



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

gjør vitterlig:

DOM

avsagt 6 mai 1998 på Hamar

i ankesak nr 97-00253 A

Ankende part: NCC Eeg-Henriksen Anlegg a.s

Prosessfullmektig: Advokat Nils-Henrik Pettersson

Ankemotpart: Staten v/Samferdselsdepartementet

Prosessfullmektig: Advokat Sam E. Harris

Rettens medlemmer: Lagdommer Bernt Krohg, formann
Lagdommer Fritz Borgenholt
Kst lagdommer Trond Christoffersen

Sivilingeniør Snorre Slapgård

Sivilingeniør Torjus Alten

Saken gjelder krav om forseringsvederlag i entrepriserforhold.

Da flommen kom på forsommeren 1995, var NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS (Eeg-Henriksen) i ferd med å bygge bru over Nitelva for Statens vegvesen Akershus. Flommen førte til at arbeidene midlertidig måtte avbrytes. Etter kontrakten hadde Eeg-Henriksen frist til 15 desember 1995 for ferdigstilling av den første delen av entreprisen; bru A. Denne, som utgjør det østgående løpet av ny rv 159 over Nitelva, skulle vegvesenet da etter planen ta i bruk til anleggstrafikk i forbindelse med tunnelarbeider på en tilgrensende parsell av den nye vegen. Bru B, som er en parallell bru for trafikk i motsatt retning, hadde ferdigstillingsfrist 1 juli 1996. Fristen for bru A var dagmulktbelagt med 50.000 kroner, mens dagmulksatsen for bru B var 20.000 kroner.

Selve flommen varte i ca 14 dager, men på grunn av ulike konsekvenser avbruddet førte med seg, krevde Eeg-Henriksen fristforlengelse for bru A til midt i uke 8 (21 februar 1996) og for bru B til utløpet av uke 37 (13 september 1996). Vegvesenet godtok fristforlengelse, men bare til 15 januar for bru A. Eeg-Henriksen varslet da, i september 1995, at man ville forsere arbeidene med sikte på å bli ferdige til 15 januar, men at dette ville føre til økte omkostninger, og at disse ville bli belastet byggherren. Økningen ble på dette tidspunkt stipulert til 1.383.000 kroner.

Fram mot ferdigstillingen og overleveringen av bru A økte kravet for forseringen til drøyt 2,7 millioner kroner. Vegvesenet fastholdt at det ikke var grunnlag for kravet. Dessuten oppsto det tvist omkring selve overleveringen. Denne gjaldt dels om brua pr vegvesenets ferdigstillingsfrist var i slik forfatning at byggherren pliktet å overta den, dels om vegvesenet faktisk hadde nektet å overta i tilknytning til den overtagelsesforretningen entreprenøren innkalte til. I tillegg er det også blitt tvist om forståelsen og betydningen av de avtaler og ordninger partene forhandlet seg fram til etter denne overtagelsesforretningen.

Eeg-Henriksen tok 29 februar 1996 ut stevning for Nedre Romerike herredsrett med påstand om dekning av forseringsomkostninger på 2,7 millioner kroner. Under saksforberedelsen for herredsretten ble saken utvidet til også å omfatte et omtvistet krav om tilleggsvederlag for

utbedring av riss i brudekket med 113.461 kroner.

Herredsretten, satt med to fagkyndige meddommere, avsa dom i saken 27 februar 1997 med slik domsslutning:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. Hver av partene bærer sine omkostninger.

For så vidt gjaldt kravet om tilleggsvederlaget for rissutbedringen var dommen enstemmig. Avgjørelsen om forseringsvederlaget ble imidlertid truffet under dissens fra den ene fagkyndige meddommeren. Både flertallet og mindretallet la riktignok i utgangspunktet til grunn at Eeg-Henriksen hadde hatt krav på en lengre fristforlengelse enn til 15 januar. Men flertallet i herredsretten kom til at Eeg-Henriksen, i forbindelse med den avklaringen av tvisten om overleveringen som partene foretok mellom 30 januar og 28 februar, hadde akseptert 26 februar 1996 som overleveringsdato. Dette måtte i følge flertallet - i mangel av uttrykkelig reservasjon fra Eeg-Henriksens side - også måtte få konsekvenser for forseringskravet. Under enhver omstendighet fant flertallet at Eeg-Henriksen hadde frafalt krav på forseringsvederlag for perioden mellom 15 januar og 13 februar, som var den datoen bru A faktisk ble tatt i bruk av byggherren. Synspunktet var at siden byggherren uttrykkelig hadde frafalt krav på dagmulkt fram til 13 februar, og siden det hadde formodningen mot seg at dette frafallet var ensidig, måtte Eeg-Henriksen samtidig ansees for å ha frafalt kravet på forseringsvederlag for den samme perioden. Og noen lengre periode hadde, etter flertallets oppfatning, Eeg-Henriksen ikke krav på forseringsvederlag for. Mindretallet mente derimot at Eeg-Henriksen i utgangspunktet hadde krav på fristforlengelse fram til 29 februar, og at kravet om forseringsvederlag ikke var frafalt eller falt bort på annen måte.

For nærmere opplysninger om saksforholdet og partenes anførsler for herredsretten, vises til herredsrettens domsgrunner, som også mer utførlig gjør rede for flertallets og mindretallets synsmåter og begrunnelser.

NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS har i rett tid påanket herredsrettens dom til lagmannsretten

for så vidt gjelder avgjørelsen av kravet om forseringsvederlag. Ankeforhandlingen ble holdt på Lillestrøm 23-26 mars 1998 med prosedyrer 30 mars. Det ble ført 8 vitner, hvorav 2 var nye for lagmannsretten.

