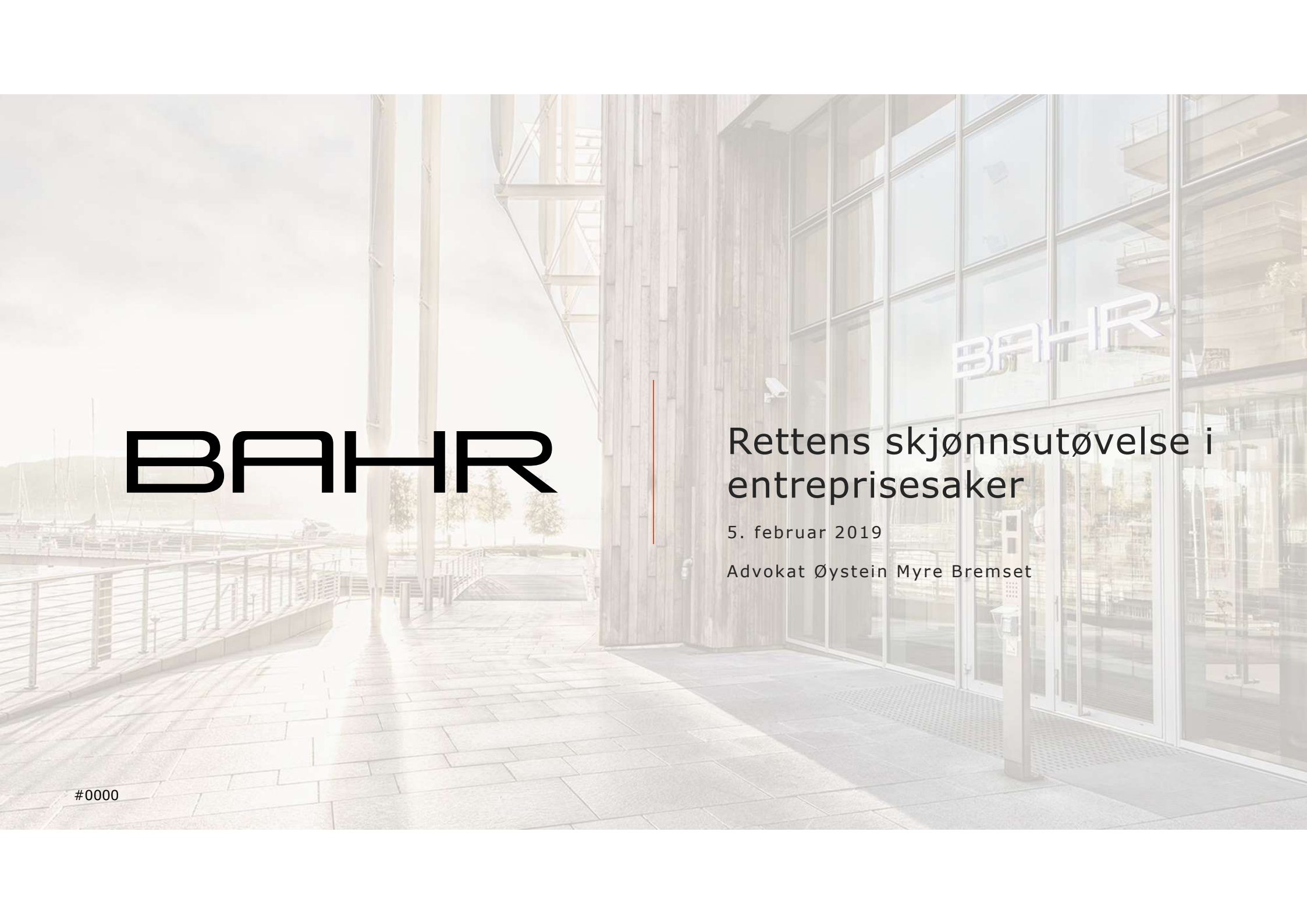




# BAHR

## Rettens skjønnsutøvelse i entreprisesaker

5. februar 2019

Advokat Øystein Myre Bremset

#0000

# Overordnet om skjønnsutøvelse

---

- I entreprisetvistene må man rekonstruere langvarige byggeprosjekter i retten
- Nærmest en umulig oppgave for retten
- Fristende å ty til overordnet skjønn fremfor konkret bevisvurdering
- Men det skaper noen psykologiske og juridiske problemstillinger
- Foredraget vil fokusere særlig på de psykologiske problemstillingene, men også berøre de juridiske



