



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 24. mars 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Kristin Normann
dommer Espen Bergh
dommer Kine Steinsvik
dommer Knut Erik Sæther

HR-2023-534-A, (sak nr. 22-089903SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 27. april 2022

Backe Stor-Oslo AS

(advokat Nils-Henrik Pettersson)

mot

Elektro-Kontakten AS

(advokat Rolf Wilhelm Markussen – til
prøve)

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

(1) Dommer **Bergh:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder forståelsen av bestemmelsen i NS 8417 punkt 33.8, som gir en underentreprenør rett til såkalt defensiv forsering. Etter bestemmelsen gjelder ikke retten til å gjennomføre slik forsering dersom vederlaget for forseringen må antas å overstige en angitt grense. Spørsmålet for Høyesterett er om det ved beregningen av vederlaget skal tas hensyn til kostnader som skyldes ineffektiv drift.
- (3) Backe Stor-Oslo AS (Backe) var totalentreprenør for et omfattende prosjekt ved Slemdal skole i Oslo. Prosjektet omfattet både nybygg og rehabilitering av eksisterende bygg. Kontraktssummen var 372 millioner kroner inkludert merverdiavgift.
- (4) Den 7. mars 2018 inngikk Backe avtale med Elektro-Kontakten AS som totalunderentreprenør for elektroarbeidene. Det ble inngått en fastpriskontrakt på 31,2 millioner kroner inkludert merverdiavgift. For kontrakten gjaldt Norsk Standard (NS) 8417 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser*, med de endringer og avvik som fulgte av avtaledokumentet.
- (5) Byggetiden for Elektro-Kontakten var avtalt med samme vilkår som gjaldt for Backe overfor byggherren – 20 måneder «fra mottatt og godkjent rammetillatelse». I tillegg skulle det gjelde en slutfase med varighet på 4 måneder, slik at total kontraktsperiode var 24 måneder fra rammetillatelsen. Det ble etter hvert avklart mellom partene at fristen for Elektro-Kontakten skulle gjelde fra 24. april 2018, slik at overtakelse skulle skje 24. april 2020.
- (6) Det oppsto forsinkelser med gjennomføringen av prosjektet, og Elektro-Kontakten krevde fristforlengelse. Backe aksepterte bare en begrenset forlengelse for mekanisk ferdigstilling. Elektro-Kontakten valgte da å iverksette forsering av arbeidet ved å sette inn større ressurser, blant annet flere elektromontører. Saken for Høyesterett er knyttet til denne forseringen.
- (7) Elektro-Kontakten tok ut stevning 29. januar 2020, på et tidspunkt da byggearbeidene fortsatt pågikk. Søksmålet gjaldt en rekke krav, primært knyttet til forseringen. Backe påsto seg frifunnet og trakk etter hvert inn motkrav på dagmulkt og erstatning.
- (8) Som følge av at sluttoppgjøret ikke var ferdig da saken sto for tingretten, ble pådømmelsen delt. Ved Oslo tingretts dommer 25. januar 2021 og 26. februar 2021 fikk Elektro-Kontakten langt på vei medhold og ble tilkjent sakskostnader.
- (9) Backe anket tingrettens dommer, og Elektro-Kontakten innga avledet anke over dommen av 25. januar 2021. Saken for lagmannsretten gjaldt etter dette i det vesentlige de samme tvistepunktene som for tingretten.
- (10) Borgarting lagmannsrett avsa 27. april 2022 dom med slik domsslutning:

- «1. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 714 298 – firemillionersjuhundreogfjortentusentohundreogtjue – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av forseringskostnader, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 357 259 fra 29. november 2019,
 - av 784 022 fra 28. desember 2019, og
 - av 2 573 017 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
 2. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 115 220 – firemillioneretthundreogfemtentusentohundreogtjue – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av plunder og heft, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 566 780 fra 29. november 2019,
 - av 1 051 560 fra 28. desember 2019, og
 - av 1 496 880 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
 3. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 87 758 – åttisjutusensjuhundreogfemtiåtte – eksklusive merverdiavgift for forlenget kontraktperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
 4. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 236 887 – tohundreogtrettisekstusenåttehundreogåttisju – eksklusive merverdiavgift for lønns- og prisstigning i forskjøvet kontrakt- og produksjonsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 11. desember 2020 og til betaling skjer.
 5. For øvrig forkastes Backe-Stor Oslo AS' anke over tingrettens dom 25. januar 2021 og dom 26. februar 2021.
 6. Oppfyllelsesfristen for domsslutningen punkt 1 til 5 er to uker fra forkynnelsen av dommen.
 7. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Backe-Stor Oslo AS kroner 1 722 500 – enmillionsjuhundreogtjue tusenfemhundre – til Elektro-Kontakten AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen. I tillegg kommer godtgjøring til de fagkyndige meddommerne, som fastsettes i egen avgjørelse.»
- (11) Backe anket til Høyesterett. Anken gjaldt rettsanvendelsen knyttet til punkt 1 og 2 i lagmannsrettens domsslutning. For det første ble det gjort gjeldende at lagmannsretten uriktig er kommet til at Elektro-Kontakten hadde rett til å foreta defensiv forsering etter NS 8417 punkt 33.8. For det andre ble det hevdet at lagmannsretten uriktig har foretatt en samlet utmåling av Elektro-Kontaktens krav på vederlagsjustering for redusert effektivitet som skyldes forseringsinnsatsen, og redusert effektivitet som skyldes forstyrrelser – plunder og heft – påført Elektro-Kontakten underveis i gjennomføringen av prosjektet.
- (12) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 23. august 2022 ble anken delvis tillatt fremmet. Slutningen lyder slik:

«Anken fremmes til behandling i Høyesterett begrenset til spørsmålet om et plunder og heftkrav skal trekkes inn i det anslåtte forseringsvederlaget etter NS 8417 punkt 33.8. For øvrig tillates ikke anken fremmet.»

- (13) Saken for Høyesterett gjelder etter dette utelukkende lagmannsrettens rettsanvendelse knyttet til den beregningen av forseringsvederlaget som skal gjøres etter NS 8417 punkt 33.8. Det er avgjort ved lagmannsrettens dom at grunnvilkåret for rett til defensiv forsering – at Backe som totalentreprenør har avslått et berettiget krav om fristforlengelse fra totalunderentreprenøren, Elektro-Kontakten – var oppfylt.

Partenes syn på saken

- (14) Den ankende part – *Backe Stor-Oslo AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (15) Den retten som NS 8417 punkt 33.8 gir underentreprenøren til å anse et uberettiget avslag på fristforlengelse som et pålegg om forsering, gjelder ikke dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den grensen som følger av bestemmelsen – dagmulkt som ville ha påløpt, tillagt 30 prosent. Det er feil når lagmannsretten kom til at vederlag som skyldes redusert produktivitet (ineffektivitet), ikke skal inngå i beregningen av vederlaget i denne sammenheng.
- (16) At også vederlag for redusert produktivitet skal medregnes, følger direkte av ordlyden i punkt 33.8. Tolkningen støttes videre av formålet med bestemmelsen, som er å sette en grense for hvilke kostnader totalunderentreprenøren har rett til å påføre totalentreprenøren uten at den sistnevnte har bestilt eller godkjent det.
- (17) Lagmannsrettens dom bygger på en misforståelse av forholdet mellom forsering og krav på vederlagsjustering for ineffektivitet – av lagmannsretten omtalt som «plunder og heft». Det er ikke riktig å se dette som to ulike krav som håndteres av ulike regelsett i kontrakten.
- (18) Virkningen av at terskelen i punkt 33.8 overskrides, er at retten til å forserere bortfaller. Subsidiært gjøres det gjeldende at Elektro-Kontakten kun har krav på vederlagsjustering opp til terskelen for å iverksette defensiv forsering.
- (19) Backe Stor-Oslo AS har lagt ned slik påstand:
- «1. Borgarting lagmannsretts dom oppheves for de krav som er pådømt i domsslutningens punkt 1, 2 og 7.
 2. Backe Stor-Oslo AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (20) Ankemotparten – *Elektro-Kontakten AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (21) Ordlyden i NS 8417 punkt 33.8 – «vederlaget for forseringen» tilsier etter en normal forståelse at det bare er selve forseringskostnadene som skal inntas i underentreprenørens estimat, og ikke også kostnader til ineffektiv drift som kan komme.
- (22) Systematikken i NS 8417 er at forsering og ineffektiv drift er regulert i to forskjellige bestemmelser. Forsering reguleres i punkt 33.8, mens ineffektiv drift reguleres i punkt 34.1.3 og 34.2.2 andre ledd.

- (23) Forsering og ineffektiv drift er to ulike kravstyper. Den ankende parts anførsel om at forsering og ineffektiv drift skal behandles samlet etter punkt 33.8, vil endre eller modifisere de rettsreglene som Høyesterett har oppstilt i HR-2019-1225-A *Hab*.
- (24) Formålet med forholdsmessighetsvurderingen er at underentreprenøren ikke skal starte en uforholdsmessig kostbar forsering som totalentreprenøren ikke har interesse av. Dette kan ikke strekkes så langt at en annen kravstype – som ineffektiv drift er – skal innfortolkes i punkt 33.8.
- (25) Den ankende parts forståelse av NS 8417 punkt 33.8 vil skape en regel som er vanskelig å praktisere fordi krav bygd på ineffektiv drift må varsles og dokumenteres etter to forskjellige spor.
- (26) NS 8417 punkt 33.8 er ikke en bortfalls- eller preklusjonsregel. Konsekvensene ved overskridelse av terskelen må være at underentreprenørens krav begrenses til den delen av forseringskostnadene som overstiger grensen på det tidspunktet forholdsmessighetsvurderingen ble foretatt.
- (27) Elektro-Kontakten AS har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Elektro-Kontakten AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

NS 8417 kapittel VII

- (28) Saken for Høyesterett gjelder, slik jeg allerede har fremhevet, forståelsen av NS 8417 *Alminnelige kontraktbestemmelser for totalunderentrepriser*. Dette er en bransjestandard som er fremforhandlet av representanter for berørte bransjeorganisasjoner. I standarden brukes forkortelsen «TUE» for totalunderentreprenør, og jeg benytter også denne i det følgende.
- (29) NS 8417 kapittel VII har følgende overskrift: «*Endringer. Forsinkelse og svikt mv. ved totalentreprenørens ytelser.*»
- (30) Punkt 31 regulerer totalentreprenørens adgang til å pålegge TUE endringer i de avtalte ytelsene og fremgangsmåten i forbindelse med slike pålegg. Det følger av punkt 31.2 andre ledd at en endring også kan gå ut på forsering.
- (31) Punkt 33 har overskriften «*Fristforlengelse*».
- (32) Punkt 33.1 regulerer TUEs krav på fristforlengelse som følge av totalentreprenørens forhold. Som jeg har fremhevet, er det slik saken står for Høyesterett, avklart at Elektro-Kontakten hadde krav på fristforlengelse som følge av forsinkelse som Backe hadde ansvaret for.

- (33) Punkt 33.8, som denne saken direkte gjelder, lyder slik:

«33.8 Forsering ved uberettiget avslag

Hvis totalentreprenøren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. TUE har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.»

- (34) Bestemmelsen regulerer såkalt «defensiv forsering». Når det oppstår forsinkelser i et byggeprosjekt, vil det i praksis kunne være omstridt hvem som er ansvarlig for dette, og dermed også uavklart om TUE har krav på fristforlengelse. Med tanke på slike situasjoner gir bestemmelsen TUE en rett til å iverksette forsering for å unngå risikoen for dagmulkt. Totalentreprenørens interesser – og dermed balansen mellom partene – ivaretas ved at forsering ikke kan igangsettes hvis merkostnadene må antas å overstige den angitte grensen.
- (35) I vår sak er det i ettertid avklart at totalentreprenøren – Backe – avslo et berettiget krav på fristforlengelse. TUE – Elektro-Kontakten – hadde da rett til å anse avslaget som et pålegg om forsering. Spørsmålet er om vilkårene i første ledd andre punktum var oppfylt: Var situasjonen slik at «vederlaget for forseringen» måtte «antas» å ville overstige den avtalte dagmulkten med tillegg av 30 prosent?
- (36) Saken for Høyesterett er begrenset til å gjelde beregningen av «vederlaget for forseringen». Høyesterett skal ikke ta stilling til beregningen av det andre elementet i den sammenligningen som skal foretas – størrelsen av dagmulkten som ville ha påløpt, tillagt 30 prosent.
- (37) Det er på det rene at vurderingen etter punkt 33.8 skal skje ut fra situasjonen før forseringen iverksettes. Videre brukes begrepet «må antas». Det stilles dermed krav om et forsvarlig estimat, men ikke mer enn det. Det faktiske vederlaget som TUE har krav på etter gjennomført forsering, kan være høyere eller lavere enn det som ble antatt på forhånd. Jeg viser i denne sammenheng til Rt-1999-878, på side 883–884. Denne avgjørelsen gjaldt en tidligere standardbestemmelse om defensiv forsering.
- (38) Jeg kommer tilbake til tvistes spørsmålet for Høyesterett – hvordan beregningen av det estimerte vederlaget etter punkt 33.8 skal skje.
- (39) Kapittel 34 regulerer vederlagsjustering. Det følger av punkt 34.1.1 at endring utløser krav på vederlagsjustering. Som jeg har påpekt, anses pålagt forsering som en endring. Punkt 34.1.2 gir rett til vederlagsjustering også ved forsinkelse eller andre forhold som totalentreprenøren har risikoen for.
- (40) Alminnelige regler om vederlagsjustering finnes i punkt 34.2.2. Første ledd fastsetter at slik justering, dersom ikke annet er avtalt, skal skje etter punkt 34.3 og 34.4. Disse bestemmelsene angir at justering enten skal skje ut fra kontraktens enhetspriser eller,

