



NORGES HØYESTERETT

Den 4. juni 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-00981-A, (sak nr. 2006/1927), sivil sak, anke,

Sigurd Ziem AS

(advokat Jan H. Rasmussen)

mot

Ove N. Birkeland

(advokat Katrine Lillejord – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder spørsmål om lemping av dagmulkt ved oversitting av frist for retting i forbindelse med mangelfull montering av peis utført som delentreprise ved oppføring av bolighus.
- (2) I anledning oppføring av bolighus inngikk Ove N. Birkeland den 4. februar 2003 avtale med Sigurd Ziem A/S (heretter Ziem) om levering og montering av murpipe og tre peiser i henholdsvis stue, kjøkken og kjellerleilighet. Samlet kontraktssum var på 123 690 kroner inklusiv merverdiavgift. Arbeidet ble på Ziems vegne utført av Bergen Mur og Varme AS.
- (3) Da arbeidet var ferdig i mai måned, betalte Birkeland halve kontraktssummen. Han holdt tilbake restbeløpet da han mente framdriften i arbeidet hadde vært for dårlig, og han var dessuten misfornøyd med utførelsen. Ut over sommeren ba han flere ganger forgjeves om å få et møte med Ziem for å komme fram til en minnelig løsning. I september falt peisomrammingen til stuepeisen ned og skadet en marmorplate som lå foran peisen. I tillegg ble parkettgulvet påført hakk i fire parkettstaver. Senere på høsten, da Birkeland skulle fyre opp i stuepeisen, viste det seg at peisen manglet ventiler for tilluft og utluft. I tillegg manglet peisen i kjøkkenet og kjellerleiligheten askebøtter, noe de skulle ha i henhold til avtalen.

- (4) Etter forhandlinger ble det 23. desember 2003 inngått en forliksavtale som blant annet gikk ut på at Ziem skulle rette manglene ved stuepeisen innen utløpet av uke 2 og utbedre skadene på parketten innen utløpet av uke 3 i 2004. Ved eventuell oversitting av fristene skulle Ziem betale en dagmulkt på 1 000 kroner per dag.
- (5) Det oppsto store forsinkelser i arbeidet. Peisen ble først ferdigstilt 19. august 2004. Skaden på parketten ble ikke utbedret. Partene ble enige om at Ziem skulle betale kostnadene ved anskaffelse og legging av ny parkett, som etter takst ble satt til 81 468 kroner inklusiv merverdiavgift. Beløpet ble betalt den 29. november 2004 etter at forsikringsselskapet til Bergen Mur og Varme AS hadde akseptert takstbeløpet.
- (6) Under henvisning til forliksavtalens bestemmelse om dagmulkt fremmet Birkeland et krav på 329 000 kroner, idet han hevdet at endelig oppfyllelse først skjedde ved innbetalingen den 29. november 2004. Da Ziem motsatte seg kravet, tok Birkeland den 14. mars 2005 ut stevning for Bergen tingrett. Saken hadde før dette vært behandlet i Bergen forliksråd uten at forlik kom i stand. Tingretten avsa dom 1. november 2005 med slik domsslutning:

- ”1. **Sigurd Ziem AS betaler til Ove N Birkeland kr 50.000 innen to uker fra forkynnelsen av dommen.**
2. **Ove N Birkeland betaler til Sigurd Ziem AS kr 81.250 i saksomkostninger innen to uker fra forkynnelsen av dommen med tillegg av alminnelig forsinkelsesrente fra dagen etter oppfyllelsesfristens utløp.”**

- (7) Tingretten kom, under henvisning til avtaleloven § 36, til at dagmulkten måtte nedsettes betydelig. Med utgangspunkt i begrensingsregelen for dagmulkt i NS 8405 punkt 34.3, satte den beløpet til 10 % av kontraktssummen, avrundet til 13 000 kroner. Når domsslutningen lød på 50 000 kroner, skyldes det at Birkeland ifølge forliksavtalen skulle godskrives 25 000 kroner dersom det ikke lot seg gjøre å sette inn askebøtter i de leverte peisene og ny peisinnsats med askebøtter ikke var montert innen 31. januar 2004. Han ble dessuten ved avtalen godskrevet en uspesifisert prisreduksjon på 12 000 kroner, hvilket også er inkludert i domsbeløpet. Ziem ble tilkjent saksomkostninger da Birkeland hadde avslått et forlikstilbud.
- (8) Birkeland anket til Gulating lagmannsrett, som 30. oktober 2006 avsa dom med slik domsslutning:

- ”1. **Bergen tingretts dom 05-040640TVI-BBYR/02 stadfestes så langt gjelder slutningens punkt 1.**
2. **Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler Sigurd Ziem AS v/styrets formann kr. 316.000,- – kronertrehundreogsekstentusen – til Ove N. Birkeland med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.**
3. **Sigurd Ziem AS v/styrets formann dømmes til å betale til Ove N. Birkeland sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett med kr. 248.982,50- kronertohundreogførtiåttetusennihundreogåttitofemti – inklusive merverdiavgift og rettens gebyrer for tingrett og lagmannsrett med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra forfall til betaling skjer.”**

- (9) Lagmannsretten kom til at avtaleloven § 36 ikke ga grunnlag for å redusere dagmulkten, da Ziem i sin helhet måtte bære ansvaret for forsinkelsen. Når domsslutningen i punkt 2

lyder på 316 000 kroner, skyldes det at de resterende 13 000 kroner er omfattet av punkt 1 i tingrettens domsslutning, som lagmannsretten stadfestet.

