

Forholdet mellom kravet til årsakssammenheng ved plunder og heft i entrepriseretten og i sivilretten ellers

Praktiserer underrettspraksis etter HAB-dommen et strengere krav til årsakssammenheng ved plunder og heft enn det som gjelder i sivilretten for øvrig?

Kandidatnummer: 533

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17 933



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Metode og rettskildebilde.....	2
1.4	Videre fremstilling	3
2	PLUNDER OG HEFT I ET NØTTESKALL.....	3
2.1	Kjernen i plunder og heft begrepet	3
2.2	Rettskildebildet: hjemmelsgrunlaget for plunder og heft	4
2.2.1	Standardkontraktenes bestemmelser.....	4
2.2.2	Ulovfestet rett	5
2.2.3	Rettspraksis.....	6
2.3	Prosessuell forutsetning: varsling	6
2.4	Vilkår for plunder og heft	7
2.4.1	Overordnet om vilkårene	7
2.4.2	Byggherreforhold.....	7
2.4.3	Kostnad som følge av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser.....	10
2.4.4	Årsakssammenheng	11
3	KRAVET TIL ÅRSAKSSAMMENHENG	11
3.1	Det sivilrettslige årsakskravet i et overordnet perspektiv, herunder bevisbegrepenes betydning.....	11
3.1.1	Årsakssammenheng generelt	11
3.1.2	Bevisbegrepenes betydning	12
3.1.3	Bevisbegrepene og årsakssammenheng.....	16
3.2	Årsakskravet i plunder- og heftstvister	17
3.2.1	Historisk utvikling av årsakskravet i teori og praksis.....	17
3.2.2	HR-2019-1225-A - HAB-dommen.....	19
3.3	Krav til dokumentasjon.....	21
4	TOLKNING OG UTVIKLING I ETTERFØLGENDE PRAKSIS	23
4.1	Nærmere om avhandlingens analyse.....	23
4.2	HAB-dommens avsnitt 86: «Praktisk umulig eller urimelig tyngende».....	24
4.3	Betydningen av tidsnære bevis	27
4.4	Sen eller manglende varsling - bevismessig betydning?	30

4.5	Beviskravet for årsakssammenheng ved kumulerte forhold: herunder byggherrens endringskompetanse.....	31
4.6	Rommet for skjønn ved entreprenørens kravsberegning og rettens kravutmåling.....	34
4.7	Motstridende tendenser?	36
4.7.1	Forholdet til underentreprenørens handlinger.....	36
4.7.2	Kritisk linje: betydningen for årsakssammenheng	37
5	EN TOTALBEDØMMELSE AV RETTSTILSTANDEN: FORHOLDET TIL SIVILRETTE	38
5.1	Kriteriene for bedømmelsen.....	38
5.2	Bedømmelsen av etterfølgende praksis.....	40
5.2.1	HAB-dommens avsnitt 86: «Praktisk umulig eller urimelig tyngende»	40
5.2.2	Tidsnære bevis	41
5.2.3	Sen eller manglende varsling.....	43
5.2.4	Årsakskravet ved kumulerte forhold	44
5.2.5	Rommet for skjønn ved entreprenørens kravsberegning og rettens kravutmåling	44
5.2.6	Motstridende tendenser: forholdet til underentreprenører og kritisk linje	46
6	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	47
	LITTERATURLISTE.....	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for masteravhandlingen er kravet til årsakssammenheng ved såkalte plunder- og heftskrav i bygge- og anleggsprosjekter. I praksis har krav på plunder og heft bydd på store bevismessige utfordringer,¹ ettersom bevisbildet ofte er uoversiktlig grunnet komplekse årsaksforhold som ikke lett lar seg analysere.² Hvordan domstolene skal bedømme krav på plunder og heft ble tatt opp i HR-2019-1225-A, «HAB-dommen». Dommen trakk særlig frem hvilke krav som stilles til årsakssammenheng. Retten oppstilte både faktiske og rettslige rammer for hvordan å bevise og sannsynliggjøre årsakskravet, hvilket hadde vært «noe sprikende» i tidligere lagmannsrettspraksis.³

I kjølvannet av HAB-dommen, observeres det en økt tendens til å avvise krav på plunder og heft i underrettspraksis.⁴ En fellesnevner for majoriteten av avvisningene er at entreprenørene ikke klarer å tilfredsstillere kravet til årsakssammenheng.

Denne avhandlingen vil analysere praktiseringen av kravet til årsakssammenheng ved behandlingen av plunder- og heftskrav, i underrettspraksis avsagt etter HAB-dommen. Avhandlingen retter fokus mot hvordan nyere rettspraksis tolker og anvender retningslinjene som ble oppstilt av Høyesterett, og hvorvidt avgjørelsene er i tråd med kravene som stilles til årsakssammenheng i sivilretten ellers. Krav til dokumentasjon og bevis i årsaksvurderingen vil også analyseres. Selv om plunder- og heftskrav byr på store bevismessige utfordringer, er det likeledes et sivilrettslig krav som bør følge sivilprosessens praktisering ellers. Avhandlingens hovedproblemstilling er om underrettspraksis etter HAB-dommen praktiserer et strengere krav til årsakssammenheng ved plunder og heft, sammenlignet med praktiseringen av årsakskravet ved andre sivilrettslige krav.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen tar utgangspunkt i landbasert entrepris, også omtalt som næringsentreprise,⁵ og avgrenser dermed mot plunder- og heftskrav i forbrukerentreprise og offshore. Det avgrenses hverken mot særskilte entreprisetypen eller spesifikke standardkontrakter. Bakgrunnen for dette er at uttalelsene i HAB-dommen anses å «gi uttrykk for de generelle kravene til

¹ Hagstrøm (2014) s. 268.

² Pettersson (2010) s. 348.

³ HR-2019-1225-A, avsnitt 67.

⁴ Bergo (2021) og Jæren tingretts dom 19. juni 2019, i sak 18-015268 TVI-JARE.

⁵ Hagstrøm (2014) s. 28.

årsakssammenheng ved plunder og heft-krav».⁶ Ettersom avhandlingen setter søkelys på praktiseringen av årsakskravet i norsk underrettspraksis, avgrenses det mot internasjonale kilder om kravet til årsakssammenheng.

1.3 Metode og rettskildebilde

Avhandlingen analyserer praktiseringen av årsakskravet i underrettspraksis etter HAB-dommen, og sammenligner denne med sivilretten for øvrig. For å vurdere om kravet praktiseres strengere innenfor entrepriseretten, vil teori og praksis fra andre sivile krav benyttes som sammenligningsgrunnlag i avhandlingen. Praksis og litteratur er valgt ut som *illustrasjon* for å vurdere likheter og forskjeller mellom praktiseringen av årsakskravet ved plunder og heft og i sivilretten generelt. Henvisninger til «sivilretten» eller «sivilprosessen» gir i denne avhandlingen uttrykk for praktiseringen av hele eller deler av årsakskravet i teori og rettspraksis ved andre sivilrettslige krav. Videre vil begrepene «kravsutmåling» og «kravsberging» anvendes tilsvarende begrepene «tapsutmåling» og «tapsberging», der det er tale om plunder og heft. Begrepsbruken fremstår mer naturlig, ettersom det reelt sett er tale om «tilleggskostnader» og ikke «tap» ved plunder og heft.

For å kunne foreta en tilstrekkelig analyse av årsakskravet ved plunder og heft i underrettspraksis, er det gjort et forsøk på å innhente samtlige publiserte lagmannsrettsdommer som berører problemstillingen avsagt etter HAB-dommen. Dertil bemerkes det at flere av lagmannsrettsdommene har blitt anket og avvist av Høyesterettsankeutvalg.⁷ I tillegg tilføyes det at samtlige tingrettsdommer i rettskildematerialet er anket og er derfor ikke lenger rettskraftige, jf. tvl. §§ 19-14, jf. 19-5.⁸ Det empiriske materialet er analysert gjennom alminnelig rettslig metode. Enkelte avgjørelser refereres til ved «kallenavn» jeg selv har gitt dommene, hvilket også fremgår av litteraturlisten. Formålet med kallenavnene er å gjøre det enklere å gjenkjenne avgjørelsene i avhandlingens analyse.

Deler av oppgavens analyse viser til dokumentasjonskravene og domstolenes bevisvurdering i de konkrete sakene. Rettsavgjørelsene gir sjeldent et fullstendig bilde av den totale bevisføringen som er fremlagt under sakenes gang. En naturlig følge av dette er at det foreligger en viss usikkerhet knyttet til å analysere dommenes bevisvurdering, i saker en selv ikke har vært vitne til.

Entrepriserettens rettskildebilde baserer seg i stor grad på ulovfestet rett. Tidligere hadde entrepriseretten begrenset med rettspraksis sammenlignet med andre rettsområder, særlig

⁶ LB-2018-88669, se også LF-2018-167020, TSOFT-2017-198790 og Brøndmo (2021) s. 336.

⁷ Se eksempelvis HR-2020-605-U, HR-2020-1557-U, HR-2020-2494-U og HR-2021-916-U.

⁸ Dette er bekreftet etter direkte kontakt med domstolene.

avgjørelser fra Høyesterett.⁹ Derimot har det skjedd en utvikling i rettspraksis de siste tjue årene. Entrepriserettslige krav avgjøres oftere i domstolene enn tidligere. Dette kan trolig ha en sammenheng med at voldgiftsretter har en mindre rolle som rettslig instans i bygge- og anleggsbransjen i dag. Før hadde flere standardkontrakter bestemmelser som tilsa at tvister skulle løses ved voldgift. I dag forenes partene ofte til minnelig løsning, men det er likevel ofte behov for en rettslig avklaring i domstolene for enkelte krav. I tillegg til rettspraksis finnes det mye juridisk litteratur om entrepriserett, samt et ikke ubetydelig omfang av litteratur om plunder og heft. Litteraturen anvendes både for å kartlegge innholdet i plunder og heft samt årsakskravet generelt, og som sammenligningsfaktor der det anses hensiktsmessig. Hjemmelsgrunnlaget for plunder og heft behandles under punkt 2.2.

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingens del 2 redegjør for innholdet i plunder og heft, og hvilke vilkår som må være oppfylt for å tilkjennes et slikt krav. Kravet til årsakssammenheng i både et sivilrettslig og entrepriserettslig perspektiv, herunder bevisbegrepenes betydning behandles i avhandlingens del 3. Redegjørelsene i del 2 og 3 er nødvendig for å kunne gjøre en dyptgående analyse og vurdering videre i del 4-6.

Del 4 og 5 er avhandlingens hoveddel. Del 4 er en analyse av ulike karakteristikk eller metodiske trekk ved praktisering av årsakskravet ved plunder og heft, i etterfølgende praksis. Bevis- og dokumentasjonskrav fremheves også, samt eventuell motstrid i praksis. Del 5 sammenligner de funn som er analysert i del 4 med praktiseringen av årsakskravet i andre sivilrettslige tvister.

Del 6 oppsummerer hvilke likheter og forskjeller som er observert, samt foretar en helhetlig bedømmelse av rettstilstanden med konklusjon på avhandlingens hovedproblemstilling; praktiserer underrettspraksis et strengere krav til årsakssammenheng ved plunder og heft enn i sivilretten ellers?

2 Plunder og heft i et nøtteskall

2.1 Kjernen i plunder og heft begrepet

Plunder og heft er en spesiell kravstype i entrepriseretten, og uttrykket har ikke et entydig rettslig innhold.¹⁰ Krav på plunder og heft har blitt omtalt med en rekke ulike navn, herunder krav som følge av indirekte eller avledede effekter, urasjonell drift, kumulative virkninger, samt

⁹ Hagstrøm (2014) s. 28.

¹⁰ HR-2019-1225-A, avsnitt 54.

drift- og produksjonsforstyrrelser.¹¹ Som begrepene tilsier, dreier kravene seg om avledede konsekvenser som har medført en økt kostnad for entreprenøren i forbindelse med utførelsen av et prosjekt, som det ikke allerede er kompensert for.¹² Under kontraktsinngåelsen er både byggherre og entreprenør innforstått med at det sannsynligvis vil oppstå uforutsette forhold under prosjektets konstruksjon. Forsinkelser, endringer, uforutsett parallellitet med andre underentreprenører er forhold som entreprenøren i sin kostnadskalkyle må ta en viss høyde for. Spørsmålet om plunder og heft oppstår når entreprenøren hevder at de totale kostnadene for uforutsette produktivitetsforstyrrelser, overstiger det entreprenøren kunne forvente ved inngitt tilbud.¹³

I motsetning til eksempelvis force majeure, kjennetegnes plunder og heft som en «konsekvens» og ikke som en «årsak».¹⁴ Kravene er ofte sammensatt av flere forhold som har resultert i en tilleggskostnad for entreprenøren. Denne karakteristikken gjør at plunder og heft i praksis er vanskelige krav å bevise og sannsynliggjøre. Pettersson illustrerte problemstillingen gjennom en sammenligning med bilkø; «[p]å et tidspunkt oppstår køen, men det er ikke mulig å si at det er en bestemt bil, eller noen få bestemte biler, som er årsaken til det. Det er en totaleffekt, og det er ikke mulig å beregne nøyaktig når «køen» inntreffer, eller fordele skylden på de enkelte bilene.»¹⁵

2.2 Rettskildebildet: hjemmelsgrunnlaget for plunder og heft

2.2.1 Standardkontraktenes bestemmelser

For å skape forutsigbarhet og jevn risikobalanse mellom partene i bygge- og anleggsbransjen, er hel eller delvis bruk av standardkontrakter utbredt. I private kontraktsforhold står partene fritt til å anvende standardkontrakter, mens i det offentlige er bruk av standardkontrakter rettslig regulert. Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 19-1 (1) annen setning fastsetter at offentlige oppdragsgivere skal som hovedregel benytte standardkontrakter der slike finnes. Hjemmelsgrunnlaget for plunder og heft kan følge av slike standardkontrakter. NS 8405 og 8407 anvendes som illustrasjon.

NS 8405¹⁶ regulerer utførelsesentrepriser, og anses som den vanligste standardkontrakten i bygge- og anleggsbransjen.¹⁷ *Krav* som følge av plunder og heft er ikke eksplisitt regulert i

¹¹ Kvalsund (2018).

¹² HR-2019-1225-A, avsnitt 56.

¹³ Kommer tilbake til dette i punkt 2.4.2.

¹⁴ Ibid. s. 347.

¹⁵ Ibid. s. 353.

¹⁶ Etterfølgeren til NS 3430.

¹⁷ Hagstrøm (2014) s. 25.

standarden, men følger forutsetningsvis av punkt 25.3 (2) bokstav b.¹⁸ Bestemmelsen er utformet som en særskilt varslingsregel. Regelen presiserer at dersom entreprenøren skal kreve «økte utgifter» i forbindelse med «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser», skal entreprenøren varsle byggherren «uten ugrunnet opphold». Bestemmelsen er derimot taus om hvilke krav som stilles til årsakssammenheng og bevis, annet enn at utgiftene har oppstått «pga» produktivitetsforstyrrelser «som er en følge av» forhold byggherren svarer for, jf. punkt 25.2.

For totalentreprise gjelder NS 8407. Plunder og heft reguleres i standardens punkt 34.1.3 om «Særskilt varsel». I motsetning til NS 8405 punkt 25.3 er grunnlaget for kravet eksplisitt formulert i bestemmelsens andre ledd. Entreprenøren kan «kreve særskilt justering av vederlaget» om det foreligger endringer eller svikt i byggherrens ytelse jf. punktene 34.1.1 og 34.1.2, som har medført «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser». Entreprenørens særskilte varslingsplikt er regulert i bestemmelsens tredje ledd. I likhet med NS 8405 tilsier ordlyden at det må foreligge årsakssammenheng. Utgiftene må ha oppstått «på grunn av» produktivitetsforstyrrelsene, som må være «en følge av» byggherreforholdene. Også denne standarden er imidlertid taus om hvilke krav som stilles til årsakssammenheng og bevis.

2.2.2 Ulovfestet rett

Avtalefriheten i norsk rett innebærer at kontraktspartene uttrykkelig kan avstå fra å benytte standardkontrakter, eller avtale seg vekk bestemmelsene om tilleggsvederlag basert på plunder og heft. Spørsmålet er hva som gjelder dersom kontrakten mellom partene er taus om problemstillingen.

I HAB-dommen uttalte retten at entreprenøren ville ha krav på vederlag såfremt byggherren, som følge av «endringer eller andre forhold,» hadde risikoen for innvirkningene på entreprenørens drift.¹⁹ Den alminnelige risikofordelingen i kontraktsretten gjelder, og partene har i utgangspunktet risikoen for hendelser innenfor eget funksjonsområde.²⁰ Dette innebærer at entreprenøren vil kunne fremsette krav på plunder og heft, såfremt kostnaden har forbindelse med en risiko som byggherren svarer for. Entreprenøren vil likeledes ha ansvaret for kostnader som følger av egne feil og forsømmelser. Det må derfor kunne konstateres at krav som følge av plunder og heft følger av ulovfestet rett.

Plunder- og heftskrav vil være undergitt lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven), samt overordnede obligasjonsrettslige prinsipper. Eksempelvis har hensyn til kontraktsrettslig lojalitetsplikt,

¹⁸ Marthinussen (2016) s. 387.

¹⁹ HR-2019-1225-A, avsnitt 63 og Kolrud (2004) side 284.

²⁰ Hagstrøm (2011) s. 333.

læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 vært anført som grunnlag for dekning av plunder- og heftskrav.²¹

2.2.3 Rettspraksis

Grunnet avhandlingens søkelys på domstolenes praktisering av årsakskravet i plunder og heft, blir det overflødig å overordnet redegjøre for den rettskildemessige betydningen rettspraksis har. Derimot bemerkes det igjen at HAB-dommens premisser har overordnet betydning for plunder- og heftskrav generelt, og er ikke begrenset til krav basert på NS 3430 eller NS 8405.²²

2.3 Prosessuell forutsetning: varsling

Dersom entreprenøren vil påberope seg plunder og heft, må kravet varsles. Tilsvarende som i kontraktsretten for øvrig, gjelder prinsippet om status quo. Prinsippet innebærer at en part som ønsker forandring i kontraktsforholdet, må informere og varsle motparten.²³ Varslingsplikten springer ut av hensynet til forutsigbarhet og lojalitet i kontraktsforhold.

Selv om standardkontraktenes varslingsregler har ulik utforming, har noen flere likhetstrekk. Eksempelvis inneholder både NS 8405 og 8407, i tillegg til den generelle varslingsplikten, krav om «særskilt» varsel ved plunder og heft. Varselet må være fremsatt «uten ugrunnet opphold» etter at entreprenøren «blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe», jf. henholdsvis punkt 25.3 (2) bokstav b og punkt 34.1.3 (3). Faktisk kunnskap er ikke en betingelse. Bestemmelsen innebærer at det ikke er tilstrekkelig for plunder- og heftskrav å generelt varsle eksempelvis en forsinkelse på byggherrens hånd; de indirekte kostnadene grunnet forsinkelsen må varsles *særskilt*. For at entreprenøren skal kunne få oversikt over den samlede negative effekten av byggherreforholdene skal tidshorisonnten «innrømmes et visst slingringsmonn».²⁴

Oversittelse av varslingsreglene skjer sjeldent uten konsekvenser. Tidligere inneholdt standardkontraktene mindre alvorlige konsekvenser ved forsømt varslingsplikt. Ved vedtagelsen av NS 3430 ble dette vesentlig innskjerpet,²⁵ og er senere fulgt opp i både NS 8405 og 8407. I dag opererer både NS 8405 og 8407 med preklusjonsbestemmelser som avskjærer plunder- og heftskrav ved manglende varsling.

Til sammenligning opererer ikke, eksempelvis NS 8406 punkt 19.4 med krav til særskilt varsel ved plunder og heft. I tillegg er tidskravet for varsling «rimelig tid», jf. punkt 19.4 (2). NS 8406

²¹ Se for eksempel LB-2011-135964, LE-2019-150626 og Romerike og Glåmdal tingretts dom av 1. oktober 2021, i sak 20-121003TVI-Trog/tlst.

²² Se eksempelvis LB-2018-88669, LF-2018-167020, TSOFT-2017-198790 og Brøndmo (2021) s. 336.

²³ Hagstrøm (2015B) s. 183.

²⁴ LH-2019-169122-1.

²⁵ Marthinussen (2016) s. 379.

har heller ingen direkte preklusjonsbestemmelse. Manglende varsling vurderes etter punkt 3 om passivitet. Om varslingsplikten forsømmes, vil entreprenøren etter bestemmelsen «*kunne* miste rettigheter og innsigelser» [min kursivering], herunder vederlagskrav. Hvilken materiell betydning forskjellene har, diskuteres ikke videre og er kun ment for å illustrere ulikhetene i standardkontraktene.²⁶

2.4 Vilkår for plunder og heft

2.4.1 Overordnet om vilkårene

Med utgangspunkt i standardkontraktens ordlyd kan enkelte vilkår identifiseres. Både NS 8405 punkt 25.3 (2) bokstav b og 8407 34.1.3 (2) forutsetter at det foreligger «økte utgifter» grunnet «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser», som er forårsaket av et eller flere forhold byggherren svarer for. I HAB-dommens avsnitt 54 gir Høyesterett en tilsvarende beskrivelse, der det uttales: «kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på *annet arbeid* hos entreprenøren». I det videre redegjøres det for innholdet i de ulike vilkårene.

2.4.2 Byggherreforhold

I et plunder- og heftskrav må konsekvensene som har oppstått stamme fra forhold byggherren har risikoen for. Selv om ordlyden i begrepet «byggherreforhold» sikter til forhold en *byggherre* svarer for, er innholdet i vilkåret anvendelig også i plunder- og heftssaker mellom andre parter, eksempelvis mellom en totalentreprenør og en totalunderentreprenør.²⁷ Det er ikke avgjørende om en part er byggherre eller ikke. Det er risikofordelingen mellom partene og øvrige vilkår som har betydning.

Ikke alle inntrådte byggherreforhold vil kunne gi grunnlag for plunder og heft. Ved gjennomføringen av et byggeprosjekt vil det i de fleste tilfeller oppstå produktivitetsforstyrrelser. Det forventes at entreprenøren tar høyde for dette både i form av «tidsmessig «slakk»»,²⁸ og i sin kostnadskalkyle ved inngitt tilbud.²⁹ Det siste omtales gjerne som entreprenørens «tålegrense».³⁰ I HAB-dommen ga Høyesterett en anvisning på hvor entreprenørens tålegrense går. Retten hevdet at entreprenøren i utgangspunktet måtte «ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene», men at grensen var nådd «når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går utover det som ut fra

²⁶ For mer informasjon om varsling ved plunder og heft i NS 8406 se Arvesen (2014) s. 244-247 og 274-276.

²⁷ LF-2018-167020.

²⁸ Foldvik (2020) s. 192, se også Bjørnvik (2021) s. 295.

²⁹ Pettersson (2010) s. 348.

³⁰ Brøndmo (2021) s. 333.

anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes».³¹ Gensen må vurderes konkret, og størrelsen på avvikene entreprenøren må akseptere vil være relativ.³² I likhet med Brøndmo er jeg enig i at tålegrensen ikke bør settes for høyt, ettersom det grunnleggende utgangspunktet er at entreprenøren skal kompenseres for produktivitetsforstyrrelser grunnet byggherreforhold.³³

Bruken av «tålegrense» er særegent for entrepriseretten, sammenlignet med andre formuerettslige rettsområder. En interessant problemstilling er om bruken av tålegrense i seg selv, er i strid med allmenn kontraktsrett. Utgangspunktet i kontraktsretten er at partene bærer risikoen for kostnader grunnet egne feil og forsømmelser. Praktiseringen av tålegrense står dermed i kontrast til den alminnelige risikofordelingen i kontraktsforhold. Spørsmålet om hvorvidt tålegrense materielt sett er en god praksis i entrepriseretten, er utenfor avhandlingens problemstilling. Dette vil derfor ikke kommenteres ytterligere, men illustrerer en side av balanseforholdet ved partenes risikofordeling.

I praksis kan byggherreforhold ved plunder og heft ofte spores tilbake til fire omstendigheter:³⁴ Endringer, manglende byggherremedvirkning, opplysningssvikt og ved krav om forsering i forbindelse med forsinkelse. Hver av omstendighetene vil redegjøres for, men med størst vekt på endringer, ettersom økt endringsomfang er tema under punkt 4.5 og 5.2.4.

Byggherrens endringskompetanse er ansett å følge av ulovfestet rett som et «alminnelig entrepriserettslig prinsipp».³⁵ NS 8405 punkt 22.1 (1) og (2) illustrerer godt prinsippets innhold. Bestemmelsen innebærer en rett for byggherren til å ensidig «pålegge» entreprenøren å «yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå». Endringskompetansen er ikke helt fri og er underlagt tidsmessige og materielle skranker.³⁶ I denne avhandlingen er rammen for endringsomfanget det vesentlige. Både NS 8405 punkt 22.1 (3) og NS 8407 punkt 31.1 (3), opererer med en begrensning på 15 % av netto kontraktssum. Dette innebærer at entreprenøren kan nekte å foreta endringer dersom grensen overskrides. Partene kan bli enige om en annen grense.³⁷

Dersom endringsomfanget blir uforholdsmessig stort, vil ressurser og tid medgått for å organisere endringene kunne skape en kumulert kostnad som overstiger det entreprenøren

³¹ HR-2019-1225-A, avsnitt 56.

³² LH-2019-27272.

³³ Brøndmo (2021) s. 334.

³⁴ Pettersson (2010) s. 351-356.

³⁵ Hagstrøm (2014) s. 281 og NOU 1992: 9 s. 33.

³⁶ Hagstrøm (2014) s. 282-286.

³⁷ Se eksempelvis LE-2019-150626 hvor grensen var 25%.

mottar som godtgjørelse i forbindelse med hver enkelt endring. Å tilrettelegge for én endring er uproblematisk, men det er ikke uproblematisk å tilrettelegge for hundrevis av endringer. Som illustrert med bilkøeksempelet til Pettersson kan man ikke peke på hvilken endring som har medført kostnaden, men det har likevel oppstått en «kø». ³⁸

Et spørsmål som kan stilles i den forbindelse, er hvor grensen går for hvor mange endringer en byggherre kan gjøre, så lenge endringsbegrensningen partene har enes om ikke overskrides. Ettersom både fradrag og tillegg hensyntas i beregningen, ³⁹ kan byggherren etter en ordlydsfortolkning i utgangspunktet foreta et ubegrenset antall endringer, såfremt avbestillingenes omfang tilsvarer omfanget av tilleggsbestillinger. Dette vil ikke kommenteres ytterligere, men problemstillingen illustrerer det potensielle endringsomfanget entreprenøren kan bli pålagt.

Manglende byggherremedvirkning er et annet byggherreforhold. Den kontraktsrettslige medvirkningsplikten gjelder generelt, og pliktbrudd vil kunne utgjøre kreditormora. ⁴⁰ Med utgangspunkt i NS 8405 punkt 25.3 (2) bokstav b, jf. punkt 25.2, vil entreprenøren kunne fremsette et krav på plunder og heft dersom det foreligger «forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning». Eksempler på svikt ved byggherrens leveranser kan være forsinkede eller mangelfulle tegnings- og prosjekteringsgrunnlag. ⁴¹ «Annen medvirkning» kan eksempelvis være at byggherren har glemt å innhente offentlige godkjenninger for prosjektet, eller forsømt sin koordineringsplikt.

Byggherreforhold som følge av opplysningssvikt retter seg ofte mot tiden før eller tidlig i avtaleforholdet. I tilbudsfasen og ved kontraktsinngåelsen er entreprenøren avhengig av å ha et informativt og presist konkurransegrunnlag, for å kunne utarbeide sitt tilbud. ⁴² Utgangspunktet ved kontraktsinngåelsen er at partene bærer risikoen for egne forutsetninger, ⁴³ men likevel slik at uriktige eller utelatte opplysninger kan resultere i en risikooverføring fra entreprenøren til byggherren. ⁴⁴ Medfører svikten indirekte kostnader for entreprenøren, kan det være grunnlag for plunder og heft.

³⁸ Pettersson (2010) s. 353.

³⁹ Marthinussen (2016) s. 311 og Rt-2014-520, avsnitt 22-23.

⁴⁰ Pettersson (2010) s. 353.

⁴¹ I.c.

⁴² Ibid. s. 354.

⁴³ Se eksempelvis Rt-2002-1110, side 1118 og Rt-2014-866, avsnitt 88.

⁴⁴ Pettersson (2010) s. 354.

Plunder og heft oppstår gjerne ved krav om forsering. Forsering innebærer at entreprenøren sørger for økt arbeidskraft og mer utstyr for å innhente en forsinkelse.⁴⁵ Dersom byggherren er ansvarlig for forsinkelsen og pålegger entreprenøren forsering,⁴⁶ skal byggherren dekke kostnadene. Gjennomføringen av forseringen kan derimot resultere i skjulte og indirekte utgifter for entreprenøren, som ikke var synbare da entreprenøren beregnet total kostnadene av forseringen. De indirekte virkningene og utgiftene som entreprenøren ikke ble kompensert for, kan begrunne et tilleggskrav for plunder og heft.

2.4.3 Kostnad som følge av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser

Dersom entreprenøren vil kreve tilleggsvederlag, må kostnadene stamme fra «nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid».⁴⁷ Vilkåret er todelt. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger produktivetsforstyrrelser byggherren er ansvarlig for. Forstyrrelsene må ha resultert i en beviselig merkostnad for entreprenøren. I tillegg vil entreprenøren være avskåret fra å kreve tilleggsvederlag for produksjonsforstyrrelsene, dersom entreprenøren hadde mulighet til å «begrense» eller «avhjelpe» kostnadene gjennom egne tiltak.⁴⁸

Med nedsatt produktivitet siktes det ofte til «produktivitet» som et uttrykk for «produksjon i forhold til innsats».⁴⁹ Entreprenøren vil ha kalkulert en viss produksjon per medgåtte arbeidstime, som må være realistisk.⁵⁰ Ved nedsatt produktivitet vil arbeidene ikke være så effektive som entreprenøren planla i sin kostnads kalkyle. Eksempelvis planla underentreprenør A å ha full tilgang til en heisekran for arbeidsoperasjon X. Derimot oppsto det en forsinkelse som gjorde at heisekranens kapasitet måtte deles likt mellom underentreprenør A og underentreprenør B. Ettersom A kun fikk benytte halvparten av kranens kapasitet, vil den kalkulerte produktiviteten per time for arbeidsoperasjon X bli mindre effektiv. Tilleggskostnader, eksempelvis i form av flere medgåtte arbeidstimer, vil kunne begrunne et plunder- og heftskrav.

Forstyrrelser på annet arbeid er kostnader som oppstår som følge av den indirekte virkningen byggherreforholdet har på utførelsen av andre arbeidsoperasjoner.⁵¹ Eksempelvis kan man se for seg at byggherren ble misfornøyd med byggets ytterkledning, og påla entreprenøren å male igjen, med ny farge. Dette vil selvfølgelig hovedentreprenøren få betalt for. Spørsmålet blir hvem som skal bære risikoen og kostnadene for at gartnerne og asfaltleggerne ikke får påbegynt

⁴⁵ Hagstrøm (2014) s. 275.

⁴⁶ Se eksempelvis NS 8405 punkt 22.2 eller NS 8407 punkt 31.2.

⁴⁷ Se eksempelvis NS 8405 punkt 25.3 (2) bokstav b og NS 8407 punkt 34.1.3 (2).

⁴⁸ Se eksempelvis NS 8405 punkt 25.3. (2) bokstav b og NS 8407 punkt 34.2.2 (3).

⁴⁹ Marthinussen (2016) s. 389 og Giverholt (2012) s. 556.

⁵⁰ I.c.

⁵¹ I.c.

sine arbeider fordi stillasene er i veien, hvilket reduserer effektiviteten eller i verste fall forsinker arbeidsoperasjonene.

2.4.4 Årsakssammenheng

I plunder- og heftstvister har kravet til årsakssammenheng vært en gjentakende og vanskelig problemstilling. Etter en tid med sprikende praktisering av årsakskravet,⁵² ble retningslinjene for hvordan faktisk og rettslig vurdere årsakssammenheng, samt hvilke krav som måtte stilles til beviset for årsakssammenheng, kartlagt i HAB-dommen. Høyesterett uttalte at kravet til årsakssammenheng måtte fastsettes i to trinn, henholdsvis mellom byggherreforholdet og produktivetsforstyrrelsene, samt produktivetsforstyrrelsene og entreprenørens økte kostnader.⁵³

I sivilretten ellers vil det alltid kreves årsakssammenheng mellom et påberopt forhold og den påståtte kostnaden. I HAB-dommen la Høyesterett til grunn at årsakskravet ved plunder og heft skulle vurderes ut ifra de generelle premisene og prinsippene for bevis som følger av tvisteloven.⁵⁴ Avhandlingens neste del redegjør for de generelle prinsippene for bevis og årsakssammenheng som er trukket opp i sivilrettslig praksis og teori. Deretter vil avhandlingen analysere innholdet i retningslinjene for årsakssammenheng ved plunder og heft, både i et historisk perspektiv og i HAB-dommen. I tillegg vil avhandlingen redegjøre for kravet til dokumentasjon i en entrepriserettslig synsvinkel.

3 Kravet til årsakssammenheng

3.1 Det sivilrettslige årsakskravet i et overordnet perspektiv, herunder bevisbegrepenes betydning

3.1.1 Årsakssammenheng generelt

I sivilprosessen er årsakssammenheng et grunnleggende begrep. Kravet til årsakssammenheng innebærer at det beviselig foreligger en sammenheng mellom en hendelse som har oppstått og de angivelige konsekvensene av denne. Årsakskravet fremstår som et utslag av en grunnleggende rettferdsoppfatning, om at ansvar kun skal knyttes til den som er påviselig ansvarlig for skaden.⁵⁵ Vilkåret utgjør slik sett en begrensning i ansvaret som kan oppstå mellom to parter.

⁵² HR-2019-1225-A, avsnitt 67.

⁵³ Ibid. avsnitt 66.

⁵⁴ Ibid. avsnitt 72-75.

⁵⁵ Hagstrøm (2015A) s. 348.

Spørsmål om årsakssammenheng kan oppstå blant annet innenfor forsikring og entrepris, men er særlig praktisk innenfor erstatningsretten generelt. Som jeg kommer tilbake til under punkt 3.2.2.1, er det flere fellestrekk mellom behandlingen av plunder- og heftskrav og alminnelige erstatningskrav. Rettspraksis og teori hentet fra erstatningsretten er derfor relevant. Høyesterettspraksis anses som den viktigste rettskilden for årsakskravets rettsgrunnlag.⁵⁶

I et erstatningsrettslig perspektiv behandles krav om årsakssammenheng gjennom en todelt vurdering.⁵⁷ For det første må det bevises at det foreligger årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og primær- eller realskaden som oppsto. Deretter må det foreligge påviselig årsakssammenheng mellom realskaden og det økonomiske tapet skadelidte angivelig har hatt.

Om kravet til årsakssammenheng anses bevist vil ikke bero på en gradsvurdering. Vilkåret vil enten være oppfylt eller ikke. Derimot finnes det grensdragninger tilknyttet vurderingen om det «rettslig» og «faktisk» foreligger årsakssammenheng.⁵⁸ Kravets faktiske side refererer til de materielle reglene som avgjør hvilken eller hvilke faktorer som skal anses som relevante årsaker.⁵⁹ Eksempelvis vil kravets faktiske side være å vurdere om sakens hendelsesforløp beviselig har funnet sted. Kravets rettslige side innebærer vurderinger som begrenser ansvaret.⁶⁰ I norsk rett anvendes tre ulike årsakslærer, henholdsvis *betingelseslæren*, *uvesentlighetslæren* og *adekvanslæren*.⁶¹ I årsaksvurderingen ved plunder og heft, vil det som oftest være årsakskravets faktiske side som skaper problemer. Innholdet i årsakslærene vil derfor ikke behandles ytterligere.⁶²

3.1.2 Bevisbegrepenes betydning

For at domstolene skal kunne vurdere om det foreligger årsakssammenheng, må kravet kunne bevises. Det vil oppstå spørsmål om hvor godt årsakskravet må sannsynliggjøres, hvem som må bevise det og hvordan kravet skal bevises. Dessuten vil det også oppstå spørsmål om hvordan bevisvurderingen skal vektlegges og avgjøres av domstolene. Videre vil det redegjøres for hvordan dette gjøres i sivilprosessen.

⁵⁶ Kjelland (2016) s. 249.

⁵⁷ Hagstrøm (2015A) s. 351.

⁵⁸ Wilhelmsen (2017) s. 238.

⁵⁹ Kjelland (2019) s. 250.

⁶⁰ I.c.

⁶¹ Wilhelmsen (2017) s. 239.

⁶² For ytterligere informasjon om begrepene og innholdet vises det til Hagstrøm (2015A) s. 395 flg og Wilhelmsen (2017) s. 239 flg.

3.1.2.1 Beviskrav

I avhandlingen anvendes begrepet «beviskrav» som et uttrykk for hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et rettsfaktum anses bevist.⁶³ For ordens skyld bemerkes det at begrepets innhold har vært til gjenstand for debatt i juridisk teori.⁶⁴

Utgangspunktet i sivilprosessen er at beviskravet er underlagt «overvektsprinsippet».⁶⁵ Prinsippet anses som en sikker rettsregel.⁶⁶ Dersom domstolene anvender uriktig beviskrav ved saksbehandlingen, vil avgjørelsen kunne ankes grunnet feil i rettsanvendelsen etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 29-3 (1).⁶⁷ Overvektsprinsippet beror i teorien på en prosentbasert-modell av sannsynlighet.⁶⁸ 0 og 100 prosent innebærer komplett sikkerhet om et faktum, mens tvil foreligger i intervallet 1-99 prosent. Det uttales i HR-2020-2021-A i avsnitt 69 at retten i sivile saker «som den store hovedregel [skal] legge til grunn det faktum som den finner mest sannsynlig», i tillegg innebar beviskravet «at det må være mer enn 50 prosent sannsynlighet for et bestemt faktum». Dette omtales ofte som alminnelig eller simpel sannsynlighetsovervekt.⁶⁹ Den rettslige vurderingen domstolene foretar er i hovedsak basert på «subjektiv sannsynlighet», som sikter til «en persons grad av overbevisning».⁷⁰

Hovedbegrunnelsen for etableringen og bruken av overvektsprinsippet er at alminnelig sannsynlighetsovervekt, statistisk sett medfører flest riktige avgjørelser.⁷¹ I tillegg hevdes det at partene blir mer likestilte ved anvendelsen av prinsippet,⁷² men begge begrunnelsene har blitt kritisert i juridisk teori.⁷³

I noen tilfeller anvendes andre beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Eksempelvis kan beviskravet være skjerpet gjennom lovgivningen,⁷⁴ eller følge av ulovfestet rett. Det er antatt at rettssaker med faktum som er *særlig belastende for en part* kan medføre skjerpet

⁶³ Robberstad (2013) s. 263.

⁶⁴ Se eksempelvis Eckhoff (1943) s. 14-16 og Hov (2010) s. 804-806.

⁶⁵ Se blant annet Skoghøy (2001) s. 675, Hov (2010) s. 805 og Robberstad (2013) s. 263.

⁶⁶ Robberstad (2013) s. 263.

⁶⁷ I.c.

⁶⁸ Wilhelmsen (2017) s. 279.

⁶⁹ Ibid. s. 280.

⁷⁰ Jerkø (2017) s. 65.

⁷¹ HR-2016-2579-A, avsnitt 33.

⁷² Strandberg (2019) s. 151.

⁷³ Eksempelvis Strandberg (2012) s. 461-514.

⁷⁴ Se eksempelvis Lov 20. april 2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m (voldsoffererstatningsloven) § 3 (4), Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring [yrkesskadeforsikringsloven] § 11 (2) og Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven) § 51 (1).

beviskrav.⁷⁵ En annen sakstype hvor beviskravet har blitt skjerpet utover alminnelig sannsynlighetsovervekt er i forsikringsaker.⁷⁶ Gjennom nemnds- og rettspraksis har beviskravet for sannsynlighetsovervekt i flere bestemmelser i lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) blitt skjerpet.⁷⁷ Et fellestrekk for skjerpede beviskrav i ulovfestet rett er at sakskomplekset ofte er graverende for en av partene.

3.1.2.2 *Bevisbyrde*

«Bevisbyrde» forstås i det følgende tilsvarende Jerkøs begrep om «rettslig bevisbyrde».⁷⁸ Rettslig bevisbyrde sikter til risikoen for tvil dersom beviskravet for et rettslig bevistema⁷⁹ ikke er tilfredsstillt.⁸⁰ I likhet med «beviskrav» har betydningen av ordet «bevisbyrde» også vært til gjenstand for stor debatt grunnet begrepets tvetydige innhold i juridisk teori.⁸¹

En problemstilling som oppstår i forbindelse med begrepet bevisbyrde, er hvilken av partene som anses å ha bevisbyrden. Forarbeidene til lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene, den gamle likestillingsloven hevdet at «[u]tgangspunktet etter alminnelige prosessregler i norsk rett er at saksøker har bevisbyrden, dvs. at eventuell tvil om faktum i en sak går i disfavør av saksøker».⁸² Et slikt generelt utgangspunkt hadde Eckhoff lagt til grunn at ikke kunne oppstilles.⁸³ Robberstad modifiserte proposisjonens uttalelse og framholdt at den som «hevder å ha visse krav, kan ha bevisbyrden for bestemte deler av grunnlaget».⁸⁴ Jerkø formulerte et generelt utgangspunkt slik «[d]en rettslige bevisbyrden hviler alltid på den som påberoper seg et rettslig bevistema».⁸⁵ En slik beskrivelse synes treffende og er den forståelsen avhandlingen anvender videre.

Rt-2007-817 i avsnitt 40 hevdet Høyesterett at bevisbyrden kunne «overføres» til motparten dersom en part fremsatte vektige bevis. Bevisbyrden ville «skifte», hvilket kunne skje flere ganger gjennom saksforløpet.⁸⁶ Jerkø derimot mente at bevisbyrden ikke skiftet slik praksis

⁷⁵ Se Hagstrøm (2015A) s. 392 og Kjelland (2019) s. 148.

⁷⁶ For mer om skjerpet beviskrav ved forsikringsaker vises det til Bull (2008) og Brynildsen (2014).

⁷⁷ Se eksempelvis Rt-1985-211, s. 214, Rt-1990-1082, s. 1086 og Rt-1995-1641, s. 1648.

⁷⁸ Jerkø (2017) s. 90-91.

⁷⁹ Se Kolflaath (2008) s. 150 som betegner «bevistema» tilsvarende «det som skal bevises [...] bevistemaet danner yttergrensen for anvendelsen av sannsynlighetsteori når rettsanvenderen skal ta stilling til om vilkårene i en rettsregel er oppfylt.»

⁸⁰ Jerkø (2017) s. 90-91.

⁸¹ Ibid. s. 89.

⁸² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90.

⁸³ Eckhoff (1962) s. 161.

⁸⁴ Robberstad (2013) s. 261.

⁸⁵ Jerkø (2019) s. 55.

⁸⁶ Rt-2007-817, avsnitt 40.

hadde lagt til grunn, men at «bevisføringsbyrden» kunne veksle mellom partene.⁸⁷ Avhandlingen benytter Jerkø's begrepsbruk, ettersom den anses mest fornuftig og anvendes tilsvarende i HAB-dommen.⁸⁸ Dersom parten som har bevisbyrden i utgangspunktet klarer å bevise et bevisema, vil det kreves mer av motparten for å motbevise dette. Bevisføringsbyrden vil da skifte, men ikke den opprinnelige bevisbyrden.

3.1.2.3 *Rettsanvendelsesskjønn, bevisbedømmelse og bevisføring*

Domstolenes rettsanvendelsesskjønn innebærer full prøvelsesrett.⁸⁹ I forbindelse med sak om tilleggsskatt uttalte Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) at full prøvelsesrett innebar «full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on question of fact and law, the challenged decision».⁹⁰ Dette har også en side mot domstolenes rett til å anvende skjønn ved rettergangen, for å komme til et materielt riktig resultat.⁹¹ Eksempelvis kan domstolene fastsette størrelsen på et tilkjent krav, etter eget skjønn innenfor rammen av partenes påstander, jf. tvisteloven § 11-2 (1).

Hovedregelen for rettens bevisvurdering i sivilprosessen følger av tvisteloven § 21-2 (1). Bestemmelsen slår fast at retten ved «fri bevisvurdering» beslutter hvilket saksforhold avgjørelsen bygger på, omtalt som «den frie bevisbedømmelse».⁹² Retten avgjør hvilke bevis som anses relevante, hvilken tyngde de har, samt avgjør hvordan bevisførselen totalt sett skal vurderes. Hva som anses bevist beror på en «intuitiv helhetsbedømmelse».⁹³ Innskrenkninger i rettens frihet kan følge av lov,⁹⁴ men generelle uttalelser i rettspraksis om bevisvurderingen anses ikke å utgjøre unntak fra utgangspunktet om fri bevisvurdering.⁹⁵

Rettens frie bevisbedømmelse vurderer betydningen av partenes bevisførsel. Tvisteloven § 21-3 (1) fastsetter prinsippet om «fri bevisføring».⁹⁶ Hovedregelen tilsier at partene kan fremlegge bevisene de ønsker. Tilsvarende gjelder omfanget av bevisførselen, men likevel slik at partene plikter å skaffe nødvendig bevis for å sannsynliggjøre sine anførsler, jf. tvisteloven § 11-2 (2).

⁸⁷ Jerkø (2019) s. 60.

⁸⁸ Kommer tilbake til dette i punkt 3.2.2.2.

⁸⁹ Rt-1998-1164, s. 1169.

⁹⁰ *Janosevic mot Sverige*, ECLI: ECHR:2002:0723JUD003461997.

⁹¹ Kommer nærmere tilbake til dette i del 5.

⁹² Wilhelmsen (2017) s. 278.

⁹³ Robberstad (2013) s. 257.

⁹⁴ Eksempelvis lov 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven) § 217 (1).

⁹⁵ NOU 2001:32A, s. 458-459.

⁹⁶ Reusch (2021) note 1077.

Hovedregelen om fri bevisføring kan begrunnes i disposisjonsprinsippet, samt en ambisjon om å oppnå en riktig avgjørelse.⁹⁷ Loven oppstiller flere unntak fra hovedregelen.⁹⁸

Bevis kan inndeles i ulike kategorier, blant annet vitneforklaringer, partsforklaringer, sakkyndigbevis og realbevis i form av dokumenter og gjenstander.⁹⁹ Sett i lys av rettens frie bevisvurdering, vil betydningen og vekten til de ulike bevismidlene variere. I Rt-1998-1565 på side 1570, konstaterte Høyesterett at bevisene i en sammensatt bevisbedømmelse ofte vil ha «forskjellig kvalitet og tyngde». Hvilken kvalitet, tyngde og pålitelighetsgrad bevisene tillegges, fastsettes ved rettens skjønn ut ifra den frie bevisbedømmelsen.¹⁰⁰

3.1.3 Bevisbegrepene og årsakssammenheng

Kravet til årsakssammenheng vil i et sivilrettslig perspektiv være et bevistema. Dette innebærer at beviskravet må tilfredsstilles av den som har bevisbyrden. Årsakssammenheng utgjør en generell betingelse i sivilprosessen. I utgangspunktet anses beviskravet for årsakssammenheng å være tilfredsstillt ved alminnelig sannsynlighetsovervekt i erstatningssaker.¹⁰¹ Det vises til Rt-2007-817 som illustrasjon. I avsnitt 39 slo Høyesterett fast at «[r]ettspraksis har lagt til grunn at spørsmålet om det foreligger erstatningsmessig årsakssammenheng, må avgjøres ut fra hva som finnes mest sannsynlig». Det finnes likevel lovfestede unntak fra hovedregelen.¹⁰²

Som anvist i punkt 3.1.2.2 vil parten som påberoper seg et rettslig bevistema ha bevisbyrden ved usikkerhet. I Rt-2007-817 uttalte retten at dersom det forelå tvil om årsakskravet var oppfylt, ville bevisbyrden som hovedregel påhvile skadelidte.¹⁰³ Anførsler om at en hendelse uansett ville inntruffet uavhengig av skadevolders handlingsforløp, anses skadevolder å bære bevisbyrden for.¹⁰⁴ Tilsvarende argumentasjon er vanlig personskade,¹⁰⁵ men har også forekommet i avgjørelser om formuestap av lignende art.¹⁰⁶

Det som er uttalt over, om rettens frie bevisbedømmelse og partenes frie bevisføring, gjelder tilsvarende for vurderingen av årsakssammenheng. Partene har i utgangspunktet rett til å fremme bevisene de ønsker, samtidig som domstolene har frihet til å bedømme bevisenes

⁹⁷ Robberstad (2013) s. 235.

⁹⁸ Ibid. 237 flg.

⁹⁹ Kolflaat (2013) s. 61.

¹⁰⁰ Wilhelmsen (2017) s. 278-279.

¹⁰¹ NOU 2001:32A, s. 459 og Lødrup (2009) s. 355.

¹⁰² Se eksempelvis yrkesskadeforsikringsloven § 11 (2) hvor beviskravet for årsakssammenheng angis som «åpenbart» bevist.

¹⁰³ Rt-2007-817, avsnitt 39.

¹⁰⁴ Rt-2001-320, s. 329.

¹⁰⁵ Rt-2003-338, avsnitt 42.

¹⁰⁶ Se eksempelvis Rt-1996-1718, s. 1725 og Rt-1998-186, s. 192.

tyngde og kvalitet etter eget skjønn. Retningslinjer i rettspraksis utgjør ingen skranker for rettens frihet til å bedømme årsakssammenheng.¹⁰⁷

3.2 Årsakskravet i plunder- og heftstvister

3.2.1 Historisk utvikling av årsakskravet i teori og praksis

Årsakssammenheng som bevisetema ved plunder og heft har hatt en synlig og merkbar utvikling. Dette vil videre illustreres gjennom en historisk analyse av teori og praksis.

I NS 3401, var krav basert på plunder og heft regulert gjennom punkt 8.6.¹⁰⁸ Bestemmelsen fastsatte en rett til «erstatning» dersom entreprenøren «påføres [...] ekstrautgifter [...] av årsaker» ved fristforlengende forhold opplistet i punkt 8.5 bokstav a og b. Ordlyden «erstatning» gir en anvisning på likhetstrekkene mellom plunder og heft og alminnelige erstatningskrav. Felles for kravstypene er at den ene parts handlingsmønster har medført en kostnad hos motparten, som ikke ville oppstått om man tenker skadevolders handling eller byggherreforholdet borte.

RG-1965-390 er illustrerende for hvordan domstolene tidligere behandlet krav om plunder og heft. Dommen dreide seg om oppgjøret av en entreprisekontrakt om bygging av et kraftverk. Byretten påpekte at det forelå både forsinkelse tidlig i prosjektet, samt mangelfulle og forsinkede arbeidstegninger som byggherren var ansvarlige for. Det ble uttalt at selv om entreprenøren til dels hadde sviktet i å overkomme hindringene, var forholdene av en slik art at merkostnader var sannsynlig. Byretten tok utgangspunkt i entreprenørens beregning av meromkostninger, og uttalte at «[n]oen holdepunkter for eksakt å fastslå virkningen har man selvsagt ikke og en bedømmelse av meromkostningene må bli rent skjønnsmessig men en vil tilføye at entreprenørens tall gir liten veiledning for dette skjønn».¹⁰⁹ Også Sandvik vedkjente at utmålingen ved plunder- og heftskrav måtte være skjønnsmessig.¹¹⁰

Ved utgivelsen av NS 3430, ble krav på plunder og heft regulert som «merutgifter» gjennom punkt 21.1 og 21.2. Kravet om årsakssammenheng ble tydeliggjort ved at byggherreforholdene måtte ha «påført» entreprenøren merkostnadene. I utgangspunktet ble det ikke stilt for strenge krav til beviset for årsakssammenheng, men bevisbedømmelsen kunne variere.¹¹¹ Begrunnelsen for det lempelige beviskravet var vanskelighetene med å sannsynliggjøre hvordan, når og hvilke

¹⁰⁷ NOU 2001: 32A, s. 458-459.

¹⁰⁸ Sandvik (1977) s. 88.

¹⁰⁹ RG-1965-390, s. 414.

¹¹⁰ Sandvik (1966) s. 336.

¹¹¹ Kolrud (1992) s. 181.

merkostnader oppsto.¹¹² Kolrud gikk langt i å hevde at bevisproblematikken for entreprenøren måtte resultere i en presumpsjon om at merutgifter faktisk var påløpt ved forsinkelse og andre byggherreforhold.¹¹³

Behandlingen av Rt-2005-788 er interessant for utviklingen av årsakskravet. Scandinavian Rock Group AS (SRG) krevde «merutgifter» som følge av kontraktens C21.1 som tilsvarte NS 3430 punkt 21.1. Særlig Høyesteretts metode for å vurdere utmålingen av vederlaget er relevant for avhandlingen. Retten uttalte at det måtte foretas en differansebetraktning som sammenholdt den situasjonen som faktisk hadde oppstått med et hypotetisk scenario hvor en forestilte seg byggherreforholdene borte.¹¹⁴ Differansen utgjorde entreprenørens vederlagskrav.

Hva gjaldt bevisbyrden for årsakskravet hevdet Petterson at bevisbyrden ikke kunne anses særlig streng.¹¹⁵ Det var naturlig å anta at både mange, samt sene endringer, i tillegg til manglende byggherremedvirkning ville påvirke entreprenørens produktivitet. Det var en presumpsjon at kravet til årsakssammenheng var tilfredsstilt i slike tilfeller.

En annen avgjørelse som har hatt betydning for utviklingen av plunder- og heftskravet er LB-2011-95644. Saken dreide seg om sluttoppgjøret etter ferdigstillelse av nytt stasjons- og sporområde på Lysaker, mellom Jernbaneverket Infrastruktur Utbygging (JBV) og Peab AS. Av interesse er lagmannsrettens vurdering av Peabs samlede krav på forsering og plunder og heft. Lagmannsretten viste til sammenhengen mellom kravenes natur og betegnet forsering som en «årsak» og plunder og heft som en «virkning». I vurderingen skulle «den samlede virkningen» av byggherreforholdene vurderes. Kravet måtte «kvalifiseres og kvantifiseres» ved å gjennomgå hvert enkelt byggherreforhold og vurdere sammenhengen til det økonomiske kravet. Etter en konkret gjennomgang fant lagmannsretten flere byggherreforhold som kunne medføre forstyrrelser og økt kostnad. Årsakskravet ble ansett tilfredsstilt. Den konkrete beregningen av kravets størrelse mente derimot lagmannsretten at Peab hverken hadde dokumentert eller sannsynliggjort. Peab hadde i den forbindelse gjort et skjønnsmessig fradrag for egne feil og forsømmelser. Retten tilkjennega fradraget lite betydning. Selv uten konkret dokumentasjon tilkjente retten et skjønnsmessig beløp på 3 millioner. Bakgrunnen var langvarig praksis fra bygge- og anleggsbransjen, samt den konkrete sakens natur.

I nyere tid har ikke innholdet i årsakskravet blitt konkretisert ved utformingen av nye og reviderte standardkontrakter. Marthinussen og Giverholt framholdt i sine lovkommentarer at

¹¹² Kolrud (1992) s. 182.

¹¹³ I.c.

¹¹⁴ Simonsen (2019) s. 16.

¹¹⁵ Petterson (2010) s. 357.

plunder- og heftskrav er vanskelig å dokumentere og bevise, men at bevisbedømmelsen og kravet til sannsynliggjøring fulgte av alminnelige bevisregler.¹¹⁶ På den annen side ble det uttalt at rettspraksis viste en tendens til å benytte «alminnelig skjønn for å komme frem til et akseptabelt resultat, og at man ved denne skjønnsutøvelsen bygger på generell erfaring i noen grad frigjort fra den aktuelle saken».¹¹⁷ Begge forfattere mente praksisen var fornuftig.

Fra de historiske linjene kan det identifiseres enkelte fellestrekk. For det første synes juridisk teori og rettspraksis å kreve sannsynlighetsovervekt for beviskravet til årsakssammenheng, men at det i praksis har blitt praktisert noe lempeligere, særlig ved kravutmålingen. Presumpsjonen om at enkelte typer byggherreforhold vil medføre produktivitetsforstyrrelser kan trolig være en årsak.¹¹⁸ Videre kan det identifiseres en tendens til å avgjøre størrelsen på vederlagskravet basert på en skjønnsmessig vurdering. Det var ikke oppstilt strenge krav til konkretisering av kravet eller beregningsmodeller, i forbindelse med kravsberegningen. Dessuten var manglende dokumentasjon ikke et hinder for å bli tilkjent tilleggskrav etter rettens eget skjønn.

Tendensene som har blitt identifisert over fikk den 26. juni 2019 et viktig innspill. I HAB-dommen fikk bygge- og anleggsbransjen nye retningslinjer for innholdet av årsakskravet ved plunder og heft, blant annet kravene til dokumentasjon og bevis.

3.2.2 HR-2019-1225-A - HAB-dommen

Den 7. juli 2011 inngikk HAB Constructions AS (HAB) kontrakt med Statens vegvesen Region øst om utbedring og nybygging av en veiparsell på fylkesvei 34 mellom Grime og Vesleelva. Statens vegvesen var utøvende byggherre på vegne av Oppland kommune. Kontakten ble inngått gjennom en offentlig anbudskonkurranse og var en utførelsesentreprise basert på NS 3430.

I oversendt sluttavregning fremsatte HAB en rekke krav som ikke var avregnet tidligere. Saken ble brakt inn for Gjøvik tingrett. Et av spørsmålene for retten dreide seg om beregning og utmåling av tilleggsvederlag for plunder og heft, samt forsering. HAB fikk delvis medhold og ble tilkjent et samlet beløp for forsering og plunder og heft på 5 millioner. HAB anket til lagmannsretten, som utmålte et tilleggsvederlag på henholdsvis 2,5 millioner for forsering og 5 millioner for plunder og heft. Oppland kommune anket til Høyesterett, og Høyesterett måtte blant annet ta stilling til hvilke krav som skulle stilles til årsakssammenheng ved plunder og heft.

¹¹⁶ Marthinussen (2016) s. 390 og Giverholt (2012) s. 557.

¹¹⁷ I.c.

¹¹⁸ Kolrud (1992) s. 182 og Pettersson (2010) s. 357.

3.2.2.1 Høyesteretts krav til årsakssammenheng: to trinns vurderingen

I avsnitt 66 la Høyesterett til grunn at årsakskravet for plunder og heft skulle vurderes i to ulike trinn. Første trinn innebar at det ble ført «sannsynlighetsbevis» for at entreprenørens drift var blitt forstyrret eller ineffektiv, som følge av et eller flere byggherreforhold. Dette innebar å bevise og sannsynliggjøre at det både forelå forhold som var byggherrens risiko, og «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». Dernest innebar andre trinn å sannsynliggjøre årsakskravet mellom den faktiske virkningen av byggherreforholdene og de angivelige merutgiftene. Årsakssammenheng i trinn to krevde dessuten «bevis for den konkrete *utmålingen av vederlaget*».¹¹⁹

Det er etter mitt syn naturlig å trekke linjer til de generelle utgangspunktene fra sivilprosessen. I erstatningsretten er trinnmodellen Høyesterett viser til kjent og alminnelig benyttet i forbindelse med erstatningskrav. Det vises til Hagstrøm som konstaterte at det skal gjennomføres en todelt årsaksvurdering, henholdsvis mellom den skadevoldende handlingen og realskaden, samt realskaden og det økonomiske tapet.¹²⁰ Til sammenligning kan konsekvensen av et byggherreforhold anses parallelle med skaden forårsaket av skadevolder, mens entreprenørens økte utgifter kan sammenlignes med skadelidtes påståtte tap.

At Høyesterett valgte å spesifisere en slik tilnærming synes naturlig, grunnet erstatningskravs sammenlignbare karakter. I den forbindelse nevnes det for det første, at ordlyden i NS 3401 punkt 8.6 omtalte entreprenørens tilleggskrav som «erstatning». For det andre vises det til Høyesterett egen betegnelse av entreprenøren som «skadelidte» i avsnitt 83. Til sist ses det hen til uttalelsen i LE-2019-107863, hvor retten påpekte at plunder og heft hadde «mye til felles med et alminnelige erstatningskrav». Som påpekt i punkt 3.2.2.1 vil derfor sammenligninger med og rettspraksis fra erstatningsretten være relevant.

I avsnitt 77 og 91 viste Høyesterett til Rt-2005-788, avsnitt 51, og fastslo at det skulle foretas en differansevurdering i plunder- og heftskrav. Entreprenørens produktivitet skulle måles opp mot et hypotetisk scenario hvor byggherreforholdene ikke eksisterte. Derimot ble ikke kriteriene for differansevurderingen, herunder entreprenørens beregningsmetode videreført.

3.2.2.2 Beviskrav og bevisbyrde

I avsnittene 72-75 viste Høyesterett til de generelle kravene som stilles til bevis i sivilretten, herunder prinsippene om fri bevisbedømmelse og fri bevisføring jf. tvisteloven §§ 21-2 (1) og 21-3 (1). Førstvoterende henviste til Rt-2015-1246 avsnitt 35, og konstaterte at beviskravet for

¹¹⁹ HR-2019-1225-A, i avsnitt 69.

¹²⁰ Hagstrøm (2015A) s. 351.

bevisbedømmelsen fulgte av overvektsprinsippet.¹²¹ Uttalelsen ble gitt med trinn to for øyet, men tolkes å gjelde for begge trinn i årsaksvurderingen. Dette innebærer at det måtte foreligge sannsynlighetsovervekt i alle leddene Høyesterett fastsatte i første trinn. Det måtte føres sannsynlighetsbevis for 1) at det forelå byggherreforhold, 2) hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret, 3) hvilke perioder forstyrrelsene oppsto, samt 4) hvilke faktiske konsekvenser i form av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser dette hadde fått for entreprenøren. For trinn to måtte det foreligge sannsynlighetsovervekt for at konsekvensene til entreprenøren hadde resultert i en merkostnad, samt at kravets størrelse ble sannsynliggjort. Dessuten understreket Høyesterett at plunder- og heftskravet måtte «underbygges kvalitativt og kvantitativt».¹²²

Det er klart at årsakskravet ved plunder og heft har en vanskelig bevismessig karakter, hvilket har voldt bevisproblemer for entreprenørene. Beviskravene, og retningslinjene som oppstilles i HAB-dommen fremstår isolert sett strengere sammenlignet med tidligere praksis, hvor juridisk litteratur og praksis opererte med et noe lempeligere krav. Høyesterett synes å ha observert samme problemstilling og modifiserte retningslinjene. I avsnitt 86 presiserte førstvoterende at «[b]eviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft». Selv om det må foreligge sannsynlighetsovervekt for hvert rettsfaktum som vist i forrige avsnitt, krevde ikke Høyesterett at entreprenøren måtte påvise eksakte økonomiske konsekvenser knyttet til «*hvert enkelt byggherreforhold*».¹²³

I avsnitt 74 uttalte førstvoterende at dersom entreprenøren fremla vektige bevis for årsakssammenheng, ville bevisføringsbyrden kunne skifte til byggherren. Retten konstaterte at bevisføringsbyrden ville kunne veksle mellom partene basert på hvilke bevis som til enhver tid var ført. Høyesteretts skildring av bevisføringsbyrden er i tråd med begrepsforståelsen som beskrives av Jerkø,¹²⁴ som avhandlingen benytter. Videre uttalte Høyesterett at entreprenøren hadde bevisbyrden ved tvil.¹²⁵ Sett i sammenheng med vurderingen av bevisbyrde i punkt 3.1.2.2, synes utgangspunktet naturlig. Sammenlignet med sivilprosessen ellers, er det parten som påberoper seg et rettslig bevisstema som anses å ha bevisbyrden.

3.3 Krav til dokumentasjon

Punkt 3.3 vil gi en ytterligere redegjørelse av spørsmålet knyttet til hvordan å bevise krav om årsakssammenheng. Dette gjøres ut ifra et entrepriserettslig perspektiv og i lys av HAB-

¹²¹ HR-2019-1225-A, avsnitt 73.

¹²² Ibid. avsnitt 82.

¹²³ HR-2019-1225-A, avsnitt 86.

¹²⁴ Jerkø (2019) s. 55.

¹²⁵ HR-2019-1225-A, avsnitt 75.

dommen. Begrepet dokumentasjon forstås i det følgende som realbeviset «dokumentbevis», i tråd med vanlig prosesspråk.¹²⁶

Utgangspunktet om fri bevisføring gir entreprenøren og byggherren rett til å fremlegge bevisene de ønsker innenfor tvistelovens rammer. I HAB-dommen konstaterte førstvoterende at ved plunder- og heftskrav vil det være entreprenøren som er «nærmest å sikre bevis for de konsekvenser byggherreforholdene» angivelig har fått.¹²⁷ Uttalelsen kan tolkes å gi uttrykk for en skjerpet aktsomhetsplikt for entreprenøren til å sikre dokumentasjon. Høyesterett mente at en slik praktisering hadde en side mot entreprenørens varslings- og begrunnelsesplikt.¹²⁸

Ved bevisføringen vil alle typer dokumentasjon kunne være relevant. Entreprisekontrakter fordrer tett samarbeid og kommunikasjon mellom partene, ofte over lang tid. Korrespondanse mellom partene i form av brev, e-post, sms med mer, kan være vektige bevis om de viser en felles forståelse, særlig en felles oppfatning om ansvarsfordeling. Videre vil møtereferater være godt egnet som bevismiddel. Referater utarbeides ofte av både byggherren og entreprenøren sammen. Dette gjør at innholdet i møtereferatene fremstår som et pålitelig bevismiddel.

Dokumentasjon som ofte fremlegges i entreprenørens bevisførsel er endringsordrer, fremdriftsrapporteringer, kalkyler og timelister. En felles ulempe med denne typen dokumentasjon er at den ofte er utarbeidet ensidig av entreprenøren. Byggherren har mindre kontrollmulighet over innholdet i slike bevis.¹²⁹ Dokumenter utarbeidet av utelukkende én part vil ofte være mindre pålitelige som bevismiddel, sammenlignet med eksempelvis møtereferater signert av begge parter.

Flere av bevismidlene nevnt over kan kategoriseres under fellesbetegnelsen tidsnære- eller begivenhetsnære bevis, også omtalt som «samtidig dokumentasjon».¹³⁰ Dette er dokumentasjon som er nedfelt rett før eller i nær tid etter en oppstått hendelse.¹³¹ Ifølge HAB-dommen avsnitt 85 anses tidsnære bevis å veie «særlig tungt» i bevisvurderingen av årsakskravet.

Som vist i punkt 3.2.2.1 fastholdt førstvoterende i HAB-dommen at årsakssammenheng i trinn to vil basere seg på en differensiering mellom situasjonen slik den faktisk var, og samme situasjon hvor byggherreforholdene tenkes borte.¹³² Tidligere var det vanlig å benytte seg av

¹²⁶ Schei (2013) s. 946.

¹²⁷ HR-2019-1225-A, avsnitt 85.

¹²⁸ I.c.

¹²⁹ Marthinussen (2016) s. 391.

¹³⁰ HR-2018-1189-A, avsnitt 57.

¹³¹ Rt-1998-1565, s. 1570.

¹³² HR-2019-1225-A, avsnitt 77 og 91.

«ovenfra-og-ned-metoden» for å kalkulere og dokumentere det konkrete vederlagsbeløpet.¹³³ Beregningen innebar å trekke fra entreprenørens kalkulerte kostnader fra de totale påløpte kostnadene.¹³⁴ En slik beregningsmetode mente førstvoterende var mindre egnet for å dokumentere, bevise og beregne vederlagskravet, ettersom den ikke tok høyde for entreprenørens egne feil og forsømmelser eller svakheter i opprinnelig kalkyle.¹³⁵ Dokumentasjon som viste til entreprenørens generelle erfaringstall eller metoder kunne benyttes som supplement til andre konkrete bevisfakta,¹³⁶ men ville ikke tillegges selvstendig betydning.¹³⁷

4 Tolkning og utvikling i etterfølgende praksis

4.1 Nærmere om avhandlingens analyse

Videre gjøres det en analyse av underrettspraksis avsagt etter HAB-dommen. Formålet har vært å analysere ulike karakteristikk eller metodiske særtrekk i domstolenes vurdering av årsakskravet. Det tas ikke sikte på å gi et fullstendig uttømmende bilde av etterfølgende praksis' tolkning og vurdering av årsakskravet. Det er derfor gjort et utvalg. Jeg har valgt å fremheve domstolenes tolkning og anvendelse av HAB-dommens avsnitt 86, betydningen av tidsnære bevis, betydningen av manglende varsling, praktiseringen av årsakskravet ved kumulerte forhold og domstolenes bruk av skjønn ved entreprenørens kravsberegning og rettens kravsutmåling. Felles for temaene er at de går igjen i flere avgjørelser. Det er derfor interessant å vurdere hvordan underrettspraksis tar stilling til vurderingstemaene, ettersom fellestrekk i underrettspraksis gir uttrykk for domstolenes oppfatning av gjeldende rett. I tillegg til temaene ovenfor vil motstridende tendenser observert i praksis også trekkes frem, siden alminnelig juridisk metode tilsier at domstolenes praksis som hovedregel skal være enhetlig.

I den videre analysen er forbindelsen mellom byggherreforhold og urasjonell drift, forholdet mellom urasjonell drift og merutgifter, samt vurderinger vedrørende kravsberegningen og kravsutmålingen, ulike uttrykk for kravet til årsakssammenheng. Det gjøres ikke et skarpt skille mellom årsakssammenheng i trinn en og to, såfremt det ikke anses å ha særskilt betydning for vurderingsmetodikken.

¹³³ Pettersson (2010) s. 360.

¹³⁴ I.c.

¹³⁵ HR-2019-1225-A, i avsnitt 78.

¹³⁶ Om begrepet «bevisfakta» se Nygaard (1986) s. 15 og Robberstad (2013) s. 294.

¹³⁷ HR-2019-1225-A, i avsnitt 80.

4.2 HAB-dommens avsnitt 86: «Praktisk umulig eller urimelig tyngende»

Selv om Høyesterett i HAB-dommen konkretiserte rammene for årsakssammenheng, ble en viktig modifikasjon understreket. Som tidligere nevnt la Høyesterett til grunn i avsnitt 86 at beviskravet ikke skulle anvendes slik at det i realiteten ville bli «praktisk umulig eller urimelig tyngende» for entreprenører å bevise årsakssammenheng. I hvilken utstrekning tolker og anvender etterfølgende Høyesteretts modifikasjon i avsnitt 86?

For å gi en mulig forståelse av innholdet i HAB-dommens avsnitt 86, vises det til LE-2019-150626 videre omtalt som «Hæhre-dommen». Saken gjaldt sluttoppgjøret etter en veiutbygging basert på NS 8405, mellom Hæhre Entreprenør AS (Hæhre) og Samferdselsdepartementet med Bane NOR. Et av kravene knyttet seg til KOE 550 om «prosjektets byggetid og plunder og heft». Ved fastsettelsen av de generelle utgangspunktene etter HAB-dommen ga lagmannsretten en uttalelse i forbindelse med modifikasjonen i avsnitt 86. Lagmannsretten hevdet at modifikasjonen i utgangspunktet rettet seg mot de tilfellene hvor *sakens komplekse forhold* gjorde det krevende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Retten gjorde dermed en avgrensning mot de typetilfellene hvor bevissituasjonen var blitt vanskelig grunnet entreprenørens egne feil og forsømmelser. Dersom entreprenøren ikke hadde anvendt tilstrekkelig med ressurser for å sikre dokumentasjon løpende gjennom prosjektets levetid, mente lagmannsretten at hensynet ikke hadde «samme styrke».

I tillegg til ovennevnte ga Hæhre-dommen også en god illustrasjon på plunder- og heftskravet krevende karakter. Retten uttalte at det i enkelte tilfeller kunne være «vanskelig eller umulig» å fremlegge tilstrekkelig bevis for tilknytningen mellom konkrete byggherreforhold og merutgifter. Deretter fremhevet retten at manglende rutiner enkelt kunne medføre bevisproblematikk for entreprenøren senere. På den annen side uttalte retten også, at selv med *gode* rutiner vil komplekse forhold uansett kunne være bevismessig utfordrende å dokumentere. Uttalelsen fremstår som en indirekte henvisning til kjerneproblemet ved plunder og heft; kompleksiteten i seg selv kan avskjære den reelle og praktiske muligheten for å sikre bevis og dokumentasjon, hvilket bør hensyntas i årsaksvurderingen.

Sett i lys av utgangspunktene som er gjennomgått over synes det overraskende at lagmannsretten avviste Hæhres plunder- og heftskrav på 237 millioner i sin helhet. I forbindelse med saksforberedelsene til lagmannsretten hyret Hæhre inn konsulentselskapet Marstrand AS til å bistå med sannsynliggjøringen av årsakskravet. Konsulentselskapet utarbeidet en rapport hvor formålet var å blant annet «beregne hvilken redusert produktivitet hendelsene har medført». Basert på en grundig analyse av prosjektgjennomføringen, konkluderte

konsulentselskapet med at det forelå et kvantifisert tap på 93 millioner.¹³⁸ Likevel konkluderte retten med at det ikke var dokumentert eller bevist en eneste krone i form av merkostnader. Dersom å hyre inn et profesjonelt konsulentfirma, med spesialkompetanse innenfor bygge- og anleggsbransjen, ikke anses tilstrekkelig for å dokumentere og konkretisere årsakssammenheng, taler mye for at det var praktisk umulig å bevise kravet, og at det for øvrig var urimelig tyngende.

En annen dom som viser at Høyesteretts modifikasjon i avsnitt 86 ikke tilstrekkelig hensyntas er LF-2018-167020, heretter omtalt som «Brukollaps-dommen». Saken dreide seg om et forsikringsoppgjør etter en brukollaps som totalunderentreprenør Master Solutions AS var ansvarlig for. Saken sto mellom konkursboet til totalentreprenør Reinertsen AS (Reinertsen) og forsikringselskapet til totalunderentreprenøren, Fremtind Forsikring. Konkursboet fremsatte krav på plunder og heft, grunnet merkostnader Reinertsen AS hadde pådratt seg i forbindelse med øvrig drift etter brukollapsen. Om konkursboets bevissituasjon ved kravsberegningen ble det uttalt at «[l]agmannsretten har forståelse for at det vil være krevende å fremskaffe slike anslag i en virksomhet som har gått konkurs, men ser likevel ikke at dette kan innebære at man renonserer på dokumentasjonskravene». I dommen befant konkursboet seg i en situasjon der det var blitt praktisk umulig, og i hvert fall urimelig tyngende å fremskaffe bevis for å dokumentere årsakskravet. Lagmannsrettens uttalelse gir uttrykk for at retten enten har oversett eller sett bort fra HAB-dommens modifikasjon i avsnitt 86. Selv om det nødvendigvis ikke ville vært avgjørende for bevisvurderingen, burde konkursboets ulempe blitt tillagt bevismessig betydning i årsaksvurderingen. Et viktig moment for mitt syn var at konkursboet ikke kunne klandres for bevisproblematikken, jf. uttalelsen i Hæhre-dommen ovenfor.

Et ytterligere eksempel er LE-2019-107863, HAB II-dommen. Høyesterett i HAB-dommen, sendte saken tilbake til lagmannsretten for ny behandling. Grunnet feil i rettsanvendelsen ved utmålingen av vederlagsbeløpet,¹³⁹ måtte lagmannsretten i HAB II-dommen igjen ta stilling til plunder- og heftskravet. Lagmannsretten viste til HAB-dommens modifikasjon, men uttalte at «[b]eviskravet vil i mange prosjekter kunne utelukke krav knyttet til plunder og heft, fordi man enten har vært påpasselig med å sikre bevis for at produksjonen er påvirket, eller fordi *konsekvensene er vanskelig å anskueliggjøre og dokumentere underveis*» [min kursivering]. I saken anførte HAB at anvendt beregningsmetode var den mest nøyaktige beregningsmetoden, basert på mange års erfaring i bransjen. Lagmannsretten erkjente at HAB hadde brukt «betydelige ressurser» for å tallfeste kravet i etterkant av HAB-dommen. Deretter uttalte retten den hadde «adskillig sympati for HABs synspunkter», samt at «[b]eregningene fremstår som

¹³⁸ Den resterende delen av kravet var beregnet av Hæhre selv, som rettet seg mot andre forhold enn de Marstrand var hyret for å analysere.

¹³⁹ HR-2019-1225-A, avsnitt 98.

grundige og gjennomarbeidede, og de er trolig *vesentlig mer gjennomarbeidet* enn det som tidligere har vært krevd» [min kursivering].

Til tross for dette, ble beregningene tillagt svært begrenset bevisverdi i årsaksvurderingen. Begrunnelsen for lagmannsrettens synspunkt var blant annet at beregningsmodellen ikke ble utformet *underveis* i prosjektet med HABs vurderinger og andre tidsnære bevis. Gjennom en selvstendig tolkning fremstår lagmannsrettens resonnement som en erkjennelse på at HAB trolig ikke ville kunne tilfredsstilt kravet til årsakssammenheng, uavhengig av hvordan kravet var beregnet. Beregningsmetoden ville uansett ikke basert seg på tidsnære beregninger eller begivenhetsnære bevis, hvilket hindret sannsynliggjøringen av årsakskravet. I likhet med Hæhre-dommen hadde entreprenøren brukt adskillige ressurser på å bevise årsakssammenheng for sine kostnader, men det var ikke nok.

På den annen side er det viktig å anerkjenne at bevisproblematikken kunne vært redusert dersom HAB hadde vært flinkere til å sikre dokumentasjon og annet bevis *underveis*. Dette har en side mot Hæhre-dommens forståelse av HAB-dommens modifikasjon. Dersom bevissituasjonen har blitt vanskelig som et resultat av egne forhold, vil modifikasjonen ha mindre styrke.

I tillegg til det som er uttalt over, bemerkes det at retten i HAB II-dommen uttalte at premissene i HAB-dommen ikke hadde endret dagens rettsstilstand. Dette ble hevdet samtidig som retten gikk imot sin tidligere avgjørelse.¹⁴⁰ Høyesterett i HAB-dommen hadde lagt til grunn at lagmannsrettens tidligere vurdering av årsakskravets første trinn, ga uttrykk for «riktig rettslig syn» og «riktig rettsanvendelse».¹⁴¹ Det var derimot lagmannsrettens skjønsmessig fastsettelse av vederlaget i årsakskravets andre trinn, som Høyesterett mente at ga uttrykk for feil rettsanvendelse.¹⁴² Det som er interessant er at ved lagmannsrettens nye behandling mente retten at HAB ikke hadde klart å bevise årsakssammenheng i hverken trinn en eller trinn to, i motsetning til sin tidligere avgjørelse. Konklusjonen kom til tross for at Høyesterett hadde konstatert at lagmannsretten hadde anvendt riktig rettsforståelse for trinn en, og delvis for trinn to. At lagmannsretten hevder at det ikke er skjedd en endring i rettsstilstanden, men går tilbake på egen forståelse og vurdering, fremstår som en mindre reflektert slutning.

I motsetning til tendensene skissert over, tillegger tingretten i Jæren tingretts dom av 19. juni 2020, i sak 18-015268TVI-JARE videre omtalt som «Skanska-dommen», Høyesteretts modifikasjon adskillig vekt. Saken gjaldt sluttoppgjøret mellom Skanska Norge AS og staten ved Samferdselsdepartement, med Staten vegvesen Region Vest (SVV) som reell byggherre.

¹⁴⁰ LE-2017-133058.

¹⁴¹ HR-2019-1225-A, avsnitt 91-93.

¹⁴² Ibid. avsnitt 98.

Retten behandlet blant annet krav på plunder og heft. Retten viste til byggherreforholdenes karakter, og la til grunn at det måtte være klart at disse samlet hadde medført en merkostnad for entreprenøren. Merkostnadene anså lagmannsretten å være «urimelig vanskelig eller umulig» å tilknytte bestemte byggherreforhold, med henvisning til HAB-dommen avsnitt 86. Derfor anså retten seg berettiget til å tilkjenne «skjønsmessig vederlag» 3 millioner.

Analysen over viser at HAB-dommens modifikasjon i avsnitt 86, tilkjennes lite betydning i etterfølgende praksis. Selv i saker der entreprenøren har brukt betydelige ressurser for å analysere og dokumentere sine krav, konkluderer retten med at årsakskravet ikke er bevist. Om dette ikke er tilstrekkelig er det berettiget å stille spørsmålet: hva er i så fall tilstrekkelig? Beviskravet fremstår urimelig tyngende å etterkomme i underrettspraksis. I den forbindelse nevnes kort Romerike og Glåmdal tingretts dom av 1. oktober 2021, i sak 20-121003TVI-Trog/tlst.¹⁴³ I saken anførte entreprenøren prinsipalt kontraktstolkning, og subsidiært bristende forutsetninger samt avtaleloven § 36 som grunnlag for plunder og heft. Dette gir uttrykk for at entreprenørene anser det nødvendig å benytte alternative rettsgrunnlag for å bli tilkjent plunder og heft. Tatt i betraktning at entreprenøren fikk medhold på nevnte grunnlag, fremstår det som en nødvendighet å anvende slike alternative grunnlag for å omgå dagens årsakskrav ved plunder og heft.

4.3 Betydningen av tidsnære bevis

I HAB-dommens avsnitt 85 uttalte retten at begivenhetsnære bevis «veier tungt» i bevisvurderingen ved årsakssammenheng. Hva dette materielt innebærer, vil bero på helhetlig vurdering ut ifra domstolenes frie bevisbedømmelse, jf. tvisteloven § 21-2 (1). Hvilken bevismessig betydning har etterfølgende underrettspraksis tillagt tidsnære bevis for kravet til årsakssammenheng ved plunder og heft?

Avgjørelsen LH-2019-27272, videre omtalt som «ATG-dommen», er anvendelig som illustrasjon. I forbindelse med sluttoppgjøret av en entreprisekontrakt om utlegging av masser og oppbygning av veg, fremsatte Arvid Thomassen Graveservice (ATG) krav om blant annet plunder og heft mot Marti Nordnes (Marti). Lagmannsretten viste allerede til betydningen av tidsnære bevis i dommens punkt 1 «Innledende merknader» og uttalte at ved rettens bevisvurdering ville tidsnære bevis veie «særlig tungt». Ved plunder- og heftsvurderingen uttalte lagmannsretten at «løpende dagsrapporter» sendt fra ATG var godt egnet for å gi et dekkende bilde for arbeidets gjennomføring. Retten tok høyde for at rapportene var utarbeidet fra ATGs synsvinkel, men de var likeledes tidsnære bevis som kunne påvise prosjektets fremgang. Et annet eksempel på betydningen av begivenhetsnære bevis var rettens vurdering av ATGs anførsel om antall arbeidstakere på arbeidsplassen. Retten viste til dokumentasjon fra

¹⁴³ Det bemerkes at saken er anket.

oversiktssystemet ELRAPP og uttalte at «en bemanning på 20-24 mann samsvarer ikke med de tidsnære bevisene». Entreprenørens anførsel ble derfor forkastet.

En annen dom som viser betydningen av tidsnære bevis, er LG-2020-66182 videre referert til som «Spenncon-dommen». GL Prosjektservice AS (GLP) inngikk avtale om prosjektering, leveranse og montasje av betongelementer med Spenncon AS. I forbindelse med sluttoppgjøret fremmet Spenncon krav på vederlagsjustering for plunder og heft. Entreprenøren hevdet blant annet at feil ved byggherrens leveranser av spirorør hadde medført urasjonell drift i form av ventetid. Basert på tidsnære bevis, herunder fremlagte dagsedler med tilhørende bilder, timelister og e-poster, konkluderte lagmannsretten med at Spenncon hadde bevist at driften var blitt urasjonell. Retten bemerket at Spenncons fremlagte bilder burde vært daterte, men at kravene til dokumentasjon til tross for dette var oppfylt. Årsakskravet i trinn en var sannsynliggjort grunnet de tidsnære bevisene. Videre hevdet entreprenøren at manglende ferdigstilling av arbeidsgrunnlaget også hadde medført ventetid. Lagmannsretten ga entreprenøren medhold. Begrunnelsen var at de tidsnære bevisene, i form av endringsmeldinger, en «deviation report» og bilder fra byggeplassen, dokumenterte kravet som Spenncon hadde fremsatt i en e-post til GLP tidligere.

Avgjørelsene over viser at tidsnær dokumentasjon tillegges vekt ved årsaksvurderingen, i tråd med HAB-dommens avsnitt 85. Det som derimot observeres i etterfølgende praksis er en tendens til å tillegge *fravær* av tidsnære bevis selvstendig bevismessig betydning. HAB II-dommen er egnet til å illustrere dette. Ved årsaksvurderingen, i forbindelse med manglende grunnverv, uttalte lagmannsretten at årsakssammenhengen måtte vurderes ut ifra de tidsnære bevisene i saken. Retten formulerte problemstillingen som et spørsmål «om det foreligger begivenhetsnære bevis for at manglende grunnverv hindret HABs fremdrift». Betydningen av andre bevis ble ikke nevnt. Lagmannsretten uttalte at det ikke forelå tidsnære bevis som kunne underbygge HABs påstand, og konkluderte med at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at forholdet hadde medført urasjonell drift.

Videre vurderte lagmannsretten om «sen kabelomlegging/manglende avtaler med kabeletater» hadde virket forstyrrende på HABs drift. Innledningsvis konstaterte retten at byggherreforholdet hadde forsinket driften. Derimot uttalte lagmannsretten at det var «ingen tidsnær dokumentasjon» som ga uttrykk for at forholdet hindret HAB i deres arbeid. Det var derfor ikke sannsynliggjort driftsforstyrrelser. Fraværet av tidsnære bevis fikk også til dels avgjørende betydning, i forbindelse med HABs anførsel om at byggherrens feilprosjektering av stikkrenner hadde medført urasjonell drift. Lagmannsretten uttalte at «[m]ed enkelte unntak foreligger det imidlertid ingen tidsnær dokumentasjon for at HAB mente omprosjekteringen [...] gjorde at de ble forsinket i sitt øvrige arbeid». Dette ble avgjørende. At forholdet hadde

ført til driftsforstyrrelser var lagmannsretten «ikke i tvil om». Likevel, siden det ikke var ført tidsnære bevis for påstanden, var årsakskravet ikke sannsynliggjort.

Fraværet av tidsnære bevis var også et viktig argument ved årsaksvurderingen i forbindelse med anførsler vedrørende 1) byggherrens feil i VIPS-data, 2) krav grunnet endringer i prosjektets VA-anlegg, 3) krav vedrørende natursteinsmurer, 4) krav knyttet til endret prosjektering av støyskjerm, samt 5) krav for endret prosjektering av trafikksikkerhetstiltak. Felles for flere av vurderingene var at lagmannsretten innledet med å konstatere at byggherreforholdene etter sin art ville kunne medføre driftsforstyrrelser, men årsakssammenheng var ikke sannsynliggjort grunnet fraværet av tidsnære bevis.

Fraværet av tidsnære bevis var også et viktig argument i Hæhre-dommen. Et interessant moment i lagmannsrettens vurdering var hvilken betydning tidsnære bevis fikk for bevisverdien til Marstrands rapport. Lagmannsretten mente at rapporten ville kunne bidra til å klargjøre allerede formulerte krav, samt sammenstille eksisterende bevis. Derimot ble rapporten ansett å ha begrenset bevisverdi, ved fravær av tidsnære bevis som underbygget beregningene. I vurderingen av årsakskravet uttalte lagmannsretten i forbindelse med konsultentselskapets rapport at «[l]agmannsretten har heller ikke bevismessig grunnlag for å foreta en skjønnsmessig vurdering av om deler av merkostnadene som Marstrand har beregnet, kan føres tilbake til byggherreforhold, *når det mangler tidsnære bevis*» [min kursivering].

I tillegg til ovennevnte, ble manglende tidsnær dokumentasjon tillagt vekt også ved andre vurderinger av årsakskravet i Hæhre-dommen. I forbindelse med «[e]ndret deponeringsløsning» anførte entreprenøren blant annet at forsinket utgravingsarbeid hadde forsinket fyllingsarbeider. Til dette la lagmannsretten vekt på at det var «få» tidsnære bevis som underbygget Hæhres anførsler. Videre ble fraværet av tidsnære bevis gitt avgjørende vekt ved påstand om avvikende grunnforhold som grunnlag for plunder og heft. Lagmannsretten uttalte at det ikke var «sannsynliggjort fra Hæhres side at avviket medførte plunder og heft-virkninger», og viste særlig til «at det mangler tidsnære bevis slike for avledede konsekvenser». Fravær av tidsnære bevis var også et gjentagende argument mot årsakssammenheng i rettens vurdering av «økt mengde løsmasser» og «ikke gjennomførbare faseplaner og andre prosjekteringsfeil».

Basert på analysen ovenfor er det klart at tidsnære bevis tillegges stor vekt i bevisbildet for årsakssammenheng ved plunder og heft. Dertil merkes det at også fraværet av tidsnære bevis tillegges til dels avgjørende betydning. Det er derfor en klar sammenheng mellom fremleggelsen av tidsnære bevis og sannsynliggjøring av årsakssammenheng.

4.4 Sen eller manglende varslings - bevismessig betydning?

Det er en prosessuell forutsetning for å kunne kreve plunder og heft at kravet varsles. For sen eller manglende varslings kan få konsekvenser for entreprenøren som vist i punkt 2.3. Kan konsekvensene derimot være av bevismessig art? Tillegges sen eller manglende varslings bevismessig betydning i årsaksvurderingen i etterfølgende praksis, og eventuelt i hvilken utstrekning?

I forbindelse med uttalelsen i HAB-dommen avsnitt 85, la retten til grunn at entreprenøren var «nærmest til å sikre bevis» sett i lys av varslings- og begrunnelsesplikten. Etter mitt syn har dette en side mot partenes lojalitetsplikt. Om entreprenøren mener at det foreligger byggherreforhold som medfører nedsatt produktivitet, tilsier lojalitetsplikten at byggherren skal informeres og gis anledning til å rette opp forholdet. Dersom entreprenøren har varslet sent eller unnlatt å varsle, har byggherren blitt fratatt muligheten til å redusere eventuelle plunder- og heftsvirkninger ved å omlegge egen drift. Dessuten vil varslingsplikten være spesielt viktig dersom konsekvensene kun kan observeres i entreprenørens egne regnskap, ettersom byggherren sjeldent har innsyn i disse.¹⁴⁴

Etterfølgende praksis erkjenner at plunder- og heftskrav kan være vanskelige å varsle rettidig, særlig i de tilfellene hvor det er tale om en samlet effekt av flere byggherreforhold. I LH-2019-169122-1 uttalte lagmannsretten at entreprenøren måtte «innrømmes et visst slingringsmonn [...] for å bedømme den samlede negative effekten av flere byggherreforhold». Lagmannsretten spesifiserte at lojalitetsplikten tilsa at et nøytralt varsel likevel måtte inngis raskt. Lignende synspunkt fremmes i Hæhre-dommen, der lagmannsretten uttalte at entreprenøren måtte «innrømmes et visst tidsrom for analyse og gjennomgang». Dessuten nevnes LB-2018-88669 i sak mellom totalentreprenør Trio Entreprenør AS (Trio) og Norsk Fundamentering AS (NFT), videre omtalt som «Trio-dommen». I saken fastslo retten at fristen for å varsle «uten ugrunnet opphold», oppsto «etter at det foreligger grunnlag for å beregne kravet». Dette innebærer at det må gjøres en skjønnsmessig vurdering av når entreprenøren *tidligst* kunne beregne sitt plunder- og heftskrav.

HAB II-dommen gir også uttrykk for en slik tilnærming. Retten uttalte at ved plunder- og heftskrav vil det ikke være «uvanlig» at entreprenøren først kan få oversikt over de urasjonelle virkningene i prosjektets slutfase. Dette var også begrunnelsen for at entreprenøren kunne fremme krav på plunder og heft så sent som i sluttoppstillingen. Tilsvarende uttales i Hæhre-dommen hvor retten fastsatte at krav på urasjonell drift er «nokså spesielle krav» hvor konsekvensene ofte ikke blir synlige før sent i prosessen.

¹⁴⁴ Bruken av samspillskontrakter kan til en viss grad bøte på denne usikkerheten, gjennom «åpen bok-prinsippet». For mer informasjon om samspillskontrakter vises det til Entreprenørforeningen (2020).

I vurderingen av plunder- og heftskravet (KOE 550) i Hæhre-dommen oppstilte retten et eget underpunkt om varsling og dens bevismessige betydning. Dette gir en klar anvisning på at lagmannsretten ville tilkjennegi sen eller manglende varsling betydning i årsaksvurderingen. Partene hadde avtalt at kontraktens regler om preklusjon ikke skulle håndheves. Hæhre mente derfor at for sen varsling hadde «reduisert betydning som bevismoment». Lagmannsretten var ikke enig. Retten uttalte at dersom entreprenøren forsømte å varsle og innhente tidsnære bevis, ville bevissituasjonen bli «svakere», sammenlignet med situasjonen om entreprenøren hadde overholdt varslingsplikten. Dersom bevisbildet var blitt svak, var dette entreprenørens risiko.

Videre uttalte retten i Hæhre-dommen at «[s]lik lagmannsretten ser det, kan manglende eller sen varsling være en indikasjon på at de påberopte byggherreforholdene ikke hadde plunder og heft-virkninger.» Selv om retten benyttet begrepet «indikasjon», fremstår lagmannsrettens vurdering å vedkjenne at manglene varsling vil kunne tillegges selvstendig betydning i bevisvurderingen. Lignende synspunkt fremmes i ATG-dommen. Etter å ha vurdert årsakssammenheng i trinn to, ga retten en avsluttende bemerkning om betydningen av varsling. I likhet med Hæhre-dommen hadde ikke kontrakten preklusjonsvirkninger ved fristoversittelse. Retten konstaterte at ATG først hadde fremsatt kravet i sluttoppgjøret, og uttalte deretter at «manglede varsling i anleggsperioden [hadde] *atskillig bevisverdi*» [min kursivering]. Lagmannsretten begrunnet synspunktet med at ATG på et tidligere tidspunkt kunne observert at kravet hadde materialisert seg, samt at de var tilbakeholdne med å fremme krav på tilleggsarbeid. Dette mente retten at talte imot at det forelå årsakssammenheng.

Som det fremgår av ovennevnte dommer synes praksis å tillegge manglende varsling bevismessig betydning i årsaksvurderingen.

4.5 Beviskravet for årsakssammenheng ved kumulerte forhold: herunder byggherrens endringskompetanse

Som påpekt i HAB-dommen skal ikke beviskravet forstås slik at entreprenøren må fremlegge nøyaktige økonomiske konsekvenser for «*hvert enkelt byggherreforhold*».¹⁴⁵ Uttalelsen gir etter mitt syn en anvisning på kjerneproblemet i plunder- og heftskrav: det sammensatte årsaksforholdet. Det vil derfor være adgang til å kumulere forholdene og vurdere dem samlet. Eksempelvis vil dette være aktuelt ved bedømmelsen av den samlede effekten av antallet endringer i et prosjekt. En endring er uproblematisk, men som eksemplifisert tidligere kan mange biler skape kø uten at man kan konstatere årsaken for dette. Hvordan ny underrettspraksis behandler denne problemstillingen vil analyseres videre.

¹⁴⁵ HR-2019-1225-A, avsnitt 86.

Både HAB II-dommen og Hæhre-dommen ga generelle uttalelser om hvordan beviskravet for årsakssammenheng skal forstås og anvendes i saker hvor prosjektet har hatt et stort endringsomfang. Begge dommene enes om at et betydelig antall endringer vil være egnet til å forstyrre entreprenørens drift. I HAB II-dommen mente retten at dersom kravet var basert på den kumulerte effekten av endringsvolumet, var bevistemaet «vagere» enn ved konkrete byggherreforhold. Retten ga indirekte uttrykk for at konsekvensene ved et betydelig endringsomfang var mer krevende å bevise, hvilket måtte hensyntas i bevisvurderingen. Det ble derfor stilt et noe lempeligere krav til konkretiseringen av konsekvensene. Hæhre-dommen sammenlignet også bevisproblematikken mellom konkrete byggherreforhold og stort endringsvolum. Retten uttalte at plunder- og heftsvirkninger, som følge av konkrete byggherreforhold, ofte manifesterte seg i nær tid etter forholdet oppsto. Dette gjorde det enklere for entreprenøren å analysere og konkretisere konsekvensene. Ved den samlede effekten av et betydelig endringsomfang mente retten at bevissituasjonen var være en annen. Lagmannsretten uttalte at konsekvensene i mange tilfeller ikke ble synlige før lenger ut i prosjektet, og var derfor vanskeligere å konkretisere nøyaktig.

I HAB II-dommen ga lagmannsretten i tillegg en interessant uttalelse om beviskravet til årsakssammenheng i forbindelse med mengdeøkninger. Retten konstaterte at mengdeøkninger i utgangspunktet blir «automatisk kompensert gjennom kontraktens prissystem». Når en entreprenør blir pålagt å gjennomføre en endring, skal byggherren både kompensere konsekvensene og utbetale et sedvanlig påslag.¹⁴⁶ Påslaget skal i utgangspunktet dekke både fortjeneste, risiko og indirekte kostnader.¹⁴⁷ Lagmannsretten hevdet at det måtte stilles «strengt krav til bevis» i slike tilfeller. Begrunnelsen kan tolkes å være risikoen for at entreprenøren kompenseres for kravet to ganger, både gjennom det sedvanlige påslaget og senere gjennom et selvstendig plunder- og heftskrav.

I både HAB II-dommen og Hæhre-dommen viste lagmannsretten til byggherrens endringskompetanse, som en del av den materielle vurdering av årsakskravet. I Hæhre-dommen fremsatte entreprenøren en anførsel om at det totale antallet endringsordrer medførte urasjonell drift. Antallet overskred 700.¹⁴⁸ Retten mente at det i prinsippet ikke var nødvendig at endringskompetansen var overskredet for å påvise plunder- og heftsvirkninger. På motsatt hånd konstaterte retten at dersom grensen var overskredet ville ikke overskridelsen automatisk utgjøre et bevis for avledede konsekvenser. Sett i sammenheng synes uttalelsene å gi en anvisning på at grensen for endringskompetansen ikke tillegges selvstendig betydning. Lagmannsretten mente at forhold som kunne tilkjennevis betydning i bevisvurderingen ville

¹⁴⁶ LH-2019-27272.

¹⁴⁷ I.c.

¹⁴⁸ Merk at kontrakten hadde 25% som grense for endringsomfanget.

være dersom endringskompetansen eksempelvis ble utnyttet i bredt omfang sent i prosessen eller at mange endringer var fremsatt på samme tidspunkt.

HAB II-dommen ga uttrykk for en annen oppfatning om betydningen av kontraktens endringsbegrensning. HAB var kontraktrettslig forpliktet til å gjennomføre tilleggsarbeider verdt inntil 15 % av netto kontraktssum. Ettersom HAB ikke hadde fremsatt avslag på tilleggsarbeider grunnet overskridelse av 15 % grensen, mente retten at dette talte mot urasjonell drift. Lagmannsrettens argumentasjon tydet på at begrensningen utgjorde en viktig bevisfaktor om det forelå urasjonell drift. Etter rettens syn var HAB forpliktet til å utføre endringer inntil grensen, og kunne ikke høres med at det forelå plunder- og heftsvirkninger så lenge grensen ikke var vesentlig overskredet.

Et annet interessant metodisk trekk i underrettspraksis, er hvordan domstolene ved flere ulike byggherreforhold gjør en totalbedømmelse av årsakskravet. I HAB II-dommen uttalte retten at plunder- og heftskrav basert på det totale endringsområdet, i flere henseender knyttet seg til konsekvenser HAB hadde fremsatt som særskilte plunder- og heftskrav. Felles for de særskilte kravene var at HAB ikke hadde fått medhold for plunder og heft. Ettersom hvert enkelt krav var blitt avvist, mente retten at det heller ikke kunne foreligge en kumulert effekt som tilsa urasjonell drift. Konklusjonen ble ikke gitt ytterligere begrunnelse.

I ATG-dommen gjorde retten en annen metodisk helhetsvurdering av årsakskravet ved kumulerte forhold. Ved gjennomgangen av anførte byggherreforhold, ga ikke retten en klar konklusjon om årsakssammenheng forelå i forbindelse med hvert enkelt forhold. I flere vurderinger nøyde retten seg med å konstatere om byggherreforholdet hadde virket «forstyrrende» på entreprenørens drift. Deretter konkluderte lagmannsretten i et oppsummerende avsnitt og uttalte at ATG hadde sannsynliggjort at det «samlet sett» forelå byggherreforhold som medførte plunder og heft. I denne forbindelse nevnes også Skanska-dommen, som utmålte et skjønsmessig vederlagskrav på 3 millioner grunnet «kumulative effekter».

Som analysen viser, praktiserer etterfølgende praksis et noe lempeligere beviskrav for årsaksvurderingen ved kumulerte forhold. Det hensyntas at bevisbildet ofte vil være mer sammensatt, hvilket kan by på bevismessige problemer for entreprenøren. Analysen viser derimot at det ikke foreligger full enighet om hverken betydningen av grensen for byggherrens endringskompetanse, eller hvordan retten totalt sett bedømmer konsekvensene av flere kumulerte byggherreforhold. At underrettspraksis gir uttrykk for motstridende tendenser, kunne vært egne temaer under punkt 4.7. Likevel nøyer jeg meg med å kun vise til dette metodiske poenget.

4.6 Rommet for skjønn ved entreprenørens kravsberegning og rettens kravutmåling

Videre gjøres det en analyse av årsakskravets andre trinn. I tråd med bestemmelsene i tvisteloven kan domstolene ut ifra det retten anser bevist, tilkjenne et kravbeløp etter eget skjønn, innenfor partenes påstander.¹⁴⁹ Hvordan utviser etterfølgende rettspraksis skjønn ved vurderingen og bedømmelsen av entreprenørens kravsberegning og ved rettens kravutmåling?

For å illustrere utgangspunktet for domstolenes rett til å utvise skjønn og fastsette kravutmålingen, vises det til LB-2019-192253. I forbindelse med krav på tilleggsvederlag, uttalte lagmannsretten at kravutmålingen vurderes ut ifra det retten anser bevist, såfremt partenes påstander ikke overskrides. Førstvoterende framholdt «[a]t Gulbrandsen & Olimb ikke har anka, inneber ikkje at lagmannsretten er avskoren frå å koma til at selskapet har krav på høgare vederlag for ein eller fleire av dei ulike underpostane, så lenge det samla beløpet på kr 1 420 000 ligg fast». Dette gir uttrykk for domstolenes rett til å fastsette kravutmålingen basert på rettens frie bevisbedømmelse og eget skjønn, innenfor partenes påstander.

Etterfølgende praksis anvender i betydelig grad retningslinjene fastsatt i HAB-dommen om beregningsmetoder og konkretisering av vederlagskravet. Det uttales blant annet i Skanska-dommen at Høyesterett «pålegger entreprenøren en streng bevisbyrde, særlig hva angår tapsberegningen i trinn to».

Brukollaps-dommen illustrerer HAB-dommens krav til konkretisering. Hva gjaldt årsaksvurderingen i trinn en, nøyde lagmannsretten seg med å konstatere at brukollapsen «åpenbart» hadde hatt «konsekvenser for gjennomføringen av Reinertsens øvrige kontraktsarbeid». Det ble uttalt at Reinertsen hadde gitt en «konkret beskrivelse av hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret, og på hvilken måte». For årsakskravets andre trinn ble det derimot sagt at forstyrrelsene måtte «imidlertid gis en økonomisk beregning». Etter lagmannsrettens syn hadde konkursboet mislyktes i å beregne, dokumentere og bevise det konkrete tapet, og uttalte at «[I]øse og skjønnsmessige anslag [...] er ikke tilstrekkelig». Vederlagskravet på 2 millioner førte ikke frem, selv om det «åpenbart» forelå plunder- og heftsvirkninger.

Tilsvarende begrunnelse ble gitt for deler av et plunder- og heftskrav i Trio-dommen. Lagmannsretten valgte å ikke ta stilling til de forstyrrende forholdene som Trio angivelig var ansvarlig for, ettersom NFT uansett ikke hadde oppfylt årsakssammenheng i trinn to. For retten var det avgjørende at underentreprenøren kun hadde «laget en oppstilling med et grovt anslag

¹⁴⁹ Tvisteloven §§ 11-2 (1) annen setning og 21-1 (1).

over merutgiftene som ikke er basert på virkelige tall». En slik beregning kunne ikke sannsynliggjøre plunder- og heftskravet.

Derimot uttalte retten i LA-2017-194079, at utregningen til en viss grad måtte være «skjønnsmessig». I saken ble entreprenøren tilkjent 2,8 millioner for plunder og heft. 800 000 kr av totalbeløpet ble fastsatt med utgangspunkt i tingrettens vurdering, hvor retten hadde fastsatt merutgiftene skjønnsmessig. På den annen side ble deler av entreprenørens krav direkte avvist, ettersom lagmannsretten mente kravet var «sjablongmessig» beregnet.

I tillegg til det som er nevnt over, er en fellesfaktor i Trio-dommen og LA-2017-194079 at retten uttalte seg om «ovenfra-og-ned-metoden». Begge avgjørelsene la til grunn at metoden ikke kunne benyttes for å beregne entreprenørens kompensasjon. I Trio-dommen nevnte lagmannsretten at metoden kunne benyttes som supplement til andre bevis, men som vist over konkluderte retten med at entreprenørens beregninger ikke var «basert på virkelige tall», og avviste kravet.

HAB II-dommen er et tredje eksempel på hvordan underrettspraksis bedømmer beregninger basert på «ovenfra-og-ned-metoden». Etter å uttrykkelig ha konstatert at entreprenørens beregninger var «grundige og gjennomarbeidet», avviste lagmannsretten at det forelå årsakssammenheng i trinn to. Begrunnelsen var blant annet at entreprenørens beregningsmetode hadde «slektskap» med «ovenfra-og-ned-metoden». Retten bemerket at beregningen kunne brukes som supplement, men det var ikke «konkret» bevist hvilke merutgifter entreprenøren hadde hatt og da fikk beregningen lite betydning.

Et fjerde eksempel er LH-2019-45008. Entreprenøren hadde blant annet fremsatt krav på plunder og heft grunnet et betydelig antall endringer, og kravet var beregnet ved «ovenfra-og-ned-metoden». Utregningen ble tilsynelatende avfeid som bevis i årsaksvurderingen, ettersom lagmannsretten mente at entreprenøren ikke hadde dokumentert konkrete arbeidsoppgaver som var forstyrret. Til sist nevnes Hæhre-dommen som et ytterligere eksempel. Lagmannsretten uttalte at bevisverdien til Marstrand rapporten ville være begrenset, blant annet fordi rapportens metodikk minnet om «ovenfra-og-ned-metoden».

En avgjørelse som skiller seg ut fra majoriteten av etterfølgende praksis er Skanska-dommen. Hva gjaldt den overordnede bruken av «ovenfra-og-ned-metoden» la tingretten seg på samme linje som øvrig praksis. Retten henviste til HAB-dommen og uttalte at metoden i utgangspunktet var «rettslig uholdbar». Deretter gjorde retten en vurdering av entreprenørens opprinnelige kalkyle som sammenligningsgrunnlag for planlagte og påløpte kostnader. Det ble uttalt at bevisvil rundt kalkylen måtte gå utover Skanska og at usikkerheten rundt kravsberegningen ikke kunne avbøtes gjennom et «sjablongmessig fradrag».

Det som skiller seg fra øvrig praksis var at lagmannsretten fant årsakssammenheng i andre trinn sannsynliggjort, til tross for at Skanska hadde anvendt «ovenfra-og-ned-metoden». Retten konstaterte at selv om «ovenfra-og-ned» beregninger ikke var tilstrekkelig for å sannsynliggjøre beviskravet, hadde regnestykket fortsatt «bevisverdi». Skanska ble tilkjent et beløp på 6,5 millioner som retten mente at var bevist. I tillegg til dette, tilkjente retten Skanska et *skjønnsmessig* tilleggsvederlag på 3 millioner. Etter en totalvurdering av bevisbildet, prosjektets kompleksitet og betydeligheten av byggherreforholdene, var det etter tingrettens syn «helt usannsynlig» at det ikke hadde oppstått indirekte kostnader SVV svarte for, selv om kostnadene ikke var konkretisert.

Avslutningsvis vil det være naturlig å vise til Spenncon-dommen. I saken fikk entreprenøren i det vesentlige medhold i sine plunder- og heftskrav. Det bemerkes at retten kun vurderte årsakssammenheng i trinn en. Beregningen av entreprenørens krav ble lagt uprøvd til grunn, ettersom motparten ikke hadde noen innsigelser mot beregningen. Dette illustrerer et interessant poeng. En av de få sakene hvor entreprenøren har fått medhold i krav på plunder og heft, er i en sak hvor årsakssammenheng i trinn to ikke var et bevistema.

Det fremstår som en klar tendens i praksis at plunder- og heftskrav avvises, såfremt kravet ikke er konkretisert eller «ovenfra-og-ned-metoden» er anvendt som beregningsmetode. Det fremstår ikke som et alternativ at domstolene delvis tilkjenner et krav som tilsvarer et beløp etter rettens skjønn, basert på produktivitetsforstyrrelsens art og betydning.¹⁵⁰ Etter en analyse av rettskildematerialet, observeres det at retten utviser lite skjønn hva gjelder kravsutmålingen ved plunder- og heftstvister.

4.7 Motstridende tendenser?

4.7.1 Forholdet til underentreprenørenes handlinger

I tilfeller der entreprenøren fremsetter krav mot byggherren, kan det oppstå spørsmål om hvilken bevismessig betydning underentreprenørenes handlinger har for bedømmelsen av årsakskravet. Etterfølgende praksis har berørt problemstillingen. Fremstår domstolenes praksis enhetlig eller foreligger det motstrid i underrettspraksis?

HAB II-dommen berører problemstillingen i sammenheng med en anførsel om at endret prosjektering av trafiksikkerhetstiltak hadde medført urasjonell drift for HAB. Retten hadde kommet til at det ikke var ført bevis for årsakssammenheng, og ga i den forbindelse en bemerkning angående betydningen av underentreprenørenes forhold. De ble vist til at ingen av

¹⁵⁰ Med unntak av Skanska-dommen, hvor det bemerkes at avgjørelsen er anket til Gulating lagmannsrett.

HABs underentreprenører hadde fremmet krav på plunder og heft grunnet trafikksikkerhetstiltakene. Lagmannsretten hevdet at manglende krav fra underentreprenørene medførte at det «uansett» ikke ville være grunnlag for tilleggsvederlag. Etter mitt syn tilsier uttalelsen at HAB vanskelig ville bli hørt med sitt krav på plunder og heft, såfremt et tilsvarende krav ikke hadde blitt fremmet av underentreprenørene.

Tingretten i Skanska-dommen gir derimot uttrykk for en annen rettsoppfatning. Byggherren anførte at plunder- og heftskravet ikke var reelt, ettersom Skanskas underentreprenører ikke hadde fremsatt tilsvarende krav. I motsetning til HAB II-dommen, anså ikke tingretten forholdet som «et tungtveiende bevismoment». Retten bemerket at det ikke nødvendigvis behøvde å være en sammenheng mellom forhold hos underentreprenøren og forhold hos hovedentreprenøren. Tingretten illustrerte begrunnelsen gjennom hovedentreprenørens ansvar for å utstede nye planer og justere øvrige arbeider. Retten uttalte at slike arbeidsoppgaver *kunne* føre til merarbeid og ineffektivitet, mens tilsvarende merkostnader ville derimot ikke påløpe hos underentreprenørene. Videre påpekte retten at underentreprenørene kunne ha fått dekning for eventuelle plunder- og heftskrav på andre måter enn å fremsette kravet selvstendig. Eksempelvis gjennom ekstra kostnader for rigg, som var et reelt eksempel fra saken. I tillegg fremhevet retten at det kunne være andre kommersielle grunner for at underentreprenørene ikke fremmet plunder- og heftskrav selv.

Ovennevnte avgjørelser viser at det foreligger motstrid i underrettspraksis om hvilken betydning underentreprenørenes forhold skal tilkjennes. I HAB II-dommen hevdet retten at underentreprenørenes forhold hadde stor bevismessig betydning, mens dommeren i Skanska-dommen mente at det ikke var et vektig argument. En forskjell mellom de ovennevnte sakene var at HAB II-dommen behandlet krav etter en totalentreprise, hvorav Skanska-dommen gjaldt utførelsesentreprise. Det kan ikke ses bort i fra at dette kan ha innvirket på dommernes vurderinger, og kan være en bakgrunn for motstriden som er analysert.

4.7.2 Kritisk linje: betydningen for årsakssammenheng

Begrepet kritisk linje henviser til en risikogrense for enkelte aktiviteter i en prosjektutførelse.¹⁵¹ Dersom prosjektets varighet *endres* ved at «oppstartstidpunkt, varighet eller ferdigstillestidspunkt» for en aktivitet legges om, ligger aktiviteten på kritisk linje.¹⁵² Spørsmål om kritisk linje har oppstått i flere saker om plunder og heft i forbindelse med

¹⁵¹ Foldvik (2020) s. 193.

¹⁵² I.c.

årsakssammenheng.¹⁵³ Også i etterfølgende praksis er problemstillingen behandlet. Spørsmålet er om betydningen av kritisk linje praktiseres enhetlig i underrettspraksis.

I HAB II-dommen anførte byggherren at flere av mengdeendringene i prosjektet ikke lå på kritisk linje og dermed avskar retten til plunder og heft. Dette gjaldt særlig for prosess 22.4 «blokkdemolering». Uten noen inngående drøftelse ga lagmannsretten byggherren medhold i anførselen. Det ble uttalt at «mengdeøkninger på prosesser som ikke lå på kritisk linje, ikke kan begrunne tilleggsvederlag».

I Skanska-dommen anførte byggherren samme argumentasjon. I motsetning til ovennevnte dom, ble argumentet ikke tillagt betydelig vekt i årsaksvurderingen. Retten erkjente at ved problemstillinger om dagmulkt og forsinkelse ville identifisering av kritiske aktiviteter kunne ha stor betydning. Derimot var argumenter vedrørende kritisk linje ikke «avgjørende for spørsmålet om entreprenøren er påført et produktivitetstap». Retten viste til at en entreprenør vil ha et ønske om å utføre et prosjektet med færrest mulig ressurser. For å sikre en *effektiv* gjennomføring uttalte retten at «[g]enerell forutsigbarhet og mulighet for god planlegging, også utover det som angår kritisk linje, er derfor viktige forutsetninger for en effektiv drift». Ressurser entreprenøren måtte bekoste for å optimalisere driften etter et oppstått byggherreforhold, ville entreprenøren kunne kreve uavhengig om optimaliseringen av driften var tilknyttet arbeider innenfor eller utenfor kritisk linje.

Etterfølgende rettspraksis viser at det er motstrid om hvilken betydning kritisk linje har i bedømmelsen av årsakssammenheng ved plunder og heft. Tar man utgangspunkt i lagmannsrettens begrunnelse tilsier domstolens vurdering at tilleggsarbeid utenfor kritisk linje ikke gir grunnlag for plunder og heft. Derimot om tingrettens vurdering legges til grunn, vil det være nesten uten betydning om den urasjonelle driften knyttes til arbeid innenfor eller utenfor den kritiske linjen.

5 En totalbedømmelse av rettstilstanden: forholdet til sivilretten ellers

5.1 Kriteriene for bedømmelsen

I avhandlingens del 5 vil jeg gjøre en konkret vurdering om de metodiske særtrekkene og karakteristikkene som ble analysert i del 4, anses å være i tråd med praktiseringen av årsakskravet ellers i sivilretten. Dette beror på en vurdering om hvert enkelt særtrekk anses å gi uttrykk for en praktisering av årsakskravet som tilsvarer praktiseringen ved andre sivilrettslige

¹⁵³ Se eksempelvis Rt-2005-788, avsnitt 46-51, selv om dommen ikke uttrykkelig bruker termen «kritisk linje», LB-2011-95644 og LA-2013-175355.

krav.¹⁵⁴ Selv om det forekommer variasjoner innenfor sivilrettens praksis, er slike variasjoner ofte særskilt begrunnet.¹⁵⁵ Lite taler for at plunder- og heftskrav er av en så spesiell karakter at kravene til årsakssammenheng bør avvike fra utgangspunktene i sivilprosessen. Dette gjelder særlig avvik fra praktiseringen av årsakskravet ved alminnelige erstatningsrettslige krav, grunnet fellestrekkene mellom slike og plunder og heft.¹⁵⁶ Det bør derfor være mindre rom for variasjoner hva gjelder praktiseringen av årsakskravet, herunder kravene til dokumentasjon og bevis.

I tillegg til ovennevnte vil del 5 vurdere hvorvidt praktiseringen av årsakskravet anses materielt *god*. Vurderingskriteriene gjenspeiler seg i utgangspunktet om at årsakskravet ved plunder og heft bør praktiseres på tilsvarende måte som ved andre sivilrettslige krav. *Godhet* vurderes opp mot det rettspolitiske hensynet til likebehandling, samt hensynet om å oppnå et materielt riktig resultat. Ettersom det er et særskilt fokus på sivilrettens praksis generelt, utgjør tvisteloven et naturlig utgangspunkt for innholdet av hensynene, herunder tvistelovens formålsbestemmelse § 1-1.

Formålsbestemmelsen § 1-1 (1) legger til grunn at loven skal sørge for en «rettferdig [...] behandling av rettstvister». Anvisningen på en rettferdig behandling gir opphav for ovennevnte hensyn.¹⁵⁷ Forarbeidene uttaler at likebehandling anses som «sentralt» i domstolenes vurdering.¹⁵⁸ «Equality of arms», som det også omtales som,¹⁵⁹ innebærer at «en part skal ha rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller han vesentlig dårligere enn motparten».¹⁶⁰ Kravet innebærer prosessuell likebehandling.¹⁶¹ I tillegg til ovennevnte betydning, vises det til den grunnleggende rettigheten om likebehandling for loven, herunder at «like saker skal behandles likt».¹⁶²

Rettsbehandling som sikrer et materielt riktig resultat, gir uttrykk for en av domstolenes hovedoppgaver. Å avsi dommer med riktig resultat utgjør et overordnet mål ved rettergangen.¹⁶³ Målet vil også ha en side mot prinsippet om likbehandling ettersom «like saker skal behandles

¹⁵⁴ Med unntak av punkt 4.7 om motstrid.

¹⁵⁵ Se eksempelvis det som står om beviskrav i forsikringssaker og ved saker med belastende faktum i punkt 3.1.2.1.

¹⁵⁶ Som vist i punkt 3.2.2.1.

¹⁵⁷ NOU 2001:32B, s. 650.

¹⁵⁸ I.c.

¹⁵⁹ Se eksempelvis NOU 2001: 32A, side 143 flg. Rt-1995-613, s. 615 og *Vermeulen mot Belgia*, ECLI:CE:ECHR:1996:0220JUD001907591.

¹⁶⁰ NOU 2001:32A, s. 172.

¹⁶¹ Ibid. s. 275.

¹⁶² NOU 1999: 19, s. 273.

¹⁶³ NOU 2001:32A, s. 131.

likt». I tillegg utgjør målet trolig en del av bakgrunnen for anvendelsen av overvektsprinsippet, ettersom sivilprosessen hviler på oppfatningen om at det som anses mest sannsynlig, vil føre til flest riktige avgjørelser.¹⁶⁴

5.2 Bedømmelsen av etterfølgende praksis

5.2.1 HAB-dommens avsnitt 86: «Praktisk umulig eller urimelig tyngende»

Vedrørende modifikasjonen i HAB-dommens avsnitt 86, gir distinksjonen i Hæhre-dommen uttrykk for en god tolkning i tråd med sivilretten. I sivilprosessen ellers vil partenes egne feil og forsømmelser kunne tilkjennes betydning for rettsanvendelsesskjønnet.¹⁶⁵ Eksempelvis vil beviskravet kunne endres dersom en part hadde mulighet for å sikre bevis, men unnlot å gjøre det.¹⁶⁶ Til sammenligning vises det til Rt-1989-674, hvor mangelfull journalføring etter en operasjon, medførte at et sykehus ble holdt erstatningsansvarlig. Sannsynlighetskravet til årsakssammenheng ble ansett å være oppfylt, selv om det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at svikt ved helsehjelpen hadde medført skade. En del av begrunnelsen var at manglende journalført dokumentasjon fratok skadelidte reell bevismulighet. Det fremsto urimelig om bevistvil grunnet manglende journalføring fra sykehusets side skulle gå utover pasienten. Retten presumerte at beviskravet var oppfylt.¹⁶⁷

I forbindelse med Høyesteretts uttalelse i avsnitt 86 er det av interesse å vurdere den etterfølgende praksis samlet, for å gi et totalbilde av rettstilstanden. Basert på avhandlingens kildemateriale blir krav på plunder og heft avvist *i sin helhet* i 7 av 9 lagmannsrettsavgjørelser, med en samlet verdi på 276 531 896 kr. Etter mitt syn vil det være lite skjønnsomt å se bort ifra den totale effekten uttalelsene i HAB-dommen har hatt for senere underrettspraksis. I den forbindelse vises det til uttalelsen i Skanska-dommen. Retten påpekte at etterfølgende praksis har anvendt Høyesteretts retningslinjer «med det resultat at entreprenørens plunder og heft-krav ikke har ført frem eller blitt kraftig skåret ned». På den annen side må det tas i betraktning at rene tilfeldigheter, basert på de konkrete sakenes natur, kan være årsaken til reduksjonen. Etter mitt syn fremstår dette mindre sannsynlig, ettersom omfanget av tilkjente krav på plunder og heft har blitt synlig redusert på kun to år.

Basert på analysen i punkt 4.2, er det mye som tyder på at etterfølgende rettspraksis utøver en praksis som har gjort det umulig eller urimelig tyngende for entreprenører å bevise årsakssammenheng. Underrettspraksis synes ikke å tillegge HAB-dommens modifikasjon

¹⁶⁴ Robberstad (2013), s. 11.

¹⁶⁵ Eksempelvis lov 13. juni 1969 nr. 26 (skadeserstatningsloven) § 5-1 om skadelidtes medvirkning.

¹⁶⁶ Eksempelvis Rt-1990-688, s. 690-691 og Rt-2009-920 avsnitt 38.

¹⁶⁷ Syse (2011) s. 125.

tilstrekkelig betydning og sivilprosessens krav til sannsynlighetsovervekt fremstår skjerpet. Praktiseringen oppfattes lite rettferdig og gir ikke uttrykk for en god rettsnorm etter mitt syn.

I tillegg til ovennevnte, mener jeg at balanseforholdet mellom entreprenørene og byggherrene har blitt vesentlig forskjøvet som en konsekvens av årsakskravets urimelig tyngende beviskrav. Utgangspunktet i alminnelig kontraktsrett er at partene skal bære risikoen for svikt i eget funksjonsområde,¹⁶⁸ såfremt kontrakten ikke tilsier noe annet. Entrepriserettens standardkontrakter er utarbeidet i fellesskap mellom byggherrer og entreprenører fra bygge- og anleggsbransjen, blant annet for å sikre en balansert risikofordeling. Domstolens praksis har etter mitt syn, medført en klar risikooverføring mellom partene, til ulempe for entreprenørene. Entreprenøren bærer risikoen for økte kostnader grunnet sin «hoppeplikt».¹⁶⁹ Hoppeplikten innebærer at entreprenøren må sørge for fremgang i prosjektet, selv om det foreligger uenigheter mellom byggherren og entreprenøren.¹⁷⁰ Siden plikten «tvinger» entreprenøren til å fortsette arbeidene, vil entreprenøren bære risikoen for plunder- og heftskostnader partene tvistes om underveis. Etersom plunder- og heftskrav har blitt svært vanskelig å bevise, sitter ofte entreprenøren igjen med regningen. Det fremstår urettmessig at hoppepliktens «tvangselement» skal komme byggherrene til gode. Man kan spørre seg om ovennevnte, sammen med den synbare reduksjonen av tilkjente plunder- og heftskrav var Høyesteretts intensjon, samt tilsktede effekter da årsakskravet ble kartlagt i HAB-dommen.

5.2.2 Tidsnære bevis

Basert på analysen i punkt 4.3 ovenfor er det klart at tidsnære bevis tillegges stor vekt i bevisbildet for årsakssammenheng ved plunder og heft. At bevisene vektlegges er videre i tråd med det som ellers følger av sivilretten. I Rt-1998-1565 dreide rettsspørsmålet seg om erstatning i forbindelse med nakkesleng grunnet en bilpåkjøring bakfra. I spørsmålet om årsakssammenheng uttalte retten at nedtegnelser «foretatt i nær tid opp til den begivenhet eller det forhold som skal kartlegges» tillagt betydelig vekt som bevis.¹⁷¹ Samme tilnærming ble lagt til grunn i Rt-1999-1473, Rt-2000-418, Rt-2000-620 og Rt-2005-1050, likevel med forbehold at betydningen av tidsnære bevis var betinget av sakenes spesielle karakter. Derimot uttalte førstvoterende i Rt-2009-1631 i avsnitt 57 at «[I]agmannsrettens bevisvurdering bygger på det *veletablerte prinsipp* at det skal legges betydelig vekt på de begivenhetsnære bevis, jf. Rt-1995-821» [min kursivering]. At tidsnære bevis tilkjennevis uttrykkelig vekt i plunder- og heftskrav, anses både rettferdig og samsvarer med sivilretten for øvrig.

¹⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 333.

¹⁶⁹ Se eksempelvis NS 8405 punkt 26.1 og 8407 punkt 35.1

¹⁷⁰ Røed (2006) s. 208.

¹⁷¹ Rt-1998-1565, s. 1570.

Bevis vil ha ulik kvalitet og tyngde.¹⁷² Etterfølgende handling og dokumentasjon vil være dårligere egnet til å belyse en situasjon slik den faktisk var, sammenlignet med dokumenter som forelå i nær tid før tvisten oppsto.¹⁷³ I HR-2018-1189-A avsnitt 57, spesifiserte retten at ved motstrid mellom tidsnære bevis og senere parts- og vitneforklaringer, ville det være grunn for å tillegge utsagnene mindre vekt. Samme synspunkt kom til uttrykk i ATG-dommen, i forbindelse med uttalelsen om antall arbeidstakere og oversiktssystemet ELRAPP. Praktiseringen etter mitt syn fremstår rimelig.

Uttalelsen i Rt-1998-1565, gjengitt over, kan derimot ikke tas til inntekt for at tidsnære bevis alltid vil ha *avgjørende* vekt. Bergens tingretts dom av 13. mai 2013, som gjaldt overprøvelse av en nemndsavgjørelse illustrerer dette. Klagenemnda i sak 17/2011¹⁷⁴ hadde uttalt at skadelidte ikke hadde krav på billighetserstatning. Nemnda mente at skadelidte uansett ville falt ut av arbeidslivet, uten at dette hadde tilknytning til utført tjeneste. Det ble lagt adskillig vekt på de tidsnære bevisene i saken. Tingretten uttalte at «de sakkyndige erklæringene [var] klare og entydige», og fant «ikke grunn til å tillegge de såkalte «tidsnære bevis» avgjørende vekt i motsatt retning». Uttalelsen viser at rettens frie bevisvurdering ikke er betinget av generelle uttalelser om ulike bevis' vekt, i tråd med forarbeidene.¹⁷⁵ I tillegg innebærer uttalelsen etter mitt syn at fravær av tidsnære bevis heller ikke kan være avgjørende. Å fremlegge tidsnære bevis kan ikke tolkes som et objektivt krav, tatt i betraktning at retten uansett kan unnlate å tilkjenne slike bevis stor vekt. Nemndsavgjørelsen sak nr. 4/2011¹⁷⁶ gir en tilsvarende oppfatning. At det ikke forelå tidsnære bevis som underbygget at en psykisk skade var oppstått som følge av utført tjeneste, var ikke avgjørende for årsakssammenheng. Skadelidte fikk derfor medhold.

Selv om tidsnære bevis tilkjennevis vekt i andre sivilrettslige krav, kan det ikke anses som et objektivt krav i bevisvurderingen. Det anses derfor kritikkverdig at enkelte deler av etterfølgende rettspraksis tilkjenner fraværet av tidsnære bevis til dels avgjørende betydning. Praktiseringen gir ikke uttrykk for en rettsnorm som sikrer et materielt riktig resultat ved bedømmelsen av årsakssammenheng i plunder og heft. Det skal likevel bemerkes at beviskravet kan skjerpes dersom en part unnlot å sikre bevis, der vedkommende reelt sett hadde muligheten som vist i punkt 5.2.1. Selv med denne reservasjonen bør likevel ikke fravær av tidsnære bevis

¹⁷² Ibid. s. 1571.

¹⁷³ Se også Ristvedt (2013) s. 82-83.

¹⁷⁴ Klagenemnda for veteraner med krav om kompensasjon og billighetserstatning for psykiske belastningsskader som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner (09. februar 2012).

¹⁷⁵ NOU 2001:32A, s. 458-459.

¹⁷⁶ Klagenemnda for veteraner med krav om kompensasjon og billighetserstatning for psykiske belastningsskader som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner (15. desember 2011).

tillegges avgjørende vekt. Det bør uansett gjøres en helhetlig vurdering ut ifra bevisbildet som er presentert.

5.2.3 Sen eller manglende varsling

Som vist i punkt 4.4 tilkjenner etterfølgende rettspraksis sen eller manglende varsling bevismessig betydning i årsaksvurderingen ved plunder og heft. Dette fremstår derimot ikke tilfeldig, sett i lys av annen entrepriserettslig praksis og teori. Før utgivelsen av 2008-versjonen av NS 8405, viste juridisk litteratur en sammenheng mellom bevistvil og varsling. I forbindelse med krav om fristforlengelse uttalte Marthinussen at konsekvensen av manglende varsling ville være av bevismessig art.¹⁷⁷ Dersom det oppsto bevistvil om fristforlengelsens lengde, ville tvilen gå utover entreprenøren om han hadde forsømt å varsle. Samme utgangspunkt ble lagt til grunn i LE-1998-648. At forsømmelse av varslingsplikten kan gi utslag i bevisvurderingen er derfor ikke et nyskapende element i rettspraksis i entrepriserettslige tvister.

Etter mitt syn fremstår det heller ikke unaturlig at sen eller manglende varsling, til en viss grad tillegges bevismessige konsekvenser for årsakskravet. Dette har en side mot både kontraktsrettslig lojalitetsplikt og status quo prinsippet. I likhet med alminnelig kontraktsrett, vil brudd på lojalitetsplikten kunne få konsekvenser for partene. I de tilfeller hvor manglende varsling ikke medfører preklusjon av kravet, fremstår det i tråd med formueretten å tillegge manglende varsling konsekvenser, også av bevismessig art.

En sammenligning med reklamasjonsreglene i kontraktsretten er illustrerende. Bakgrunnen for reklamasjonsreglene kan oppstilles slik:¹⁷⁸ 1) en part bør utvise forsiktighet med å aktualisere rettskrav som motparten formodentlig antar ikke eksisterer eller er avgjort 2) partene bør handle mens bevis enda lar seg innhente 3) begrense adgangen til å spekulere i prisforandringer på den annen parts bekostning og 4) motparten bør gis en rimelig anledning til å rette opp forholdet. Som uttalt av Holmboe vil «bevis hensynet» ha vekt i reklamasjonsvurderinger ettersom lang tidshorison vil gjøre det vanskelig for debitor å eksempelvis bevise at en fordring faktisk er betalt.¹⁷⁹ Tilsvarende hensyn, særlig hensyn 1) og 2), gjør seg gjeldende ved plunder- og heftskrav. Etter mitt syn begrunner dette en adgang til å tillegge forsømt varslingsplikt bevismessig betydning i årsaksvurderingen, som en reaksjon på pliktbruddet.

Plunder- og heftskrav er ofte svært kompliserte, hvor konsekvensene ikke alltid blir synlige før etter lengre tid. At manglende varsling oppfattes som en *indikasjon* på at et krav ikke er reelt, fremstår mindre fornuftig. En sammenligning med personskade i Rt-2007-172 illustrerer dette.

¹⁷⁷ Marthinussen (2006) s. 348.

¹⁷⁸ Holmboe (1991) del I.

¹⁷⁹ I.c.

I dommen var person A blitt utsatt for en ulykke. To år etter ulykken ble A diagnostisert med Schizofreni. Høyesterett kom til at det var årsakssammenheng mellom ulykken og diagnosen. Poenget med sammenligningen er å illustrere at et krav kan utvikle seg over tid, men at man ikke har «varslet» forholdet tidligere behøver ikke å indikere at forholdet ikke har eksistert.

5.2.4 Årsakskravet ved kumulerte forhold

De generelle utgangspunktene om bedømmelsen av kumulerte forhold, fastsatt i underrettspraksis, samsvarer med uttalelsene i HAB-dommen. At årsakskravet har en lempeligere bevisvurdering i kumulasjonstilfellene gir uttrykk for en materielt god rettsnorm. Hva gjelder byggherrens endringskompetanse og hvilken betydning nettobegrensingen skal tilkjenne, fremstår resonnetet i Hæhre-dommen mer fornuftig sammenlignet med HAB II-dommen. Om grensen er nådd eller ikke, bør ha mindre selvstendig betydning. Vurderingen bør bero på en helhetlig vurdering av de faktiske forholdene og konsekvensene av endringsomfanget.

I forbindelse med totalvurderingen av årsakssammenheng ved kumulerte forhold, fremstår vurderingsmetodikken i ATG-dommen som et bedre alternativ sammenlignet med HAB II-dommen. ATG-dommens resonnet minner om bevismetodikken som ellers gjelder i sivilprosessen. Dersom et rettsfaktum søkes bevist, vil dette kunne skje på to måter ut ifra et slutningsperspektiv.¹⁸⁰ Et rettsfaktum anses bevist om de ulike leddene i en enkelt slutningskjede gir så sterke holdepunkter for påstandens sannhet, at den enkelte slutningskjede er tilstrekkelig.¹⁸¹ Derimot vil et rettsfaktum også anses bevist dersom det foreligger flere utilstrekkelige slutningskjeder, som kumulert gir tilstrekkelig sikkerhet.¹⁸² Muligheten til å kumulere flere potensielt utilstrekkelige byggherreforhold, og anse dem tilstrekkelig samlet synes som en fornuftig måte å vurdere årsakssammenheng ved kumulerte byggherreforhold.

5.2.5 Rommet for skjønn ved entreprenørens kravsberegning og rettens kravsutmåling

Flere avgjørelser fra underrettspraksis tilsier at domstolene utviser svært lite skjønn ved kravsutmålingen, samt at entreprenørens valg av beregningsmetode kan få utslagsgivende betydning. At enkelte avgjørelser ikke tilkjenner «ovenfra-og-ned-metoden» noen bevismessig betydning, fremstår ikke som en korrekt tolkning av HAB-dommen. Det er riktig at Høyesterett ga en anvisning på at «ovenfra-og-ned-metoden» ikke var godt egnet som beregningsmetode, men den var ikke uten bevismessig betydning. Derimot mener jeg at både etterfølgende underrettspraksis og Høyesteretts bemerkninger vedrørende beregningsmetoden

¹⁸⁰ Kolflaath (2013) s. 83.

¹⁸¹ I.c.

¹⁸² Ibid. s. 84.

og utøvelsen av skjønn ved kravutmålingen, ikke samsvarer med praktiseringen i sivilretten for øvrig.

I sivilrettslige saker vil tapsutmålingen være preget av rettens skjønn, også hva gjelder bevissituasjonen. LB-2019-85292, henvist til som «Polaris Media-dommen», som blant annet drøftet erstatningsutmålingen ved profesjonsansvar, er illustrerende. En advokat ble funnet erstatningsansvarlig overfor sin klient, Polaris Media, grunnet utvist uaktsomhet i forbindelse med inngåelse av en kontrakt. Hva gjaldt bevisvurderingen ved erstatningsutmålingen, uttalte retten at «[m]ed vurderingstema og bevisbildet som her, er det nær umulig å tallfeste eller konkretisere de enkelte elementene mer». Tapet ble målt til 100 millioner og lagmannsretten uttalte at «vurderingen er klart skjønnsmessig». Avgjørelsen viser hvordan retten kan utøve skjønn ved fastsettelsen av tapet, og at andre sivilrettslige krav ikke behøver et konkretisert tallfestet beløp for å bli tilkjent erstatning.

Videre vises det til Marthinussen som uttalte at domstolene tidligere utmålte plunder og heft basert på «alminnelig skjønn for å komme frem til et akseptabelt resultat», samt at skjønnsutøvelsen ville bygge på «generell erfaring i noen grad frigjort fra den aktuelle sak».¹⁸³ Dette var altså vanlig praksis kun tre år før HAB-dommen.

I kontrast til plunder- og heftskrav, ble entreprenørens egen kalkyle benyttet som utgangspunkt for tapsutmålingen ved tvist om forbigåelse etter en offentlige anskaffelser. I LB-2017-94201 ble Jernbaneverket (Bane NOR) dømt til å betale 272 millioner til Skanska i forbindelse med en forbigåelse. Kravet ble beregnet med et dekningsbidrag på 11%, basert på Skanskas egen kalkyle. I motsetning til HAB-dommen var entreprenørens kalkyle og erfaringstall et forsvarlig utgangspunkt for beregningen. Det skal bemerkes at avgjørelsen ble fattet før HAB-dommen, så det kan ikke utelukkes at argumentasjonen kunne vært annerledes om avgjørelsen ble avsagt senere. I tillegg vil beregningen ved plunder og heft basere seg på et hendelsesforløp som har funnet sted, mens et krav om forbigåelse ved en offentlig anskaffelse ikke gjør det. Selv om dette trolig er viktige forskjeller, er det etter mitt syn likevel ikke treffende å praktisere en rettsnorm som ikke tilkjenner entreprenørens kalkyle noen selvstendig bevismessig vekt ved plunder- og heftskrav.

Sett i lys av hvordan sivilretten generelt utviser skjønn ved komplekse bevissituasjoner ved tapsutmålingen i andre sivile tvister, fremstår både premissene i HAB-dommen og praktiseringen i etterfølgende praksis for streng. For det første bør entreprenørens kalkyle tilkjenne større bevismessig betydning ved plunder og heft slik som ellers i sivilretten. At «ovenfra-og-ned-metoden» avfeies som bevismoment eller kun anses som et supplement til

¹⁸³ Marthinussen (2016) s. 390.

andre konkrete bevis, fremstår ikke som en god rettsnorm. For det andre anses det som en uheldig forståelse av HAB-dommen, at entreprenøren tilkjennegis 0 kr, såfremt kravet ikke er tilstrekkelig konkretisert. Brukollaps-dommen er et godt eksempel. I saken uttalte lagmannsretten at ulykken «åpenbart» hadde medførte plunder- og heftsvirkninger, men tilkjente ikke konkursboet en eneste krone fordi tilleggsvederlaget ikke var konkretisert godt nok. Dette gir ikke uttrykk for hverken et rettferdig eller materielt riktig resultat etter mitt syn. Praktiseringen står i kontrast til prinsippet om likebehandling, hvilket en sammenligning med skadeserstatning kan illustrere. Dersom skadeserstatningskrav skulle blitt avvist av retten om tapsutmålingen ikke var tilstrekkelig konkretisert, ville det trolig vært få saker hvor skadelidte eksempelvis ville blitt tilkjent tap for fremtidig erverv,¹⁸⁴ ettersom utmålingen i slike saker nesten kan betegnes som en «kvalifisert gjetning».

5.2.6 Motstridende tendenser: forholdet til underentreprenører og kritisk linje

Som vist i punkt 4.7.1 og 4.7.2, foreligger det motstrid i etterfølgende praksis. I det følgende vil det ikke gjøres en sammenligning med andre sivilrettslige krav. Det vil derimot gjøres en vurdering av hvilken praktisering som fremstår mest fornuftig, i tråd med hensynet til likebehandling og målet om å avsi materielt riktige avgjørelser. Det bemerkes at avgjørelsene har ulik verdi som rettskildedefaktorer, ettersom lagmannsrettsdommer metodisk tilkjennes mer vekt enn tingsrettsdommer.

Lagmannsretten i HAB II-dommen ga ikke en grundig redegjørelse for hvorfor det var avgjørende at underentreprenørene ikke hadde fremmet tilsvarende krav, mens tingretten i Skanska-dommen ga en mer grundig redegjørelse som vist i avhandlingens punkt 4.7.1. Etter mitt syn har tingrettens argumentasjon overføringsverdi til totalentreprise, og fremstår mest fornuftig. Eksempelvis vil mange endringskrav fra byggherren likeledes medføre mer administrativt arbeid i form av planlegging og utførelse i en totalentreprise, som i en utførelsesentreprise. Trolig vil tålegrensen for hva entreprenøren må godta være noe høyere i en totalentreprise. Dette er grunnet kontraktens karakter, ved at entreprenøren har påtatt seg både prosjektering og utførelse. Likevel vil grensen kunne overskrides, og de merkonstanter som har påløpt hos totalentreprenøren som følge av administrativ planlegging og koordinering, vil ikke nødvendigvis ha materialisert seg i underentreprenørens krav. Selv om HAB II-dommen har tyngst rettskildemessig vekt, mener jeg at resonnementet i Skanska-dommen er mer veloverveid og gir anvisning på et bedre materielt resultat.

Ovennevnte avgjørelser viser også motstrid hva gjelder betydningen av kritisk linje ved plunder- og heftskrav. Hvilken betydning kritisk linje skal tilkjennes, har vært tatt opp i både tidligere avgjørelser og i juridisk teori. Med henvisning til blant annet Rt-2005-788 og tidligere

¹⁸⁴ Skadeserstatningsloven § 3-1 (2).

teori, konkluderte Helland med at hverken norske standarder eller andre rettskilder ga støtte for at plunder- og heftskrav var avhengig av kritisk linje.¹⁸⁵ Det ble uttalt at «kritisk linje ikke er et nødvendig kriterium for kompensasjon for urasjonell drift». LA-2013-175355 ga uttrykk for tilsvarende synspunkt, og lagmannsretten til grunn at «kritisk linje ikke trenger å få betydning for krav om merutgifter».

Basert på ovennevnte kilder er Skanska-dommens argumentasjon om kritisk linje, materielt sett er bedre enn HAB II-dommens. Hensynet til likebehandling spriker i denne situasjonen i to retninger. På den ene siden er det klart at direkte motstrid i tidsnær rettspraksis er i konflikt med hensynet til likebehandling, ettersom like saker i utgangspunktet skal behandles likt. På den annen side tilsier hensynet at HAB II-dommens vurdering av kritisk linje, ikke burde avveket fra tidligere praksis. Selv om Skanska-dommen er i tidsnær motstrid med HAB II-dommen, får dette mindre betydning ettersom avgjørelsen er i tråd med rettstilstanden ellers. Det vil etter mitt syn veie tyngre å sikre et materielt riktig resultat, framfor at etterfølgende praksis anser seg tvunget til å behandle den aktuelle tvisten «likt» som en tidligere avgjørelse.

6 Oppsummering og konklusjon

Praktiseringen av årsakskravet i etterfølgende praksis viser avvikende tendenser fra sivilretten ellers. Likevel vil ikke enkelte særtrekk og karakteristikk alene tilsi at underrettspraksis praktiserer et for strengt årsakskrav. Konklusjonen vil bero på en totalbedømmelse av likhetene og forskjellene presentert i del 5.

Gjennomgangen av del 4 og 5 viser at det er flere fellestrekk mellom praktiseringen av årsakskravet ved plunder og heft i underrettspraksis og i sivilretten ellers. For det første er vekten av tidsnære bevis en gjenganger i store deler av sivilretten. At både HAB-dommen og etterfølgende praksis vektlegger fremleggelsen av slike, synes naturlig. For det andre fremstår tendensen om at manglende varsling tillegges betydning i bevisvurderingen ved årsakssammenheng, å være i tråd med sivilretten. Selv om det ikke er pekt på rettspraksis som særskilt vurderer betydningen av manglende varsling i bevisvurderingen, tilsier hensynene bak andre varslingsregler i kontraktsretten at manglende varsling ikke bør være uten konsekvenser. Dessuten anses dette å ha en side mot uttalelsen i Hæhre-dommen som ga en anvisning på at egne feil og forsømmelser som påvirker bevisbildet, vil kunne påvirke bevisvurderingen. Dette ble ansett å reflektere praktiseringen i sivilretten. Til sist nevnes sammenligningen mellom sivilretten og bedømmelsen av kumulerte forhold ved plunder og heft. Til tross for at det er metodiske forskjeller mellom de to forholdene, illustrerer de en tilsvarende bedømmelsesmetodikk i bevismessig sammenheng.

¹⁸⁵ Helland (2010) s. 257.

På motsatt hånd er det flere trekk ved bedømmelsen av årsakssammenheng ved plunder og heft, som ikke praktiseres i samsvar med sivilretten. Enkelte av forskjellene mener jeg er av betydelig art. Et viktig metodisk trekk er hvordan både HAB-dommen og underrettspraksis praktiserer og bedømmer årsakssammenheng i andre trinn ved både kravsberegningen og kravutmålingen.

For det første mener jeg det er kritikkverdig at etterfølgende praksis tolker uttalelsene i HAB-dommen slik at entreprenørene ikke blir tilkjent en eneste krone, såfremt plunder- og heftskravet ikke er nøyaktig konkretisert. I den sammenheng vises det særlig til Brukollaps-dommen. Tilsvarende praktisering ellers i sivilretten ville kunne medført urimelige resultater. Om retten opererte med en lignende tilnærming, ville nok konklusjonen i Polaris Media-dommen blitt en vesentlig annen. Slike klare forskjeller mellom rettsområdene anses uheldig og lite i tråd med hensynet til likebehandling.

For det andre fremstår både uttalelsen i HAB-dommen og tolkningen i etterfølgende praksis, vedrørende «ovenfra-og-ned-metoden», lite i tråd med sivilretten. Metoden ble tidligere anvendt i bredt omfang, og i juridisk teori ble metoden ansett godt egnet for beregningen av kravet. Andre formuerettslige rettsområder, slik som i anskaffelsesretten illustrert ved LB-2017-94201, benytter entreprenørens egen kalkyle som utgangspunkt for tapsutmålingen. Hensynet til likebehandling taler imot en slik streng bedømmelse av «ovenfra-og-ned-metoden». Som vist i Polaris Media-dommen kan domstolene uansett gjøre en skjønnsmessig utmåling innenfor partenes påstander. Dersom det rokker mye usikkerhet rundt metoden, bør ikke alternativet være å avvise kravet, men å sette det ned. I det henseende vises det til Skanska-dommen som gir anvisning på en slik vurdering.

I tillegg til overnevnte, fremstår praktiseringen av årsakskravet som umulig eller urimelig tyngende å bevise, som vist i punkt 4.2 og 5.2.1. Det strenge kravet til bevis anses å være i klar strid med sivilprosessens utgangspunkt om fri bevisvurdering. Hertil bemerkes det at tvistelovens forarbeider la til grunn at uttalelser om bevisvurderingen i praksis, *ikke* utgjør unntak fra utgangspunktet.¹⁸⁶ Bevisbildet bør vurderes helhetlig, og fravær av tidsnære bevis kan ikke oppfattes som et objektivt krav for å bevise årsakssammenheng ved plunder og heft.

Etter en totalbedømmelse mener jeg det er forsvarlig å konkludere med at praktiseringen av årsakskravet ved plunder og heft er strengere enn det som følger av sivilretten ellers. Som påpekt er plunder- og heftskrav sivilrettslige krav, og praktiseringen av årsakskravet bør ikke avvike markant fra vurderingen av årsakssammenheng ved andre sivilrettslige krav. Analysen over viser at dette avviket er for stort. Det er for få holdepunkter i praksis som tilstrekkelig grunn gir hvorfor plunder- og heftskrav skal underlegges slike strenge retningslinjer som er

¹⁸⁶ NOU 2001:32A, s. 458-459.

skissert. Etter mitt syn er det behov for en klargjøring av innholdet i HAB-dommen. I tillegg er det behov for andre modifikasjoner, for å innskrenke den avstanden som anses å foreligge mellom årsakskravet i plunder og heft og sivilretten ellers i dag.

Litteraturliste

Litteratur

- Arvesen (2014) Arvesen, Hans-Jørgen, Karl Marthinussen og Heikki Giverholt. *NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Bergo (2021) Bergo, Simen. «Får vi en ny Høyesterettsdom i HAB saken?» (26.04.2021) <https://www.bygg.no/innlegg-far-vi-en-ny-hoyesterettsdom-i-hab-saken/1465501/> hentet 06.10.2021.
- Bjørnvik (2021) Bjørnvik, Arve Martin Hyldmo og Johnny Johansen. «Hvem eier egentlig slakken?», i *På rett grunn II. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo, Lasse Simonsen, Herman Bruserud og Kristine Sveen Halvorsen (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS, 2021 s. 294-307.
- Brynildsen (2014) Brynildsen, Claus, Børre Lid og Truls Nygård. *Forsikringsavtaleloven med kommentarer*. 3. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Brøndmo (2021) Brøndmo, Mikal. «Plunder og heft – status og utfordringene fremover.» i *På rett grunn II. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo, Lasse Simonsen, Herman Bruserud og Kristine Sveen Halvorsen (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS, 2021 s. 327-362.
- Bull (2008) Bull, Hans Jacob. *Forsikringsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Eckhoff (1962) Eckhoff, Torstein. *Sivilprosess*. 2. utg. ved Bjørn Haug, Oslo: Universitetsforlaget, 1962.

- Eckhoff (1943) Eckhoff, Torstein. *Tvilsrisikoen*. Oslo: Tanum, 1943. [Lest i Nasjonalbiblioteket.no]
- Entreprenørforeningen (2020) Entreprenørforeningen og Hans Chr. Brodtkorb. «Veileder om samspillsentrepriser.» (11.12.2020) <https://www.anskaffelser.no/sites/default/files/veileder.pdf> hentet 11.10.2021.
- Foldvik (2020) Foldvik, Åsta Eikeland og Marius Borgen. «Disposisjonsrett over «slakk» i entreprisprosjekter.» *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 16, nr. 2 (2020) s. 192-204. [Lest i Idunn.no]
- Giverholt (2012) Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinsen. *NS 8407 Alminnelige kontraktbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2012. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Hagstrøm (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entrepriserett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Hagstrøm (2015A) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015. [Nedlastet fra Juridika.no 02.05.2019]
- Hagstrøm (2015B) Hagstrøm, Viggo. *Kjøpsrett*. 2. utg., ved Herman Bruserud, Oslo: Universitetsforlaget 2015. [Nedlastet fra Juridika.no 02.05.2019]
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011. [Nedlastet fra Juridika.no 02.05.2019]
- Helland (2010) Helland, Gjertrud, «Forstyrrelser i byggeprosjekter: Om kritisk linje og dokumentasjon av krav som følge av utasjonell drift.», i *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2010 s. 247-327.

- Holmboe (1991) Holmboe, Morten. «Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring.» *Jussens venner* vol. 26, nr. 1 (1991) s. 23-44 [Lest i Idunn.no]
- Hov (2010) Hov, Jo. *Innføring i prosess bind I-II*. Oslo: Calax, 2010.
- Jerkø (2017) Jerkø, Markus. *Bevisvurderingens rettslige ramme: Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Jerkø (2019) Jerkø, Markus. Den rettslige bevisbyrden. *Jussens Venner* vol. 54, nr. 1 (2019) s. 39-72. [Lest i Idunn.no]
- Kjelland (2016) Kjelland, Morten. *Erstatningsrett – en lærebok*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016. [Nedlastet 02.05.2019 fra Juridika.no]
- Kolflaath (2013) Kolflaath, Eivind. *Bevisbedømmelse i praksis*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2013. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Kolflaath (2008) Kolflaath, Eivind. «Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil.» *Lov og rett* vol. 47, nr 3 (2008) s. 149-165. [Lest i Idunn.no]
- Kolrud (1992) Kolrud, Helge Jakob mfl. *Kommentar til NS 3430*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992. [Lest i Nasjonalbiblioteket.no]
- Kolrud (2004) Kolrud, Helge Jakob mfl. *NS 8405 kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Kvalsund (2018) Kvalsund, Kåre. «Plunder og heft en kort presentasjon.» (18.10.2018). <http://www.entrepriseforeningen.no/Tidligere-moter-i-Ungt-Entrepriseforum> hentet 30.08.2021.

- Lødrup (2009) Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. ved Morten Kjelland, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2009.
- Marthinussen (2006) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2006. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Marthinussen (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*. 4. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2016. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Nygaard (1986) Nygaard, Nils, Ole Hagen og Siri Nome. *Årsak og bevis ved ansvar for skade*. Bergen: Universitetsforlaget, 1986. [Lest i Nasjonalbiblioteket.no]
- 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.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2010 s. 347-364.
- Reusch (2021) Reusch, Christian H.P og Kaare Andreas Shetelig. «Kommentar til tvisteloven»» I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (2021) hentet 16.09.2021.
- Ristvedt (2013) Ristvedt, Per Magne. «Betydningen av de begivenhetsnære bevis i bedømmelsen av sivile saker.» *Tidsskrift for forretningsjus*. Vol. 19 nr. 2 (2013) s. 65-83 [Lest i Idunn.no]
- Robberstad (2013) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2013. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Røed (2006) Røed, Anne Cathrine. *Byggeleder- og konsulentavtaler: Kommentarer til NS 8403 med paralleller til NS 8401 og NS 8402*. 1. utg., Oslo: Justinian forlag as, 2006. [Lest i Gyldendal Rettsdata]

- Sandvik (1966) Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo: Tanum, 1966. [Lest i Nasjonalbiblioteket.no]
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo: Universitetsforlaget, 1977. [Lest i Nasjonalbiblioteket.no]
- Schei (2013) Schei, Tore, mfl. *Tvisteloven, Kommentartutgaven: Bind II*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013 [Lest i Juridika.no]
- Simonsen (2019) Simonsen, Lasse. «HR-2019-1225-A Habdommen – “plunder og heft» mv.» *Nytt i privatretten (NiP)* nr 3 (2019) s. 15-18. [Lest i Cappelen Damm Akademisk]
- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Strandberg (2012) Strandberg, Magne. «*Beviskrav i sivile saker*». Bergen: Fagbokforlaget, 2012. ISBN: 9788245012392.
- Strandberg (2019) Strandberg, Magne. «Markus Jerkø: Bevisvurderingens rettslige ramme. Bevistema, bevisbyrde, beviskrav.» *Tidsskrift for forretningsjus* vol. 22 nr. 1 (2019) s. 148-155. [Lest i Idunn.no]
- Syse (2011) Syse, Aslak, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. *Pasientskaderett*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011. [Lest i Gyldendal Rettsdata]
- Wilhelmsen (2017) Wilhelmsen, Trine-Lise og Birgitte Hagland. *Om erstatningsrett*. Oslo: Gyldendal Norsk forlag AS, 2017. [Lest i Gyldendal Rettsdata]

Norske lover og forskrifter

- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven].
- 1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
- 1978 Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring [yrkesskadeforsikringsloven].
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven).
- 1991 Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).
- 2001 Lov 20. april 2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m (voldsoffererstatningsloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Norske lovforarbeider

- NOU 1992: 9 *Forbrukarentrepriselov.*
- NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet - Administrativ styring av domstolene. Utnevnelser, sidegjøremål, disiplinærtiltak. Midlertidige dommere.*
- NOU 2001: 32A *Rett på sak: lov om tvisteløsning (tvisteloven).*
- NOU 2001: 32B *Rett på sak: lov om tvisteløsning (tvisteloven).*
- Ot.prp. nr. 77 (200-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).*

Norske standardkontrakter

- NS 3401 Norges Byggstandardiseringsråd (NBR). *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*. 1964.
- NS 3430 Norges Standardiseringsforbund. *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*. 1994.
- NS 8405 Standard Norge. *Norsk bygge- og anleggskontrakt*. 2008.
- NS 8406 Standard Norge. *Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt*. 2008.
- NS 8407 Standard Norge- *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser*. 2011

Norske rettsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

- Rt-1985-211
- Rt-1989-674
- Rt-1990-1082
- Rt-1990-688
- Rt-1995-613
- Rt-1995-821
- Rt-1995-1641
- Rt-1996-1718
- Rt-1998-186
- Rt-1998-1164

Rt-1998-1565

Rt-1999-1473

Rt-2000-418

Rt-2000-620

Rt-2001-320

Rt-2002-1110

Rt-2003-338

Rt-2005-788

Rt-2005-1050

Rt-2007-817

Rt-2009-920

Rt-2014-520

Rt-2014-866

HR-2016-2579-A

HR-2018-1189-A

HR-2019-1225-A (HAB-dommen)

HR-2020-605-U

HR-2020-1557-U

HR-2020-2021-A

HR-2020-2494-U

HR-2021-916-U

Underrettsdommer og nemndspraksis

RG-1965-390

LE-1998-648

LB-2011-135964

LB-2011-95644

LA-2013-175355

LE-2017-133058

LF-2018-167020 (Brukollaps-dommen)

LA-2017-194079

LB-2017-94201

LH-2019-27272 (ATG-dommen)

LH-2019-45008

LB-2018-88669 (Trio-dommen)

LH-2019-169122-1

LB-2019-192253

LB-2019-85292 (Polaris Media-dommen)

LE-2019-107863 (HAB II-dommen)

LE-2019-150626 (Hæhre-dommen)

LG-2020-66182 (Spenncon-dommen)

TSOFT-2017-198790

Bergens tingretts dom av 13. mai 2013

Jæren tingretts dom av 19. juni 2020, i sak 18-015268TVI-JARE (Skanska-dommen)

Romerike og Glåmdal tingretts dom av 1. oktober 2021, i sak 20-121003TVI-Trog/tlst

Klagenemnda for veteraner med krav om kompensasjon og billighetserstatning for psykiske belastningsskader som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner. *Avgjørelse i klagesak*. 15. desember 2011. Saksnummer 4/2011 [Lest på Regjeringen.no]

Klagenemnda for veteraner med krav om kompensasjon og billighetserstatning for psykiske belastningsskader som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner. *Avgjørelse i klagesak*. 9. februar 2012. Saksnummer 17/2011 [Lest på Regjeringen.no]

Dommer fra den europeiske menneskerettsdomstolen

Janosevic v. Sweden	Case of Janosevic v. Sweden, no. 34619/97, 23. juli 2002.
Vermulen v. Belgium	Case of Vermeulen v. Belgium, no. 19075/91, 20. februar 1996.