsprosess, eksisterer det ingen forarbeider til bestemmelsene. Av den grunn vil det være hensiktsmessig å se på hvordan tidligere standarder er utformet og tolket. NS 8405 er et nummer i rekken av standarder gjennom tiden på dette kontraktsområdet og den bygger i stor grad bygger på samme prinsipper. NS 8405 er en utviklet og oppdatert standard som på mange måter gir uttrykk for en rekke generelle prinsipper som bakgrunnsretten stiller, men dette vil ikke bli behandlet her. Selv om standarden ikke har egne forarbeider, kan betraktninger som er kommet til uttrykk i forarbeidene på andre kontraktsområder være av interesse. Kontraktsgjenstanden etter NS 8405 er tilvirkningsarbeider. Både bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven er lovgivning for tilvirkningskontrakter, og forarbeidene til disse vil derfor være relevant som tolkningsdirektiv når innholdet av utbedringsplikten etter NS 8405 skal fastlegges. Lovene er hovedsakelig et resultat av et politisk ønske om styrket vern for forbrukere ved oppføring av bolig og håndverkertjenester. På grunn av iboende forbrukerhensyn forutsettes det derfor at lovforarbeidene benyttes med varsomhet. Vektleggingen av disse som rettskildefaktor kan variere. På den andre siden er det likevel klart at en rekke problemstillinger som reguleres gjennom nevnte lovgivning langt på vei vil være de samme for entrepriser etter NS 8405, ettersom man har å gjøre med tilvirkningskontrakter.

Når det gjelder rettspraksis, velger kontraktsparter på et profesjonelt nivå som dette ofte voldgift som tvisteløsningsorgan som følge av tidsmessige og publisitetsmessige grunner. Ettersom voldgiftsdommene så å si aldri publiseres, er rettskildeverdien liten.⁷ Den utstrakte bruken av voldgift har ført til et noe begrenset volum av avklaringer innen de alminnelige domstoler, og særlig prinsipielle avklaringer fra Høyesterett. Likevel finnes det enkelte underrettsdommer som kan gi veiledning. Rettskildelæren sier at bruken av underrettsdommer generelt har liten selvstendig vekt i forhold til dommer avgjort av Høyesterett, og at disse dermed bør håndteres med forsiktighet.⁸ Men underrettsdommer kan benyttes som gode illustrasjoner, og de kan samtidig inneholde relevante argumenter og vurderinger som kan vektlegges ut fra reelle hensyn. For øvrig, kan praksis knyttet til annen kontraktslovgivning være relevante og nyttige rettskilder ved tolkning av meningsinnholdet i utbedringsreglene etter NS 8405.

Litteraturen er i seg selv en relevant rettskildefaktor, selv om vekten generelt sett er liten.⁹ Det samme gjelder reelle hensyn.¹⁰ Men på grunn av den begrensede rettskildesituasjonen knyttet til praksis og forarbeider, vil rettsteorien og reelle hensyn kunne spille en viktigere rolle som rettskilde for oppgavens tema.

1.3 Den videre fremstillingen

Den videre fremstillingen vil hovedsakelig deles inn i tre deler. Først vil det bli gjort rede for vilkårene for utløsning av utbedringsplikten. Videre vil utbedringsplikten innhold bli behandlet. Til sist vil det bli redegjort for konsekvensene av mislighold av utbedringsplikten.

⁷ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 163.

⁸ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 162.

⁹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 270.

¹⁰ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 378.

2 Vilkår for utløsning av utbedringsplikten

2.1 Det grunnleggende vilkår om mangel

For at utbedringsplikten skal utløses, må det foreligge en ”mangel”, jfr NS 8405 pkt. 36.2 første ledd første punktum. En mangel foreligger når ”kontraktsarbeidet ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes forhold som entreprenøren svarer for”, jfr. pkt. 36.1 første ledd. Det må altså foreligge et kontraktsavvik som entreprenøren har risikoen for. Det spiller i utgangspunktet ingen rolle om mangelen er stor eller liten, og heller ikke om det forligger skyld eller ei. Plikten til å utbedre er i utgangspunktet ubetinget.¹¹ I likhet med øvrig kontraktslovgivning inkluderes også følgeskader av mangelbegrepet, så sant disse er nærliggende og påregnelig, jfr pkt. 36.1 andre ledd.

Konstateringstidspunktet for en mangel kan imidlertid variere mye avhengig av om partene er enige om det foreligger en mangel eller ei. Der partene ikke er enige vil det kunne ta tid å avklare det rettslige spørsmålet, noe som fort vil kunne bli til ulempe for begge parter, men spesielt for byggherren. Dersom utbedringsplikten ikke skulle bli utløst før konstateringen var på det rene, ville han i verste fall risikere å måtte vente med å ta i bruk kontraktsgjenstanden som forutsatt med de praktiske og økonomiske følger dette ville medført. Men ved uenighet om mangelspørsmålet, sier NS 8405 pkt. 36.2 tredje ledd første punktum at ”Entreprenøren har plikt til å foreta utbedringen selv om det er uenighet om det foreligger mangel.” Problemet knyttet til usikkerheten rundt mangelens eksistens, elimineres gjennom denne regelen, noe som også er formålet.¹² NS 8405 pkt. 36.2 tredje ledd første punktum utvider utbedringspliktens faktiske side til også å omfatte arbeider som ikke nødvendigvis er utbedring av en mangel.

I forhold til mangelen utløses altså entreprenørens plikt til å foreta utbedringer allerede i det øyeblikk byggherren reklamerer på noe han hevder er en mangel. Det vil si at det er

¹¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 376.

¹² Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 445.

pretensjonen er avgjørende. Regelen må som utgangspunkt forstås som en absolutt regel, på grunn av behovet for klare kjørerregler og forutberegnelighet. En annen grunn til å fastholde en streng tolkning av regelen er at utvidelsen ikke bare ”tilgodeser” byggherren. Entreprenørens interesse i få dekket sine utlegg der ettertiden viser at det ikke forelå mangel, sikres gjennom NS 8405 pkt. 36.2 tredje ledd, andre punktum. Her heter det at entreprenøren har rett til å ”kreve sikkerhetsstillelse fra byggherren for sitt mulige vederlagskrav”.

Reelle hensyn kan imidlertid tale for at det må gis rom for en innskrenkende tolkning for de opplagte tilfellene. Det vil være uheldig dersom enhver påstand om mangel skulle utløse utbedringsplikten. Byggherren skal ikke kunne misbruke regelen med påstander tatt fra løse luften. Til dette sier Marthinussen mfl.¹³ at det må kreves at spørsmålet om det foreligger en mangel ”reelt sett er tvilsomt”. Denne formulering innskrenker nok regelen i overkant og man har neppe holdepunkter for å utlede noe slikt kriterium. Det vil være nærmest en umulig oppgave å trekke grensene ved et slikt skjønnsmessig vurderingstema. En innskrenkende tolkning kan bare komme på tale der det dreier seg om de helt opplagte tilfellene. Det kan for eksempel dreie seg om en byggherre som går rundt og krever utbedring for hvert minste avvik og andre perfeksjonistiske detaljer. Kontraktsgjenstanden er omfattende og det vil være nærmest en umulig oppgave å levere et 100 % perfekt resultat.

2.2 Prosessuelt krav om reklamasjon

Etter regelen i pkt. 36.2 første ledd må byggherren også reklamere i tide. Kravet er generelt og betyr at byggherren må gi entreprenøren beskjed dersom han ikke skal tape retten til å gjøre mangelen gjeldende. For at utbedringsplikten skal utløses må altså byggherren fremme en nøytral reklamasjon ”i rett tid”. Hva som kan anses som ”rett tid”, må avgjøres ut fra reglene i pkt. 36.6 til 36.8.

¹³ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 592.

Spørsmålet er imidlertid om byggherren også må gi entreprenøren et særskilt varsel om at han krever mangelen utbedret for at utbedringsplikten skal utløses. En slik spesifikk reklamasjon er påkrevet etter modellen i kjøpsloven § 35. Regelen er slik at hvis kjøper ikke fremsetter et spesifikt krav om retting eller omlevering, taper han retten til å kreve avhjelp. Kravet må tidsmessig fremmes samtidig med den alminnelige reklamasjonen eller innen rimelig tid etter. Den spesifikke reklamasjonen etter kjøpsloven er utformet med blant annet sikte på selgers behov for å vite hvor kjøper vil med mangelen som er påberopt. Det samme behovet ville for så vidt også en entreprenør ha. I forhold til NS 8405 vil utbedringene vil ofte være omfattende og det ville derfor kunne være interessant for ham å vite om byggherren ønsker å utbedre. Dette fordi han kan ha mye å planlegge i forhold til både arbeidsfolk, materialer, transport og kanskje også forholdet til andre forestående kontrakter.

Standarden er taus om kravet til en slik spesifikk reklamasjon, noe som kan gi en indikasjon på at et slikt krav ikke er ment å gjelde. Systemet etter standarden er at utbedring i prinsippet er den eneste misligholdsbeføyelsen byggherren har mot entreprenøren, når det foreligger en mangel som er påberopt i rett tid. Byggherren har bare rett til prisavslag der utbedringsplikten ikke kan opprettholdes som følge av misforholdsbegrensningen. Og retten til heving forutsetter at misligholdet er vesentlig, og at entreprenøren ikke klarer å godtgjøre tilstrekkelig at han klarer å utbedre mangelen, jfr pkt. 39.1 første og andre ledd. Fordi systemet er lagt opp slik, er det heller ingen grunn til å kreve noen spesifikk reklamasjon for at utbedringsplikten skal utløses.

2.3 Materielt vilkår – misforholdsbegrensningen

2.3.1 Innledning

Hovedregel er at når det foreligger ”mangel som er påberopt i rett tid”, kan byggherren kreve at entreprenøren utbedrer mangelen. Den objektive utbedringsplikten utløses der vilkårene er oppfylt, men det er likevel grenser for hva entreprenøren kan pålegges i kraft av utbedringsplikten. Små ubetydelige mangler kan kreve omfattende arbeider for å utbedre dem. I samme setning som hovedregelen i NS 8405 pkt. 36.2 første ledd oppstilles en

begrensning for rekkevidden av utbedringsplikten. Det gjelder et unntak fra utbedringsplikten der utbedringene medfører ”uforholdsmessig store [kostnader] i forhold til det som oppnås”. Regelen kalles gjerne misforholdsbegrensningen.¹⁴

Misforholdsbegrensningen fungerer som et gjerde rundt utbedringsplikten. Befinner man seg på utsiden, gjelder ikke utbedringsplikten. Misforholdsbegrensningen er et viktig element når utbedringsplikten skal defineres, fordi den avgrensner utbedringsplikten og definerer den negativt. Misforholdsbegrensningen er i realiteten et materielt vilkår i forhold til utløsningen av utbedringsplikten. Der det foreligger misforhold, vil byggherren måtte nøye seg med et prisavslag etter pkt. 36.4.

Begrensningen er begrunnet ut fra et samfunnsøkonomisk synspunkt.¹⁵ Det kan ikke være slik at plikten til å utbedre skal pålegges entreprenøren for enhver pris. Det må være et visst samsvar mellom ressursbruk og resultat. Entreprenøren må beskyttes mot urimelig byrdefulle krav om utbedring.

Misforholdsbegrensningen er et lempningsgrunnlag konstruert for utbedringsplikten. Likevel eksisterer det andre lempningsgrunnlag som man kunne tenke seg fikk anvendelse i forhold til utbedringsplikten. Dette ville typisk kunne være avtaleloven¹⁶ § 36 og den ulovfestede lære om bristende forutsetninger som fortsatt antas å gjelde ved næringsentrepriser, jfr Rt 1999 s. 499. Men vilkårene for å kunne kreve lempning etter disse er trolig strengere og man må derfor kunne legge til grunn at misforholdsbegrensningen konsumerer disse lempningsgrunnlagene.

2.3.2 Begrensningens vurderingstema

Ordlyden i bestemmelsen¹⁷ sier at begrensningen forutsetter at kostnadene til utbedringen blir ”uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås”. For at begrensningen skal slå til etter regelen i NS 8405 pkt. 36.2 første ledd, må man foreta en

¹⁴ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96.

¹⁵ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 588.

¹⁶ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) 31. mai 1918

¹⁷ Norsk Standard, *NS 8405:2008*, pkt. 36.2, første ledd.

forholdsmessighetsvurdering hvor entreprenørens kostnader ved utbedringen måles i forhold til det resultat som oppnås ved utbedringene. Og det er bare konstatert uforholdsmessighet som kvalifiserer for unntakets anvendelse. Vurderingen er skjønsmessig og må foretas konkret.¹⁸ Kostnadssiden og resultatet av utbedringene er nært knyttet til vurderingstemaet i interesseavveiningen. I det følgende vil det derfor være naturlig både å definere begrepene og vurdere innholdet av størrelsene i sammenheng med misforholdskriteriet.

2.3.3 Interesseavveiningen

For at entreprenøren skal kunne slippe å foreta utbedringene, må forholdet mellom kostnadene og utbedringsresultatet kunne karakteriseres som ”uforholdsmessig”. Spørsmålet er hva som ligger i dette avgjørende kriteriet. At noe er ”uforholdsmessig” betyr at noe ikke står i rimelig forhold til noe annet, med andre ord at to størrelser er dårlig avpasset hverandre. Både bustadoppføringslova § 32, første ledd¹⁹, håndverkertjenesteloven § 24, første ledd og kjøpsloven § 34, første ledd benytter urimelighetskriteriet i tilsvarende bestemmelse, og det er i retning av dette innholdet i uforholdsmessighetskravet etter NS 8405 skal forstås. Sandvik omtaler kriteriet som ”et markert og åpenbart misforhold mellom mangelens betydning og det en utbedring vil kreve”.²⁰ Det samme gjelder for bestemmelsen etter NS 8405.²¹ At det skal mye til før entreprenøren kan påberope seg noe fritak, er en naturlig konsekvens av den store hovedregel om at entreprenøren har en ubetinget plikt til å rette påberopte mangler. Dersom det ble for lett å fri seg, ville hovedregelen undergraves og utbedringsplikten ville bli tilfeldig og vanskelig å fastslå rekkevidden av. Omstendighetene rundt tilvirkningskontrakter kan ofte gi grunn til å sette misforholdsterskelen høyt. Grunnen til det er blant annet at kontraktsgjenstanden er så omfattende at det vil være nærmest umulig

¹⁸ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 588 og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 441.