- (10) Ziem har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett, dog med unntak for domsslutningen punkt 1. Anken gjelder både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Nytt for Høyesterett er at bustadoppføringslova § 23 er anført som prinsipielt lempingsgrunnlag. Det er framlagt skriftlige erklæringer fra partene og vitner, som også forklarte seg for lagmannsretten. Det er også lagt fram enkelte nye dokumenter. Saken står likevel i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (11) Den ankende part, *Sigurd Ziem AS*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (12) Det må gjøres vesentlig reduksjon i dagmulktbeløpet. Det vises til tingrettens vurdering, som den ankende part slutter seg til.
- (13) Vurderingen må gjøres ut fra § 23 i bustadoppføringslova. Selve oppdraget er en delentreprise i forbindelse med oppføring av bolighus og faller derfor inn under lovens § 1 første ledd bokstav a. Det samme må da være tilfelle for forlikavtalen, som kun er en videreføring av den opprinnelige entreprisekontrakten.
- (14) Det er et urimelig misforhold mellom dagmulktkravet og kontraktsbeløpet. Det vises til at det ifølge § 23 spesielt skal tas hensyn til omfanget av arbeidet og størrelsen av tapet. Dersom lagmannsrettens dom legges til grunn, vil Birkeland i realiteten sitte igjen med en vederlagsfri leveranse, riktig nok med to peiser uten askebøtte, og dessuten med et nettobeløp i tillegg på 242 310 kroner når hensyn tas til prisreduksjonene. Det erkjennes at rettingen av manglene tok for lang tid, og at dette gir grunnlag for en økonomisk sanksjon overfor Ziem, men denne må stå i rimelig forhold til de faktiske forhold i saken. Her har tingretten kommet til den riktige løsningen, som gir som samlet resultat at Birkeland betaler 73 690 kroner for det hele, det vil si at han får en rabatt på 44 %.
- (15) Anvendelsen av § 23 må også ses i sammenheng med lovens § 18. I vår sak ville bestemmelsen medføre en samlet dagmulkt på 28 430 kroner. Selv om reglene i § 18 ikke direkte kommer til anvendelse her hvor partene har inngått særskilt avtale, må den betydelige forskjell mellom hva som følger av lovens normalregler og Birkelands krav tas i betraktning i rimelighetsvurderingen.
- (16) Et annet sammenligningsgrunnlag er begrensningen for dagmulkt i NS 8405 til 10 % av kontraktssummen. Denne ville gi en samlet dagmulkt på ca. 12 300 kroner. Dette er en innarbeidet begrensningsregel i entrepriseforhold, noe som igjen gir en klar indikasjon på hva som anses som rimelig i bransjen. Det vises til Woxholth: Avtalerett, side 380. I forarbeidene til bustadoppføringslova gis det uttrykk for at det er ønskelig å videreføre i loven den praksisen som er etablert gjennom standardkontraktene.
- (17) Ser man kravet i forhold til det faktum at manglene i det alt vesentlige knyttet seg til den ene peisen, det vil si ca. en fjerdedel av leveransen, framstår misforholdet desto klarere.
- (18) Lagmannsretten har lagt for stor vekt på det forhold at Ziem er næringsdrivende og Birkeland forbruker. Det må tas hensyn til at Birkeland under forhandlingene hadde bistand av advokat, noe Ziem ikke hadde da dagmulkt ble vurdert. Spørsmålet om dagmulkt kom dessuten opp helt på tampen av forhandlingene, noe som ga Ziem

begrenset mulighet for å gjennomtenke konsekvensene. Han var for øvrig ikke vant med bruk av dagmulkt i sin forretningsførsel.

- (19) Når det i forarbeidene til § 23 og andre lempingsregler i lover som beskytter forbruker, heter at det ikke skal være kulant å få lempet de næringsdrivendes ansvar, må det tas i betraktning at normalsituasjonen da vil være at forbrukeren har lidt et dokumenterbart tap. Det er ikke situasjonen her, noe som taler for at man i mindre grad bør vise forsiktighet med hensyn til å lempe den næringsdrivendes ansvar.
- (20) Det må også tas hensyn til at Ziem ikke kan belastes for hele forsinkelsen. Både for peisomrammingen og marmorplaten ble leveringen forsinket som følge av endringer på leverandørsiden. Tilsvarende gjelder for parketten, som var gått ut av produksjon. At delene til peisen først ble levert i august måned, skyldtes blant annet Birkelands ferie. Videre vises til tingrettens påpeking av vanskelig kommunikasjon mellom partene som årsaksfaktor. Det vises særlig til at Birkeland ikke ga Ziem klar beskjed om sine krav da det viste seg at parketten ikke lot seg utbedre. Her må Birkeland ta sin del av ansvaret.
- (21) Sigurd Ziem AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Bergen tingretts dom stadfestes.
2. Sigurd Ziem AS tilkjennes saksomkostninger for alle retter.”
- (22) Ankemotparten, *Ove N. Birkeland*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (23) Lagmannsrettens dom er riktig, både i resultat og i begrunnelse.
- (24) Lagmannsretten har bygd avgjørelsen på avtaleloven § 36, hvilket er korrekt rettsanvendelse. Den avtale saken gjelder, en forliksavtale om hvilke beføyelser som skal iverksettes som følge av mislighold, faller ikke inn under bustadoppføringslova. Dette må være tilfelle selv om den opprinnelige avtale omfattes av loven. Dette følger av ordlyden i lovens § 1 første ledd bokstav a.
- (25) Det samme følger av lovens forarbeider, der det gis uttrykk for at behovet for lovbestemmelser som er ment å beskytte forbruker, kun er til stede for forhåndsavtaler – ikke for forliksavtaler inngått etter oppstått mislighold. Tilsvarende uttalelser finner man i forarbeidene til lov om håndverkertjenester.
- (26) Også reelle hensyn tilsier en slik tolking. Når man står overfor et konstatert mislighold, har partene bedre oversikt over situasjonen og kan bedre ivareta sine interesser.
- (27) Under ingen omstendighet kan § 23 gjelde i et tilfelle som dette. Bestemmelsen må ses i sammenheng med at § 18 gir lovbestemte satser for dagmulkt. Det er hvor disse kommer til anvendelse at § 23 gjelder. I vår sak er dagmulkten helt ut regulert gjennom avtale, og da må avtaleloven § 36 gjelde.
- (28) Heller ikke begrensingsregelen i § 18 annet ledd fjerde punktum om at dagmulkt ikke kan kreves for mer enn 100 dager kan komme til anvendelse. Også denne refererer seg til de tilfelle der det er lovens satser som anvendes. Bestemmelsen er deklarasjonsregulering i forbrukers favør. Sett på bakgrunn av det sterke behovet Birkeland hadde for å pålegge Ziem et oppfyllelsespress, må forliksavtalen derfor uansett tolkes slik at det ikke gjelder

