



AGDER LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 22.12.2011

Saksnr.: 11-070536ASD-ALAG
11-070529ASD-ALAG

Dommere:

Lagdommer	Nils Ole Simonsen
Lagdommer	Rune Jensen
Tingrettsdommer	Torje V. A. Torjesen

I	Anke		
	Ankende part	Ncc Construction AS	Advokat Hans Christian Brodtkorb
	Ankemotpart	Geoingeniørene AS	Advokat Trond Werner Lunde
	Ankemotpart	Gjensidige Forsikring Hovedadministrasjon	Advokat Trond Werner Lunde
II	Avledet anke		
	Ankemotpart	Geoingeniørene AS	Advokat Trond Werner Lunde
	Ankemotpart	Gjensidige Forsikring Hovedadministrasjon	Advokat Trond Werner Lunde
	Ankende part	Ncc Construction AS	Advokat Hans Christian Brodtkorb

Saken gjelder tvist om sluttoppgjør i entrepriserforhold, nærmere bestemt økonomiske konsekvenser av bygningsteknisk feil entreprenøren svarer for, Norsk Standard (NS) 3431 pkt 37. Videre regresskrav fra totalentreprenør mot underentreprenør og dennes ansvarsforsikringsselskap.

AS Thor Dahl (Thor Dahl) inngikk 3 oktober 2007 kontrakt (entreprisekontrakten) med NCC Construction AS (NCC) vedr tilbygg til Thor Dahls kontorkompleks i Sandefjord sentrum, Thor Dahls gate 1-5. Tilbygget (2008 bygget) er i fire etasjer. Første etasje er parkering, delvis i to etasjer (prefabrikkert parkeringssystem). De øvrige er rene kontorarealer, ca 3 600m², med nødvendige fasiliteter. 2008 bygget er sammenkoblet med to tidligere bygg Thor Dahl eier, ett oppført i perioden 1925 til 1938 (førkrigsbygget) og et fra 1997 (1997 bygget). De tre bygninger utgjør et kvadrat rundt et åpent atrium.

Thor Dahl hadde allerede opprettet leiekontrakt for kontorlokaler med NAV Vestfold (NAV) for mellom 2 500 og 2 900 m² i 2008 bygget. Leieperioden er 10 år, med rett for NAV til inntil to forlengelser a fem år.

Entreprisekontrakten er basert på NS 3431 (totalentreprise). Ferdigstillelse var opprinnelig ultimo august, senere utsatt til ultimo november 2008.

NCC engasjerte Georingeniørene AS (Georingeniørene) til utstikking og oppmåling.

Georingeniørene avmerket bla et punkt på eksisterende bygg (fastpunktet) basert på målinger fra et utgangspunkt anvist av kommunen. Vedkommende ingeniør byttet om to desimaler slik at fastpunktet ble satt 8-10 cm høyere enn forutsatt.

Fastpunktet er benyttet ved senere bygningstekniske beregninger, herunder plassering av etasjeskillere. Følgelig ble overkant av etasjeskillere i 2008 byggets 2, 3 og 4 etasje liggende om lag 9 cm høyere enn i 1997 bygget (høydeforskjellen).

Byggtegningene viser at etasjeskillene i 1997- og 2008 bygget skulle flukte.

Georingeniørene gjorde en senere måling der man oppdaget at første måling var feil. Andre utstikkinger fra første måling ble korrigert. Vedkommende hos Georingeniørene var ikke klar over fastpunktet, slik at dette ikke ble endret.

NCC oppdaget høydeforskjellen i august 2008, og informerte Thor Dahl samme måned.

Kontorkomplekset har flere innganger. En, inngang E, ligger i 1997 bygget, men gir og adkomst til 2008 bygget.

Pr i dag er høydeforskjellen synbar i alle tre etasjer i trappehuset i oppgang E, og i tredje etasje der et advokatfirma leier sammenhengende lokaler i begge bygg. Her er deler av veggen mellom 1997 og 2008 bygget fjernet. Høydeforskjellen , både i trappehuset og i advokatfirmaets lokaler er kompensert ved at det er bygget ramper. Med unntak av i trapperommet i oppgang E er øvrige leietakere pr i dag ikke berørt.

NCC's totale vederlagskrav var rundt NOK 70 mill, eks mva. I sluttoppgjøret krevet NCC NOK 12 000 554. Thor Dahl holdt tilbake deler av beløpet pga div misligholdsinnsigelser. Etter rettsmegling og forlik ble alle uavklarte punkter, med unntak av høydeforskjellen, gjort opp.

Tilbakeholdt beløp pga høydeforskjellen er NOK 6 038 249 eks m v a.

Geoingeniørenes ansvarsforsikringsselskap Gjensidige Forsikring BA (Gjensidige) har akseptert å betale NOK 200 000 til Thor Dahl.

NCC reiste søksmål (hovedsaken) mot Thor Dahl for Sandefjord tingrett, med krav om betaling av det tilbakeholdte beløp, NOK 6 038 249. Thor Dahl påsto frifinnelse basert på motkrav pga høydeforskjellen..