¹⁹ Jfr. NOU 1992:9 s. 78.

²⁰ Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Bergen 1977 s. 235.

²¹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 588, og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 441.

å prestere en mangelfri ytelse. Dessuten er NS 8405 en standardkontrakt og ”Standardvilkår beskriver ofte misforholdsbegrensningen i mer force majeure-liknende termer”.²²

Ordlyden sier at der er ”kostnadene til utbedringen” som skal legges i den ene vektskålen. Disse kostnadene vil i praksis omfatte både innsats i form av arbeid og utgifter.²³ Man snakker altså om entreprenørens totale resursoppofrelse ved utbedringene.

Det kostnadene skal veies mot er ”det som oppnås” ved utbedringene. Man tar altså ikke hensyn til de samlede kontraktsforpliktelsene, men hva som ”oppnås” ved utbedringene.²⁴ Ordlyden gir imidlertid ingen indikasjon på hvilken vurderingsnorm som skal legges til grunn for resultatet av utbedringene. I bustadsoppføringslova § 32 første ledd er tilsvarende bestemmelse formulert med ordlyden ”høve til det forbrukeren oppnår”. I håndverkertjenesteloven § 24 første ledd heter det ”uten urimelig kostnad eller ulempe for tjenesteyteren.”. Sistnevnte formulering er ligger nærmest til kjøpslovens ordlyd²⁵, men ”Det er ikke tilsiktet noen realitetsendring. Avgjørelsen..., må klarvis treffes i forhold til forbrukerens behov for retting”, jfr Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 88.²⁶

Kontrakslovgivningen for forbrukerrettslige tilvirkningskjøp sier altså at vektskålen skal fylles med den betydning utbedringen vil ha for realkreditor. Det samme må kunne legges til grunn for innholdet av regelen etter NS 8405. ”Det ses hen til hva byggherren oppnår med utbedringen og mangelens praktiske betydning for ham.”²⁷ Betydningen for byggherren vil naturligvis være individuell, og vurderingsnormen trekker så langt i en subjektiv retning.

Ved interesseavveiningen må man trekke inn alle relevante faktorer som kan ha betydning for forholdsmessigheten. I det følgende vil det trekkes frem momenter som kan være

22 Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 378

23 Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96

24 Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 380.

25 Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27, § 34, førsteledd, jfr § 23, første ledd.

26 Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 88.

27 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 588.

relevant ved vurderingen.

For det første vil det ofte være av betydning for forholdsmessighetsvurderingen hvilke mangelsart man står overfor. Man kan hovedsakelig dele mangelsartene i to grupper. Funksjonsmangler og estetiske mangler. Der mangelen består i en funksjonssvikt ved en del av bygget, vil dette som regel ha stor betydning for byggherren og hans interesse i å få rettet den. Funksjonssvikt vil fort kunne støte mot det alminnelige krav om kvalitativt godt fagarbeid. Entreprenøren må i slike tilfeller tåle større kostnader for slike feil, enn hva som generelt ville vært tilfelle ved estetiske mangler. Misforholdsbegrensningen tilsier at det skal mye til før entreprenøren kan motsette seg utbedring når mangler går på funksjonsdyktigheten.²⁸ Det samme vil gjelde der mangelen representerer risiko for miljøet, et brudd på sikkerhetsforskrifter²⁹, eller sviktende holdbarhet i forhold til forventningene. Dersom slike feil kommer i tillegg til funksjonssvikten, vil dette kunne føre til at entreprenørens tålegrad skjerpes ytterligere. Et annet nærliggende moment til funksjonsmangler som kan være av betydning, er om den aktuelle mangelen medfører noen form for risiko for følgeskader. Dersom den gjør det, vil jo byggherren naturligvis ha en desto større interesse i utbedringen, og entreprenøren må da tåle tilsvarende større kostnadsbyrde før noe kvalifiserer til misforholdet.

Estetiske mangler kan likevel ha mye å si for byggherren. Slike mangler vil typisk være skjønnhetsfeil og mangler som i det vesentlige refererer seg til det eksteriørmessige uttrykket. Slike mangler vil naturligvis ha ulik grad av påvirkning på forholdsmessigheten. Men i NOU 1992: 9 s. 78 heter det at selv ”estetiske detaljar kan ha mykje å seie for trivselen, særlig i bustader, og ofte kan entreprenøren måtte rette sjølv om kostnadene isolert sett ikkje står i høve til ei rein økonomisk vurdering av mangelen”. Uttalelsen er rettet spesielt mot forbrukerkontrakter der boligen er kontraktsgjenstand.

Kontraktsgjenstanden etter NS 8405 vil kunne være knyttet til helt andre bruksområder enn boligformål. Men uttalelsen vil likevel kunne oppfattes som et mer generelt prinsipp om at selv mangler og feil ved estetikken kan ha så mye å si for byggherren, at entreprenøren må

²⁸ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Uvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96.

²⁹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 589

utbedre selv om oppofrelsen isolert sett ikke står i forhold til det rene verdiminus mangelen representerer. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor man har oppført et spesielt designet arkitektkontor. Fasaden som skulle bestå av en glatt mur dekorert med innfelte glassplatevinduer i et bestemt mønster, er ikke integrert på rett sted og den tiltenkte symmetrien brytes. Den korrekte utformingen vil kunne være svært viktig for byggherren, og hans interesse i å få rettet vil være stor. Utbedringen vil bli omfattende, men entreprenøren vil likevel kunne pålegges å utbedre. I en dom fra Borgarting lagmannsrett N LB-2002-3008 A/03 uttrykkes det ulike karakteristikker av slike mangler. Dommen er avsagt av en underdomstol der den selvstendige vekten er begrenset, og dessuten knytter avgjørelsen seg til forbrukerentreprise. Men dommen er enestående i forhold til estetiske manglers betydning for forholdsmessighetsvurderingen og karakteristikkene som uttrykkes er til god illustrasjon behandlingstemaet. Retten fant at skjevheter og bulinger i gulvene ”knappt er synlige” og at utbedringer her ville vært uforholdsmessig. Det samme gjaldt skjevheter på to bad som retten fant at var ”synlige og skjemmende”. Utbedringer ble likefremt ansett som uforholdsmessig. Først ved der mangelen besto av skjeve vegger som var ”i øyenfallende og ganske skjemmende”, ble mangelen ansett tilstrekkelig stor for å omfattes av utbedringsplikten. Retten fant riktignok at veggskjevheter på kjøkkenet som var ”synlig, men ikke i øyenfallende” måtte utbedres, men her var veggene i tillegg beheftet med sprekkdannelser som må antas å ha hatt en stor betydning for utfallet.

For det andre vil kontraktsgjenstandens karakter kunne utgjøre merkbare forskjeller på hva som kan anses som uforholdsmessig i det enkelte tilfellet. Utslaget er mest tydelig der mangelen består av estetiske skjønnhetsfeil. Dersom kontraktsgjenstanden er et representasjonsbygg, et konsernkontor på Aker Brygge eller et bygg med et spesielt arkitektonisk preg, må entreprenøren godta større kostnadsbyrder ved utbedring av estetiske mangler, i forhold til der kontraktsgjenstanden er en lagerhall eller et parkeringshus under bakken. Byggherren vil jo normalt ha større interesse i et pent resultat når kontraktsgjenstandens utseende er spesielt viktig, og da er det grunnlag for å skjerpe vernet for hans interesse før entreprenøren kan påberope seg uforholdsmessighet.

Også spesielle miljøhensyn kan ha stor subjektiv betydning for byggherren. Mangler som kommer i konflikt med byggherrens ønske om å ivareta miljøhensyn, vil måtte tas med i vurderingen.

En uttrykt forutsetning, som krever ekstra presisjon ut over alminnelig godt fagmessig arbeid, vil kunne ha en betydning for forholdsmessigheten. Entreprenørens utførelse skal tilfredsstillende alminnelig godt fagmessig arbeid. Men partene kan jo ha avtalt at en del av arbeidet skal utføres med en helt spesiell presisjon. Hefter det mangler ved denne utførelsen må det kunne antas at det kreves mye for at entreprenøren skal gå fri fra utbedringen. Kostnadene skal i utgangspunktet veies mot ”det som oppnås” ved utbedringene, ikke i forhold til de samlede kontraktsforpliktelsene.³⁰ Men i dette tilfelle vil kontraktsforpliktelsen om spesiell presisjon likevel ha en betydning ved vurderingen. Man kan ikke stille byggherren i en dårligere posisjon der han har fått kontraktsfestet en forutsetning og den personlige viktigheten av den, gjennom en utvidet presisjonsplikt for entreprenøren.

Når man skal vurdere forholdet mellom kostnadene og resultatet kan det tenkes å være av betydningen hvilken grad av sikkerhet man baserer antagelsen om resultatet på. Det resultatet man legger til grunn i misforholdsvurderingen kan jo ha ulik grad av sannsynlighet. Normalt vil nok sannsynligheten for å oppnå det resultat man legger til grunn i vurderingen være høy. Fagfolk kan vurdere hva som objektivt er mulig å oppnå. Problemstillingen gjør seg først og fremst gjeldende når utbedringer innebærer en viss usikkerhet og risiko for at man ikke oppnår det resultatet man forventer. Sett at en leilighetsblokk er oppført i en skråhelling og at mangelen består av feil ved dreneringen langs grunnmuren. Utbedringsarbeidene vil være å grave opp massen og sprengne ut mer av fjellet langs grunnmuren på oppsiden av blokken. Men man er usikker på hvordan grunnen vil reagere på utsprengningen og dermed også om tilsiktet resultat vil kunne oppnås. Spørsmålet er om man kan tillegge et slikt hensyn betydning ved forholdsmessighetsvurderingen. Mye kan tale for det. Usikkerheten kan få avgjørende

³⁰ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 380.

betydning for hvorvidt et misforhold foreligger eller ikke. Om forutsetningene slår til vil naturlig nok først vise seg etter at utbedringene er godt i gang. Men man må innrømme usikkerheten i forkant av utbedringene og vurdere denne når man tar stilling til forholdsmessigheten mellom kostnader og resultat. For at momentet kan tillegges en relevant betydning, må det imidlertid kunne kreves at usikkerhet må være reell og av en viss størrelse før man trekker dette inn.

Når det skal foretas utbedringer kan de samlede kostnader variere mye fra tid til annen. Prisnivået på blant annet materialer, transport, arbeidskraft og utstyrsløse kan endres mye, avhengig av markedsverdien til enhver tid. Dette kan få betydning for misforholdsvurderingen i enkelte situasjoner. Normalt sett vil entreprenøren bære risikoen for at prisnivået stiger, men de aktuelle varer og tjenester kan bli påvirket mye ved store konjunktursvingninger. Utbedringene vil ofte settes i gang kjapt og fullføres i et tidsrom som vanligvis ikke vil være nevneverdig utsatt for prisstigning. Men man kan tenke seg at det av ulike grunner skulle skje at utbedringene ikke tar til før etter en lengre tid etter overtakelse og at dette ikke skyldes entreprenøren selv. Og man kan i andre tilfeller tenke seg at utbedringsarbeidene er så omfattende at det vil ta måneder og kanskje mer til før de er fullført. I slike situasjoner kan de kostnadsstørrelsen være spesielt utsatt når de større konjunktursvingningene endres over korte perioder.

Hensynet til alternative beføyelser vil også kunne tillegges viss betydning ved vurderingen av forholdsmessigheten.³¹ Alternative beføyelser kan være godt eller dårlig egnet som ”sikkerhetsnett” for løsning av konflikten. Det kan skje at verdireduksjonen mangelen representerer er så liten at byggherren et prisavslag som alternativ ville blitt en illusorisk misligholdsbeføyelse. Og dersom entreprenørens besparelse er umulig å fastslå fordi kostnadene for utbedringsarbeidene er spesielt vanskelige å beregne, må man kanskje legge listen for misforholdet et lite hakk høyere. På den andre siden, vil det i situasjoner hvor man er i tvil om misforholdet, kunne være grunn til å legge listen noe lavere der det viser seg at situasjonen kan løses på en enkel måte med et prisavslag og eventuelt erstatning.

³¹ NOU 1979: 42 s. 107

Heving vil i prinsippet også være et alternativ, men det er en inngripende beføyelse som ikke vil være spesielt egnet alternativ å tillegge vekt ved misforholdsvurderingen. Men det kan likevel ikke utelukkes.

På tross av at vurderingsnormen i stor grad trekker i en subjektiv retning, kan man ikke utelukkende legge til grunn enhver byggherres subjektive oppfatning. Formålet med forholdsmessighetsvurderingen ville da fort bli meningsløs. Visse objektive holdepunkter må kunne kreves ved den påståtte betydning mangelutbedringen har for byggherren. Betydningen for byggherren må være typisk reell, og forsvarlig. Det er klart at betydningen av korrekt vindusplasseringen er langt mer viktig på fasaden av et arkitektkontor enn på et lagerbygg. På samme måte vil byggherrens ønske om å ivareta miljøet etter en byggeprosess kunne være sterkere eller svakere forankret etter en objektiv målestokk. Forsvarligheten av byggherrens påståtte betydning vil langt på vei kunne måles ved sakkyndige vurderinger.

Vurderingsnormen av det oppnåelige resultat ved utbedringen må etter dette i alle fall være slike at byggherrens subjektive oppfatning må suppleres med faglig objektive vurderinger. Byggherrens skjønn må kunne prøves og stå seg i forhold til den objektive rimelighet av det. Spørsmålet er kanskje om man bør trekke vurderingen i en ennå mer objektiv retning.

I utgangspunktet ligger det naturlig i ordets betydning at en ”avveining” mellom to størrelser, er å veie disse mot hverandre etter en objektiv målestokk. Og kanskje bør man ved vurderingen la det avgjørende være hva som objektivt fremstår som uforholdsmessig. At vurderingstema er objektivt vil være en viktig forutsetning for å ivareta både hensynet til forutsigbarhet for partene og rettsanvendere, og hensynet til regelens legitimitet og formål.