## Vegvesenet hevder at tilleggskrav blåses opp - Veidekke sterkt uenig

Svekker tilliten

Omfanget øker

Krever mye, aksepterer lite

Sjokkfakturaer

- Umulig å dokumentere

# Statens Vegvesen i Byggeindustrien 19. november 2018

---

**Vi som byggherre opplever at vi får store og «oppblåste» tilleggskrav som ikke er dokumentert på en måte som gjør at vi kan realitetsbehandle dem.** Det er en utvikling som bekymrer oss og som det er viktig at bransjen diskuterer og tar tak i.

(...)

**Statens vegvesens oversikt over utbetalte tilleggskrav viser at de fleste saker løser seg før de havner i retten, og av de som havner i retten utbetaler byggherren i snitt en tredel av kravet entreprenør kommer med.** Statens vegvesen kan også vise til eksempler der entreprenør og byggherre kommer til forlik som kun utgjør en liten del av entreprenørens opprinnelige tilleggskrav. I Sandvins innlegg på bygg.no trakk hun frem forliket mellom Vegvesenet/Bane NOR og Veidekke/Hochtief ved fellesprosjektet E6-Dovrebanen. Entreprenørene presenterte i dette prosjektet en faktura til sluttoppgjøret på 1130 millioner kroner (inklusive renter) utover avtalt kontrakt og tillegg som var betalt underveis i prosjektet. Etter lang tid kom partene fram til et utenomrettslig forlik på cirka 310 millioner kroner. Den ene halvparten av summen var ifølge Sandvin påløpte renter, mens den andre halvparten var betaling for utført arbeid. Med andre ord utgjorde arbeidsbetalingen kun en tidel av selve kravet. I etterkant uttrykte Veidekke at de var fornøyd med at saken hadde funnet sin løsning utenfor rettsalen.

# Kommentar fra Veidekke i Byggeindustrien 19. november 2018

---

Kommentar fra Veidekke i Byggeindustrien 19. november 2018:

**«Verken vi eller andre seriøse aktører i denne bransjen bruker tid og ressurser på å fremme urimelige og udokumenterte krav. Jeg synes det er synd at en stor og viktig samfunnsaktør og byggherre kommer med slike påstander om sine samarbeidspartnere.** Byggherreorganisasjonene må også ta inn over seg at når store og komplekse prosjekter ikke lar seg gjennomføre etter opprinnelig beskrivelse, så kan også kravene bli store, sier konserndirektør Øivind Larsen i Veidekke Anlegg.»



## Oppblåste krav - fantasidyr eller virkelighet?

---



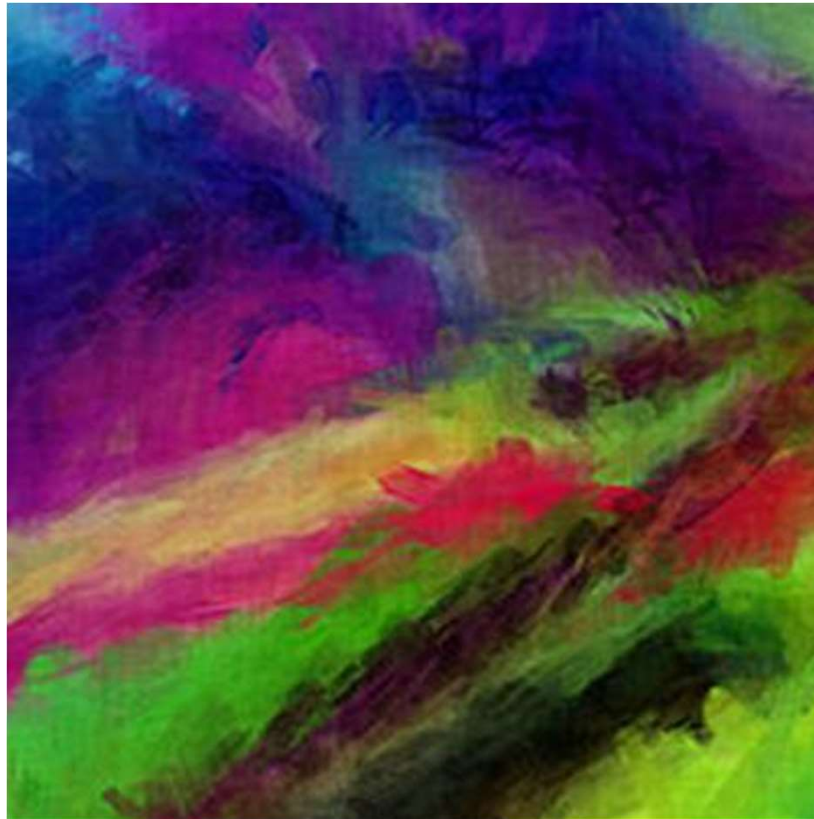
## Noen utvalgte saker fra rettspraksis

---

| <b>Dom:</b>    | <b>Entreprenørens krav:</b> | <b>Resultat:</b> |
|----------------|-----------------------------|------------------|
| LB-2016-39293  | MNOK 27                     | MNOK 8           |
| LA-2013-175355 | MNOK 14                     | MNOK 7           |
| LE-2015-83190  | MNOK 43                     | MNOK 8           |
| LG-2012-67156  | MNOK 37                     | MNOK 11          |
| LE-2017-133058 | MNOK 36,5                   | MNOK 7,5         |
| LB-2011-95644  | MNOK 94                     | MNOK 16          |
| LE-1998-648    | MNOK 80                     | MNOK 30          |
|                | <b>Gjennomsnitt:</b>        | <b>28,9 %</b>    |

## «Abstrakte entreprenørkrav»

---





## «Abstrakte entreprenørkrav»

---

- Krav man ikke kan tilnærme seg konkret, men som man må *føle* seg frem til
- Typisk plunder og heft og forseringskrav
  - Krav som det er vanskelig å dokumentere
  - Mangelfull varsling underveis. Oppdages først når regnskapene viser røde tall
  - Ikke basert på tidsnære bevis, analyser eller beregninger
  - Krav som er basert på at «alt henger sammen med alt, og alt er byggherrens skyld»
  - Krav som det er vanskelig å konkretisere, og dermed også å etterprøve
- Er bevisvurderingen så vanskelig at skjønn den eneste (og dermed beste) måten man kan tilnærme seg slike krav på?
- Må man *føle* seg frem til hva som er riktig beløp?
- Skal byggherren betale basert på skjønn?

# Rettspraksis om abstrakte entreprenørkrav

---

- Rt. 1998 side 648 (Gardermoen)

«Det knytter seg store betenkeligheter til å utmåle et betydelig tilleggsvederlag til entreprenøren på et så skjønnsmessig grunnlag som det er tale om her. Metoden innebærer risiko både for å tilkjenne vederlag for merkostnader som faktisk ikke er påført, og for merkostnader som faktisk er dekket på annen måte. Videre er det, som påpekt av byggherren, en fare for at dette vil oppmuntre andre entreprenører til å fremme løst begrunnede krav i situasjoner hvor det reelt og rettslig ikke er dekning for det.»

## LE-2017-133058

---

- *«Det vil også knytte seg usikkerhet ved fastsettelsen av HABs kompensasjon for effektivitetstap (plunder og heft). Som nevnt ovenfor er det HAB som må sannsynliggjøre sitt tap. Lagmannsretten legger til grunn at det i vurderingen må tas utgangspunkt i en påvisning av hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret og utsatt for effektivitetstap som følge av de forhold byggherren er ansvarlig for, og så beregne kompensasjonen knyttet til disse forstyrrelsene (nedenfra og opp). Som lagt til grunn i LB-2011-135964 er en etterfølgende differanseberegning av samlet tap basert på totaltallene i kalkylen og de faktiske kostnadene (ovenfra og ned), ikke en egnet metode. En slik innfallsvinkel vil i realiteten innebære å snu bevisbyrden.*
- *Etter lagmannsrettens syn gir heller ikke sivilingeniør Bjørn Dammens utregning av HABs effektivitetstap, som ligger til grunn for HABs krav om kompensasjon for effektivitetstap i sluttoppgjøret, noe egnet grunnlag for beregningen. Beregningen går ikke inn på byggherreforholdenes konkrete betydning for HABs produksjon, men bygger på standardiserte beregninger av antatt betydning i hele anleggsperioden av effektivitetstap, funksjonærbehov, rigg- og driftskostnader, lønns- og prisstigning og finansieringskostnader. Slike standardiserte beregninger/påslag fanger verken opp at HABs produksjon kan påvirkes forskjellig av de relevante byggherreforholdene eller at betydningen av dem kan være begrenset i tid.*

## LE-2017-133058 forts.

---

*«Etter lagmannsrettens syn har HAB sannsynliggjort at de som følge av forhold SVV er ansvarlig for, samlet sett, er påført et effektivitetstap som går ut over det som burde vært hensyntatt ved kalkuleringen av tilbudet. Dette effektivitetstapet skal derfor kompenseres. HAB har imidlertid, utover Dammens beregning, ikke søkt å påvise konkret hvilken betydning de ulike byggherreforhold har hatt på HABs produksjon. (...)»*

# Rettspraksis

---

Domstolene retter typisk innledningsvis i disse dommene kritikk mot entreprenøren for:

- 1) Feil metodevalg (ovenfra og ned)
- 2) Mangel på dokumentasjon
- 3) Manglende påvisning av årsakssammenheng

Entreprenøren ligger nede for telling, og alt ligger til rette for at byggherren skal frifinnes.

Men så:

Ut av intet kommer to mystiske helter entreprenøren til unnsetning:



De fagkyndige meddommerne!

---



## Entreprenørens redningsmenn

---



## De fagkyndiges skjønn – LE-1998-648

---

«Lagmannsretten er kommet til at den mest realistiske måten å håndtere disse problemene på er å tilkjenne et samlet tilleggsvederlag for alle de elementene som er nevnt ovenfor. 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.»

Følger de fagkyndige bare Olav Selvaags gode råd?

---



*Hvis alt annet slår feil,  
prøv med sunn fornuft!*

## De fagkyndiges skjønn

---

- Etter lagmannsrettens syn har HAB sannsynliggjort at de som følge av forhold SVV er ansvarlig for, samlet sett, er påført et effektivitetstap som går ut over det som burde vært hensyntatt ved kalkuleringen av tilbudet. Dette effektivitetstapet skal derfor kompenseres. HAB har imidlertid, utover Dammens beregning, ikke søkt å påvise konkret hvilken betydning de ulike byggherreforhold har hatt på HABs produksjon. **Lagmannsretten finner derfor at kompensasjonen må fastsettes ved skjønn.**
- **En slik skjønnsfastsetting vil nødvendigvis være beheftet med usikkerhet. Det er både risiko for at det tilkjennes kompensasjon for merkostnader som HAB ikke har hatt, eventuelt som de har fått kompensert på annen måte, men også for at de faktiske virkningene av byggherreforholdene kan ha vært større. Sistnevnte risiko er imidlertid HAB etter lagmannsrettens syn nærmest til å bære når de konkrete virkningene på effektiviteten ikke er forsøkt konkretisert**

# Etter meddommernes skjønn

---

To problematiske sider :

- 1) Beslutningspsykologiske feilkilder
- 2) Juridiske problemstillinger – særlig mangelen på kontradiksjon

Hovedfokus i dagens foredrag er punkt 1 – psykologiske feilkilder

## Beslutningspsykologi

- «Tenke, fort og langsomt» av Daniel Kahneman
- Psykolog - vant Nobelprisen i økonomi i 2002
- Særlig kjent for sin forskning på hvordan mennesker tar sine beslutninger, og hvilke forhold som vil «forstyrre» menneskelige vurderinger/beslutninger
- Beslutningspsykologi er læren om menneskelige beslutningsprosesser, herunder om typiske feilkilder som leder til feilslutninger
- Fremstillingen her vil innebære grove (og ukyndige) forenklinger av Kahnemans teorier.



## Tenke fort

«System 1»: Fort, automatisk og lettvint system

Følelsesbasert, intuitivt og raskt - er dermed nødvendig med grove forenklinger

Antakelig en overlevelsesmekanisme - som følge av evolusjon

- I steinalderen hadde man neppe tid til å være særlig nyansert

Handlekraftig - undertrykker tvetydighet

Generaliserer fra enkelthendelser - trekker forhastede slutninger

Litt enkel/dum - forstår ikke statistiske fakta

Godtroende

Leter etter årsaker som kan forklare et fakta

Er forslagsstilleren i hjernen



## System 1



## Tenke langsomt

«System 2» - Langsomt, rasjonelt/logisk, kontrollerende og lat

Ikke intuitivt - krever anstrengelse (konsentrasjon og oppmerksomhet)

Kontrollerer det System 1 foreslår

Muligens det som hovedsakelig skiller oss fra dyrene (som er utpreget intuitive)

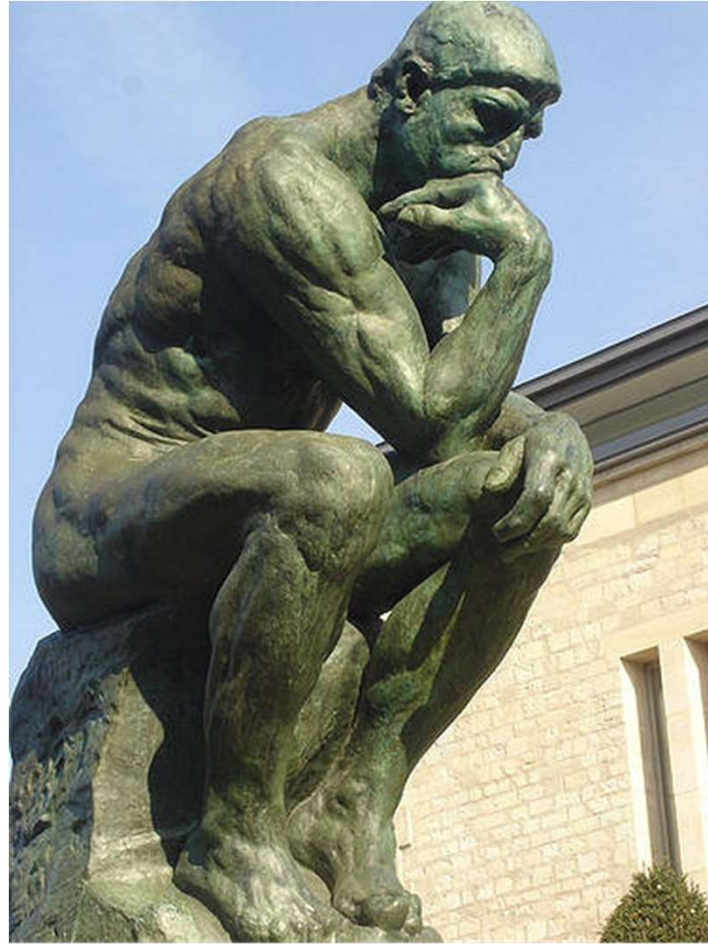
Smart - men lat - kontrollør av System 1

Lite handlekraftig - altfor treg på egenhånd

Tvilende

(Slås ut av alkohol?)

## System 2



## Hvem bestemmer, system 1 eller 2? (fort eller langsomt)

Mennesker liker å tro at vi er rasjonelle

System 1 - følelsene - bestemmer langt mer enn vi liker å tro

System 2 er ikke så kritisk som det burde. Leter først og fremst etter bekreftelser på at System 1 sine antakelser stemmer.

*«Han sier det bare som det er»*



## Kahnemans grunnleggende prinsipp (WYSIATI)

**Det hjernen ser, er alt som finnes (what you see is all there is)**

## Planleggingsfeilen (gründertabben)

- Man planlegger basert på det som er synbart for hjernen - kjente faktorer som man har kontroll over
  - Man planlegger ikke for alle uheldige omstendigheter som kan inntreffe
  - Man planlegger ut fra et best case scenario - alt for optimistisk
  - Planen kan forbedres vesentlig (bli mer realistisk) ved å se på hvordan lignende prosjekter har gått
- 
- I byggebransjen: Entreprenørene må gi priser basert på noe som ligger tett opp til et best case scenario - ellers vil de ikke få noen oppdrag i konkurranse med andre
  - Det betyr: At når uflaks rammer prosjektet, vil entreprenøren tape penger
  - Uflaks innenfor entreprenørens risikofære vil lede til tap som ikke kan henføres til byggherren
  - I entreprisetvistene hører man gjerne bare om byggherreforhold og egenskyld hos entreprenøren, men mindre om ren uflaks



## Bekreftelsesskjevhet

- Man leter etter bekreftelser på de antakelsene man allerede har (basert på system 2)
- Man undertrykker fakta som kan motbevise ens egne antakelser
- Man er svært tilbøyelig til å akseptere årsaksforklaringer som innebærer at en selv slipper av kroken
- Gjelder prosjektlederen hos både byggherren og entreprenøren

## Innenfra perspektiv vs. utenfra perspektiv

Både entreprenøren og byggherren tar sine beslutninger fra et innenfra perspektiv på byggeplassen

Prosjektlederens perspektiv vil ofte være feil - i hvert fall når man skal vurdere hva en domstol senere vil komme til

Domstolen vil vurdere saken ut fra et utenfra perspektiv - mange år etter at prosjektet er avsluttet

## Feilkilder: Tilgjengelighetsskjevhet

I det siste prosjektet du jobbet på:

- Hvor stort var ditt personlige bidrag i prosent av den samlede innsatsen som ble nedlagt?

På hjemmebane:

- Hvor stort er ditt personlige bidrag i prosent til å holde det ryddig hjemme?

Hvis man legger sammen alle svar i gruppen, får man i en berømt studie mer enn 100 %.

Man overvurderer gjennomgående sitt eget bidrag sammenlignet med andres. Hvorfor?

## Tilgjengelighetsskjevhet

Vi har førstehåndskunnskap om vår egen innsats i prosjektet.

Vi har begrenset kunnskap om de andres innsats.

Tilgjengelighetsskjevheter: Jo lettere man henter frem eksempler fra hukommelsen, jo hyppigere vil man tro at et fenomen forekommer.

- Eksempel: Terror vs. bilkjøring
  - «Probability neglect» - sannsynlighetsneglisjering

## Tilgjengelighetskjevhet

I entreprisetvister: Byggherreforholdene får uforholdsmessig stor plass i dommerhjernen

Et byggeprosjekt består av tusenvis av store og små hendelser og begivenheter som kan påvirke både tid og penger.

Retten får bare høre om en liten brøkdel av det som faktisk har skjedd i et byggeprosjekt

- Man får bare høre om alt som gikk galt
- Hva med alt som forløp som forventet?
- Rettssaken gir helt sikkert ikke retten et korrekt bilde av hva som faktisk skjedde på byggeplassen

Byggherrens motgift i retten: Å tegne et bredere bilde, blant annet av entreprenørens egenfeil

## Ankereffekten

- Spørsmål:

- *Er høyden til det høyeste redwood-treet mer eller mindre enn 365 meter?*
- *Hvis du skulle gjette, hvor høyt er det høyeste redwood-treet?*

Gjennomsnittlig svar: 257 meter høyt

- *Er høyden til det høyeste redwood-treet mer eller mindre enn 55 meter?*
- *Hvis du skulle gjette, hvor høyt er det høyeste redwood-treet?*

Gjennomsnittlig svar: 86 meter

## Ankereffekten

Eksempel:

Dommere med mer enn 15 års erfaring + to terninger

Terningene ga enten 3 eller 9. Dom skulle avsies for butikktveri (i USA)

Spørsmål: Lengre eller kortere fengselsstraff enn antall måneder på terningen?

Terningkast 3: Gjennomsnittlig straff: 5 måneder

Terningkast 9: Gjennomsnittlig straff: 8 måneder

## Ankereffekten

Hva skjer?

Ankeret danner et intuitivt utgangspunkt for en justering som System 2 foretar.

Men System 2 greier ikke å justere tilstrekkelig til at startpunktet ikke får betydning for utfallet.



## Ankereffekten

Oppblåste krav = ankere som kan skape feil beslutninger

Hvordan håndtere ankere fra motparten i en forhandling?

- Ikke fremsett motanker
- Forlat i stedet en forhandling så lenge ankeret er på bordet

I en tvist: Hva er kuren mot oppblåste krav?

Erkjennelse av påvirkningen og kunnskap om ankereffekten

Aktivering av System 2

## Årsaker spiser statistikk til frokost

- System 1 liker en god historie
- Hvorfor har Kjell Inge Røkke blitt så rik?
- Hvorfor har advokat X vunnet 18 saker på rad siden 2010?
- Hvordan har mennesker blitt til? Gudespekt eller en kosmisk tilfeldighet (big bang)?
- Hvorfor har Manchester United vunnet 8 kamper på rad?

Dyktighet eller flaks?



## Kahnemans yndlingsformel

*«Suksess = dyktighet + flaks*

*Stor suksess = litt mer dyktighet, og mye mer flaks»*

## Årsaker spiser statistikk til frokost

Presentert for en god årsaksforklaring/historie ignorerer vi grunnfrekvensen, og undervurderer tilfeldighetenes betydning.

Eksempel på grunnfrekvens:

Antall nordmenn som stemte på hhv. AP (33,0%) , H (23,2%) og FrP (9,5%) ved kommunevalget.

Antall nordmenn som har følgende yrker: Aksjemegler, sykepleier, ingeniør

Presentert for en kort og usikker beskrivelse av en person, vil vi være tilbøyelige til å gjette i strid med grunnfrekvensen (som er vårt eneste sikre holdepunkt).

## Årsaker spiser statistikk til frokost

- Linda-eksempelet:
- Linda er 31 år gammel, enslig, frittalende og veldig oppvakt. Hun har en mastergrad i filosofi. Som student var hun meget engasjert mot diskriminering og for sosial rettferdighet og hun deltok også i demonstrasjoner mot kjernekraft.
- Hva er Linda mest sannsynlig?
- Aktiv i feministbevegelsen
- Arbeider i bokhandel og tar yogatimer
- Er bankkasserer
- Er forsikrings selger
- Er bankkasserer og aktiv i feministbevegelsen

## Årsaker spiser statistikk til frokost

Presentert for en god historie ignorerer vi selv relativt elementær logikk.

Presentert for en god historie, vil vi se årsakssammenhenger som egentlig ikke finnes

System 1 kjøper historien, og System 2 greier ikke å gripe inn.

## Årsaker spiser statistikk til frokost

Overført til byggeplassen/entreprisetvistene:

Skyldes tapet til entreprenøren ren uflaks, feilprising, egenfeil - eller byggherreforhold?

I en entreprisetvist får retten presentert en historie om en entreprenør som har tapt penger, og et prosjekt hvor det har vært endringer og byggherreforhold

Menneskehjernen vil intuitivt koble disse to tingene sammen, selv om årsaken til entreprenørens tap kan være ren uflaks eller feilprising



## Oppsummering

- Entreprenørene har psykologien med seg når de fremsetter store og abstrakte entreprenørkrav
- Dette bør man være oppmerksom på når man tilnærmer seg de abstrakte krav ved bruk av skjønn - følelser

## Juridiske problemer med rettens skjønnsutøvelse

Kontradiksjon:

- Rettens skjønnsmessige vurdering er en uangripelig abstrakt masse som det er vanskelig å forsvare seg konkret imot
- Et rent skjønn etterlater tvil rundt hvilke *konkrete bevisvurderinger* retten eventuelt har foretatt, og hvilke som skal angripes i en eventuell ankerunde
- Rettens eventuelle beregning blir ikke gjenstand for kontradiksjon i retten
- Byggherren slåss mot entreprenørens påstandsgrunnlag og entreprenørens beregning, og vinner frem. Men en ny beregning stiger frem fra asken...
- Kanskje vil Høyesterett si noe om dokumentasjon av krav vs. skjønnsutøvelse i årets dom om plunder og heft?