noen tidsmessig begrensning i dette tilfelle. I motsatt fall ville dagmulktens formål og funksjon få en begrenset rekkevidde, noe ikke minst faktum i vår sak viser, der forsinkelsen strakk seg langt ut over 100 dager.

- (29) Også formålsbetraktninger peker i samme retning. Dagmulkten i forliksavtalen har ene og alene som formål å utøve et press for å få Ziem til å oppfylle kontrakten. Dagmulkten som reguleres av § 18, er ment å skulle fungere som en normalerstatning, noe som ligger helt utenfor forliksavtalens intensjon.
- (30) Både forarbeidene og rettspraksis viser at avtaleloven § 36 stiller opp et strengt vilkår for lemping av avtaleforpliktelser overfor en forbruker. At forbrukeren under avtaleforhandlingene har stilt med advokat, kan ikke svekke forbrukerens posisjon.
- (31) Av sentral betydning i denne konkrete saken er det reelle behov som Birkeland hadde for å pålegge Ziem et oppfyllellespress. Allerede oppfyllelsen av den opprinnelige avtalen gikk tregt, og Ziems passive holdning i forhold til de nye mangler og skader som viste seg høsten 2003, ga grunn til å frykte ytterligere forsinkelser også med oppfyllelsen av forliksavtalen. Det er på denne bakgrunn dagmulksatsen på 1 000 kroner må bedømmes.
- (32) At sluttbeløpet ble så stort, skyldes Ziems forhold. Han hadde oversittet de avtalefestede frister før han i det hele tatt påbegynte arbeidet. Når han da oppdaget at peisomrammingen og marmorplaten ikke lot seg skaffe på flere måneder, er det en tapsrisiko som avtalen legger på han.
- (33) Det samme gjelder det forhold at det ikke lot seg gjøre å framskaffe tilsvarende parkett, en mulighet som han burde ha vært oppmerksom på allerede før forliksavtalen ble inngått. At Ziem ønsket å sikre seg forsikringsselskapets betalingsbekreftelse før oppgjør ble foretatt, er hans eget valg og fratår ikke Birkeland rett på dagmulkt for den tid dette tok. Dette var for øvrig avklart lenge før oppgjør fant sted.
- (34) At sluttsummen ble høy, kan i seg selv ikke lede til lemping så lenge ingen av omstendighetene som ligger til grunn for beløpet, isolert sett taler for dette.
- (35) Ove N. Birkeland har lagt ned slik påstand:

- ”1. **Gulating lagmannsretts dom av 30.10.2006 stadfestes.**
2. **Sigurd Ziem AS v/styrets formann dømmes til å betale til Ove N. Birkeland sakens omkostninger for Norges Høyesterett til det offentlige, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra forfall til betaling skjer.”**

- (36) *Jeg ser slik på saken:*
- (37) Dagmulkten som saken gjelder, er inntatt i en avtale som regulerer Ziems plikt til å utbedre mangler ved den leveranse som ble avtalt 4. februar 2003, og de skader som er forårsaket av manglene. Da avtalen ble inngått den 23. desember 2003, hadde det over lengre tid vært en uavklart rettslig situasjon mellom partene. Allerede etter at arbeidet var ferdigstilt i mai 2003, holdt således Birkeland halve kontraktssummen tilbake da han var misfornøyd med det utførte arbeidet og den tid dette hadde tatt. Ziem på sin side fant ikke grunn til å ta opp noen diskusjon om saken, men sendte kravet til sitt inkassobyrå.

(38) I september 2003 falt så peisomrammingen til stuepeisen ned og skadet marmorplaten og parketten. I oktober ble det klart at stuepeisen ikke kunne benyttes på grunn av varmeutvikling da den manglet ventilasjon for inn- og utluft. Disse forhold førte til at det ble arrangert møter mellom partene og innledet forhandlinger. I tillegg til plikten til å utbedre mangler og skader, ble det avtalt en kompensasjon på til sammen 25 000 kroner for det tilfelle at det ikke lot seg gjøre å installere askebøtter i peisene i kjøkkenet og kjellerstuen. Det ble dessuten avtalt at Birkeland skulle deponere hos sin advokat restkjøpesummen, som ble satt til 50 000 kroner, hvilket i realiteten innebar et generelt prisavslag på ca. 12 000 kroner. Avtalen framstår således som et forlik som tok sikte på å løse alle sider ved partenes mellomværende.

