

UiO : **Det juridiske fakultet**

Plunder og heft

Entreprenørens vederlagskrav i lys av HR-2019-1225-A «HAB-dommen»

Kandidatnummer: 680

Leveringsfrist: 25.11.19

Antall ord: 17 798



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Entrepriserettens rettskildebilde	2
1.3	Videre fremstilling	3
2	GENERELT OM PLUNDER OG HEFT	4
2.1	Begrepets innhold	4
2.2	Hjemmelsgrunnlaget	7
2.2.1	Standardkontrakter	7
2.2.2	Ulovfestet rett	9
3	VILKÅR FOR PLUNDER OG HEFT-KRAV	10
3.1	Innledning – nedsatt produktivitet	10
3.2	Byggherreforhold	11
3.3	Årsakssammenheng	12
3.3.1	Årsakskravet	12
3.3.2	Beviskravet	14
3.3.3	Konsekvensen av manglende konkretisering	16
3.4	Tålegrense	19
4	VARSLING	20
4.1	Innledning - varslingsregimet	20
4.2	Varsel om plunder og heft	22
4.2.1	Fristens utgangspunkt	22
4.2.2	Fristens lengde	23
4.2.3	Varsellets innhold	24
4.2.4	Varsellets form	25
4.2.5	Virkningene av mangelfull varslings	26
4.3	Kvantifisering av kravet	27
4.3.1	Innledning	27
4.3.2	Spesifisert varsel etter NS 8405 pkt. 25.4	28
4.3.3	Løpende orientering om kravets utvikling	29
4.3.4	Spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader	30
4.4	Varsling på ulovfestet område	31

5	UTMÅLING AV VEDERLAGET	33
5.1	Innledning – økte utgifter	33
5.2	Standardens utgangspunkt	36
5.3	Primærmetoder	38
5.3.1	Innledning	38
5.3.2	Påslagsmetoden	39
5.3.3	«Measured mile»	41
5.4	Sekundærmetoder	44
5.4.1	Innledning	44
5.4.2	Sammenlignende metoder	45
5.4.3	Totalavregning som regningsarbeid	47
6	AVSLUTTENDE MERKNADER	48
	KILDELISTE	50

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Entreprenørens krav på vederlagsjustering grunnet plunder og heft har gitt opphav til en rekke tvister innen bygge- og anleggsbransjen.¹ Plunder og heft kan forstås som *nedsatt produktivitet* eller *forstyrrelser* i entreprenørens arbeid som skyldes byggherrens forhold. Entreprenørens påfølgende vederlagskrav kan bli svært store; se for eksempel LE-2015-83190 hvor det i en kontrakt på rundt 500 millioner ble fremsatt krav på nærmere 43 millioner kroner for utgifter grunnet nedsatt produktivitet.

Plunder og heft-krav er typisk vanskelige å bevise og beregne, og rettspraksis på området har vært sprikende.² Særlig gjelder dette for spørsmål om årsakssammenheng, beviskrav og utmåling. Dette har trolig virket prosessfremmende og bidratt til lite forutsigbarhet for partene i kontrakten. Tvistene har sjelden egnet seg for avgjørelse i Høyesterett, blant annet grunnet omfattende faktum som gjør sakene konkrete og lite prinsipielle, og på grunn av behov for umiddelbar bevisførsel.³ Det har dermed vært underskudd på retningsgivende dommer.

Juni 2019 avsa en enstemmig Høyesterett en mye etterlengtet dom om plunder og heft i HR-2019-1225-A (HAB-dommen). Dette gjør temaet svært aktuelt. Dommen avgjorde enkelte av uklarhetene på området. Temaet for denne masteroppgaven ble bestemt før dommen ble avsagt, men det gjenstår sider av temaet som er egnet for ytterligere drøftelse og vurdering. Disse sidene vil jeg søke å klargjøre, samtidig som jeg redegjør for hva Høyesterett avklarte om plunder og heft i HAB-dommen.

Oppgavens fokus vil særlig være på varslingsreglene og utmålingsmetodene for plunder og heft-krav. Varslingsreglene har jeg valgt fordi varslingsystemet i entrepriseretten er relativt komplisert, spesielt ved plunder og heft. Reglene reiser en rekke spørsmål hvor løsningen ikke alltid er lett tilgjengelig. Jeg vil forsøke å finne løsningene og fremstille dem på en oversiktlig måte. Hvilke utmålingsprinsipper som gjelder ved plunder og heft-krav svarer verken HAB-dommen eller andre rettskilder uttrykkelig på. Jeg vil undersøke hvilke prinsipper som bør legges til grunn i en fremtidig tvist.

¹ HR-2019-1225-A avsn. 67.

² I.c.

³ Marthinussen (2016) s. 53.

1.2 Entrepriserettens rettskildebilde

Entrepriserett er en spesiell del av kontraktsretten. Utenfor forbrukerentreprise er rettsområdet i hovedsak ikke lovregulert. Dette skyldes at bransjen i stor grad er selvregulert gjennom såkalte standardkontrakter.⁴ Disse vil bli ytterligere redegjort for i kapittel 2.2. Rettskildebilde innen entrepriseretten skiller seg dermed noe fra alminnelig kontraktsrett, og krever en kort gjennomgang.

Manglende lovgivning innen næringsentreprisen betyr at det også mangler forarbeider på området. Forbrukerentreprise er imidlertid regulert i bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven. Disse lovene med tilhørende forarbeider kan gi veiledning ved fastleggelsen av alminnelig entrepriserett (bakgrunnsretten), dersom man ser vekk fra de særlige forbrukerhensynene.⁵ Entrepriseprosjekter faller utenfor kjøpslovens anvendelsesområde, jf. kjl. § 2 (1). Kjøpsloven er forbildet for det meste av nyere kontraktslovgivning og kan derfor likevel gi veiledning.

Også rettspraksis er noe fraværende innen entrepriseretten. Dette skyldes hovedsakelig to forhold. For det første inneholdt de eldre standardkontraktene ofte voldgiftsklausuler, slik at tvistene måtte løses utenfor de ordinære domstoler.⁶ I tillegg er entreprisetviser som nevnt faktumtunge, og derfor ofte lite passende for behandling i Høyesterett. Manglende høyesterettspraksis på entrepriserettens område gjør at lagmannsrettsdommene som finnes må tillegges noe mer vekt enn ellers. Dette gjelder særlig dersom flere dommer trekker i samme retning. Der det kun finnes sprikende lagmannsrettspraksis vil ikke dommene ha noen nevneverdig rettskildemessig vekt utover argumentasjonsverdien. På Lovdata gir søkeordene «plunder» og «heft» innen rettsområdet «Anskaffelser, avtaler, bygg og entrepriser» kun treff på én Høyesterettsdom per august 2019. Samme søkekriterier gir 14 treff fra lagmannsrettene. I tillegg til ordinær tvisteløsning kan også rådgivende uttalelser fra «Byggebransjens Faglig Juridisk Råd» ha en viss rettskildemessig vekt.⁷

Mangel på lovgivning, forarbeider og rettspraksis gjør at også juridisk teori, i kraft av sin argumentasjonsverdi, kan spille en større rolle ved avklaring av entrepriserettslige spørsmål enn ved spørsmål innen andre rettsområder. Det omfatter også internasjonal teori. I denne oppgaven er særlig Society of Construction Law (SCL) sin «Delay and Disruption Protocol» relevant. Protokollen har bred internasjonal anerkjennelse.⁸ Selv om protokollen ikke har vekt

⁴ Hagstrøm (2014) s. 25.

⁵ *ibid.* s. 29.

⁶ Marthinussen (2016) s. 52.

⁷ Nordtvedt (2013) s. 25 og Hagstrøm (2014) s. 29.

⁸ Se blant annet *Mirant v Arup* avsn. 123, *Alstom v Yokogawa* avsn. 1282 og *Wilmot-Smith* (2006) s. 280.

som rettskilde i norske entrepriserett, tilsier den internasjonale anerkjennelsen at man kan hente gode argumenter derfra.

Reelle hensyn vil kunne legge føringer ved avklaringen av entrepriserettslige spørsmål. Særtrekk ved bygge- og anleggsprosjekter, som langvarige kontraktsforhold om store verdier, faren for ytre påvirkninger som vær, grunnforhold eller pålegg fra offentlige myndigheter, behovet for samordning mellom alle kontraktsparter, og kontraktens funksjonsfordeling,⁹ tilsier at reelle hensyn bør vektlegges der autoritative rettskilder ikke gir svar.

De nevnte rettskildene kan alle bidra til å klargjøre standardkontraktenes innhold, men standardkontraktene kan også gi veiledning ved fastleggelsen av alminnelig entrepriserett. Standardene har bred tilslutning i bransjen, og er resultatet av interesseavveininger.¹⁰ Dette tilsier at de ofte gir uttrykk for rimelige løsninger som ikke bør overses i tvilstilfeller.

Standardkontraktene mangler forarbeider, hvilket betyr at det må legges stor vekt på ordlyden ved tolkningen av standardenes innhold. Dette gjelder også fordi kontraktspartene ikke nødvendigvis har vært del i utformingen av anvendt standard, og derfor ikke skal bli bundet av mer enn det som står. I tillegg innebærer dette at det er lite rom for å tillegge partenes tidligere adferd vekt ved tolkningen. Det objektive tolkningsprinsipp må i stor grad benyttes.¹¹ Der ordlyden er uklar kan tidligere utgaver av standardene gi veiledning, samt standardkontrakter fra andre rettsområder.¹² Særlig tilvirkningskontrakter bygger på flere av de samme særtrekkene som entreprisekontrakter.¹³ Lignende hensyn vil derfor ofte gjøre seg gjeldende på begge områder.

1.3 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil jeg først forklare hva plunder og heft er, og gjennomgå hjemmelsgrunnlagene for slike krav (kapittel 2). Deretter vil jeg redegjøre for de materielle vilkårene for kravet (kapittel 3). HAB-dommen er særlig sentral her. Rettidig varsling om økte utgifter er blant vilkårene for vederlagsjustering. Jeg har likevel valgt å skille dette vilkåret ut som et eget kapittel (kapittel 4) da det til dels er regulert separat, samt at varsling ikke er berørt i HAB-dommen. Deretter vil jeg drøfte hvordan utmålingen av plunder og heftkrav skal skje (kapittel 5). Her vil internasjonal teori og praksis være sentral. HAB-dommen

⁹ Hagstrøm (2014) s. 21-22.

¹⁰ Nordtvedt (2013) s. 24.

¹¹ Woxholth (2017) s. 443-444.

¹² Hagstrøm (2014) s. 28 og Marthinussen (2016) s. 52-53.

¹³ Tørum (2010) s. 453.

gir noen overordnede retningslinjer for utmålingen, og dommen har altså stor betydning for oppgavens tema. Til slutt vil jeg gi noen avsluttende merknader om funnene jeg har gjort og veien videre (kapittel 6).

Jeg avgrensner oppgaven mot forbrukerentreprise. De nevnte forbrukerlovene vil likevel bli drøftet i den grad de kan gi veiledning om plunder og heft-krav innen næringsentreprisen. Videre avgrensnes oppgaven mot rigg og drift-kostnader med tilhørende vederlagskrav. Slike kostnader kan ofte overlape med plunder og heft-kostnader, men det er fortsatt to forskjellige typer krav.¹⁴ Jeg avgrensner også mot vederlagskrav begrunnet i forsering,¹⁵ som i praksis ofte fremmes sammen med plunder og heft-krav. Forsering vil imidlertid nevnes som eksempel på forhold som kan medføre plunder og heft.

I den videre fremstilling tar jeg utgangspunkt i standardkontraktenes regulering av plunder og heft. I tillegg vil jeg undersøke hvilke regler som må gjelde for plunder og heft-krav utenfor standardenes anvendelsesområde.

2 Generelt om plunder og heft

2.1 Begrepets innhold

«Plunder og heft» er et bransjeuttrykk uten en legaldefinisjon eller et entydig rettslig innhold.¹⁶ Betegnelsen er navnet på produktivitetsforstyrrelser som skyldes byggherreforhold, og som rammer annet arbeid hos entreprenøren. Plunder og heft er altså ikke selve byggherreforholdet, men virkningene dette har på entreprenørens produktivitet – realskaden. Med «annet arbeid» menes arbeid som byggherreforholdet ikke direkte angår, og som derfor ikke fanges opp i tilhørende vederlag for kontrakts- og endringsarbeider. Konsekvensene er altså hovedsakelig indirekte og sekundære følger. Typisk har flere årsaker samvirket til forstyrrelsene slik at de ikke kan føres tilbake til en bestemt endring, forsinkelse eller medvirkningssvikt hos byggherren. Plunder og heft kan imidlertid også være en direkte konsekvens av ett bestemt forhold, hvilket var tilfellet i LF-2018-167020 hvor en brukollaps forstyrret øvrige arbeid. Overgangen mellom direkte og indirekte konsekvenser er glidende. Når jeg i det følgende refererer til plunder og heft eller produktivitetsforstyrrelser vil jeg fokusere på de indirekte, kumulative virkningene av byggherreforhold. Dette kalles også knock on-effekter.¹⁷

¹⁴ NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd a) og b).

¹⁵ ibid. pkt. 22.2.

¹⁶ HR-2019-1225-A avsn. 54.

¹⁷ Barbo (1997) s. 385.

Plunder og heft gir kun krav på vederlagsjustering. Det må derfor avgrenses mot krav på fristforlengelse og annen økonomisk kompensasjon grunnet byggherreforhold. Slike krav reguleres av andre bestemmelser enn plunder og heft-krav. Kravene vil imidlertid i praksis ofte gli noe over i hverandre da de samme byggherreforholdene gjerne anføres som grunnlag for både fristforlengelse og vederlagsjustering. I praksis består plunder og heft-krav først og fremst av ekstra medgåtte timer i prosjektet. Dette gjør grensedragningen mot krav entreprenøren allerede har fått oppgjør for vanskelig. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 5.1.

Entreprenørens egen plunder og heft, som dårlig organisering eller utilstrekkelige ressurser, bærer han selv risikoen for.¹⁸ Høyesteretts presisering av begrepet i HAB-dommen avsnitt 54 er dermed passende: «... kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos entreprenøren.» Fra engelsk rett har SCL forklart plunder og heft, der kalt «disruption claims», som «the loss of productivity and hence additional loss and expense over and above that which would have been incurred were it not for the disruption events of which the Employer is responsible.»¹⁹ «Employer» er byggherren.

Endringer er et eksempel på byggherreforhold som kan føre til plunder og heft. Byggherren har en rett til å pålegge entreprenøren å yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, eller å la avtalte ytelser utgå.²⁰ Entreprenøren får tilsvarende krav på vederlagsjustering og fristforlengelse.²¹ Dersom byggherren krever et stort antall endringer, eller endringsordrene kommer på et dårlig tidspunkt, kan dette medføre produktivitetsforstyrrelser på annet arbeid.²² Hvis arbeider må flyttes til vinterstid, vil dette typisk vanskeliggjøre arbeidsforholdene. I tillegg kan ekstra arbeidskraft som settes inn gi overbefolkning på byggeområdet, som igjen medfører forstyrrelser.²³ Slike avledede konsekvenser av endringer gjøres opp som plunder og heft-krav.

Eksempler fra rettspraksis på andre forhold som kan føre til plunder og heft, finnes i LB-2011-135964 der entreprenøren påberopte dårlige grunnforhold som årsak for nedsatt produktivitet. I en annen sak, LB-2011-95644, påberopte entreprenøren blant annet

¹⁸ Pettersson (2010) s. 347.

¹⁹ Society of Construction Law (2017) s. 8.

²⁰ NS 8405 pkt. 22.1.

²¹ ibid. pkt. 24.1 og 25.2.

²² Pettersson (2010) s. 351-352.

²³ Society of Construction Law (2017) s. 43.

mangelfull prosjektering, manglende bruk av endringsordre og manglende innvilgelse av fristforlengelser som grunnlag for plunder og heft-krav.

Vilkårene for å tilkjennes kompensasjon for plunder og heft er at entreprenøren har fått økte kostnader grunnet produktivetsforstyrrelser, og at produktivetsforstyrrelsene skyldes byggherreforhold. Det må således være årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og entreprenørens nedsatte produktivitet med tilhørende økte kostnader.

Hva som kan utgjøre byggherreforhold avhenger av kontraktens funksjonsfordeling. Hver av partene i kontrakten bidrar med forskjellige innsatsfaktorer, og fyller slik hver sine funksjoner.²⁴ Partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.²⁵ Byggherreforhold vil dermed være svikt ved de bidrag byggherren etter kontrakten skal gi. I entreprisekontrakter opereres det med to hovedformer for funksjonsfordeling. Den ene finnes i utførelsesentrepriser, hvor entreprenøren står for utførelsen, mens byggherren prosjekterer. Den andre finnes i totalentrepriser, hvor entreprenøren i tillegg til utførelsen også står for det vesentligste av prosjekteringen.

Retten til vederlagsjustering ved plunder og heft springer ut av kompensasjonshensyn. Entreprenøren skal få dekket de kostnadene byggherreforhold medfører. I tillegg bidrar vederlagsjusteringen til å gjenopprette den økonomiske balansen i kontrakten.

Entreprenørens plunder og heft-krav avhenger videre av kontraktens vederlagssystem. Dersom partene har valgt regningsprisformat, hvor entreprenøren skal ha dekket alle nødvendige kostnader samt påslag, vil byggherren ha produktivetsrisikoen i kontrakten. Eventuell plunder og heft vil da plukkes opp i det opprinnelige vederlaget. Unntak gjelder der entreprenørens arbeid ikke er drevet rasjonelt og forsvarlig.²⁶ Dersom partene har avtalt et fastprisformat vil entreprenøren ha produktivetsrisikoen. Her skal arbeidene utføres til en angitt sum. Eventuell plunder og heft vil da ikke plukkes opp i opprinnelig vederlag, og plunder og heft-krav blir dermed særlig aktuelt her. Uavhengig av prisformat skal entreprenøren likevel få dekket de samme plunder og heft-kostnadene.

²⁴ Hagstrøm (2014) s. 200.

²⁵ Hagstrøm (2011) s. 333 og Rt. 1917 s. 673.

²⁶ NS 8405 pkt. 31.1.

2.2 Hjemmelsgrunnlaget

2.2.1 Standardkontrakter

Utenfor forbrukerforhold er som nevnt entrepriseretten i hovedsak ulovfestet på grunn av omfattende kontraktsregulering. Standardkontraktene er utarbeidet av bransjeorganisasjoner og skal representere en rimelig risikofordeling og avveining av partenes interesser. Entrepriekontrakter inngås normalt på grunnlag av disse standardene.²⁷ For det første har dette sammenheng med at standardene forenkler kontraktsinngåelsen for partene når sentrale elementer i prosjektet allerede er regulert på en velkjent måte. For det andre fastsetter anskaffelsesforskriften § 19-1 (1) at offentlige oppdragsgivere som hovedregel skal benytte standardkontrakter der disse finnes. Offentlig sektor er den største byggherren i Norge,²⁸ og denne bestemmelsen bidrar dermed til ytterligere spredning av standardene. Det er tilstrekkelig med en henvisning til standardkontraktene for å anse dem som del av avtalegrunnlaget mellom partene.²⁹

Bestemmelsene om plunder og heft har ulik ordlyd i de forskjellige standardkontraktene. I HAB-dommen skulle arbeid utføres etter NS 3430, en standardkontrakt for utførelsesentreprise. Kontrakten inneholder ingen særlige regler om plunder og heft, men det er en festet oppfatning at pkt. 21.1 hjemler slike krav.³⁰ Bestemmelsens første ledd har følgende ordlyd:

«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.»

NS 3430 ble avløst av førsteutgaven av NS 8405 i 2004, som presiserte og kodifiserte plunder og heft-hjemmelen fra NS 3430.³¹ I 2008 kom andreutgaven av NS 8405, og dette er nå den mest brukte standarden i byggebransjen.³² Plunder og heft-bestemmelsene er ulike i første- og andreutgaven, men innholdet må antas å være det samme.³³ NS 8405:2008 pkt. 25.2 hjemler entreprenørens krav på vederlagsjustering, og varslingsbestemmelsen i pkt. 25.3 annet ledd b) forutsetter at vederlaget også kan justeres for plunder og heft som skyldes byggherreforhold.

²⁷ Marthinussen (2016) s. 49.

²⁸ BDO (2019) s. 28.

²⁹ Rt. 1991 s. 773 på s. 776.

³⁰ HR-2019-1225-A avsn. 57.

³¹ *ibid.* avsn. 63.

³² Hagstrøm (2014) s. 25.

³³ Pettersson (2010) s. 351.

Varslingsbestemmelsens i pkt. 25.3 annet ledd lyder:

«Når entreprenøren har krav på vederlagsjustering etter 25.2 a), b) eller c), skal han varsle byggherren særskilt dersom kravet på vederlagsjustering omfatter:

a) (...)

b) økte utgifter pga nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 25.2. Dette gjelder bare i den utstrekning utgiftene ikke kan avledes ved andre tiltak, eller forholdene ikke er påregnelige etter kontrakten, jf. 18.3 første ledd. Bestemmelsene i 25.7, 25.8 og 31.4 får anvendelse så langt de passer.»

I NS 8407:2011, som er standarden for totalentreprise, er plunder og heft-krav regulert gjennom kapittel 34 om vederlagsjustering. Pkt. 34.1.3 annet ledd hjemler retten til vederlagsjustering for produktivitetsforstyrrelser, og tredje ledd inneholder særskilt varslingsregel. Pkt. 34.2.2 annet ledd inneholder særskilt utmålingsregel. NS 8407 er den nyeste, og dermed mest oppdaterte av entreprisestandardene. Det er foretatt en redigeringsmessig opprydding i reguleringen av plunder og heft – NS 8407 presiserer hjemmelsgrunnlaget, mens NS 8405 kun forutsetter dette. I det følgende vil jeg likevel ta utgangspunkt i NS 8405 ved fastleggelsen av plunder og heft-kravenes regulering. Dette skyldes at plunder og heft er mer aktuelt i utførelsesentrepriser fordi byggherren der som nevnt har ansvaret for prosjekteringen. Feil i prosjekteringen er en av hovedårsakene til at plunder og heft oppstår. Det er kun begrensede årsaker, for eksempel grunnforhold, som kan gi grunnlag for plunder og heft-krav i totalentrepriser, fordi entreprenøren der har et større risikoområde. Det er imidlertid ingen holdepunkter for å anta at innholdet av hjemmelsgrunnlaget for plunder og heft-krav er ulikt i NS 8405 og 8407.³⁴ Jeg benytter NS 8407 til en sammenligning der dette er hensiktsmessig.

NS 8406:2006, som er en forenklet standard for utførelsesentreprise, regulerer ikke plunder og heft, verken direkte eller forutsetningsvis. Dette skyldes imidlertid bare at standarden, i motsetning til de øvrige standardene, ikke krever særskilt varslingsregel. Det kan ikke være tvil om at entreprenøren også etter 8406 har krav på vederlagsjustering for plunder og heft.³⁵ Det omstridte utgangspunktet fra HR-2018-2256-A (Midtbygningen) kan ikke få anvendelse her.³⁶ I dommen fant førstvoterende at valg av en standardkontrakt som ikke regulerte direktekravsadgang talte sterkt for å ikke tillate direktekrav i tvistesaken når det fantes standardkontrakter som åpnet for dette, og som partene kunne valgt å benytte.³⁷ NS

³⁴ Nordtvedt (2013) s. 514.

³⁵ Arvesen (2014) s. 269 og LH-2013-113634.

³⁶ Se Simonsen (2019) s. 7-8 for en diskusjon om dommen.

³⁷ HR-2018-2256-A avsn. 102.

8406 er imidlertid en forenklet standard, og dette er grunnen til at plunder og heft ikke er regulert der. Valg av denne kontrakten kan dermed ikke medføre en antitetisk tolkning som innebærer at entreprenøren ikke kan få dekket plunder og heft.

Entreprenøren har altså krav på vederlagsjustering for plunder og heft, uavhengig av hvilken standardkontrakt som er anvendt. Valg av standard vil kun ha betydning for varslingsreglene.

2.2.2 Ulovfestet rett

Der partene ikke har benyttet seg av en standardkontrakt blir spørsmålet om entreprenøren likevel kan ha krav på vederlagsjustering for plunder og heft når avtalen er taus om dette. Det finnes ingen bakgrunnsrett som regulerer spørsmålet.

Entrepriseretten er som nevnt del av den alminnelige kontraktsretten. Kompensasjonshensyn tilsier da at entreprenøren får dekket kostnader som skyldes byggherreforhold. I kontraktsretten finnes også regler som har som formål å gjenopprette den økonomiske balansen i kontrakten der denne har blitt endret.³⁸ Når kostnader som følge av plunder og heft begynner å bli høye, vil dette kunne endre kontraktens økonomiske balanse hvis entreprenøren ikke skulle fått disse dekket. Dette taler for å anse plunder og heft som del av den generelle entrepriseretten, slik at hensyn som er gjennomgående i kontraktsretten også får gjennomslag her.

Rettspraksis trekker i samme retning. I HAB-dommen viste Høyesterett til teori som hevdet at entreprenøren «uansett» har krav på vederlag for økonomiske virkninger av byggherreforhold.³⁹ Hva førstvoterende mener med «uansett» er imidlertid usikkert. Lagmannsrettspraksis på området er klarere. I LE-2017-133058 (delvis opphevet i HAB-dommen) fant lagmannsretten at krav om effektivitetstap, altså plunder og heft, må anses som bakgrunnsrett. Det samme følger av LE-2015-83190.

Juridisk teori synes også enstemmig å ta til orde for at plunder og heft-krav kan fremsettes uavhengig av om en standardkontrakt er del av avtalen.⁴⁰ Pettersson ser retten til vederlagsjustering for plunder og heft i NS 8405:2004 som en kodifisering av alminnelig entrepriserett.⁴¹ Av internasjonal teori kan nevnes at Klee mener plunder og heft-krav kan

³⁸ Se for eksempel kjl. § 38.

³⁹ HR-2019-1225-A avsn. 63.

⁴⁰ Marthinussen (2016) s. 387 og Kolrud (2004) s. 284.

⁴¹ Pettersson (2010) s. 350.

fremmes på ulovfestet grunnlag dersom kontrakten har en generell bestemmelse om at byggherren ikke skal forstyrre entreprenørens arbeid.⁴²

Det synes etter dette nokså klart at entreprenøren har krav på vederlagsjustering for plunder og heft, uavhengig av om kontrakten hjemler dette eller ikke. Plunder og heft er dermed del av den alminnelige entrepriseretten. Unntak gjelder dersom kontrakten uttrykkelig fastslår at slike krav ikke kan fremmes. Hvilke varslingsregler som vil gjelde utenfor standardkontraktene kommer jeg tilbake til i kapittel 4.

3 Vilkår for plunder og heft-krav

3.1 Innledning – nedsatt produktivitet

NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd bokstav b fastslår at entreprenøren kan kreve vederlagsjustering etter pkt. 25.2 som følge av økte utgifter «pga nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid» som skyldes byggherreforhold. Entreprenøren må altså ha hatt en realskade i form av produktivitetsforstyrrelser, og denne skaden må stå i årsakssammenheng med forhold byggherren er ansvarlig for. Realskaden skal kompenseres gjennom vederlagsjustering.

Nedsatt produktivitet innebærer at produktiviteten på grunn av byggherreforhold blir lavere enn hva den ville vært uten slike forhold. Faktisk produktivitet må sammenlignes med hypotetisk produktivitet, og differansen vil være utgangspunktet for kravet. Produktivitet kan forstås som produksjon i forhold til innsats.⁴³ Keane og Caletka forklarer det slik: «Productivity is normally measured as production per unit of effort or output divided by input (unit/h).»⁴⁴ Et eksempel kan være hvor mange lysspotter en elektriker normalt får satt opp i løpet av en time. Blir resultatet lavere enn normalt betyr dette at produktiviteten er nedsatt.

Nedsatt produktivitet er ikke det samme som forsinkelse. Forskjellen er forklart i *Bell v US*, hvor retten uttalte:

«Although the two claim types often arise together in the same project, a “delay” claim captures the time and cost of not being able to work, while a “disruption” claim captures the cost of working less efficiently than planned.»

⁴² Klee (2015) s. 151.

⁴³ Giverholt (2012) s. 556 og Pickavance (2010) s 977.

⁴⁴ Keane (2015) s. 93.

Kompensasjon for merkostnader grunnet forsinkelse vil altså ikke utelukke vederlagsjustering for plunder og heft.

I det følgende gjennomgår jeg hvilke byggherreforhold som kan gi grunnlag for plunder og heft-krav, hva som ligger i vilkåret om årsakssammenheng og hvilken tålegrense entreprenøren må over for å få kompensert sin realskade. Plunder og heft-bestemmelsene er formulert slik at «økte utgifter» synes å være et vilkår for kravet. Jeg mener det blir mer naturlig å anse dette som en del av selve vederlagsjusteringen, slik at vilkåret i realiteten er overflødig. Vederlagsjustering vil ikke være aktuelt dersom entreprenøren ikke har hatt økte utgifter. Dette blir derfor drøftet i kapittel 5.1. Om man anser «økte utgifter» som et vilkår eller som en del av vederlagsjusteringer vil imidlertid ikke ha betydning for resultatet.

3.2 Byggherreforhold

Produktivitetsforstyrrelsene må skyldes byggherreforhold. I NS 8405 kommer byggherreforholdene til uttrykk i pkt. 25.2, som lyder:

«Entreprenøren har krav på vederlagsjustering som forårsakes av

- a) endringer, jf. punktene 22 og 23, eller
- b) forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20, eller
- c) andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for.»

«Andre hindringer» er en sekkebetegnelse, og rammer alle andre bidrag byggherren etter kontrakten skal gi i prosjektet. NS 8407 oppramser de samme byggherreforhold i pkt. 34.1.1 og 34.1.2.

Hva som nærmere kan utgjøre de konkrete byggherreforholdene varierer med kontraktens funksjonsfordeling, altså hvilke parter som er ansvarlige for hvilke ytelser i prosjektet. Funksjonsfordelingen kan imidlertid variere også innenfor den enkelte entrepriseform og vil derfor bero på en konkret tolkning av avtalen. Forhold utenfor begge parters risikofære, såkalt force majeure, gir i utgangspunktet kun krav på fristforlengelse, jf. NS 8405 pkt. 24.3. Dette kan imidlertid endre seg dersom byggherren som følge av disse forholdene pålegger entreprenøren forsering, jf. pkt. 22.2, og dette medfører plunder og heft. Forsering innebærer at byggherren krever at entreprenøren opprettholder kontraktens tidsfrister, selv om entreprenøren har krav på fristforlengelse. Entreprenøren må da sette inn ekstra ressurser i prosjektet for å ta igjen tapt tid, noe som ofte vil redusere produktiviteten.

Vi sitter etter dette igjen med tre hovedkategorier av byggherreforhold som oppsummerer alt byggherren har risikoen for: endringer, medvirkningssvikt og andre hindringer. I kapittel 2.1 ga jeg eksempler på hvordan endringer kunne medføre plunder og heft. Medvirkningssvikt, for eksempel forsinket levering av tegninger eller materialer, kan resultere i nedsatt produktivitet på annet arbeid dersom entreprenøren må flytte mannskap fra et sted i prosjektet til et annet i påvente av leveringen. Omorganisering kan da redusere produktiviteten. «Andre hindringer» kan for eksempel være at sideentreprenører blir forsinket i sitt arbeid slik at entreprenøren må rokere sine arbeidsoperasjoner. De indirekte konsekvensene av alle de nevnte forhold skal kompenseres som plunder og heft.

3.3 Årsakssammenheng

3.3.1 Årsakskravet

Det må som nevnt foreligge årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og entreprenørens produktivitetsforstyrrelser. Årsakskravet kommer til uttrykk i NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd bokstav b, som krever at de økte utgiftene må oppstå «pga» produktivitetsforstyrrelser «som er en følge av» byggherreforhold. Det samme følger av pkt. 25.2, som gir entreprenøren krav på vederlagsjustering som «forårsakes av» byggherreforhold. I HAB-dommen fant Høyesterett at førsteutgaven av NS 8405 pkt. 24.3 måtte anses å gi uttrykk for de generelle kravene til årsakssammenheng ved plunder og heft.⁴⁵ Bestemmelsen bruker uttrykket «utgifter og kostnader som derved forårsakes», altså grunnet byggherreforhold. Uavhengig av hvilken ordlyd man foretrekker vil årsakskravet være det samme.

HAB-dommen fastslår at årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. I avsnitt 66 uttaler førstvoterende:

«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.»

⁴⁵ HR-2019-1225-A avsn. 65.

Det første trinnet fastlegger realskaden, altså den faktiske fysiske virkning byggherreforholdene har for entreprenøren. Det andre trinnet viser til vederlagsjusteringen, altså utmålingen av hvilke utgifter disse virkningene har ført til. Totrinnsvurderingen følger også av den nevnte ordlyden i NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd bokstav b. Bevisvurderingen ved fastleggelsen av de to trinnene vil i praksis trolig gli noe over i hverandre. Det andre trinnet er tema i kapittel 5.

Ved å foreta en differansebetraktning som nevnt ovenfor, vil man finne en eventuell årsakssammenheng. Dersom produktivitetsforstyrrelsene ikke hadde inntrådt om man tenkte byggherreforholdene borte, foreligger det årsakssammenheng i første trinn. Det er denne betraktningen som ble lagt til grunn i Rt. 2005 s. 788 (Oslofjordtunnel-dommen). Normal eller hypotetisk drift må sammenlignes med faktisk drift. I Oslofjordtunnel-dommen medførte uforutsette løsmasser i tunnelen at entreprenøren måtte legge om driften. Løsmassene var byggherrens risiko. Konsekvensen ble forlenget drift og økte kostnader, og det forelå da årsakssammenheng mellom byggherreforholdet og produktivitetsforstyrrelsene.

Normal drift kan kartlegges med utgangspunkt i entreprenørens kalkyler. Kalkylene må imidlertid være forsvarlige og realistiske for det arbeidet som skal utføres etter kontrakten. Et eksempel fra rettspraksis hvor slike kalkyler ikke var forsvarlige, finnes i LA-2008-52830-2. Retten fant der at entreprenørens forutsetning om å drive en tunnel på 50 uker var urealistisk, og kalkylen kunne dermed ikke legges til grunn for en differanseutmåling. Også i LB-2011-95644 fant lagmannsretten at entreprenørens kalkyler var en dårlig målestokk for et plunder og heft-krav.

SCLs «Delay and Disruption Protocol» fastslår i pkt. 18.9 at heller ikke forutsetninger i anbudsgrunnlaget nødvendigvis kan legges til grunn for differansebetraktningene. Utgangspunktet for beregningen av den hypotetiske produktivitet uten byggherreforholdene må være «realistic and achievable».⁴⁶ Eventuelle feilberegninger eller undervurderinger av arbeidets kompleksitet fra entreprenøren må gå til fratrekk i beregningen av realskaden. Til gjengjeld vil høyere produktivitet enn forutsatt være en gevinst entreprenøren skal få uavhengig av plunder og heft.⁴⁷ Man må forsøke å finne frem til den produktiviteten entreprenøren faktisk ville hatt dersom byggherreforholdene tenkes borte, selv om slik hypotetisk produktivitet kan være vanskelig å beregne. Høyesterett uttalte i Oslofjordtunnel-dommen at retstekniske hensyn ikke ga grunnlag for en annen løsning.⁴⁸ Wilmot-Smith foreslår at hypotetisk produktivitet kartlegges på grunnlag av kontraktens kalkyler,

⁴⁶ Society of Construction Law (2017) s. 45.

