



Entreprenørens rett til å utbedre mangler

Entreprenørrettsseminar
Holmsbu
6. september 2018

Advokat dr. juris Jan Einar Barbo
Advokatfirmaet BAHR AS

Opplegget

- Overordnet om realdebitors rett til å foreta utbedring
- Rettslig grunnlag for utbedringsrett. Den deklarasjonsregelen
- Rettslig grunnlag for utbedringsrett i entrepriseretten
- Rettsvirkningene av at BH ikke lar E få utbedre
 - Lovregulerte tilfeller
 - Ikke-lovregulerte tilfeller
- Uenighet om E har utbedringsrett
- Uenighet om mangelens omfang/utbedringsmetode
- Betydningen av entreprenørens hoppeplikt når mangler påberopes

2 **BAHR**

Overordnet om realdebitors rett til foreta utbedring

- Ved tingsytelser: normalt en rett til å utbedre
- Må skje innen visse rammer
 - Tidsmessig, urimeleghetsbegrensninger, etc.
- Øvrige misligholdsbeføyelser suspenderes
 - «defensiv retting»
 - Kan benyttes som (hele eller delvis) vern mot krav om prisavslag, heving eller erstatning
- Etter utført utbedring: beror på øvrige mangelsregler om kreditor har ytterligere mangelskrav
- Retten til å utbedre «må utøves under hensyntagen til den gjensidige lojalitetsplikten i kontraktsforhold» (Rt. 2006 side 999)
- Kreditor kan ikke kreve at realdebitor umiddelbart erklærer seg enig i at mangel
 - Selger/realdebitor må få tid til å områ seg
 - Men kreditors behov for avklaring om utbedring vil bli utført, må hensyntas. Konkret vurdering (Rt. 2006 side 1076)

3 **BAHR**

Rettslig grunnlag for utbedringsrett. Den deklarasjonsregelen

- Alminnelig antatt at hvis utbedringsplikt, så har realdebitor også utbedringsrett
 - Uavhengig av om utbedringsplikten følger av deklarasjonsregler eller av kontrakt
- Men ikke nødvendigvis motsatt
 - Salg av fast eiendom: Selger som utgangspunkt ikke utbedringsplikt, men likevel utbedringsrett, innen visse grenser
- I dag en rekke sentrale lovbestemmelser om utbedringsrett
 - Kjøpsloven § 36
 - Håndverkerloven § 24
 - Avhendingslova § 4-10
 - Bustadoppføringslova § 32
 - Forbrukerkjøpsloven § 29 (med sterkere begrensninger enn etter øvrig lovgivning)
- Utvilsomt deklarasjons hovedregel at utbedringsrett hvis utbedringsplikt
 - Det er med andre ord et eventuelt unntak som krever en begrunnelse
 - Merk fabrikkasjonskontraktene NF 15 / NTK 15: Leverandøren har ikke krav på selv å foreta utbedring. Kan fritt settes bort til andre, men dette påvirker størrelsen på bestillers krav mot leverandøren

BAHR

Rettslig grunnlag for utbedringsrett i entrepriseretten

- Historisk: «ikke tvilsomt at [E] har en rett, ikke bare en plikt, til å foreta utbedringen»
 - Sandvik, Entreprenørisikoen (1966)
 - Synspunktet hadde støtte i kjøpsloven 1907 § 49: «Tilbyder sælgeren at afhjælpes en mangel eller at foretage omlevering, maa kjøberens dermed lade sig nøie. ... Kjøberens ret til erstatning berøres ikke af denne bestemmelse.»
 - Sandvik, Kommentar til NS 3401 (1977): «Etter de alminnelige entrepriserettslige regler har entreprenøren derfor ikke bare en plikt, men også en rett til å foreta utbedringsarbeidet, en «rett» i den forstand at byggherrens krav på erstatning for utbedringskostnadene, er betinget av at entreprenøren er gått adgang til å foreta utbedringen.»
- Denne innfallsvinkelen lagt til grunn i alle standardkontrakter frem til og med NS 34-serien
- I dag uttrykt uttrykkelig i NS 8405 og NS 8406: «Mangel som er påberopt i rett tid, har entreprenøren rett og plikt til å utbedre, ...»
 - (Noe mer indirekte uttrykt i NS 8407)
- Samt i bufl. § 32: «Vil forbrukeren gjøre gjeldende ein mangel, har entreprenøren krav på å få rette mangelen ...»
 - Med mindre vesentlig ulempe for forbrukeren eller særlig grunn til å motsette seg utbedring

5

BAHR

Rettsvirkningene av at BH ikke lar E få utbedre

- Går BHs krav helt tapt, eller begrenses kravet til entreprenørens besparelse ved ikke å utbedre?
- Sandvik, Entreprenørisikoen (1966):
 - «Om byggherren ikke respekterer entreprenørens rett til selv å foreta utbedringen, men selv utfører arbeidet og krever kostnaden erstattet, innebærer det ikke at kravet på erstatning er helt avskåret. Regelen innebærer bare at de kostnader som byggherren faktisk har hatt, ikke engang som utgangspunkt skal anses bestemte for beregningen av kravet. Erstatningen må i prinsippet beregnes på grunnlag av de kostnader entreprenøren ville ha hatt, og som han har spart.»
 - Med en viss støtte i en voldgiftsdom fra 1909
- Sandvik, Kommentar til NS 3401 (1977):
 - «Om byggherren ikke respekterer entreprenørens rett til å utføre utbedringen, men selv utfører det, vil han ikke kunne kreve sine faktiske kostnader erstattet. Men den omstendighet at entreprenøren har sluppet å utføre arbeidet, vil likevel få en viss innvirkning på oppgjøret for arbeidet. En må her se det slik at byggherren har besluttet en endring der utbedringsarbeidet er trukket ut av entreprisen, og at det ... derfor må gjøres fradrag for de ~~besparelses~~ utbedringskostnader som byggherren har oppnådd.»
 - Nepe et holdbart resonnement, men samme resultat

6

BAHR

Rettsvirkningene av at BH ikke lar E få utbedre (2)

- Dansk rett:
 - E har rett og plikt til å avhjelpe mangler (AB 92 / AB 18)
 - Sikker rett at hvis E uberettiget avskjæres fra å utbedre, begrenses BHs krav til Es besparelse
 - Men kravet faller ikke bort
 - Dansk HR-dom fra 1942, Hørløck, Vagner/Iversen

7

BAHR

Rettsvirkningene av at BH ikke lar E få utbedre (3)

- Dette historiske utgangspunktet er ikke omstridt
- Spørsmålet er: Er rettsstilstanden, utenfor de lovregulerte tilfeller, endret som følge av reguleringen i bufl. og de øvrige nyere kontraktslovene?
- Hvordan er reguleringen i de nyere kontraktslovene?

8

BAHR

Kjøpsloven (1988)

- § 36: Selger rett til for egen kostnad å rette mangel eller foreta omlevering
 - Med mindre vesentlig ulempe m.v.
- § 37: Prisavslag og hevning avskåret dersom kjøperen avslår tilbud om avhjelp som han plikter å motta
- Forarbeidene: Men krav på erstatning er fortsatt i behold, dog slik at forholdet kan ha betydning for utmålingen hvis avhjelp ville ha redusert tapet (jf. § 70)
- Ikke klart om det i tilfelle menes en reduksjon tilsvarende verdien av avhjelp, eller om kjøpers krav begrenses til selgers besparelse (+ evt. øvrig tap)
- Merk at prisavslag og hevning kan gjøres gjeldende på rent objektivt grunnlag
- Erstatning kan bare kreves hvis det foreligger kontrollansvar (kun direkte tap) eller culpa/tilsikring
- Men ved mangler vil kontrollansvarsregelen bare unntaksvis føre til ansvarsfrihet
 - Og problemstillingen vår gjelder direkte tap

9

BAHR

Håndverkertjenesteloven (1989)

