



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 26. juni 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Erik Møse
dommer Ragnhild Noer
dommer Arne Ringnes
dommer Erik Thyness

HR-2019-1225-A, (sak nr. 18-175510SIV-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 29. juni 2018

I.

Oppland fylkeskommune

(advokat Arve Martin Bjørnvik)
(Rettslig medhjelper:
advokat Johnny Johansen)

mot

Hab Construction AS

(advokat Nils-Henrik Pettersson)

II.

Hab Construction AS

(advokat Nils-Henrik Pettersson)

mot

Oppland fylkeskommune

(advokat Arve Martin Bjørnvik)
(Rettslig medhjelper:
advokat Johnny Johansen)

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

- (1) Dommer **Ringnes**: Saken gjelder tvist om sluttoppgjør i et entrepriseforhold og reiser spørsmål om tilleggsvederlag for nedsatt produktivitet – plunder og heft – og forsering.
- (2) Etter offentlig anbudskonkurranse inngikk Statens vegvesen Region øst og Hab Construction AS 7. juli 2011 avtale om utbedring og nybygging av veiparsellen Grime–Vesleelva på fylkesvei 34 i Søndre Land kommune. Lengden av parsellen er i overkant av ti kilometer. Arbeidet var i hovedsak veibygging.
- (3) Veianlegget eies av Oppland fylkeskommune. Statens vegvesen var utøvende byggherre på vegne av fylkeskommunen. Arbeidet skulle gjennomføres ved utførelsesentreprise basert på enhetspriskontrakt, og NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider ble gitt anvendelse. Kontraktssummen var avtalt til cirka 142,5 millioner kroner eksklusive merverdiavgift.
- (4) Arbeidene begynte høsten 2011, og veien var ferdig og ble overlevert 1. juli 2013, som var avtalt ferdigstillelsesdato.
- (5) Hab Construction sendte sluttavregning for arbeidene 9. september 2013 og krevde betaling for en rekke poster som ikke tidligere var avregnet.
- (6) Denne saken dreier seg om poster i krav om endringsordre nummer 12 – EOF 12. Kravene gjelder tilleggsvederlag for plunder og heft og forsering.
- (7) Kort tid etter oppstart – i november 2011 – varslet Hab Construction om forhold på byggherrens hånd som forstyrret gjennomføringen av arbeidene. Blant annet var hugst langs traseen, fjerning av eksisterende linjer og nødvendig grunnnerverv ikke gjennomført. Det ble i varselet opplyst at Hab Construction ikke kunne begynne arbeidene i nordenden av parsellen slik det var planlagt, at man ikke fikk sysselsatt ressurser som var tilført anlegget, og at driften ikke kunne opprettholdes på rasjonell måte.
- (8) I varselet gjorde entreprenøren gjeldende at alle arbeider frem til endelig avklaring ville bli avregnet som regningsarbeid. Statens vegvesen avviste kravene.
- (9) Et revidert varsel med anførsel om nye byggherreforhold ble fremsatt i desember 2011. Også dette ble avvist av Statens vegvesen.
- (10) I et ytterligere varsel i desember 2012 opplyste Hab Construction at merkostnader frem til 15. januar 2012 – basert på regningsarbeider – utgjorde i overkant av 9 millioner kroner. Videre ble det krevd dekning av 60 dagers forsinkelse med fremdriftskonsekvens. Statens vegvesen avviste kravene og uttalte at kontrakten skulle følges, og at det ikke var gitt dokumentasjon med en spesifikk begrunnelse.

- (11) Som nevnt sendte Hab Construction sluttavregningen i september 2013. Kravet for produktivitetstap og forsering utgjorde 36,5 millioner kroner. I begrunnelsen for kravet het det:

«Det er mange og sammensatte forhold som er årsak til dette kravet, både store og små. Dette har medført at det ikke er bare virkningene av hvert enkelt forhold som har ført til forstyrrelser og merarbeid ved dette prosjektet, men også i stor grad den totale situasjonen som helt klart har ført til akkumulerte konsekvenser som har forsterket totalvirkningen langt utover summen av enkeltforholdene.»

- (12) Det var presisert at selve arbeidet knyttet til de enkelte forholdene i hovedsak var gjort opp:

«I dette kravet er det kun tidskonsekvensene og kostnadene som er oppstått på grunn av påvirkning (plunder og heft) av annet arbeid og prosjektet som helhet det kreves betalt for.»

- (13) Hab Construction viste til en rekke forhold som skulle ha medført ekstrakostnader. Konsekvensene var blant annet relatert til økt tidsforbruk og funksjonærbistand, stort effektivitetstap for maskiner og mannskap og økte rigg- og driftskostnader. Om årsakssammenhengen mellom byggherreforholdene og konsekvensene for entreprenøren ut over det som allerede var gjort opp, ble det uttalt:

«Årsaksforholdene og konsekvensene er så mange og oppdelte at det er nær sagt umulig å skille dem fra hverandre og i tillegg kommer kumulative effekter. Kravet må dermed beregnes under ett ut fra den totale situasjonen.»

- (14) *Forseringskravet* tok utgangspunkt i krav om tidsforlengelse på 23 uker. Det var angitt to alternative beregningsmåter; enten tapt produktivitet eller erstatning for tapt premie for ferdigstilling før avtalt sluttfrist etter kontraktens spesielle bestemmelser. Kravet på premie var angitt til 6,9 millioner kroner.

- (15) *Plunder og heft-kravet* – merkostnader på grunn av redusert produktivitet – var basert på følgende kalkyle:

**«Utført del av kontraktsum inkl. R&D [rigg og drift] 137 MNOK.
Opprinnelig rigg og drift NOK 18,5 mill.
Netto utført del av kontraktssum NOK 118,5 MNOK
Timerelatert andel (maskiner og mannskap) 75 %
Vurdert gjennomsnittlig effektivitetstap 30 %
Entreprenørens andel for egne feil, 15 %
Effektivitetstap som er byggherrens ansvar: $85 \% \times 30 \% = 25,5 \%$
Dette er en forsiktig vurdering av tapet sammenlignet med kjente tidligere rettsavgjørelser og forhandlinger.**

Beregning av effektivitetstap: $118,5 \text{ MNOK} \times 75 \% \times 25,5 \% = 22,7 \text{ MNOK.}$ »

- (16) Hab Construction mente altså at det effektivitetstap som er byggherrens ansvar, var 25,5 prosent.

- (17) Med tillegg for merkostnader til ekstra funksjonærer, ekstra rigg og drift, prisstigning og finansieringskostnader, ble samlet sum for plunder og heft 29,6 millioner kroner.

- (18) Statens vegvesen bestred kravet. I etterkant ble partene enige om flere poster under sluttoppgjøret, men da de ikke kom til enighet om alle poster, tok Hab Construction 4. september 2014 ut stevning.
- (19) Ved Gjøvik tingretts dom 18. april 2017 ble Oppland fylkeskommune dømt til å betale 9 757 163 kroner med tillegg av merverdiavgift til Hab Construction. Sakskostnader ble ikke tilkjent.
- (20) Av dette beløpet utgjorde kompensasjon for plunder og heft, og forsering, et samlet beløp på fem millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Tingretten utmålte beløpet etter skjønn og viste i begrunnelsen til «sitt syn på årsaksforholdene og erfaring med hvilke utgifter og kostnader disse kan føre til».
- (21) Hab Construction anket til lagmannsretten. Anken gjaldt tvistepunktet EOF 12 og andre krav, som var knyttet til avregning av kontraktens prosesser.
- (22) Eidsivating lagmannsrett avsa 29. juni 2018 dom med slik domsslutning:
- «1. **Oppland fylkeskommune betaler til HAB Construction AS 15 886 178 – femtenmillioneråttehundreogåttisekstusenett hundreogsyttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen. Beløpet tillegges lovens forsinkelsesrenter fra 19. november 2013 og til betaling skjer.**
 2. **Partene bærer sine egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.**
 3. **Partene dekker i fellesskap kostnadene til fagkyndige meddommere som tidligere fastsatt av tingretten og for lagmannsretten etter særskilt fastsettelse.»**
- (23) Beløpet i slutningens punkt 1 omfattet vederlag blant annet for *forsering* på 2,5 millioner kroner og vederlag for *plunder og heft* på 5 millioner kroner. Lagmannsretten utmålte begge beløpene etter skjønn.
- (24) Under bevisførselen anførte Hab Construction 15 samlekategorier av byggherreforhold som årsak til de anførte produktivitetsforstyrrelsene. Dette omfattet blant annet manglende tilkomst fordi grunnerverv ikke var gjennomført, manglende tilkomst på grunn av sen kabelomlegging, feilprosjektering av stikkrenner og endret prosjektering i tilknytning til trafiksikkerhet. Lagmannsretten konkluderte med at ti av byggherreforholdene «vil kunne gi grunnlag for kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap».
- (25) Tingretten og lagmannsretten var satt med fagkyndige meddommere.
- (26) Både Hab Construction og Oppland fylkeskommune har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Hab Constructions selvstendige anke gjaldt lagmannsrettens avgjørelse av tvistepunkter knyttet til avregning av kontraktens prosesser, herunder del av tvistepunktet EOF 12 – ansvaret for prøvetaking av løsmasser. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 17. desember 2018 ble denne anken ikke tillatt fremmet.
- (27) Oppland fylkeskommune har anket lagmannsrettens avgjørelse av tvistepunktet EOF 12, forsering og plunder og heft. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse og saksbehandling – mangelfulle domsgrunner. Hab Construction har inngitt avledet anke til fylkeskommunens anke. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse ved plunder og heft-kravet.

- (28) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 17. desember 2018 å fremme Oppland fylkeskommunes selvstendige anke og Hab Constructions avledete anke til behandling i Høyesterett.
- (29) I det saksforberedende møtet ble det avklart at eventuell ny utmåling ikke skal foretas av Høyesterett, og at dersom slik utmåling skulle bli aktuelt, vil resultatet bli opphevelse av lagmannsrettens dom.
- (30) Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (31) Ankende part – *Oppland fylkeskommune* – har i korthet gjort gjeldende:
- (32) Lagmannsretten har ved behandlingen av *plunder og heft-kravet* i hovedsak lagt til grunn et riktig rettslig utgangspunkt når det gjelder kontraktens krav til årsakssammenheng og de beviskrav som må stilles for å underbygge et slik krav.
- (33) Lagmannsretten anvender imidlertid ikke disse kravene ved den konkrete utmålingen. I stedet er kompensasjonen fastsatt ved et samlet skjønn. Det konkretiseres ikke hvilket arbeid som ble påvirket, i hvilken grad andre arbeider var påvirket, i hvilket omfang og i hvilke tidsperioder påvirkningen har skjedd, om noen av arbeidene har blitt påvirket samtidig og hvilke kostnader dette har ledet til. Dette er feil rettsanvendelse.
- (34) Det hefter også rettsanvendelsesfeil ved lagmannsrettens vurdering av kravet på kompensasjon for *forsering*.
- (35) Lagmannsretten har ikke drøftet om kontraktens vilkår for å kreve merutgifter for forsering er oppfylt. Videre har lagmannsretten unnlatt å ta stilling til hvor mange dagers forsinkelse byggherren skal svare for. Retten har heller ikke vurdert det enkelte byggherreforholdets konkrete innvirkning på kritisk linje. Det er også en feil at det ikke var noen vurdering av hvilken ressursinnsats som ville påløpt uten byggherreforholdene.
- (36) Subsidiært må lagmannsrettens avgjørelse oppheves som følge av mangelfull begrunnelse, jf. tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav c, eller etter denne bestemmelsens første ledd.
- (37) Lagmannsretten har ikke begrunnet sin avgjørelse i henhold til tvisteloven § 19-6. Det er ikke mulig ut fra lagmannsrettens domsgrunner å prøve om lagmannsretten har anvendt kravene til årsakssammenheng korrekt, og hva som er det konkrete grunnlaget for beregningen av kravet.
- (38) Oppland fylkeskommune har nedlagt slik påstand:
- «1. Eidsivating lagmannsretts dom av 29. juni 2018 i sak 17-133058ASD-ELAG oppheves så langt den er påanket.
2. HAB Construction AS dømmes til å erstatte Oppland fylkeskommunes sakskostnader for Høyesterett.»
- (39) Ankemotparten og ankende part i den avledete anken – *Hab Construction AS* – har i korthet gjort gjeldende:

- (40) Det var ikke feil av lagmannsretten å foreta en skjønnsmessig utmåling av vederlaget for *plunder og heft*. Adgangen til skjønnsmessig fastsettelse var tidligere uttrykt i tvistemålsloven § 192. Dette prinsippet gjelder fortsatt.
- (41) Det er derimot en rettsanvendelsesfeil når lagmannsretten krevde at det må dokumenteres en sammenheng mellom de enkelte byggherreforholdene og konsekvensene dette har hatt for entreprenørens produktivitet og merkostnader.
- (42) Det karakteristiske for plunder og heft er at mange forskjellige forhold har medvirket, og at de samlede konsekvensene er større enn summen av konsekvensene av enkeltforhold. Det er derfor hverken praktisk eller teoretisk mulig å tilbakeføre konsekvensene til enkeltforhold. Dette underbygges av forskning og er kommet til uttrykk i norsk og internasjonal juridisk litteratur.
- (43) Årsaken til at det er mange plunder og heft-krav for domstolene, er dårlig forarbeid ved byggherrenes prosjektering. Beviskravene kan ikke settes slik at byggherrene tjener på dårlig prosjektering. Dersom man legger lagmannsrettens rettsoppfatning til grunn, vil plunder og heft-krav i stor grad bli avskåret i praksis.
- (44) Det er videre en rettsanvendelsesfeil når lagmannsretten kategorisk avviser totalkostnadsmetoden og bruk av standardiserte beregninger som relevante bevis. Dette strider mot tvistelovens prinsipper om fri bevisbedømmelse og fri bevisføring.
- (45) Den reelle problemsstillingen ved vurderingen av anken knyttet til *forseringskravet* er om det var en rettsanvendelses- eller saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke tok stilling til antall dager Hab Construction ville blitt forsinket.
- (46) Selv om dette hadde vært ønskelig, var det ikke en feil. Det er kostnaden med å ta igjen en forsinkelse som skal kompenseres, og den er ikke nødvendigvis en funksjon av et bestemt antall dager.
- (47) Anken over saksbehandlingen kan ikke føre frem. Tvisteloven § 19-6 stiller ikke krav om at konkret skjønn skal begrunnes.
- (48) Hab Construction AS har nedlagt slik påstand:

«Prinsipalt (hvis motanken fører frem):

1. **Lagmannsrettens dom oppheves for tvistepunktet plunder og heft-delen under EOF 012.**
2. **HAB Construction AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.**

Subsidiært (hvis motanken ikke fører frem):

1. **Oppland fylkeskommunes anke forkastes.**
2. **HAB Construction AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»**

- (49) *Mitt syn på saken*
- (50) Under gjennomføringen av entrepriseoppdrag kan det inntre forhold som forstyrrer entreprenørens utførelse av oppdraget. Entreprenøren må for eksempel tilføre ekstra ressurser for å hente inn forsinkelser, det kan bli nødvendig å utføre arbeid i en annen rekkefølge enn planlagt, og mannskap og utstyr blir ikke utnyttet effektivt. Når årsaken til

forstyrrelsene ligger hos byggherren, kan det utløse krav på tilleggsvederlag både for forsering og for plunder og heft.

- (51) Problemstillingen i saken er hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens meromkostninger.
- (52) Selv om det er en faktisk og rettslig sammenheng mellom krav basert på plunder og heft og forsering, reiser hver av dem særlige rettslige spørsmål. Jeg velger derfor å behandle kravene separat, og ser først på kravet til årsakssammenheng for plunder og heft.
- (53) *Plunder og heft*
- (54) Betegnelsen plunder og heft er et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på *annet arbeid* hos entreprenøren.
- (55) Det er altså tale om *avledete konsekvenser* av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt. I praksis vil plunder og heft ofte skyldes samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren. Entreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene.
- (56) Krav om kompensasjon for endringer og andre forhold som byggherren svarer for, skal fremsettes løpende i samsvar med kontraktens bestemmelser for slike forhold. Etterfølgende krav om tilleggsvederlag for plunder og heft aktualiseres når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes, og som det ikke allerede er kompensert for.
- (57) Det kontraktsrettslige grunnlaget for Hab Constructions krav er NS 3430 punkt 21.1 første ledd, som lyder:

«Blir entreprenøren påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.»
- (58) I andre ledd er det bestemt at entreprenøren bare har krav på kompensasjon «i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler».
- (59) NS 3430 har et tosporet system for tilleggsvederlag. I punkt 28 er det gitt regler om entreprenørens vederlag når byggherren pålegger entreprenøren endringer i utførelsen. Punkt 21 regulerer entreprenørens krav på dekning av merutgifter for øvrige forhold som er byggherrens risiko.
- (60) Det følger av ordlyden i punkt 21.1 at det kreves *årsakssammenheng* mellom entreprenørens meromkostninger og byggherrens forhold. Jeg viser til ordene «som må henføres til byggherrens forhold». Det må altså avgrenses mot omkostninger som skyldes *andre forhold*. For eksempel er utgifter som skyldes entreprenørens egen ineffektivitet hans risiko og gir ikke krav på tilleggsvederlag.

- (61) Utover dette gir ordlyden i punkt 21.1 liten veiledning om innholdet i kravet til årsakssammenheng.
- (62) NS 3430 ble avløst av NS 8405, 1. utgave 2004. I punkt 24 er det bestemmelser om vederlagsjustering. Punkt 24.1 og 24.2 regulerer – slik jeg forstår det – rett til vederlagsjustering for de mer direkte virkninger som endringer og andre byggherreforhold har hatt for entreprenøren. Punkt 24.3 regulerer entreprenørens krav på vederlagsjustering og utgiftsdekning ved forstyrrelser på *annet arbeid*, altså for plunder og heft.
- (63) Jeg legger til grunn at punkt 24.3 må anses som en presisering og kodifisering av det som gjaldt etter NS 3430, jf. Kolrud med flere, NS 8405 med kommentarer, 2004, side 284:

«Bestemmelsen omhandler den type konsekvenser som gjerne omtales som ‘plunder og heft’. Som pkt. 24.2 er også pkt. 24.3 ny i forhold til NS 3430. På samme måte som pkt. 24.2 representerer pkt. 24.3 en presisering av reglene for vederlagsjustering. Entreprenøren har uansett krav på vederlag for slike innvirkninger forårsaket av endringer og andre forhold som byggherren har risikoen for. Hensikten med å slå det ettertrykkelig fast, er derfor mer av pedagogisk art, samtidig som mulig uklarhet om fremgangsmåten avklares.»

- (64) Punkt 24.3 har denne ordlyden:

«24.3 Krav på vederlagsjustering og utgiftsdekning ved forstyrrelser for øvrig som påfører entreprenøren økte kostnader

Hvis endringer, herunder forsering eller forsinkelse eller mangler ved byggherrens leveranser og annen medvirkning, medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid, har entreprenøren krav på dekning av de utgifter og kostnader som derved forårsakes. Det samme gjelder hvis dette forårsakes av andre forhold som byggherren bærer risikoen for. Det gjelder bare i den utstrekning utgiftene eller kostnadene ikke kan avhjelpes ved andre tiltak. Bestemmelsene i 24.5, 24.6 og 31.4 får anvendelse så langt de passer.

Entreprenøren skal holde byggherren løpende underrettet om utviklingen av grunnlaget for kravet.»

- (65) Jeg nevner at bestemmelsen er endret i andreutgaven av NS 8405, som kom i 2008. For vår sak er det imidlertid punkt 24.3 i førsteutgaven som er av interesse, fordi den må anses å gi uttrykk for de generelle kravene til årsakssammenheng for plunder og heft. På denne bakgrunn bemerker jeg:
- (66) Årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. *Først* skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det *deretter* sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.
- (67) Partene har opplyst at det er et betydelig antall tvister knyttet til plunder og heft, og at dette har sammenheng med uklarhet om hvilke krav som skal eller bør stilles til bevisene for årsakssammenheng. Praksis fra lagmannsrettene er også noe sprikende. Blant de avgjørelser som belyser dette, er Borgarting lagmannsretts dommer i

LB-2011-95644 *Lysaker stasjon* og LB-2011-135964 *Nøstvedttunnelen*, og Agder lagmannsretts dom i sak LA-2013-175355 *Teigar ungdomsskole*.

- (68) Prosedyren for Høyesterett har derfor i stor grad vært knyttet til krav og retningslinjer for bevisførsel og bevisvurdering i tilknytning til årsakssammenheng.
- (69) Uenigheten mellom partene gjelder særlig det andre trinnet i årsakssammenhengen; bevis for den konkrete *utmålingen av vederlaget*.
- (70) Oppland fylkeskommune gjør gjeldende at det normalt må bevises hvilke merutgifter *det enkelte* byggherreforhold har ledet til. Til støtte for sitt syn har fylkeskommunen blant annet vist til at entreprenøren er nærmest til å sikre bevis for sine kostnader, og at kontradiksjonshensynet tilsier at entreprenøren må konkretisere grunnlaget for tilleggsvederlagets størrelse så langt det er mulig.
- (71) Hab Construction anfører at det ikke er mulig å føre bevis for en slik konkret årsakssammenheng. Årsaksbildet er sammensatt og komplekst, og det er ikke noe én-til-én-forhold mellom merkostnadene og enkeltårsaker. Den primære grunnen til at det oppstår plunder og heft, er dårlig planlegging av byggherren. Ved å stille urealistiske krav til bevis for årsakssammenheng veltes risikoen for dette over på entreprenøren.
- (72) Min vurdering tar utgangspunkt i de generelle prinsippene for bevis. Jeg viser til prinsippet om fri bevisbedømmelse i tvisteloven § 21-2 første ledd og prinsippet om fri bevisføring i § 21-3 første ledd. Innenfor de rammer som følger av §§ 21-7 og 21-8, står altså entreprenøren fritt til å føre de bevis han mener underbygger kravet.
- (73) Ved bevisbedømmelsen gjelder overvektprinsippet, jf. Rt-2015-1246 avsnitt 35. Siktemålet med bevisførselen er å komme frem til det beløp som – basert på kontraktens utmålingsregler – er korrekt, på grunnlag av det som fremstår som det mest sannsynlige faktum etter avsluttet bevisføring.
- (74) Det er entreprenøren som må sannsynliggjøre at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. Men dersom entreprenøren har lagt frem viktige bevis, vil bevisføringsbyrden skifte over til byggherren, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene avhengig av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført.
- (75) Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom entreprenørens krav og byggherreforholdene, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over entreprenøren. Entreprenøren har med andre ord bevisbyrden.
- (76) Kolrud med flere, NS 8405 med kommentarer, side 285, omtaler de spesielle bevisproblemene som plunder og heft-sakene reiser:

«Særlig ‘nedsatt produktivitet’ kan ha mange årsaker, f.eks. dårlig styring og kontroll fra entreprenørens side, uavhengig av forhold som byggherren bærer risikoen for. Også ‘forstyrrelser på annet arbeid’ kan ha flere årsaker, f.eks. at andre deler av kontraktsarbeidet forstyrres av flere enn en årsak, uavhengig av de forhold som byggherren bærer risikoen for. Det kan være meget vanskelig i det konkrete tilfelle å skille mellom forskjellige mulige årsaker.»

- (77) I Rt-2005-788 *Oslofjordtunnelen* la Høyesterett til grunn at «merutgifter» i punkt 21.1 i NS 3430 skal beregnes ut fra forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene, se avsnitt 51 sammenholdt med avsnitt 43. De uttalelser jeg har gjengitt fra Kolrud med flere, viser imidlertid at det i plunder og heft-situasjoner kan være vanskelig å fastlegge hva kostnadene ville vært ved et hypotetisk handlingsforløp hvor man ser bort fra byggherreforholdene.
- (78) Det er ikke noe godt alternativ til dette å basere utmålingen på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter. Blant annet tar en slik fremgangsmåte hverken høyde for entreprenørens egne feil eller ineffektivitet, eller for mulige svakheter ved hans kalkyle.
- (79) Jeg antar videre at generelle «erfaringstall» for produktivitetstap – for eksempel slike som Hab Construction har anvendt for sin beregning – vanligvis ikke vil gi noe særlig dekkende uttrykk for entreprenørens faktiske merutgifter. Dette må i tilfelle forutsette at det kan dokumenteres at tallene er representative for karakteren og innholdet av det entrepriseoppdraget som saken gjelder.
- (80) Det kan imidlertid ikke utelukkes at bevisførsel basert på generelle erfaringstall, eller andre generelle metoder, ut fra omstendighetene kan være tjenlige som bevis, kanskje særlig som supplement til konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet.
- (81) Jeg nevner i denne sammenheng at partene har vist til et omfattende materiale fra USA og Storbritannia, hvor forskjellige metoder for vurdering av «disruption claims» er behandlet i stor detalj, blant annet de britiske retningslinjene utgitt av Society of Construction Law i den såkalte «Delay and Disruption Protocol», 2. utgave fra 2017.
- (82) På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates.
- (83) Utgangspunktet må altså være at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført.
- (84) Denne tilnærmingen underbygges etter mitt syn av kontraktens system. Etter NS 3430 punkt 17.5 skal entreprenøren gi skriftlig varsel når han vil kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter. I bestemmelsens andre ledd heter det at entreprenøren «skal innen rimelig tid nærmere spesifisere og begrunne sitt krav». En ytterligere presisering fremgår av førsteutgaven av NS 8405 punkt 24.3, hvor det er fastsatt at «[e]ntreprenøren skal holde byggherren løpende underrettet om utviklingen av grunnlaget for kravet.» Kolrud med flere, Kommentarer til NS 8405, side 287, fremhever som karakteristisk for plunder og heft-krav at de gjerne øker kraftig mot slutten. Det heter så:

«I denne situasjonen har byggherren et legitimt krav på å bli holdt best mulig underrettet om utviklingen av kravet og av grunnlaget for det. Selv om det er vanskelig å gi presise rapporter, må entreprenøren bestrebe seg på å gi så gode opplysninger som mulig.»