⁴⁷ Rt. 2005 s. 788 avsn. 46.

⁴⁸ *ibid.* avsn. 47.

normalproduktivitet (produktivitet uten plunder og heft) i bransjen og undersøkelser av entreprenørens produktivitet i tidligere prosjekter.⁴⁹ Davison og Mullen foreslår at man forsøker å finne frem til hvilken kalkyle en aktsom, kompetent og erfaren entreprenør ville kommet frem til basert på prosjektets dokumenter.⁵⁰

3.3.2 Beviskravet

En annen side av vilkåret om årsakssammenheng, er spørsmålet om hvilke beviskrav som gjelder for å sannsynliggjøre at årsakssammenheng er oppfylt. Entreprenøren har bevisbyrden i tråd med alminnelig sivilprosess, da det er han som fremmer kravet. Det har imidlertid lenge hersket tvil om hvor strenge krav man kunne stille til entreprenøren her da årsakssammenheng ved plunder og heft typisk er vanskelig å bevise.⁵¹

HAB-dommens største rettsavklarende bidrag kommer etter min mening nettopp ved vurderingen av beviskrav for årsakssammenheng. Førstvoterende starter sin drøftelse av beviskravet ved å konstatere i avsnitt 72 at prinsippet om fri bevisbedømmelse og fri bevisføring gjelder, jf. tvisteloven §§ 21-2 (1) og 21-3 (1). Entreprenøren kan altså føre de bevis han selv måtte ønske. Dette betyr at alle typer bevis i utgangspunktet kan være relevante ved fastleggelsen av årsakssammenheng. Videre fastslår førstvoterende i avsnitt 73 at overvektprinsippet gjelder, slik at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Når entreprenøren har bevisbyrden innebærer dette at dersom det er like sannsynlig at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt, som at det ikke er det, må tvilen gå ut over entreprenøren. Førstvoterende påpeker imidlertid at bevisføringsplikten kan skifte mellom partene dersom entreprenøren legger frem vektige bevis, jf. avsnitt 74.

Der entreprenøren fører bevis for en rekke byggherreforhold kan det være en presumpsjon for at produktiviteten i prosjektet er nedsatt.⁵² I HAB-dommen avviste imidlertid Høyesterett at slike presumpsjoner er tilstrekkelig for å bevise årsakssammenheng. Dette må gjøres konkret, altså direkte knyttet til den aktuelle forstyrrelsen.⁵³

Høyesterett gjennomgår i avsnitt 77 til 81 ulike fremgangsmåter som kan tenkes å benyttes for å bevise at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. Retten fant at differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter (den såkalte totalkostnadsmetoden)

⁴⁹ Wilmot-Smith (2006) s. 295.

⁵⁰ Davison (2009) s. 111-112.

⁵¹ Giverholt (2012) s. 557 og Meyer-Myklestad (2016) s. 167.

⁵² LB-2009-140511 og Kolrud (1992) s. 182.

⁵³ HR-2019-1225-A avsn. 83.

ikke var tilstrekkelig bevis for å konstatere årsakssammenheng. Heller ikke generelle erfaringstall for produktivitetstap var i utgangspunktet nok, med mindre tallene kunne dokumenteres å være representative for karakteren og innholdet av det entrepriseoppdraget tvisten omhandlet. Det kreves altså noe mer konkret som er direkte relatert til den aktuelle produktivitetsforstyrrelsen. Bevisførselen må knyttes opp til de to ovenfor nevnte trinnene i årsakssammenheng, jf. avsnitt 87. I avsnitt 82 konkluderer retten med følgende om bevisførsel:

«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.»

Bevisførsel basert på standardiserte utregninger eller andre generelle metoder kan imidlertid ikke avvises som relevante bevis på prinsipielt grunnlag, jf. dommens avsnitt 95. Dette ville stride med prinsippet om fri bevisføring. I tillegg kan slike bevis tenkes å supplere de mer konkrete bevis.⁵⁴ Det er likevel de begivenhetsnære bevis som veier tyngst.⁵⁵ Etterfølgende bevis, som vitneforklaringer om forhold på byggeplassen, kan både overestimere og underestimere produktivitetsforstyrrelsene, og veier derfor ikke like tungt.⁵⁶

Høyesterett fant i HAB-dommen avsnitt 90-98 at lagmannsretten hadde oppstilt et riktig rettslig utgangspunkt for kravet om årsakssammenheng. Dette utgangspunktet ble imidlertid forlatt i den konkrete bedømmelsen. Lagmannsretten tilkjente entreprenøren kompensasjon for plunder og heft på grunnlag av «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.»⁵⁷ Denne begrunnelsen var ikke tilstrekkelig konkret til å fastslå årsakssammenheng. Lagmannsrettsdommen ble på dette punkt opphevet grunnet feil i rettsanvendelsen.

Partene i HAB-dommen viste til SCLs metoder for å oppfylle beviskravet for plunder og heft. Retten nevnte dette i avsnitt 81, men knyttet ingen ytterligere kommentarer til materialet. SCL påpeker i protokollens pkt. 18.7 viktigheten av nøyaktig dokumentasjon av prosjektets gang for å bevise plunder og heft. For å dokumentere årsakssammenheng anbefaler SCL «project-

⁵⁴ ibid. avsn. 80.

⁵⁵ ibid. avsn. 85.

⁵⁶ Bridge v Abbey.

⁵⁷ HR-2019-1225-A avsn. 97.

specific studies» fremfor «project-comparison studies» og «industry studies»,⁵⁸ hvilket samsvarer med Høyesteretts krav om konkretisering. Project-comparison studies innebærer å sammenligne det aktuelle prosjektet med andre lignende prosjekter hvor det ikke foreligger produktivetsforstyrrelser. Industry studies innebærer å estimere produktivetsforstyrrelsene ved bruk av data fra studier av bygge- og anleggsbransjen. De to sistnevnte metodene fra SCL faller inn under slike generelle og overordnede tilnærminger som Høyesterett i HAB-dommen anser utilstrekkelige for å alene oppfylle beviskravet. De konkrete metodene SCL anbefaler for å fastslå plunder og heft-krav blir gjennomgått ytterligere i kapittel 5 om utmålingen, da de kan brukes til å beregne vederlagsjusteringen.

Beviskravene må ikke settes så høyt at entreprenøren aldri vil kunne vinne frem med plunder og heft-krav. Det ville i så fall ha medført en overføring av risikoen for forholdene fra byggherren til entreprenøren. Entreprenøren må likevel «påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført», jf. HAB-dommen avsnitt 83. I tillegg til å konkretisere *hvilke* arbeidsprosesser som har blitt påvirket, må entreprenøren kunne si noe om *hvordan* produktivetsforstyrrelsene har manifestert seg (ekstra timer, administrasjon, materiale osv.). Entreprenøren plikter å føre timer for sine ansatte i henhold til bokføringsforskriften § 5-14, og å sende spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader etter NS 8405 pkt. 31.4 der regningsprisformatet er anvendt. Denne dokumentasjonen vil være et godt utgangspunkt for konkretiseringen.

3.3.3 Konsekvensen av manglende konkretisering

HAB-dommen har skjerpet kravene til bevis for årsakssammenheng ved plunder og heft. Entreprenørens forutsatte produktivitet er ikke tilstrekkelig grunnlag for differansebetraktningen. Det er den hypotetiske produktiviteten uten plunder og heft man skal forsøke å finne, og entreprenøren må påvise konkret hvilke realskader han har hatt. Et spørsmål som oppstår i kjølvannet av dette er hva utfallet blir dersom entreprenøren ikke klarer å oppfylle beviskravet.

Som nevnt reiser plunder og heft-kravene spesielle bevisproblemer. Situasjonen kan være slik at det utvilsomt foreligger byggherreforhold og at entreprenørens produktivitet utvilsomt har blitt lavere, uten at entreprenøren klarer å bevise at en bestemt konsekvens kan føres tilbake til byggherren. Det kan synes urimelig at entreprenøren skal tape hele sitt krav dersom man med høy grad av sikkerhet kan si at byggherreforhold har medført nedsatt produktivitet, men

⁵⁸ Society of Construction Law (2017) s. 46.

den konkrete sammenheng mellom et forhold og en konsekvens ikke er bevist. HAB-dommen tar ikke stilling til spørsmålet. I LB-2011-135964 så retten spørsmålet, men fant det ikke nødvendig å gi et svar. I LF-2018-167020 ble hele plunder og heft-kravet avvist grunnet manglende konkretisering av faktiske konsekvenser og merutgifter. I LE-2015-83190 valgte retten imidlertid å utmåle en skjønsmessig kompensasjon for plunder og heft tross manglende konkretisering av kravet. Mindretallet i sistnevnte dom mente kravet måtte avvises. Jeg kommer tilbake til forskjellen mellom de to sistnevnte dommene senere i kapittelet.

En alternativ løsning kan være å tilkjenne entreprenøren en rimelig minsteerstatning i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Byggherreforholdene kan ses på som et mislighold av kontrakten, og vilkårene for erstatning i kontraktsforhold er da at det foreligger et økonomisk tap som står i adekvat årsakssammenheng med misligholdet.⁵⁹ Vilkårene synes i utgangspunktet å være like som vilkårene for vederlagsjustering, men det er ikke nødvendigvis sikkert at kravet til bevis for årsakssammenheng settes like høyt hva gjelder konkretisering. Kanskje kan det være tilstrekkelig for en minsteerstatning at entreprenøren beviser at han har fått økte kostnader på grunn av byggherreforhold, uten at årsakssammenhengen mellom de konkrete skader og årsaker dokumenteres. I slike tilfeller må man nok imidlertid kreve at entreprenøren beviser at han ikke kunne foretatt seg noe annerledes for å oppfylle beviskravet.

SCL argumenterer for at det under visse omstendigheter kan være akseptabelt å tilkjenne entreprenøren en samlet kompensasjon for plunder og heft der det er praktisk umulig å identifisere og dokumentere årsakssammenheng.⁶⁰ Dersom all plunder og heft kan tilbakeføres til byggherrens forhold, men entreprenøren ikke kan bevise årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og produktivitetsforstyrrelser på konkrete arbeidsoperasjoner, mener SCL at det kan være rimelig å la byggherren bære hele ansvaret.⁶¹ Dette vil naturligvis ikke gjelde dersom entreprenøren kunne foretatt seg mer for å oppfylle beviskravet. Manglende bevis må skyldes at dette ikke var praktisk mulig å skaffe.

Reelle hensyn taler også for å tilkjenne entreprenøren en samlet minsteerstatning dersom han ikke kan bebreides for at beviskravet ikke er oppfylt. Situasjonen er jo nettopp den at byggherren har forårsaket et tap hos entreprenøren. Det synes da urimelig å skyve hele ansvaret over på entreprenøren dersom han uansett ikke kunne handlet annerledes for å skaffe

⁵⁹ Hagstrøm (2011) s. 466.

⁶⁰ Society of Construction Law (2017) s. 44.

⁶¹ *ibid.* s. 50.

bevis for årsakssammenhengen. Flere momenter taler altså for å tilkjenne entreprenøren en form for minstekompensasjon for plunder og heft.

På den andre siden kan det å åpne for en slik minsteerstatning uten grunnlag i kontrakten medføre uforutsigbarhet for partene. Dersom det er helt på det rene at det foreligger byggherreforhold som har forstyrret entreprenørens produktivitet er det imidlertid begrenset hvor mye byggherren kan høres med et slikt argument. Hva løsningen vil bli i praksis er vanskelig å forutse. LF-2018-167020, som konkluderte med bortfall av kravet, er avsagt etter HAB-dommen. Dette kan tale for at en minsteerstatning ikke er aktuelt. Lagmannsretten uttalte i dommen at den hadde forståelse for at det var vanskelig å konkretisere plunder og heft-krav, men fant likevel at det ikke kunne lempes på dokumentasjonskravet. Dette til tross for at retten fant det «åpenbart» at entreprenørens drift var påvirket. Én lagmannsrettsdom er imidlertid ikke nok til å utelukke at minsteerstatning i enkelte tilfeller kan bli aktuelt der det fremstår praktisk umulig å konkretisere kravet. Dersom dommeren er overbevist om at entreprenøren har lidt et tap som følge av byggherrens forhold, vil det muligens stride mot dommerens rettsfølelse å skyve hele tapet over på entreprenøren. Det kan da tenkes at domstolene er tilbøyelige til å finne frem til en løsning som i noen grad kompenserer entreprenøren for det aktuelle tapet. Dette synspunktet synes i til en viss grad å ligge til grunn for flertallets valg om å tilkjenne entreprenøren kompensasjon for plunder og heft i LE-2015-83190, til tross for at bevisførselen ikke var ideell. Lagmannsretten gjennomgikk her årsakene til hvorfor dette var situasjonen. Dommen er imidlertid avsagt før HAB-dommen. Konklusjonen er åpen, men jeg tror domstolene vil være tilbakeholdene med å åpne for minsteerstatning.

Et annet spørsmål tilknyttet beviskravet er hvordan ansvaret for plunder og heft skal fordeles mellom partene ved samvirkende årsaker. Situasjonen er her at noen omstendigheter kan henføres til entreprenøren, mens andre kan føres tilbake til byggherren, og begge parters forhold har hatt innvirkning på produktiviteten. Det foreligger altså en beviselig årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og produktivitetsforstyrrelser på konkrete arbeidsoperasjoner, men entreprenørens egne forhold har også spilt inn. Det som mangler er da den eksakte økonomiske konsekvensen av hver av partenes forhold.

Kontraktstandardene regulerer ikke spørsmålet. Pettersson uttaler at man i disse tilfellene må foreta en skyldfordeling, hvor man vurderer forholdene opp mot hverandre og hensyntar forholdenes alvorlighetsgrad og påvirkningsevne på driften.⁶² Sandvik argumenterer for en skjønnspreget beregning der konsekvensene av forhold ikke kan føres tilbake til en av partene

⁶² Pettersson (2010) s. 357.

alene.⁶³ Der man befinner seg innen en av partenes risikofære, men den andre parten opptrer uaktsomt, mener Sandvik at man skal foreta en deling av risikoen på samme måte som i erstatningsretten.⁶⁴ I samsvar med erstatningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-1 første ledd vil resultatet da bli at entreprenørens vederlag settes ned eller faller bort ved egen medvirkning. Et eksempel fra rettspraksis på en skyldfordeling ved samvirkende årsaker finnes i LA-2013-175355, hvor lagmannsretten fant at begge parter var ansvarlige for forhold som hadde medført produktivitetsforstyrrelser, og delte skylden 50/50.

En mer inngående drøftelse av konsekvensen av samvirkende årsaker faller utenfor oppgavens tema. Teori, praksis og lovregulering fra andre rettsområder taler som vi har sett for at det må foretas en skylddeling mellom partene, og at de økonomiske konsekvenser deles deretter. Dette stemmer også med den nevnte differansebetraktning slik at det gjøres fratrukk for entreprenørens egne forhold. HAB-dommen støtter til en viss grad dette når førstvoterende i avsnitt 86 uttaler at det ikke generelt kan «kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises.»

3.4 Tålegrense

Før det kan bli aktuelt med plunder og heft-krav må man over en viss terskel. Noe plunder og heft må entreprenøren alltid regne med i prosjektet. I HAB-dommen uttrykte førstvoterende dette slik i avsnitt 55: «Entreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene.» Spørsmålet er hvor tålegrensa går.

Terskelen for forstyrrelser entreprenøren må tåle, beror på kontrakten. Ved entreprenørens prising av tilbudet forutsettes han å ta høyde for noe plunder og heft.⁶⁵ Det avgjørende er hva entreprenøren kan forvente basert på kontraktens beskrivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift.⁶⁶ Plunder og heft som er påregnelig etter kontrakten kan ikke kreves kompensert.⁶⁷ Det samme gjelder utgifter som kunne vært avhjulpet ved andre tiltak.⁶⁸ Forstyrrelser ut over dette skal som utgangspunkt kompenseres. Vurderingen blir altså konkret.

⁶³ Sandvik (1966) s. 352-353.

⁶⁴ *ibid.* s. 314-315.

⁶⁵ LE-2017-133058.

⁶⁶ Giverholt (2012) s. 324.

⁶⁷ NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd b).

⁶⁸ *l.c.*

I Asker og Bærum tingretts dom av 22. desember 2011 ble tålegrensa forklart ved å benytte et «beger som blir fullt» som illustrasjon. På side 114 uttalte retten at «[d]et er forstyrrelser utover dette – når ”begeret blir fullt” – som kan kreves dekket. Det ligger i dette at også små forstyrrelser kan være med på å ”fylle begeret” selv om de ikke i seg selv utløser krav om kompensasjon». Man må altså se på den totale effekten av produktivitetsforstyrrelsene.

Entreprenørens tålegrense må ses i sammenheng med samordningsplikten etter NS 8405 pkt. 18.3. Bestemmelsen fastslår at entreprenøren skal «samordne sin fremdrift med sideentreprenører, prosjekterende og øvrige aktører i prosjektet» og «gjennomføre utførelsen i samråd med de samme aktørene». Dette gjelder innenfor de rammer som er påregnelige etter kontrakten, jf. samme bestemmelse. Samordningsplikten medfører at entreprenøren må tåle at egen produksjon til en viss grad forstyrres av andre aktører. Dette gjelder særlig i større prosjekter hvor det er forutsigbart at det vil være mange kontraktsparter. Det følger uttrykkelig av pkt. 18.3 at entreprenøren ikke får et særskilt vederlag for samordningsplikten. I NS 8407 følger det samme forutsetningsvis av at entreprenøren kan påberope seg en endring (og dermed vederlagsjustering) etter pkt. 21.4 annet ledd dersom byggherrens koordinering medfører større omlegging av arbeidet enn entreprenøren må tåle etter første ledd.⁶⁹ Når entreprenøren ikke kan kreve vederlag for samordningsplikten gir det god mening at han også må over en terskel før han kan kreve vederlagsjustering for plunder og heft. Et annet resultat ville gitt den vederlagsfrie samordningsplikten liten selvstendig betydning, da all tilpasning til andre aktører i prosjektet trolig medfører noe forstyrrelser på produktiviteten hos den enkelte entreprenør.