dersom det ikke foreligger anvendelige enhetspriser, ut fra bestemmelsene om regningsarbeid i standarden punkt 30.

- (41) Punkt 34.1.3 regulerer TUEs rett til å kreve særskilt justering i tilfeller som nevnt i punktene 34.1.1 og 34.1.2. Første ledd gjelder økte utgifter til «kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging». Andre ledd lyder slik:
- «TUE 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.»
- (42) Det som reguleres i andre ledd, er altså økte utgifter for TUE som følge av endring eller andre forhold på totalentreprenørens side som medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid. Slike forstyrrelser i det planlagte arbeidet er ofte – også av lagmannsretten i denne saken – betegnet som «plunder og heft». Om begrepsbruken og reguleringen av disse situasjonene i NS 3430 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider* viser jeg til Hab-dommen avsnitt 54 til 65.
- (43) Jeg bruker her, på samme måte som partene har gjort for Høyesterett, begrepet *ineffektiv drift*.
- (44) NS 8417 punkt 34.1.3 tredje ledd fastsetter et særskilt krav om varsel fra TUE dersom denne vil kreve justering etter første og andre ledd i bestemmelsen. Det følger av punkt 34.2.2 andre ledd at vederlagsjusteringen ved krav på grunnlag av ineffektiv drift etter punkt 34.1.3 andre ledd skal skje etter de alminnelige reglene i 34.3 og 34.4 – enhetspriser eller regningsarbeid – så langt disse passer.

Forseringen og beregningen av forseringskostnader i denne saken

- (45) Etter at det hadde vært omfattende kontakt mellom partene om fremdriften i prosjektet, sendte Elektro-Kontakten 2. september 2019 et brev til Backe med «varsler om fristforlengelse og forsering». Første del av brevet inneholdt en omfattende redegjørelse for fremdriftsproblemene i prosjektet. Deretter het det følgende:

«Forseringstiltak

Vi ønsker å bistå Backe med å komme i mål med prosjektet uten at Backe blir ilagt dagmulkt av Undervisningsbygg og for at Slemdal skole kan bli klar til skolestart høsten 2020.

For å klare å forserer inn ovennevnte forsinkelser, så har vi iverksatt følgende forseringstiltak:

- Ny prosjektlederassistent A fra uke 33 – heltid
- Ekstra ressurs ved prosjektkoordinator B – 2 dager i uken
- Ekstra bas til forseringslaget - heltid
- Ekstra forseringslag med snitt 10 stk. ekstra innleid mannskap
- Overtid
- Benytte midlertidig innleie fra godkjente bemanningsforetak»

- (46) Videre uttalte Elektro-Kontakten blant annet:

«Dersom Backe ikke ønsker at vi skal forsere med et ekstra innleid forseringslag på 10 montører, ekstra bas og prosjektledelse, men isteden innvilger oss fristforlengelse og reviderer fremdriftsplanen må vi umiddelbart få beskjed om det.»

- (47) Fristforlengelse ble ikke innvilget. Forseringstiltakene, som slik det fremgår av brevet var igangsatt allerede da brevet ble sendt, ble gjennomført.
- (48) Som vedlegg til Elektro-Kontaktens brev fulgte et oppsett med overskriften «*Anslag forseringskostnader og forlenget byggetid Slemdal skole*». Oppsettet inneholder blant annet et punkt angitt som «Forseringskost – mannskap uke 33-12 (2020)» med et samlet beløp på 4 069 000 kroner. I brevet ble det, etter den redegjørelsen for forseringstiltak som jeg har gjengitt, vist til dette beløpet som «oppsett over våre anslåtte ekstra forseringskostnader».
- (49) Videre i brevet gjorde Elektro-Kontakten rede for merkostnader som følge av ineffektiv drift. Det ble først beskrevet slike merkostnader i perioden frem til 5. august 2019. Deretter het det:
- «Det forventes at forseringen med tre parallelle forseringslag vil innebære en betydelig redusert produksjonseffektivitet for oss ift. fremdriftsplan av 26.11.19, og at vi vil øke differansen mellom inntjente timeverk og forbrukte timer betydelig fremover. Det vil løpende rapportert på denne status.»