(39) Avtalen lyder:

”1 Innledning

Det er oppstått tvist mellom Ove Birkeland og Sigurd Ziem AS vedr. peisleveranse til Birkelands bolig. Bakgrunnen er at Birkeland etter 5-6 timers sammenhengende fyring i stuepeisen oppdaget at loftsgulvet ved pipen var overopphetet og at det kom røyk opp langs pipen i loftsstuen. Videre er det oppstått skade på peis og gulv i stue da peishylle løsnet fra peiskassen og falt ned på gulvet og knuste. Partene er kommet til enighet om å løse tvisten på etterfølgende vilkår.

2 Mangler ved peisleveransen

2.1 Peis i hovedstue mangler ventiler for tilluft og utlufting, Sigurd Ziem AS åpner opp peiskassen og varsler brannvesenet v/Alf M. Steinsvik som kontrollerer at det ikke er andre enn de synlige mangler, eller har oppstått varme-/brannskader i bygningsdeler v/peiskassen som følge av overoppheting. Eventuelle feil, mangler og skader på bygningsdeler skal utbedres av Sigurd Ziem AS etter anvisning fra feier, samt fra takstmann Ove Hesvik, jfr. vedlagte takser av 03.10.03 og 15.10.03.

2.2 Sigurd Ziem AS leverer og ettermonterer askebøtte i peis på kjøkken og i kjellerleilighet.

2.3 Sigurd Ziem AS retter opp skjevheter i peiskappe over peisen.

3 Skade forårsaket av peishylle

I stue har peishylle løsnet og falt ned på gulvet hvor den har skadet marmorplate og parkett. Sigurd Ziem AS skifter skadet marmorplater i gulvet og monterer ny og skadefri peisomramming m/peishylle. Videre besørger og bekoster Sigurd Ziem AS utbedring av skade i parkett. Utbedring skjer ved at Sigurd Ziem AS besørger nytt parkettgulv i stuen dersom det ikke kan gis garanti for at utbedringen gir et mangelfritt gulv.

4 Dokumentasjon og godkjenning

Sigurd Ziem AS fremlegger dokumentasjon vedrørende pipe-/peisleveransen som skal godkjennes av brann- feiervesenet.

5 Utførelsen og kontroll

Utbedringsarbeidet skal utføres av kvalifiserte håndverkere og ledes av en erfaren og dyktig murer som ikke har hatt befatning med det mangelfulle arbeidet. Under utbedringsarbeidet må det dekkes til slik at det ikke oppstår fare for støv eller skade på andre deler av bygget eller innbo. Utbedringsarbeidet må koordineres slik at det kan gjennomføres sammenhengende og på noen få dager.

Tidspunktet for åpning av peiskassen skal varsles i god tid slik at Birkeland får anledning til å innkalle sine rådgivere til kontrollbefaring.

6 Frist for utbedring

Ovennevnte arbeider skal utføres etter nærmere avtale med Ove Birkeland. Arbeidene skal fortrinnsvis gjennomføres i sammenheng. Arbeidene vedr. peisen skal senest være utført innen utløpet av uke 2/04, mens utbedring av parkettgulvet skal være utført innen utløpet av uke 3/04. Ved overskridelse av fristene betales en dagmulkt på kr. 1.000,- pr. dag.

For askebøtter under pkt. 2.2 gjelder at disse leveres senest 15.01.04. Dersom ikke det lar seg gjøre å ettermontere askebøtter, monterer Sigurd Ziem AS nye peisinnsatser med askebøtte på kjøkken og i kjellerleilighet innen 31.01.04. Dersom det ikke er montert nye peisinnsatser innen 31.01.04 har Ove Birkeland krav på prisavslag med kr. 10.000,- pr. peisinnsats, eks. mva.

7 Økonomisk mellomværende

Ove Birkeland betaler til Sigurd Ziem AS som fullt og endelig oppgjør kr. 50.000,-. Beløpet innbetales på klientkonto nr. 6511.05.29966 hos advokat Frode Risnes før arbeidene igangsettes. Beløpet utbetales Sigurd Ziem AS når pkt. 2,3, 4 og 6 er oppfylt. Eventuelt krav Birkeland måtte ha knyttet til askebøttene trekkes av innstående beløp.”

- (40) Det er opplyst at Birkeland oppfylte sin del av avtalen samme dag som avtalen ble undertegnet, nemlig å deponere 50 000 kroner hos sin advokat.
- (41) De tidligere retter har vurdert spørsmålet om nedsettelse av dagmulkten ut fra avtaleloven § 36. For Høyesterett har den ankende part prinsipalt påberopt § 23 i lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova). Ankemotparten har bestridt at loven kommer til anvendelse på den avtalen saken gjelder.
- (42) Bustadoppføringslova gjelder blant annet for ”avtale om oppføring av bygning til bustadforemål og avtale om arbeid som vert utført direkte som ledd i slik oppføring”, jf. lovens § 1 første ledd bokstav a. Jeg finner det klart, og partene synes heller ikke å være uenige om det, at avtalen av 4. februar 2003 var omfattet av loven som en delentreprise til oppføring av bolig.
- (43) Forliksavtalen er et resultat av at det forelå mislighold ved oppfyllelsen, og gjelder partenes rettigheter og plikter i den forbindelse. Det følger av forarbeidene at lovens preseptoriske regler ikke vil gjelde for en slik avtale. Det innebærer at forbrukeren kan avtale andre og svakere virkninger av det misligholdet som har funnet sted, enn det som følger av loven. Dette kan imidlertid ikke innebære, som hevdet av ankemotparten, at bustadoppføringslova ikke omfatter mislighold av denne type tilleggsavtaler. Etter min mening er det en så nær sammenheng mellom forliksavtalen og den opprinnelige avtalen at også denne må falle inn under lovens §1 første ledd bokstav a.
- (44) Før jeg går nærmere inn på de relevante bestemmelsene i loven, nevner jeg at det i § 3 er fastsatt at det ikke kan avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er dårligere for forbrukeren enn det som følger av lovens bestemmelser. Dette innebærer at loven er preseptorisk i forbrukerens favør.

