



28. juni 2019

Nyhetsbrev

- Dom fra Høyesterett om plunder og heft



GLITTERTIND

1. INNLEDNING

Høyesterett avsa den 26. juni 2019 dom i tvisten mellom Oppland fylkeskommune, dvs. Statens vegvesen, og HAB Construction AS. Saken gjaldt plunder og heft krav og forseringskrav knyttet til byggingen av en 10 km ny fv. 34 langs østsiden av Randsfjorden.

For tingretten og lagmannsretten gjaldt saken mange forskjellige krav og spørsmål. For Høyesterett dreide saken seg bare om kravene til bevis for utmåling av kompensasjon for plunder og heft og forsering.

Dommen gir en del nyttige avklaringer, og reiser flere nye spørsmål.

2. BEGREPSAVKLARINGER

I avsnitt 54 tar Høyesterett utgangspunkt i at plunder og heft ikke har noen helt eksakt betydning, men at kjernen i begrepet er virkningene av byggherreforhold og endringer på annet arbeid. Det er altså ikke selve endringen, og kompensasjonen for den i seg selv, men de virkninger den har på annet arbeid som er tema. Høyesterett tar også utgangspunkt i at plunder og heft og forsering, selv om virkningene til dels kan være overlappende, er to forskjellige forhold som bør drøftes hver for seg. Endelig legger Høyesterett til grunn at den kodifiseringen man hadde av plunder og heft i NS 8405 første utgave (som var gjeldende en kort periode fra 2004 til 2008) kan anses som en kodifisering av det som var gjeldende rett også tidligere. Så langt fastslår Høyesterett bare det som det har vært alminnelig enighet om, og som begge parter var enige om. Det kan likevel være nyttig at Høyesterett har presisert dette.

3. DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTENE FOR VURDERINGEN

I avsnitt 72 til 75 fastslår Høyesterett de rettslige utgangspunktene for vurderingene. For det første fastslår Høyesterett at det alminnelige overvektsprinsippet gjelder, dvs. at retten må legge til grunn det som fremstår som mest sannsynlig. Dette gjelder også ved utmålingen av kravet.

Ved utmåling av plunder og heft krav vil det typisk

være slik at kravet ikke kan regnes ut presist. Det må da brukes skjønn (dette fastslår Høyesterett i avsnitt 87 som vi kommer tilbake til nedenfor). Det vil da være slik at sannsynligheten for at entreprenøren (minst) har et tap/vederlagskrav av en viss størrelse øker etter hvert som størrelsen på kravet reduseres. Det vil altså være en glidende skala. Høyesteretts presisering innebærer da at retten må legge seg der på skalaen (kurven) hvor den mener at sannsynligheten for at det iallfall er et så stort krav er 50,1 %.

For det annet presiserer Høyesterett at prinsippet om fri bevisvurdering (selvfølgelig) gjelder. Det innebærer at entreprenøren kan føre de bevisene han ønsker, og at retten må forholde seg til, og vurdere, disse bevisene.

Endelig fastslår Høyesterett at entreprenøren har bevisbyrden. Det innebærer at dersom domstolen mener det er like sannsynlig at entreprenøren har hatt et tap, eller at han ikke har hatt et tap, skal byggherren frifinnes. I forhold til utmåling av plunder og heft vil imidlertid dette sjelden (aldri) være situasjonen. Her vil problemstillingen normalt være hvor stort tapet er. Betydningen blir da at retten må legge seg slik på skalaen at det er 50,1 % sannsynlighet for at tapet er minst så stort.

Høyesteretts avklaringer om det prinsipielle er i seg selv ganske åpenbare. Det innebærer at de prinsippene som ellers gjelder innenfor kontraktsretten også gjelder for plunder og heft krav. Når dette likevel er viktige avklaringer er det fordi byggherresiden stadig har argumentert med at noe annet skal gjelde for plunder og heft krav. Typisk har det vært argumentert med at entreprenøren har en særlig høy bevisbyrde for plunder og heft krav og at visse typer av bevis er irrelevante, typisk entreprenørens tap. Denne argumentasjonen er det ikke lenger grunnlag for.

4. BEVISTEMAENE

I avsnitt 66 presiserer Høyesterett at det er to bevistemaer: For det første må entreprenøren føre bevis for at det har oppstått plunder og heft virkninger. Det innebærer både at entreprenøren må føre bevis for at de forhold han påberoper

seg er byggherreforhold eller endringer, og at disse er av en slik størrelse og karakter at det er mest sannsynlig at de har hatt konsekvenser for produktiviteten, mao. plunder og heft virkninger. For det annet må entreprenøren føre bevis for sitt tap/vederlagskrav, altså sitt krav. Det var dette bevistemaet Høyesterettssaken dreide seg om.

Høyesterett presiserer videre at det prinsippet som ble fastslått i Oslofjordtunneldommen gjelder. Det innebærer at entreprenørens krav prinsipielt sett skal tilsvare forskjellen mellom den økonomiske situasjonen han faktisk er i og den økonomiske situasjonen han ville ha vært i dersom byggherreforholdene tenkes borte. I prinsippet er dette en enkel formel. I praksis er det vanskeligere.

Heller intet av dette er kontroversielt. Begge parter var i utgangspunktet enige om dette, og det er også stort sett slik domstolene har gått frem. Når det gjelder oppdelingen av bevisvurderingen i to ledd er dette helt i tråd med Agder lagmannsretts dom av 2. juli 2015 om Teigar ungdomsskole.

Det er verdt å merke seg at Høyesterett, med referanse

til Kolrud, bemerker at det ofte kan være vanskelig å føre bevis for det hypotetiske hendelsesforløpet (altså hva kostnadene ville vært hvis byggherreforholdene tenkes borte). Både her og flere andre steder i dommen viser Høyesterett forståelse for at det ikke kan føres eksakte bevis for kostnadene.

5. HVORDAN SKAL PLUNDER OG HEFT BEREKNES?

Noen hadde sikkert håpet at Høyesterett skulle komme med konkrete og operative anvisninger på hvordan plunder og heft krav skal beregnes. De blir skuffet, og noe annet kunne heller ikke forventes. For det første er det tilnærmet umulig å gi konkrete anvisninger som vil passe på forskjellige saker. For det annet har ikke Høyesterett en slik erfaring med entrepriserett at man kunne forvente veldig konkrete anvisninger.

Når det er sagt bringer Høyesterettsdommen noen viktige prinsipielle avklaringer.

For det første understreker Høyesterett flere steder, bl.a. i avsnitt 86 og avsnitt 96, at bevistema normalt vil være den samlede virkningen av



byggherreforholdene. Dette er en viktig avklaring. Byggherresiden har alltid anført at det må føres bevis for virkningen av det enkelte byggherreforholdet. Det har Høyesterett uttrykkelig avvist.

For det annet har Høyesterett understreket at entreprenøren også må føre bevis for hvilke arbeidsoperasjoner som er påvirket. Det er altså ikke tilstrekkelig å påstå at «alt arbeid» er blitt påvirket, og kreve oppgjør for «alt». Entreprenørene må nå vurdere om, og i hvilken grad, de enkelte arbeidsoperasjoner er blitt påvirket. Dette bør ikke være noe uoverkommelig krav, og tilsvarer vel det som har vært «best practice» også tidligere. Samtidig har det historisk vært fremmet mange plunder og heft krav som ikke ville passere denne «testen».

For det tredje understreker og aksepterer Høyesterett fullt ut de bevismessige problemene ved plunder og heft krav. Det sies uttrykkelig i avsnitt 86 at beviskravene ikke kan settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Det viktige ved denne presiseringen er at byggherresiden ikke lenger bare kan avvise den dokumentasjonensom entreprenørene har lagt frem.

6. VALG AV METODER

Særlig i UK og USA (og Canada og Australia) har det vært en stor diskusjon i bransjen om valg av for-skjellige metoder for å beregne virkningene av plunder og heft. Til dels er dette utviklet i forskjellige hovedmetoder og forskjellige undermetoder. I Skandinavia har vi ikke hatt noen tradisjon for dette. Selv om en del eksempler ble belyst for Høyesterett tar Høyesterett naturlig nok ikke standpunkt til valg av metode. Også her gir imidlertid Høyesterett noen anvisninger.

For det første ligger det en anvisning i at entreprenøren må føre bevis for hvilke arbeidsoperasjoner som er påvirket og forsøke å vise virkningene av disse. Høyesterett sier imidlertid ingenting om hvordan dette skal gjøres, og tar altså ikke standpunkt til valg av metode. Det er opp til entreprenøren å velge hvordan dette skal belyses.

For det annet sier Høyesterett i avsnitt 78 at en sammenligning mellom entreprenørens kalkyle og

hans totale kostnader ikke er et godt alternativ. Dette begrunnes med at entreprenørens tap kan skyldes underkalkulasjon eller egne feil. Samtidig presiserer Høyesterett i avsnitt 82 og avsnitt 95 at også denne metoden (totalkostnadsmetoden) kan være relevant, særlig i forbindelse med andre metoder, eller der man ikke har andre alternativer. I realiteten har Høyesterett derved lagt seg på samme linje som man stort sett har i engelsktalende jurisdiksjoner: Totalkostnadsmetoden kan ikke prinsipielt avvises, men bør enten benyttes i kombinasjon, og som et supplement til, andre metoder, eller i de tilfellene hvor det ikke finnes andre alternativer.

Høyesterett vurderer også det som ofte kalles industristandardmetoden i amerikansk og engelsk litteratur, dvs. erfaringsbaserte ineffektivitetsprosenter. Høyesterett legger til grunn at en slik metode «normalt» ikke vil være tilstrekkelig. Høyesterett holder imidlertid åpent for at dette kan være et supplement til andre metoder, og at det ikke kan avvises som sådan.

I norsk rettspraksis er det av og til vist til at man skal bruke en nedenfra-og-opp metode, uten at dette er nærmere presisert. Høyesterett siterer også fra lagmannsrettens dom hvor den benytter dette begrepet. Med de presiseringene som Høyesterett gjør, om at det ikke er spørsmål om virkningen av det enkelte byggherreforholdet, men summen av byggherreforholdene, og at entreprenøren må påvise hvilke arbeidsoperasjoner som er blitt utsatt for plunder og heft, blir ikke «nedenfra-og-opp» noe annet enn navnet på resultatet. Det betyr at disse begrepene, som aldri har hatt noe helt presist innhold, antakelig bør plasseres på museum.

7. BRUK AV SKJØNN

Høyesterett aksepterte – selvfølgelig – at utmåling av kompensasjon for plunder og heft må bli skjønnsmessig. Det ligger implisitt i Høyesteretts klare understreking av at problemstillingen er vanskelig, og at det ikke kan kreves noen eksakte bevis. Det er – slik Høyesterett selv presiserer – spørsmål om å «beregne» virkningene, ikke et spørsmål om et eksakt regnestykke.

Samtidig understreker Høyesterett at det skjønnset som domstolen skal foreta må være forankret

i en riktig rettsoppfatning. I den aktuelle saken var det ingen sammenheng mellom de generelle uttalelsene lagmannsretten ga og den konkrete utmålingen. Det var ikke tilstrekkelig, og lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

En viktig del av dette er at lagmannsretten hadde valgt å «straffe» entreprenøren for utilstrekkelig bevisføring, og fravek derfor overvektsprinsippet. Man valgte altså å tilkjenne entreprenøren mindre enn det den mente var det mest sannsynlige tapet. Etter Høyesteretts avklaring er det ikke lenger rom for dette.

8. FORSERING

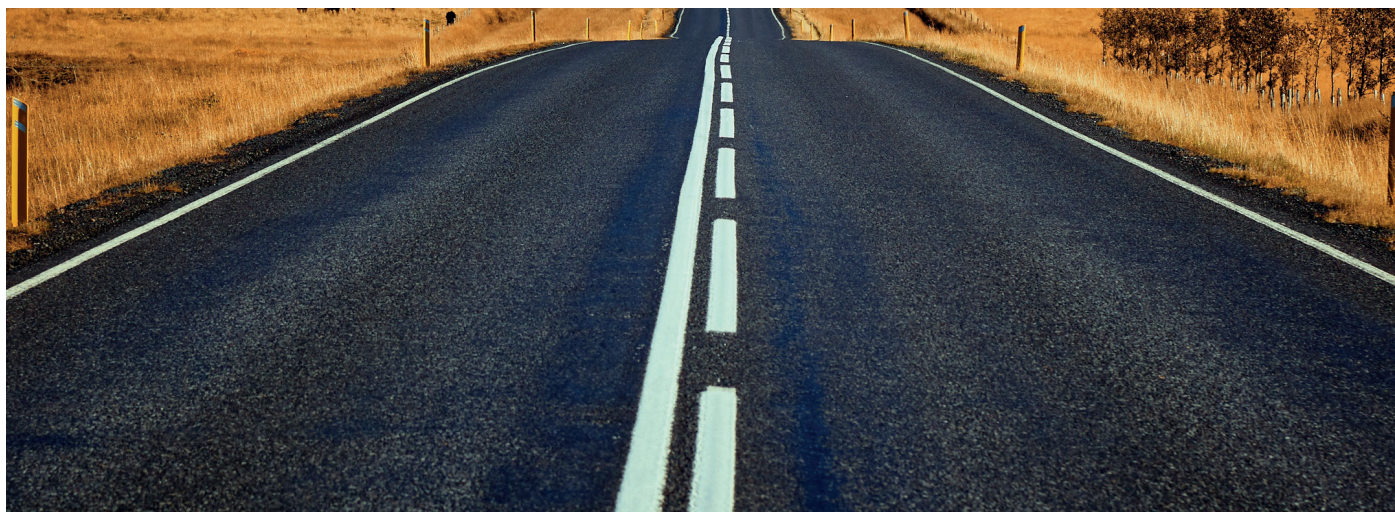
Saken gjaldt også forsering. Her hadde verken entreprenøren eller byggherren særlige innvendinger mot lagmannsrettens generelle rettslige betraktninger. Lagmannsretten hadde imidlertid ikke tatt standpunkt til hvor mye fristforlengelse entreprenøren hadde krav på. Det mente Høyesterett var utilstrekkelig og opphevet dommen. Det må derfor legges til grunn at domstolen normalt må ta standpunkt til hvor mye fristforlengelse entreprenøren har krav på før man utmåler et forseringsvederlag. Det har også vært helt vanlig prosedyre i de aller fleste saker.

9. AVSLUTNING

Hvor står så byggebransjen etter dette? Har vi fått noen avklaringer?

Ja, noe klokere har vi blitt. Høyesterett har presisert at det er de vanlige bevisbyrder og bevisreglene som gjelder, dvs. det vanlige overvektsprinsippet. Dette er viktig. Dessuten har Høyesterett presisert at bevistemaet normalt er den samlede effekten av byggherreforholdene, altså ikke hva det enkelte byggherreforholdet har påført entreprenøren. Videre har Høyesterett vist stor forståelse for de praktiske vanskelighetene det er med å utmåle et riktig vederlag for plunder og heft og understreket at det ikke må stilles urealistiske krav. Endelig har Høyesterett sagt at flere metoder kan være anvendelige, selv om en totalkostnadsmetode og en «industristandardmetode» normalt ikke bør brukes alene, iallfall ikke hvis det finnes alternativer.

Vil det etter dette bli færre plunder og heft saker? Neppe. Så lenge anbudsgrunnlaget fortsetter å være mangelfullt og prosjekteringen feil og forsinket vil plunder og heft krav bli fremsatt. Høyesterett gir få, eller ingen, operative kriterier for hvordan slike krav skal håndteres, og uenigheten kommer fortsatt til å være stor.



Glittertind ved advokat Nils-Henrik Pettersson førte saken for HAB Construction AS i Høyesterett.