Den ankende part, Eeg-Henriksen, har i hovedsak gjort gjeldende:

Flommen var et forhold utenfor entreprenørens kontroll, som etter standardvilkårenes pkt 17.2.1 gir rett til fristforlengelse. Fristforlengelsen skal, etter pkt 17.3, i utgangspunktet svare til den forsinkelsen som flomhindringen faktisk har medført. Selv om perioden med vannstand over det kritiske nivået bare varte i to uker, er de tidsmessige konsekvensene av flommen vesentlig større. Uka før vannet gikk over denne grensa ble i hovedsak brukt til å evakuere anleggs- og riggområdet, og uka etter til remobilisering og til rydding og opprensning. Dermed ble ikke arbeidet med stålkjernepelingen ferdig til sommerferien som opprinnelig planlagt, og - selv om man likevel fikk én borerigg til å arbeide gjennom ferien - førte dette til ytterligere forsinkelse. I tillegg kommer effekten av juleferien, og av at en del arbeidsoperasjoner, som var planlagt utført om høsten, ble forskjøvet inn i vinteren. I ettertid har entreprenøren beregnet at dette samlet vil begrunne en fristforlengelse på 87 dager. Det er mer enn nok til å forsvare den forlengelsen entreprenøren krevde, til 21 februar.

Dermed var det urettmessig av vegkontoret bare å godta fristforlengelse til 15 januar, og etter standardvilkårene pkt 17.6 var entreprenøren i utgangspunktet berettiget til å forsere arbeidet for byggherrens regning. Hvorvidt vilkåret om at forseringsutgiftene ikke vil bli uforholdsmessige er oppfylt, må vurderes ut fra situasjonen som forelå da beslutningen om forsering ble truffet. Under enhver omstendighet innebærer ikke en eventuell uforholdsmessighet at kravet faller bort i sin helhet; entreprenøren kan i alle fall kreve å få det beløpet som anses "forholdsmessig".

Det er den faktisk gjennomførte forsering entreprenøren har krav på dekning for. I dette tilfellet er det tale om en forsering på anslagsvis 31 "dagmulkt dager". I denne forbindelse gjør entreprenøren gjeldende at brua var klar til overtagelse den 17 januar, som var den ferdigstillelsesfristen byggherren opererte med, etter at det senere var gitt ytterligere to dagers

fristforlengelse av andre grunner. De manglene som forelå under overtagelsesforretningen den 18 januar var ikke vesentlige, og under enhver omstendighet gjorde ikke byggherren det klart der og da at man nektet å overta brua.

De totale forseringskostnadene kan skjønnsmessig anslås til 2,7 millioner kroner. Av dette utgjør ca 1,3 mill merutgifter til materialer og utstyr som påløp da man, for å holde vegkontorets frist, besluttet å støpe de tre bruspennene mer samtidig enn opprinnelig planlagt. Resten er merkostnader til mannskaper, dels i form av oppbemanning, dels i form av overtid og ineffektivt arbeid.

Den ankende part har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/ Ssamferdselsdepartementet dømmes til å betale NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS kr 2.700.000 med tillegg av 12 % rente p a fra 15.2.1996 til betaling skjer.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS sakens omkostninger for herredsretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, staten v/ Samferdselsdepartementet, har i hovedsak anført:

Flommen varte ikke mer enn maksimalt to uker, og da er den fristforlengelsen på en måned som vegkontoret ga tilstrekkelig, selv om man også tar i betraktning en viss effekt av vinterarbeid og ferie. Det er mulig at den faktiske hindringen er blitt større for Eeg-Henriksen, men dette skyldes i tilfelle Eeg-Henriksens egne disposisjoner, som selskapet selv må bære konsekvensene av. Det gjelder for det første den spuntløsningen Eeg-Henriksen valgte for byggingen av brukaret i akse 1, ved land på Rælingen-siden. Ved å utføre spuntgropa her uten spunt i bakkant, og uten innvendig tverravstivning, ble konstruksjonen svakere. Da vannet steg førte dette til at byggegropa måtte evakueres tidligere enn hva som ville vært nødvendig med byggherrens løsning. For det annet gjorde man seg på denne måten mer avhengig av betongplata i bunnen av spuntgropa, noe som innebar at poretrykksproblematikken som oppsto på grunn av flommen, fikk større og mer langvarige konsekvenser enn om byggherrens metode var fulgt.

Tilsvarende gjelder entreprenørens beslutning om å bygge anleggsveger ut i elva til brukarene i akse 2 og 3. Særlig siden anleggsvegene ikke var bygget opp til tilstrekkelig kotehøyde, medførte denne løsningen at man etter flommen man kom i gang med spunting senere her enn hva som ville vært tilfelle hvis man hadde basert seg på byggherrens flåteløsning. Et tredje forhold som forsinket framdriften, og som er entreprenørens risiko, er at det gikk lang tid før begge riggene for ståljernepeling fra bergboringsentreprenøren kom tilbake til anlegget etter flommen.

Hadde det ikke vært for disse forholdene, og hvis entreprenøren allerede rett etter flommen hadde lagt om framdriftsplanene og prioritert bru A fullt ut, i stedet for å parallell-arbeide med fundamentene til bru B, ville det vært mulig å bli ferdig med ståljernepelingen for fundamentene til bru A før bergboringsentreprenørens ferie. En slik omlegging ville dermed begrenset flommens betydning for framdriften vesentlig. Siden det var ferdigstillelsen av bru A som hastet, burde Eeg-Henriksen, i tråd med samarbeidsplikten og plikten til å begrense forsinkelsen mest mulig, foretatt en slik omlegging av driften. Denne omleggingen burde Eeg-Henriksen begynt å planlegge allerede under flommen, i stedet for å innta en passiv "vente og se-holdning". Tilsvarende burde man allerede på dette stadiet foretatt konkrete anstrengelser i forhold til underentreprenøren, med sikte på å få full innsats på ståljernepelingen straks flommen var over, og uansett bergboringsentreprenørens ferieplaner.