- (45) Loven har i § 18 en egen bestemmelse om forbrukerens rett til å kreve dagmulkt. Bestemmelsen lyder:
- ”Dersom overtaking ikkje kan skje til den tida forbrukaren har rett til å krevje etter §§ 10 og 11, kan forbrukaren krevje dagmulkt for kvar dag forseinkinga varer.**
- Dersom ikkje høgare mulkt er avtalt, skal dagmulkta vere 1 promille av det samla vederlaget entreprenøren skal ha. Omfattar avtalen eigedomsrett til grunnen, skal lågaste sats likevel vere 0,75 promille. Dagmulkta skal ikkje i noko tilfelle vere mindre enn ein halv prosent av grunnsommen i folketrygda på det tidspunktet forseinkinga oppstod. Dagmulkt kan ikkje krevjast for meir enn 100 dagar.**
- Forbrukaren kan krevje dagmulkt utan omsyn til økonomisk tap.”**
- (46) Annet ledd fastsetter minimumssatser for dagmulkten og de satser som skal gjelde om partene ikke har avtalt høyere satser. I fjerde punktum er fastsatt en tidsmessig begrensning av dagmulktens løpetid til 100 dager. Etter første ledd gjelder imidlertid bestemmelsen kun ved forsinket overlevering. Det er ikke situasjonen i vår sak, som gjelder fullføring av oppdraget etter at overlevering har skjedd. § 18 har derfor ikke direkte anvendelse. Lovens minimumssatser for dagmulkten og begrensning i dagmulktens løpetid kan imidlertid få betydning ved rimelighetsvurderingen, noe jeg senere vil komme tilbake til.
- (47) Bestemmelsen om lemping av dagmulkt er inntatt i § 23, som lyder:
- ”Dagmulkt eller skadebot kan setjast ned dersom det vil verke urimeleg for entreprenøren ut frå omfanget av arbeidet, storleiken av tapet og tilhøva elles.”**
- (48) Ankemotparten har anført at § 23 kun får anvendelse hvor dagmulkten følger av lovens regler. I et tilfelle som i vår sak, der bestemmelsene om dagmulkt er avtalefestet, hevdes det at lemping av dagmulkt må vurderes ut fra avtaleloven § 36.
- (49) Reelt sett har det neppe særlig betydning for resultatet om rimelighetsvurderingen foretas med grunnlag i bustadoppføringslova § 23 eller avtaleloven § 36. Ordlyden i § 23 gir imidlertid ingen indikasjon på at det skal skilles mellom de tilfelle der dagmulktens sats følger av lovens § 18, og der den er avtalefestet. Rettstekniske hensyn taler for å benytte samme regel for alle tilfelle der kontrakten faller inn under bustadoppføringslova, og enten dagmulkten er knyttet til forsinket overlevering eller annen form for forsinkelse. Jeg er derfor kommet til at rimelighetsvurderingen i vår sak må skje med grunnlag i bustadoppføringslova § 23.
- (50) Selv om bestemmelsen særlig framhever omfanget av arbeidet og størrelsen av tapet som vurderingskriterier, må rimelighetsvurderingen etter § 23 skje ut fra en helhetsvurdering. Av forarbeidene til loven, jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-97) side 60 og NOU 1992: 9 side 90, framgår at lemping bare vil være aktuelt i unntakstilfelle, og at det ”berre sjeldan blir aktuelt å lempe dagmulktansvaret”. Forarbeidene viser at det gjelder et strengt utgangspunkt for anvendelse av lempingsregelen, noe som naturlig følger av at det dreier seg om en bestemmelse i en forbrukervernlov der normalsituasjonen vil være at entreprenøren representerer den profesjonelle part i forhandlingene. På den annen side har lovgiver ved å gi bestemmelsen markert at en dagmulkt som pådrar entreprenøren en økonomisk byrde som ikke nødvendigvis korresponderer med tilsvarende tap på forbrukersiden, kan få urimelig virkning. I denne forbindelse er det også av interesse at

lovgiver allerede i 1918, ved vedtakelsen av avtaleloven, fant grunn til å gi en særskilt lempingsregel for dagmulkt – en bestemmelse som ble avløst da nåværende § 36 ble vedtatt i 1983.

- (51) Jeg vil i det følgende ta for meg de enkelte momenter som vil inngå i rimelighetsvurderingen for så avslutningsvis å foreta en helhetsvurdering.
- (52) Jeg ser først på forholdet mellom partene. Den ankende part har særlig påpekt at Birkeland ved forhandlingene var representert ved advokat. Ziem var lenge representert ved sitt inkassobyrå, men den aktuelle medarbeider i inkassobyrådet måtte av private grunner fratre før spørsmålet om dagmulkt ble brakt på bane. Det er i den forbindelse særlig vist til at Ziem var ukjent med bruken av dagmulkt, og at man heller ikke kjente til bestemmelsene i bustadoppføringslova.
- (53) Ziem er en betydelig aktør innenfor sitt fagfelt i Bergensområdet, med en årlig omsetning på vel 30 millioner kroner. Jeg kan da vanskelig se at Birkelands advokat skulle ha noen foranledning til å opplyse om bustadoppføringslovas minimumsregler, eller at forholdet for øvrig mellom partene i dette tilfelle skulle gi grunnlag for å fravike lovens strenge utgangspunkt for bruk av lempingsadgangen.
- (54) Heller ikke andre momenter ved selve avtaleinngåelsen kan etter min mening få særlig betydning i rimelighetsvurderingen. Det er opplyst at punktet om dagmulkt ble presentert av Birkelands advokat dagen før avtaleinngåelsen etter at forhandlingene om de øvrige punkter i avtalen hadde pågått over lengre tid. Jeg mener Ziem har hatt tilstrekkelig tid til å områ seg, og under enhver omstendighet var det opp til selskapet å vurdere i hvilken grad det var ønskelig med ytterligere tid. Noe press fra Birkelands side er ikke dokumentert.

Dagsatsen på 1 000 kroner kan synes høy. Den ankende part har anført at det ved vurderingen av dagsatsens rimelighet må ses hen til den standardnorm som følger av § 18. Denne ville i dette tilfelle tilsvare en dagsats som ikke ga høyere samlet dagmulkt enn halvparten av folketrygdens grunnbeløp på oppfyllelestiden. Dette utgjør 28 430 kroner.

- (55) Slik forholdene lå an ved avtaleinngåelsen, kan jeg ikke se at dette momentet kan tillegges nevneverdig vekt. Mens hensynene bak lovens dagmulkt er sammensatt, der utgangspunkt er at den skal fungere som en normalerstatning, hadde dagmulkten i dette tilfelle i all hovedsak funksjon som et oppfyllellespress overfor Ziem. Jeg kan på dette punkt slutte meg til lagmannsretten som beskriver situasjonen på følgende måte:

”Partene hadde på avtaletidspunktet bak seg en historikk med mislighold, krav om utbedring, krav om betaling, forsinkelser, purringer og brutte løfter. . . . På bakgrunn av Birkelands forklaring for lagmannsretten som støttes av den øvrige bevisførsel, herunder forklaringen fra Søren Skogen hos Ziem, finner lagmannsretten at Birkeland hadde et klart og begrunnet behov for å få avtalefestet en detaljert beskrivelse av hva Ziem skulle utbedre, hvordan og til hvilken tid. Ziems etterfølgende holdning understreker Birkelands behov for et ekstra oppfyllellespress.”

- (56) Av betydning i denne sammenheng er at det er satt svært korte frister for ferdigstilling. Jeg slutter av dette at begge parter har sett for seg at arbeidet ville kunne bli utført på meget kort tid. Skulle da dagmulkten få noen virkning som oppfyllellespress, måtte den

nødvendigvis settes så høyt at hver dag som gikk ut over avtalt ferdigstillelsesdato, i alle fall fikk en viss økonomisk betydning for Ziem.

- (57) Dagmulktens størrelse framkom for øvrig som en kompromissløsning, da Birkeland under forhandlingene hadde krevd 1 400 kroner, mens tilbudet fra Ziem var på 700 kroner.
- (58) Jeg ser så på forsinkelsen som gjelder manglene ved stuepeisen.
- (59) Det er på det rene at Ziem ikke gjorde noe arbeid hos Birkeland innenfor den avtalte frist, som var uke 2 i 2004. Arbeidet ble først startet opp 15. mars 2004 etter flere purringer fra Birkeland, men ble i denne omgang avsluttet etter fire dager. Til tross for avtalens bestemmelse om at marmorplaten skulle skiftes og ny peisomramming monteres, hadde Ziem ønsket å utbedre disse. Da arbeidet i mars viste at dette ikke var mulig, måtte nye produkter bestilles fra leverandøren. På grunn av forhold på leverandørsiden lot det seg ikke gjøre å få levering før etter ca. tre måneder. Da produktene ankom Ziem i uke 28, hadde både Birkeland og den muremester som skulle utføre arbeidet, ferie. Produktene ble så levert hos Birkeland torsdag 12. august. Mandag 16. august startet mureren arbeidet, som sto ferdig utført 19. august.
- (60) Etter min mening må Ziem alene bære ansvaret for forsinkelsen. At Ziem ikke foretok seg noe før 15. mars, er uforståelig sett på bakgrunn av de knappe frister og den betydelige dagmulktsats som var avtalt. At det tok tid å få levert peisomrammingen og marmorplaten, kan ikke bebreides Ziem. Siden avtalen forutsatte nye produkter, burde imidlertid dette ha vært avklart om ikke før så i alle fall umiddelbart etter underskriving av avtalen. Dette ville ha gitt mulighet for ferdigstilling på et langt tidligere tidspunkt. Jeg kan derfor heller ikke se at dette forhold kan gi grunnlag for lemping i dagmulkten. Det samme gjelder det forhold at arbeidet på grunn av ferie ikke kunne starte opp umiddelbart etter at Ziem mottok produktene.
- (61) Jeg ser så på forsinkelsen som gjelder utbedringen av parkettgulvet.
- (62) Heller ikke for parkettgulvet ble det fra Ziems side foretatt noe hjemme hos Birkeland innen ferdigstillelsesfristen, som var utgangen av uke 3 i 2004. Ifølge avtalen punkt 3 skulle Ziem besørge nytt parkettgulv i stuen dersom han ikke kunne gi garanti for at en utbedring ville gi mangelfritt gulv. Allerede før avtalen ble inngått, var det opplyst at parketten ikke lenger var i produksjon. For å utbedre mangelen var med andre ord Ziem avhengig av å finne en leverandør som fortsatt hadde den aktuelle parkett på sitt lager. Den 26. mars 2003 er det konstatert at dette ikke lot seg gjøre. Likevel ble ikke forholdet som gjaldt parketten avsluttet før ved overføringen av erstatningsbeløpet den 29. november 2004.
- (63) Det kan synes som om Ziem før selskapet ville foreta seg noe med hensyn til legging av ny parkett, ønsket å få bekreftet fra forsikringsselskapet til Bergen Mur og Varme AS at dette ville dekke omkostningen. Den tid dette har tatt, må imidlertid Ziem selv bære ansvaret for. Slik bekreftelse forelå for øvrig allerede 21. juni 2004.
- (64) Som begrunnelse for at arbeidet med ny parkett likevel ikke ble iverksatt, viser Ziem til at kommunikasjonen mellom partene var uklar, blant annet ved at Birkeland ikke ga klar beskjed om hva han ønsket. Jeg er ikke enig i dette. I brev 26. juni 2004 fra Birkelands advokat vises til kontrakten som pålegger Ziem om nødvendig å skifte gulvet dersom