2.3.4 Nedre grense?

I forhold til kostnadssiden kan man stille spørsmålet om det eksisterer en nedre grense for at misforholdsbegrensningen skal få anvendelse. Man spør med andre ord om det kreves

kostnader av en viss størrelse for at misforholdet skal inntre. Alternativene er om det er de konstaterte kostnadene skal legges til grunn slavisk, slik at det utelukkende er *forholdet* til utbedringsbehovet som er avgjørende, eller om også størrelsen av kostnadene i seg selv kan ha betydning for hvorvidt noe er uforholdsmessig eller ei.

Man kan jo tenke seg at utbedringskostnaden er relativt liten, f.eks 7000 kroner, og at mangelen representerer et verdiminus på 1000 kr og at også denne satsen er representativ for byggherrens utbedringsbehov. Forholdet mellom størrelsene er klart uforholdsmessig. Men spørsmålet er om entreprenøren kan påberope seg misforholdsbegrensningen i denne situasjonen eller om kostnadene på 7000 kr er for små. Rettspraksis er fraværende i forhold til både NS 8405, bustadoppføringslova og håndverker-tjenesteloven. Det eksisterer med andre ord ingen relevant rettspraksis som regulerer spørsmålet for tilvirkningskontrakter. Men på kjøpsrettens område er det avsagt en Høyesterettsdom i Rt 2006 s. 179 som knytter seg til en tilsvarende vurdering etter bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven³² § 29 første ledd. Omleveringskostnadene for et par støvletter på 447 kr ble vurdert i forhold til rettekostnadene på 65 kr for en støvletthæl. På tross av de lave summene kom Høyesterett frem til at omleveringskravet var urimelig i forhold til rettingen, og at det var *forholdsmessigheten* som måtte legges til grunn for vurderingen. Dommen ble avsagt under dissens 3-2 og den generelle rekkevidden er derfor mer begrenset enn hva enstemmighet ville gitt. Dessuten er det her tale om en tolkning av en regel på det forbrukerrettslige kjøpsområdet som i utgangspunktet skiller seg mye fra entreprisekontrakter med likestilte parter. Men det er likevel ingen prinsipiell grunn til at standpunktet ikke kan benyttes som et utgangspunkt for andre kontraktstyper, som NS 8405.

At forholdsmessigheten bør legges til grunn, kan også sies å følge naturlig av rene rimelighetshensyn. Man kan jo tenke seg at dersom kostnadsstørrelsen skulle tillegges betydning ved interesseavveiningen, ville dette by på problematiske grensedragninger for domstolene. Man måtte i så fall enten trekke grensene på bakgrunn av fastsatte standardiserte satser for kostnadsstørrelsen, slik at dette ville avgjøre om det forelå et

³² Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) 21. juni 2002 nr. 34.

misforhold eller ei. Dette ville imidlertid vært uforenlig med bestemmelsens³³ anvisning på en konkret avveiningsnorm. Alternativet ville så vært at man måtte trekke inn entreprenørens økonomiske forutsetninger for å avgjøre om utbedringsansvarets uforholdsmessighet. Konsekvensene ville da være at entreprenøren med de relativt sett beste økonomiske forutsetninger ville i mindre grad kunne påberope seg misforholdsbegrensningen. Dette ville igjen bety en strengere utbedringsplikt for ham, enn hva som ville vært tilfellet for entreprenøren med dårligere økonomiske forutsetninger. Dette ville ført til tilfeldige vurderinger og lite forutberegnlighet.

2.3.5 Kan entreprenøren tvinges til å utbedre når det finnes et gunstigere alternativ?

Dersom man ved misforholdsvurderingen kommer til at det ikke foreligger et misforhold mellom kostnader og utbedringsbehovet, reiser det seg en særlig problemstilling. Spørsmålet er om entreprenøren likevel kan tvinges til å gjennomføre utbedringer der oppførelsen vil være mindre for en tredjemann. Problemstillingen kan oppfattes som to alternative spørsmål. Det ene er om forholdet kan utgjøre et selvstendig moment ved misforholdsvurderingen. Det andre er om det er mulig å oppstille et unntak fra utbedringsplikten basert på reelle hensyn som kan sidestilles med misforholdsbegrensningen. Man kan tenke seg at entreprenøren har tilholdssted i Alta, og at byggearbeidene er utført i Kristiansand. Kostnaden for å flytte alt utstyr, materialer og bemanning vil bli betydelig, men likevel ikke stor nok til å oppfylle misforholdskriteriet. Begge partene er kjent med at en lokal entreprenør i byen har de nødvendige ressurser og kompetanse som trengs for å utføre arbeidene. Videre er det på det rene at han kan utføre arbeidene til en klart lavere pris enn den opprinnelige entreprenøren. Skulle den opprinnelige entreprenøren likevel pålegges å utbedre, ville det stillet ham i en fortvilet situasjon. Problemstillingen er ikke nærmere berørt i praksis eller i teorien. En løsning ville i så fall måtte bygges på en vurdering av de reelle hensyn.

Hvorvidt forholdet kan utgjøre et selvstendig moment ved misforholdsvurderingen, er et

³³ Norsk Standard, *NS 8405:2008*, pkt. 36.2 første ledd.

spørsmål som knytter seg til momentets relevans i forhold til vurderingstemaet.

Oppofrelsene skal veies mot utbedringsbehovet og det er derfor vanskelig å knytte det forhold at en tredjemann kan ubedre billigere direkte til noen av størrelsene. Men det kan være grunn til anta at når det eksisterer et godt alternativ til løsning, vil interessen byggherren har i å få entreprenøren til å utbedre objektivt sett mindre enn hva han selv hevder. På den måten vil det være rom for å trekke inn forholdet som et relevant moment ved forholdsmessighetsvurderingen. Men det ville kunne bli problematisk å ta stilling til hvilken vekt man i så fall skulle legge på forholdet. Det er en konkret vurdering man skal foreta, og dersom man la for stor vekt på forholdet, ville dette kunne ført til en noe snever vurdering. Kanskje burde man se på muligheten for et eget unntak fra utbedringsplikten i en slik situasjon.

Når det gjelder spørsmålet om det kan oppstilles et eget unntak for utbedringsplikten, må man ta utgangspunkt i utbedringspliktens posisjon. Den klare hovedregelen er at entreprenøren har plikt til å utbedre mangler. Som unntak fra plikten oppstiller standarden bare misforholdsbegrensningen. Det at standarden ikke sier noe om andre former for unntak kan forstås som et signal om at det ikke er rom for andre unntak.

Misforholdsbegrensningen stiller relativt strenge krav til hva som skal til for at entreprenøren er fri fra plikten. Dette taler for en streng utbedringsplikt, uten andre avgrensninger. Dette vil være mest forutberegnlig. På den andre siden, er situasjonen som entreprenøren blir stilt i unektelig svært uheldig. Og det klart at det eksisterer et reelt praktisk behov for et unntak. Det kan neppe hevdes at utbedringsplikten var planlagt å pålegges også her. Det mest nærliggende er vel at man ikke har tenkt på en slik situasjon. Et grunnleggende hensyn misforholdsbegrensningen er tuftet på, er ønsket om en samfunnsøkonomisk løsning.³⁴ Plikten skal ikke pålegges entreprenøren for enhver pris og han bør derfor beskyttes mot byggherrens uvilje til å finne rimelige løsninger.

Begrunnelsen for misforholdsbegrensningen gjør seg like gjeldende her, noe som ville være med på å legitimere et unntak. Også hensynet til lojalitet i kontraktsforholdet kan tale for at byggherren i slikt tilfelle måtte tåle en løsning. På generelt grunnlag er det vanskelig å ta et

³⁴ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 588.

standpunkt, og kanskje må man la spørsmålet om et mulig unntak stå åpent. Men det er likevel klart at sterke grunner kan sies å tale for et unntak fra utbedringsplikten basert på reelle hensyn.

Som et alternativ til det nevnte, kan man likevel tenke seg en annen løsning på problemstillingen om hvorvidt entreprenøren kan tvinges til å utbedre. Entreprenøren kunne leiet inn den lokale entreprenøren, dersom han hadde hatt en ubetinget rett til det. Han ville naturligvis stå ansvarlig for utbedringene. Om bruk av underentreprenører sier NS 8405 pkt. 15.1 første ledd at entreprenøren i utgangspunktet har rett til det, dersom byggherren underrettes. Men byggherren kan på gitte vilkår nekte etter pkt. 15.2. Reglene gjelder for hele byggeprosessen, men først og fremst frem til overtakelse. Ved utbedringsarbeidene i dette tilfellet er situasjonen ganske annerledes. Problemet er jo nettopp den unødvendig dyre løsningen det vil være å frakte alt til og fra byggeplassen for en kort periode når det allerede eksisterer en annen gunstigere løsning. Basert på reelle hensyn kan det her sies å være sterke grunner som taler for at entreprenøren har en slik rett til fritt valg av nye underentreprenører ved utbedringer.

2.3.6 Fullstendig eller delvis misforholdsbegrensning av utbedringsplikten

Det er ikke uvanlig at misforholdsbegrensningen blir aktuell først etter at deler av utbedringene er gjennomført.³⁵ Det kan tenkes at utbedringsplikten pålegges entreprenøren et stykke på vei før misforholdsbegrensningen kan påberopes. Entreprenøren vil da måtte gi et prisavslag for den resterende delen. Sett for eksempel at mangelen består av en feilplassert bærestolpe under en bro. I stedet for å demontere betydelige deler av broen for så å flytte den feilplasserte stolpen kan jo entreprenøren utbedre delvis ved å føre opp en avlastende bærestolpe slik at brokonstruksjonen tåler forutsatt belastning. Byggherren kan ha stor interesse i at en mangel utbedres delvis, der alternativet fort ville blitt prisavslag for hele mangelen. Men også entreprenøren kan jo ha stor interesse i en slik løsning, både fordi dette reduserer prisavslaget, men også fordi det ved vesentlige mangler kan tenkes at

³⁵ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96

byggherrens hevingsrett avskjæres når utbedringen fører til at mangelen ikke lenger er vesentlig.

2.3.7 Kan byggherren betale seg til utbedring?

Forholdet mellom utbedringsplikten og misforholdsbegrensningen reiser en problemstilling som vil kunne ha betydning for rekkevidden av begrensningen. Man kan spørre om byggherren på noen måte kan lempe på entreprenørens byrder slik at misforholdet opphører. Spørsmålet er med andre ord om byggherren har en rett til å betale seg til en posisjon der entreprenøren nekter å utbedre på grunn av misforholdet. I så fall må utbedringsplikten opprettholdes. Byggherren kan jo godt være interessert i å møte entreprenøren på halvveien når det kommer til utbedringsbyrden. Utbedringen kan subjektivt sett være viktig for ham.

Spørsmålet er lite drøftet i teori og praksis. Sterke reelle hensyn kan imidlertid tale for at byggherren bør ha en slik rett. Poenget med misforholdsbegrensningen er å skåne entreprenøren for urimelige byrder målt i forhold til hans oppofrelser. Hvis misforhold konstateres, er det jo ingen grunn til å hindre den fleksible løsning det ville vært å gi byggherren en rett til å tilby seg å lette kostnadsbyrden til entreprenøren. Problemstillingen nevnes i forarbeidene til håndverkertjenesteloven, NOU 1979: 42. På side 107³⁶, heter det at forbrukeren kan ”kreve mangelen avhjulpet dersom han letter byrdene for oppdragstakeren, f. eks ved å tilby å dekke visse utgifter”. Behovet og rimeligheten av en slik rett er like stor i forhold til utbedringsplikten i andre entrepriseforhold, og man bør kunne legge til grunn at byggherren også har en slik rett i forhold til NS 8405.

2.4 Tidspunktet for når utbedringsplikten utløses

I utgangspunktet skal byggherren fastsette en frist for utbedringene, jfr NS 8405 pkt. 36.2 fjerde ledd. Det kan gå en tid fra byggherren reklamerer på mangelen til han fastsetter en frist for utbedringene. Spørsmålet er om denne fastsettelsen er et prosessuelt vilkår for at

³⁶ NOU 1979:42 s. 107.

utbedringsplikten skal utløses.

For å kunne ta stilling til spørsmålet, må man ta høyde for både situasjonen der byggherren fastsetter frist, og der han ikke gjøre det. Selv om byggherren ikke fastsetter er entreprenøren likevel forpliktet til å utbedre innen en viss ”rimelig tid.”³⁷

Spørsmålet må derfor formodentlig besvares benektende. Fristfastsettelsen kan ikke anses som et prosessuelt vilkår for at utbedringsplikten utløses. Dette fordi entreprenøren er forpliktet til å utbedre, selv om byggherren ikke fastsetter noen frist. Fristfastsettelsen har i stedet den funksjonen at selve fristen entreprenøren har til disposisjon for utbedringene, først begynner å løpe i det øyeblikket byggherren velger å fremme fastsettelsen. Der frist ikke er fastsatt må den alminnelige fristen ”rimelig tid” antas å begynne å løpe allerede ved reklamasjonen. Dette vil riktignok ikke ha noen praktisk betydning for tiden entreprenøren har til disposisjon. Det skal uansett gis en rimelig tid, se oppgavens punkt 3.4.

Sammenfatningsvis kan man altså legge til grunn at utbedringsplikten utløses på det tidspunkt byggherren fremmer nøytralreklamasjonen. Fristfastsettelsen danner bare utgangspunktet for når fristen begynner å løpe. Og der frist ikke fastsettes vil det være sammenfall mellom tidspunktet utbedringsplikten utløses og der fristen begynner å løpe.

Innholdet av utbedringsfristen behandles nærmere i oppgavens pkt. 3.4.

³⁷ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentarutgave*, Oslo 2004 s. 446.

3 Utbedringspliktens innhold

3.1 Innledning

Det grunnleggende formål med utbedringsplikten er at entreprenøren skal bringe kontraktsgjenstanden i kontraktmessig stand. Derfor kan utbedringsplikten ses på som en ren forlengelse av hovedforpliktelsen om å utføre arbeidene etter kontrakten. At realdebitor har en utbedringsplikt ved mangler, kan derfor sies å følge av det alminnelige kontraktsrettslige prinsipp om realkreditors krav på naturaloppfyllelse av kontrakten. På entrepriserettens område er prinsippet blitt praktisert som en alminnelig regel i all sin tid. Bestemmelsen i NS 8405 pkt. 36.2 første ledd er altså ikke annet enn en kontraktsfesting av den alminnelige regel om utbedring i entrepriseforhold.³⁸ Og regelen har allerede vært standardfestet i en årrekke gjennom NS 401, NS 3401, NS 3430 og nå NS 8405.

Utbedringsplikten er en realforpliktelse som må defineres i rom og tid. Man må derfor se både det fysiske, økonomiske og tidsmessige aspektet i sammenheng for å forstå innholdet av plikten.

3.2 Utbedringspliktens faktiske og økonomiske innhold

3.2.1 Vederlagsfri utbedring?

Utbedringspliktens økonomiske aspekt innebærer at entreprenøren ”skal dekke kostnadene ved utbedringen”, jfr pkt. 36.2 første ledd, andre punktum. Uttrykket ”dekke kostnader” indikerer at utbedringene skal gjennomføres uten at entreprenøren kan kreve vederlag for utførelsen. Regelen er med andre ord helt i tråd med NS 3430 pkt. 32.2 første ledd som uttrykte at entreprenøren var ”forpliktet til å utbedre vederlagsfritt”, ettersom ordlydsendringen ikke tilsiktet noen realitetsendring.³⁹

³⁸ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 95.

³⁹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 589.

3.2.2 Forholdet til regningsarbeider

Oppgjørsformen i entrepriseforhold kan enten være fastpris eller regningsarbeid. Uansett hvilken av oppgjørsformene som er valgt, har entreprenøren plikt til å gjennomføre utbedringene. Men spørsmålet er om utbedringen vil være vederlagsfri eller om entreprenøren kan kreve påslag for utbedringen.

Fastpris innebærer at entreprenøren er forpliktet til å levere et bestemt resultat til den prisen som er fastsatt. Risikoen for at ytelsen blir som forutsatt ligger hos entreprenøren. En mangel vil bety at resultatforpliktelsen ikke er tilfredsstilt og entreprenøren må da utbedre for å kunne kreve full betaling. Ved avtalt fastpris, kan det derfor settes likhetstegn mellom ytelsesrisikoen og vederlagsrisikoen. Der oppgjørsformen er fast pris skal utbedringer foretas vederlagsfritt.

Når det gjelder regningsarbeid vil man derimot ikke kunne sette likhetstegn mellom ytelsesrisikoen og vederlagsrisikoen. Regningsarbeid innebærer at entreprenøren får betalt for de faktisk pådratte kostnader ved byggeutførelsen, samt et tillegg for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste, jfr NS 8405 pkt 31.1 første ledd. For å kunne ta stilling til vederlagsspørsmålet ved regningsarbeid, må man skille mellom kvalitetsmangler og kvantitetsmangler.

Det er ved kvantitetsmangler at problemstillingen knyttet til regningsarbeid kommer klarest frem. Situasjonen som tilsiktes er der mangelen består av arbeid som ikke er fullført og at disse gjenstående arbeidene ikke er en del av regningen. Utbedring av mangelen vil her medføre at entreprenøren har krav på påslag for å få dekket de ekstrakostnader som oppstår ved å fullføre byggeprosessen. Han har nemlig ikke fått betaling for disse arbeidene tidligere.⁴⁰ Det er likevel ikke slik at entreprenøren alltid kan kreve dekket enhver ekstraavgift ved slike utbedringer. I forarbeidene til bustadoppføringslova på side 80 i NOU 1992: 9, trekkes det frem situasjonen der entreprenøren har utbedret to gulv i stedet for tre.

⁴⁰ NOU 1992: 9 s. 80

Det er bare skrevet regning for to og han kan derfor kreve tillegg for utbedring av gulv nummer tre. Men han ”skal likevel ikkje ha dekt ekstrakostnadene ved at han måtte koma att etter at arbeidet var avslutta”.⁴¹

Hvis mangelen er en kvalitetsmangel, er utgangspunktet vederlagsfri utbedring. Entreprenøren har forlangt betaling for sin presterte ytelse i regningen. Og hvis denne ytelsen ikke oppfyller de kvalitative krav som fremgår av kontrakten, må han utbedre mangelen for og kunne kreve betaling etter regningen. Utbedringene skal derfor gjennomføres vederlagsfritt, men bare som et utgangspunkt. Ved visse kvalitetsmangler vil situasjonen og resonnementet bli den samme som ved kvantitetsmangler. Dette vil være tilfelle der utbedringene medfører at entreprenøren må benytte dyrere materialer for å hindre at kvalitetsmangelen oppstår på nytt. I NOU 1992: 9 på side 80, sies det at ”På same viset [som ved gjenstående arbeider] er det dersom entreprenøren har nytta baderomsplater av dårligere kvalitet enn avtala; platene må skiftast utan kostnad for forbrukaren, men entreprenøren kan krevje tillegg for dyrare plater dersom han først hadde skrive rekning for det billigare slaget.” Det betyr at når utbedringen medfører bruk av dyrere materialer, har entreprenøren rett til å kreve tillegg for differansen på materialprisene

3.2.3 Det videre omfanget av utbedringsplikten

Ofte kan det være lett å se hvilke utbedringsarbeid entreprenøren er forpliktet til å utføre. Hvis man har glemt å male andre strøket på veggene i et rom, må det males et nytt strøk. Og hvis skiferhellene på trappen av kontorbygget er løse, må man legge disse på nytt. Men mangelutbedringen vil ofte medføre en del ekstraarbeider. Dette kan typisk være arbeider for å skaffe seg tilgang til selve mangelen, arbeider for å avdekke om det overhode foreligger en mangel, transport av bemanning og utstyr og liknende. Spørsmålet er om entreprenøren også er forpliktet til å utføre og bekoste disse ekstraoppgavene. Dessuten kan mangelen medføre skader på andre deler av kontraktsarbeidet. Og spørsmålet blir da om

⁴¹ NOU 1992: 9 s. 80

entreprenøren også er forpliktet til å utbedre og bekoste slike følgeskader.

I det følgende vil problemstillingen tilknyttet ”ekstraarbeidene” behandles først. Deretter vil spørsmålet om følgefeil bli behandlet.

3.2.4 Ekstraarbeider

Standarden sier ikke direkte hva entreprenøren er forpliktet til å gjøre. Det som derimot sies er at han ”skal dekke kostnadene ved utbedringene, herunder tilkomstutgifter, utgifter til konstatering av mangelen og andre utgifter som er en direkte og nødvendig følge av mangelutbedringen”, jfr NS 8405 pkt. 36.2 første ledd andre punktum. I henhold til bestemmelsen er entreprenøren i utgangspunktet forpliktet til å bære hele den økonomiske byrden ekstraarbeidene medfører. Men det kan også innebære at han er forpliktet til å utføre enkelte av arbeidene, der dette er naturlig. Et typisk eksempel er tilkomstarbeider. I andre tilfeller vil ansvaret for å dekke utgiften skje i form av erstatning for byggherrens utlegg. Dette vil typisk være tilfelle ved utlegg for spesialistundersøkelser for å avdekke mangel og liknende. Det kan altså bare et stykke på vei settes likhetstegn mellom kostnadsforpliktelsen og utførelsesplikten. Uansett er det likevel grenser for rekkevidden av denne samlede plikten. Han skal ikke settes i noen urimelig posisjon ved å risikere å utføre eller betale alt som tenkelig kan knyttes til mangelen. Begrensningen fremgår av vilkårene i NS 8405 pkt. 36.2 første ledd andre punktum. Her heter det at det bare er de utgiftene som følger av mangelen som anses ”direkte og nødvendig”, entreprenøren må svare for. Kravet om at utgiftene skal være ”direkte og nødvendig” er teknisk plassert i bestemmelsen på en slik måte at man kan forstå det som et fellesvilkår for alle de tre opplistede utgiftspostene. Når det gjelder ”tilkomstutgifter” og ”utgifter til konstatering av mangelen”, har imidlertid disse etter sin art og karakter oftest en naturlig direkte og nødvendig tilknytning til mangelsutbedringen. Kravet vil derfor først og fremst ha betydning for ”andre utgifter”, og kravet vil derfor behandles under avsnittet for ”andre utgifter”.

Den første av utgiftspostene som listes opp utover selve utbedringskostnadene, består av de utgifter som oppstår ved det arbeid som må gjøres for å skaffe seg tilgang til mangelen, jfr.

uttrykket ”tilkomst”. I NOU 1992: 9 på side 80 heter det at ”Dette kan til dømes vera kostnader ved graving, opning... av panel og himling osv, som trengs for å koma til den delen av arbeidet som har mangel”. Som et annet konkret eksempel kan man tenke seg at det foreligger en feil i sikringssonen innanfor en støpt tunellvegg, og at denne feilen utgjør en mangel. Entreprenøren må her utføre og bekoste, ikke bare selve utbedringen av mangelen, men også arbeidene med nødvendig rivingen av tunellveggen, for å komme frem til mangelen i sikringssonen. Bestemmelsen setter ingen begrensning for hvilke tilkomstutgifter entreprenøren er ansvarlig for.⁴² Det som kreves er en direkte og nødvendig tilknytning til utbedringsarbeidet. Man må altså kunne anta at hvis utbedringen skal finne sted i et innredet rom, omfattes også gjøremål som rydding, flytting av inventar og liknende for å komme til mangelen.

Den andre utgiftsposten er kostnader til å avdekke mangelen. Ofte kan mangelen være av en slik karakter at det må foretas nærmere undersøkelser for å få den konstatert. Man kan tenke seg at flisene i en stor dusjgarderobe stadig løsner, og for å avdekke om dette er en mangel som entreprenøren har risikoen for, leies det inn ekstern bistand. Spørsmålet er hvor langt plikten til å dekke slike utgifter rekker.

For å kunne fastlegge innholdet av de forpliktelsene denne utgiftsposten pålegger ham, må det først skilles mellom de utgifter byggherren har i tilknytning til den ordinære befarings og kontroll av byggarbeidene ved overtakelsen, og de mer ekstraordinære tiltak og undersøkelser som kreves for å avdekke mangler. Det er sikker rett at byggherren selv må betale for den faglige bistanden han har ved den ordinære kontrollen ved overtakelsen. Det følger av alminnelig praksis at byggherren forventes å inneha den nødvendige kompetansen til å gjennomføre overtakelsesbefaringen.⁴³ Det er de mer ekstraordinære tiltakene for å avdekke mangelen som omfattes av ”utgifter til å konstatere mangelen”. Grensen kan i visse tilfeller være flytende. For å avgjøre spørsmålet kan det være nødvendig å foreta en

42 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 589 og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 442.

43 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 590.

helhetlig vurdering av de konkrete omstendigheter. Det avgjørende må da trolig være hva som objektivt kan forventes av faglige kompetanse på byggherrens hånd ved ordinær kontroll. Det er bare ”de særlige utgifter som er nødvendige for kunne avdekke mangelens karakter og omfang” entreprenøren svarer for.⁴⁴ Dette kan typisk være der man har mistanke om at det foreligger en mangel, men at den bare kan avdekkes ved hjelp av spesielle måleinstrumenter, en person med spesialkompetanse, eller nærmere analyser av prøver som er tatt i forbindelse med mistanken om mangler og andre nærmere undersøkelser. Som illustrasjon kan det trekkes frem en dom fra Borgarting lagmannsrett LB-1998-154. Saken dreide seg om et klimaanlegg som ikke fungerte. Entreprenøren hadde forsøkt å avdekke mangelen i et helt år uten resultat. Byggherren engasjerte da egne konsulenter som klarte å finne mangelen. Spørsmålet ble hvordan disse konsulentutgiftene skulle karakteriseres. Retten fant at utgiftene ikke kunne karakteriseres ”som en følge av mangelen. Utgiftene knyttet seg til arbeid som var et nødvendig ledd i prosessen for å finne mangelen som skulle utbedres”. Entreprenøren ”pliktet... å foreta en slik utbedring, og det er en selvsagt forutsetning for at utbedring skal skje at mangelen er avdekket”. Entreprenøren ble derfor anset forpliktet til å dekke utgiftene. Ettersom det er utgiftene til å *avdekke mangelen* entreprenøren skal dekke, vil også utgiftene til ”graving, riving, demontering e.l, eventuelt med målinger av ymse slag, for å finne ut om arbeidet er mangelfullt” også omfattes, jfr. NOU 1992: 9 side 80. Det er med andre ord en viss overlapping i forhold til tilkomstutgiftene. Men forskjellen er klarest i situasjonen der man har mistanke om en mangel, til forskjell fra der man vet det foreligger en mangel. Det er førstnevnte tilfelle som omfattes avdekkingsutgiftene.

Et annet spørsmål i tilnytning til denne utgiftsposten er om byggherren kan ha plikt til å spørre entreprenøren før han engasjerer ekstern bistand. Entreprenøren har ikke bare plikt til å dekke kostnadene ved å avdekke mangelen. Han har også en rett til å gjennomføre de nødvendige tiltak utbedringsplikten pålegger ham. Dette betyr at han også har rett til å føre kontroll over hvordan det skal gås frem når mangelen skal avdekkes. Entreprenøren kan

⁴⁴ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 442.

spare mye på å ordne dette selv. Dersom byggherren kunne kreve at entreprenøren betalte for enhver bistand byggherren selv engasjerte, ville dette i realiteten medføre at entreprenørens defensive utbedringsrett avskjæres. Reelle hensyn kan derfor tale for at byggherren har en plikt til å spørre entreprenøren først. Dette ville i så fall harmonere godt med lojalitetskravet.

Dersom undersøkelsene viser at det likevel ikke forelå mangel, må man som utgangspunkt se hvem som har engasjert bistanden. Der det er byggherren som har engasjert bistanden, vil det være byggherren selv som må bære utgiftene.⁴⁵ Men dersom byggherren på forhånd har varslet, er spørsmålet om dette vil kunne ha betydning for hvem som skal betale utgiftene. Der byggherren spør og entreprenøren gir klarsignal, vil engasjementet bære preg av et felles initiativ. Vurderingen om hvem som skal betale for slik felles engasjert bistand vil kunne resultere i en deling av utgiftsbyrden, spesielt der entreprenøren har en selvstendig interesse i å finne ut av mangelspørsmålet.

Den tredje utgiftsposten er ”andre utgifter som er en direkte og nødvendig følge av mangelutbedringen”. Utgiftsposten må avgrenses mot konsekvenstap som dekkes av pkt. 36.5, jfr bestemmelsens bruk av ordet ”utgifter”. Formuleringen av bestemmelsen dekker de andre utgiftspostene. Det som uttrykket imidlertid er ment å omfatte er alle andre utgifter som naturlig kan knyttes til utbedringen. Dette vil typisk kunne være utgifter til transport av utstyr, materialer og bemanning, oppholdsutgifter, utgifter til leie av utstyr, utgifter til rigg og strøm utgifter.⁴⁶ Men også arbeider som kreves for å gjøre utbedringsinngrepet ”usynlig” i ettertid, omfattes.⁴⁷ Dette kan være gjenoppbygging av den støpte tunellveggen som måtte rives i forbindelse med utbedringen, malingsarbeider på panelet i taket som måtte skiftes, osv.

⁴⁵ NOU 1992:9 s. 80.

⁴⁶ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentirutgave*, Oslo 2004 s. 442.

⁴⁷ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96, og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentirutgave*, Oslo 2004 s. 442.

Kravet om ”direkte følge” må etter alminnelig språkbruk forstås som de utgiftene som har en tilstrekkelig nær sammenheng med utbedringene. Med utgifter som er ”nødvendig” menes de utgifter som er uunnværlig og påkrevet når man skal gjennomføre utbedringsarbeidene. For at entreprenøren skal være forpliktet til å dekke utgiftene, må det med andre ord kreves en årsakssammenheng mellom utgiften og utbedringen, som i tillegg må være uunnværlig for å kunne utbedre. Vilkårene er oppstilt for å avgrense mot indirekte og avledede utgifter og tap som oppstår som følge av utbedringsarbeidene og som byggherren må bære selv. Dette vil typisk dreie seg om reduserte eller tapte leieinntekter som følge av utbedringsarbeidene, avsningsstap, leietakeres krav mot byggherren og andre inntekts- og produksjonsstap byggherren måtte lide som følge av utbedringene. Hva entreprenøren er ansvarlig for, må fastsettes ut fra en konkret vurdering for hver enkelt utgift. Det avgjørende er hva som etter de konkrete omstendigheter kan karakteriseres som tilstrekkelig direkte og nødvendig følge av utbedringsarbeidet.

3.2.5 Følgeskader

I tillegg til plikten om å dekke utgifter knyttet til utbedringsarbeidene, påla den tidligere regelen i NS 3430⁴⁸ entreprenøren plikt til å dekke skader på kontraktsarbeidet som var nærliggende og påregnelige følger av mangelen. Videre hadde entreprenøren også plikt til å dekke skader mangelen forårsaket på andre deler av bygget og anlegget som ikke var omfattet kontrakten, når mangelen skyldes uaktsomhet, jfr NS 3430 pkt. 32.2 tredje ledd. Entreprenøren ble med andre ord pålagt en utstrakt plikt både til å dekke kostnadene for utbedring av følgeskader og til praktisk å utføre dem. Bestemmelsen i NS 8405 er imidlertid utformet på en annen måte. Selve ordlyden⁴⁹ er utformet som et unntak fra entreprenørens plikt til å dekke utgifter etter første ledd, jfr. ”Dette gjelder likevel ikke...”. Regelen sier at det er byggherrens forsikring som skal dekke kostnadene for følgeskader, der skadene gjelder andre deler av kontraktsarbeidet. Og forsikringen dekker så langt den gjelder. Entreprenøren er bare forpliktet til å dekke det resterende som ikke dekkes av forsikringen, jfr NS 8405 pkt. 36.2 andre ledd.

⁴⁸ NS 3430 pkt. 32.2 andre ledd.

⁴⁹ NS 8405 pkt. 36.2 andre ledd

I NS 3430 skilte man mellom skader på kontraktsarbeidet og skader på andre deler av bygget og anlegget. Det må man også kunne forutsette er meningen når man skal fastsette begrensningen i utbedringsplikten etter bestemmelsen i NS 8405 pkt. 36.2 andre ledd. Dette fordi unntaket omfatter ”andre deler av kontraktsarbeidet”. Man må da forstå det slik at følgeskader på deler av bygget og anlegget som er omfattet av kontrakten, skal entreprenøren utbedre og dekke utgiftene av fullt, i kraft av utbedringsplikten. Dette følger også av mangeldefinisjonen. Regelen er ikke lenger hjemlet i bestemmelsen slik den var i NS 3430. Men siden unntaket er knyttet til første ledd, må man legge til grunn at entreprenørens plikt til å svare for følgeskader er ment å følge av plikten til å dekke ”andre utgifter som er en direkte og nødvendig følge av mangelutbedringen”. Dette medfører at man ikke skiller mellom de utgifter som oppstår som følge av utbedringsarbeidet og de kostnader som oppstår ved følgeskader som følge av mangelen.

Systemet er altså slik utbedringsplikten pålegger entreprenøren å utføre og bekoste de utbedringer av følgeskader som mangelen har forårsaket. Men når det gjelder skader på ”andre deler av kontraktsarbeidet” fritas entreprenøren for betalingsplikten, fordi ”dette” peker tilbake på ”kostnadene” i første ledd. Fritaket gjelder så langt byggherrens forsikring dekker kostnadene. Det betyr ikke at byggherren fritas for den faktiske plikten til å utbedre. Plikten til praktisk å gjennomføre selve utbedringene består. Dersom mangelen imidlertid skyldes ”forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren”, må entreprenøren likevel også bekoste utbedringen, jfr NS 8405 pkt. 36.2 andre ledd tredje punktum.

Hva entreprenøren etter hovedregelen er forpliktet til å utføre og bekoste i forhold til utbedring av følgeskader, beror på hva som anses tilstrekkelig nærliggende og påregnelig følge av mangelen. Hvis for eksempel taket i et bygg ikke har vært tett og vann har lekket inn før man har oppdaget mangelen, kan dette ha ført til skader på både undertak, vindsperrer, isolasjon, dampsperrer, vegger i etasjen under, samt gulv, møbler osv. Hvor grensen går for hva som anses nærliggende og påregnelig, må avgjøres ut fra en konkret vurdering for hvert enkelt skadetilfelle. I forarbeidene⁵⁰ til bustadoppføringslova heter det

⁵⁰ NOU 1992:9 s. 78

at ”Omfanget av skadane kan bli stort, utan at det dermed er upårekeleg. Mangel ved det elektriske anlegget kan føre til brannskadar, og da kan entreprenøren har retteplikt dersom det skadde arbeidet er omfatta av same avtalen. Derimot må ein helst kunne seie at skaden er upåregneleg dersom ein vasslekkasje skada reit elektrisk apparat med kortslutning og totaløydelegging ved brann som konsekvens”. I Rt. 1991 s. 719 er det inntatt en dom som vil være relevant i denne sammenhengen. Dommen omhandler riktignok bygging av skip, og den ble avgjort under dissens 3-2 slik at den generelle rekkevidden er begrenset. Likevel er dommen illustrativ for hva som ligger kravet til sammenheng mellom mangel og skade. Det hadde oppstått brann i maskinrommet på et nybygget fiskefartøy, fordi et manometer på et oljerør hadde brukket. Oljen som sprutet på de varme flatene rundt, utviklet gass som eksploderte. Partene var enige om at monteringen av manometeret var mangelfull. Spørsmålet var om skadene på blant annet hovedmotor, elektrisk anlegg, hjelpemotor og andre røyk- og sotskader kunne regnes som en ”direkte og umiddelbar” følge av mangelen. Flertallet kom til at det var tilstrekkelig nær sammenheng mellom mangelen og skadene på bakgrunn av en helhetlig vurdering. Retten la blant annet vekt på den ”betydelige risikoen” den mangelfulle monteringen representerte. I forhold til hva som for øvrig vil være relevante momenter i vurderingen, trakk retten frem en uttalelse av Stephen Knudtzon i en artikkel i Nordisk Skibsrederforenings Medlemsblad.⁵¹ Momentene er ” hvor nær den skadede delen er plassert i forhold til den mangelfulle delen, om skadefølgen er en nødvendig eller uavvendelig følge av mangelen, om mangelen er eneste skadeårsak eller om andre omstendigheter har vært medvirkende.”

3.3 Entreprenørens hensynsplikt

3.3.1 Innhold

Når utbedringene skal gjennomføres, kan det stilles et spørsmål om utbedringsplikten innebærer noen endring i hvordan utbedringene skal utføres i forhold til hva som ellers er tilfelle ved den opprinnelige byggeprosessen. Spørsmålet er altså om det stilles særskilte krav til utbedringsprosessen som påvirker entreprenørens handlemåte.

⁵¹ Nordisk Skibsrederforenings Medlemsblad A 1984 63.

Samme prinsipper som ved selve utførelsen gjelder ved utbedringsarbeidene. Utbedringsarbeidene må tilfredsstillende de fagmessige kvalitetsnormer som gjelder for den type arbeid utbedringen består i. Dette fordi kvalitetskravet er gjennomgående for hele utførelsesprosessen fra start til overtakelse, men også for utførelsesarbeider i form av utbedringer. Hva som anses kvalitativt tilfredsstillende, må vurderes i forholdt til hva som er kontraktsfestet, men kan også følge av vanlig bransjepraksis, jfr NS 8405 pkt. 11.1. Utbedringsplikten stiller imidlertid et tilleggskrav til utbedringsprosessen som entreprenøren må etterleve. Entreprenøren har en plikt til å ta særskilt hensyn til entreprenøren når han skal gjennomføre utbedringene. Denne hensynsplikten er hjemlet i pkt. 36.2 femte ledd, andre punktum. Regelen stiller krav til den lojale fleksibiliteten når den praktiske utbedringen skal gjennomføres. Plikten stiller i utgangspunktet krav til begge parter. Byggherren plikter å gi ”nødvendig adkomst”, mens entreprenøren plikter å gjennomføre utbedringen ”på en slik måte at det tar hensyn til byggherrens bruk av kontraktsarbeidet.”.

Plikten som entreprenøren pålegges, er et utslag av det alminnelige lojalitetsprinsippet i kontraktsforholdet, men som i tidligere NS 3430⁵² er det funnet grunn til eksplisitt å uttrykke at entreprenøren må ta et slikt hensyn. Før utbedringene tar til har jo byggherren gjerne begynt å ta byggearbeidet i bruk, og da er ikke stedet lenger noe vanlig bygge- og anleggsområde. En slik poengtering er ment for å skjerpe bevissthet om å vise hensyn og til å være fleksibel overfor byggherren når utbedringsarbeidene tar til.

Regelen om at utbedringene skal gjennomføres ”på en slik måte at det tas hensyn til byggherrens bruk av kontraktsarbeidet”, må ses i sammenheng med både entreprenørens utbedringsplikt og utbedringsrett, etter pkt 36.2 første ledd. Han har ikke bare en plikt til å utbedre, men også en rett som gir entreprenøren mulighet til selv å stå for regien av utbedringene, og han kan da i utgangspunktet gjennomføre på den måten han selv ønsker. Hensynsplikten etter femte ledd setter imidlertid skranker entreprenørens valgmuligheter.

⁵² NS 3430 pkt. 32.2 andre ledd andre punktum.

Hvor langt denne hensynsplikten rekker må vurderes i forhold til de byrder som utbedringene påfører byggherren. Byrdene vil være avhengig av arbeidenes karakter og størrelse.⁵³ Dette kan variere stort. Men generelt kan det sies at arbeider, for eksempel på en skole eller i et kontorbygg, som medfører betydelig støy, risting eller nedsatt luftkvalitet som er sjenerende, vil typisk være byrder som entreprenøren må ta hensyn til ved utbedringene. I forhold til luftkvaliteten vil han da måtte foreta nødvendig lufting og rydding som tilstrekkelig begrenser byrdene. En annen tenkelig situasjon er at utbedringene medfører midlertidig nedsatt sikkerhet ved for eksempel utbedringer av innvendige takdeler i et kjøpesenter. Dersom senteret ikke delvis sperres av, må gjennomføringen skje på en tilstrekkelig sikret måte. Det vil si at det ikke bare sikkerhetsforskriftene for anleggsarbeider som må ivaretas. Også sikkerhetsrisikoen for senterets kunder må elimineres. Blir byrdene store nok, vil både nedsatt luftkvalitet, risting, støy og sikkerhet være grunner som vil tvinge entreprenøren til å vurdere tidspunktet for gjennomføringen. Det kan tenkes at arbeidene for eksempel må gjennomføres etter vanlig arbeidstid eller under ferieavviklinger.

I forhold til den praktiske gjennomføringen av utbedringsarbeidene kan man legge til grunn at utbedringsplikten ikke innebærer noen endring i de kvalitative krav til å oppfylle kontraktsmessig. Men utbedringsplikten kan innebære en viss begrensning i de muligheter entreprenøren har til å velge arbeidsmåte ved utbedringene. I større eller mindre grad vil utbedringsplikten kunne påvirkes avhengig av hva hensynsplikten tilsier i det konkrete tilfellet.

Om mangelen er oppstått som følge av skyld fra entreprenørens side spiller i utgangspunktet ingen rolle i forhold til utbedringsplikten. Men man kan kanskje spørre om skyld hos entreprenøren kan få en viss betydning for måten entreprenøren skal gjennomføre utbedringene på. Dette vil i så fall kunne skje indirekte gjennom hensynsplikten. Når man skal vurdere hvor langt hensynsplikten rekker, kan det tenkes at mangler som skyldes grove former for skyld kan utgjøre et relevant moment i vurderingen. Normalt vil nok vekten

⁵³ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 447.

være liten, men betydningen kan tenkes å komme på spissen der det er tvil om utbedringene må gjennomføres på en bestemt måte eller ikke, på bakgrunn av hensynsplikten. Et eksempel kan tenkes der enkelte betongvegger i et kontorbygg må rives og oppføres på nytt på grunn porøs konsistens. Resultatet oppsto som følge av galt blandingsforhold i sementen, fordi entreprenøren hadde tatt sjansen på å blande selv om han visste han manglet ingredienser. Hvis utbedringene medfører mye boring, risting og støy, kan det tenkes at man kan tillegge skylden en viss betydning når man skal avgjøre om arbeidene må foretas etter alminnelig arbeidstid eller over enkelte helger. Det kan derfor ikke utelukkes at reelle hensyn i slike situasjoner kan tale for at, jo mer entreprenøren er å bebreide, dess større grunn kan det være til å gi forholdet konsekvenser i form av en skjerpet hensynsplikt, der omfanget av plikten byr på tvil.

3.3.2 Brudd på hensynsplikten

Utbedingsplikten innebærer blant annet at entreprenøren har en særskilt plikt til å ta hensyn til byggherren når utbedringen skal gjennomføres. Bryter entreprenøren denne hensynsplikten vil dette i prinsippet bety et brudd på utbedringsplikten. Standarden sier ingenting om hva konsekvensene av et slikt brudd er. Men som utgangspunkt må man kunne si at et slikt pliktbrudd normalt ikke er like alvorlig som andre former for brudd på utbedringsplikten. Grunnen til det er plikten refererer seg til måten utbedringene blir gjennomført på, og ikke om resultatet blir tilfredsstillende. Det er med andre ord krav til en forbigående prosess, og ikke til det resultat som skal vedvare. En mulig og rimelig konsekvens ville kunne være at entreprenøren måtte gi byggherren erstatning for de tiltak byggherren må iverksette for å hindre konsekvensene av forstyrrelsene. Eksempelvis leie av midlertidige lokaler og lignende. På den andre siden er det bestemt at entreprenøren skal ta slikt hensyn, og dersom han ikke gjør det er det vil det bety at entreprenøren bryter den nødvendige lojaliteten kontraktsforholdet bygger på. Og ut fra reelle hensyn kan det i alle fall i opplagte tilfeller være grunn for gi byggherren rett til å nekte entreprenøren å fortsette utbedringene, dersom han ikke endrer på arbeidsmåten. Man vil i så fall måtte vurdere graden av pliktbruddet i forhold til berettigelsen av entreprenørens utbedringsrett. Hvis entreprenøren ikke endrer på arbeidsmåten kan dette ses på som et mislighold av

utbedringsplikten. Konsekvensene må da bli at byggherren kan sette utbedringene bort til andre, og entreprenøren vil da måtte erstatte utgiftene, se oppgavens pkt. 4.3.

Forutsetningen er naturligvis at det er mulig og naturlig å gjennomføre utbedringen på en på en mer hensynsfull måte.

3.4 Utbedringsplikdens tidsmessige innhold – utbedringsfristen

3.4.1 Innledning

Der det er aktuelt å utbedre mangler, skal det settes en frist for utbedringen. Dette følger av hovedregelen i NS 8405 pkt. 36.2 fjerde ledd. Utbedringsfristen er den tid entreprenøren har til rådighet ved utbedringsarbeidene. Fristen anvendes på utbedring av mangler som er påberopt på overtakelsestidspunktet, men også for påberopte reklamasjoner i tiden etter utløpet av første år etter overtakelse. Inndelingen har en sammenheng med unntaket fra den alminnelige fristen etter sjette ledd. Sjette ledd oppstiller nemlig en egen regel for hvordan utbedringene skal gjennomføres tidsmessig der reklamasjonen og utbedringen finner sted innenfor det første året etter overtakelse.

3.4.2 Den alminnelige fristen

Der mangel påberopes på overtakelsestidspunktet, er regelen etter pkt 36.2 fjerde ledd slik at byggherren er berettiget til å fastsette utbedringsfristen ensidig.⁵⁴ Entreprenøren er forpliktet til å overholde denne og må foreta løpende utbedringer. Men det er likevel grenser for hva byggherren kan pålegge entreprenøren. Utbedringsfristens gyldighet forutsetter at byggherren gir entreprenøren ”en rimelig frist” til utbedring, jfr. pkt 36.2 fjerde ledd. Dette sikrer entreprenøren mot å bli satt under urimelig tidspress ved de forestående arbeidsoppgaver. Spørsmålet er hva som ligger i dette begrepet.

Bestemmelsen i fjerde ledd gir ingen nærmere anvisning på hva som anses for å være ”en rimelig frist”. Innholdet av begrepet må avgjøres konkret. Bedømmelsen vil i stor grad

⁵⁴ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 97.

være avhengig av omfanget og karakteren av mangelen.⁵⁵ En feilmontert dør vil man ofte kunne utbedre på en dag, mens typisk vannlekkasjer eller konstruksjonsfeil fort vil kunne ta både uker og kanskje måneder å utbedre. Det er ikke bare selve utbedringen man må beregne tid til. Både tiden man bruker for å skaffe seg tilgang til mangelen, tiden man bruker for å dekke til utbedringsarbeidene og gjøre det pent etter seg, og tiden man bruker på flytting, transport og montering av tilkomststyr, må være med i beregningen. Entreprenøren skal gis en realistisk mulighet til å utføre utbedringsarbeidene innen den fastsatte fristen, og da må man beramme tilstrekkelig tid. Det forutsettes at det er alminnelig arbeidstempo og vanlige arbeidsmetoder som skal danne grunnlaget for tidsberømmelsen.⁵⁶ Man må videre ta høyde for de ulike faktorer som kan påvirke arbeidsintensiteten. Dette kan typisk gjelde tilgjengelig arbeidsstokk i den aktuelle tiden, årstiden, og lignende. Man må for eksempel normalt beregne lengre tid på utarbeider på vinterenstid⁵⁷, der ekstra utfordringer som snø, temperatur, lys osv. spiller inn, til forskjell fra sommerstid. Man må også ta hensyn til at utførelsen finner sted etter overtakelse og da har entreprenøren hensynsplikt overfor byggherren. Dette kan medføre noe mindre effektiv utførelse. Momentene peker i retning av en konkret vurdering. Men spørsmålet er om man skal legge til grunn en subjektiv vurderingsnorm i betydningen individuell vurdering basert på entreprenørens forutsetninger, eller en objektiv vurderingsnorm.

Dersom man la til grunn en subjektiv vurdering, ville dette fort kunne føre til en manglende forutberegnlighet av hva som anses for å være ”rimelig tid”. Man ville da måtte trekke inn og vurdere nærmere den kapasiteten den enkelte aktøren har og en grundig gjennomgang av hans økonomiske forutsetninger. Dette ville kunne ført til inkonsekvente og uheldige resultater. Det stilles et generelt objektivt krav til alminnelig godt fagmessig arbeid ved utførelsen, og dette må formodentlig også ha betydning for hva som skal anses som rimelig tid til å utbedre. Det må riktignok innrømmes et visst slingringsmonn avhengig av om entreprenøren anses for å være en særdeles profesjonell aktør eller en mindre bedrift med

⁵⁵ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 446, og Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 593.

⁵⁶ Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966 s. 396.

⁵⁷ Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Bergen 1977 s. 232

mindre tilgjengelige ressurser. Men som utgangspunkt må man kunne legge til grunn at avdekkingen av mangelen, planleggingen av ressursbruk, logistikken for arbeidsstokken, transporten av utstyr og materialer, og gjennomføringen av utbedringsarbeidene, må kunne tilfredsstillende et krav om en viss fagmessig effektivitet. Det avgjørende for hva som skal anses for å være ”rimelig frist”, må vurderes i forhold til hva som objektivt kan forventes av en entreprenør. Man må derfor trolig legge til en objektiv vurderingsnorm.

3.4.3 Konsekvensene av for kort utbedringsfrist

Det kan skje at det fastsettes for kort utbedringsfrist. Man kan da skille mellom to situasjoner. Den ene er når slikt oppdages underveis i utbedringsprosessen, og den andre er når dette oppdages før utbedringen tar til. Dersom det oppdages underveis, må resultatet bli at fristen ikke kan anses bindende. Det må da fastsettes en ny frist. Hvis ikke det skjer, må entreprenøren likevel utbedre innen en viss ”rimelig tid”.⁵⁸

Hvis entreprenøren mener byggherren fastsetter en for kort utbedringsfrist *før* utbedringene tar til, kan det reises to spørsmål. For det første må man stille spørsmålet om entreprenøren kan nekte å iverksette utbedringer der byggherren fastholder fastsatt frist. For det andre må man stille spørsmålet om det kan kreves at entreprenøren aktivt foretar seg noe for å få endret fristen, og hva som i så fall vil være konsekvensene av at han ikke gjør det.

Når byggherren fastholder fristen han har fremsatt, vil det naturligvis være frustrerende for entreprenøren å bli pålagt en plikt til å utføre arbeider som han på forhånd vet ikke kan gjennomføres innen fristen. Men en slik frustrasjon vil neppe være nok til å nekte å utføre utbedringene. Spørsmålet om han kan nekte å iverksette utbedringsarbeidene, må vurderes ut fra forholdet mellom fristen for utbedringen og tidspunktet for når utbedringsplikten utløses. At det skal fastsettes en rimelig frist, er ikke en nødvendig prosessuell forutsetning for at utbedringsplikten utløses, se oppgavens pkt. 2.4. Selv om det fastsettes en frist som ikke er rimelig, betyr ikke det at utbedringsplikten ikke allerede kan være utløst.

⁵⁸ Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 446.

Utbedringsplikten utløses på reklamasjonstidspunktet. Og så lenge entreprenøren er underkastet utbedringsplikten, kan han ikke nekte å utbedre på grunn av for kort frist. Entreprenøren må iverksette utbedringstiltakene når reklamasjonen er fremmet, og tiden han har til rådighet vil være den alminnelige rimelige tiden man må falle tilbake på når frist ikke er fastsatt.

Hvis entreprenøren mener at fristen som byggherren har fastsatt er for kort, forutsetter varslingsreglene og lojaliteten i kontraktsforholdet at byggherren må informeres om dette. Det må altså kunne kreves at entreprenøren aktivt gjør byggherren oppmerksom om forholdet. Gjør ikke entreprenøren dette, vil trolig fristen kunne anses akseptert som følge av rene passivitetsbetraktninger.⁵⁹ Og da må han selv bære de konsekvenser oversittelse av fristen medfører, se oppgavens pkt. 4. Som en del av varslingen, må det kunne kreves at entreprenøren tilbyr seg å utbedre innen en frist han selv mener er rimelig. Hvis byggherren godtar forslaget, er det denne som vil gjelde.

Hvis partene fortsatt er uenige om fristen, kan man spørre om byggherren kan gjøre beføyelser gjeldende fordi det er på det rene at entreprenøren ikke vil kunne utbedre innen fristen. Spørsmålet er om byggherren har rett til å sette arbeidene bort på bakgrunn av prinsippet om antasipert mislighold av utbedringsplikten. Ut fra et samfunnsøkonomisk synspunkt og reelle hensyn kan man argumentere for en slik rett. Det ville være lite tjenelig om entreprenøren skulle pålegges planlegging og påbegynnelse av et arbeid han selv mener han ikke vil klare å ferdigstille innen fristen. Vurderingen av fristen er i utgangspunktet objektiv⁶⁰, slik at forutsetningen må være at fristoversittelsen skyldes subjektive forhold som entreprenøren mener byggherren må ta hensyn til på grunn av kravet til lojalitet. Det kunne for eksempel tenkes at entreprenøren mener det er visse grenser for hva han kan pålegges å oppgi av andre pågående oppdrag for å kunne overholde fristen. På den andre siden, må man ta utgangspunkt i fristens betydning. Entreprenøren har en utbedringsrett som byggherren ikke kan avskjære. Utbedringsretten er vernet så lenge fristen løper.

⁵⁹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 593.

⁶⁰ Se oppgaven punkt 3.4.2

Systemet standarden oppstiller er at det er først når fristen er oversittet at byggherren kan sette arbeidene bort, jfr. pkt 36.3. Betydningen av fristen er derfor at byggherren ikke kan sette bort arbeidene til andre før fristen er utløpt.⁶¹ Av hensyn til behovet for forutberegnelighet, må det derfor legges til grunn at prinsippet om antesipert mislighold ikke vil kunne anvendes ved forventet fristoversittelse. Dette må i alle fall være konklusjonen så lenge entreprenøren har interesse i å utbedre den delen av arbeidet han rekker innenfor fristen. Der han ikke har en slik interesse, vil det ikke være noe i veien for at partene kan avtale at arbeidene settes bort. At prinsippet om antesipert mislighold ikke kan anvendes, er likevel bare et utgangspunkt. Pkt. 36.2 syvende ledd har regel som egentlig er et unntak tilknyttet byggherrens plikt til å varsle før bortsettelsen. Men bestemmelsen gir i realiteten byggherren rett til å sette arbeidene bort før entreprenøren utbedringsfristen begynner å løpe. Arbeidene kan settes bort allerede før entreprenøren er blitt informert. Vilkåret er at det må være ”tvingende nødvendig ” at utbedringer gjennomføres raskere enn entreprenøren har anledning til. Prinsippet om antesipert mislighold vil derfor i realiteten komme til anvendelse der vilkårene etter syvende ledd er oppfylt, se oppgavens pkt. 4.3.6.

3.4.4 Oppsamlingsregelen

Der mangler påberopes innen ett år etter overtakelsestidspunktet, gjelder et eget system for hvordan utbedringsarbeidene skal utføres tidsmessig, jfr NS 8405 pkt. 36.2 sjette ledd. Standarden opererer men en såkalt oppsamlingsregel. Regelen gir entreprenøren en rett til å samle opp reklamasjoner fra byggherren som påberopes etter overtakelsen, men før utløpet av første året etter overtakelsen. Når disse påberopte manglene er samlet opp, kan det foretas en sammenhengende utbedring på et senere beleilig tidspunkt, innen for dette året. Regelen er i realiteten et utgangspunkt for hvordan utbedringer av mangler som påberopes innen det første året skal gjennomføres. Men i forhold til den alminnelige fristen etter fjerde ledd, er det terminologisk sett mer naturlig å betrakte den som et unntak som omtalt i innledningen.

⁶¹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 593.

Bakgrunnen for den tidligere regelen etter NS 3430 pkt. 32.3 var at byggherrens ønske om å få utbedret med det samme, ble ansett for å måtte vike for det praktiske forhold at entreprenøren skal kunne slippe å utbedre mangler til stadighet, dersom vilkårene for denne retten var oppfylt. Den gamle regelen ivaretok således entreprenørens interesser om å slippe stadige utbedringer.⁶² Og den nye regelen i NS 8405 bygger på samme begrunnelse som sin forgjenger.

For å kunne benytte seg av retten, må det trolig stilles et krav om at entreprenøren fremmer sitt krav om oppsamling innen rimelig tid etter at byggherren har reklamert.⁶³ Dette fremgår ikke direkte av bestemmelsen, men kan likevel tolkes som krav ut fra en naturlig forståelse av ordlydens bruk av ordet ”kan”. Videre må vilkårene om at det må dreie seg om en mangel som er påberopt etter overtakelse og at oppsamlingen ikke volder byggherren klar ulempe, være oppfylt. Bestemmelsen sier ikke noe om hva som skjer dersom kravet på oppsamling ikke fremmes innen rimelig tid. Men man må trolig legge til grunn at resultatet for dette vil være at entreprenøren mister retten til å gjennomføre oppsamlingen. Utbedringene vil da måtte gjennomføres fortløpende og innen rimelig tid etter hovedregelen i fjerde ledd.

Enkelte har tatt til orde for at også byggherren er gitt en slik rett til oppsamling av utbedringsarbeidene. Kolrud mfl.⁶⁴ synes å bygge dette på endringen i ordlyden fra NS 3430 til den nye bestemmelsen i NS 8405. I den gamle bestemmelsen i NS 3430 pkt. 32.3 tredje ledd var retten til å kreve oppsamling tillagt entreprenøren, jfr ”... kan entreprenøren kreve...”. Videre hevdes det at den nye regelen i NS 8405 pkt. 36.2 sjette ledd ikke lenger knytter retten til en bestemt part, og at byggherren derfor også har en slik rett, jfr ”... utbedring av mangler [kan]..., skje samlet innen ett år fra overtakelsen”. Marthinussen mfl. tar i sin bok *NS 8405 med kommentarer*⁶⁵ til orde for at ordlydsendringen ikke innebærer

62 Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 98, og Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 381.

63 Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 448.

64 Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004 s. 447.

65 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 595.

noen realitetsendring, men at en slik oppsamlingsrett for byggherren kan sies å være hjemlet i hensynsregelen etter femte ledd.

Begge fremstillingene synes å bygge på en misforståelse om at byggherren har en materiell rett til å kreve at entreprenøren skal samle opp utbedringene. I forhold til ordlydsendringen har man ingen holdepunkter for å hevde noen tilsiktet realitetsendring fra den gamle bestemmelsen etter NS 3430. Man ville i det minste krevd at ordlyden ville vært utformet annerledes, og det faktum at forutsetningen for oppsamlingen er at det ikke er til klar ulempe for *byggherren*, indikerer relativt tydelig at retten til oppsamling tilligger entreprenøren. Når det gjelder standpunktet om at hensynsregelen etter femte ledd hjemler en oppsamlingsrett, kan det heller ikke her sies å foreligge tilstrekkelige holdepunkter. Normalt vil byggherren ikke ha noen selvstendig interesse i en samlet utbedring, men dersom det var en, ville dette krevd en klarere hjemmel. Synspunktet synes å bygge på den konsekvens at stadige utbedringer kan virke forstyrrende og hindrende for byggherrens utnyttelse av bygget. Posisjonen byggherren har ved å bli tatt slikt hensyn til, hevdes altså å innebære at entreprenøren må ta et slikt hensyn til byggherrens behov, at han er tvunget til å etterkomme ethvert ønske om samlet utbedring fra byggherrens side. Hensynsregelen⁶⁶ etter femte ledd pålegger riktignok entreprenøren å *ta hensyn til* byggherrens bruk av bygget når utbedring skal gjennomføres. Men det å tillegge en regel om en plikt til å ta hensyn et innhold om at byggherren har en materiell rett til å kreve en oppsamling, vil være å strekke regelen for langt. Man måtte i så fall krevet særlige holdepunkter for et slikt tolkningsalternativ.

Uoverensstemmelsen har ingen umiddelbar praktisk betydning for entreprenørens utbedringsplikt etter NS 8405. Men det er likevel naturlig å trekke inn problemstillingen for å kunne redegjøre for innholdet av oppsamlingsregelen i sjetten ledd. Regelen hjemler en oppsamlingsrett for entreprenøren der vilkårene er oppfylt.

Partene kan tenkes å ha sammenfallende interesser i en samlet utbedring, men det kan også

⁶⁶ Se oppgavens pkt. 3.3

lett oppstå konflikt. Entreprenøren kan ikke gjennomføre oppsamlingen der dette medfører en ”klar ulempe” for byggherren, jfr pkt. 36.2, sjette ledd. Regelen kan betraktes som en unntaksregel og er videreført uendret fra NS 3430 til NS 8405. For at regelen praktisk skal komme til anvendelse, må det forutsettes at byggherren kommer med en uttrykkelig innsigelse mot entreprenørens ønske om oppsamling. Og det er byggherren selv som har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt. På den andre siden kreves ikke mer enn ”klar ulempe”, fremfor for eksempel vesentlig skade.⁶⁷

Spørsmålet blir så hva som ligger i begrepet ”klar ulempe”. Innholdet må vurderes konkret. Som utgangspunkt kan man si at byggherren må finne seg i ulemper som ikke er større enn de en lojal byggherre ikke finner grunn til å motsette seg.⁶⁸ Det kan ikke være nok at utbedringen medfører noe som kan betraktes som vanlige ulemper, og som ikke er tyngre enn at man forventer at han bærer disse selv. Dette er en naturlig konsekvens av det alminnelige krav til lojal medvirkning. Den aktuelle ulempen må anses ”klar” før byggherren kan sette foten ned og kreve løpende utbedringer. Hvor grensen går mellom ulemper som byggherren må finne seg i, vil måtte trekkes ut fra hvilke konkret mangel som skal utbedres og viktigheten av å få den utbedret. De konkrete momentene som trekkes inn i vurderingen, vil altså langt på vei være sammenfallende med de typisk relevante momenter ved forholdsmessighetsvurderingen etter misforholdsbegrensningen. Dette temaet er behandlet i oppgavens pkt. 2.3. Her kan man øye seg med å si at der det er tale om rene skjønnhetsfeil som ikke har nevneverdig betydning for byggherren, skal det normalt mye til før byggherren kan hindre entreprenøren i å samle opp utbedringene. Men der mangelen refererer seg til funksjonsfeil som kanskje til og med volder risiko for følgeskader, vil byggherren ofte kunne sette foten ned og kreve løpende utbedringer.

Entreprenørens ansvar for mangler faller bort fem år etter overtakelsen, jfr NS 8405 pkt. 36.7. Oppsamlingsregelen gjelder bare for mangler som er påberopt innenfor det første påfølgende år etter overtakelsen. For mangler som påberopes etter dette, altså i år to, tre,

⁶⁷ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 381.

⁶⁸ NOU 1979:42 s. 108

fire og fem, gjelder hovedregelen etter NS 8405 pkt. 36.2 fjerde ledd⁶⁹ om løpende utbedringer som skal skje innen en ”rimelig frist” som byggherren fastsetter.

⁶⁹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 381.

4 Konsekvensene av mislighold av utbedringsplikten.

4.1 Innledning

Brudd på utbedringsplikten kan skje på ulike måter. Før det første vil det foreligge et brudd dersom entreprenøren ikke overholder utbedringsfristen. For det andre kan det skje at entreprenøren nekter å utbedre fordi han mener at det ikke foreligger mangel, eller at han forholder seg passiv til byggherrens reklamasjon. I begge de to sistnevnte tilfeller brytes utbedringsplikten ved at entreprenøren ikke iverksetter utbedringer overhode.

For det tredje kan det skje at entreprenøren forsøker å utbedre, men at resultatet er mislykket. Man kan da spørre om dette kan anses som et brudd på utbedringsplikten. Hvis utbedringsforsøket *helt* mislykket, må man kunne likestille situasjonen med at det ikke er foretatt noen utbedring.⁷⁰ Når det gjelder mindre graverende grader av mislykkede utbedringsforsøk, kan man spørre om konsekvensene vil være de samme. Hvis forsøket er mislykket, kan det skyldes ulike forhold. Det kan enten være at han faktisk ikke klarer å utbedre mer tilfredsstillende på grunn av manglende kompetanse eller forutsetninger, eller fordi han av andre grunner har mislyktes som følge av uhell eller liknende. Spørsmålet er om entreprenøren har en rett til å gjennomføre et nytt forsøk på utbedring, eller om byggherren kan avskjære muligheten på grunn av brudd på utbedringsplikten som gir ham rett til å sette arbeidene bort og få dekket kostnadene. Når årsaken til det mislykkede forsøket viser seg å være at entreprenøren mangler nødvendige forutsetninger for å gjennomføre utbedringene, har ikke lenger det nye forsøket noe større sjanser for å resultere i et bedre resultat. Et nytt forsøk vil både være formålsløst og resultere i unødvendig forbruk av tiden. I slike situasjoner må man derfor kunne legge til grunn at det mislykkede forsøket innebærer et brudd på utbedringsplikten. Dersom årsaken skyldes andre omstendigheter enn fagmessige forutsetninger, må det forutsetningsvis kunne kreves mer for at byggherren skal kunne avskjære entreprenørens utbedringsrett ved å hevde brudd på utbedringsplikten. Dette henger sammen med utbedringsfristen. Dersom det ikke eksisterer en annen kvalifisert entreprenør som med sikkerhet kan gjøre et bedre arbeid

⁷⁰ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 377.

innen den objektive fristen, vil det være nødvendig med et nytt forsøk. Etter kjøpslovens modell er det vanlig praksis at mislykkede rettingsforsøk ikke er til hinder selger i mulighetene til å foreta nye utbedringsforsøk.⁷¹ Ved forbrukerkjøp er det imidlertid satt en grense på to avhjelpsforsøk for samme mangel.⁷² Sett i forhold til entreprisområdet er det ikke noen mindre grunn til å gi entreprenøren adgang til å foreta nye utbedringsforsøk. Kontraktsgjensstanden etter standarden er adskillig mer omfattende enn hva som normalt er tilfelle ved kjøp. Det betyr at det også må påregnes utbedringer i større grad. Det må likevel være grenser for hvor mange forsøk entreprenøren kan få før alternative beføyelser blir aktuelt.⁷³ Hvor denne grensen skal gå, må avgjøres på bakgrunn av en skjønnsmessig vurdering av de konkrete omstendigheter. Det avgjørende må da være hva som objektivt fremstår som rimelig i forhold til tidsforbruket.

I det følgende vil det bli forsøkt redegjort for konsekvensene av mislighold av utbedringsplikten.

4.2 Forfølgelse av kravet

Som sanksjon på mislighold av utbedringsplikten, kan byggherren som et alternativ forfølge kravet på utbedring. Byggherren har krav på at entreprenøren oppfyller kontraktsmessig, og kan entreprenøren kan tvinges til å etterkomme utbedringsplikten ved dom på naturaloppfyllelse⁷⁴, jfr Rt 1979 s. 449. Et byggefirma hadde her påtatt seg arbeidene ved å isolere og tekke flere terrasser med underliggende leiligheter i to nyoppførte trappeblokker. Etter utførelsen oppstod det betydelige lekkasjer. Spørsmålet i saken var blant annet om byggefirmaet hadde plikt til å foreta utbedringer. Årsaken til lekkasjene i noen av terrassene kunne tilbakeføres til byggefirmaet og byggefirmaet ble dømt til å utbedre disse.

⁷¹ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 272.

⁷² Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) 21. juni 2002 nr. 34, § 30 andre ledd.

⁷³ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 272.

⁷⁴ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 96.

4.3 Erstatning

4.3.1 Innledning

I NS 8405 heter det at dersom entreprenøren ikke foretar utbedring ”innen fristen fastsatt etter 36.2, kan byggherren kreve at entreprenøren betaler kostnadene til utbedring utført av andre”. Bestemmelsen sier ikke annet enn at *oversittelse av utbedringsfristen* kvalifiserer til erstatning for kostnadene ved bortsetting av arbeidene. Men bestemmelsen må tolkes beredere enn som så. Dette indikeres allerede av overskriften til pkt. 36.3, der det heter ”erstatning ved unnlatt utbedring”. Også de former for mislighold som nevnes under oppgavens pkt. 4.1 omfattes av erstatningsbeføyelsen. Man kan derfor legge til grunn en mer generell regel om at, mislighold av utbedringsplikten utløser et rent objektivt erstatningsansvar for byggherrens kostnader for å få utbedret av andre.⁷⁵

4.3.2 Hva er entreprenøren forpliktet til å erstatte?

Det er kostnadene ved at arbeidet utføres av andre som skal erstattes, og da spiller det i utgangspunktet ingen rolle om *kunne* gjennomført utbedringene billigere.⁷⁶ Likevel er det grenser for hva entreprenøren er forpliktet til å erstatte. Pkt. 36.3 første ledd sier at forutsetningen for at entreprenøren skal erstatte hele regningen ”er at utbedringen skjer på en rimelig og forsvarlig måte”. Innholdet av begrensningen er langt på vei den samme som etter NS 3430 pkt. 32.4 første ledd. Her lå begrensningen i ”nødvendige kostnader”. Uttrykket ”rimelig og forsvarlig” peker i retning av den generelle tapsbegrensningsplikten byggherren har når arbeidene utføres av andre.⁷⁷ Det er bare de kostnader som er nødvendig for utbedringene entreprenøren skal erstatte. Hvis utbedringene gir et bedre resultat i form av økt standard fordi man har benyttet dyrere materialer, er entreprenøren ikke forpliktet til å betale differansen på materialprisen, når materialene som skiftes var billigere. Dette følger av den alminnelige berikelsesgrunnsetningen; ”byggherren har ikke rett til å iverksette utbedringstiltak som gir ham et bedre arbeid enn det han har krav på

⁷⁵ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 375-376, og Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 98.