I stedet kom det bare én borerigg tilbake, og slik entreprenøren for øvrig hadde innrettet seg var det heller ikke arbeid for rigg nr 2 den første tiden. Dette skyldtes at man ikke var kommet langt nok med spuntingen, dels fordi man avsluttet spuntingen unødvendig tidlig før flommen, dels fordi det tok for lang tid å komme i gang etterpå, og dels fordi man som nevnt ikke prioriterte bru A, men fortsatte det opprinnelige arbeidsopplegget, som forutsatte at man skulle spunte for bru A og B parallelt. Dette viser at det i realiteten var framdriften på spuntingen som ble kritisk, og dermed at en stor del av forsinkelsen på grunn av flommen faktisk skyldtes forhold som entreprenøren selv hadde risikoen for.

At bergboringsentreprenøren, på grunn av flommen, ikke ble ferdig til sin planlagte ferie, gir

under ingen omstendighet grunnlag for ytterligere fristforlengelse. Bergboringsfirmaet som sådant tok ikke fellesferie, og det var ikke mangel på utstyr. Det viste seg i praksis at det også var mulig å holde én rigg i drift gjennom ferien.

Juleferien gir derimot grunnlag for fristforlengelse, men ikke med mer enn selve ferien. Det er ikke rom for påslag i form av ekstra dager i forbindelse med nedtrapping og oppstart her.

Vinterarbeid kan også gi grunnlag for en viss forlengelse, men her er det viktig å være klar over at entreprenøren allerede i utgangspunktet hadde planlagt en del tunge betongarbeider så sent på høsten at det uansett ville være nødvendig å ta spesielle forholdsregler. Dessuten var ikke temperaturforholdene i de aktuelle delene av desember 1995 og januar 1996 spesielt vanskelige.

På denne bakgrunn mener staten at entreprenørens krav om fristforlengelse var betydelig overdrevet, og at den forlengelsen vegkontoret innvilget, må anses som tilstrekkelig. Dermed er det ikke grunnlag for noe krav om forseringsvederlag.

Under enhver omstendighet kan ikke entreprenøren kreve vederlag for mer enn den faktisk gjennomførte forsering. I denne forbindelse gjøres det gjeldende at bru A ikke kan anses ferdigstilt i en slik grad at byggherren pliktet å overta den før 13 februar 1996, da rissutbedringen - som var entreprenørens ansvar - var foretatt. Ved overtagelsesforretningen som ble gjennomført 18 januar var det fremdeles vesentlige mangler ved brua, og det bestrides at bru A ble overtatt på dette tidspunktet.

Uansett mener staten at ethvert krav på forseringsvederlag må anses frafalt eller bortfalt som følge av partenes etterfølgende forhandlinger og avtaler. Protokollen som ble satt opp under møtet 30 januar 1996 innebar at byggherren ga avkall på å kreve dagmulkt fra 17 januar, og motstykket må da være at entreprenøren anses å ha frafalt kravet på forseringsvederlag. Det erkjennes at frafallet ikke skjedde uttrykkelig, men dersom entreprenøren i denne situasjonen mente å ha sitt krav i behold, måtte dette vært tydelig markert. Staten viser i denne forbindelse også til avtaleloven § 36. I alle fall følger det av de senere protokoller, som også

er undertegnet av entreprenøren, at overtagelse av bru A først skjedde 27 februar. Uavhengig av hva som har vært entreprenørens subjektive oppfatning, må dette være avgjørende, også i forhold til vurderingen av en eventuell forsering.

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Herredsrettens domsslutning post 1 stadfestes.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for herredsrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten er kommet til et annet resultat enn flertallet i herredsretten.

Det er på det rene at flommen våren 1995 utgjorde et ekstraordinært værforhold utenfor Eeg-Henriksens kontroll. Selv om det ikke er uvanlig med flom i Nitelva på denne tiden av året, er det ikke grunnlag for å hevde at Eeg-Henriksen burde tatt muligheten for en flom av dette omfanget i betraktning da kontrakten med vegvesenet ble inngått. Det samme gjelder spørsmålet om Eeg-Henriksen "med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene" av flommen fullt ut. I den utstrekning flommen hindret de arbeidene Eeg-Henriksen var i ferd med å utføre, er det med andre ord tale om en hindring som ga Eeg-Henriksen rett til fristforlengelse, jf kontraktens pkt 17.2.1 og 17.2.2. Dette har heller ikke vært omtvistet mellom partene. Etter hvert er partene også blitt enige om at flommen ikke er et slikt forhold at Eeg-Henriksen har grunnlag for krav om dekning av merutgifter som følge av forsinkelsen. Tvisten gjelder dermed i første omgang beregningen av hvilken fristforlengelse entreprenøren hadde krav på som følge av flommen.

Regler om dette beregningsspørsmålet går fram av kontraktens pkt 17.3, som lyder slik:

"Fristforlengelsen skal svare til den forsinkelse som hindringen har medført, der det blant annet tas hensyn til nødvendig avbrudd og eventuelt forskyvning av utførelsen til en for entreprenøren ugunstigere eller gunstigere årstid. Entreprenøren plikter å samarbeide for å forebygge og begrense skadevirkningene.

Avbrutt utførelse skal gjenopptas straks hindringen er bortfalt."

Ordlyden viser at det ved fastleggingen av fristforlengelsen må foretas en sammensatt vurdering, hvor både faktiske og rettslige forhold er av betydning. Dette innebærer at selv om det i vårt tilfelle er et sentralt moment hvor lenge perioden med vannstand over det kritiske nivået faktisk varte, er dette likevel bare et utgangspunkt for beregningen. Videre følger det, både av ordlyden og av de faktiske omstendigheter som normalt foreligger når det er aktuelt å fremme et krav om fristforlengelse, at forlengelsesperioden i en viss grad må fastsettes skjønnsmessig, og til dels på et uavklart faktisk grunnlag. Når man i ettertid skal ta stilling til om et nærmere angitt krav om fristforlengelse var berettiget eller ikke, må dette derfor vurderes ut fra hvordan situasjonen fortonte seg der og da. I praksis innebærer det at retten bør vise varsomhet med å finjustere et rimelig begrunnet krav om fristforlengelse, og at "dagregnestykker" gjort i ettertid bare er av begrenset interesse ved en slik vurdering.

Med dette som generell bakgrunn er lagmannsretten kommet til at Eeg-Henriksens krav om fristforlengelse fra 15 desember til 21 februar må anses berettiget. Riktignok varte perioden med vannstand over kritisk nivå bare ca 2 uker. Men både forut for den direkte flomperioden og etterpå førte flommen til hindringer i arbeidet. Selv om deler av det mest framdriftskritiske arbeidet med stålkjernepelingen fortsatte nesten helt fram til vannet steg over spuntene, er det etter lagmannsrettens syn rimelig å trekke både uka før vannet gikk over det kritiske nivået og uka etter at det sank under, inn i beregningen av hvilken fristforlengelse Eeg-Henriksen har krav på. Uka før selve flommen måtte i det alt vesentligste brukes til demobilisering av byggeplassen og riggområdet, og må ha vært lite produktiv totalt sett. Og uka etter flommen ble brukt til opprydding og til å få rigg og utstyr tilbake på plass.

Hvorvidt framdriften deretter ble ytterligere forsinket på grunn av Eeg-Henriksens valg av utførelsesmetode og/eller fordi bergboringsentreprenøren bare kom tilbake med én, ikke to, borerigger så snart oppryddingen var gjennomført, er det etter rettens syn ikke grunn til å gå nærmere inn på. Dette har sammenheng med at det uansett ikke ville vært grunnlag for å kreve at stålkjernepelingen for bru A skulle være avsluttet i tide til ferien, som opprinnelig planlagt. De beregninger vegkontoret har foretatt på dette punktet, forutsetter at Eeg-Henriksen hadde lagt om til et helt annet og mindre rasjonelt driftsopplegg når det gjaldt parallellarbeider på fundamentene for de to bruene. Men etter rettens syn ligger dette i seg

selv utenfor hva som kan kreves av "samarbeid" fra en entreprenørs side for å begrense skadevirkningene av et force majeure-tilfelle, jf kontrakten pkt 17. 3 første ledd siste setning. Og selv med en slik omlegging ville det i beste fall vært usikkert om man hadde klart å bli ferdig med stålkjernepelingen for bru A, som hastet mest, til ferien.

Et viktig spørsmål blir dermed om bergboringsentreprenørens planlagte ferie i tre uker kan danne grunnlag for ytterligere fristforlengelse. Den praktiske effekten av ferien er i Eeg-Henriksens beregning av fristforlengelsen ført opp med to uker. Bakgrunnen for reduksjonen fra tre til to uker er at bergboringsentreprenøren likevel, på tross av ferien, klarte å stille med én borerigg. Vegkontoret mener at ferien ikke kan tillegges betydning, både fordi det ikke var planlagt fellesferie på selve anlegget og fordi heller ikke bergboringsentreprenøren praktiserte noen alminnelig fellesferie i sin bedrift.

Lagmannsretten er kommet til at Eeg-Henriksen i dette tilfellet har krav på fristforlengelse på grunn av bergboringsentreprenørens ferie. Bergboringsentreprenøren var engasjert av Eeg-Henriksens underentreprenør for grunnarbeidene, Kynningsrud AS, og spørsmålet om Eeg-Henriksens krav på fristforlengelse i forhold til byggherren må i prinsippet avgjøres med utgangspunkt i bestemmelsen om kontraktsmedhjelpere i kontraktens pkt 17.2.3.

Lagmannsretten legger til grunn at bergboringsentreprenøren, i sitt forhold til Kynningsrud, hadde frist for ferdigstilling til utløpet av uke 28, da stålkjernepelingen i følge den opprinnelige framdriftsplanen skulle vært avsluttet i alle fire aksene. Også i dette forholdet må imidlertid flommen selvsagt ha gitt grunnlag for fristforlengelse, og dermed kommer den planlagte ferien hos bergboringsentreprenøren direkte inn i bildet. Hvis det hadde vært slik at bergboringsentreprenøren praktiserte fellesferie for alle sine mannskaper, ville ferieperioden etter hovedregelen klart kommet i tillegg til den forlengelsen selve flomhindringen i seg selv medførte. Retten er kommet til at det samme i utgangspunktet må gjelde her, hvor arbeidene var planlagt avsluttet til normal ferietid, og hvor mannskapene som var involvert i dette prosjektet faktisk også hadde planlagt ferie fra samme tidspunkt. Det forhold at bergboringsentreprenøren ikke stengte bedriften helt, og at han faktisk også maktet å stille ett arbeidslag som fortsatte driften på det aktuelle broprosjektet gjennom ferien, må imidlertid tas i betraktning ved vurderingen av hvilken betydning ferien skal tillegges.

Dette gjelder først og fremst i forholdet mellom bergboringsentreprenøren og Kynningsrud, men - via de ulike leddene i kontraktskjeden - også i forholdet mellom Eeg-Henriksen og vegkontoret. Siden effekten av ferien ble halvert ved at ett av de to lagene arbeidet, må det riktige her være å gi fristforlengelse med halvparten av ferieperioden, altså halvannen uke.

Ved at ferdigstillestidspunktet for bru A på denne måten i alle fall forskyves fra 15 desember til en gang etter jul, er det også nødvendig å gjøre tillegg for juleferien. Dette er partene i prinsippet enige om, og tvisten på dette punktet gjelder bare hvor mange dagers forlengelse Eeg-Henriksen har krav på som følge av juleferien. Også her er lagmannsretten kommet til at halvannen uke gir et rimelig uttrykk for effekten av juleferien. I tillegg til fridagene er det da tatt hensyn til at avslutningsfasen før ferien og oppstartfasen etterpå ikke gir full effekt.

Samlet sett gir disse elementene (selve flomavbruddet, bergboringsentreprenørens ferie og juleferien) grunnlag for en fristforlengelse på rundt 7 uker. Som nevnt har imidlertid Eeg-Henriksen i tillegg krevd fristforlengelse under henvisning til at flommen forskjøv deler av betongarbeidene inn i en periode med vanskeligere arbeidsforhold. Dels gjelder dette støpingen av selve brudekket, som egentlig skulle vært ferdig til ca 15 november, men som nå - hvis det ikke hadde vært for forseringen - ville kommet i desember/januar og dels gjelder det støpingen av sidedragerne, som ville kommet i januar/februar. Vegkontoret har til dette anført at en vesentlig del av betongarbeidene i alle fall skulle vært utført under ugunstige forhold (november/desember), og at effekten av forskyvingen derfor ikke er så stor. Det er i den forbindelse også vist til at temperaturen i begynnelsen av desember 1995 og gjennom mesteparten av januar 1996 ikke var særlig lav, og at man meget vel kunne støtt på tilsvarende forhold i november.

Til det siste bemerker lagmannsretten at kravet om fristforlengelse nødvendigvis måtte settes fram og tas stilling til på ettersommeren 1995, og at partene da ikke kunne basere seg på at forholdene i desember og januar ville bli relativt gunstige, årstiden tatt i betraktning. Hvilken effekt vinterforholdene faktisk kom til å få for framdriften, er derfor et forhold som er uten betydning for hvor lang fristforlengelse Eeg-Henriksen hadde krav på. Retten viser her til sine

innledende synspunkter om dette. Som nevnt innledningsvis må dessuten kravet om fristforlengelse i alle fall bero på enkelte skjønsmessige vurderinger. I særlig grad gjelder dette effekten av vinterarbeid.

Alt i alt er lagmannsretten kommet til at forskyvningen av de tunge betongarbeidene til en ugunstigere årstid bør gi grunnlag for 2-3 ukers ytterligere fristforlengelse. Dette bringer det "kontraktsmessige" ferdigstillestidspunktet for bru A til 16, alternativt 23 februar 1996. Under henvisning til rettens generelle syn på "finjustering" av krav på fristforlengelser av denne typen, innebærer det at Eeg-Henriksens krav om fristforlengelse for bru A til 21 februar bør anses rettmessig. Når vegkontoret på sin side ikke ville gi fristforlengelse lenger enn til 15 januar, er det dermed på det rene at Eeg-Henriksen i utgangspunktet var berettiget til å forsere sine arbeider med sikte på å få bru A ferdig til dette tidspunktet, og - mer vesentlig - til å kreve sine forseringsutgifter dekket av byggherren. Dette følger av kontraktens pkt 17.6, som - inkludert Statens vegvesens tillegg (annet ledd nedenfor) til den tilsvarende bestemmelsen i NS 3430 - lyder slik:

"Avslår byggherren et berettiget krav på fristforlengelse i henhold til 17.1 eller 17.2, har entreprenøren rett til å forsere arbeidet for byggherrens regning med mindre forseringsutgiftene vil bli uforholdsmessig store.

Forseringsutgifter utover beløp tilsvarende påløpt dagmulkt over samme tidsrom som forseringen, anses som uforholdsmessig store.

Før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles skriftlig med angivelse av hva forseringen antas å koste."

Problemstillingen her er om de faktiske forseringsutgiftene, som Eeg-Henriksen oppgir til ca 2,7 millioner kroner, må anses uforholdsmessige, og om dette i tilfelle innebærer at forseringen likevel må anses uberettiget.

Også på dette punktet er det viktig å holde fast ved at beslutningen om forsering må tas på et tidlig stadium, og at fasiten når det gjelder forseringsutgiftenes omfang først foreligger i ettertid. Om utgiftene i ettertid viser seg å bli "uforholdsmessig store", er det ikke dermed gitt at forseringen var uberettiget, og entreprenøren kan etter omstendighetene likevel ha krav på

dekning av sine omkostninger fullt ut. Forutsetningen må da blant annet være at beslutningen om å forsere ble truffet på et forsvarlig grunnlag. Og selv om man kommer til at entreprenøren burde forutsett at omkostningene ville bli uforholdsmessige, er det etter lagmannsrettens syn ikke slik at dette automatisk fører til at ethvert krav på dekning av meromkostninger faller bort. Så lenge entreprenøren må anses for å ha opptrådt lojalt i forbindelse med beslutningen om å forsere, og forseringen faktisk er gjennomført, må han likevel ha krav på å få dekket en andel av omkostningene ved forseringen. Lagmannsretten peker her dels på at forutsetningen for at forseringssituasjonen i det hele tatt skal oppstå, er at byggherren uberettiget har avslått et krav på fristforlengelse, dels på at forseringen er et tiltak entreprenøren går til hovedsakelig i egen interesse, for å beskytte seg mot risikoen for dagmulkt i tilfelle det skulle vise seg at det er byggherren som har rett i sin vurdering av om fristforlengelseskravet er berettiget.

I dette tilfellet er det ingen tvil om at kravet på 2,7 millioner kroner som Eeg-Henriksen gjør gjeldende som forseringsomkostninger, isolert bedømt må anses "uforholdsmessig". Dette gjelder uansett hvilken dagmulktsats man velger å operere med ved anvendelsen av kontraktens pkt 17.6 annet ledd; 50.000 eller 70.000 kroner pr dag. Etter lagmannsrettens syn er for øvrig den riktige satsen i denne forbindelse uten tvil 50.000 kroner. Det var dette som var dagmulktsatsen for bru A, og det var fristforlengelseskravet for bru A byggherren hadde avslått. At forseringen rent faktisk også kom bru B til gode, er uten betydning. Byggherren hadde ikke avslått kravet om fristforlengelse for bru B. Dermed er det heller ikke grunnlag for å trekke forhold vedrørende denne brua inn ved vurderingen av om forseringen av bru A må anses forholdsmessig.

Som nevnt foran innebærer ikke en faktisk overskridelse av den kontraktsmessige "uforholdsmessighetsterskelen" i seg selv at forseringen blir uberettiget eller at kravet må begrenses. Dette avhenger av hvordan situasjonen fortonte seg da beslutningen om å forsere ble truffet og av hva som er grunnen til at omkostningene senere ble høyere enn ventet. Her må imidlertid resultatet av overskridelsen, som i forhold til det opprinnelige anslaget er på rundt 100 %, bli at kravet begrenses. Lagmannsretten viser her særlig til at merkostnadene ved den metodeomleggingen som entreprenørens forseringsplan bygget på, ingeniørfaglig sett ikke

var spesielt vanskelig å kalkulere. I hvert fall gjelder det merkostnader i form av materialer og utstyr. Når sluttregningen viser at utgiftene bare til dette siste er blitt tilnærmet like høye som det opprinnelige anslaget for totalkostnadene uten at det er påvist noen spesiell grunn til at det ble slik, må svikten nødvendigvis tilskrives entreprenøren. Dermed må også hans krav reduseres til et rimelig nivå.

Ved fastleggingen av hvor dette nivået befinner seg, vil både entreprenørens faktiske merkostnader, det opprinnelig anslag over kostnadene og kontraktens regulering av hva som skal anses "uforholdsmessig" gi veiledning. På denne bakgrunn, og under henvisning til at avgjørelsen i denne situasjonen nødvendigvis må bli noe skjønnspreget, er lagmannsretten kommet til at Eeg-Henriksens krav på merkostnader i forbindelse med en forsering av ferdigstillelsen fra 21 februar til 15 januar, kan settes til 1.700.000 kroner.

Det siste, avgjørende hovedspørsmålet i saken blir etter dette betydningen av tvisten omkring ferdigstillelsen og de forhandlingene partene gjennomførte i den forbindelse.

Som nevnt tidligere fikk Eeg-Henriksen, av andre grunner, ytterligere to dagers fristutsettelse, slik at kontraktsmessig ferdigstillestidspunkt for bru A - etter vegkontorets oppfatning - til slutt var 17 januar 1996. Eeg-Henriksen meldte også brua klar for overtagelse innen fristen og innkalte til overtagelsesbefaring den 18. Hva som skjedde under denne overtagelsesforretningen er omtvistet partene imellom og tildels også uklart for retten. Det som imidlertid synes på det rene er at begge parter på forhånd kjente til at det var riss i betongen i brudekket, og at man var uenig om det lå innenfor entreprenørens kontraktsforpliktelser å utbedre rissene. Videre er det på det rene at brudekket, under befaringen, var dekket av snø og derfor ikke lot seg besiktige. Senere er det avklart at entreprenøren pliktet å utbedre rissene.

Når det gjelder de mer uklare sidene ved overtagelsesforretningen forklarte byggherrens representant under ankeforhandlingen at man, blant annet på grunn av forholdene vedrørende rissene, under befaringen ga uttrykk for at brua ikke ville bli overtatt slik den var. Videre forklarte han at det var meningen å skrive protokoll fra overtagelsesforretningen noen dager senere, når byggherren så hvordan entreprenøren håndterte saken. Entreprenørens

representant har forklart at entreprenøren under befaringen nok oppfattet at byggherren var misfornøyd, men ikke at han nektet å overta. Da det i løpet av dagen ikke kom noen protokoll fra byggherrens side, fant entreprenøren derfor grunn til å skrive protokoll selv, hvor han listet opp hvilke mangler som forelå med frister for utbedring. Denne protokollen, som konkluderte med at bru A var overtatt av byggherren med disse manglene, ble oversendt vegkontoret 19 januar. Vegkontoret protesterte da umiddelbart.

For lagmannsretten har partene gitt uttrykk for ulike oppfatninger med hensyn til om den manglende rissutbedringen representerte en vesentlig mangel, som i tilfelle kunne gitt vegkontoret grunnlag for å nekte å overta brua den 18 januar. Svaret er etter lagmannsrettens syn noe tvilsomt, men ikke avgjørende for saken. Dette har sammenheng med at retten - til tross for at den finner det sannsynliggjort at byggherrens representant under befaringen ga uttrykk for slik misnøye at entreprenøren kunne få inntrykk av at brua ikke ville bli overtatt - ikke kan legge til grunn at byggherren, på noen entydig og juridisk bindende måte, faktisk nektet å overta brua i forbindelse med overtagelsesforretningen. Retten peker her på at kontraktsverket for entrepriser legger opp til en sterkt formalisert prosess mellom byggherre og entreprenør, og at det i en rekke sammenhenger er krav om skriftlighet og klarhet. En nektelse av å overta et byggverk er en alvorlig avgjørelse som har betydning i flere retninger, og hvor behovet for klare linjer er særlig sterkt. Dette gjenspeiles også i kontraktens krav til innhold og form når det gjelder nettopp overtagelsesprotokoller, jf pkt 30.4. Av sammenhengen går det her også fram at protokollen skal settes opp der og da, jf bestemmelsen om at den skal "undertegnes av de parter som er til stede". Når derfor byggherren, verken under eller i umiddelbar tilknytning til befaringen, satte opp en protokoll som anga at bru A ble nektet overtatt, og når de manglene som forelå i hvert fall ikke var av en slik karakter at det klart forelå grunnlag for å nekte overtagelse, er det rettens oppfatning at brua må anses overtatt den dag den ble meldt ferdig til, altså 17 januar 1996. Derfor er det, etter lagmannsrettens syn, ikke grunnlag for å trekke inn i kravsberegningen verken spørsmål om fradrag for dagmulkt eller reduksjon av forseringskravet for manglende gjennomført forsering.

Mellom partene var imidlertid disse sidene av saken langt fra avklart i tiden etter den 18

januar 1996, og uenigheten om bru A var overtatt eller ikke førte til at prosjektet ble stående stille. For å komme i gang igjen gjennomførte partene likevel til slutt et møte den 30 januar 1996, hvor det blant annet ble avtalt hva som videre skulle gjøres. Det er protokollen fra dette møtet (Protokoll 1) og den senere oppfølgingen av denne som danner bakgrunnen for anførselen om at Eeg-Henriksen, på avtalemessig grunnlag, nå i alle fall er avskåret fra å kreve noe forseringsvederlag. Protokollen, som er utformet av partene i fellesskap, har slik ordlyd:

"Viser til pkt. 30.3 s C16 i kontrakten. På grunn av at brudekket ikke var ryddet for snø og is og at avforskaling ikke er foretatt under brudekket, er bru A ikke endelig besikket.

På dagens møte ble følgende mangler med frist for utbedring avtalt:

Brudekket (bru A) ferdigstilles med rissforsegling, gysing av staghull og jevnhet innen 13.2.96. Eeg-H. lager en oversikt som viser en inndeling av brua i områder med tilhørende datoer for utførelse. Byggherren følger opp og delgodkjenner brudekket.

Rydding av området som vist i vedlegg 1, rekkverk og riving av all reis unntatt mellom akse 2 og 4 har samme frist for ferdigstilling: 13.2.96. Reis mellom akse 2 og 4 skal være fjernet innen 26.2.96.

Jersey-stein for å lede anleggstrafikk over bru A og for å hindre utforkjøring ved tilløpsfylling på sydsiden av brua utføres av byggherren.

Ny frist for ferdigstilling er satt til 13.2.96. Fristen er mulktbelagt som beskrevet i kontrakten pkt. 6, s D3."

Henvisningen til kontrakten pkt. 6 gjelder den opprinnelige dagmulktklausulen for bru A på 50.000 kroner pr dag.

Den 14 februar ble det holdt ny befaring og satt opp en ny protokoll. Her heter det blant annet:

"Protokollen omfatter ferdigbefaring i henhold til "Kontraktsbestemmelsen" pkt. 30 av arbeider med tidsfrist 1996-02-13 fastsatt i Protokoll 1.

Arbeidene ble besikket og overtatt med følgende mangler:

1. ...
2. ...

- 3. ...
- 4. ...
- 5. ...
- 6. ...

Tidsfrist for utbedring av pkt. 1 - 5 er 1996-03-01. Pkt. 6 har tidsfrist 1996-05-15.

Neste tidsfrist er 1996-02-26. Det vil i forbindelse med den overtakelsesforretningen bli skrevet endelig overtakelsesprotokoll for hele bru A."

Den endelige overtagelsesforretningen ble, i samsvar med dette, holdt 27 februar 1996. Av protokollen fra denne, som er satt opp på Statens vegvesens standard protokollformular, går det blant annet fram at "Byggeobjektet [bru A] overtas fra dags dato". Vedrørende ferdigstillelsen heter det i protokollen følgende:

"Kontraktsmessig ferdigstillelse er: 1996-01-15.

Avtalt fristforlengelse, (kfr. pkt. C 17) er satt til: 1996-02-26 i følge Protokoll 1 datert 1996-01-30.

Dagmulkt beregnes ikke, da anlegget er ferdigstilt innen sluttfristen."

Alle de tre protokollene er undertegnet av representanter både for byggherren og entreprenøren.

Lagmannsretten forstår det slik at de av vegkontorets innvendinger som bygger på protokollene og hendelsesforløpet mellom 30 januar 1996 og den endelige overtagelsen 27 februar 1996, kan oppfattes på to, delvis overlappende, måter. Den ene anførselen går ut på at hele ordningen må ses på som en "pakkeløsning", hvor begge parter gir noe: Byggherren oppgir et omtvistet dagmulktkrav (basert på at kontraktsmessig ferdigstillestidspunkt for bru A var 17 januar 1996 og at brua verken kunne kreves eller ble overtatt ved overtagelsesforretningen dengang), og det selvfølgelig motstykket er da at entreprenøren oppgir sitt omtvistede krav på forseringsvederlag (basert på at byggherren urettmessig hadde avslått krav om fristforlengelse til 23 februar, og at bru A etter entreprenørens rettmessige forsering faktisk var i slik stand at den ikke kunne nektes overtatt pr 17 januar). Den andre anførselen går ut på at når entreprenøren i protokolls form 27 februar 1996 underskrev på at overtagelsen av bru A skjedde "dags dato", er dette bindende, også i forhold til kravet om forseringsvederlag. Og med en slik overtagelsesdato forsvinner automatisk grunnlaget for kravet, idet dette

nødvendigvis forutsetter at overtagelsen finner sted tidligere enn den "rettmessige" ferdigstillelsesfristen.