4 Varsling

4.1 Innledning - varslingsregimet

Varsling er som nevnt det siste vilkåret for å vinne frem med et plunder og heft-krav. NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd fastslår at plunder og heft skal varsles «særskilt», mens tredje ledd utdyper:

«Varslet skal gis uten ugrunnet opphold når entreprenøren blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe. Gir han ikke slikt varsel, taper han retten til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for krav på vederlagsjustering.»

⁶⁹ Giverholt (2012) s. 323.

Det må varsles både rettidig og med rett innhold. I tillegg stiller standarden krav om at varselet skal fremsettes skriftlig og til rett representant.⁷⁰

NS 8405 og 8407 opererer med et strengt varslingsregime. Alle krav på vederlagsjustering grunnet byggherreforhold må varsles dersom de ikke skal gå tapt (prekluderes). Unntak gjelder for endringer utstedt ved endringsordre.⁷¹ Hvis entreprenøren mener at byggherreforholdene i tillegg har forårsaket plunder og heft, kreves tilleggsvarsel for dette. Det gjelder også der produktivitetsforstyrrelsene skyldes endringer. Plunder og heft plukkes altså ikke opp av det første varselet om vederlagsjustering, selv om kravet springer ut av de samme byggherreforholdene som de direkte konsekvensene. De konkrete reglene om varsling av plunder og heft er ellers ulike i de forskjellige standardene. Både NS 8405 og 8407 krever «særskilt varsel» for slike krav, mens den etterfølgende kvantifiseringen av kravet er regulert på forskjellige måter.

NS 8406 har ingen særskilte regler om varsling av plunder og heft. Dersom partene ser at det strenge varslingsregime i NS 8405 og 8407 blir krevende å overholde, bør NS 8406 velges i stedet. NS 8405 påpeker dette i pkt. 1 annet ledd.

Manglende varsling har alvorlige konsekvenser idet ellers berettigede krav tapes. Dette, samt at reguleringen varierer med standardene, gir reglene en positivrettslig karakter. Det skal mye til for å gi positivrettslige bestemmelser et utvidet anvendelsesområde.⁷² Varslingsreglene i NS 8405 og 8407 egner seg derfor lite for analogibetraktninger til NS 8406 og som alminnelig entrepriserett.

I det følgende gjennomgår jeg først reglene om særskilt varsel for plunder og heft som er felles for NS 8405 og 8407. Deretter gjennomgår jeg de ulike reglene om etterfølgende kvantifisering av kravet. Til slutt drøfter jeg hvilke varslingsregler som må gjelde utenfor de to standardenes anvendelsesområde.

Der innholdet i varslingsreglene for plunder og heft-krav ikke skiller seg fra andre varslingsregler i entrepriseretten, holdes drøftelsen på et overordnet nivå. Fokuset i dette kapittelet vil ligge på de sidene av varslingsreglene som er spesielle for plunder og heft.

⁷⁰ NS 8405 pkt. 8.

⁷¹ Marthinussen (2010) s. 317.

⁷² HR-2019-1073-A avsn. 66.

4.2 Varsel om plunder og heft

4.2.1 Fristens utgangspunkt

Entreprenøren må uten ugrunnet opphold varsle byggherren særskilt etter at han blir eller burde blitt klar over at utgifter grunnet plunder og heft ville påløpe, jf. NS 8405 pkt. 25.3 tredje ledd. Varslingsfristen begynner altså å løpe når entreprenøren «blir eller burde ha blitt» klar over forholdene.

At entreprenøren *blir* klar over forholdene innebærer at han har positiv kunnskap om at utgifter vil påløpe. I dette ligger ikke et krav til kunnskap om kravets totale omgang, kun tilstrekkelig oversikt over forholdene til å fremme krav.⁷³ Ved å la fristen starte å løpe også dersom entreprenøren *burde* ha blitt klar over dette, løser man en del bevisproblemer knyttet til entreprenørens kunnskap idet subjektive forhold kan være vanskelige å dokumentere. Det kritiske temaet for fristens utgangspunkt er altså når entreprenøren burde forstått at utgifter ville påløpe.

I ordet «burde» ligger en vurdering av hva man kan forvente av entreprenøren. Entreprenøren er en profesjonell yrkesutøver, og aktsomhetsnormen er da streng. På en rekke kontraktsområder opereres det med begrepet «måtte kjenne til» ved varslingsregler.⁷⁴ «Burde» er en lavere terskel enn «måtte», og aktsomhetsnormen blir dermed særlig streng på entrepriserettens område.

For det første kan det undersøkes om entreprenøren har foretatt aktsomme undersøkelser som kunne avdekket om utgifter ville påløpe. Har entreprenøren foretatt de undersøkelsene det kan forventes av ham, men uten å finne noe som kan tilsi at plunder og heft vil medføre økte utgifter, vil entreprenøren fortsatt være i aktsom god tro. På den andre side skal det mindre til for å fastslå at entreprenøren burde ha forstått at utgifter ville påløpe dersom det foreligger en rekke forstyrrende byggherreforhold. Der slike forhold er omfattende, oppstår sent i prosjektet eller rammer kritiske deler, burde en aktsom entreprenør normalt forstå at økte utgifter grunnet plunder og heft vil bli en følge.

Det må videre tas hensyn til vanskelighetene ved å varsle om plunder og heft når man vurderer entreprenørens aktsomhet. Ofte vil plunder og heft oppstå som en følge av en rekke småforhold som ikke alene er tilstrekkelige til å utløse varslingsplikten, men som samlet kan være det. I HAB-dommen uttalte Høyesterett i avsnitt 56 at plunder og heft-krav aktualiseres «når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra

⁷³ Rt. 2009 s. 160 avsn. 46.

⁷⁴ Se for eksempel kjøpsloven § 17 (2) (b) og avhendingslova § 3-10 (1).

anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes». Det må foretas en konkret vurdering av når det kan sies å foreligge nok incentiver til at entreprenøren burde reagere. Videre må man som tidligere nevnt over en tålegrense før entreprenørens vil ha et krav. Varslingsfristen kan dermed ikke begynne å løpe før denne grensa er nådd.

4.2.2 Fristens lengde

Når det først er konstatert at varslingsfristen har begynt å løpe, må entreprenøren varsle «uten ugrunnet opphold». Standardkontraktene definerer ikke hva som ligger i dette uttrykket, men ordlyden innebærer at ethvert opphold fra straks må være saklig begrunnet. Entreprenøren må altså ha en gyldig grunn for å ikke varsle med en gang han «blir eller burde ha blitt» klar over plunder og heft-utgiftene.

En rekke hensyn taler for å tolke «uten ugrunnet opphold» strengt. Plunder og heft-krav kan typisk bli store, og budsjettensyn og byggherrens behov for forutsigbarhet i prosjektet taler derfor for at han varsles straks entreprenøren har grunnlag for det. Lojalitetsprinsippet underbygger dette. Jo tidligere det varsles, desto enklere vil det også være å kontrollere kravet. Dersom plunder og heft-krav ikke varsles før i sluttoppgjøret, vil det være vanskelig for partene å gå tilbake i prosjektet for å finne eventuell årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og den nedsatte produktiviteten. I tillegg tar reglene om fristens utgangspunkt hensyn til entreprenørens behov for undersøkelser eller lignende, slik at behovet for å områ seg bør være lite når fristen først har begynt å løpe. Kravene til varselets innhold er som vi skal se begrensede, hvilket også taler for å gi entreprenøren en kort varslingsfrist.

Hensyn som taler mot å gi en kort varslingsfrist er at kravets art gjør det særlig vanskelig å varsle. Hensynet vil imidlertid bli ivaretatt dersom disse vanskelighetene plukkes opp i fristens utgangspunkt i stedet for fristens lengde. I praksis vil nok disse vurderingene gli over i hverandre, slik at entreprenøren uansett gis tid til å områ seg.

Tilvirkningskontrakter kan gi ytterligere veiledning om hvor lang varslingsfristen bør være. Tidligere hadde varslingsreglene i disse standardene samme ordlyd som entreprisestandarder, nemlig at det måtte varsles «uten ugrunnet opphold».⁷⁵ Denne ordlyden er i de nyere standardene erstattet med en standardisert varslingsfrist på 21 dager.⁷⁶ Offshoreprosjekter er typisk større og mer komplekse enn prosjekter innen landentreprise. Dette taler for at varslingsfristen normalt bør være kortere enn 21 dager i entrepriseprosjekter.

⁷⁵ Se for eksempel NTK 07 art. 3.3 annet ledd.

⁷⁶ NTK 15 art. 16.2 og 27.2.

Forutsatt at alle ledd handler på en tilstrekkelig effektiv måte, vil et saklig opphold være den tid det tar fra noen oppdager at økte utgifter vil påløpe, til dette viderefremmes og skriftlig varsel sendes. Unormal høy ineffektivitet i noen av leddene eller kommunikasjonssvikt innad i organisasjonen må entreprenøren selv bære risikoen for. At ethvert opphold må være saklig innebærer videre at oppholdet må være knyttet til det aktuelle kravet. Opphold fra straks kan ikke begrunnes med at entreprenøren for eksempel er svært opptatt med et annet prosjekt.

Under normale omstendigheter mener jeg en til to uker bør være tilstrekkelig med tid fra entreprenøren ble eller burde blitt klar over at økte utgifter ville påløpe til varsel må være sendt til byggherrens representant. I LH-2005-140477 gikk det 14 dager fra byggherreforhold ble oppdaget til varsel ble sendt. Lagmannsretten fant at dette måtte sies å være uten ugrunnet opphold. I NS 8405 pkt. 15.2 er en særskilt varslingsplikt satt til «uten ugrunnet opphold og senest innen 14 dager». Dette kan gi veiledning også for plunder og heft-kravenes varslingsfrister.

I Rt. 2009 s. 160 (Stryn Energi) fant Høyesterett at det ved vurderingen av varslingsfristens lengde skal tas hensyn til at entreprenøren må ha tid til å vurdere ansvarsspørsmålet.⁷⁷ Fristen kan altså ikke løpe ut før entreprenøren har hatt mulighet til å undersøke om det er byggherreforhold som er årsaken til de økte utgiftene. Denne vurderingen kan være særlig vanskelig å foreta ved plunder og heft hvor årsaksbildet er komplisert. Der entreprenøren burde ha oppdaget at økte utgifter vil påløpe, men ennå ikke har positiv kunnskap om dette, blir dette hensynet mindre praktisk.

4.2.3 Varselets innhold

NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd fastslår at det skal varsles «særskilt» ved plunder og heft-krav. Utenom dette gir ikke standarden veiledning om hvilke krav som stilles til varselets innhold.

Til forskjell fra de spesifiserte, er det særskilte plunder og heft-varselet et såkalt nøytralt varsel. Et spesifisert varsel skal sendes «når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet», jf. NS 8405 pkt. 25.4 første ledd. Dette må innebære at et nøytralt varsel ikke trenger å si noe om kravets omfang.

Når varselet er «særskilt» for plunder og heft, må det påpekes at vederlagskravet skyldes produktivitetsforstyrrelser. Kravstypen må altså identifiseres. Det må fremgå at de økte

⁷⁷ Rt. 2009 s. 160 avsn. 47.

utgiftene knytter seg til nedsatt produktivitet grunnet byggherreforhold. I tillegg må byggherreforholdene identifiseres. Det bør være tilstrekkelig med et varsel som gjør en normalt aktsom byggherre oppmerksom på hvilken type krav som fremmes, samt hvilke faktiske forhold som utløser kravet.⁷⁸

Rt. 2012 s. 1779 (Victocor-dommen) illustrerer nærmere hvilke innholdskrav som stilles til varselet. Dommen gjaldt spørsmålet om det var reklamert i henhold til kjøpslovens krav. Reklamasjon er i likhet med varsling å fremme sine krav, og dommen gir derfor veiledning også på entrepriserettens område. Høyesterett viste i avsnitt 61 til kjøpslovens forarbeider, som fastslo at det ikke er «tilstrekkelig reklamasjon etter § 32 første ledd at kjøperen generelt klager på tingen. Det kreves etter ordlyden at meldingen også angir hva slags mangel det gjelder.» Overført til varsling etter entreprisstandardene samsvarer dette godt med det ovenfor nevnte om at det må være synlig at det er plunder og heft-krav som fremmes. Generell klaging over forstyrrende byggherreforhold vil altså ikke være tilstrekkelig varsling. Det samme gjelder dersom det påståtte varselet kun oppfattes som et innspill i en pågående diskusjon mellom partene.⁷⁹ Et alminnelig forbehold om mulige fremtidige krav er heller ikke nok.⁸⁰ Plunder og heft-kravet må altså påberopes uttrykkelig.

4.2.4 Varselets form

Hva som regnes som «skriftlig» er noe forskjellig i NS 8407 og 8405. Etter 8407 pkt. 5 første ledd annet punktum regnes e-post som skriftlig «dersom ikke annet er avtalt», mens det etter NS 8405 pkt. 8 annet ledd annet punktum uttrykkelig må avtales dersom elektronisk kommunikasjon skal oppfylle skriftlighetskravet. Denne forskjellen i standardenes system kan bidra til forvirring, og er derfor uheldig.

Kravet om skriftlighet kan begrunnes i behovet for å sikre bevis og dokumentasjon, samt at prosessen normalt vil være ryddigere mellom partene. I tillegg kan manglende varsling få alvorlige konsekvenser. Et krav om skriftlighet kan redusere eventuell usikkerhet om det er varslet eller ikke. Etter mitt syn ivaretas hensynene også ved bruk av elektronisk kommunikasjon, forutsatt at partene har et godt lagringssystem. Brudd på formkravet vil medføre at oversendelsesrisikoen, jf. avtaleloven § 40, blir hos den som skulle varslet skriftlig. Kravet om skriftlighet kan fravikes uttrykkelig eller ved konkludent adferd mellom partene.⁸¹

⁷⁸ LE-1998-648.

⁷⁹ Rt. 2012 s. 1779 avsn. 70-73.

⁸⁰ LB-2002-3890.

⁸¹ Se LF-2012-183059 og LB-2001-3116 som eksempler.

4.2.5 Virkningene av mangelfull varsling

For det særskilte plunder og heft-varselet medfører mangelfull varsling at entreprenøren taper sin rett til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for vederlagsjustering, jf. NS 8405 pkt. 25.3 tredje ledd annet punktum.

Ordlyden fastslår at det er retten til å påberope seg «påløpte» utgifter som tapes. Dette kan gi inntrykk av at fremtidige utgifter ikke berøres av preklusjonsreglene. Når varslingsplikten også omfatter fremtidige utgifter, jf. utgifter som «ville påløpe», er dette tolkningsalternativ imidlertid svært inkonsistent. Utgifter kan naturligvis ikke tapes før de faktisk har påløpt, hvilket kan være bakgrunnen for valg av ordlyd. I LE-1998-648 uttalte lagmannsretten at man ved en inngripende sanksjon, noe preklusjon er, bør velge det tolkningsalternativ som er minst inngripende. Dommen kan skape forvirring om tolkningen av preklusjonsreglene. Den kan imidlertid likevel ikke være tilstrekkelig til å sette en logisk sammenheng mellom varslingsreglene til side. Fremtidige utgifter grunnet plunder og heft kan dermed tapes så fort de faktisk påløper dersom varslingsystemet ikke er fulgt.

Fra rettspraksis finnes særlig to praktiske tilfeller som kan sette preklusjonsregler til side. Det ene er der partene gjennomgående varsler for sent, og dermed forlater standardens varslingsystem ved konkludent adferd.⁸² Det andre tilfellet er der partene begir seg inn på realitetsdrøftelser av kravet.⁸³

Dersom det er usikkert om det er varslet i henhold til standardens krav, må bevistvil gå ut over den part som skulle varslet.⁸⁴ Kravet tapes i sin helhet ved mangelfull varsling. Konsekvensen blir at entreprenøren må overvinne følgene av produktivitetsforstyrrelsene uten å få betalt for det.

Dersom varselet ikke oppfyller innholdskravene, må konsekvensen bli at det ikke regnes for å være varslet i det hele tatt. Varslingsfristen er da ikke avbrutt og kravet tapes.

Preklusjonsreglene går begge veier. Dersom byggherren mener at entreprenøren har oversett varslingsfristen, må han påberope seg dette «uten ugrunnet opphold» etter at han mottok varselet. Gjør han ikke det, taper han sine innsigelser og entreprenørens varsel anses som

⁸² LB-2016-39293 og LF-2004-94084.

⁸³ Rt. 1984 s. 962 og LH-1998-589.

⁸⁴ LB-2016-39293.

rettidig, jf. NS 8405 pkt. 8 tredje ledd. Denne regelen gjør bortfall av innsigelser grunnet realitetsdrøftelser mindre praktisk.

4.3 Kvantifisering av kravet

4.3.1 Innledning

Etter at nøytralt varsel om plunder og heft-krav er sendt, må entreprenøren spesifisere kravet sitt. Slik spesifisering skjer gjennom en kvantifisering – eller tallfesting – av vederlagskravet. NS 8405 og 8407 har flere regler om hvordan og når denne kvantifiseringen skal skje, og reglene er til dels overlappende.

