

## Mot mindre plunder med plunder og heft Høyesteretts dom i Hab-saken

**Knut Kaasen, Nifs, UiO**

Sammendrag: Artikkelen drøfter Høyesteretts nylige bidrag til håndteringen av et av de klassiske tvistesporsmål i entreprisjusen: entreprenørens krav på tilleggsbetaling for tapt produktivitet som følge av forhold byggherren har risikoen for. Slike «plunder og heft»-krav reiser vanskelige bevisproblemer. Sentralt står kravet til årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og den ineffektivitet entreprenøren hevder å være påført. Videre forutsetter den endelige utmåling at man kan fastslå hva som er entreprenørens rimelige forventninger. Dommen gir her god rettleiding om sammenhengene mellom strukturert tilnærming og skjønnsutøvelse, herunder betydningen av bransjeutviklede prinsipper og «standardiserte faktorer». Dommen er relevant for alle komplekse tilvirkningskontrakter.

Nøkkelord:

«plunder og heft», entrepriserett, bevisbyrde, bevisvurdering, tilvirkningskontrakter

### 1. En velkommen dom<sup>1</sup>

«Plunder og heft» er – for å bruke Høyesteretts lakoniske ord – «et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold». Og her har utfordringen ligget for generasjoner av entreprisjurister og prosjektfolk: Hva er vilkårene for krav på tilleggsvederlag under henvisning til at prosjektet har vært utsatt for «plunder og heft»? Og hvor langt lar vilkårene seg presisere og strukturere fremfor bare å gi anvisning på det velkjente forløsende «etter en samlet vurdering», som hverken de aktuelle parter eller deres utallige etterfølgere i bransjen blir særlig klokere av?

Da Høyesterett våren 2019 slapp inn en anke som reiste disse spørsmålene, holdt derfor bransjen pusten. Ville vi få veiledning som monner, eller ville de ærverdige søke tilflukt i upresiserbare, overordnede skjønnsstemaer – kanskje i verste fall skape ny uklarhet ved ikke helt å treffe på punkter bransjen tross alt er enige om?

Det gikk bra, og etter min mening mer enn det: Vi har fått et nyttig bidrag til bedre håndtering av et av entreprisenes klassiske og ressurskrevende problemer. Rekkevidden er heller ikke begrenset til entrepris; dommen har interesse for alle komplekse tilvirkningsforhold som skipsbygging, offshoreentrepriser og for den saks skyld datakontrakter. Både bestiller og tilvirker har fått klarere holdepunkter for hvordan de bør innrette seg for å bevare mest mulig forutberegnelighet og styring med fenomenet plunder og heft. Alt er ikke sagt, og kan ikke sies, men vi gjør klokt i å lytte til det som sies. Ryktene forteller at dommen ble feiret av advokatene på begge sider.<sup>2</sup> Det må etter min mening oppfattes som et utslag av at dommen er balansert og grundig, ikke av at den er uklar og unnvikende.

Dommen gjelder entreprenørens krav om tilleggsbetaling for *nedsatt produktivitet og forsering* som følge av forhold byggherren hadde risikoen for. Tross invitasjon (fra byggherren) om å gå inn på kontraktsreguleringen av forsering nøyde Høyesterett seg med å

<sup>1</sup> HR-2019-1225-A. Dommen vil formodentlig få navnet Hab-dommen etter entreprenøren Hab Construction AS.

<sup>2</sup> «Høyesterett avklarer byggherrens ansvar for plunder og heft», Rett24 1. juli 2019.

opphøve lagmannsrettens dom på dette punkt, uten nærmere begrunnelse enn at lagmannsretten ikke «har foretatt en konkret og individuell vurdering av årsakssammenhengen» mellom byggherrens forhold og vederlagskravet for forseringen.<sup>3</sup> Vi konsentrerer oss derfor i det følgende om produktivitetstapet; det er i denne forbindelse Høyesterett gir nærmere anvisning på kravet til slik årsakssammenheng.

## 2. Problemstillingen

Problemstillingen er følgende: Når har en tilvirker krav på ekstra betaling fordi forhold bestilleren svarer for, har medført at kostnadene ved tilvirkningen har blitt større enn tilvirkeren hadde grunn til å vente? Dette er kjernen i de fleste vederlagstvister om tilvirkning.

Men problemet kan deles opp. Spørsmålet kan være hvilke *direkte* ekstrautgifter som påløper eksempelvis ved å utføre et pålagt endringsarbeid eller som følge av utsatt levering fordi bestilleren ikke henter kontraktsgjenstanden til avtalt tid. Her er utfordringen å identifisere utgiftsposter (arbeidstid, materialer, generalkostnader ved tidsforlengelse, osv.), hvilket kan være krevende nok, men uten de store prinsipielle utfordringer. Verre er det når byggherreforhold ikke bare har slike direkte virkninger, men *også* påvirker annet arbeid – produktiviteten i det ordinære kontraktsarbeidet synker fordi byggherreforholdet medfører ineffektiv drift. Riktignok reiser slike situasjoner de samme spørsmål som dem vi møter vedrørende direkte virkninger: Foreligger et forhold bestiller har risikoen for, har dette forholdet medført konsekvenser for tilvirkeren, og hvilke merkostnader har disse konsekvensene medført? Men denne analysen er mer krevende for de indirekte virkningene. Her dreier det seg typisk om avledede, samvirkende og kumulative virkninger, noe som gjør det vanskeligere å etablere klare linjer fra enkeltårsaker til enkeltvirkninger.

Likevel er det grunn til å holde fast ved utgangspunktet: «Plunder og heft» reiser ikke prinsipielt andre spørsmål enn de enklere situasjoner der «bestillers forhold» har *direkte* virkninger for tilvirkerens kostnader. Spørsmålene er bare mer krevende å besvare. Og her er Høyesteretts nye avgjørelse til god hjelp.

Tilvirkning ville være rettslig enklere dersom tilvirkeren alene sto for alle fysiske innsatsfaktorer, og bestilleren bare skulle betale. Virkeligheten avviker fra dette på to punkter. For det første står bestilleren ofte for de fysiske rammene for tilvirkningen – typisk grunnforholdene ved bygge- og anleggsarbeider. Viser disse seg å avvike fra det som med rimelighet kunne forutsettes, vil konsekvensen kunne være at ekstrakostnader som følger av avviket, må dekkes av bestiller. For det andre kjennetegnes tilvirkningskontraktene av at tilvirkeren ikke alene skal stå for alle de naturalytelser prosjektet forutsetter. Bestiller og tilvirker samvirker om tilvirkningen, og dette samvirket går sjelden helt som planlagt. Det kan være fordi planen er dårlig (produktiviteten er satt urealistisk høy), eller fordi forutsetningene for planen svikter (bestiller leverer tegningene for sent eller pålegger mer endringsarbeider enn ventet). Men det forekommer også eksterne årsaker utenfor partenes kontroll, som værforhold og utilgjengelige underleverandører. Noen av disse problemene må tilvirkeren selv dekke konsekvensene av, mens andre gir ham grunnlag for krav på tilleggsvederlag.

Høyesterett fastslår at «[e]ntreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene» (avsnitt 55). Dette er riktignok realistisk; en erfaren entreprenør kan åpenbart ikke hevde at enhver forstyrrelse fra forhold bestilleren svarer for, strider mot hva han rimeligvis måtte kunne forutsette. Men hvor grensen går, er vanskelig å si; uttrykket «noen forstyrrelser» gir ikke mye hjelp. Det naturlige

<sup>3</sup> Dommens avsnitt 108, jf. 104.

utgangspunkt for vurderingen er bestillerforholdets isolerte karakteristika: Hvilken type forhold gjelder det, hvor omfattende er de, og når inntreffer de? Men vel så viktig vil det kunne være om denne type forstyrrelser, inntruffet på dette stadium i tilvirkningsprosessen og i denne sammenheng med kontraktsarbeidet, er egnet til å påføre tilvirkeren forsinkelser som det samlet fremstår som urimelig at han skal ha risikoen for. Denne betraktningen kan føre til at selv isolert sett små forstyrrelser fra bestillerens side rimeligvis har virkninger tilvirkeren kan påberope seg – i praksis hvis forsinkelsen er på kritisk linje.

Er vi over denne tålegrensen, altså utenfor det tilvirkeren må «ta høyde for», er utgangspunktet at når tilvirkeren påføres merutgifter av «årsaker som må henføres til» bestillerens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av bestilleren.<sup>4</sup> Det må altså fastslås at (a) det foreligger et forhold bestiller har risikoen for, at (b) tilvirkeren har merutgifter, og at (c) disse er forårsaket av forholdet. Oftest reiser dette bare de vanlige bevissspørsmål: Har bestilleren faktisk pålagt et tilleggsarbeid, og har dette ført til de påståtte merutgifter? Kravet kan utvides til å omfatte også endringsarbeidets virkning på opprinnelig kontraktsarbeid, f.eks. fordi dette nå må skyves ut til en mindre gunstig årstid. Slike avledede effekter kan være krevende å fastslå og kalkulere. Men prinsipielt forfølger man da virkningene av en enkelt årsak.

De typiske «plunder og heft»-kravene har derimot gjerne en mer kompleks bakgrunn: «Årsaksforholdene og konsekvensene er så mange og oppdelte at det er nær sagt umulig å skille dem fra hverandre og i tillegg kommer kumulative effekter.»<sup>5</sup> Tilvirkeren vil da typisk ønske å beregne kravet «under ett ut fra den totale situasjonen»,<sup>6</sup> mens bestilleren gjerne hevder at også slike krav forutsetter konkret påvisning av årsakssammenhengen mellom bestillerforhold og konsekvens. De forskjellige innfallsvinklene beskrives gjerne kulinarisk: Bestilleren foretrekker taco, mens tilvirkeren mener lapskaus får holde.

Dommen går rett inn i disse spørsmålene. Den gir praktiske anvisninger på en måte å resonnerer på, og den løfter frem en rekke momenter som tildeles klare roller i forhold til hverandre. Argumentasjonen er prisverdig åpen og direkte. Og den bygger etter min mening på en realistisk balansering mellom det ønskelige og det mulige, basert på en nøktern vurdering av partenes rimelige behov og handlingsalternativer.

Saken gjelder entrepriseforhold (veianlegg), men dommen har, som nevnt, åpenbart relevans for alle tilvirkningskontrakter (skipsbygging, offshoreentreprise, programvareutvikling, osv.) der «bestillerforhold» hevdes å påvirke tilvirkerens kostnader – direkte eller via forsinkelser, uten at det er mulig å etablere klare linjer fra ett bestillerforhold til én virkning.

### 3. Utgangspunktene for analysen

<sup>4</sup> Slik det ble formulert i NS 3430 punkt 21.1 første ledd. Tilsvarende bestemmelser finnes i de senere entreprisestandarder NS 8405 og NS 8407 og i offshorestandardene NF 15 og NTK 15. I de sistnevnte er endringsmekanismen gitt en fremtredende plass som middel til å fastslå om vilkårene foreligger, og hva konsekvensene i tilfelle skal være for vederlaget.

<sup>5</sup> Entreprenørens beskrivelse i dommens avsnitt 13. I begrunnelsen for sluttoppgjørskravet for plunder og heft anførte tilvirkeren (se dommens avsnitt 11) at «[d]et er mange og sammensatte forhold som er årsak til dette kravet, både store og små. Dette har medført at det ikke er bare virkningene av hvert enkelt forhold som har ført til forstyrrelser og merarbeid ved dette prosjektet, men også i stor grad den totale situasjonen som helt klart har ført til akkumulerte konsekvenser som har forsterket totalvirkningen langt utover summen av enkeltforholdene».

<sup>6</sup> Dommens avsnitt 13. – Andre hyppig brukte uttrykk for dette er «global-tilnærming» og «top-down-tilnærming». Ingen av uttrykkene er påfallende presise, men kjernen er at man gir avkall på å nedbryte kravet i komponenter som lar seg ettergå med vanlige årsak-virkning-betraktninger.

Kravet gjelder tilleggsvederlag i kontraktsforhold. Høyesterett finner imidlertid liten veiledning i partenes kontrakt (NS 3430) utover kravet om årsakssammenheng mellom entreprenørens «merutgifter» og byggherrens forhold. Årsakskravet utdypes ikke i kontrakten, men i noen grad i den etterfølgende standard NS 8405 (2004), som på dette punkt anses som en «presisering og kodifisering»<sup>7</sup> av NS 3430. Her fastsettes det i punkt 24.3 bl.a. at entreprenøren har krav på dekning av «utgifter og kostnader» som «forårsakes» av at «forhold som byggherren bærer risikoen for», «medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid».

Med utgangspunkt i dette formulerer førstvoterende (i avsnitt 66) kravet til årsakssammenheng i to trinn: Først må entreprenøren bevise at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold, og deretter må han bevise at forstyrrelsene og ineffektiviteten har medført merutgifter.<sup>8</sup>

*Kjernen* er altså at entreprenøren må være påført forstyrrelser eller ineffektivitet. *Årsaken* må være byggherrens forhold, og *virkingen* må være merutgifter. På alle disse tre punktene må det foretas en bevisvurdering, men av litt forskjellig karakter.

*Virkningssiden* volder sjelden prinsipielle problemer.<sup>9</sup> Må man først anta at det foreligger forstyrrelser og ineffektivitet, er det ofte nærliggende at entreprenøren er påført merutgifter, selv om det kan være krevende å fastlegge det mer presise omfanget. Her gir for øvrig kontrakten ofte bidrag, både prosessuelt og materielt: Det kan være knyttet vilkår til tilleggsvederlag i form av varslingsfrister, og det kan være holdepunkter for utmåling – begge også med relevans for våre typer tilleggskrav. Dommen går lite<sup>10</sup> inn på dette, og overlater den eventuelle utmålingen i den aktuelle tvisten til lagmannsretten.<sup>11</sup>

Heller ikke selve *eksistensen* av forhold byggherren har risikoen for, pleier å by på de største bevismessige utfordringer. Riktignok kan det være vanskelig å plassere «risikoen» for eksempelvis grunnforholdene, og faktum er ikke alltid åpenbart (hva er egentlig grunnforholdene?), men slikt reiser knapt prinsipielle, gjennomgående spørsmål. Det dreier seg om alminnelig bevisføring og -vurdering. Heller ikke dette spørsmålet går Høyesterett nærmere inn på; lagmannsrettens konklusjon om at det forelå byggherreforhold som kunne gi grunnlag for kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap, var ikke tema.

Vanskeligere er den tredje bevisvurderingen tilknyttet årsakssammenhengen: Har disse byggherreforholdene faktisk ført til forstyrrelser og ineffektivitet sammenlignet med hva som ville vært situasjonen *uten* byggherreforholdene? Årsaken til at prosjektet koster

<sup>7</sup> Dommens avsnitt 63. Bestemmelsen er endret i NS 8405 (2008), som ikke trekkes inn i dommen med den begrunnelse at det er «førsteutgaven som er av interesse, fordi den må anses for å gi uttrykk for de generelle kravene til årsakssammenheng for plunder og heft» (avsnitt 65). Dette er forståelig, ettersom den tilsvarende bestemmelsen i standardens nyeste utgave (2008) punkt 25.2 ikke spesifikt nevner «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid» og gir færre holdepunkter for årsaksvurderingen. Men denne rettskildebruken kan nok problematiseres i den grad 2004-utgaven med tilhørende kommentarer må oppfattes brukt som mer enn argumentasjonskilder. Det kan i så fall også spørres om dommen antyder at resultatet kunne blitt et annet dersom den aktuelle kontrakt hadde vært basert på 2008-utgaven av NS 8405, fordi denne på dette punkt ikke kan anses som en «presisering og kodifisering» av NS 3430. Jeg tror likevel ikke det er grunnlag for en slik begrensning i dommens rekkevidde. De bærende resonnementer fremstår ikke som avhengige av at presiseringen av årsakskravene i NS 8405 (2004) kan legges til grunn.

<sup>8</sup> Det er etter min mening kanskje ikke helt optimalt at inndelingen så uttrykkelig gjøres i bare to trinn, se straks nedenfor i teksten.

<sup>9</sup> Men se ved note 14 om Oslofjordtunnel-dommen.

<sup>10</sup> Se avsnitt 84, som – med god grunn – fremhever kravene i NS 8405 (2004) punkt 24.3 om at entreprenøren «skal holde byggherren løpende underrettet om utviklingen av grunnlaget for kravet».

<sup>11</sup> Dommens avsnitt 29 (det var enighet mellom partene om at dette var sakens ramme i Høyesterett).

entreprenøren mer enn han hadde tenkt seg, kan jo være forhold han selv svarer for – som at hans planer var urealistiske eller at hans prosjektstyring ikke var god nok. Dette er kanskje i all sin enkelhet det vanskeligste problemet vedrørende plunder og heft: Hva utgjør faktisk plunder og heft – hvilken normalsituasjon skal man sammenligne med for å fastslå et avvik fra entreprenørens rimelige forventning – fra det han må «ta høyde for» (avsnitt 55)?

Det er denne siste typen bevisvurdering dommen gjelder. Førstvoterende uttrykker det slik (avsnitt 51): «Problemstillingen i saken er hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens meromkostninger.» Og mer presist angis (avsnitt 68) saken å gjelde «krav og retningslinjer for bevisførsel og bevisvurdering i tilknytning til årsakssammenheng».

Jeg er kanskje ikke like overbevist om pedagogikken i den sammenfatningen Høyesterett foretar (avsnitt 66) av kravene til årsakssammenheng:

«Årsakssammenhengen må fastlegges i *to trinn*. Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det *deretter* sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter» (mine uthevninger).

Kravet til årsakssammenheng kan beskrives på forskjellige måter. Men ved å gjøre temaet for «første trinn» så omfattende som det Høyesterett her gjør, kommer det ikke tydelig nok frem at det dreier seg om å vurdere *tre* prinsipielt forskjellige temaer: Er det ført tilstrekkelig bevis for (a) byggherreforhold, (b) forstyrrelser/ineffektivitet og (c) årsakssammenhengen mellom dem? Først når disse tre hindrene er passert, er det aktuelt å utmåle konsekvensene i form av kostnader og forsinkelse.

#### 4. Grunnleggende bevisregler

Klassiske juridiske problemstillinger omtales gjerne i sin egen sjargong, ofte uten at man legger særlig vekt på å forankre drøftelsene i alminnelige regler; man starter på et høyere plan, kanskje fordi man har gjort det så ofte. Etter hvert kan dette gjøre det vanskeligere å finne frem i spørsmålene – de beskrives ved hjelp av et (antatt) selvforklarende «stammespråk». Dette kan nok sies om «plunder og heft»-problemstillingen. Derfor er det viktig og avklarende at førstvoterende innledningsvis slår fast de grunnreglene avgjørelsen må forankres i:

«Min vurdering tar utgangspunkt i de generelle prinsippene for bevis. [...] Innenfor de rammer som følger av [tvisteloven] §§ 21-7 og 21-8, står [...] entreprenøren fritt til å føre de bevis han mener underbygger kravet. [/] Ved bevisbedømmelsen gjelder overvektprinsippet [...]. Siktemålet med bevisførselen er å komme frem til det beløp som – basert på kontraktens utmålingsregler – er korrekt, på grunnlag av det som fremstår som det mest sannsynlige faktum etter avsluttet bevisføring. [/] Det er entreprenøren som må sannsynliggjøre at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. [...]»<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Dommens avsnitt 72–74. – Disse synspunktene er ikke mer selvsagte enn at man eksempelvis i Sverige synes å stille et kvalifisert krav til bevis for å legge til grunn at tilvirkeren har et krav – kravet må være «styrkt». Se eksempelvis diskusjonen tilknyttet AB 04 6:5 i Oskar Gentele, *Samlade störningskrav* (Stockholm 2019), s. 99 flg.

Intet av dette er oppsiktsvekkende. Som nevnt er det ingen prinsipiell forskjell mellom plunder og heft og de enklere og mer håndfaste situasjoner der et byggherreforhold (endringspålegg, sene tegninger) påfører entreprenøren merkostnader – det kreves i alle tilfelle en påvisning av årsakssammenheng mellom forholdet og merkostnaden. Det ville være overraskende om den omstendighet at vi står overfor mange store og små byggherreforhold med komplekse og vanskelig identifiserbare virkninger for entreprenørens kostnader, skulle bedømmes etter prinsipielt andre regler.

Men at Høyesteretts påminnelse ikke er oppsiktsvekkende, gjør den ikke overflødig. Tvert imot: Det er nyttig at miljøet tilknyttet entrepris og annen tilvirkning med sitt «stammespråk» minnes om eksistensen av (retts-)samfunnet utenfor «stammen» og den hjelp det kan gi.

Dette gjelder også det enkle utgangspunkt at det er tilvirkeren som skal føre bevis for de fakta hans krav bygger på, herunder for årsakssammenhengen. Først når slike bevis er ført, må bestilleren svare, typisk med bevis for at tilvirkeren selv er skyld i forstyrrelsene og ineffektiviteten, som følge av egen dårlig planlegging og gjennomføring. Dersom tilvirkeren legger frem vektige bevis, kan imidlertid, som Høyesterett påpeker, denne «bevisføringsbyrden» skifte over til byggherren.<sup>13</sup> Men i praksis veves bevisføringen sammen; bevisene fremlegges og vurderes samlet, slik de fremstår «etter avsluttet bevisføring» (avsnitt 73). Slik må det bli når temaet er gjennomføringen av et komplekst prosjekt. Men også da er det viktig å fastholde det klare utgangspunktet, slik Høyesterett gjør: Kreditor må overbevise.

Heller ikke behovet for å identifisere forskjellen mellom det faktiske og det som med rimelighet kunne forventes, er enestående for «plunder og heft»-situasjonene. Det samme behovet oppsto eksempelvis ved fastleggelsen av «merutgifter» i høyesterettsdommen om Oslofjordtunnelen,<sup>14</sup> som gjaldt en enklere årsakskjede. Men i «plunder og heft»-sakene er det krevende å foreta en slik «kontrafaktisk» vurdering av hva situasjonen ville vært uten byggherreforholdet; det er mange byggherreforhold og andre forhold, de har komplekse virkninger på entreprenørens kostnader, og det er ikke opplagt hva situasjonen ville ha vært uten byggherreforholdene. Desto større er behovet for håndfaste retningslinjer for bevisvurderingen.

## 5. Bevisvurdering og skjønn

På basis av sontringen mellom *relevans* og *vekt* foretar førstvoterende en nøktern gjennomgang av de bevismomenter og -vurderinger som tradisjonelt – men knapt nok konsekvent – gjennom årene har vært brukt ved fastleggelsen av «plunder og heft»-virkninger.

Utgangspunktet er at ingen saklige momenter er prinsipielt irrelevante i den frie bevisbedømmelsen som skal foretas. Talende i denne forbindelse er førstvoterendes presiserende tolkning av lagmannsrettens noe kategoriske uttalelser om relevansen av «ovenfra og ned»-synspunkter og standardiserte faktorer for å beregne produktivitetstap.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Se dommens avsnitt 74–75.

<sup>14</sup> Rt-2005-788 avsnitt 51 sammenholdt med avsnitt 43.

<sup>15</sup> Standardiserte faktorer brukes ikke sjelden for å beregne forstyrrelser og produktivitetstap, basert på f.eks. erfaringstall fra forskjellen mellom drift med og uten vinterforhold eller dag- og nattarbeid eller økningen i behov for administrasjon som funksjon av mengden endringsarbeider. Felles er at slike faktorer lett blir for generelle til å ha særlig vekt hvis de ikke forankres i de konkrete omstendighetene. Se noe nærmere i punkt 6 nedenfor.

«Dersom uttalelsene [...] ga uttrykk for at metodene *avvises som relevante bevis på prinsipielt grunnlag*, er det i tilfelle feil rettsanvendelse.»<sup>16</sup>

Dette innebærer naturligvis ikke at de ulike momentene alltid har en bestemt vekt, enn si kan tildeles en absolutt vekt. Vi er da tilsynelatende tilbake i den mistrøstige situasjonen at vurderingen av «plunder og heft»-kravene bare avhenger av «sakens konkrete omstendigheter», uten at det er mulig å identifisere gjennomgående vilkår og kriterier. Utgangspunktet i de alminnelige regler om bevisføring og -vurdering synes å lede til at «alt» kan være relevant, og at klare retningslinjer for vekt ikke lar seg oppstille. Til dette bemerker Høyesterett at «[d]en endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil [...] i noen grad måtte bygge på et skjønn». *Men* – og dette er ikke noe lite fremskritt – «rommet for skjønn [vil] bli snevret inn» når bevisførselen knyttes til de to trinnene i årsakssammenheng: Foreligger forstyrrelser / ineffektiv drift som følge av byggherreforhold, og har dette i tilfelle medført merutgifter for entreprenøren? «Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist» (avsnitt 87).

Dette kravet til sammenheng mellom skjønnsutøvelsen og en strukturert tilnærming til bevis for årsakssammenheng ledet til sakens resultat: Høyesterett sluttet seg (med et mindre forbehold) til lagmannsrettens rettslige utgangspunkter,<sup>17</sup> men opphevet dommen fordi «[f]astsettelsen av vederlagsbeløpet er uten forankring i de rettslige krav som lagmannsretten selv oppstiller for å fastslå årsakssammenheng».

Men hva ligger nærmere bestemt i den strukturerte tilnærming til bevis for årsakssammenheng som dommen gir anvisning på?

## 6. Retningslinjer for bevisvurderingen

I dommens avsnitt 78–86 løfter Høyesterett frem en del spesifikke momenter som ofte er fremme i tvister om denne type krav. Gjennomgangen er naturlig nok ikke uttømmende, og den må sees i lys av den innledende understrekning av de «generelle prinsippene for bevis».

Høyesteretts behandling av bevisene for årsakssammenheng kan sies å skille mellom bevismomenter og mer overordnede betraktninger/avveininger. I presentasjonen av de retningslinjer dommen gir, kan dette skillet være egnet, selv om det ikke er skarpt og retningslinjene uansett må sees i sammenheng. Et gjennomgående trekk er fraværet av absolutter.

(a) *Bevismomentene* kan være helt konkrete: Entreprenøren søker å bevise at påviste meromkostninger skyldes påviste byggherreforhold (én-til-én, eller i hvert fall «nedenfra og opp»), eller at de faktiske kostnadene overskrider entreprenørens opprinnelige kalkyle. Men bevismomentene kan også være mer allmenne, så som erfaringstall fra bransjen eller sinnrike generelle systemer for å beregne konsekvenser av forstyrrelser og ineffektiv drift.

Av disse er de fleste praktisk sett fullt mulige bevisemaer: Erfaringstall, sinnrike systemer og differansebetraktninger lar seg alle forholdsvis enkelt etablere. Problemet ligger ikke i om bevisene lar seg føre, men hvilken vekt de skal ha. Her gir Høyesterett ganske klar melding: Differansebetraktninger sier lite om årsakene til avvik fra opprinnelig kalkyle – den kan jo ha vært dårlig fundert, og entreprenøren kan selv ha vært ineffektiv. Og generelle holdepunkter basert på bransjeerfaring sier lite hvis det ikke påvises at erfaringen er relevant for det aktuelle prosjekt. På den annen side: Ingen av disse bevismomentene er a priori uten vekt, de må bare knyttes til konkrete forhold ved prosjektet.

<sup>16</sup> Dommens avsnitt 95. Min utheving.

<sup>17</sup> Dommens avsnitt 90–93.

Intet av dette er overraskende med det utgangspunkt førstvoterende tar i «de generelle prinsippene for bevis».

Det førstnevnte bevismomentet – konkrete «nedenfra og opp»-bevis – er krevende. Slike bevis vil naturlig nok ha stor tyngde, men de er typisk vanskelige å føre. Kjennetegnet for «plunder og heft»-krav er jo at de gjelder avledede og ofte kumulative konsekvenser av flere byggherreforhold som kan samvirke – også med entreprenørens egne forhold. Likevel understreker Høyesterett at utgangspunktet er at entreprenøren «skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført» (avsnitt 83). Og videre: «[E]ntreprenøren [kan] som utgangspunkt ikke [...] basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for» (avsnitt 82).

Som utgangspunkt synes altså Høyesterett å slutte seg til byggherrenes vanlige syn: Kravet må bygges opp «nedenfra og opp» – der skal vær så god serveres taco. Men et så strikt syn ville kunne grense opp mot det ulevelige. Et viktig forbehold ligger derfor i at bevisførselen ikke kan baseres «alene» på overordnede tilnærminger, og det sies også uttrykkelig at den omstendighet at «nedenfra og opp»-bevis ikke nødvendigvis er fullt ut mulige, «betyr [...] ikke at det helt kan unnlates» (avsnitt 82). På den annen side må beviskravene «ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft» (avsnitt 86).

Dermed blir beviskravene realistiske. Men de gir samtidig ikke så mye hjelp i det enkelte tilfelle. Det er derfor viktig at dommen i tillegg påpeker overordnede betraktninger og avveininger som supplerer det som sies om selve bevismomentene isolert.

(b) En sentral *overordnet betraktning* er at den praktisk begrunnede ettergivenhet i kravet om å bevise konsekvensen av hvert enkelt byggherreforhold må balanseres mot byggherrens legitime behov for å kunne imøtegå entreprenørens krav. Normalt er entreprenøren den av partene som til enhver tid har best og mest umiddelbar innsikt i hvordan prosjektet utvikler seg – aktiviteter, ressurspådrag, kostnadsutvikling, fremdrift, alternative fremgangsmåter, osv. Han bør derfor pålegges å fremskaffe faktagrunnlag for sitt krav, fordi han oftest er nærmest til å sikre bevis.<sup>18</sup>

Men en viktig forutsetning er at entreprenøren hadde rimelig grunn og anledning til å sikre bevisene. Her påpeker førstvoterende uttrykkelig «kontraktens system»: Entreprenøren skal varsle når han vil kreve dekning av merutgifter.<sup>19</sup> Førstvoterende slutter seg til uttalelsen i kommentarutgaven til Kolrud mfl., som – etter å ha påpekt at «plunder og heft»-krav gjerne øker kraftig frem mot sluttoppgjøret – fremhever: «I denne situasjonen har byggherren et legitimt krav på å bli holdt best mulig underrettet om utviklingen av kravet og av grunnlaget for det. Selv om det er vanskelig å gi presise rapporter, må entreprenøren bestrebe seg på å gi så gode opplysninger som mulig.»<sup>20</sup>

Påminnelsen om viktigheten av kontraktens system mener jeg er riktig og viktig. I erkjennelse av rollefordelingen mellom kontraktspartene i prosjektet pålegger

<sup>18</sup> Men se note 23.

<sup>19</sup> Avsnitt 84. NS 3430 pkt. 21.2 jf. 17.5, første ledd, som lyder: «Vil entreprenøren kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter, skal han skriftlig varsle byggherren. Varsel skal gis uten ugrunnet opphold etter at han er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører forsinkelse eller merutgifter. Gis ikke slikt varsel uten ugrunnet opphold, tapes retten til å kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter.» Annet ledd lyder: «Entreprenøren skal innen rimelig tid nærmere spesifisere og begrunne sitt krav.» Dette varslingssystemet videreføres i NS 8405:2008 punkt 25.3 og 25.4.

<sup>20</sup> Kolrud mfl., NS 8405 Kommentarutgave (Oslo, 2004), s. 287.



varslingsreglene entreprenøren å holde byggherren så godt orientert som praktisk mulig om utvikling som han ser vil kunne lede til krav om tilleggsbetaling.<sup>21</sup> Poenget er ikke først og fremst å advare byggherren mot det som hevdes å komme, men å gi ham anledning til å styre prosjektet i lys av informasjonene. Utviklingen de senere år («mer vei/jernbane for pengene!») innebærer et stående krav til optimalisering i prosjektene. Når tilvirkeren hevder at han har grunnlag for krav om øket vederlag eller tid, vil byggherren ikke bare ha behov for å håndtere kravet effektivt, men kanskje først og fremst for å vurdere om det bør gjøres tiltak i andre deler av prosjektet enn den som er umiddelbart berørt. Riktignok fremmes «plunder og heft»-kravene først og fremst i sluttoppgjøret, men hensynet til en mest mulig rasjonell gjennomføring av prosjektet tilsier at – i hvert fall grunnlaget for – kravet bør søkes identifisert tidligere. Kontraktens varslingsregler er her sentrale.

Det er således gode grunner til at bevisvurderingen i tilknytning til krav må ta i betraktning varslingsreglene. I noen situasjoner følger dette uten videre av den preklusive virkning det etter kontrakten kan ha at et krav ikke varsles i tide på angitt måte. Men også utover dette bør kravene til bevis farges av at kontrakten understreker entreprenørens aktivitetsplikt i slike situasjoner. Varslingsreglene innebærer at den som i praksis kan sikre «begivenhetsnære» bevis, gis oppfordring til å gjøre det, og tilrettelegger systemer for hvordan dette skal gjøres.<sup>22</sup>

Mange av kontraktens varslingsplikter – også de som ikke er koblet til en preklusjonsregel – gjelder de typiske årsaker til plunder og heft, så som forsinkede leveranser fra bestiller, pålagte endringer med påstått uforholdsmessig store fremdriftsvirkninger, force majeure, forseringspålegg osv. Varsling om slike forhold vil naturligvis ikke gi en komplett oversikt over prosjektforløpet – til det er sammenhengene for komplekse og de senere oppståtte virkninger for uforutsigelige. Men varslingspliktene innebærer at sentrale forhold plukkes opp og tilrettelegges for senere analyse i form av begivenhetsnære bevis. Dette gir tross alt et bedre grunnlag for de klassiske sluttoppgjørsdiskusjonene enn om man stort sett skulle være henvist til å sammenligne planlagt og faktisk produktivitet. Det er derfor etter min mening god grunn til at slike varslingsregler og «identifikasjonssystemer» bør oppfattes som generelle styringsverktøy partene har ønsket, og derfor tillegges relevans for vurderingen av bevis for årsakssammenhenger ved «plunder og heft»-krav.

## 7. Retningslinjenes tre pilarer

Etter det vi nå har sett, kan Høyesteretts analyse sies å springe ut av tre typer betraktninger. Riktignok bygges det ikke uttrykkelig på noe slikt skille, men de tre betraktningene ligger under både presentasjonen av relevante momenter i bevisvurderingen og retningslinjene for avveiningen mellom dem.

For det *første* det grunnleggende: Den som krever tilleggsvederlag, må overbevise om at det er faktisk (og rettslig) grunnlag for kravet. Dette er den isolerte vurdering av om det er påvist en tilstrekkelige årsakssammenheng mellom byggherreforhold, ineffektivitet og kostnader. For det *andre* har det betydning at partene har ulik tilgang til bevis. Mens tilvirkeren forutsetningsvis har førstehånds kjennskap til de omstendigheter som hevdes å lede

<sup>21</sup> Se note 19 ovenfor om kontraktsreguleringen.

<sup>22</sup> Her kunne man tenkt seg at den endringsmekanismen disse kontraktene oftest inneholder, og som brukes både til styrende og gjenopprettende endringer, også ble trukket inn ved håndteringen av tilvirkerens krav i anledning påstått bestillerpåført ineffektivitet. Slik bruk ligger utenfor mekanismenes rekkevidde i dag, og det vil være kontraktsteknisk krevende å utvide anvendelsesområdet. Men det ville gi et fastere grep om sentrale momenter i «plunder og heft»-kravene.

til hans effektivitetstap, er bestilleren ofte fjernere fra sakens fakta.<sup>23</sup> For det tredje finnes det regler og systemer i kontrakten som kan ha betydning. Den alminnelig regel om at den som krever har bevisbyrden for kravet, suppleres av to typer kontraktsregler. Selv om det er få regler om hvordan årsaksforhold mer spesifikt skal bevises, utdyper kontraktene gjerne det grunnleggende vilkår at krav om tilleggsbetaling og -tid må begrunnes i forhold kontrakten pålegger bestilleren risikoen for («byggherreforhold»). Praktisk viktigere er likevel kontraktens andre type bidrag, nemlig en rekke regler som søker å sikre at relevante fakta (fortrinnsvis «begivenhetsnære» bevis) identifiseres og varsles tidlig og tydelig.

Mens den første av disse betraktningene er selve kjernen i bevisvurderingen, er de to andre av en prinsipielt annen art. Betraktninger omkring partenes tilgang til bevis har sammenheng med kontradiksjonshensynet: Tilvirkeren bør fremlegge bevis som gir bestilleren mulighet til å føre motbevis – det ville være lite tilfredsstillende dersom det forhold at bestilleren typisk har spinkel tilgang til motbevis, skulle lempe kravene til tilvirkerens bevisføring. Samtidig peker betraktningen på betydningen av det praktisk mulige ved bevisvurderingen. På den ene side vil det kunne være til skade for den som søker å overbevise, hvis han ikke fremlegger bevis det ville vært praktisk mulig å fremlegge. På den annen side kan ikke den faktiske muligheten alltid være avgjørende i denne forbindelse – det bør være rom for en avveining mellom kostnadene (i vid forstand) ved bevisføringen og verdien beviset formodentlig ville ha hatt, med et øye til så vel kontradiksjon som bevisbildet for øvrig.

Dette har også sammenheng med den tredje betraktningen – sammenhengen med kontraktens system. Kontrakten gjenspeiler partenes ønske om å sikre best mulig styring av de komplekse og dynamiske prosjektene vi her har for øye.<sup>24</sup> Det er naturlig at dette har relevans i vurderingen av hvordan påstått årsakssammenheng skal bevises. Leverandøren er edderkoppen som kjenner rykningene i nettet, og kontrakten tar konsekvensen av det ved i flere sammenhenger å stille krav til hans varsling og dokumentasjon. Derved økes også gjerne tilfanget av begivenhetsnære bevis, som er et generelt hensyn i all bevisvurdering.

## 8. Hvor står vi så?

Hab-dommen viser at så vel overordnede som konkrete bevismomenter er relevante. Hverken generelle erfaringstall for produktivitetstap eller sammenligningen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter framkjennes relevans. Det gjør heller ikke sinnrike beregningssystemer av mer teoretisk art. Men slike bevismomenter må settes i sammenheng med de konkrete forhold: Skal erfaringstall og beregningsmetoder ha vekt, må man påvise tilstrekkelige representative likheter mellom erfaringsgrunnlaget og den aktuelle situasjon – og da er man nesten like langt. Og entreprenørens kalkyle kan vanskelig brukes uten korrigering for bl.a. feil og urimelig optimisme – hvilket igjen innebærer at dens selvstendige vekt kanskje ikke blir så stor. Overordnede tilnærminger kan altså være tjenlige som bevis,

<sup>23</sup> Men unntak kan tenkes. I enkelte offshoreprosjekter har bestilleren store «site team» på byggeplassen, og tendensen kan også spores i de største landprosjektene. Slikt bedrer vanligvis bestillerens mulighet til å få innsikt i relevante fakta. Dette illustrerer at også «nærhetsbetraktningen» må brukes med et øye til særegenhetene ved det aktuelle forhold – synspunktet har ikke nødvendigvis generelt gjennomslag.

<sup>24</sup> Et klart uttrykk for dette er entreprisbransjens unisone ønske om at Standard Norge skal utvikle en ny avtalt norsk standardkontrakt for store prosjekter (arbeidet ble igangsatt ultimo 2019). Behovet er særlig at kontrakten skal bli et enda bedre redskap for begge parters styring av slike prosjekter. «Den kulinariske utfordring» – lapskaus eller taco – illustrerer riktignok at partenes ønsker ikke nødvendigvis er helt sammenfallende på dette punkt.

men «kanskje særlig som supplement til konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet» (avsnitt 80).

Dommen utdyper dette sentrale kravet: Entreprenøren kan som utgangspunkt ikke «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».<sup>25</sup>

De konkrete forhold må altså bringes frem så langt det med rimelige midler er mulig. Dette følger også av kontraktens varslingsregler. Men samtidig erkjennes det at «plunder og heft»-kravene etter sin natur unndrar seg en full årsak-virkning-analyse av alle ledd. I praksis står derfor slaget mellom to hensyn: entreprenørens praktiske utfordringer ved å oppfylle de beviskrav som så vel alminnelige bevisregler som kontrakten oppstiller, veid mot byggherrens behov for innsikt i og mulighet for imøtegåelse av entreprenørens krav. I denne avveiningen kan ikke beviskravene «settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft» (avsnitt 86). Høyesterett tar riktignok ikke standpunkt til entreprenørens anførsel om at «[d]en primære grunnen til at det oppstår plunder og heft, er dårlig planlegging av byggherren», og at «[v]ed å stille urealistiske krav til bevis for årsakssammenheng veltes risikoen for dette over på entreprenøren» (avsnitt 71). Denne avholdenheten har nok gode grunner – virkeligheten er tidvis mer nyansert. Men det synes likevel å være grunnlag for å fastholde at avveining mellom det mulige og det ønskelige med hensyn til entreprenørens bevisføring må ta hensyn til at årsakskjedene gjerne er komplekse og at utgangspunktet forutsetningsvis er at det er sannsynliggjort at forhold byggherren har risikoen for, i hvert fall delvis har skapt de komplekse virkningene. Dessuten er temaet ikke enkeltstående krav bygget på hvert enkelt byggherreforhold – «[v]ed plunder og heft står [...] ofte *den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen*».<sup>26</sup> Denne tilsynelatende opplagte observasjonen har potensielt betydelig rekkevidde nettopp i diskusjonen om hvorvidt taco eller lapskaus bør stå på menyen. Poenget er ikke bare enkeltrettene, men måltidets samlede preg.

Twisten gjelder utmåling av tilleggsvederlag – alt annet er forberedende øvelser. Utmålingen må bygge på skjønn, også etter dommen. Men dommens fortjeneste er at den har staket opp en vei som gjør det mulig klarere å identifisere hvilke elementer som kan og må inngå i skjønnet, og hvordan de forholder seg til hverandre. Vi er et stykke unna den utilfredsstillende oppsummering «etter en samlet vurdering» etter en oppramsing av løsrevne faktorer. Når bevisførselen knyttes til de to trinnene i årsakssammenhengen som Høyesterett identifiserer (og som jeg riktignok mener kunne fått et klarere pedagogisk uttrykk), «vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist» (avsnitt 87).

De tider er etter min mening nå forbi hvor man meningsfylt og med prinsippenes fane høyt hevet kan diskutere hvorvidt tilvirker må bevise én til én-forhold mellom bestillerforhold og produktivitetstap. Høyesterett har gitt klart uttrykk for at den slags absolutter ikke lar seg opprettholde – i noen retning. Det kan som alminnelig regel hverken stilles krav om slik påvisning eller antas at det er akseptabelt at den overhodet ikke skjer.

Budskapet er i stedet: Det påhviler tilvirkeren å bevise årsakssammenhengen så langt som praktisk mulig, fra så mange vinkler som mulig, og med respekt for kontraktens system med varslinger – men også med respekt for at det «mulige» må avpasses etter hva bestiller

<sup>25</sup> Dommens avsnitt 82.

<sup>26</sup> Dommens avsnitt 86 (min utheving).

rimeligvis trenger for å imøtegå kravet. En konsekvens kan være – ut fra vanlige bevisprinsipper – at kravene til bevis for årsakssammenheng mellom bestillerforhold og tilvirkers tapte produktivitet kan reduseres hvis bestillerforholdene er mange og sammenblandede i tidsforløp eller virkning. Slikt skaper en alminnelig forventning om at produktiviteten er påvirket, samtidig som det reduserer den praktiske mulighet for én til én-bevis for sammenheng mellom det enkelte bestillerforhold og elementene i produktivitetsvirkningen – tilvirkeren får lettere aksept for en mer generell tilnærming. Og omvendt vil mer distinkte bestillerforhold skjerpe kravene til større «dissekering» av årsaksforholdene.

Det vi står overfor, er altså et utslag av den allmenne observasjon: Hvor krevende seilassen blir, avhenger av farvannet, men den blir alltid tryggere jo flere krysspeilinger man kan gjøre nedover i leden. Etter min mening har dommen brakt oss videre ved sin poengterte og åpent argumenterte anvisning av mulige peilepunkter, og med sine klare, men dempede, tilkjennegivelse av at man ikke står fritt til å seile uten å benytte dem.

---