

# Høyesterett: Plunder og heft- og forseringskrav etter vegprosjekt

Domskommentar - HR-2019-1225-A

Av advokat dr. juris Jan Einar Barbo, Advokatfirmaet BAHR AS. September 2019

**BAHR**

## **Høyesterett avsa 26. juni 2019 enstemmig dom i sak mellom Hab Construction AS ("Hab") og Oppland fylkeskommune vedrørende et plunder og heft- og et forseringskrav fra Hab etter et vegprosjekt i Oppland.**

Høyesteretts avgjørelse gir sårt etterlengtet veiledning med hensyn til hvilke krav som stilles til entreprenørens sannsynliggjøring av plunder og heft- og forseringskrav, og til domstolens begrunnelse ved utmåling av slike krav. Dette er første gang Høyesterett har behandlet denne type krav. Dommen er prinsipiell og vil utvilsomt ha stor betydning for fremtidig domstolsbehandling av tilsvarende krav.

Plunder og heft-krav er krav fra entreprenøren som følge av at han påføres ekstrakostnader på grunn av forhold på byggherrens hånd som medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på *annet arbeid* hos entreprenøren.

Saken for Høyesterett gjaldt sluttoppgjøret mellom Hab og fylkeskommunen etter utbedring og oppretting av en vegparsell på Fylkesveg 34 i Oppland. Kontrakten var basert på NS 3430. Partene var uenige om avregning av flere av kontraktens prosesser, vederlaget for et større tilleggsarbeid, samt entreprenørens krav om kompensasjon for forsering og produktivitetstap (plunder og heft).

Høyesterett behandlet kun kravet på tilleggsvederlag for forsering og erstatningskravet for plunder og heft på til sammen om lag MNOK 36,5. Kravet var blant annet begrunnet i manglende tilkomst som følge av ulike byggherreforhold og i forhold relatert til byggherrens prosjektering.

Lagmannsretten var kommet til at Hab var påført et produktivitetstap som ga grunnlag for tilleggsvederlag og at Hab hadde krav på dekning av forseringskostnader. Etter en rent skjønnsmessig vurdering var erstatningen for plunder og heft fastsatt til MNOK 5 og vederlaget for forsering til MNOK 2,5.

Ved Høyesteretts dom ble lagmannsrettens dom opphevet for disse kravenes vedkommende. Høyesterett kom til at lagmannsrettens anvendelse av kravene til årsakssammenheng mellom byggherreforhold og merkostnader hos entreprenøren, var basert på feil rettsanvendelse.

Høyesterett innleder drøftelsen med å oppstille følgende, overordnede problemstilling:

«Problemstillingen i saken er hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens meromkostninger.»

Høyesterett behandlet ikke den konkrete utmålingen av kravet, kun de overordnede prinsippene for hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherreforhold og entreprenørens merkostnader.

Høyesterett oppstiller i dommen et krav om at årsakssammenhengen for plunder og heft-krav må *«fastlegges i to trinn»*. Det første trinnet går ut på at entreprenøren må føre bevis for at det *«foreligger forstyrrelser eller*

*ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold*». Det andre trinnet beskrives slik av førstvoterende i avsnitt 66:

«Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det deretter sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.»

Ved vurderingen av hvilke beviskrav som skal stilles ved sannsynliggjøringen av slik årsakssammenheng, tar Høyesterett i avsnitt 72 utgangspunkt i sivilprosessens *generelle* prinsipper for vurdering av bevis, herunder tvistelovens regler om at det gjelder et «overvektprinsipp». Dette innebærer at det må være mer sannsynlig at byggherreforholdene har forårsaket entreprenørens merutgifter enn at de ikke har det.

Deretter tar Høyesterett stilling til de spesielle bevisproblemene knyttet til plunder og heft-krav.

Høyesterett starter i avsnitt 78 med å slå fast at utmålingen ikke kan baseres på et såkalt «ovenfra og ned-prinsipp», der man tar utgangspunkt i differansen mellom entreprenørens faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter. Høyesterett fastslår at denne metoden ikke er et godt alternativ, blant annet fordi den ikke tar høyde for entreprenørens egne feil eller ineffektivitet, eller for mulige svakheter ved hans kalkyle.

Høyesterett konstaterer videre i avsnitt 79 at heller ikke generelle erfaringstall for produktivitet og produktivitetstap gir særlig godt uttrykk for entreprenørens faktiske merutgifter i den konkrete sak. Dersom slike generelle erfaringstall skal ha bevismessig verdi, må det i tilfelle påvises at de generelle tallene er representative i den konkrete saken. I så fall kan slike generelle tall være et supplement til den øvrige bevisførselen, men de kan ikke alene utgjøre bevis for entreprenørens tap, skriver Høyesterett.