- (50) I det vedlagte oppsettet var det angitt en kostnad for ineffektiv drift i perioden fra uke 32/2019 til uke 12/2020 med 1 678 500 kroner. Det er for Høyesterett ikke gjort nærmere rede for hva som inngikk i dette beløpet. Når oppsettet sammenholdes med Elektro-Kontaktens brev, må det forstås slik at i alle fall deler av beløpet gjaldt anslått ineffektiv drift som ville være en følge av forseringen.

Lagmannsrettens vurdering

- (51) Lagmannsretten har i sin dom punkt 6.5.5 vurdert om Elektro-Kontaktens «forseringskrav» lå innenfor forholdsmessighetskravet i NS 8417 punkt 33.8. I denne sammenheng bygde man på at dagmulkt som ville ha påløpt, tillagt 30 prosent, utgjorde 4 056 952 kroner.
- (52) Det angis i dommen at dette er i samsvar med «EKs regnestykke». Slik jeg forstår det, mener Elektro-Kontakten nå at beløpet skal settes høyere. Jeg går ikke inn på dette. Spørsmålet ligger utenfor det Høyesterett skal ta stilling til.
- (53) Beløpet, 4 056 952 kroner, ble sammenholdt med de forseringskostnadene som ble angitt i Elektro-Kontaktens brev 2. september 2019, 4 069 000 kroner. Lagmannsretten bygde på at det ikke kunne ha noen betydning for vurderingen etter punkt 33.8 at «forseringskravet» ut fra denne beregningsmåten lå «marginalt høyere» enn «dagmulktkravet».
- (54) Etter dette vurderte lagmannsretten om kravet om dekning av kostnader for ineffektiv drift skulle medregnes ved vurderingen etter punkt 33.8. Lagmannsretten besvarte dette spørsmålet med nei. Rettens syn må forstås slik at det ved vurderingen ikke skulle tas hensyn til opplysningene i Elektro-Kontaktens brev 2. september 2019 og det vedlagte oppsettet, som viste at det ville oppstå redusert produksjonseffektivitet som følge av forseringen.

- (55) Ut fra dette tok lagmannsretten ved sin vurdering av om vilkårene i punkt 33.8 andre ledd andre punktum var oppfylt, ikke hensyn til noen del av beløpet på 1 678 500 kroner som i Elektro-Kontaktens oppsett var angitt å gjelde kostnader ved ineffektiv drift i perioden frem til ferdigstilling. Retten kom da til at vilkårene i punkt 33.8 for å iverksette defensiv forsering var oppfylt. Lagmannsrettens videre vurdering av Elektro-Kontaktens betalingskrav er bygd på dette utgangspunktet.

Tolkningen av NS 8417 punkt 33.8

Utgangspunkter for tolkningen

- (56) Ved tolkningen av denne typen standarder må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, se HR-2020-228-A avsnitt 50 med videre henvisninger. Ordlyden er likevel ikke avgjørende alene. Som fremhevet i Rt-2010-961 avsnitt 44 må ordlyden blant annet leses i lys av de formålene bestemmelsen skal ivareta, og andre reelle hensyn.

Ordlyden og bestemmelsens formål

- (57) Den sentrale formuleringen for det spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, er «vederlaget for forseringen» i første ledd andre punktum.
- (58) Etter mitt syn er det ut fra ordlyden mest naturlig å forstå dette begrepet slik at det omfatter et estimat over det samlede tilleggsvederlaget som totalunderentreprenøren vil ha krav på som følge av forseringen. Ordlyden gir i seg selv ikke holdepunkter for å holde utenfor enkelte deler av de totale merkostnadene som oppstår. Dette gjelder selv om det er tale om merkostnader som etter standarden og i praksis er klassifisert på en særskilt måte.
- (59) En slik forståelse støttes av sammenhengen med punkt 33.8 andre ledd. Her brukes formuleringen «hva forseringen antas å ville koste». Dette må naturlig oppfattes som alle merkostnader som er en følge av forseringen. Det er ingen holdepunkter for at formuleringen i andre ledd er ment å forstås annerledes enn begrepet «vederlaget for forseringen» i første ledd andre punktum.
- (60) Den forståelsen som etter mitt syn er best i samsvar med ordlyden, støttes av formålet med første ledd andre punktum. Regelen går ut på at totalentreprenøren – selv om han urettmessig har nektet å forlenge fristen – ikke skal måtte akseptere en forsering som medfører risiko for uforholdsmessig høye kostnader for ham. Dette formålet tilsier at alle typer merkostnader – alle kostnader som ikke vil oppstå dersom forsering ikke iverksettes – skal medregnes. Som jeg har påpekt, stilles det likevel ikke krav om mer enn et forsvarlig estimat.

Systematikken i standarden kapittel 33

- (61) Elektro-Kontakten har vist til at forsering og ineffektiv drift er regulert i forskjellige bestemmelser i standarden.

- (62) Det følger av det jeg har gjennomgått, at forsering anses som en endring. Retten til vederlagsjustering, blant annet som følge av endringer, følger av punkt 34. Under dette punktet reguleres vederlagsjustering som følge av ineffektivitet i sammenheng med øvrige grunnlag for justering. Punkt 34.1.3 gjelder, i tillegg til justering på grunnlag av ineffektivitet, økte utgifter til kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging. Som jeg har påpekt, følger det av punkt 34.2.2 andre ledd at vederlagsjusteringen ved krav på grunnlag av ineffektiv drift skal skje etter de alminnelige reglene i 34.3 og 34.4 – enhetspriser eller regningsarbeid – så langt disse passer.
- (63) Når tilleggsvederlaget uansett skal fastsettes etter reglene i punkt 34, blir det etter mitt syn ikke treffende å si at forsering og ineffektiv drift er regulert i forskjellige bestemmelser. Slik jeg ser det, gir punkt 33.8 en rett til defensiv forsering, men regulerer ikke beregningen av tilleggsvederlaget. Ut fra dette har jeg vanskelig for å se at systematikken i kapittel 33 taler avgjørende for Elektro-Kontaktens standpunkt.

Rettspraksis

- (64) Det finnes ikke praksis fra Høyesterett som tar stilling til det spørsmålet saken gjelder. Det synes heller ikke å finnes lagmannsrettspraksis som direkte tar stilling til dette.
- (65) Rt-1999-878 gjelder, som jeg har nevnt, en tidligere standardbestemmelse om defensiv forsering. Dommen behandler imidlertid ikke det spørsmålet som foreligger her.
- (66) Jeg kan ikke se at HR-2019-1225-A *Hab* som behandler helt andre spørsmål, er av betydning for denne saken. Det den saken gjaldt, var hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens merkostnader, se dommen avsnitt 51. At merkostnader knyttet til ineffektivitet – i dommen betegnet «plunder og heft» – og merkostnader som følge av forsering der ble behandlet som separate krav, kan ikke ha betydning for spørsmålet i saken her – forståelsen av en regel som gjelder terskelen for å kunne gjennomføre defensiv forsering.

Andre reelle hensyn

- (67) Etter mitt syn kan andre reelle hensyn ikke gi grunnlag for en annen løsning enn den som etter mitt syn følger av ordlyden i punkt 33.8 og formålet med bestemmelsen.
- (68) Jeg ser at merkostnader som følge av ineffektiv drift i praksis kan være vanskeligere å beregne enn andre merkostnader, og at det kan være vanskelig å skille mellom ineffektiv drift som skyldes en besluttet forsering, og ineffektiv drift som uansett ville inntrådt i forbindelse med forsinkelser som er inntrådt. Dette kan likevel ikke være avgjørende innvendinger.
- (69) Jeg viser i denne sammenheng til at det avgjørende etter bestemmelsen er om kostnadene «må antas» å overstige den angitte grensen. Som påpekt er det tilstrekkelig med et forsvarlig estimat – det kreves ikke noen nøyaktig beregning. Og når det, som i dette tilfellet, er klart for totalunderentreprenøren at forsering vil lede til merkostnader som følge av ineffektiv drift, vil det ikke være i samsvar med formålet med bestemmelsen hvis disse helt kunne unntas ved beregningen etter punkt 33.8.

- (70) Det kan heller ikke være avgjørende for forståelsen av punkt 33.8 at den regulerer en situasjon der totalentreprenøren har opptrådt i strid med kontrakten ved å avslå et berettiget krav om fristforlengelse. Totalentreprenøren er i en slik situasjon å bebreide, men regelen må forstås slik at den søker å etablere en balanse mellom partenes interesser nettopp ut fra dette utgangspunktet.