Begge standardene krever for det første at entreprenøren holder byggherren løpende orientert om kravets utvikling.⁸⁵ NS 8405 krever i tillegg at det sendes et «spesifisert og begrunnet krav».⁸⁶ Plunder og heft-bestemmelsen i NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd b) viser videre til at pkt. 31.4 om ukentlige spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader får anvendelse så langt den passer. I 8407 synes det samme å gjelde kun dersom plunder og heft-kravet skal gjøres opp etter regning (regningsprisformatet). Plunder og heft-bestemmelsen i NS 8407 pkt. 34.1.3 viser ikke uttrykkelig til pkt. 30.3.1 om ukentlige spesifiserte oppgaver. I NS 8405 pkt. 25.8.2 annet ledd heter det at entreprenøren skal overholde bestemmelsen i 31.4 selv om byggherren er uenig i at vederlagsjusteringen skal skje etter bestemmelsene om regningsarbeid. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke i NS 8407. I 8407 pkt. 34.4 sies det kun at bestemmelsene om regningsarbeid skal anvendes der det ikke foreligger anvendelige enhetspriser for vederlagsjusteringen.

En naturlig forståelse av varslingsystemet vil være at bestemmelsene om ukentlige spesifiserte oppgaver kun får anvendelse der entreprenøren mener at plunder og heft-krav skal gjøres opp etter regning. En annen tolkning ville gjort de øvrige bestemmelsene om spesifisering av kravet overflødige. Utenfor regningsarbeid følges reglene om å holde byggherren løpende orientert om kravets utvikling, samt å sende spesifisert og begrunnet krav der NS 8405 anvendes. Drøftelsen viser hvor vanskelig tilgjengelig varslingsreglene er, og det hadde vært nyttig med en samordning.

⁸⁵ NS 8405 pkt. 25.3 fjerde ledd og NS 8407 pkt. 34.2.2 annet ledd siste punktum.

⁸⁶ NS 8405 pkt. 25.4.

4.3.2 Spesifisert varsel etter NS 8405 pkt. 25.4

Utenfor regningsprisformatet krever NS 8405 et spesifisert varsel i tillegg til det nøytrale. Dette følger av pkt. 25.4, som i første ledd fastslår: «Når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet på vederlagsjustering, skal entreprenøren uten ugrunnet opphold sende byggherren et spesifisert og begrunnet krav.»

Etter at første plunder og heft-varselet er sendt, må entreprenøren straks begynne undersøkelser for å beregne omfanget av kravet. Han kan ikke utsette slike undersøkelser for å unngå at varslingsfristen skal begynne å løpe. «Omfanget av kravet» taler for at man skal frem til et anslag over hvor stor vederlagsjustering entreprenøren mener å ha krav på grunnet produktivitetsforstyrrelser. Det kan tvilsomt kreves et eksakt tall. Plunder og heft-kostnader er som nevnt vanskelige å beregne når de oppstår, og vil gjerne være under løpende utvikling. Entreprenøren må komme frem til et så presist omfang som mulig, men uten at det kan kreves at han legger ned uforholdsmessig mye ressurser i undersøkelsen. Det viktigste må være at byggherren får et inntrykk av hvor store utgiftene ser ut til å bli. Kravet må være tilstrekkelig spesifisert og begrunnet til at byggherren kan ivareta egne interesser, for eksempel ved å rette byggherreforholdene for å unngå ytterligere kostnader, og slik at han kan ta stilling til om kravet er berettiget.

Hvilken spesifisering av vederlagskravet som kan kreves, må ses i sammenheng med plikten til å holde byggherren løpende orientert om kravet. Den løpende orienteringen medfører at byggherren uansett blir oppdatert når ytterligere undersøkelser og mer nøyaktige tall er klare. Dette må innebære at man kan lempe noe på hvor presist det spesifiserte varselet trenger å være. Krav om spesifisert varsel er ikke tatt med i NS 8407, som er nyere enn 8405. En årsak til dette kan være at man antok at den løpende orienteringen fjernet behovet for et spesifisert krav.

Entreprenøren må gis rimelig tid til å beregne omfanget av kravet på grunn av de særlige utfordringer plunder og heft-krav medfører. Så snart omfanget foreligger må han imidlertid straks oversende det spesifiserte varselet. Igjen er fristen «uten ugrunnet opphold», og ethvert opphold uten saklig grunn vil utgjøre et avvik fra straks.

Virkningene av for sent fremsatt spesifisert varsel etter NS 8405 pkt. 25.4 er mindre inngripende enn ved det nøytrale varselet. Her medfører for sent varsel kun delvis preklusjon, slik at entreprenøren bare har krav på «slik justering av vederlaget som byggherren måtte forstå at forholdet ville medføre». Dette henger sammen med at byggherren allerede har blitt varslet om at krav grunnet plunder og heft fremmes, og dermed i noen grad fortsatt vil kunne ivareta sine interesser.

Hvilket omfang byggherren «måtte forstå» at de økte utgiftene ville få, må i utgangspunktet bero på en objektiv vurdering. Ordlyden tilsier at det må være ganske åpenbart at utgifter vil påløpe. Byggherren forutsettes imidlertid å være profesjonell, og det skal dermed en del til før han kan høres med at han ikke forstod at nedsatt produktivitet ville føre til økte kostnader. Antakeligvis vil det kun være ekstraordinære kostnader som faller utenfor hva byggherren måtte forstå ville påløpe.⁸⁷ I tillegg vil manglende varsling som nevnt medføre at bevistvil går ut over entreprenøren, slik at han uansett kun får dekket dokumenterte kostnader. I LH-2014-25064 var spesifisert varsel ikke sendt i tide, og retten foretok da en skjønnsmessig utmåling av kravet.

Preklusjonsreglene går også begge veier ved spesifiserte varsler, se særskilt regulering i NS 8405 pkt. 25.5.

4.3.3 Løpende orientering om kravets utvikling

Når entreprenøren har varslet at det vil påløpe utgifter grunnet plunder og heft, må han deretter holde byggherren løpende orientert om utviklingen av kravet. I NS 8407 kommer dette frem i pkt. 34.2.2 om vederlagsjustering, jf. annet ledd siste punktum, mens det i NS 8405 står i selve varslingsbestemmelsen, jf. 25.3 fjerde ledd.

Kravet om løpende orientering springer ut av samme hensyn som kravet om spesifisert varsel. Jo bedre opplyst byggherren er om utviklingen, desto bedre vil han være i stand til å ivareta sine interesser og kontrollere entreprenørens påståtte krav. Plikten til samarbeid og lojalitet under gjennomføringen av kontrakten, jf. NS 8405 pkt. 5, tilsier at entreprenøren bør dele opplysningene han har om utviklingen, samt innhente ytterligere når det er behov for det. Han må gi så gode opplysninger som mulig.⁸⁸ En gjennomgang av entreprenørens regnskaper til slutt vil ikke oppfylle kravet om løpende underretning.⁸⁹

Byggherren kan altså forvente at entreprenøren legger ned en innsats i den løpende orienteringen om utviklingen av kravet, men eksakte rapporter eller utregninger kan ikke kreves. Det må tas hensyn til at plunder og heft som regel oppdages i ettertid, og derfor er vanskelig å dokumentere. Partene kan med fordel avtale hvordan den løpende orienteringen skal skje.⁹⁰

⁸⁷ Marthinussen (2016) s. 398.

⁸⁸ HR-2019-1225-A avsn. 84.

⁸⁹ LE-1998-648.

⁹⁰ Kolrud (2004) s. 278.

Verken NS 8405 eller 8407 sier hva virkningene av manglende løpende underretning er. Marthinussen mfl. tar til orde for at konsekvensen bør bli delvis preklusjon, slik som ved manglende spesifisert varsel.⁹¹ Løsningen i rettspraksis har vært å la bevisvilen gå ut over den som skulle varslet. I LB-2016-39293 uttalte retten følgende:

«[L]agmannsretten kan ikke se at den manglende løpende oppdatering medfører at kravet er tapt eller må reduseres. Men det må etter omstendighetene ha den konsekvens at tvil om kravets berettigelse eller størrelse må gå utover [den part som skulle varslet].»

Det samme ble resultatet i LE-1998-648. Jeg er enig med lagmannsrettene i at dette bør bli resultatet. Preklusjon, om enn bare delvis, er en svært dramatisk konsekvens av manglende varsling. Når dette er uttrykkelig regulert i enkelte varslingsregler, men ikke nevnt i andre, bør man benytte en antitetisk tolkning. Dette stemmer godt overens med at man ved inngripende sanksjoner skal velge den løsning som er minst inngripende der det er tvil om hvordan kontrakten skal tolkes.

4.3.4 Spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader

Der entreprenøren mener at plunder og heft-krav skal gjøres opp etter regning, skal han som utgangspunkt sende ukentlige spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader. Dette følger av NS 8405 pkt. 31.4 og 8407 pkt. 30.3.1. Etter bestemmelsen i NS 8405 kan entreprenøren imidlertid kreve at slike oppgaver ikke skal sendes oftere enn hver måned når kostnadene skyldes byggherreforhold. Dette vil være tilfellet ved produktivitetsforstyrrelser.

Oppgavene skal blant annet spesifisere «materialforbruk og forbruk av tid når det gjelder mannskap og maskiner», jf. NS 8405 pkt. 31.4. Bestemmelsen er ikke uttømmende. Alle påløpte kostnader skal spesifiseres. Slik dokumentering kan være vanskelig å gjennomføre ved plunder og heft, noe som gjør bruk av regningsprisformatet utfordrende ved slike krav. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.2.

Dersom entreprenøren ikke leverer spesifiserte oppgaver i tråd med bestemmelsen, har han kun krav på dekning av de utgifter «byggherren måtte forstå at entreprenøren har hatt», jf. pkt. 31.4 femte ledd. Det vises til drøftelsen over i kapittel 4.3.2.

⁹¹ Marthinussen (2016) s. 393.

4.4 Varsling på ulovfestet område

Ovenfor i kapittel 2.2 ble det fastslått at plunder og heft-krav også kan fremmes på ulovfestet grunnlag. Spørsmålet er hvilke varslingsregler som skal gjelde i disse tilfellene.

Varslingsreglene i kontraktstandardene er som nevnt positivrettslige. De kan derfor ikke uten videre gjøres gjeldende som alminnelig entrepriserett. Sandvik mener imidlertid at det ikke kan være tvilsomt at tilleggskrav må varsles uavhengig av om dette kommer til uttrykk i kontraktsbestemmelsene.⁹² Dette samsvarer med alminnelige passivitetsprinsipper i norsk rett som innebærer at den part som forholder seg passiv kan anses for å ha gitt avkall på sine rettigheter.⁹³

NS 8406 viser uttrykkelig til passivitetsreglene i pkt. 3, hvor det heter:

«En part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts vanlige regler.»

Hensynene bak varslingsreglene, som behovet for forutsigbarhet, kontroll med kravet og ivaretagelse av byggherrens påvirkningsmuligheter, vil fortsatt gjelde selv om kontrakten ikke regulerer varsling. Etter dette må det også varsles på ulovfestet område. Neste spørsmål blir hva innholdet i de ulovfestede varslingsreglene vil være.

Der NS 8405 og 8407 opererer med varslingsfristen «uten ugrunnet opphold», er det etter NS 8406 tilstrekkelig med varsling «innen rimelig tid».⁹⁴ Flere momenter taler for å velge en tilsvarende varslingsfrist som den i NS 8406 der kontrakten ikke stiller opp varslingsregler. For det første bør man i tvilstilfeller som nevnt velge det minst inngripende alternativ. Å kreve at partene skal varsle *straks* uten holdepunkter i kontrakten synes strengt. I tillegg er som nevnt NS 8405 og 8407 først og fremst egnet for større prosjekter hvor det forutsettes at partene er i stand til å følge kontraktens strenge varslingsregime. Denne forutsetningen kan man ikke legge til grunn utenfor disse standardene. Snarere tvert i mot – man kan trolig anta at det dreier seg om små prosjekter med mindre profesjonelle parter dersom kontrakten ikke regulerer varsling.

Varslingsfristen «innen rimelig tid» er også den løsningen som er valgt i kjøpsloven, jf. blant annet § 32. Det samme følger av avhendingslova § 4-19 (1) og tomtefestelova § 31. I tillegg har rettspraksis lagt til grunn krav om varsling innen rimelig tid på ulovfestet område, jf. Rt.

⁹² Sandvik (1966) s. 376.

⁹³ Hagstrøm (2011) s. 366.

⁹⁴ NS 8406 pkt. 19 og 20 og LH-2013-113634.

1914 s. 692. Juridisk teori tar til orde for samme frist.⁹⁵ Basert på dette legges det til grunn at plunder og heft-krav må varsles innen rimelig tid dersom kontrakten ikke sier noe annet.

Hva som vil være «innen rimelig tid» beror på en konkret helhetsvurdering.⁹⁶ Ordlyden viser at det i utgangspunktet ikke må varsles straks, men at entreprenøren skal gis tid til å områ seg. Arvesen mfl. tar til orde for at noen få uker normalt vil måtte godtas.⁹⁷

Plunder og heft-krav vil kunne tapes etter det ulovfestede passivitetsprinsipp. Prinsippet beror på en rekke momenter som faller utenfor oppgavens kjerne å gå inn på.⁹⁸ Utenfor passivitetstilfellene kan manglende varsling ikke føre til preklusjon når dette ikke er uttrykkelig regulert.⁹⁹ Arvesen mfl. argumenterer for at konsekvensen i stedet bør være at entreprenørens vederlagskrav blir beskåret tilsvarende de utgiftene byggherren kunne unngått dersom det var varslet i tide.¹⁰⁰ Dette kan bygges på lojalitetsbetraktninger. I tillegg kan manglende varsling få betydning i bevissammenheng,¹⁰¹ se kapittel 4.3.3 ovenfor.

Dersom kontrakten mellom partene ikke sier noe annet, må det være tilstrekkelig med et nøytralt, men særskilt varsel om plunder og heft. Denne løsningen er som vi har sett valgt i både NS 8406 og NS 8407. I tillegg skiller verken bustadoppføringslova, husleieloven eller håndverkertjenesteloven mellom nøytral og spesifisert reklamasjon. Igjen bør det minst inngripende alternativ velges. Det vises til kapittel 4.2.3 ovenfor hva gjelder krav til varselets innhold.

I Rt. 1934 s. 740 avviste Høyesterett at det på generelt grunnlag kan kreves en påberopelse av for sent fremsatt reklamasjon for at reklamasjonen ikke likevel skulle anses rettidig. Dette må antakeligvis også gjelde som generell entrepriserett. Byggherren vil likevel kunne tape sine innsigelser mot manglende varsling dersom han ikke foretar seg noe, i tråd med de ulovfestede reglene om passivitet. Dette ble resultatet i LA-2017-194079.

Det kan neppe oppstilles et krav om skriftlig varsling om plunder og heft-krav på ulovfestet område. Prinsippet om formfrihet i norsk avtalerett tilsier at et krav om skriftlighet må avtales

⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 804 og Gomard (2009) s. 260.

⁹⁶ NOU 1976: 34 s. 39 og Rt. 2010 s. 103.

⁹⁷ Arvesen (2014) s. 235.

⁹⁸ Se Hagstrøm (2011) s. 802 flg. for en redegjørelse om prinsippet.

⁹⁹ Marthinussen (2010) s. 306.

¹⁰⁰ Arvesen (2014) s. 56-57.

¹⁰¹ LE-1998-648.

uttrykkelig eller ved konkludent adferd for at formfrihetsprinsippet skal settes til side.¹⁰² Grunnet bevisshensyn vil imidlertid skriftlig varsel anbefales. Igjen vil usikkerhet om det er varslet gå ut over den part som skulle ha varslet, jf. LB-2016-39293.

5 Utmåling av vederlaget

5.1 Innledning – økte utgifter

Entreprenøren kan kreve særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter grunnet plunder og heft, jf. NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd. Vilåårene for å ha et plunder og heft-krav er gjennomgått ovenfor. Når disse er oppfylt vil entreprenøren som utgangspunkt ha krav på vederlagsjustering. Vederlagsjustering er imidlertid ikke aktuelt før produktivitetsforstyrrelsene har medført «økte utgifter» for entreprenøren.

Økte utgifter innebærer at det må ha blitt dyrere for entreprenøren å oppnå forutsatt resultat på grunn av byggherreforhold. Vederlagsjusteringen skal tilsvare forskjellen mellom «faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de beregnede utgifter for en drift uten slike forhold», jf. Oslofjordtunnel-dommen avsnitt 43. For plunder og heft-krav er det altså kun utgifter som ikke ville oppstått om man tenker byggherreforholdet borte som er relevante.

Det er økte *utgifter* entreprenøren må påvise. Førsteversjonen av NS 8405 brukte begrepet *kostnader*, men det er liten grunn til å tro at den endrede begrepsbruken i andreutgaven, samt NS 8407, medfører en realitetsforskjell. Dette ville i så fall medført praktiske problemer ved at det måtte skilles mellom utgifter og kostnader.¹⁰³ Det ville også fremstå urimelig om entreprenøren ikke skulle få dekket de kostnader som ikke er utgifter, når kostnadene skyldes byggherrens forhold. Entreprenøren skal altså ha dekket både sine direkte utlegg (utgifter) og verdien av de ressurser som medgår grunnet byggherreforholdet (kostnader). Bestemmelsene er på dette punkt uheldig utformet idet begrepsbruken er upresis.

I juridisk teori rundt de eldre standardene ble det reist spørsmål om plunder og heft-krav også skulle omfatte fortjeneste.¹⁰⁴ NS 3430 pkt. 21.1 gir entreprenøren krav på erstatning for «merutgifter». Høyesterett fant i Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei-dommen) avsnitt 59 at merutgifter etter en normal språklig forståelse måtte begrenses til «*faktisk påløpte kostnader*». Denne dommen kan trekke i retning av at man tidligere ikke hadde krav på fortjeneste. I saken

¹⁰² Rt. 1998 s. 946.

¹⁰³ Marthinussen (2016) s. 392.

¹⁰⁴ Barbo (1997) s. 409-411.

var det imidlertid fremmet krav om dekning av utgifter som ikke var pådratt, fordi underentreprenøren i prosjektet hadde frafalt sitt krav mot entreprenøren. Dommen har dermed begrenset betydning for spørsmålet.