Lagmannsretten kan ikke se at noen av disse måtene å se saken på kan føre fram. For så vidt gjelder "pakkeløsnings-synspunktet" vil retten først peke på at det ikke er bevismessig dekning for at man, på byggherrens side, oppfattet forhandlingene og protokollen den 30 januar slik at Eeg-Henriksen oppga noe som helst. Tvert om har representantene for byggherren uttrykkelig bekreftet at spørsmålet om forseringsvederlaget overhodet ikke var oppe under disse forhandlingene, og at de ikke hadde inntrykk av at denne delen av saken fikk noen løsning gjennom møtet og det som ble protokollert. Ordlyden i protokollen trekker dessuten klart i retning av at man har søkt - og funnet - formuleringer som nettopp holder det åpent hvilken betydning overtagelsesforretningen den 17 januar skulle tillegges. Dette synes for øvrig også å ha vært en forutsetning for at man i det hele tatt skulle kunne komme ut av den fastlåste situasjonen partene hadde viklet seg inn i, hvilket igjen var det overordnede, praktiske formålet med møtet. Protokollen fra 30 januar gir derfor ikke grunnlag for å anse kravet om forseringsvederlag frafalt eller på annen måte bortfalt. Etter lagmannsrettens syn er det heller ikke noen slik naturlig sammenheng mellom byggherrens oppgivelse av sitt potensielle dagmulktkrav og entreprenørens krav om forseringsvederlag, at det er grunn til å vurdere anvendelse av avtaleloven § 36 i denne forbindelse.

Når det gjelder de rettslige konsekvenser av at protokollen fra 27 februar 1996 omhandler "overtagelse" av bru A og setter overtagelsestidspunktet til denne datoen, skal lagmannsretten bemerke: "Overtagelsen" av et byggeobjekt er av betydning i flere sammenhenger. I den situasjonen som oppsto etter den første overtagelsesforretningen 18 januar, var det nødvendig med en avklaring og opprydding. Grunnlaget for denne oppryddingen ble lagt gjennom avtalen 30 januar, hvor - som nevnt - de rettslige problemene i tilknytning til forseringsvederlagskravet så å si ble parkert på sidelinjen. Både "ferdigbefaringen" 14 februar og "overtagelsesbefaringen" 27 februar er uttrykk for en praktisk oppfølging av det som ble avtalt den 30 januar vedrørende ulike gjenstående arbeider som det uansett var nødvendig å få utført. I lys av dette, og spesielt i lys av sammenhengen med protokollen fra 30 januar, er det etter lagmannsrettens syn meget lite rimelig å tillegge ordbruken i de påfølgende protokollene

betydning i forhold til kravet om forseringsvederlag. Heller ikke denne anførselen gir derfor holdepunkt for å anse kravet om forseringsvederlag bortfalt.

Konklusjonen blir etter dette at Eeg-Henriksen delvis må få medhold i sin anke, ved at kravet om forseringsvederlag tas til følge med 1.700.000 kroner pluss renter.

Etter det resultatet lagmannsretten er kommet til, skal saksomkostningskravet for herredsretten avgjøres etter tvistemålsloven § 174 og for lagmannsretten etter § 180 annet ledd, jf § 174. Hovedregelen er da at hver part skal bære sine omkostninger. Her er det imidlertid flere forhold som tilsier at unntaksbestemmelsen i § 174 annet ledd bør komme til anvendelse. Særlig vil lagmannsretten peke på at vegkontoret ikke har vunnet mer enn det ville oppnådd ved å godta Eeg-Henriksens forlikstilbud forut for hovedforhandlingen i herredsretten. Dessuten synes klart de vesentligste omkostningene ved saken pådratt i tilknytning til tvistepunkter hvor vegkontoret har tapt, og hvor lagmannsretten heller ikke har vært i særlig tvil om løsningen. På denne bakgrunn er lagmannsretten kommet til at Eeg-Henriksen bør tilkjennes dekning for en betydelig andel av sine omkostninger for begge retter. Omkostningskravet utgjør 291.725 kroner for herredsretten (inkludert andel av utgiftene til meddommere) og 157.524 kroner for lagmannsretten. I tillegg kommer ankegebyret og utgiftene til fagkyndige meddommere for lagmannsretten. Lagmannsretten legger kravet til grunn, jf tvistemålsloven § 176. Samlet tilkjennes Eeg-Henriksen av dette 400.000 kroner til dekning av utgifter både for herredsretten og lagmannsretten.

Dommen er enstemmig.

S l u t n i n g:

1. Staten v/samferdselsdepartementet dømmes til å betale til NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS 1.700.000 - énmillionsjuhundretusen - kroner med tillegg av 12 % rente fra 15 februar 1996 til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for herredsretten og lagmannsretten betaler Staten v/samferdselsdepartementet til NCC Eeg-Henriksen Anlegg AS 400.000 - firehundretusen - kroner.
3. Oppfyllelsesfristen er 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Bernt Krohg

Fritz Borgenholt

Trond Christoffersen

Snorre Slapgård

Torjus Alten

Rett utskrift bekreftes.

For førstelagmannen: