

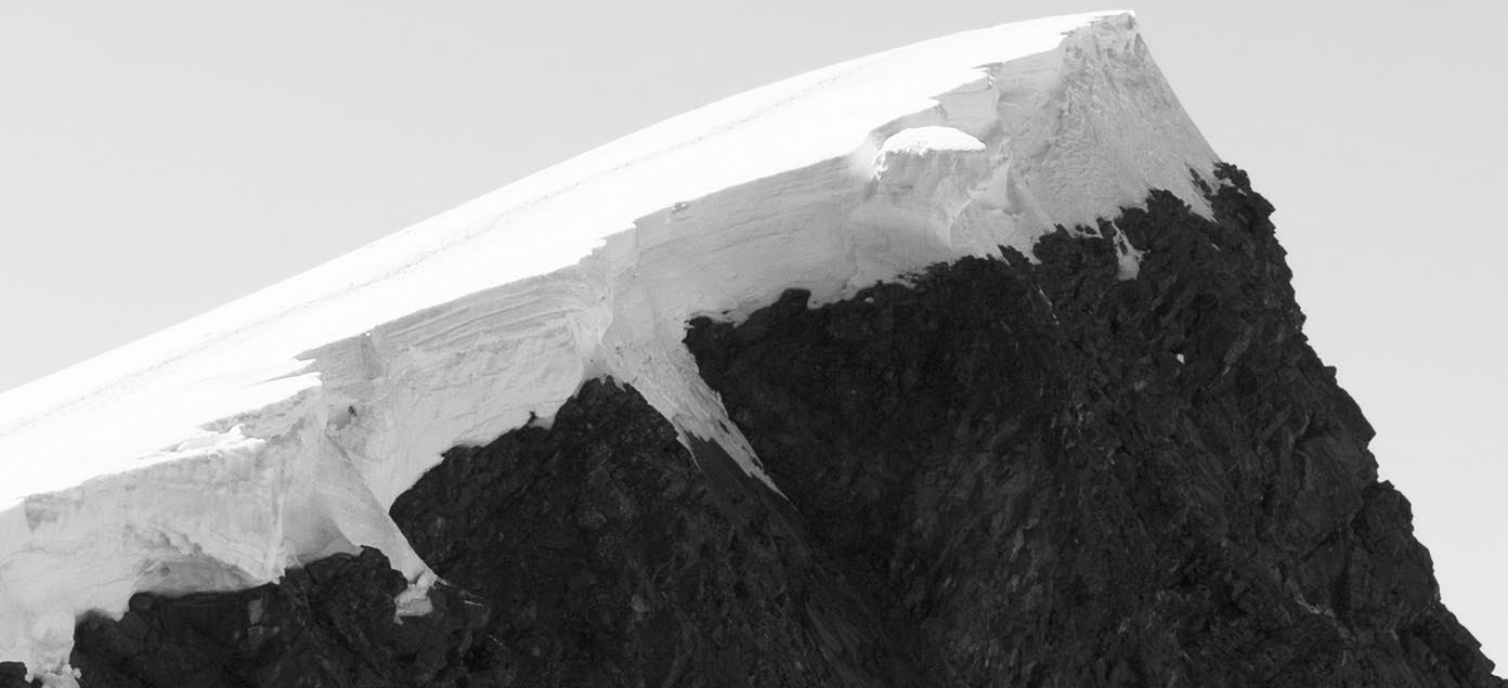
Sammensatte årsaker til forsinkelse

18. november 2021

v/advokatene Knut Solum og Anne-Sofie Stigum



GLITTERTIND





Innledning

- Forsinkelse i bygge- og anleggsprosjekter er et svært praktisk tema
- Forsinkelse i et prosjekt kan skyldes
 - BH-forhold,
 - ENT-forhold,
 - Hendelige begivenheter (force majeure),
 - En kombinasjon av disse
- Dagens tema er en variant av sistnevnte; forsinkelsen har sammensatte årsaker

«Sammensatte» årsaker som vi vil se nærmere på

1. Suksessive årsaker

- Flere forhold, som kan være beslektede, inntreffer etter hverandre i tid og forsinker prosjektet
- Både BH og ENT har selvstendige bidrag til den samlede forsinkelse

2. Samvirkende årsaker

- Flere forhold, hvorav BH er ansvarlig for noen og ENT for andre
- De enkelte forhold er ikke i seg selv tilstrekkelig til å generere forsinkelse, men gjør det sammen (forsinkelse ville ikke oppstått om én av årsakene tenkes borte)

3. Konkurrerende årsaker

- Uavhengige forhold på begge sider som hver for seg er tilstrekkelig til å skape forsinkelse og som virker samtidig
- Ingen av forholdene er da nødvendige betingelser for at forsinkelse skal inntre (forsinkelse ville oppstått selv om ett av forholdene tenkes borte)



Standardkontraktens regulering | NS 8407

- Punkt 33.1 Totalentreprenørens krav på fristforlengelse som følge av byggherrens forhold

Totalentreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av

 - a) *endringer, jf. punkt 31 og 32, eller*
 - b) *Forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller*
 - c) *Andre forhold byggherren har risikoen for.*
- Punkt 33.3 Partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure

Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.

...

Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen
- Punkt 40.1 Dagmulkt ved forsinkelse

«Byggherren kan kreve dagmulkt dersom arbeidet ikke er overtatt etter punkt 37 innen de dagmulktbelagte frister som gjelder etter 40.2, eventuelt justert for fristforlengelse etter punkt 33.»



Standardkontraktenes regulering | Kravet til årsakssammenheng

- Bevisbyrden ligger hos ENT. Må sannsynliggjøre:
 1. Ett eller flere BH-forhold, og
 2. En forsinkelse, og
 3. En årsakssammenheng mellom BH-forholdet og forsinkelsen (ref. også NS 8407 pkt 33.5 mtp beregning av fristforlengelse).
- Hovedregelen i norsk rett – betingelseslæren?
 - Fra erstatningsretten, jf. Rt-1992-64 (p-pilledom 2) s. 69:

«Årsakskravet mellom en handling eller unnlátelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte. Handlingen eller unnlatelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntre»
- Et utgangspunkt, men løser ikke nødvendigvis alle situasjoner – herunder der det er konkurrerende årsaker (der ingen av dem er nødvendige betingelser)

Suksessive årsaker

- Flere forhold inntreffer etter hverandre i tid og gir samlet forsinkelse, f.eks.:
 - BH mangler offentlig tillatelse, oppstart forsinkes med 2 mnd
 - ENT starter så opp, men må vente på utstyr i (ytterligere) 1 mnd
- ENT har ikke krav på fristforlengelse for forhold han selv bærer risiko for, se NS 8407 pkt. 33.1.
 - Hver av partene hefter for de bidrag som de etter avtalen skal levere
- Den forsinkelse ENT ikke kan sannsynliggjøre at det foreligger fristforlengelse for, blir ansett som ENTs egen risiko.
- Jussen er grei – i praksis ofte et bevisspørsmål.

Samvirkende årsaker

- Samvirkende: Forhold på hver side som alene ikke vil føre til forsinkelse, men som sammen gjør det
 - Eks: ENT har undervurdert/feilkalkulert lastbildet, samtidig som det kommer endringer som tilfører nye laster -> samlet sett medfører forholdene at det må gjøres forsterkninger på bæresystemet underveis i prosjekt, hvilket medfører en forsinkelse
 - «Begereffekt»
- NS 8407 punkt 33.5:
 - «*Fristforlengelsen skal svare til den virkning på fremdriften som forhold [...] har forårsaket.*»
- Juridisk samme utgangspunkt som for suksessive årsaker – hver av partene bærer risikoen for sine mangelfulle bidrag
- Gir ikke direkte noen løsning der forhold på hver side *i samvirke* har skapt en forsinkelse

Samvirkende årsaker (forts.)

- Kaasen, Tilvirkningskontrakter:

«[U]tgangspunktet burde være at partene hver pålegges risikoen for halvpartene av forsinkelsen, med mindre rene årsaksbetraktninger tilsier at det er forskjeller i årsakenes bidrag til begivenhetsforløpet»

- ND 1989 s. 296 (Singa Wiltrader)

- I *«fraværet av nærmere holdepunkter må voldgiftsretten legge til grunn at begge forhold har bidratt likt»* -> partene ansett ansvarlig for halve forsinkelsen hver

- I praksis bevisene som vil være avgjørende

- *«forskjeller i årsakenes bidrag»*

- Fordeling utifra de konkrete forholdene

- 50/50 som fall-back løsning

Eksempler fra praksis

- LA-2013-175355 (Teigar videregående)
 - *«Ofte vil det være flere årsaker, hvor noen er entreprenørens ansvar, som for eksempel dårlig organisering av arbeidet, mens andre er byggherrens, som for eksempel dårlig prosjektering. Det må da foretas en fordeling av «skyld», en fordeling som vil være skjønnsmessig»*
- LH-2016-93008 (Gryllefjord)
 - *«I det følgende vil lagmannsretten gå nærmere inn på de konkrete krav og motkrav fremmet i anken og motanken. Hovedformålet med vurderingen er å etablere en begrunnet oppfatning om de tidsmessige og økonomiske konsekvenser som påberopes. En slik metode vil etterlate et skjønn, men skjønnets vil ta utgangspunkt i hva de relevante forholdene har forårsaket. Krav på vederlag og tidstillegg formulert i hjelpedokumenter som ble delt ut under ankeforhandlingen danner utgangspunktet for lagmannsrettens vurderinger»*
- 16-100220TVI-LFOT (Lofoten tingretts dom av 1.6.2018)
 - *«Forholdet er etter rettens vurdering varslet rettidig og anses i stor grad for å være et avvik fra forutsetningene i konkurransegrunnlaget ... Etter rettens vurdering må imidlertid noe av tidkravet anses å ligge innenfor VE's risiko ettersom ... noe av forsinkelsen har blitt større enn nødvendig ved VE's unnlater og manglende kapasitet.... Vurderingen av hvilket krav på fristforlengelse dette forholdet gir, må etter rettens vurdering bli skjønnsmessig».*



Konkurrerende årsaker | Problemstillingen

- Begge parter hefter for ett (eller flere) forhold som hindrer ferdigstilling innen fristen.
- Eksempel:
 - ENT får ikke tilkomst til byggeplassen for å starte arbeidene.
 - ENT er samtidig fraskåret fra å kunne starte arbeidene, som følge av havari på maskinparken
- Forsinkelsen ville inntrådt:
 - Hvis entreprenørens forhold tenkes borte
 - Hvis byggherrens forhold tenkes borte
- Betingelseslæren løser ikke spørsmålet, se f.eks Hagstrøm/Stenvik (Erstatningsrett)

«Når man står overfor konkurrerende samtidige årsaker, vil en direkte anvendelse av betingelseslæren innebære at ingen av årsaksfaktorene anses som årsak, fordi ingen av dem var nødvendige betingelser for skaden. Skaden ville inntruffet selv om én årsaksfaktor tenkes bort, fordi de øvrige årsaksfaktorer ville utløst skaden. Det er imidlertid alminnelig enighet – både her i landet og i de fleste andre land – om at et slikt resultat i mange tilfelle vil fremstå som urimelig, og at betingelseslæren derfor ikke kan brukes til å løse de årsaksproblemer vi her står overfor»



Konkurrerende årsaker | Løsningsalternativ

- Fire løsningsalternativer:
 1. Fullt BH-ansvar: – ENT har krav på tid og full dekning av merkostnader
 2. Fullt ENT-ansvar: ENT får verken tid eller penger, BH får full dagmulkt
 3. Delt ansvar – ENT får delvis fristforlengelse og kostnadsdekning, BH får deler av dagmulkten
 4. Delt ansvar – ENT får ikke dekket merkostnader, BH får ikke dagmulkt («tid, men ikke penger»)



Konkurrerende årsaker | Ordlyden

- Ordlyden i NS 8407
 - Punkt 33.1 «*fremdriften hindres som følge av*» byggherreforhold
 - Punkt 33.5: «*Fristforlengelsen skal svare til den virkning på fremdriften som forhold[...] har forårsaket.*»
 - Punkt 34.1.3 «*økte utgifter til[...] som er en nødvendig følge av forhold* [...]»
 - Gir ikke et entydig svar
 - Kan argumentere for at fremdrift ikke hindres pga BH-forhold siden ENT uansett er forsinket pga egne forhold
 - Og motsatt...



Konkurrerende årsaker | Force Majeure

- NS 8407 pkt. 33.3
 - Tid, men ikke penger
 - Ikke direkte anvendelig ifm konkurrerende årsaker på hhv BHs og ENTs hånd
 - Betydning likevel?



Konkurrerende årsaker | Øvrige tolkningsmomenter

- Kontraktens system
 - Utgangspunkter som trekker i hver sin retning
 - ENT har fremdriftsrisikoen
 - ENT har krav på fristforlengelse og vederlagsjustering (tid og penger) pga forhold som er BHs risiko – jf. også funksjonsfordelingsprinsippet
- Sanksjonshensynet
- ENTs rett til å styre driftsopplegget i prosjektet
 - Dagmulkt selv om ferdigstillelse er en umulighet pga (konkurrerende) byggherreforhold?
 - Så lenge ENT ikke forsinker ferdigstillelse av prosjektet (ytterligere), bør det tilstrebes en så effektiv utnyttelse av ressursene som mulig

Konkurrerende årsaker | Øvrige tolkningsmomenter

- Dersom en 50/50-delning av forsinkelse og kostnader legges til grunn, vil ENT stort sett komme dårligst ut
 - Dagmulkt for sluttfrist: 1 promille av kontraktssummen per dag
 - ENTs rigggkostnad per dag i forlenget byggetid er som regel betydelig lavere
- Alminnelige årsaksbetraktninger
 - Dersom ENTs forhold tenkes borte, ville BH fortsatt vært i samme situasjon mht tidspunktet for ferdigstillelse (tid)
 - Dersom BHs forhold tenkes borte, ville ENT fortsatt vært i samme situasjon mht kostnadene for ferdigstillelse (penger)
 - Ingen har sannsynliggjort årsakssammenheng for sitt krav -> ENT har derfor krav på tid, men ikke penger?

Konkurrerende årsaker | Rettspraksis

- Høyesterett
 - Ingen avgjørelse på dette spørsmålet konkret
 - Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen; SRG-dommen)
 - «Entreprenøren har i utgangspunktet risikoen for utførelse og ferdigstilling innen avtalt tid, og en del av vederlaget er kompensasjon for denne risiko. En raskere fullføring enn opprinnelig forutsatt er en gevinst som entreprenøren avhengig av omstendighetene, kan forvente å oppnå»
 - Gjaldt utmåling av krav (hva som utgjorde «merutgifter»); ikke snakk om konkurrerende årsaker til forsinkelse eller dagmulkt
- Lagmannsrettspraksis
 - Ref. tidligere slide; utpreget konkrete avgjørelser som gjennomgående omgår problemstillingens prinsipielle side(r)
- Voldgift (tilvirkningskontrakter/offshore)
 - Peconor (Ekofisk): Delt ansvar, konkret vurdering mht fordelingen av merkostnader som følge av forsinkelsen
 - Upublisert dom fra 1991 (S. Brækhus, A. Bech, K. Kaasen): Delt ansvar, ENT og BH deler forsinkelsen, dvs. deling av dagmulkt og tilleggsvederlag

Konkurrerende årsaker | nyere rettspraksis

- Romerike og Glåmdal tingretts dom av 1.10.2021 (FV 279 ny Gardervei):

«Fylkeskommunen mener det er en mer nærliggende forklaring til den sene oppstarten at Askim ikke klarte å få tilgang på interne deponier tidligere, og at dette var helt nødvendig for å nå entreprenørens kalkyler.

Det er ikke mulig for retten å vurdere hva Askim ville ha gjort dersom byggherrens forhold ikke var til stede. Det er for så vidt mulig at entreprenøren ville ha problemer med å få lastet ut massene så effektivt som det var planlagt på grunn av manglende deponikapasitet. Transport til eksterne deponier ble fremholdt som mye dyrere. Men det fremstår minst like sannsynlig at det var mulig å få løsninger på dette, men at det ikke fremsto så tidskritisk med de vedvarende hindringer byggherrens forhold representerte for entreprenørens arbeider.»

- «Pacing delay»?

Konkurrerende årsaker | nyere rettspraksis

- Helgeland tingretts dom av 5.11.2021 (Smisto-saken)
 - 1) Driving av flere tunnellop, 2) Etablere betongpropp, 3) Klart for vannfylling og 4) Ferdigstillelse (fylle vann i tunnelene)
- Dagmulksbelagt dato: «klart for vannfylling»
- Vesentlige forsinkelser i drivingen pga dårlige fjellforhold – uenighet om risikoen for fjellforholdene + ekvivalenttidsregnskap (ENTs risiko?)
- BH ikke i stand til å bestemme plassering for betongproppene
- Retten om BHs dagmulkskrav:

Slik flertallet ser det, blir spørsmålet om Hæhre ville klart å nå fristene hensyntatt den fristforlengelse flertallet har kommet til at Hæhre skal innrømmes, jf. kapittel 5.7.2.5. Rent faktisk er det klart at den fristavbrytende handling, vannveier klart for vannfylling, ikke kunne nås til den dagmulktbelagte fristen. Dette skyldes at propp-plasseringen ikke var gjennomført. Slik sett blir flertallets oppgave å ta stilling til om det er sannsynliggjort at Hæhre ville vært forsinket uavhengig av de faktiske forhold rundt propp-plasseringen.

Konkurrerende årsaker | Rettspraksis

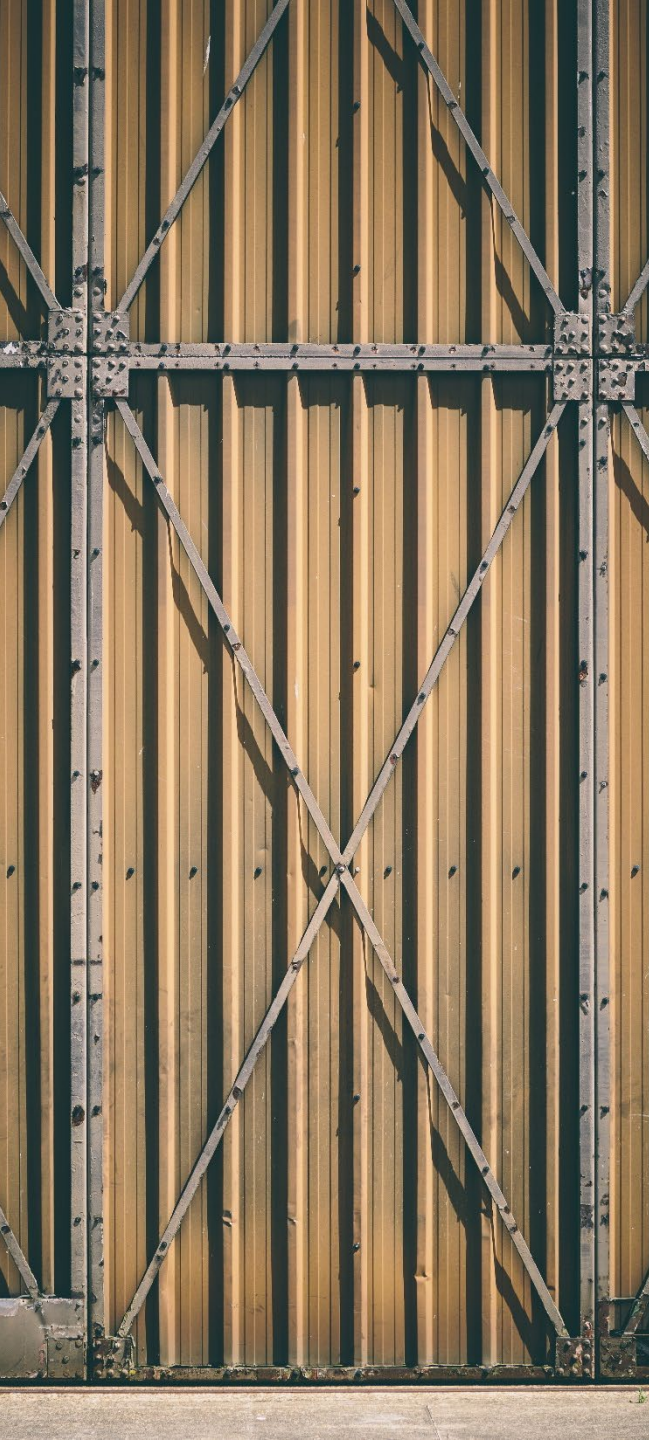
- Oppsummering
 - Få prinsipielle drøftelser
 - Der slike finnes, konkluderes det med at en deling av risikoen bør skje
 - Utpreget konkrete vurderinger som gjøres i den enkelte sak

Konkurrerende årsaker | Juridisk teori

- Nordtvedt m.fl., Kommentarutgave NS 8407, åpen konklusjon?

«Ordlyden «hindres» tilsier her at totalentreprenøren ikke har krav på fristforlengelse: Så lenge det foreligger forhold hos totalentreprenøren som medfører forsinkelsen, hindres han ikke av byggherrens forhold. Og den betraktningssmåten som Høyesterett anla i Rt. 2005 s. 788, hvor analysen relaterte seg til hva situasjonen ville ha vært om byggherreforholdet tenkes borte, vil om den kan overføres her heller ikke tilsi krav på fristforlengelse. Samtidig gir løsningen byggherren en tilfeldig fordel. Kjenner han totalentreprenørens situasjon, kan han fritt bruke mer tid på sin leveranse fordi totalentreprenøren ikke vil kunne utnytte den som planlagt.»





Konkurrerende årsaker | juridisk teori

- Kaasen, Tilvirkningskontrakter (2018), argumenterer for delt ansvar:

«[Man kan] neppe anse den ene hindring som hovedårsak til forsinkelsen og derved se bort fra den andres bidrag. Det ville medføre at man ikke hadde sanksjoner mot en part som misligholder og derved skaper forsinkelser, dersom den annen part ved sitt mislighold samtidig skaper en tilsvarende eller større forsinkelse. Dette ville være urimelig, og det ville være en uheldig uthuling av reglene som skal sikre kontraktsmessig oppfyllelse.

...

En bedre løsning er å fordele forsinkelsesansvaret forholdsmessig på de forsinkelsesårsaker som samlet har ledet til den aktuelle forsinkelse. Dersom force majeure og leverandørens egen forsinkelse eksempelvis må antas hver for seg å ville ha ført til den samlede forsinkelse i den periode de virket sammen, bør leverandøren og selskapet bære halvparten av denne forsinkelsen hver.»

- Næss, Knut, Konkurrerende årsaker til forsinkelser, Marius nr 504 – samme konklusjon



Konkurrerende årsaker | Utenlandsk rett

- England
 - Ikke et helt avklart spørsmål, men hovedregelen synes å være at ENT får tid, men ikke penger
 - «The Malmaison approach»
 - Se også Delay and Disruption Protocol fra Society of Construction law, som legger en slik løsning til grunn.
 - Begrunnelse:
 - Dersom BHs forhold tenkes borte er ENT uansett forsinket, og bør derfor ikke kunne kreve dekning av merkostnader
 - Dersom ENT forhold tenkes borte, er BH uansett skyld i forsinkelse, og bør derfor ikke ha rett på dagmulkt.
- Danmark og Sverige
 - Uavklart
 - I Danmark argumenteres det i teorien for samme løsning som i engelsk rett (tid, men ikke penger)

Oppsummering

- Uavklart rettstilstand hva gjelder konkurrerende årsaker
- I praksis omgås gjerne problemet – konkret bevisbedømmelse, skjønnsmessig anslag mht omfanget av fristforlengelse ENT tilkjennes
- Hvilket av de fire løsningsalternativene bør anvendes?
 - Ikke riktig å legge hele ansvaret over på en av partene
 - Dvs. en deling av risiko. To alternativer:
 1. Forholdsmessig deling av både forsinkelse og kostnader:
 2. ENT får fristforlengelse, men ikke kostnadsdekning i forlenget byggetid (tid, men ikke penger)

Oppsummering (forts.)

- Forholdsmessig deling av tid og penger? (50 / 50)
 - Gir mindre forutberegnelighet enn «tid, men ikke penger»
 - Gir regelmessig en beløpsmessig fordel for BH
 - Dvs. i praksis ikke noen beløpsmessig «likedeling»
 - Ordlyden i NS-ene passer ikke særlig godt for noen av de to «deling av risiko»-alternativene -> taler derfor ikke i særlig grad for noen av de to alternativene
 - Hensynene som trekkes frem til fordel for 50/50 deling av tid og penger taler for en deling av risiko – men strekker seg etter vår oppfatning ikke lenger enn det





Oppsummering (forts.)

- Tid, men ikke penger
 - Forutsigbar regel, enkel å håndtere (både underveis i prosjektene og i en evt tvist)
 - I samsvar med den løsning en alminnelig erstatningsrettslig årsaksvurdering tilsier
 - Gir begge parter incentiv til å begrense tapet (innenfor det man har kontroll over)
 - ENT får mulighet for å optimalisere driften