- I det vesentlige samme system som i kjøpsloven
 - Og med samme kommentar i forarbeidene vedrørende forholdet til retten til erstatning som i kjøpslovsforarbeidene
- Det samme gjelder tilsynelatende forbrukerkjøpsloven (2002), dog med noen nyanser i forbrukerens favor
 - Og betingelsen for at forbrukerens krav skal gå tapt er det selvsagte: At utbedring faktisk finner sted. Virkningen av selgers utbedringsrett reguleres pussig nok ikke

10

BAHR

Avhendingslova (1992)

- Også samme regulering som i kjøpsloven:
- § 4-10 (1):
 - «Tilbyr seljaren seg å rette ein mangel ved eigedomen, må kjøparen godta dette ...»
 - Med mindre urimelig ulempe eller særlig grunn
- § 4-10 (4):
 - «Vert mangelen ikkje retta, kan kjøparen kreve prisavslag ... eller heve ... Dette gjeld likevel ikkje dersom kjøparen avviser retting som seljaren har rett til å utføre etter fyrste ledd.»
- Forarbeidene: Presiserer at retten til erstatning fortsatt vil være i behold, men kjøpers berøvelse av selgers utbedringsrett kan påvirke utmålingen

11

BAHR

Bustadoppføringslova (1997)

- I prinsippet samme regulering som i kjøpsloven:
 - Entreprenøren har krav på å få rette mangelen (§ 32)
 - Krav på prisavslag faller bort hvis forbrukeren avstår tilbud om utbedring (§ 33)
- Forarbeidene kommenterer ikke forholdet til erstatningsreglene
 - Merk at det i NOU 1992: 9 ikke var foreslått kontrollansvar ved mangler, bare culpaansvar
 - Kontrollansvaret innført ved Ot. prp. nr. 21 (1996-97). Vår problemstilling ikke kommentert
- Spørsmålet kommer noe mer på spissen etter bufl. (og hvtjl.) enn kjl. og avhl.: Kjl. og avhl. opererer med forholdsmessig prisavslag. Etter bufl. skal prisavslaget være lik forbrukerens utbedringskostnader
 - Prisavslag og erstatning for utbedringskostnader blir dermed reelt sett nøyaktig samme krav
 - Dette kunne tale for at når prisavslag er utelukket, må erstatning for utbedringskostnader også være det
 - Loven er skrevet etter samme lest som de øvrige lovene: Kun prisavslagsbeføyelsen avskjæres hvis E fratras sin utbedringsrett
 - Prinsippet må det derfor være rom for erstatningskrav. Jf. også kjøpsloven 1907 § 49
 - Spørsmålet er dermed bare om forbrukerens tap i form av utbedringskostnader, er ekskludert fra erstatningskravet

12

BAHR

Bustadoppføringslova (2)

• Spørsmålet er svært omstridt

- Se blant annet Kåre Lilleholt i Norsk Lovkommentar:
 - «Dersom forbrukeren utan god grunn nekter retting, mistar han kravet på prisavslag (jf. § 33 første ledd andre punktum), men han bør likevel kunne kreve skadebot og/å for rettelser eller verifisering dersom det ligger flere ansvargrunnlag (dette er ikke uomstridt, sjå Lilleholt, Avtale om ny bustad, s. 147-148, Tverberg s. 470-471 og 540-545 om forbrukarkjøp, Anderssen s.271 (med flere tilvisingar); Simonsen pkt. 20.1.2; Erlend Holstram og Marius Egeberg, «Byggherrens mangelskrav ved urettmessig avvisning av et utbedrings tilbud», Lov og Rett, 2017 s. 421-426. Sjå òg LH-2000-00277, dom Hålogaland 23. november 2000), LB-2016-48176 dom Bergting 1. juni 2017 (tap av krav på prisavslag fordi entreprenøren ikke hadde fått høve til å rette).»
- De to lagmannsrettsdommene gir (svak) støtte til synspunktet at erstatning for utbedringskostnader er utelukket hvis prisavslag er avskåret
- Det samme gjelder dom fra Agder lagmannsrett 9.5.2018, men denne er ikke rettskraftig (?)
- Lovens ordlyd tilsier at erstatningskrav er i behold, selv om prisavslag er utelukket. Ingen begrensning mht. utbedringskostnader
- Rimelighetshensyn tilsier at E ikke skal få en helt uventet gevinst/berikelse fordi BH fratar ham hans utbedringsrett
- Rettsystematiske hensyn tilsier at erstatning for utbedringskostnader er utelukket når prisavslag er utelukket
- Lilleholt og Simonsen (og enkelte andre) tar til orde for en forbrukervennlig regel, men Trygve Bergsåker og flere andre er mer på linje med trenden i lagmannsrettspraksis