Oppsummering – den videre behandlingen av saken

- (71) Mitt syn er etter dette at begrepet «vederlaget for forseringen» i NS 8417 punkt 33.8 skal forstås slik at det også omfatter kostnader som følge av ineffektiv drift så langt disse er en følge av forseringen.
- (72) Lagmannsrettens dom bygger derfor på en uriktig rettsanvendelse. Dette har hatt betydning for beregningen av de betalingskravene som er avgjort gjennom punkt 1 og punkt 2 i lagmannsrettens domsslutning. Lagmannsrettens dom må etter dette oppheves for så vidt gjelder disse betalingskravene.
- (73) Ved denne nye behandlingen må lagmannsretten ta stilling til om vilkårene i NS 8417 punkt 33.8 for å iverksette defensiv forsering var oppfylt når det ved beregningen av vederlaget også tas hensyn til kostnader som er en følge av ineffektiv drift. Hvis lagmannsretten kommer til at vilkårene ikke var oppfylt, må lagmannsretten ta stilling til konsekvensene av dette.
- (74) Partene har i sine prosedyrer for Høyesterett i noen grad behandlet hva disse konsekvensene vil være. Jeg kan likevel ikke se at dette er omfattet av saken for Høyesterett slik den er avgrenset ved henvisningsbeslutningen. Jeg går derfor ikke inn på spørsmålet utover å bemerke at Høyesterett i Rt-1999-878, på side 884 øverst, kommenterer et slikt spørsmål ut fra den kontraktsbestemmelsen som den saken gjaldt.

Konklusjon og sakskostnader

- (75) I samsvar med Backes påstand oppheves lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1 og 2.
- (76) Lagmannsrettens domsslutning punkt 7 gjelder sakskostnadene for lagmannsretten. Ved den nye behandlingen må lagmannsretten ta stilling til sakskostnadene der på grunnlag av det samlede resultatet den kommer til. Også dette punktet i lagmannsrettens domsslutning må dermed oppheves. Slik påstanden for Høyesterett er utformet, er lagmannsrettens avgjørelse av sakskostnadene for tingretten ikke påstått opphevet.
- (77) Anken til Høyesterett gjaldt også spørsmål som ikke ble fremmet til behandling. Påstanden i anken gikk ut på frifinnelse. Resultatet i Høyesterett er at lagmannsrettens dom delvis oppheves fordi rettsanvendelsen på det punktet som ble henvist til behandling, er uriktig. Ut fra det som ble gjort gjeldende i anken, ser jeg det likevel slik at ingen av partene for Høyesterett har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Sakskostnader kan da ikke tilkjennes etter tvisteloven § 20-2 første ledd.

- (78) Ved det resultatet jeg er kommet til, har Backe for Høyesterett fått medhold av betydning. Jeg kan imidlertid ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at Backe bør tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-3. Jeg legger da vekt på at det ikke er avklart hvilken betydning tvistepunktet som Høyesterett har tatt stilling til, vil ha for sluttresultatet i saken.
- (79) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, 2 og 7, oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (80) Dommer **Normann:**

Dissens

- (81) Jeg kan i det vesentlige slutte meg til førstvoterendes redegjørelse for de øvrige bestemmelsene i NS 8417 *Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser* kapittel 33 og 34, men er kommet til samme resultat som lagmannsretten hva gjelder tolkningen av punkt 33.8.
- (82) Selv om ordlyden i punkt 33.8 umiddelbart kan oppfattes slik at alle kostnader som er en følge av forseringen omfattes, er jeg enig med lagmannsretten i at ordlyden ikke gir et klart svar på om også krav som følge av ineffektiv drift skal trekkes inn i beregningen av det anslåtte forseringsvederlaget som dagmulktkravet skal sammenlignes med.
- (83) Forsering innebærer for det første at totalunderentreprenøren (TUE) må tilføre ekstra ressurser for å innhente en forsinkelse som totalentreprenøren har skapt, jf. HR-2019-1225-A *Hab* avsnitt 101. Dette vil typisk være slikt som å ta i bruk ekstra utstyr og mannskap. For det andre vil forsering normalt føre til merkostnader som følge av ineffektiv drift (plunder og heft), blant annet som følge av at anleggsområdet blir så befolket og trafikkert at arbeidene generelt innebærer et merforbruk av timer. Dette er *avledete* konsekvenser som totalentreprenøren også svarer for, men som er langt vanskeligere å håndtere.
- (84) I praksis vil ineffektiv drift skyldes samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan skyldes totalentreprenøren og andre TUE, jf. *Hab*-dommen avsnitt 55. Omkostninger som følge av ineffektiv drift må etter sin art bero på et skjønn. Det dreier seg i praksis om sammensatte årsaksforhold som følge av lite eksakte målbare økonomiske resultat. Saker som gjelder ineffektiv drift, reiser derfor spesielle bevisproblemer, jf. *Hab*-dommen avsnitt 76 med videre henvisning.
- (85) De spesielle bevisproblemene jeg her har pekt på, har etter mitt syn betydning for spørsmålet om varselet etter punkt 33.8 andre ledd også skal inneholde et estimat over merkostnader som skyldes ineffektiv drift, som antas å ville tilkomme i perioden forseringsarbeidet utføres og som knytter seg direkte til disse.

- (86) Illustrerende er saken her. I anslaget som var vedlagt varselet av 2. september 2019 over forseringskostnadene, var det samtidig gitt et anslag over kostnader som følge av ineffektiv drift i produksjonen for to perioder: Perioden frem til uke 32, altså før forseringsarbeidene startet, og perioden fra uke 32 til uke 12 året etter, som omtrent faller sammen med perioden forseringsarbeidene skulle utføres. Jeg antar at det i praksis vil være vanskelig her å skulle skille ut den delen av antatte merkostnader som følge av ineffektiv drift som knytter seg direkte til forseringsarbeidene, og bare til disse. Det er under enhver omstendighet bare denne delen av kostnadene ved ineffektiv drift som kunne kreves medtatt i anslaget over kostnadene ved forsering.
- (87) Ordlyden må så langt den åpner for ulike løsninger, leses i lys av formålene bestemmelsen skal ivareta og andre reelle hensyn, jf. avsnitt 56. Jeg ser det slik at formålet med NS 8417 punkt 33.8 er mer sammensatt enn det førstvoterende har gitt uttrykk for. Bestemmelsen skal på den ene siden ivareta hensynet til at totalentreprenøren, slik at han ikke må akseptere at det igangsettes arbeider uten bestilling med kostnadsmessige konsekvenser som overstiger den angitte grensen. Jeg er enig med førstvoterende i at dette tilsier at alle typer merkostnader som er en følge av forseringen, må medregnes.
- (88) Men formålet er på den andre siden også å ivareta hensynet til TUE i en situasjon der hovedentreprenøren begår kontraktsbrudd ved å avslå krav på fristforlengelse. Det må derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering, jf. Rt-1999-878 side 883–884. Dommen gjaldt en tidligere standardbestemmelse om defensiv forsering, NS 3430 punkt 17.6. Andre standardkontrakter hadde tilsvarende regulering. Om entreprenør kunne iverksette defensiv forsering, var betinget av at entreprenøren hadde et berettiget krav på vederlag som *i tillegg* måtte tilfredsstille et krav til forholdsmessighet.
- (89) I dommen fremsatte Høyesterett kritikk mot at begrensningsregelen i punkt 17.6 ikke ga nærmere retningslinjer for hva kravet om forholdsmessighet skulle vurderes opp mot. Dagmulkten ble av Høyesterett fremhevet som et sentralt element i vurderingen. Dette førte til at flere standardkontrakter nå har fått en tilsvarende begrensning som punkt 33.8 første ledd andre punktum. Jeg kan ikke se at endringen medfører at det ikke fortsatt må foretas en avveining av begge parters interesser.
- (90) Bestemmelsens formål tilsier derfor at det ved tolkningen må tillegges vekt at det i forkant er utfordrende å estimere de indirekte kostnadene av forseringen som kostnader av ineffektiv drift er. Punkt 33.8 er en regel som tilgodeser TUE i en situasjon der totalentreprenørens avslag på krav på fristforlengelse begår et kontraktsbrudd. Etter mitt syn har det også betydning at selv om bestemmelsen bare krever at varselet skal inneholde et estimat, kan det innebære risiko for bortfall av deler av kravet dersom TUE har foretatt en feilvurdering, jf. Rt-1999-878 på side 884.
- (91) Jeg har funnet avgjørelsen vanskelig, men er på bakgrunn av en samlet vurdering kommet til at de beste grunner taler for at anslåtte kostnader som følge av ineffektiv drift ikke skal trekkes inn i beregningen av hva forseringen antas å ville koste, jf. punkt 33.8 andre ledd. Jeg stemmer for at anken forkastes.

- (92) Dommer **Steinsvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Normann.
- (93) Dommer **Sæther:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bergh.
- (94) Dommer **Webster:** Likeså.
- (95) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, 2 og 7, oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.