NCC reiste samtidig søksmål (regressøksmålet) mot Geoingeniørene og Gjensidige med krav om at Geoingeniørene/Gjensidige betaler differansen mellom beløpet Thor Dahl har holdt tilbake i sluttoppgjøret, d v s NOK 6 038 249, og beløpet NCC tilkjennes i hovedsøksmålet. Geoingeniørene/ Gjensidige påsto frifinnelse.

I h h t forsikringsavtalen med Geoingeniørene er Gjensidiges ansvar begrenset til NOK 3 mill.

Saken ble forent til felles behandling og avgjørelse. Tingretten avsa dom 22 desember 2010 med følgende slutning:

”

1. AS Thor Dahl dømmes til innen to uker fra denne doms forkynnelse å betale til NCC Construction AS kr. 4 788 249 – kronerfiremillionersjuhundreogåttitusetohundreogførtini - eks. mva, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 4. desember 2009, til betaling skjer.
2. AS Thor Dahl og NCC Construction AS dekker sine egne omkostninger for sak nr. 10-035957TVI-SAFO.
3. Geoingeniørene AS og Gjensidige Forsikring BA dømmes til innen to uker fra denne doms forkynning å betale, en for begge og begge for en, til NCC Construction AS kr. 1 450 000 – kronerenmillionfirehundreogfemtiusen - , med tillegg av 4 % - fire prosent – avsavnsrente regnet fra 21. februar 2009 og frem til

to uker etter denne doms forkynning, og deretter lovens forsinkelsesrente frem til betaling skjer.

4. Geoingeniørene AS og Gjensidige Forsikring BA dømmes til innen to uker fra denne doms forkynning å betale, en for begge og begge for en, til NCC Construction AS erstatning for omkostninger for sak 10-088200TVI-SAFO med kr. 44 046 – kronerførtifiretusenogførtiseks.”

Tingretten ga Thor Dahl skjønnsmessig prisavslag etter NS 3431 pkt 37.5 på NOK 1 250 000 basert på redusert markedsverdi. Thor Dahls krav på antatte utbedringskostnader på mer enn NOK 6 mill(oppføring av gulv i 1997 bygget) NS 3431 pkt 37.4 og/eller erstatning NS 3431 pkt 37.6 førte ikke frem.

Thor Dahl anket dommen til Agder lagmannsrett. NCC inga avledet anke, sak 11-070529 ASD-ALAG. NCC anket i forhold til Geoingeniørene og Gjensidige, sak 11-070536ASD-ALAG.

Ankeforhandling ble holdt i Tønsberg 13 til 16 desember 2011.

Thor Dahl var representert ved styreformann Einar Sissener og prosessfullmektig advokat Magnus Hellesylt. For NCC møtte Helge Klaveness og prosessfullmektig advokat Hans Christian Brodtkorb. For Geoingeniørene møtte daglig leder Sigmund Vistad og prosessfullmektig advokat Trond Werner Lunde. Advokat Lunde representerte og Gjensidige.

Det ble hørt partsforklaringer, 8 vitner og lagt frem slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Om partenes påstandsgrunnlag for tingretten og saksforholdet for øvrig vises til tingrettens dom. I lagmannsretten har Thor Dahl i sterkere grad enn for tingretten vektlagt erstatningsalternativet, NS 3431 pkt 37.6. Partene er enige om at eventuell avsavns- og forsinkelsesrente rente utmåles som fastsatt av tingretten, slutningens pkt 1 og 3. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for tingretten.

Thor Dahl la ned slik påstand:

- ”1 AS Thor Dahl frifinnes.
- 2 NCC Construction AS dømmes til å betale AS Thor Dahls sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.”

NCC's påstand vis a vis Thor Dahl er som følger:

- ”1. AS Thor Dahl dømmes til å betale til NCC Construction AS kr 6 238 249 eks. mva med tillegg av forsinkelsesrente fra 4. desember 2009 til betaling skjer.
2. AS Thor Dahl dømmes til å betale sakens omkostninger.”

I søksmålet mot Geoingeniørene/Gjensidige la NCC ned slik påstand:

- ”1. Geoingeniørene AS og Gjensidige Forsikring BA dømmes til, en for begge og begge for en, å betale til NCC Construction AS et beløp tilsvarende differansen mellom kr 6 438 249 eks. mva og det beløp retten dømmer AS Thor Dahl til å betale til NCC Construction AS i hovedsaken, med tillegg av 4% - fire prosent – avsavnsrente regnet fra 21. februar 2009 frem til dommens oppfyllestidspunkt, og deretter lovens forsinkelsesrente frem til betaling skjer. Gjensidiges ansvar er dog begrenset til kr 2.095.000 med tillegg av 4% - fire prosent – avsavnsrente regnet fra 21. februar 2009 frem til betaling skjer.
2. Geoingeniørene AS og Gjensidige Forsikring BA dømmes til, en for begge og begge for en, å betale til NCC Construction AS sakens omkostninger.”

Geoingeniørene og Gjensidiges påstand var som følger:

- ”1. Geoingeniørene AS og Gjensidige Forsikring frifinnes.
2. NCC Construction AS tilpliktet å betale sakens omkostninger.”

Bortsett fra at Thor Dahl i større grad fremholder erstatningsalternativet, NS 3431 pkt 37.6, er partenes påstandsgrunnlag i hovedsak de samme som for tingretten. Ut over en henvisning til påstandsgrunnlagene slik de er gjengitt i tingrettens dom gis her kun en summarisk oppsummering.

Thor Dahls påstandsgrunnlag oppsummeres slik:

Høydeforskjellen er erkjent mangel NCC er ansvarlig for. Tvisten gjelder kun feilens økonomiske konsekvenser.

Thor Dahl hevder NCC skal dekke antatte utbedringskostnader, NS 3431 pkt 37.4.

Høydeforskjellen kan bare utbedres ved at alle gulv i tre etasjer i 1997 bygget fores opp, slik at de flukter med 2008 bygget, overensstemmende med ingeniør Øyvind Stokkes rapport. Han har beregnet utbedringskostnadene til mer enn NOK 6 mill.

NCC/Gjensidiges opprinnelige innvending mot Thor Dahls utbedringskrav var at man derved rettet opp ”gamle skjevheter (i 1997 bygget), som det ikke kan være tvilsomt at

verken NCC eller Geoingeniørene er ansvarlig for” og at dette vil ”føre til en kvalitetsheving av eiendommen som ikke skal betales av NCC/Geoingeniørene”, ref Gjensidiges brev 3 desember 2009 til NCC. Gjensidige tok feil. Gulvene i 1997 bygget er plane, uten skjevheter av betydning.

Thor Dahl er et rendyrket eiendomsselskap. De bygger, eier og leier ut betydelige arealer i Sandefjord. Bygningskomplekset Thor Dahls gate 1-5 er blant de mest prestisjefylte næringslokalene i Sandefjord. Leienivået er tilsvarende høyt.

Thor Dahls grunnleggende forutsetning under prosjekteringen var fleksibilitet. ”Ett gulvnivå, en branncelle”. De to enhetene, 2008- og 1997 bygget skulle fungere som ett, med mulighetene det gir for til enhver tid å tilby leietakere skreddersydde lokaler. Høydeforskjellen vanskeliggjør det i betydelig grad.

Høydeforskjellen skyldes grov uaktsomhet NCC, som totalentreprenør etter NS 3431 pkt 16.1 og 37.6 er ansvarlig for.

Grov uaktsomhet forutsetter markert avvik fra vanlig, forsvarlig handlemåte -sterkt klanderverdig- vesentlig mer enn vanlig uaktsomhet. Manglende faglig nivå kan utgjøre grov uaktsomhet. Det skal mindre til når det -som her- er tale om store verdier. Ingen saklige grunner tilsier at det skal mer til å konstatere grov uaktsomhet innen entrepriser enn i andre profesjoner.

Årsaken til høydeforskjellen er at Geoingeniørene avmerket fastpunktet feil. Punktet er grunnlag for vitale beregninger, bl a etasjeskillere. Når fastpunktet var feil, blir alt som måles ut i fra det galt. Til tross for dets vitale betydning virker det som om Geoingeniørene handlet uformelt, uten prosedyrer for kontroll, dokumentasjon og kvalitetssikring. NCC hevder de ville benyttet andre og langt sikrere prosedyrer om de hadde utført målingen selv. Forholdet blir ikke bedre ved at feilen heller ikke ble avdekket ved måling nr to. Her ble andre, og åpenbart mindre viktige feil fra første måling rettet, men ikke fastpunktet. Det er tale om alvorlig systemsvikt. Geoingeniørene skal vurderes etter et strengt profesjonsansvar. Kravet til grov uaktsomhet i NS 3431 pkt 37.6 er oppfylt. Begrensningene i NS 3431 pkt 37.4 og 37.5 gjelder ikke. Thor Dahl skal ha hele sitt økonomiske tap erstattet. Tapet tilsvarer minst beregnet utbedringskostnad.

Uansett kreves beregnede utbedringskostnader etter NS 3431 pkt 37.4. Utbedring av feil er hovedregelen etter NS 3431. Mangelen er ikke rettet ved rampene anlagt i trapperommet i oppgang E og i lokalet advokatfirmaet leier. Høydeforskjellen er ikke fjernet. Bygget er ikke i ”den stand byggherren har krav på” etter NS 3431 pkt 37.1. NCCs anførsel om at Thor Dahl ikke kan kreve utbedringskostnader fordi rettingene må skje ved heving av gulvene i 1997 bygget, er et formalargument NCC ikke kan høres med. Alternativet ville vært å rive 2008 bygget, og gjenreise det med etasjeskillere i plan med 1997 bygget, noe

som selvfølgelig ikke er mulig. NCC's syn kan godtas bare dersom entreprisekontrakten gir "tvingende grunnlag for det", noe den ikke gjør.

Uansett må bestemmelsen i NS 3431 pkt 37.2 tredje ledd gis direkte eller analogisk anvendelse.

Tingretten har feilaktig antatt at krav på dekning av utbedringskostnader etter NS 3431 pkt 37.4 er betinget av at mangelen er rettet. Ordlyden gir ikke grunnlag for slik, i realiteten innskrenkende, fortolkning. Tore Sandviks synspunkter i "Kommentar til NS 3401" (Sandvik) s 234 gjelder fremdeles, og kan ikke bortforklares med ordlydsendring, slik advokat Håvard Holdø tar til orde for i Tidsskrift for Forretningsjus (TFF) 2006 s 16-45. Bestemmelsens formål taler for at byggherren har krav på utbedringskostnader, uavhengig av om mangelen er rettet eller ikke. Byggherren kan, som her, ha saklig grunn til å vente med utbedringen. Thor Dahl er fast bestemt på å utbedre mangelen i tråd med ingeniør Stokkes forslag. Arbeidene må utføres ettersom det passer bl a med leieforholdene i bygget.

Kravet om dekning av utbedringskostnader er ikke uforholdsmessig. NS 4331 pkt 37.5 første ledd om kompensasjon i form av prisavslag skal ikke anvendes. Prisavslag til fortrensel for dekning av utbedringskostnader forutsetter et markert og åpenbart misforhold mellom mangelens betydning og det en utbedring krever, ref Sandvik s 235. Kolrud "Kommentar til NS 3430" (Kolrud) s 307/308 hevder misforholdet mellom kostnader og det som oppnår ved retting må være "markert og åpenbart". Slikt misforhold foreligger ikke her. Vurderingen skjer fra byggherrens perspektiv og skyldgraden skal tillegges vekt.

Det økonomiske sammenligningsgrunnlaget er verdireduksjonen som følge av høydeforskjellen og tilleggs-kostnader. Dersom feilen skal utbedres ved ramper i alle grenseflater mellom 1997 og 2008 bygget blir kostnadene uansett betydelige.

Ulempene må og vurderes ut i fra leietakerbehov. Ved planleggingen la Thor Dahl stor vekt på fleksibilitet. De to byggene skulle funksjonsmessig virke som ett. Høydeforskjellen umuliggjør det. I forhandlingen med potensielle leietakere vil høydeforskjellen uansett bli et moment leietaker vil påberope som et lyte for å få forhandle ned leiebeløpet.

Subsidiært hevdes at Thor Dahl har krav på prisavslag etter NS 3431 pkt 37.5, tilsvarende reduksjonen i byggets markedsverdi. Reduksjonen er langt høyere enn tingretten kom frem til. Tor Dahl hevder verdireduksjonen overstiger det tilbakeholdte beløp. Momentene som skal tillegges vekt blir i hovedsak de samme som ved vurderingen av forholdsmessigheten mellom mangelens betydning og kostnader til retting.

NCC's påstandsgrunnlag oppsummeres slik:

NCC er innforstått med at høydeforskjellen er mangel de svarer for vis av vis Thor Dahl.

Byggherrens sanksjoner ved mangler er uttømmende regulert i NS 3431 pkt 3.7.

NS 3431 er standardkontrakt, utarbeidet i fellesskap mellom representanter for bl a byggherrer og entreprenører og skal tolkes objektivt med særlig vekt på ordlyden.

Entreprenørens utbedringsplikt omfatter ikke kostnader til utbedring på naboeiendom. I flg NS 3431 pkt 37 foreligger mangel bare dersom "kontraktsarbeidet ikke er i den stand som byggherren har krav på etter kontrakten". Entrepriekontrakten omhandler ikke 1997 bygget. Mangelsbegrepet er begrenset til avvik fra entreprenørens konkrete kontraktsforpliktelse. NCC er ikke forpliktet til å utføre eller bekoste arbeider i 1997 bygget.

Særregelen i NS 343 pkt 37.2 tredje ledd om utbedring av fysiske skader på deler av bygget er overflødig dersom Thor Dahls syn legges til grunn. Thor Dahl har heller ikke krevet utbedring, eller fastsatt frist slik NS 3431 pkt 37.3 første ledd anviser.

Feilen er utbedret ved at det er bygget ramper der det har vært nødvendig å utjevne høydeforskjellen, d v s i trapperommet oppgang E og i lokalene advokatfirmaet leier i tredje etasje. Om det blir nødvendig med tilsvarende andre steder er kostnadene minimale. Stigningsforholdet på rampene kan senkes ved at man "skaver av" i oversiden på hulldekket i etasjeskillene. Beløpet gjensidige har betalt, NOK 200 000 er tilstrekkelig.

Utbedringskostnadene Thor Dahl krever dekket er uansett uforholdsmessige.

Alternativt anføres at NS 3431 pkt 37.4 kun omfatter påløpte utbedringskostnader. Sandviks uttalelse knytter seg til en annen ordlyd enn någjeldende NS 3431, ref advokat Holdøs artikkel i TFF nr 1 2006. Tingrettens dom på dette punkt er korrekt i resultat og begrunnelse.

Ev prisavslag, NS 3431 pkt 37.5 utmåles på grunnlag av situasjonen på overdragelsestidspunktet. Avslaget fastsettes som differansen i markedsverdien uten og med feilen. Høydeforskjellen har ingen betydning for markedsverdien. Prisavslaget tingretten fastsatte er for høyt.

Erstatningsansvar etter NS 3431 pkt 37.6 forutsetter grov uaktsomhet. Ved vurderingen må bl a hensyntas at Thor Dahl verken under prosjekteringen eller i entrepriekontrakten fokuserte på koblingen mellom 1997- og 2008 bygget. Forholdet var heller ikke gjenstand for oppfølging fra Thor Dahl, eller deres konsulenter. NS 3431 pkt 11 gir

totalentreprenøren betydelig frihet m h t valg av bygningstekniske løsninger. Ved ev full integrering mellom 2008 og 1997 bygget må eksisterende skillevegger (tidligere yttervegger i 1997 bygget, tas ned. Det forutsetter flytting av div tekniske rom, toaletter m m i samtlige etasjer. Høydeforskjellen ble ikke synlig for NCC før veggen mellom de to byggene ble tatt ned i oppgang E.

Geoingeniørene var meldt som ”ansvarlig prosjekterende for innmåling” og for kontroll av dette arbeidet. NCC er profesjonell på bygging, ikke prosjektering av innmåling m m. Det forventes ikke at NCC har egne kontrollrutiner mht innmåling av etasjehøyder. Thor Dahl har ikke etterspurt noe m h t Geoingeniørenes kvalitetssikringssystem.

I regressøksmålet gjøres gjeldende at det ikke er avtalt ansvarsbegrensning etter Norsk Standard, NOK 3 mill, i forholdet NCC/Geoingeniørene.

Gjensidige og Geoingeniørene slutter seg i hovedsak til NCC’ påstandsgrunnlag.

I forholdet NCC/Geoingeniørene må legges til grunn at ansvarsbegrensning på tre mill, ref NS 8402 pkt 10.3, som et ”agreed document”. Det vises og til Rt-1973-967.

Lagmannsretten bemerker:

Forholdet Thor Dahl-NCC, sak 11-070529ASD-ALAG:

Entreprisekontrakten bygger på NS 3431. I flg pkt 37.1 foreligger mangel ”dersom kontraktsarbeidet ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes prosjektering, utførelse eller andre forhold totalentreprenøren svarer for”.

Det er ikke tvilsomt at høydeforskjellen er mangel i forhold til NS 3431. Byggtegningene viser at gulvene i 2008- og 1997 bygget skal være i samme plan. Mangelen skyldes feil NCC kontraktsmedhjelper, Geoingeniørene, begikk ved angivelsen av fastpunktet. NCCs ansvar for kontraktsmedhjelpers feil følger av NS 3431 pkt 16.1 første ledd.

NCC har erkjent at høydeforskjellen er bygningsteknisk feil de svarer for vis a vis Thor Dahl. Geoingeniørene og deres ansvarsforsikringsselskap, Gjensidige, har erkjent ansvar i forhold til NCC. For Gjensidige er ansvaret begrenset til NOK 3 mill.

Spørsmålet lagmannsretten skal ta stilling til er hvilke økonomiske konsekvenser feilen skal få for de involverte.

Byggherrens mangelsbeføyelser vis a vis entreprenøren er uttømmende regulert i NS 3431 pkt 37. Det primære er entreprenørens plikt til å utbedre mangelen vederlagsfritt. De nærmere bestemmelser om utbedring fremgår i pkt 37.2, 37.3 og 37.4. Norsk Standard

3431 pkt 37.5 fastslår byggherren ikke kan kreve utbedring eller kostnadene dekket når kostnadene blir ”uforholdsmessig store”. Byggherren kan da i stedet kreve prisavslag ”beregnet på grunnlag av den reduksjon av byggets eller anleggets verdi som mangelen medfører”, NS 3431 pkt 37.5. Dersom mangelen har medført økonomisk tap som ikke dekkes i h h t 37.2 kan byggherren kreve erstatning for sitt tap, men ”bare dersom mangelen har sin årsak i forsettlig eller grov uaktsomt forhold hos totalentreprenøren”, NS 3431 pkt 37.6.

Thor Dahl har ikke krevet at NCC selv skal utbedre mangelen, og heller ikke engasjert andre til å utføre utbedringene. Thor Dahl har holdt tilbake et beløp i sluttoppgjøret de hevder (minst) tilsvarende estimerte kostnader ved utbedring.

Utbedringsmetoden Thor Dahl baserer kravet på, oppføring av gulv i 1997 bygget slik at de flukter med 2008 bygget, er nærmere beskrevet i ingeniør Øyvind Stokkes rapport 22 april 2010. Pr i dag er høydeforskjellen utjevnet ved ramper der det er nødvendig ut i fra nåværende utnyttelse, d v s i tre etasjer i trapperom oppgang E og i lokaler et advokatfirma leier i begge bygg, tredje etasje.

For lagmannsretten har Thor Dahl primært basert kravet på NS 3431 pkt 37.6, erstatning.

En forutsetning er da at Thor Dahl sannsynliggjør at Geoingeniørene handlet ”forsettlig eller grovt uaktsomt” ved anmerkingen av fastpunktet. Det er ikke tvilsomt at NCC vis a vis Thor Dahl i denne sammenheng hefter for Geoingeniørene.

Det er på det rene at Geoingeniørenes feil m h t avmerkning av fastpunktet ikke var forsettlig. Lagmannsretten er, men under noe tvil, kommet til at Thor Dahl heller ikke sannsynliggjort at Geoingeniørene har opptrådt grovt uaktsomt.

Innledningsvis bemerkes om dette at Geoingeniørene skal måles mot et strengt profesjonsansvar. I Rt-1989-1318, som gjelder advokats ansvarsforsikring uttales:

”Uttrykket ”grov uaktsomhet” forekommer i forskjellige sammenhenger, dels i lovtekst, dels i kontrakter, standardvilkår e l. Det er forståelsen av uttrykket ”grov uaktsomhet” og vilkårene for ansvarsforsikring denne sak gjelder. Men forståelsen av begrepet i andre sammenhenger vil være av betydning når man søker å fastlegge dets innhold. For at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsomt, må den etter mitt syn representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet. Dersom det faglige nivå hos vedkommende ikke holder mål, vil dette etter omstendighetene kunne utgjøre grov uaktsomhet. Når det gjelder en advokats kjenneskaper til lovstoffet, kan ikke uvitenhet om enhver rettsregel karakteriseres som grovt uaktsomhet. Men dreier det seg om en regel på et sentralt område, som for eksempel familieretten eller arveretten, vil uvitenhet lett måtte betegnes som grovt uaktsomt”.

Nærværende sak gjelder forståelsen av uttrykket ”grovt uaktsomt” i en standardkontrakt. Formuleringene ovenfor vil da ha betydning.

Lagmannsretten legger til grunn at det ikke finnes offentlige eller generelle bransjefastsatte prosedyrer eller beskrivelser ved målinger av den type det her er tale om.

Siv ing Geir Vines i Norconsult var engasjert av Thor Dahl som ”byggherreombud”. Han har forklart at en slik måling skal tas inn i en kvalitetsplan som egen aktivitet. Vedkommende som utfører målingen skal skriftlig notere resultatet han er kommet frem til. En annen person skal gjøre tilsvarende måling. Hvis resultatene er sammenfallende skal det kommuniseres. Ved avvik skal de som har utført målingene komme sammen og sammenligne resultatene. Om de ikke blir enige skal en tredjemann engasjeres. Alt skal kommuniseres til NCC.

I dette tilfellet foreligger ingen konkrete opplysninger om hvorledes målingen ble utført, bortsett fra at man tok utgangspunkt i et holdepunkt anvist av kommunen. Feilen oppsto ved at vedkommende ingeniør hos Geoingeniørene byttet om to desimaler. Feilen ble oppdaget ved en senere måling. Andre punkter/utstikkinger fra første måling ble korrigert, men ikke fastpunktet. Årsaken til det var at vedkommende som gjorde måling nr to ikke observerte eller fikk opplysninger om at fastpunktet eksisterte.

Det foreligger heller ingen opplysninger om prosedyrer og kvalitetssikringssystemer Geoingeniørene foreskriver ved slike målinger, bortsett fra at Vistad i sin partsforklaring har uttalt at slike prosedyrer finnes. Thor Dahl har ikke bedt om å få dette materialet fremlagt i lagmannsretten. Bortsett fra vitneforklaringen til siv ing Vines, som i denne sammenheng opptrer som ”Thor Dahls mann” finnes heller intet materiale som kan belyse hva bransjen anser som ”vanlig god praksis” ved slike målinger.

Hensett til de strenge kvalitetskrav som gjelder i byggebransjen generelt er en målefeil som dette nokså påfallende. Det er uttalt at en ”dette ikke skal kunne skje”. Bevismaterialet lagmannsretten er forelagt er likevel ikke tilstrekkelig til at det er sannsynliggjort grov uaktsomhet fra Geoingeniørenes side. Selv om det ikke har betydning for resultatet bemerkes og at Thor Dahl heller ikke har sannsynliggjort økonomisk tap ut over prisavslaget de innrømmes etter NS 3431 pkt 37.5, ref nedenfor.

Spørsmålet blir så om Thor Dahl kan kreve dekket anslåtte utbedringskostnader i h h t NS 3431 pkt 37.4 første ledd, basert på anslaget fra ingeniør Øyvind Stokke. En forutsetning er at kostnadene til utbedring ikke blir ”uforholdsmessig store” i forhold til det som oppnås, NS 3431 pkt 37.5. Stokkes forslag er at høydeforskjellen utjevnes ved at gulvene i 1997 bygget fores opp slik at de flukter med 2008 bygget. Kostnadene vil iflg Stokke overstige beløpet Thor Dahl har holdt tilbake, d v s i overkant av NOK 6 mill.

Det relevante vurderingstemaet for forholdsmessighetsvurderingen er kostnadene for entreprenøren holdt opp mot nytten for byggherren. Ikke enhver forskjell mellom kostnader og nytte medfører uforholdsmessighet. Det kreves et markert og åpenbart misforhold. Dersom entreprenøren er gjort kjent med særlige forhold av avgjørende betydning for byggherren, og disse ikke ivaretas i henhold til kontrakten, kan det tale for at det skal mer til for at en slik mangelsutbedring anses uforholdsmessig. Av sentral betydning er hvilke mangler det er tale om; det er forskjell på skjønnhetsfeil og funksjonsmangler. Har mangelen betydning for byggets funksjonalitet, skal det i alminnelighet svært mye til for å anses en utbedring uforholdsmessig. Ordlyden gir ikke holdepunkter for at ev skyld hos entreprenøren skal inngå i vurderingen, ref Holdø TFF 2006 s 16-45.

Basert på observasjoner fra befaringen legger lagmannsretten til grunn at høydeforskjellen pr i dag ikke har betydning for 2008 byggets funksjonalitet, heller ikke i samspill med 1997 bygget. Rampene i trappoppgangen mellom de to byggene i oppgang E er knapt synlige og tilfredsstillende byggeteknisk forskrift 2008 bygget er oppført etter. Høydeforskjellen i advokatfirmaets lokaler i tredje etasje kan heller ikke sees å ha visuell eller praktisk betydning.

Høydeforskjellen skulle åpenbart ikke vært der, og NCC leveranse er slik sett ikke kontraktsmessig. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at NCC er gjort kjent med at det for Thor Dahl var av "særlig betydning" at gulvene i de to bygge er i samme plan. 2008 bygget ble igangsatt basert på leiekontrakten med NAV. Kontrakten, med varighet i 10 år pluss opsjon på ytterligere fem pluss fem år, omfatter kun 2008 bygget. Høydeforskjellen har ikke betydning for dette leieforholdet. I h h t kontrakten pkt 3.3 har NAV fortrinnsrett til "leie av eventuelt kontorareal/fellesareal som blir ledige i leieobjektet og som av utleier vurderes som relevante lokaler og som kan knyttes til leietakers lokaler". Lokalene NAV disponerer i dag er fordelt på flere etasjer i 2008 bygget. I den grad ev tilleggsareal for NAV søkes i 1997-bygget anses høydeforskjellen uten betydning. Den kan, relativt enkelt, utjevnes ved ramper, som i advokatkontoret i tredje etasje.

Total sammenføyning mellom 1997- og 2008 bygget forutsetter at skilleveggen mellom de to byggene, d v s tidligere yttervegg i 1997 bygget, fjernes. I så fall må og en rekke toalett- og tekniske rom flyttes. Disse rommene inngår i byggetegningene og viser etter lagmannsrettens syn at en "særlig forutsetning" om mulighet for total sammenføyning ikke ble meddelt NCC. Forutsetningen ble først klar for NCC nokså lenge etter at feilen var avdekket.

Lagmannsretten kan heller ikke se det er sannsynliggjort at høydeforskjellen får nevneverdig betydning for fremtidige leieforhold. Det er få potensielle leietakere i Sandefjord med behov/ønske om så store, sammenhengende lokaler i ett plan, slik en etasje omfattende både 1997 og 2008 bygget vil utgjøre. Leietakere med behov for store

kontorarealer vil, som NAV, sannsynligvis uansett foretrekke å fordele det på to eller flere etasjer. Høydeforskjellen kan likevel, i gitte situasjoner få en viss, men nokså marginal betydning. Dette kommer lagmannsretten tilbake til nedenfor.

Lagmannsretten anser det ikke tvilsomt at utbedringskostnader i størrelsesorden Thor Dahl hevder, mer enn NOK 6 mill, er klart uforholdsmessige.

Kravet om dekning av utbedringskostnader basert på NS 3431 pkt 37.4 tas etter dette ikke til følge.

Lagmannsretten kan heller ikke se at Thor Dahls krav om dekning av anslåtte utbedringskostnader basert på NS 3431 pkt 37.2 tredje ledd kan føre frem.

Bestemmelsen fastslår at totalentreprenøren er ansvarlig for ”utgifter til utbedring av skader på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten”. 1997 bygget er åpenbart ikke påført ”skade” ved høydeforskjellen. I så henseende er 1997 bygget slik det var før 2008 bygget ble påbegynt. Entrepriekontrakten omfatter ikke arbeid i 1997 bygget. I denne sammenheng bemerkes at NS 3431 er standardkontrakt som skal undergis objektiv fortolkning med hovedvekt på ordlyden, jf Rt-2010-1345 avsnitt 55.

Tingretten har avslått Thor Dahls krav om dekning av anslåtte utbedringskostnader basert på at NS 3431 pkt 37.4 første ledd kun omfatter pådratte omkostninger. Lagmannsretten har valgt å basere avgjørelsen på kravet til forholdsmessighet i NS 3431 pkt 37.5 og behøver således ikke vurdere om kostnadene må være pådratt. . Lagmannsretten vil likevel bemerke at den i hovedsak slutter seg til tingrettens vurderinger.

Når kostnadene til utbedring blir uforholdsmessig store, slik at byggherren ikke kan kreve dekning av utbedringskostnader, kan han i stedet kreve prisavslag ”beregnet på grunnlag av den reduksjon av byggets eller anleggets verdi som mangelen medfører”, NS3431 pkt 37.5.

Partene er enige om at prisavslaget skal baseres på byggets verdi på overtakelsestidspunktet, d v s november 2008, medregnet inngåtte leieavtaler inkludert NAVs .

Som vist ovenfor kan lagmannsretten ikke se at høydeforskjellen har særlig betydning for 2008 byggets funksjonalitet, heller ikke i samspill med 1997 bygget. Likevel ligger feilen der, som et lyte og irritasjonsmoment. Ved leieavtaler som omfatter arealer i begge bygg må høydeforskjellen utjevnes f eks ved ramper slik det nå er gjort i tapperommet oppgang E og i advokatfirmaets lokaler.

Markedsverdien vil først og fremst avhenge av beliggenhet, inngåtte leieavtaler, byggeteknisk standard og potensielle kjøperes krav til avkastning. I en slik sammenheng vil

høydeforskjellen ha bare marginal betydning. Beløpet må fastsettes skjønnsmessig. I denne vurderingen er lagmannsretten kommet til samme resultat som tingretten, og slutter seg i hovedsak også til tingrettens begrunnelse s 10 til 15. Prisavslaget settes som i tingretten til NOK 1 250 00. Av beløpet på NOK 6 038 249 Thor Dahl har tilbakeholdt skal NOK 4 788 249 betales.

Thor Dahls anke og NCC's avledede anke skal etter dette forkastes, i det lagmannsretten også slutter seg til tingrettens omkostningsavgjørelse.

Saksomkostningsspørsmålet.

Verken hovedanken eller avledet anke har ført frem.

Twisteloven § 20-2 første ledd fastslår at en part som har vunnet har krav på "full erstatning for sine sakskostnader fra motparten". Av bestemmelsens annet ledd fremgår at saken er vunnet "hvis parten har fått medhold fullt ut eller for det vesentlige". Ved objektiv kumulasjon, herunder anke og avledet anke, er det samlede utfall avgjørende. Thor Dahl har anket basert på at tingrettens kompensasjon, NOK 1 250 000, er for lav.

Frifinnelsespåstanden innebærer at deres pengekrav hevdes å utgjør mer enn NOK 6 mill. Anken har vært forgjeves. NCC hevder Thor Dahls motkrav er NOK 0, ev kompensert ved beløpet på NOK 200 000 Gjensidige er villig til å betale, slik at tingrettens prisavslag er satt for høyt. Heller ikke NCC avledede anke har ført frem. Ingen av partene har fått medhold fullt ut, eller for det vesentlige. Overensstemmende med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første og annet ledd tilkjennes ingen part saksomkostninger for lagmannsretten. Det er vurdert om unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd kan anvendes, men lagmannsretten er kommet til at det ikke er grunnlag for det.

Forholdet NCC-Geoingeniørene/Gjensidige, sak 11-070536ASD-ALAG:

I søksmålet mot Geoingeniørene og Gjensidige krever NCC refundert kompensasjonen Thor Dahl innvilges som følge av høydeforskjellen, og som Geoingeniørene er ansvarlig for vis a vis NCC. Beløpet utgjør NOK 1 250 000, hvorav Gjensidige allerede har sagt seg villig til å betale NOK 200 000. Beløpet på NOK 200 000 er imidlertid ikke utbetalt, og domsslutningen bør da være NOK 1 250 00. I tingretten er NCC, uten at det er begrunnet nærmere tilkjent NOK 1 450 000. NCCs anke skal da forkastes, dog slik at beløpet som skal betales til NCC settes til NOK 1 250 000.

Det er ikke nødvendig å ta stilling til om det er avtalt ansvarsbegrensning på NOK 3 mill i forholdet Geoingeniørene/NCC. Beløpet Geoingeniørene/Gjensidige skal betale overstiger heller ikke ansvarsbegrensningsklausulen i forsikringsavtalen dem i mellom.

Saksomkostninger:

NCC's anke har vært for gjeves. Overensstemmende med tvisteloven § 20-2 første og annet ledd tilkjennes Geoingeniørene/Gjensidige saksomkostninger for lagmannsretten. Unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd er vurdert men ikke funnet anvendelig. Advokat Lunde har innlevert omkostningsoppgave der de samlede omkostninger for lagmannsretten utgjør NOK 424 000. Beløpet er særdeles høyt, men det er ikke innkommet innvendinger. De øvrige prosessfullmektigers omkostningsoppgaver er høyere. Oppgaven legges til grunn.

Dommen er enstemmig.

D o m s s l u t n i n g:

I forholdet Thor Dahl - NCC Construction AS, sak 11-070529 ASD-ALAG:

1. Anken forkastes.
2. Saksomkostninger for lagmannsretten tilkjennes ikke.

I forholdet NCC Construction AS - Geoingeniørene AS/Gjensidige Forsikring BA, sak 11-070536 ASD-ALAG:

1. Anken forkastes, dog slik at beløpet Geoingeniørene AS/Gjensidige Forsikring BA, tingrettens domsslutning pkt 3, skal betale NCC Construction AS settes til 1 250 000 -enmilliontohunderogfemtitusen- kroner.
2. NCC Construction AS betaler innen 2 -to- uker fra dommens forkynnelse 424 000 -firehundreogfireogtyvetusen- kroner i saksomkostninger for lagmannsretten til Geoingeniørene AS/Gjensidige Forsikring BA.