



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Vederlagsjustering for "plunder og heft" i næringsentreprise

Illustrert ved NS 8405:2008

Markus Vegusdal

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Problemstillingen.....	3
1.3	Presiseringer og avgrensinger.....	4
1.4	Bakgrunn og aktualitet.....	5
1.5	Metode og rettskilder	6
1.6	Fremstillingen videre	9
2	Historisk bakteppe.....	10
3	Det rettslige grunnlaget for plunder og heft.....	14
3.1	Standardkontraktens reguleringer	14
3.2	Bakgrunnsretten.....	17
4	Oversikt over vilkårene	19
5	Byggherreforhold	20
5.1	Innledning.....	20
5.2	Risikobegrepet	20
5.3	Nærmere om byggherrens risikofære.....	22
5.3.1	Endringer.....	23
5.3.2	Sviktende byggherremedvirkning	24
5.3.3	Andre hindringer som byggherren har risikoen for.....	27
5.4	Entreprenørens egne forhold	27
5.5	Entreprenørens varslingsplikt.....	29
6	Nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid.....	30
6.1	Entreprenørens "tålegrense"	32
7	Årsakssammenheng.....	35
7.1	Årsakskravet i alminnelig erstatningsrett	35
7.2	Totrinnsprosessen i HAB.....	37

7.2.1	Nærmere om første trinn	38
7.2.2	Nærmere om andre trinn	40
7.2.3	De bærende resonnementer og hensyn bak totrinnsprosessen	41
7.3	De generelle prinsippene for bevis	43
7.3.1	Fri bevisbedømmelse.....	44
7.3.2	Fri bevisføring	57
7.4	Underrettspraksis etter HAB-dommen	60
7.4.1	LE-2019-107863 (HAB II).....	60
7.4.2	LE-2019-150626 (Hæhre).....	62
7.4.3	LG-2021-147050 (Eiganestunnelen).....	63
7.4.4	LB-2021-139395 (ABS).....	64
8	Økte utgifter	65
8.1	Innledende bemerkninger	65
8.2	Beregning.....	65
8.2.1	Ovenfra og ned	67
8.2.2	Nedenfra og opp	69
	Kilderegister	74

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er entreprenørens krav på vederlagsjustering for "plunder og heft" i næringsentreprise. Under gjennomføringen av entreprisoppdrag kan det oppstå forhold som forstyrrer entreprenørens utførelse av oppdraget. Når årsaken til forstyrrelsene ligger hos byggherren, kan det utløse krav på vederlagsjustering for plunder og heft.¹

Utrykket "plunder og heft" fremgår ikke av Standard Norges kontrakter for bygg- og anleggsprosjekter. NS 8405 benytter formuleringen "økte utgifter pga [sic] nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid."² I praksis omtales dette også som "ineffektiv drift", "produktivitetsforstyrrelser", "indirekte effekter" og "disruptions". Høyesterett uttaler følgende om uttrykket:

"Betegnelsen plunder og heft er et bransjetrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos entreprenøren."³

Plunder og heft er navnet på en konsekvens, ikke en årsak.⁴ Formuleringen forstyrrelser på "annet arbeid" indikerer at det dreier seg om "*avledete konsekvenser* av forhold byggherren svarer for."⁵ Krav for *direkte* konsekvenser av forstyrrende byggherreforhold må derfor ikke forveksles med plunder og heft-krav. Direkte konsekvenser av for eksempel byggherrens endringsordre eller feilaktige beskrivelse av grunnforhold, skal håndteres som del av entreprenørens krav for disse forholdene, i samsvar med kontraktens bestemmelser for slike forhold.⁶

¹ HR-2019-1225-A avs. 50

² NS 8405:2008 pkt. 25.3 bokstav b, tilsvarende NS 8407 pkt. 34.1.3 annet ledd

³ HR-2019-1225-A avs. 54, gjentatt i HR-2023-534-A avs. 42

⁴ Pettersson (2010) s. 348

⁵ HR-2019-1225-A avs. 55. Høyesteretts egen kursivering

⁶ Ibid. avs. 56, samt Brøndmo (2021) pkt. 2.3

Disse kompensasjonsreglene tar ikke høyde for de indirekte og avledede konsekvensene endringene eller avvikende grunnforhold kan medføre, som for eksempel manglende tilkomst eller samordningsproblemer. Vederlagsjustering for plunder og heft fungerer som en supplerende sekkepost. Det sikrer at entreprenøren også får betalt for kostnadspådrag fra avledede konsekvenser av forstyrrende byggherreforhold.

Eksempler på byggherreforhold som kan forstyrre entreprenøren er feilaktige beskrivelser av grunnforholdene, sene beslutninger, store antall endringer eller svikt i koordinering og fremdriftsplanlegging. Disse forholdene kan påvirke andre arbeidsoperasjoner i prosjektet slik at entreprenøren må anvende flere arbeidstimer eller maskintimer enn det han hadde grunn til å tro basert på konkurransegrunnlagets beskrivelser.

Plunder og heft-krav reiser ikke prinsipielt *andre* spørsmål enn andre typer vederlagskrav hvor byggherreforhold har direkte konsekvenser for entreprenørens kostnader. Spørsmålene er bare mer krevende å besvare.⁷ Bakgrunnen for kravet er normalt mer kompleks. I praksis skyldes plunder og heft gjerne "samvirke mellom flere årsaker".⁸ S sammensatte årsaksforhold innebærer at kravene er vanskelige å analysere både med hensyn til "årsak, virkning og utmåling".⁹ Situasjonen kan noe upresist sammenlignes med kødannelser i trafikken:

"På 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".¹⁰

Hovedutfordringen for *entreprenøren* er at det er vanskelig å føre bevis for årsakssammenheng mellom de enkelte byggherreforholdene og den økonomiske effekten de

⁷ Kaasen (2020) pkt. 2

⁸ HR-2019-1225-A avs. 55, gjentatt i HR-2023-534-A avs. 84

⁹ Pettersson (2010) s. 357

¹⁰ Pettersson (2010) s. 354

har. Dermed er det også vanskelig for *byggherren* å akseptere plunder og heft-krav,¹¹ som undertiden omtales som "abstrakte entreprenørkrav".¹²

Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1225-A, heretter omtalt som HAB-dommen, er sentral for å løse disse utfordringene. Spørsmålet Høyesterett ble forelagt var hvilke krav som må stilles til bevis for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens meromkostninger.¹³ Nærmere bestemt gjaldt saken "krav og retningslinjer for bevisførsel og bevisvurdering i tilknytning til årsakssammenheng".¹⁴

Saksforholdet gikk ut på HAB Constructions rettet krav om tilleggsvederlag mot Oppland fylkeskommune for plunder og heft og forsering. Utførelsesentreprisen var basert på NS 3430, som er forgjengeren til NS 8405:2004. Arbeidet besto i hovedsak av veibygging. HAB anførte at forhold på byggherrens hånd forstyrret entreprenørens arbeid med utbedring av veiparsellen på fylkesvei 34 i Søndre Land. Blant annet var hugst langs traseen, fjerning av eksisterende linjer og nødvendig grunnverv ikke gjennomført. Plunder og heft-kravet var på omtrent 30 millioner kroner.

1.2 Problemstillingen

Oppgavens problemstilling er hva som skal til for å nå frem med krav om vederlagsjustering for plunder og heft i næringsentrepriser. Målet med oppgaven er å klarlegge de sentrale vurderingstemaene for plunder og heft-krav.

¹¹ Brøndmo (2021) pkt. 1

¹² Markussen & Bremset (2022) E-kurs

¹³ HR 2019-1225-A avs. 51

¹⁴ Ibid. avs. 68

1.3 Presiseringer og avgrensinger

Oppgaven er skrevet med større utførelsesentrepriser for øye.¹⁵ Plunder og heft-krav forekommer også i andre entreprisformer, slik som totalentrepriser. De rettslige prinsippene som behandles, gjelder uavhengig av hvilken av de to entreprisformene som er valgt.¹⁶ Videre er slike krav like aktuelle mellom underentreprenør og entreprenør, som de er mellom entreprenør og byggherre.

Oppgaven er avgrenset til forholdet mellom næringsdrivende parter. Det innebærer at hverken bustadoppføringslova eller håndverkertjenesteloven behandles.¹⁷ Begrunnelsen er at slike rettskilder bærer preg av forbrukerhensynet. Det samme hensynet gjør seg ikke gjeldende ved kontraktinngåelse mellom næringsdrivende.

Det faller utenfor rammen av denne fremstillingen å ta stilling til reguleringer i tilvirkningskontrakter innen IT og skipsbygging.

Alle vilkårene for vederlagsjustering for plunder og heft etter NS 8405 behandles. Hovedfokuset vil likevel være rettet mot vilkåret om årsakssammenheng. Det har sin forklaring i at vilkåret anses å være det mest krevende.

¹⁵ Se NS 8405:2008 s. 3

¹⁶ Se Pettersson (2010) s. 350

¹⁷ Lov 13. juli 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av nu bustad m.m. og Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere

1.4 Bakgrunn og aktualitet

Entreprenørens og byggherrens primærforpliktelser i et entrepriseforhold består henholdsvis i å utføre arbeid og å betale vederlag for arbeid som utføres.¹⁸ I praksis vil entreprenørens endelige vederlag ofte avvike fra den kontraktssummen partene har avtalt.¹⁹ Det har sammenheng med at kontraktsgjenstandens karakter er dynamisk, og at det ofte oppstår uforutsette forhold i entrepriseprosjekter.

Standardkontraktene har derfor mekanismer som gjør at aktørenes rettigheter og plikter kan endres *etter* kontraktsinngåelse.²⁰ Vederlagsjustering for plunder og heft er blant disse. En slik justering sikrer at entreprenøren får betalt dersom hans arbeid blir forstyrret av forhold som må tilskrives byggherren.

De alminnelige domstolene har tatt stilling til krav om plunder og heft ved flere anledninger før HAB-dommen. Forutgående underrettspraksis må anses å være sprikende. Rettstilstanden var uklar. Her har utfordringen ligget for generasjoner av entreprisjurister og prosjektledere: Hva er vilkårene for vederlagsjustering for plunder og heft? Og hvor langt lar vilkårene seg presisere og strukturere?²¹ Høyesteretts dom er et viktig bidrag til å håndtere dette klassiske og ressurskrevende problemet i entrepriseretten.²²

Når det er sagt, løser ikke HAB-dommen alle utfordringene som kan oppstå i slike saker. Rekkevidden av dommen er derfor et gjentagende diskusjonstema.

I kjølvannet av dommen var domstolene tilbakeholdne med å utmåle kompensasjon for plunder og heft. Kun et fåtall av sakene endte med at entreprenøren fikk medhold av betydning. Oppfatningen i bransjen har derfor vært at hovedregelen er at slike krav ikke får gjennomslag.²³

¹⁸ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 309

¹⁹ Marthinussen et al. (2016) s. 425

²⁰ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 281

²¹ Kaasen (2020) pkt. 1

²² Ibid. pkt. 1

²³ Grette (2023)

Pendelen ser imidlertid ut til å ha snudd. De siste årene har entreprenører fått tilkjent betydelige vederlag for plunder og heft.²⁴ Senest i dom av 8. mars 2023 ga lagmannsretten en underentreprenør vesentlig medhold i sitt krav på vederlagsjustering for plunder og heft.²⁵

Rettsavgjørelsene som omtales i denne fremstillingen gjelder i all hovedsak større utførelsesentrepriser. Bakgrunnen for at plunder og heft-krav oftest aktualiseres i store bygg- og anleggsprosjekter, er at disse kjennetegnes ved at flere aktører gjennomfører et stort antall aktiviteter før kontraktsarbeidet er ferdig. De ulike arbeidsoperasjonene og aktørene står gjerne i et avhengighetsforhold. Eksempelvis må grunnarbeidene utføres før betongarbeidet, og råbygg før innvendige arbeider. Svikt innenfor en aktivitet medfører ofte tid- og kostnadmessige konsekvenser for andre aktører gjennom nedsatt produktivitet og forstyrrelser på annet kontraktsarbeid.²⁶

Når entreprenøren fremmer slike krav oppstår det normalt tvist både i relasjon til om det er grunnlag for kompensasjon, men også om kravets størrelse. De siste årene har det vært en utvikling med stadig større plunder og heft-krav.²⁷ Rettspraksis viser at kravene ofte volder partene stor uenighet og store prosesskostnader i sluttoppgjørene.²⁸ I en bransje som preges av hard konkurranse og lave driftsmarginer vil en uklar rettstilstand kunne virke prosesskapende. Bransjeaktørene trenger forutberegnelighet.

1.5 Metode og rettskilder

Oppgaven er basert på en rettsdogmatisk fremstilling. Det innebærer at det tas sikte mot en systematisk fremstilling av gjeldende rett.²⁹ Alminnelig juridisk metode benyttes.³⁰

²⁴ Se LG-2021-147050 (Eiganestunnelen)

²⁵ LB-2021-139395 (ABS)

²⁶ EBA (2020) s. 3

²⁷ Brøndmo (2021) pkt. 1, eks. LG-2021-147050 (Eiganestunnelen)

²⁸ Brøndmo (2021) pkt. 1

²⁹ Pedersen (2016) s. 17

³⁰ Se Nygaard (2004) for overordnede fremstillinger

Entrepriseretten har få rettskilder sammenlignet med andre formuerettslige fag. Det finnes ingen lovgivning om entreprisekontrakter inngått mellom næringsdrivende. Av den grunn finnes det heller ikke tilhørende rettskilder som forarbeider. Fravær av lovgivning i næringsentrepriser har sammenheng med lange tradisjoner for selvregulering i form av utarbeidelse av standardkontrakter.³¹

Entrepriskontrakter inngått mellom næringsdrivende bygger normalt på Standard Norges kontrakter for bygg- og anleggsprosjekter. Standardene er utarbeidet og fremforhandlet av representanter for berørte bransjeorganisasjoner. Sammensetningene er ment å sikre at standardene inneholder balanserte avveininger av motstridende interesser.³² Derfor brukes gjerne betegnelsen "agreed document" om slike standarder.³³

Flere av standardkontraktene på landjorda har bestemmelser om kompensasjon for plunder og heft, for eksempel NS 8405/8415 punkt 25.3, NS 8406 punkt 19.4 og NS 8407/8417 punkt 34.1.3.³⁴ Standardene offshore har også bestemmelser om dette, se NF 15 artikkel 13.2 bokstav d og NTK 15 artikkel 13.2 bokstav d femte ledd. Felles for Standardkontraktene er at de ikke utgjør en ren kodifikasjon av bakgrunnsretten. Derfor må standardene inkorporeres i partenes avtale for å bli gjeldende. En henvisning er tilstrekkelig.³⁵

Når innholdet av bestemmelsene om plunder og heft skal fastlegges, finnes det lite autoritativt materiale utover ordlyden som tolkningen kan baseres på.³⁶ Kontrakter inngått mellom næringsdrivende skal som utgangspunktet tolkes objektivt basert på kontraktens ordlyd.³⁷ Prinsippet om objektiv fortolkning gjør seg med styrke gjeldende i entrepriseforhold.³⁸ Det har sammenheng med at den subjektive partsvilje har begrenset vekt som tolkningsmoment når standardkontraktene er vedtatt på forhånd. Dette vil imidlertid kunne stille seg annerledes dersom det er gjort individuelle tilpasninger til kontraktene.

³¹ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 25, Hagstrøm et al. (2021) s. 50

³² Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 25

³³ Kaasen (2018) s. 17

³⁴ NS 8405:2008, NS 8406:2009 og NS 8407:2011

³⁵ Hagstrøm et al. (2021) s. 51 petitavsnitt

³⁶ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 28. Om standardkontrakter generelt

³⁷ Rt. 2002 s. 1155 side 1159

³⁸ Rt. 2012 s.1729 avs. 58

Ved tolkning av standardkontrakter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden. Ordlyden er likevel ikke avgjørende alene, jf. HR-2023-534-A avsnitt 56.³⁹ Som påpekt i samme avsnitt må ordlyden "blant annet leses i lys av de formålene bestemmelsen skal ivareta, og andre reelle hensyn".⁴⁰ I Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 66 til 67 fremheves det at "systembetraktninger" kan få betydning ved tolkningen.⁴¹ For standardkontrakter er en slik tilnærming særlig aktuell fordi slike kontrakter er ment å utgjøre en konsistent helhet.⁴²

Høyesterett har videre lagt til grunn at det ved tolkningen av standardkontrakter kan tas hensyn til "hvordan standarden har utviklet seg fra tidligere versjoner [...]".⁴³ Forutgående utgaver av NS-kontraktene og tilknyttet rettspraksis og juridisk litteratur er derfor relevant for forståelsen av någjeldende bestemmelser om plunder og heft. Slike kilder kan tjene som tolkningsmomenter.

Rettspraksis har i liten grad avhjulpet manglende lovgiveraktivitet, slik det for eksempel har på erstatningsrettens område.⁴⁴ Det skyldes lange tradisjonen for voldgiftsklausuler i standardkontraktene.⁴⁵ Voldgiftstradisjonen er imidlertid ikke like rådende i dag,⁴⁶ hvilket har ført til økt behandling i de alminnelige domstolene.⁴⁷

Høyesteretts uttalelser i HAB-dommen og etterfølgende underrettspraksis har lagt forholdene til rette for å analysere og presisere de sentrale vurderingstemaene for plunder og heft. Ved fremstilling av gjeldende rett blir også underrettspraksis benyttet. Slik avgjørelser kan imidlertid ikke i seg selv ha rettsnormerende kraft. Avgjørelsene kan derfor ikke tillegges større vekt enn det kvaliteten på argumentasjonen tilsier. Det er altså ikke avgjørelsen i seg

³⁹ Se også HR-2020-228-A avs. 50 med videre henvisning til Rt. 2010 s. 1345 avs. 59

⁴⁰ Tidlige uttalt i Rt. 2010 s. 961 avs. 44 og i HR-2016-1447-A avs. 38

⁴¹ Uttalelsen er fulgt opp i HR-2016-1447-A avs. 38 til 40

⁴² Tørum (2019) s. 199, premiss 7-019

⁴³ HR-2016-1447-A avs. 45

⁴⁴ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 28

⁴⁵ I alle standardene frem til og med NS 3401 skulle tvister avgjøres ved voldgift.

⁴⁶ NS 8406:2009 og 8407:2011 har ikke voldgiftsklausuler. Etter NS 8405 er hovedregelen at tvisten behandles ved ordinær rettergang, med mindre tvistesummen er 100 G eller større, jf. hhv. NS 8405 pkt. 43.3 og 43.4

⁴⁷ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 28

selv som tillegges rettskildeverdi, men de argumenter den bygger på.⁴⁸ Dersom underrettspraksis er konsekvent og danner grunnlag for en etablert praksis, kan argumentene imidlertid veie noe tyngre.⁴⁹

Rettspraksis fra andre rettsområder som erstatningsrett og offentlige anskaffelser vil unntaksvis benyttes i den grad det er nødvendig for å belyse likheter og ulikheter.

I mangel av primære rettskilder, spiller sekundære kilder som juridisk teori en sentral rolle for denne fremstillingen. Kommentarverk til NS-kontraktene fungerer nærmest som forarbeider. Litteratur om entrepriserett og obligasjonsrett har også relevans for spørsmålene som behandles i oppgaven. I HAB-dommen henviste Høyesterett til de hittil nevnte sekundære kildene. Tore Sandviks "Entreprenørrisikoen" fra 1966 er fremdeles en viktig kilde til argumentasjon. Artikler i juridiske tidsskrifter utgitt i forbindelse med HAB-dommen er også relevante.

1.6 Fremstillingen videre

I det følgende skal det først gjøres rede for den historiske utviklingen av plunder og heft-krav i domstolene. Deretter kartlegges det rettslige grunnlaget for slike krav. Etter at det er gitt en oversikt over vilkårene, behandles de hver for seg. Til slutt omtales utvalgte beregningsmetoder for utmålingen.

Allerede her er det hensiktsmessig å påpeke at kravet til årsakssammenheng har nær sammenheng med beregningen og den endelige utmålingen av vederlaget. Som det vil fremgå straks nedenfor, er det ikke alltid like enkelt å identifisere når retten vurderer hva. Ved å fastlegge hvor mye nedsatt produktivitet forstyrrelsene har medført, vil også kravets størrelse bli berørt.⁵⁰

⁴⁸ Skoghøy (2018) s. 226

⁴⁹ Skoghøy (2018) s. 106

⁵⁰ Brøndmo (2021) pkt. 5.3

2 Historisk bakteppe

Forutgående rettspraksis utgjør en viktig del av bakteppet for å forstå behovet for rettsutviklingen i HAB-dommen. Rettstilstanden forut for Høyesteretts dom var i stor grad basert på praksis fra lagmannsrettene. Sprikende underrettspraksis må anses å være en av grunnene til at HAB-saken ble tatt opp til behandling i Høyesterett.⁵¹

Eidsivating lagmannsretts dom i LE-1998-648 (SAG-dommen) kan i ettertid sies å være en sentral dom for utviklingen av plunder og heft-krav i de alminnelige domstolene. Saken gjaldt tvist mellom byggherre og entreprenør om sluttoppgjør etter oppføring av sentralbygningen på Gardemoen. Kontrakten var basert på NS 3430. Entreprenøren fremmet krav om tilleggsvederlag for forstyrrelser og urasjonell drift.

Kravet bygget på at byggherreforhold – som tegningsforsinkelser og manglende planlegging og oppfølging av samordningsproblematikk – hadde ført til avledede konsekvenser i form av nedsatt produktivitet på annet arbeid. Blant annet måtte store deler av betongarbeidene utsettes og utføres på vinterstid, hvor produktiviteten var betydelig lavere.

Forstyrrelsene rammet entreprenøren på flere ulike måter som det var vanskelig å vurdere de økonomiske konsekvensene av separat. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse at "beregningene entreprenøren har foretatt [...] framtrer som oppkonstruerte. Dette erkjenner også entreprenøren." Byggherren anførte at entreprenøren inviterer retten til å "skjønne med utgangspunkt i et overdrevent påstandsbeløp", i stedet for å påvise konkret årsakssammenheng mellom påståtte forstyrrelser og økonomiske og tidsmessige effekter.

Likevel uttalte Lagmannsretten følgende:

«Når situasjonen er at byggherren har påført entreprenøren merkostnader, bør ikke det forhold at det er vanskelig å fordele kostnadene på enkelt-krav, gjøre det vanskelig for entreprenøren å få dekket kostnadene. På den annen side er det utilfredsstillende om retten skal være nødt til å legge til grunn kunstige beregninger av enkelt-krav for å kunne tilkjenne entreprenøren vederlag som han samlet sett har krav på.»

⁵¹ Se dommens avs. 67

Lagmannsretten kom til at den mest realistiske måten å håndtere dette problemet på, var å tilkjenne et samlet tilleggsvederlag for alle de ulike forholdene:

"Utmålingen må nødvendigvis bli skjønnsmessig. Den bygger likevel på en konkret gjennomgang av saken og på konkrete vurderinger ut fra – for meddommernes del – lang og variert erfaring fra ulike sider av byggebransjen."

Samtidig ga retten uttrykk for at det knytter seg "store betenkeligheter til å utmåle et betydelig tilleggsvederlag til entreprenøren på et så skjønnsmessig grunnlag [...]", idet metoden innebærer en risiko for å tilkjenne vederlag for merkostnader som faktisk ikke er påført. Lagmannsretten fant imidlertid ikke denne motforestillingen "tilstrekkelig tungtveiende". Entreprenøren ble derfor tilkjent et avrundet og skjønnsmessig fastsatt beløp på 15 millioner kroner for ulike samvirkende forhold.

Borgarting lagmannsretts dom inntatt i LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) var lenge et referansepunkt for tvister om plunder og heft-krav. Saken gjaldt en rekke krav på vederlag, herunder plunder og heft i forbindelse med grunnarbeider på Lysaker stasjon. Kontrakten mellom partene bygget på de alminnelige kontraktsvilkårene i NS 8405:2004. Jernbaneverket Infrastruktur Utbygging opptrådte som byggherre.

Entreprenøren Peab Sverige AB begrunnet sitt krav ved å ta utgangspunkt i egne totalkostnader og trekke fra et skjønnsmessig beløp som ble tatt på "egen kappe".⁵² Retten uttalte at det utvilsomt hadde oppstått "forhold som virket negativt inn på fremdriften, som klart må tilskrives byggherren." Entreprenøren hadde imidlertid gjort lite for å "konkretisere eller sannsynliggjøre et riktig og rimelig nivå for kompensasjon."

Lagmannsretten uttalte derfor at den ville benytte en metode for å "kvalifisere og kvantifisere Peabs krav som starter fra bunnen av med en vurdering av alle de enkeltforhold Peab har påberopt." Til tross for dette rettslige utgangspunktet, endte retten opp med å foreta en svært skjønnsmessig vurdering da den til slutt uttalte at: "Lagmannsretten er ut fra sitt syn på årsaksforholdene og erfaring med hvilke utgifter og kostnader disse kan føre til, blitt stående ved at [entreprenøren] samlet skal kompenseres med 12 millioner kroner."

⁵² Marthinussen et al. (2016) s. 392

Lagmannsretten bygger her – i likhet med retten i SAG-dommen – på dommernes erfaring, uten at resultatet begrunnes i særlig grad. Skjønnsutøvelsen er fri og løsrevet fra de rettslige kravene til årsakssammenheng som formuleres tidligere i dommen.

Agder lagmannsretts dom i LA-2013-175355 (Teigar ungdomsskole) handlet om vederlagsjustering og fristforlengelse i forbindelse med oppføring av skolebygg og idrettshall. Saken sto mellom Nøtterøy kommune og Skanska Norge AS. Kontrakten var basert på NS 8405:2008. Entreprenørens krav kunne i all hovedsak føres tilbake til byggherreforhold som mangelfull og forsinket prosjektering. I dommen bygger lagmannsretten på en helt annen tilnærming enn de tidlige nevnte dommene, uten at dette problematiseres nærmere.⁵³ Retten kom til at:

"[...] skylddeling (50/50) gir den mest korrekte fordelingen av ansvar for, og konsekvensene av, forsinket ferdigstillelse av prosjektet. Dette innebærer at det ved vurderingen av størrelsen på økonomiske krav [herunder plunder og heft] skal legges til grunn at partene må dele ansvaret."

Denne "skylddelingen" mellom partene synes å være fundert på svært skjønnsmessige betraktninger.

I LB-2016-39293 (Drammen stasjon) gjaldt saken tvist om sluttoppgjør etter utbygging av hensettingsområdet for tog på Drammen stasjon. Entreprenøren Implenia rettet krav mot Bane Nor på omtrent 13 millioner kroner for plunder og heft. Entreprenøren anførte at det var de samlede ringvirkningene av alle forhold byggherren heftet for som ga grunnlag for kravet. Hjemmelen for kravet var NS 8405:2008 pkt. 25.3.

Lagmannsrettens begrunnelse for utmålingen besto av én setning: "Fastsettelsen må gjøres *skjønnsmessig*, og lagmannsretten har konkludert med 2 550 000 kroner."⁵⁴ (egen kursivering).

Som gjennomgangen av de utvalgte dommene viser, har retten som oftest ansett det som tilstrekkelig for å utmåle kompensasjon, at entreprenøren kunne sannsynliggjøre at det forelå forstyrrende byggherreforhold. Manglende bevis for konkret årsakssammenheng har sjeldent

⁵³ Brøndmo (2021) pkt. 7.3.2

⁵⁴ Ibid. pkt. 7.3.2

vært en hindring. Petterssons uttalelse i artikkelen "*Plunder og heft*" fra 2010 er beskrivende for rettstilstanden:

"Dersom entreprenøren først kan påvise at det foreligger uvanlig mange, eller sene, endringer og/eller svikt i byggherrens medvirkningsforpliktelser, vil det være en sterk presumsjon for at det er årsakssammenheng mellom disse forholdene og hele, eller deler av, entreprenørens tap."⁵⁵

Dette synspunktet ble også prosedert for i HAB-saken av Pettersson selv, på vegne av HAB Constructions. I Eidsivating lagmannsretts første avgjørelse i HAB-saken, inntatt i LE-2017-133058 (HAB I), vant synspunktet frem. Lagmannsretten uttalte:

"HAB har [...] ikke søkt å påvise konkret hvilken betydning de ulike byggherreforhold har hatt på HABs produksjon. Lagmannsretten finner derfor at kompensasjonen må fastsettes ved skjønn."

Lagmannsrettens dom ble påanket. Den ble opphevet av Høyesterett i HR-2019-1225-A (HAB) på grunn av feil rettsanvendelse, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd.⁵⁶ Høyesteretts begrunnelse var at den "skjønnsmessige fastsettelsen tilsynelatende er frikoblet fra de rettslige utgangspunktene som er formulert tidligere i dommen. Fastsettelsen av vederlagsbeløpet er uten forankring i de rettslige krav som lagmannsretten selv oppstiller for å fastslå årsakssammenheng."⁵⁷

Den ankende part – Oppdal fylkeskommune – gjorde gjeldende at det "normalt må bevises hvilke merutgifter det enkelte byggherreforhold har ledet til."⁵⁸ HAB Constructions vant ikke frem med sin anførsel om at "det ikke er mulig å føre bevis for en slik konkret årsakssammenheng."⁵⁹ Høyesteretts avgjørelse markerer et tydelig skille i rettsutviklingen av plunder og heft-krav. Dommen inneholder en rekke prinsipielle uttalelser, som det er nødvendig å se nærmere på i det videre.

⁵⁵ Pettersson (2010) s. 358

⁵⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (heretter tvl.)

⁵⁷ HR-2019-1225-A avs. 98

⁵⁸ Ibid. avs. 70

⁵⁹ Ibid. avs. 71

3 Det rettslige grunnlaget for plunder og heft

3.1 Standardkontraktenes reguleringer

Standard Norges kontrakter for bygg- og anleggsprosjekter regulerer ulike sider av plunder og heft på landjorda. Lignende reguleringer finnes også i standarder for petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. I enkelte standarder fremgår retten til kompensasjon for plunder og heft eksplisitt av egne bestemmelser.⁶⁰ I andre standarder er retten forutsatt som del av varslingsreglene.⁶¹

Oppgavens drøftelser og redegjørelser tar utgangspunkt i NS 8405:2008. I dette kapitlet vil det likevel vises til hvordan plunder og heft er regulert i NS 8406, NS 8407 og NTK 15. Reguleringene i disse kontraktene vil, som tidligere antydnet, kunne yte som tolkningsmoment ved fastleggelsen av innholdet i NS 8405.

Før vi ser nærmere på bestemmelsene er det hensiktsmessig å si noen ord om de ulike entreprisformene. Hovedforskjellen mellom utførelsesentreprise og totalentreprise er funksjonsfordelingen mellom partene. I en utførelsesentreprise forestår byggherren prosjekteringen. I en totalentreprise har normalt entreprenøren denne funksjonen, samt flere andre funksjoner i prosjektet. Byggherrens risikofære er dermed mindre omfattende i en totalentreprise, sammenlignet med en utførelsesentreprise.⁶² Derfor oppstår plunder og heft oftere i utførelsesentrepriser. Dette er grunnen til at oppgavens drøftelser tar utgangspunkt i NS 8405:2008.

NS 8405:2008 Norsk bygg- og anleggskontrakt for utførelsesentrepriser

Standardens punkt 25.3 annet ledd bokstav b fastsetter at entreprenøren skal varsle byggherren særskilt dersom kravet på vederlagsjustering omfatter:

⁶⁰ Se NS 8407:2011 pkt. 34.1.3 (2) og NS 8405:2004 pkt. 24.3

⁶¹ NS 8405:2008 pkt. 25.3. annet ledd bokstav b

⁶² Pettersson (2010) s. 350

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

(egne kursivering)

Bestemmelsens ordlyd gir isolert sett kun anvisning på hvordan krav om plunder og heft skal varsles. Som nevnt i kapittel 1.5 vil likevel kontraktens "system" kunne få betydning ved tolkningen.⁶³ Dersom retten til kompensasjon ikke skulle kunne utledes av den ovenfor siterte bestemmelsen, ville bestemmelsens regulering av varslingskrav vært illusorisk. Kontraktens system tilsier med andre ord at entreprenøren kan ha rett til vederlagsjustering for plunder og heft. Bestemmelsen må derfor anses å oppstille materielle vilkår for plunder og heft-krav. En slik forståelse er lagt til grunn i kommentarutgaven til NS 8405. Der omtales bestemmelsen som en "forutsetningshjemmel".⁶⁴

NS 8406:2009 Forenklet norsk bygg- og anleggskontrakt for utførelsesentrepriser

Standardens punkt 19.4 fastsetter at:

"Hvis byggherrens leveranser eller annen medvirkning er forsinket eller svikter og dette påfører entreprenøren *økte kostnader* eller *hindrer hans fremdrift*, har entreprenøren *krav på vederlagsjustering* og *fristforlengelse* etter 22.1, 22.2, 22.3 og 22.5. *Det samme gjelder hvis det inntreffer andre forhold som byggherren bærer risikoen for.* Entreprenøren er forpliktet til å begrense og forebygge de økonomiske og fremdriftsmessige konsekvensene med rimelige midler.

Entreprenøren skal innen rimelig tid varsle byggherren om sitt krav på vederlagsjustering eller fristforlengelse etter dette punkt.

⁶³ Rt. 2012 s. 1729 avs. 67

⁶⁴ Marthinussen et al. (2016) s. 388

Byggherren skal innen rimelig tid ta stilling til entreprenørens krav." (egen kursivering)

NS 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelse for totalentrepriser

Standardens punkt 34.1.3 annet ledd lyder som følger:

"Totalentreprenøren kan også kreve særskilt *justering av vederlaget* som følge av økte utgifter på grunn av *nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid* som er en følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2.

Dersom totalentreprenøren vil kreve justering etter første eller annet ledd, må han varsle byggherren særskilt uten ugrunnet opphold etter at han blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe. Gir han ikke slikt varsel, taper han retten til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for krav på vederlagsjustering" (egen kursivering).

Bestemmelsens ordlyd gjør det tydelig at entreprenøren på nærmere bestemte vilkår kan kreve vederlagsjustering for plunder og heft. Varslingsregelen for slike krav er skilt ut i et eget avsnitt. Selv om bestemmelsen har en annen oppbygning enn NS 8405, er det rimelig å anta at de materielle skrankene er de samme.⁶⁵

Norsk totalkontrakt 2015

Standardkontrakten regulerer petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. I standardens punkt 13.2 bokstav d, jf. femte ledd fremkommer det at:

"For kompensasjon av fabrikkasjonsarbeid gjelder følgende regler:

[...]

⁶⁵ Nordtvedt et al. (2013) s. 514

Forårsaker et endringsarbeid konsekvenser for andre arbeidsoperasjoner som ikke er omtalt i (4) ovenfor, skal slike konsekvenser, dersom de står i klar årsakssammenheng med endringsarbeidet, kompenseres særskilt. Kompensasjonen skal reflektere det generelle prisnivå som kommer til uttrykk i Vedlegg B."

3.2 Bakgrunnsretten

Høyesterett har på generelt grunnlag lagt til grunn at "bakgrunnsretten vil være et relevant selvstendig tolkingsmoment når en sikker løsning ikke følger av den inngåtte avtale".⁶⁶ Spørsmålet om hva som utgjør bakgrunnsretten vil med andre ord kunne få betydning i tilfeller hvor partenes kontrakt ikke har en egen bestemmelse om plunder og heft, eller hvor bestemmelsen er uklar eller ufullstendig. Hvorvidt en entreprisekontrakt skal utfylles med bakgrunnsretten må likevel avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, og er ikke tema i det følgende.

I HAB-dommen la Høyesterett til grunn at entreprenørens krav på plunder og heft kunne utledes selv om standardkontrakten NS 3430 ikke hadde bestemmelser om dette. Høyesterett benyttet førsteutgaven av NS 8405: 2004 punkt 24.3, som ikke var gjeldende standard da dommen ble skrevet, eller da avtalen ble inngått. Bestemmelsen i førsteutgaven lød slik:

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

⁶⁶ HR-2016-1447-A avs. 46

Videre påpeker Høyesterett at bestemmelsen er endret i andreutgaven av NS 8405, som kom i 2008. Likevel uttales det at det er "punkt 24.3 i førsteutgaven som er av interesse, fordi den må anses å gi uttrykk for de generelle kravene til årsakssammenheng for plunder og heft."⁶⁷

Etter mitt skjønn bør Høyesteretts uttalelser forstås slik at førsteutgaven av NS 8405 punkt 24.3 gir uttrykk for bakgrunnsretten, ikke bare for kravet til årsakssammenheng, men for retten til kompensasjon for plunder og heft som sådan. En slik oppfatning har støtte i juridisk teori. Det er det tatt til orde for at bestemmelsen klargjør det som allerede må anses å være gjeldende entrepriserett og utgjør en "klar hjemmel" for plunder og heft-krav.⁶⁸

Det er nærliggende å stille spørsmål ved hvorfor Høyesterett viser til den utdaterte bestemmelsen i *førsteutgaven* – for å fastlegge innholdet av bakgrunnsretten – når det finnes en revidert *andreutgave* som regulerer det samme spørsmålet. Dette har trolig sin forklaring i at bestemmelsen i andreutgaven har en fragmentert oppbygning, og gir færre holdepunkter for årsaksvurderingen enn det andreutgaven gjør.⁶⁹ Det vises til formuleringene "*medfører nedsatt produktivitet*" og "*kostnader som derved forårsakes*" (egen kursivering).

I førsteutgaven følger byggherreforholdene direkte av ordlyden. Det står i kontrast til andreutgaven som henviser til en rekke andre bestemmelser i kontrakten for å angi innholdet. Pettersson skriver at bestemmelsen har en uheldig utforming fordi det er en varslingsbestemmelse – altså en "formell" bestemmelse – hvor det er bygget inn materielle regler om årsakssammenheng.⁷⁰ Høyesteretts valg om å benytte førsteutgaven er derfor forståelig.

⁶⁷ HR-2019-1225-A avs. 65

⁶⁸ Pettersson (2010) s. 357

⁶⁹ Kaasen (2020) pkt. 3 fotnote 7.

⁷⁰ Pettersson (2010) s. 357

4 Oversikt over vilkårene

Gjennomgangen av de ulike reguleringene av plunder og heft i standardkontraktene viser at grunnvilkårene er de samme. Disse vilkårene presenteres i dette kapitlet. I påfølgende kapitler drøftes det nærmere innholdet i de ulike vilkårene hver for seg.

Vilkårene for plunder og heft kan sammenfattes slik:

For det *første* må entreprenøren sannsynliggjøre et eller flere forhold byggherren har risikoen for etter kontrakten.⁷¹ Det må med andre ord foreligge ett eller flere "byggherreforhold". I tillegg må retten til å fremme kravet ikke ha gått tapt på grunn av preklusive varslingsregler i kontrakten. Se kapittel 5.

For det *andre* må det foreligge nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid. Dette vilkåret er karakteristisk for plunder og heft-krav. Øvrige krav om vederlagsjustering har ikke et slikt vilkår. Se kapittel 6.

For det *tredje* må det foreligge årsakssammenheng mellom byggherreforhold og forstyrrelsen, men også mellom forstyrrelsen og produktivitetstapet. Årsakssammenheng må altså fastlegges i to trinn. Se kapittel 7.

For det *fjerde* må entreprenøren ha økte utgifter. Det må altså sannsynliggjøres et produktivitetstap.⁷² Se kapittel 8.

⁷¹ Brøndmo pkt. 2.3

⁷² Lignende Brøndmo (2021) pkt. 2.3

5 Byggherreforhold

5.1 Innledning

Klarlegging av *hvem* som bære risikoen for det påberopte forholdet, er det første steget for å fastslå om entreprenøren har krav på vederlagsjustering for plunder og heft. Ineffektiv drift skyldes gjerne samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren.⁷³ Entreprenørens egne forhold kan bidra til å øke totaleffekten av byggherreforholdene. For at vederlagsjusteringen skal bli korrekt er det nødvendig å identifisere hvilke forhold som skyldes byggherren.

Høyesterett fastsetter at det må ha "inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko".⁷⁴ *Partenes avtale* danner utgangspunktet for denne vurderingen. Etter omstendighetene kan man fastslå hvordan partene har ment å fordele risikoen seg imellom.

5.2 Risikobegrepet

I entrepriseretten handler risiko om fordeling av ansvar mellom kontraktspartene for forstyrrelser, fordyrelser eller hindringer.⁷⁵ Standardkontraktene bygger i stor grad på et system, hvor de grunnleggende linjene kan beskrives ved hjelp av risikoterminologi.⁷⁶ For å forstå risikobegrepet i entrepriseretten er det nødvendig å knytte noen bemerkninger til visse særtrekk ved bygg- og anleggsprosjekter.

Entrepriseprosjekter forløper sjeldent nøyaktig som forutsatt. Det er det flere grunner til. Prosjektene utføres ikke i en beskyttet produksjonssfære.⁷⁷ Ytre påvirkningsfaktorer fører jevnlig til at risiko materialiserer seg. Værforhold, fysisk arbeidsunderlag og offentlige tillatelser er eksempler på faktorer som kan påvirke entreprenørens produksjonsopplegg og mulighet for å gjennomføre arbeidet på en rasjonell måte.

⁷³ HR-2019-1225-A avs. 55

⁷⁴ HR-2019-1225-A avs. 66

⁷⁵ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 23

⁷⁶ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 190

⁷⁷ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 198

Et annet særpreget usikkerhetsmoment i bygg- og anleggsprosjekter er grunnforholdene. Til tross for moderne teknologiske hjelpemidler, som muliggjør omfattende kartlegging av grunnforholdene før prosjektstart, avviker grunnforholdene ofte fra det partene la til grunn ved kontraktsinngåelsen.⁷⁸

Videre kjennetegnes entrepriseforhold ved at partene bidrar med ulike innsatsfaktorer for å frembringe et sluttresultat. Standardkontraktens risikofordeling er et utslag av "funksjonsfordelingsprinsippet", som utgjør et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.⁷⁹ Prinsippet ble første gang omtalt av Tore Sandvik i "*Entreprenørrisikoen*" (1966).⁸⁰ Det rettslige innholdet i prinsippet er at partene selv bærer risikoen for svikt innenfor eget funksjonsområde.⁸¹ Det innebærer at byggherren må ta konsekvensene av forhold som kan føres tilbake til ham. Prinsippet bygger på tanken om at den som er nærmest å håndtere og overvinne et forhold, bør bære risikoen for det.

Risiko kan på overordnet nivå deles inn i tre kategorier: *entreprenørrisiko*, *byggherrisiko*, og *utenfrakommende forhold*.⁸² Sistnevnte kategori omfatter hindringer som ligger utenfor begge parters kontroll, eksempelvis force majeure.⁸³ Det finnes også underkategorier som er mer "tilspisset", ved at de er rettet mot mer spesifikke problemkomplekser.⁸⁴ Eksempler på det er prosjekteringsrisiko, utførselsrisiko og risikoen for grunnforholdenes beskaffenhet.

Det er viktig å understreke at begrepene i seg selv ikke er styrende for rettsanvendelsen. Faren med slike begreper er at det kan bli fristende å trekke mer ut av dem enn det man på forhånd har lagt inn.⁸⁵ Betegnelsene er kun "navn på resultatene eller problemkompleksene, ikke en begrunnelse for resultatet i det enkelte tilfellet."⁸⁶

⁷⁸ Bergo (2021) "*Risiko for grunnforhold Eidsivating lagmannsrett på gyngende grunn*"

⁷⁹ Apelseh & Nyland (2021), s. 22 og 13. Se f.eks. NS 8407 pkt. 14.1

⁸⁰ Bjørnvik & Johansen (2021) pkt. 6.3

⁸¹ Funksjonsfordelingsprinsippet fremgår implisitt av Rt. 1917 s. 673 (monierfabrikken), med videre henvisning til Apelseh & Nyland (2021) s. 22, samt Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 199

⁸² Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 197

⁸³ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 192

⁸⁴ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 189

⁸⁵ Iversen (2010) s. 260

⁸⁶ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 188

Som antydnet tidligere, er det en sentral forskjell mellom utførelsesentreprise og totalentreprise. Funksjonsfordelingsprinsippet medfører at risikofordelingen mellom byggherre og entreprenør er ulik avhengig av hvilken av entrepriseformene som er valgt. I en utførelsesentreprise har byggherren prosjekteringsrisikoen, mens i en totalentreprise flyttes denne risikoen over på entreprenøren. Hvorvidt en bestemt omstendighet skal rubriseres som et byggherreforhold, gir imidlertid begrepet "prosjekteringsrisiko" lite veiledning om.

Hva som er det nærmere innholdet i begrepene, og hvem som bærer risikoen for en gitt omstendighet, vil bero på en tolkning av den aktuelle kontrakten og allmenne prinsipper utviklet i entrepriseretten.⁸⁷

De overordnede risikobetraktningene og særtrekkene ved et entrepriseprojekt, som redegjort for i dette kapitlet, er det nyttig å ha med seg i det videre.

5.3 Nærmere om byggherrens risikofære

Spørsmålet i dette kapitlet er *hvilke* forhold byggherren har risikoen for etter NS 8405:2008. Siktemålet er ikke å gi en uttømmende redegjørelse for alle forhold byggherren svarer for. Fokuset rettes mot utvalgte typetilfeller som typisk fører til plunder og heft.

Ifølge NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b er det kun "forhold angitt i 25.2" som gir grunnlag for kompensasjon for plunder og heft. Bestemmelsen lyder slik:

"a) *endringer*, jf. punktene 22 og 23, eller

b) forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller *annen medvirkning* etter bestemmelsene i punktene 19 og 20, eller

c) andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som *byggherren har risikoen for*" (egne kursivering).

Alle de tre bokstavene angir forhold byggherren bærer risikoen for etter kontrakten. Den ineffektive driften på annet arbeid må altså springe ut av endringsarbeider, svikt i byggherrens

⁸⁷ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 194

medvirkning eller annen materialisering av byggherrerisiko. Det er grunn til å presisere at det er de *avledede konsekvensene* av de ovenfor nevnte forholdene som skal kompenseres for, ikke forholdene i seg selv. Dette omtales nærmere i kapittel 6.

Av ordlyden kan det utledes at ineffektiv drift som skyldes andre forhold enn byggherreforhold, ikke gir grunnlag for kompensasjon etter bestemmelsen. En slik forståelse er også lagt til grunn i HAB-dommens avsnitt 60. Det innebærer at det må avgrenses mot merkostnader som skyldes force majeure og entreprenørens egne forhold. Eksempelvis er utgifter som skyldes entreprenørens egen ineffektivitet hans risiko og gir ikke krav på vederlagsjustering.⁸⁸

Videre redegjørelser struktureres etter bestemmelsen gjengitt ovenfor.

5.3.1 Endringer

Byggherrens endringsadgang reguleres av standardkontraktens punkt 22 og 23. Den gir byggherren rett til å ensidig pålegge endringer i entreprenørens resultatforpliktelse, innenfor visse kvalitative og kvantitative grenser.⁸⁹ Denne endringsadgangen er så grunnleggende at den er anerkjent som et alminnelig entrepriserettslig prinsipp.⁹⁰ Det er utfordrende å beskrive ytelsen så klart at det ikke oppstår behov for endringer. Eksempler på endringer er at byggherren vil ha en annen løsning eller et annet materialvalg enn opprinnelig avtalt.

Enkeltstående endringer fører sjeldent til plunder og heft. Disse kan som regel prises individuelt gjennom avtalte satser. For eksempel beslutter byggherren at bygget skal males i fargen grå istedenfor blå, som opprinnelig avtalt. Dersom endringsordre kom i god tid, og det ikke er lengre leveringstid på gråmaling, vil endringen ikke være en hindring som påvirker produktiviteten.⁹¹

⁸⁸ Høyesteretts eget eksempel i HR-2019-1225-A avs. 60

⁸⁹ NS 8405 pkt. 22.1 (3) fastsetter at endringene i utgangspunktet ikke må overstige 15 % netto tillegg til kontraktssummen

⁹⁰ Marthinussen et al. (2016) s. 307, Hagstrøm og Bruslerud (2014) s. 281

⁹¹ Giverholt et al. (2012) s. 508

Hvis det imidlertid dreier seg om et stort antall endringer, og tidspunkt for endringene er ubeleilige, blir situasjonen fort en annen. Det vil nemlig kunne forstyrre andre arbeidsoperasjoner og forrykke fremdriften i prosjektet. I tillegg kan det nevnes at irregulære endringsordre ofte skaper større problemer enn regulære endringsordre. Fordi pliktendringer av denne typen er mer uformelle.⁹²

Senest i HR-2023-534-A (Slemdal skole) avsnitt 62 ble det lagt til grunn at forsering anses å være en endring. Retten til forsering er likevel regulert i egne bestemmelser i standardkontraktene. Plunder og heft-bestemmelsen i NS 8405:2004 nevner uttrykkelig forsering som et forhold som kan gi entreprenøren krav på kompensasjon for plunder og heft. Borgarting lagmannsrett uttalte i dom av 8. mars 2023 inntatt i LB-2021-139395 (ABS) at det ikke er "opplagt om kostnader rettslig sett bør anses som forseringskostnader eller nedsatt produktivitet (plunder og heft)."⁹³

Forsering handler om at entreprenøren er forsinket og at han eller byggherren ønsker å hente inn denne forsinkelsen. Det gjøres ved å iverksette akselerasjonstiltak. Eksempelvis engasjeres flere arbeidere og flere maskiner innhentes. Denne mobiliseringen av ressurser koster naturligvis penger, men den kan også påvirke utførelsen av annet arbeid i prosjektet. Flere folk og maskiner på arbeidsplassen kan for eksempel skape samordningsproblemer. Arbeiderne jobber ikke like effektivt hvis de blir nødt til gå oppå hverandre.

5.3.2 Sviktende byggherremedvirkning

Svikt i byggherrens medvirkning skiller seg fra byggherrens endringsadgang på et sentralt punkt. Endringer er ikke mislighold, men en kontraktsfestet rett byggherren har.⁹⁴ Denne forskjellen har imidlertid liten betydning i tilknytning til plunder og heft, idet begge er forhold byggherren har risikoen for.

⁹² Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 289

⁹³ LB-2021-139395 (ABS)

⁹⁴ Pettersson (2010) s. 354

Innholdet i byggherrens medvirkningsplikt følger av kontraktens punkt 19. Tidspunkt for medvirkningen reguleres av punkt 20. Reglene har nær sammenheng med lojalitetsplikten, jf. standardens punkt 5, men også funksjonsfordelingsprinsippet som redegjort for ovenfor.

Byggherren skal foreta leveranser og yte slik annen medvirkning som følger av 19.2 til 19.7, med mindre annet er avtalt. Det dreier seg blant annet om tegninger, beskrivelser, fysisk arbeidsunderlag og grunnforhold, materialer og offentlige tillatelser. Eksempelvis har byggherren ikke fått på plass de offentlige tillatelser eller grunneieravtaler som kreves for å iverksette arbeidet i et område. Det vil kunne føre til full stans i deler av prosjektet. Dette kan forplante seg videre og ramme andre arbeidsoperasjoner.

Byggherrens prosjekteringsansvar følger av punkt 19.2:

"Byggherren bærer risikoen for følgene av feil, uoverensstemmelser og ufullstendigheter eller utilstrekkelig veiledning i kontraktsdokumenter og tegninger, beskrivelser og beregninger som han har levert."

Med dette forutsettes det at byggherren engasjerer arkitekter og konsulenter som planlegger og legger til rette for utførelsen av prosjektet. NS 8405 legger dermed opp til at byggherren i det vesentlige sørger for at tegninger, beskrivelser og beregninger blir levert, se standardens punkt 1. Dette skiller en utførelsesentreprise fra en totalentreprise, eksempelvis etter NS 8407.

Tomten og grunnen hvor anlegget eller bygget skal reises er en av de viktigste innsatsfaktorene byggherren har risikoen for.⁹⁵ I standardkontrakten kommer dette til uttrykk i punkt 19.3:

"Byggherren skal stille til rådighet for entreprenøren det fysiske arbeidsunderlaget, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget, som entreprenøren skal bygge på.

Byggherren bærer risikoen for at det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig."

⁹⁵ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 207

Hovedregelen er dermed at byggherren har risikoen for at det fysiske arbeidsunderlag og grunnforholdene. Bestemmelsen kan ses på som et naturlig utslag av funksjonsfordelingsprinsippet. Arbeidet entreprenøren skal gjennomføre tar normalt sted på byggherrens grunn. Han vil formodentlig ha best kjennskap til tomten og grunnen.

Som siste setning i den siterte bestemmelsen tilsier, har kravene til byggherrens grunnforhold flere aspekter ved seg. Hvorvidt et bestemt forhold er innenfor byggherrens risikofære eller ei, er ikke alltid like opplagt. Det sentrale vurderingstemaet er vanligvis *hva* "entreprenøren hadde grunn til å regne med".⁹⁶ Her spiller beskrivelsene i konkurransegrunnlaget en viktig rolle. Dersom entreprenøren burde forutsett alle de utfordrende grunnforholdene han møtte på, har han ikke uten videre rett til å kreve vederlagsjustering.

Rettspraksis viser at grunnforholdenes beskaffenhet er et forhold som hyppig fører til ineffektiv drift for entreprenøren, se underrettspraksis i kapittel 2 og 7.4. I prosjektets innledende fase er det ikke uvanlig at det oppstår uforutsette utfordringer. For eksempel er fjellet det skal drives tunnel gjennom mye hardere enn opplyst på anbudstidspunktet. Eller så oppdager entreprenøren kabler og rør i bakken, som hverken han eller byggherren forstår hvor kommer fra. Da må entreprenøren gjerne vente med sitt arbeid til andre fagfolk har vurdert om, og eventuelt hvordan, disse kan fjernes. Denne forstyrrelsen kan forrykke entreprenørens produksjonsopplegg og annet arbeid.

Byggherren har også en samordningsplikt, jf. punkt 20.2. Han plikter å:

"samordne sine leveranser og annen medvirkning med entreprenørens arbeid, slik at oppfyllelsen skjer i så god tid at entreprenørens planlegging og fremdrift ikke hindres eller forsinkes i forhold til entreprenørens produksjonsopplegg. [...]"

Byggherren plikter imidlertid ikke å samordne sine leveranser eller medvirkning i større grad enn hva entreprenøren hadde grunn til å forvente ut fra kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprisenenes antall, art, omfang og fremdrift."

⁹⁶ Hagstrøm & Bruserud (2014) s. 208

Bestemmelsen er mest praktisk i de tilfeller hvor det ikke er avtalt konkrete delfrister. Det er nokså selvforklarende at entreprenøren ikke kan forventes å begynne arbeidet med å konstruere en bro dagen etter at han mottok tegningene. Entreprenøren må få tilstrekkelig tid til å planlegge, herunder bestille prosjektert materiell. Jo mer komplekst prosjektet er, jo mer må entreprenøren kunne kreve at byggherren samordner sine leveranser og medvirkning.

5.3.3 Andre hindringer som byggherren har risikoen for

Ordlyden i NS-standardens punkt 25.2 bokstav c er vidtrekkende. Bestemmelsen fanger opp byggherreforhold som ikke er opplistet i bokstav a eller b. Ordlyden etterlater ingen tvil om at punkt 25.2 som sådan gjelder byggherreforhold. I rettspraksis og teori er det derfor gitt uttrykk for at det overordnede vurderingstemaet etter punkt 25.2, er om det foreligger "forhold som byggherren svarer for".⁹⁷ Det innebærer at det ikke er mulig å gi en uttømmende liste over alle forhold som kan medføre plunder og heft. Vurderingen må bero på en tolkning av kontrakten og funksjonsfordelingsprinsippet.

5.4 Entreprenørens egne forhold

I praksis vil plunder og heft ofte skyldes "samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren."⁹⁸ Høyesterett presiserer at det må "avgrenses mot omkostninger som skyldes andre forhold. For eksempel er utgifter som skyldes entreprenørens egen ineffektivitet hans risiko og gir ikke krav på tilleggsvederlag."⁹⁹

Typiske entreprenørforhold er feil eller mangler i entreprenørens planlegging eller bruk av fremdriftsplan, dårlig allokering av ressurser som mannskap og maskiner og brudd på samordningsplikten. Sistnevnte forhold er eksplisitt nevnt i bestemmelsen om plunder og heft gjennom henvisningen til kontraktens punkt 18.3.

⁹⁷ HR-2019-1225-A avs. 55 og Marthinussen et al. (2016) s. 378

⁹⁸ HR-2019-1225-A avs. 55, gjentatt av mindretallet i HR-2023-534-A avs. 84

⁹⁹ HR-2019-1225-A avs. 60

I juridisk litteratur fremheves entreprenørens egne forhold som en av grunnene til at årsakssammenheng ofte blir et tvistetema i plunder og heft-saker:

"Når slike forhold foreligger, vil de virke sammen med byggherrens forhold, og som regel på en slik måte at man ikke kan analysere seg frem til hva som skyldes entreprenørens forhold og hva som skyldes byggherrens forhold. Man må da falle tilbake på en form for «skylddeling», altså vurdere entreprenørens og byggherrens forhold opp mot hverandre med hensyn til alvorlighetsgrad og påvirkningsevne på kostnadene."¹⁰⁰

I LA-2013-175355 (Teigar ungdomsskole) prosederte samme forfatter saken for Skanska Norge AS. Retten konkluderte med at det måtte foretas en skylddeling 50/50.¹⁰¹

Rettsoppfatningen om at det må foretas en skylddeling mellom byggherren og entreprenøren har ikke fått fotfeste i etterfølgende underrettspraksis. Når det er sagt, viser rettspraksis at retten i en viss utstrekning kan utøve skjønn ved fastleggingen av hvor mye av risikoen entreprenøren må bære selv for andre mulige årsaksforhold.¹⁰² Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 7.4.

Poenget i dette kapitlet er at det ofte er svært vanskelig å kartlegge opphavet til forstyrrelsene, og at det derfor er krevende å fastlegge årsakssammenheng.

Det at noen forstyrrelser gjerne skyldes entreprenøren selv, er noe av grunnen til at entreprenøren ikke får innvilget vederlagsjustering for plunder og heft automatisk. Dersom Entreprenøren skal kompenseres for plunder og heft, så må han varsle og tydeliggjøre hvor *byggherren sviktet* og hvilke konsekvenser det fikk.¹⁰³ Entreprenøren har risikoen for egen produktivitet og kalkyle.

¹⁰⁰ Pettersson (2010) s. 358

¹⁰¹ Se kapittel 2 for nærmere behandling av dommen

¹⁰² LB-2021-139395 (ABS)

¹⁰³ EBA (2022) Nyland

5.5 Entreprenørens varslingsplikt

I kapittel 3 ble det påpekt at NS 8405:2008 punkt 25.3 først og fremst er en varslingsbestemmelse. Bestemmelsen fastsetter at krav på vederlagsjustering tapes dersom det ikke varsles innen fristen. Den generelle varslingsregelen for vederlagsjustering følger av første ledd. Entreprenøren må "uten ugrunnet opphold" varsle byggherren når han blir eller burde ha blitt klar over *forholdene*.

For plunder og heft-krav kreves det i tillegg særskilt varsel, jf. annet ledd bokstav b. "Varslet skal gis uten ugrunnet opphold når entreprenøren blir eller burde ha blitt klar over *at utgiftene ville påløpe*."¹⁰⁴ Entreprenøren har altså to ulike preklusive frister å forholde seg til. I tillegg til dette kreves det at entreprenøren holder byggherren løpende underrettet om utviklingen av plunder og heft-kravet, jf. siste ledd.

I LH-2019-169122-1 konkluderte retten med at plunder og heft-kravet ikke ble varslet rettidig, og at kravet derfor ikke kunne føre frem. Retten uttalte at varslingsplikten er begrunnet i "byggherrens behov for forutsigbarhet og mulighetene for å ha effektiv kontroll med kostnader. Varslingsplikten er videre begrunnet i ønske om å unngå vanskelig dokumenterbare krav i sluttfasen av et prosjekt."

I LE-2019-107863 (HAB II) ble det likevel poengtert at det ikke er noe "formelt i veien for at plunder og heft-krav fremsettes først i forbindelse med sluttoppgjøret." Det dreier seg nemlig om avledede konsekvenser, og det er ikke uvanlig at det først da er praktisk mulig å få oversikt over disse. Sene varslinger kan likevel påvirke byggherrens vurdering av kravets troverdighet, men kan også få betydning for bevisbedømmelsen.¹⁰⁵ Tydelig, tidlig og jevnlig varsling bør derfor fremheves som nøkkelfaktorer for å nå frem med plunder og heft-krav.

Varslingsreglene har en klar side til lojalitetsplikten i kontraktsforhold, men også byggherrens mulighet for kontradiksjon. Dersom entreprenøren ikke varsler godt nok, blir byggherren i praksis avskåret fra å treffe avbøtende tiltak som kan rette opp forhold som hindrer effektiv arbeidsflyt. Med dette fratras han muligheten til å begrense konsekvensene.¹⁰⁶ Byggherren får

¹⁰⁴ Tilsvarende i NS 8407/17 og NS 8415

¹⁰⁵ Brøndmo (2021) pkt. 3.3.

¹⁰⁶ LE-2019-107863 pkt. 3.2, samt LE-2019-150626 (Hæhre) pkt. 8.2

heller ikke anledning eller oppfordring til å sikre egne bevis fra prosjektgjennomføringen for å eventuelt bestride entreprenørens krav.

6 Nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid

Ifølge NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd kreves det at byggherreforhold fører til "nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid". Hva som er det nærmere innholdet i begrepene, fremgår ikke av standardkontrakten. Oppgaven i dette kapitlet er å gjøre rede for innholdet.

Formuleringen "eller" kan fremstå som noe villedende. Det er det to grunner til.

For et *første* kan det lede tanken hen til at "nedsatt produktivitet" og "forstyrrelser" er to ulike fenomener som må holdes adskilt. I kommentarutgaven til NS 8405 fremkommer det at dette ikke er eksakte begreper.¹⁰⁷ I praksis benyttes begrepene synonymt med betegnelsen "plunder og heft", se HR-2023-534-A.¹⁰⁸ Som påpekt av Høyesterett, er det et "bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold".¹⁰⁹ Derfor er det hverken mulig eller hensiktsmessig å oppstille et skarpt skille mellom de to begrepene. Kjernen er at entreprenørens drift må påvirkes negativt. I standardkontrakter offshore har man valgt å bruke ordet "konsekvenser", hvilket etter mitt syn er mer treffende.¹¹⁰

For det *andre* kan ordet "eller" tolkes som at det dreier seg om to alternative vilkår, hvor det første er "nedsatt produktivitet" og det andre er "forstyrrelser på annet arbeid". Det er imidlertid ikke riktig. Det må understrekes at det er et absolutt grunnvilkår at "annet arbeid"

¹⁰⁷ Marthinussen et al. (2016) s. 389 flg.

¹⁰⁸ Se avs. 42-43: "Slke forstyrrelser i det planlagte arbeidet er ofte – også av lagmannsretten i denne saken – betegnet som «plunder og heft»." Høyesterett bruker likevel begrepet "ineffektiv drift" Se også LB-2021-139395 pkt. 15.4.8. som lyder "Øvrig nedsatt produktivitet og forstyrrelser (plunder og heft)"

¹⁰⁹ HR-2019-1225-A avs. 54

¹¹⁰ Se NTK 15 artikkel 13.2 bokstav d

er påvirket. En slik forståelse er klart forutsatt i rettspraksis. I HAB-dommen beskrives kjernen av plunder og heft ved at det dreier seg om "*avledete konsekvenser*".¹¹¹

Spørsmålet videre er hva som menes med "annet arbeid". Her gir plunder og heft-bestemmelsene i standardkontraktene offshore betydelig veiledning som tolkningsmoment. NTK 15 artikkel 13.2 bokstav d femte ledd fastsetter at "konsekvenser for *andre arbeidsoperasjoner* [...] skal kompenseres særskilt".¹¹² Dette tilsier at bestemmelsen gir kompensasjon for andre konsekvenser enn de byggherreforhold direkte har forstyrret. Med "annet arbeid" i NS 8405 siktes det altså til entreprenørens øvrige kontraktsarbeid eller tilleggsarbeid, for eksempel andre arbeidsoperasjoner.

Følgende eksempel kan illustrere hva forstyrrelser på "annet arbeid" er, samt skillet mellom direkte og avledete konsekvenser: Byggherren har i sin prosjektering av et leilighetskompleks gitt feilaktige beskrivelser av grunnforholdene. Det viser seg at det ikke er berg under tomten, men leire. De avvikende grunnforholdene utgjør et byggherreforhold som *direkte* påvirker fundamenteringsarbeidet, fordi andre mer tidkrevende fundamenteringsteknikker må benyttes. De direkte merutgiftene dette medfører kompenseres for etter kontraktens egne bestemmelser om avvikende grunnforhold, jf. pkt. 25.2 bokstav b, jf. pkt. 19.3.

Det sentrale er at de avvikende grunnforholdene *også* vil kunne forstyrre utførelsen av "annet arbeid". For eksempel kan etterfølgende arbeidsoperasjoner som betongarbeid, bli forsinket og forskjøvet til vinterhalvåret. Betongarbeid er "vintersensitivt" arbeid, som innebærer at produktiviteten går betydelig ned på grunn av kulden. Dette produktivitetstapet er avledet og kan gi grunnlag for plunder og heft-krav.

Hva det vil si at produktiviteten er "nedsatt", er et spørsmål som går til kjernen av problemet med plunder og heft. Språklig må ordet "nedsatt" forstås slik at den faktiske produktiviteten i prosjektet må vurderes i forhold til noe annet for å kunne konstatere et avvik. *Hva* den faktiske produktiviteten skal sammenlignes med, følger ikke av standarden. Dette har nær sammenheng med vilkåret om "økte utgifter", som behandles i kapittel 8. I dette kapitlet er

¹¹¹ HR-2019-1225-A avs. 54–55. Høyesteretts egen kursivering

¹¹² NTK 15. Egen kursivering. NF 15 13.2 d benytter også formuleringen "andre arbeidsoperasjoner", I HR-2019-1225-A avs. 83 bruker Høyesterett ordet "arbeidsoperasjoner"

det tilstrekkelig å konstatere at grunnvilkåret er oppfylt dersom det kan sannsynliggjøres forstyrrelser på annet kontraktsarbeid eller tilleggsarbeid.

6.1 Entreprenørens "tålegrense"

Kompensasjon etter NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b første setning forutsetter at byggherreforhold har ført til "økte utgifter". Ordlyden tilsier at entreprenøren har krav på vederlagsjustering for alle utgifter som overstiger det avtalte. Det grunnleggende utgangspunktet er dermed at entreprenøren har rett til vederlagsjustering for alle fordyrende forstyrrelser påført av byggherreforhold.¹¹³

Videre i bestemmelsen fremkommer det imidlertid at retten til vederlagsjustering "gjelder bare i den utstrekning [...] forholdene ikke er påregnelige etter kontrakten, jf. 18.3 første ledd." I teorien er det derfor gitt uttrykk for at en "tålegrense" for visse forstyrrelser kan utledes direkte av ordlyden.¹¹⁴ I den henviste bestemmelsen fastsettes det at entreprenøren har plikt til "uten særskilt vederlag" å samordne sin fremdrift med øvrige aktører i prosjektet. Deretter fremgår det at:

"disse forpliktelsene gjelder kun innenfor de rammer som er påregnelige i henhold til kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprenørenes antall, art og fremdrift."

Det vil si at hvis det følger av konkurransegrunnlaget at for eksempel 20 sideentreprenører skal involveres på arbeidsplassen samtidig, vil noe samordningsproblematikk trolig være "påregnelig". Entreprenøren må da samordne sine arbeidere med byggherren og øvrige sidestilte entreprenører, uten at det utløser krav på vederlagsjustering. Ifølge Brøndmo innebærer dette at entreprenøren "ikke har rett til kompensasjon fra første krone når tålegrensen overskrides, bare for den delen som overskrider grensen."¹¹⁵

¹¹³ Brøndmo (2021) pkt. 4.3

¹¹⁴ Brøndmo (2021) pkt. 4.3

¹¹⁵ Brøndmo (2021) pkt. 4.3

Spørsmålet videre er om det gjelder en tilsvarende tålegrense for forstyrrelser som skyldes andre typer forstyrrelser. Spørsmålet er med andre ord om det gjelder et alminnelig prinsipp om en tålegrense før byggherreforhold gir krav på vederlagsjustering for plunder og heft.¹¹⁶

I HAB-dommen uttaler Høyesteretts at:

"Entreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene.

[...] krav om tilleggsvederlag for plunder og heft aktualiseres når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes, og som det ikke allerede er kompensert for."¹¹⁷

På bakgrunn av det siterte er det i juridisk teori tatt til orde for at entreprenøren i ethvert prosjekt må håndtere noe plunder og heft som skyldes byggherreforhold, uten at det gir rett til kompensasjon.¹¹⁸ Det vises i tillegg til at hensynet til effektiv prosjektgjennomføring taler for at det gjelder en viss tålegrense før entreprenøren kan fremme tilleggskrav.¹¹⁹

Hvor entreprenørens tålegrense i så fall ligger, kan ikke utledes av uttalelsene alene. Formuleringen "noen forstyrrelser", er nokså intetsigende. Den vage formuleringen har trolig sammenheng med at en eventuell grense må vurderes konkret og kan stille seg ulikt fra prosjekt til prosjekt. Dersom det gjelder en slik grense, er den neppe særlig stor.¹²⁰

Etter mitt syn er det grunn til å problematisere om Høyesteretts uttalelser innebærer at det må innfortolkes en slik "tålegrense". Jeg forstår betegnelsen som en terskel som angir i hvilken utstrekning byggherren kan forvente at entreprenøren håndterer forstyrrelser vederlagsfritt.

I HR-2019-830-A (Magne Sveen AS) avsnitt 54 uttales det at "entreprenøren har krav på den justering av vederlaget som forsinkelser eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen

¹¹⁶ Slik Brøndmo (2021) pkt. 4.3

¹¹⁷ Avs. 55–56

¹¹⁸ Brøndmo (2021) pkt. 4.3

¹¹⁹ Bjørnvik & Johansen (2021) pkt. 6.3

¹²⁰ Bjørnvik & Johansen (2021) pkt. 6.4, samt Brøndmo (2021) pkt. 6.3

medvirkning gir grunnlag for." Det tilsier at byggherren ikke kan kreve at entreprenøren skal håndtere forstyrrelser vederlagsfritt.

Videre følger det av kommentarutgaven til NS 8405 at entreprenøren ikke kan kreve vederlagsjustering dersom endringen, forsinkelsen eller svikten ved byggherrens leveranser ligger innenfor det entreprenøren måtte regne med ved inngåelsen av kontrakten.¹²¹ Dermed er det ikke et spørsmål om hva entreprenøren *må tåle*, men et spørsmål om hvilke forstyrrelser entreprenøren med rimelighet måtte forvente på anbudstidspunktet. Denne forståelse harmonerer etter mitt syn godt med HAB-dommens avsnitt 55 og 56.

På anbudstidspunktet skal entreprenøren nemlig foreta en forsvarlig vurdering av ressursbruk basert på konkurransegrunnlagets beskrivelser. Når entreprenøren da skal inngi enhetspriser på prisbærende poster, må det tas høyde for de forstyrrelser som er påregnelige.¹²² Ved plunder og heft vil forutsetningene for de vurderinger som ble gjort på anbudstidspunktet forrykkes.

Det sentrale er dermed at entreprenøren har krav på tilleggsvederlag for de forstyrrelser og problemer som det ikke er opplyst om i konkurransegrunnlaget. Byggherren kan med andre ord ikke kreve at entreprenøren må regne med forstyrrelser som det ikke er opplyst om på anbudstidspunktet. Eksempelvis skal entreprenøren ikke uten videre regne med at byggherrens leveranser blir forsinket. Ved upåregnelige forsinkelser har entreprenøren krav på vederlagsjustering.

¹²¹ Marthinussen et al. (2016) s. 387

¹²² Utførelsesentreprise innebærer normalt at entreprenøren skal inngi enhetspriser på prisbærende poster etter NS 3420.

7 Årsakssammenheng

7.1 Årsakskravet i alminnelig erstatningsrett

Etter alminnelig erstatningsrett kan det gjøres gjeldende krav dersom det foreligger "et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet", jf. HR-2023-206-A (Perpetuum) avsnitt 36.

Alminnelige erstatningskrav er noe prinsipielt annet enn kontraktmessig rett til vederlagsjustering for plunder og heft. Det er likevel interessant å se nærmere på grunntanken bak årsakskravet i alminnelig erstatningsrett. Det faller utenfor oppgavens rammer å gi en inngående analyse av det alminnelige årsakskravet.¹²³ I dette kapitlet rettes søkelyset mot utvalgte likhetstrekk som det er verdt å fremheve.

Innholdet i kravet til årsakssammenheng er utviklet i rettspraksis. Betingelselæren ble stadfestet som hovedregelen og den rådende årsakslæren i Høyesteretts andre p-pilleddom inntatt i Rt. 1992 s. 64 side 69.¹²⁴ Der fremgår det at årsakskravet vanligvis er oppfylt "dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte." Handlingen eller unnlatelsen er da «en nødvendig betingelse» for at skaden oppsto.¹²⁵ Dette er gjentatt i HR-2021-967-A, hvor det i avsnitt 30 også ble presisert at betingelselæren er utviklet nærmere for saker om rene formuestap:

"Landskapsentreprenørene [skadelidte] skal [...] stilles som om styremedlemmene [skadevolder] ikke hadde vært uaktsomme. Det må da skje en sammenligning av to hendelsesforløp: det hypotetiske hendelsesforløpet, det vil si det hendelsesforløpet som sannsynligvis ville skjedd hvis aktsom informasjon om [virksomhetens] økonomiske stilling hadde blitt gitt, og det faktiske hendelsesforløpet. Mellom disse to hendelsesforløpene eksisterer en økonomisk differanse for Landskapsentreprenørene, og det er denne differansen som – dersom den er positiv – er selskapets økonomiske tap som skal erstattes."

¹²³ For en fullstendig fremstilling se Meyer (2021)

¹²⁴ Gjentatt i bl.a. Rt. 2007 s. 172 (Schizofreni), Rt. 2007 s. 158 (Pseudoanfall)

¹²⁵ HR-2021-967-A avs. 27

Betingelseslæren innebærer altså at et hvert spørsmål om årsakssammenheng må formuleres med henvisning til et *hypotetisk hendelsesforløp*.¹²⁶ Som påpekt av førstvoterende i HR-2021-967-A avsnitt 31, kan et slikt kontrafaktisk hendelsesforløp ikke fastlegges med sikkerhet.

I HAB-dommen vises det til at «merutgifter» i punkt 21.1 i NS 3430 skal beregnes ut fra "forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene."¹²⁷ Videre uttaler Høyesterett at "det i plunder og heft-situasjoner kan være vanskelig å fastlegge hva kostnadene ville vært ved et hypotetisk handlingsforløp hvor man ser bort fra byggherreforholdene."¹²⁸ Som vi ser er det også for plunder og heft-krav en forutsetning at det *hypotetiske handlingsforløpet* kan fastlegges.

Uttalelsene i de to dommene viser at utgangspunktet for vurderingen av årsakskravet etter alminnelig erstatningsrett er det samme som ved vurderingen av vederlagsjustering for plunder og heft. Det må skje en sammenligning av det faktiske hendelsesforløpet og det hypotetiske hendelsesforløpet. Den økonomiske differansen mellom de to hendelsesforløpene utgjør erstatningskravet eller plunder og heft-kravet.

Forskjellen er at fastleggingen av det faktiske og hypotetiske hendelsesforløpet normalt er mer krevende i saker om plunder og heft. Som nevnt, skyldes plunder og heft "samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren."¹²⁹ Det skaper synergieffekter som gjør det vanskelig å spore forstyrrelsene tilbake til årsakene. Dette gjør det utfordrende å etablere en klar årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens økte utgifter. Det er altså plunder og hefts særegenhet som kravstype som skaper behovet for et todelt årsakskrav.

¹²⁶ Meyer (2021) s. 25

¹²⁷ HR-2019-1225-A avs. 77

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid. avs. 55

7.2 Totrinnsprosessen i HAB

De "generelle kravene til årsakssammenheng for plunder og heft" kommer til uttrykk i NS 8405:2004 punkt 24.3.¹³⁰ Ordene som danner utgangspunktet for årsaksvurderingen, og foranlediger totrinnsprosessen er:

"Hvis [byggherreforhold] medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid, har entreprenøren krav på dekning av de utgifter og kostnader som derved forårsakes" (egen understreking).

På denne bakgrunn bemerker Høyesterett i avsnitt 66 at årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn:

"Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det *deretter* sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter."¹³¹

Totrinnsprosessen innebærer altså at det må foreligge årsakssammenheng mellom byggherreforhold og forstyrrelsene, men også mellom forstyrrelsene og produktivitetstapet. Entreprenøren må med andre ord være påført ineffektivitet, *årsaken* må være byggherreforhold og *virkingen* må være merkostnader. For hver av disse punktene må det gjøres en bevisbedømmelse, men av nokså ulik karakter.¹³² Dette er tema for kapitlets resterende drøftelser.

I *første* trinn må entreprenøren føre bevis for at (a) det har inntrådt forhold byggherren har risikoen for, at (b) konkrete arbeidsoperasjoner i prosjektet er påvirket av forholdene, at (c) arbeidet ble påvirket i en bestemt tidsperiode og (d) hvilke konsekvenser det har fått for

¹³⁰ HR-2019-1225-A avs. 65

¹³¹ Ibid. avs. 66. Høyesteretts egne kursiveringer

¹³² Kaasen (2020) pkt. 3

produktiviteten. I *andre* trinn må entreprenøren sannsynliggjøre at (e) det er årsakssammenheng mellom konsekvensene, altså den nedsatte produktiviteten, og merkostnadene.

Følgende eksempel illustrerer hvordan bevisførselen i praksis kan forankres i de nevnte punktene:

I punkt (a) sannsynliggjøres det at byggherren har gitt feilaktige beskrivelser av grunnforholdene, for eksempel er grunnen hardere enn anbudsgrunnlaget tilsa. Videre i punkt (b) føres det bevis for at dette påvirket entreprenørens spuntarbeider ved første angrepspunkt. Deretter i punkt (c) bevises det at den ineffektive driften pågikk i uke 4 til 9. Så i punkt (d) sannsynliggjøres det at det oppstod nedsatt produktivitet i form av stillstand med spuntarbeidet og fundamenteringen, fordi det måtte bestilles tyngre maskineri for de krevende grunnforholdene.

Endelig i punkt (e) føres det sannsynlighetsbevis for at ineffektiviteten ga merarbeid på 46,5 stuffuker med en kostnad på 636 284 kroner per stuffuke, til sammen 29 587 245 kroner.

7.2.1 Nærmere om første trinn

Det overordnede vurderingstemaet i første trinn er om det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Høyesterett gir klare holdepunkter for hvilke forhold som inngår i denne vurderingen. Det gir flere knagger å henge årsaksvurderingen på.

Punkt (a) handler om å sannsynliggjøre at det foreligger forstyrrende byggherreforhold. Dette er ikke noe nytt. Forutgående underrettspraksis viser at det alltid har vært et grunnvilkår. Det som *er* nytt, er kravet til konkret påvisning av årsakssammenheng, gjennom å sannsynliggjøre forholdene i punkt b til c.¹³³ Her er nøkkelordene *hva, hvorfor, hvor, når og hvordan*

¹³³ Markussen & Bremset (2022), E-kurs

byggherreforhold påvirket.¹³⁴ Et slikt krav til konkretisering gjaldt ikke etter tidligere underrettspraksis, som omtalt i kapittel 2.

Hvor strengt kravet til konkretisering skal praktiseres, gir Høyesterett veiledning om i avsnitt 82 og 83. *Først* uttales det at kravet "må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates." Det sentrale er dermed at entreprenøren må forsøke å konkretisere og underbygge kravet i samsvar med Høyesteretts retningslinjer så langt det er praktisk mulig.

Deretter uttales det at "Utgangspunktet må altså være at [entreprenøren] skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket [...]." Ved å presisere at dette kun er et "utgangspunkt", utelukkes det ikke at det etter omstendighetene kan gjøres unntak. Hvis det for eksempel ikke er praktisk mulig å føre bevis for nøyaktig hvilken av de 100 arbeidsoperasjonene i prosjektet som ble påvirket, bør ikke det avskjære plunder og heftkravet. Denne tolkningen har også sammenheng med at entreprenørenes muligheter for å konkretisere kravet vil kunne variere stort fra prosjekt til prosjekt. Følgelig bør det ikke kreves samme grad av konkretisering i alle saker.

Eksempelvis er det normalt en ikke ubetydelig forskjell mellom byggeprosjekter og anleggsprosjekter. Et byggeprosjekt vil som regel ha flere definerte arbeidsoperasjoner og avhengigheter mellom de ulike fagene, sammenlignet med anleggsprosjekter. I et anleggsprosjekt er det normalt færre aktører, og arbeidsoperasjonene gjøres ofte gjentagende. I anleggsprosjekter vil derfor forholdene ligge bedre til rette for å innhente detaljert dokumentasjon fra prosjektgjennomføringen. Det gjør entreprenørens jobb med å konkretisere kravet enklere.

Første trinn lar seg lettere sannsynliggjøre dersom entreprenøren oppdager de forstyrrende byggherreforholdene tidlig og har gode rutiner for tydelig varsling. Fortløpende varsler er tidsnær dokumentasjon som kan påvise hvilke byggherreforhold som har forstyrret, når de har forstyrret og hvilke aktiviteter hos entreprenøren de har påvirket.¹³⁵

¹³⁴ Se Brøndmo (2021) pkt. 5.2

¹³⁵ Markussen & Bremset (2022), E-kurs

7.2.2 Nærmere om andre trinn

Etter at det er ført bevis for de kvalitative konsekvensene i først trinn, skal det i andre trinn sannsynliggjøres årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merkostnader. Andre trinn handler altså om å føre bevis for de økonomiske – eller kvantitative – konsekvensene. I den konkrete saken for Høyesterett var uenigheten mellom partene særlig knyttet til dette trinnet.¹³⁶ Derfor vies det mye oppmerksomhet av Høyesterett. Etter førstvoterendes syn kan:

"det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen."¹³⁷

Med dette sender Høyesterett et klart signal om at byggherren ikke kan kreve at entreprenøren må spore hver krone tilbake til hvert enkelt byggherreforhold. I praksis ville det avskåret entreprenøren fra å få kompensasjon for plunder og heft. Lignende synspunkter kan gjenfinnes helt tilbake i "*Entreprenørrisikoen*" av Tore Sandvik (1966). Der skrev han at man ikke kan:

"sette som vilkår for å tilkjenne tillegg, at det foreligger eksakt bevis for alle forhold av betydning for tilleggsberegningen. En full avklaring av den driftsøkonomiske innflytelse av uforutsette vansker og hindringer ville kreve en full belysning av alle driftsmessige sider ved den bedrift som bygget eller anlegget representerer, ofte over en tidsperiode av lang varighet. En slik full avklaring ville kreve et slikt oppbud av bevismateriale og et slikt arbeid med gjennomgåelsen at den praktisk talt aldri vil være gjennomførbar. Til dette kommer at selv om en kunne få full innsikt i hva som faktisk

¹³⁶ Avs. 69

¹³⁷ Avs. 86

har skjedd, må en likevel bygge på usikre hypoteser om hendingsforløpet dersom risikobegivenheten ikke hadde gjort seg gjeldende."¹³⁸

Videre i dommens avsnitt 96 knytter Høyesterett bemerkninger til lagmannsrettens rettsanvendelse. Det presiseres at det ikke må stilles "for vidtgående krav til bevisførselen i et tilfelle hvor det er en lang rekke byggherreforhold som har virket sammen." Av dette kan det utledes at kravene til bevisførsel vil kunne variere avhengig av hvor mange byggherreforhold som har forstyrret entreprenøren. Dersom det i et tilfelle kun er *ett* byggherreforhold som har medført plunder og heft, vil de hensyn som begrunner lempeligere krav til bevisførsel ikke gjøre seg gjeldende med samme styrke.

Spørsmål som det kan være relevant å besvare under dette trinnet, er for eksempel hvor mange ekstra arbeidstimer entreprenøren måtte legge ned. Her kan timelister brukes som dokumentasjon. Hvilke time- og overtidssatser gjaldt? Hvor mye kostet det å leie maskiner, og hvor mye lenger måtte de leies inn?¹³⁹ Gjennom å besvare slike spørsmål vil entreprenøren kunne føre bevis for hvilke merkostnader han er påført.

Trinn to av årsakskravet har nær sammenheng med den endelige beregningen av vederlaget. Ved å fastlegge hvor mye nedsatt produktivitet forstyrrelsene har medført, vil også kravets størrelse bli berørt. I prinsippet er imidlertid beregningen ikke en del av årsakskravet.¹⁴⁰ Beregningen behandles særskilt i oppgavens kapittel 8.2.

7.2.3 De bærende resonnementer og hensyn bak totrinnsprosessen

Begrunnelsen for Høyesteretts totrinnsprosessen fremgår av dommens avsnitt 87 og 88. Det kan som tidligere antydnet ikke kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene må påvises. Følgelig må den endelige utmålingen i noen grad bygge på skjønn. På denne bakgrunn presiseres det sentrale:

¹³⁸ Sandvik (1996) s. 352

¹³⁹ Markussen & Bremset (2022) E-kurs

¹⁴⁰ Brøndmo (2021) pkt. 5.3 tredje avsnitt

"Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenhengen som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist."

Det vil si at totrinnsprosessen forhindrer skjønnsmessige fastsettelse av vederlag "uten forankring i de rettslige krav" til årsakssammenheng.¹⁴¹ Retten kan ikke ramse opp løsevne faktorer og uttale at den "etter en samlet vurdering" er kommet til et visst resultat.¹⁴² Det gjelder nå klare retningslinjer for hvilke elementer som skal inngå i skjønn. Høyesterett tar dermed avstand fra den fremgangsmåten som var utbredt i underrettspraksis før HAB-dommen, som beskrevet i kapittel 2.

I første trinn fungerer de nevnte forholdene som en ytre ramme for rettens skjønnsutøvelse. Retten gis konkrete holdepunkter for hvordan den skal vurdere om det er sannsynliggjort at forstyrrelsene skyldes byggherren, og ikke entreprenøren. Rommet for skjønn er større i andre trinn. Siden det er umulig å fastlegge nøyaktig hva den samlede effekten av forstyrrelsene koster i kroner og øre, må retten innvilges et visst slingringsmonn.

Videre påpeker førstvoterende at totrinnsprosessen ivaretar motpartens – altså byggherrens - mulighet for kontradiksjon. Byggherren får bedre grunnlag for å imøtegå entreprenørens krav og anførsler hvis bevisførselen må forankres i det konkrete prosjektet. Dette har en klar side til entreprenørens varslings- og begrunnelsesplikt.¹⁴³

Etterfølgende underrettspraksis viser at totrinnsprosessen kan være vanskelig å anvende i praksis. I juridisk teori kritiseres prosessen for å være lite pedagogisk.¹⁴⁴ Kritikken synes å være begrunnet ut fra hensynet til en praktikabel regel. Kaasen skriver at det ikke kommer tydelig nok frem at det dreier seg om "tre prinsipielt forskjellige temaer: Er det ført tilstrekkelig bevis for (a) byggherreforhold, (b) forstyrrelser/ineffektivitet og (c) årsakssammenhengen mellom dem?" Disse innvendingene ble fanget opp i LE-2019-150626

¹⁴¹ HR-2019-1225-A avs. 98

¹⁴² Kaasen (2020) pkt.8

¹⁴³ Se HR-2019-1225-A avs. 85

¹⁴⁴ Kaasen (2020) pkt. 3 avsnitt 8

(Hæhre). Der tok lagmannsretten utgangspunkt i Kaasens tre temaer for å vurdere plunder og heft-kravet. Denne rettskildebruken kan det være grunn til å stille seg kritisk til.

7.3 De generelle prinsippene for bevis

Plunder og heft-krav reiser spesielle bevisproblemer.¹⁴⁵ For det *første* er det utfordrende å sannsynliggjøre konkrete konsekvenser av forstyrrende byggherreforhold. Dette gjelder særlig når kontraktsarbeidet forstyrres av flere samvirkende årsaker.

For det *andre* er det vanskelig å sannsynliggjøre et hypotetiske hendelsesforløp hvor byggherreforholdene tenkes borte. Hvordan prosjektet ville ha forløpt uten byggherreforholdene, er *kontrafaktisk* og kan derfor ikke fastlegges med sikkerhet.¹⁴⁶ Tema i dette kapitlet er hvordan disse utfordringen påvirker bevisførselen og bevisbedømmelsen.

Før Høyesterett ble forelagt spørsmålet i HAB-dommen, hersket det tvil om hvilke krav som måtte stilles til bevisene for årsakssammenheng.¹⁴⁷ Enkelte byggherrer hevdet at det burde stilles strengere krav til bevis for plunder og heft enn for andre typer krav. På den andre siden tok enkelte entreprenører til orde for at man kunne nøye seg med mer generelle og overordnede tilnærminger.¹⁴⁸

Høyesterett valgte å fremheve to grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper:

"Min vurdering tar utgangspunkt i *de generelle prinsippene for bevis*. Jeg viser til prinsippet om *fri bevisbedømmelse* i tvisteloven § 21-2 første ledd og prinsippet om *fri bevisføring* i § 21-3 første ledd" (egne kursivering).¹⁴⁹

¹⁴⁵ HR-2019-1225-A avs. 76, gjentatt av mindretallet i HR-2023-534-A avs. 84

¹⁴⁶ HR-2021-967-A avs. 31

¹⁴⁷ Se blant annet Marthinussen et al. (2016) s. 388

¹⁴⁸ Brøndmo (2021) pkt. 5.4.2

¹⁴⁹ HR-2019-1225-A avs. 72

Uttalelsen presiserer at vurderingene her – som ellers i sivile saker – må forankres i de alminnelige bevisreglene. At årsaksforholdene er komplekse, medfører altså ikke at bevisene skal bedømmes etter prinsipielt andre regler.¹⁵⁰ Dette er ikke oppsiktsvekkende.

I forarbeidene til tvisteloven påpekte utvalget at "[v]år prosess kan, når det gjelder bevis, sies å hvile på to grunnleggende utgangspunkter. Det er prinsippet om fri bevisføring og prinsippet om fri bevisbedømmelse."¹⁵¹ Sivile saker avgjøres ofte basert på rettens vurdering av sakens faktum. Bevisførselen og bevisbedømmelsen er derfor sentrale forhold.¹⁵²

Høyesteretts påminnelse gjør det nødvendig å undersøke hva som er innholdet i prinsippene, og hvordan de kommer til anvendelse i saker om plunder og heft.

7.3.1 Fri bevisbedømmelse

Hvordan saksforholdet skal fastsettes i saker hvor partene er uenige om de relevante rettsstiftende kjensgjerninger,¹⁵³ reguleres av tvl. § 21-2 første ledd, som sier:

"Retten fastsetter ved en fri bevisvurdering det saksforhold avgjørelsen skal bygges på."

Bestemmelsen knesetter prinsippet om fri bevisbedømmelse. Ordlyden tilsier at retten står fritt til å vurdere hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen. Av ordlyden kan det også utledes at retten fritt kan bestemme hvilken vekt de ulike bevis skal tillegges.

Bestemmelsen gir ingen veiledning i spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som kreves for å anse et faktisk forhold bevist.

I NOU 2001: 32 A side 459 uttaler utvalget at hovedregelen er at:

"retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn. Men de materielle regler som skal anvendes, kan gi anvisning på noe annet, og det vil også være mer generelle

¹⁵⁰ Kaasen (2020) pkt. 4

¹⁵¹ NOU 2001: 32 B s. 455

¹⁵² Ristvedt (2013) pkt. 1

¹⁵³ Skoghøy (2022) s. 897

prinsipper for bevisbedømmelsen som vil innebære reelle unntak fra hovedreglen [sic]."

Høyesterett gir flere veiledende uttalelser om bevisbedømmelsen i HAB-dommen. For det *første* gjelder det lite skarpskårne regler om beviskrav, bevisbyrde og bevisføringsbyrde. For det *andre* finnes det retningslinjer for hvilken vekt begivenhetsnære bevis bør tillegges. Disse temaene drøftes i det følgende.

7.3.1.1 Beviskravet

Saksforholdet i en tvist blir sjeldent fullstendig opplyst. Det vil ofte eksistere tvil om sakens faktum. Beviskravet er en rettslig norm som dommeren anvender for å «skjære» igjennom tvilen og avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen.¹⁵⁴ Hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at retten skal legge et bestemt faktum til grunn, omtales som et spørsmål om *beviskrav*.¹⁵⁵ Spørsmålet er altså *hvor sikker* dommeren må være for å konkludere med årsakssammenheng.¹⁵⁶

I sivile saker skal retten som den "store hovedregel legge til grunn det faktum som den finner mest sannsynlig – overvektsprinsippet [...]. Beviskravet er altså at det må være mer enn 50 prosent sannsynlighet for et bestemt faktum."¹⁵⁷ Begrunnelsen for dette utgangspunktet er at et krav om sannsynlighetsovervekt statistisk sett gir flest riktige avgjørelser, jf. HR-2016-2579-A avsnitt 33.

Hvilke krav til sannsynlighetsovervekt som kreves i den konkrete sak, må likevel avgjøres basert på tolking av den aktuelle materiellrettslige regel, eller ved fastleggelse av det beviskrav som følger av rettspraksis på området.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Pedersen (2016) s. 272

¹⁵⁵ Skoghøy (2022) s. 912

¹⁵⁶ Jerkø (2017) s. 405–406

¹⁵⁷ HR-2020-2021-A avs. 69. Se også ovenfor siterte forarbeider

¹⁵⁸ Schei et al. (2013), *Lovkommentar* tvl. § 21-2 pkt. 3 sjettede avsnitt

Når det gjelder beviskravet i saker om plunder og heft, uttales følgende i HAB-dommen:

"Ved bevisbedømmelsen gjelder overvektprinsippet, jf. Rt-2015-1246 avsnitt 35. Siktemålet med bevisførselen er å komme frem til det beløp som – basert på kontraktens utmålingsregler – er korrekt, på grunnlag av det som fremstår som det mest sannsynlige faktum etter avsluttet bevisføring."¹⁵⁹

Uttalelsen tilsier at beviskravet for plunder og heft-krav er det samme som det alminnelige utgangspunktet i sivile saker. Retten må legge til grunn det faktum som har overvekt av sannsynlighet for seg, det vil si at det er større sannsynlighet for et bestemt faktum enn summen av de øvrige alternativene.¹⁶⁰ Dette er i tråd med Høyesteretts uttalelse i avsnitt 72 om at vurdering tar utgangspunkt i "de generelle prinsippene for bevis".

På denne bakgrunn fremstår Høyesteretts etterfølgende bemerkning til "beviskravene" i avsnitt 86 noe uklar:

"Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. *Beviskravene* kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft" (egen kursivering).¹⁶¹

Uttalelsen bør etter mitt syn ikke tolkes som noe mer enn en erkjennelse av at det kan være krevende for entreprenøren å sannsynliggjøre årsakssammenheng, og at retten må ta dette i betraktning ved bevisbedømmelsen. Avsnittet gir ikke rettskildemessig dekning for å hevde at overvektsprinsippet ikke gjelder i saker om plunder og heft.

Byggherresiden anfører gjerne at plunder og heft-kravet ikke er "dokumentert". Dette begrepet kan fremstå noe misvisende, idet det kan trekke i retning av at det må foreligge konkret informasjon på et ark som nærmest er uomtvistelig.¹⁶² Det bør imidlertid understrekes at overvektsprinsippet innebærer at entreprenøren kun behøver å "sannsynliggjøre" kravet

¹⁵⁹ HR-2019-1225-A avs. 73

¹⁶⁰ HR-2015-2265-A avs. 35

¹⁶¹ HR-2019-1225-A avs. 86

¹⁶² Brøndmo (2021) pkt. 7.2.2 siste avsnitt

med 51 prosent. Det kreves altså ikke at kravet er 100 prosent sannsynliggjort, slik "dokumentasjonsbegrepet" kan trekke i retning av.

I juridisk teori utdypes det hva det innebærer at overvektsprinsippet *bare* danner et utgangspunkt for bevisbedømmelsen. Det finnes "en rekke situasjoner hvor man uten hjemmel i lov eller etablert rettsregel må stille krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i den ene eller andre retningen."¹⁶³

Som eksempel kan nevnes erstatning for positiv kontraktsinteresse ved forbigåelse ved tildeling av anbud og brudd på anskaffelsesregelverket. I HR-2023-206-A (Perpetuum) avsnitt 37, med henvisning til Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus), la Høyesterett til grunn at det kreves "klar sannsynlighetsovervekt", altså mer enn 51 prosent sannsynlighet, for at kontrakten skulle gått til vedkommende tilbyder. I Nucleus-dommen uttales det på side 1079 at:

"Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar."

En mulig begrunnelse for at beviskravet skjerpes i disse sakene er at konsekvensene for de berørte parter er så store. Dommen illustrerer at enkelte hensyn etter omstendighetene kan danne grunnlag for å fravike overvektsprinsippet. Hensynet til så langt som mulig å oppnå et materielt riktig avgjørelsesgrunnlag - som er begrunnelsen for overvektsprinsippet - "må altså i enkelte tilfeller stå tilbake for andre mer tungtveiende hensyn."¹⁶⁴ *Bevissikringshensynet* er et nærliggende eksempel for denne oppgaven:

"Det finnes en omfattende rettspraksis for at dersom den ene parten har hatt mulighet og oppfordring til å sikre beviset for en faktisk omstendighet, mens den annen ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring, vil det kunne gi grunnlag for å la bevistvil gå utover den part som kunne og burde ha sikret beviset («bevissikringshensynet»). I

¹⁶³ Skoghøy (2022) s. 927

¹⁶⁴ Skoghøy (2022) s. 939, se HR-2016-2579-A avs. 33 omtalt ovenfor

dette ligger at omstendigheten må være godtgjort med mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt."¹⁶⁵

I plunder og heft-situasjoner ligger forholdene normalt slik an at partene har ulik tilgang til bevis. Entreprenøren har førstehånds kjennskap til de omstendigheter som hevdes å lede til hans produktivitetstap, mens byggherren er fjernere fra sakens faktiske forhold.¹⁶⁶ Den part som gjennomfører arbeidet som blir forstyrret, er nærmest å observere og dokumentere forstyrrelsene og virkningene. Entreprenøren har dermed større mulighet og oppfordring til å sikre bevis for forstyrrelser enn det byggherren har.

Bevissikringshensynet ble nevnt i HAB-dommens avsnitt 85. Det ble imidlertid ikke påpekt at dette hensynet kan trekke i retning av at beviskravet bør skjerpes i enkelte saker, slik at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt.¹⁶⁷ På andre rettsområder har Høyesterett skjerpet beviskravet på grunn av bevissikringshensynet.¹⁶⁸

Etter Brøndmos oppfatning vil et forsterket krav til sannsynlighetsovervekt også kunne komme til anvendelse i plunder og heft-saker, der hensynet gjør seg særlig gjeldende. Dette vil, ifølge artikkelforfatter, være i tråd med "de generelle prinsippene for bevis der begrunnelsen slår til."¹⁶⁹ Jeg kjenner ikke til underrettspraksis som tilkjenner eller bekrefter dette synspunktet.

En innvendig til å anvende et slikt skjerpet beviskrav, er at det vil redusere entreprenørens mulighet for å nå frem med et ellers berettiget krav på vederlagsjustering. Entreprenørens fokus er normalt rettet mot produksjonen, ikke å vurdere om byggherreforhold medfører nedsatt produktivitet. Den samlede effekten av byggherreforhold viser seg gjerne først sent i

¹⁶⁵ Skoghøy (2022) s. 938 med videre henvisning til Rt. 1976 s. 239 A, 1980 s. 1299 A, 1990 s. 688 A, 2001 s. 1265 A, 2003 s. 338 A, 2003 s. 764 A, 2007 s. 129 A, 2009 s. 920 A og 2010 s. 584 A

¹⁶⁶ Kaasen (2020) pkt. 7

¹⁶⁷ Brøndmo (2021) pkt. 5.4.2

¹⁶⁸ Skoghøy (2022) s. 938 med videre henvisning til Rt. 1976 s. 239 A, 1980 s. 1299 A, 1990 s. 688 A, 2001 s. 1265 A, 2003 s. 338 A, 2003 s. 764 A, 2007 s. 129 A, 2009 s. 920 A og 2010 s. 584 A

¹⁶⁹ Brøndmo (2021) pkt. 5.4.2

kontraktsarbeidet, eventuelt etter at kontraktsarbeidet er avsluttet.¹⁷⁰ Selv ikke den mest oppmerksomme entreprenør vil se effekten av byggherreforholdene før de har virket en stund.

7.3.1.2 Bevisbyrde og bevisføringsbyrde

I forrige kapittel så vi nærmere på beviskravet i saker om plunder og heft. Spørsmålet om *bevisbyrde* dreier seg om hvilken av partene avgjørelsen vil gå imot, dersom det er tvil om *beviskravet* er oppfylt.¹⁷¹ Bevisbyrde handler altså om *hvem* som må bevise et faktisk forhold, mens beviskrav handler om *hvor sterkt* det må bevises.¹⁷²

Bevisbyrden har lenge vært et av rettsvitenskapens mest omdiskuterte problemer.¹⁷³

Tvistelovens regler og forarbeider sier ikke noe konkret om "bevisbyrde". Heller ikke NS 8405, eller noen av de andre standardene utgitt av Standard Norge, har bestemmelser om dette.

Rettspraksis og juridisk litteratur er ofte de eneste kildene til regler om bevisbyrden.¹⁷⁴

Høyesterett uttalte i HR-2020-2021-A avsnitt 70 at det "alminnelige utgangspunktet er at det er den parten som hevder at det er inntrådt en rettsstiftende eller rettsendrende omstendighet, som har bevisbyrden". Utgangspunktet begrunnes med prinsippet om forrang for "status quo": "Hvis det ikke finnes holdepunkter for annet, bør den rettsstilstand som er etablert, gis fortrinnet."¹⁷⁵

For tvister om plunder og heft har Høyesterett spesifikt angitt hvem som har bevisbyrden:

¹⁷⁰ LE-2019-150626 (Hæhre)

¹⁷¹ HR-2020-2021-A avs. 70

¹⁷² Robberstad (2021) s. 23

¹⁷³ Jerkø (2017) s. 89

¹⁷⁴ I enkelte tilfeller er bevisbyrden lovfestet. Se eks. konkursloven § 100 (3): "Den som påberoper regelen i annet ledd, har bevisbyrden for at det forelå god tro." Det finnes imidlertid lovfestede regler om bevisbyrde for visse sakstyper. Angrerettloven § 20 fjerde ledd er et eksempel på det. Der fremkommer det at "Bevisbyrden for at melding er gitt, påhviler forbrukeren."

¹⁷⁵ Skoghøy (2022) s. 918

"Det er entreprenøren som må sannsynliggjøre at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. [...]

Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom entreprenørens krav og byggherreforholdene, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over entreprenøren. Entreprenøren har med andre ord *bevisbyrden*" (egen kursivering).¹⁷⁶

Uttalelsen etterlater ingen tvil om at bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng påhviler entreprenøren fullt ut i saker om plunder og heft. Entreprenøren har bevisbyrden, ikke bare hva gjelder årsakssammenheng, men også de øvrige vilkårene. Dette er i tråd med standardkontraktens system. Entreprenørens varslingsplikt, som omtalt i kapittel 5.5, er knyttet til at han er nærmest til å sikre bevis for de konsekvenser byggherreforholdene har for ham.¹⁷⁷

Dette er for øvrig i tråd med alminnelig erstatningsrett. Der er utgangspunktet at den som krever erstatning må bevise at vilkårene er oppfylt, herunder at den ansvarsbetingende handling har ført til økonomisk tap, jf. HR-2015-1077-A avsnitt 55.

I lys av at alternativet til dette ville vært at byggherren har bevisbyrden for at det *ikke* foreligger årsakssammenheng mellom byggherreforhold og forstyrrelser for entreprenøren, er løsningen fornuftig. Byggherren har ikke samme mulighet eller oppfordringer til å sikre bevis for forstyrrelser entreprenøren er, eller ikke er påført. Entreprenøren er som regel den av partene "som til enhver tid har best og mest umiddelbar innsikt i hvordan prosjektet utvikler seg", eksempelvis via ressurspådrag, kostnadsutvikling, fremdrift og alternative fremgangsmåter.¹⁷⁸

¹⁷⁶ HR-2019-1225-A avs. 74 og 75

¹⁷⁷ HR-2019-1225-A avs. 83 og 84

¹⁷⁸ Kaasen (2020) pkt. 6

Videre er det verdt å merke seg at Høyesterett sondrer mellom *bevisbyrde* og *bevisføringsbyrde*:

Dersom "entreprenøren har lagt frem vektige bevis, vil *bevisføringsbyrden* skifte over til byggherren, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene avhengig av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført. [...]

Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom entreprenørens krav og byggherreforholdene, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over entreprenøren. Entreprenøren har med andre ord *bevisbyrden*" (egen kursivering).¹⁷⁹

Bevisføringsbyrde omtales gjerne som subjektiv eller falsk bevisbyrde, mens *bevisbyrde* omtales som den egentlige eller objektive bevisbyrden.¹⁸⁰ Robberstad forklarer skillet nærmere i boken "*Hvem har bevisbyrden?*" (2021):

"Den egentlige bevisbyrden, den objektive [...], får først betydning når dommeren skal avgjøre saken. Den veksler ikke underveis i behandlingen, som en pingpongball som spilles frem og tilbake. Dette fenomenet kalles «subjektiv» eller falsk bevisbyrde, det betegner bevissituasjonen på ulike stadier i den bevisvurderingen som dommeren foretar underveis i saksbehandlingen.¹⁸¹

I HAB-dommen, som gjaldt plunder og heft, valgte Høyesterett å fremheve dette skillet. Det tilsier at forskjellen er viktig i saker om plunder og heft, hvor bevissituasjonen gjerne er komplisert. Hvem som har *bevisbyrden*, sier ikke noe om "hvordan resultatet av den konkrete bevisbedømmelsen for øyeblikket står". *Bevisføringsbyrden* angir hvem som må gjøre noe for å få endret resultatet av den konkrete bevisbedømmelse, slik bevisresultatet for øyeblikket fremstår.¹⁸²

¹⁷⁹ HR-2019-1225-A avs. 74 og 75

¹⁸⁰ Skoghøy (2022) s. 913

¹⁸¹ Robberstad (2021) s. 27

¹⁸² Skoghøy (2022) s. 913

Betydningen av den skiftende bevisføringsbyrden ble påpekt i LB-2019-192253.¹⁸³

Entreprenøren hadde ført konkrete og tidsnære bevis for problemene som oppstod i prosjektet, i form av detaljerte månedsrapporter. Entreprenøren hadde med andre ord lagt frem "vektige bevis", slik at bevisføringsbyrden ble veltet over på byggherren, jf. HAB avsnitt 74.¹⁸⁴

Byggherrens innsigelser til de vektige bevisene som ble fremlagt var ikke tilfredsstillende:

"Lagmannsretten meiner at månadsrapportane må reknast som ei tilstrekkeleg sannsynleggjering, all den tid [byggherren] ikkje har konkretisert på kva måte den meiner det er feil ved skildringa i månadsrapportane. Lagmannsretten viser til at krava til bevis og sannsynleggjering må tilpassast den konkrete entrepriseavtalen og i kva grad ein part har gjort bruk av det handlingsrommet parten sjølv har for å underbyggja eigen argumentasjon. I ein situasjon der argumentasjonen til byggherren [...] blir halden på eit svært generelt plan, kan det ikkje krevjast at entreprenøren [...] set fram meir omfattande bevisføring enn det selskapet har gjort i denne tvisten."¹⁸⁵

Dommen illustrerer hvordan bevisføringsbyrden kan skifte over til byggherren, og fungerer som et nyttig virkemiddel. Kjernen er at "jo mer konkrete entreprenørens bevis er, jo mer konkrete må også byggherrens innsigelser til disse være."¹⁸⁶

7.3.1.3 Vekten av begivenhetsnære bevis og parts- og vitneforklaringer

Tvisteloven § 21-2 første ledd knesetter prinsippet om fri bevisbedømmelse. Prinsippet innebærer blant annet at retten står fritt til å bedømme vekten av bevis, og hvordan de skal samordnes med andre bevismidler. I forarbeidene presiseres det at fri bevisbedømmelse medfører "at det ikke er regler for den vekt enkelte bevis skal tillegges. Hvor det er gitt slike vektregler, er bevisbedømmelsen bundet."¹⁸⁷

¹⁸³ Saken gjaldt vederlagsjustering for forsering, men HAB-dommens retningslinjer for bevis for årsakssammenheng for ineffektiv drift gjelder tilsvarende, se HAB avs.108–109

¹⁸⁴ Lagmannsretten viser til HAB avs. 74

¹⁸⁵ LB-2019-192253

¹⁸⁶ CMS Kluge (2022) s. 11–12

¹⁸⁷ NOU 2001:32 A, s. 457

Likevel har Høyesterett i en lang rekke avgjørelser – blant annet i HAB-dommen – fremhevet at "begivenhetsnære" eller "tidsnære" bevis veier tungt ved bevisbedømmelsen.¹⁸⁸ Med slike bevis menes "nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenhet eller det forhold som skal klarlegges".¹⁸⁹ I saker om plunder og heft dreier det seg om bevis fra den gangen arbeidene ble utført og produktivitetsforstyrrelsene oppsto. Eksempler på dette er varsler, tegningsrevisjoner, møtereferater, e-poster og månedsrapporter, men også interne vurdering og notater.

I teorien er oppfatningene delte om forståelsen av Høyesteretts uttalelser om enkelte bevismidlers vekt. På den ene siden mener Kolflaath og Løvli at uttalelsene innebærer en normering av bevisbedømmelsen, på samme måte som Høyesteretts prejudikater blir bestemmende for forståelsen av rettsregler.¹⁹⁰ På den andre siden mener Strandbakken at en slik normering er i strid med prosessordningen.¹⁹¹ Ifølge Jerkø er "Høyesteretts uttalelser om bevisvurderingen [...] ikke normerende."¹⁹²

Skoghøy tar til orde for at vekten av begivenhetsnære bevis har sammenheng med at parts- og vitneforklaringer er beheftet med feilkilder.¹⁹³ Etterfølgende dokumenter og forklaringer vil gjerne være "påvirket av konflikten og de impliserte interesser i utfallet av saken".¹⁹⁴ Dette synspunktet kommer til uttrykk i Rt. 1998 s. 1565 side 1517:

"Opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på [...]"

I tilknytning til det siterte uttaler Tvistemålsutvalget i NOU 2001: 32 A følgende:

¹⁸⁸ Skoghøy (2022) s. 911, se HR-2019-1225-A (HAB) avs. 85, HR-2019-2336-A avs. 35, HR-2019-928-A avs. 53, HR-2020-2476-A avs. 74

¹⁸⁹ HR-2019-928-A avs. 53

¹⁹⁰ Jerkø (2017) s. 412

¹⁹¹ Ibid. s. 412–413, med videre henvisning til Strandbakken (2003) s. 62

¹⁹² Jerkø, (2017) s. 417

¹⁹³ Skoghøy (2022) s. 911

¹⁹⁴ Se f.eks. Rt.1995 s. 821 side 828

"Slike mer generelle betraktninger om bevisbedømmelsen, representerer ikke noe unntak fra regelen om fri bevisbedømmelse. De generelle betraktningene er uttrykk for alminnelige erfaringssetninger og alminnelige betraktninger ellers som ikke binder ved bevisvurderingen, men som det vil være naturlig å ta i betraktning dersom det ikke skulle være holdepunkter for at det i det konkrete tilfelle forholder seg annerledes."¹⁹⁵

Jeg tolker forarbeidsuttalelsene slik at Høyesteretts uttalelser ikke er i strid med prinsippet om fri bevisbedømmelse, nettopp fordi uttalelsene ikke er normerende eller bindende for bevisbedømmelsen. Det dreier seg om veiledende retningslinjer for bevisbedømmelsen, som det er nærliggende å ta i betraktning, ikke bindende regler. Dersom retten skulle vært bundet til å legge stor vekt på begivenhetsnære bevis, ville bevisbedømmelsen ikke lenger vært fri. Uttalelsene bygger på alminnelige erfaringssetninger om at bevis som er nærmere i tid den begivenhet som skal bevises, normalt har større troverdighet enn etterfølgende bevis. Det vil med andre ord nær sagt alltid være fornuftig å legge stor vekt på tidsnære bevis.

At det dreier seg om veiledende retningslinjer, får støtte av Tore Schei mfl. i kommentarutgaven til tvisteloven:

«Uttalelser om bevisvurderingen i dommer fra Høyesterett må prinsipielt anses som uttrykk for retningslinjer som er veiledende for bevisvurderingen i senere saker uten å være bindende for lavere domstoler på samme måte som uttalelser om rettsanvendelsen. Uttalelsene kan likevel reelt få stor betydning for bevisvurderingen i lignende saker, og er ment slik.»¹⁹⁶

HAB-dommens retningslinjer angående vekten av tidsnære bevis *har fått* stor betydning for bevisbedømmelsen i lignende saker om plunder og heft. Lagmannsrettene og partene viser stadig til HAB-dommens avsnitt 85. Som drøftelsen ovenfor viser, er det ikke helt opplagt hvordan dommere og parter skal anvende Høyesteretts retningslinjer i praksis. Det er nok noe av grunnen til at enkelte trår feil. Høyesteretts uttalelser kan i ytterste konsekvens brukes som et "legitimerende belegg for å forenkle bevisbedømmelsen og å fravike den komplekse vurdering som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse".¹⁹⁷

¹⁹⁵ NOU 2001:32 A rett på sak s. 458–459

¹⁹⁶ Schei et al. (2013) s. 776.

¹⁹⁷ Jerkø (2017) s. 417 Omtalt på generelt grunnlag

Jerkø mener at det i komplekse saker kan være fristende å vise til Høyesteretts uttalelser om begivenhetsnære bevis, for så å redegjøre for hva disse indikerer, og nærmest se bort fra andre bevis som ifølge uttalelsen er ansett å være av mindre betydning.¹⁹⁸ Uttalelsene kan på denne måten benyttes for å "hoppe over gjerdet der det er lavest" ved bevisbedømmelsen. Etter mitt syn innebærer det at dommeren unndrar seg en samvittighetsfull prøving av det samlede bevisbildet. I noen tilfeller kan forholdene ligge slik an at tidsnære bevis har begrenset verdi, for eksempel der situasjoner eller dokumentasjon oppkonstrueres. Da bør beviset ikke ukritisk legges til grunn som viktig.

Eidsivating lagmannsretts dom av 3. juni 2021, inntatt i LE-2019-150626 (Hæhre), er illustrerende. Byggherren anførte at fremdriftsplanen ikke gir "bevis for årsaker til avvik mellom plan og virkelig utførelse – dette må tidsnære bevis dokumentere." Slik jeg forstår anførelsen, harmonerer den dårlig med prinsippet om fri bevisførsel, jf. tvl. § 21-3 første ledd. Prinsippet gir entreprenøren rett til å føre de bevis han mener underbygger kravet. Det gjelder ikke et absolutt krav om at dokumentasjonen må finnes i form av tidsnære bevis, slik byggherren her hevder. Lagmannsrettens vurdering synes likevel å bygge på byggherrens tilnærming:

"lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tidsnære bevis som bekrefter partsvitnet Smetbaks forklaring om at løsmassemengden generelt førte til mindre effektiv drift."

"Det er, slik lagmannsretten har uttrykt foran mer generelt, ikke tidsnære bevis som kan sannsynliggjøre at den økte mengden løsmasser medførte vanskeligere arbeidsoperasjoner."

"I fravær av tidsnære bevis om årsaksforholdene, ser lagmannsretten det som like sannsynlig at stansen hadde andre årsaker, herunder driftsmessige valg som Hæhre tok."

Lagmannsretten bruker her fravær av tidsnære bevis som et avgjørende argument for at det ikke foreligger årsakssammenheng. Tidsnære bevis ser nærmest ut til å være et vilkår for å

¹⁹⁸ Jerkø (2017) s. 417

kunne konstatere årsakssammenheng for plunder og heft. Partsvitnets forklaring tillegges ikke vekt som bevismiddel. Begrunnelsen synes å være at det ikke finnes tidsnære bevis som bekrefter forklaringen.

Etter mitt syn fremstår dette som en forenkling av den brede og komplekse bevisvurdering som prinsippet om fri bevisbedømmelse legger opp til. Allerede i den grunnleggende P-pilledommen ble det påpekt at spørsmålet om årsakssammenheng "må avgjøres ut fra en *samlet bedømmelse* av bevismaterialet i saken."¹⁹⁹

Tidsnære bevis bør ikke overskygger betydningen av det samlede bevisbildet. Høyesteretts uttalelse i HAB-dommens avsnitt 85 - om at tidsnære bevis "veier særlig tungt" – blir etter min vurdering strukket for langt av lagmannsretten. Det kan se ut til at retten glemmer det grunnleggende prinsippet om fri bevisføring, jf. tvl. § 21-3 første ledd. Entreprenøren står fritt til å sannsynliggjøre kravet sitt. I flere andre lagmannsrettsavgjørelser etter HAB-dommen vises det til at retten har lagt stor vekt på tidsnære bevis. Høyesteretts uttalelser angående vekten av begivenhetsnære bevis gir imidlertid ikke rettskildemessig dekning for å forkaste øvrige bevismidler, slik enkelte tilsynelatende gjør.

I den forbindelse kan det være grunn til å fremheve betydningen av parts- og vitneforklaringer. I praksis spiller disse en sentral rolle som bevismiddel.²⁰⁰ De må ikke undervurderes. Bevismidlet kan bidra til å sette dommeren inn i den kontekst som var på bygge- og anleggsplassen da kravet oppstod. Til sammenligning vil et enkelt endringsvarsel - som er et begivenhetsnært bevis – normalt gi lite informasjon om konteksten og det store helhetlige bildet av prosjektet. Begivenhetsnære bevis alene er lite egnet til å gjøre dommeren i stand til å forstå utfordringene i prosjektet.

Utfyllende muntlige forklaringer er et effektivt virkemiddel for å sette øvrige bevismidler i kontekst og gjøre dommeren i stand til å forstå hvordan forstyrrelser har påvirket entreprenøren. Slik direkte bevisførsel gjør dommernes pålitelighetsvurdering mer treffsikker.

¹⁹⁹ Rt. 1992 s. 64 (P-pille II) side 70

²⁰⁰ Skoghøy (2022) s. 910

Dessuten legger bevisumiddelbarhet og muntlighet til rette for kontradiksjon. Retten og den annen part får mulighet til å stille oppfølgingsspørsmål og betrakte vitnets og partens opptreden i retten. Nytteverdien av parts- og vitneforklaringer er treffende spissformulert ved uttalelsen: "papir rødmer ikke".²⁰¹

For entreprenører og byggherrer er det likevel viktig å være klar over at begivenhetsnære bevis er hovedkilden for domstolenes bevisbedømmelse. Aktørene bør innarbeide rutiner og systemer for å sikre slike bevis fra prosjektgjennomføringen. Spesielt entreprenøren bør være oppmerksom på dette. Det er administrative kostnad forbundet med slik oppfølging. Men som det vil fremgå straks nedenfor, gir moderne teknologiske hjelpemidler nye og billigere muligheter for bevissikring

7.3.2 Fri bevisføring

Hovedregelen etter tvl. § 21-3 første ledd er at partene har "rett til å føre de bevis de ønsker." Begrepet "bevis" defineres ikke i tvisteloven. I praksis brukes begrepet i vid forstand om fenomener som er kilde til informasjon i rettsaker.²⁰² Partenes rett til å føre bevis er så grunnleggende at et det også nevnes i tvl. § 1-1 annet ledd som et middel for å nå lovens formål.²⁰³ Det klare utgangspunktet er dermed at partene skal få anledning til å legge frem det materialet de mener støtter deres sak.²⁰⁴

Det gjelder visse unntak fra retten til å føre bevis, jf. § 21-3 første ledd andre punktum. I HAB-dommen viser Høyesterett til at entreprenøren innenfor de rammer som følger av §§ 21-7 og 21-8, står fritt til å føre de bevis han mener underbygger kravet. De to bestemmelsene utgjør de alminnelige begrensingene i prinsippet om fri bevisføring. Bevis som ikke er relevant for saken eller for omfattende for tvisten kan avskjæres. Førstvoterende nevnte ikke unntakene i tvistelovens kapittel 22.

²⁰¹ Skoghøy (2022) s. 860

²⁰² Schei et al. (2013) Lovkommentar, Femte del – Bevis pkt. 1

²⁰³ Schei et al. (2013) Lovkommentar, § 21-3. Rett og plikt til bevisføring pkt. 1

²⁰⁴ NOU 2001:32 B rett på sak s. 946

For oppgavens tema kan det være nyttig å minne om vernet av advokatkorrespondanse som bevis, jf. tvl. § 22-5. I entreprisetvister generelt - og i plunder og heft-saker spesielt - er det utstrakt bruk av sakkyndige vitner. Det er gjerne tett dialog mellom partens advokat og den sakkyndige. Spørsmålet som da kan oppstå er om korrespondansen mellom de to kan fremlegges som bevis. Et slikt spørsmål ble behandlet i LB-2021-11808-1. For oppgavens formål, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

7.3.2.1 Nye muligheter for bevissikring

Innenfor rammene av fri bevisføring finnes det en rekke ulike måter å dokumentere krav sitt på. Aktørene må ha klart for seg at bevis og dokumentasjon ikke bare er informasjon på et ark. Ny teknologi gir nye muligheter for bevissikring. Den teknologisk utvikling på byggeplassen har skutt fart de siste årene. For å vinne frem med vederlagsjustering bør entreprenøren løpende sikre bevis som viser årsaker til forstyrrelser og virkninger av dette på annet arbeid.²⁰⁵

I LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) benyttet byggherren bilder tatt fra luften med værballoon. I dag kan slike bilder eller videoer innhentes ved bruk av droneteknologi. I LB-2021-139395 (ABS) la Veidekke frem terrengmodeller fremstilt ved laserskanninger og bildeopptak fra fly og droner.

Moderne anleggsmaskiner registrerer automatisk hvor de arbeider, og til en viss grad hvilket arbeid som utføres. Slik GPS-sporing kan også benyttes på mannskap. Dette kan reise problemstillinger knyttet til GDPR-regelverket og personopplysningsloven.²⁰⁶ Slike problemstillinger bør avklares før teknologien tas i bruk.

Moderne databehandlingsprogrammer og kunstig intelligens kan systematisere store mengder detaljert data som entreprenøren innhentet fra prosjektgjennomføringen. Programmene kan fremstille data på en hensiktsmessig måte, slik at det kan brukes som bevis. Her vil mulighetene bare blir større i tiden som kommer.

²⁰⁵ EBA (2020) s. 10

²⁰⁶ Ibid. s. 10

7.3.2.2 Sakkyndigbevis

I saker om plunder og heft er sakkyndigbevis normalt et sentralt bevismiddel. Det er ofte behov for spesialiserte fagkunnskaper for å tilby en årsaksforklaring.²⁰⁷ Med "sakkyndigbevis" menes en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken", se tvl. § 25-1. Slike bevis benyttes i all hovedsak for å trekke konsekvenser av det faktum som er opplyst.²⁰⁸ Sakkyndige vitner er enten rettsoppnevnte eller partsoppnevnte, jf. hhv. tvl. §§ 25-2 flg. og 25-6. For oppgavens del er partsoppnevnte vitner mest relevant, idet partene i entreprisetvister vanligvis innhenter egne sakkyndigrapporter.

Anders Ryssdal påpeker at "mens den tradisjonelle bevisføring ofte er intuitiv, umiddelbar og forutsetter god observasjonsevne, men ikke omfattende spesialkunnskap, representerer det sakkyndige innslag i rettspleien nettopp spesialkunnskap som dommerne ikke besitter."²⁰⁹

Årsakene til nedsatt produktivitet på annet arbeider lar seg ikke alltid like intuitivt forklare. Her kan sakkyndigrapporter fungere som hjelpemiddel for å illustrere omfanget og virkningene av forstyrrelsene. Hensynet til sakens opplysning taler normalt for at sakkyndiges vurderinger føres som bevis i slike kompliserte saker.

Rapportene inneholder faglige vurderinger som gjerne nødvendiggjør en nærmere forklaring. Derfor er det viktig at slike bevismidler suppleres av muntlige forklaringer. Verdien av slik umiddelbar muntlig bevisførsel ble drøftet i oppgavens punkt 7.3.1.3. En utfordring med slike ekspertvurderinger er at hver av partene gjerne innhenter egne rapporter og vitner som har helt ulike vurderinger av forholdene.²¹⁰ Vurderingene i slike rapporter kan undertiden bære preg av at de er basert på materiale, tolkninger og innspill fra den som har bestilt den.²¹¹

Hvilken bevisverdi sakkyndige rapporter har, kan ikke angis på generelt grunnlag. Retten står, i kraft av prinsippet om fri bevisbedømmelse, fritt til å avgjøre hvordan slike bevis skal vektes. Lagmannsrettspraksis om ineffektiv drift viser at retten gjerne vurderer rapportens bevisverdi ut ifra om den har forankring i tidsnære bevis. I LE-2019-150626 (Hæhre) ble

²⁰⁷ Meyer (2021) s. 208 Omtalt på generelt grunnlag

²⁰⁸ Skoghøy (2022) s. 826

²⁰⁹ Meyer (2021) s. 208

²¹⁰ EBA (2020) s. 18

²¹¹ Inspirert av anførsel i LB-2021-139395 (ABS)

entreprenørens rapport tillagt begrenset vekt, mens rapporten i LB-2021-139395 (ABS) ble tillagt betydelig vekt.

7.4 Underrettspraksis etter HAB-dommen

Etter Høyesteretts dom i HR-2019-1225-A (HAB) har lagmannsrettene avsagt en rekke dommer hvor ineffektivitetskrav vurderes opp mot Høyesteretts retningslinjer. I dette kapitlet behandles fire dommer. De to første ble avsagt kort tid etter HAB-dommen, mens de to neste ble avsagt i 2023. Det dreier seg om konkrete saker, men gjennomgangen vil vise at pendelen synes å svinge fra strenge krav til årsakssammenheng, til mindre strenge krav.

7.4.1 LE-2019-107863 (HAB II)

Etter Høyesteretts opphevelse av LE-2017-133058 (HAB I), måtte Eidsivating avsi ny dom for de forhold som ble opphevet. Ved lagmannsrettens nye behandling av saken var den bundet av den rettsoppfatning som følger av Høyesteretts dom, jf. tvl. § 30-3 første ledd jf. § 29-24 annet ledd. Denne gangen fikk entreprenøren ingen uttelling for sitt krav.

Lagmannsrettens begrunnelse er overraskende.

Etter lagmannsrettens syn var avsnitt 66 i HAB-dommen det mest sentrale. Etter en kort gjennomgang av avsnittet, oppsummeres det slik:

"Det er ikke tilstrekkelig å påvise at det foreligger byggherreforhold som etter sin art kan forårsake plunder og heft for entreprenøren. Det kreves også at det føres bevis for hvilke byggherreforhold som har påvirket og at det identifiseres nærmere hvor, når og på hvilken måte byggherreforholdet har påvirket entreprenørens arbeid."

Denne formuleringen av det rettslige vurderingstemaet er etter mitt syn i tråd med Høyesteretts dom. Problemet oppstår når retten begynner på den konkrete vurderingen. I første trinn av totrinnsprosessen ble totalt ti byggherreforhold vurdert hver for seg. I tilknytning til vurderingen av det første byggherreforholdet, fremgår følgende av lagmannsrettens dom:

"Hvorvidt manglende grunnerverv virkelig har påvirket entreprenørens arbeid, må det tas stilling til ut fra de tidsnære bevis som foreligger i saken. Det må bl.a. vurderes i lys av de fremdriftsplanene som til enhver tid forelå."

Endelig, etter at retten hadde vurdert alle byggherreforholdene, ble saken sammenfattet på følgende måte: "det ikke er ført tilstrekkelige, tidsnære bevis for at byggherrens forhold forårsaket hindringer for entreprenørens produksjon."

Dette er strengt tatt ikke det Høyesterett vurderte i sin behandling av saken. Saken gjaldt "krav og retningslinjer for bevisførsel og bevisvurdering i tilknytning til årsakssammenheng".²¹² Høyesterett – for å bruke førstvoterendes egne ord - "nevner" helt kort i avsnitt 85 at "begivenhetsnære" bevis tidligere er vektlagt på andre rettsområder. Det fremstår nærmest som en tilleggsbemerkning, og er etter mitt syn ikke ment å være det sentrale vurderingstemaet for å avgjøre om det foreligger årsakssammenheng. Lagmannsretten synes imidlertid å legge til grunn det motsatte.

Det er særlig et eksempel fra Eidsivating dom som illustrerer hvor strengt kravet til tidsnære bevis praktiseres. En endringsordre fra byggherren innebar at det ble lysregulering et sted hvor det opprinnelig ikke skulle være det. Det er ingen tvil om at entreprenørens massetransport tok lengre tid som følge av dette. Lysregulering innebærer som kjent at man må vente på grønt lys.²¹³ Til tross for dette kom retten til at det ikke var sannsynliggjort, fordi det ikke var tidsnære bevis for det:

"Det følger av Høyesteretts dom at det ikke er tilstrekkelig å fastslå at det er forhold i saken som var «egnet» til å medføre driftsforstyrrelser. Det må også kreves bevis, fortrinnsvis tidsnære, som viser at de også har virket inn på utførelsen av HABs arbeid."²¹⁴

²¹² Avs. 68

²¹³ EBA (2022) Pettersson

²¹⁴ LE-2019-107863 (HAB II)

Noen år tidligere hadde samme domstol, i samme sak, ansett det som tilstrekkelig sannsynliggjort at flere byggherreforhold hadde forstyrret entreprenøren, se LE-2017-133058.²¹⁵

7.4.2 LE-2019-150626 (Hæhre)

Twisten gjaldt sluttoppgjør etter veientreprise på E6 i Akershus og Hedmark. Kontrakten om utbygging av vei og jernbane var basert på NS 8405:2008. Hæhre Entreprenør AS fremsatte krav mot Bane Nor SF og Statens vegvesen på 237 millioner kroner for plunder og heft. Kravet var begrunnet i at utførelsen ble forstyrret av ni ulike byggherreforhold.

Byggherreforholdene var i all hovedsak knyttet til prosjekteringen, avvikende grunnforhold og et stort antall endringsordre. Entreprenøren anførte at han var nødt til å iverksette tiltak for å møte prosjektets fremdriftsforutsetninger. Tiltakene medførte betydelige merkostnader.

Spørsmålet for lagmannsretten var om Hæhre etter bevisførselen hadde sannsynliggjort slike byggherreforhold og slike avledede konsekvenser, og at det er årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og de avledede konsekvensene. Retten innledet med å henvise til HAB avsnitt 66 og at årsakssammenheng der fastlegges i to trinn. Likevel bemerket retten at "det antakelig er vel så treffende å beskrive kravet til årsakssammenheng i *tre* trinn med tre prinsipielt forskjellige temaer":

"Er det ført tilstrekkelig bevis for (a) byggherreforhold, (b) forstyrrelser/ineffektivitet og (c) årsakssammenhengen mellom dem? Først når disse tre hindrene er passert, er det aktuelt å utmåle konsekvensene i form av kostnader og forsinkelse."

Før lagmannsretten startet den konkrete vurderingen, ble det uttalt at retten ville vurdere de enkelte påberopte byggherreforhold etter denne "tretrinnsprosessen". Det ble i tillegg presisert at det ikke er nødvendig for retten å vurdere trinn tre, altså (c) årsakssammenheng, dersom (a) og (b) ikke er sannsynliggjort.

²¹⁵ Bergo (2021) "Får vi en ny Høyesterettsdom i HAB-saken?"

Det er vanskelig å identifisere disse trinnene i rettens konkrete vurderinger. På flere punkter blir det konstatert byggherreforhold. Men kravene avises en etter en under henvisning til at det ikke er tidsnære bevis som kan sannsynliggjøre avledede konsekvenser. Ettersom vilkårene ikke ble ansett som oppfylt, fant ikke retten det nødvendig å gå inn på Hæhres beregning av kravet. Byggherren ble frifunnet for entreprenørens krav om plunder og heft.

7.4.3 LG-2021-147050 (Eiganestunnelen)

Saken gjaldt uenighet om sluttoppgjør etter tunnelentreprise i Ryfastprosjektet. Kontrakten var basert på NS 8406. Entreprenøren JV Implenia Stangeland fremsatte krav på 61 millioner for plunder og heft i drivefasen og kompletteringsfase mot Staten v/ Samferdselsdepartementet. Byggherreforholdene knyttet seg til avvikende grunnforhold og forsering på grunn av uforutsette rystelsestiltak. Flertallet tok utgangspunkt i Høyesteretts totrinnsprosess.

For kravet som gjaldt drivefasen kom flertallet til at entreprenøren i første trinn hadde:

"så langt som praktisk mulig sannsynliggjort hvilke arbeidsoperasjoner byggherreforholden har påvirket, i hvilken periode det har skjedd og hvilke produktivitetskonsekvenser dette har hatt for entreprenøren."

Når det gjelder det andre trinnet, kom flertallet til at entreprenøren også hadde ført sannsynlighetsbevis for årsakssammenheng mellom konsekvensene og entreprenørens merutgifter. Flertallet var enig i:

"entreprenørens syn om at ineffektiviteten skjønnsmessig kan fastsettes til 15 % sør for Madlaveien og 5 % nord for Madlaveien. Ineffektiviteten utgjør 46,5 stuffuker med en kostnad på 636 284 kroner per stuffuke, til sammen 29 587 245 kroner."

Kravet knyttet til kompletteringsfasen var fordelt på fem delkrav. Gjennom samme fremgangsmåte som ovenfor, kom flertallet til at kravene var sannsynliggjort og dokumentert i samsvar med beviskravene i HAB. Det utgjorde til sammen 31 514 747 kroner. Det samlede kravet på 61 millioner for plunder og heft førte dermed frem i sin helhet.

Staten v/Samferdselsdepartementet anket saken til Høyesterett. Ankeutvalget kom enstemmig til at det ikke var tilstrekkelig grunn til at saken skulle fremmes for Høyesterett, jf. tvl. § 30-4.

7.4.4 LB-2021-139395 (ABS)

Borgarting lagmannsretts dom av 8. mars 2023 gjaldt tvist om sluttoppgjør etter anleggsentreprise basert på NS 8415. Underentreprenøren Alf Brekken og Sønner AS (ABS) sto for grunnarbeider i forbindelse med rassikring av E10 i Lofoten. Veidekke Entreprenør AS ble krevet for omtrent 35 millioner grunnet nedsatt produktivitet.

På flere punkter var det ikke opplaget om kostnadene rettslig sett burde anses som forseringskostnader eller plunder og heft. Ifølge lagmannsretten ble ikke denne rubriseringen avgjørende, fordi beviskravene som gjelder vilkåret om årsakssammenheng er de samme.

Retten la til grunn at det forelå byggherreforhold og at de hadde årsakssammenheng med økte kostnadene. Retten bygget på en analyse fra rådgivningsselskapet Paradigme AS, som var basert på tidsnære bevis som var egnet til å dokumentere produktivitetstapet. Med grunnlag i lasslister, timelister, salveplaner, tegningsmateriale, fremdriftsplaner, sluttoppgjørsoppstillinger og avdragsfaktureringen ble timeverksregnskapet periodisert per måned.

På denne bakgrunn uttalte retten at: "[t]ilført innleide maskiner og mannskaper har bidratt til døgntilført produksjon, økt parallellitet og økt produksjon. ABS har sannsynliggjort at dette har hatt negative virkninger på maskinutnyttelsen, herunder økt skadeomfang, økt vedlikehold, stopptid på grunn av omlagt produksjon og økning i trafikkavvikling." Etter en konkret vurdering av de ulike postene, kom retten til at ABS hadde krav på ca. 25 millioner for forsering og plunder og heft.

Etter mitt syn illustrerer rettsavgjørelsen at konkretisering og periodisering av krav, i tråd med Høyesteretts retningslinjer, er et effektivt virkemiddel for å sannsynliggjøre årsakssammenheng. Avgjørelsen føyer seg inn i rekken av nye avgjørelser som gir entreprenøren gehør for plunder og heft-krav. Det er verdt å merke seg at rettsaken pågikk 10 år etter byggestart. Entreprenøren hadde altså ikke innarbeidet det strenge dokumentasjonsregimet som HAB-dommen legger opp til.

8 Økte utgifter

8.1 Innledende bemerkninger

Det er et vilkår for vederlagsjustering for plunder og heft at entreprenøren har "økte utgifter".²¹⁶ Det må med andre ord foreligge et produktivitetstap. I *teorien* finner man dette tapet ved å måle differansen mellom faktisk påløpte utgifter, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene.²¹⁷

I *praksis* kan det være svært krevende å beregne merkostnader som følge av ineffektiv drift, se HR-2023-534-A (Slemdal skole) avsnitt 68. Entreprenørens oppgave med å sannsynliggjøre *at* han har opplevd økte utgifter, byr sjeldent på utfordringer. Utfordringen er å sannsynliggjøre *størrelsen* – og beregningen – av de økte utgiftene.

8.2 Beregning

Utgangspunktet etter NS 8405 punkt 25.3 annet ledd bokstav b siste punktum er at vederlagsjustering for ineffektiv drift skal skje etter de alminnelige reglene om enhetspris eller regningsarbeid "så langt de passer."²¹⁸ Problemet er at disse reglene sjeldent passer for plunder og heft-situasjoner. I juridisk litteratur er det langt på vei hevdet at disse reglene normalt gir liten veiledning for beregningen.²¹⁹

Utfordringen med denne type krav er å identifisere hvilke timer som er påvirket av produktivitetsforstyrrelsene. Produktivitetsforstyrrelser innebærer normalt at produktiviteten pr. time synker. Det vil si at entreprenøren produserer mindre pr. time enn han ville gjort uten de forstyrrende byggherreforholdene. Spørsmålet blir da hvilke metoder som er best egnet til å måle den nedsatte produktiviteten.

²¹⁶ NS 8405 pkt. 25.3 annet ledd bokstav b første setning

²¹⁷ HR-2019-1225-A avs. 77 med videre henvisning til Rt. 2005 s. 788 (Oslofjordtunnelen) avs. 51 sammenholdt med avs. 43

²¹⁸ Se HR-2023-534-A avs. 62. NS 8405 pkt. 25.7 og 25.8 gjelder enhetspris og regningsarbeid

²¹⁹ Pettersson (2010) s. 258

I underrettspraksis er det benyttet en rekke ulike beregningsmetoder. Det er imidlertid ingen bestemt metode som har fått generell tilslutning.²²⁰ Som påpekt av Høyesterett i HAB-dommen, har flere av metodene svakheter ved seg. Høyesterett ga heller ingen klar anvisning på hvilke metoder som bør anvendes, men nevnte retningslinjene fra Society of Construction Law (SCL) sin «Delay and Disruption Protocol» 2. utgave 2017.²²¹ Henvisningen tilsier at protokollen har noe for seg. I teorien er det tatt til orde for at protokollen står i en særstilling på grunn av sin opprinnelse og posisjon internasjonalt.²²² I protokollens punkt 18.13 gis det en oversikt over ulike metoder og hvilke som fortrinnsvis bør benyttes.²²³

Underrettspraksis viser i tillegg at partene nær sagt alltid strides om beregningsmetoden entreprenøren har benyttet for å sannsynliggjøre kravets størrelse.²²⁴ Byggherren anfører typisk at entreprenøren har beregnet kravet "ovenfra og ned". Entreprenøren vil imidlertid hevde at kravet er beregnet "nedenfra og opp". Disse to betegnelsene utgjør ytterpunkter og brukes nokså sjablongmessig for å si noe om beregningsmetoders bevisverdi. Begrepene er ment å beskrive hvilken overordnet tilnærming som ligger til grunn for beregningen.

"Ovenfra og ned"-tilnærmingen er også kjent som "globale krav" og "totalkrav-metoden". Den ga god uttelling for entreprenører før HAB-dommen.²²⁵ Kort forklart handler metoden om å ta utgangspunkt i faktisk total ressursbruk, og trekke fra planlagt eller kalkulert ressursbruk. Differansen skal i teorien utgjøre størrelsen på vederlagskravet for plunder og heft. Dette forenklete regnestykket har klare svakheter og usikkerhetsmomenter ved seg. Temaet behandles i neste underkapittel.

"Nedenfra og opp"- tilnærmingen handler – i motsetning til ovenfra og ned – om å bygge kravet opp fra bunnen av. Entreprenøren må gå detaljert til verks for å kartlegge konkret hvilke byggherreforhold som har forårsaket de ulike forstyrrelsene.

²²⁰ EBA (2020) s. 14

²²¹ HR-2019-1225-A avs. 81

²²² Brøndmo (2021) pkt. 7.4.2

²²³ Brøndmo (2021) pkt. 7.4.2

²²⁴ Se f.eks. partenes anførsler i LB-2021-139395 (ABS) og LG-2021-147050

²²⁵ Se kapittel 2 for det historiske bakteppet

Et viktig poeng å ha med seg i det følgende, er at entreprisprosjekter er forskjellige. Prosjektene kompleksitet, størrelse, oppdeling og ikke minst datagrunnlag vil variere.²²⁶ Den store variasjonsbredden gjør at man på generelt grunnlag ikke kan konkludere med at *en* bestemt metode bør benyttes i alle sammenhenger. Hvilke metoder som er best egnet for å belyse produktivitetstapet må vurderes konkret, og vil variere fra prosjekt til prosjekt.

8.2.1 Ovenfra og ned

Å basere utmålingen på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter, er en typisk ovenfra og ned-tilnærming. Høyesterett uttaler at en slik fremgangsmåte ikke er noe "godt alternativ", fordi den ikke tar høyde for entreprenørens egne feil eller ineffektivitet, eller mulige svakheter ved hans kalkyle.²²⁷ En slik sammenligning med tilbudskalkylen vil også frata entreprenøren muligheten for gevinst ved å utføre raskere eller billigere enn kalkylen.²²⁸ SCL rangerer metoden som den minst robuste for beregning av "disruption", altså plunder og heft.²²⁹

Den viktigste innvendingen til metoden er at den sier lite om årsakene til avvik fra kalkylen.²³⁰ Selv om metoden *kan* avdekke et avvik mellom kalkyle og faktiske kostnader i prosjektet, er ikke det i seg selv et godt bevis for at avviket *faktisk* skyldes byggherrens forhold.

Likevel uttaler høyesterett at metoden ikke kan avvises som relevante bevis på prinsipielt grunnlag. Det vil i tilfelle være feil rettsanvendelse, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd.²³¹ Utgangspunktet er at entreprenøren ikke kan basere bevisførselen *alene* på overordnede

²²⁶ EBA (2020) s. 14

²²⁷ Avs. 78

²²⁸ Brøndmo (2021) pkt. 6.3

²²⁹ Society of Construction Law (2017) pkt. 18.21

²³⁰ Kaasen (2020) pkt. 6

²³¹ Avs. 95

tilnærminger.²³² Produktivitetstapet kan med andre ord ikke fastslås ved å kun sammenligne oppnådd produktivitet med produktiviteten som var forutsatt i tilbudskalkylen."²³³

Kalkylens forutsetninger kan imidlertid være et nyttig supplement til andre metoder, som en liten del av en mer vidtgående analyse. Det vil kunne avhjelpe det som er svakheten ved nedenfra og opp- metoder, nemlig at noen kostnader blir utelatt. Entreprenøren får med andre ord ikke dekket alle kostnadene sine.

En interessant observasjon er at kalkylen alene er tillagt avgjørende bevismessig vekt i saker om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. I LB-2017-94201 ble Skanska tilkjent 272 millioner kroner i erstatning fra Bane NOR, i forbindelse med Follobanen-prosjektet. Bakgrunnen var at Skanska ble feilaktig forbigått i konkurransen om oppdraget. Erstatningen ble utmålt basert på Skanskas kalkyle, med dekningsbidrag på 11 prosent.²³⁴ Lignende eksempler er LB-2019-145192 og LH-2020-178227.

På anskaffelsesrettens område synes ikke domstolene å ha betenkeligheter knyttet til å legge til grunn tilbyderens kalkyle ved fastlegging av erstatningskravets størrelse. Kalkylen anses altså å være tilstrekkelig for å sannsynliggjøre det hypotetiske hendelsesforløpet. Utmåling tar da utgangspunkt i kalkylen som lå til grunn *før* kontraktsinngåelse. Det står i sterk kontrast til saker om plunder og heft, altså *etter* kontraktsinngåelse. Der avvises metoden som helt uegnet alene, jf. HAB avsnitt 82. Dette paradokset ser det ikke ut til at domstolene har vært klar over. Høyesteretts argument om at kalkylen inneholder usikkerhetsmomenter, som påpekt ovenfor, gjør seg gjeldende med samme styrke i begge tilfeller.²³⁵

Videre knytter Høyesterett bemerkninger til generelle "erfaringstall" for produktivitetstap. Internasjonalt finnes det publikasjoner som foreslår matematiske formler og presentsatser som kan benyttes for å kalkulere produktivitetstap som følge av typiske situasjoner med forstyrrelser.²³⁶ Tallene baseres gjerne på bransjeerfaringer fra andre land, som ikke nødvendigvis er sammenlignbare med norske byggeprosjekter.

²³² Avs. 82

²³³ EBA (2020) s. 11

²³⁴ Bergo (2021) "Får vi en ny Høyesterettsdom i HAB-saken?", Publisert 26.04.2021, avsnitt 13

²³⁵ Ibid. Innleggets avsnitt 13

²³⁶ EBA (2020) s. 17

Ifølge førstvoterende er disse tallene vanligvis ikke særlig dekkende for entreprenørens faktiske merkostnader.²³⁷ Likevel utelukkes det ikke at slik bevisførsel etter omstendighetene kan ha bevisverdi.²³⁸ Dette forutsetter imidlertid at det kan "dokumenteres at tallene er representative for karakteren og innholdet av det entrepriseoppdraget som saken gjelder." Men selv da er slik bevisførsel "kanskje [mest tjenlig] som supplement til konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet."²³⁹

Det er verdt å merke seg at Gulating i LG-2021-147050 (Eiganestunnelen) godtok at entreprenøren i sin beregning tok utgangspunkt i "NTNU-modellen". Det er en empirisk modell basert på erfaringstall fra tidligere tunnelprosjekter i Norge. Metodevalget kan ha sammenheng med entreprisens art. Tunnelprosjekter er relativt oversiktlige når det gjelder antall definerte arbeidsoperasjoner, sammenlignet med for eksempel byggeprosjekter. Driving av tunnelen kan derfor forholdsvis enkelt måles basert på hvor god eller dårlig fjellkvaliteten er.

Høyesterett oppsummerer sitt syn på ovenfra og ned-tilnærminger på følgende måte: "På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger."²⁴⁰ Fra et sivilprosessuelt ståsted vil man nok kunne hevde at uttalelsene om verdien av disse bevismidlene er helt på grensen av det prinsippene om fri bevisbedømmelse og fri bevisføring tillater.²⁴¹

8.2.2 Nedenfra og opp

Førstvoterende i HAB-dommen uttalte at det i utgangspunktet må påvises "konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader

²³⁷ Avs. 79

²³⁸ Avs. 80

²³⁹ Avs. 80

²⁴⁰ Avs. 82

²⁴¹ Lignende Brøndmo (2021) pkt. 5.4.3

dette har medført.²⁴² Uttalelsen sender et tydelig signal om at en "nedenfra og opp"-tilnærming er foretrukket.

Som påpekt av Kaasen, er slike konkrete nedenfra og opp-bevis krevende.²⁴³ Felles for disse metodene er at de krever et stort datagrunnlag og forankring i tidsnære bevis. Bevisene har betydelig tyngde, men er utfordrende å bygge opp. Høyesteretts presisering i avsnitt 86 er derfor viktig for entreprenøren:

"det [kan] ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft."²⁴⁴

Uttalelsen innebærer at det må stilles realistiske krav til entreprenørens bevisførsel. Byggherren kan ikke kreve at entreprenøren skal legge frem beregninger som viser nøyaktig hvilke kroner og øre som skyldes hvert enkelt byggherreforhold. Det ville i så fall avskåret entreprenøren fra å nå frem med plunder og heft-krav.

I Gulatings avgjørelse i saken om Eiganestunnelen anførte entreprenøren at ineffektivitet knyttet til drivefasen "ikke lar seg beregne nedenfra og opp". Likevel kom flertallet til at "entreprenøren har lagt frem god og nøktern dokumentasjon for kravet", og "så langt som praktisk mulig sannsynliggjort" kravet.²⁴⁵ Anken over dommen ble avvist av Høyesteretts ankeutvalg.

Etter mitt syn kan derfor rettstilstanden oppsummeres slik:

"[D]et sentrale [er] at tapet ikke «alene» kan baseres på generelle og overordnede tilnærminger, men i hovedsak må sannsynliggjøres ved konkrete bevis som direkte

²⁴² Avs. 83

²⁴³ Kaasen (2020) pkt. 6

²⁴⁴ Avs. 86 Høyesteretts egne kursiveringer

²⁴⁵ LG-2021-147050

gjelder prosjektet og som viser at det er pådratt merkostnader som ikke ville oppstått uten byggherreforholdene."²⁴⁶

Borgarting lagmannsretts dom av 8 mars 2023 inntatt i LB-2021-139395 (ABS) er i skrivende stund den nyeste dommen hvor entreprenøren har fått medhold i sitt plunder og heft-krav. I den bevismessige vurderingen fikk entreprenøren gjennomslag for å bruke både measured mile-metoden og inntjent verdi-analyse.²⁴⁷ Metodene omtales i det følgende.

8.2.2.1 Measured mile-metoden

Ifølge SCLs protokoll bør fortrinnsvis prosjektspesifikke metoder, herunder Measured mile-metoden benyttes.²⁴⁸ Dette harmonerer godt med Høyesteretts uttalelser i HAB-dommen, om at utmålingen av plunder og heft-krav må forankres i det konkrete prosjektet. Metoden bygger ikke på tilbudskalkylen og er det nærmeste man kommer til å måle virkelig produktivitetstap.²⁴⁹

Metoden går ut på å sammenligne faktisk oppnådd produktivitet i to ulike situasjoner i samme prosjekt. Man sammenligner (a) oppnådd produktivitet i områder eller tidsperioder hvor arbeidsoperasjonen var påvirket av forstyrrende byggherreforhold, med (b) oppnådd produktivitet for tilsvarende arbeidsoperasjoner i områder eller tidsperioder hvor arbeidsoperasjonene *ikke* var påvirket av byggherreforhold.²⁵⁰

Et eksempel som er godt egnet for en measured mile-analyse, er sammenligning av etasjer i et byggeprosjekt. Et hotell skal for eksempel bestå av identiske etasjer. Dersom det oppstår forstyrrelser i andre etasje, men ikke i tredje, kan man sammenligne etasjen som *er* forstyrret av byggherreforhold med etasjen som *ikke* er forstyrret. Har entreprenøren brukt 100 timer på

²⁴⁶ Utdrag fra LB-2021-42691 som ble opphevet i HR-2023-534-A

²⁴⁷ Grette (2023)

²⁴⁸ Society of Construction Law (2017) pkt. 18.25

²⁴⁹ EBA (2020) s. 14

²⁵⁰ Ibid. s. 14

å ferdigstille andre etasje, men 80 timer på tredje, så utgjør produktivitetstapet 20 prosent.

Regnestykket ser slik ut:

"Produktivitet = Inntjent ressursforbruk / faktisk ressursforbruk = 80 t / 100 t = 0,8, slik at Produktivitetstap = 1 - Produktivitet = 1 - 0,8 = 0,2 = 20 %".²⁵¹

Metoden er arbeidskrevende og forutsetter et omfattende datagrunnlag, som gjerne ikke er tilgjengelig.²⁵² For det *første* kreves det at prosjektet har situasjoner som er forstyrret og uforstyrret. Slik er det ikke alltid. Dersom hele prosjektet er forstyrret, har man ikke noe å sammenligne med.

For det *andre* må det finnes sammenlignbare situasjoner, med hensyn til art, lengde, oppbud av mannskap osv. Dersom man må gjøre store justeringer for å gjøre situasjonene sammenlignbare, vil argumentasjonsverdien synke.²⁵³

Som nevnt fikk entreprenøren gjennomslag for measured mile-metoden i LB-2021-139395 (ABS). Det ble gjennomført sammenligninger av målt produktivitet i forseringsperioden med en periode som var upåvirket av forseringssituasjonen. Dette ble gjort på bakgrunn av timeverkrengskap periodisert per måned.

Retten uttalte at "metoden gir et tilstrekkelig grunnlag for å beregne de indirekte forseringskostnadene i form av nedsatt produktivitet i perioden. Metoden innebærer elementer av skjønn ved fastsettelsen av de enkelte tallene, men lagmannsretten kan ikke se at dette er i strid med retningslinjene i HAB-dommen."²⁵⁴

Lagmannsrettens rettsanvendelse harmonerer etter mitt skjønn godt med Høyesterettsdommen. Den endelige utmålingen må fortsatt i noen grad bygge på et skjønn. Skjønnnet er imidlertid kraftig snevret inn, sammenlignet med før HAB-dommen.

²⁵¹ Ibid. s. 11

²⁵² Ibid. s. 14

²⁵³ Simonsen (2019) pkt. 3.3.

²⁵⁴ LB-2021-139395 (ABS)

8.2.2.2 Inntjent verdi-analyse

Ifølge Society of Construction Law sin protokoll er den såkalte "earned value"-analysen den beste prosjektspesifikke metoden etter measured mile.²⁵⁵ Metoden går ut på at planlagt eller kalkulert ressursforbruk for et nærmere avgrenset arbeid sammenlignes med faktisk ressursforbruk for det samme arbeidet. Når arbeidet skrider frem, inntjenes det planlagte ressursforbruket. Parallelt påløper et faktisk ressursforbruk, som kan illustrere avvik fra det inntjente.²⁵⁶

En slik analyse bør ta utgangspunkt i den første omforente fremdriftsplanen.²⁵⁷ Den forteller hvordan entreprenøren planla gjennomføringen av prosjektet. Svakheter ved å ta utgangspunkt i entreprenørens kalkulerte ressursforbruk ble fremhevet i kapittel 8.2.1. Videre bør ressursforbruket måles i timeverk. Da sammenlignes inntjene timeverk med forbrukte timeverk. Det beste er å gjøre målinger per aktivitet, men det kan også måles samlet for alle aktiviteter. I tillegg blir analysen mer treffsikker dersom man foretar flere analyser fordelt på ulike perioder i prosjektet.²⁵⁸

Også denne metoden innebærer innslag av skjønn. Det må normalt gjøres et fradrag for entreprenørens egne forhold. Som fremhevet i Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) sin veileder, kan en inntjent verdi-analyse brukes i kombinasjon med measured mile-metoden. Da blir sammenligningsgrunnlaget upåvirkede tidsperioder eller områder i prosjektet, ikke entreprenørens kalkyle.²⁵⁹

Det er grunn til å understreke at en inntjentverdi-analysen ikke står sterkt alene. Den bør forsøksvis suppleres av tidsnære bevis fra prosjektgjennomføringen. For eksempel kan varsler, forseringsrapporter og bilder illustrere forstyrrelsene. Det vil underbygge metodens treffsikkerhet.

²⁵⁵ Society of Construction Law (2017) pkt. 18.13

²⁵⁶ EBA (2020) s. 15

²⁵⁷ Markussen & Bremset (2022) E-kurs

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ EBA (2020) s. 15

Kilderegister

Lovgivning

Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Håndverkertjenesteloven	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere
Bustadoppføringslova	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Angrerettloven	Lov 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg gjennom faste forretningslokaler
Personopplysningsloven	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger

Lovforarbeider

NOU 2001: 32 A	Norsk offentlig utredning 2001: 32 Bind A Rett på sak Lov om tvisteløsning (Tvisteloven)
NOU 2001: 32 B	Norsk offentlig utredning 2001: 32 Bind B Rett på sak Lov om tvisteløsning (Tvisteloven)

Høyesterettspraksis

Rt. 1917 s. 673	(Monierfabrikken)
Rt. 1992 s. 64	(P-pille II)
Rt.1995 s. 821	(Advokatansvar)
Rt. 1998 s. 1565	(Lie)
Rt. 2001 s. 1062	(Nucleus)
Rt. 2002 s. 1155	(Hansa Borg)
Rt. 2005 s. 788	(Oslofjordtunnelen)
Rt. 2007 s. 172	(Schizofreni)
Rt. 2007 s. 158	(Pseudoanfall)
Rt. 2010 s. 961	(Florø idrettssenter)
Rt. 2010 s. 1345	(Oslo vei)
Rt. 2012 s. 1729	(Mika)
HR-2015-2265-A	(Vaksineskade)
HR-2016-1447-A	(Norsk gjennvinning)
HR-2016-2579-A	(Selvmord)
HR-2019-830-A	(Magne Sveen AS)
HR-2019-1225-A	(HAB)
HR-2020-228-A	(Skanska)
HR-2020-2494-U	
HR-2020-2021-A	(BankID)

HR-2021-967-A	(Styreansvar)
HR-2023-206-A	(Perpetuum)
HR-2023-534-A	(Slemdal skole)

Lagmannsrettspraksis

LE-1998-648	(SAG)
LB-2011-95644	(Lysaker stasjon)
LA-2013-175355	(Teigar ungdomsskole)
LB-2016-39293	(Drammen stasjon)
LE-2017-133058	(HAB I)
LE-2019-107863	(HAB II)
LH-2019-169122-1	
LE-2019-150626	(Hæhre)
LG-2021-147050	(Eiganestunnelen)
LB-2021-139395	(ABS)

Standardkontrakter

NS 8405:2004	Standard Norge. <i>Norsk bygge og anleggskontrakt</i> 2004
NS 8405:2008	Standard Norge. <i>Norsk bygge- og anleggskontrakt</i> 2008

NS 8406:2009	Standard Norge. <i>Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt 2009</i>
NS 8407:2011	Standard Norge. <i>Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser 2011</i>
NTK 15	Norsk industri og Norsk Olje og gass. <i>Norsk totalkontrakt 2015</i>
NF 15	Norsk industri og Norsk Olje og gass. <i>Norsk fabrikkasjonskontrakt 2015</i>

Litteratur

Utgivelsessted er kun oppgitt for utenlandske titler

Sandvik (1966)	Sandvik, Tore. <i>Entreprenørrisikoen</i> , 1. utgave. Tanum 1966
Strandbakken (2003)	Strandbakken, Asbjørn. <i>Uskyldspresumsjonen</i> . 1. utgave Fagbokforlaget 2003
Nygaard (2004)	Nygaard, Nils. <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2. utgave, Universitetsforlaget 2004
Pettersson (2010)	Pettersson, Nils-Henrik. <i>Plunder og heft</i> , På rett grunn I; Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Rettsdata.no, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) 1.utgave, Gyldendal 2010
Iversen (2010)	Iversen, Torsten. <i>Lidt om risiko og ansvar i entrepriseforhold</i> På rett grunn I; Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Jan

- Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.) 1.utgave,
Gyldendal 2010
- Giverholt (2012) Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, Karl
Marthinussen. *NS 8407: Alminnelige
kontraktbestemmelser for totalentrepriser med
kommentarer*, Rettsdata.no, 1 utgave, Gyldendal
2012
- Schei et al. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge
Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie.
Tvisteloven: kommentarutgave Bind II, 2 utgave,
Universitetsforlaget 2013, Juridika.no, Bekreftet à
jour per 1. mars 2023
- Ristvedt (2013) Ristvedt, Per M. *Betydningen av de
begivenhetsnære bevis i bevisbedømmelsen av
sivile saker*, Tidsskrift for forretningsjus 2013/2,
Årgang 19, side 65-83
- Nordtvedt et al. (2013) Nordtvedt, Henning, Ruud, Dag Arne, Bjørnvik,
Arve Martin og Johansen, Johnny. *NS 8407
Kommentarutgave*, juridika.no, 1. utgave
Universitetsforlaget 2013
- Hagstrøm & Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman.
Entrepriserett, 1. utgave, Universitetsforlaget
2014
- Marthinussen et al. (2016) Karl Marthinussen, Heikki Giverholt, Hans-
Jørgen Arvesen. *NS 8405 med kommentarer*,
Rettsdata.no, 4. utgave, Gyldendal 2016
- Pedersen (2016) Pedersen, Jussi Erik. *Begrunnelse av
rettsavgjørelser*, 1. utgave, Universitetsforlaget
2016

- Society of Construction Law (2017) Society of Construction Law (SCL) «Delay and Disruption Protocol» 2. utgave 2017 (UK), 234 Ashby Road, Hinckley, Leicestershire, LE10 1SW. URL: [SCL Delay Protocol 2nd Edition Final.pdf](#)
- Jerkø (2017) Jerkø, Markus. *Bevisvurderingens rettslige rammer*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut. *Tilvirkningskontrakter*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Simonsen (2019) Simonsen, Lasse. *HR-2019-1225-A Habdommen – «plunder og heft» mv.* Rettsdata.no, Nytt i privatretten (NiP) 2019-3
- Tørum (2019) Tørum, Amund Bjøranger. *Interpretation of Commercial Contracts*, 1. Utgave, Universitetsforlaget 2019
- Kaasen (2020) Kaasen, Knut. "Mot mindre plunder med plunder og heft. Høyesteretts dom i Hab-saken" *Tidsskrift for forretningsjus* 2020/1-2, Årgang 22, side 3-18
- EBA (2020) Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg sin veileder «*Forstyrrelser i bygg og anleggsprosjektering*». Håndtering av krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse, 1. utgave, november 2020
- Apelseth & Nyland (2021) Apelseth, Matias og Nyland, Espen. *Byggeteknisk viten*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2021

- Hagstrøm et al. (2021) Hagstrøm, Viggo, Alvik, Ivar, Irgens-Jensen, Harald og Ørstavik, Inger Berg. *Obligasjonsrett*, 3.utgave, Universitetsforlaget 2021
- Robberstad (2021) Robberstad, Anne. *Hvem har bevisbyrden?* 1. utgave, Universitetsforlaget 2021
- Meyer (2021) Meyer, Johannes Hygen. *Erstatningsrettens årsakskrav*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2021
- Brøndmo (2021) Brøndmo, Mikal. *Plunder og heft – status og utfordringene fremover*. På rett grunn II; Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Rettsdata.no, Lasse Simonsen; Jan Einar Barbo; Herman Bruserud (red.), 1. utgave, Gyldendal 2021
- Bjørnvik & Johansen (2021) Bjørnvik, Martin Hyldmo og Johansen, Johnny. *Hvem eier egentlig slakken?* På rett grunn II; Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Rettsdata.no, Lasse Simonsen; Jan Einar Barbo; Herman Bruserud (red.), 1. utgave, Gyldendal 2021
- Bergo (2021) Bergo, Simen. "Risiko for grunnforhold Eidsivating lagmannsrett på gyngende grunn", *Byggeindustrien.no*, publisert 27.10.21. URL: [Innlegg: Risiko for grunnforhold - Eidsivating lagmannsrett på gyngende grunn • Byggeindustrien](#), (lest 3. mai 2023)
- Bergo (2021) Bergo, Simen., "Får vi en ny Høyesterettsdom i HAB-saken?" *Byggeindustrien.no*, publisert 26.04.2021. URL: [Innlegg: Får vi en ny Høyesterettsdom i HAB-saken? • Byggeindustrien](#) (lest 10. januar 2023)

- Skoghøy (2022) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 4.utgave, Universitetsforlaget 2022
- CMS Kluge (2022) Advokatfirmaet CMS Kluge "*Praktisk entrepriserett*" – "*Tilleggsvederlag*" 20.09.2022
Nettbasert oversikt. URL: [Tilleggsvederlag \(cms.law\)](https://cms.law)
- Grette (2023) Grette advokatfirma. 14. mars 2023. Nyhetsbrev: "*Uttelling for forsering og plunder og heft i rykende fersk dom fra Borgarting lagmannsrett*".
URL: <https://grette.no/nyheter/uttelling-for-forsering-og-plunder-og-heft-i-rykende-fersk-dom-fra-borgarting-lagmannsrett/> (lest 2. mai 2023)

Foredrag

- Markussen & Bremset (2022) Markussen, Rolf W og Bremset, Øystein Myre. 8. juni 2022, E-kurs: *Hvordan få gjennomslag for krav etter HAB-dommen?* Advokatfirmaet Grette
URL: [Grette \(kg5.no\)](https://kg5.no)
- EBA (2022) Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg
Forstyrrelser i bygg- og anleggsprosjekter
Webinar av Espen Nyland og Nils-Henrik Pettersson, 8. desember 2022 kl. 11:15 – 12:45