13

BAHR

Betydningen av en eventuell endring i avhl. § 4-10

- Høringsnotat fra Justisdepartementet november 2017
- Et forslag om å fjerne selgers utbedringsrett drøftes, men avslås
- Derimot forslag om presisering i avhl. § 4-10:

«Krenking av seljers rett etter første ledd [utbedringsretten] har ikkje verknad for eit krav frå kjøparen om skadebot, jf. likevel § 7-2 første ledd [tapsbegrensningsplikt m.v.]»

- Motivene til dette i høringsnotatet:

«... er ikke ment å innebære noen realitetsendringer. ... er tatt med for å understreke at krenkelse av seljers utbedringsrett indirekte kan utgjøre et brudd på kjøperens tapsbegrensningsplikt: Hvis seljeren selv påviselig kunne ha utført rettingen billigere enn det kjøperen endte opp med å gjøre, kan kjøperen [fellekskrift for seljeren] kreve at erstatningen for utbedringskostnadene reduseres tilsvarende».

- Hvis dette vedtas, med slike motiver, vil det påvirke tolkningen av bufl.?
- Reguleringen i kjl., hvtl., avhl. og bufl. er nokså lik
- Det ville være utfredstilende hvis tolkningen av nokså like bestemmelser i disse lovene er dramatisk ulik

14

BAHR

Situasjonen utenfor de lovregulerte tilfellene

- Utgangspunktet frem til bufl. ble vedtatt var i alle fall klart: BHs krav på erstatning for utbedringskostnader gikk ikke tapt selv om E ble fratrukket sin utbedringsrett, men kravet ble begrenset til Es besparelse
- Ble dette prinsippet endret ved et trylleslag da bufl. ble vedtatt eller trådte i kraft? Eller gradvis deretter?
 - Slik Giverholt m.fl. og Nordviødt m.fl. i deres kommentarer til NS 8407
 - Men: De legger begge - udraftet - til grunn den entreprenarvennlige forståelsen av bufl.
 - Et par lagmannsrettsdommer kan tas til inntekt for synspunktet, men spørsmålet problematiseres overhodet ikke
- Problemet oppstår ikke med den forbrukervennlige tolkningen av bufl. Resultatet blir da det samme
 - Men ulik rettslig tilnærming. Etter NS-standarden er det ikke spørsmål om prisavslag kontra erstatning
- Med den entreprenarvennlige tolkningen av bufl.: I prinsippet en dramatisk forskjell, hvis bakgrunnsretten skal anses endret gjennom bufl.
- Størst harmoni oppnås hvis bufl. tolkes slik at resultatet blir i samsvar med det som gjaldt på ulovfestet grunnlag før loven ble vedtatt, og dermed uten at bakgrunnsretten dermed anses endret

15

BAHR

En voldgiftsdom...