- (85) Entreprenørens varslings- og begrunnelsesplikt er knyttet til at han er nærmest til å sikre bevis for de konsekvenser byggherreforholdene har for ham. I denne sammenheng nevner jeg også at Høyesterett i flere avgjørelser har pekt på at begivenhetsnære bevis veier særlig tungt, se HR-2019-928-A avsnitt 53 og Schei med flere, Tvisteloven med kommentar, 2. utgave 2013, side 776.
- (86) Men etter mitt syn kan det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen.
- (87) Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenhengen som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist.
- (88) Derved ivaretas også hensynet til at motparten skal ha grunnlag for å kunne imøtegå entreprenørens krav.
- (89) Jeg går etter dette over til å se på *lagmannsrettens rettsanvendelse*.
- (90) Lagmannsrettens rettslige utgangspunkt var dette:
- «Grunnvilkåret for at det skal tilkjennes kompensasjon for effektivitetstap er at entreprenørens planlagte produksjon etter kontrakten er forstyrret som følge av forhold byggherren er ansvarlig for eller har risikoen for. Dette medfører at HAB må sannsynliggjøre at det foreligger slike forhold på byggherrens side, og at disse forholdene har ført til at produktiviteten er redusert i forhold til det som var planlagt. Videre må HAB påvise årsakssammenheng mellom byggherrens forhold, produktivitetstapet og de tap/økte kostnader dette har påført dem.»**
- (91) Etter mitt syn gir lagmannsretten her uttrykk for et riktig rettslig syn, med den modifikasjon at reduksjonen i produktivitet skal måles mot hvordan situasjonen ville vært dersom byggherreforholdene ikke hadde inntrådt, jf. Rt-2005-788 *Oslofjordtunnelen* avsnitt 51.
- (92) Ved den konkrete vurderingen formulerte lagmannsretten utgangspunktet slik:
- «Lagmannsretten legger til grunn at det i vurderingen må tas utgangspunkt i en påvisning av hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret og utsatt for effektivitetstap som følge av de forhold byggherren er ansvarlig for, og så beregne kompensasjonen knyttet til disse forstyrrelsene (nedenfra og opp).»**
- (93) Også dette gir etter mitt syn i og for seg uttrykk for riktig rettsanvendelse.
- (94) I fortsettelsen uttaler lagmannsretten at en utregning basert på standardiserte faktorer – slik Hab Construction hadde beregnet sitt krav – ikke var egnet som grunnlag for å beregne merkostnadene. Heller ikke «en etterfølgende differanseberegning av samlet tap basert på

totaltallene i kalkylen og de faktiske kostnadene (ovenfra og ned)», var etter lagmannsrettens syn en egnet metode for å beregne kostnadene.

- (95) Lagmannsrettens bemerkninger på dette punkt er noe uklare, men må forstås slik at retten ikke fant metodene egnet. Det er det i tilfelle adgang til. Dersom uttalelsene imidlertid ga uttrykk for at metodene avvises som relevante bevis på prinsipielt grunnlag, er det i tilfelle feil rettsanvendelse, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd.
- (96) Dommen inneholder uttalelser som kan forstås slik at det kreves at de økonomiske konsekvensene av hvert enkelt byggherreforhold skal dokumenteres. Som jeg har vært inne på, innebærer dette å stille for vidtgående krav til bevisførselen i et tilfelle hvor det er en lang rekke byggherreforhold som har virket sammen.
- (97) Som begrunnelse for utmålingen av kravet uttalte lagmannsretten:

«En slik skjønnsfastsetting vil nødvendigvis være beheftet med usikkerhet. Det er både risiko for at det tilkjennes kompensasjon for merkostnader som HAB ikke har hatt, eventuelt som de har fått kompensert på annen måte, men også for at de faktiske virkningene av byggherreforholdene kan ha vært større. Sistnevnte risiko er imidlertid HAB etter lagmannsrettens syn nærmest til å bære når de konkrete virkningene på effektiviteten ikke er forsøkt konkretisert.

Lagmannsretten har i den skjønsmessige vurderingen lagt vekt på at det dreier seg om mange ulike byggherreforhold, hvorav noen sannsynligvis har hatt begrenset betydning for HABs produktivitet i omfang og/eller tid, mens andre har hatt større betydning og/eller har vært gjennomgående i hele anleggstiden. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at kompensasjonen til HAB for effektivitetstap (plunder og heft), forsvarlig kan fastsettes til kr 5.000.000.»

- (98) Jeg bemerker at denne skjønsmessige fastsettelsen tilsynelatende er frikoblet fra de rettslige utgangspunktene som er formulert tidligere i dommen. Fastsettelsen av vederlagsbeløpet er uten forankring i de rettslige krav som lagmannsretten selv oppstiller for å fastslå årsakssammenheng. Etter mitt syn må konklusjonen da bli at dommen på dette punkt må oppheves på grunn av feil i rettsanvendelsen.
- (99) *Forsering*
- (100) Jeg går etter dette over til å se på *forseringskravet*.
- (101) Forsering innebærer at entreprenøren må tilføre ekstra ressurser for å hente inn en forsinkelse som byggherren har skapt.
- (102) NS 3430 punkt 17.1 gir entreprenøren rett til fristforlengelse på grunn av byggherrens forhold. Dersom byggherren avslår et berettiget krav på fristforlengelse, følger det av punkt 17.6:

«Avslår byggherren et berettiget krav på fristforlengelse i henhold til 17.1 eller 17.2, har entreprenøren rett til å forsure arbeidet for byggherrens regning med mindre forseringsutgiftene vil bli uforholdsmessig store.

Før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles skriftlig med angivelse av hva forseringen antas å koste.»

(103) Partene hadde særskilt avtalt at forseringsutgifter utover beløp tilsvarende påløpt dagmulkt over samme tidsrom som forseringen, skulle anses som uforholdsmessig store.

(104) Også for forsering kreves det årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens vederlag. Jeg viser til Marthinussen, Giverholt og Arvesen, NS 8405 med kommentarer, 4. utgave 2016 side 339–340, hvor det heter:

«Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften er blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. Det sentrale er at fremdriften påvirkes, i den forstand at det må foreligge et hinder for fremdriften. Det kan skje flere forskyvninger av operasjoner i et byggeprosjekt uten at fremdriften hindres slik at muligheten for å nå den avtalte fristen påvirkes.»

(105) Fylkeskommunen har i prosedyren for Høyesterett anført en rekke innsigelser mot lagmannsrettens rettsanvendelse, og også reist flere tolkningsspørsmål knyttet til kontraktsreguleringen av forsering.

(106) Jeg finner det ikke nødvendig å gå inn på dette. Det sentrale er lagmannsrettens vurdering av kravet til årsakssammenheng.

(107) Lagmannsrettens oppsummerende vurdering av hvilket vederlag som skulle tilkjennes var:

«Som følge av den bevismessige usikkerhet som knytter seg til hvor stort behovet for forsering faktisk var i forhold til den fremdrift HAB ellers ville ha hatt, har lagmannsretten ikke grunnlag for å fastsette HABs rett til forsinkelse til et presist antall dager. Det fremstår like fullt som sannsynliggjort at HAB har vært i en berettiget forseringssituasjon, og lagmannsretten finner at kompensasjonen da må fastsettes skjønnsmessig. Sett hen til omfanget og betydningen av de forhold SVV er ansvarlig for, samt at forholdene samlet sett har påvirket HABs fremdrift gjennom hele anleggsperioden, finner lagmannsretten at HABs kompensasjon for forsering forsvarlig kan fastsettes til kr 2.500.000.»

(108) Jeg kan vanskelig se at lagmannsretten i dette avsnittet har foretatt en konkret og individuell vurdering av årsakssammenhengen. Lagmannsretten går ikke konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader Hab Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen.

(109) Etter mitt syn må disse manglene bedømmes på samme måte som lagmannsrettens behandling av plunder og heft-kravet. Jeg er da kommet til at også denne delen av dommen må oppheves på grunn av feil i rettsanvendelsen.

(110) Min konklusjon er etter dette at lagmannsrettens dom må oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.

(111) Etter tvisteloven § 20-2 har den som har vunnet saken, som hovedregel krav på å få sine sakskostnader erstattet. Oppland fylkeskommune har fått medhold i det vesentlige. Det kan imidlertid gjøres unntak dersom tungtveiende grunner tilsier det. Saken har reist spørsmål som det var god grunn til å få prøvd i Høyesterett, og særlig fylkeskommunen har fremhevet sakens prinsipielle betydning for entrepriserbransjen. Jeg er derfor kommet til at Oppland fylkeskommune bør bære sine egne sakskostnader for Høyesterett.

(112) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

(113) Dommer **Møse:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(114) Dommer **Noer:** Likeså.

(115) Dommer **Thyness:** Likeså.

(116) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(117) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.