⁷⁶ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 598

⁷⁷ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 97.

etter kontrakten.”⁷⁸

På den andre siden er byggherren som utgangspunkt ikke forpliktet til aktivt å innhente tilbud for å finne den billigste løsningen. Forsvarlighetskravet vil normalt være oppfylt der arbeidene utføres på regning.⁷⁹

4.3.3 Varslingsregelen

Før byggherren setter arbeidene bort skal byggherren varsle entreprenøren, jfr. NS 8405 pkt 36.3 første ledd tredje punktum. Spørsmålet er hva som ligger i denne varslingsregelen. Regelen kan enten ses på som en ren informasjonsregel der entreprenøren bare informeres om at utbedringsfristen er ute og at arbeidene nå settes bort til andre. Alternativet er at man anser varslingsregelen som en oppfordring til å avslutte utbedringene og at entreprenøren derfor har en kort tilleggsfrist. I det følgende vil det bli drøftet om varslingsregelen kan anses som en mulig tilleggsfrist.

Kravene til varsling er generelt strengt formalisert i entrepriseretten og spesielt etter NS 8405.⁸⁰ Varslingsregelen etter NS 8405 pkt. 36.3 første ledd, tredje punktum, er utformet som et generelt krav. Byggherren må derfor varsle før han setter arbeidene bort, enten det er fastsatt utbedringsfrist eller der den alminnelige ”rimelig tid” løper.

De ulike varslingsreglene som finnes i NS 8405, er utslag av det alminnelige krav om lojalitet i kontraktsforhold, og lojalitet mellom partene er særlig viktig innenfor entrepriseretten. Kontraktene innebærer omfattende og kostbare tilvirkningsarbeider, og da er det viktig at partene er løpende informert om fremdriften. Man vil gjerne unngå praktiske og økonomiske overraskelser, og dette oppnås gjennom å stille krav til varsling.

⁷⁸ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 98.

⁷⁹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 598.

⁸⁰ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 598

Entreprenøren har ikke bare en plikt til å utbedre, men også en rett til det. Grunnen til denne retten er å ivareta entreprenørens interesser i å holde kontroll over de kostnader ved utbedringer som han selv er ansvarlig for å dekke. I forhold til varslingsregelen kan man derfor forstå varslingen som et utslag av de samme hensyn.⁸¹ Plikten til å varsle kan derfor oppfattes som en oppfordring til å reagere når utbedringsfristen er utløpt eller nærmer seg sitt utløp. Det samme kan sies å følge av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Ofte kan det være et stort praktisk behov for en slik oppfordring med en påfølgende tilleggsfrist til å avslutte arbeidene. Utbedringene kan være krevende og dersom det bare står igjen mindre arbeider, vil det være lite hensiktsmessig å engasjere en ny entreprenør til å fullføre arbeidene. I forhold til arbeidsmengden ved å fullføre utbedringene, vil det kunne ta unødvendig lang tid å bytte til en annen entreprenør. Han må sette seg inn i kontraktsarbeidet, planlegge utførelse og logistikk, transportere mannskap materialer osv. Forutsetningen for å tillegge varselet et slikt innhold er naturligvis at tilleggsfristen er svært kort.⁸² Man kan gjerne tenke seg noen få dager, men hva som etter forholdene anses som passende tid, må til syvende og sist bero på omstendighetene i det konkrete tilfelle. Gode grunner kan derfor tale for at det er først etter at entreprenøren også har brukt opp denne tiden, at byggherren endelig kan sette arbeidene bort.

4.3.4 Varslings tidspunktet

Hvis man forutsetter at varslingsregelen innebærer reaksjonsoppfordring med tilleggsfrist, kan det skje av varsling fremmes på et upassende tidspunkt. Det kan være at varselet fremmes allerede ved reklamasjonen eller kort tid etter at entreprenøren har igangsatt utbedring. Spørsmålet er om det kan oppstilles et bestemt tidspunkt for når varslingen skal finne sted. Bestemmelsen i pkt 36.3 første ledd sier ikke noe om tidspunktet for varslingen, annet en at det skal skje før arbeidet settes bort. Men ut fra reelle hensyn må det kunne legges til grunn, at der byggherren varslinger lenge før utløpet av tiden entreprenøren objektivt sett har behov for, vil dette kunne bety at kravet om en rimelig fastsatt tid ikke er oppfylt. Konsekvensene vil da måtte være de samme som hvor byggherren lar være å varsle

⁸¹ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 598.

⁸² Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentarutgave*, Oslo 2004 s. 450.

entreprenøren før han setter arbeidene bort, se pkt. 4.3.5. Formålet med varslingen tilsier at varslingstidspunktet bør finne sted relativt tett opptil utløpet av den rimelige fastsatte fristen eller den rimelige tiden, som entreprenøren trenger til utbedringene, verken mer eller mindre. Dersom den finner sted for tidlig, vil dette kunne oppfattes som en uberettiget stressfaktor for entreprenøren og man vil fort komme til at det ikke er gitt en rimelig frist til utbedringene. Dersom varsling gis sent, vil dette kunne oppfattes som om byggherren aksepterer entreprenørens bruk av tid, og byggherren vil da likevel kunne måtte gi entreprenøren tid til å avslutte innen kort tid. Ved fastsatt utbedringsfrist vil entreprenøren imidlertid være forberedt på at utbedringsarbeidene må være ferdig til en fastsatt dato. Og da kan det være usikkert hvorvidt entreprenøren bør kunne få denne korte tilleggsfristen til å avslutte. Men det vil i alle fall kunne settes et strammere tidskrav mellom varslingen og retten til å sette bort arbeidene i de tilfellene der det er fastsatt frist, til forskjell fra der byggherren ikke har det. Der byggherren velger å fastsette utbedringsfrist i utgangspunktet, vil jo det ofte være et uttrykk for et ønske om en mer aktiv kontroll over fremdriften og strengere forutberegnlighet, fremfor der bestemt frist ikke er fastsatt.

4.3.5 Konsekvenser av brudd på varslingsplikten

Forutsetningen for det følgende er også at varslingen tolkes som en tilleggsfrist. Dersom byggherren setter arbeidet bort til andre uten å varsle entreprenøren på forhånd, foreligger et brudd på varslingsplikten. Det samme må antas å gjelde der byggherren ikke varsler til rett tid, se oppgavens pkt. 4.3.4. Hva konsekvensene av et brudd på varslingsplikten vil være, sier NS 8405 ingen ting om direkte.⁸³ Ut fra forutsetningen, vil realiteten i at det ikke varsles være at entreprenøren fratras tilleggsfristen varslingen ville gitt. Dette vil være frustrerende for entreprenøren ettersom han normalt vil ha interesse i å utbedre selv. Kunnskapen til byggearbeidene som entreprenøren og hans folk besitter, samt tilgjengeligheten til materialer og utstyr, innebærer at det er entreprenøren selv som har de beste forutsetninger til å utbedre til lavest kostnader.⁸⁴

⁸³ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 599.

⁸⁴ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 97.

Der en tredjemann blir engasjert for å utbedre, vil kostnadene normalt bli større. Ut fra reelle hensyn ville det være lite rimelig om entreprenøren også skulle pålegges å betale hele regningen i denne situasjonen. Entreprenøren har jo blitt ekskludert fra både mulighetene til å benytte tilleggsfristen. Varslingsplikten er en lojalitetsakt og da er det naturlig at entreprenøren ikke skal stilles dårligere enn der han blir varslet. En mulig løsning kunne være at entreprenøren bare erstattet så langt besparelsen ved ikke å foreta seg noe gjøremål.

Sammenfatningsvis kan man trolig legge til grunn at konsekvensene av brudd på varslingsplikten vil være at byggherren selv blir holdt økonomisk ansvarlig for de tilleggskostnader for fortjeneste osv. som påløpes ved en bortsetting av arbeidene. Entreprenørens erstatningsansvar vil da i så fall være begrenset til den del av kostnadene som han uansett måtte brukt ved sin egen regi av utbedringene.

4.3.6 Nødregelen

Selv om byggherren er forpliktet til å varsle entreprenøren før utbedringsarbeidene settes bort til andre, stilles det like vel opp et unntak fra dette i visse situasjoner, jfr NS 8405 pkt. 36.2, syvende ledd. Unntaket gjelder uavhengig om varslingsregelen anses som en informasjonsregel eller en tilleggsfrist. Regelen sier at byggherren har rett til å sette utbedringene bort til andre uten å måtte varsle på forhånd, dersom det er ”tvingende nødvendig at utbedring foretas raskere enn entreprenøren har anledning til”. Regelen er å betrakte som en svært snever unntaksregel.⁸⁵ Hensynet til entreprenøren som ivaretas gjennom både varslingsplikten og hans interesser i utbedringsretten blir gjennom unntaket satt til side, og terskelen for å ekskludere entreprenøren på en slik måte må derfor være høy.⁸⁶ Kravet ”tvingende nødvendig” er et sterkt uttrykk som tilsier at det skal sterke grunner til for at byggherren kan sette arbeidene bort uten at entreprenøren informeres. Det må altså være snakk ekstraordinære begivenheter som krever umiddelbar iverksettelse av

⁸⁵ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Uvalgte emner*, Oslo 1997 s. 100.

⁸⁶ Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 596.

utbedringer. Man kan tenke seg situasjoner hvor man har stort hastverk med å begrense omfanget av alvorlige eller omfattende følgeskader, som eksempelvis ved vannlekkasjer. Det kan videre dreie seg om feil ved bærende konstruksjoner og liknende situasjoner som kan medføre sikkerhetsrisiko. Det er slike eksempler som kan tenkes å oppfylle kravet som unntaket stiller.⁸⁷ Byggherren har selv bevisbyrden⁸⁸ for at bortsettelsen var ”tvingende nødvendig” og det kreves betydelig interesseovervekt.⁸⁹ Der arbeidet settes bort til tredjemann bare fordi byggherren har større interesse i å velge denne fremfor entreprenøren, er valget følgelig ikke tilstrekkelig begrunnet. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering der man må vurdere de potensielle faktiske og økonomiske konsekvensene av tredjemannens umiddelbare utbedring, opp mot de potensielle faktiske og økonomiske konsekvensene av at entreprenøren utsetter utbedringer. Arbeidet vil formodentlig bare kunne settes bort der man, etter en avveining mellom de to alternative konsekvensene, står igjen med at byggherren i realiteten ikke hadde noe valg⁹⁰ i forhold til konsekvensene.

Retten til å sette bort arbeidene forutsetter naturligvis at utbedringene utført av en annen enn entreprenøren vil kunne gjennomføres raskere enn det entreprenøren kan.⁹¹ Spørsmålet er hvor sikker man må være på at tredjemann vil utbedre raskere. Man kunne kanskje tro var at byggherren måtte spørre entreprenøren om hans tilgjengelige ressurser og antatte tidsbruk, for å kunne ta stilling til adgangen til å sette arbeidene bort. Men nettopp fordi regelen gir mulighet til bortsetting uten varsel, må man legge til grunn at vurderingen tar utgangspunkt i byggherrens antakelse om de faktiske forhold. Byggherren har selv bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, og han må selv bære risikoen for villfarelse.⁹²

87 Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 100, Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 596, og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentanutgave*, Oslo 2004 s. 449.

88 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 597, og Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentanutgave*, Oslo 2004 s. 449.

89 Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentanutgave*, Oslo 2004 s. 448-449.

90 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 596.

91 Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997 s. 100.

92 Karl Marthinussen, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2006 s. 597.

4.4 Hevning

En annen mulig konsekvens av at entreprenøren misligholder utbedringsplikten er at byggherren kan heve kontrakten dersom entreprenøren ”vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser”, jfr NS 8405 pkt 39.1 første ledd. Det skal imidlertid svært mye til for at heving blir konsekvensene av brudd på utbedringsplikten. Dersom entreprenøren unnlater å iverksette utbedringene eller oversitter utbedringsfristen, vil jo byggherren som regel kreve erstatning for kostnader ved at utbedringsarbeidene settes bort. Det samme vil kunne være tilfelle der utbedringsforsøket er mislykket. Byggherre vil normalt ha stor interesse i at manglene utbedres. Et hevingskrav vil formodningsvis være mest aktuelt der utbedringsforsøket er mislykket og det ikke finnes andre entreprenører som er i stand til å utbedre mangelen. Kravet for å kunne heve er at misligholdet av kontrakten er vesentlig. Og på grunn av entreprenørens utbedringsrett, er byggherren først berettiget til å heve når det konstateres en vesentlig mangel etter utbedringsforsøket. Utbedringsforsøket kan meget vel resultere i at mangelen utbedres et stykke på vei, men at utbedringene for den resterende delen som var mislykket anses som et brudd på utbedringsplikten. Denne delvise utbedringen kan da føre til at mangelen ikke lenger er å betrakte som vesentlig. Men dersom bruddet på utbedringsplikten resulterer i at det fortsatt foreligger et vesentlig kontraktsbrudd, vil byggherren være berettiget til å heve.

5 Litteraturliste

- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)
- Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett. Utvalgte emner* (Oslo 1997).
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 3. opplag (Oslo 2004).
- Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Kolsrud, Helge Jakob mfl., *NS 8405. Kommentartutgave* (Oslo 2004).
- Marthinussen, Karl, mfl., *NS 8405 med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag (Oslo 2006).
- Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen* (Oslo 1966)
- Sandvik, Tore, *Kommentarer til NS 3401* (Bergen 1977)
- Nordisk Skibsrederforenings Medlemsblad A 1984 63.

6 Lovregister

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) 31. mai 1918
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27.
- 1989 Lov om håndverkertjenester m. m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) 16. juni 1989 nr. 63.
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m. m. (bustadoppføringslova) 13. juni 1997 nr. 43.
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) 21. juni 2002 nr. 34.

7 Rettspraksis

Rt 1979 s. 449

Rt 1991 s. 719

Rt 1999 s. 499

Rt 2006 s. 179

Borgarting lagmannsrett LB-1998-154

Borgarting lagmannsrett N LB-2002-3008 A/03

8 Forarbeider

NOU 1979: 42 Forbrukertjenester (håndverkertjenesteloven)

Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) Håndverkertjenester m.m for forbrukere
(håndverkertjenesteloven)

NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov (bustadoppføringslova)