Høyesterett konkluderer deretter slik, i to sentrale avsnitt i dommen (avsnitt 82 og 83):

«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.

Utgangspunktet må altså være at skadelidte - entreprenøren - skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført.»

Med dette oppstiller Høyesterett et krav om at entreprenøren må gå konkret til verks når plunder og heft-kravet skal sannsynliggjøres: byggherreforholdenes påvirkning må først påvises på «arbeidsoperasjonsnivå» (trinn 1), deretter må merkostnadene som er forårsaket av byggherreforholdene, beregnes (trinn 2).

Høyesterett sier samtidig i avsnitt 86 at en viss grad av skjønn kan anvendes ved utmålingen. Det kan ikke kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av hvert enkelt byggherreforhold må påvises. Høyesterett uttaler at beviskravene ikke kan settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Adgangen til å anvende skjønn oppsummeres slik i avsnitt 87 og 88:

«Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenheng 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.

Derved ivaretas også hensynet til at motparten skal ha grunnlag for å imøtegå entreprenørens krav.»

Høyesterett gir altså uttrykk for at domstolenes skjønnsutøvelse ved utmåling av plunder og heft-krav skal være forankret i et konkret faktum som retten finner bevist. Høyesterett tilføyer i avsnitt 88 at hensynet til

byggherrens mulighet til å imøtegå kravet (kontradiksjonshensynet) ivaretas på denne måten.

Etter å ha redegjort for disse generelle *utgangspunktene* om beviskrav og kontradiksjon, går Høyesterett i avsnitt 89 over til å se på lagmannsrettens rettsanvendelse i den konkrete saken.

Først vurderer Høyesterett lagmannsrettens vurdering av Habs plunder og heft-krav. Høyesterett er i og for seg enig i utgangspunktene for lagmannsrettens rettsanvendelse. Det er ved den konkrete utmålingen at lagmannsretten trår feil. Høyesterett uttaler i avsnitt 98 at:

*«(...) denne skjønnsmessige 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.»* (Vår understreking.)

Det Høyesterett peker på her, er at lagmannsretten først oppstiller krav til entreprenørens påvisning av *konkret* årsakssammenheng, mens lagmannsretten selv ved den senere utmålingen foretar en ren skjønnsmessig tilnærming uten noen form for konkret påvisning av årsakssammenheng. Dermed frikobler lagmannsretten seg fra de rettslige utgangspunktene lagmannsretten selv har oppstilt, og dette godtar ikke Høyesterett. Høyesterett konkluderer i avsnitt 98 med at lagmannsrettens dom må oppheves så langt den gjelder plunder og heft-kravet.

Deretter drøfter Høyesterett det fremsatte forseringskravet. Høyesterett peker på at det også ved forseringskrav kreves årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens vederlagskrav. Høyesterett siterer deretter fra lagmannsrettens vurdering, før førstvoterende i avsnitt 108 konkluderer med:

*«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.»* (Vår understreking.)

Også her understreker Høyesterett at retten må vurdere årsakssammenhengen konkret og individuelt. Retten må først ta stilling til hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering (trinn 1). Deretter må retten ta stilling til hvilke kostnader den forseringen som byggherren svarer for, har medført for entreprenøren (trinn 2). Høyesterett opphever også denne delen av lagmannsrettens dom.

Høyesteretts dom i saken er etterlengtet, ettersom kravene til bevis for årsakssammenheng mellom byggherreforhold og merkostnader på entreprenørens hånd lenge har vært omtvistet. Det foreligger flere lagmannsrettsdommer som bygger på samme "frikoblede" skjønnsutøvelse som i den aktuelle saken, og som det nå kan fastslås at bygget på uriktig rettsanvendelse.

Dommen diskuteres for tiden livlig i ulike fagmiljøer. Den oppstiller klargjørende retningslinjer for sannsynliggjøring av fremtidige plunder og heft- og forseringskrav, og vil forhåpentligvis bidra til at konfliktnivået i bygg- og anleggsbransjen for så vidt angår slike krav reduseres.

Den *konkrete* utmålingen i den aktuelle saken ble ikke behandlet i Høyesterett. Dette spørsmålet må nå tilbake til ny behandling i lagmannsretten.

Til dommen »