mangelfri utbedring ikke lar seg gjøre. Samtidig opplyses det at Birkeland også vil akseptere en økonomisk kompensasjon dersom Ziem skulle ønske dette. Det gjøres klart at Ziem har valget.

- (65) Først i begynnelsen av oktober 2004 er det avklart at Ziem ønsker å løse saken ved å utbetale en erstatning. Erstatningsbeløpet ble så fastsatt ved takst 20. oktober 2004, en takst forsikringselskapet aksepterte 27. oktober 2004. Overføringen av beløpet skjedde likevel ikke før vel en måned etterpå.
- (66) Jeg kan ikke se at det på noe punkt kan rettes bebreidelse mot Birkeland som kan forklare forsinkelsen med å oppfylle den del av forliksavtalen som gjelder parketten.
- (67) For hele perioden forsinkelsen varte fram til murerarbeidet var avsluttet den 19. august 2004, hadde dagmulkt sin berettigelse. For utbedringen av parkettskadene gjelder det samme fram til begynnelsen av oktober. På dette tidspunkt ble partene enige om at forholdet skulle gjøres opp ved at Ziem dekket kostnadene ved skifte av parkett. Fra da av kunne Birkeland selv ha iverksatt arbeidet uten nevneverdig risiko for ikke å få dekket kostnadene da det også forelå forsikringsdekning. I en slik situasjon finner jeg fortsatt dagmulkt fram til overføringen skjedde 29. november mindre berettiget.
- (68) I den helhetsvurdering som skal gjøres, må det legges betydelig vekt på at Ziem alene har hatt det hele og fulle ansvaret for at oppfyllelsen av de forpliktelser som forliksavtalen la på han, ble så forsinket som tilfellet er her – det gjelder både med hensyn til utbedring av peisen og utbedringen av parketten. Det dreier seg om relativt kurante utbedringsarbeider som ville ha vært ordnet på et langt tidligere tidspunkt dersom Ziem allerede fra avtaleinngåelsen av hadde tatt sine plikter på alvor. Jeg legger i denne forbindelse også vekt på at Birkeland allerede i mai måned forespurte Ziem om han ville heve avtalen og dermed fri seg fra ytterligere dagmulkt, og slik at Birkeland isteden kunne få andre til å utføre arbeidet på Ziems regning. Ziem fant på det tidspunktet ikke grunn til å velge et slikt alternativ.
- (69) På den annen side er den samlede dagmulkten kommet opp i en størrelse som i seg selv representerer et klart misforhold både sett i forhold til den opprinnelige kontrakt og i særdeleshet når dette ses i forhold til det relativt beskjedne utbedringsarbeidet dagmulkten er knyttet til. Jeg har tidligere konkludert med at dagsatsen på 1 000 kroner i seg selv ikke var urimelig sett ut fra forholdene på avtaletidspunktet, siden mulkten var ment å gi et oppfyllellespress for et arbeid som begge parter forutså kunne starte opp relativt umiddelbart og med kort varighet. Når oppfyllelsen drøyde ut, som i dette tilfelle, får imidlertid totalbeløpet en størrelse som det ikke kan ses bort fra i en rimelighetsvurdering.
- (70) I denne forbindelse er det grunn til å trekke inn i vurderingen hovedregelen i § 18 annet ledd fjerde punktum, som begrenser løpetiden for dagmulkt til 100 dager. Bestemmelsen gir et generelt uttrykk for at lovgiver har funnet grunn til å sette en grense for hvor stor en dagmulkt bør bli. Som nevnt tidligere, får den ikke direkte anvendelse i vår sak, siden § 18 er begrenset til å gjelde forsinket overtaking av kontraktsgjenstanden. Det vil likevel være av interesse å sammenligne vår sak med det som – etter lovens utgangspunkt – ville ha blitt resultatet dersom tilsvarende forsinkelse hadde oppstått i forbindelse med en slik overtaking. Det bør således tillegges atskillig vekt at bestemmelsen i et slikt tilfelle ville ha begrenset den samlede dagmulkt til 100 000 kroner.