- Voldgiftsdom 7.7.2016;
 - Advokat Karl Wahl-Larsen, førsteamanuensis Herman Bruserud, siviling, Øivind Seiergren
- Voldgiftsretten legger til grunn at det etter avhl. og bufl. fortsatt kan kreves erstatning selv om prisavslag er utelukket fordi E er fratatt sin utbedringsrett
 - Men det drøftes ikke om det kan kreves erstatning for utbedringskostnader eller om dette er utelukket fordi det ville være en ren omgjøelse
- Tilsvarende etter NS 3431: Men da bare erstatning hvis grov uaktsomhet/forsett
- Dermed fremstår totalreguleringen som «relativt balansert» og i «rimelig harmoni med de generelle trekkene i bakgrunnsretten»
- Konklusjon i dommen: BH taper sitt krav mot E fullstendig når E er frarøvet utbedringsretten. Eneste utvei er krav på erstatning etter erstatningsbestemmelsen som gjelder ved grov uaktsomhet/forsett
- Noe tungt å følge resonnerementet
 - For ordens skyld: Foredragsholderen prosederte saken for BH

16

BAHR

Uenighet om E har utbedringsrett

- Bufl.: BH kan nekte E å utbedre hvis «vesentlig ulempe» eller «særlig grunn» til å motsette seg utbedring
- NS-kontraktene/utenfor lovregulerte tilfeller: Ingen slik begrensning i Es utbedringsrett
 - Men: E ikke verken rett eller plikt til utbedring hvis «kostnadene» til utbedring blir uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås (uforholdsmessighetsbegrensningen)
 - I så fall: Prisavslag
 - Kan BHs ulemper eller «særlige grunner» påberopes som «kostnadene» ved utbedring?
 - Antagelig; alternativt kan BHs tap/ulemper ved utbedring tas i betraktning ved vurderingen av «det som oppnås»
 - Avtaleloven § 36 utgjør under enhver omstendighet en skranke
 - Rt. 2006 side 999: Utbedringsretten må utøves under hensyntagen til den gjensidige lojalitetsplikten i kontraktsforhold
- Hvis uenighet om E har rett til å utbedre: Skal saklig, velbegrunnet uenighet medføre at BH taper hele sitt krav hvis han tar feil?
 - Alminnelige prinsipper om rettsvillfarelsesrisiko tilsier et slikt resultat
 - Men mer rimelig at E uansett må fralagge seg besparelsen ved å slippe å utbedre?
 - Den siste løsningen vil være konfliktdepende

17

BAHR

Uenighet om mangelens omfang/utbedringsmetode

- E tilbyr utbedring; BH mener utbedringstilbudet ikke er tilstrekkelig
 - Eksempel:
 - E erkjenner at betongdekket over garasjen er mangelfullt fordi det lekker; tilbyr utbedring ved injisering av «Lurium»
 - BH mener mangelen består i at betongdekket er mangelfullt støpt, og krever hele dekket skiftet ut
- Utgangspunktet: Partene bærer selv risikoen for eget standpunkt
- Men er det rimelig at BH skal tape hele sitt krav fordi han står på sitt, men tar feil?
- Igjen en konfliktskapende regel

18

BAHR

Betydningen av entreprenørens hoppeplikt når mangler påberopes

- Rt. 1972 side 449: E plikt til å utbedre også omtvistede mangler, på visse betingelser
 - Men kunne forbeholde seg retten til å kreve vederlag for arbeidet
- NS 84-standardene: Prinsippet kodifisert, men E kan i tillegg kreve sikkerhet (på egen risiko)
 - (NS 8407: Ikke krav om sikkerhet fra offentlige byggherrer som ikke kan slås konkurs)
- Kan entreprenøren påberope hoppeplikten, og utbedre en påberopt, omtvistet mangel, med forbehold om vederlagskrav?
- Eller kan BH nekte E å utbedre hvis E ikke samtidig erkjenner at det foreligger en mangel?
 - Antagelig
 - E har «rett og plikt» til å utbedre «mangel som er påberopt i rett tid». Bare «plikt» til å utbedre omtvistede mangler (NS 8405)
- Ved uenighet om utbedringsmetode/-omfang må BH ha rett til å påberope hoppeplikten som grunnlag for å få gjennomført den utbedring han ønsker
 - E må dermed nøye seg med å ta forbehold om å kreve vederlag for differansen mellom egen og BHs utbedringsløsning

19

BAHR