I de nye standardene er det fastslått at entreprenøren har krav på påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste ved regningsarbeid, jf. NS 8405 pkt. 31.1. Bestemmelsen i pkt. 25.3 annet ledd b) om plunder og heft viser til 25.8.1 om regningsarbeid, som viser videre til pkt. 31.1 om vederlagsberegning. I NS 8407 følger det samme av pkt. 34.2.2 annet ledd som henviser til 34.4 om regningsarbeid, som viser tilbake til pkt. 30.1. Kontraktens system taler derfor med styrke for at entreprenøren har krav på fortjeneste også ved plunder og heft. I NS 8405 pkt. 25.8.1 er det videre fastslått at der det skal skje en reduksjon i vederlaget grunnet fradrag, skal fortjenesten reduseres tilsvarende. Da må det samme gjelde andre vei, der vederlaget skal økes.

Reelle hensyn taler også for å inkludere fortjeneste i vederlagsjusteringen. De ekstra ressurser entreprenøren må sette inn ved plunder og heft kunne i mange tilfeller vært brukt i andre prosjekter hvor fortjeneste ville vært del av vederlaget. Da er det rimelig at et slik fortjeneste gis når entreprenøren tvinges til å benytte ekstra ressurser. Dersom motsatt løsning skulle legges til grunn, kunne dette gitt byggherren et økonomisk incentiv for å misligholde seg til ekstraarbeider som ellers ville vært del av kontraktens opprinnelige vederlag og dermed inkludert fortjeneste. I LE-2017-133058 uttalte lagmannsretten at plunder og heft også kunne innebære fortjeneste. Dette ble ikke kommentert i ankedommen i Høyesterett (HAB-dommen). Juridisk teori tar også til orde for at fortjeneste skal inkluderes.¹⁰⁵ SCLs uttrykker det samme.¹⁰⁶

Det må etter dette kunne fastslås at plunder og heft-krav også innebærer krav på fortjeneste. Dette må videre gjelde uansett vederlagsformat, da noe annet vil bli vilkårlig. De samme hensyn gjør seg gjeldene også utenfor regningsprisformatet. Ved bruk av enhetspriser vil fortjeneste allerede være priset inn.

Entreprenøren har også en tapsbegrensningsplikt ved plunder og heft som vil spille inn på hvilke kostnader han kan kreve dekket. Der entreprenøren med rimelige tiltak kan begrense og forebygge virkningene av byggherreforhold, skal han gjøre dette. Unnlater han det, må det skje en avkortning i vederlaget for de kostnader som kunne vært unngått. Tapsbegrensningsplikten følger av NS 8405 pkt. 25.6 annet ledd, samt den alminnelige

¹⁰⁵ Giverholt (2012) s. 561, Pettersson (2010) s. 361-361 og Nordtvedt (2013) s. 526.

¹⁰⁶ Society of Construction Law (2017) s. 45.

lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹⁰⁷ Tiltak som iverksettes skal dekkes etter reglene om vederlagsjustering, og eventuelle produktivitetsforstyrrelser som følge av tiltakene skal dekkes som plunder og heft.

Det skal skje en «særskilt» vederlagsjustering ved plunder og heft. Entreprenørens vederlagsjustering for produktivitetsforstyrrelser må altså avgrenses mot kostnader han får oppgjør for under vederlaget for kontrakts- og endringsarbeider, slik at det ikke blir overlapp. Det er kostnadene som forstyrrelsene har på *annet arbeid* man skal frem til. Det er klart at entreprenøren ikke skal få dobbelkompensasjon. Den praktiske grensedragningen mellom hva som allerede er dekket, og hva som gjenstår, kan imidlertid by på problemer.

Det må undersøkes om plunder og heft har blitt dekket under annen vederlagsjustering. Dersom produktivitetsforstyrrelser for eksempel medfører flere medgåtte timer med arbeidskraft et bestemt sted i prosjektet, men den berørte prosjektdelen gjøres opp etter regning, vil de ekstra timene uansett plukkes opp av kontraktens vederlagssystem. De ekstra medgåtte timene kan da ikke kreves dekket som plunder og heft i tillegg. Særlig vanskelig kan grensedragningen være ved forseringsarbeid, som både kan forårsakes av plunder og heft, men som også ofte kan medføre ytterligere plunder og heft grunnet overbefolkning og overtidsarbeid. Videre vil administrasjonsarbeid være en kostnadspost hvor det lett kan bli overlapp, fordi arbeidet skjer på tvers av prosjektet. Oppgjør for disse arbeidene må derfor undersøkes nøye. Dersom produktivitetsforstyrrelsene rammer arbeid som gjøres opp etter enhetspriser må man undersøke om enhetsprisene har blitt justert på en måte som plukker opp de økte kostnadene.

I det følgende vil jeg drøfte hvordan plunder og heft-kravet skal utmåles, altså hvilken metode som skal benyttes for å stille entreprenøren økonomisk som om byggherreforholdene ikke hadde inntrådt. Målet er å finne frem til den metoden som er best egnet til å gi entreprenøren full dekning for plunder og heft-kostnader, samtidig som han ikke skal få dekket mer enn han har krav på. Ved vurderingen av utmålingsmetodene forutsettes det at alle vilkårene for vederlagsjustering er oppfylt, herunder krav om årsakssammenheng i samsvar med kapittel 3.3 ovenfor. Metodene her er kun ment å være modeller for hvordan den økonomiske konsekvensen i best mulig grad kan kartlegges. Vurderingene kan imidlertid i noen grad minne om vurderingene under årsakskravet, men formålet er altså forskjellig. Vi befinner oss nå som nevnt i trinn to av HAB-dommens metode for fastleggelsen av plunder og heft-krav, se kapittel 3.3.1.

¹⁰⁷ Følger blant annet av Rt. 1995 s. 1460, på s. 1469 og NS 8405 pkt. 5.

Jeg har delt utmålingsmetodene i en rangorden som følger standardenes system og HAB-dommens krav om konkretisering. HAB-dommen sier dessverre lite om utmålingen, men konkretiseringskravet oppstiller noen rammer for anvendbarheten av metodene. Utgangspunktet for utmålingen er kontraktens vederlagsformater. Der disse ikke er anvendelige, har juridisk teori og rettspraksis oppstilt flere alternative utmålingsmetoder. I hvilke situasjoner de forskjellige metodene kan og bør benyttes, forklares fortløpende. Alle metodene krever at enkelte forutsetninger er til stede før de kan anvendes optimalt. Dette påvirker hvorvidt rangordenen kan følges i et bestemt tilfelle. Rangordenen utenfor kontraktens system innebærer ikke noen rettslig norm da utmålingen av kravet først og fremst er et bevisspørsmål retten skal avgjøre. Jeg mener imidlertid at den rangorden jeg har funnet frem til representerer hvilke utmålingsmetoder som med høyest grad av sannsynlighet vil få gjennomslag i en eventuell domstolsprosess.

5.2 Standardens utgangspunkt

NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd b) fastslår at reglene i 25.7 om enhetspriser og 25.8 om regningsarbeid skal anvendes «så langt de passer.» Enhetsprisene står i utgangspunktet i rang over regningsprisformatet.¹⁰⁸

Enhetsprisformatet innebærer at prosjektet på forhånd deles opp i poster som prises hver for seg. Der kontraktens enhetspriser er anvendelige, skal disse benyttes, jf. pkt. 25.7.1. Enhetsprisformatet forutsetter imidlertid identiske arbeider. I praksis er derfor de avtalte enhetsprisene lite anvendelige ved plunder og heft. Entreprenørens krav på vederlagsjustering skyldes nettopp nedsatt produktivitet, som igjen ofte gjør hver enhet dyrere å produsere, og ikke nødvendigvis at flere enheter medgår. Dersom enhetsprisene er anvendelige vil nok arbeidet heller anses som tilleggsarbeid enn plunder og heft. I tillegg vil det være vanskelig å prise en enhet for plunder og heft ved kontraktsinngåelse, da man ikke kan forutse hvordan produktivitetsforstyrrelser vil manifestere seg.

NS 8405 pkt. 25.7.2 første ledd fastslår at enhetsprisene også skal benyttes på ytelser «som i det vesentlige er likeartet» med arbeid det finnes enhetspriser for. I så fall kan partene kreve enhetsprisene justert for avviket. Vilkåret om vesentlig likeartede ytelser skal imidlertid tolkes snevert,¹⁰⁹ hvilket begrenser metodens anvendelighet ved plunder og heft. Produktivitetsforstyrrelser vil sjelden medføre at nye, likeartede ytelser skal leveres. Igjen vil det normale være at det blir mer ressurskrevende å levere opprinnelige ytelser.

¹⁰⁸ NS 8405 pkt. 25.8.1 første ledd første punktum.

¹⁰⁹ LA-2017-194079.

Justerte enhetspriser kan imidlertid også anvendes på arbeid der forutsetningene for å bruke opprinnelige enhetspriser forrykkes, jf. pkt. 25.7.2 annet ledd. Spørsmålet blir om enhetsprisene da vil være anvendelige ved plunder og heft etter en justering.

Plunder og heft medfører ofte at flere arbeidstimer medgår for å oppnå samme resultat. En løsning kan da være å justere prisen for arbeidskraft opp. I et eksempel med enhetspris for lysspotter kan opprinnelig pris ha vært 400 kr for arbeidskraft + 100 kr per lysspott + 100 kr i påslag = 600 kr i enhetspris per lysspot. Man kan så tenke seg at arbeiderens produktivitet blir redusert grunnet økt ventetid samt trøtthet grunnet overtidsarbeid, og at dette medfører 25 % økning i tidsbruk for å montere lysspotten. Justert enhetspris blir da 500 kr for arbeidskraft (400 x 1,25) + 100 kr for lysspot + 116 kr i påslag (100 x 1,16) = 716 kr per enhet. Totalprisen for enheten har økt med 16 %, og påslaget må derfor oppjusteres tilsvarende, jf. NS 8405 pkt. 25.7.2 første ledd siste punktum. Bestemmelsen fastslår at prisnivået for de opprinnelige enhetsprisene skal reflekteres i justeringen. Dette innebærer også at entreprenøren ikke kan justere enhetsprisene på en måte som gjør arbeidet mer profitabelt enn arbeidet i opprinnelige enhetspriser.

Justerte enhetspriser er imidlertid lite praktisk ved plunder og heft. Et problem med å anvende slike er at de ikke nødvendigvis kompenserer entreprenøren for de totale konsekvensene av produktivitetsforstyrrelsene. Dette gjelder særlig der store deler av prosjektet er påvirket av byggherreforhold, slik at forholdene påvirker på tvers av postene med enhetspriser. I tillegg vil ikke nødvendigvis de enkelte elementer av enhetsprisen være synlig for byggherren eller eventuelt domstolen. Dersom justerte enhetspriser av denne grunn ikke er anvendbare eller det ikke finnes enhetspriser for det berørte arbeidet, er kontraktens løsning å utmåle vederlagsjusteringen som regningsarbeid.

NS 8405 pkt. 25.8.1 fastslår at vederlagsjusteringen skal følge bestemmelsene om regningsarbeid i pkt. 31. Regningsarbeid er den praktiske hovedregel for oppgjør i entreprisprosjekter der annet vederlagsformat ikke er avtalt.¹¹⁰ Dette vil antakeligvis også være regelen der plunder og heft skal utmåles på ulovfestet grunnlag.¹¹¹ Det følger av pkt. 30.1 at entreprenøren ved regningsarbeid skal ha betalt for «nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.» Alle kostnader som skyldes byggherreforhold blir da gjort opp.

¹¹⁰ Hagstrøm (2014) s. 310 – 311 og NS 8407 pkt. 26.1 annet ledd.

¹¹¹ Hagstrøm (2014) s. 311.

En utfordring med regningsarbeid som oppgjørsmåte for plunder og heft-krav, er at byggherren skal varsles før regningsarbeidet igangsettes, jf. pkt. 25.8.1 annet ledd. Dette vil være svært upraktisk ved plunder og heft, som normalt oppdages etter at de berørte arbeidene er utført. I teorien er det imidlertid antatt at konsekvensen av manglende varsling ikke er bortfall av krav, men kun at eventuell bevistvil går ut over entreprenøren.¹¹² Dermed kan kostnader for produktivitetsforstyrrelser fortsatt tenkes å gjøres opp etter regning.

Et annet problem med oppgjør etter regningsprisformatet, er det tidligere nevnte kravet om ukentlige eller månedlige spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader, jf. NS 8405 pkt. 31.4. Selv om deler av kravet viser seg løpende og kan rapporteres, vil ofte store deler først vise seg senere. Typisk vokser kravet vesentlig mot slutten av prosjektet.¹¹³ I tillegg kan det være vanskelig å isolere plunder og heft-kostnadene fortløpende. Regningsprisformatet skal kun anvendes så langt det passer. Dersom det ikke er mulig å sende spesifiserte oppgaver, må man derfor benytte andre metoder.

Både Pettersson og Nordtvedt mener at standardkontraktens utgangspunkt for vederlagsjusteringen ikke passer for plunder og heft-krav.¹¹⁴ Etter min drøftelse ovenfor er jeg ikke enig i dette. Dersom enkelte forutsetninger er på plass, vil både justerte enhetspriser og regningsarbeid være anvendelige vederlagsformat. I så fall følger det av kontrakten at disse skal benyttes. Giverholt mfl. synes å være enige i dette synspunktet hva gjelder justerte enhetspriser.¹¹⁵ I LA-2017-194079 ble oppgjør etter regningsprisformatet godtatt som et utgangspunkt for utmålingen av plunder og heft-kravet. Rettspraksis viser imidlertid at domstolene ofte setter kontraktens formater til side ved plunder og heft-krav.¹¹⁶

5.3 Primærmetoder

5.3.1 Innledning

Der standardens vederlagsformater ikke får anvendelse finnes det særlig to metoder som fremstår som akseptable utmålingsalternativer. Dette er såkalte konsekvensspesifikke metoder. Metodene splitter opp prosjektet og ser på konsekvensene byggherreforholdene har hatt på konkrete deler. Av den grunn har jeg kalt metodene primærmetoder, da de vil være foretrukne metoder for å oppfylle HAB-dommens konkretiseringskrav, jf. dommen avsnitt 83. De konsekvensspesifikke metodene finner ikke nødvendigvis de eksakte økonomiske utfall av

¹¹² Nordtvedt (2013) s. 533 og Giverholt (2012) s. 562.

¹¹³ Kolrud (2004) s. 287.

¹¹⁴ Pettersson (2010) s. 358 og Nordtvedt (2013) s. 525.

¹¹⁵ Giverholt (2012) s. 562.

¹¹⁶ Se for eksempel LE-1998-648, LB-2011-95644 og LB-2016-39293.

hvert enkelt byggherreforhold, men dette kreves heller ikke, jf. HAB-dommen avsnitt 86. Til forskjell fra standardenes utmålingsmetoder som *regner* ut kravet, vil disse primærmetodene *beregne* hvor stort kravet må antas å være. Dette er tilstrekkelig etter HAB-dommen, som i avsnitt 83 fastslår at entreprenøren skal «beregne de merkostnader» byggherreforholdene har medført.

Hvilken av de to primærmetodene man velger å anvende i en konkret sak er underordnet. Kjøpslovens forarbeider om erstatning ved avbestilling peker på hensyn som forklarer dette. I Ot.prp. nr. 80 (1986-87) heter det følgende på s. 105–106:

«Utgangspunktet må være at kjøperen skal dekke selgerens tap i samsvar med de generelle regler for utmåling av erstatning i kap X. Hvordan man kommer fram til erstatningsbeløpet er for så vidt ikke avgjørende så lenge de relevante tapsposter etter reglene blir dekket.»

Formålet er altså å komme frem til det sikreste resultatet. Valg av primærmetode avhenger først og fremst av hvilke forutsetninger som er oppfylt. Som vi skal se vil imidlertid den ene metoden være avhengig av å kombineres med andre metoder.

I likhet med situasjonen der justerte enhetspriser eller regningsprisformatet skal anvendes, må det nok som utgangspunkt oppstilles et krav om at byggherren skal varsles før entreprenøren velger å utmåle plunder og heft-krav etter en av de følgende metodene. Her har man igjen fraveket kontraktens utgangspunkt om bruk av avtalte enhetspriser. Det er imidlertid som nevnt lite praktisk med et forhåndsvarsel. Konsekvensen av manglende varsling vil være at beivistvil går ut over entreprenøren.

5.3.2 Påslagsmetoden

Påslagsmetoden, også kjent som «nedenfra og opp»-metoden, har vært den foretrukne utmålingsmetoden i norsk underrettspraksis.¹¹⁷ Metoden innebærer at man tar utgangspunkt i avtalt vederlag, og deretter legger på et påslag på de delene av kontrakten som er berørt av produktivitetsforstyrrelser.¹¹⁸ Prosjektet brytes ned til enkeltdeler og bygges opp igjen ved at man ser på hvilke konsekvenser byggherreforholdene fikk for hver del av prosjektet ved bruk av en påslagsfaktor. Man må finne frem til et sannsynliggjort påslag ut fra omfanget av

¹¹⁷ LA-2013-175355, LE-2015-83190, TOSLO-2012-193395 og Meyer-Myklestad (2018) s. 169-170.

¹¹⁸ Pettersson (2010) s. 361.

produktivitetsforstyrrelsene. Påslagsfaktoren kan være en prosentats eller en bestemt sum. Metoden er altså konkret ved at utmålingen tar utgangspunkt i enkeltforhold.

Metoden ble anført av entreprenøren i LB-2011-95644. Entreprenøren anslo en prosentvis ineffektivitet i størrelsesorden 15 – 200 % på de enkelte kostnadstypene, og beregnet på dette grunnlag kostnadene for plunder og heft. Alternativt anførte entreprenøren at produktiviteten i snitt hadde sunket med 40 %. Lagmannsretten fant at entreprenøren ikke hadde gjort nok for å «konkretisere og sannsynliggjøre et riktig og rimelig nivå for kompensasjon.» For å finne frem til de relevante kostnader valgte lagmannsretten i stedet å gjennomgå hvert enkelt byggherreforholdene som var anført å medføre plunder og heft, og deretter utmåle en samlet kompensasjon basert på «erfaring med hvilke utgifter og kostnader» årsaksforholdene kunne føre til. I HAB-dommen er Høyesterett skeptisk til slik erfaringsbasert utmåling.¹¹⁹ Også i LE-2015-83190 ble konsekvensene av hvert byggherreforhold gjennomgått før skjønnsmessig kompensasjon ble utmålt.

LA-2013-175355 er enda et tilfelle hvor entreprenøren anførte en påslagsmetode for beregningen av plunder og heft-kravet. Påslagsfaktoren ble satt til prosentats mellom 10 og 40 %, avhengig av tidsperiode og arbeidstype. Gjennomsnittlig prosentats for arbeid under perioden med produktivitetsforstyrrelser var i følge entreprenøren 15,2 %. Lagmannsretten fant her at entreprenørens beregningsmåte i tilstrekkelig grad sannsynliggjorde de faktiske kostnadene, og la beregningen til grunn for utmålingen. Entreprenøren hadde engasjert eksperthjelp som brukte 300 timer på å gjennomgå kravet, og deretter vitnet om beregningen i lagmannsretten. Det ser altså ut til å gjelde et krav om at valgt prosentats må kunne begrunnes.

Et forenklet eksempel på hvordan dette kan gjøres er å ta utgangspunkt i en maler som omplasseres grunnet plunder og heft. Malerens nye arbeidsområde medfører 30 minutters ekstra gange per dag. Tar man utgangspunkt i at maleren jobber 8 timer om dagen medfører dette at produktiviteten reduseres med 8,25 % per arbeidsdag. Denne påslagsprosenten kan da anvendes for alle malerarbeidere som har blitt omplassert på samme måte. Gjøres denne beregningen for alle arbeidsaktiviteter som er påvirket av produktivitetsforstyrrelser, kan man deretter finne en gjennomsnittlig prosentats som kan anvendes på alt det berørte arbeidet. I praksis vil imidlertid utregningen sjelden være så enkel, da denne prosentatsen ikke tar høyde for andre ting som kan ha påvirket produktiviteten til malerarbeideren.

¹¹⁹ HR-2019-1225-A avsn. 79.

Eksempelet viser to utfordringer ved prosentpåslag. For det første kan det i praksis være vanskelig å komme frem til en prosentsats som plukker opp all reduksjon i produktiviteten på et arbeid. For det andre kan prosentsatsen bli noe vilkårlig der store deler av prosjektet er rammet av plunder og heft. En gjennomsnittlig prosentsats vil ikke nødvendigvis reflektere de konkrete kostnadene entreprenøren pådrar seg, hvilket kan medføre at entreprenøren blir kompensert flere ganger for samme forhold. Videre vil metoden ved et sammensatt årsaksbilde antakelig kreve store ressurser for å finne frem til en akseptabel prosent.

Påslagsmetoden gir ingen føringer for hvordan man skal finne frem til riktig påslagsfaktor. På denne bakgrunn kan det sies at metoden rent faktisk ikke bidrar til utmålingen. Metodene som skal drøftes i det følgende kan imidlertid brukes for å finne en anvendelig påslagsfaktor.

5.3.3 «Measured mile»

SCL anbefaler «measured mile analysis» for utmålingen av plunder og heft-krav.¹²⁰ Metoden går ut på å sammenligne kostnadene ved en arbeidsoperasjon som er berørt av plunder og heft med en tilsvarende arbeidsoperasjon som ikke er berørt. Så lenge den berørte arbeidsoperasjon kun er forstyrret av byggherreforhold, vil differansen mellom denne og en uforstyrret arbeidsoperasjon tilsvare plunder og heft-kostnadene. Dersom man står overfor et sammensatt årsaksbilde hvor også entreprenørens forhold har påvirket produktiviteten, må man trekke fra de kostnadene som kan føres tilbake til han.

Både SCL og utenlandsk juridisk teori antar at measured mile er den internasjonalt mest allment aksepterte metoden for utmåling av plunder og heft-krav.¹²¹ Dette er fordi metoden kun måler de faktiske konsekvenser av byggherreforholdene uten hensyn til prosjektets opprinnelige kalkyler. I tillegg skjer sammenligningen av påvirkede og upåvirkede arbeidsoperasjoner innen ett og samme prosjekt, noe som øker troverdigheten til utmålingsmetoden. Metoden er godkjent i flere saker fra USA, blant annet Centex Bateson, Danac og Lamb Engineering.¹²²

Metoden krever i utgangspunktet at det faktisk finnes sammenlignbare arbeidsoperasjoner i prosjektet. Dermed er den først og fremst aktuell der samme arbeidsoperasjon gjentas flere ganger. Når man velger ut en uforstyrret arbeidsoperasjon som målestokk, er det viktig at den utvalgte operasjonen er representativ for prosjektet. For eksempel påpeker SCL at en arbeidsoperasjon helt i starten av prosjektet ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig

¹²⁰ Society of Construction Law (2017) s. 46.

¹²¹ ibid. s. 46, Pickavance (2010) s. 1021-1022 og Keane (2015) s. 96.

¹²² Pickavance (2010) s. 1030-1033.

representativ dersom den er utført under opplæringstiden.¹²³ Videre vil ikke den mest kostnadseffektive arbeidsoperasjonen av flere upåvirkede operasjoner være representativ. Det kan for eksempel tenktes at entreprenøren overpresterer en periode for å få en bedre målestokk, og da bør ikke denne perioden velges.¹²⁴ Dette var kanskje grunnen til at metoden ble avvist i Southern v US. I denne saken oversteg metodens kalkulerte kostnader for tapt produktivitet det totale tapet entreprenøren anførte å ha lidt. Den beste målestokken vil man få dersom arbeidsoperasjonen er gjentatt en rekke ganger uten forstyrrende byggherreforhold, og man plukker ut den operasjonen som ligger midt på treet av disse basert på produktivitet. I tillegg bør de to arbeidsoperasjonene som sammenlignes ligge nær i tid.¹²⁵ Videre må det tas hensyn til eventuelle forskjeller i ytre påvirkning, som for eksempel endrede værforhold.¹²⁶

I saken Lamb Engineering fra USA gjennomgikk retten hvordan en entreprenør hadde brukt metoden i praksis. Etter en periode med produktivitetsforstyrrelser journalførte entreprenøren en veihøvels produktivitet over seks dager med tilnærmet normale arbeidsforhold. Entreprenøren fant dermed hvor mange runder («cuts and fills») veihøvelen gjennomsnittlig fullførte på en time. Dette gjennomsnittet ble deretter justert for enkelte forhold på arbeidsplassen, og entreprenøren satt dermed igjen med en «measured mile». Retten godtok metoden og viste til at entreprenøren hadde vært nøye med innhenting og bearbeiding av relevant dokumentasjon, samt at byggherren ikke hadde klart å imøtegå grunnlaget.

Der en arbeidsoperasjon ikke gjentas, men strekker seg over lengre tid, kan man sammenligne en tidsperiode hvor det forelår plunder og heft med en tidsperiode der dette ikke forelår. I så fall må den uforstyrrede tidsperioden man velger ut som målestokk være tilstrekkelig lang til å være representativ for arbeidet.¹²⁷

Der det ikke finnes gjentakende arbeidsoperasjoner eller upåvirkede tidsperioder innen en lengre arbeidsoperasjon, kan liknende arbeidsoperasjoner til en viss grad benyttes til sammenligning. Lengden og arten av arbeidsoperasjonene må i så fall være tilnærmet like. I tillegg bør mulighetene for ytre påvirkning på operasjonen og mannskapets erfaring være liknende. Eventuelle mindre forskjeller mellom arbeidsoperasjonene kan det justeres for, men jo mer justering som kreves, desto mer teoretisk og mindre troverdig vil metoden bli.¹²⁸

¹²³ Society of Construction Law (2017) s. 46.

¹²⁴ Davison (2009) s. 201.

¹²⁵ Pickavance (2010) s. 1022.

¹²⁶ Davison (2009) s. 201.

¹²⁷ Society of Construction Law (2017) s. 46.

¹²⁸ *ibid.* s. 46.

Dersom det ikke finnes uforstyrrede arbeidsoperasjoner hos entreprenøren i et prosjekt, kan han neppe bruke en sideentreprenørs tilsvarende arbeidsoperasjoner til sammenligning. Dette ble forsøkt i Southern v US, men retten avviste dette som et akseptabelt sammenligningsgrunnlag. En sideentreprenør kan ha en annen normalproduktivitet enn entreprenøren som er rammet av plunder og heft, noe sammenligningen ikke tar høyde for.

Vi ser altså at det finnes en rekke utfordringer ved anvendelsen av metoden. Som nevnt må det foreligge en representativ målestokk. Metoden vil derfor være vanskelig å anvende dersom alle deler av prosjektet er påvirket av byggherreforhold. Selv om det finnes en representativt målestokk, kan det være utfordrende å komme frem til denne. I tillegg kreves det nøye, fortløpende dokumentering av arbeidsutførelsen for å i ettertid kunne bevise at «the measured mile» er representativ for prosjektet. Metoden er dermed ressurskrevende å gjennomføre. Dersom forutsetningene for å anvende measured mile-metoden er tilstede, vil metoden imidlertid være godt egnet for å foreta en utmåling av plunder og heft-krav. Den vil også trolig være tilstrekkelig konkret og overbevisende til å anvendes i tvister i norske domstoler. I tillegg er det en stor fordel ved metoden at den er egnet til å plukke opp den kumulative effekten av byggherreforholdene etter hvert som denne gjerne eskalerer utover i prosjektet.

En annen fordel ved å velge measured mile-metoden ved utmålingen av plunder og heft-krav, er at dette vil gjøre norsk rett mer uniform med internasjonal rett. Det finnes mange internasjonale aktører i bygge- og anleggsbransjen i Norge grunnet det frie marked vi er del av gjennom EØS-avtalen. Derfor vil like løsninger på tvers av landegrenser kunne være ressurs sparende idet internasjonale aktører allerede er kjent med metoden. Det er imidlertid opp til partene i kontrakten å anvende metoden i praksis, da det er disse som gjennom prosjektet må foreta den nødvendige dokumenteringen. Domstolene kan kun godkjenne metoden dersom den er tilstrekkelig overbevisende i en konkret rettssak. Bransjen er derfor ansvarlig for å sette den videre kursen.

Så vidt jeg vet har ikke measured mile-metoden blitt anført som grunnlag for utmåling i lagmannsrettene enda. Den ble anvendt av entreprenøren i Sogn og Fjordane tingretts dom av 30. september 2019, men tingretten fant at metoden ikke egnet seg i den aktuelle saken fordi den utvalgte målestokken var avhengig av mange faktorer.¹²⁹

Pickavance foreslår en «modified measured mile approach» der det ikke finnes en upåvirket arbeidsoperasjon eller lengre tidsperiode i prosjektet som kan brukes som målestokk. I stedet

¹²⁹ TSOFT-2017-198790.

for å ta utgangspunkt i én operasjon eller sammenhengende tidsperiode, velger man her isolerte deler fra forskjellige steder i prosjektet. De utvalgte delene skal være de som statistisk sett i minst grad vil være påvirket av byggherreforhold, typisk der hvor produktiviteten har vært høyest. Pickavance viser til «The Baseline Analysis» av Dr. H. Thomas, som tar utgangspunkt i at det i de fleste prosjekter vil finnes 10 % av arbeidet som i mindre grad er påvirket av produktivetsforstyrrelser enn det resterende arbeidet. Produktiviteten i disse 10 % av arbeidene vil da utgjøre «the measured mile».¹³⁰

Denne metoden vil naturligvis ikke være like sikker som den opprinnelige measured mile, men den kan gi en pekepinn på kostnadsomfanget av produktivetsforstyrrelsene. Dersom produktiviteten i de utvalgte 10 % ligger nær opp til produktiviteten forutsatt i entreprenørens kalkyler, kan dette brukes som argument for at kalkylene er realistiske og derfor likevel kan gi veiledning om størrelsen på kravet. Igjen må det gjøres fratrukk for entreprenørens egne forhold, en øvelse som i seg selv kan være krevende.

SCL foreslår på sin side at man i prosjekter uten uforstyrrede operasjoner eller tidsperioder tar utgangspunkt i den perioden med minst forstyrrelser og anvender denne som the measured mile. Denne perioden kan da brukes til å vise hvilket minimum av plunder og heft-kostnader som har påløpt i andre deler av prosjektet.¹³¹

5.4 Sekundærmetoder

5.4.1 Innledning

Kontraktens vederlagsformater og de gjennomgåtte primærmetodene kan suppleres av andre utmålingsmetoder der det er praktisk umulig å utmåle hele kravet med metodene av høyere rang. Særlig for utmålingen av de fjerneste konsekvensene kan dette være aktuelt. Tanken er at man gjør opp så store deler av kravet som mulig ved bruk av de konkrete metodene, for deretter å supplere med sekundærmetoder for å plukke opp de resterende konsekvensene. HAB-dommen synes ikke å stenge for dette, da førstvoterende i avsnitt 82 ser at det ikke nødvendigvis er mulig å underbygge kravet kvalitativt og kvantitativt fullt ut, men at dette likevel ikke «helt kan unnlates». I avsnitt 87 heter det videre at utmålingen «i noen grad må bygge på et skjønn». Iversen antyder at erstatning jevnlig settes for lavt, slik at skadelidte som regel ikke blir kompensert fullt ut.¹³² Sekundærmetodene kan bidra til å endre dette ved at fjernere økonomiske konsekvenser også plukkes opp.

¹³⁰ Pickavance (2010) s. 1024-1025.

¹³¹ Society of Construction Law (2017) s. 46-47.

¹³² Iversen (2000) s. 50.

Sekundærmetodene har lavere rang nettopp fordi de er mindre konkrete enn de ovenfor nevnte metodene. De sekundære metodene sammenligner enten totalkostnadene med objektive eller subjektive målestokker, eller setter kontraktens vederlagsformat fullstendig til side. Dermed er de svært generelle og i utgangspunktet kun passende som supplerende metoder, jf. HAB-dommen avsnitt 78-80.

I tillegg til å benyttes for å plukke opp de fjerneste konsekvensene, kan sekundærmetodene benyttes i kombinasjon med de andre metodene for å finne et tak for vederlagsjusteringen. Da vil man plukke opp situasjoner som den i Southern v US, og dermed vite når det må justeres ytterligere for entreprenørforhold.

Hva gjelder varsling om bruk av sekundærmetodene, vil det samme utgangspunkt som for metodene ovenfor gjelde. Her vil det imidlertid være enda mindre praktisk med forhåndsvarsling, da slike fjerne konsekvenser som sekundærmetodene skal plukke opp vil være svært vanskelige å oppdage på forhånd.

5.4.2 Sammenlignende metoder

5.4.2.1 «Project-comparison studies»

Der det ikke finnes tilstrekkelig dokumentasjon til å gjennomføre prosjektspesifikke undersøkelser, jf. primærmetodene, foreslår SCL at man benytter «project-comparison studies» for å utmåle kostnadene av produktivitetsforstyrrelsene.¹³³ Metoden går ut på å sammenligne det aktuelle prosjektet, eller enkelte arbeidsoperasjoner i det, med liknende prosjekter som ikke er berørt av produktivitetsforstyrrelser. Målestokken vil dermed være objektiv fordi den ikke bygger på entreprenørens kalkyler. Det er viktig å forsikre seg om at prosjektene som benyttes faktisk er sammenlignbare. I tillegg må utmålingen justeres for forskjeller i pris mellom prosjektene.

Dersom metoden skal anvendes må det kunne «dokumenteres at tallene er representative for karakteren og innholdet av det entrepriseoppdraget som saken gjelder», jf. HAB-dommen avsnitt 79. Metoden kan i så fall tenkes å gi veiledning om hvilke kostnader som sannsynligvis har påløpt dersom man justerer sammenligningsprosjektet for eventuelle forskjeller.

Et problem med metoden er at det ikke nødvendigvis finnes sammenlignbare prosjekter eller arbeidsoperasjoner. Det ligger nettopp i ordet «prosjekt» at det ofte er noe unikt og ikke-

¹³³ Society of Construction Law (2017) s. 48.

gjentakende. Dersom det skulle finnes sammenlignbare prosjekter hos andre entreprenører kan det også bli utfordrende å få tak i disse entreprenørens dokumentasjon, da det kan tenkes at den holdes hemmelig av forretningshensyn. I tillegg vil ikke nødvendigvis andre entreprenørers normalproduktivitet være den samme som hos entreprenøren i det aktuelle prosjektet. Forskjeller i normalproduktivitet kan være vanskelig å ta høyde for i sammenligningen. Dersom entreprenøren i det aktuelle prosjektet derimot selv har utført liknende prosjekter tidligere, vil begge disse problemene være løst.

5.4.2.2 «Industry studies»

Dersom det ikke finnes sammenlignbare prosjekter, foreslår SCL å benytte «industry studies». Man tar her utgangspunkt i data utviklet gjennom studier av bygge- og anleggsprosjekter for å finne en estimert produktivitet i prosjekter som ligner det aktuelle, men der plunder og heft ikke har forekommet.¹³⁴ Målestokken vil igjen være objektiv. Pickavance støtter metoden under forutsetning av at studiene er sammenlignbare med det aktuelle prosjektet, og viser til eksempler på slike studier som er godtatt i rettspraksis.¹³⁵ Metoden er imidlertid svært teoretisk og tar ikke hensyn til om den aktuelle entreprenøren har en normalproduktivitet som er høyere eller lavere enn gjennomsnittet. Det er derfor begrenset hvor mye veiledning metoden kan gi for utmålingen i et konkret prosjekt. HAB-dommen anser slike generelle erfaringstall som uegnet for å regne ut entreprenørens faktiske kostnader, jf. dommen avsnitt 79.

5.4.2.3 «Ovenfra og ned»

En utmålingsmetode som har blitt påberopt fra entreprenørsiden i rettssaker, og som får særlig støtte fra Pettersson, er den såkalte «ovenfra og ned»-metoden. Metoden består av et retroaktivt differanseprinsipp. Man tar utgangspunkt i entreprenørens totale kostnader, og trekker fra de kostnadene entreprenøren på forhånd hadde kalkulert med, eventuelle tilleggsvederlag etter kontraktens andre bestemmelser og kostnader som skyldes entreprenørens egne forhold. I teorien vil man da sitte igjen med et anslag over plunder og heft-kostnadene.¹³⁶ Kostnaden av enkeltforhold vil imidlertid ikke være identifisert. «Ovenfra og ned» er en sammenlignende metode ved at totalkostnaden av prosjektet sammenlignes med entreprenørens kalkulerte kostnader. Målestokken er dermed subjektiv til forskjell fra de to ovenfor nevnte metodene.

¹³⁴ ibid. s. 48.

¹³⁵ Pickavance (2010) s. 1015-1018.

¹³⁶ Pettersson (2010) s. 360-361.

I HAB-dommen avsnitt 78 avviser Høyesterett ovenfra og ned-metoden som en egnet utmålingsmetode alene. Etter dette er det dermed klart at entreprenøren ikke kan basere utmålingen kun på denne metoden. Jeg mener likevel at metoden i visse tilfeller kan benyttes i kombinasjon med andre utmålingsmetoder. Dette gjelder særlig dersom man står ovenfor et entydig årsaksbilde hvor alle komplikasjoner i prosjektet skyldes byggherren,¹³⁷ og entreprenøren kan sannsynliggjøre at hans kalkyler er presise. I saken Doyle v Laing uttalte retten at det i tillegg bør kreves at det ikke finnes alternative utmålingsmetoder tilgjengelig og at de påløpte kostnadene er forsvarlige. Dette kan entreprenøren gjøre ved å vise til at kalkulerte kostnader stemmer med faktiske kostnader i de delene av prosjektet som ikke er påvirket av byggherreforhold. I disse tilfellene vil metoden i alle fall gi en indikasjon på den øvre grensa for entreprenørens vederlagsjustering.¹³⁸ HAB-dommen synes ikke å stenge fullstendig for dette, jf. avsnitt 80 hvor førstvoterende fastslår at generelle metoder ikke helt kan utelukkes som tjenlige bevis.

Metoden fikk gjennomslag i LE-1998-648. Lagmannsretten fant at byggherreforholdene hadde rammet entreprenøren på flere ulike måter slik at det var vanskelig å vurdere de økonomiske konsekvensene separat. Etter rettens syn ville det være utilfredsstillende å måtte legge til grunn kunstige beregninger av enkeltkrav for å kunne tilkjenne et vederlag som entreprenøren samlet sett hadde krav på. Denne begrunnelsen vil ikke lenger godtas etter HAB-dommen. Metoden har også blitt avvist i en rekke lagmannsrettsavgjørelser avsagt før HAB-dommen.¹³⁹ Et problem med det retroaktive differanseprinsipp er mulighetene for feil i entreprenørens kalkyler. Dersom entreprenøren har priset sitt tilbud for lavt vil han bli kompensert for kostnader han selv er ansvarlig for. Slik overføres dermed risikoen for entreprenørens kalkuleringer til byggherren. I konkurransesituasjoner der entreprenøren forsøker å vinne et anbud er det ikke urealistisk å anta at tilbudet hans kan være i overkant optimistisk. Det vil antakeligvis særlig være i disse situasjonene han ønsker en utmåling av vederlaget ovenfra og ned.

5.4.3 Totalavregning som regningsarbeid

En utmålingsmetode som har blitt foreslått i teorien er en totalavregning av prosjektet som regningsarbeid.¹⁴⁰ Metoden innebærer at man setter hele det avtalte vederlagsformatet til side og gjør opp alt kontraktsarbeid etter regning. Vilkåret for å gjøre dette synes å være at

¹³⁷ LB-2011-95644.

¹³⁸ Larsen (2016) s. 69.

¹³⁹ LB-2009-140511, LB-2011-95644 og LB-2011-135964.

¹⁴⁰ Pettersson (2010) s. 358-359 og Sandvik (1966) s. 349-352.

forutsetningene for det avtalte vederlaget svikter. Metoden minner dermed om kontraktsrevisjon på bakgrunn av læren om bristende forutsetninger.¹⁴¹

Sandvik påpeker at rettspraksis er tilbakeholden til totalavregningsmetoden.¹⁴² I både LE-1998-648 og LB-2011-95644 anførte entreprenøren at forutsetningene for avtalt vederlagsformat hadde sviktet og at oppgjøret skulle skje etter en totalavregning som regningsarbeid, men synet fikk ikke gjennomslag i noen av sakene. Et problem med metoden er at produktivetsrisikoen flyttes over til byggherren. En entreprenør som har bommet i sine kalkyler kan dermed komme bedre ut av situasjonen enn han opprinnelig ville gjort. I Oslo Vei-dommen uttalte retten at ulovfestede regler ikke gir anledning til en annen løsning dersom spørsmålet er kontraktsregulert. Dette vil være tilfellet ved totalavregningsmetoden hvor det nettopp anføres at kontraktens løsning skal settes til side. Metoden synes etter dette i stor grad å være forkastet.

Jeg avviser imidlertid ikke totalavregningsmetoden fullstendig. Det kan tenkes tilfeller hvor prosjektet har endret karakter i så stort omfang at det vil være urimelig å opprettholde avtalt vederlagsformat. Det må imidlertid kreves mye før dette kan være tilfellet.

6 Avsluttende merknader

I denne oppgaven har jeg forsøkt å klargjøre hva plunder og heft er, hvilke vilkår som må oppfylles for å få slike krav tilkjent, hvilke særskilte varslingsregler som gjelder og hvordan vederlagsjusteringen skal utmåles. HAB-dommen har vært svært sentral for temaet, og jeg har løpende redegjort for hva dommen har avklart. I oppgaven har jeg også vist at standardkontraktene har enkelte unødvendige forskjeller i reguleringen av plunder og heft, og at noen av enkeltbestemmelsene er uheldig utformet. Det hadde derfor vært ønskelig med en samordning av reglene, samt en mer presis ordlyd i enkelte bestemmelser.

Det nye beviskravet som oppstilles i HAB-dommen vil antakeligvis bidra til færre tvister om plunder og heft i fremtiden. Dette skyldes at det vil være vanskeligere for entreprenørene å påvise at de har krav på vederlagsjustering fordi de ikke utelukkende kan basere bevisførselen på generelle tilnærminger. I tillegg vil det være mindre rom for domstolene til å tilkjenne slike krav basert på frie skjønn.

¹⁴¹ Se Rt. 1999 s. 922 for en utdypning om læren.

¹⁴² Sandvik (1966) s. 349.

Entreprenørene må fremover bruke mer ressurser på å samle dokumentasjon underveis i prosjektet for å få gjennomslag for plunder og heft-krav. Strengere krav til dokumentering vil sette norsk entrepriserett mer i tråd med de internasjonalt utbredte FIDIC-kontraktene, hvor dokumenthåndtering ofte har vært avgjørende i tvister.¹⁴³ Kanskje kan slike ressurser utgjøre en egen prusbærende post i fremtidige kontrakter. I tillegg bør alle parter i prosjektet bruke mer ressurser på prosjektstyringen for å unngå at produktivetsforstyrrelser i det hele tatt oppstår. Å prioritere dokumentering og prosjektstyring vil også gjøre det lettere å følge det strenge varslingsregimet NS 8405 og 8407 opererer med, fordi entreprenørene tidligere vil bli oppmerksomme på plunder og heft. De vil videre ha et bedre grunnlag for å sende spesifiserte varsler og holde byggherrene orientert om kravets utvikling.

Dersom entreprenørene setter inn de nødvendige ressursene for å foreta en løpende dokumentasjon av produksjonen, bør kravet også lettere kunne godtas av byggherrene. I tillegg vil slik dokumentasjon gi byggherrene et bedre grunnlag for å imøtegå entreprenørens krav der de ikke er holdbare. Hensynet til kontradiksjon ivaretas slik bedre.

Det nye dokumentasjonsregimet kan bli vanskelig å følge opp for mindre entreprenører med begrensede ressurser. I tillegg er det uheldig hvis kravet om dokumentering går ut over entreprenørens produksjon. Utviklingen i samfunnet er avhengig av at entreprenørene først og fremst produserer. Daglig leder i HAB Construction har i etterkant av HAB-dommen uttalt at de fremover må følge opp prosjektene som om det vil bli en rettssak,¹⁴⁴ noe som kan bli dyrt for entreprenørene. Særlig vanskelig kan det være å sette av økonomiske midler til dette i de prosjektene som nettopp rammes av betydelige produktivetsforstyrrelser fordi entreprenørene her allerede kan ha en trang økonomi. HAB Constructions regnskaper på proff.no viser en betydelig nedgang i driftsresultat det året produktivetsforstyrrelsene som ga grunnlag for tvisten i HAB-dommen oppstod.¹⁴⁵ Om dette er tilfeldig eller ikke, er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om.

Med tiden kan forhåpentligvis årsakssammenhengen fastlegges og utmålingen skje ved hjelp av kunstig intelligens. Kanskje kan man i fremtiden mate et dataprogram med all tilgjengelig dokumentasjon, hvorpå programmet finner en eventuell årsakssammenheng og bruker de ovenfor nevnte utmålingsmetodene i en kombinasjon for å komme frem til det beste resultatet. I så fall vil mindre entreprenører lettere kunne følge opp HAB-dommens krav, og alle entreprenører vil kunne prioritere produksjon fremfor dokumentering og utmåling.

¹⁴³ Andersen (2003) s. 35–36.

¹⁴⁴ Homleid (2019).

¹⁴⁵ Proff.no (u.å.).

KILDELISTE

Juridisk litteratur

- Andersen (2003) Andersen, Flemming Horn, Niels W. Brorson og Holger Schöer. *FIDIC – International entrepriseret i et dansk perspektiv*. København: Gads Forlag, 2003.
- Arvesen (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt. *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2014.
- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- BDO (2019) BDO. «Bygg- og anleggsanalysen 2019. Fortsatt sterk vekst med lave marginer og økt usikkerhet.» 2019
https://www.bdo.no/getattachment/Bransjer/Eiendom,-bygg-og-anlegg/BDO_Bygg-Anlegg-Eiendomsrapporten_2019_screen.pdf.aspx?lang=nb-NO hentet 15.10.2019.
- Davison (2009) Davison, R. Peter og John Mullen. *Evaluating Contract Claims*. Chichester: Blackwell Publishing Ltd, 2009.
- Giverholt (2012) Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen. *NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2012.
- Gomard (2009) Gomard, Bernhard. *Obligasjonsret 3. del*. 2. utg. ved Torsten Iversen, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

- Homleid (2019) Homleid, Ådne. «HAB-sjef om plunder og heft-krav: - Vi må legge opp en oppfølgingsstrategi som om det blir rettssak.» 2019 <http://www.bygg.no/article/1404970> hentet 12.11.2019.
- Iversen (2000) Iversen, Torsten. *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*. København: Forlaget Thomson, 2000.
- Keane (2015) Keane, P. John og Anthony F. Caletka. *Delay Analysis in Construction Contracts*. 2. utg., Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2015. <https://ebookcentral-proquest-com.nb.idm.oclc.org/lib/nasjonal/detail.action?docID=1895515> hentet 31.10.19.
- Klee (2015) Klee, Lukas. *International Construction Contract Law*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2015.
- Kolrud (1992) Kolrud, Helge Jakob red. mfl. *Kommentar til NS 3430*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- Kolrud (2004) Kolrud, Helge Jakob mfl. *NS 8405 Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Larsen (2016) Larsen, Sindre. *Masteroppgave: Produktivitet og fremdrift i entrepriseprojekter : En analyse av forholdet mellom kompensasjon for plunder og heft og forsering*. Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2016.
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt. «Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter?» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen red., 1. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010, s. 304-327 [Sitert fra Rettsdata.no].
- Marthinussen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 4. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.

- Meyer-Myklestad (2018) Meyer-Myklestad, Johannes mfl. *Entrepriserett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2018.
- Nordtvedt (2013) Nordtvedt, Henning mfl. *NS 8407 Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Pettersson (2010) Pettersson, Nils-Henrik. «Plunder og heft.» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen red., 1. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010, s. 347-363 [Sitert fra Rettsdata.no].
- Pickavance (2010) Pickavance, Keith. *Delay and disruption in construction contracts*. 4. utg., London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Proff.no (u.å) Proff.no. «Hab Construction AS.» u.å. <https://www.proff.no/regnskap/hab-construction-as/gjettum/bygg-og-anleggsleverand%C3%B8rer/IGAO9D20CVG/> hentet 12.11.2019.
- Sandvik (1966) Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag, 1966.
- Simonsen (2019) Simonsen, Lasse. «Midtbygningen – HR-2018-2256-A.» *Nytt i privatretten* nr. 1 (2019) s. 20-25 [Sitert fra Rettsdata.no].
- Society of Construction Law (2017) Society of Construction Law. «Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol.» 2017 https://www.scl.org.uk/sites/default/files/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition_Final.pdf hentet 19.08.2019.
- Tørum (2010) Tørum, Amund Bjøranger. «Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriser.» i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*. Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen red., 1. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2010, s. 453-489 [Sitert fra Rettsdata.no].
- Wilmot-Smith (2006) Wilmot-Smith, Richard. *Construction contracts : Law and Practice*. New York: Oxford University Press, 2006.

Woxholth (2017)

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.

Lover, forskrifter og forarbeider

1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
1988	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).
1989	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven).
1992	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
1996	Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefestelova).
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).
1999	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
2004	Forskrift 01. desember 2004 nr. 1558 om bokføring (bokføringsforskriften).
2016	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
NOU 1976: 34	Lov om kjøp.

Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11 april 1980.

Standardkontrakter

- NS 3430 Norges Standardiseringsforbund. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*. 1994.
- NS 8405:2004 Standard Norge. *Norsk bygge- og anleggskontrakt*. 2004.
- NS 8405 Standard Norge. *Norsk bygge- og anleggskontrakt*. 2008.
- NS 8406 Standard Norge. *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt*. 2006.
- NS 8407 Standard Norge. *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser*. 2011.
- NTK 07 Statoil ASA, Norsk Hydro ASA og Norsk Industri. *Norsk totalkontrakt 2007*. 2007.
- NTK 15 Norsk Industri og Norsk Olje og Gass. *Norsk totalkontrakt 2015*. 2015.

Domsregister

Høyesterettsdommer

Rt. 1914 s. 692.

Rt. 1917 s. 673.

Rt. 1934 s. 740.

Rt. 1984 s. 962.

Rt. 1991 s. 773.

Rt. 1995 s. 1460.

Rt. 1998 s. 946.

Rt. 1999 s. 922.

Rt. 2005 s. 788.

Rt. 2009 s. 160.

Rt. 2010 s. 103.

Rt. 2010 s. 1345.

Rt. 2012 s. 1779.

HR-2019-1073-A.

HR-2019-1225-A.

HR-2018-2256-A.

Underrettsdommer

LA-2008-52830-2.

LA-2013-175355.

LA-2017-194079.

LB-2001-3116.

LB-2002-3890.

LB-2009-140511.

LB-2011-135964.

LB-2011-95644.

LB-2016-39293.

LE-1998-648.

LE-2015-83190.

LE-2017-133058.

LF-2004-94084.

LF-2012-183059.

LF-2018-167020.

LH-1998-589.

LH-2005-140477.

LH-2013-113634.

LH-2014-25064.

TOSLO-2012-193395 Oslo tingretts dom av 20. mars 2015.

TSOFT-2017-198790 Sogn og Fjordane tingretts dom av 30. september 2019.

10-109924TVI-AHER/2 Asker og Bærum tingretts dom av 22. desember 2011
(upublisert).

Utenlandske dommer

Alstom v Yokogawa Alstom Ltd v Yokogawa Australia Pty Ltd & Anor, Supreme Court of South Australia, Australia, 2. april 2012. ((No 7) [2012] SASC 49).

Centex Bateson	Centex Bateson Construction Co (1998) VABCA Nos 4,613, 5,162-5,165, LEXIS 14, 99-1 BCA (CCH) 30,153. [Hentet fra: Pickavance, Keith. <i>Delay and disruption in construction contracts</i> . 4. utg., London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 1030].
Bell v US	Bell BCI Company v United States, United States Court of Federal Claims, USA, 14. juli 2006. (No. 2008-5087).
Bridge v Abbey	Bridge UK.Com Ltd v Abbey Pynford Plc, High Court of Justice, QB Division, TCC, England og Wales, 4. april 2007. ([2007] EWHC 728 (TCC)).
Danac	Danac Inc (1997) ASBCA No.33,394, 97-2 BCA 29,184. [Hentet fra: Pickavance, Keith. <i>Delay and disruption in construction contracts</i> . 4. utg., London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 1032].
Doyle v Laing	John Doyle Construction Ltd v Laing Managment (Scotland) Ltd, OH, Court of Sessions, Skottland, 18. april 2002. (CA141/01).
Lamb Engineering	Lamb Engineering & Construction Company (1997) EBCA 97-2 BCA 29,207. [Hentet fra: Pickavance, Keith. <i>Delay and disruption in construction contracts</i> . 4. utg., London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 1030-1031].
Mirant v Arup	Mirant Asia-Pacific Construction (Hong Kong) Ltd v Ove Arup and Partners International Ltd, High Court of Justice, QB Division, TCC, England og Wales, 20. april 2007. ([2007] EWHC 918 (TCC)).
Southern v US	Southern Comfort Builders, Inc. v United States, United States Court of Federal Claims, USA, 29. juli 2005. (No. 00-542C (Fed. Cl. 2005)).