- (71) Endelig må det tas hensyn til tapet Birkeland har lidt ved forsinkelsen. Dette er hovedsakelig av ikke-økonomisk art ved at han ikke har kunnet benytte peisen i stuen, som dessuten nok har hatt et skjemmende utseende siden peisomrammingen og marmorplaten var skadet. I tillegg kommer all irritasjon og heft som er forbundet med venting på at noe skulle skje, stadige purringer og lignende. Det er grunn til å tro at skadene på parketten i mindre grad har plaget Birkeland, siden den, etter det som er opplyst, ennå ikke er blitt skiftet. Alt i alt må skadens omfang sies å være relativt beskjedent sett i forhold til det betydelige beløp dagmulkten utgjør.
- (72) For så vidt gjelder de manglende askebøtter i peisene i kjøkkenet og i kjellerstuen, er dette forholdet oppgjort i samsvar med punkt 6 i forliksavtalen ved at Birkeland er innvilget et prisavslag på 25 000 kroner inklusiv merverdiavgift. Med tanke på at to nye peisinnsetser med askebøtte samlet hadde en oppgitt innkjøpspris på i underkant av 10 000 kroner, må dette anses som en god kompensasjon for den manglende oppfyllelsen.
- (73) Det klare misforhold mellom den samlede dagmulkten, arbeidets omfang og Birkelands tap taler etter min mening for at det må gjøres vesentlig reduksjon i dagmulktbeløpet. Den manglende oppfølging av oppdraget fra Ziem og berettigelsen av et oppfyllellespress for det meste av perioden taler på den annen side i motsatt retning. Jeg er kommet til at en rimelig balanse mellom disse hensyn tilsier en halvering av dagmulktbeløpet. Dette settes derfor til 165 000 kroner. I lagmannsrettens domsslutning punkt 1, som stadfestet tingrettens domsslutning punkt 1, og som er rettskraftig, inngår 13 000 kroner av summen. Det må derfor gis dom på differansen, 152 000 kroner.
- (74) Saken er dels vunnet og dels tapt for begge parter. Jeg mener derfor saksomkostninger ikke bør tilkjennes for noen instans.
- (75) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Sigurd Ziem AS betaler til Ove N. Birkeland 152 000 – etthundreogfemtittusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllellesfristen til betaling skjer.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.
- (76) Dommer **Stabel**: Jeg slutter meg til førstvoterendes syn på det rettslige utgangspunktet for vurderingen, og til hans gjennomgang av de hensynene det er relevant å ta i betraktning. Min konklusjon på avveiningen blir likevel at det ikke er grunnlag for lemping av noen del av den påløpte dagmulkten.
- (77) Som førstvoterende har vært inne på, er det eneste momentet som kan tilsi lemping i denne saken at totalbeløpet har fått en størrelse som overstiger det partene tenkte seg ved kontraktsinngåelsen. Slik jeg ser det, har dette plass i en rimelighetsvurdering først og fremst når forsinkelsen, og dermed beløpet, skyldes uforutsette omstendigheter, eller omstendigheter som den av partene som bestemmelsen går ut over, ikke kunne avverget. I vår sak skyldes forsinkelsen utelukkende forhold som Ziem selv i betydelig grad kunne

forutsatt og påvirket. En rimelighetsrevisjon av avtalen i Birkelands disfavør er det da etter mitt syn ikke grunnlag for.

- (78) Jeg viser her til at formålet med avtalen var å legge et oppfyllellespress på Ziem, ikke å gi Birkeland kompensasjon for økonomisk tap. Dette var begge parter innforstått med. Det lå da i sakens natur at det totale beløpet kunne blir stort dersom Ziem ikke tok skritt for oppfyllelse. Jeg kan dermed ikke se at beløpets størrelse bør tilsi lemping, selv om det står i misforhold både til den opprinnelige kontraktssum og til verdien av det arbeidet som skulle utbedres.
- (79) Jeg tilføyer at 100-dagersregelen i bustadoppføringslova § 18 annet ledd fjerde punktum ikke kan gi særlig veiledning i denne saken. Som førstvoterende legger jeg til grunn at bestemmelsen kan fravikes ved avtale. Vi er dessuten, som han har pekt på, på et område der lovens § 18 ikke gjelder direkte. Når det er inngått en avtale for et lengre tidsrom, og hensynene avtalen bygger på er så velbegrunnede som i vår sak, er det etter mitt syn ikke naturlig å bruke lovens tidsbegrensning som norm.
- (80) Det følger av mitt syn at det heller ikke bør foretas lemping av dagmulkten knyttet til noen del av den forsinkelsen som gjelder utbedring av parkettgulvet. Riktignok ble partene i begynnelsen av oktober 2004 enige om at Ziem skulle dekke kostnadene ved skifte av parkett. Hensett til forhistorien, der Ziem gjentatte ganger hadde unnlatt å oppfylle klare avtaleforpliktelser, og purringer stadig var nødvendig, er jeg ikke enig i at dagmulkten med dette hadde mistet noe av sin berettigelse.
- (81) Jeg stemmer dermed for at lagmannsrettens dom stadfestes.
- (82) Dommer **Coward**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Stabel.
- (83) Dommer **Indreberg**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Tønder.
- (84) Dommer **Tjomsland**: Jeg er i det vesentlige enig i de synspunkter som er gjort gjeldende i førstvoterendes – dommer Tønders – votum, men jeg mener at dagmulkten bør lempes mer enn det han er kommet til. Etter en samlet vurdering av de forhold som førstvoterende har omtalt, finner jeg at dagmulkten bør lempes til 100 000 kroner, hvilket innebærer at Ziem må betale 87 000 kroner til Birkeland. Etter mitt syn er – hensett til ”omfanget av arbeidet, storleiken av tapet og tilhøva elles” – også en dagmulkt på 100 000 kroner i dette tilfellet en svært tyngende sanksjon for Ziem.

(85) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Sigurd Ziem AS betaler til Ove N. Birkeland 152 000 – etthundreogfemtittusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: