



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 20. november 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Wilhelm Matheson
dommer Kristin Normann
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch

HR-2020-2254-A, (sak nr. 19-186990SIV-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 15. oktober 2019

Staten v/Samferdselsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Kristin Hallsjø Aarvik – til
prøve)

mot

Rambøll Norge AS
Zurich Insurance plc, Norway Branch

(advokat John Gjermund Flatabø)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Arntzen:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken har sitt utspring i en byggherres krav om erstatning for prosjekteringsfeil etter NS 8401. Spørsmålet er om byggherren har reklamert for sent, og i så fall om den prosjekterende har tapt retten til å gjøre denne innsigelsen gjeldende.
- (3) I forbindelse med omlegging av riksvei 3 ved Åsta i Østerdalen inngikk Statens vegvesen kontrakt med Rambøll Norge AS (Rambøll) om kjøp av planleggings- og prosjekteringstjenester, herunder utarbeidelse av konkurransegrunnlag. Kontrakten ble inngått i november 2010 med leveringsfrist i mai 2011. Den er basert på Norsk Standard 8401 «Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag» med Vegvesenets tilpasninger 12. november 2002. Disse tilpasningene gjelder ikke standardens punkt 13 om prosjekteringsfeil, og er følgelig uten betydning for saken her. Kontrakten omfattet også 200 timer for Rambølls «medvirkning/oppfølging i byggetiden, herunder byggemøter eventuelt med skriving av referat».
- (4) Etter anbudskonkurransen der fire tilbydere innga anbud, ble kontrakt mellom Statens vegvesen som byggherre og AF Gruppen Norge AS (AF-gruppen) som entreprenør inngått i september 2012. Ferdigstillelsesdatoen var 1. oktober 2014. Anleggsarbeidet startet rundt påsketider i 2013.
- (5) Våren 2013 ble det avdekket at oppgitt mengde på 1 000 kvadratmeter omkjøringsveier i konkurransegrunnlagets prosess 13.9 «Omlegging av eksisterende rv. 3» var for lite. Avviket ble tatt opp i byggemøter der Statens vegvesen, AF-gruppen og Rambøll var representert. Det ble dessuten tatt opp i to særmøter mellom Vegvesenet og entreprenøren.
- (6) I begynnelsen av juli 2013 fremmet Statens vegvesen krav om erstatning mot Rambøll for tre forskjellige prosjekteringsfeil, herunder oppgitt mengde på 1 000 kvadratmeter i prosess 13.9.
- (7) Kravene ble avslått av skadeoppgjørsselskapet Crawford & Company (Norway) AS (Crawford) på vegne av Rambølls forsikringsselskap Zurich Insurance plc, Norway Branch. Ett av kravene som var knyttet til en feildimensjonert stikkrenne, ble delvis akseptert.
- (8) Statens vegvesen gjentok deretter kravene i årlige brev til Crawford, som i april 2016 igjen av slo dem.
- (9) Etter at saken hadde vært behandlet i forliksrådet og ett av kravene var forlikt, tok staten ved Samferdselsdepartementet 5. september 2017 ut stevning for Sør-Østerdal tingrett. I dom 12. oktober 2018 ble Vegvesenet tilkjent erstatning for en mindre del av prosjekteringsfeilen knyttet til den feildimensjonerte stikkrennen. Tingretten fant videre at det forelå en prosjekteringsfeil i konkurransegrunnlagets prosess 13.9, men kom til at

Vegvesenet hadde reklamert for sent. Statens anførsel om at reklamasjonsinnsigelsen var gått tapt som følge av realitetsdrøftelser, førte ikke frem.

- (10) Staten anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, og Rambøll og Zurich Insurance plc, Norway Branch, motanket. I dom 15. oktober 2019 foretok lagmannsretten en mindre justering av erstatningen for den feildimensjonerte stikkrennen. Anken over avgjørelsen av kravet i tilknytning til prosjekteringsfeilen i prosess 13.9, førte ikke frem. Lagmannsrettens flertall tok ikke stilling til om det forelå en prosjekteringsfeil, men var enig i tingrettens avgjørelse av reklamasjonsspørsmålet. Lagmannsrettens mindretall, de to fagkyndige meddommerne, mente at avtalens reklamasjonsfrist var overholdt, og at kravet burde gis delvis medhold.
- (11) Staten ved Samferdselsdepartementet har anket til Høyesterett hva gjelder kravet knyttet til prosjekteringsfeilen i konkurransegrunnlagets prosess 13.9. Anken gjelder både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.
- (12) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 20. januar 2020 å fremme anken til behandling, men likevel slik at ankeforhandlingen begrenses til å gjelde spørsmålet «om det er reklamert for sent, og i så fall om ankemotpartene har mistet sin rett til å gjøre gjeldende at det er reklamert for sent», jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd.

Partenes syn på saken

- (13) Den ankende part – *staten v/Samferdselsdepartementet* – har i korte trekk anført:
- (14) Reklamasjonen over prosjekteringsfeilen i prosess 13.9 er ikke fremsatt for sent. Etter NS 8401 punkt 13.4 begynner reklamasjonsfristen først å løpe når oppdragsgiver «blir kjent med» prosjekteringsfeilen. Prosjekteringsfeil forutsetter både et objektivt avvik fra kontraktsmessig oppdragsutførelse og subjektiv skyld ved at kravet til faglig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt, jf. NS 8401 punkt 13.1. Statens vegvesen fikk først kunnskap om at det forelå en prosjekteringsfeil i juni 2013.
- (15) Når oppdragsgiver har faktisk kunnskap om en prosjekteringsfeil må reklamasjon fremsettes «uten ugrunnet opphold». Fristen er kort, og man må ha saklig grunn for å vente med å reklamere. Det er likevel snakk om en relativ frist, og hva som utgjør nødvendig tid eller saklig grunn, må vurderes konkret. Selv om fristen er kort, må den kunne praktiseres innenfor oppdragsgivers prosjektorganisasjon, og det må innrømmes en viss tid til å gjennomføre en alminnelig saksbehandling av kravet. Reklamasjonen fant sted 3. juli 2013 og var således rettidig. Hensynene som begrunner regelen om reklamasjon, blir ikke skadelidende ved en slik frist.
- (16) Oppdragstakers rett til å gjøre reklamasjonsinnsigelsen gjeldende, har uansett gått tapt gjennom realitetsdrøftelser kombinert med ulovfestede passivitetsprinsipper. Først på forsommeren 2016 tok prosjekteringsiden forbehold om å gjøre reklamasjonsinnsigelsen gjeldende, noe som ble gjort i august samme år – det vil si mer enn tre år etter at reklamasjonen var fremsatt.

- (17) Den ankende part har nedlagt slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom i sak 18-187163ASD-ELAG oppheves så langt den gjelder statens krav om erstatning for prosjekteringsfeil i prosess 13.9.
 2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (18) Ankemotpartene – *Rambøll Norge AS og Zurich Insurance plc, Norway Branch* – har i korte trekk anført:
- (19) Reklamasjonsfristen «uten ugrunnet opphold» er ikke overholdt. Fristen begynte å løpe så snart Statens vegvesen i mars-april 2013 mottok fakturaer fra entreprenør som viste at det var bygget tilnærmet tre ganger mer omkjøringsvei enn prosjektert mengde. Under enhver omstendighet begynte fristen å løpe senest i midten av mai etter at det var avholdt særmøte med entreprenøren om planlagte omkjøringsveier. Det at Vegvesenet fortsatte å arbeide med prosess 13.9, herunder diskuterte saken med entreprenøren, kan ikke utskyte friststart overfor Rambøll.
- (20) Statens vegvesen måtte reklamere «uten ugrunnet opphold» etter friststart. Oppdragsgiver har ikke krav på å bruke mer tid enn det som er nødvendig for å saksbehandle reklamasjonen. Ordlyden i kontrakten tilsier at fristen er dager og ikke uker.
- (21) Rambølls rett til å påberope seg for sent fremsatt reklamasjon er ikke bortfalt. Selskapet har fra første stund avvist kravet, ikke realitetsdrøftet det. Statens vegvesen fikk derfor aldri noen berettiget forventning om at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli påberopt. Kravet knyttet til prosess 13.9 var ikke tema mellom partene, bortsett fra statens årlige påminnelser for å holde liv i kravet. Først i januar 2016 ble kravet tallfestet og nærmere begrunnet. Rambøll kan på denne bakgrunn ikke bebreides for passivitet.
- (22) Ankemotpartene har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Zurich Insurance plc, Norway Branch og Rambøll Norge AS tilkjennes sakskostnader.»

Mitt syn på saken

Innledning

- (23) Statens vegvesen reklamerte ved brev 1. juli 2013, som ble postlagt og sendt som e-post 3. juli 2013. I dette brevet ble Rambøll varslet om at det ville bli fremmet krav om erstatning på grunn av tre forskjellige prosjekteringsfeil. Den påberopte prosjekteringsfeilen i prosess 13.9 besto i at oppgitt mengde omkjøringsvei var 1 000 kvadratmeter, mens behovet viste seg å være om lag 15 000 kvadratmeter. Partene er enige om at varselet tilfredsstillende innholdsmessige kravene til en reklamasjon.

- (24) Spørsmålet er for det første om Statens vegvesen overholdt reklamasjonsfristen i prosjekteringskontrakten med Rambøll. Dette beror både på fristens utgangspunkt og på dens lengde. Under forutsetning av at fristen ikke er overholdt, oppstår spørsmålet om prosjekteringssiden har tapt retten til å gjøre innsigelsen gjeldende. Dersom det er reklamert i tide eller reklamasjonsinnsigelsen er tapt, må lagmannsrettens dom oppheves så langt den er påanket, slik at erstatningskravet i tilknytning til prosess 13.9, kan behandles i lagmannsretten.
- (25) For enkelhets skyld omtaler jeg i det følgende Rambøll og Crawford under fellesbetegnelsen «prosjekteringssiden».

Reklamasjonsfristens utgangspunkt

Rettslige utgangspunkter

- (26) Den avtalte reklamasjonsfristen som gjelder under utførelsen av anleggsarbeidene, fremgår av NS 8401 punkt 13.4:
- «13.4 Reklamasjon
Oppdragsgiveren må uten ugrunnet opphold påberope seg prosjekteringsfeil som han blir kjent med under utførelsen av oppdraget og før overtakelsen av den delen av bygget eller anlegget prosjekteringsfeilen angår. Gjør han ikke det, taper han retten til å påberope seg feilen [...]».
- (27) Fristens utgangspunkt er når oppdragsgiveren faktisk «blir kjent med» prosjekteringsfeilen. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiveren burde ha blitt kjent med feilen.
- (28) Hva som skal til for at det foreligger en prosjekteringsfeil følger av standardkontraktens punkt 13.1:
- «13.1 Når foreligger prosjekteringsfeil
Det foreligger prosjekteringsfeil når oppdraget ikke er utført i samsvar med kontrakten og dette skyldes at kravet til faglig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt.
- Oppdragsgiverens godkjenning av forslag eller prosjektmateriale fritar ikke den prosjekterende for ansvaret for rådgivningsfeil.»
- (29) For at reklamasjonsfristen skal begynne å løpe, må oppdragsgiver altså ha kunnskap om at det er et objektivt avvik mellom det prosjekterte og det kontraktsmessige, og dessuten om at avviket skyldes at den prosjekterende har forsømt kravet til faglig handlemåte eller aktsomhet. Er det først avdekket at kravet til faglig handlemåte ikke er overholdt, gjelder et tilnærmet objektivt ansvar. Det forventes med andre ord at den prosjekterende er fullt faglig oppdatert innen sitt felt, se Hans Jakob Urbye, Kommentar til NS 8401 og NS 8402, 2002, side 143.
- (30) Den aktuelle misligholdsbeføyelsen er erstatningsansvar, som reguleres av standardens punkt 13.3:
- «13.3 Erstatningsansvar

Oppdragsgiveren kan kreve å få erstattet påregnelig tap som følge av prosjekteringsfeil. Han skal søke å forebygge og begrense skadevirkningene av den prosjekterendes feil.»

- (31) Skadelidtes plikt til å iverksette eventuelle avhjelpende tiltak er derved gjort til en del av erstatningsbestemmelsen.
- (32) I Rt-2009-160, som gjaldt et tilsvarende kunnskapskrav i NS 3431 «Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser», la Høyesterett til grunn at entreprenøren måtte få tid til å avklare reklamasjonsgrunnlaget før fristen begynte å løpe. I avsnittene 47 og 48 heter det:

«(47) Varslingsregelen har bare betydning når totalentreprenøren vil kreve merutgifter dekket av byggherren. Dette må innebære at varslingsfristen først begynner å løpe når entreprenøren er klar over de faktiske forhold som gjør at byggherren er ansvarlig for utgiftene, og han må gis tid til å vurdere ansvarsspørsmålet.

(48) Etter punkt 26.2 har totalentreprenøren krav på kompensasjon for merutgifter bare i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler. Det følger etter mitt syn av dette at varslingsfristen i de tilfeller hvor entreprenøren mener at alternative tiltak kan være aktuelle, først inntre når entreprenøren blir klar over at slike tiltak ikke kan begrense eller forebygge merutgiftene. Forutsetningen må imidlertid være at entreprenøren rimelig raskt vurderer spørsmålet.»

- (33) Selv om kompensasjonsregelen i NS 3431 har en noe annen utforming med hensyn til betydningen av avhjelpende tiltak, bør disse utgangspunktene etter mitt syn også legges til grunn ved vurderingen av fristen til å varsle krav om erstatning etter NS 8401 punkt 13.4. Byggherren må følgelig få tid til å vurdere årsaks- og ansvarsforhold, og dessuten eventuelle avhjelpende tiltak, før fristen begynner å løpe. Kunnskap om «kravets totale omfang» kreves imidlertid ikke, jf. avsnitt 46 i dommen jeg nettopp nevnte.

Reklamasjonsfristens utgangspunkt i vår sak

- (34) Ved vurderingen av fristens utgangspunkt er det Vegvesenets egen oppfatning om at det foreligger en ansvarsbetingende prosjekteringsfeil, som er avgjørende.
- (35) Jeg tar i det følgende utgangspunkt i hvilken type prosjekteringsfeil vi eventuelt står overfor.
- (36) I konkurransegrunnlaget Rambøll utarbeidet, er mengden omleggingsveier – også omtalt som omkjøringsveier – i anleggsperioden regulert på denne måten:

«13.9 Omlegging av eksisterende rv. 3

- a) Prosessen omfatter alle kostnader og arbeider med omlegging av rv.3 for sikker utførelse av anleggsarbeidene. Omlagt rv. 3 skal ha fast dekke, som vedlikeholdes gjennom anlegget. Mengden avklares med byggherren.
- x) Mengden måles som utført arealomlagt asfaltert veg.
 Enhet: m² m² Mengde 1 000.»

- (37) Jeg forstår bokstav a slik at faktisk mengde omkjøringsveier er avhengig av entreprenørens driftsopplegg. I og med at de faktiske mengdene skal honoreres etter entreprenørens enhetspriser, må mengden avklares med byggherren. Bokstav x er et anslag over forventet mengde omkjøringsveier. Anslaget på 1 000 kvadratmeter ble også benyttet som grunnlag for å sammenligne tilbydernes enhetsprising av prosess 13.9.
- (38) Vi står altså overfor et *mengdeanslag*, der faktisk mengde vil avhenge av entreprenørens driftsopplegg.
- (39) Ved avslutningen av prosjektet viste det seg at den faktiske mengden omkjøringsveier hadde vært på nærmere 17 000 kvadratmeter. I og med at AF-gruppens enhetspris per kvadratmeter omkjøringsvei var rundt dobbelt så høy som gjennomsnittet av konkurrentenes, fikk mengdeanslaget i konkurransegrunnlaget store økonomiske konsekvenser.
- (40) Spørsmålet er da på hvilket tidspunkt Vegvesenet hadde kunnskap om prosjekteringsfeilen.
- (41) Etter anleggsarbeidens oppstart viste det seg relativt raskt at det prosjekterte mengdeanslaget på 1 000 kvadratmeter var overskredet. Vegvesenet mottok to fakturaer i mars-april 2013 som viste at akkumulert mengde omkjøringsveier i slutten av april var på rundt 2 900 kvadratmeter. På dette tidspunktet var det således et betydelig avvik mellom konkurransegrunnlagets mengdeanslag og faktisk utført mengde. Årsaken til differansen, herunder om det var Rambøll som hadde underdimensjonert eller AF-gruppen som hadde overdimensjonert mengdene, kan imidlertid ikke utledes av disse tallene. Jeg kan følgelig ikke se at Vegvesenet allerede på dette tidspunktet hadde kunnskap om at det forelå en prosjekteringsfeil.
- (42) Avviket ble fulgt opp i byggemøte 2. mai 2013, der også Rambøll var til stede. I møtereferatet heter det:
- «Prosess 13.9 Omlegging av eksisterende rv. 3:
Liten mengde i kontrakt, stor mengde planlagt utført og høy enhetspris gir stor kostnadsøkning. Det presiseres at mengde/omfang skal avklares med Byggherre. Kan omleggingslengdene reduseres? (Generelt, men spesielt Gita.) Andre mulige tiltak drøftes. Begge parter ser på dette og kommer med innspill til løsning.»
- (43) Spørsmålene knyttet til reduksjon av mengde og andre mulige tiltak ble fulgt opp i særmøte 14. mai 2013 mellom byggherre og entreprenør. Av møtereferatet fremgår det at AF-gruppen overleverte en «revidert tabell som viser mengder, samt tenkt prosjektering av omleggingsveier» i fem strekninger. Omlegginger med «minimum» to lysregulerte strekninger var lagt inn som «mengdebesparende tiltak».
- (44) Til dette kommenterte Vegvesenet at «det har kommet frem noen gode løsninger for å minske den totale mengden med omkjøringsveier. Tatt i betraktning at kontraktens mengde er for liten». Det fremkom videre forslag om blant annet å «se på avslutning av parsell i sør og nord». Det var enighet om at «arealet for de planlagte omleggingene kontrolleres og oversendes SVV [Statens vegvesen]». AF-gruppen fikk ansvar for å følge opp dette med frist til 1. juni 2013, noe også Rambøll ble orientert om på det påfølgende byggemøtet.

- (45) Prosjekteringssiden har med styrke fremholdt at Vegvesenet senest på dette tidspunktet – det vil si i midten av mai – var kjent med at det forelå en prosjekteringsfeil. Jeg kan være enig i at formuleringen «kontraktens mengde er for liten» gir støtte for dette. På den annen side arbeidet AF-gruppen fortsatt med sitt driftsopplegg med tanke på å redusere mengdene ytterligere. Dette arbeidet var ikke bare nødvendig for avklare årsaken til mengdeavviket, men også for å kartlegge muligheten for avhjelpende tiltak. Jeg kan da ikke se at Vegvesenet hadde tilstrekkelig kunnskap om prosjekteringsfeilen før entreprenøren hadde fått anledning til å følge opp det videre arbeidet med å redusere mengder innen avtalt frist.
- (46) I det neste særmøtet 5. juni 2013, som hadde hovedfokus på «mengder og kostnader for midlertidige omleggingsveier for Rv.3», ga Statens vegvesen sin tilslutning til AF-gruppens driftsopplegg. I møtereferatet heter det:
- «SVV er enig i omfanget av nødvendige omlegginger, men det er ikke enighet rundt dekning av kostnadene. ... Det ble enighet om at AF utfører iht. planlagte omleggingsveier, med bakgrunn i enighet om mengdene.»
- (47) Ved å akseptere entreprenørens mengder som *nødvendige*, mener jeg Statens vegvesen hadde kunnskap om at det betydelige avviket fra konkurransegrunnlagets anslag skyldtes en prosjekteringsfeil. Reklamasjonsfristen begynte derved å løpe 5. juni 2013.

Reklamasjonsfristens lengde

Rettslige utgangspunkter

- (48) Etter NS 8401 punkt 13.4 må oppdragsgiver reklamere «uten ugrunnet opphold» etter å ha fått kunnskap om prosjekteringsfeilen. Oppholdet mellom fristens utgangspunkt og reklamasjonen må altså ha en grunn.
- (49) Det dreier seg om en kort frist som normalt begrenser seg til den tid det tar å saksbehandle kravet på en slik måte at en reklamasjon kan fremsettes. Oppdragsgiver må få anledning til å bearbeide foreliggende informasjon og dessuten til å avklare reklamasjonen på relevant nivå i organisasjonen. Hva som skal anses som begrunnet tidsbruk, må vurderes konkret, blant annet hensett til kravets kompleksitet og entreprisens omfang, se Johannes Meyer-Myklestad m.fl., Rådgiverkontrakter i et nøtteskall, 2019, side 197.

Reklamasjonsfristens lengde i vår sak

- (50) Statens vegvesen reklamerte, som allerede nevnt, 3. juli 2013. I reklamasjonen er den påberopte prosjekteringsfeilen i prosess 13.9 omtalt slik:

«I prosessen er mengden angitt til 1000 kvadratmeter. Statens vegvesen legger til grunn at Rambøll enten har gjort en grov regnefeil eller ført feil enhet og at enheten skulle vært løpemeter. Ifølge AF gruppen, som er entreprenør, er behovet for omkjøringsvei om lag 15 000 kvadratmeter.

Foreløpig overslag tyder på at Statens vegvesen blir påført tap i størrelsesorden 5-6 millioner kroner, etter tapsbegrensende tiltak. Kontraktens tapsbegrensningsklausul på kroner 3 000 000 per feil vil således slå inn.»

- (51) Reklamasjonen er kortfattet, og inneholder ikke flere faktiske opplysninger enn det som allerede var avklart under særmøtet 5. juni 2013 da fristen begynte å løpe. Hva feilen på prosjekteringssiden nærmere bestemt gikk ut på, er fortsatt uavklart. Bortsett fra henvisningen til kontraktens tapsbegrensningsklausul, inneholder reklamasjonen heller ingen juridisk vurdering.
- (52) Staten har ikke opplyst hvorfor det tok fire uker å saksbehandle denne reklamasjonen. Det er i stedet pekt på at det ikke var nødvendig med en raskere reklamasjon fordi formålene bak reklamasjonsregelen ikke slår til.
- (53) Jeg kan være enig med staten i at verken innrettelses- eller bevissikringshensynet tilsa en raskere reklamasjon så lenge Rambølls mulighet til å forebygge eller redusere skaden var begrenset. Det er imidlertid ikke slike generelle betraktninger som etter kontrakten er avgjørende for fristens lengde.
- (54) I dette prosjektet vil jeg anta at en frist på rundt to uker til å saksbehandle reklamasjonen burde vært tilstrekkelig. Reklamasjonen er følgelig fremsatt for sent.

Er reklamasjonsinnsigelsen tapt?

Rettslige utgangspunkter

- (55) Kontrakten mellom Rambøll og Statens vegvesen inneholder ingen uttrykkelig bestemmelse om oppdragstakers plikt til å gjøre eventuelle reklamasjonsinnsigelser gjeldende innen en viss tid. Jeg finner det imidlertid klart at kontrakten må kunne suppleres av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, herunder ulovfestede passivitetsregler, jf. Rt-2012-1779 avsnitt 54 siste setning. Videre kan debitor selvfølgelig frafalle en innsigelse om at det er reklamert for sent. Et slikt frafall kan også skje ved konkludent adferd.
- (56) Spørsmålet om et kontraktsrettslig krav var bortfalt etter ulovfestede passivitetsregler, var oppe i HR-2018-383-A. I avsnitt 41 er vurderingstemaet formulert slik:
- «Om dagmulktkravet er bortfalt ved passivitet, må avgjøres etter en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saksforholdet, der en rekke momenter vil inngå. Sentralt står om kravshaveren har hatt en særlig oppfordring til å gjøre kravet gjeldende tidligere enn han gjorde, og om skyldneren har hatt et særlig behov for å innrette seg på at kravet enten ikke eksisterer eller ikke blir forfulgt. Vurderingen må skje i lys av de forventinger til gjensidig lojalitet som avtaleforholdet har skapt.»
- (57) Disse mer overordnede momentene må etter mitt syn også kunne anvendes på spørsmålet om retten til å påberope at det er reklamert for sent, er falt bort ved passivitet. Reklamasjonsreglene har sin bakgrunn i passivitetsbetraktninger, og symmetrihensyn tilsier at også *innsigelser* om at en reklamasjon er for sent fremsatt, kan gå tapt ved passivitet.
- (58) Tap av reklamasjonsinnsigelser i kjøpsforhold er i eldre høyesterettspraksis begrunnet med at debitor har innlatt seg på realitetsdrøftelser om kravet, eventuelt i kombinasjon med passivitet, se Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2011, side 357 med henvisning til

rettspraksis. Jeg finner ikke grunn til å gå inn på rekkevidden av denne praksisen. I entrepriseforhold, som denne saken gjelder, mener jeg uansett at drøftelser av kravets realitet ikke uten videre bør føre til tap av debitors innsigelse om at det er reklamert for sent. I slike kontraktsforhold vil det i anleggsfasen normalt være et utstrakt samarbeid mellom partene. Forholdene ligger derved godt til rette for å drøfte utfordringer i prosjektet, også med tanke på å finne minnelige løsninger i tilknytning til krav som måtte være varslet. Et «prinsipp om realitetsdrøftelser» vil under slike omstendigheter enten kunne virke som en felle eller også legge en effektiv demper på partenes forhandlingsvilje. De ulovfestede reglene om passivitet synes derfor bedre egnet til å fremme den løpende lojalitetsplikten som kjennetegner denne typen kontraktsforhold. Eventuelle realitetsdrøftelser vil imidlertid kunne inngå som et element i vurderingen av om reklamasjonsinnsigelsen må anses frafalt eller tapt ved passivitet, se Erik Monsen, «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser» *Jussens Venner*, 2010, side 198-199.

- (59) Rt-1984-962, Mesterhus, gjaldt bortfall av en entreprenørs reklamasjonsinnsigelse etter NS 3401 «Alminnelige kontraktsbestemmelser om bygg- og anleggsarbeider». I den saken ble spørsmålet om entreprenøren «skal anses for å ha frafalt fristinnsigelsen eller eventuelt direkte å ha gått med på å utbedre mangler», avgjort på grunnlag av «en samlet vurdering av partenes forhandlinger og forhold for øvrig», jf. side 967.
- (60) I vår sak vil det stå sentralt om prosjekteringssiden gjennom sin opptreden og mulige passivitet ga byggherren rimelig grunn til å tro at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli gjort gjeldende. Dette vil blant annet bero på hvorvidt prosjekteringssiden hadde en særlig oppfordring til å gjøre innsigelsen gjeldende på et tidligere tidspunkt, og på hvorvidt byggherren hadde et særlig behov for å innrette seg på at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli påberopt. Helhetsvurderingen må skje i lys av de forventninger til gjensidig lojalitet som følger av avtaleforholdet mellom partene.

Er reklamasjonsinnsigelsen tapt i vår sak?

- (61) Ved vurderingen av prosjekteringssidens håndtering av Vegvesenets reklamasjon, tar jeg utgangspunkt i Crawford's svarbrev 19. september 2013 der det innledningsvis heter:

«Crawford & Company (Norway AS) er et selvstendig skadeoppgjørsselskap som behandler saker på vegne av Rambøll sitt forsikringsselskap Zurich. I denne forbindelse har Rambøll meldt inn denne saken under sin ansvarsforsikring.

Vårt oppdrag blir å vurdere om Rambøll kan gjøres rettslig erstatningsansvarlig for de krav som dere har fremsatt, og vurdere om disse er dekket av ansvarsforsikringen.

Vi må følgelig vurdere om det foreligger en prosjekteringsfeil. Dersom det foreligger slik feil, har oppdragsgiver reklamert i tide, og i så tilfelle har denne prosjekteringsfeilen påført oppdragsgiver en merkostnad.»

- (62) Siste avsnitt er uklart, men kan etter mitt syn ikke tolkes som et frafall av reklamasjonsinnsigelsen. Det fremgår av de påfølgende kommentarene til Vegvesenets tre erstatningskrav at avsnittet må forestås som en introduksjon til hvilke spørsmål selskapet skulle vurdere.

- (63) Crawford's avslag kunne likevel gi Vegvesenet grunn til å tro at det ikke ville bli gjort gjeldende innsigelser om at reklamasjonen var for sent fremsatt.
- (64) Som det fremgår av Crawford's kommentarer til de ulike erstatningspostene, ble kravet knyttet til prosess 13.9 avvist på *materielt* grunnlag. Crawford argumenterte både med at oppgitt mengde omkjøringsvei på 1 000 kvadratmeter ikke var en prosjekteringsfeil, og med at en slik feil uansett ikke hadde påført Vegvesenet noe tap. Disse innsigelsene korresponderer med det første og tredje spørsmålet som selskapet skulle vurdere. Det andre spørsmålet – «har oppdragsgiver reklamert i tide» – ble ikke påberopt. Til sammenligning ble et av de andre kravene avvist på det grunnlag at reklamasjonen var for sent fremsatt.
- (65) Jeg legger også vekt på at ansvarsspørsmålet ble håndtert av et «selvstendig skadeoppgjørsselskap» hvis oppgave nettopp var å vurdere om Rambøll kunne «gjøres rettslig erstatningsansvarlig for de krav» Vegvesenet hadde fremsatt. Dette skaper i seg selv en forventning om at kravene blir profesjonelt og fyllestgjørende behandlet.
- (66) Vegvesenet imøtegikk i brev 7. juli 2014 innsigelsene mot kravet, og uttalte samtidig at tapsberegningen ville bli utarbeidet på et senere tidspunkt. Kravet ble gjentatt i brev 19. februar 2015. I brevet opplyste Vegvesenet at entreprenørens slutfaktura ble oversendt byggherren i desember 2014, og at endelige krav med fullstendig tapsberegning ville bli fremmet når innsigelsene til entreprenørens slutfaktura var avklart. At tapsberegningen trakk ut, må sees i sammenheng med at Vegvesenet anså AF-gruppens høye enhetspris i tilknytning til prosess 13.9 som et utslag av «taktisk prising» basert på kunnskap om at det i konkurransegrunnlaget var anslått en altfor liten mengde. Ingen av brevene ble besvart av Crawford.
- (67) Prosjekteringssidens passivitet, ved heller ikke i denne perioden å påberope at det var reklamert for sent, var etter mitt syn egnet til å forsterke en oppfatning om at det ikke ville bli gjort gjeldende noen reklamasjonsinnsigelse. Det kravet som tidligere var avvist under henvisning til for sent fremsatt reklamasjon, ble til sammenligning gjenstand for etterfølgende korrespondanse som endte med at reklamasjonsinnsigelsen ble frafalt i Crawford's brev 3. juni 2014.
- (68) Endelig viser jeg til at Vegvesenet i brev 9. desember 2015 ba om utsettelse av foreldelsesfristen til 1. november 2016, under henvisning til at sluttoppjøret med entreprenøren trakk ut «slik at størrelsen på SVV sitt krav enda ikke er avklart». Etter purring svarte Crawford i e-post 14. januar 2016 med å suspendere foreldelsesfristen i seks måneder frem til 14. juli 2016. Samtidig ble «de lenge varslede kravene i anledning saken, med begrunnelse og evt. dokumentasjon» imøtesett. Dette «fordi det vil være en forutsetning for å kunne ta stilling til kravene».
- (69) Etter mitt syn hadde Crawford en særlig oppfordring til å ta forbehold om å gjøre reklamasjonsinnsigelsen gjeldende senest samtidig med at foreldelsesfristen ble suspendert. Både reklamasjonsreglene og foreldelsesreglene bygger på passivitetsbetraktninger, og det naturlige ville ha vært å se disse spørsmålene i sammenheng. E-posten 14. januar 2016 forsterket dessuten inntrykket av at forsikringsselskapet ville behandle kravet i tilknytning til prosess 13.9 på materielt grunnlag.

- (70) Vegvesenet fremsatte spesifiserte og nærmere begrunnede erstatningskrav i brev 20. januar 2016. I svarbrev 26. april 2016 tok Crawford på sin side «forbehold om å hevde at kravet mot Rambøll er prekludert og foreldet» med anmodning om å få «dokumentert *når* den påståtte prosjekteringsfeilen ble oppdaget». Etter forliksklage og forliksdrøftelser sommeren 2016, påberopte Crawford i brev 25. august 2016 at reklamasjonen var for sent fremsatt.
- (71) Prosjekteringssiden har ikke gitt noen plausibel forklaring på hvorfor reklamasjonsinnsigelsen først ble gjort gjeldende rundt tre år etter at reklamasjonen var fremsatt. Det er for eksempel ikke opplyst at det først da var fremlagt dokumentasjon av betydning for fristens utgangspunkt. Etter så lang tid mener jeg Vegvesenet måtte kunne innrette seg på at det ikke ville bli gjort gjeldende noen reklamasjonsinnsigelse. Jeg minner i denne forbindelse om at Rambøll var blitt holdt løpende orientert om mengdeavviket, og om bestrebelsene på å begrense dette.
- (72) Basert på en helhetsvurdering av kontakten mellom partene, finner jeg at prosjekteringssiden har tapt retten til å påberope at det ble reklamert for sent.

Konklusjon og sakskostnader

- (73) Lagmannsrettens dom må etter dette oppheves så langt den gjelder statens krav om erstatning for prosjekteringsfeil i prosess 13.9.
- (74) Anken har ført frem, og i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-8 første ledd tilkjennes staten ved Samferdselsdepartementet sakskostnader for Høyesterett. Det er ikke grunnlag for å gjøre unntak etter § 20-2 tredje ledd.
- (75) Staten ved Samferdselsdepartementet har krevd 117 813 kroner, som i sin helhet utgjør salær. Kostnadene anses nødvendige, jf. § 20-5. I tillegg kommer ankegebyr på 31 050 kroner.
- (76) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves så langt den gjelder statens krav om erstatning for prosjekteringsfeil i prosess 13.9.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Rambøll Norge AS og Zurich Insurance plc, Norway Branch én for begge og begge for én til staten ved Samferdselsdepartementet 148 863 – etthundreogførtiåttetusenåttehundreogsekstire – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

- (77) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (78) Dommer **Normann:** Likeså.
- (79) Dommer **Falch:** Likeså.
- (80) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (81) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves så langt den gjelder statens krav om erstatning for prosjekteringsfeil i prosess 13.9.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Rambøll Norge AS og Zurich Insurance plc, Norway Branch én for begge og begge for én til staten ved Samferdselsdepartementet
148 863 – etthundreogførtiåttetusenåttehundreogsekstire – kroner innen
2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.