Oslo tingrett
Via Aktørportalen

JURIDISK TILLEGGSUTDRAG
til
Oslo tingrett

Oslo, 02.10.2023

Vår ref.: 326672-001

Sak nr.: 22-165021TVI-TOSL/04

Saksøker 1:	Norges Naturvernforbund Mariboes gate 8, 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Asle Bjelland CMS Kluge Advokatfirma AS
Rettslig medhjelper:	Advokat Ina Ytterstad Bjørnrå CMS Kluge Advokatfirma AS
Saksøker 2:	Natur og Ungdom Torggata 34, 0183 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Amund Noss CMS Kluge Advokatfirma AS
Rettslig medhjelper:	Advokatfullmektig Sigurd Høines CMS Kluge Advokatfirma AS
Saksøkt:	Staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet Postboks 8013 Dep, 0030 Oslo
Saken gjelder:	Gyldigheten av offentlige tillatelser til deponering av gruveavfall i Førdefjorden

Innholdsfortegnelse

Lover

Domstolloven (1915) § 51 a 4

EØS-loven (1992) art. 34 6

Forarbeider

Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) s. 88-89 9

Rettsvagjørelser

Høyesterett

Rt. 1961 s. 910 12

HR-2022-1119-A 27

HR-2023-1807-A 38

Lagmannsrett

LB-2020-82571-2 51

LH-2022-141545 184

EU-domstolens praksis

Case C-346/14 199

Case C-535/18 214

Case C-525-20 240

Direktiver

DIRECTIVE 2001/42/EC 254

Andre internasjonale kilder

Bernkonvensjonen (1979). 262

Veiledere

Domstoladministrasjonen, Veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen (2018) 272

Juridisk litteratur

Arnesen mfl., Oversikt over EØS-retten (2022) s. 49 337

Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett (2022) s. 498-499. 359

Eriksen og Fredriksen, Norges europeiske forvaltningsrett (2019), punkt 6.7. 364

LOVDATA

Lov om domstolene (domstolloven) § 51a.

Dato	LOV-1915-08-13-5
Departement	Justis- og beredskapsdepartementet
Sist endret	LOV-2023-06-16-34 fra 01.10.2023
Ikrafttredelse	01.07.1927
Rettsområde	Sivil- og straffeprosess ► Domstolloven
Rettet	25.04.2022 (tegnsetting i lister tilpasset universell utforming)
Korttittel	Domstolloven – dl

2det kapitel. Almindelige bestemmelser om rettens domsmyndighet og om rettsanmodninger m.m.

§ 51a.

Når en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde med protokoller, vedlegg og de rettsakter vedleggene omhandler, kan den i samsvar med Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol artikkel 34 forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Rettens beslutning om at et tolkningsspørsmål skal eller ikke skal forelegges for EFTA-domstolen, kan ikke angripes ved anke.

Også domstoler som ikke er nevnt i §§ 1 og 2 første ledd har adgang til å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. Forliksrådene har ikke adgang til å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen.

LOVDATA

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Dato	LOV-1992-11-27-109
Departement	Utenriksdepartementet
Sist endret	LOV-2014-04-11-11 fra 12.04.2014
Ikrafttredelse	01.01.1994 samtidig med EØS-avtalen
Rettsområde	EU/EØS-rett
Rettet	28.04.2022 (tegnsetting i lister tilpasset universell utforming)
Korttittel	EØS-loven – EØSl

Innholdsfortegnelse

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 1
Innholdsfortegnelse 2
Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. 3
Del IV. EFTA-domstolen. 3

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

Del IV. EFTA-domstolen.

Art 34.

Det hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen.

Når et slikt spørsmål blir reist ved en domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.

En EFTA-stat kan i sin interne lovgivning begrense retten til å anmode om en rådgivende uttalelse til domstoler som etter den nasjonale lovgivning dømmer i siste instans.

Ot.prp.nr.11 (1979-1980) Om lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) Til § 2

Tittel	Ot.prp.nr.11 (1979–1980) Om lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven)
Kildedok	NOU 1977:11 Tiltak mot forurensningerNUT 1977:1 Utkast til lov om vern mot forurensing og om forsøpling med motiver – en utredning fra Miljøverndepartementet offentliggjort mai 1977
Dato	1979-09-28
Utgiver	Miljøverndepartementet
Antall sider	203
Korttittel	Ot.prp.nr.11 (1979–1980)

Kapittel 14 Departementets bemerkninger til de enkelte bestemmelser i lovutkastet

Kap. 1. Lovens formål og virkeområde

Til § 2

Bestemmelsen svarer til utredningens § 1

annet ledd, men er i forhold til denne endret på flere punkter. Den innebærer en videreføring av de prinsipielle drøftinger som er gjort i St. meld nr. 44 (1975-76) om tiltak mot forurensninger, særlig kapittel 3.

Bestemmelsen vil først og fremst tjene som en rettesnor for forurensningsmyndighetene i deres arbeid med saker etter loven. Men den har også adresse til de som driver virksomhet som omfattes av loven. Myndighetene skal fortrinnsvis avgjøre saker ut fra og i samsvar med de retningslinjer som nevnes i paragrafen. Bestemmelsen får videre betydning som tolkningsmoment ved de enkelte regler i loven.

Norges Industriforbund har foreslått at bestemmelsen sløyfes under henvisning til at den ikke har rettslig betydning. Departementet er enig i at § 2 ikke har noen stor rettslig betydning, selv om den blant annet klargjør at avgjørelse i samsvar med retningslinjene som utgangspunkt er lovmessige. En er likevel av den oppfatning at en del særlig sentrale prinsipper for forurensningspolitikken bør tas med i lovteksten for å få fram hvordan en ønsker å gjennomføre loven.

I forhold til utredningens § 1 annet ledd, har departementet ikke tatt med prinsippet om at forurenseren skal være erstatningsansvarlig for uunngåelige skader. I samsvar med det Industridepartementet fremhever, er Miljøverndepartementet enig i at lovfesting av et slikt prinsipp eventuelt passer best i et fremtidig kapittel 8 om forurensningserstatning. Ellers har departementet i forhold til utredningen foretatt en del utdypinger og språklige endringer og tatt med prinsippene i en litt annen rekkefølge.

Nummer 1, første punktum svarer med enkelte mindre språklige endringer til utredningens § 1 annet ledd nummer 1. I utredningen er det på s. 111 gitt en nærmere forklaring om bakgrunnen for dette punktet. Departementet vil tilføye at dette punkt inneholder to prinsipper. Det første er at en skal søke å løse forurensningsproblemene ved kilden ved å hindre at forurensning oppstår. Det annet er at en skal søke å hindre at forurensningstilstanden blir forverret og om mulig redusere forurensningene. Annet punktum gjentar det som står i § 1, nemlig at målet er å oppnå en tilfredsstillende (miljøkvalitet. I tråd med merknadene til § 1 er det også tatt med at ønsket mål for miljøkvaliitet må ta hensyn til en samlet vurdering av helse, velferd, naturmiljøet, kostnader forbundet med tiltakene og andre økonomiske forhold.

Nummer 2 svarer i hovedtrekk til utredningens § 1 annet ledd nummer 4 selv om prinsippet om å bruke arealplanlegging for å unngå forurensningsproblemer er gitt en annen formulering. Om bakgrunnen for dette prinsipp vises det til utredningen s. 111 og utredningens avsnitt 3.6 (s. 33.). I tillegg vises det til merknadene til § 12 i denne proposisjonen og til avsnitt 5.4.4 hvor forholdet mellom planlovgivningen og forurensningsloven er tatt opp mer generelt.

Nummer 3 første punktum var tidligere å finne i utredningens § 18 om vilkår for tillatelse til å forurense. Etter denne bestemmelse skulle det for ny virksomhet vanligvis settes som vilkår at best anvendbar teknologi eller produksjonsmåte skal anvendes for å motvirke forurensninger. NIVA, Norges Industriforbund, Finansdepartementet, Norges Tekniske Høgskole, Norske Sivilingeniørers forening, Norske Kommuners Sentralforbund og Industridepartementet har avgitt tildels omfattende uttalelser om § 18 annet ledd. Hovedinnholdet i uttalelsene er at besemmelsens utforming og plassering, hvis den blir tatt på ordet, kunne føre til anvendelse av mer kostbare løsninger enn det

forurensningssituasjonen skulle tilsi. Det blir videre fremhevet, særlig av NIVA, at prinsippet ikke er i samsvar med det en har lagt opp til i St. meld. nr. 107 (1974-75) om en landsplan for bruken av vannressursene, og den praksis som følges når det gjelder sanering av kloakkutslipp og rensekrav til ny bebyggelse.

D e p a r t e m e n t e t er til dels enig i den kritikken som er fremført. I St. meld. nr. 44 (1975-76) om tiltak mot forurensninger, er prinsippet om best anvendbar teknologi utdypet i avsnitt 3.27 (s.35). Selv om forurensningsmyndighetene ved fastsetting av vilkår for den enkelte forurensningskilde skal ta utgangspunkt i såkalt best anvendbar teknologi, blir det alltid foretatt en vurdering av resipienten og fremtidig bruk av den, samt kostnadene ved rensetiltak, før de endelige krav fastsettes. For eksisterende forurensningskilder har det vært gjort en rekke unntak fra prinsippet om best anvendbar teknologi, og også for nye kilder kan det alt etter omstendighetene være riktig å gjøre unntak fra utgangspunktet. I lys av at prinsippet kun er ment å være et utgangspunkt for arbeidet etter forurensningsloven, har departementet kommet til at det er riktig å få bedre fram at en ikke står overfor en bindende rettsregel, men en veiledende retningslinje. Departementet mener derfor at utredningens § 18 annet ledd bør inngå i § 2. Retningslinjen er derfor omformulert for å få fram at det ikke nødvendigvis skal stilles krav om at forurensningene skal reduseres så langt som teknisk mulig, men at det er den teknologi som at fra en samlet vurdering av

teknologi, miljøhensyn og økonomi, som i utgangspunktet skal anvendes.

Nummer 4 var ikke med i utredningens § 1 annet ledd, men var i noe annen utforming gjengitt i § 32 som definerte hva som menes med avfall og som uttrykte prinsipper for avfallsbehandling. O s l o k o m m u n e slutter seg til prinsippet om at avfall fortrinnsvis bør gjenvinnes. N o r g e s I n d u s t r i f o r b u n d fremhever at gjenvinning av avfall reiser en rekke tekniske og økonomiske spørsmål som ikke er utredet. Uttalelsen fra N o r g e s T e k n i s k e H ø g s k o l e går i samme retning, samtidig som det reises spørsmål om en slik prinsipperklæring bør med i loven. N o r s k e S i v i l i n g e n i ø r e r s F o r e n i n g er av den oppfatning at pålegg om gjenvinning etter forurensningsloven bare bør gis hvor det er nødvendig for å løse forurensningsspørsmål.

Etter d e p a r t e m e n t e t s syn er det både ut fra forurensnings- og ressurshensyn ønskelig med gjenvinning av avfall. Hvor langt en bør gå i denne retning må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle og på grunnlag av tekniske, økonomiske og ressursmesige vurderinger. På bakgrunn av at en står overfor en retningslinje, og ikke noen bindende rettsregel, har departementet kommet til at prinsippet bør gå fram av § 2, og ikke tas med i avfallskapittelet. På bakgrunn av at en ennå i mange år fremover må regne med at gjenvinning av avfall bare vil finne sted i begrenset utstrekning, har departementet endret formuleringen i bestemmelsen slik at det går fram at det viktigste er å unngå at avfall fører til skade og ulempe. Gjenvinning nevnes som en måte å løse avfallsproblemer på som under visse forutsetninger er berettiget.

Nummer 5 svarer til utredningens § 1 annet ledd nummer 2 og gir uttrykk for prinsippet om at forurenseren skal betale, som er et anerkjent internasjonalt prinsipp som OECD har fastsatt i rekommendasjonsform. Departementet antar at dette prinsippet også bør gjelde hvem som skal betale for håndtering av avfall, og har i motsetning til det som gikk fram av utredningen, tatt med en bestemmelse om dette.

Nummer 6 svarer til utredningens § 1 annet ledd punkt 5 og er i samsvar med OECDs rekommendasjon om grenseoverskridende forurensninger. I forhold til utredningen har en utvidet prinsippet til også å gjelde avfall. Dette har først og fremst aktualitet i forbindelse med avfall fra skip som imidlertid i første rekke vil bli regulert i medhold av nye regler i sjødyktighetsloven. Uttrykket «norsk område» omfatter både norsk territorium og virksomhet underlagt norsk jurisdiksjon, noe som er særlig aktuelt for så vidt gjelder virksomheten på kontinentalsokkelen.

LOVDATA

Høyesterett - dom - Rt-1961-910.

Instans	Høyesterett – dom
Dato	1961-09-08
Publisert	Rt-1961-910.
Stikkord	Skjønnsloven – Kap. 2. Ekspropriasjon. – Administrative forføyninger i sin alminnelighet.
Sammendrag	I medhold av § 15 og § 16 i jordloven av 22. juni 1928 fikk en kommune ved kgl.res. samtykke til å kreve tvungen avståelse av et areal på ca 8000 mål skog m.v. fra et skogbruksselskap. Resolusjonen ble kjent ugyldig, da saksbehandlingen på flere punkter var mangelfull. Det ble ikke tatt stilling til om de enkelte mangler hver for seg var tilstrekkelige til å gjøre ekspropriasjonsvedtaket ugyldig. Men sett under ett, måtte de føre til den konklusjon at saksbehandlingen ikke hadde vært forsvarlig.
Saksgang	L.nr. 95 B/1961
Parter	Staten v/Landbruksdepartementet (regjeringsadvokat Henning Bødtker v/høyesterettsadvokat Erik Willoch), hjelpeintervenient: Modum kommune v/ordføreren (høyesterettsadvokat Trond Buttingsrud) mot Aktieselskabet Børresen (overrettssakfører Anders Østbye – til prøve).
Forfatter	Endresen, Bendiksby, Gaarder, Roll Matthiesen og Skau.

Dommer Endresen: Ved kongelig resolusjon av 18. mars 1955 fikk Modum kommune i medhold av §§ 15 og 16 i lov om ordning av visse jordspørsmål m.v. av 22. juni 1928 samtykke til å kreve tvungen avståelse av et areal, Glitrehagen i Modum, som består av ca. 8 000 mål skog m.v. Eieren av arealet, Aktieselskabet Børresen, som mente at Landbruksdepartementets behandling av saken hadde vært mangelfull, reiste i juni 1955 sak mot Staten v/Landbruksdepartementet for å få resolusjonen kjent ugyldig.

Side 911

Eiker, Modum og Sigdal herredsrett, som var satt med fagkyndige domsmenn, avsa 27. august 1957 dom i saken med denne domsslutning:

«Staten ved Landbruksdepartementet frifinnes.

Saksomkostninger tilkjennes ikke.»

Aktieselskabet Børresen påanket dommen til Eidsivating lagmannsrett. Lagmannsretten som var satt med 2 fagkyndige domsmenn, avsa 11. juni 1959 dom med denne domsslutning:

«1. Kongelig resolusjon av 18. mars 1955 hvorved det i medhold av §§ 15 og 16 i lov om ordning av visse jordspørsmål m.v. av 2. juni 1928 ble gitt samtykke til at Modum kommune krever tvungen avståelse av Glitrehagen med plasser, dyrkningsjord og skog – i alt ca. 8 000 dekar – i Modum, kjennes ugyldig.

2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.»

Lagmannsrettens dom er avsagt under dissens, idet en av de juridiske dommere stemte for stadfestelse av herredsrettens dom.

Staten v/Landbruksdepartementet har påanket dommen til Høyesterett og har for Høyesterett nedlagt slik påstand:

«Staten v/Landbruksdepartementet frifinnes og tilkjennes saksomkostninger for alle retter.»

Modum kommune, som for herredsretten og lagmannsretten opptrådte som hjelpeintervenient til støtte for staten, har også for Høyesterett erklært slik hjelpeintervensjon og har nedlagt denne påstand:

«Modum kommune tilkjennes saksomkostninger for alle retter.»

Aktieselskabet Børresen har tatt til gjenmæle og har for Høyesterett nedlagt slik påstand:

«Eidsivating lagmannsretts dom stadfestes, dog således at Aktieselskabet Børresen tilkjennes saksomkostninger for alle retter.»

Om saksforholdet og partenes anførsler vises til herredsrettens og lagmannsrettens domsgrunner samt til mine bemerkninger i det følgende.

Til bruk for Høyesterett er det i dagene 20., 28. og 29. juni samt 10., 11. og 12. november 1960 og 17. februar 1961 holdt bevisopptak ved Oslo byrett til avhør av byråsjef Torkjel Nesheim, disponent Johan Sveaas og daværende ordfører i Modum Andreas Knive som partsrepresentanter og 12 vitner, hvorav 3 nye for Høyesterett. Det er fremlagt en del nye dokumenter for Høyesterett som jeg ikke finner grunn til å gjøre nærmere rede for.

Jeg er kommet til det samme resultat som lagmannsrettens flertall, men på et noe annet grunnlag.

Jeg finner innledningsvis grunn til å nevne at den ordning den nå opphevede jordlov av 1928 opprinnelig fastsatte i § 22 – hvoretter et skjønn i visse henseender skulle kunne etterprøve om lovens vilkår for en meddelt ekspropriasjonstillatelse forelå – ble ophevet ved endringslov av 28. juli 1949. Etter denne endring skulle Kongen avgjøre om betingelsene for avståelse var til stede,

Side 912

hvor disse grunnet seg på en skjønnsmessig bedømmelse av forhold som angikk fast eiendom, herunder jord, skog og andre jordbruksherligheter, eller som angikk eiendommens drift. Når det etter denne endring tillå Kongen med endelig virkning – uten etterfølgende skjønn eller domstolskontroll – å avgjøre om lovens skjønnsmessige betingelser for meddelelse av ekspropriasjonstillatelse var til stede, måtte det ansees å være av særlig betydning at vurderingen skjedde på et fullstendig og riktig faktisk grunnlag – både slik at tilstrekkelige

opplysninger var innhentet på forhånd, at de innhentede opplysninger var riktige, og at de administrative myndigheter om nødvendig hadde innhentet faglige uttalelser til veiledning ved de skjønnsmessige vurderinger.

Aktieselskabet Børresen har gjort gjeldende at det hefter mangler ved den i saken omhandlede resolusjon i alle disse henseender. Spesielt har ankemotparten trukket frem som en avgjørende feil ved saksbehandlingen, at uttalelser ikke har vært innhentet fra faglige instanser som fylkeslandbruksstyret, fylkesskogrådet og skogdirektøren. Til dette har det fra statens side vært anført at uttalelser fra faglige instanser i dette tilfelle måtte ansees upåkrevet, fordi det dreiet seg om en rent jordpolitisk vurdering av hvorvidt det samfunnsmessig sett var mer fordelaktig at den avståtte eiendom skulle tilhøre Modum kommune enn at den skulle tilhøre Aktieselskabet Børresen, og ved en slik vurdering har uttalelser fra landbruksfaglig hold ikke noen plass. I tilknytning til at ankemotparten gjennom sakkyndige undersøkelser og erklæringer har søkt underbygget sin kritikk over at uttalelser fra faglig hold ikke er innhentet for så vidt angår jordbruksmulighetene i Glitrehagen, er det fra statens side også gjort gjeldende at slike uttalelser var overflødige, fordi jordbruksmulighetene tatt for seg ikke hadde vært motiverende ved ekspropriasjonsvedtaket: det vesentlige hadde vært skogen, og man hadde under saksforberedelsen i departementet også regnet med den mulighet at området overhodet ikke ville bli utnyttet til jordbruksformål.

Hva den sistnevnte anførsel angår, nevner jeg at det – bortsett fra utsagn fra administrasjonens folk – ikke foreligger holdepunkt for å anta at ikke jordbruksmulighetene i Glitrehagen er tillagt vesentlig betydning ved avgjørelsen av ekspropriasjonssaken. I tilrådingen til resolusjonen av 18. mars 1955 er avfolkningen av plassene i Glitrehagen og mulighetene for å gjenoppta bruken av dyrket og dyrkbar jord i området gitt bred plass, og det fremgår også av tilrådingen at dette hensyn har vært sterkt fremme i jordstyrets og kommunens motivering av søknaden om ekspropriasjonstillatelse. Departementet gir i sin tilråding uttrykk for at området hverken ligger så avsides eller så høyt at det ikke skulle kunne drives vanlig jordbruk; når forholdene blir endret slik at brukerne kan bli selveiere og det kommer vei, skulle forholdene etter departementets mening ligge til rette for jordbruk i området. Departementet holder imidlertid åpent spørsmålet om man skal ta sikte på fast bosetting, men uttaler at god

dyrket og dyrkbar jord bør brukes, og peker i denne forbindelse på at fellesseter for småbruk vil være nærliggende. Om man i departementet under forberedelsen av saken har regnet med som et alternativ at jordbruksmulighetene overhodet ikke ville bli utnyttet, fordi de måtte stå tilbake for områdets utnyttelse til skogsdrift, er dette i det hele ikke kommet til uttrykk i tilrådingen som har dannet grunnlag for vedtaket i statsråd. Jeg antar under disse omstendigheter at den motivering som tilrådingen gir uttrykk for med hensyn til Glitrehagens utnyttelse til jordbruk, må legges til grunn.

Det er på det rene at lovens krav i § 23 om innhentelse av uttalelser fra eieren av den eiendom som ønskes avstått, samt fra jordstyre og herredstyre, er overholdt. Det følger imidlertid av alminnelige forvaltningsrettslige grunnsetninger at forvaltningsmyndighetene har en selvstendig plikt til å sørge for, at et forvaltningsvedtak treffes på riktig og fyldestgjørende grunnlag, og i tilfelle plikter å foreta de undersøkelser som etter sakens art ansees nødvendige for å tilveiebringe et slikt grunnlag. I dette tilfelle hadde Aktieselskabet Børresen gjennom høyesterettsadvokat Heyerdahls brev av 30. desember 1954 gjort gjeldende en rekke innvendinger av jordbruks- og skogbruksmessig art mot Modum kommunes ekspropriasjonsplaner, og anmodet om at saken – foruten for skogdirektøren – måtte bli forelagt for fylkeslandbruksstyret og fylkesskogrådet til fagkyndig gransking og vurdering. Det er under rettssaken fra ankemotpartens side lagt frem flere sakkyndige utredninger støttet av vitneprov som munner ut i, at de områder som tidligere hadde vært brukt til jordbruk i Glitrehagen, etter forholdene nå fra et drifts- og samfunnsøkonomisk synspunkt er lite egnet for utnyttelse til jordbruksformål. Herredsretten med fagkyndige domsmenn har etter befaring uttalt i sin dom, at departementet i sitt foredrag synes å legge større vekt på de jordbruksmessige muligheter enn en faglig vurdering tilsier, og lagmannsrettens flertall – hvoriblant de fagkyndige domsmenn – er etter befaring kommet til at det syn på jordbruksmulighetene som avståelsessaken bygger på, er urealistisk. Selv om det fra statens side er fremlagt en sakkyndig erklæring som bestrider holdbarbeten av de synsmåter som er lagt til grunn i de utredninger ankemotparten har skaffet til veie, ville jeg – om standpunkt måtte tas – ha vanskelig for å finne grunnlag for å fravike herredsrettens og lagmannsrettens vurdering. Jeg skal imidlertid ikke ta stilling til disse spørsmål; jeg nevner bare de førstnevnte sakkyndiges syn og de tidligere retters standpunkt som en bekreftelse på, at forholdene i den foreliggende sak – hvor det forelå motstridende oppfatninger – tilsa at Aktieselskabet Børresens oppfordring om å forelegge saken for fagkyndige instanser, burde vært imøtekommet.

Det var så meget større grunn til dette som det under behandlingen av førnevnte lovendring i 1949 uttrykkelig ble presisert, at når Kongen på dette område skulle få endelig beslutningsmyndighet, måtte veiledende uttalelser fra faglige instanser i fornøden

Side 914

utstrekning innhentes før Kongens avgjørelse ble truffet. I Ot.prp. nr. 81 (1949) sies det således uttrykkelig på side 4-5: «Det er – – departementets forutsetning at særlig vanskelige og tvilsomme saker ikke skal avgjøres før de er fullt faglig utredet.» Jeg kan for mitt vedkommende ikke se det annerledes enn at denne sak etter de påberopte utnyttelsesmuligheter og Glitrehagens betydning for ankemotparten, måtte ansees som både særlig vanskelig og tvilsom. At faglige instanser skulle høres før avgjørelsen ble truffet, ble sterkt presisert både i Landbrukskomitéens innstilling og av forskjellige stortingsrepresentanter under debatten i Odelsting og Lagting, og gir etter min oppfatning uttrykk for hvilke krav det etter Stortingets mening i alminnelighet måtte stilles til en forsvarlig saksbehandling i disse saker.

En særlig grunn for å forelegge saken for fylkets faglige instanser var det også, at Modum jordstyre var initiativtager til ekspropriasjonssøknaden og hadde opptrådt på kommunens vegne overfor Aktieselskabet Børresen; dette kunne gi skjellig grunn til tvil om jordstyret sto uhildet i saken. Etter Tilråding I fra Jordlovkomitéen av 1947 (side 26 annen sp.) var det nettopp det forhold, at lokale og personlige hensyn hos medlemmer av herredstyre og jordstyre ofte veier så meget at det går ut over den faglige og driftsøkonomiske vurdering, som bevirket at komitéen fremmet forslag som resulterte i at den nye jordlov – som ble sanksjonert 18. mars 1955, samme dag som den i saken omhandlede resolusjon – i § 25 fikk bestemmelse om at ekspropriasjon i alminnelighet skal avgjøres av Kongen «etter framlegg frå fylkeslandbruksstyret». Etter den nye lov er behandling i fylkeslandbruksstyret således kommet inn som et ordinært ledd i saksbehandlingen. Jeg nevner for øvrig at loven av 1955 i § 29 også har en bestemmelse om, at tileigning av skog etter loven som regel bare må skje, når dette etter en driftsøkonomisk vurdering er den mest samfunnsgagnlige måte å nytte jord og skog på – en vurdering som neppe kan foretas uten at uttalelser fra skogbrukskyndige instanser har vært innhentet. Som en bekreftelse på betydningen av at faglige instanser får anledning til å uttale seg, nevner jeg også – skjønt det ikke direkte berører saksbehandlingen i 1955 – at loven om oreiging av fast eigedom av 23. oktober 1959 i § 12 første ledd har en bestemmelse om, at en ekspropriasjonssak i alminnelighet skal forelegges til uttalelse bl.a. for fylkeslandbruksstyret og fylkesskogrådet når den angår interesser som hører under slike organer; bestemmelsen har etter lovens § 30 nr. 35 også anvendelse på saker etter jordloven av 1955.

Det er ikke opplyst noe i saken som viser at det hastet med å få den avgjort; tidsnød er ikke påberopt som begrunnelse for at innhentelse av faglige uttalelser ble unnlatt. Departementet sendte heller ikke Aktieselskabet Børresen meddelelse om at man ikke fant å kunne etterkomme anmodningen om innhentelse av uttalelser fra faglige instanser; selskapet hørte etterat anmodningen var fremsatt, overhodet intet før resolusjonen forelå. Hadde selskapet fått meddelelse som nevnt, ville det hatt mulighet for selv å

Side 915

kunne søke skaffet til veie sakkyndige uttalelser før avgjørelsen ble truffet.

Jeg er således kommet til at det var en feil at saken ikke ble forelagt til uttalelse for faglige instanser. Det fritok etter min mening ikke for plikten til å innhente slike uttalelser om saken ble avgjort etter jordpolitiske vurderinger; også i så fall var det grunn til å innhente opplysning om og la inngå i overveielsene hva en ekspropriasjon etter faglig vurdering ville innebære.

Ankemotparten har videre gjort gjeldende at resolusjonen – foruten når det gjelder jordbruksmulighetene – også hviler på andre uriktige faktiske forutsetninger. De opplysninger som tilrådingen gir om jordviddene og mulighetene for nye bruk, blir misvisende på bakgrunn av at Glitrehagen – på tross av at området var tatt med i jordregisteret fra 1936 – ikke er oppført i den «Gransking av jordbrukets utviklingsmuligheter i Buskerud» som ble foretatt av Buskerud landbruksselskap i 1952, – hverken under oppgaven over dyrkningsjord på større felt (bureisingsfelt) eller i den herredsvise oppgave over dyrkbar jord egnet til dyrking til beite og slått. Gjengivelsen av Modum skogråds uttalelse om at arronderingen etter en avståelse vil bli hensiktsmessig for begge parter, er etter ankemotpartens mening egnet til å villede; at arronderingen ville bli hensiktsmessig rent geografisk kan så være, men det som er av betydning i denne forbindelse, er at den driftsmessige arrondering blir lite hensiktsmessig for ankemotparten. Jeg må gi ankemotparten medhold i hva selskapet her har anført, men finner ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt dette i seg selv kan være grunnlag for å kjenne ekspropriasjonsvedtaket ugyldig; jeg nevner bare forholdet her fordi det dreier seg om mistak, som trolig ville blitt beriktiget om uttalelser fra faglige instanser på forhånd var blitt innhentet.

Videre har ankemotparten gjort gjeldende at saksforholdet på mange punkter har vært utilstrekkelig opplyst. I høyesterettsadvokat Heyerdahls brev til Landbruksdepartementet av 30. desember 1954 er det således nevnt, at Drammen og Lier har vist stor interesse for Glitrevann som reservoar for vannverk. Etter de opplysninger som foreligger for Høyesterett, synes mulighetene for at Glitrevann innen 10-20 år vil bli krevet avstått til dette formål å være så vidt store, at det er et forhold som må tas i betraktning ved vurderingen av om jordbruksmulighetene i Glitrehagen med fordel kan utnyttes. Etter de foreliggende opplysninger synes de restriksjoner som et slikt vannverk nødvendiggjør riktignok å være forholdsvis beskjedne; det naturlige hadde imidlertid – når vannverkspørsmålet først var reist for departementet – vært at departementet hadde søkt nærmere opplysninger om planene og latt disse inngå i de faglige instansers vurderinger.

Heller ikke synes det å være innhentet opplysninger om behovet – det aktuelle eller mulig fremtidige – blant bygdefolk for jord til jordbruk eller beite på et sted som Glitrehagen, eller om behov blant skogløse som kan anføres for at området avståes

Side 916

til kommuneskog. I Modum skogråds uttalelse av 10. september 1954 er opplyst, at tømmeravvirkningen i kommunens skog – som utgjør ca. 250 mål – for det alt vesentlige blir solgt til treforedlingsbedrifter, en opplysning som ikke tyder på at behovet for å skaffe skog til skogløse er så stort.

Dertil kommer at ordfører Andreas Knive under bevisopptaket har uttalt at det tømmeret som i tilfelle av ekspropriasjon vil bli drevet fra Glitrehagen til Åmot, antagelig av kommunen ville bli solgt på det åpne marked til treforedlingsbedrifter. I forbindelse med dette er det fra statens side gjort gjeldende, at det etter loven – ved siden av det formål å skaffe skog til skogløse bruk – er adgang til å ta og i denne sak også er blitt tatt hensyn til kommunale behov av annen art, således behovet for Modum til å ha skogområder hvor kommunen under mulig arbeidsledighet i fremtiden kan beskjeftige arbeidsløse, og behovet for å kunne styrke kommunens økonomi gjennom skogsdrift. Jeg finner ikke her grunn til å ta stilling til spørsmålet om jordloven av 1928 ga hjemmel for ekspropriasjon til slike formål. Heller ikke finner jeg grunn til å drøfte spørsmålet om det kan tillegges betydning at disse formål – om de som påstått har vært tillagt vesentlig vekt ved motiveringen – overhodet ikke er nevnt i departementets tilråding. Jeg nevner bare at unnlatelsen av å ta dette med i tilrådingen skaper usikkerhet i spørsmålet om, hvorvidt statsrådets medlemmer – som skal ta stilling til om lovens betingelser for meddelelse av ekspropriasjonstillatelse foreligger – har hatt kjennskap til alle relevante omstendigheter; likeledes vil en slik fremgangsmåte være betenkelig sett fra et rettssikkerhetssynspunkt, idet ekspropriaten – så lenge han ikke har fått kjennskap til de formål som skal tilgodesees ved en ekspropriasjon – kan betas adgangen til å få prøvet ved domstolene spørsmålet om loven gir hjemmel for ekspropriasjon til slike formål. Jeg vil imidlertid peke på at om det har foreligget formål av kommunal art som nevnt, så er heller ikke de behov som i denne henseende måtte foreligge, og dermed de fordeler som oppnåes, nærmere belyst. Det ville i tilfelle dreie seg om opplysninger av en helt annen art enn vanlig – bl.a. om næringsstruktur og økonomi i kommunen –, og på ulempesiden ville det være naturlig ikke bare å se hen til Aktieselskabet Børresen, men også til Lier kommune hvor Tronstad Brug, som berøves tømmertilgangen fra Glitrehagen, ligger.

Jeg har hittil fortrinsvis behandlet spørsmålet om det foreligger forsvarlig saksbehandling når det gjelder tilveiebringelsen av grunnlaget for en vurdering av de fordeler en ekspropriasjon vil føre med seg. Men også når det gjelder ulempesiden kan det reises innvendinger mot saksbehandlingen. Det gjelder her ulemper for Aktieselskabet Børresen ved at Tronstad Brug, som i realiteten eies av ankemotparten, mister tømmertilgangen fra ankemotpartens beste skogareal, ved at utgifter til veianlegg og vedlikehold samt administrasjonsomkostninger må fordeles over en mindre tømmermengde, samt andre ulemper som høyesteretts

Side 917

advokat Heyerdahl i sitt brev av 30. desember 1954 etter knapp frist har gitt oversikt over. Det kan vel sies at heller ikke disse ulemper har vært så fyldig belyst som påkrevet når det gjelder et så vesentlig inngrep i det eiendomskompleks ankemotparten innehar, og at det også for så vidt måtte ansees riktig å innhente uttalelser fra faglige instanser. Mer enn en oversikt – som begrunnelse for at uttalelser fra faglig hold også her måtte innhentes og med forbehold om å gi faginstansene ytterligere opplysninger – tilsiktet ankemotparten ikke gitt med nevnte brev. I denne forbindelse nevner jeg at en søknad om ekspropriasjonstillatelse etter § 22 annet ledd i jordloven av 1928 skulle avslåes dersom det gjaldt avståelse av en del av et hele, og Kongen fant at «fraskillelsen ville medføre uforholdsmessig skade eller ulempe for det gjenværende eller dets drift eller for en mer hensiktsmessig deling eller for annen økonomisk virksomhet som eieren driver». Høyesterettsadvokat

Heyerdahl har pekt på bestemmelsen i sitt brev av 30. desember 1954, og spørsmålet om den stillet seg til hinder for ekspropriasjon, måtte nødvendigvis inngå i vurderingen av hvorvidt ekspropriasjon skulle tillates. Det kan imidlertid ikke sees at spørsmålet har vært gjenstand for overveielse, og heller ikke er det gjort forsøk på å skaffe til veie de ganske utførlige opplysninger om ulemper en ekspropriasjon ville påføre Aktieselskabet Børresen og Tronstad Brug, som etter min mening måtte skaffes til veie før stilling kunne tas til om vilkårene for å gi ekspropriasjonstillatelse forelå etter § 22 annet ledd.

Jeg tar ikke stilling til hvorvidt de enkelte mangler ved saksbehandlingen som jeg har påpekt, tatt hver for seg ville være tilstrekkelige til å gjøre ekspropriasjonsvedtaket ugyldig. Det er nok for meg å konstatere at de sett under ett etter min mening fører til den konklusjon, at det nødvendige grunnlag for på forsvarlig måte å kunne utøve myndigheten til å gi ekspropriasjonstillatelse etter jordloven av 1928 i dette tilfelle ikke har foreligget. Jeg er ikke i tvil om at dette kan ha hatt betydning for avgjørelsens innhold, og finner at den kongelige resolusjon på dette grunnlag må kjennes ugyldig.

Etter resultatet antar jeg at Aktieselskabet Børresen må tilkjennes omkostninger for alle retter. Ved fastsettelsen av saksomkostningene har jeg lagt til grunn et lavere utgiftsbeløp enn hva ankemotparten har oppgitt, idet jeg ikke finner at samtlige utgifter har vært nødvendige til avgjørelsen av denne sak. Jeg finner ikke grunn til å pålegge Modum kommune å bære noen av saksomkostningene.

Jeg stemmer for denne

dom:

1. *Lagmannsrettens dom stadfestes for så vidt angår domsslutningens punkt 1.*
2. *I saksomkostninger betaler Staten v/Landbruksdepartementet til Aktieselskabet Børresen 40 000 – førti tusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av Høyesteretts dom.*

Dommer Bendiksby: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Dommerne Gaarder, Roll Matthiesen og Skau: Likeså.

Av herredsrettens dom (sorenskriver Bj. Rognlien med fagkyndige domsmenn Odd Hoem og Trygve Tønsager):

– – –

Av saksfremstillingen i stevningen ved advokat Jens P. Heyerdahl jr., hitsettes følgende:

«1. A/S Børresen eier sammenhengende skoger med ca. 107 000 da. produktivt areal i Lier, Nedre Eiker, Øvre Eiker og Modum herreder. Selskapet eier også tresliperiet Tronstad Brug i Lier. Driften av dette bruk er vesentlig basert på tømmer fra selskapets egne skoger.

Våren 1953 tok Modum jordstyre opp med Modum formannskap spørsmålet om å erverve en del av A/S Børresens skog i Modum med sikte på dels å reise nye jordbruk der, dels å skaffe husbruksskog til skogløse bruk i bygden og å anlegge fellesbeiter på dyrket og dyrkbar jord, samt å sikre friluftsarealer for bygdens folk. Den skog det gjaldt var den såkalte Glitrehagen på ca. 8 000 da. Den ligger i Finnemarka, nord og vest for Glitrevann.

Modum formannskap besluttet å gjøre henvendelse til A/S Børresen om selskapet var villig til å selge skogen til kommunen. Selskapet ønsket imidlertid ikke å selge.

Høsten 1953 ba formannskapet jordstyret om bistand til å erverve Glitrehagen. I januar 1954 henvendte så jordstyret seg til A/S Børresen for å høre om det var mulighet for en frivillig ordning. Selskapet svarte som sist, at det ikke var interessert i å selge skog.

I august 1954 foretok jordstyret befaring av Glitrehagen. Representanter for kommunen og A/S Børresen deltok. Etter befaringen traff jordstyret beslutning om å anbefale, at Glitrehagen avståes til Modum kommune etter jordlovens § 16 til formål som nevnt.

Saken ble deretter forelagt Modum skogråd som etter befaring av skogen avga uttalelse. Den er formet som svar på en rekke spørsmål inntatt i et generelt rundskriv av 19. november 1953 fra skogdirektøren.

I møte 12. oktober 1954 fattet Modum herredstyre denne beslutning, med 24 mot 9 stemmer:

«Herredsstyret slutter seg til jordstyrets uttalelse og søker departementet om tvungen avståelse av ca. 8 000 mål skog som tilhører A/S Børresen.

Finansieringsplan blir å framlegge når departementets samtykke til avståelsen foreligger og takst er avholdt.»

Etter foredrag av Landbruksdepartementet ble det ved kgl. resolusjon av 18. mars 1955 bestemt:

«I medhold av §§ 15 og 16 i lov om ordning av visse jordspørsmål m.v. av 22. juni 1928 gis det samtykke til at Modum kommune krever tvungen avståelse av Glitrehagen med plasser, dyrkingsjord og skog i alt ca. 8 000 dekar i Modum herred, Buskerud fylke.»

Kommunen begjærte 16. april 1955 skjønn avholdt etter jordlovens § 8 til fremme av avståelsen. Skjønnsmenn er deretter blitt

oppnevnt av det alminnelige utvalg og innenfor kommunen. På for anledning av A/S Børresen vil denne oppnevnelse sannsynligvis bli omgjort og nye – utenbygds og sakkyndige – skjønnsmenn oppnevnt. A/S Børresen har også bedt om at skjønnet må utstå til nærværende sak endelig er avgjort.

2. Som nevnt fattet Modum herredsstyre 12. oktober 1954 beslutning om å kreve avståelse. Jeg skrev allerede 18. s. m. til Landbruksdepartementet og ba dokumentene utlånt når de kom fra kommunen. Med brev av 9. november s. å. mottok jeg dokumentene fra departementet til utlån til 1. desember dvs. i snaue 3 uker. I brev av 30. desember (skal være november) ba jeg fristen forlenget ut året. Departementet svarte i brev av 8. desember at «En finner ikke å kunne forlenge fristen og ber om at dokumentene blir sendt tilbake omgående.»

Med brev av 14. desember sendte jeg dokumentene tilbake. Samtidig pekte jeg på sakens omfang og store konsekvenser. Jeg henviste til at hittil hadde bare kommunale instanser uttalt seg. Jordstyret hadde tatt initiativet til saken og således på forhånd engasjert seg. Skogrådet hadde overhodet ikke tatt standpunkt til spørsmålet om ønskeligheten av en avståelse til de formål jordstyret hadde angitt. Jeg varslet om at jeg ville forlange befaring, og at det ble innhentet uttalelse fra nøytralt faglig hold, således fra Skogdirektøren, Fylkesskogrådet og Fylkesagronomen.

Da det jo ikke kunne foretas noen befaring før til våren, ba jeg saken utsatt til da. Skulle saken allikevel bli tatt opp til behandling før, ba jeg om å bli varslet i tide så jeg kunne få fremkomme med min uttalelse.

I brev av 22. desember 1954 skriver departementet at «Mulige bemerkninger i ovennevnte sak må være avgitt innen 31. d. m.»

Den foreliggende sak er uten tvil en av de største som overhodet er reist i medhold av jordloven. De fleste jordlovsaker gjelder jo mindre plasser og gårdsbruk eller jord- og skogstykker av beskjeden størrelse. Behandlingen av disse sakene pågår gjerne i årevis og de blir gjenstand for den mest omhyggelige utredning. Dokumentene vandrer ofte flere ganger mellom departement og kommune. Men i det foreliggende tilfelle later det til at saken skulle presses frem og det endog på en tid – midt på vinteren – da man ikke kunne befare eller holde skjønn, og da derfor en rimelig utsettelse ikke ville tilsidesette noe berettiget hensyn.

3. I brev av 30. desember 1954 til departementet ga jeg en utførlig uttalelse om saken på vegne av A/S Børresen. Jeg søkte der å påvise at Modum kommunes planer var ytterst slett gjennomtenkt, og at anlegg av jordbruk og fellesbeiter i Glitrehagen og opprettelse av husbrukskog der, ville være i enhver henseende urasjonelt og medføre skadevirkninger av en rekkevidde som man neppe kunne ha overveiet.

Som det sees konkluderer jeg i brevet med å gjenta og understreke kravet om at kommunens planer må bli nøye prøvet av fagkyndige før departementet tar standpunkt til dem. Jeg henviser i denne forbindelse til departementets egne uttalelser i Ot.prp. nr.

81/1949 som ligger til grunn for forandringen i 1949 av bl.a. jordlovens § 22.

I brev av 19. januar 1955 til departementet ber jeg om at selskapet må bli varslet til de befaringer som jeg forutsetter vil bli foretatt av jord- og skogbrukskyndige.

Jeg mottok så – 30. mars 1955 – gjennomslag av departementets brev av 28. s. m. til fylkesmannen i Buskerud med meddelelse om at Modum kommunes søknad var innvilget ved kgl. resolusjon av 18. s.m.

Mitt krav om at Modum kommunes planer måtte bli nærmere prøvet av sakkyndige, hadde departementet åpenbart ikke tatt noe hensyn til.

I mitt brev av 30. desember 1954 til departementet gjorde jeg bl.a. oppmerksom på, at Drammen og Lier kommuner hadde vist stor interesse for Glitrevann som reservoir for vannverk. Hvis disse planer ble satt ut i livet, ville området omkring vannet bli klausulert mot bebyggelse, hvilket jo ville hindre gjennomførelsen av Modum kommunes jordbruksplaner. I sitt foredrag berører departementet overhodet ikke dette viktige punkt.

I brev av 1. april 1955 til departementet peker jeg på dette og vedlegger brev som A/S Børresen hadde fått fra Lier og Drammen kommuner.

I brevet fremholder jeg at disse nye opplysninger forrykker hele grunnlaget for ekspropriasjonstillatelsen. Jeg ber derfor denne foreløbig trukket tilbake, og at saken tas opp til ny behandling. I motsatt fall ville A/S Børresen måtte prøve gyldigheten av den kgl. resolusjon for domstolene. I brev 30. april og 13. mai etterlyser jeg departementets svar på min anmodning. I brev til meg av 27. mai avslår departementet anmodningen, og nekter å gi ytterligere opplysninger om sakens behandling.

4. A/S Børresen mener at departementets behandling av den foreliggende sak har vært helt uforsvarlig. Departementet har ikke foretatt de undersøkelser og innhentet de fagkyndige uttalelser til støtte for sin avgjørelse, som en så stor og viktig sak krever. Det er grunn til å anta at Modum kommunes planer ikke hadde fått støtte fra noe nøytralt, fagkyndig hold.

Inntil 1949 var som bekjent jordlovens ordning den at det var skjønnsnevnden, resp. ankenevnden, som etter lovens § 22 annet ledd, avgjorde om de skjønnsmessige betingelser for avståelse i det konkrete tilfelle var til stede. Skjønnet kunne således på det grunnlag nekte å fremme en avståelse som Kongen hadde gitt samtykke til.

Ved lov av 28. juli 1949 nr. 11 ble bl.a. jordlovens § 22 forandret og skjønnets myndighet på dette område tillagt Kongen. Om forslaget til denne lovforandring anføres det følgende i Ot.prp. nr. 81/1949 (side 4, annen spalte til side 5 første spalte):

«Det har vært framholdt at et argument mot en slik endring at departementet som avgir innstilling i disse saker som regel er henvist til å bygge på skriftlige framstillinger og oftest vil savne umiddelbart kjennskap til den eiendom saken gjelder. Departementet har imidlertid alltid lagt stor vekt på å få fram alle faktiske opplysninger

som har betydning for sakens avgjørelse. Departementet krever således en inngående redegjørelse fra jordstyrene for de rent faktiske forhold og forelegger også saken for andre lokale myndigheter når dette har interesse. Saker om tvungen avståelse av skog blir således som regel forelagt vedkommende skogråd. Departementet har også i stadig større utstrekning innhentet uttalelser fra fagfolk (fylkesagronomer og fylkesskogmestre) og har også særlig i de senere år, latt departementets egne funksjonærer foreta befaringer. Det er departementets mening at denne praksis skal fortsette om mulig i større utstrekning enn før. Det er videre departementets forutsetning at særlig vanskelige og tvilsomme saker ikke skal avgjøres før de er fullt faglig utredet.»

I Stortingets landbrukskomité sluttet flertallet seg til departementet «og vil understreke at forutsetningene er at de faglige instanser i alle tilfelle har anledning til å uttale seg før jordstyrene tar standpunkt. Derved skapes der en bedre gang i saksbehandlingen, idet trinnene da vil bli: 1. Uttalelse av faglig myndighet. 2. Behandling av jordstyrene. 3. Avgjørelse av Kongen.»

Denne forutsetning om faglig utredning av jordlovsakene ble gjentatt og ytterligere understreket under debatten i Odelsting og Lagting. Jeg henviser særlig til uttalelsen av landbrukskomiteens formann og sakens ordfører (Ot.forh. side 485) og til landbruksministeren, statsråd Fjelds uttalelser (Lt.forh. side 186).

Det er ikke tvilsomt at det har vært lovgivernes forutsetning at sakene heretter ikke skulle avgjøres før de var forelagt virkelig fagkyndige, uavhengige instanser. Og det fremgår klart av lovforarbeidene at med en slik faglig instans siktet man nettopp ikke til jordstyret.

Den foreliggende avståelsessak hører ikke bare i seg selv til de «særlig vanskelige og tvilsomme» saker som skulle betinge den mest omhyggelige forberedelse. Men avståelsen vil dessuten ha kanskje de største skadevirkninger utenfor den kommune hvor skogen ligger. Skogen hører nemlig intimt sammen med tresliperiet i Lier, hvor tømmeret fra samtlige A/S Børresens skoger foredles. Sliperiet er helt avhengig av dette

tømmer. En nedgang i tømmerforsyningen fra egne skoger vil måtte kompenseres gjennom dyr import, hvis det da overhodet er mulig.

Geografisk og driftsmessig sogner Glitrehagen til Lier, ikke til Modum. Grensen for skogen følger vannskillet, mens herredsgrensen går over Glitrevann. Ved kostbart veianlegg har A/S Børresen bedret driftsforholdene og knyttet sine skoger i Modum sterkt til foredlingsdriften i Lier.

Blir Glitrehagen avstått til Modum kommune, rives denne skogen definitivt ut av den nå bestående intime sammenheng med selskapets øvrige skogeiendommer og foredlingsanlegg. Skogen vil måtte bli drevet vestover til Modum, og salgstømmeret gå til industrianleggene der. Det argumenteres jo fra kommunens – og departementets – side nettopp med de veianlegg som er bygget og er under bygging fra Modum og som vil lette atkomsten vestfra. Etter hele kommunens opplegg vil A/S Børresen og Tronstad Brug miste tømmeret fra Glitrehagen.

Side 922

Det forekommer meg å være et nokså rimelig krav at en slik sak må vurderes ikke bare av lokale instanser – kommunale organer i Modum – men også av instanser som har evne og myndighet til å se avståelsen i en større sammenheng, som f. eks. fylkets skogsjef og landbrukssjef. Noen uttalelse fra disse instanser foreligger ikke, og jeg kan heller ikke se at departementet overhodet har overveiet de betydelige skadevirkninger tapet av Glitrehagen vil medføre for A/S Børresens øvrige virksomhet, jfr. jordlovens § 22 annet ledd.

I denne forbindelse nevner jeg også Lier og Drammen kommuners vannforsyningsplaner. Det var vel ikke for meget forlangt at avståelsessaken var blitt forelagt disse kommuner. De er neppe videre begeistret over Modum kommunes projekt.

Departementet skriver i slutten av sitt brev til meg av 27. f. m. at «en eventuell avståelse av Glitrehagen ikke vil hindre et slikt anlegg (dvs. for vannforsyning), idet adgang til ekspropriasjon av vanrettigheter m.v. formentlig vil stå åpen, uten hensyn til hvem som er eier av området.»

Det er muligens riktig, men pointet er jo at Lier og Drammen kommuners interess i vannforsyningen fra Glitrevann, og dermed deres behov for klausulering av området mot bebyggelse etc., kan ha avgjørende betydning for selve vurderingen av Modum kommunes projekt, ikke minst ut fra et samfunnsmessig synspunkt.

A/S Børresen mener, som nevnt, at departementets saksbehandling har vært uforsvarlig. Departementet har i strid med sine sterke forsikringer i forbindelse med lovforandringen i 1949 unnlatt å forelegge saken for fagkyndige instanser, og har således hatt et helt utilstrekkelig og sviktende grunnlag å bygge sitt skjønn på. Konsekvensen herav må være at den kgl. resolusjon underkjennes, da den ikke hviler på et saklig grunnlag.

5. Som før nevnt er Modum kommunes formål med avståelsen i første rekke å reise nye jordbruk ved Glitrevann, å anlegge beiter der og skaffe husbruksskog til skogløse bruk i bygden.

Man leter forgjeves i dokumentene etter nærmere opplysninger om det behov som angivelig skal foreligge, for jord, beite og husbruksskog. Dokumentene inneholder intet om hvorvidt der i bygden er noen interesse for fast bosetting ved Glitrevann, eller for anlegg av fellesbeiter eller for opprettelse av husbruksskog der inne.

I herredstyredebatten om saken ble det bl.a. reist spørsmål om hvorfor man søkte så langt vekk for å skaffe dyrkingsjord, når man hadde unyttet jord nok nede i bygden.

Den første betingelse for tvungen avståelse etter jordloven er jo at det foreligger et behov for den jord og de jordbruksherligheter som kreves avstått. Dette går som en rød tråd gjennom lovens §§ 15 ff. I det foreliggende tilfelle mangler denne vesentlige betingelse for ekspropriasjon.

Departementet uttaler i sitt foredrag at «Når det gjelder skog til skogløse bruk vil departementet bemerke at det har oppfattet kommunen slik at det ikke er tale om å legge skogen til bestemte eiendommer, men å drive den som kommuneskog, og dette er departementets forutsetning for å tilrå samtykke.»

Side 923

Selv om skogen ikke skal stykkes opp og fordeles på bestemte eiendommer, er det imidlertid åpenbart kommunens tanke å drive skogen som husbruksskog for skogløse bruk. Det fremgår klart av jordstyrets uttalelser som herredstyret slutter seg til, jfr. også uttalelser av skogrådet (pkt. 7). Det kom også tydelig frem

under herredstyredebatten. Departementets forutsetning om at skogen skal drives som kommuneskog, stemmer således ikke med kommunens egne uttalelser om hensikten med avståelsen.»

Staten har tatt til gjenmæle og hevdet at den kgl. res. av 18. mars 1955 i enhver henseende er gyldig og ikke beheftet med noen formell feil. Den hviler på et i enhver henseende lovlig skjønn, som domstolene ikke har adgang til å omstøte.

Selv om det er uttalt fra enkelte hold at det var en forutsetning at slike saker skulle forelegges landbruksselskapet eller fylkesskogrådet, så er noen slik forutsetning ikke kommet til uttrykk i loven og kan bare sees som en henstilling til administrasjonen. Forutsetningen for å forelegge sakene for spesielle jord- eller skogbrukssakkyndige instanser må være at det er tvil om rent faglige spørsmål. Men det er ikke tilfelle i denne sak.

Det spørsmål som forelå var en rent jordpolitisk vurdering av, hvorvidt det samfunnsmessig sett var mest fordelaktig at den avstått eiendom tilhører Modum kommune eller A/S Børresen.

Det er departementets forutsetning at eiendommen skal drives som kommuneskog, og dette må kommunen rette seg etter.

Det forelå opplysninger om planer om anlegg av vannverk fra Glitrevannet for departementet før avgjørelsen, og avståelsen kan ikke hindre eventuell gjennomførelse av slike planer. – – –

Det er på det rene at eiendommen Glitrehagen består av 9 særskilte bruksnummer (g.nr. 37, b.nr 1 og 2, g.nr. 38, b.n. 1-4, g.nr. 39 og g.nr. 41, b.nr. 1 og 2). Skylden er i matrikkelen oppført med i alt m. 21,88. Glitre søndre er nevnt i Norske regnskaper og jordbøker i 1528. I 1668 nevnes 3 rydningsplasser, og det antas av departementet at plassene er ryddet av finner i 1600-årene (derav navnet Finnemarka).

Av disse gårdsbruk er nå bare én, Bottolvs (457 m.o.h.) bebodd, og skolehuset, som ble oppført i 1929, står tomt.

Det var 2 bruk i Jøslia, som oppgis nedlagt i 1914. Husene på plassen Støa brente i 1947 og er ikke gjenoppført, Glitre ble nedlagt i 1949 og Svarvestola i 1953.

Det dyrkede areal er oppgitt til 350-400 da., men er nå noe mindre. Det gror stadig til.

A/S Børresen har anlagt bilvei opp til Glitrevannet fra Sjåstad i Lier og har påbegynt bilvei omkring vannet, som ligger 369 m.o.h. Den vil i tilfelle gå over den nedre del av Glitrehagen i en lengde av 4-5 km. Veien har kostet kr. 300 000. Dessuten er det fra Modumsiden ført frem 2 bilveier, den ene fra Åmot, forbi Svarttjern nær Borkebu (475 m.o.h.) like vest for Glitrehagen, den annen fra Vassbonn ved Geithus til Elgstjern (443 m.o.h.) ved nordgrensen.

Eiendommen strekker seg fra Glitrevann oppover til vannskillet i nordvest mot Modum, som ligger på ca. 550 m.o.h. Det er etter siste oppmåling (1955) 8 772,7 da., hvorav produktiv skog 7 913,8 da., kulturbeite

176,2 da. og havn 15,5 da. (tidligere dyrket mark). Skogen er meget velskjøttet og består av 89,5 % bonitet 1-3 og har en samlet kubikkmasse av 75 982 m3 barskog (mest gran) og 7 467 m3 løvskog. Skogen inneholder et forholdsvis stort kvantum grove og verdifulle tømmerdimensjoner.

Tilveksten er beregnet til 3 749,3 m3 (474 1. pr. da.) årlig, derav barskog 3 420,5 m3 (432 1. pr. da.). Verdien er beregnet til 4,2 mill. kr.

Modum kommune, som nå bare har 250 da. skog, hadde tidligere betydelig mer, men den ble solgt da kommunen i 1930-årene var under administrasjon. Herredet har 333 000 da. skog, hvorav ca. 90 000 eies av utenbygds.

De jord- og skogkyndige vitner som er blitt avhørt, har vært enige i at det ikke kan være aktuelt og økonomisk forsvarlig å gjenoppta jordbruket i Glitrehagen nå. Derimot uttalte en del av vitnene at det kan være behov for og forsvarlig å opprette fellesbeite, hvis det ikke går nevneverdig utover produktiv skog.

Departementet har i foredraget sagt at det blir et vurderingsspørsmål om det skal tas sikte på fast bosetting igjen, og at fellesseter for småbruk vil være nærliggende. Forutsetningen er at herredstyrets vedtak om hvordan eiendommen skal nyttes, blir godkjent av departementet, jfr. jordlovens § 16, siste ledd.

Formannen i Modum jordstyre har opplyst at bureising ikke har vært diskutert, men at jordstyret ønsket å bibeholde de nåværende jordbruk og opprette fellesbeite for hester og gjeldfe, det er god beitemark og lett å gjerde inn mot Jøssjøen.

Med hensyn til tømmerdriften foregår den nå med biler fra Glitrevann til Tronstad Brug ca. 10 km. Men driften kan også foregå på samme måten vestover på de nevnte nye bilveier, som er ca. 7 km. til fabrikk på Åmot og ca. 11 km. til fabrikkene på Geithus, når disse er ført helt frem til Glitrehagen. Det gjenstår bare noen hundre meter.

Modum skogråd har uttalt at skogen vil egne seg til husbruksskog, og det er opplyst at kommunen bare eier ca. 250 da. skog og at 75 jordbruk ligger slik til at det høver å få skog fra Glitrehagen.

Departementets forutsetning er at skogen blir drevet som kommuneskog.

Ekspedisjonssjef Henry Nærstad har hevdet at det er overlatt til departementet å avgjøre i hvilken utstrekning en skal innhente uttalelser fra faglig hold, og at loven ikke bygger på driftsøkonomisk vurdering. Det er de almene hensyn som er de avgjørende, og lovendringen i 1949 bygget på det syn at departementet er mest kompetent til å treffe slike avgjørelser. Når det gjelder spørsmål om hva som samfunnsmessig er riktigst, er administrasjonen bedre orientert enn fagfolk. Ved vurderingen har departementet avveiet A/S Børresens interesser i forhold til kommunens, og det har da ikke vært den jordbruksmessige utnyttelse, men den skogbruksmessige som har vært avgjørende.

Ekspedisjonssjefen hadde selv deltatt i befaring av eiendommen og opplyste, at han hadde 25 års erfaring i slike saker og hadde vært lærer ved Landbrukshøyskolen i 20 år. Departementet var ikke bundet av forutsetningene for en lov, og når det ikke har gjort seg skyldig i maktmisbruk eller handlet utenfor lovens ramme, har domstolen ingen adgang til å underkjenne den kgl. resolusjon.

Rettens mening.

Det er på det rene at det under saksbehandlingen ikke er gjort feil som strider mot lovens regler jfr. §§ 15, 16 og 23. Jordstyret har uttalt seg og eieren, som er et utenbygds aksjeselskap, har fått uttale seg og har vært representert under 2 befaringer. Det er forgjeves gjort forsøk på en mindelig ordning.

Det er heller ikke påvist at det faktiske materiale som resolusjonen bygger på, var uriktig på noe vesentlig punkt. Men spørsmålet er om saksbehandlingen allikevel har vært mangelfull og uforsvarlig, og om feilene i tilfelle har øvet innflytelse på de beslutninger resolusjonen bygger på.

Etter den opprinnelige jordlov – før endringen av 28. juli 1949 – kunne en kgl. resolusjon omgjøres av et skjønn. Dette ble i 1949 endret, slik at også de skjønnsmessige vurderinger skulle henlegges til administrasjonen.

I Stortinget ble det gjentatte ganger henstillet til departementet å innhente faglige uttalelser, se protokollkomiteens innstilling O IV B-1947 3 og O IV B-1948 8 («det faglige skjønn må få større innflytelse ved sakens behandling»). Flertallet i jordlovkomiteen tilrådet å begrense skjønnets kompetanse, men uttalte at flertallets forutsetning er «at departementet så langt råd er forelegger vanskelige og tvilsomme avståelsessaker for de lokale faglige myndigheter før det blir gitt samtykke» (Ot.prp. nr. 81/49 side 3, 1. sp.).

Både departementet og landbrukskomiteens flertall var enig i dette, se det foran siterte stykke av proposisjonen (O pr. nr. 81/49 side 4) og innstillingen (O nr. 181/49), hvor det heter at de faglige instanser i alle tilfelle skulle ha anledning til å uttale seg.

I Odelstinget uttalte komiteens formann at det ikke gikk an «at f. e. jordstyrets sekretær skal være instans, for han er ikke uavhengig mann i forhold til jordstyret». Under behandlingen i Lagtinget uttalte Skarholt at jordstyrene ofte hadde lett for å se ensidig og bygdepatriotisk på en sak. «Det er derfor rett at vi har utenforliggende faginstanser til å se på det». Statsråden (Fjeld) erklærte seg enig i at «andragende om tvangsavståing skal behandles av en faglig instans før jordstyret sender det over til departementet», og at denne adgang vil bli brukt mer enn tidligere.

Det er egnet til å forbause at departementet etter dette avgjør en så stor sak som den foreliggende uten å forelegge den for en faglig instans, og behandlingsmåten kan derfor med god grunn kritiseres.

Men retten finner ikke at dette brudd på Stortingets forutsetning medfører at den kgl. resolusjon blir ugyldig. All den stund selve loven ikke inneholder noe påbud, er det riktig som hevdet av ekspedisjonssjefen at det er overlatt til departementet å avgjøre når de faglige instanser skal høres, jfr. uttalelsen fra statsråden om at departementet vil bruke denne adgang mer enn tidligere – altså ikke i alle tilfelle som det heter i komitéinnstillingen. Det ble under debatten ikke tatt avstand fra denne reservasjon.

Departementet ville under ingen omstendighet være bundet av den vurdering som vedkommende faginstans i tilfelle hadde gitt uttrykk for. Som uttalt av ekspedisjonssjefen og Modum kommunes

Side 926

prosessfullmektig, var det skogen som var det avgjørende og representerte den vesentligste verdi, og retten finner det lite trolig at en uttalelse fra en fagkyndig instans ville hatt noen avgjørende betydning for administrasjonens standpunkt, fordi departementet la vesentlig vekt på de samfunnsmessige, de almene hensyn og anså ikke jord- og skogbrukskyndige som de mest kompetente til å vurdere disse momenter.

Denne vurdering tilligger departementet og kan ikke prøves av retten. Men det er riktig som påvist av saksøkeren, at departementet i sitt foredrag synes å legge en større vekt på de jordbruksmessige muligheter enn en faglig vurdering tilsier, og at det i så henseende har bygget på uriktige eller ufullstendige opplysninger bl.a. om det dyrkede og dyrkbare areals størrelse. Men retten finner ikke at dette kan gjøre resolusjonen ugyldig. Departementet har tatt forbehold med hensyn til hvordan eiendommen skal utnyttes, og er ikke bundet av de planer som opprinnelig ble skissert.

Det er iallfall ikke sannsynliggjort at unnlatelsen av å innhente faglige uttalelser har vært utslagsgivende for departementets innstilling eller regjeringens beslutning. Retten er ikke enig med saksøkeren i at resolusjonen hviler på et usaklig grunnlag. Denne sak ligger derfor annerledes an enn den som er referert i RG- 195- 515.

Selv om resolusjonen hadde vært i strid med loven, er det ikke dermed avgjort at den ville bli ugyldig. Feilen må være av den art at den kan ha hatt innflytelse på beslutningen, se Castberg: Innledning til forvaltningsretten, 3. utg. side 218-20, jfr. også dommen i RG- 195- 644 og 1957 164. – – –

Av lagmannsrettens dom (lagdommer Hans Østgaard, kst. lagdommer Erling Haugen og tilkalt dommer sorenskriver F. Dahlin med fagkyndige domsmenn Paul M. Dalberg og Finn P. Ludvigsen):

– – –

Lagmannsretten skal bemerke:

Det er ikke bestridt at de regler, som er gitt i jordlovens § 23 om behandlingen av saken om tvungen avståelse av jord og skog, er fulgt. Derimot hevder A/S Børresen som foran nevnt at Landbruksdepartementet har handlet i strid med alminnelige krav til forsvarlig saksbehandling, og i strid med Stortingets forutsetninger for å vedta jordlovsendringene i 1949, når det har unnlatt å innhente uttalelser fra uavhengige faglige myndigheter.

Som det fremgår av herredsrettens dom, har spørsmålet om å forelegge avståelsessaker for uavhengige faglige myndigheter flere ganger vært oppe i Stortinget. Det er dog ikke tatt inn noe påbud om det i loven, og etter statsråd Fjelds uttalelse i Stortinget kan det heller ikke antas, at jordlovsendringene i 1949 ble vedtatt under den bestemte forutsetning at alle slike saker skulle forelegges uavhengige faginstanser. Derimot må en få det bestemte inntrykk av endringslovens forarbeider og av de uttalelser som falt i stortingsdebatten, at det var en alminnelig forutsetning for endringene at avståelsessakene i størst mulig utstrekning skulle forelegges for slike faginstanser.

I nærværende sak som gjelder meget betydelige verdier, og hvor avståelsen kan ha inngripende betydning for den virksomhet som eieren

Side 927

driver, ville det etter dette vært meget naturlig om det var blitt innhentet uttalelser fra uavhengige faglige instanser. At saken var reist av vedkommende jordstyre, at den hadde møtt sterk motstand i kommunestyret, og at eieren uttrykkelig hadde bedt om at uttalelse måtte bli innhentet, er for så vidt momenter som understreker dette.

Når det gjelder de rent faktiske opplysninger i saken, kan lagmannsretten likevel ikke finne at unnlatelse av å innhente uttalelse som nevnt har hatt noen betydning for avgjørelsen av spørsmålet om avståelse. Landbruksdepartementet hadde fyldige opplysninger om skogen i høyesterettsadvokat Heyerdahls brev av 30.

desember 1954, og av dette fremgikk det også hvilke ulemper og vanskeligheter en tvangsavståelse ville føre med seg for A/S Børresen. Riktignok kan det innvendes at brevet var et partsinnlegg som ikke ville virke med samme tyngde som en uttalelse fra en uavhengig fagmyndighet, men etter ekspedisjonssjef Nærstads uttrykkelige forklaring for lagmannsretten ble alle faktiske opplysninger i brevet godtatt av departementet. Saken var for så vidt også behandlet av Modum skogråd, og selv om dettes uttalelse – som påberopt av A/S Børresen – ikke har noen konklusjon om hvorvidt avståelse bør kreves, inneholder dog uttalelsen de opplysninger som skogrådene etter skogdirektørens rundskriv av 19. november 1953 skal gi ved spørsmål om tvangsavståelse av skog.

Før saken ble avgjort, ble det endelig foretatt åstedsbefaring av ekspedisjonssjef Nærstad og byråsjef Nesheim som begge har lang erfaring i behandlingen av avståelsessaker. Ved denne befaring var så vel A/S Børresen som Modum kommune representert og hadde anledning til å uttale seg.

A/S Børresen har som eksempel på betydningen av faglig uttalelse for sakens faktiske opplysning nevnt resolusjonens uttalelse om beliggenheten og arronderingen etter avståelsen. Men lagmannsretten kan ikke finne at departementet har bygget på noen feilaktig faktisk forutsetning når det i foredraget står: «Det areal som søkes avstått, ligger i utkanten av firmaets skog, og skogrådet har uttalt at arronderingen etter en eventuell avståelse vil bli hensiktsmessig for begge parter». I foredraget er nemlig referert uttalelsene fra A/S Børresen om hvilke ulemper av driftsmessig art en avståelse vil føre med seg for selskapet, og i den siterte uttalelse har departementet neppe ment å legge annet enn at det avståtte areal vil bli en samlet enhet med naturlige grenser.

Lagmannsretten kan heller ikke se at Landbruksdepartementet har bygget på andre feilaktige faktiske forutsetninger, som kunne vært avhjulpet ved uttalelse fra uavhengige faglige myndigheter. Derimot blir forholdet mer usikkert når det er spørsmål om slik uttalelse ville ha hatt innflytelse på departementets rent skjønnsmessige avgjørelse. Riktignok er det så at departementet ikke ville ha vært bundet av fagmyndighetens skjønnsmessige vurdering, men det må også være klart at uttalelsene i Stortinget i 1949 om faglige uttalelser, nettopp tar sikte på at uavhengige instanser skal foreta en faglig vurdering til veiledning for departementet når dette utøver sitt skjønn.

A/S Børresen har spesielt anført at uttalelse fra en uavhengig faginstans ville ha ryddet vekk en vesentlig forutsetning for tvangsavståelse, nemlig at det kunne anlegges nye gårdsbruk ved Glitrevann. Til det har

staten anført at uansett hvordan en ser på jordbruksmulighetene er det spørsmålet om ervervelse av skogen som er det vesentlige i saken. Hvor mange mål dyrket eller dyrkbar jord som finnes i området, er i alle tilfelle en biting ved siden av spørsmålet om avståelse av ca. 8 000 mål skog. Det har da også alle som har handlet i saken vært fullt klar over. I Modum jordstyres brev av 2. mars 1953 heter det således at kommunen bør søke bistand til å erverve Finnemarka (Glitrehagen) for å redde de muligheter eiendommen byr på. Blir kommunen eier, må en etter jordstyrets mening senere finne frem til den utnyttelsesmåte som er mest tjenlig. Videre uttaler jordstyret i brev av 29. august 1954, at kommunen ved å erverve skogen får mulighet for å hjelpe skogløse bruk til nødvendig trevirke, og selv om utnyttelsen av skogen ikke var særlig sterkt fremme i debatten i kommunestyret, var alle også her klar over at den var det sentrale. Endelig sier Landbruksdepartementet i sitt foredrag, at det blir i noen grad et vurderingsspørsmål om det skal tas sikte på fast bosetting igjen, og det tar forbehold om godkjennelse av utnyttelsesmåten etter jordlovens § 16, siste ledd. Resolusjonen ville derfor i alle tilfelle ha blitt fremmet uten hensyn til jordbruksmulighetene ved Glitrevannet.

Etter lagmannsrettens mening står det ikke til å nekte at spørsmålet om ny bosetting har vært et meget sentralt punkt i saken, og iallfall har bevirket at den er tatt opp. Modum jordstyres brev av 2. mars 1953 innledes således med at «Under arbeidet med gransking av jordbrukets utviklingsmuligheter», ble det holdt befaring i Finnemarka. Deretter følger en beskrivelse av tidligere og nåværende jordbruksmuligheter og bosettingsforhold, og så heter det: «Jordstyret har lenge vært oppmerksom på de store ulemper ved at gårdene i Finnemarka avfolkes, legges øde og gror til med skog. Når en har drøftet hva en skulle foreta for å rette på forholdet, støtte en stadig på den store vanskelighet at eiendommen var på utenbygds hender». Så følger den foran refererte uttalelse om å redde de muligheter eiendommen byr på. Videre er avståelsessaken i jordstyrets brev av 19. august 1954 dels begrunnet med ønsket om å få tatt i bruk igjen de avfolkede plasser, dels med å skaffe nødvendig trevirke til skogløse bruk. Endelig var jordbruksplanene sterkt fremme i kommunestyrets debatt om saken, og etter det foreliggende materiale må en få det inntrykk at spørsmålet om ny bosetting ved Glitrevann har vært et meget betydningsfullt moment for de kommunale myndigheter.

I brev av 30. desember 1954 påpekte høyesterettsadvokat Heyerdahl de vanskeligheter som var forbundet med jordbruksdrift ved Glitrevann, og uttalte at A/S Børresen måtte ha krav på at kommunens jordbruksplaner ble gransket og vurdert av fagkyndige, i første rekke av fylkets landbruksselskap. Under henvisning til et intervju med landbruksdirektøren i Aftenposten om, at denne trodde at det ikke ville være mulig å hindre avfolkning på mange avsidesliggende og tungtdrevne bruk, mente advokaten at det måtte undersøkes hvilke muligheter det var for å bygge opp et nytt samfunn på et så avsides- og høytliggende sted som Glitrehagen med alle de omkostninger dette ville føre med seg. Endelig ba han brakt på det rene om noen var interessert i å bosette seg i området.

Landbruksdepartementet etterkom ikke anmodningen, men i det foredrag som ligger til grunn for kongelig resolusjon av 18. mars 1955 har jordbruksplanene fått en bred plass. Departementet sier således: «Når

en skal vurdere hvorvidt fordelene ved avståelse kan sies å være overveiende i forhold til de ulemper som voldes, jfr. jordlovens § 22, må en ta i betraktning at forholdene omkring Glitre vil bli vesentlig endret når de bilveier som er nevnt, blir ført frem til de plasser som søkes avstått. Brukene vil da få 2 bilveiforbindelser til Modum, og veilengden blir ikke mer enn 9 à 10 km». Deretter følger blant annet opplysninger om hvorledes en tidligere jordstyreformann og en tidligere herredsagronom i Modum har sett på jordbruksmulighetene ved Glitrevann, og så sier departementet: «Etter departementets oppfatning ligger dette området hverken så avsides eller så høyt at det ikke skulle ligge til rette for vanlig jordbruk. Når de fleste av brukene nå er forlatt av beboerne, er grunnen for det første at brukerne ikke har kunnet bli selveiere, og derfor ikke har hatt synderlig interesse av å investere arbeid og kapital i jordbruket, og for det annet den manglende veiforbindelse. Når disse forhold blir endret, skulle forholdene etter departementets oppfatning ligge til rette for jordbruk i området.

Det blir ellers i noen grad et vurderingsspørsmål om det skal tas sikte på fast bosetting igjen. Under alle omstendigheter bør god dyrka og dyrkbar jord brukes, og fellessetrer for småbruk vil være nærliggende. Avstanden fra bygda vil ha mindre å bety når veiforbindelsen kommer i orden». Så uttaler departementet som sin forutsetning for å tilrå samtykke at skogen skal drives som kommuneskog. Videre heter det: «M.h.t. kommunens behov for skog bemerkes at det er på det rene at det er en rekke gårdsbruk i Modum som har lite eller ingen skog, og kommunen eier nå ikke mer enn ca. 250 dekar skog». Til slutt i resolusjonen forutsetter departementet at kommunestyrets vedtak om utnyttelsen av eiendommen, blir godkjent av departementet, jfr. jordlovens § 16, siste ledd.

Lagmannsrettens flertall, lagdommerne Østgaard og Haugen samt domsmennene Dalberg og Ludvigsen finner etter det refererte å måtte gå ut fra, at jordbruksmulighetene har vært tillagt vekt ved departementets vurdering av spørsmålet om tvangsavståelse skulle tillates. Etter den bevisførsel som har funnet sted under ankeforhandlingen, og etter det lagmannsretten hadde anledning til å iaktta ved åstedsbefaringen, må flertallet videre gå ut fra at det syn på jordbruksmulighetene som avståelsessaken bygger på, er urealistisk. Flertallet viser i så måte til de fremlagte utredninger «Konkurransen mellom jordbruk og skogbruk om arealet» av landbrukskandidat Magne Østerås, og «Vurdering av jordbruksprosjekter i Glitrehagen Modum» av forskningsstipendiat Sigmund Borgan, samt til vitneforklaringer fra forfatterne og fra professor Oddvar Aresvik. Disse vitner konkluderte alle med at utnyttelse av arealet ved Glitrevann til jordbruk bestemt måtte frarådes. Formannen i Modum jordstyre erklærte da også under åstedsbefaringen, at kommunen ikke hadde aktuelle planer om å anlegge selvstendige gårdsbruk der. Det kunne etter den nåværende oppfatning i jordstyret bare bli tale om støttebruk for skogsarbeidere. Endelig fikk flertallet ved åstedsbefaringen det inntrykk at eventuelle nye gårdsbruk på grunn av dyrkningsmulighetene, i alle tilfelle måtte legges så spredt at det også av den grunn ville være vanskelig å skape et samfunn ved Glitrevann. Det foreligger da heller ikke opplysninger i saken om at noen er interessert i å bosette seg der.

Lagmannsrettens flertall må etter dette gå ut fra at det urealistiske syn på jordbruksmulighetene ved Glitrevann har hatt innflytelse på avgjørelsen i saken, og det er grunn til å tro at en uttalelse fra en uavhengig faglig instans ville ha hatt betydning nettopp på dette punkt. Men selv om en godtar anførselen om at avståelsessaken ville ha blitt fremmet uansett synet på jordbruksplanene, kan den måte hvorpå avståelsessaken er reist og fremmet, likevel ha fått betydning for utfallet av saken. I jordlovens § 22, 2. punktum heter det: «Der bør i alminnelighet først gis tillatelse til avståelse fra den eier, hvem avståelsen vil påføre minst ulempe». Under ankeforhandlingen har A/S Børresen opplyst at det i Modum er ca. 90 000 mål skog på utenbygds hender. Herav eier det offentlige ca. 3 000 mål (under Modum prestegård og Modum kapellangård). Når Glitrehagen drives i forbindelse med

foredlingsvirksomhet, må det være nokså klart at ulempene ved avståelsen vil være større enn for en eier som bare driver hugst til salg, og selv om departementet etter loven står temmelig fritt, måtte det med så store skogarealer på utenbygds hender være nærliggende iallfall å drøfte, om det ikke ville være forbundet med vesentlig mindre ulempe å kreve avståelse av andre arealer. Spørsmålet er imidlertid ikke behandlet hverken i den kongelige resolusjon eller i det materiale som ligger til grunn for denne. Fra statens side er bare anført at det ikke kunne bli spørsmål om å kreve avstått andre arealer enn Glitrehagen, og dette kan være forståelig hvis hensikten med avståelsen var en kombinert utnyttelse av arealet til jordbruk og skogbruk. Hvis formålet med avståelsen bare hadde vært å skaffe kommunen skog, er det imidlertid mulig at spørsmålet ville ha kommet i en annen stilling. Når tømmeravvirkningen fra kommunens skog nå i det alt vesentlige går til treforedlingsindustri, står det riktignok noe uklart for lagmannsrettens flertall hvorledes avståelse til kommuneskog kan begrunnes med, at det er mange skogløse bruk i Modum og utnyttes til fordel for disse, men ved avståelse til skog vil det ikke i noe tilfelle være nødvendig å stille de samme krav til beliggenhet, jordsmonn osv. som ved avståelse til jordbruksdrift.

Under henvisning til at det i flere år har vært arbeidet med planer om å utnytte Glitrevassdraget til vannforsyning for Drammen, Lier og deler av Nedre Eiker, mener A/S Børresen at det er en feil ved saksbehandlingen at avståelsessaken ikke er forelagt disse kommuner til uttalelse. Til det har staten anført at vannverksplanene var så ubestemte at Landbruksdepartementet ikke fant grunn til å legge noen vekt på dem, idet en avståelse heller ikke ville kunne hindre en senere utbygging av Glitrevannet til vannforsyning.

Etter den bevisførsel som har funnet sted, må lagmannsrettens flertall anse det sannsynlig at Glitrevann før eller senere blir utnyttet til vannforsyning, og det ville være meget uheldig om Modum kommune anla nye gårdsbruk ved Glitrevann, og disse gårdsbruk så måtte nedlegges igjen på grunn av ekspropriasjon i forbindelse med vannforsyningsanlegg. På den annen side vil det avhenge av de regler som i tilfelle fastsettes for utnyttelse av Glitrehagen etter jordlovens § 16, siste ledd, om en avståelse vil virke forstyrrende inn på vannverksplanene. Flertallet kan derfor ikke tillegge forholdet noen særlig betydning og slik

saken nå ligger an, kan det neppe antas at det i noe tilfelle vil komme noen bosetting som er uforenelig med vannverksplanene.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsrettens flertall at jordbruksplanene har innvirket på behandlingen og avgjørelsen av avståelsessaken på en slik måte, at den kongelige resolusjon av 18. mars 1955 må oppheves. Ved en så utpreget fullmaktslov som jordloven må det nemlig være av den aller største betydning at avgjørelsen bygger på et riktig grunnlag, og det sier seg selv at det vil være meget vanskelig å føre direkte bevis for at grunnlaget har sviktet på en slik måte, at det har vært avgjørende for resultatet. Det må derfor være tilstrekkelig å sannsynliggjøre at en feilaktig forutsetning kan ha hatt innflytelse på avgjørelsen. Om en i så måte bygger på at departementet har handlet i strid med uttrykkelige forutsetninger for vedtagelsen av jordlovsendringene i 1949, eller på at det ikke har oppfylt sin alminnelige opplysningsplikt, jfr. Forvaltningskomiteens innstilling side 159, kan for så vidt bli det samme.

Sorenskriver Dahlin stemmer for stadfestelse av herredsrettens dom, idet det ikke foreligger noen mangel ved saksbehandlingen og som kan antas å ha hatt betydning for resolusjonen. – – –

LOVDATA

Norges Høyesterett - Dom - HR-2022-1119-A

Instans	Norges Høyesterett – Dom
Dato	2022-06-07
Publisert	HR-2022-1119-A
Stikkord	Tingsrett. Fast eiendoms rettsforhold. Grannelova. Bygning på fremmed grunn.
Sammendrag	Et turlag hadde i 1967 oppført en turisthytte etter avtale med staten, som anså seg som grunneier. Etter at det var klarlagt at hytta lå på privat grunn, reiste grunneieren sak mot turlaget med krav om at laget skulle fravike eiendommen og fjerne bygningen. Høyesterett kom som de tidligere instanser til at grannelova § 11 første ledd andre punktum om bygning som delvis står på fremmed grunn, kunne anvendes analogisk i et tilfelle som det foreliggende. Lov om hendelege eigedomshøve § 8 fikk da ikke anvendelse. Høyesterett la vekt på at turlaget hadde den alt overveiende nytteverdien av turisthytta for turlaget, og at ulempene for grunneieren av å ha den stående, var små. Om vilkårene i grannelova § 11 første ledd var oppfylt, var ikke gjenstand for prøving i Høyesterett. Tingrettens dom, som frifant turlaget fra grunneierens krav, ble stadfestet. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Nord-Troms og Senja tingrett TNTS-2020-149409 – Hålogaland lagmannsrett LH-2021-104496 – Høyesterett HR-2022-1119-A, (sak nr. 21-170292SIV-HRET).
Parter	Marius Olufsen Moe (advokat Brynjar Østgård) mot Troms Turlag (advokat Marianne Abeler – til prøve).
Forfatter	Dommerne Ingvald Falch, Knut H. Kallerud, Arne Ringnes, Kine Steinsvik og Jens Edvin A. Skoghøy.
Sist oppdatert	2022-06-10

Innholdsfortegnelse

Norges Høyesterett - Dom - HR-2022-1119-A 1
Innholdsfortegnelse 2
Sakens spørsmål og bakgrunn 3
Partenes syn på saken 4
Mitt syn på saken 5
Oversikt over lovgivningen 5
Fastlegging av rettsregelen 7
Den konkrete anvendelsen 8
Sakskostnader 9

(1) Dommer **Falch:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

(2) Saken gjelder krav om rivning av, og subsidiært eiendomsrett til, en hytte som er oppført på fremmed grunn. Spørsmålet er om naboloven § 11 skal anvendes analogisk.

(3) Troms Turlag oppførte omkring 1967 turisthytta Trollvassbu til allmenn bruk i Snarbydalen i Tromsø kommune. Tillatelse var gitt av Direktoratet for statens skoger, som anså staten som eier av grunnen.

(4) Festekontrakt mellom turlaget og Troms skogforvaltning ble inngått med virkning fra 1. januar 1966. Avtalen gjaldt inntil videre og med gjensidig oppsigelsesfrist, dog slik at avtalen var bindende for bortfesteren i 10 år. Årlig festeavgift var fra begynnelsen 50 kroner. Ved opphør av festeforholdet pliktet turlaget å ryddiggjøre tomta; ellers ville bebyggelsen tilfalle bortfester. Om grunneierforholdet står det skrevet i festeavtalen:

> «Högfjellsområdet hvor den bortfestede tomt ligger, antas å være statens eiendom. Da det i Tromsö herred ikke er fastlagt grenser mellom statens högfjell og privat eiendom, tas det forbehold at det fra privat hold kan bli påstått eiendomsrett til fjellet.»

(5) I 1973 ga staten særskilt tillatelse til å føre opp et uthus i tilknytning til turisthytta. Uthuset ble oppført.

(6) I NOU 1974:8 tilrådde flertallet i utvalget for statseiendom i Nordland og Troms at staten ikke gjorde gjeldende krav på grunneiendomsrett i Tromsdalstindområdet. Staten fulgte tilrådingen, og Troms Turlag ble i brev 26. mai 1975 underrettet om at festekontrakten for Trollvassbu opphørte. Brevet henviste turlaget til Troms Bondelag for opplysninger om hvem som eide området turisthytta ligger i.

(7) Det er uomtvistet at Trollvassbu ligger på gårdsnummer 6 bruksnummer 3 i Tromsø kommune, noe som ble endelig klarlagt i en jordskiftesak i 1987. Eiendommen eies av Marius Olufsen Moe, som kjøpte den i 2017 for én million kroner. Den er på 4 681 dekar og strekker seg fra sjøen – Jøvikbukta ved Grøtsundet – til Trolldalen og Trollvasselva, som ligger i fjellet. Trollvassbu er uten veiforbindelse og ligger i ytterkanten av eiendommen, fem til seks kilometer i luftlinje fra bebyggelsen.

(8) Moe eier også den parallelt tilstøtende eiendommen gårdsnummer 6 bruksnummer 4, som er på 3 660 dekar.

(9) Området der Trollvassbu ligger, er avsatt til såkalt LNFR-område, som bare tillater hyttebygging til stedbunden næring og felleshytter. Moe driver verken landbruksvirksomhet eller annen stedbunden næring i området.

(10) Partene er enige om at det var kontakt mellom turlaget og daværende grunneier i 1992, 2007 og 2016-2017. Avtale om tomtekjøp eller annen ordning ble ikke inngått. Også etter at Moe kjøpte eiendommen var det kontakt mellom partene. Heller ikke etter utveksling av tilbud kom partene til enighet.

(11) Moe saksøkte 17. oktober 2020 turlaget med påstand om avvikling av virksomheten i tilknytning til turisthytta, fravikelse av eiendommen og vederlag for turlagets bruk. Turlaget tok til motmæle og anførte å ha rett til å ha hytta stående mot et vederlag.

(12) Nord-Troms og Senja tingrett avsa 19. mai 2021 dom med denne domsslutningen:

> «1. Troms Turlag frifinnes for krav om å avvikle sin virksomhet knyttet til Trollvassbu og fravike eiendommen gnr. 6 bnr. 3 i Tromsø kommune.
>
> 2. Troms Turlag frifinnes for krav om å fjerne bygningsmassen til Trollvassbu fra eiendommen gnr. 6 bnr. 3 i Tromsø kommune samt tilbakeføre eiendommen i opprinnelig stand.
>
> 3. Troms Turlag dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale vederlag 100 000 – etthundretusen – kroner til Marius Olufsen Moe.
>
> 4. Marius Olufsen Moe dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale 403 750 – firehundreogtretusensyvhundreogfemti – kroner i sakskostnader til Troms Turlag.»

(13) Tingretten anvendte naboloven § 11 analogisk, slik at turlaget hadde rett til å la turisthytta bli stående mot det fastsatte vederlaget til Moe.

(14) Moe anket til Hålogaland lagmannsrett og krevde da subsidiært eiendomsrett til hytta. Lagmannsretten avsa dom 27. oktober 2021 med denne domsslutningen:

> «1. Anken forkastes.
>
> 2. Marius Olufsen Moe dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Troms Turlag 374 265,50 – trehundreogsyttifiretusentohundreogsekstifem50/100 – kroner i sakskostnader for lagmannsretten.»

(15) Også lagmannsretten anvendte naboloven § 11 analogisk.

(16) Marius Olufsen Moe har anket til Høyesterett og gjort gjeldende flere anførsler. Høyesteretts ankeutvalg traff denne beslutningen 21. januar 2022:

> «Anken fremmes til behandling i Høyesterett for så vidt gjelder rettsanvendelsen, begrenset til spørsmålet om naboloven § 11 kan anvendes analogisk i et tilfelle der det ikke foreligger et naboforhold og bygningen helt ut står på fremmed grunn. For øvrig tillates ikke anken fremmet.»

(17) For de spørsmål Høyesterett skal behandle, står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

(18) Den ankende part – *Marius Olufsen Moe* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(19) Naboloven § 11 får etter sin ordlyd ikke anvendelse. Partene er ikke naboer, og hele hytta er bygget på Moes grunn. Paragraf 11 er langt på vei en ekspropriasjonsregel som ikke gir rettsgrunnlag for turlagets krav. Eiendomsretten står sterkt, og det stilles strenge krav til rettsgrunnlaget for å kunne begrunne rettstap.

(20) Lov om hendelege eigedomshøve er en spesiallov som i tilfelle passer bedre. I HR-2017-2064-A *snekkerens hytte* er denne loven anvendt i et lignende tilfelle.

(21) Når staten frafalt sin eierpretensjon i 1975, skaffet turlaget seg ikke rettsgrunnlag. Utgangspunktet i alminnelig tingsrett er at den som mangler rettsgrunnlag, må fjerne bygningen. Regelen går tilbake til Norske Lov 6-15-18, som sperret for analogisk anvendelse av granneloven 1887 § 8. Den sistnevnte regelen er videreført i naboloven § 11. Det er ikke noe i lovforarbeidene som tilsier at den kan anvendes analogisk.

(22) I rettslitteraturen er det ulike syn på spørsmålet, og den spredte underrettspraksis som finnes, er ikke avgjørende.

(23) Turlaget kan under enhver omstendighet ikke tilkjennes saksomkostninger som dekker salær som prosessfullmektigen ikke belaster turlaget.

(24) Marius Olufsen Moe har fremsatt denne påstanden:

> «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
>
> 2. Troms Turlag dømmes til å erstatte det offentlige saksomkostninger for Høyesterett.»

(25) Ankemotparten – *Troms Turlag* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(26) Lagmannsretten har korrekt anvendt naboloven § 11 analogisk. Riktignok tar ikke lovforarbeidene direkte standpunkt til om regelen kan anvendes analogisk hvor bygningen fullt ut står på fremmed grunn. Men dette er lagt til grunn i underrettspraksis og i stor grad også i rettslitteraturen.

(27) Lov om hendelege eigedomshøve viker etter § 1 for «særlege rettshøve». Den tingsrettslige lovgivningen er kodifikasjonslover som i hovedsak bare fastsetter hovedprinsipper og -regler. Mye er overlatt til den konkrete rettsanvendelsen.

(28) Utgangspunktet må være at ved hel innpåbygging, slik tilfellet er her, har grunneieren krav på rivning eller eiendomsrett til bygningen mot vederlag. Men det skal lite til for å gjøre unntak. Unntak må gjøres når nytteverdien av bygningen entydig ligger hos utbyggeren. Da er det grunnlag for å bruke naboloven § 11 første ledd andre punktum analogisk. I dette tilfellet har turlaget dessuten brukt turisthytta i mer enn 50 år.

(29) Turlagets krav på sakskostnader kan omfatte salær for arbeid prosessfullmektigen har utført «pro bono».

(30) Troms Turlag har fremsatt denne påstanden:

> «Prinsipalt:
>
> 1. Anken forkastes, dog slik at sakskostnader for ting- og lagmannsrett korrigeres for mva.
>
> 2. Det offentlige tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.
>
> Subsidiært, under forutsetning av at lagmannsrettens dom oppheves:
> Ankemotparten frifinnes for sakskostnadsansvar.»

Mitt syn på saken

Oversikt over lovgivningen

(31) Naboloven § 11 har denne ordlyden:

> «Hus eller anna byggverk som ulovleg står såleis at noko av det er inne på granneeigedom, har grannen krav på vert bortteke eller retta opp. I tilfelle då dette kom til å valda så store utlegg eller tap elles at det klårt stod i mishøve til gagnet, og det ikkje er noko nemnande å leggja eigaren av byggverket til last, kan det gjerast unnatak frå rettingsskyldnaden mot at grannen får vederlag som ikkje må setjast mindre enn skaden eller ulempa.
>
> Var byggverket frå fyrst av sett ulovleg inn på granneeigedom, må vederlaget for rett til å ha det ståande til vanleg ikkje setjast mindre enn vinninga av innpåbygginga.
>
> Vert byggverket retta oppatt eller flytt eller går det til grunne, fell retten over granneeigedomen bort.»

(32) Direkte kan bestemmelsen bare brukes dersom bygningen *delvis* står inne på en naboeiendom. Slik er det ikke her, hvor hele turisthytta med uthus står på Moes grunn. Bestemmelsen får med andre ord ikke direkte anvendelse, slik også lagmannsretten kom til.

(33) Det følger av lovforarbeidene at denne avgrensingen av § 11 var bevisst, se Sivillovbokutvalets Rådsegn 2, NUT 1957:2 side 7 og 34. Begrunnelsen var at de spørsmålene som oppstår når hele bygninger er satt opp på fremmed grunn, også kan oppstå mellom andre enn naboer. Saken her er et eksempel på det.

(34) Sivillovbokutvalet holdt det åpent om bestemmelsen kunne anvendes tilsvarende – analogisk – i slike tilfeller. Utvalet uttrykker på side 7 i rådsegna at spørsmålet var «uvisst» under den tidligere granneloven 1887 § 8, og noe annet er ikke sagt om den foreslåtte regelen. Som det også fremgår i Ot.prp.nr.24 (1960–1961) side 41, «svarar» regelen som kom i naboloven § 11, «i hovedsaka» til den tidligere regelen. I Rådsegn 7, NUT 1969: 4, som er forarbeider til lov om hendelege eigedomshøve, og som kom året etter at naboloven var vedtatt, sier Sivillovbokutvalet på side 8 at «[k]va som no gjeld i tilfelle som ikkje går inn under grannelova, er noko uklart».

(35) I de tilfellene naboloven § 11 får eller gis anvendelse, er det to alternative løsninger: Hovedregelen er at tiltakshaveren må *fjerne* den ulovlige delen av bygningen, jf. første ledd første punktum. Men det kan gjøres unntak når nærmere vilkår er oppfylt, og da slik at tiltakshaveren får rett til å beholde bygningen mot vederlag til grunneieren, jf. første ledd andre punktum. I så fall beholder med andre ord *tiltakshaveren eiendomsretten* til bygningen, og han får også en bruksrett til den beslaglagte grunnen, som etter tredje ledd er tidsbegrenset til byggets levetid. Det var dette unntaket lagmannsretten anvendte analogisk, idet den kom til at vilkårene i første ledd andre punktum var oppfylt.

(36) Lov om hendelege eigedomshøve § 8, som står i lovens kapittel «[f]ast eigedom», har denne ordlyden:

> «Når lausøyreting er bruka til bygging på framand grunn, får grunneigaren retten til alt som lyt reknast for oppbruka eller som ikkje kan skiljast ifrå att utan for stor skade og kostnad. Det same gjeld plantar, frø, gjødsel, jord, sand og liknande som er bruka på eigedomen.»

(37) Her er løsningen at *grunneieren får eiendomsretten* til bygningen. I så fall skal han yte vederlag til den «som misser retten til tingen sin», jf. § 10 første ledd.

(38) Selv om denne regelen nok først og fremst tar sikte på å regulere ulike former for sammenblandinger og sammenføyninger, herunder som følge av tilfeldigheter og misforståelser, favner ordlyden vidt. Regelen omfatter derfor også et tilfelle som vårt, hvor en bygning er satt opp av en annen enn grunneieren, jf. HR-2017-2064-A *snekkerens hytte*.

(39) I forarbeidene til lov om hendelege eigedomshøve fremheves domstolenes skjønnsfrihet i departementets generelle drøftelse av om det var grunn til å lovfeste reglene i lovutkastet, se Ot.prp.nr.30 (1967–1968) side 12:

> «Departementet vil streke under at tvistar på området er heller sjeldsynte, og at ein difor kan forme reglane slik at dei gir grunnlag for å skjøne seg fram til ei rimeleg og rettvis løysing i einskildtilfella.»

(40) Etter lov om hendelege eigedomshøve § 1 viker lovens regler for avtale og «serlege rettshøve». Om dette forbeholdet fremholder Sivillovbokutvalet i den nevnte NUT 1969: 4 side 18-19 at loven vil kunne vike ved passivitet, bindende forutsetninger og særlige kontraktsregler. Deretter uttrykkes:

> «For einskilde høve finst det òg særreglar utanom kontraktsretten, som er så spesielle eller har så sterk tilknyting til andre lover at dei bør verta ståande på sin gamle stad. Til døme kan ein her nemna reglane om krabbas-tømmer i vassdragslova ..., og om innpåbygging i grannelova 16. juni 1961 nr. 15 § 11. Det seier seg sjølv at slike reglar held fram å gjelda ved sida av dei allmenne reglane i framlegget, og det trengst ikkje seiast særskilt i lovteksten.»

(41) Det fremgår av Rt-2013-1560 at det ikke skal mye til for å fravike loven. Den saken gjaldt et tilfelle hvor det var rettskraftig avgjort at en kårbolig tilhørte gården. Spørsmålet for Høyesterett var om det vederlagskravet som boet etter kårfolket hadde, var foreldet. Høyesterett kom til at utgangspunktet etter lov om hendelege eigedomshøve § 10 er at vederlagskravet forfaller når tilleggsverdien tilføres hovedtingen. Men med henvisning til det Sivillovbokutvalet hadde sagt om forbeholdet for «serlege rettshøve», uttrykte førstvoterende i avsnitt 39:

> «Det må kunne sies at Sivillovbokutvalet var fullt innforstått med at det ikke skal mye til for å legge til grunn en annen regel enn den utvalget foreslo som normalløsning. Jeg tilføyer at det her ikke bare er tale om forutsetninger som kan konkret knyttes opp mot de parter som er berørt. Det må også være riktig å vektlegge de forutsetninger som parter normalt vil måtte antas å ha i tilsvarende avtaleforhold eller situasjoner.»

(42) Høyesterett fravek derfor loven, etter blant annet å ha gjennomgått ulike tilgrensende rettsområder. Vederlagskravet forfalt først da gårdeieren fikk rådighet over kårboligen etter kårfolkets død.

(43) Den aktuelle lovgivningen kan derfor oppsummeres slik:

(44) Naboloven § 11 får ikke direkte anvendelse. Forarbeidene til både den loven og til lov om hendelege eigedomshøve holder det åpent om § 11 kan anvendes tilsvarende – analogisk – utenfor sitt virkeområde. Lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer derimot direkte til anvendelse. Men den regelen skal det på den andre siden ikke mye til for å fravike.

Fastlegging av rettsregelen

(45) Rettsreglene om fast eiendom bygger på en lang rettsutvikling, og mange regler er stadig ulovfestede. En del regler ble lovfestet særlig på 1960-tallet, og da stort sett i forlengelsen av Sivillovbokutvalets arbeid. Men disse lovtekstene er korte og konsentrerer seg gjerne om visse hovedregler og -prinsipper. De overlater en del skjønn til domstolene.

(46) Jeg er derfor enig med Nordtveit og Myklebust, som i en artikkel fra 2019 om metodiske utfordringer i tingsretten, inntatt i Rett i vest, festskrift til 50-årsjubileet for juristutdanningen ved Universitetet i Bergen, skriver:

> «Ein heilt fullstending kodifikasjon av tingsretten har vi likevel ikkje fått. Framleis er sentrale delar av tingsretten bygde på sedvane og etablerte rettsoppfatningar. ...
>
> Det er eit gjennomgåande trekk ved 'sivilboklovene' at dei er kortfatta og i stor grad viser til allmenne prinsipp, som at rettshøve må tilpassast til 'tida og tilhøva' og at partane i ulike rettshøve ikkje må gjera noko som er 'urimeleg og uturvande' til skade eller ulempe. Dette opnar stort rom for skjøn og for utfylling av reglane frå domstolane si side. Også her vil dei nærare normene i stor grad vera skapte gjennom rettspraksis, sjølv om dei har forankring i lov.
>
> I lovgjevinga om retten til ting er det gjennomgåande fastsett at lovføresegnene berre gjeld så langt ikkje noko anna fylgjer av 'særlege rettshøve', 'særlige rettsforhold', 'særlig hjemmel' m.m. Dette fører til at det ofte må takast stilling til om det ligg føre særlege rettshøve basert på avtale, jordskifte (utskiftingsforretning), skylddelingsforretning, hevd, alders tids bruk, sedvanerett, lokal sedvane festna rettstilstand m.m., og kva dette i tilfelle går ut på. Lenge var det knytt tvil til om det var ein presumsjon for at lovregelen gjaldt, og om det skulle stillast krav om 'klare' bevis eller kvalifisert overvekt av bevis for at det låg føre eit særleg rettshøve, og rettspraksis var nokså uklar på dette punktet. I Rt-2012-1345 slo Høgsterett klart fast det som må vera rett: at det ikkje gjeld noko slikt krav om overvekt. ...»

(47) Dette tilsier etter min mening at når lovgivningen er så åpen som den er her, så har domstolene et skjønnsrom ved fastleggingen av den regelen som får anvendelse.

(48) Den rettspolitiske begrunnelsen for unntaket i naboloven § 11 første ledd andre punktum, som altså gir tiltakshaveren rett til å beholde den bygningen som delvis står på fremmed grunn, er at hans interesse i bygningen gjennomgående er større enn ulempen for grunneieren i å ha den stående på sin grunn. For meg står det klart at slik kan interessene også være i mange tilfeller hvor bygningen fullt ut står på fremmed grunn. Dette tilsier at bestemmelsen kan anvendes analogisk i visse tilfeller.

(49) Den rettspolitiske begrunnelsen for lov om hendelege eigedomshøve § 8 er, slik jeg ser det, ikke helt ulik, selv om løsningen der er den motsatte, nemlig at bygningen tilfaller grunneieren. Det vil ofte være urimelig og i strid med partenes forutsetninger om den som gjør tiltak på fremmed grunn, skal vinne rett der.

(50) Slik jeg ser det, må det derfor i et tilfelle som i denne saken, gjøres en nærmere avveining av hvilken parts interesser som sterkest gjør seg gjeldende. Men siden lov om hendelege eigedomshøve § 8 i utgangspunktet får direkte anvendelse, yter den en viss motstand mot å anvende naboloven § 11 analogisk. Det samme gjør hensynet til grunneierens sterke stilling i norsk rett, noe som er fremhevet i HR-2017-2064-A *snekkerens hytte* avsnitt 37, med henvisning til Rt-2015-1157 avsnitt 33 *Fårøya*. Analogisk anvendelse av naboloven § 11 første ledd andre punktum er derfor etter min mening bare aktuelt dersom tiltakshavers interesser *klart* overstiger ulempene for grunneieren. I tillegg må de vilkårene som bestemmelsen selv inneholder, være oppfylt.

(51) Jeg støtter meg her også til Brækhus og Hærem, Norsk tingsrett 1964, som på side 138 og 544 uttrykker at det «i mange tilfelle vil være naturlig å anvende nabol. § 11 analogisk». Dette er sagt før lov om hendelege eigedomshøve ble vedtatt, og uttalelsen var da kjent. Den sistnevnte loven tar også i stor grad sikte på å lovfeste tidligere ulovfestet rett.

Den konkrete anvendelsen

(52) I dette tilfellet er det helt klart at turlaget har den alt overveiende nytteverdien av turisthytta, og at ulempene for grunneieren av å ha den stående, er små. Jeg slutter meg her til det lagmannsretten uttrykker gjennom dette sitatet fra tingrettens dom:

> «Trollvassbu ligger i utkanten av gnr. 6 bnr. 3 i et LNFR-område hvor tillatelse til hyttebygging generelt ikke kan påregnes. Tromsø kommune har da også uttalt at det i nevnte område ikke ville bli gitt dispensasjon til hyttebygging. Dersom turlaget mot vederlag tilpliktes å overlate hytta til grunneier, vil kommunens standpunkt stenge for at den kan benyttes som en vanlig hytte. Hytta vil derfor neppe ha særlig verdi for grunneier. Allmennhetens bruk av hytta står i en prinsipielt annen stilling.
>
> Trollvassbu er i det alt vesentlige uten betydning for grunneier. Hytta ligger i utkanten av eiendommen, 4 – 5 km fra veien på Snarbyeidet. At hytta har hatt liten betydning for grunneiere, underbygges av den svært beskjedne kontakten grunneiere har hatt med turlaget. I tidshorisonten fra 1975 frem til Olufsen Moe erververt gnr. 6 bnr. 3 i 2017, er det kun få henvendelser og i lengre perioder var det ikke noen form for kontakt.»

(53) Jeg er derfor kommet til at det her er grunnlag for å anvende naboloven § 11 første ledd andre punktum analogisk. Lagmannsrettens rettsanvendelse er derfor riktig så langt anken er fremmet til behandling i Høyesterett. Spørsmålene om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, er ikke tillatt fremmet.

Sakskostnader

(54) Troms Turlag har vunnet saken og har krav på dekning av sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Selv om saken har reist et prinsipielt rettsspørsmål, kan jeg ikke se at tungtveiende grunner gjør det rimelig å gjøre unntak. Turlaget må derfor tilkjennes sakskostnader for alle instanser.

(55) Prosessfullmektigen har fremlagt kostnadsoppgave. Den omfatter salær for arbeid i 2020, som prosessfullmektigen imidlertid har ettergitt overfor turlaget. Dette arbeidet er opplyst å ha vært utført «pro bono», det vil si gratis til turlaget. Det er videre opplyst at prosessfullmektigen foreløpig ikke har tatt stilling til om senere opparbeidet salær vil bli ettergitt av samme grunn.

(56) Moe har anført at det ikke er grunnlag for å kreve erstattet kostnader for arbeid som prosessfullmektigen har utført «pro bono» for turlaget.

(57) Tvisteloven § 20-2 første ledd gir turlaget krav på full erstatning for «sine» sakskostnader. Ordlyden tilsier at kostnader som turlaget ikke er forpliktet til å dekke, ikke kan kreves erstattet.

(58) I Rt-2012-1985 *lengeværende barn I* står imidlertid et mindretall på fem dommere bak denne uttalelsen i avsnitt 214 og 215:

> «Jeg skal ta stilling til det sakskostnadskrav som NOAS har fremsatt, ut fra mitt syn på løsningen av de krav som er sakens tvistegjenstand. Da jeg er i mindretall, går jeg ikke dypt inn i dette. Men jeg finner grunn til å knytte en bemerkning til at staten har motsatt seg at NOAS tilkjennes sakskostnader fordi advokat Fougner har påtatt seg oppdraget pro bono. Staten anfører at NOAS da ikke hatt utgifter til saken, og derfor ikke kan kreve sakskostnader.
>
> Jeg er ikke enig med staten. Formålet med å påta seg et prosessoppdrag pro bono er å tilgodese den part man tar oppdraget for, ikke motparten. Utgangspunktet må derfor være at der søksmålet eller anken fører frem og det skal tilkjennes sakskostnader, så vil prosessfullmektigen – så langt dette danner grunnlag for et sakskostnadsansvar for

> den tapende part – kunne beregne vanlig salær.»

(59) For flertallet var det ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet.

(60) I HR-2020-1824-A kom Høyesterett til at forvaltningsloven § 36 ga et medlem av et fagforbund krav på dekning av sakskostnader, selv om kostnadene ble dekket av fagforbundet uten ansvar for medlemmet. Om reglene i tvisteloven uttalte førstvoterende i avsnitt 65:

> «Etter tvisteloven §§ 20-2 og 20-5 har den som har vunnet saken, krav på dekning av 'partens nødvendige kostnader'. Til tross for at det etter ordlyden er partens egne kostnader som kan kreves dekket, skjer det i praksis ingen vurdering av om det er parten selv som vil bli sittende med den endelige belastningen dersom sakskostnader ikke tilkjennes. Det finnes en rekke eksempler på at en part er tilkjent sakskostnader selv om utgiftene er dekket av andre, slik at det som tilkjennes i sakskostnader, ikke skal gå til dekning av kostnader som parten selv har pådratt seg. Dette vil gjelde blant annet der kostnadene dekkes av en forening eller under en rettshjelpsforsikring.»

(61) Jeg forstår uttalelsen slik at den bygger på at parten har krav på erstatning for sakskostnader som dekkes av tredjemann, også i de tilfellene parten selv ikke er ansvarlig for dem. En nærliggende slutning er at dette vil omfatte tilfeller der det er partens prosessfullmektig som dekker kostnaden gjennom å yte tjenesten «pro bono».

(62) De reelle hensynene som trekkes frem i disse dommene, er etter min mening overbevisende og må tilsi at tvistelovens regler her tolkes utvidende. En streng ordlydsfortolkning kan lede til vanskelige bevisvurderinger av om forpliktelsen består på partens hånd eller ikke, og den kan hemme ubemidlede parters mulighet til å fremme og forsvare sine rettigheter i domstolene. Motparten blir på sin side ikke skadelidende av at en tredjemann påtar seg det kostnadsansvaret som den vinnende parten ellers ville hatt selv.

(63) Jeg er derfor kommet til at turlaget har krav på erstatning også for de sakskostnadene prosessfullmektigen her har ettergitt overfor laget.

(64) Jeg legger her til at i slike tilfeller vil verken klienten eller andre ha gjort noen kontroll av kostnadens omfang. Dette må domstolene ha for øye i sin prøving av om kostnadene er «nødvendige», jf. tvisteloven § 20-5.

(65) For Høyesterett har turlaget opplyst at det ikke var riktig å inkludere merverdiavgift i sakskostnadskravet for underinstansene. Dette innebærer at de sakskostnadene lagmannsretten tilkjente, må reduseres tilsvarende.

(66) Lagmannsretten reduserte, med henvisning til tingrettens begrunnelse, de kostnadene som turlaget har krevd for behandlingen i tingretten, jf. tvisteloven § 20-5. Jeg er enig i den reduksjonen.

(67) Sakskostnadene som tilkjennes, blir da for tingretten 323 000 kroner og for lagmannsretten 299 413 kroner. Disse beløpsendringene påvirker ikke tidsrommet for beregningen av forsinkelsesrentene.

(68) For Høyesterett er det fremlagt oppgave på til sammen 227 438 kroner, som består av salær til og reisekostnader for turlagets prosessfullmektig tillagt merverdiavgift. Moe har ikke hatt innsigelser mot kostnadene, som jeg har kommet til at må anses nødvendige. De tilkjennes det offentlige, jf. rettshjelploven § 23.

(69) Domsslutningen må tilpasses at de sakskostnadene som tilkjennes for underinstansene, blir endret.

(70) Jeg stemmer for denne

DOM:

1. Tingrettens dom, domsslutningen punkt 1 til 3, stadfestes.
2. I sakskostnader for tingretten betaler Marius Olufsen Moe til Troms Turlag 323 000 – trehundreogtjuetretusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 2 – to – uker etter forkynnelsen av tingrettens dom.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Marius Olufsen Moe til Troms Turlag 299 413 – tohundreognittinitusenfirehundreogtretten – kroner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 2 – to – uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom.
4. I sakskostnader for Høyesterett betaler Marius Olufsen Moe til det offentlige 227 438 – tohundreogtjuesyvtusenfirehundreogtrettiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

(71) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(72) Dommer **Ringnes:** Likeså.

(73) Dommer **Steinsvik:** Likeså.

(74) Dommer **Skoghøy:** Likeså.

(75) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

1. *Tingrettens dom, domsslutningen punkt 1 til 3, stadfestes.*
2. *I sakskostnader for tingretten betaler Marius Olufsen Moe til Troms Turlag 323 000 – trehundreogtjuetretusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 2 – to – uker etter forkynnelsen av tingrettens dom.*
3. *I sakskostnader for lagmannsretten betaler Marius Olufsen Moe til Troms Turlag 299 413 – tohundreognittinitusenfirehundreogtretten – kroner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 2 – to – uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom.*
4. *I sakskostnader for Høyesterett betaler Marius Olufsen Moe til det offentlige 227 438 – tohundreogtjuesyvtusenfirehundreogtrettiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.*

LOVDATA

Norges Høyesterett - Dom - HR-2023-1807-A

Instans	Norges Høyesterett – Dom
Dato	2023-09-29
Publisert	HR-2023-1807-A
Stikkord	EØS-rett. Avtalerett. Statsstøtte. Lov om offentlig støtte 1992 § 5. Støtteprosessloven § 12.
Sammendrag	Oslo kommunes kommunale foretak Boligbygg inngikk i 2016 en avtale om å kjøpe leiligheter og garasjeplasser i Grønnegata 21 i Oslo. Den samlede kjøpesummen var i overkant av 75 millioner kroner. Etter oppslag i mediene og påfølgende undersøkelser konkluderte kommunen med at den hadde kjøpt til overpris. Kommunen vedtok å kreve tilbake 13 millioner kroner fra Grønnegata 21 AS og mente denne summen måtte regnes som ulovlig statsstøtte. Oslo kommunes klagenemnd opprettholdt vedtaket. Høyesterett har kommet til at vedtaket er ugyldig, og at Grønnegata 21 AS frifinnes for kravet om å tilbakebetale 13 millioner kroner. Høyesterett fastslår at vedtaket er ugyldig fordi Oslo kommune har lagt feil tidspunkt til grunn for når kjøpsavtalen kunne regnes som bindende. Fordi Boligbygg blant annet inngikk avtale med Grønnegata 21 AS uten å ha nødvendig fullmakt, må avtalen regnes som bindende fra et senere tidspunkt enn det kommunen har lagt til grunn i sitt vedtak. Siden eiendomsprisene hadde steget etter Boligbyggs avtaleinngåelse, har dette betydning for spørsmålet om det forelå statsstøtte. Selv om det ikke har betydning for resultatet i denne saken, uttaler Høyesterett at ulovlig statsstøtte i form av overpris kan pålegges tilbakeført, uten at det umiddelbart får følger for resten av kjøpsavtalen. Avgjørelsen klargjør hvilket tidspunkt som må legges til grunn i vurderingen av om det er gitt ulovlig statsstøtte. (Foreløpig sammendrag)
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2019-92973 – Borgarting lagmannsrett LB-2021-60587-1 – Høyesterett HR-2023-1807-A, (sak nr. 22-135401SIV-HRET).
Parter	Oslo kommune (Kommuneadvokaten i Oslo v/advokat Ane Grimelid – til prøve) mot Grønnegata 21 AS (advokat Robert Lund – til prøve). Møter i saken i medhold av, tvisteloven § 30-13: Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet (Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Erik Wennerås).
Forfatter	Dommerne Aage Thor Falkanger, Per Erik Bergsjø, Knut Erik Sæther, Borgar Høgetveit Berg og Wilhelm Matheson.

(1) Dommer **Falkanger**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

(2) Saken gjelder spørsmål om et kommunalt foretak ved kjøp av fast eiendom betalte overpris som utgjorde ulovlig offentlig støtte, og hvordan tilbakeføringen av eventuell ulovlig støtte skal skje.

(3) Flere politiske partier i Oslo kommune inngikk i 2013 den såkalte Tøyen-avtalen, som blant annet stilte opp et mål om at kommunen skulle erverve minst 600 boliger vest i Oslo for personer som er vanskeligstilte på boligmarkedet. Oppdraget ble lagt til det kommunale foretaket Boligbygg Oslo KF (Boligbygg), som i 2016 etablerte en egen innkjøpsavdeling på tre-fire personer for å gjennomføre dette. Boligbygg er en del av Oslo kommune.

(4) Som ledd i gjennomføringen av Tøyen-avtalen inngikk Boligbygg i 2016 avtale med Grønnegata 21 AS om kjøp av 16 andelsleiligheter og 9 garasjeplasser i Grønnegata 21 i bydel Frogner. Grønnegata 21 AS fremsatte 21. juni 2016 tilbud på andelene i særskilte dokumenter for hver andel. Boligbygg aksepterte tilbudene ved påtegning på hvert enkelt dokument. Kjøpekontrakter for hver andel ble imidlertid først signert 19. desember 2016. Den samlede kjøpesummen var på 75 055 000 kroner. På vegne av Boligbygg signerte A – som var fagansvarlig for innkjøp i nevnte innkjøpsavdeling – både akseptene og kjøpekontraktene. Det er på det rene at styret i Boligbygg hadde fullmakt fra bystyret til å kjøpe eiendommer opp til en verdi av 50 millioner kroner, mens A hadde fullmakt fra styret i Boligbygg til å kjøpe for inntil 15 millioner kroner.

(5) Etter oppslag i mediene om at Boligbygg angivelig skulle ha betalt overpris for en rekke eiendommer, engasjerte kommunen i oktober 2017 Deloitte AS til å granske Boligbyggs kjøp av til sammen 632 boenheter. Deloitte konkluderte med at Boligbygg hadde manglende styring og kontroll med sine anskaffelser, og at spesielt bygårder var kjøpt til pris over eller betydelig over markedsverdi.

(6) Etter å ha innhentet ytterligere verdivurderinger forhåndsvarslet kommunen 26. mars 2019 Grønnegata 21 AS om krav om tilbakeføring av overpris etter støtteloven 1992 § 5. Prosessvarsel ble sendt 23. mai 2019 for å unngå foreldelse av kravet.

(7) Byråden for næring og eierskap traff 3. juni 2019 – etter fullmakt – vedtak med slik slutning:

> «1. Ulovlig støtte gitt ved kjøpet av 16 andeler og ni parkeringsplasser i Grønnegata 21 fra Grønnegata 21 AS 23.06.16 kreves tilbakeført.
>
> 2. Støtten omtalt i vedtakspunkt 1 utgjør 13 000 000 kroner.
>
> 3. Støtten kreves tilbake med tillegg av renter i henhold til den enhver tid gjeldende rentesats regnet fra iverksettelsen av støtten til tilbakeføring skjer.»

(8) Kommunen tok 18. juni 2019 ut stevning mot Grønnegata 21 AS ved Oslo tingrett, med påstand om tilbakeføring av «ulovlig støtte ... oppad begrenset til 17 055 000 kroner».

(9) Den 27. juni 2019 klaget Grønnegata 21 AS over byrådens vedtak. Kommunens klagenemnd besluttet 10. mars 2020 å opprettholde vedtaket.

(10) I søksmålet avsa Oslo tingrett 7. februar 2021 dom med slik domsslutning:

> «1. Grønnegata 21 AS frifinnes.
>
> 2. Oslo kommunes vedtak av 3. juni 2019, opprettholdt av Oslo kommunale

klagenemnd den 10. mars 2020, er ugyldig.

3. Oslo kommune dømmes til å betale saksomkostninger med 4 744 747 – firemillionersyvhundreogførtifiretusensyvhundreogførtisyv – kroner til Grønnegata 21 AS.»

(11) Tingretten fant svakheter ved vedtaket som samlet sett medførte at det var ugyldig. Det ble særlig vist til at det ikke var tilstrekkelig utredet om det forelå ulovlig statsstøtte.

(12) Oslo kommune anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 2. juni 2022 avsa dom med slik domsslutning:

«1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Oslo kommune 5 500 000 – femogenhalvmillion – kroner til Grønnegata 21 AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen.»

(13) Lagmannsretten fant at Grønnegata 21 AS hadde fått ulovlig offentlig støtte gjennom salget, men at den var begrenset til rundt åtte millioner kroner. Etter lagmannsrettens syn hadde imidlertid ikke kommunen tilstrekkelig hjemmel til å kreve de åtte millioner kronene tilbakeført samtidig som avtalen ellers ble fastholdt. Et slikt inngrep i en gjensidig bebyrdende avtale, uten grunnlag i alminnelige avtalerettslige regler, ville etter lagmannsrettens syn representere et eget inngrep som krever en klar lovhjemmel. Støtteloven § 5 første ledd ga ikke en slik hjemmel.

(14) Oslo kommune har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen knyttet til spørsmålet om kommunen har tilstrekkelig hjemmel til å kreve tilbakeføring av statsstøtten.

(15) I tillegg til å anføre at lagmannsrettens dom er riktig på det punktet anken gjelder, har Grønnegata 21 AS i anketilsvaret fastholdt en rekke av de øvrige innsigelser som selskapet for de tidligere instanser har gjort gjeldende mot kommunens krav.

(16) Staten har holdt muntlig innlegg i saken etter tvisteloven § 30-13. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og KS – kommunesektorens organisasjon – har avgitt skriftlige innlegg. Det er dessuten fremlagt enkelte nye bevis og skriftlige forklaringer.

Partenes syn på saken

(17) Den ankende part – *Oslo kommune* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(18) Avtalen om salg av 16 leiligheter og 9 parkeringsplasser i Grønnegata 21 innebar ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 på 13 millioner kroner.

(19) At støtte gjennom ubalanserte avtaler – slik som her – omfattes av reglene om ulovlig offentlig støtte, er ikke tvilsomt. Det er effekten av tiltaket på mottakerens økonomiske stilling som er avgjørende. Formålet med støtten har ikke betydning.

(20) Ved avgjørelsen av om en transaksjon innebærer ulovlig støtte, må det tas utgangspunkt i hva en alminnelig forstandig privat markedsaktør ville ha gjort i en tilsvarende situasjon, basert på informasjon som var tilgjengelig på tidspunktet for transaksjonen. Boligbygg kan ikke sammenlignes med en ordinær boligkjøper, men med en bygårdskjøper som ville foreta tilsvarende kjøp, og som ville ta hensyn til avkastning i form av leieinntekter.

(21) Vurderingen av hva som var markedsverdi, må ta utgangspunkt i det tidspunktet da

støttemottakeren kunne innrette seg etter støtten. Det kunne Grønnegata 21 AS gjøre 23. juni 2016, da avtalen mellom partene ble inngått. At Boligbygg ikke hadde fått samtykke fra styret eller byråden, kan ikke være avgjørende. Avtalene om kjøp av andelene inneholdt ikke noe forbehold om slikt samtykke. Tvert imot var poenget med å selge andelene enkeltvis, og ikke hele eiendommen samlet, nettopp å unngå kravet om samtykke. Mye taler for at dette var en omgåelse av begrensningene i Boligbyggs fullmakt, men det er uten betydning. Hverken styret i Boligbygg eller byråden har senere gitt slikt samtykke, og det har heller aldri vært partenes intensjon at et slikt etterfølgende samtykke skulle gis. Partene anså seg bundet allerede gjennom avtalen 23. juni 2016. Kommunens hypotetiske adgang til å si seg ubundet av avtalen på grunn av manglende fullmakt kan ikke medføre at vurderingen av om Grønnegata 21 AS mottok støtte, skal ta utgangspunkt i et senere tidspunkt.

(22) Bevisføringen viser at avtalen medførte en økonomisk fordel for Grønnegata 21 AS på 13 millioner kroner. Dette beløpet utgjorde ulovlig støtte. Det er da tatt hensyn til en «rimelig prismargin», slik praksis fra ESA legger opp til. Konklusjonen bygger blant annet på uavhengige sakkyndige som har vurdert spørsmålet på forsvarlig grunnlag.

(23) Det er ikke tvilsomt at Grønnegata 21 AS var støttemottaker. At midlene ble brukt til utbytte til aksjonærer, endrer ikke dette. Det er videre klart at støtten kan tilregnes det offentlige, idet Boligbygg er en del av Oslo kommune.

(24) Støtten innebar eller kunne innebære en vridning av konkurransen, og den var egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området. Det dreide seg ikke bare om en rent lokal virkning, og støttebeløpet var ikke så beskjedent at støtten likevel var lovlig.

(25) Det hefter ikke saksbehandlingsfeil ved vedtaket om tilbakeføring av den ulovlige støtten. Saken ble forsvarlig utredet, og det er gjennomført en reell klagebehandling av habile aktører. Under enhver omstendighet var det tale om et lovbundet vedtak som domstolene kan prøve fullt ut. Eventuelle saksbehandlingsfeil har derfor ikke hatt betydning.

(26) Støtteloven § 5 gir hjemmel til å pålegge støttemottakere tilbakebetalingsplikt, også der ulovlig støtte er gitt som en del av et avtaleforhold, slik som her. De kontraktsrettslige konsekvensene må vurderes separat og har ikke betydning for det offentligrettslige kravet om tilbakeføring. Det blir opp til støttemottaker å gjøre gjeldende eventuelle avtalerettslige innsigelser i et eget spor. Noe annet ville ha innebåret et brudd på EØS-retten, som stiller krav om at nasjonale myndigheter på en effektiv måte sørger for tilbakeføring av ulovlig støtte. Uansett vil også en kontraktsrettslig vurdering føre til det samme resultatet. En konsekvens av den ulovlige støtten må bli delvis ugyldighet, slik at støttebeløpet også på dette grunnlaget må tilbakeføres.

(27) Kommunen har krav på ESAs markedsrente fra støtten ble utbetalt. Fra betalingsfristen i vedtaket har det påløpt forsinkelsesrenter.

(28) Oslo kommune har lagt ned slik påstand:

«1. Grønnegata 21 AS tilbakefører ulovlig offentlig støtte mottatt fra Oslo kommune ved Boligbygg Oslo KF, oppad begrenset til 13 000 000 kroner.

2. Grønnegata 21 AS betaler til Oslo kommune av beløpet i punkt 1 rente etter EFTAs overvåkningsorgans enhver tid gjeldende sats, for perioden 21. desember 2016 til og med 12. juli 2019.

3. Grønnegata 21 AS betaler til Oslo kommune av beløpet i punkt 1 med tillegg av rentebeløpet etter punkt 2, forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling m.m. for perioden 13. juli 2019 frem til betaling skjer.

4. Oslo kommune tilkjennes fulle sakskostnader.»

(29) Ankemotparten – *Grønnegata 21 AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(30) Saken gjelder reelt sett prøving av klagenemndas vedtak 10. mars 2020. Dette er beheftet med en rekke saksbehandlingsfeil. Allerede det at kommunen tok ut stevning i saken før forvaltningsprosessen var ferdigstilt, indikerer at behandlingen ikke har vært forsvarlig. En rekke av instruksene som gjelder for forberedelsen av saken i bystyrets sekretariat, er ikke overholdt. Aktørene var inhabile, og det skjedde ikke noen reell og forsvarlig klagebehandling. Begrunnelsen var heller ikke tilstrekkelig. Dessuten skulle departementet ha vært involvert. Det er klart at feilene kan ha virket inn på vedtaket.

(31) Avtalen med kommunen om salg av Grønnegata 21 innebar ikke ulovlig offentlig støtte. Det avgjørende tidspunktet for vurderingen er da kommunen ble rettslig forpliktet og Grønnegata 21 AS fikk en ugjenkallelig rett etter avtalen. Slik var situasjonen ikke 23. juni 2016. På grunn av manglende fullmakt kunne kommunen trekke seg, og slik var det også etter at kjøpekontraktene ble signert 19. desember 2016, muligens også langt senere. Det er uomtvistet at kjøpesummen var markedsmessig per desember 2016.

(32) Selv om vurderingen tar utgangspunkt i forholdene 23. juni 2016, fikk ikke Grønnegata 21 AS en økonomisk fordel gjennom salget. De 16 leilighetene og 9 garasjene ble solgt til markedspris, og selskapet er derfor ikke i en bedre økonomisk situasjon enn uten avtalen. De verdivurderingene som kommunen har fremlagt, bygger på uriktige rettslige prinsipper og har også andre vesentlige svakheter. Det skulle ha vært tatt hensyn til at markedet var historisk sterkt, og at det var forventning om betydelig verdistigning.

(33) Mange hensyn utover pris kan være relevante og begrunne betalingsvillighet. Ved bruken av det såkalte markedsaktørprinsippet har kommunen anvendt feil underkategori. Dessuten har man tatt utgangspunkt i selgeren, ikke kjøperen, slik man skulle ha gjort. Det blir videre uriktig å legge inn et krav om profitt. Boligbyggs formål er å dekke et lovpålagt boligtilbud, ikke profitt.

(34) Grønnegata 21 AS skulle videre ha vært tilstått en langt videre skjønnsmargin enn kommunen har gjort.

(35) Perspektivet som kommunen har anlagt, vil – om det skulle være riktig – ramme en rekke offentlige kjøp og salg og i realiteten fungere som en kontraktsrettslig prisavslagsbestemmelse.

(36) Uansett er ikke Grønnegata 21 AS støttemottaker, siden midlene er brukt til å betale utbytte til selskapets aksjonærer. Kjøpet kan dessuten ikke tilregnes Oslo kommune. Det var Boligbygg som sto bak kjøpet, og det skjedde uten nødvendig fullmakt fra kommunen.

(37) En støtte er videre bare ulovlig i den utstrekning den påvirker samhandelen i EØS-området. Det er ikke tilfellet her. Det aktuelle salget dreide seg om en disposisjon av lokal karakter. Eventuell overpris var ikke egnet til å ha innvirkning på andre investorer. Beløpet er dessuten relativt beskjedent.

(38) Under enhver omstendighet kan ikke kommunen kreve at Grønnegata 21 AS tilbakefører overprisen. Det ville innebære at selskapet tvinges til å avstå eiendommen til betydelig lavere pris enn avtalt. Selskapet må kunne velge mellom å stå i avtalen som den er, og at den tilsidesettes som ugyldig. Tilbakeføring ved restitusjon er en effektiv og treffsikker måte å sikre forpliktelsene etter EØS-avtalen. Støtteloven § 5 er ingen avtalerettslig ugyldighetsregel.

(39) Grønnegata 21 AS har lagt ned slik påstand:

> «Prinsipalt:
> 1. Anken forkastes.

2. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten med 7 426 275 kroner.
3. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

Subsidiært:
1. Grønnegata 21 AS frifinnes mot at partene tilbakefører sine respektive ytelser.
2. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten med 7 426 275 kroner.
3. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

(40) *Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet* har opptrådt i saken, jf. tvisteloven § 30-13 første ledd, og har særlig fremhevet:

(41) Lagmannsrettens tolkning av støtteloven § 5 er uriktig. Tolkningen vil innebære at norsk rett ikke er i samsvar med EØS-retten, som forbyr offentlig støtte og påbyr tilbakeføring ved overtredelser. Dette gjelder også støtte gjennom privatrettslige avtaler mellom det offentlige og støttemottaker. Statene må ha et regelverk som sikrer full og effektiv tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte.

(42) Støtteloven § 5 må forstås slik at den oppfyller disse kravene. Ordlyden tilsier klart at ved overpris er det den delen av vederlaget som utgjør støtte, som skal tilbakeføres. Denne forståelsen – som også har god forankring i andre rettskilder – utfordrer ikke legalitetsprinsippet.

(43) Tilbakeføringen kan skje på andre måter enn ved kontant betaling, men forutsetningen er at det skjer på en måte som er like effektiv og egnet. Når markedsverdien har forandret seg etter kjøpet, slik som her, vil avtalerettslig restitusjon være i strid med tilbakeføringsplikten. Avtalen vil i utgangspunktet være upåvirket av tilbakeføringen av støttebeløpet. Støttemottakeren kan imidlertid i etterkant av tilbakeføringen gjøre gjeldende avtalerettslige beføyelser i en egen sak. Disse beføyelsene må likevel ikke være av en slik karakter at de underminerer formålet med plikten til å tilbakeføre ulovlig støtte.

(44) Staten har ikke lagt ned påstand.

Mitt syn på saken

Innledende merknader

(45) Innledningsvis finner jeg grunn til å knytte noen bemerkninger til hva som er sakens gjenstand.

(46) Kommunen har krevd at Grønnegata 21 AS skal tilbakeføre et bestemt beløp, nemlig 13 millioner kroner. Kommunen har altså ikke knyttet påstanden direkte til kommunens vedtak 3. juni 2019 eller klagenemndas vedtak 10. mars 2020, der det ble besluttet at Grønnegata 21 AS skal tilbakeføre 13 millioner kroner. Bakgrunnen er – antar jeg – at det var kommunen som tok ut søksmål i saken. Det var altså ikke Grønnegata 21 AS som angrep vedtaket ved søksmål. Som tilsvar til kommunen har imidlertid Grønnegata 21 AS angrepet kommunens vedtak, også for Høyesterett.

(47) Slik jeg ser det, oppstår tilbakeføringskrav først når rette myndighet fatter et vedtak om at tilbakeføring skal skje, jf. Rt-2013-1665 avsnitt 38. Et eventuelt tilbakeføringskrav i vår sak oppsto dermed ved kommunens vedtak.

(48) I realiteten dreier saken seg derfor om hvorvidt dette vedtaket – eller snarere klagenemndas vedtak – er gyldig. Jeg legger dette til grunn i det følgende. Påstanden er imidlertid fremsatt som et krav om penger. Konsekvensen av eventuell ugyldighet må da bli at Grønnegata 21 AS frifinnes for kravet.

Innebar kjøpet av andelene i Grønnegata 21 ulovlig statsstøtte?

Noen rettslige utgangspunkter

(49) EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 lyder slik:

> «Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

(50) Bestemmelsen er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1.

(51) Flere vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig offentlig støtte etter artikkel 61 nr. 1. Jeg nevner særlig at tiltaket må innebære bruk av offentlige midler, og at ett eller flere bestemte foretak må få en økonomisk fordel som ikke andre foretak får. Dessuten må tiltaket være potensielt konkurransevridende og egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene.

(52) Om kravet om økonomisk fordel uttales det i avsnitt 66 i ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet, vedlegg til ESAs beslutning nr. 3/17/COL av 18. januar 2017, at artikkel 61 nr. 1 stiller krav om «any economic benefit which an undertaking could not have obtained under normal market conditions, that is to say in the absence of State intervention».

(53) Det følger blant annet av EU-domstolens dom 17. november 2022 i forente saker C-331/20 P *Volotea SA* og C-343/20 P *easyJet Airline Co. Ltd.* avsnitt 113 at man ved vurderingen skal bruke «princippet om den private aktør i en markedsøkonomi», noe som innebærer at det må påvises at virksomheten «klart ikke ville have opnået en tilsvarende fordel fra en privat aktør, der normalt anses for forsigtig og omhyggelig, og som befinder sig i en situation, der ligger så tæt som muligt på den situation, som den pågældende stat befinder sig i, og som handler under sædvanlige markedsvilkår».

(54) Enhver økonomisk fordel som stammer fra offentlige midler, skal i utgangspunktet anses som offentlig støtte, for eksempel offentlige lån og garantier som ikke gis på markedsvilkår. Det samme gjelder skatte- og avgiftsfritak, eller andre former for skattefordeler, som gis til enkelte sektorer eller bedrifter. Også offentlig kjøp av varer eller tjenester til overpris, eller salg av offentlige formuesgoder under markedspris, kan innebære at en eller flere bedrifter får en økonomisk fordel som utgjør offentlig støtte. At dette også gjelder der det offentlige kjøper fast eiendom, fremgår uttrykkelig av Kommisjonens avgjørelse i sak C 12/2009 *Karjaportti* av 12. juni 2012 avsnitt 156 [32013D0008][1]:

> «I princippet finder det markedsøkonomiske investorprincip ligeledes anvendelse på en stats køb af jord eller andre aktiver. Et sådant køb kunne omfatte statsstøtte, hvis det ikke kan betragtes som en normal kommerciel transaktion.»

(55) Ved vurderingen av om det offentliges kjøp er en slik «normal kommerciel transaktion», og derved ikke ulovlig støtte, må man ha et kjøperperspektiv – ikke et selgerperspektiv.

(56) Som det fremheves blant annet i EU-domstolens dom i Volotea- og easyJet-sakene, må det dreie seg om en fordel som mottaker «klart» ikke ville ha fått på markedsvilkår. I avtaletilfelle er det således bare klar under- eller overpris som omfattes.

(57) Hverken årsaken til eller formålet med støtten er relevant, jf. ESAs retningslinjer avsnitt 67.

(58) Vurderingen av om det dreier seg om en økonomisk fordel, må foretas ut fra omstendighetene da støtten ble gitt. Dette er uttrykkelig sagt i Prop.212 L (2020–2021) side 48. Der fremgår at tildelingstidspunktet er avgjørende, det vil si «det tidspunktet da støttemottaker ble gitt et rettslig bindende, uforbeholdent tilsagn om støtte».

(59) Dette samsvarer med EU-domstolens praksis om at det avgjørende er det tidspunktet da myndigheten forplikter seg til å yte støtten, jf. Underrettens dom 25. januar 2018 i sak T-818/14 *Brussels South Charleroi Airport* avsnitt 72, der det sies at «det følger af Domstolens praksis, at kriteriet for tidsfæstelsen af tildelingen af støtte er tidspunktet for den retligt bindende handling, hvorved den nationale kompetente myndighed forpligter sig til at yde støtten til støttemodtageren ...».

(60) Vurderingen skal altså ta utgangspunkt i det tidspunktet da myndigheten forpliktet seg til å gi støtte ved et ubetinget og rettslig bindende tilsagn. Det er først på dette tidspunktet at mottakeren vil kunne innrette seg etter støtten. I kontraktsforhold vil både støttegiver og mottaker binde seg. Det avgjørende vil likevel være når støttegiveren har bundet seg, og ikke når støttemottakeren har bundet seg.

Konkret vurdering av riktig tidspunkt for fordelsvurderingen

(61) I kommunens vedtak 3. juni 2019 ble det lagt til grunn at spørsmålet om Grønnegata 21 AS fikk en fordel gjennom salget, måtte vurderes ut fra omstendighetene 23. juni 2016. Det må antas at klagenemnda har lagt det samme til grunn.

(62) Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at det riktige ville ha vært å ta utgangspunkt i et langt senere tidspunkt, siden Boligbyggs aksept 23. juni 2016 skjedde uten nødvendig fullmakt. Som følge av at boligprisene i Oslo steg kraftig i tiden etter 23. juni 2023, vil dette spørsmålet ha stor betydning for om kommunens beregning av ulovlig støtte og tilbakeføringskrav er korrekt.

(63) Den 23. juni 2016 aksepterte altså Boligbygg å kjøpe de 16 andelene og 9 garasjeplassene. Tilbudene ble fremsatt av Grønnegata 21 AS i 16 ulike brev, og akseptene skjedde ved påtegning av A på hvert av disse. Selve kontraktene ble først signert 19. desember 2016, også da ved A. Som nevnt var A fagansvarlig for innkjøp i Boligbygg.

(64) Det er på det rene at styret i Boligbygg bare hadde fullmakt til å inngå avtaler om kjøp der kjøpesummen var under 50 millioner kroner. Avtaler som oversteg denne summen, måtte godkjennes av bystyret. As fullmakt var som nevnt begrenset til 15 millioner kroner.

(65) Ved at kjøpet gjaldt de enkelte andeler og garasjeplasser, og ikke bygården i sin helhet, lå hvert av kjøpene formelt under fullmaktsgrensene. Men som lagmannsretten peker på, fremstår oppdelingen av salget i andeler som en omgåelse av fullmaktene. Realiteten var at Boligbygg 23. juni 2016 gjorde ett kjøp til 75 055 000 kroner, og at kjøpene samlet sett – slik det var riktig å se dem – derved innebar at Boligbygg handlet uten nødvendig fullmakt. Lagmannsretten legger til grunn at B, som representerte Grønnegata 21 AS, kjente til dette. B har bekreftet dette i sin forklaring for Høyesterett.

(66) Kommunens aksept ved A 23. juni 2016 inneholdt ikke noe forbehold om godkjennelse fra styret i Boligbygg eller bystyret. Det gjorde heller ikke kontraktene 19. desember 2016. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Selv uten et slikt forbehold vil en overskridelse av fullmakt gjøre at avtalen ikke er bindende dersom den andre parten kjenner eller burde kjenne til overskridelsen. For styret heter det i vedtektene for Boligbygg § 7 siste ledd:

> «Styrets vedtak i saker som skal endelig avgjøres av Oslo bystyre, jfr. 1. ledd, er ikke bindende for Oslo kommune, før de er godkjent av bystyret.»

(67) Bestemmelsen kan ikke uten videre være avgjørende i de tilfeller der avtalemotparten hverken kjente til eller burde ha kjent til overskridelsen. Men som nevnt er ikke dette situasjonen i vår sak, og da får dagjeldende kommunelov 1992 § 74 anvendelse:

> «Har noen som representerer foretaket utad, ved handling på vegne av foretaket overskredet sin myndighet, er handlingen ikke bindende for kommunen eller fylkeskommunen hvis medkontrahenten innså eller burde innsett at myndigheten ble overskredet, og det derfor ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende.»

(68) I vår sak hadde hverken styret i Boligbygg eller A myndighet til å inngå avtalene. Dette innebærer at kommunen også etter 23. juni 2016 kunne gjøre gjeldende at avtalen ikke var bindende. Kommunen ville ikke ha avgitt et rettslig bindende tilsagn før bystyret hadde samtykket til avtalen. Først da kunne selskapet fullt ut innrette seg på at støtten var gitt. Akkurat når dette skjedde, er uklart. Kontrakten ble som nevnt signert 19. desember 2016, men også det skjedde ved A og innebar ikke noe slikt samtykke. På et eller annet tidspunkt må antakelig bystyret anses for å ha gitt samtykke, ved konkludent adferd eller på annen måte, men saken er ikke godt nok opplyst til at jeg finner grunnlag for å gå nærmere inn på dette.

(69) For meg er det tilstrekkelig å konkludere med at kommunen i hvert fall i løpet av 2016 ikke hadde gitt et ubetinget og rettslig bindende tilsagn om støtte.

(70) Vedtaket om tilbakeføring av statsstøtte bygger derved på uriktig rettsanvendelse knyttet til vurderingstidspunktet. Det er videre på det rene at eiendomsprisene steg kraftig i Oslo etter 23. juni 2016. Det er opplyst for Høyesterett at kvadratmeterprisen for boliger i bydel Frogner fra juni 2016 til årets slutt steg fra rundt 75 000 kroner til rundt 85 000 kroner. De nærmere detaljene i utviklingen i eiendomsmarkedet går jeg imidlertid ikke inn på, da det er åpenbart at det kan ha virket inn på vedtakets innhold at kommunen har lagt uriktig tidspunkt til grunn. Som nevnt vil det bare være klar overpris som utgjør støtte.

(71) Vedtaket er etter dette ugyldig, og det er da heller ikke grunnlag for tilbakeføringskravet.

Hvordan skulle ulovlig støtte ha vært tilbakeført?

(72) Med denne konklusjonen er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de andre innsigelsene som er reist mot tilbakeføringskravet. Foranlediget av lagmannsrettens dom, kommunens anke og av at partene og staten inngående har prosedert spørsmålet om hvordan støtte i så fall skulle tilbakeføres, og at det er et behov for rettsavklaring på området, vil jeg imidlertid si noe om mitt syn på hvordan en slik tilbakeføring skal skje.

(73) Etter protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 og del II artikkel 3 til avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) er det forbudt å iverksette støtte som faller innenfor EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 uten godkjennelse fra ESA. Forbudet – ofte omtalt som iverksettelsesforbudet – innebærer også plikt for statene til på eget initiativ å sørge for at

støtte som er tildelt i strid med forbudet, tilbakeføres, jf. EU-domstolens storkammerdom 5. mars 2019 i sak C-349/17 *Eesti Pagar AS* avsnitt 92:

> «Det følger heraf, at når en national myndighed konstaterer, at støtte, som den har tildelt i medfør af forordning nr. 800/2008, ikke opfylder de fastsatte betingelser for at være omfattet af fritagelsen fastsat i denne forordning, påhviler det denne myndighed mutatis mutandis at overholde de samme betingelser som de i nærværende doms præmis 89 anførte, herunder pligten til på eget initiativ at tilbagesøge den ulovligt tildelte støtte.»

(74) Formålet med tilbakeføringsplikten er å rette opp skjevheten som har oppstått i markedet som følge av den ulovlige støtten. Støttemottakeren fratas den økonomiske fordelen vedkommende har hatt i forhold til konkurrentene, og situasjonen fra tiden før støtten ble tildelt, gjenopprettes, jf. Eesti Pagar-dommen avsnitt 131:

> «Hvad angår de nævnte konsekvenser skal det bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at ophævelse af en uretmæssig støtte ved at kræve den tilbagebetalt med henblik på at genoprette den oprindelige situation er den logiske følge af, at støtten er fundet ulovlig. Det hovedformål, som forfølges med tilbagebetalingen af ulovligt ydet statsstøtte, er nemlig at fjerne den konkurrencefordrejning, som er forårsaget af den konkurrencefordel, som er opnået ved en sådan støtte. Ved denne tilbagebetaling af støtten mister støttemodtageren den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte genoprettes ....»

(75) Med virkning fra 1. januar 2023 fremgår for norsk retts vedkommende iverksettelsesforbudet og den tilhørende plikten til å kreve tilbake ulovlig støtte av støtteprosessloven §§ 5 og 12. På vedtakstidspunktet var imidlertid tilbakeføringsplikten hjemlet i støtteloven § 5 første ledd, som lød slik:

> «Dersom meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 er tildelt før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent meldingen, eller EFTAs overvåkningsorgan finner at støtten er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, kan støtten kreves tilbakeført.»

(76) Det har tidligere i saken vært reist spørsmål om bestemmelsen ga hjemmel for å innkreve støtte gitt i form av ubalanserte avtaler. For Høyesterett synes partene imidlertid å være enige om at bestemmelsen ga slik hjemmel. Jeg er enig i dette. Paragraf 5 gjaldt «meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61». Som jeg har fremholdt tidligere, omfatter artikkel 61 alle former for støtte. Denne forståelsen underbygges av forarbeidene til loven. I Ot.prp.nr.98 (2001–2002) side 6 heter det:

> «Regelen avløyser noverande § 3. Formålet med endringa er å gjere det klart at all stønad som fell inn under verkeområdet for loven, her medrekna indirekte stønad, også kan vere gjenstand for krav om tilbakeføring etter § 4.»

(77) Dette er utdypet på side 4 i proposisjonen.

(78) Partene er imidlertid fortsatt uenige om på hvilken måte slik tilbakeføring skal skje. Kommunen og staten har fremholdt at tilbakeføring – i hvert fall som den klare hovedregel – skal skje ved at selve støttebeløpet tilbakeføres, altså den delen av vederlaget som anses som ulovlig statsstøtte. Bare der andre måter å tilbakeføre på har samme effekt, kan slike alternativer være aktuelle. Grønnegata 21 AS har mot dette anført at tilbakeføring normalt skal skje ved at kontraktsytelsene tilbakeføres i sin helhet.

(79) I et stigende marked – slik som tilfellet var i denne saken – kan valget mellom de to alternativene gi store utslag.

(80) Paragraf 5 sier ikke noe helt uttrykkelig om denne problemstillingen, men det er klart mest nærliggende å lese bestemmelsen slik kommunen og staten gjør. Det er «meldepliktig støtte» som kan kreves tilbakeført, og det er naturlig å lese dette slik at det siktes til det elementet som utgjør ulovlig støtte, og ikke til avtalen i sin helhet. Med en slik forankring i ordlyden utfordrer ikke denne tolkningen legalitetsprinsippet.

(81) Så vidt jeg kan se, behandles ikke dette spørsmålet eksplisitt i støttelovens forarbeider. Men samlet sett forstår jeg dem slik at det er elementet av statsstøtte som skal føres tilbake. I forarbeidene til den nye støtteprosessloven er dette sagt mer uttrykkelig, jf. Prop.212 L (2020–2021) side 49:

> «Departementet har vurdert hvilken betydning tilbakeføringskrav etter lovforslaget § 12 har for kontraktsforholdet der støtten er tildelt gjennom kontrakt. Et tilbakeføringskrav hjemlet i støtteprosessloven er ikke et kontraktsrettslig krav, men et selvstendig krav hjemlet i støtteprosessloven på grunnlag av et brudd på iverksettelsesforbudet og notifikasjonsplikten i støtteprosessloven. Hvilken betydning et tilbakeføringskrav kan ha for underliggende kontrakter vil trolig variere. Virkningene for det enkelte kontraktsforhold må løses etter alminnelige kontraktsrettslige og erstatningsrettslige regler. Det er etter departementets syn derfor ikke hensiktsmessig å regulere hvilken betydning tilbakeføringskrav har for underliggende kontraktsforhold i støtteprosessloven. Departementet opprettholder forslaget på dette punktet.»

(82) Dette må forstås slik at departementet mener at det er støtteelementet som skal tilbakeføres. Hvilken virkning tilbakeføring får på kontrakten, blir et eget kontraktsrettslig spørsmål som må avgjøres særskilt. Proposisjonen har i denne sammenhengen karakter av etterarbeider, men uttalelsen – som ledet til ny lov – viser hvilket system lovgiver har ønsket.

(83) Tolkningen underbygges av EØS-rettens krav til effektiv håndhevelse av reglene om ulovlig støtte. EU-domstolen har flere ganger understreket viktigheten av dette, jf. Eesti Pagar-dommen avsnitt 140:

> «En national regel, der forhindrer en national ret eller myndighed i at drage alle konsekvenser af en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 3, tredje punktum, TEUF, skal nemlig anses for uforenelig med effektivitetsprincippet ....»

(84) EU-domstolen har også fremhevet at tilbakeføring normalt skal skje ved kontant betaling. Den har likevel åpnet for at også alternative måter kan godtas, men bare hvis de er like egnede, jf. dom 7. juli 2009 i sak C-369/07 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 79, der det «mindes om Domstolens udtalelse om, at hvis en medlemsstat bestemmer, at tilbagesøgningen af den nævnte støtte skal ske på anden måde end ved kontant betaling, skal den forelægge Kommissionen alle de oplysninger, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om det valgte middel er egnet til at gennemføre beslutningen ...».

(85) Om restitusjon av kontraktsytelser vil være tilstrekkelig, uttaler Kommisjonen seg i rådgivende uttalelse 30. juni 2021 til ankedomstolen i Gent i Belgia i sak 2019/AR/548. Saken gjaldt salg av offentlig eiendom til underpris. I avsnitt 52 og 54 heter det:

> «52. Therefore, in the present case, the recovery of the State aid granted to Bijloke b.v. would seem to constitute appropriate action to address the consequences of the infringement of Article 108(3) TFEU. The amount of aid would consist in the difference between the market price of the land and the price of EUR 17,513,000, which Bijloke b.v. actually paid for that land.
>
> ...

> 54. Another possible remedy could be the nullity of the sale of the 79 plots of land, if foreseen by national law, but in that case the national court should ensure that this solution does not provide any residual advantage to the beneficiary as compared to the full recovery of unlawful State aid (including interests for the period of unlawfulness).»

(86) Utgangspunktet er altså at hvis hovedregelen om kontant tilbakeføring skal fravikes, må det påses at ingen restfordel – «residual advantage» – tilfaller støttemottakeren sammenlignet med tilbakeføring ved kontant betaling med renter. Som EU-domstolen uttaler i dom 15. desember 2005 i sak C-148/04 *Unicredito Italiano SpA* avsnitt 117, skal tilbakeføringen innebære at «man så vidt muligt går tilbage til den situation, der ville have foreligget, hvis de pågældende transaktioner var blevet gennemført» uten den ulovlige støtten.

(87) I Kommisjonens avgjørelse 2015/456 av 5. september 2014 [32015D0456][1] ble bytte av landarealer mellom myndighetene og private, mot at den private fikk byggetillatelser på sitt nye areal, ansett å inneholde ulovlig støtte. Kommisjonen åpner her for at tilbakeføring kan skje ved restitusjon av kontraktsytelsene, men under den forutsetning at «der ikke var sket materielle ændringer på de pågældende henholdsvis statsejede og privatejede skovarealer efter datoen for byttetransaktionen», jf. avsnitt 177.

(88) På denne bakgrunnen er det etter min mening klart at ulovlig støtte i form av overpris etter § 5 kan pålegges tilbakeført uten at dette umiddelbart får følger for kontraktsforpliktelsene. Restitusjon av kontraktsytelsene ville bare kunne være aktuelt der en slik fremgangsmåte vil være like egnet og effektiv som tilbakeføring av selve støtteelementet.

(89) Jeg føyer til at en støttemottaker som pålegges å tilbakeføre det ulovlige støtteelementet, må kunne gjøre gjeldende i en egen sak at kontraktsforpliktelsene er endret som følge av tilbakeføringsplikten. Hvordan et slikt kontraktsrettslig revisjonskrav skal bedømmes rettslig, går jeg ikke nærmere inn på. Det må imidlertid være klart at det også her må tas hensyn til våre EØS-rettslige forpliktelser om å sikre effektiv tilbakeføring av ulovlig støtte.

(90) Som det vil ha fremgått, har min drøftelse rettet seg mot støtteloven § 5. Jeg føyer imidlertid til at støtteprosessloven § 12 må forstås på tilsvarende måte.

Konklusjon og sakskostnader

(91) Vedtaket om tilbakeføring er etter dette ugyldig, og Grønnegata 21 AS skal frifinnes for kravet. Anken må da forkastes.

(92) Grønnegata 21 AS har vunnet saken og har i samsvar med tvisteloven § 20-2 første ledd krav på dekning av sakskostnader. Det er ikke grunn til å gjøre unntak etter § 20-2 tredje ledd.

(93) Grønnegata 21 AS har fremlagt oppgave over kostnadene for behandlingen i Høyesterett på 5 088 734 kroner uten merverdiavgift, hvorav salær for i overkant av 1 100 timer utgjør det alt vesentlige. Med tillegg av merverdiavgift er kravet 6 360 917 kroner. Beløpet er høyt, men jeg mener at det ikke er grunnlag for å sette det ned. Jeg nevner at ankeforhandlingene pågikk over fire fulle rettsdager. Selv om det likevel er påløpt mange timer, er det bare omtrent 150 timer mer enn kommunen har krevet dekket. Grønnegata 21 AS hat hatt en rekke innsigelser mot lagmannsrettens dom og arbeid med frifinnelsesgrunner som lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til, og som nødvendigvis må ha medført mye arbeid. Jeg nevner også at timeprisen ikke er så høy at den i seg selv gir grunnlag for nedsettelse – i gjennomsnitt noe under 4 600 kroner. Samlet er kostnadene nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

(94) Det er ikke grunn til å endre lagmannsrettens avgjørelse om sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

(95) Jeg stemmer for denne

DOM:

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Grønnegata 21 AS 6 360 917 – seksmillionertrehundreogsekstitusennihundreogsytten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen.

(96) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(97) Dommer **Sæther:** Likeså.

(98) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.

(99) Dommer **Matheson:** Likeså.

(100) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Grønnegata 21 AS 6 360 917 – seksmillionertrehundreogsekstitusennihundreogsytten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen.

1 Tilføyd av Lovdata.

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2020-82571-2

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2022-10-14
Publisert	LB-2020-82571-2
Stikkord	Kontraktsrett. Entreprise. Heving. Erstatning. PS2000. Kjøpsloven § 62 og § 67. NS 8405, NS 8406 og NS 8407.
Sammendrag	Statens vegvesen (SVV) hevet kontrakt med International Business Machines AS (IBM) om leveranse, drift og vedlikehold av en IKT-løsning for innkreving av bompenger i Norge, før løsningen var ferdig. Hevingen var begrunnet med inntrådt vesentlig mislighold av plikter knyttet til prosjektstyringen og antesipert vesentlig forsinkelse. Kontrakten var regulert av PS2000. Lagmannsretten kom i likhet med tingretten til at hevingen ikke var rettmessig og at staten ved Samferdselsdepartementet ikke har krav på erstatning. IBM hadde misligholdt plikten til fremdriftsrapportering. Dette ble ikke sett som vesentlig. Det var heller ikke «klart» at vesentlig forsinkelse ville inntre, jf. kontraktens generelle bestemmelser punkt 6.3.2. Statens anke ble forkastet. IBM fikk i det alt vesentlige medhold i sine motkrav om vederlag og erstatning.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2016-51424 – Borgarting lagmannsrett LB-2020-82571-2 (20-082571ASD-BORG/03).Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet, HR-2023-563-U.
Parter	I Anke: Staten v/Samferdselsdepartementet (advokat Goud Helge Homme Fjellheim) mot International Business Machines AS v/styrets leder (advokat Magnus Hellesylt). II Avledet anke: International Business Machines AS v/styrets leder (advokat Magnus Hellesylt) mot Staten v/Samferdselsdepartementet (advokat Goud Helge Homme Fjellheim).
Forfatter	Lagdommer Jannicke Johannesen, lagdommer Jane Wesenberg og ekstraordinær lagdommer Jakob Wahl.Meddommere: Selvstendig næringsdrivende Thron Ivar Berg og daglig leder Rune Christian Brøther Børresen.
Sist oppdatert	2023-04-05

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2020-82571-2 1
Innholdsfortegnelse 2
Sakens bakgrunn 5
Partenes påstander og påstandsgrunnlag 9
Den ankende part, Staten v/Samferdselsdepartementet, har i hovedtrekk gjort gjeldende: 9
Ankemotparten, International Business Machines AS, har i hovedtrekk gjort gjeldende: 16
Lagmannsretten bemerker 21
1 Innledning – Kravene, hovedspørsmålet og lagmannsrettens konklusjon 21
2 Overordnet blikk på tilbuds- og løsningsbeskrivelsesfasen 22
3 Var det inntrådt vesentlig mislighold på hevingstidspunktet? 24
3.1 Innledning – Partenes syn på de rettslige utgangspunktene 24
3.1.1 Hevingsvarselet som ramme 24
3.1.2 Sondringen mellom hoved- og biforpliktelser 26
3.1.3 Bevistemaet 28
3.2 Rammene som hevingsvarselet konkret setter i denne saken 28
3.3 Har IBM vesentlig misligholdt prosjektstyringen? 32
3.3.1 Innledning – Forholdene som lagmannsretten vil vurdere 32
3.3.2 Realistisk gjennomføringsplan 32
3.3.3 Reell fremdriftsrapportering 35
3.3.4 Verktøy, herunder konfigurasjonsstyring og kravsporing 40
3.3.5 Bemanning og organisering 44
3.3.6 Estimeringen i tilbudsfasen og ut av løsningsbeskrivelsesfasen 46
3.3.7 Helhetlig logisk datamodell 47
3.3.8 Innsyn i arkitekturbeslutninger 50
3.3.9 De øvrige forholdene som kan påberopes og blir påberopt 51
3.3.10 Konklusjon – Inntrådt vesentlig mislighold 51
4 Var det klart på hevingstidspunktet at det ville inntre vesentlig forsinkelse (antesipert forsinkelse)? 52
4.1 Innledning – Partenes syn på de rettslige utgangspunktene 52
4.1.1 Beviskravet 52
4.1.2 Bevistemaet 55
4.2 Om IBM har gitt en utvetydig tilkjennegivelse for antesipert mislighold 56
4.3 Om SVV i virkeligheten mente at det ikke eksisterte en hevingsrett 57
4.4 Hadde IBM krav på fristforlengelse og flytting av milepæler? 58
4.4.1 Innledning – Oversikt over gruppene av forhold som kan begrunne fristforlengelse/flytting av milepæler og lagmannsrettens konklusjon 58
4.4.2 Ferie 59
4.4.3 Fristforlengelse på grunn av endringsanmodninger hvor konsekvensen hadde inntrådt da kontrakten ble hevet – Noen fellesspørsmål 60
4.4.3.1 Innledning 60
4.4.3.2 Kontraktens regler om endringer 60
4.4.3.3 Særlig om iterative prosesser 61
4.4.3.4 Generelt om endringer under konstruksjonsfasen 62
4.4.4 EA053 Økt kompleksitet 63
4.4.4.1 Innledning – Behandlingen av EA053 63
4.4.4.2 Partenes anførsler 65
4.4.4.3 Utgangspunkter for lagmannsrettens drøftelse 65
4.4.4.4 Fritaksregler 66
4.4.4.5 ACT- og TST-fil 68
4.4.4.6 Brukergrensesnitt 68
4.4.4.6.1 Innledning 68
4.4.4.6.2 Endringer i kundebildet – «Ett stegs registrering» 69
4.4.4.6.3 Brikkelogistikk og fjerning av brukergrensesnittet «bomsnitt» 71
4.4.4.7 Økt kompleksitet 72

4.4.4.7.1 Innledning 72
4.4.4.7.2 «SAP i CRM» – Merarbeid på grunn av økt kompleksitet i tilknytning til EA018 73
4.4.4.7.3 Brukerhistorien UC_CM_03 (Håndtere sak) 77
4.4.4.7.4 Brukerhistorien UC_AM_05 (Ny avtale) 77
4.4.4.7.5 Brukerhistorien UC_AM_ADM_13 (Bompakke) 78
4.4.4.7.6 Brukerhistorier i tilknytning til brikkelogistikk 79
4.4.4.7.7 Andre brukerhistorier i gruppen «økt kompleksitet» 80
4.4.4.8 «Annet» 80
4.4.4.9 Oppsummering – gruppene av brukerhistoriene i EA053 80
4.4.4.10 Statens generelle innsigelser til EA053 80
4.4.4.10.1 Om IBM kan kreve endring for arbeid som allerede er utført 80
4.4.4.10.2 Om arbeidet i EA053 var på kritisk linje 81
4.4.4.10.3 Om usikkerhetsmatrisens betydning for de endringer som kan kreves 82
4.4.4.10.4 Statens øvrige innsigelser 83
4.4.4.11 EA053 – Konklusjon 84
4.4.5 EA054 Arbeidsform 84
4.4.5.1 Innledning – Behandlingen av EA054 84
4.4.5.2 Partenes anførsler 85
4.4.5.3 Om IBMs krav er et «plunder og heft»-krav 85
4.4.5.4 Kontraktens bestemmelser om leverandørens plikter og kundens medvirkning 86
4.4.5.5 Usikkerheten knyttet til SVVs gjennomføringsevne 87
4.4.5.6 Rapporter om fremdriftshindringer i konstruksjonsfasen 89
4.4.5.7 Om ansvaret for å bidra til en standardløsning 90
4.4.5.8 Fritaksberettigede kjøretøy – buss i rute 92
4.4.5.9 Audit fields (revisjonsspor) 93
4.4.5.10 Avtalestruktur 94
4.4.5.11 Bompakke 94
4.4.5.12 Aksjoner i «Tasks» 94
4.4.5.13 EA054 – konklusjon 95
4.4.6 EA067 Greenbird 96
4.4.7 EA078 Kina-saken 97
4.4.7.1 Innledning og partenes anførsler 97
4.4.7.2 Lagmannsrettens syn 97
4.4.8 Underkjenningen av kontrollpunkt 2 (KP2) 101
4.4.8.1 Innledning – Betydningen av KP2 for IBMs krav på fristforlengelse/flytting av milepæler 101
4.4.8.2 Hva som etter kontrakten skal skje i et kontrollpunkt 101
4.4.8.3 Behandlingen av KP2 102
4.4.8.4 Volumet som grunnlag for å underkjenne KP2 103
4.4.8.5 Testrapporten som grunnlag for å underkjenne KP2 105
4.4.8.6 Gjennomføringsplanen som grunnlag for å underkjenne KP2 108
4.4.9 EA108, 113 og 117 111
4.4.10 EA112 (R8 miljø) 113
4.4.11 Oppsummering 113
4.5 Kunne IBM nådd HMP2 til 5.[1] april 2016/HMP2.2 til 12.[2] august 2016? 114
4.5.1 De sakkyndiges vurderinger av når HMP2 kunne vært nådd 114
4.5.2 Lagmannsrettens vurdering av når HMP2 og HMP2.2 kunne vært nådd 115
4.5.2.1 Innledning – Metoden 115
4.5.2.2 Ressursene som var trukket ut av iterasjon 3 115
4.5.2.3 DCUT-arbeidet i iterasjon 3 116
4.5.2.4 Iterasjonstesten av iterasjon 3 og SIT 120
4.6 Konklusjon – antesipert vesentlig forsinkelse 121
5 Vederlag 121
5.1 Innledning 121
5.2 Kort om vederlagsmekanismen i Leveranseavtalen 122

5.3 Betaling for programvare....122
5.4 IBMs krav på betaling for utført arbeid....123
5.5 Beregning av målprisen....124
5.6 Målpristaket....125
5.7 Endringer som ikke inngår i målprisen....127
5.7.1 Innledning....127
5.7.2 EO064 – Preventive aksjoner grunnet EA078....127
5.7.3 EA069 – PRO Planarbeid....127
5.8 Vederlag under Finansieringsavtalen – IBMs påstand post 2....128
5.9 Ubetalte fakturaer....128
5.10 Oppsummering – IBMs vederlagskrav....129
5.11 IBMs krav om erstatning/avbestillingskompensasjon....129
5.11.1 Erstatning/avbestillingskompensasjon etter Leveranseavtalen....129
5.11.2 Avbestillingskompensasjon i medhold av avtalene om vedlikehold og drift....130
5.12 Renter....131
6 Sakskostnader....131

Saken gjelder krav om erstatning og vederlag etter heving av avtale om levering av en informasjons- og kommunikasjonsteknologiløsning (IKT-løsning) for innkreving av bompenger.

Sakens bakgrunn

Statens vegvesen (SVV) og International Business Machines AS (IBM) inngikk 20. desember 2013 avtale om levering av en IKT-løsning for innkreving av bompenger i Norge (Leveranseavtalen). SVV og IBM inngikk samtidig tre andre avtaler: en om drift- og forvaltning, en om videreutvikling og konsulentbistand og en om finansiering (Finansieringsavtalen).

Oslo tingrett har beskrevet bakgrunnen for avtaleinngåelsen slik:

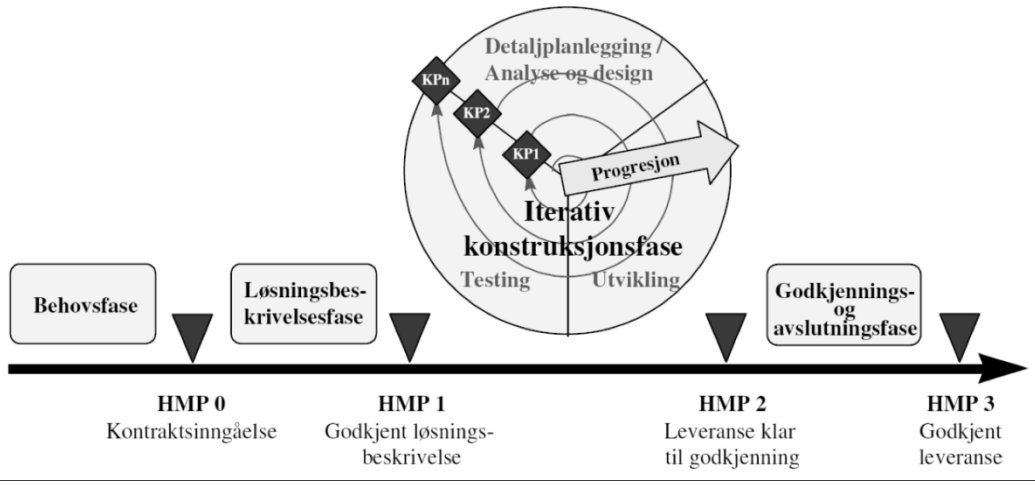
> AutoPASS er det norske systemet for innkreving av bompenger. Med AutoPASS-avtale og bombrikke belastes bilpasseringer automatisk i alle tilknyttede bompengeanlegg.
>
> Bompengeanleggene styres av bompengeselskaper opprettet for å delfinansiere veiprosjekter. Kommuner og fylker er vanligvis majoritetseiere. På kontraktstidspunktet var normen at det ble opprettet ett bompengeselskap for hvert veiprosjekt, slik at antallet var over 50. De fleste har satt ut den operative innkrevingen til et driftsselskap.
>
> SVV er den utøvende myndighet på vegne av staten og Stortinget, og fastsetter de tekniske kravene til AutoPASS.
>
> I AutoPASS er det en felles sentral IKT-løsning som administrerer kundeforhold, bearbeider alle data om passeringer i bomstasjoner, klargjør faktureringsgrunnlag for bompengeselskapene og foretar avregninger mellom disse.
>
> I 2006 ble det inngått avtale med Q-Free ASA om utvikling og drift av en slik sentral IKT-løsning. Dette sentralsystemet fikk navnet CS Norge. SVV erverver ikke eiendomsretten, men inngikk avtale med Q-Free om bruk og drift av løsningen.
>
> SVV gjennomførte i 2011 et forprosjekt for å vurdere hvilket konsept som skulle velges i forbindelse med at avtalen med Q-Free løp ut. Konklusjonen ble at SVV skulle anskaffe en egen IKT-løsning som skulle erstatte CS Norge. Prosjektet fikk navnet AutoPASS Grindgut.

Leveranseavtalen er basert på kontraktstandarden PS2000 og består av tre deler: Kontraktdokumentet (del I), Generelle kontraktsbestemmelser (del II) og Bilag A til H (del III). Bilag A inneholder i korthet SVVs behovsanalyse, IBMs grove løsningsforslag og en usikkerhetsmatrise. Bilag B inneholder administrative bestemmelser. Bilag C inneholder bestemmelser om gjennomføringen.

Drifts- og forvaltningsavtalen og videreutviklings- og konsulentbistandsavtalen er basert på statens standardavtaler (SSA-D, SSA-F, SSA-U og SSA-B).

Tingretten har beskrevet PS2000 med milepæler slik:

> PS2000 er utarbeidet for systemutviklingsprosjekter hvor det ikke er hensiktsmessig eller mulig på forhånd å fastsette nøyaktige eller detaljerte spesifikasjoner, og hvor det er usikkerhet ved prosjektgjennomføringen. Gjennomføringsmodellen illustreres slik:



Figur 1. Gjennomføringsmodell

Hver hovedfase avsluttes ved en hovedmilepæl (HMP). I Leveransekontrakten er hovedmilepælene for løsningsbeskrivelsesfasen (HMP1), konstruksjonsfasen (HMP2) og godkjenningsfasen (HMP3) satt til 13. februar 2014, 14. oktober 2014 og 19. mars 2015. Fremdriftsplanen inneholder i tillegg tidspunkter for øvrige milepæler i de enkelte fasene.

Konstruksjonsfasen (KF) gjennomføres etter en iterativ (repeterende) prosjektmodell som tar høyde for at rammebetingelser, muligheter og behov kan endres underveis i prosessen. Ved avslutning av hver iterasjon gjøres det en evaluering, samtidig som en ny iterasjon planlegges. De iterative prosessene innebærer bevisste gjentakelser for å få økt grad av måloppnåelse gjennom stadige forbedringer, jf. Veilederen til PS2000 v. 3.1 side 5 og Føyen mfl., Kontrakter for utarbeidelse av programvare, 2006, side 64.

Konstruksjonsfasen inneholder den første dagbotsanksjonerte milepælen, som er HMP2.2. I milepælsplanen i Bilag C var den satt til 8. januar 2015.

Leveranseavtalen ble inngått etter konkurranse med forhandling. Oppstarten av løsningsbeskrivelsesfasen ble forsinket fordi en av de andre tilbyderne – BT Signaal – begjærte midlertidig forføyning mot SVVs beslutning om å tildele kontrakten til IBM. Denne forsinkelsen førte til den første endringen av milepælene (EO001).

Tingretten har beskrevet IBMs løsning for AutoPASS Grindgut slik:

> Løsningen til IBM besto av ulike samarbeidende applikasjoner og var basert på deres Road User Charging Asset (RUC) som var tatt i bruk i storbyene Stockholm og Brisbane. De mest sentrale applikasjonene var SugarCRM (kunde- og saksbehandling), SAP FI-CA (økonomi), Cognos (rapportering) og IRIS (identifikasjon og prising). De tre førstnevnte er kommersielt tilgjengelige standardprodukter som IBM har tilpasset bompengeformålet. IRIS er spesialutviklet av IBM.

IBM hadde brukt RUC ikke bare i Stockholm og Brisbane, men også i bompengeløsningen for London. IBM planla å oppgradere RUC før oppstarten av løsningsbeskrivelsesfasen for AutoPASS Grindgut slik at utviklingen kunne tuftes på demoløsninger. Arbeidet med å oppgradere RUC (enhancement-prosjektet) ble forsinket. Videre hadde IBM aldri brukt SugarCRM i noen bompengeløsning tidligere. Grindgut-prosjektet var mer komplisert enn de tre tidligere bompengeprosjektene. I tilbudet til SVV estimerte IBM likevel å forbruke langt færre timer på Grindgut enn på det mest sammenliknbare prosjektet – Brisbane.

IBM la opp til at utviklingen av AutoPASS Grindgut skulle skje som en Global Delivery (GD) med ett leveransesenter lokalt i Norge (GEO) og fem leveransesentre i India og Kina. Etter hvert ble antallet leveransesentre utenfor Norge redusert til fire. Offshore-andelen var over 70 prosent.

PS2000 er en samspillskontrakt. Konsulentfirmaet A-2 Norge AS (A-2) ble utpekt som uavhengig kvalitetssikrer i prosjektet. Tingretten har beskrevet organiseringen av prosjektet slik:

> SVVs arbeid var organisert i delprosjektene Anskaffelse, Leveranse og Innføring. Disse hadde en felles styringsgruppe [SG] som besto av ledere fra SVV, representanter fra bompenge- og driftsselskapene, SVVs prosjektledelse i Grindgut og KPMG som kvalitetssikrer. Styringsgruppen rapporterte til Vegdirektøren.

> IBMs arbeid inngikk i delprosjektet Leveranse, og IBM ble tidvis invitert til enkelte møter i styringsgruppen, oftest for å orientere om enkeltpunkter på agendaen.
>
> I tråd med PS2000 ble det opprettet en felles koordineringsgruppe (KG) med representanter fra SVV, IBM og A-2. KG møttes som regel én gang i måneden og koordinerte utførelsen av Grindgut som prosjektets øverste administrative funksjon. Det ble holdt 24 møter før Leveransekontrakten ble hevet.
>
> SVV og IBM utpekte hver sin prosjektleder.
>
> IBMs prosjektleder hadde det daglige ansvaret for planlegging, organisering og ledelse slik at arbeidet ble utført i henhold til kontraktsforpliktelsene. IBM leverte månedlige statusrapporter på fremdriften i prosjektet.
>
> SVVs prosjektleder hadde ansvaret for å lede arbeidet med SVVs forpliktelser og å koordinere dette med IBMs prosjektleder.
>
> Felles prosjektledermøter ble holdt én gang i uken, hvor også A-2 ofte deltok. Det ble holdt 55 prosjektledermøter før heving.
>
> Prosjektarbeidet ble organisert i følgende tretten arbeidsstrømmer.

Strømmene som omtales mest i denne saken er CRM (kunde- og saksbehandling), FIN (økonomi), INT (integrasjon) og IRIS (Identification, Rating and Interoperability Services). De øvrige strømmene var AMS (Forvaltning), ARC (Arkitektur), INF (Infrastruktur), MIG (Migrasjon), REP (Rapportering), SEC (Security), SEL (selvbetjening), TES (Test) og TRA (Opplæring). Opprinnelig var det også en fjortende strøm – Roadside Gateway (RSGW). RSGW ble etter hvert en del av IRIS-strømmen.

Tingretten har beskrevet hva som skjedde i løsningsbeskrivelsesfasen (LBF) slik:

> LBF som startet 17. januar 2014 tok lengre tid enn forventet. Etter enighet ble HMP1 utsatt til 30. mai 2014.
>
> Løsningsbeskrivelsen som ble levert 20. mai ble underkjent av SVV. IBM leverte på nytt i slutten av juni. Med noen restanser ble denne løsningsbeskrivelsen godkjent 4. juli 2014, slik at prosjektet gikk inn i KF.
>
> Ved HMP1 ble ansvaret for den inntrådte forsinkelsen diskutert. De økte kostnadene ble fordelt mellom partene, med omlag 35 prosent på SVV. I tillegg ble fristene for HMP2 og HMP3 endret til 28. april og 13. november 2015, jf. EO042.

Løsningsbeskrivelsesfasen tok dobbelt så lang tid som planlagt. SVV aksepterte å dekke 4 prosent, og ikke 35 prosent, av kostnadene ved denne forsinkelsen. Ved EO042 ble HMP2.2 satt til 4. september 2015 og HMP2.3 satt til 13. november 2015. Kontraktspartene endret ikke på milepælene etter dette.

Den godkjente løsningsbeskrivelsen med restanser er en del av kontrakten. Løsningsbeskrivelsen danner grunnlaget for gjennomføringen av konstruksjonsfasen. Dens hovedformål er å verifisere og forankre kontraktspartenes felles forståelse av kravene til leveransen.

Tingretten har beskrevet hva som skjedde i konstruksjonsfasen (KF) slik:

> Etter at løsningsbeskrivelsen var godkjent, skulle leveransen utvikles gjennom tre iterasjoner. SVV skulle evaluere gjennomføringen av en iterasjon i et kontrollpunkt som etterfulgte testing av iterasjonen. Fullføring av en iterasjon representerte en milepæl, som igjen var knyttet opp mot en betalingsplikt for SVV. Ved leveransen til hvert kontrollpunkt skulle IBM levere en plan for neste iterasjon til godkjenning av SVV.
>
> IBM hadde i starten av KF problemer med å få opp produktiviteten på et ønsket nivå. Innhold fra iterasjon 1 ble derfor flyttet til iterasjon 2.
>
> Leveransene i iterasjon 1 ble demonstrert for SVV i møter 8-10. oktober 2014. Det første kontrollpunktet (KP1) ble holdt i perioden 15-21. oktober 2014. Ifølge [...] A-2 [...] var det levert knapt 15 prosent av det totale omfanget – om lag halvparten av det som var planlagt.
>
> KP1 ble aldri formelt godkjent av SVVs prosjektledelse, men SVVs styringsgruppe vedtok likevel betaling til IBM 19. desember 2014.

> KP2 med avsluttende kontrollpunktmøte 28. april 2015 ble ikke godkjent av SVV. Begrunnelsen var at testrapporten hadde mangler, IBM hadde levert mindre enn avtalt av løsningen og at fremdriftsplanen var urealistisk.

IBM bestred underkjenningen av KP2. I prosjektledermøte 10. juni 2015 opplyste IBM at leveransen til KP2 omfattet 80 prosent av planlagt innhold for iterasjon 2 ved KP1, og at selskapet ville prioritere å levere de resterende 20 prosentene til et nytt kontrollpunkt. Arbeidet med den resterende 20-prosenten, ble kalt iterasjon 2.5. Videre ble ressursene som hadde begynt arbeidet med iterasjon 3 i delvis parallell med iterasjon 2, trukket ut av prosjektet.

Tvisten om underkjenningen av KP2 ledet til avslutningen av avtaleforholdet. Tingretten har beskrevet avslutningen slik:

> SVV ga hevingsvarsel 22. juni 2015. Det ble gjort gjeldende at Leveransekontrakten kunne heves med grunnlag i både inntrådt og antesipert vesentlig mislighold. SVV hevet denne og tilhørende avtaler 27. juli 2015.
>
> IBM mente hevingen var uberettiget og et vesentlig mislighold. De valgte selv å heve Finansieringsavtalen 5. august, og Leveransekontrakten med øvrige tilhørende avtaler 14. august 2015.
>
> IKT-løsningen, så langt den var utviklet, har ikke vært tilgjengelig for partene eller retten under rettssaken. Løsningen var installert i driftsmiljøet hos firmaet Basefarm. IBM sørget for back-up i tråd med SVVs EO061 i juni 2015. SVV betalte ikke, og etter hevingen ble den fysiske infrastrukturen koblet ned og back-up ikke opprettholdt.

Staten v/Samferdselsdepartementet reiste 29. mars 2016 søksmål mot IBM for Oslo tingrett med krav om erstatning fra IBM. IBM tok til motmæle og krevde vederlag fra staten.

Oslo tingrett avsa dom 31. januar 2020. Tingretten mente i korthet at SVVs heving ikke var rettmessig; det var SVV som hadde misligholdt sine medvirkningsforpliktelser. Dommen hadde slik domsslutning:

1. International Business Machines AS frifinnes.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS 75 586 016 – syttifemmillionerfemhundreogåttisekstusenogseksten – kroner i vederlag under Leveransekontrakten med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.
3. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS 61 002 016 – sekstienmillionertotusenogseksten – kroner i vederlag under Finansieringsavtalen med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente av 7 964 072 – syvmillionernihundreogsekstifiretusenogsyttito – kroner fra 7. august 2015 til betaling skjer og 53 037 944 - femtitremillionertrettisyvtusennihundreogførtifire – kroner fra 4. september 2015 til betaling skjer.
4. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS 2 565 045 – tomillionerfemhundreogsekstifemtusenogførtifem – kroner i erstatning med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.
5. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS sakskostnader med 42 071 288 - førtitomillionersyttientusentohundreogåttiåtte – kroner.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises det til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Staten v/Samferdselsdepartementet har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. IBM har inngitt avledet anke.

Ankeforhandling er holdt over 56 rettsdager fra 13. januar til 6. mai 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte ved sine prosessfullmektiger. Det ble avhørt i alt 21 – hvorav fire sakkyndige – vitner. Om bevisføringen for øvrig vises det til rettsboken.

Partenes påstander og påstandsgrunnlag

Lagmannsretten gjengir her partenes påstandsgrunnlag i sammenheng, men vil i en del utstrekning også utdype partenes påstandsgrunnlag under lagmannsrettens bemerkninger.

Den ankende part, Staten v/Samferdselsdepartementet, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

SVVs heving av kontrakten var rettmessig.

Tingretten har verken forholdt seg til kontraktens bestemmelser om løsningsbeskrivelsesfasens funksjon eller Høyesteretts retningslinjer for vurdering av begivenhetsnære bevis og «plunder og heft»-krav. Tingretten har ignorert flere av statens sentrale anførsler, særlig anførselen om lav kompetanse i CRM-strømmen. Tingretten har feilaktig lagt til grunn at IBMs rapportering av Earned Value (EV) ga et dekkende bilde av fremdriften i prosjektet og at IBMs økning i Estimate at Completion (EAC) nesten utelukkende skyldtes nye krav fra SVV om funksjonalitet («scope creep»). Problemet var at IBM hadde underestimert prosjektet. Tingretten har ikke forstått at SVVs hovedhensikt med prosjektet var å få oppfylt behov i bompengedriften, og ikke å ta i bruk standardkomponentene SugarCRM, SAP FI-CA, Cognos og IRIS. Tingretten har ikke forholdt seg til at IBM besvarte SVVs behovsbeskrivelse med at 50 prosent av kravene måtte oppfylles ved en eller annen form for tilpasning av disse fire standardkomponentene. Tingretten har ikke fått med seg at IBM fikk gjennomslag for at mye av designarbeidet skulle gjøres i konstruksjonsfasen. SVV satte som forutsetning for å akseptere IBMs løsningsbeskrivelse at vegvesenet ikke skulle overta risikoen for at det gjensto mye arbeid med use casene (brukerhistoriene) i CRM-strømmen.

SVV misligholdt ingen **medvirkningsforpliktelser**, jf. Bilag C punkt 4.2.1.5, 4.2.2.6 og 4.3.12.

SVV misligholdt ingen forpliktelse knyttet til å begrense spesialutvikling. SVV sto fritt til å bestille endringer, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1 første avsnitt. Det var IBM som måtte passe på at SVVs ønsker ikke lå utenfor det som IBM hadde forpliktet seg til å utvikle, jf. punkt 3.6.1 andre og tredje avsnitt. IBM skulle også sikre at det ikke ble mer spesialutvikling enn nødvendig og bruke demoløsninger, jf. SVVs behovsanalyse i Bilag A punkt 2.2.5 og IBMs svar til GK.01.07 Standardisering av arbeidsprosesser. På grunn av forsinkelsen i enhancement-prosjektet, etterlevde ikke IBM denne prosessen i løsningsbeskrivelsesfasen. Kontraktspartene var enige om at IBM skulle sikre at det ikke ble mer spesialutvikling enn nødvendig også i konstruksjonsfasen, jf. tiltak nr. 111 i usikkerhetsmatrisen. SVV fremsatte ingen nye krav som medførte spesialutvikling i konstruksjonsfasen. Under enhver omstendighet la IBM – tross gjentatte oppfordringer – ikke til rette for at SVV kunne bidra til redusert spesialutvikling.

SVV hindret ikke IBMs fremdrift i konstruksjonsfasen ved sene avklaringer. Kontrakten inneholdt ingen regulering av hvor raskt SVV måtte komme med avklaringer. Hvis SVV hindret fremdriften, misligholdt IBM sitt overordnede ansvar for prosjektstyringen, jf. Bilag B punkt 2.5.5 og juridisk teori. IBM bekreftet gjentatte ganger høsten 2014 at SVV ikke hindret fremdriften. IBM eskalerte ikke at SVV hindret fremdriften, men lette etter endringsanmodninger. Det fins ikke spor i begivenhetsnære bevis for at SVV hindret fremdriften nevneverdig høsten 2014 ved håndteringen av fritaket «buss i rute» eller andre spørsmål. Det kan ikke være brudd på en medvirkningsforpliktelse at SVV krevde at IBM fulgte samarbeidsprosessen som var avtalt i løsningsbeskrivelsen, jf. PRO006 Arbeidsprosesser. Grunnen til IBMs svake fremdrift var mangel på kunnskap om SugarCRM og mangel på CRM-eksperter i det lokale teamet. Det fins heller ikke spor i begivenhetsnære bevis for at SVV hindret fremdriften våren 2015. Undersøkelsene som ble gjort med sikte på å finne ut av årsaken til den svake fremdriften fra januar 2015, medførte bare tiltak på IBMs hånd. IBM fremsatte ingen endringsanmodninger våren 2015 basert på at SVV hindret fremdriften og har mistet retten til å påberope seg disse forholdene, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1. Sett på bakgrunn av at SVV tapte rundt 10 millioner kroner i måneden på denne tiden, er fraværet av endringsanmodninger et sterkt bevis på at SVV ikke utgjorde noen hindring våren 2015.

SVV misligholdt ingen medvirkningsforpliktelse ved oppfølgningen av IBMs planverk, fremdriftsrapportering, prosjekthåndbok og logiske datamodell. SVV hadde full rett til å følge opp at IBM etterlevde sine kontraktsforpliktelser. IBM skulle utarbeide en gjennomføringsplan som kunne brukes som styringsgrunnlag, jf. restansene R1, R3 og R5 til IBMs løsningsbeskrivelse og PRO006. Det var IBM som bestemte at planene skulle detaljeres ned på «use case»-nivå. At SVV hadde 80 til 100 skriftlige kommentarer til planene, må ses i

sammenheng med at de var på 1 200 til 1 400 linjer. Planene holdt også lav kvalitet. IBMs ressurser som jobbet med planene, ønsket ikke å samarbeide med SVV enda partene skulle det, jf. Bilag C punkt 4.3.2. IBM laget aldri noen plan som selskapet klarte å overholde. IBM erkjente etter hvert grunnleggende mangler ved sin egen EV-rapportering. SVVs kommentarer til prosjekthåndboken kan ikke ha skapt nevneverdige utfordringer for IBM.

SVVs kontinuerlige bestrebelser med sikte på å få IBM til å utarbeide en helhetlig logisk datamodell, var sårt tiltrengt som grunnlag for IBMs utviklingsarbeid og berettiget siden PS2000 er en samspillskontrakt. IBM forpliktet seg til å utarbeide en logisk datamodell i løsningsbeskrivelsesfasen og til å oppdatere den i alle iterasjonene i konstruksjonsfasen, jf. Bilag C punkt 7, ARC005 i leveranselisten til HMP1 og MIG002. Den skulle også dekke økonomidata, jf. forklaringen fra SVVs arkitekturansvarlige, Mihaly Fekete. IBM arbeidet usystematisk og silobasert med den logiske datamodellen og gjorde den aldri ferdig. Den konseptuelle datamodellen som ble presentert i juni 2015 var et godt utgangspunkt, men tilfredsstilte ikke kravene til en fullverdig logisk datamodell. Som en konsekvens av at IBM brøt forpliktelsen til å utarbeide en logisk datamodell, ble migreringsstrømmen forsinket. At en helhetlig logisk datamodell ikke ble ferdigstilt, medvirket sannsynligvis også til at IBM aldri fikk integrert komponentene i løsningen før hevingen.

SVV misligholdt ingen medvirkningsforpliktelse knyttet til styringsparametere. Kontrakten regulerer ikke hvilke styringsparametere som SVV kan prioritere. EA035/040 ble ikke underkjent fordi SVV endret styringsparametere, men fordi endringsanmodningen bare var til fordel for IBM og stor ulempe for SVV. IBMs eneste formål med å fremsette denne endringsanmodningen, var å unngå å komme i mislighold. IBM var da innforstått med at det var liten sannsynlighet for at kontraktspartene ville klare å utarbeide en kuttliste med tilstrekkelig volum til å påvirke fremdriftsplanen.

SVV kan ikke bebreides for manglende samlokalisering. Det var IBM som hadde plikt til å stille med lokaler. SVV motsatte seg ikke IBMs forslag om å organisere samspillet etter team. IBM kom imidlertid ikke tilbake med forslag om hvilke team som skulle sitte mer samlet. IBM ønsket ikke å involvere SVV.

SVV kan heller ikke bebreides for å ha holdt tilbake godkjenning av endringsanmodninger. SVVs avvisning av EA053 og EA054 var rettmessig. Endringsanmodningene som ble fremsatt etter februar 2015, var stort sett ikke konsekvensutredet per hevingstidspunktet.

På hevingstidspunktet 27. juli 2015 forelå det et ***inntrådt*** **vesentlig mislighold** fra IBMs side som ga SVV hevingsrett etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.

Hevingsvarselet 22. juni 2015 må tolkes i lys av både forutgående og etterfølgende korrespondanse. Forhold som er påberopt som hevingsgrunn, kan presiseres. Det må være adgang til å trekke inn andre forhold kort tid etter hevingsvarselet. Det er ingen tradisjon i norsk rett for å oppstille mer rigide regler enn dette. Hevingsvarselet må således tolkes i lys av SVVs brev i perioden 27. mai til 28. august 2015. Statens anførsler ligger innenfor varselets rammer. Staten er heller ikke avskåret fra å påberope forhold som ikke var synlig for SVV før hevingen. Dette gjelder først og fremst den manglende kompetansen i GD India og GD Kina. Kontraktens bestemmelser om prosjektgjennomføring var ikke uten innhold. Sondringen mellom bi- og hovedforpliktelser er bare et pedagogisk grep som ikke har selvstendig betydning for vurderingen av om et mislighold er vesentlig, jf. juridisk teori. Grovt mislighold av den generelle prosjektstyringen i en samspillskontrakt, medfører en forhøyet risiko for at prosjektet mislykkes, som kunden ikke må akseptere. Dette vil alltid være vesentlig mislighold.

Ingen av hevingsgrunnene er bortfalt på grunn av manglende reklamasjon. SVV reklamerte på misligholdet innen rimelig tid. Mislighold ved forsett eller grov uaktsomhet er uansett ikke bortfalt på grunn av manglende reklamasjon.

IBM misligholdt grovt plikten til å stå for en forsvarlig prosjektstyring. IBM hadde det overordnede ansvaret for å planlegge, organisere og lede utviklingsarbeidet, jf. Bilag B punkt 2.5.3 og 2.5.5. IBM pliktet også å allokere relevant og tilstrekkelig kompetanse, utarbeide en realistisk gjennomføringsplan og rapportere reell fremdrift, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.2 tredje avsnitt, restanse R5 og Bilag B punkt 4.

IBM utarbeidet aldri noen realistisk fremdriftsplan slik selskapet var forpliktet til etter restanse R5 og PRO006 Arbeidsprosesser enda SVV etterlyste, og IBM lovte, dette i så å si alle KG-møter fra september 2014 til mai 2015. Gjennomføringsplanen, versjon 4.0, som ble levert til KP2, var ikke realistisk. At IBM ikke utarbeidet en realistisk plan, var et forsettlig eller grovt uaktsomt brudd på kontrakten. IBM så at selskapet ikke ville klare å

nå dagbotsanksjonerte milepæler. IBM utarbeidet heller aldri noen gjennomføringsplan som var god nok, teknisk sett. Planene viste ikke nødvendige avhengigheter.

IBM klarte aldri å rapportere reell fremdrift i prosjektet. Opptil 80 prosent av timene som ble rapportert inntjent (EV-rapportert), kom fra tidsdrevne aktiviteter. Rapporteringen var ikke i tråd med bransjestandarden for Earned Value Management (EVM). Dette var en veldig grov feil. At EV-rapporteringen ikke var reell, ble erkjent i KG-møte 17. april 2015. SVV opphevet aldri IBMs plikt til å rapportere reell fremdrift, men jobbet gjennom hele kontraktsperioden for å få IBM til å gjøre dette. IBMs widget-rapportering var ikke egnet til å gi SVV et reelt bilde av fremdriften. Den var bare egnet til å forvirre. IBM la bare frem «DCUT-burn down»-oversikter sporadisk og på et aggregert nivå. Den siste oversikten er for mars 2015.

IBM benyttet heller ikke verktøy som selskapet hadde forpliktet seg til, jf. Bilag C punkt 2.3.1. SVV påpekte dette ved godkjenningen av løsningsbeskrivelsen, jf. restansen R7. IBMs valg om ikke å ta i bruk verktøyet Rational Requirement Composer (RRC) fra begynnelsen av løsningsbeskrivelsesfasen medførte store problemer med sporing og dokumentasjon av kravene som partene var blitt enige om. IBM benyttet heller aldri verktøy på en ensartet måte på tvers av land og strømmer.

IBM allokerte ikke relevant og tilstrekkelig kompetanse til prosjektet. Prosjektledelsen i det lokale teamet hadde nesten ikke erfaring med å jobbe med GD i komplekse utviklingsprosjekter. Prosjektlederen som ble satt inn fra august 2014, var ikke «complex certified». Ressursene i CRM-strømmen i GD India hadde ingen eller helt begrenset erfaring med SugarCRM. Produktiviteten og kvaliteten på kildekoden viser at de ikke hadde relevant og tilstrekkelig kompetanse. IBMs interne kvalitetssikrere mente at lav kompetanse på SugarCRM var en av hovedgrunnene til problemene i CRM-strømmen. Arbeidet som det skulle utarbeides macrodesign for i den lokale CRM-strømmen, ble seksdoblet fra tilbudsfasen til begynnelsen av september 2014. Det ble ikke hentet inn flere ressurser enda IBMs interne kvalitetssikrere rapporterte et kritisk behov for dette. Kompetansen til SAP-teamet i GD Kina var lav. Dette ble konstatert allerede i mai 2014. IBM forholdt seg passivt til dette helt til begynnelsen av juni 2015 enda fremdriften i SAP-strømmen var minimal. Det lokale SAP-teamet hadde ingen ressurs på Advanced Business Application Programming (ABAP) før i februar 2015.

Annet grovt mislighold er offshore-andelen på over 70 prosent og fem leveransesentre, svikten ved estimeringen i både tilbudsfasen og ut av løsningsbeskrivelsesfasen samt den begrensede erfaringen med bompengedomenet. IBM klarte heller ikke å følge opp den avtalte arbeidsmetodikken med bruk av demoløsninger. Videre fikk ikke SVV innsyn i arkitekturbeslutninger. IBM utarbeidet ingen helhetlig logisk datamodell. IBM klarte ikke å få på plass et fungerende system for konfigurasjonsstyring. Ytelsestesten som skulle vært gjennomført i iterasjon 1, ble aldri gjennomført. IBM endret gjennomføringsmodellen fra en iterativ prosess til et fossefallsprosjekt. IBM nedbemannet prosjektet i juni/juli 2015 for å tvinge SVV til å akseptere selskapets gjennomføringsplan. IBM fremsatte også helt uholdbare endringsanmodninger.

Det foreligger fem kontraktsbrudd som hver for seg eller samlet utgjør forsettlig, eller i det minste grovt uaktsomt, mislighold på IBMs hånd. I tillegg til bruddene på plikten til å utarbeide realistiske planer, rapportere reell fremdrift og allokere relevant og tilstrekkelig kompetanse, gjelder dette IBMs nedbemanning av prosjektet i juni/juli 2015 og IBMs fremsettelse av oppblåste endringsanmodninger.

SVVs underkjennelse av IBMs leveranse til **KP2**, var rettmessig, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 tredje avsnitt, Bilag C punkt 4.3.7 og PRO006 Arbeidsprosesser punkt 3.4.2. Underkjennelsen bygde på tre innbyrdes uavhengige grunnlag. Det er tilstrekkelig at ett av grunnlagene står seg.

For det første var ikke gjennomføringsplanen som IBM leverte til KP2, realistisk. IBM var forpliktet til å levere en slik plan. SVV satte dette som betingelse for godkjenning av IBMs løsningsbeskrivelse. IBM aksepterte denne betingelsen. IBM bekreftet at selskapet skulle lage en realistisk plan i flere senere KG-møter. Denne plikten opphørte ikke selv om planen skulle vise at IBM ville ha overskredet en dagbotsanksjonert milepæl med mer enn 100 dager. Kravet om at planen skulle være realistisk, har ikke noe innhold hvis ikke SVV kunne etterprøve realismen. Planen kunne ikke baseres på ren ønsketenkning.

Med den historisk lave produktiviteten og den lave kvaliteten på kildekoden, var det null prosent sannsynlighet for IBMs gjennomføringsplan om å nå HMP2 til 23. september 2015. IBM må allerede da planen ble levert 22. april 2015, ha sett at HMP2 først ville blitt nådd langt inne i 2016. Det var null prosent sannsynlighet for at DCUT-arbeidet i iterasjon 3 kunne blitt ferdig til 10. juni 2015 for CRM, INT, IRIS, REP osv. og til 15. juni 2015 for SAP. IBM måtte i så fall ha mangedoblet produktiviteten. INT-strømmen i GD India hadde nesten ikke fremdrift, og det lokale teamet hadde store problemer med å ferdigstille grensesnittspesifikasjonene for de

interne grensesnittene. SAP-strømmen i GD Kina hadde heller ikke fremdrift. GDene i både India og Kina ga beskjed internt i IBM om at planen ikke var realistisk. Det var null prosent sannsynlighet for planen om å gjennomføre iterasjonstestingen av iterasjon 3 på to måneder og 10 dager. Det var helt usannsynlig at IBM ville brukt kortere tid på testingen av iterasjon 3 enn av iterasjon 2. Iterasjon 3 utgjorde rundt 70 prosent av løsningen. Den omfattet mer kompleks funksjonalitet og flere interne grensesnitt. Det var null prosent sannsynlighet for planen om å gjennomføre System Integration Test (SIT) på 49 dager. Alle eksterne grensesnitt skulle testes for første gang i SIT. Planen hadde mange datoer som allerede var overskredet. Planen utgjorde et forsettlig eller grovt uaktsomt kontraktsbrudd.

For det andre leverte IBM mindre omfang til KP2 enn det selskapet var forpliktet til. Etter løsningsbeskrivelsen var IBM forpliktet til å levere 80 prosent av løsningen til KP2. IBM kunne ikke ensidig flytte innhold mellom iterasjoner. Det er tvilsomt om SVV ble bundet ved passivitet til å akseptere at det skulle leveres et mindre volum til KP2. SVV ble uansett ikke bundet til mer enn det SVV forholdt seg passiv til, og var derfor ikke forpliktet til å akseptere at mer enn 50 prosent av løsningen skulle leveres i iterasjon 3. IBM leverte bare 30 prosent av løsningen til KP2. Differansen på 20 prosentpoeng var nok til å underkjenne KP2. At IBM 10. juni 2015 erkjente at selskapet bare hadde levert rundt 80 prosent av iterasjon 2, var også tilstrekkelig til å underkjenne KP2.

For det tredje ga ikke testrapporten et godt bilde av testaktiviteter, funn og resultater. Rapporten manglet viktige elementer. Den beskrev bare kunde- og enhetstest. Øvrig testing var ikke beskrevet. Løsningen som ble testet, var ikke i samsvar med kontraktens krav og spesifikasjoner. IBMs testleder hadde ikke kunnskap om kontrakten og testplanene. Det er umulig å se at IBM forholdt seg til noen testplan. Test caser er borte. Testingen ble ikke gjennomført i samsvar med SVVs teststrategi, jf. IF.09.01 og Bilag C punkt 4.3.4. IBM testet ikke reell dataflyt gjennom grensesnittene i integrasjons- og iterasjonstestingen. Det forelå en åpen A-feil som ikke fremgikk av rapporten.

Siden underkjennelsen av KP2 var rettmessig, hadde ikke IBM krav på mer tid og penger etter **EA108, EA113 og EA117**. Subsidiært var tingrettens vurdering av disse tre endringsanmodningene korrekt. EA108 gjaldt arbeid som IBM uansett måtte ha gjort.

IBM hadde heller ikke andre **endringsanmodninger** som klart utelukket antesipert mislighold.

Ingen av endringsanmodningene i gruppen der IBM hevder at konsekvensene allerede er inntrådt, var berettigede. Alle linjene i EA053 var en del av IBMs kontraktsforpliktelser etter løsningsbeskrivelsen. Arbeidet lå innenfor IBMs DCUT-estimater fra midten av september 2014, og var ikke resultat av nye krav fra SVV. Arbeidet var også helt eller delvis gjennomført da endringsanmodningen ble fremsatt. Hva gjelder EA054, er det ingen holdepunkter i begivenhetsnære bevis for at SVV forsinket IBM høsten 2014. Hva gjelder EA108, EA113 og EA117, ble ikke IBM forledet av SVV med hensyn til gjennomføringen av KP2. KP2 ble rettmessig underkjent. De påståtte konsekvensene av endringsanmodningene er uforståelige. Hva gjelder EA067, har ikke IBM sannsynliggjort at arbeidet med Greenbirds gjennomgang medførte ventetid for øvrige deler av prosjektorganisasjonen. Hva gjelder EA069, hadde IBM påtatt seg å utarbeide masterplanen i løsningsbeskrivelsen.

Heller ingen av endringsanmodningene i gruppen som IBM hevder at SVV ville bestilt hvis kontrakten ikke var blitt hevet, var berettigede. IBMs produktivitet var så lav at selskapet ikke kunne krevd ekstra tid. Enhver ny endringsordre ville derfor bare ført til ytterligere forsinkelser. IBM har bevisbyrden for at det ville kommet til forhold som ville gjort det mulig å redusere forsinkelsen. EA075, EA076, EA085, EA095 og EA103 lå innenfor kontrakten. EA061 var knyttet til at IBM ikke hadde tatt inn over seg utfordringene ved å tilby en «multi tenancy»-løsning. Det må IBM bære risikoen for. EA078 ville ikke forsinket arbeidet. SVV ville akseptert at IBM kunne fortsette som før til selskapet hadde fått gjennomført nødvendige tiltak. Tidskonsekvensene som IBM har anslått, er ikke reelle.

Det forelå ***antesipert*** **vesentlig mislighold** på hevingstidspunktet som ga SVV hevingsrett etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.2, jf. punkt 6.1.1.1 og 6.1.1.2. Kravet om at det måtte være «klart» at en dagbotsanksjonert milepæl ville blitt overskredet med mer enn 100 dager, var oppfylt.

Klarhetskravet vil alltid være oppfylt der medkontrahenten har gitt «et utvetydig tilkjendegivende» på at leveransen vil bli forsinket, jf. Rt-1924-1056 og juridisk teori. For øvrig finnes det lite autoritativ rettspraksis om beviskravet. Rt-1987-1205 gjaldt en meget spesiell sak. Veilederen til PS2000 taler om at antesipert mislighold må være «overveiende sannsynlig». Hagstrøm m.fl. taler om «skjellig grunn». Det er bevisresultatet

som må være klart, og ikke hvert enkelt beviselement, jf. til illustrasjon Rt-2005-1353 avsnitt 14. Klarhetskravet vil alltid være oppfylt der debitor allerede er betydelig forsinket og han ikke gjør noe forsøk på å gi en plausibel forklaring på hvordan han skal klare å forhindre vesentlig mislighold.

Hevingsretten kan bortfalle på grunn av manglende reklamasjon og passivitet, jf. Hagstrøm m.fl. og fremstillingen til styringsgruppemøte (SG-møte) 20. mars 2015. Innstillingen til SG-møte 15. juni 2015 om at det var «nå, og ikke vesentlig mye fremover i tid» at SVV hadde mulighet til å heve, må forstås i lys av tilkjennegivelsen i «direktørmøtet» 8. juni 2015 og muligheten for at hevingsretten kunne bortfalle.

Prinsipalt var planskissene som IBM presenterte i direktørmøtet 8. juni 2015 og KG-møtet 16. juni 2015 «et utvetydig tilkjendegivende» på antesipert mislighold. Skissene viste at IBM ville komme til å overskride HMP2 med flere hundre dager både med og uten EA053 og andre mulige endringsanmodninger. Konteksten viser at datoene i skissene var en utvetydig tilkjennegivelse. IBM presenterte datoene som svar på SVVs oppfordring om å komme med tiltak for å sikre realisering av prosjektet. IBM presenterte ingen nye datoer etter hevingsvarselet 22. juni 2015. IBM hadde ikke krav på fristforlengelse.

Subsidiært ville IBM ikke under noen omstendighet klart å nå HMP2 før tidligst høsten 2016. Forsinkelsen ut av HMP2 ville ha vært minst like stor ved HMP2.2.

Etter nedbemanningen i juni 2015, ville IBM tidligst gjenopptatt arbeidet med iterasjon 3 i slutten av september 2015.

Gjenstående DCUT-arbeid i iterasjon 3 ville tatt minst seks måneder. Det var mindre enn 10 prosent sannsynlighet for at dette arbeidet kunne blitt ferdig på seks måneder. Holte Consulting AS (Holte) la til grunn som «best case» at SAP-strømmen kunne blitt ferdig på seks måneder regnet fra begynnelsen av juni 2015, og at INT-strømmen kunne blitt ferdig noe etter dette. Leif-Arne Rones la til grunn at INT-strømmen ville hatt behov for 273 kalenderdager, ca. ni måneder, på å ferdigstille iterasjon 3.

SAP-strømmen i GD Kina ser ikke ut til å ha fungert på noe tidspunkt og hadde helt begrenset fremdrift. Andre strømmer meldte fra om at de ikke fikk gjort planlagt arbeid på grunn av avhengigheter til SAP FI-CA. INT-strømmen i GD India meldte fra om dette helt frem til hevingstidspunktet. Det er ingen holdepunkter for at IBM klarte å løse noen mer grunnleggende utfordringer i SAP-strømmen med de ressursene som ble satt på lokalt i mai/juni 2015. IBM har ikke redegjort for kompetansen til ressursene og hvilke oppgaver de skulle løse. IBM har heller ikke redegjort for at selskapet klarte å identifisere hva som var problemet i SAP-strømmen og at disse ble løst. Det var svært stor sannsynlighet for at IBM ikke hadde avdekket alle problemer. IBM hadde i løpet av våren 2015 ikke klart å løse grensesnittet mellom SAP FI-CA og SugarCRM knyttet til sletting av faktura, sletting av tilleggsavgifter og utstedelse av kreditnota. Holte vurderte ikke de kvalitative utfordringene i SAP-strømmen ved forutsetningen om at IBM ville klart å løse dem ved å sette på fire svært kompetente ressurser.

INT-strømmen hadde store utfordringer som ikke var løst på hevingstidspunktet. Strømmen hadde historisk hatt svært lav fremdrift. Den hadde oppdaget grensesnitt som ikke var estimert på hevingstidspunktet. Det lokale teamet hadde store utfordringer med å ferdigstille kravspesifikasjonene for de interne grensesnittene. Bare 50 prosent av grensesnittspesifikasjonene var ferdige i begynnelsen av juni 2015. Teamet hadde frem til da klart 15 prosentpoeng per måned. Det gjensto således ca. tre måneder med arbeid med grensesnittspesifikasjonene. Fremdriften i INT-strømmen ble ikke bedre i mai, juni og juli 2015. Det var ingen fremdrift i iterasjon 3 i juni 2015 og svært lav produktivitet i iterasjon 2.5. Arbeidet med enkle grensesnitt ble ikke borte ved bruk av generiske grensesnitt. Den lave produktiviteten i INT-strømmen underbygges av at bare 18 til 33 av de i alt 100 grensesnittene var ferdig DCUT-utviklet før hevingen.

Iterasjonstestingen ville tatt minst seks måneder. IBM planla å gjøre testingen av iterasjon 3 tre ganger raskere enn testingen av iterasjon 2, enda selskapet planla å gjøre testingen av iterasjon 3 mye mer kompleks. IBM hadde ikke hatt en så rask fremdrift som planlagt på noe tidspunkt i prosjektet. All «ende til ende»-testing av interne grensesnitt skulle gjøres i iterasjon 3. IBM baserte testplanen på en feilrate på 10 prosent. Verken Holte eller Rones har sett på testrapportene og hva som kan utledes av disse. Rones la IBMs plan om 38 dager til grunn uten nærmere vurdering. Holte mente at en feilrate på nivå med det som ble erfart ved iterasjonstestingen av iterasjon 2, ville fått dramatiske konsekvenser for ferdigdatoen. IBM har ikke presentert noen argumentasjon for at feilraten ville blitt nevneverdig lavere ved testingen av iterasjon 3.

System Integration Test (SIT) ville tatt minst fire måneder, slik Rones har lagt til grunn. Det er ingen grunn til å fravike hans vurdering. Holte la IBMs plan om 49 dager til grunn, men forutsatte da at selskapet ville ha testet

de eksterne grensesnittene fortløpende i iterasjonstestingen, det vil si at IBM ikke ville fulgt egen plan. Etter IBMs testplan skulle nemlig «ende til ende»-testingen av eksterne grensesnitt først skje i SIT. Ifølge IBMs testleder hadde IBM ikke en gang begynt å planlegge SIT.

Endelig er IBMs planskisser fra 8. juni 2015 også sterke bevis for at konstruksjonsfasen ikke ville ha vært ferdig før høsten 2016.

IBM ville ikke hatt krav på fristforlengelse for ferier hvis kontrakten ikke hadde blitt hevet. Kontrakten ga ikke IBM krav på automatisk fristforlengelse for perioder da SVV tok ferie. IBM hadde i høyden krav på fristforlengelse der ferien forsinket arbeid på kritisk linje, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.1, og var dessuten forpliktet til å planlegge arbeidet slik at SVVs ferier ikke forsinket arbeid på kritisk linje.

Verken kontraktstolkning, avtaleloven § 36 eller generell misbrukslære gir grunnlag for å sensurere SVVs rett til å heve på grunn av antesipert mislighold. PS2000 gir kunden rett til å heve hvis det er klart at leverandøren vil overskride en dagbotsanksjonert milepæl med mer enn 100 dager, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.2, jf. punkt 6.1.1.1 og 6.1.1.2. PS2000 oppstiller ingen ytterligere vilkår for heving. Det er ikke rettspraksis for sensur av fremforhandlede standardkontrakter og innarbeidede bransjestandarder etter avtaleloven § 36. Det finnes ingen generell misbrukslære i norsk avtalerett. SVVs avveininger før hevingen var uansett hensiktsmessige og av en karakter som domstolene ikke kan overprøve

Forutsatt at SVVs heving var rettmessig, har staten krav på full **erstatning**, utmålt etter rettens skjønn, for det økonomiske tapet som SVV er påført som følge av IBMs mislighold. Staten har krav på å bli stilt økonomisk som om avtalen var blitt oppfylt etter sitt innhold, det vil si som om IBM hadde levert et fungerende Grindgut-system som kunne settes i drift til 13. november 2015, jf. at formålet med erstatning i kontraktsretten er å skape et oppfyllelsespress. Avtaler skal holdes.

Det er ansvarsgrunnlag i Leveranseavtalen for både statens og bompengeselskapenes tap. Staten kan kreve erstattet både eget og bompengeselskapenes tap, ikke bare ved inntrådt, men også ved antesipert forsinkelse, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.1.1.2, jf. punkt 6.3.2 og kontraktens systematikk. Staten kan også kreve erstattet både eget og bomselskapenes tap ved inntrådt vesentlig mislighold, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.1.1.2 og 6.1.2.4, jf. punkt 6.4.2. Staten krever uansett bare erstatning for sitt eget tap, og ikke bompengeselskapenes tap.

Det økonomiske tapet kan deles inn i tre tapsposter.

Den *første* tapsposten er den økonomiske verdien av Grindgut-systemet som staten skulle ha mottatt samt utlegg i forbindelse med misligholdet.

Staten har prinsipalt krav på erstatning tilsvarende den økonomiske verdien av Grindgut fratrukket sparte kostnader som følge av misligholdet (fordeler) (den positive kontraktsinteressen). Det gjelder ikke noe vilkår om at SVV har foretatt en rettslig dekningstransaksjon for å få erstattet verdien av uteblitt ytelse. Den økonomiske verdien av Grindgut må fastsettes ved en kostnadsbasert tilnærming. Etter kost pluss-metoden er verdien av Grindgut i kontraktsmessig stand, summen av SVVs bidrag i å frembringe kontraktsmessig ytelse, vederlaget som IBM har krav på ved kontraktsmessig ytelse og eventuell verdiskapning. Det er bare SVVs bidrag og IBMs vederlag (kost), og ikke eventuell verdiskapning (pluss), som kreves her. Sparte kostnader som følge av misligholdet, kommer til fradrag i både SVVs bidrag og IBMs vederlag ved kontraktsmessig ytelse, men bare i kompatibel tapspost. SVVs bidrag er dokumentert til 120 millioner kroner. Dersom IBM har krav på vederlag, blir erstatningen tilsvarende høyere. Staten aksepterer at det kan være grunnlag for et skjønnsmessig fradrag på fire millioner kroner. Det er ikke grunnlag for å gjøre fradrag for fordel av «gjenbrukbarhet i konkurransegrunnlag». Subsidiært har staten som alternativ utmåling av den positive kontraktsinteressen, krav på erstatning av kostnadene ved frembringelsen som er forgjeves pådratt, jf. kjøpsloven § 67, Ot.prp.nr.80 (1986–1987) side 121, Rt-1938-602 (Blårev), Rt-2002-1110 (Bodum) og juridisk teori. Forgjeves pådratte kostnader er 116 millioner kroner. Staten har i begge tilfeller også krav på avviklingskostnader høsten 2015 med 8,7 millioner kroner. Dette er direkte tap som følge av IBMs vesentlige mislighold.

Den *andre* tapsposten er SVVs kostnader til forlenget leie av CS Norge fra 13. november 2015 til 1. april 2021. Dette er også et direkte økonomisk tap som følge av IBMs vesentlige mislighold, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.1 andre avsnitt, kjøpsloven § 67 andre ledd bokstav b og tredje ledd bokstav a, Ot.prp.nr.80 (1986–1987) side 124 og juridisk litteratur. Den totale leiekostnaden for perioden fra november 2015 til april 2021, var vel 414 millioner kroner. Fordelen som SVV har hatt ved ikke å måtte betale drifts- og vedlikeholdsvederlag til IBM, kommer til fradrag med 21 millioner kroner per år. For hele perioden fra

november 2015 til april 2020, utgjorde dette 116 millioner kroner. I tillegg har staten krav på å få erstattet kostnadene til utvikling av en selvbetjeningsløsning for CS Norge med vel 28 millioner kroner. Ingen av IBMs innvendinger mot denne posten kan føre frem. Partene har ikke avtalt seg bort fra kjøpslovens regulering av hva som skal anses som indirekte tap. SVV har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt.

Den *tredje* tapsposten er SVVs tapte fordeler ved å ikke få på plass en moderne og mer effektiv bompengeløsning i november 2015. Denne erstatningsposten kreves ikke, men synliggjør at fraværet av verditap på grunn av slit og elde ikke er kompatibelt med de to erstatningspostene som kreves.

Det er SVV som har lidt det økonomiske tapet i både den første og andre tapsposten. Det var SVV som inngikk kontrakten med IBM og som hadde rettskrav på oppfyllelse av kontrakten. SVV mottok og betalte fakturaene for prosjektet. Det var også SVV som inngikk kontrakten med Q-Free om forlenget leie av CS Norge. SVV ble fakturert og betalte Q-Free. Utgiftene ble ført som kostnader i SVVs regnskaper. At utgiftene ble finansiert av bompengeselskapene eller bilistene, innebærer ikke at ikke staten har lidt et tap. Det er fortsatt et tap av offentlige midler. Rt-2008-738 (flyseteavgift) gir ikke støtte for noe annet. Det er ingen holdepunkter i norsk rett for at «overveltning» av et tap som følge av kontraktsbrudd, er en fordel som kommer til fradrag i skadelidtes krav på erstatning. Finansiering av tap fra tredjepart medfører ikke fradrag i erstatningen, jf. Rt-1965-1115 og Rt-2010-1305. Staten har ikke overdratt sitt erstatningskrav.

Kontraktens ansvarsbegrensninger gjelder ikke fordi IBMs vesentlige mislighold knyttet til prosjektstyringen, var forsettlig eller grovt uaktsomt, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.1 andre avsnitt. Punkt 6.4.1 andre avsnitt ble ikke opphevet ved SVVs brev 7. mai 2013. Diskusjonen i dette brevet gjaldt ikke generelt, men var knyttet til tapte bompenger. Subsidiært, for det tilfellet at ansvarsbegrensningene gjelder, var alle tapspostene direkte tap. Begrensningen mot indirekte tap i punkt 6.4.1 første avsnitt andre punktum er uten betydning. Begrensningen til «Kontraktsprisen uten merverdiavgift» i punkt 6.4.1 andre avsnitt første punktum utgjør 97 316 487 kroner. Hvis IBM har krav på ytterligere betaling for endringer, heves dette taket.

Hvis SVVs heving av kontrakten var rettmessig, har IBM ikke krav på **vederlag**.

Prinsipalt kunne SVV heve med tilbakevirkende kraft etter den deklaratoriske bakgrunnsretten fordi IBM ikke har utarbeidet noe som har hatt verdi for SVV og fordi IBMs mislighold var forsettlig eller grovt uaktsomt. PS2000 viser til denne bakgrunnsretten ved formuleringen «i utgangspunktet» i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.1. Statens rett til å påberope heving med tilbakevirkende kraft er ikke tapt ved passivitet.

Subsidiært har IBM bare krav på vederlag for den delen av løsningen som er godkjent i et kontrollpunkt. Leverandørens krav på vederlag er forskjellig avhengig av hvem som hever: Der kunden hever, har leverandøren krav på vederlag for den delen av «Leveransen som er dokumentert utført». Der leverandøren hever, har leverandøren krav på vederlag for den delen av «Leveransen som er utført», jf. Generelle kontraktsbestemmelser henholdsvis punkt 6.4.2.1 første avsnitt og punkt 6.4.2.2 første avsnitt. Ordlydsforskjellen og begrepet «dokumentert» må tilordnes et meningsinnhold. Med «Leveransen» menes utviklet løsning/kode og ikke timeforbruk. Det er bare løsningen/koden som kan overtas og tas i bruk. Det avtalte vederlagsformatet taler for denne tolkningen. IBM hadde risikoen for egen ineffektivitet. Med «dokumentert» menes godkjent i et kontrollpunkt. Det er bare i kontrollpunktene at den utviklede løsningen dokumenteres. IBM har ikke krav på noen del av fastprisen, jf. Bilag D punkt 2.1, fordi SVV ikke har fått overlevert noen av lisensene, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.1 andre avsnitt. Subsidiært har ikke IBM krav på vederlag for standard programvare, jf. Bilag F punkt 2.1. Hvis SVV hadde fått overlevert lisensene, kunne SVV levert lisensene tilbake og krevd vederlaget tilbakebetalt. Staten kan ikke stilles dårligere når SVV ikke har fått lisensene overlevert og er fratatt muligheten til å levere dem tilbake. Det er maksimalt 15 prosent av løsningen som er godkjent i et kontrollpunkt. Det eneste kontrollpunktet som kan være godkjent, er KP1.

Hvis SVVs heving av kontrakten var urettmessig, har IBM bare krav på vederlag for den delen av løsningen som var utviklet på hevingstidspunktet. Maksimalt 50 prosent av løsningen var utviklet på dette tidspunktet. Kontraktens målprismekanisme må forstås slik at den ga IBM krav på maksimalt 115 prosent av målpris. Ingen av IBMs endringsanmodninger der det hevdes at konsekvensen allerede var inntrådt, var rettmessige. Ingen gir krav på økning av målprisen og målpristaket.

Finansieringsavtalen gir ikke IBM noe selvstendig krav på vederlag, jf. Bilag F punkt 2.1. IBM har ikke opparbeidet en ubetinget rett til beløpene som er inkludert i Finansieringsavtalen; beløpene er

forskuddsbetalinger. Finansieringsavtalen regulerer ikke situasjonen der Leveranseavtalen er hevet på grunn av forsettlig eller grovt uaktsomt vesentlig mislighold. I en slik situasjon har ikke IBM rett til å få utbetalt beløpene som er inkludert i Finansieringsavtalen.

IBM har ikke krav på avbestillingskompensasjon, prinsipalt fordi SVVs heving var rettmessig, subsidiært fordi Leveranseavtalen og tilhørende avtaler ble avsluttet ved heving fra IBMs side.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes erstatning fastsatt etter rettens skjønn.
2. International Business Machines AS har ikke noe krav på vederlag for arbeid utført etter kontrakt nr. 2012148869 / 8061300107 omhandlende felles IKT-løsning for bompengebetaling i Norge «AutoPASS Grindgut».
3. International Business Machines AS har ikke krav på erstatning.
4. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, International Business Machines AS, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

SVVs heving av kontrakten var ikke rettmessig.

SVV kunne ikke heve basert på ***antesipert*** **forsinkelse**.

Det var ikke «klart» på hevingstidspunktet at IBM ville overskredet en dagbotbelagt milepæl tillagt ekstra tid etter fremsatte endringsanmodninger, med mer enn 100 dager, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.2, jf. punkt 6.1.1.1 og 6.1.1.2. Veilederen til PS2000 viser at det gjelder et svært høyt krav til bevis. Rettskilder knyttet til andre standardkontrakter, lovbestemmelser, traktater og internasjonale standarder som benytter kriteriet «klart», og juridisk teori om den obligasjonsrettslige bakgrunnsretten, viser at det kreves «en til visshet grensende sannsynlighet» for fristoverskridelse eller at fristoverskridelse er «sikkert». Rt-1987-1205 taler om «særdeles sterkt bevis».

Prinsipalt viser uttalelser internt i SVV i juni 2015 om at hevingsretten ville bortfalle hvis den ikke ble benyttet før flytting av milepælsdatoer, at det aldri har eksistert en hevingsrett. SVVs forklaring om at uttalelsene bare knytter seg til reklamasjon og passivitet, er oppkonstruert. Uttalelsene knyttet seg til heving.

Subsidiært hadde SVV ikke hevingsrett etter en detaljert endrings- og fremdriftsanalyse. Det strenge beviskravet tilsier at analysen må skje ut fra en «very best case»-vurdering. Beviskravet må være oppfylt for hvert trinn i prosessen, jf. til illustrasjon HR-2021-871-U avsnitt 13 flg. og Rt-2004-1063 avsnitt 7 flg. På hevingstidspunktet hadde IBM fremsatt endringsanmodninger som flyttet kontraktens milepæler med minst 369 kalenderdager (186 + 183 dager). IBM kunne i «very best case» levert innenfor 100 dager av de endrede milepælene.

Statens enkle tilnærming om at IBM ga en «utvetydig tilkjennegivelse» i direktørmøtet 8. juni 2015, er ikke holdbar. Situasjonen liknet overhodet ikke på Rt-1924-1056. Planene som ble presentert i direktørmøtet, var dessuten bare skisser og forhandlingsutspill etter at SVV hadde nektet å godkjenne IBMs tidligere planer basert på at de ikke var realistiske. Hvis IBMs forsøk på å komme SVV i møte med slakkere planer var en hevingsgrunn, var det satt opp en felle for IBM.

Utviklingen av løsningen kunne vært ferdig i løpet av september 2015. Enkle «widget units»-beregninger viser at 100 prosent av alle widgets til og med iterasjon 2, rundt 60 prosent av alle widgets i iterasjon 3 og rundt 80 prosent av alle widgets i hele løsningen, var fullført per 10. juni 2015. Fra 29. april til 10. juni 2015 ble det fullført 259 widgets, det vil si 170 widgets per måned. Det gjensto 498 widgets 10. juni 2015. Dette tilsvarer arbeid i mindre enn tre måneder.

«DCUT burndown»-beregningene til statens to sakkyndige har den fordelen at de eliminerer virkningen av to av de omstridte faktorene produktivitet (Cost Performance Indicator (CPI)) og tidsdrevne ressurser.

Leif-Arne Rones har ekstrapolert fremdriften i INT-strømmen i perioden fra 18. desember 2014 til 2. juni 2015 for å finne ferdigtidspunktet for DCUT-arbeidet. Det er en svakhet ved hans rapport at det ikke er begrunnet hvorfor den er basert på fremdriften i disse fem månedene. Dette var et avgjørende valg. Rones har så lagt til 60

dager for oppbemanning av iterasjon 3. Anslaget er ikke begrunnet. A-2 la til grunn én måned for både ned- og oppbemanningen. Rones kunne ikke utelukke at IBM kunne ha opprettholdt fremdriften i mai 2015. I en «very best case»-vurdering må det tas høyde for at farten i mai 2015 ikke var maksfart.

Holte Consulting AS har ekstrapolert fremdriften i de fem siste ukene før 4. juni 2015. Ifølge ekstrapoleringene ville all utvikling i strømmene INT, CRM, Self Service, Reporting og Security vært ferdig i løpet av september 2015. Med unntak for INT-strømmen, kunne Trond Botheim ikke utelukke at fremdriften i de fem siste ukene ville ha fortsatt. Det er en svakhet ved Holtes rapport at det ikke er gjort en nærmere analyse av INT-strømmen i de fem siste ukene. Mesteparten av inntjeningen i mai var påbegynt i slutten av april 2015.

Dessuten tok testing, feilretting og KP2 mye tid frem til april 2015. Arbeid med enkle grensesnitt var satt på hold i slutten av mars og gjenopptatt med generiske grensesnitt fra slutten av april 2015. Per juni 2015 kunne flere grensesnitt realiseres gjennom generiske grensesnitt. Det skjedde en kraftig oppbemanning i INT-strømmen. Det skjedde også en oppbemanning i SAP-strømmen. Basert på Holtes tall for gjenstående DCUT-timer og produksjonskapasitet per ressurs i SAP-strømmen, ville det tatt mindre enn tre måneder å fullføre utviklingen i denne strømmen. At deler av det gjenstående arbeidet i SAP-strømmen ble levert til iterasjon 2.5, reduserer det gjenværende arbeidet ytterligere og viser kapasiteten.

IBM skal ikke belastes for tid til oppbemanning av iterasjon 3. Nedbemanningen av denne iterasjonen var foranlediget av SVVs urettmessige underkjenning av KP2, og var i tråd med kontraktens system, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 tredje avsnitt. Statens sakkyndige overdriver uansett tiden for oppbemanning. Det er ut fra en «very best case»-vurdering ikke grunnlag for å anta at dette ville tatt så lang tid som to måneder.

IBM ville ut fra en «very best case»-vurdering fulgt sin egen plan for iterasjonstest og SIT på henholdsvis 38 og 49 kalenderdager eller forsert. Produktiviteten ble vesentlig forbedret med ny testleder. Flesteparten av testene i iterasjon 3, var gjentakelser av testene i iterasjon 2 og ville gått dobbelt så raskt. Ressurser som var ferdige med DCUT-arbeid kunne bistått med testing. Feilraten var redusert fra iterasjon 2 til 3. Det lå forseringsmuligheter i helgejobbing og økt grad av parallellitet i testingen. Rones la til grunn IBMs plan om at iterasjonstesten kunne vært gjennomført på 38 dager. Det var ikke unntatt fra hans mandat å vurdere lengden på iterasjonstesten. Han la derimot til grunn at SIT optimistisk sett ville tatt tre måneder/12 uker dels basert på en 1:2:2-regel. En slik regel har ikke forankring i noen kilder. Holte la IBMs plan om at SIT kunne vært gjennomført på 49 dager til grunn.

Underkjenningen av **KP2** var ikke rettmessig. IBM har derfor krav på fristforlengelse etter EA108, EA113 og EA117. Ved vurderingen av antesipert forsinkelse skal det derfor heller ikke tas hensyn til tiden som ville gått med til oppbemanning av iterasjon 3. Underkjenningen var klart illojal og belyser SVVs uvilje og forberedelse på heving. SVV hadde bestemt seg for underkjenningen på forhånd og sett seg ut «for lite volum» som hovedbegrunnelse.

KP2 kunne ikke underkjennes basert på omfang. SVV fikk løpende informasjon i rapporter og møter om at mer enn 50 prosent av omfanget/utviklingen utsto til iterasjon 3. SVV fikk informasjon om scope-grensene gjennom release notes, kundetest og scope-oversikter, og hadde full oversikt over innholdet av iterasjon 2 da inngangskriteriene til oppstart av KP2 ble ansett for oppnådd. SVV fremsatte ingen innsigelser og ble bundet ved passivitet. Det var for øvrig 46 prosent av løsningen som gjensto til iterasjon 3, og ikke 67 prosent slik tingretten la til grunn.

KP2 kunne ikke underkjennes på grunn av urealistisk plan. PERT-analysen som SVV vurderte realismen etter, var basert på uriktige forutsetninger om at iterasjon 2 var 50 prosent av totalløsningen, at iterasjon 3 ikke var påbegynt og at iterasjon 3 ville ta like lang tid som iterasjon 2. Kontrakten gir ikke SVV rett til å overprøve IBMs realismevurdering, jf. Bilag C punkt 5.1.1. En slik rett vil undergrave klarhetskravet til antesipert mislighold. Leverandøren har rett til å fortsette arbeidet mot leveransedato innenfor 100-dagersfristen så lenge dette praktisk talt ikke er utelukket, og må kunne ha en plan som reflekterer denne ambisjonen. Som fremholdt av A-2 27. april 2015, er det «leverandørens ansvar å sette datoen basert på egen vurdering av situasjonen». Planen var uansett ikke urealistisk. Blant annet viser begivenhetsnære bevis at IBM hadde som ambisjon å følge planen. Etterfølgende hendelsesforløp er ikke relevant ved vurderingen av realismen.

KP2 kunne ikke underkjennes basert på testrapportens innhold. SVVs begrunnelse var at rapporten bare beskrev kunde- og enhetstest, «ikke den øvrige testingen». Rapporten fulgte en omforent mal. Testrapporten var ett av inngangskriteriene til oppstart av KP2 og ble godkjent 22. april 2015.

IBM hadde krav på 186 kalenderdager fristforlengelse per hevingstidspunktet for EA053, EA054, EA067, EA108, EA112, EA113 og EA 117. IBM hadde i tillegg krav på 183 dager fristforlengelse for 13 funksjonelle endringsanmodninger som var fremsatt, men ikke utført på hevingstidspunktet, det vil si EA061, EA075, EA076, EA084, EA085, EA089, EA093, EA095, EA096, EA097, EA099, EA103 og EA105. Dette er endringer som SVV måtte ha. Staten er enig i at EA061, EA084, EA085, EA089, EA093, EA096, EA097 (EA099) og EA105 utgjør endringer i kontrakten. IBM ville også hatt krav på fristforlengelse for de resterende 22 prosentene av EA053 om prosjektet ikke hadde stoppet opp i juli 2015. Videre må ferier, herunder påskeferien i uke 12 i 2016, hensyntas. EA078 (Kina-saken) ville også gitt IBM tid til å hente inn eventuelle forsinkelser. EA068 (frysperiode) kunne også gitt fristforlengelse.

SVV opptrådte ikke lojalt til kontraktens endringsregime. SVV unnlot å behandle fremsatte endringsanmodninger og ta stilling til endringsbehovet av taktiske hensyn. Eventuelle uklarheter som dette skaper, må gå utover SVV.

SVV kunne ikke heve basert på ***aktuelt*** **mislighold**.

SVV gjør nå bare gjeldende mislighold av prosjektstyringen. Dette er en biforpliktelse. Etter bakgrunnsretten gir mislighold av biforpliktelser bare hevingsrett i ekstreme tilfeller som hvis opptredenen unntaksvis må oppfattes som bevisst illojalitet, jf. Hagstrøm. Dette forsterkes når kontraktens regulering av mislighold og misligholdsvirkninger er knyttet til hovedforpliktelsen som er resultatforpliktelsen, samlet betegnet som Leveransen, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punktene 6.1.2 og 1.2 første avsnitt lest i sammenheng med punktene 6.1.2.1, 6.1.2.2, 6.1.2.3 og 6.1.2.4. Det samme kan utledes av veilederen til PS2000 og Føyen m.fl. Leverandørens resultatforpliktelse er et sterkt reelt argument mot prosjektstyringen som hevingsgrunn. Resultatforpliktelsen må innebære autonomi for IBM med hensyn til organiseringen og styringen.

Staten kan ikke påberope andre hevingsgrunner enn de som ble angitt i hevingsvarselet, jf. Rt-1994-1617. Forhold som er lagt til etter hevingen, kan ikke påberopes. Det gjelder ikke noe unntak for forhold som var usynlige for SVV på hevingstidspunktet. Dette er uansett en teoretisk problemstilling. Kunden skal ikke blande seg opp i eventuelle mangler ved kompetansen i GDene. Foruten antesipert forsinkelse ble det i varselet bare påberopt mangler ved prosjektstyringen, og da konkretisert til mangler ved fremdriftsrapporteringen. Det ble ikke anført at prosjektstyringen måtte forbedres innen 30 dager. Det kan spørres om det overhodet er noe aktuelt mislighold å vurdere.

Det forelå ikke noe aktuelt vesentlig mislighold av pliktene knyttet til prosjektstyringen. Kontraktens krav til fremdriftsrapportering i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 2.3 og Bilag B punkt 4.1, er begrensede og mer fleksible enn det staten gjør gjeldende. Bransjestandarden Project Management Institute (PMI) er ikke nevnt i kontrakten. Den er ikke fremlagt. Det er ikke pekt på konkrete avvik fra PMI. Bransjestandarden er ikke entydig. IBMs rapportering var kontraktsmessig på hevingstidspunktet, jf. forklaringen fra IBMs utviklingsleder for GDene, Sander van der Harst. Staten har ikke ført van der Harsts motpart i SVV, Anne Torland, som vitne. IBM ga også supplerende rapporter på widget-nivå fra november 2014 og rapporter om «DCUT burn down» fra desember 2014. Hadde SVV etterlyst «DCUT burn down»-rapportene da de fra april 2015 opphørte som faste innslag i status- og månedsrapportene, ville vegvesenet ha fått dem. «DCUT burn down»-rapportene forekom dessuten i enkelte dokumenter fra mai og juni 2015. Mislighold av biforpliktelsen fremdriftsrapportering utgjorde uansett ikke noe vesentlig mislighold. Eventuelle feil ved rapporteringen var svært beskjedne. SVV var klar over svakhetene ved rapporteringen og var til enhver tid i stand til å gjøre egne vurderinger av fremdriften og problemene i prosjektet, jf. eksempelvis PERT-analysen 17. april 2015. IBMs rapportering fikk aldri SVV til å undervurdere utfordringene i prosjektet.

De øvrige påberopte hevingsgrunnene ligger utenfor hevingsvarselet og er bortfalt på grunn av manglende reklamasjon. Disse grunnene kan under ingen omstendighet anses som vesentlig mislighold.

Når det gjelder hevingsgrunnen gjennomføringsplaner, stilte SVV overdrevne krav til detaljering, jf. forklaringen fra Henning Denstad fra A-2. Det er planstatusen på hevingstidspunktet som er relevant. Det ble ikke reist kritikk mot den tekniske kvaliteten på planen som ble levert til KP2. Denne planen kunne som nevnt ikke underkjennes på grunn av manglende realisme.

Når det gjelder hevingsgrunnen verktøy, var IBMs hovedforpliktelse å opplyse om og dokumentere hvilke verktøy selskapet ville bruke, jf. Bilag C punkt 2.3 første avsnitt. IBM opplyste at selskapet kom til å bruke verktøypakken Rational med Rational Requirement Composer (RRC), Rational Team Concert (RTC) og Rational Quality Manager (RQM), jf. punkt 2.3.1. SVV brukte HP-verktøy, men var «åpen» for å tilpasse seg

IBMs verktøyanbefaling, jf. punkt 2.3 andre avsnitt. I løsningsbeskrivelsesfasen var partene enige om å bruke System Requirements Specification (SRS) i stedet for kravsporingsverktøyet RRC, jf. leveranselisten til HMP1 (ARC001) og historikken til SRS-dokumentet. Etter HMP1 var partene enige om å legge SRS-kravene inn i det felles testverktøyet RQM, jf. PRO006 Arbeidsprosesser punkt 5. IBM brukte RQM og RTC hele tiden. Det var SVV som brøt forpliktelsen til felles bruk av dette testverktøyet og forsinket prosjektet.

IBM hadde rett til å bemanne prosjektet slik selskapet fant det hensiktsmessig. Kontrakten stilte ikke noen kompetansekrav. Eventuelle konsekvenser for fremdrift, kvalitet og kostnad ble ivaretatt gjennom de misligholdsbeføyelsene som kontrakten ga SVV knyttet til resultatforpliktelsen og målpristaket. IBMs prosjektledelse var sterk og hadde relevant GD-erfaring. Utfordringene i GDene skyldtes vekst i prosjektet og press på spesialutvikling. Dette ble fulgt opp på adekvat måte. IBM var i sin fulle rett til å organisere seg med en offshore-andel på mer enn 70 prosent og fem leveransesentre.

Når det gjelder hevingsgrunnen estimering, kan ikke forhold i tilbudsfasen, det vil si før kontraktsinngåelsen, være kontraktsbrudd. Estimeringen ut av løsningsbeskrivelsesfasen var av underordnet betydning på hevingstidspunktet.

Hevingsgrunnen arbeidsmetodikk er ikke konkretisert.

SVVs krav om «en helhetlig logisk datamodell» eksisterer ikke i Leveranseavtalen. Leveranselisten til HMP1 forutsatte at det skulle leveres en logisk datamodell, men sa ingenting om innholdet. Det er ingen bevis for at SVV kommuniserte sitt krav før i konstruksjonsfasen. Det er da ingen kontraktsforpliktelse som er brutt. IBM skulle ikke utvikle en løsning fra bunnen av, men levere en modulær løsning bestående av eksisterende applikasjoner – SugarCRM, SAP FI-CA, Cognos og IRIS – med hver sin datamodell. Løsningen bygde videre på det allerede utviklede RUC. Det var derfor ikke nødvendig med en konseptuell datamodell. IBM leverte en logisk datamodell til HMP1. Logisk datamodell var ikke en restanse ved HMP1 og er således godkjent. At IBM likevel utarbeidet en konseptuell datamodell, skyldtes SVVs misnøye med de oppdaterte delene av den logiske datamodellen som ble oversendt i løpet av konstruksjonsfasen. IBM ønsket å komme SVV i møte. Dette arbeidet hadde god progresjon før hevingen.

Subsidiært var SVVs heving begrunnet i utenforliggende hensyn og av den grunn urettmessig, jf. lojalitetsplikten i kontraktsforhold, alternativt avtaleloven § 36. Begivenhetsnære bevis viser at SVV helt fra før kontraktsinngåelsen og inn i konstruksjonsfasen, forventet store forsinkelser uten at prosjektet ble stoppet. Interne dokumenter viser at forsinkelse ikke var den motiverende faktoren bak hevingen. Andre alternativer ble vurdert til å ta lengre tid enn Grindgut. Dette underbygges av at det gikk flere år å erstatte CS Norge. Interne dokumenter viser også at de reelle grunnene bak hevingen var misnøye med den kontraherte løsningen, usikkerhet om løsningen ville møte brukernes forventninger, omfattende endringsbehov, bompengereformen og juridiske betraktninger.

IBM har krav på **vederlag** for de utførte delene av leveransen etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.1 og 6.4.2.2, uavhengig av om SVVs hevingskrav var berettiget.

Hevingen har bare virkning fremover i tid – ex nunc. Staten la dette til grunn i hevingsbrevet. Dette er bindende for SVV etter sitt innhold. SVV har dessuten fremsatt krav om heving med tilbakevirkende kraft for sent.

IBM har krav på betaling av programvare. Alle deler av den avtalte programvaren var tatt i bruk under utviklingen av Grindgut. Gitt at IBM hadde hevingsrett, er det bare IBM som kunne be om å få programvare tilbake mot å tilbakebetale vederlag, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.2. SVV hadde derfor plikt til å betale. Gitt at SVV hadde hevingsrett, er statens krav om at IBM ikke kan kreve vederlag for programvare, fremsatt for sent. Subsidiært gjelder tilbakeleveringsretten bare for standard programvare som definert i Bilag F. IBMs egenutviklede programvare RUCT, er ikke standard. Fradraget for standard programvare utgjør i så fall maksimalt 18,5 millioner kroner. Dette beløpet må reduseres med 50 prosent fordi halvparten av fastprisen forfalt til betaling ved HMP1, jf. EO038.

Vederlaget skal beregnes ut fra påløpt tid opp til målpristaket. Det skal ikke multipliseres med utførelsesgraden slik tingretten gjorde. Det er ikke holdepunkter i kontrakten for en slik forholdsmessighetsvurdering. Riktig justert målpris er 116 millioner kroner fordi IBM hadde krav på godkjenning av flere endringer. Hvis det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, var 80 prosent en riktigere utførelsesgrad enn 70 prosent som tingretten la til grunn. Målpristaket var 130 prosent slik tingretten la til grunn, og ikke 115 prosent slik SVV hevder. Motstrid mellom tabell og tekst i kontrakten, må gå utover SVV som anbyder. Vederlagskravet under Leveranseavtalen blir da 177,1 millioner kroner. I og med at dette overstiger beløpene som var lagt inn under

Finansieringsavtalen, får ikke denne avtalen selvstendig betydning. IBM har likevel krav på 61 millioner kroner etter Finansieringsavtalen punkt 1.1, 1.2 og 3.2 for tre signerte leveringsattester som er gjort uttrykkelig uavhengig av Leveranseavtalen.

IBM har krav på **erstatning** med 7,9 millioner kroner for avviklingskostnader, jf. Generelle kontraktsbestemmelser del II punkt 6.4.2 jf. 6.4.1. IBM har også krav på **avbestillingskompensasjon** med 11,8 millioner kroner etter SSA-V og SSA-D. SVVs uberettigede heving må likestilles med en avbestilling. Det var feil rettsanvendelse av tingretten å legge vekt på at IBM valgte å heve avtalene i august 2015.

Subsidiært, for det tilfellet at SVVs heving var rettmessig, har staten ikke krav på **erstatning**.

Et eventuelt økonomisk tap er ikke lidt av staten. Erstatningskrav for tap som er lidt av andre enn kontraktsparten, krever kontraktshjemmel. Staten har hjemmel til å gjøre gjeldende tap hos drifts- og bompengeselskapene ved faktisk forsinkelse og feil/mangler, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.1.1.2 og 6.1.2.4, men ikke ved antesipert forsinkelse og «annet vesentlig mislighold», jf. punkt 6.3.2, jf. 6.4.1 og 6.4.2, jf. 6.4.1. Det er ikke grunnlag for å utvide området for å kunne kreve erstatning for tap som er lidt av andre enn kontraktsparten, gjennom «harmonisering».

Alt tap som staten har krevd erstattet, er belastet bompengeselskapene og deretter bilistene. Bompengeavtalen og annen dokumentasjon viser dette. Statens eventuelle intensjon eller forpliktelse til å videreføre erstatningen til bompengeselskapene, er uten betydning. Staten og bompengeselskapene har uansett ikke lidt noe tap. Anskaffelseskostnadene er bompengefinansiert. Kostnadene er således veltet videre over på bilistene, jf. Rt-2007-738. Staten så dette på samme måte i BT Signaal-saken.

Atter subsidiært er tapspostene som kreves, enten negativ kontraktsinteresse eller indirekte tap som staten er avskåret fra å kreve.

Prosjektkostnadene på 116 millioner kroner i den *første* tapsposten, er negativ kontraktsinteresse. Prosjektkostnadene er ikke noe mål for Grindgut-løsningens verdi blant annet fordi prosjektet var anskaffelsesrettslig, og ikke økonomisk, begrunnet. Normer for verdsettelse av aktiva/regler for regnskapsførsel er av liten interesse her. Et aktivum kan uansett ikke verdsettes til kostpris dersom kostnaden ikke kan tjenes inn. Siden Grindgut ikke hadde noen omsetningsverdi, måtte verdien i så fall bestå i en neddiskontert fremtidig kontantstrøm fra fordelen ved en mer effektiv bompengeinnkreving. «Forgjeves kostnader» er ikke forårsaket av misligholdet, men av kontraktsinngåelsen. Det foreligger derfor ikke årsakssammenheng.

Tapt fortjeneste som følge av utvidet leie av CS Norge på 327 millioner kroner i den *andre* erstatningsposten, er indirekte tap. Partene var enige om dette i to og et halvt år etter SVVs heving. Det ble avklart i anbudsfasen at det ikke var nok med en generell tolkning av kjøpsloven § 67 og at tapt fortjeneste falt utenfor leverandørens erstatningsansvar. Eventuell uklarhet må gå utover anbudsinnbyderen. Staten så også dette på samme måte i BT Signaal-saken. Oslo byfogdembete var enig.

Uansett innebar forlenget leie av CS Norge intet økonomisk tap. Det må tas hensyn til verditap på Grindgut. Partene var enige om dette i lang tid. Med en prosjektprognose på 570 millioner kroner og en antatt levetid på ti år, blir årlig avskrivning 57 millioner kroner. Årlig leie av CS Norge var 48,1 til 76,9 millioner kroner. Årlig kostnad til drift og vedlikehold av Grindgut, var avtalt til 21,3 millioner kroner. Disse størrelsene oppfyller kravet til komputabilitet og viser at årlig tap er null. Tapsperiodens lengde er dessuten ett eller høyst to år. Kostnaden til CS Norge ville ikke opphørt 13. november 2015 uansett eventuelt IBM-mislighold. På grunn av endringsbehov og bomselskapenes frysperioder, ville SVV overveiende sannsynlig utløst opsjoner slik at vegvesenet ville hatt kostnader til CS Norge til 15. desember 2016. Tapsperioden kan således tidligst ha startet 15. desember 2016. At det var behov for CS Norge så lang tid som seks år etter hevingen, kan ikke ha hatt sammenheng med et eventuelt IBM-mislighold. Med en tapsperiode på ett eller maksimalt to år fra og med 2017, da den årlige leien var 48,1 (2017) og 48,9 (2018) millioner kroner, er det årlige tapet også null.

Atter atter subsidiært gjelder ansvarsbegrensningene i Leveranseavtalen uansett skyldform. Dette går frem av endringene som SVV gjorde i konkurransegrunnlaget ved brev 7. mai 2013. Oslo byfogdembete la dette til grunn i BT Signaal-saken. Eventuell uklarhet må gå utover SVV som utformet konkurransegrunnlaget. IBM har uansett ikke opptrådt med forsett eller grov uaktsomhet. IBMs avveining av egne interesser mot SVVs interesser er ikke hensynsløs eller sterkt illojal. Det foreligger heller ikke årsakssammenheng mellom statens økonomiske tap og IBMs påståtte grove skyld. Ansvarsbegrensningene medfører sterk beskjæring. Uansett må et eventuelt tap reduseres på grunn av medvirkning, jf. skadeserstatningsloven § 5-1 første ledd, og misligholdt

tapsbegrensningsplikt ved å ha brukt mange år på å skaffe et nytt system tilpasset bompengereformen, jf. samme bestemmelse andre ledd.

Det er nedlagt slik påstand:

I anken:

Anken forkastes.

I den avledede anken:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS kroner 177 105 392 for vederlag under Leveranseavtalen med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS kroner 61 002 016 for vederlag under Finansieringsavtalen med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente av kroner 7 964 072,21 fra 7. august 2015 til betaling skjer og kroner 53 037 944 fra 4. september 2015 til betaling skjer.
3. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS kroner 19 725 224 i erstatning for krav under Leveranseavtalen, SSAD og SSA-V med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.

I begge tilfeller:

Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale International Business Machines AS' sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker

1 Innledning – Kravene, hovedspørsmålet og lagmannsrettens konklusjon

Lagmannsretten skal i korthet ta stilling til to krav: Det første er statens krav på erstatning; det andre er IBMs krav på vederlag.

Det er enighet om at staten bare kan ha krav på erstatning hvis SVVs heving 27. juli 2015 var rettmessig. Det er også enighet om at IBM har krav på vederlag hvis hevingen var urettmessig. Det er derimot uenighet om IBM har krav på vederlag hvis SVVs heving var rettmessig. Staten har gjort gjeldende at IBM ikke har krav på vederlag hvis hevingen var rettmessig, mens IBM har gjort gjeldende at kravet på vederlag står i samme stilling enten hevingen var rettmessig eller ikke.

Sakens hovedspørsmål er således om SVVs heving var rettmessig.

Staten har gjort gjeldende at SVV hadde to grunnlag som hver for seg ga rett til å heve: Det ene grunnlaget var inntrådt vesentlig mislighold på hevingstidspunktet; det andre var antesipert vesentlig forsinkelse på det samme tidspunktet. IBM har bestridt begge grunnlagene.

Siden spørsmålet er om IBM misligholdt kontrakten, kommer lagmannsretten bare inn på SVVs forhold i den grad de belyser IBMs forhold. Lagmannsretten ser det med andre ord ikke som nødvendig å vurdere særskilt om SVV misligholdt kontrakten.

Lagmannsretten er i likhet med tingretten kommet til at staten ikke har krav på erstatning fordi SVV verken kunne heve på grunnlag av inntrådt vesentlig mislighold eller antesipert vesentlig forsinkelse. IBM har da krav på vederlag.

Lagmannsretten begrunner hvorfor SVV ikke kunne heve på grunnlag av inntrådt vesentlig mislighold i punkt 3 og hvorfor SVV ikke kunne heve på grunnlag av antesipert vesentlig forsinkelse i punkt 4 nedenfor. Vederlagsspørsmålet blir behandlet i punkt 5. Lagmannsretten tar imidlertid helt innledningsvis, i punkt 2, et overordnet blikk på tilbuds- og løsningsbeskrivelsesfasen.

2 Overordnet blikk på tilbuds- og løsningsbeskrivelsesfasen

Lagmannsretten er enig med staten i at IBM tok noen valg i tilbudsfasen som innebar en forhøyet risiko for at Grindgut-prosjektet ville mislykkes.

Anskaffelsesprosedyren fulgte reglene om konkurranse med forhandling i forskrift om offentlige anskaffelser.

I konkurransegrunnlaget 21. januar 2013, satte SVV HMP2.3 til 15. april 2015. Leverandøren kunne angi en alternativ dato, men dette måtte i så fall begrunnes. (FU 3281 på 3850) Det går frem av en e-post internt i SVV 4. desember 2014 at det ifølge vegvesenets juridiske avdeling, var «grunn til å tro at flere av leverandørene i stor grad lot seg påvirke av denne datoen ved utarbeidelsen av sine tilbud». (TU2 1546 på 1548)

IBM innga tilbud 18. februar 2013, 23. mai 2013, 7. august 2013 (Best And Final Offer (BAFO)) og 4. september 2013 (revidert tilbud) med forhandlinger innimellom. I IBMs tilbud var HMP2.3 satt til 19. mars 2015. Dette var om lag en måned tidligere enn datoen som var satt i konkurransegrunnlaget. (FU 7103 på 7160 og FU 9105 på 9161) IBMs tilbud bygde på at selskapet ville bruke langt færre timer på Grindgut enn det selskapet hadde brukt på sitt tidligere bompengeprosjekt i Brisbane enda Grindgut var mer komplekst enn Brisbane-prosjektet. (TU2 764 på 773)

Prosjektgjennomføringen hvilte på en forutsetning om at IBMs eksisterende asset, Road User Charging (RUC), ble oppgradert før løsningsbeskrivelsesfasen. Oppgraderingen ble kalt enhancement-prosjektet. (FU 5333 på 5346, FU 7980 på 7992 og TU2 724 på 737) Med oppgraderingen ville arbeidet med løsningen kunne tuftes på demoløsninger, jf. Bilag A «Vedlegg til vedlegg 2.2 Kravtabell generelle krav» punkt 5 «GK.01.07 Standardisering av Arbeidsprosesser» og Bilag C punkt 4.2.2.4 «Integrasjon mot vedlikehold og drift». (FU 8563 på 8575 og FU 9105 på 9112) I IBMs interne Proposal Baseline Assessment (PBA) 2. august 2013, i forkant av BAFO, sto det:

> Delays will impact the project.
> (FU 7980 på 7983)

IBMs løsning bygde på de fire applikasjonene SugarCRM, SAP FI-CA, Cognos og IRIS. IBM valgte SugarCRM enda selskapet ikke hadde brukt denne applikasjonen i bomprosjekter tidligere og enda selskapet så at det ville bli vanskelig å skaffe SugarCRM-ressurser. IBMs ledende kvalitetssikrer, Anders Thörnqvist, skrev sammen med to andre Subject Matter Experts (SMEs), følgende i IBMs interne Application Innovation Services (AIS) Technical Delivery Assessment (TDA) 13. februar 2013:

> Sugar CRM has not been used in RUC deals and skills are not available in the Nordic. Effort from Sugar added to the cost case. Action: Look outside of IBM if Sugar Architect is not found within IBM Nordic.
> (TU 1110)

Prosjektet ble organisert med en offshoreandel på over 70 prosent og opptil fem leveransesteder. Anders Thörnqvist skrev i IBMs interne AIS TDA 15. mai 2013:

> [...] We are not aware of any other project that has been successfully run in this way and this represents a significant risk.
> (FU 5481 på 5488)

IBMs kvalitetssikrere foreslo risikoreduserende tiltak internt. I PBA-vurderingen 2. august 2013, ble det satt som én «BAFO action» at det måtte rekrutteres en prosjektleder (Project Manager (PM)) med omfattende GD-erfaring fra utviklingsprosjekter («AIS projects») i minst fire til seks måneder for å sikre en effektiv oppstart av GDene. (FU 7980 på 7988) Det ble sett som avgjørende å ha en effektiv og klar arbeidsprosess i prosjektet med klar og tett styring. Følgende tiltak ble anbefalt:

- Clearly describe the project process in the proposal; how the Design phase will be executed, requirements tracked etc. Describe the priority to use standard functionality and that the estimates are based on this. Client responsibilities and deliverables must be clearly spelled out.
- The low local presence means that the local consultants need to take the role as PM's or technical PM's. Before BAFO submission the whole governance and execution set-up should be reviewed and optimized. Staffing, tooling, work processes etc. should be reviewed. Consider doing a demo of the whole work process as part of negotiation meeting.
- At least at start-up a PM with significant experience from projects with high GD content should be

engaged.

- Client require quite extensive project planning and reporting. The PMO set-up and the PMO tooling (eg. Earned Value and planning tools) must be carefully planned and ready for use from day 1 of the project.
(FU 7989)

Staten har innhentet sakkyndige vurderinger av prosjektet fra professor Magne Jørgensen og IT-rådgiver Leif-Arne Rones.

Magne Jørgensen skrev i rapporten «Vurdering av Grindgut-prosjektet» 1. desember 2021 at TDA-vurderingen 15. mai 2013 burde medført «økt satsning på å bygge opp det lokale teamet». (TU2 2812 på 2821) Han beskrev at utviklingsteamene innen samme land, ofte ikke var samlokaliserte, og at det var «**svært mange kommunikasjonsledd** mellom brukerne (der behovene er) og utviklingsmiljøene». Han hadde i sin «tid som prosjektleder, rådgiver og forsker [...] *aldri* kommet over et prosjekt med så mange kommunikasjonsledd og så kompleks organisering (inkludert geografisk spredning)». (TU2 2820)

Leif-Arne Rones skrev i «Leveransevurdering av Grindgut» 2. desember 2021 at IBM hadde satt opp prosjektet «på en slik måte at det nærmest ville være umulig å lykkes». (TU2 2825 på 2829)

Det er på det rene at IBM ikke fulgte opp alle forutsetningene og anbefalingene fra tilbudsfasen, i løsningsbeskrivelsesfasen. For eksempel var ikke RUC oppgradert før løsningsbeskrivelsesfasen. RUC ble ikke levert før 17. april 2014. (TU 1678 og 1679) Prosjektlederen som ble satt inn, hadde ingen omfattende erfaring med å jobbe med GD. Lederen som ble satt inn i CRM-strømmen, hadde ikke erfaring med SugarCRM.

I evalueringen av løsningsbeskrivelsesfasen skrev Anders Thörnqvist og kvalitetssikrer Andy Wright at SAP-teamet i GD Kina ikke fungerte. De anbefalte å flytte SAP-strømmen til GD India og rekruttere en lokal SAP prosjektleder med GD-erfaring. (TU2 1021 på 1022) Anbefalingen om å flytte SAP-strømmen til GD India fikk støtte fra IBMs prosjekteier og Risk Manager («RM»), Kjetil Westgaard. (TU2 1024)

Ved overgangen til konstruksjonsfasen, skrev Andy Wright og kvalitetssikrer Ulrike Vauth i IBMs interne Phase Gate 1 Review 20. august 2014:

- Project Governance, Accountability and Process not established sufficiently
- Planning: details and dependencies are missing (and to be matched to accountability and effort)
- [...]
- No real task/effort/cost management established: tracking and reporting missing (kind of «blind» status, need to trust what GD is saying once a week)
- Local team does not really know or check what GD is doing; big risk that they are not doing the right things and that quality is not sufficient
(FU 14680 på 14682)

Anders Thörnqvist meldte følgende utestående aksjon i intern e-post til Kjetil Westgaard med kopi til blant annet European Public Sector Delivery Leader and Executive Partner, Stewart Knox, og leder for Global Business Services i Norge, Geir Haugen, 28. august 2014:

> Lack of basic governance processes (planning, tracking, issues, financial ...) – starting to improve but long way to go
> (FU 15103)

Anders Thörnqvist reiste spørsmål om prosjektet burde få tillatelse til å «overspend now» for å redusere risikoen for forsinkelse og sanksjoner. Han anbefalte en rekke tiltak for å styrke det lokale teamet med blant annet «additional functional SMEs for CRM».

Det er på det rene at IBM heller ikke fulgte opp alle anbefalingene som var gitt frem til overgangen til konstruksjonsfasen eller først fulgte dem opp etter lang tid. For eksempel hadde heller ikke den nye prosjektlederen som ble satt inn i konstruksjonsfasen, omfattende erfaring med å jobbe med GD. IBM arbeidet med å skaffe tilstrekkelige ressurser i GD India helt frem til desember 2014. Mer enn halvparten av ressursene som ble satt inn i GD India, hadde ingen erfaring med SugarCRM.

Kvalitetssikrernes anbefalinger var imidlertid ingen kontraktstekst. IBM var således ikke forpliktet til å følge deres anbefalinger i seg selv. Dette ser det ut til å være enighet om. Kvalitetssikrernes oppgave var dessuten nettopp å fokusere på problemene og utfordringene i prosjektet.

Videre skal spørsmålet om SVV hadde grunnlag for å heve kontrakten, vurderes ut fra situasjonen på hevingstidspunktet 27. juli 2015. Dette er det også enighet om. Lagmannsretten ser derfor bare tidligere problemer og utfordringer i prosjektet som relevante hvis de fortsatt gjorde seg gjeldende på hevingstidspunktet.

Lagmannsretten går over til å begrunne hvorfor SVV ikke kunne heve på grunnlag av inntrådt vesentlig mislighold.

3 Var det inntrådt vesentlig mislighold på hevingstidspunktet?

3.1 Innledning – Partenes syn på de rettslige utgangspunktene

Partene er uenige om hvilke rammer hevingsvarselet – og hevingserklæringen – setter for hvilke forhold som kan påberopes som hevingsgrunn.

Staten har i korthet gjort gjeldende at varselet og erklæringen bare setter visse rammer. Det er adgang både til å presisere påberopte hevingsgrunner så lenge det dreier seg om samme forhold og til å trekke inn andre omstendigheter innen rimelig tid. Alle hevingsgrunnene som er påberopt under domstolsbehandlingen ligger innenfor disse rammene. IBM har gjort gjeldende at varselet setter absolutte rammer, og at det bare er manglende fremdriftsrapportering som kan påberopes.

Partene er også uenige om forholdene som påberopes som hevingsgrunn og som alt i alt kan karakteriseres som mislighold av prosjektstyringen, er en biforpliktelse, og hvilken betydning det i så tilfellet har.

Staten har i korthet gjort gjeldende at prosjektstyringen ikke kan være en biforpliktelse i en samspillskontrakt, og at vesentlige mangler ved prosjektstyringen kan gi grunnlag for heving. IBM har gjort gjeldende at prosjektstyringen er en biforpliktelse, og at det er tvilsomt om kontrakten hjemler heving ved mislighold av slike forpliktelser.

Lagmannsretten ser på de rettslige utgangspunktene for hvilke rammer hevingsvarselet setter i punkt 3.1.1 og sondringen mellom hoved- og biforpliktelser i punkt 3.1.2 nedenfor. Lagmannsretten ser deretter på bevistemaet i punkt 3.1.3.

3.1.1 Hevingsvarselet som ramme

Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2 at kontrakten kan heves «med 30 kalenderdagers varsel» ved vesentlig mislighold, og at hevingsretten «bortfaller dersom misligholdet er opphørt eller avhjulpet i løpet av denne perioden». (FU 8458 på 8479)

Slik lagmannsretten ser det, indikerer ordlyden at formålet med varselet er å klargjøre hvilke forhold som må rettes for at heving skal avverges, jf. at hevingsretten «bortfaller dersom misligholdet er opphørt eller avhjulpet» innen varslingsfristen.

Kontrakten stiller ellers ingen uttrykkelige krav til hevingsvarselets – eller hevingserklæringens – innhold.

Veilederen til PS2000, versjon 3.1, oppdatert 15. november 2010, gir heller ingen veiledning om hva varselet må inneholde. Av punkt 8.3 med overskriften «Fellesregler om inntruffet og forventet mislighold», går det imidlertid frem at bestemmelsene i PS2000 er «presisert og harmonisert i forhold til andre tilsvarende kontraktsstandarder». Veilederen viser også til «alminnelige kontraktsrettslige prinsipper». I mangel av andre rettskilder, gir andre tilsvarende kontraktstandarder og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper veiledning.

Det følger av de fleste tilvirkningskontraktstandardene, blant annet av NTK/NF 2015 punkt 26.1, NS 8405 punkt 39.1, NS 8406 punkt 29.1, NS 8407 punkt 46.1 og SSA-T, at heving må varsles.

NTK/NF punkt 26.1 gir hevingsrett på nærmere angitte vilkår «med øyeblikkelig virkning ved varsel til Leverandøren». Kontrakten stiller ingen uttrykkelige krav til varselets form eller innhold utover at det må være skriftlig. Kaasen skriver i kommentarene til punkt 26.1 i Tilvirkningskontrakter, 1. utgave, side 705, at det likevel er naturlig å kreve at hevingsgrunnen identifiseres.

Etter NS 8405 punkt 39.1 tredje avsnitt første punktum «skal den parten som ønsker å heve, skriftlig ha gitt den andre parten en rimelig frist til å rette forholdet, med varsel om hevning om så ikke skjer». Kolrud m.fl. skriver om varselets innhold i kommentarene til NS 8405, 2004, side 495, at varselet må «identifisere hvilket mislighold som påberopes og at heving vil bli foretatt, eller vurderes foretatt, dersom forholdet ikke blir rettet» siden heving «kan få betydelige konsekvenser for den annen part». Marthiniussen m.fl. skriver i kommentarene til den samme standarden, 2016, side 667, at varselet må konkretisere hvilket mislighold som påberopes. Han fortsetter:

> [...] Er det forsinkelse, må det fremgå. Dersom det er flere forhold man påberoper seg, må samtlige tas med i varselet. Følgen av å unnlate å ta med alle forhold er at de utelatte forhold ikke vil bli tatt med i vurderingen av om misligholdet er vesentlig, som en domstol i siste instans må foreta. [...]

NS 8406 punkt 29.1 andre avsnitt har så å si identisk ordlyd som NS 8405 punkt 39.1 tredje avsnitt første punktum. I LH-2017-66455 uttalte Hålogaland lagmannsrett at «hevingsvarselet setter rammen for de forholdene som er relevante ved vurderingen av om det foreligger hevingsgrunn». Lagmannsretten viste til Arvesen m.fl. sine kommentarer til NS 8406 punkt 29.1, side 476, som skriver det samme som Marthiniussen m.fl. Lagmannsrettene i LH-2015-77899 og LF-2018-45329 tok det samme rettslige utgangspunktet.

Borgarting lagmannsrett tok også dette rettslige utgangspunktet i LB-2017-1178, men mente at hevingserklæringen «i dette tilfellet» måtte «suppleres av den felles forståelse som forelå mellom partene om hvilke problemer som forelå på hevningstidspunktet». Selv om hevingserklæringen var «nokså generell», forelå det mye korrespondanse mellom partene som viste at entreprenøren var klar over hvilke konkrete feil som byggherren mente forelå.

NS 8407 punkt 46.1 første avsnitt tredje punktum har så å si identisk ordlyd som NS 8405 punkt 39.1 tredje avsnitt første punktum og NS 8406 punkt 29.1 andre avsnitt. Nordtvedt m.fl. skriver i kommentarene til NS 8407, 1. utgave, 2013, side 684, at varselet må inneholde «en tilstrekkelig konkret angivelse av misligholdet til at parten får en reell mulighet til å rette». Han skriver videre:

> [...] Ettersom den misligholdende part skal gis adgang til å rette, vil det være nødvendig at alle hevningsgrunnlag som skal påberopes, angis eksplisitt dersom den hevende part vil påberope flere forhold. Den misligholdende part vil på denne måten være gitt anledning til å rette de aktuelle forholdene. [...]

Nordtvedt m.fl. omtaler også diskusjonen i juridisk teori om hevingserklæringen må omfatte alle forhold som påberopes som hevingsgrunn, og nevner at Hagstrøm i Obligasjonsrett, 2011, side 464, «legger til grunn at utgangspunktet er at den som hever ikke har adgang til å skifte standpunkt senere, men at rekkevidden av utgangspunktet kan være usikkert fordi det må være adgang til å presisere hevingsgrunnlaget som er påberopt senere». Nordtvedt m.fl. fortsetter:

> For NS 8407 vil bestemmelsen om hevingsvarsel etter vårt syn skjerpe kravene til at den det heves overfor, gis en fullstendig oversikt over de faktiske omstendigheter som påberopes, slik at rettingsadgangen blir reell.

Etter SSA-T punkt 11.5.4 første avsnitt forutsetter hevingsrett at kunden har gitt «skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden». I LE-2018-76187-3 pekte Eidsivating lagmannsrett på at «formålet med kravet til forutgående varsel er at leverandøren ikke skal risikere hevning uten først å ha fått anledning til å rette på forholdet», og at det «normalt ikke» vil «være i noen av partenes interesse at hevning skjer i andre tilfeller av mislighold enn der hvor leverandøren ikke kan eller vil hjelpe». Siden leverandøren skal gis mulighet for å rette, mente lagmannsretten også at kunden ikke kan «benytte andre hevingsgrunner enn de som er påberopt i varselet».

Kontraktsretten ellers gir veiledning om at det er hevings*erklæringen* som setter rammer for hvilket hevingsgrunnlag som kan påberopes. At det er hevingserklæringen og ikke hevingsvarselet som setter rammer i kontraktsretten ellers, må etter lagmannsretten syn forstås på bakgrunn av at en hevingserklæring som regel kan pareres med et tilbud om retting.

Rt-1994-1617 gjaldt heving i tomtefesteforhold. Bortfesteren hadde tatt forbehold i hevingserklæringen om å komme tilbake med «ytterligere anførsler og grunnlag» for hevingen. Høyesterett uttalte at slike forbehold «i det minste» måtte følges opp «innen rimelig tid», og godtok ikke at bortfesteren kom med en ny anførsel om forurensning i grunnen over ett og et halvt år etter hevingserklæringen. Festeren måtte få «vite hva hevingsgrunnlaget er, slik at han settes i stand til å ta stilling til om han skal godta hevingen eller ikke, og hvorledes han i tilfelle skal innrette seg».

Slik lagmannsretten ser det, måtte festeren også få vite hva hevingsgrunnlaget var for å bli satt i stand til å vurdere retting. Bortfesterens hevingserklæring ga nemlig festeren rett til å kreve en frist for retting.

Under henvisning til Rt-1994-1617, skriver Hagstrøm m.fl. i Obligasjonsrett, 3. utgave, 2021, side 487 flg., at «utgangspunktet må være at kreditor ikke har adgang til å skifte standpunkt og påberope alternative eller supplerende hevingsgrunner som forelå allerede da hevning ble erklært». Hensynene som Høyesterett la vekt på, gjør seg ifølge Hagstrøm gjeldende i de fleste kontraktstyper. Han holder frem at «realdebitor kan ha en adgang til å parere et hevningskrav med et tilbud om retting av mangler», og at retteadgangen ikke blir reell hvis «hevningskravet kan fremsettes på et grunnlag realdebitor innretter seg på å rette» og så opprettholdes på et annet grunnlag. Han forsetter:

> Rekkevidden av utgangspunktet kan være usikkert. Kreditor må i ettertid ha adgang til å presisere det grunnlag som er påberopt som hevningsgrunn, dersom det dreier seg om samme forhold. I forlengelsen av uttalelsen i Rt-1994-1617 må det vel også være adgang til innen rimelig tid å inndra andre omstendigheter, selv om dette ikke er varslet ved et alminnelig forbehold.

Basert på rettskildene knyttet til andre tilvirkningskontraktstandarder med krav om varsel før heving og hensynene som er vektlagt i Rt-1994-1617 og juridisk teori, legger lagmannsretten til grunn at hevingsvarselet må identifisere og konkretisere alle forholdene som påberopes som hevingsgrunn slik at adgangen til retting blir reell. Dette kan stille seg annerledes hvis kontraktspartene har en felles forståelse av hvilke konkrete feil som foreligger. Basert på det samme grunnlaget legger lagmannsretten til grunn at det som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp ikke er adgang til å påberope andre forhold som hevingsgrunn enn de som er påberopt i hevingsvarselet. Dette kan stille seg annerledes hvis det er tale om presisering av samme forhold eller hvis de nye forholdene påberopes innen rimelig tid. Lagmannsretten er etter dette enig med staten i at det er relevant å se på hva SVV skrev til IBM i perioden fra 27. mai til 28. august 2015 om hvilke forhold som kunne gi grunnlag for heving.

Lagmannsretten går over til å se på sondringen mellom hoved- og biforpliktelser.

3.1.2 Sondringen mellom hoved- og biforpliktelser

Slik lagmannsretten ser det, må prosjektstyringen anses som en biforpliktelse selv om kontrakten er en samspillskontrakt.

I Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.2 med overskriften «Generelt om Leverandørens plikter», står det i første avsnitt:

> Leverandørens forpliktelse omfatter alle arbeider og ytelser som Leverandøren skal utføre eller besørge utført i henhold til Kontrakten, inklusive alle leveranser av maskin- og programvare, utvikling av programvare, dokumentasjon, opplæring og tilhørende tjenester. Disse forpliktelsene er heretter samlet betegnet som Leveransen. (FU 8458 på 8462)

Lagmannsretten leser punkt 1.2 første avsnitt slik at det beskriver leverandørens resultatforpliktelse i kortfattet form.

Etter punkt 1.2 tredje avsnitt plikter leverandøren blant annet «å allokere relevant og tilstrekkelig kompetanse og å samarbeide med Kunden i den grad som er nødvendig for profesjonelt å oppfylle forpliktelsene i Kontrakten».

Lagmannsretten leser punkt 1.2 tredje avsnitt slik at det beskriver leverandørens innsatsforpliktelse i kortfattet form. Prosjektstyringen hører innunder dette avsnittet.

Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.3 har overskriften «Generelt om Kundens plikter». Her går det frem at kunden «plikter å samarbeide med Leverandøren som beskrevet i Kontrakten slik at Leverandøren ikke blir forsinket eller på annen måte forhindret i å oppfylle sine forpliktelser». (FU 8463)

Hvordan samarbeidet mellom leverandøren og kunden skal foregå, er utdypet i punkt 2. (FU 8463 flg.) Etter punkt 2.3 skal leverandøren blant annet «periodisk rapportere og presentere status for Kunden, basert på rutiner for oppfølging og rapportering beskrevet i Bilag B». (FU 8465) Etter Bilag B punkt 2.5.5 har leverandøren «lederansvaret for arbeidet med løsningsbeskrivelse, konstruksjon, godkjenning og idriftsettelse, selv om arbeidet foregår i samarbeid med Kunden». (FU 9069 på 9077) Etter Bilag B punkt 4.1 skal leverandøren blant annet rapportere fremdriften. (FU 9078)

For lagmannsretten, ser resultatforpliktelsen ut til å være leverandørens hovedforpliktelse etter kontrakten. Det er denne forpliktelsen som trer frem som «det sentrale elementet» i leverandørens ytelse, jf. Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, 2. utgave, 2013, side 466 og Hagstrøm m.fl., Obligasjonsrett, 2021, side 123. Formålet med leverandørens innsatsforpliktelse, prosjektstyringen, ser derimot ut til å være en biforpliktelse. Denne forpliktelsen skal bare «sikre en smidig og hensiktsmessig avvikling av kontraktsforholdet», jf. igjen Haaskjold side 466.

Dessuten ser hevingsretten etter kontrakten i første rekke ut til å være knyttet til resultatforpliktelsen, «Leveransen».

Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2 at «skadelidende part» kan heve «etter bestemmelsene i punktene ovenfor». (FU 8458 på 8479)

Det foreligger hevingsrett ved inntrådt og antesipert forsinkelse, jf. punkt 6.1.1.2 og 6.3.2. Heving på grunn av forsinkelse forutsetter at «Leveransen ikke er kontraktsmessig utført innen tidspunktene for en av Milepælene, slik disse er definert i Fremdriftsplanen», jf. punkt 6.1.1. (FU 8475) Videre foreligger det hevingsrett ved inntrådte og antesiperte feil eller mangler som er vesentlige, jf. punkt 6.1.2.4 og 6.3.2. (FU 8477) Feil og mangler er definert som «avvik mellom avtalt og levert Leveranse», jf. punkt 6.1.2. (FU 8476) Ved vurderingen av om feilen eller mangelen er vesentlig, «skal det tillegges vekt om den hindrer Kunden i å benytte Leveransen», jf. igjen punkt 6.1.2.4. (FU 8477) Feilene, manglene og vesentlighetsvilkåret peker således tilbake til resultatforpliktelsen, «Leveransen».

At kontraktens hevingsbestemmelser i første rekke peker tilbake til resultatforpliktelsen, taler også for at innsatsforpliktelsen, prosjektstyringen, er en biforpliktelse. At kontraktens bestemmelser om kundens rett til reklamasjon og utbedring peker tilbake på resultatforpliktelsen, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.1.2.1, 6.1.2.2 og 6.1.2.3, taler for det samme. (FU 8476)

For øvrig omtaler verken veilederen til PS2000 eller Føyen m.fl., Kontrakter for utvikling av programvare, 2006, hevingsrett på grunn av vesentlige feil og mangler for annet enn resultatforpliktelsen.

Selv om hevingsretten i første rekke ser ut til å være knyttet til resultatforpliktelsen, mener lagmannsretten at det likevel er hjemmel etter kontrakten for heving ved mislighold av biforpliktelser. Av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2 følger det ikke bare at «skadelidende part» kan heve «etter bestemmelsene i punktene ovenfor», men også «ved annet vesentlig mislighold fra den andre parts side». Slik lagmannsretten forstår tilføyelsen om «annet vesentlig mislighold», rommer den hevingsrett ved brudd på biforpliktelser såfremt bruddet er vesentlig.

Haaskjold gir på side 466 og 467, og Hagstrøm m.fl. gir på side 126, uttrykk for at sondringen mellom hoved- og biforpliktelser, som utgangspunkt bare har pedagogisk og ikke rettslig betydning.

Haaskjold skriver likevel på side 467 og 468 at det kan «være grunn til å anta at brudd på biforpliktelser ikke like lett som brudd på hovedforpliktelsen vil kunne karakteriseres som vesentlig mislighold som gir rett til heving», og understreker at dette følger «av en analyse av hva som ligger i vesentlig mislighold» og «ikke av sondringen mellom hoved- og biforpliktelser». Han gir også uttrykk for at «et krav på erstatning i praksis ofte vil fremstå som den mest adekvate sanksjonen ved brudd på biforpliktelsene».

Hagstrøm m.fl. skriver tilsvarende på side 126:

> [...] Brudd på biforpliktelser vil ofte ikke være så alvorlige at de gir hevningsrett, dersom opptredenen ikke unntaksvis må oppfattes som en bevisst illojalitet som i hvert fall i mer langsiktige kontraktsforhold må kunne gi den krenkede grunnlag for å komme ut av forholdet. [...] Normalt vil imidlertid et erstatningskrav være den mest praktiske beføyelse ved mislighold av biforpliktelser.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at brudd på biforpliktelser kan gi hevingsrett, men at det skal en del til for at bruddet utgjør et vesentlig mislighold selv om partene har inngått en samspillskontrakt. For det tilfellet at brudd på biforpliktelser ikke kan anses som vesentlige, legger lagmannsretten på den andre siden til grunn at bruddene vil kunne være relevante ved vurderingen av om det foreligger hevingsrett på annet grunnlag, det vil her si antesipert vesentlig forsinkelse.

3.1.3 Bevistemaet

Bevistemaet blir etter dette hvilke hevingsgrunner som kan påberopes etter hevingsvarselet, om hevingsgrunnene som kan påberopes og blir påberopt, utgjør mislighold av kontrakten og om misligholdet er vesentlig.

Føyen m.fl. skriver på side 483 om vurderingen av hva som er å anse som en vesentlig mangel *etter* levering:

> [...] Etter som heving som misligholdsbeføyelse er et svært alvorlig skritt å gå til i et utviklingsprosjekt, er det naturlig å veie eventuelle momenter som måtte tale for hevingsrett på kundens hånd – mot prosjektets størrelse og mengden av ressurser nedlagt fra leverandørens side.

Lagmannsretten slutter seg til dette synspunktet og legger til grunn at prosjektets størrelse og mengden nedlagte ressurser fra leverandørens side, er momenter som taler for en høy terskel for heving også ved brudd på biforpliktelser *før* levering. Dette må etter lagmannsrettens syn særlig gjelde hvis misligholdet av biforpliktelser ikke er til hinder for at resultatforpliktelsen kan oppfylles i tide til å forhindre heving på grunn av antesipert vesentlig forsinkelse.

Lagmannsretten går over til å se på hva som konkret kan påberopes som grunnlag for hevingen etter hevingsvarselet utfylt med korrespondansen kort tid før og etter varselet. Dette blir behandlet i punkt 3.2. Om de påberopte forholdene utgjør vesentlig inntrådt mislighold, blir behandlet i punkt 3.3.

3.2 Rammene som hevingsvarselet konkret setter i denne saken

I hevingsvarselet 22. juni 2015 sto det under overskriften «Nærmere om IBMs vesentlige mislighold» at misligholdet «særlig» knyttet seg til det som SVV vurderte «som et forventet mislighold på grunn av IBMs løpende forsinkelse». Om inntrådt mislighold sto det:

> [...] Videre mener vi at IBM befinner seg i et aktuelt mislighold knyttet til kvalitet, kostnad, innhold i leveransen og den generelle prosjektstyringen.
> (FU 25115 på 25116)

Under underoverskriften «Aktuelt mislighold» sto det på nytt at IBM befant seg «i vesentlig mislighold med hensyn til kvalitet, kost, leveranseomfang og den generelle prosjektstyringen» og at dette «underbygges også av de rapporter A-2 har fremlagt». (FU 25117)

Hva som skal ha vært mislighold av prosjektstyringen, ble utdypet under overskriften «Grov uaktsomhet og forsettlige forhold hos IBM». Ifølge SVV hadde IBM «opptrådt grovt uaktsomt ved ikke å varsle om prosjektets manglende fremdrift og ufullstendige leveranser, og de generelle utfordringer IBM» hadde hatt med leveransen siden disse «forholdene» måtte «antas å ha vært godt kjent for IBM over lengre tid». IBM hadde «underkommunisert» og ikke «vært åpne om de forhold som de var pliktige til å varsle SVV om» etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 2.3. (FU 25117) IBM hadde gitt «klart utilstrekkelig informasjon» om at selskapet hadde utsatt «den vesentlige delen av konstruksjonsfasen [...] til iterasjon 3». IBM hadde «heller ikke åpnet for nødvendig samspill med SVV». At det hadde vært «et fortløpende problem for SVV å få innsyn i IBMs utviklede løsning og planer», tydet på at IBM «også forsettlig» hadde misligholdt sine kontraktsforpliktelser. (FU 25118)

SVV varslet at kontrakten ville bli hevet med mindre IBM utbedret forholdene innen 30 dager. (FU 25115 og 25118)

Slik lagmannsretten ser det, var hevingsvarselet meget generelt formulert. De eneste forholdene ved «den generelle prosjektstyringen» som SVV kan sies å ha identifisert og konkretisert i varselet, var at IBM hadde forsømt plikter knyttet til rapportering om fremdriften og leveranseomfanget, herunder rapportering om at

innhold var utsatt til iterasjon 3, og at IBM hadde forsømt plikter knyttet til samspill om og innsyn i løsningen og planene.

Ved kommunikasjonen kort tid før og etter varselet, ble imidlertid ytterligere forhold identifisert og konkretisert, og påberopte forhold ble presisert.

Første gang SVV skrev til IBM om vesentlig mislighold, var i brev 27. mai 2015, om lag en måned før hevingsvarselet. Under overskriften «IBMs vesentlige mislighold» sto det blant annet:

> SVV kan her vise til vesentlige restanser som stammer fra HMP1 og KP1, som fortsatt er utestående, samt ulike andre forhold som har vært utestående gjennom flere måneders KG-møter. Eksempler på det sistnevnte er sakene som ble eskalert til KG20. Ingen av disse sakene er lukket per i dag. SVV vil også peke på at IBMs prognoser endres fortløpende og uten nærmere begrunnelse.
> (FU 24182 på 24186 og 24187)

Restansene «som stammer fra HMP1» var ikke nærmere identifisert eller konkretisert i brevet 27. mai 2015. Basert på referatene fra KG-møtene, legger lagmannsretten til grunn at kontraktspartene hadde en felles forståelse av at SVV siktet til restansene R1, R3, R5 og R7 om gjennomføringsplan og verktøybruk. (FU 14225 flg.)

Restansene «som stammer fra [...] KP1» var heller ikke nærmere identifisert eller konkretisert i brevet 27. mai 2015. Lagmannsretten legger til grunn at kontraktspartene hadde en felles forståelse av at SVV siktet til A-2s konklusjoner i rapport til KP1 31. oktober 2014. (FU 16708 på 16711) A-2 konkluderte her med at «mangelfull [...] **realisme i fremdriftsplanen** for iterasjon 2 og 3 [...] med høy sannsynlighet» ville føre til at HMP2 ikke ville bli nådd «med riktig kvalitet og omfang», og at «**mangelfulle detaljerte planverk** for iterasjon 2» ville føre til «at både fremdriftsmåling i forhold til baseline og grunnlaget for tilfredsstillende styring» var «svakt». A-2 konkluderte også med at «mangelfull beskrivelse av **innhold og arkitektur** i løsningen» kunne føre til både «redusert kvalitet på løsningen» og redusert mulighet «for SVV til å bidra konstruktivt med forbedring og optimalisering av løsningen».

Sakene «som ble eskalert til KG20» var heller ikke nærmere identifisert eller konkretisert i brevet 27. mai 2015. Det går imidlertid tydelig frem av punkt 5 «Eskalerte saker» i referatet fra KG-møte nr. 20 17. april 2015 at mangelfull logisk datamodell og mangelfulle planer for konfigurasjonsstyring og kravsporing var blant de eskalerte sakene. (FU 22624 på 22628) Det går frem av punkt 6 «Endringer» at det var «flere omtvistede endringer» som var eskalert, deriblant EA053 og EA054. (FU 22629)

Hevingsvarselet viste ikke til brevet 27. mai 2015 under beskrivelsen av hva som skal ha vært vesentlig mislighold av prosjektstyringen, men viste til dette brevet, restansene ut av HMP1 og KP1 samt A-2s rapport 31. oktober 2014 under den innledende oppsummeringen av hendelsesforløpet. (FU 25115) Hevingsvarselet hadde også en generell henvisning til «de rapporter A-2 har fremlagt» under beskrivelsen av hva som skal ha vært vesentlig mislighold. (FU 25116) Slik lagmannsretten ser det, kan SVV ved disse henvisningene sies å ha identifisert og konkretisert mislighold knyttet til gjennomføringsplanen, verktøybruken og arkitekturløsningen som forhold som kunne begrunne heving.

Hevingsvarselet viste derimot ikke til sakene som ble eskalert til KG-møte nr. 20, noe som kan tale for at disse sakene – logisk datamodell, planer for konfigurasjonsstyring og kravsporing samt omtvistede endringer – ikke lenger ble ansett som forhold som kunne begrunne heving. Lagmannsretten bemerker i denne forbindelsen at det under listen over de eskalerte sakene i punkt 5 i referatet fra KG-møte nr. 20, sto:

> Etter eskalering til KG har det vært progresjon på flere av sakene. SVV ser positivt på dette, og er kjent med at status i vedlagt saksfremlegg for enkelte saker derav ikke er helt oppdatert med siste døgns endringer.
> (FU 22624 på 22628)

Slik lagmannsretten ser det, kan imidlertid de eskalerte sakene mangelfull logisk datamodell og mangelfulle planer for konfigurasjonsstyring og kravsporing, sies å være omfattet av forhold som ble identifisert og konkretisert i hevingsvarselet med videre henvisninger: Mangelfull logisk datamodell kan sies å ligge innunder det identifiserte og konkretiserte forholdet arkitektur, og mangelfulle planer for konfigurasjonsstyring og kravsporing kan sies å ligge innunder det identifiserte og konkretiserte forholdet verktøy.

Videre ble mislighold knyttet til logisk datamodell og endringsanmodninger, fastholdt og presisert i den videre korrespondansen frem til og med 28. august 2015.

I brev 3. juli 2015, om lag to uker før varselfristen løp ut, viste SVV under punkt 5.2 om «Aktuelt mislighold», underpunkt 5.2.2 om «Kvalitet og prosjektstyring», til A-2s rapport 5. juni 2015. (FU 25357 på 25363 flg.) I denne A-2-rapporten sto det om logisk datamodell (LDM):

> Arbeidet med LDM har pågått lenge og er fortsatt ikke ferdig. Vi mener det er en risiko for at omfattende utviklingsarbeid og endringer sent i prosjektgjennomføringen kan medføre endringer også i LDM, med følgekonsekvenser for datakonsistens, systemarkitektur og migrering. [...]
> (FU 24498 på 24508)

I brevet 3. juli 2015 ble «Omtvistede endringsanmodninger» beskrevet som aktuelt mislighold i punkt 5.2.1. (FU 25357 på 25363) I punkt 6 med overskriften «Grov uaktsomhet og forsett», underpunkt 6.1 med overskriften «Nærmere om IBMs underkommunikasjon og motvilje mot å levere», sto det:

> IBM har for øvrig ikke åpnet for nødvendig samspill med SVV. Det har i hele Konstruksjonsfasen vært et problem for SVV å få innsyn i IBMs utviklede løsning og planer, til tross for gjentatte forespørsler fra SVV sin side. SVV er innforstått med at Kunden plikter å samarbeide med Leverandøren for å sikre at Leverandøren er i stand til å levere som forutsatt. SVV har gjennom hele kontraktsløpet stilt sine ressurser til disposisjon, men har gjennomgående blitt nektet innsyn i utviklet løsning.
> (FU 25366)

I punkt 6.2 med overskriften «Flytting av innhold mellom iterasjoner» sto det blant annet:

> IBMs foreslåtte flytting av innhold i iterasjon 2 til iterasjon 3 medfører også at det oppstår en endring med hensyn til ansvarsreguleringen i inngåtte Kontrakt, til Leverandørens fordel. Herunder vil flyttingen føre til at avtalte betalingsplan blir uforholdsmessig opp mot det som skal leveres. Samlet sett ville en flytting av innhold mellom iterasjoner som nevnt utgjøre en vesentlig endring i inngått Kontrakt, hvilket SVV ikke har anledning til å gå inn på.
> (FU 25367)

Slik lagmannsretten ser det, presiserte SVV ved brevet 3. juli 2015 at forholdet arkitektur omfattet mislighold knyttet til logisk datamodell. SVV presiserte også forholdene knyttet til endringsanmodninger samt samspill om og innsyn i løsningen og planene. Videre ble det identifisert og konkretisert at selve flyttingen av innhold fra iterasjon 2 til iterasjon 3, var et forhold som kunne begrunne heving.

SVV skrev avslutningsvis i brevet 3. juli 2015 at vegvesenet forventet at IBM, innen utløpet av varslingsfristen, iverksatte tiltak som sikret at IBM kunne «levere i henhold til Kontrakt innenfor det avtalte leveranseomfang, kostnadsregime, tid og kvalitet». (FU 25367)

Lagmannsretten er enig med IBM i at denne avsluttende passusen om retting var egnet til å forvirre fordi den bare ser ut til å knytte seg til antesipert og ikke til inntrådt mislighold, men legger liten vekt på dette. SVV hadde listet opp en rekke forhold knyttet til inntrådt mislighold. Det fulgte klart nok av både kontrakten og hevingsvarselet at forhold som kunne begrunne heving, måtte rettes innen fristen på 30 dager for å avverge heving enten forholdene knyttet seg til antesipert eller inntrådt mislighold.

I SVVs hevingserklæring 27. juli 2015, ble det under overskriften «Aktuelt mislighold» gjentatt at IBM hadde «vesentlig misligholdt sine kontraktsforpliktelser med hensyn til kvalitet, kost, leveranseomfang og den generelle prosjektstyringen» og at dette var underbygd «også av de rapporter A-2 har fremlagt». Det ble også vist til brevet 3. juli 2015, «særlig punktene 5.2.2 og 6». (FU 26028 på 26031)

I svaret på IBMs heving av Finansieringsavtalen og Leveranseavtalen med de tilhørende avtalene om drift, forvaltning og utvikling 5. og 14. august 2015, skrev SVV 28. august 2015, om lag en måned etter SVVs egen heving, i punkt 4.2 med overskriften «Aktuelt mislighold»:

> SVV mener for det første at IBM har misligholdt den varslingsplikten som følger av Kontrakten Del II pkt. 2.3. De utfordringene IBM hadde i prosjektet må antas å ha vært godt kjent for IBM over lengre tid. På tross av at rapportering har funnet sted i henhold til de intervaller som Kontrakten legger opp til, er det SVVs oppfatning at IBM har underkommunisert og vært inkonsistente i sin kommunikasjon, samt ikke vært åpne om de forhold som de var pliktige å varsle SVV om. Etter SVVs oppfatning utgjør dette også et grovt uaktsomt forhold på IBM sin side.
>
> A-2 skriver følgende om IBMs fremdriftsrapportering:

> «EV-rapporteringen [fremdriftsrapportering/«inntjent verdi»] har aldri fungert etter intensjonen og gjenspeiler ikke den reelle utviklingen i prosjektet. ETC [estimat for gjenstående arbeid] baseres i hovedsak på gjenstående kalendertid og antall ressurser og ikke estimat for resterende arbeid.»
> (FU 26112 på 26118)

SVV skrev også at IBM hadde fremsatt endringsanmodninger «uten hjemmel i Kontrakten». (FU 26119)

I punkt 4.2.1 med overskriften «Manglende kvalitet på IBMs arbeid» trakk SVV frem «at IBM aldri leverte en fullstendig logisk datamodell». (FU 26120) I punkt 4.2.2 med overskriften «IBMs manglende leveranseevne og kompleksitet i egne løsningsvalg», skrev SVV at IBM ikke «hadde foretatt en reell estimering av arbeidet før Konstruksjonsfasen startet, eventuelt at IBM sin oppfatning av kravenes, og dermed løsningens kompleksitet, har økt under Konstruksjonsfasen», og at dette var IBMs ansvar. (FU 26122) I punkt 4.2.3 med overskriften «IBMs manglende prosjektorganisering og -styring» skrev SVV blant annet:

> SVV har i hele prosjektperioden savnet og forventet troverdige prognoser og en realistisk gjennomføringsplan. Dette var for øvrig en restanse fra HMP1 som aldri ble oppfylt i prosjektet. A-2 er av samme oppfatning, jf. følgende sitat fra A-2s rapport av 05.06.2015:
>
> «[d]e ulike planversjonene hittil i konstruksjonsfasen har vært top-down datostyrt uten nødvendig realisme. Det er et grunnleggende problem at nødvendige underlag for å kunne utarbeide planen er fraværende, svakt fundert eller mangelfullt harmonisert.»
> (FU 26123)

SVV skrev i samme punkt også:

> Når det gjelder IBMs organisering og team vil SVV fremheve at mange av IBMs prosjektdeltakere pendlet til Oslo fra mange ulike land. SVV opplevde og påpekte manglende intern kommunikasjon i IBM. Arbeidet var fra IBM sin side organisert i «strømmer» som hadde lite kontakt med hverandre, og både planlegging, rapportering og løsningsbeskrivelse skjedde per strøm. Dette, kombinert med språkutfordringer, vanskeliggjorde koordinering internt hos IBM.
> (FU 26124)

SVV siterte i fortsettelsen følgende fra A-2s rapport 31. oktober 2014:

> Ledelse av og samspillet mellom alle aktørene på tvers av geografi, kultur og språk hos kunde og leverandør er en betydelig utfordring. Det er en lang vei fra et bomselskap i Trøndelag til en utvikler i India. Behov, krav og tilbakemeldinger skal først gjennom SVV og IBM lokalt, før det kommer til IBM GD. Dette gir en fare for at viktige nyanser går tapt.
> (FU 26124 og FU 16708 på 16713)

SVV behandlet også stans i arbeidet for iterasjon 3, flytting av innhold mellom iterasjoner, dialogen mellom partene og «IBMs grunnløse endringsanmodninger» i egne punkter (punktene 4.2.7, 4.2.8, 4.2.9 og 4.2.10). (FU 26112 på 26127 og 26128)

Slik lagmannsretten ser det, presiserte SVV ved brevet 28. august 2015 mislighold knyttet til fremdriftsrapportering, logisk datamodell, realistisk fremdriftsplan, flytting av innhold mellom iterasjoner, samspill og endringsanmodninger. SVV identifiserte og konkretiserte også mislighold knyttet til estimering, organisering og stans i arbeidet for iterasjon 3 som forhold som kunne begrunne heving.

Oppsummert hadde SVV kort tid etter hevingen identifisert og konkretisert følgende forhold som begrunnelse for hevingen: rapportering om fremdrift og leveranseomfang, herunder rapportering om flytting av innhold fra iterasjon 2 til iterasjon 3, samspill om og innsyn i løsningen og planene, realistisk og detaljert gjennomføringsplan, verktøybruk, herunder konfigurasjonsstyring og kravsporing, arkitekturløsningen, herunder logisk datamodell, flytting av innhold, endringsanmodninger, estimering, organisering og stans i arbeidet med iterasjon 3. Det er bare disse forholdene som kan påberopes som grunnlag for hevingen.

Lagmannsretten går over til å begrunne hvorfor det ikke det forelå inntrådt vesentlig mislighold på hevingstidspunktet.

3.3 Har IBM vesentlig misligholdt prosjektstyringen?

3.3.1 Innledning – Forholdene som lagmannsretten vil vurdere

Av forholdene som kan påberopes som grunnlag for hevingen, påberopes ikke lenger rapporteringen om leveranseomfang, herunder rapporteringen om flytting av innhold fra iterasjon 2 til iterasjon 3, samspill og detaljeringen av gjennomføringsplanen. Når det gjelder mislighold knyttet til arkitekturløsningen, påberopes det nå bare at SVV ikke fikk innsyn i arkitekturbeslutninger og at det aldri ble utarbeidet en helhetlig logisk datamodell.

Forholdene som kan påberopes og blir påberopt er etter dette realistisk gjennomføringsplan, rapportering om fremdrift, verktøybruk, herunder verktøy for konfigurasjonsstyring og kravsporing, organisering, estimering, innsyn i arkitekturbeslutninger, helhetlig logisk datamodell, flytting av innhold, stans i arbeidet med iterasjon 3 og endringsanmodninger.

Det rettes ikke lenger noen kritikk mot løsningens innhold eller kvalitet. Alle forholdene som kan påberopes og blir påberopt, har med IBMs prosjektstyring å gjøre.

Staten har i tillegg påberopt at IBM hadde begrenset erfaring med bompengedomenet, at IBM ikke fulgte opp avtalt arbeidsmetodikk med bruk av demoløsninger og at IBM ikke gjennomførte ytelsestest i iterasjon 1.

Lagmannsretten går ikke inn på disse forholdene. Dette er forhold som både faller utenfor rammen av SVVs hevingsvarsel og som var synlige for vegvesenet på hevingstidspunktet. De kan ikke påberopes.

Lagmannsretten går over til å vurdere om hvert av forholdene som kan påberopes og blir påberopt, utgjorde mislighold av kontrakten, og i tilfellet om misligholdet var vesentlig, i punkt 3.3.2 til 3.3.9 nedenfor. Ved vurderingen tar lagmannsretten utgangspunkt i at IBM som leverandør hadde både ansvaret for å planlegge, organisere og lede arbeidet slik at det ble gjennomført i tråd med kontraktsforpliktelsene, jf. Bilag B punkt 2.5.3, og det overordnede «lederansvaret for arbeidet med løsningsbeskrivelse, konstruksjon, godkjenning og idriftsettelse», jf. Bilag B punkt 2.5.5. (FU 9069 på 9075 og 9077)

Lagmannsretten behandler forholdene i samme rekkefølge som staten, og ser på forholdet realistisk gjennomføringsplan først.

3.3.2 Realistisk gjennomføringsplan

Kontrakten taler om både gjennomføringsplan og fremdriftsplan. I denne saken er begrepene gjennomføringsplan og fremdriftsplan brukt om hverandre.

Generelle kontraktsbestemmelser og Bilag C bruker begrepet *fremdriftsplan*.

Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.2.4 at «Fremdriftsplanen» er tidspunktene for gjennomføringen av leveransen etter Bilag C, og at den er basert på kontraktens milepæler. (FU 8458 på 8466) Etter punkt 3.4.1 skal kontraktspartene «sammen, men under Leverandørens ledelse og styring, legge en detaljplan for hvert trinn i Konstruksjonsfasen, innenfor rammene av Fremdriftsplanen». (FU 8467) Etter punkt 3.4.5 skal leverandøren utarbeide en plan i hvert kontrollpunkt for det etterfølgende trinnet «basert på overordnet Fremdriftsplan og erfaringer fra gjennomført trinn». (FU 8468)

Det følger av Bilag C punkt 5 om «Fremdriftsplan» under punkt 5.1.1 med overskriften «Milepælsplan» at fremdriftsplanen «skal» strukturere aktivitetene frem mot kontraktens milepæler. Planen skal vise avhengigheter mellom hovedaktivitetene og plassere aktivitetene i tid slik at milepælene «kan nås». (FU 9105 på 9161)

Ved kontraktsinngåelsen ble det utarbeidet en plan for hele prosjektet («Prosjektplan») som er inntatt som et vedlegg til Bilag C. (FU 9245 flg.)

PRO006 Arbeidsprosesser som ble levert til HMP1 (løsningsbeskrivelsen), bruker begrepet *gjennomføringsplan*. (FU 10)

Etter PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8, datert 18. november 2014, punkt 10, skulle det utarbeides et planverk strukturert i tre nivåer: En masterplan (det øverste nivået), en gjennomføringsplan (det midterste

nivået) og detaljerte oppfølgingsplaner (det nederste nivået). Masterplanen viste prosjektets totale tidslinje med samtlige faser. De detaljerte oppfølgingsplanene besto av «detaljerte oversikter og aksjoner på et dag-til-dag nivå». Om gjennomføringsplanen står det:

> [...] Dette er en detaljert gjennomføringsplan som angir hver av iterasjonene, samtlige funksjonsområder og strømmer på et hensiktsmessig detaljnivå. [...] I tillegg vil denne planen beskrive både interne og eksterne avhengigheter. Dette vil være den sentrale planen for styring og oppfølgning av prosjektet totalt sett. (FU 62 på 101)

Staten har gjort gjeldende at IBM pliktet å utarbeide en realistisk gjennomføringsplan, mens IBM har gjort gjeldende at kontrakten ikke inneholder noe krav om at planen må være realistisk.

Generelle kontraktsbestemmelser og Bilag C stiller ikke noe uttrykkelig krav til at fremdriftsplanen/gjennomføringsplanen må være realistisk.

En naturlig språklig forståelse av Generelle kontraktsbestemmelser punktene 3.2.4 og 3.4.1 og Bilag C punkt 5.1.1 lest i sammenheng, kan tale for at planen *må* ligge innenfor de kontraktsfestede milepælene, jf. formuleringen i Generelle kontraktsbestemmelser punktene 3.2.4 og 3.4.1 om at detaljplanene for hvert trinn skal legges innenfor fremdriftsplanen som igjen er basert på kontraktens milepæler, og formuleringen i Bilag C punkt 5.1.1 om at planen «skal» strukturere aktivitetene frem mot milepælene.

Ordlyden kan på den andre siden også tale for at planen må være realistisk, jf. formuleringen i Bilag C punkt 5.1.1 om at planen skal strukturere aktivitetene frem mot milepælene slik at de «kan nås».

PRO006 Arbeidsprosesser stiller heller ikke noe uttrykkelig krav til at planen må være realistisk, men gir veiledning om at den må kunne styres etter, jf. formuleringen om at gjennomføringsplanen var «den sentrale planen» for styring av prosjektet.

Slik lagmannsretten ser det, forpliktet IBM seg uansett hva som kan utledes av kontraktens ordlyd, til å utarbeide en realistisk gjennomføringsplan etter løsningsbeskrivelsen som ble godkjent med restanser.

SVV satte 4. juli 2014 «Mangler i plan for konstruksjonsfasen» som restanse R5. SVV viste til at manglene «understøttes av A2-tiltak» og satte «A2-tiltak skal gjennomføres» som forutsetning for å godkjenne HMP1. Tiltakene dreide seg om å «sikre realistisk fremdriftsplanlegging». (FU 14223 og FU 14225 på 14229) IBM aksepterte alle SVVs restanser, inkludert restanse R5.

SVV etterlyste en realistisk gjennomføringsplan i så å si alle KG-møtene fra og med 18. september 2014, og IBM bekreftet forpliktelsen til å utarbeide en realistisk plan i disse møtene. IBM oversendte gjennomføringsplaner mellom møtene og medga helt frem til og med 17. april 2015 at planene måtte forbedres. I referatet fra KG-møte 18. september 2014 heter det:

> Prosjektledelsen på begge sider har konkludert med at man skal prioritere å ferdigstille konsistente, dekkende og troverdige planer: «Gjennomføringsplan» (Detaljert plan for alle aktiviteter og leveranser som skal utføres i alle «strømmene» ila Konstruksjonsfasen) og «Masterplan (skal dekke alle aktiviteter og leveranser som skal gjennomføres frem til 15. nov 2015, men ikke på detalj-nivå). (FU 15488 på 15492)

Det heter videre at planverket hadde «vært for fragmentert og inkonsistent» og hadde «manglet både interne avhengigheter og avhengigheter mot SVV», samt at IBM ville oversende en oppdatert versjon av planene 19. september 2014. (FU 15489)

IBM oversendte 23. september 2014 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 0.91.

Det går frem av referatet fra KG-møte 24. oktober 2014 at SVV fortsatt ventet på planverk fra IBM, og at vegvesenet forventet en gjennomføringsplan som dekket samtlige strømmer, dekket alle aktiviteter for hele iterasjon 2, hensyntok alle avhengigheter og viste hva som var innholdet/scope i iterasjon 2 og 3. Aktivitetene måtte også være estimert. Det var enighet om at IBM skulle levere oppdatert planverk til 26. oktober 2014. (FU 16529 på 16531)

IBM oversendte 29. oktober 2014 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 1.1.

Det går frem av referatet fra KG-møte 18. november 2014 at Jane Bordal, som ledet både koordineringsgruppen og SVVs styringsgruppe (SG), etterlyste en forklaring på hvorfor planene fortsatt ikke var ferdigstilt. (FU 17223) IBM forklarte at selskapet hadde planer på flere nivåer og at de i det daglige styrte etter «planer på lavt

nivå, i store regneark per team», men at disse ikke viste sammenhenger og avhengigheter som var «nødvendige» for å kunne lage en konsolidert plan som prosjektet samlet hadde behov for. IBM var enig i at «prosessen for arbeid med planer» ikke hadde vært «god nok». SVV krevde at planene «som et minimum» måtte være «korrekte, konsistente og vise avhengigheter», og at de måtte vise hva vegvesenet ble forventet å levere til prosjektet og tidspunktene for leveransene slik at vegvesenet blant annet kunne ha «rett bemanning til rett tid». (FU 17224)

Det går frem av presentasjonen som IBMs og SVVs prosjektledere, Terje Harangen og Anne-Marie Ytrehus, holdt i fellesskap i KG-møtet 18. november 2014 at IBM skulle sikre at både gjennomføringsplanen og masterplanen var «troverdige og konsistente». (FU 17241 på 17258)

IBM oversendte 22. november 2014 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 1.2 og 6. desember 2014 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 1.3.

I KG-møte 18. desember 2014 krevde SVV å få en plan med datoer som vegvesenet kunne «stole på». SVV mente at prosjektet ikke kunne fortsette med planer som «alle» visste ikke holdt. IBM opplyste at selskapet ville «starte med planarbeidet sammen med SVV umiddelbart etter nyttår». Prognosen var at gjennomføringsplanen ville bli levert 15. januar 2015. (FU 18383 på 18386) Det ble også bestemt at IBM skulle utarbeide en realistisk prognose for oppnåelse av HMP2 og HMP3. (FU 18388 og 18198)

Det går frem av referatet fra KG-møte 15. januar 2015 at SVV var opptatt av at det ble kommunisert «en realistisk prognose» som skulle holde for gjennomføringen; SVV så det ikke som «ønskelig med flere prognose endringer av HMP2 datoen». (FU 19410 på 19413)

IBM oversendte 20. januar 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 2.0 og 12. februar 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 2.1.

Det går frem av referatet fra KG-møte 19. februar 2015 at SVV krevde at IBM presenterte «en realistisk troverdig totalplan» som Bordal kunne presentere i SG-møte og møte med Samferdselsdepartementet henholdsvis 23. og 25. februar 2015. IBM forklarte at planarbeidet var omfattende, og at det var «nedprioritert og forsinket hos dem grunnet manglende kapasitet». A-2 viste her «forståelse for SVVs frustrasjon». Ifølge A-2 var det ikke «noen troverdighet» i planene og prognosene som IBM hadde levert frem til da. Det går frem av referatet at planen da var at HMP2 skulle nås 20. juli 2015. Ifølge A-2 burde IBM hatt «tilstrekkelig med erfaring og kjennskap med status og fremdrift til å kunne beskrive forutsetninger og legge planprognoser for både HMP2 og HMP3» på dette tidspunktet. (FU 20425 på 20426)

IBM oversendte først 6. mars 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 2.2.

I KG-møte 17. mars 2015 ga A-2 uttrykk for at det var «vanskelig å gi en vurdering av plan og fremdrift» fordi det ikke forelå «en baselinet plan» som partene trodde på og som det ble rapportert konsistent opp mot. A-2 anbefalte å etablere «en omforent, baselinet plan som minimum» inkluderte «alle avhengigheter mellom partene». (FU 21286 på 21290)

IBM oversendte 23. mars 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 3.0. og 17. april 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 2.3.

Det går frem av referatet fra KG-møte 17. april 2015 at A-2 savnet «realisme i IBMs planverk»:

> Det synes som om IBM har bestemt seg for en dato for HMP2, og kjører etter den. I en plan man selv har kontroll på alle elementer i, vil dette være en mulig strategi, men med så mange avhengigheter mellom flere parter vil det ikke være mulig å gjennomføre en så aggressiv plan uten svært tett samspill.

Under overskriften «Kommentarer fra IBM» sto det at IBM lovte «å levere en troverdig plan som alle i KG tror på», og at IBM jobbet med «å fastsette tiltak» som synliggjorde «mulig fremdrift i henhold til plan». (FU 22624 på 22627 og 22628)

Oppsummert mener lagmannsretten at IBM forpliktet seg til å utarbeide en realistisk gjennomføringsplan ved å akseptere restansen R5 ved HMP1 og gjentatt bekrefte denne forpliktelsen gjennom konstruksjonsfasen. På den andre siden viser ikke aksepten av restansen R5 og de etterfølgende bekreftelsene, mer enn at IBM var forpliktet til å utarbeide en gjennomføringsplan som var realistisk i den forstand at milepælene i den kunne nås, jf. Bilag C punkt 5.1.1, og at den kunne styres etter, jf. PRO006. Lagmannsretten legger i dette at det måtte kunne latt seg gjøre å nå planens milepæler i praksis. At planen kunne styres etter, innebærer ikke nødvendigvis

at den måtte ligge fast. I en iterativ prosess med samhandling som her, måtte det være rom for fleksibilitet og justeringer i planen.

Slik lagmannsretten ser det, oppfylte ikke IBM forpliktelsen til å utarbeide en realistisk gjennomføringsplan i tiden før KG-møtet 17. april 2015. IBM ser ut til å ha sagt seg enig i dette frem til dette tidspunktet.

Slik lagmannsretten også ser det, ble imidlertid dette forholdet rettet før hevingstidspunktet 27. juli 2015.

IBM oversendte 22. april 2015 PRO001 Gjennomføringsplan versjon 4.0.

Denne planen ble levert til kontrollpunkt 2 (KP2). IBMs leveranse til KP2 ble underkjent av SVV. SVV ga tre begrunnelser for å underkjenne KP2. Den ene begrunnelsen var at planen ikke var realistisk. (FU 23210 på 23213)

Staten har gjort gjeldende at det var null prosent sannsynlighet for at IBM kunne ferdigstilt arbeidet innen datoene i planen. IBM har bestridt dette.

Lagmannsretten mener at denne planen var realistisk og kommer tilbake til dette i punkt 4.4.8.6 nedenfor. Det er ikke gjort gjeldende at det ble oversendt gjennomføringsplaner etter dette som var enda mindre realistiske. Det forelå således ikke mislighold av forpliktelsen til å utarbeide en realistisk plan på hevingstidspunktet. At det ikke forelå en realistisk plan, kan da ikke begrunne SVVs heving.

Staten har også gjort gjeldende at IBM aldri utarbeidet en plan som var av god nok teknisk kvalitet, mens IBM har gjort gjeldende at SVV stilte overdrevne krav og at dette forholdet uansett må anses som rettet på hevingstidspunktet.

Det har vært svært lite bevisførsel om den tekniske kvaliteten på gjennomføringsplanene.

I den grad det har vært noe å utsette på planenes tekniske kvalitet, er lagmannsretten imidlertid enig med IBM i at dette forholdet må anses som rettet på hevingstidspunktet. Som lagmannsretten kommer tilbake til i punkt 4.4.8.6 nedenfor, ble det ikke reist kritikk mot den tekniske kvaliteten på PRO001 Gjennomføringsplan versjon 4.0 som ble levert til KP2. Det er heller ikke kommet frem noen kritikk mot den tekniske kvaliteten på senere planer. At planene ikke var av god nok teknisk kvalitet, kan således heller ikke begrunne SVVs heving.

3.3.3 Reell fremdriftsrapportering

Etter kontrakten skal leverandøren «periodisk rapportere og presentere status for Kunden, basert på rutiner for oppfølging og rapportering i Bilag B», jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 2.3. (FU 8458 på 8465)

I Bilag B punkt 4.1 om oppfølging og rapportering, står det blant annet:

> Fremdriftsoppfølgning skal foretas i forhold til to ulike referanserammer; milepæler (Hovedmilepæler, Kontrollpunkter og øvrige Milepæler) og planlagt fremdrift i form av periodiserte fremdriftsplaner, slik planene er fastlagt i Bilag C. Milepæler blir enten nådd eller ikke nådd, mens reell fremdrift beregnes og sammenholdes med planlagt fremdrift og timeforbruk.
> (FU 9069 på 9078)

I punkt 4.1 er det også listet opp ni krav til de månedlige statusrapportene. Kravet for fremdrift lyder slik:

> [...] S-kurve med planlagt og reell fremdrift (inntjent verdi). I tillegg inkluderes en budsjettkurve og tilhørende prognose basert på reell fremdrift pluss oppdatert estimat for gjenstående tid.
> (FU 9079)

Etter punkt 4.1 skal leverandøren også «fortløpende rapportere forbruk av timer basert på Earned Value». Rapportene skal vise «Forbrukte timer, %Ferdig, %Brukt, Kostnadsindeks og Fremdriftsindeks per fase/WBS». (FU 9079) WBS er forkortelse for Work Breakdown Structure. Rapportene skal bruke parameterne Earned Value (EV), Planned Value (PV), Budget at Completion (BAC), Actual Cost (AC), Cost Performance Index (CPI), Schedule Performance Index (SPI), Estimate at Completion (EAC) og Estimate to Completion (ETC). (FU 9080)

Disse rapporteringsparameterne er standard bransjebegreper innen Earned Value Management (EVM). Staten har innhentet en sakkyndig rapport fra IT-rådgiver Leif-Arne Rones 2. desember 2021. Med utgangspunkt i bransjestandarden Project Management Institute (PMI), definerte Rones de aktuelle parameterne slik:

- *Planned value (PV):* Planlagt verdi for prosjektet på et gitt tidspunkt. Ved prosjektets slutt, skal PV representere den totale verdien på leveransen (BAC).
- Budget At Completion (BAC): Siste omforente estimat (baseline) for hele prosjektet. Det er det samme som summen av PV ved prosjektets slutt.
- Earned value (EV): Inntjent verdi på et gitt tidspunkt. Brukes ofte for å kunne si noe om ferdigstillelsesgraden for prosjektet. EV kan aldri bli større enn PV.
- Actual cost (AC): Faktisk kostnad på et gitt tidspunkt, dvs. den påløpte kostnaden for å levere den oppnådde verdien EV. For den faktiske kostnaden AC er det ingen øvre begrensning mot planlagt verdi, dvs. den kan bli vesentlig større enn PV. IBM bruker forkortelsen ACT i statusrapportene.
- Cost performance index (CPI): CPI=EV/AC Måler forholdet mellom inntjent verdi og faktisk kostnad. Dette er den mest sentrale parameteren i EVM metodikken. CPI under 1 uttrykker at det leveres mindre verdi enn kostnaden som påløper, dvs. leveransen ligger an til å få en kostnadsoverskridelse.
- Schedule Performance index (SPI): SPI= EV/PV Måler forholdet mellom inntjent verdi og hvor man hadde planlagt å være. SPI under 1 uttrykker at verdi leveres langsommere enn planlagt, dvs. at prosjektet ligger an til en forsinkelse.
- Estimate at completion (EAC): Estimert sluttkostnad for prosjektet. Baseres på faktisk kostnad AC og et estimat for gjenstående arbeid (ETC) ved en gitt rapporteringsperiode.
- Estimate to complete (ETC): Estimat for gjenstående arbeid. Vurderes pr arbeidspakke ved hver rapporteringsperiode, og rulles opp for hele prosjektet.
  (Rones, TU2 2825 på 2830)

Alle rapporteringsparameterne kan måles i både timer og kroner.

Staten har gjort gjeldende at IBM var forpliktet til å rapportere om fremdriften i tråd med bransjestandarden. IBM har gjort gjeldende at bransjestandarden ikke har noen plass i kontrakten.

IBM opplyste i sitt første tilbud 18. februar 2013 at selskapet ville bruke prosjektstyringsmetodikken IBM Worldwide Project Management (WWPMM), og at WWPMM var «harmonisert med metodeverket til Project Management Institute (PMI)». (FU 4315 på 4664)

Kontrakten viser imidlertid ikke til noen bransjestandarder.

I statusrapport 10. februar 2014 skrev SVVs Stein Ødegaard, som da var delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, under det avsluttende punktet med overskriften «Erfaringer»:

> I kontrakten stilles det krav om at det skal rapporteres inntjent verdi, men ingen kriterier for hvordan inntjent verdi skal settes. Ut fra hva vi har fått så langt er vi usikre på hvilken verdi denne rapporteringen av inntjent verdi vil gi oss. IBM har signalisert at de er åpne for å forbedre modellen sin for inntjent verdi, som er positivt. Erfaringen er likevel at dersom inntjent verdi-rapportering er veldig viktig for kunden bør det beskrives bedre i kontrakten hvordan man ønsker å gjennomføre det.
> (FU 10192 på 10196 og 10197)

SVV var med andre ord i tvil om verdien av EV-rapporteringen under løsningsbeskrivelsesfasen fordi Leveranseavtalen ikke stilte «kriterier for hvordan inntjent verdi» skulle settes. SVV mente også at kriteriene for hvordan inntjent verdi skulle settes, burde beskrives bedre hvis rapporteringen av inntjent verdi var «veldig viktig for kunden». SVV tok til tross for denne tvilen ikke initiativ til en bedre beskrivelse av kriteriene for inntjent verdi, for eksempel ved å vise til bransjestandard, i løsningsbeskrivelsen.

Slik lagmannsretten ser det, går det likevel klart nok frem av Bilag B punkt 4.1 at rapporteringen skulle vise «reell» fremdrift «basert på Earned Value». Siden Earned Value er et standard bransjebegrep, må det anses for å være en presumsjon for at rapporteringen var i tråd med bransjestandard for EVM med mindre det var enighet om noe annet.

IBMs EV-rapportering inkluderte såkalte «tidsdrevne» aktiviteter slik som prosjektledelsen fra det lokale teamet i Norge. De tidsdrevne aktivitetene var vanskelig å knytte til planlagte leveranser. De ga ingen indikasjon på om en arbeidspakke var ferdigstilt eller ikke og førte derfor til at fremdriftsrapporteringen ikke ble reell; de «forurenset» rapporteringen. Leif-Arne Rones innførte begrepet «produksjonsdrevne aktiviteter» som en motsetning til begrepet tidsdrevne aktiviteter. Han definerte begrepet slik:

- *Produksjonsdrevne aktiviteter:* Aktiviteter for de teamene som jobber direkte med utvikling av løsningen. Planlagt verdi er basert på de akkumulerte DCUT estimatene for alle de enkelte arbeidspakkene i hvert team (iflg. IBM). [...]
  (TU2 2825 på 2830)

Arbeidet med design, utvikling og enhetstesting (Design, Construction and Unit testing (DCUT)), kan regnes som produksjonsdrevet. Å skille ut arbeidet med DCUT i rapporteringen, ble sett som én løsning på «forurensningsproblemet».

Det ser ikke ut til å være omtvistet at det ikke var i tråd med bransjestandard å inkludere tidsdrevne aktiviteter i EV-rapporteringen.

IBMs prosjektleder, Terje Harangen, og utviklingsleder for GDene, Sander van der Harst, har forklart at SVV var innforstått med at de tidsdrevne aktivitetene ble «distribuert» på strømmene i EV-rapporteringen og at denne rapporteringen derfor ikke ga et uttrykk for reell fremdrift. Harangen og van der Harst har også forklart at det var SVVs controller, Anne Torland, som hadde bedt om at de tidsdrevne aktivitetene ble tatt med. Torland hadde sagt at hun hadde behov for å se den totale økonomiske statusen for alle kostnadene i prosjektet. Torland har ikke avgitt vitneforklaring.

Slik lagmannsretten ser det, viser de begivenhetsnære bevisene at SVV var klar over at de tidsdrevne strømmene var inkludert og at EV-rapporteringen ikke viste reell fremdrift. De begivenhetsnære bevisene gir derimot ikke holdepunkter for at det var Torland eller andre i SVV som ba om at rapporteringen skulle skje på denne måten. De begivenhetsnære bevisene viser at SVV tvert imot ikke var fornøyd med rapporteringen, og at kontraktspartene etter hvert uansett ble enige om å gjøre endringer i den.

I IBMs månedsrapport for november 2014, datert 6. desember 2014, punkt 3 «EV-rapportering», sto det under overskriften «Beregning av Planlagt verdi (PV) og Inntjent verdi (EV)»:

> For de teamene som jobber direkte med utvikling av løsningen er Planlagt verdi basert på de akkumulerte DCUT estimatene for alle de enkelte arbeidspakkene i hvert team. Planlagte timer for de lokale ressursene innen disse teamene er lagt til på toppen av DCUT estimatene og fordelt jevnt ut i perioden. For disse teamene beregnes Inntjent verdi av den budsjettert kostnaden for de ferdigstilte arbeidspakkene, i tillegg kommer den planlagte kostnaden for lokale ressurser i perioden.
>
> Det er flere team som er typisk tidsdrevne, eksempler er ARC, PRO, TES og TRA. Her er Planlagt verdi satt lik den estimerte ressursbruken for hver enkelt uke basert på kapasitetsplanen. Inntjent verdi er satt lik planlagt timeforbruk per uke/team multiplisert med gjennomsnittlig timepris.
> (FU 16798 på 16809 og TU2 2825 på 2848)

Under overskriften «Foreslått endring» sto det:

> Det er foreslått fra både SVV og IBM å gjøre en endring i PV og EV beregningen når det kommer til hvilken timepris som skal legges til grunn. Det er enighet om at man ved bruk av faktiske timepriser fra ratecard ville få et mer riktig budsjett og inntjent verdi, i praksis er det mest aktuelt å benytte én pris for GD og én for lokale ressurser.
> (FU 16809)

Slik lagmannsretten leser denne månedsrapporten, beskrev den at de tidsdrevne aktivitetene var lagt inn i EV-rapporteringen. Forslaget om endring i timeprisene ville bare delvis løst problemet med forurensing.

Det går frem av referatet fra KG-møtet 18. desember 2014 at IBM presenterte nøkkeltall fra månedsrapporten for november 2014 i dette møtet. Dette referatet viser også at SVV var klar over forurensningen fra de tidsdrevne strømmene. Her sto det:

> [...] Konstruksjonsfasen sett som helhet ligger noe etter plan i forhold inntjent verdi, tross høyere kostnader enn planlagt. Grunnet et stort lokalt team med høyere timerater enn GD, og at de lokale ressursene er «tidsdrevne» og derav driver «inntjent verdi» til å være høyere enn reell fremdrift av iterasjon 2. Produksjonen har derfor reelt ikke kommet så langt som IBMs statusrapport fremstiller.
> (FU 18383 på 18384)

I dette møtet ble IBM og SVV enige om at månedsrapportene også burde inkludere status fra utviklingsteamene i GDene, det vil si DCUT-teamene, fordi dette ville gi «et bedre bilde av reell fremdrift enn dagens rapportering». (FU 18386)

Sander van der Harst deltok ikke i dette KG-møtet, men har forklart at selv om SVV var opptatt av reell fremdriftsrapportering, var det ikke tale om *EV*-rapportering på dette tidspunktet.

IBMs månedsrapport for desember 2014, datert 9. januar 2015, inneholdt en så å si identisk beskrivelse av EV-rapporteringen som rapporten for november 2014. IBM tilføyde at det ikke hadde vært mulig å få innarbeidet timeprisendringen i denne rapporten, men at selskapet ville «følge opp dette videre». SVVs kommentar til denne tilføyelsen var: «Fint med forklaring av dette». (FU 19250 på 19260) I tillegg ble det lagt til et nytt nøkkeltall: «Prosent ferdig (EV/BAC) for DCUT team i konstruksjonsfasen». Dette tallet var bare basert på EV og BAC i teamene CRM, FIN (SAP), INT, IRIS, REP og SEL. SVVs kommentar til det nye nøkkeltallet var: «Bra at dette nå er med». (FU 19261)

Månedsrapporten for desember 2014 viste ikke status fra DCUT-teamene i EV-rapporteringen, men i form av grafiske fremstillinger av «Total DCUT Burndown» og «Total DCUT «Widget» Tracking». «Total» betød at fremstillingene var aggregert for flere strømmer (CRM, SSP, REP, MIG, INT, SEC og RSGW). Widgets var brukerhistorier brutt ned til arbeidspakker. SSP er forkortelse for Self Service Portal, også ofte forkortet til SEL. I denne månedsrapporten var det også tatt inn fremstillinger av «DCUT «Widget» Tracking» for IRIS, INT og SAP-FICA. (FU 19216 på 19223 flg.) Ifølge Terje Harangen ble widget-rapporteringen introdusert av IBMs European Public Sector Delivery Leader and Executive Partner, Stewart Knox.

SVV hadde ingen kommentarer til at status fra DCUT-teamene bare gikk frem av «DCUT Burndown» og «DCUT «Widget»». At dette ikke ble kommentert, kan slik lagmannsretten ser det, tale for Sander van der Harsts forklaring om at enigheten i KG-møtet 18. desember 2015 ikke gjaldt EV-rapportering.

I IBMs månedsrapport for januar 2015, datert 6. februar 2015, var timeprisendringen innarbeidet slik som varslet i rapporten for desember 2014. (FU 19960 på 19971) Denne månedsrapporten viste også status fra DCUT-teamene i form av «Total DCUT Burndown» og «Total DCUT «Widget» Tracking». (FU 19968 flg.)

Anne Torland ga følgende «tilbakemelding på EV-rapportering for januar» 2015 i e-post 12. februar 2015 til Sander van der Harst:

> Som jeg nevnte da vi pratet kort sammen om EV-rapporteringen så har jeg ikke sett noen inkonsistenser i tallene, eller noe som ikke ser «riktig» ut J Sender som avtalt her noen flere tilbakemedlinger:
>
> 1. Jeg syns dere forklarer grundig og bra hvilke endringer dere har gjort i modellen (dette med endring i bruk av timepriser), og hvilke konsekvenser dette får. Og det er supert.
> 2. Ellers når det gjelder modellen så lurer jeg på hvor mye de lokale ressursenes «tidsstyrte» bidrag styrer ferdigstillelsesgraden for utviklingsteamene. Ut fra tallene dere har levert så ser det ut som at dere ligger nesten på plan, og at dere kan rekke forventet ferdigdato 28/4. Men ifølge siste prognose vi har mottatt så er ny forventet ferdigdato 20/7, som vel betyr at rapportert ferdiggrad er noe for høy(?). Mitt innspill er altså å se på det tidsstyrte bidraget for utviklingsteamene, og om det å gjøre dette på en annen måte kan gi en mer reell ferdigstillelsesgrad (for DCUT-team).
>
> [...]
> (FU 20270)

Lagmannsretten er enig i statens forståelse av Anne Torlands innspill i punkt 2. Torland ser her ut til å ha foreslått å identifisere det tidsdrevne bidraget slik at EV-rapporteringen kunne gi et mer reelt bilde av fremdriften, det vil si fremdriften i DCUT-arbeidet.

Sander van der Harst har forklart at han ble enig med Anne Torland om å skille ut DCUT i EV-rapporteringen. IBM har ikke gjort gjeldende at van der Harst ikke hadde kompetanse til å forplikte selskapet på dette punktet; IBM har tvert imot gjort gjeldende at van der Harst hadde kompetanse til å avtale at rapporteringen skulle avvike fra bransjestandard.

Slik lagmannsretten ser det, må IBM etter dette sies å ha forpliktet seg til å skille ut DCUT i EV-rapporteringen etter Anne Torlands e-post 12. februar 2015. Utskillingen av DCUT, ville brakt EV-rapporteringen mer i tråd med bransjestandard. Dette ser imidlertid ikke ut til å ha skjedd.

I ekstraordinært SG-møte 9. mars 2015 presenterte SVV en prognose som viste at HMP2 ville bli nådd 6. november 2015. IBMs lederrepresentant, Geir Haugen, kommenterte at usikkerheten knyttet til denne datoen var lavere enn det SVV opplevde, at det var gjennomført 1 000 av totalt 1 400 test caser og at det ikke var noe som tilsa at løsningen ikke lot seg levere. Haugen opplyste at det ville bli gjennomført tiltak for å bedre

fremdriftsrapporteringen. Rapporteringen hadde ikke vært «god nok». Forbedringen i rapporteringen skulle skje ved å måle fremdriften «innen de tre områdene: Detaljert design, konstruksjon og test, basert på henholdsvis status på usecases, fremdrift workpackages og gjennomførte testcaser». (FU 21070 på 21071)

Slik lagmannsretten forstår Geir Haugens forslag, talte han ikke om EV-rapportering her. DCUT skulle måles på de tre områdene brukerhistorier («use cases»), arbeidspakker/widgets («work packages») og test caser.

Det kan se ut til at SVV først aksepterte at DCUT ble målt på denne måten. Den 16. mars 2015 skrev Stein Ødegaard, som hadde vært hovedprosjektleder fra oppstarten av konstruksjonsfasen, at SVV manglet «trygghet» for at IBM rapporterte «reell fremdrift» og at vegvesenet så «frem til resultatet av» den forbedrede fremdriftsrapporteringen som Geir Haugen hadde lovet i det ekstraordinære SG-møtet 9. mars 2015. (FU 21231) Etter KG-møte 17. mars 2015 sto det imidlertid som åpen aksjon at «EV kapitlet» ikke var «tilfredsstillende p.t». (FU 21286 på 21291)

I referatet fra KG-møte 17. april 2015 sto det om EV-rapporteringen:

- Måten EV brukes i rapporteringen viser ikke den reelle fremdriften av selve løsningsutviklingen i prosjektet. Burndown på DCUT-timer og gjennomførte testcaser er mer interessant fremdriftsrapportering enn det som vises i EV regnskapet.
- IBM ønsker fremover å gjøre en mer manuell vurdering av SPI/CPI for bedre rapporteringen. (FU 22624 på 22625)

EV-rapporteringen var ikke tema i KG-møtene 12. mai og 16. juni 2015. (FU 23704 flg. og 24893 flg.) EV-rapporteringen var derimot tema i A-2s «Rapport til KP2» 5. juni 2015. Her sto det:

> EV-rapporteringen har aldri fungert etter intensjonen og gjenspeiler ikke den reelle utviklingen i prosjektet. ETC baseres i hovedsak på gjenstående kalendertid og antall ressurser og ikke estimat for gjenstående arbeid.
> (FU 24498 på 24503)

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at DCUT ikke ble skilt ut i EV-rapporteringen slik Anne Torland og Sander van der Harst ble enige om etter Torlands e-post 12. februar 2015. Dette utgjorde mislighold av kontrakten.

Selv om dette var kritikkverdig, mener lagmannsretten at dette misligholdet isolert sett ikke var vesentlig.

SVV var klar over svakhetene i EV-rapporteringen. Rapporteringen av inntjent verdi ble ikke sett som viktig nok for SVV til at vegvesenet tok initiativ til å regulere hvordan inntjent verdi skulle settes i løsningsbeskrivelsen slik Stein Ødegaard var inne på i statusrapporten 10. februar 2014.

IBM var åpen om svakhetene ved rapporteringen og rapporterte dessuten om fremdriften på andre måter.

IBM begynte med «widget unit»-rapporteringen fra november 2014. Den første grafiske fremstillingen av widget-rapportering skal ha vært en statusrapport for strømmene SAP (FIN) og IRIS til prosjektledermøte 26. november 2014. (FU 17530 flg.) Det ble etter hvert også gitt tabellariske oppsett. Den første skal ha vært en presentasjon til SG-møte 20. mars 2015. (FU 21486 flg.) IBM fortsatte med widget-rapportering i ulike former frem til hevingstidspunktet.

IBM begynte med «DCUT Burndown»-rapporteringen fra desember 2014. Den første skal ha vært til prosjektledermøte 3. desember 2014. (FU 17772 på 17776) Det ble tatt inn fremstillinger av DCUT Burndown i statusrapportene til prosjektledermøtene. Det ble også tatt inn slike fremstillinger i månedsrapportene fra og med rapporten for desember 2014. De opphørte som fast innslag fra og med månedsrapporten for april 2015. Dette er forklart med at IBM byttet prosjektleder fra Terje Harangen til Nicolai Rygh på denne tiden. Det ble imidlertid gitt fremstillinger av DCUT Burndown i andre dokumenter. Det ble for eksempel tatt inn en «DCUT Burndown»-rapport i den felles statusrapporten som Rygh og SVVs delprosjektleder for prosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, ga til KG-møte 12. mai 2015. (FU 23729 på 23734)

Både «widget unit»- og «DCUT Burndown»-rapporteringen bygde på IBMs DCUT-rapporter. Det kan da spørres, slik staten har gjort, hvorfor ikke IBM like gjerne EV-rapporterte tallene fra DCUT-rapportene.

For lagmannsretten er det sentralt i denne sammenhengen at IBMs EV-rapportering ikke skjulte antesipert vesentlig forsinkelse. Misligholdet var ikke til hinder for at IBM kunne oppfylt resultatforpliktelsen i tide. At det ikke forelå antesipert vesentlig forsinkelse, kommer lagmannsretten som nevnt tilbake til i punkt 4.

Som IBMs lederrepresentant i SG-møtet, Geir Haugen, var inne på i SG-møtet 9. mars 2015, bidro også testrapportene til å gi et bilde av den reelle fremdriften i prosjektet. Etter lagmannsrettens syn fikk SVV alt i alt et godt bilde av reell fremdrift.

Endelig får det betydning at det er tale om mislighold av en biforpliktelse i et svært omfattende prosjekt som IBM hadde kommet langt med og nedlagt store ressurser i per hevingstidspunktet. IBM hadde overskredet målpristaket på dette tidspunktet. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i punkt 5 nedenfor.

3.3.4 Verktøy, herunder konfigurasjonsstyring og kravsporing

Etter Bilag C punkt 2.3 skal leverandøren «opplyse om og dokumentere hvilke verktøy de velger å benytte» samt «inkludere en vurdering av om valgene gir føringer for samarbeidet mellom Kunden og Leverandøren». Det står også at kunden normalt benytter HP-verktøy, «men er åpen for å tilpasse seg verktøy som Leverandøren anbefaler». (FU 9105 på 9112)

I Bilag C punkt 2.3.1 svarte IBM at leverandøren vil benytte verktøypakken Collaborative Lifecycle Management (CLM) som består av følgende «fire produkter innenfor IBM sin Rational portefølje»: Rational Requirement Composer (RRC), Rational Team Concert (RTC), Rational Quality Manager (RQM) og Design Manager (DM). (FU 9112)

Det er RRC, RTC og RQM som er av interesse i fortsettelsen. I korthet er RRC verktøy for kravsporing, RTC verktøy for feilhåndtering og RQM verktøy for testing.

I Bilag C punkt 2.3.1 svarte IBM også at CLM håndterer fem elementer som leverandøren «har identifisert» som «avgjørende for utvikling av nye løsninger». De fem elementene er «verktøystøtte for planlegging på tvers av prosjektet, sporbarhet, kontekstbasert samhandling, forutsigbarhet og understøttelse av kontinuerlig forbedring». (FU 9112 og 9113)

I Bilag C punkt 2.3.1.2 er sporbarhet forklart på følgende måte:

> Sporbarhet handler om å kunne koble sammen elementer som for eksempel krav, kodeartefakter, oppgaver og testcaser slik at man alltid har kontroll på hvilke gap som finnes i prosjektet. I Grindgut benytter prosjektmedarbeiderne CLM som en sømløs integrert plattform som støtter sporbarhet mellom disse elementene.
> (FU 9114)

SVV satte 4. juli 2014 som restanse R7 ved IBMs løsningsbeskrivelse at «Implementering av design- og utviklingsmodell» var «mangelfullt beskrevet». SVV beskrev restansen på følgende måte:

> Det mangler beskrivelse av hvordan leverandørens designmetodikk skal implementeres og benyttes i konstruksjonsfasen og hvordan dette understøttes med valgt verktøy.
> IBM beskriver følgende i kontrakten PS2000-Bilag C kap. 2.3.1
>
> «Leverandøren har identifisert fem elementer som viser seg å være avgjørende for utvikling av nye løsninger. Dette er verktøystøtte for planlegging på tvers av prosjektet, sporbarhet, kontekstbasert samhandling, forutsigbarhet og understøttelse av kontinuerlig forbedring. Ved gjennomføring av Grindgut danner disse fem elementene grunnlaget for valg og utnyttelse av verktøy.»
>
> Vi kan ikke se at disse elementene er dokumentert og hensyntatt i løsningsbeskrivelsen og vi oppfatter det derfor slik at verdien og sikkerheten for kunden ved å benytte verktøykasse er sterkt redusert.
> [...]

SVV satte følgende forutsetning for godkjenning av HMP1:

> IBM skal innen oppstart av iterasjon 1 beskrive hvordan designmetodikken skal implementeres og benyttes. IBM skal videre beskrive hvilke krav som stilles til kunden [...] knyttet til utformingen og til verifikasjonen av detaljert design.
> (FU 14223 på 14230)

IBM aksepterte alle SVVs restanser, inkludert restanse R7.

Staten har gjort gjeldende at IBM skulle tatt kravsporingsverktøyet RRC i bruk fra begynnelsen av løsningsbeskrivelsesfasen, og at IBMs valg om å ikke gjøre dette, ga selskapet svært store problemer ved

gjennomføringen av kontrakten. IBM har gjort gjeldende at det var enighet om å bruke et annet system enn RRC.

Slik lagmannsretten ser det, viser A-2s rapport om kravsporing 24. februar 2015 at RRC ble tatt i bruk om lag et halvt år ute i konstruksjonsfasen. Rapporten bygde blant annet på intervjuer med prosjektledelsen, tre strømledere, testleder og arkitekt. (FU 20627 på 20632) Det går frem at «svært lite informasjon var lagt inn i RRC på intervjutidspunktene». (FU 20634) Det går også frem:

> Bruk av Rational er nedfelt i kontrakten, men innføringen har skjedd langt senere enn ønskelig. IBMs lokale team har ingen tidligere erfaring fra bruk av Rational.
> (FU 20636)

Lagmannsretten legger til grunn at det skapte problemer for gjennomføringen av kontrakten at RRC ble tatt sent i bruk. A-2 skrev i rapporten 24. februar 2015:

> Mangelen på bruk av et profesjonelt verktøy gjør at arbeidet med kravsporing er ressurskrevende og med en klar risiko for at feil og mangler oppstår. Det er nødvendig, men meget krevende å ta i bruk et slikt verktøy (Rational) så sent i prosjektgjennomføringen.
> (FU 20635)

Etter lagmannsrettens syn, ser det imidlertid ut til å ha vært enighet helt frem til slutten av november 2014 om at kravsporing ikke skulle skje i RRC.

I IBMs leveranseliste 21. juni 2014, inngår «System Requirement Specification» (SRS)/«System Krav Spesifikasjon» som ARC001. (FU 13961) Kravene til løsningen ble registrert i et SRS-dokument i Word. Det går frem av historikken til SRS-dokumentet at det hadde vært gjenstand for kontinuerlig bearbeidelse fra det ble opprettet av IBMs arkitekt, Henrik Strömbäck, 13. desember 2013, og at det ble godkjent 4. juli 2014. (FU 14347 på 14348)

I A-2 rapporten om kravsporing 24. februar 2015 heter det om SRS-dokumentet:

> Alle kontraktens krav er beskrevet og kommentert i SRS-dokumentet, riktignok med stor grad av henvisning til andre dokumenter, uten å beskrive nærmere hvor i dokumentet kravene blir ivaretatt. Sporingen av krav fra kontrakten til SRS er etter vårt syn utført på en tilfredsstillende måte.
> (FU 20627 på 20641)

Det går frem av en e-post som SVVs innleide prosjektstøtte, Nina Jørgensen, sendte til IBMs leder av prosjektkontoret, Nicolai Rygh m.fl. 26. juni 2014 at det var enighet om at både SVV og IBM skulle bruke testverktøyet RQM. (FU 14039) RRC er ikke nevnt.

I PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 0.95 med kommentarene etter HMP1 innarbeidet, datert 5. september 2014, står det om verktøy i konstruksjonsfasen:

> Kravene fra SRS dokumentet vil bli lagt inn i Rational Quality Manager (RQM). Strukturen fra SRS vil bli ivaretatt der. Kravene vil bli knyttet til testcaser. RQM vil benytest (sic) av både Leverandør og Kunde. Det vil bli opprettet en felles instans for RQM tilgjengelig for Kunden (lisenser knyttet til dette blir behandlet i egen endringsordre).
> (FU 10, FU 62 på 63, FU 13961 og TU2 1224 på 1251)

Kravene skulle med andre ord knyttes og spores til test casene i RQM som skulle brukes av både SVV og IBM. RRC er heller ikke nevnt her.

Det går ikke uttrykkelig frem av de begivenhetsnære bevisene at SRS, og etter hvert RQM, skulle brukes *i stedet for* RRC. De begivenhetsnære bevisene viser imidlertid at SVV heller ikke var opptatt av RRC så sent som i slutten av november 2014.

Da IBM 7. november 2014 inviterte til kurset «RRC og RQM for Grindgut», svarte SVVs testleder, Lars-Olav Engseth, 10. november 2014 at det pågikk «en intern diskusjon i SVV for lettkurset og eventuelt vente til RQM er klar i endelig instans lokalisert, tilgjengelig og med riktige data». (FU 17002) Engseths svar dreide seg med andre ord bare om RQM.

Også e-posten som SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, skrev til IBMs testkoordinator lokalt, Elisa Iglesias, m.fl. 25. november 2015, viser at SVV frem til da, bare hadde sett for seg bruk av testverktøyet RQM. Ytrehus innledet e-posten slik:

> Vi konstaterer at det som startet som et spørsmål om testverktøy nå har utviklet seg til spørsmål om en portefølje av verktøy CLM (=RRS, RTC, RQM), som skal dekke alle aspekter av prosjektet, – fra begynnelse til slutt.

Anne-Marie Ytrehus avsluttet med følgende meddelelse:

> SVV har kommet frem til at det innebærer for stor risiko å skulle innføre et helt nytt, komplekst og ukjent verktøy for testing på dette stadiet av prosjektet.
>
> SVV og IBM har dog behov for å samarbeide i forbindelse med test og SVV må få innsyn i test case, få rapporter, osv.
>
> Dette betyr av vi må starte med blanke ark og beskrive hvordan samhandlingen skal skje uten felles testverktøy, ref også mine spørsmål tidligere i dag.
> (FU 17466)

Lagmannsretten forstår e-posten slik at Anne-Marie Ytrehus så på verktøypakken CLM med ikke bare RQM, men også RRC (feilskrevet RRS) og RTC, som en ny utvikling, jf. formuleringen om at «det som startet som et spørsmål om testverktøy [...] har utviklet seg til spørsmål om en portefølje av verktøy CLM (=RRS, RTC og RQM)». At Ytrehus bare meddelte at SVV ikke ville ta i bruk RQM, kan tale for at hun ikke så RRC og RTC som aktuelle å svare ut. Ytrehus har ikke forklart seg om verktøy i Grindgut. Det ser imidlertid ikke ut til å være omtvistet at SVV aldri tok i bruk noen av verktøyene i CLM.

Det går frem av IBMs interne, ukentlige statusrapport 28. november 2014 at IBM la til grunn at SVV hadde konkludert med «not to buy RQM». (FU 17613 på 17619)

Så langt ser SVV og IBM ut til å ha vært enige om at kravsporing skulle skje i testverktøyet RQM. Samtidig ser SVV ut til å ha besluttet å ikke ta i bruk RQM.

Det skjedde en endring i PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8, datert 18. desember 2014, dagen før KP1 ble flyttet til Finansavtalen. I versjon 2.8 står det:

> Kravene fra SRS dokumentet vil bli lagt inn i Rational Requirements Composer (RRC). Strukturen fra SRS vil bli ivaretatt der. Kravene vil bli knyttet til testcaser Verktøyet benyttes til å forbedre kvaliteten, tid og smidighet av planlegging, design og levering på tvers av strømmene. Hele Collaborative Lifecycle Management (CLM) pakka vil benyttes av både Leverandør og Kunde. Det vil bli opprettet en felles instans for Rational Quality Manager (RQM) tilgjengelig for Kunden (lisenser knyttet til dette blir behandlet i egen endringsordre).
> (FU 62 på 97)

SRS-dokumentet skulle med andre ord ikke lenger legges inn i RQM, men i RRC. Videre skulle både IBM og SVV bruke hele verktøypakken CLM, inkludert RQM.

Det har vært sparsomt med bevisførsel om bakgrunnen for endringene som kom med PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8. IBMs sjefsarkitekt, Svein Rimestad, har forklart at det var mye «frem og tilbake» rundt RRC. Rimestad satte dette i sammenheng med at det hadde skjedd en utskiftning på prosjektledernivå. Både SVVs Anne-Marie Ytrehus og IBMs Terje Harangen hadde kommet inn som nye prosjektledere fra begynnelsen av konstruksjonsfasen. Ifølge Rimestad fikk IBM etter hvert kritikk for sin kravstyring.

Lagmannsretten ser det imidlertid som det sentrale her at IBM ikke kan anses for å ha misligholdt kontrakten ved å ta kravsporingsverktøyet RRC sent i bruk når det var enighet mellom SVV og IBM helt frem til desember 2014 om at kravsporingen skulle skje på annen måte. At RRC ble tatt sent i bruk, kan således ikke begrunne SVVs heving.

Staten har også gjort gjeldende at IBM aldri tok i bruk verktøyene på en ensartet måte på tvers av land og strømmer. IBM ser ikke ut til å ha bestridt at selskapet var forpliktet til å ta i bruk verktøyene på en slik måte. Bilag C punkt 2.3.1 taler da også om «verkstøystøtte for planlegging på tvers av prosjektet». Etter PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8, skulle RRC «benyttes til å forbedre kvaliteten, tid og smidighet av planlegging, design og levering på tvers av strømmene». IBM har i stedet gjort gjeldende at det var SVV som brøt forpliktelsen til bruk av felles verktøy og forsinket prosjektet.

Lagmannsretten legger til grunn at RRC og RQM bare ville hevet kvaliteten på kravsporingen ved ensartet bruk på tvers av strømmene. Lagmannsretten legger også til grunn at SVVs og IBMs sene avklaring om verktøybruk,

ga grunnlag for usikkerhet for om RRC og RQM ville gi effektivitetsgevinst til og med iterasjon 3, og at SVVs beslutning om ikke å ta CLM i bruk, svekket effekten av å ta RRC og RQM i bruk. A-2 skrev om dette i rapporten 24. februar 2015:

- Innlegging av informasjon i RRC/RQM vil trolig isolert sett bidra til å heve kvaliteten på kravsporingen (pga bedre total oversikt). Dette forutsetter ensartet bruk av Rational på tvers av strømmene.
- Det er utfordringer knyttet til kvaliteten på konfigurasjonsstyringen av dokumenter som ligger utenfor og innenfor systemet i forbindelse med overgangen fra Word til RRC.
- Det er svært usikkert om det kan forventes effektivitetsgevinst fra bruk av Rational i konstruksjonsfasen: – I iterasjon 2 vil RRC ikke gi noen effekt, mens RQM benyttes for IBMs test. – I løpet av februar er planen at all informasjon med linker til krav blir lagt inn i RRC/RQM. Grunnet omfang og kompleksitet vil prosjektet trolig få liten gevinst av dette i gjennomføringen av iterasjon 3.
- Bruk av Rational vil kunne bidra positivt under integrasjonstestingen (SIT), samt for resterende gjennomføring av prosjektet og under forvaltning.
- SVV vil trolig bruke HPQC (test administrasjon) og Jira (defect håndtering). Jira har en RQM Connector mens integrasjon med HPQC ikke vil bli benyttet. Dette er en bedre løsning enn eksport til Word, men vil ikke ha samme effekt som hvis begge partene hadde benyttet et felles verktøy.
  (FU 20627 på 20636)

A-2 anbefalte at Rational ble tatt «i bruk av samtlige strømmer fra en definert dato for å sikre tilfredsstillende konfigurasjonsstyring og et felles informasjonsgrunnlag for IBM og SVV», og at det ble etablert «en plan for [å] sikre en mest mulig ensartet bruk av Rational i de forskjellige funksjonelle strømmene». (FU 20637)

Etter det lagmannsretten kan se, hadde ikke A-2 lenger bemerkninger til bruken av RRC i juni 2015. A-2s observasjoner og vurderinger om verktøy i rapporten om KP2 5. juni 2015, gjaldt bare testverktøy. (FU 24498 på 24509 og 24510) Lagmannsretten legger derfor til grunn at det da ikke lenger var noe å utsette på IBMs bruk av RRC.

A-2s observasjon om testverkøy i rapporten 5. juni 2015 var:

> Partene (GD Kina, GD India, IBM lokalt, SVV) benytter alle ulike IT-verktøy for planlegging, gjennomføring og oppfølging av testingen (fra test case t.o.m. verifisering av krav). SVV er hittil i meget liten grad gitt mulighet for å se testcasene og kjenne testplanen på forhånd (gjelder alle leveranser til nå).
> (FU 24509)

A-2s vurdering om testverktøy var:

> Leveranseprosjektet er meget komplekst med mange involverte parter og kommunikasjonslinjer. Både språk (i kommunikasjon og dokumentasjon) og sikring av felles forståelse i og mellom strømmene er en synlig utfordring i praksis. Dette forverres av at IBM benytter ulike verktøy og arbeidsprinsipper i løsningsutarbeidelse, oppfølging og kommunikasjon i strømmene. Som et minimum bør alle strømmene benytte Rational på lik måte for planlegging, gjennomføring og dokumentasjon av testene fremover (ref. anbefalt tiltak i kravsporingsrapporten). Dette vil føre til en bedre samhandling når mange tusen tester skal gjennomføres.
> (FU 24510)

Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at IBM lokalt og GDene brukte RQM på ulik måte i begynnelsen av juni 2015. Dette var ikke i tråd med Bilag C punkt 2.3.1 og PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8.

Lagmannsretten mener imidlertid at dette er et forhold som IBM etter omstendighetene ikke kan lastes for.

Lagmannsretten ser dette forholdet i sammenheng med SVV ikke tok i bruk CLM, inkludert RQM. At SVV ikke tok i bruk RQM, var ikke i tråd med PRO006 Arbeidsprosesser. PRO006, versjon 0.95 (2.2), forutsatte at RQM skulle brukes av både leverandør og kunde. At SVV ikke tok i bruk noen av verktøyene i CLM, var ikke i tråd med PRO006, versjon 2.8, som forutsatte at «hele» CLM-pakken skulle brukes av både leverandør og kunde, og at det skulle opprettes «en felles instans» for RQM.

Etter lagmannsrettens vurdering førte dette mest sannsynlig til at IBM fikk mindre tid og ressurser til å sørge for at land og strømmer brukte testverktøyet på en ensartet måte. IBM skulle bruke CLM, inkludert RQM. Som Anne-Marie Ytrehus skrev 25. november 2014, innebar SVVs beslutning om verktøy at kontraktspartene måtte «starte med blanke ark og beskrive hvordan samhandlingen» skulle «skje uten felles testverktøy». (FU 17466) Siden SVV ikke tok i bruk noen av verktøyene i CLM i det hele tatt, måtte IBM således arbeide med å finne frem til en annen samhandlingsmåte og samhandle med SVV om tester utenfor CLM; IBM måtte forholde seg til det som er omtalt som et «dobbelt bokholderi». Det ser ikke ut til å være omtvistet at kontraktens milepæler var svært ambisiøst satt. Nye arbeidsoppgaver innebar da nødvendigvis mindre tid til andre oppgaver. At IBM lokalt og GDene brukte CLM, inkludert RQM, på ulik måte, kan da ikke begrunne SVVs heving.

3.3.5 Bemanning og organisering

Som nevnt har leverandøren både ansvaret for å planlegge, organisere og lede arbeidet slik at det blir gjennomført i tråd med kontraktsforpliktelsene og det overordnede lederansvaret for arbeidet i alle kontraktfasene, jf. Bilag B punkt 2.5.3 og 2.5.5. (FU 9069 på 9075 og 9077) Videre følger det av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.2 tredje avsnitt at leverandøren «plikter å allokere relevant og tilstrekkelig kompetanse». (FU 8458 på 8462)

Kontrakten stiller ingen krav til formell kompetanse og bestemt erfaring.

Slik lagmannsretten ser det, sitter IBM da igjen med en restkompetanse til å organisere og bemanne prosjektet slik som selskapet finner det hensiktsmessig så lenge IBM oppfyller hovedforpliktelsen, resultatforpliktelsen, i tide. Eventuelle konsekvenser av organiseringen og bemanningen for kvalitet, fremdrift og kostnad, vil være ivaretatt gjennom SVVs misligholdsbeføyelser ved vesentlige mangler ved resultatforpliktelsen, vesentlig inntrådt forsinkelse og vesentlig antesipert forsinkelse, samt gjennom målpristaket.

Staten har gjort gjeldende at IBM har misligholdt kontrakten ved ikke å bemanne prosjektet med relevant og tilstrekkelig kompetanse. IBM har bestridt dette.

Det er ikke omtvistet at forholdet knyttet til bemanning, ligger utenfor rammen av hevingsvarselet. Staten har gjort gjeldende at dette forholdet likevel kan påberopes fordi det ikke var synlig for SVV på hevingstidspunktet. IBM har også bestridt dette.

Lagmannsretten ser det ikke som nødvendig å ta stilling til om forhold som ikke var synlig på hevingstidspunktet, kan påberopes fordi lagmannsretten uansett mener at bemanningen ikke utgjorde mislighold av kontrakten.

Som nevnt i punkt 2 foran, anbefalte IBMs interne kvalitetssikrere i tilbuds- og løsningsbeskrivelsesfasen å rekruttere en prosjektleder med omfattende GD-erfaring fra utviklingsprosjekter for minst fire til seks måneder av oppstartsfasen, styrke det lokale teamet med blant annet flere Subject Matter Experts (SMEs) for CRM samt flytte utviklingen i SAP-strømmen fra GD Kina til GD India.

Staten har holdt frem at IBM dels ikke fulgte disse anbefalingene og dels fulgte dem opp for sent, enda GD-erfaring, SugarCRM-kompetanse og SAP-kompetanse viste seg som kritisk for prosjektet utover i konstruksjonsfasen.

Lagmannsretten er et stykke på vei enig i dette.

Verken prosjektlederen som ble satt inn i løsningsbeskrivelsesfasen, Øyvind Myhren, eller prosjektlederen som ble satt inn i konstruksjonsfasen, Terje Harangen, hadde omfattende erfaring med å jobbe med GD fra før. Harangen var ikke «complex certified». Myhren og Harangen var likevel ikke uten erfaring med å jobbe med GD.

Lederen som ble satt inn lokalt for CRM-strømmen, Tonje Offenberg Bye, hadde ikke arbeidet med SugarCRM før. Det ble imidlertid satt inn tiltak for å kompensere for Byes manglende erfaring med denne applikasjonen.

Tonje Offenberg Bye har forklart at hun først brukte Sugar Labs for å forstå løsningen, og at hun fra tidlig i januar 2014 brukte DRI Nordics Joakim Norlinder og Emil Kilhage jevnlig for det tekniske. Norlinder og Kilhage var eksperter på Sugar i Norden. De var «trusted partners» og kunne til og med endre kildekoden.

Samtidig var det behov for flere CRM-ressurser lokalt, særlig CRM SMEs, som kunne bistå Bye.

Tonje Offenberg Bye har forklart at hun fikk inn Claus Bergh som CRM SME i september 2014. Bergh støttet Bye på brukerhistorier om kundebehandling. Hun fikk videre inn to nyutdannede («graduates»), Ane Heimly Jenssen og Tri Cao Vu, i oktober 2014. Jenssen og Vu arbeidet med brukerhistorier («use cases»). Bye har også forklart at hun fikk Lukas Ruppen inn på brikkelogistikk (OBU/CRM SME).

Dette ser imidlertid ikke ut til å ha vært tilstrekkelig.

Det går frem av IBMs interne ukentlige statusrapport 12. desember 2014 at det kom inn en OBU/CRM SME fra 28. november 2014, som etter alt å dømme var Ruppen, men at det fortsatt var behov for CRM SME lokalt «ASAP». (FU 18094 på 18107 og 18119)

Det går frem av IBMs interne «Development Status Report» 27. januar og 2. februar 2015 at ytterligere CRM SMEs ble ansett som kritisk og at kandidater var under evaluering. (FU 19779 på 19780 og FU 19891 på 19892) Det går frem av statusrapporten til prosjektledermøte 25. februar 2015 at IBM hadde gjort noen interne omrokkeringer for å avhjelpe situasjonen. Her sto det:

> Additional CRM SME still critical. Internal shifts of resources to mitigate.
> (FU 20679 på 20682)

I Project Management Review (PMR) 5. mars 2015 sto det:

> CRM Sugar seems to be one of the most challenging work stream, mostly due to lack of key competence from start. Despite the fact that the team have got some assistance from external Sugar SME's.

Det ble sett som «urgent» å sette på en «senior Sugar resource (DRI), full time, on-site in Oslo». (FU 20914 på 20923)

I «Development Status Report» for strømmene CRM, SSP, REP, MIG, INT, SEC og RSGW 9. mars 2015 går det frem at man vurderte å avhjelpe den høye arbeidsbelastningen for CRM SME med støtte fra Geo team og DRI. (FU 21073 på 21074) Det går frem av tilsvarende rapport 17. mars 2015 at «DRI support being set up». (FU 21359 på 21360) Timeoversikter viser at bruken av DRI tok seg opp fra februar 2015. (TU2 525 og TU2 603) Det er ikke rapportert om mangel på CRM SME etter mars 2015.

Bemanningen i GD India ble gradvis trappet opp fra seks ressurser per september 2014 til 17 fra 19. desember 2014. Ti av de 17 hadde ingen erfaring med SugarCRM fra før. (FU 18122 på18154 og TU 972 flg.) De resterende syv hadde bare begrenset erfaring. Det ble imidlertid satt inn tiltak for å kompensere for den manglende erfaringen med SugarCRM også i India.

I Project Management Review (PMR) 13. februar 2015 sto det:

> Staffing with «right» skills has always been a challenge. In the absence of availability of SugarCRM skills, resources are trained and deployed. Not having hands-on and SugarCRM experience is a risk as it may impact productivity.
> (FU 20301 på 20311 (FU 20303 og 20306))

Det går også frem:

> Most of the open positions are closed now but staffing «right» skills and experienced people has always been a challenge.
> (FU 20310)

Bye har forklart at reviews som dette gikk til prosjektlederne og ikke til henne. Det Kilhage formidlet til henne, var at GD India virket kompetente på Sugar etter opplæringen.

Slik lagmannsretten ser det, baserer SugarCRM seg på et kjent kodespråk. Opplæring i denne applikasjonen trenger derfor ikke å ta lang tid. Som lagmannsretten kommer tilbake til i punkt 4.4.8.6 og 4.5.2.4, taler utviklingen i feilraten fra januar til februar 2015 for at kvaliteten på koden som ble skrevet, var tilfredsstillende. GD India rapporterte likevel lav produktivitet hele våren 2015. Det går frem av rapport fra GD India 19. juni 2015 at IBM planla å bytte ut «low performing resources» med eksterne konsulenter fra begynnelsen av juni 2015. (FU 25043 på 25047)

SAP-utviklingen ble aldri flyttet fra GD Kina til GD India enda denne strømmen også rapporterte om lav produktivitet. Det ble satt inn annet tiltak, men svært sent i prosjektet. Noe av GD Kinas arbeid ble flyttet til det lokale teamet i Norge, men først i begynnelsen av juni 2015. Det lokale SAP-teamet hadde heller ingen

ressurser på Advanced Business Application Programming (ABAP), det vil si SAP-programmerere, før i februar 2015.

Oppsummert ser det for lagmannsretten ut til at IBM hadde vansker med å skaffe «relevant og tilstrekkelig» kompetanse på CRM- og SAP-strømmene til langt ut på våren 2015, og at dette fikk konsekvenser for fremdriften. Når lagmannsretten mener at bemanningen ikke utgjorde mislighold av kontrakten, er det fordi bemanningen ble tilstrekkelig til at IBM, vurdert ut fra situasjonen på hevingstidspunktet, kunne oppfylt resultatforpliktelsen i tide. For øvrig var det ikke lenger CRM- og SAP-strømmen som utgjorde utfordringene i prosjektet på hevingstidspunktet. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i punkt 4. Bemanningen kan således ikke begrunne SVVs heving.

Staten har også gjort gjeldende at IBM har misligholdt kontrakten ved å organisere prosjektet med en offshoreandel på over 70 prosent og opptil fem leveransesteder.

Det er ikke omtvistet at IBMs offshoremodell, går frem av Bilag B. Her står det blant annet at utviklingen «hovedsakelig» skulle skje i lavkostland.

Slik lagmannsretten ser det, var organiseringen da kontraktsmessig.

Lagmannsretten mener videre at effektivitetstapet som følge av offshoremodellens lange kommunikasjonslinjer, ikke utgjorde mislighold av kontrakten så lenge IBM kunne oppfylt resultatforpliktelsen i tide ut fra situasjonen på hevingstidspunktet, jf. igjen punkt 4 under. Organiseringen kan således heller ikke begrunne SVVs heving.

3.3.6 Estimeringen i tilbudsfasen og ut av løsningsbeskrivelsesfasen

Staten har gjort gjeldende at det var grov svikt ved estimeringen både i tilbudsfasen og ut av løsningsbeskrivelsesfasen. Statens eneste begrunnelse i prosedyren for at estimeringen skal ha utgjort mislighold, var at den førte til at GD India ikke ble bemannet i tide. Svikt i estimeringen skal med andre ord ha ført til at IBM ikke sørget for relevant og tilstrekkelig kompetanse, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.2 tredje avsnitt. IBM har bestridt dette.

Estimatet for SugarCRM som lå til grunn for IBMs endelige tilbud, var 1 947 DCUT-timer. (TU 1115 på 1117) Estimatet økte til 7 018 DCUT-timer i estimeringsrapporten 27. juni 2014 og videre til 12 269 DCUT-timer i estimeringsrapporten 5. september 2014. (FU bilag 1182 og TU2 bilag 36) Økningen i estimatene fra juni til september 2014 tilsa et økt bemanningsbehov i GD India.

Lagmannsretten ser ikke at estimeringen *i tilbudsfasen* kan ha utgjort mislighold av kontrakten. IBM tilbød en pris, og ikke estimater. At estimatene holdt, er IBMs risiko. SVVs interesse er ivaretatt av målprisen. IBM hadde full anledning til å påta seg et tapsprosjekt, og forpliktet seg ikke til å holde seg innenfor bestemte estimater ved kontraktsinngåelsen. Dessuten skjedde estimeringen i tilbudsfasen nesten to år før oppbemanningen i GD India høsten 2014. Lagmannsretten har vanskelig for å se at estimeringen i tilbudsfasen, kunne få betydning for bemanningen så lang tid etterpå.

Uansett om økningen i estimatene skyldtes svikt i estimeringen *ut av løsningsbeskrivelsesfasen*, ser ikke lagmannsretten at dette kan ha utgjort mislighold av kontrakten. Begrunnelsen for at estimeringen utgjorde mislighold, var bemanningen i GD India. Når dette ikke utgjorde mislighold, jf. punkt 3.3.5 foran, kan ikke estimeringen anses for å ha utgjort mislighold heller. Konsekvensen av eventuell svikt i estimeringen, sen bemanning, gjorde seg som nevnt ikke lenger gjeldende på hevingstidspunket.

Staten hadde en tilleggsbegrunnelse for at svikt i estimeringen utgjorde mislighold i innledningsforedraget. Dette var at SVV ikke ville godkjent IBMs løsningsbeskrivelse 4. juli 2014 hvis IBM hadde oppfylt sin opplysnings- og veiledningsplikt og gitt dekkende informasjon i estimeringsrapporten ut av løsningsbeskrivelsesfasen. Staten viste til at kunden har rett til å avbestille erstatningsfritt hvis endringsomfanget overstiger kontraktsprisen med mer enn syv prosent, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.3.2 og Bilag D punkt 2.2. (FU 8458 på 8466 og FU 9271 på 9276) Denne begrunnelsen ble ikke gjentatt i prosedyren.

Selv om denne begrunnelsen ikke ble fastholdt i prosedyren, bemerker lagmannsretten at SVV hadde signert endringsordrer for mer enn syv prosent av kontraktsprisen før 4. juli 2014. Det går frem av SVVs innstilling 3. juli 2014 at det på dette tidspunktet var signert endringsordrer tilsvarende åtte prosent av kontraktsprisen. (FU

14144 på 14148) Det ble signert endringsordrer tilsvarende 11 prosent av kontraktsprisen i forbindelse med HMP1. SVV og IBM ble også enige om at grensen på 25 prosent for «hoppeplikten» etter Bilag C punkt 6, skulle beregnes «basert på oppdatert Målpris etter HMP1 regulert i EO029». (FU 14243) Lagmannsretten kommer tilbake til denne endringen i punkt 4.4.3.2 nedenfor. Dessuten går det frem av referatet fra SVVs SG-møte 25. juni 2014 at erfaringene fra løsningsbeskrivelsesfasen tilsa «et forventet stort endringsomfang også i fortsettelsen av prosjektet». (FU 13987 på 13989)

At SVV 4. juli 2014 godkjente IBMs løsningsbeskrivelse enda grensen på syv prosent var overskredet og oppjusterte grensen for hoppeplikten samtidig som det ble forventet stort endringsomfang også i fortsettelsen, taler slik lagmannsretten ser det, mot at SVV ville avbestilt 4. juli 2014 om vegvesenet hadde hatt kunnskap om innholdet i estimeringsrapporten 5. september 2014.

Det er for øvrig ingen vitner som har gitt uttrykk for at SVV ikke ville godkjent IBMs løsningsbeskrivelse, men avbestilt, hvis estimatene fra september 2014 hadde vært kjent i juni 2014.

Estimeringen kan således ikke begrunne SVVs heving.

3.3.7 Helhetlig logisk datamodell

Det går ikke frem noe uttrykkelig krav om en *helhetlig* logisk datamodell av Leveranseavtalen, men bare om en logisk datamodell.

Det går frem av Bilag A punkt 3 «Grovt løsningsforslag», punkt 3.1 «Overordnet løsnings-/arkitekturskisse», at Grindgut-løsningen «er basert på IBMs *Road User Charging Asset* (RUC) som består av et sett med komponenter» og at RUC «innebefatter identifisering, prising og integrasjons- og samhandlingstjenester, kunde- og saksbehandling, brikkelogistikk og web-baserte selvbetjeningsløsninger». (FU 8485 på 8522) De funksjonelle komponentene er implementert gjennom ulike standardprodukter. For eksempel er økonomifunksjonen implementert ved SAP FI-CA og kunde- og saksbehandlingsfunksjonen ved SugarCRM. (FU 8523)

Bilag A punkt 3.1 inneholder «Figur 14 Spesifikk komponentmodell» og «Figur 15 Overordnet Datamodell». Den spesifikke komponentmodellen viser de ulike komponentene i løsningen i fargekoder. Den overordnede datamodellen viser relasjonen mellom de mest sentrale entitetene som for eksempel kunde, kundeavtale og brikke, samt relasjonen mellom disse entitetene og komponentene. Fargekodene i komponentmodellen er videreført i datamodellen. (FU 8526)

Slik lagmannsretten ser det, viser figurene 14 og 15 at IBMs løsningskonsept var komponentbasert. Hvis det ikke hadde vært for at det skulle skje tilpasninger i løsningen, kunne figur 15 vært sett som en logisk datamodell. Som lagmannsretten kommer tilbake til i punkt 4.4.5 nedenfor, skulle det skje tilpasninger. Figuren må derfor ses som en konseptuell datamodell. En konseptuell datamodell er mindre detaljert enn en logisk datamodell. Med oppdateringer gjennom prosjektet, kunne den konseptuelle datamodellen endt opp som den logiske datamodellen for løsningen.

Leveranselisten i Bilag C punkt 7 forutsetter at det skal leveres en «Data Model» og at den skal leveres i løsningsbeskrivelsesfasen og oppdateres i alle iterasjonene i konstruksjonsfasen. (FU 9105 på 9165) Det går ikke frem av Bilag C hva datamodellen skal inneholde.

IBM leverte «ARC005 Logic Data Model» som del av sin løsningsbeskrivelse. (FU 10 og FU 13450 flg.) I ARC005 versjon 0.94, datert 20. juni 2014, heter det i punkt 1.2 «Beskrivelse»:

> En logisk data modell er en implementerings-uavhengig datamodell og representerer generelt sett den siste leveransen i det logiske data design arbeidet i et prosjekt. Den reflekterer dynamikken i entitetene i logisk datadesign og optimaliserer entitetene i datamodellen for å sikre at hver entitet er tydelig og unikt representerer et forretningsbegrep.
> (FU 13458 og (FU 22569 på 22572))

Det heter i punkt 2 «Logisk Datamodell» at den logiske datamodellen «skisserer relasjonene mellom de viktigste dataentitetene». (FU 13460)

Slik lagmannsretten ser det, viser ikke punkt 2 en helhetlig logisk datamodell, men en logisk datamodell for hver og en av de fleste komponentene i løsningen. (FU 13462, 13465, 13468, 13469, 13472, 13476 og 13481)

Det går frem av ARC005 versjon 0.94, punkt 2.8 «SAP – Økonomiske entiteter og relasjoner», at standardsystemet for håndtering av økonomifunksjonalitet, SAP FI-CA, «dekker mye mer enn vi skal behandle i Grindgut» og at det derfor ikke ville bli gitt «et fullstendig bilde av datamodellen» for denne komponenten. (FU 13485)

Logisk datamodell var ingen restanse ut av løsningsbeskrivelsesfasen. I godkjenningsbrevet 4. juli 2014 skrev imidlertid Stein Ødegaard, som da var SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse:

> Vi vil i tillegg laste opp kommenterte dokumenter og tilbakemeldingsskjemaer på angitt sted i IPWC. Som for restansene, forutsettes det at IBM hensyntar og innarbeider disse kommentarene før oppstart av konstruksjonsfasens iterasjon 1.
> (FU 14223)

IPWC er en forkortelse for samhandlingsverktøyet IBM Program Work Center.

Det ble lastet opp et tilbakemeldingsskjema til ARC005 Logisk datamodell (LDM) i IPWC med SVVs arkitekturansvarlige, Mihaly Fekete, som forfatter. I versjon 0.94, datert 26. juni 2014, sto det i punkt 14:

> En logisk modell må beskrive informasjonselementer på et funksjonelt nivå, slik det er forståelig for kunden.
> - Det må tydelig markeres hvilke attributter som har funksjonell betydning og hvilke har kun teknisk betydning (eller bare utelate de siste fra den logiske modellen)
> - Forutsetningen for å godkjenne dette dokumentet er at den funksjonelle forklaringen både på entitet- og attributtnivå utføres og dokumenteres på norsk under Konstruksjonsfase.
>
> [...]
> Tydelig beskrivelse av informasjonselementer er en forutsetning for å verifisere løsningen på funksjonelt nivå og dette gjelder for dokumentet i helhet. Attributtene uansett dokumenteres på norsk i Datasett spesifikasjonen som er høy grad basert på LDM dokumentet.

Det ble også lastet opp et tilbakemeldingsskjema til MIG002, migreringsdatasettspesifikasjon, med Mihaly Fekete som forfatter. I versjon 0.90, datert 3. juni 2014, sto det i punkt 15:

> [...] Det ble ikke gjennomført en grundig analyse av Logiske data modellen på felt nivå og derfor Kunde må ta et forbehold overfor kvaliteten av entitetene.

Løsningen skulle være:

> Vidare detaljering och verifisering av dataelementer görs under detaljerad design i konstruktionsfasen. Kommentarer på enskilda attribut hanteras där. Uppdateringar av Migrerings datasett spesifikasjon görs vid behov.

Mihaly Fekete har forklart at han krevde mer enn bare en norsk oversettelse i tilbakemeldingsskjemaet til ARC005. Han krevde at IBM dokumenterte den funksjonelle forretningsforståelsen. Det ble dessuten poengtert flere ganger at det var viktig for SVV at alle dataelementene, også de økonomirelaterte, ble identifisert og beskrevet i konstruksjonsfasen, og at relasjonen mellom elementene ble beskrevet på en strukturert måte på tvers av komponentene. IBM sa at selskapet skulle utvikle logisk datamodell i konstruksjonsfasen som også omfattet de økonomirelaterte elementene. Han stolte på dette.

Staten har i påstandsgrunnlaget for at SVV ikke har brutt sin medvirkningsplikt, gjort gjeldende at SVV stilte detaljering og verifisering av entitetene i den logiske datamodellen som betingelse for godkjenning av IBMs løsningsbeskrivelse gjennom kommentaren til MIG002, samt at IBM pliktet å utarbeide en helhetlig logisk datamodell som reflekterte økonomienheter i SAP og deres relasjoner mot andre komponenter i løsningen selv om dette ikke ble stilt som betingelse for godkjenning i kommentaren. Videre misligholdt IBM kontrakten fordi det ikke ble utarbeidet en helhetlig logisk datamodell. Dette førte til at migreringsstrømmen ble forsinket og at IBM aldri fikk integrert komponentene i løsningen før SVVs heving.

IBM har gjort gjeldende at SVV godkjente ARC005 til HMP1 siden logisk datamodell ikke ble ført opp som en restanse og at kravet om en helhetlig logisk datamodell ikke kan være brudd på kontrakten, fordi det ble fremsatt først under konstruksjonsfasen.

Lagmannsretten finner ingen holdepunkter i de begivenhetsnære bevisene for at IBM på noe tidspunkt i konstruksjonsfasen forpliktet seg til å føye de ulike komponentenes logiske datamodeller sammen til en *helhetlig* logisk modell. Slik lagmannsretten ser det, var det heller ikke nødvendig å utarbeide en helhetlig

logisk datamodell med IBMs løsningskonsept så lenge IBM hadde kontroll på integrasjonene mellom komponentene i løsningen.

Det IBM skulle utarbeide, var en logisk datamodell gjennom oppdatering av den overordnede datamodellen i Bilag A punkt 3.1 og den logiske datamodellen som ble levert til HMP1 i ARC006. Slik lagmannsretten ser det, manglet disse datamodellene bare en integrasjonsmodell for å kunne betegnes som én logisk datamodell. Den logiske datamodellen skulle oppdateres i alle iterasjonene i konstruksjonsfasen og ferdigstilles til sist, jf. leveranselisten i Bilag C punkt 7 og ARC005 versjon 0.94 punkt 1.2. (FU 9105 på 9165 og FU 13458 (FU 22572)) At den logiske datamodellen til HMP1 ble godkjent på betingelsene som ble stilt i kommentarene i IPWC, innebar etter lagmannsrettens syn ikke mer enn at entitetene måtte detaljeres og verifiseres i konstruksjonsfasen, jf. godkjenningsbrevet 4. juli 2014 og kommentaren til MIG002. (FU 14223) At den logiske datamodellen skulle dekke økonomidata selv om dette ikke ble stilt som betingelse i kommentarene, finner lagmannsretten ikke holdepunkter for i de begivenhetsnære bevisene.

Den logiske datamodellen som ble levert som del av løsningsbeskrivelsen, ARC005 versjon 0.94 punkt 1.2, ble oppdatert i konstruksjonsfasen.

IBMs sjefsarkitekt, Svein Rimestad, oversendte 26. november 2014 en oppdatert logisk datamodell (LDM) for CRM-delen. Rimestad avsluttet oversendelsen slik:

> Full versjon av LDM leveres til slutt i konstruksjonsfasen. 26.11 versjonen utgjør et viktig steg mot den. Full LDM leveranse vil også inneholde modeller for IRIS og SAP satt sammen i et helhetlig word-dokument. De underliggende modellene for IRIS og SAP vil i den nærmeste tiden bli oppjustert og publisert på dette området.
> (FU 17534)

SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, skrev i e-post til IBMs prosjektleder, Terje Harangen, med kopi til Mihaly Fekete 8. januar 2015 at den logiske datamodellen som SVV hadde fått innsyn i, var «svært mangelfull» fordi den «ikke dekket SAP- og IRIS-data». Ytrehus fortsatte at dette selvsagt måtte «på plass i EN LDM som skal dekke helhetlig løsning». (FU 19210)

Svein Rimestad oversendte 2. mars 2015 en oppdatert logisk datamodell for SAP-delen basert på punkt 2.8 i datamodellen som ble levert til HMP1. (FU 20783) Mihaly Fekete meldte tilbake i e-post 13. mars 2015 at denne oversendelsen bare ble ansett som et utkast. Fekete avsluttet e-posten slik:

> SVV har flere anledninger [...] poengtert at en Logisk Datamodell skal beskrive informasjonselementer og sammenheng mellom disse fra et helhetlig funksjonelt perspektiv og dette er en forutsetning til at informasjon i den helhetlige løsningen håndteres riktig og henger sammen tvers av komponenter.
> (FU 21121)

SVV hadde på dette tidspunktet innhentet en arkitekturgjennomgang fra Greenbird Integration Technology AS 5. mars 2015. I Greenbirds gjennomgang sto det under punkt 3.1 «Funn»:

- Det er ikke definert en kanonisk datamodell.
- Ingen overordnet logisk datamodell funnet.
  (FU 20832 på 20844)

Det samme går for øvrig frem av Greenbirds rapport 30. april 2015. (FU 23293 på 23306)

Svein Rimestad bekreftet overfor Mihaly Fekete 13. mars 2013 at oversendelsen 2. mars 2015 ikke var et endelig utkast, men fortsatte:

> Vi finner det ikke naturlig å inkludere SAP sin datamodell i vårt LDM dokument.
>
> Vår logiske datamodell er basert på vår IRIS asset, samt vår bruk av SugarCRM. For IRIS, RSGW og SugarCRM gjør vi flere tilpasninger i prosjektet. Det er derfor naturlig med en UML-basert modell for disse, som så dokumenteres i LDM-dokumentet.
>
> Noen «fullverdig» LDM har aldri vært vår intensjon i dette prosjektet.
> (FU 21122)

UML er forkortelse for Unified Modeling Language.

Svein Rimestad har forklart at han med den siste setningen om at en fullverdig LDM aldri hadde vært IBMs intensjon, bare mente SAP-delen. Lagmannsretten ser denne forklaringen i sammenheng med ARC005 versjon

0.94 punkt 2.8 hvor det står at det ikke ville bli gitt et fullstendig bilde av datamodellen til SAP FI-CA. Rimestad har også forklart at han burde ha svart at den logiske datamodellen var basert på RUC, som eksisterte som datamodell allerede. I og med RUC var en rekke grensesnitt mellom komponentene, identifisert allerede.

Mihaly Fekete svarte i e-post 20. mars 2015 at setningen om at en fullverdig LDM aldri hadde vært IBMs intensjon, falt på sin egen urimelighet. Fekete sa seg enig i at det ikke var hensiktsmessig å beskrive datamodellen for SAP i den logiske datamodellen, men at modellen måtte dokumentere informasjon og relasjoner som «mastres» i SAP. (FU 21442 og 21444)

Svein Rimestads e-post 13. mars 2015 førte til at mangelfull logisk datamodell ble eskalert til koordineringsgruppen. I KG-møte 17. april 2015 fikk IBM frist til 24. april 2015 for å levere en plan for ferdigstillelse av logisk datamodell. (FU 22624 på 22628)

For lagmannsretten ser det ut til at arbeidet med den logiske datamodellen deretter kom over i et mer konstruktivt spor.

I saksfremlegget 16. april 2015 til KG-møte 17. april 2015 skrev SVV at vegvesenets forventning til logisk datamodell var «best beskrevet av IBM selv» – i ARC005 punkt 1.2 «Beskrivelse». (FU 22572) Mihaly Fekete og IBMs prosjektleder, Terje Harangen, har forklart at det ble etablert en felles forståelse for kriteriene for en logisk datamodell.

IBM presenterte en «Unified Logical Data Model» for SVV i møte 1. juni 2015. (FU 770)

Partene ser ut til å være enige om at datamodellen som ble presentert her, var konseptuell. Det går likevel frem av e-post fra Svein Rimestad til blant andre Mihaly Fekete 2. juni 2015 at denne modellen «was overall accepted well». (FU 24377)

Videre går det frem av referatet fra KG-møte 16. juni 2015 at det hadde vært «progresjon» i arbeidet, at det var planlagt logisk datamodell i nytt format for ny gjennomgang før 1. juli 2015 og at saken var nedskalert til prosjektledernivå. (FU 24893 på 24894 og 24895) Svein Rimestad har forklart at dette arbeidet var i ferd med å bli ferdigstilt i begynnelsen av juli 2015. Arbeidet med logisk datamodell var imidlertid ikke ferdigstilt på hevingstidspunktet. Terje Harangen har forklart at dette skyldtes hevingen.

Sett på bakgrunn av at den logiske datamodellen skulle utvikles med utgangspunkt i RUC som eksisterte som datamodell allerede, og sett på bakgrunn av progresjonen i arbeidet med logisk datamodell, ser lagmannsretten ingen grunn til at IBM ikke ville ferdigstilt den logiske datamodellen til sist, slik kontrakten forutsetter, om det ikke hadde vært for SVVs heving.

Endelig er det ikke dokumentert at arbeidet med den logiske datamodellen førte til forsinkelser i migreringsstrømmen eller andre utfordringer i prosjektet. For eksempel ga Greenbird ingen utbedringsanbefalinger knyttet til logisk datamodell for at løsningen kunne «gå i produksjon» i rapportene 5. mars 2015 og 30. april 2015. (FU 20832 på 20834 og FU 23293 på 23295)

At den logiske datamodellen ikke var ferdigstilt på hevingstidspunktet, kan således heller ikke begrunne SVVs heving.

3.3.8 Innsyn i arkitekturbeslutninger

Staten har i innledningsforedraget gjort gjeldende at IBM ikke ga SVV innsyn i arkitekturbeslutninger enda PS2000 er en samspillskontrakt, og at det var derfor SVV måtte innhente arkitekturgjennomgangen fra Greenbird Integration Technology AS, jf. KG-møte 17. mars 2015. Ifølge staten fikk også Greenbird svært begrenset innsikt i arkitekturen. Det er vist til at Greenbird ikke fant en kanonisk datamodell og overordnet logisk datamodell.

Staten har fastholdt manglende innsyn i arkitekturbeslutninger som hevingsgrunn i prosedyren, men har ikke utdypet dette. IBM har ikke kommentert dette forholdet i prosedyren.

I KG-møtet 17. mars 2015 holdt SVV frem:

> Som kunde har man krav på innsyn i alle kvalitetsmessige aspekter ved både løsningen og gjennomføring av prosjektet. SVV har valgt å gjennomføre en arkitekturreview og en sikkerhetsreview. Årsaken til at disse er igangsatt er bekymring for det som SVV opplever som manglende forståelse, lavt

> engasjement, og manglende respons hos IBM i forhold til IKT-faglige selvfølgeligheter som behov for en logisk datamodell (som grunnlag for konstruksjon), kontroll på begreper og roller, god systemdokumentasjon, helhetlig løsning, konfigurasjons-styring mv. SVV mener at en god Logisk Data Model tidligere i prosjektet ville ha avdekket behovene for de avklaringene som for tiden pågår i CRM-området mye tidligere. SVV stiller spørsmål ved engasjementet, kompetansen og innsatsen til hhv arkitektur- og infrastruktur-ansvarlig.
>
> Arkitekturreview er gjennomført av Greenbird, og resultatet er lagt frem for IBM og SVV i felles møte. Det har kommet frem at manglende dokumentasjon (av arkitektur og løsning) har vært et hinder for Greenbirds arbeid. [...]
> (FU 21286 på 21289)

Slik lagmannsretten leser dette referatet, viste SVV til retten til innsyn som en form for hjemmel for arkitekturgjennomgangen uten å gi direkte uttrykk for at IBM nektet innsyn. Som årsak til arkitekturgjennomgangen, pekte SVV i stedet på mangel på forståelse og engasjement hos IBM for en logisk datamodell tidlig i prosjektet.

Forholdet mangel på innsyn i arkitekturbeslutninger har knapt blitt berørt under vitneforklaringene. IBMs sjefsarkitekt, Svein Rimestad, og SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, har rett nok forklart at SVV ba om innsyn flere ganger, men uten å gå nærmere inn på hva det ble bedt om innsyn i og hva som var begrunnelsen for at det ikke ble gitt innsyn. IBMs utviklingsleder for GDene, Sander van der Harst, har forklart at SVV ba om å få se kodede dokumenter som han mente at vegvesenet ikke hadde rett til å se. Ingen har forklart at det var mangel på innsyn i arkitekturbeslutninger som var årsaken til at Greenbird ble engasjert.

Greenbird-rapporten gir i seg selv ikke holdepunkter for at Greenbird ble engasjert på grunn av manglende innsyn i arkitekturbeslutninger. Thorsten Heller, som var med på å utarbeide rapportene fra Greenbird 5. mars 2015 og 30. april 2015, og som kunne forklart hva Greenbird fikk innsyn i og hva Greenbird mente med funnene knyttet til kanonisk og logisk datamodell, ble frafalt som vitne.

Som nevnt mener lagmannsretten at det var en logisk datamodell under utarbeidelse og oppdatering i konstruksjonsfasen som skulle ferdigstilles til slutt. At det ikke ble funnet en ferdigstilt logisk datamodell i mars og april 2015, var derfor å forvente.

Slik saken er opplyst, mener lagmannsretten at SVV må anses for å ha fått tilstrekkelig innsyn gjennom arkitekturgjennomgangen til Greenbird. Lagmannsretten viser til at Greenbird fikk godt nok innsyn til å si hva som måtte til for at løsningen kunne gå i produksjon.

Mangel på innsyn i arkitekturløsningen kan således ikke begrunne SVVs heving.

3.3.9 De øvrige forholdene som kan påberopes og blir påberopt

Staten har påberopt IBMs flytting av innhold fra iterasjon 2 til 3 slik at Grindgut ble endret til et fossefallsprosjekt og IBMs nedbemanning i juni/juli 2015, som forhold som kunne begrunne heving.

Lagmannsretten ser ikke at disse forholdene kan begrunne heving. Lagmannsretten mener at SVV aksepterte flyttingen av innhold fra iterasjon 2 til iterasjon 3 og at nedbemanningen i juni/juli 2015 var en berettiget reaksjon på SVVs urettmessige underkjennelse av IBMs leveranse til KP2. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i punkt 4.4.8.4 nedenfor.

Staten har også påberopt at IBM har fremsatt uholdbare endringsanmodninger og at dette kunne begrunne heving.

Lagmannsretten er heller ikke enig i dette. Lagmannsretten mener at IBMs endringsanmodninger ikke var uholdbare og kommer tilbake til dette i punkt 4.4.

Lagmannsretten ser det etter dette ikke som nødvendig å ta stilling til om noen av forholdene som er påberopt som hevingsgrunn er bortfalt på grunn av manglende reklamasjon.

3.3.10 Konklusjon – Inntrådt vesentlig mislighold

Oppsummert mener lagmannsretten at det av alle forholdene som kan påberopes og blir påberopt som grunnlag for SVVs heving på grunn av inntrådt vesentlig mislighold, bare var IBMs EV-rapportering som utgjorde mislighold av kontrakten, men at dette forholdet ikke kan anses som vesentlig. Misligholdet var knyttet til en biforpliktelse. IBM hadde kommet langt med og nedlagt store ressurser i prosjektet. Det var åpenhet om svakhetene ved EV-rapporteringen, og IBM ga SVV et godt bilde av reell fremdrift på andre måter. Rapporteringen skjulte ikke antesipert mislighold.

Lagmannsretten går så over til å begrunne hvorfor det ikke var grunnlag for å heve på grunn av antesipert vesentlig forsinkelse.

4 Var det klart på hevingstidspunktet at det ville inntre vesentlig forsinkelse (antesipert forsinkelse)?

4.1 Innledning – Partenes syn på de rettslige utgangspunktene

Partene er uenige om beviskravet for antesipert forsinkelse.

Staten har gjort gjeldende at det gjelder et strengt beviskrav, men har vist til rettskilder som taler om at det er nok med «overveiende» sannsynlighet og «skjellig grunn» for å kunne heve begrunnet med antesipert forsinkelse. Staten har holdt frem at en teoretisk mulighet for at IBM ville greid å levere i tide, ikke kan være tilstrekkelig. IBM har gjort gjeldende et strengere beviskrav enn staten. IBM har holdt frem rettskilder som taler om «til visshet grensende sannsynlighet» for antesipert forsinkelse.

Partene er også uenige om hva som skal bevises.

SVV har gjort gjeldende at det er bevisresultatet, og ikke hvert beviselement som må være klart, mens IBM har gjort gjeldende at det er hvert trinn i utviklingen frem mot levering, som må vurderes.

Lagmannsretten behandler beviskravet i punkt 4.1.1 og bevistemaet i punkt 4.1.2 nedenfor.

4.1.1 Beviskravet

Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2 at «skadelidende part» kan heve «etter bestemmelsene i punktene ovenfor eller ved annet vesentlig mislighold fra den andre parts side». (FU 8458 på 8479) Etter punkt 6.3.2 kan en part heve hvis «det er klart at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi» denne parten «hevingsrett». (FU 8478) Punkt 6.1.1.2 gir kunden hevingsrett «når dagbotperioden har utløpt». (FU 8476) Dagbotperioden utløper 100 kalenderdager etter en dagbotsanksjonert milepæl, jf. punkt 6.1.1.1. (FU 8475) De dagbotsanksjonerte milepælene kan flyttes som en konsekvens av endringer, jf. punkt 3.6. (FU 8471)

Overskridelse av en (endret) dagbotsanksjonert milepæl med 100 kalenderdager er med andre ord likestilt med vesentlig mislighold. En part kan heve hvis det er «klart» at den andre parten vil overskride en (endret) dagbotsanksjonert milepæl med mer enn 100 kalenderdager. Spørsmålet blir da hvordan beviskravet i uttrykket «klart» i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.2 må tolkes.

Slik lagmannsretten ser det, tilsier en alminnelig språklig forståelse av uttrykket «klart» at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I veilederen til PS2000, versjon 3.1, oppdatert 15. november 2010, side 34, heter det under punkt 8.3 med overskriften «Fellesregler om inntruffet og forventet mislighold»:

> Dersom det er overveiende sannsynlig at en part vil misligholde, for eksempel at kunden ikke har penger til å betale leverandøren, er det ikke riktig at leverandøren skal fortsette å pådra seg kostnader som med rimelig sikkerhet aldri vil bli dekket. Leverandøren har derfor adgang til å heve kontrakten før misligholdet konkret har oppstått, dersom dette kan dokumenteres.

Slik lagmannsretten ser det, gir også uttrykket «overveiende sannsynlig» veiledning om at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Sammen med uttrykkene «rimelig sikkerhet» og «dersom det kan dokumenteres», gis det veiledning om et strengt beviskrav. Det går videre frem at bestemmelsene i PS2000 er «presisert og harmonisert i forhold til andre tilsvarende kontraktstandarder». Veilederen viser som nevnt også

til «alminnelige kontraktsrettslige prinsipper». I mangel av andre rettskilder for tolkningen av beviskravet i uttrykket «klart» i PS2000, gir andre tilsvarende kontraktstandarder og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper veiledning.

Andre tilvirkningskontraktsstandarder som bruker uttrykket «klart», gir veiledning om et strengt beviskrav.

NTK/NF 2015 punkt 26.1 bokstav b, gir selskapet (kunden) hevingsrett hvis det er «klart» at leveringen «vil bli forsinket med mer enn 15% av tidsperioden fra Arbeidets start til Leveringsdato, eller 120 dager».

Kaasen skriver i kommentarene til punkt 26.1 i Tilvirkningskontrakter, 1. utgave, side 700:

> Hva som skal til for at det skal være «klart» at det vil inntreffe en forsinkelse som nevnt, må bedømmes ut fra de vanlige kriterier for antesipert mislighold. Siden det dreier seg om et fremtidig forhold, kan det naturligvis ikke kreves visshet. En simpel overvekt av sannsynlighet er på den annen side ikke tilstrekkelig. Det må kreves en «inntil visshet grensende sannsynlighet» for at forsinkelsen vil materialisere seg, vurdert på grunnlag av de informasjoner man har om planer, aktuell fremdrift og tilgjengelige ressurser.

Etter det lagmannsretten forstår er sitatet «inntil visshet grensende sannsynlighet» hentet fra Almén, Augdahl og Ussing, jf. Hagstrøm m.fl. Obligasjonsrett, 3. utgave, 2021, side 646.

NS 8405 punkt 39.1, NS 8406 punkt 29.1 og NS 8407 punkt 46.1, gir en part hevingsrett «dersom det er klart at vesentlig mislighold vil inntre».

Kolrud m.fl. skriver i kommentarene til NS 8405, 2004, side 492, at det med «klart» menes «sikkert», og at det er den som påberoper antesipert mislighold som har bevisbyrden for at klarhetskravet er oppfylt. Ved tvist vil domstolen «normalt måtte foreta en bred vurdering» av om dette kravet er oppfylt. Marthiniussen m.fl. skriver i kommentarene til den samme standarden, 2016, side 666, at sannsynlighet ikke er nok; «det må kreves større grad av sikkerhet». Han fremholder at det her er «av betydning at hevning normalt har store økonomiske konsekvenser for den som har misligholdt avtalen».

Hagstrøm m.fl. Obligasjonsrett, 3. utgave, 2021, ser derimot ut til å mene at det bare gjelder et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt («skjellig grunn») etter NS 8405. I et petit-avsnitt på side 647 står det:

> Dersom det eksempelvis er tale om hevning av en entreprisekontrakt i medhold av NS 8405 pkt. 39.1 på grunn av antesipert mislighold, må bevisvurderingen mye baseres på det som er skjedd i kontraktsforholdet. Fordi hevning alene har virkning for det fremtidige arbeid, vil det avgjørende for hvorvidt hevningsrett foreligger, være om byggherren har skjellig grunn til å frata entreprenøren det gjenstående arbeid.

Lagmannsretten legger mindre vekt på denne uttalelsen. Den avviker fra både Kolrud m.fl. og Marthiniussen m.fl., og er bare begrunnet med en fotnote til Sandviks kommentarer til den tilbaketrukne standarden NS 3401. Som lagmannsretten kommer tilbake til, skriver Hagstrøm m.fl. dessuten at det for andre kontrakter enn NS 8405, gjelder et strengt beviskrav for antesipert mislighold.

Under henvisning til blant annet Hagstrøm, uttaler således Hålogaland lagmannsrett i LH-2017-66455 følgende om klarhetskravet i NS 8406 punkt 29.1:

> Hevingsrett på grunnlag av antesipert mislighold er betinget av meget høy grad av sannsynlighet, basert på den informasjon som er tilgjengelig på hevingstidspunktet, for at vesentlig mislighold vil inntre; «en til visshet grensende sannsynlighet» som formulert i Hagstrøm «Obligasjonsrett» 2. utgave side 612 og Nordtvedt m.fl. «NS 8407 Kommentarutgave» side 680, «sikkert» som formulert av Kolrud m.fl. i «NS 8405 kommentarutgave» side 331.

Nordtvedt m.fl. slutter seg i kommentarene til NS 8407, 1. utgave, 2013, side 680 og 681, til Kaasens syn om at «det må foreligge en inntil visshet grensende sannsynlighet for at misligholdet vil inntreffe», og da «vurdert på grunnlag av den informasjon som er tilgjengelig på hevingstidspunktet». Nordtvedt m.fl. fortsetter:

> Den som hever på grunn av antesipert mislighold, har byrden med å bevise at vilkåret er oppfylt. Ved en eventuell senere tvistesak må domstolen ta stilling til om det på hevingstidspunktet fremsto som sikkert at et vesentlig mislighold ville inntre.

Kontraktsretten ellers gir også veiledning om et strengt beviskrav.

I likhet med PS2000, NTK 15/NF 15, NS 8405, NS 8406 og NS 8407, gir kjøpsloven § 62, håndverkertjenesteloven § 15, avhendingslova § 6-2, bustadoppføringslova § 20 og husleieloven § 2-12, hevingsrett hvis det er «klart»/«klårt» at mislighold vil inntre.

Det følger av forarbeidene til både kjøpsloven og avhendingslova at uttrykket «klart»/«klårt» innebærer at «kravet til sannsynlighet er sterkt», jf. Ot.prp.nr.80 (1986–1987) side 113 og Ot.prp.nr.66 (1990–1991) side 126. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven «forutsetter en høy grad av sannsynlighet», jf. Ot.prp. (1988-1989) side 84. I LH-2015-167184 la lagmannsretten under henvisning til Hagstrøm til grunn at uttrykket innebærer at det må være «helt på det rene at det vil bli mislighold». Det følger av forarbeidene til husleieloven at uttrykket «klart» innebærer et «strengt» krav til sannsynlighet, og at det i prinsippet kreves «en til visshet grensende sannsynlighet», jf. Ot.prp.nr.82 (1997–1998) side 162.

Også UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) artikkel 72, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) artikkel 7.3.3 og Principles of European Contract Law (PECL) artikkel 9:304, gir hevingsrett hvis det er «clear» at mislighold vil inntre.

Ifølge Schlectriem og Schwenzers kommentarer til CISG artikkel 72, 4. utgave, side 1030, kreves det «a very high and obvious degree of probability» for antesipert mislighold. Ramberg oppsummerer i Internationella Köplagen (CISG), 2016, «att de förhållanden som berättigar till hävning på grund av förväntade hävningsgrundande avtalsbrott sällan föreligger».

Etter kommentaren til UPICC artikkel 7.3.3 innebærer kravet om at det må være «clear that there will be non-performance» at «a suspicion, even a well-founded one», ikke vil være tilstrekkelig. Ifølge Lando og Beales kommentarer til PECL artikkel 9:304, 2000, side 417, kreves det «an obvious unwillingness or inability to perform».

Også for kontraktstyper som ikke oppstiller et klarhetskrav, gjelder det et strengt beviskrav.

I Rt-1987-1205 satte selger frem en ny anførsel for Høyesterett om rett til heving på grunn av antesipert mislighold. Hun gjorde gjeldende at kjøper ikke ville vært i stand til å betale kjøpesummen for en hotelleiendom. Høyesterett uttaler at det «måtte [...] kreves særdeles sterkt bevis for at [kjøper] virkelig var ute av stand til å betale».

Etter Rt-1924-1056 og Rt-1924-1199 vil beviskravet være oppfylt hvis debitor gir «et utvetydig tilkjendegivende» for at mislighold vil inntre. I den første 1924-avgjørelsen hadde selger innledet et skriv til kjøper med at «det icke finnes nogon möjlighet» for at han ville greie å levere i tide. Denne beskjeden om at mislighold ikke var til å unngå, ble ikke ansett som tilbakekalt. I den andre 1924-avgjørelsen hadde kjøperen på forhånd utvetydig gitt til kjenne at han ikke aktet å oppfylle fordi han ikke anså seg forpliktet til det.

Hagstrøm m.fl. skriver på side 621 i Obligasjonsrett, 3. utgave, 2021, at retten til å heve på grunn av antesipert mislighold, inntrer når det er «helt på det rene» at det vil bli mislighold, og at «en mer eller mindre godt begrunnet mistanke om at det kan bli mislighold» ikke bør være tilstrekkelig. På side 645 til 646 står det at det etter den tradisjonelle oppfatningen, kreves «en meget høy grad av sannsynlighet», og at beviskravet gjerne er blitt formulert slik at «det måtte foreligge en til visshet grensende sannsynlighet». Det fremholdes samtidig at det strenge beviskravet må ses på bakgrunn av at antesipert mislighold blant annet gir adgang til å kreve erstatning.

Haaskjold skriver tilsvarende på side 192 i Obligasjonsrett – en innføring, 2017, at kreditor har rett til å heve hvis det «nærmest er på det rene at mislighold vil inntre». Han skriver på side 195 at det gjelder «et særlig strengt beviskrav» for heving på grunn av antesipert mislighold, og at «en ofte benyttet formulering er at det må foreligge en «til visshet grensende sannsynlighet»». Han forklarer denne formuleringen med at «det er noe nær sikkert at det vil inntre et vesentlig mislighold».

Basert på kontraktens ordlyd og veileder, rettskilder knyttet til andre tilvirkningskontraktsstandarder og lovregler som oppstiller et klarhetskrav for heving på grunn av antesipert mislighold samt alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, legger lagmannsretten til grunn at det gjelder et særlig strengt beviskrav for antesipert forsinkelse. Det kreves noe nær visshet for antesipert mislighold eller at det er noe nær sikkert at et slikt mislighold vil inntre. Beviskravet kan oppfylles ved en vurdering av informasjonen om planer, aktuell fremdrift og tilgjengelige ressurser på hevingstidspunktet eller ved «et utvetydig tilkjennegivende» om at det ikke fins noen mulighet for å levere i tide.

Lagmannsretten mener at dette tolkningsresultatet har gode grunner for seg.

Slik for eksempel Haaskjold forklarer på side 192, bygger reglene om antesipert mislighold på en avveining av kryssende hensyn. Han skriver:

> [...] På den ene siden tilsier hensynet til debitor at terskelen for antesipert mislighold bør legges høyt. Debitor skal ikke tape muligheten til å oppfylle sin del av kontrakten på grunn av kreditors mer eller mindre velbegrunnede frykt for mislighold. Debitor skal heller ikke risikere å bli utsatt for sanksjoner uten at det er temmelig klare holdepunkter for at mislighold vil inntre. Hertil kommer at kreditor ikke skal kunne fragå en inngått avtale ved å fremsatte påstander om at debitor ikke vil kunne klare å oppfylle. Også i tilfeller hvor risikoen for mislighold er til stede, forekommer det at debitor allikevel vil kunne evne å prestere kontraktsmessig. Dersom det derimot nærmest er på det rene at mislighold vil inntre, tilsier på den annen side hensynet til kreditor at han ikke skal behøve å vente til misligholdet er et faktum med å gjøre kontraktsbruddet gjeldende. Hvis et kontraktsbrudd fremstår som noe nært sikkert, vil det ofte være i begge parters interesse at kontrakten heves, og at partene kan innrette seg på annen måte. Reglene om antesipert mislighold har dermed en klar side mot den alminnelige tapsbegrensningsplikten og prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.

Marthinussen m.fl. skriver på side 663 at det har vært «antatt at det må tas i betraktning om byggherren kommer i en bedre situasjon ved å heve». Heving i entrepriseforhold innebærer ofte ytterligere forsinkelser for kunden.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det kan være et støtteargument i vurderingen av antesipert vesentlig forsinkelse, om kunden kom i en bedre situasjon ved å heve. For lagmannsretten ser det ikke ut til at SVV gjorde det, selv om det forutsettes at SVV hevet kontrakten med rette slik at staten har krav på erstatning uten at IBM har krav på vederlag, slik staten har gjort gjeldende.

Staten bygger sitt erstatningskrav på at SVV har lidt et økonomisk tap på 446 millioner kroner som følge av hevingen. Kravet er bygd på to tapsposter. Forenklet sagt består den første posten av SVVs prosjektkostnader på 120 millioner kroner. Den andre består av SVVs kostnader ved forlenget leie av CS Norge på 415 millioner kroner, fratrukket sparte driftskostnader ved Grindgut med 116 millioner kroner og tillagt kostnadene til selvbetjeningsløsning for CS Norge med 28 millioner kroner. Erstatningen ville således ikke ha dekket kostnadene ved en alternativ løsning. Kostnadene ved den alternative løsningen er ikke kjent for lagmannsretten. Det er derimot på det rene at det tok over seks år å utvikle den. Til sammenlikning var vederlaget til IBM begrenset av et målpristak. Som lagmannsretten kommer tilbake til i punkt 5 nedenfor, utgjør IBMs krav på vederlag 172 115 094 kroner. Videre, som lagmannsretten kommer tilbake til i punkt 4.6, kunne Grindgut-prosjektet vært klart for ordinær idriftsettelse 3. mai 2016 (HMP2.2). Dette ville vært i god tid før den alternative løsningen var på plass.

SVV vurderte det som sannsynlig at en alternativ løsning ville kostet mer og tatt lengre tid enn Grindgut-prosjektet, allerede i slutten av løsningsbeskrivelsesfasen. Dette går frem av presentasjoner til styringsgruppen 19. og 28. mai 2014 og vurderinger internt i SVV av «Alternative scenarier ved terminering av kontrakt med IBM» 17. og 27. juni 2014. (FU 12491 flg., 12755 flg., 13007 flg., 14052 flg. og 14065 flg.)

At en alternativ løsning ville tatt lengre tid, var fortsatt vurderingen i tiden før hevingen. I SVVs presentasjon til SG-møte 20. mars 2015 ble videreføring av avtalen med IBM vurdert som «raskeste vei til mål (forutsatt dagens prognoser)». (FU 21476 på 21481) I Vegdirektoratets rapport til Samferdselsdepartementet 7. mai 2015 ble det lagt til grunn at Grindgut-prosjektet «tidligst» kunne avsluttes høsten 2016, og at etablering av en alternativ løsning sannsynligvis ville «ta om lag 3 til 5 år». (FU 23585 på 23586 og 23588) At etablering av en alternativ løsning sannsynligvis ville ta om lag tre til fem år, går også frem av Vegdirektoratets rapport 15. juni 2015. (FU 24867 på 24868)

Lagmannsretten går over til å se på bevistemaet.

4.1.2 Bevistemaet

SVV har vist til Rt-2005-1353 avsnitt 14 som illustrasjon for at det er bevisresultatet, og ikke hvert beviselement som må være klart, mens IBM har vist til HR-2021-871-U avsnitt 13 flg. og Rt-2004-1063 avsnitt 7 flg. som illustrasjon for at det er hvert trinn i utviklingen frem mot levering, som må vurderes.

Etter lagmannsrettens syn har disse tre avgjørelsene fra Høyesterett om det strafferettslige beviskravet, ingen direkte overføringsverdi. Om de skulle ha noen overføringsverdi, må de etter lagmannsrettens syn gi veiledning

om at det er hvert vilkår for heving, i den grad det er flere vilkår, som må være «klart», og ikke hvert trinn i et hendelsesforløp. Avgjørelsene slår fast at det er hvert enkelt straffbarhetsvilkår, og ikke hvert trinn i et hendelsesforløp, som må være bevist utover enhver rimelig tvil, jf. HR-2021-871-U avsnitt 14 med videre henvisning til Rt-2005-1353 avsnitt 14 samt Rt-2004-1063 avsnitt 7 og 9.

IBM har i tillegg vist til LH-2017-66455 til støtte for sitt syn. Hålogaland lagmannsrett ser her ut til å ha lagt til grunn at det måtte være klart at planen for hvert trinn, det vil konkret si fremdriften i tunnelarbeidene (inndriften) og etterarbeidene, ville blitt overskredet. Denne trinnvise tilnærmingen er imidlertid ikke begrunnet.

Etter kontrakten mellom SVV og IBM var vilkåret for å heve på grunn av antesipert mislighold bare at det på hevingstidspunktet var klart at en endret dagbotsanksjonert milepæl ville blitt overskredet med mer enn 100 dager. Det er da dette som må være klart, og ikke hvert trinn i utviklingen frem mot levering. Samtidig vil en trinnvis tilnærming gi en god struktur på totalvurderingen av om IBM ville greid å levere i tide.

Bevistemaet blir etter dette om det ut fra informasjonen på hevingstidspunktet 27. juli 2015, var noe nær visshet for eller noe nær sikkert at IBM ville overskredet en endret dagbotsanksjonert milepæl med mer enn 100 dager.

Etter EO042 skulle HMP2 vært nådd 28. april 2015. (FU 10081 (FU 17742)) Ved HMP2 skulle iterasjon 3, iterasjonstesten og systemintegrasjonstesten (SIT) vært ferdig. HMP2 er ikke dagbotsanksjonert. Den første dagbotsanksjonerte milepælen er HMP2.2. Etter EO042 skulle HMP2.2 vært nådd 4. september 2015. Ved HMP2.2 skulle kundetest og prøvedrift vært ferdig og løsningen godkjent for ordinær idriftsettelse. (TU2 2780 på 2784 og FU 9105 på 9161) IBM hadde begrensede muligheter for å vinne tid i perioden på 129 kalenderdager mellom HMP2 og HMP2.2. Denne perioden kan imidlertid få betydning, for eksempel hvis IBM har rett til fristforlengelse for SVVs ferie.

Tillagt 100 kalenderdager, blir hevingsfristen 6. august 2015 med utgangspunkt i HMP2 og 13. desember 2015 med utgangspunkt i HMP2.2. Hvis IBM får medhold i alle eller noen av endringskravene som har virkning på kontraktens milepæler, og i kravet om fristforlengelse for ferier, utskytes hevingsfristen ytterligere.

Lagmannsretten behandler om det er grunnlag for å endre disse milepælene i punkt 4.4 og om det er klart at IBM ikke kunne nådd de endrede milepælene i punkt 4.5 nedenfor. Lagmannsretten behandler imidlertid først statens anførsel om at IBM har gitt en utvetydig tilkjennegivelse for antesipert mislighold i punkt 4.2 og IBMs anførsel om at SVV mente at vegvesenet ikke hadde hevingsrett i punkt 4.3.

4.2 Om IBM har gitt en utvetydig tilkjennegivelse for antesipert mislighold

Staten har gjort gjeldende at beviskravet for antesipert mislighold er oppfylt ved to planskisser som IBM presenterte i direktørmøte 8. juni 2015. Ifølge staten innebar de to skissene en utvetydig tilkjennegivelse for at IBM ville komme til å overskride HMP2 med flere hundre dager. Staten har holdt frem at tilkjennegivelsene aldri ble tilbakekalt.

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Den ene planskissen som IBM presenterte i direktørmøtet 8. juni 2015, viste at HMP2 ville vært nådd i midten av mai 2016 *uten* EA053 og andre endringsanmodninger. Den andre skissen viste at HMP2 ville vært nådd i november 2016 *med* EA053 og andre endringsanmodninger. (FU 24640 på 24645 og 24646)

Slik lagmannsretten ser det, utgjorde de to planskissene ingen utvetydig tilkjennegivelse i seg selv.

Det går ikke frem av planskissene som ble presentert i direktørmøtet 8. juni 2015 at det ikke fantes noen mulighet for å unngå mislighold. Planskissene er dessuten merket med «DRAFT». Det går heller ikke frem av referatet fra direktørmøtet at det ikke fantes noen mulighet for å unngå mislighold. På agendaen for møtet sto det blant annet at IBM skulle redegjøre for tiltak innenfor minst tre «områder». Det ene området var «gjennomføring, herunder (men ikke begrenset til) realistisk gjennomføringsplan». I referatet heter det bare om dette:

> IBM gjennomgikk i møtet en overordnet planskisse for det IBM anser for å være kontraktert omfang, og for det omfanget som IBM anser for å være utenfor kontraktens omfang. I henhold til skissen vil en løsning som omfatter alt kontraktert omfang og alle identifiserte endringer kunne ferdigstilles innen juni 2017. Det konstateres i møtet at partene åpenbart ikke har vært enig om en plan, og at uenighet om

> omfang er en av hovedårsakene til det.
> (FU 24637 og 24638)

Slik lagmannsretten videre ser det, utgjorde planskissene heller ingen utvetydig tilkjennegivelse i kontekst.

SVV hadde 28. april 2015 underkjent KP2. Begrunnelsen var blant annet at IBM ikke hadde levert en realistisk gjennomføringsplan.

Planskissene som ble presentert i direktørmøtet 8. juni 2015, kom etter oppfordring fra SVV i brev 27. mai 2015 med overskriften «Kontrollpunkt 2, Hovedmilepæl 2 og IBMs mislighold». I brevet holdt SVV fast ved at underkjenningen av KP2 var rettmessig, at det ikke var satt frem noen endringsanmodninger som hadde innvirkning på kontraktens milepæler og at det forelå vesentlig mislighold, herunder antesipert forsinkelse. SVV mente også at IBM hadde utvist grov uaktsomhet og forsett. SVV ønsket likevel at prosjektet skulle gjennomføres og lykkes, og rundet av brevet slik:

> SVV inviterer i den forbindelse til et møte hvor IBM konkret bes redegjøre for hvilke tiltak som IBM vil iverksette for å sikre at prosjektet kan bli realisert. Sentrale forhold i denne sammenheng er blant annet kompetanse, løsning og gjennomføring. Spesielt viktig er tiltak IBM nå må iverksette for å sikre en realistisk og gjennomførbar gjennomføringsplan for prosjektet. [...]
> (FU 24182 til 24188)

Lagmannsretten ser etter dette på planskissene som et forsøk fra IBMs side på å komme SVV i møte etter at vegvesenet hadde underkjent planen til KP2, og alle planer før KP2, som urealistiske. Det går frem av presentasjonen for øvrig at IBM hadde utviklet skissen over fire-fem uker «in the expectation that joint efforts between IBM and SVV would be put into solving the programme fundamentals and commercial issues over the same time period», men at IBM også hadde som intensjon «to deliver its obligations according to the contract». (FU 24643 og 24644) Slik lagmannsretten ser det, måtte det være rom for å presentere skisser som forhandlingsutspill.

At det måtte være rom for forhandlingsutspill, må særlig gjelde hvis utspillene bygde på urettmessige krav fra SVV. De aktuelle planskissene bygde på SVVs underkjenning av KP2. Det går frem av presentasjonen at IBM vurderte skissen uten EA053 som det eneste alternativet, fordi SVV bestred endringsanmodningene knyttet til CRM. (FU 24642) Lagmannsretten mener at det ikke var grunnlag for å underkjenne KP2 og avslå alle endringsanmodninger knyttet til CRM, og kommer tilbake til dette i punkt 4.4.

At IBM gjentok presentasjonen med de to planskissene fra 8. juni 2015 i KG-møte 16. juni 2015, endrer ikke lagmannsrettens syn. (FU 24893 og FU 24921 på 24924 og 24925)

Etter dette forelå det ingen «utvetydig tilkjennegivelse» å tilbakekalle. Lagmannsretten bemerker likevel at IBM holdt fast på sine tidligere gjennomføringsplaner etter at SVV sendte varsel om heving 22. juni 2015.

I brev 29. juni 2015 bestred IBM at det forelå antesipert mislighold. IBM begrunnet dette med at selskapet både hadde krav på fristforlengelse med 300 til 325 dager og at det ville hatt forseringsmuligheter. IBM rundet av brevet med å fastholde at selskapet ville følge «planen som ble levert til SVV før godkjenningen av KP1 (Gjennomføringsplan v.1.2)». (FU 25244, 25248, 25249 og 25251) I brev 10. juli 2015 viste IBM også til de omstridte endringsanmodningene og fortsatte:

> Når SVV viser til nye prognosedatoer IBM har meddelt i utkast til fremdriftsplaner tas det ikke høyde for SVVs urettmessige underkjenning av KP2 og forholdene fremhevet i bl.a. EA 108 og EA 113. (Siste offisielle fremdriftsplan var planen levert til KP2, som IBM har vist til i sitt forrige brev).
> FU 25479 på 25481)

Ifølge gjennomføringsplanene som ble levert til både KP1 og KP2, ville kontraktens milepæler vært nådd i tide.

Lagmannsretten går over til å se på IBMs anførsel om at SVV egentlig mente at vegvesenet ikke hadde hevingsrett.

4.3 Om SVV i virkeligheten mente at det ikke eksisterte en hevingsrett

IBM har gjort gjeldende at SVV ga uttrykk for forventninger internt i juni 2015 som viser at hevingsretten aldri har eksistert.

Lagmannsretten er heller ikke enig i dette.

Slik lagmannsretten ser det, er det rett nok naturlig å forstå en del uttalelser internt i SVV i juni 2015 slik at vegvesenet trodde at det hadde en hevingsrett som det kunne miste ved å godkjenne endringsanmodninger og flytte milepælsdatoer. I referatet fra SG-møte 2. juni 2015 heter det:

> Det ble [...] påpekt viktigheten av å ikke godkjenne noe som gjør at SVV mister rettigheter overfor IBM.
> (FU 24387 på 24391)

I prosjektets saksfremlegg (innstilling) 15. juni 2015 til SVVs styringsgruppe punkt 2.4 med overskriften «Risiko ved videreføring av prosjektet» heter det blant annet:

> Videreføring med utvidet tidsplan må ansees som en aksept av overskridelse på tid og muligheten til å senere hevde mislighold på tid vil være vesentlig svekket.
> (FU 24871 på 24874)

I punkt 4 med overskriften «Prosjektets vurdering» heter det:

> Kontraktsmessig er det nå, og ikke vesentlig mye lenger fremover i tid, at SVV har mulighet til å heve Kontrakten og kunne kreve erstatning fra IBM basert på påstand om vesentlig mislighold.
> (FU 24876)

I SVVs presentasjon til ekstraordinært SG-møte 16. juni 2015 heter det blant annet at «valgmuligheten heving bortfaller dersom den ikke benyttes nå». SVV anbefalte derfor heving. (FU 26654 på 26666) I referatet fra SG-møtet 16. juni 2015 heter det:

> Det er et begrenset mulighetsvindu i forhold til et eventuelt ønske om å benytte hevingsretten grunnet leverandørens mislighold på tid. Det er derfor et mål å ta en slik beslutning så snart som mulig og innen ca en uke.
> (FU 24996)

I SVVs statusrapport 19. juni 2015 punkt 7.4 med overskriften «R10- Kontraktens rammer brytes» heter det at «videreføring av prosjektet vil kreve vesentlige endringer både ved kontraktuelt å flytte milepælsdatoer og ved å imøtegå IBMs krav om endringer». «Konsekvensen av å bryte kontraktens [...] rammer» ville blant annet være at «hevingsposisjon bortfaller». (FU 25029 på 25041)

Slik lagmannsretten også ser det, går det klart frem av sammenhengen at disse uttalelsene ikke dreide seg om reklamasjon eller passivitet. Det var videreføring eller heving som ble drøftet. Planskissene som IBM presenterte 8. juni 2015 hadde ingen plass i drøftelsene.
Uttalelsene taler for IBMs syn på at SVV mente at det ikke forelå noen hevingsrett hvis endringsanmodningene ble tatt i betraktning.

Lagmannsretten mener imidlertid at IBM ikke kan bygge noen rett på disse uttalelsene. Uttalelsene ble fremsatt internt. At SVV kunne miste en hevingsrett ved å godkjenne endringsanmodninger, berodde dessuten på en misforståelse. Det avgjørende for SVVs hevingsrett var ikke om endringsanmodningene ble avslått eller ikke, men om de var berettigede eller ikke.

Lagmannsretten går over til å se på om IBMs endringsanmodninger var berettigede slik at IBM hadde krav på fristforlengelse og flytting av milepæler.

4.4 Hadde IBM krav på fristforlengelse og flytting av milepæler?

4.4.1 Innledning – Oversikt over gruppene av forhold som kan begrunne fristforlengelse/flytting av milepæler og lagmannsrettens konklusjon

De forholdene som IBM har påberopt som grunnlag for fristforlengelse og flytting av milepæler, kan deles inn i tre grupper: (i) forhold som etter praktiseringen av kontrakten ville gitt krav på fristforlengelse, mer konkret SVVs ferier; (ii) forhold som rettmessig var påberopt som endringer til kontrakten og hvor konsekvensen av

endringen var inntrådt ved heving; og (iii) forhold som rettmessig var påberopt som endringer til kontrakten, men hvor konsekvensen ennå ikke var inntrådt ved heving.

Lagmannsretten behandler forholdet i gruppe (i) i punkt 4.4.2. Lagmannsretten behandler noen fellesspørsmål for gruppe (ii) i punkt 4.4.3. Forholdene i gruppe (ii) som kan gi IBM krav på fristforlengelse og flytting av milepæler og EA078 i gruppe (iii) blir behandlet i kronologisk rekkefølge i punkt 4.4.4 til 4.4.10.

Lagmannsretten mener at disse forholdene ga eller ville gitt IBM krav på fristforlengelse med 250 kalenderdager.

Det er bare de tidsmessige konsekvensene av endringsanmodningene som blir behandlet i punkt 4.4. EO064 og EA069 i gruppe (ii) har bare kostnadsmessige konsekvenser og blir derfor ikke behandlet her. Lagmannsretten kommer tilbake til de kostnadsmessige konsekvensene i punkt 5 om vederlag.

4.4.2 Ferie

IBM har gjort gjeldende at selskapet har krav på fristforlengelse med 21 kalenderdager for sommerferie 2015, 21 kalenderdager for juleferie 2015 og syv kalenderdager for påskeferie 2016.

Staten har gjort gjeldende at kontrakten ikke gir IBM automatisk krav på fristforlengelse for perioder der SVV tar ferie, og at IBM i høyden har krav på fristforlengelse der ferien forsinker arbeid på kritisk linje, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.3.1. Videre har staten gjort gjeldende at IBM er forpliktet til å prøve å planlegge arbeidet slik at SVVs ferier ikke forsinker arbeid på kritisk linje.

Leveranseavtalen er taus om virkningen av alminnelige ferier på planer og milepæler, men allerede under anskaffelsesprosessen stilte SVV krav om at ferie måtte tas inn i IBMs planer. (FU 7052 på 7059) Dette ble konkretisert i EO001, som ble signert 30. januar 2014 og som flyttet datoene på milepælene på grunn av forsinket signering av kontrakten. (FU 10035) I tillegg til den tiden som var et resultat av forsinket kontraktsinngåelse, ble det lagt inn 21 kalenderdager mellom HMP0 og HMP1 for å hensynta SVVs behov for 21 kalenderdager juleferie i 2013. I EO001 ble det også forutsatt at milepælene skulle revideres på nytt som en del av HMP1 basert på en ny plan som skulle utarbeides i løsningsbekrivelsesfasen, «hvor også ferie hensyntas».

Det er uomstridt at det ved fastsettelse av nye milepæler etter HMP1 ble lagt til fire uker for SVVs sommerferie i 2014. Dette står ikke uttrykkelig i EO042, men det går frem av de underliggende planene og er bekreftet i SVVs presentasjon til SG-møte 23. januar 2015. (FU 19695 på 19702) I samme presentasjon går det frem at SVV forventet at IBM i sine planer måtte legge inn tid for sommer-, jul og påskeferie dersom disse lå mellom HMP2 og HMP3.

Lagmannsretten har ikke oversikt over om det er lagt inn ferie i IBMs gjennomføringsplaner (PRO001) levert under løsningsbeskrivelsesfasen. Det går imidlertid frem av SVV-interne dokumenter at SVV la til juleferie 2014 (24 dager) og påskeferie 2015 (en uke) på datoene i IBMs planer da de gjorde egne tidsberegninger og vurderinger i forbindelse med beslutningen om kontrakten skulle videreføres etter HMP1. (TU2 Dok.nr.03 og FU 12491 på 12494)

Under konstruksjonsfasen stilte SVV konkrete krav om at IBM la tid for SVVs ferier inn i sine planer. I brev 15. desember 2014 ba SVV IBM om å utarbeide realistiske prognoser for oppnåelse av HMP2 og hele prosjektperioden frem til HMP3, hvor prognosene måtte «hensynta [...] SVVs kontraktsfestede ferieavvikling i juli måned». (FU 18198) Som nevnt i punkt 3.3.2 leverte IBM versjon 4.0 av gjennomføringsplanen til KP2 22. april 2015. I oversendelsen går det frem at planen nå inkluderte IBMs «vurdering av effekten av juliferie som må endringshåndteres». (FU 22991) I referatet fra kontrollpunktmøte nr. 3a 22. april 2015, ble det opplyst at planen hensyntok «ferie i juli (uke 28-30)». (FU 22992)

Leveranseavtalen er som nevnt en samhandlingskontrakt, som innebærer at SVVs personale måtte være tilgjengelig for IBM for dialog og avklaringer. I SVVs ferieperioder ville denne medvirkningsplikten ikke kunne oppfylles, i hvert fall ikke fullt ut, og dette ville kunnet forsinke fremdriften. SVVs rådgiver/kvalitetssikrer, Inger Røst, forklarte at bakgrunnen for at SVV stilte krav om at IBM la inn kalendertid for ferier i sine planer, nettopp var å ta høyde for at SVV ikke ville være fullt bemannet og tilgjengelig for avklaringer i ferieperioder.

Lagmannsretten mener etter dette at kontrakten har blitt praktisert slik at sommer, jul og påskeferie har blitt lagt inn i IBMs planer etter krav fra SVV uten noen vurdering av om ferien ville forsinke arbeid på kritisk linje. Oppsummert har milepælene i EO001 og EO042 blitt endret for å ta hensyn til ferie. SVV stilte krav om at SVVs kontraktsfestede ferie i juli 2015 skulle hensyntas i IBMs planer. IBM varslet at selskapet ville kreve at milepælene ble flyttet tilsvarende effekten av sommerferien 2015 som IBM ble pålagt å legge inn i gjennomføringsplanen versjon 4.0, og dette fremkalte ikke motforestillinger fra SVV. Lagmannsretten mener at SVV ikke med rette ville kunnet avvise en endringsanmodning med krav om fristforlengelse og flytting av milepæler med 21 kalenderdager for ferie i juli 2015, hvis en endringsanmodning slik IBM varslet om 22. april 2015 hadde blitt fremmet før kontrakten ble hevet. Tilsvarende legger lagmannsretten til grunn at milepælene ville blitt flyttet med 21 kalenderdager for julen 2015 og syv kalenderdager for påskeferien 2016.

Lagmannsretten mener etter dette at IBM har krav på til sammen 49 dagers fristforlengelse på grunn av SVVs ferie.

4.4.3 Fristforlengelse på grunn av endringsanmodninger hvor konsekvensen hadde inntrådt da kontrakten ble hevet – Noen fellesspørsmål

4.4.3.1 Innledning

Det er ni endringsanmodninger i saken hvor konsekvensen av endringen hadde inntrådt da kontrakten ble hevet. I syv av disse var det krevd fristforlengelse/flytting av milepæler. De syv endringsanmodningene er EA053 (CRM økt kompleksitet), EA054 (CRM arbeidsform og prosess), EA067 (Greenbird), EA108 (Manglende tilbakemelding IT2), EA112 (R8), EA113 (Forberedelse og gjennomføring KP2) og EA117 (Gjennomføring av IT2 og nytt KP2). Samlet har IBM krevd 268 kalenderdagers fristforlengelse i disse endringsanmodningene.

Lagmannsretten gjør rede for kontraktens regulering av endringer, og knytter noen kommentarer til endringer i iterative prosesser i punkt 4.4.3.2 og 4.4.3.3. I punkt 4.4.3.4 redegjør lagmannsretten for kontraktspartenes håndtering av endringsanmodninger og endringsordrer i konstruksjonsfasen, samt de utfordringene denne håndteringen hadde i prosjektet.

4.4.3.2 Kontraktens regler om endringer

Endringer i leveransen er regulert i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6 og Bilag C punkt 6. (FU 8458 på 8471 og 9105 på 9163) Bestemmelsene gir SVV og IBM på nærmere vilkår rett til å anmode om endring ved fremsettelse av en endringsanmodning (EA).

SVVs endringsadgang er vid. SVV kan anmode om endringer «i form av økning og reduksjon av omfang og innhold i den avtalte Leveransen og endring av Fremdriftsplanen», jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1 første avsnitt. Endringsadgangen er imidlertid begrenset ved at nettoeffekten av samtlige endringer ikke kan overstige 25 prosent av målprisen ved kontraktsinngåelse, jf. Bilag C punkt 6. Ved EO026 ble dette endret slik at grensen beregnes basert på oppdatert Målpris etter HMP1 regulert i EO029. (FU 14243) SVVs endringsadgang er også begrenset av reglene om direkte anskaffelser i forskrift om offentlige anskaffelser.

IBMs endringsadgang er snevrere enn SVVs adgang. Etter punkt 3.6.1. andre avsnitt kan IBM utstede en endringsanmodning dersom SVV «krever utført arbeid eller leveranser som [IBM] hevder faller utenfor Leveransen», eller dersom SVV «ved handling eller unnlatelse påfører [IBM] arbeid eller kostnad som faller utenfor Leveransen eller forsinker [IBM]». IBM kan også utstede en endringsanmodning dersom relevante lover eller forskrifter er gitt eller endret etter at kontrakten ble inngått, og dette fører til merarbeid, kostnad eller forsinkelse for IBM. Dette siste alternativet er ikke aktuelt i vår sak.

Etter punkt 3.6.1 andre avsnitt siste setning skal IBM fremsette endringsanmodning «uten ugrunnet opphold», ellers bortfaller retten til å påberope seg endringen.

IBM skal på bakgrunn av en utstedt endringsanmodning «foreta en konsekvensutredning for Leveransen, Kontraktsprisen og Fremdriftsplanen», jf. punkt 3.6.1 tredje avsnitt. Konsekvensutredning skal foreligge innen fem arbeidsdager, jf. Bilag C punkt 6. IBM kan kreve tilleggsvederlag for dokumenterte merkostnader med

konsekvensutredningen av endringsanmodninger fremsatt av SVV og av endringsanmodninger de selv fremsetter som resulterer i utstedelse av endringsordre (EO).

Etter at konsekvensen av en endringsanmodning er utredet skal SVV meddele om IBMs konsekvensutredning aksepteres og om forholdet representerer en endring, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.2 første avsnitt. Dersom SVV aksepterer at forholdet representerer en endring og konsekvensene av denne, skal SVV enten frafalle det kravet som utløste endringsanmodningen eller utstede en endringsordre (EO).

Endringsordre skal dokumenteres skriftlig på et fastlagt skjema der konsekvenser for leveransen, kontraktsprisen og fremdriftsplanen fremgår, jf. punkt 3.6.2 andre avsnitt. Endringsordre skal undertegnes av bemyndiget person fra hver av partene, og leveransen, kontraktsprisen og fremdriftsplanen skal da justeres i samsvar med konsekvensene slik de fremgår av endringsordren.

Endringsordren kan etter punkt 3.6.2 først iverksettes i forbindelse med et Kontrollpunkt, det vil si at selve endringen først kan utføres i et etterfølgende trinn.

Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.3 regulerer omtvistede endringsordre. En endring defineres som omtvistet dersom SVV ikke aksepterer at det foreligger grunnlag for en endring og/eller konsekvensene ikke aksepteres. Omtvistede endringer skal håndteres i samsvar med kontraktens alminnelige konfliktløsningsprosedyre i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 8.6. Dette innebærer at tvisten først skal forsøkes løst gjennom alminnelige forhandlinger mellom kontraktspartenes prosjektledere. Blir den ikke løst der, skal tvisten bringes inn for behandling i koordineringsgruppen. Hver av kontraktspartene kan når som helst kreve en tvist forelagt for koordineringsgruppen ved å fremsette skriftlig krav om det, og koordineringsgruppen skal da møtes innen fem dager. Blir tvisten ikke løst i slikt møte, skal det avholdes et nytt møte innen fem arbeidsdager. Tvister som ikke lar seg løses gjennom behandling i koordineringsgruppen, kan bringes inn for domstolen.

4.4.3.3 Særlig om iterative prosesser

Leverandøren kan som nevnt kreve endring dersom kunden «krever utført arbeid eller leveranser som [...] faller utenfor Leveransen». For å konstatere en endring, er det da nødvendig å fastslå hva som var avtalt om leveransen og hvilket arbeid som skulle utføres. Her står leveransespesifikasjonen sentralt.

Som nevnt under «sakens bakgrunn» er PS2000 utarbeidet for systemutviklingsprosjekter hvor det ikke er hensiktsmessig eller mulig på forhånd å fastsette nøyaktige eller detaljerte spesifikasjoner, og er basert på at utviklingen skjer i iterasjoner. Spesifikasjonen av leveransen er ikke utarbeidet i detalj før prosjektet startes opp, og ligger ved avtaleinngåelse på et generelt og overordnet nivå i form av kundens behovsanalyse og leverandørens grove løsningsforslag. Således inneholder Bilag A i vår sak «beskrivelser og kravtabeller som gir en grov spesifikasjon av Kundens behov, krav og egne leveranser» og «Leverandørens utdypning av forutsetninger og forbehold i et grovt løsningsforslag». (FU8485 på 8489)

PS2000 bygger på at kontraktspartene skal utarbeide de mer detaljerte spesifikasjonene underveis, i første omgang i løsningsbeskrivelsesfasen. Denne fasen skal munne ut i en omforent løsningsbeskrivelse for det videre utviklingsarbeidet. Løsningsbeskrivelsen i en iterativ prosess er imidlertid ikke noen endelig spesifikasjon, og vil ofte være noe grovere enn tilsvarende spesifikasjoner ved utvikling etter fossefallsmetoden, jf. Føyen m.fl., Kontrakter for utvikling av programvare 2006 side 249. Iterative prosesser forutsetter at spesifikasjonene skal kunne endres i løpet av de iterasjonene som gjennomføres i konstruksjonsfasen. Den mer detaljerte spesifiseringen foregår da basert på prototyping/ utvikling hvor funksjonaliteten fastlegges underveis og i nært samarbeid med kundens brukergruppe, jf. Føyen mfl. ibid. I tillegg foregår en ytterligere spesifisering ved at kunden bidrar med sine innspill til design av systemet under gjennomføring av de enkelte iterasjoner. Den endelige detaljspesifikasjonen for den enkelte iterasjon vil derfor ikke være klar før iterasjonen er gjennomført og godkjent av kunden. Endringer i form av mer detaljerte spesifikasjoner av hva som utvikles, står således helt sentrale i forbindelse med iterative prosjekter, jf. Føyen m.fl. ibid side 291.

Føyen mfl. skriver på side 203 at et problem ved prosjektgjennomføring etter iterative utviklingsprosesser, er at det kan være vanskelig å definere hva som er en forfining av en spesifikasjon, og hva som er tillegg eller endring. Lagmannsretten oppfatter at dette har vært en sentral utfordring i Grindgut. Utfordringen ligger i at «forfining» og «endring» ligger på en skala, og at det som i utgangspunktet starter som en forfining av en

spesifikasjon, på ett eller annet tidspunkt vil gli over i et tillegg eller endring når intensiteten i detaljeringen øker utover det som var forventet eller forutsatt. Det kan være vanskelig å fastslå underveis når overgangen fra forfining til tillegg eller endring skjer. Dessuten må partenes forventninger og forutsetninger trekkes inn som en vurdering av hva som er et tillegg eller endring, og disse kan være vanskelige å fastslå.

4.4.3.4 Generelt om endringer under konstruksjonsfasen

Kontraktspartene etterlevde kontraktens endringsregime under konstruksjonsfasen. (FU 16714) Endringsanmodninger ble fremsatt på fastlagt skjema, med en beskrivelse av innholdet, behovet og konsekvensen. Kontraktspartene drøftet endringsanmodninger først i prosjektledermøte, og eskalerte dem til behandling i KG-møter hvis ikke de ble enige. SVV hadde riktignok innvendinger på IBMs beskrivelse av endringsbehov og konsekvensene i flere endringsanmodninger, men lagmannsretten oppfatter at det ikke var endringsregimet som sådan som var utfordringen. Utfordringen lå i at det tok lang tid å behandle endringsanmodninger, og at uenighet om endringsanmodninger ikke ble løst.

Lagmannsretten legger til grunn at SVV forventet et betydelig endringsomfang under konstruksjonsfasen. I SG-møte 25. juni 2014, mot slutten av løsningsbekrivelsesfasen, rapporterte daværende prosjektleder Jo Andersen at «erfaringene fra løsningsbeskrivelsesfasen tilsier et forventet stort endringsomfang også i fortsettelsen av prosjektet». (FU 13987 på 13989) En intern risikomatrise viser at SVV på det tidspunktet antok at endringsomfanget «optimistisk» sett ville være på 30 prosent av kontraktspris, mest «sannsynlig» på 45 prosent av kontraktspris og «pessimistisk» sett på 50 prosent av kontraktspris. (FU 12918 på 12921) Kontraktsprisen var på dette tidspunktet på 82,6 millioner kroner. At SVV forventet endringer «opp mot 50 prosent av kontraktspris» i konstruksjonsfasen går også frem av statusrapport for prosjektet for juli 2014. I samme rapport går det frem at «risiko for at styringsmål og styringsramme ikke vil være tilstrekkelig grunnet høy risiko for tidsplan og endringsomfang», ble ansett for å være stor. (FU 14645 på 14651 og 14652) Delprosjektleder Anne-Marie Ytrehus skrev i statusrapport for delprosjektet leveranse for juli 2014 at arbeidet med detaljert design etter all sannsynlighet ville avdekke behov for ytterligere endringsordre, og at omfanget var ukjent. (FU 14117 på 14119) I SVVs presentasjon til SG-møte 23. februar 2015, like etter at IBM hadde utstedt EA053 og EA054, ga SVVs prosjektledelse uttrykk for at de forventet et «stort endringstrykk» fra IBM fremover i konstruksjonsfasen og at det lå et overslag på 44 millioner kroner til endringer i kostnadsprognosen som ble fremlagt for styringsgruppen. (FU 20584 på 20590)

Slik lagmannsretten ser det, lå det i kontraktens art at det ville komme et betydelig antall endringer, jf. det som er omtalt over i punkt 4.4.3.3 om endringer i iterative utviklingsprosesser. Et forsterkende tilleggselement i Grindgut-prosjektet var at kravene i kontraktens Bilag A (behovsanalysen) var uklare. Videre hadde SVVs brukere – bompengeselskapene og driftsselskapene – i begrenset grad blitt involvert i arbeidet med behovsanalysen og i arbeidet med å detaljere spesifikasjonene i løsningsbeskrivelsesfasen enda brukerne hadde levert en rapport til SVV i starten av løsningsbeskrivelsesfasen med tydelige forventninger til hva som måtte medtas i Grindgut. (FU 10198) Først fra slutten av oktober 2014, mer enn to måneder inn i konstruksjonsfasen, ble flere bompengeselskaper involvert i arbeidsmøter til detaljering av design. Slik lagmannsretten ser det, bidro dette til å øke endringsomfanget, jf. nedenfor.

Lagmannsretten legger videre til grunn at SVV var restriktiv med å godkjenne endringsanmodninger utstedt av IBM i konstruksjonsfasen, og at det tok lang tid å få avklaringer. Fra begynnelsen av februar 2015 godkjente SVV ingen endringsanmodninger fremsatt av IBM. Flere endringsanmodninger fremsatt av SVV ble heller ikke godtatt eller undertegnet selv om kontraktspartene var enige om at det var grunnlag for dem. Et fellestrekk ved endringsanmodningene fremsatt av IBM, var at IBM også krevde fristforlengelse. Det ble etter hvert mange uløste og omstridte endringsanmodninger, noe som fikk betydning for samarbeidet i prosjektet og for planlegging og fremdrift.

At endringsbehandling var krevende og at SVV generelt var «meget tilbakeholdne» med å godkjenne endringsanmodninger, ble kommentert av A-2 i rapport til KP2 5. juni 2015. (FU 24498 på 24505) A-2 vurderte at utfordringene knyttet til endringsbehandlingen hadde en sammensatt bakgrunn. Utfordringene kom «primært som et resultat av upresise krav i kontrakten, uklarheter i SRS-dokumentet [System Requirements Specification] fra LBF, mangelfull presisjon i dokumentasjon fra arbeidsmøter mellom partene både i LBF og KF, og at underlag er sendt til GD uten at tilstrekkelig avklaring er gjort med SVV». A-2 pekte på svakheter både ved IBMs grunnlag for endringsanmodninger og ved SVVs endringshåndtering, og på at det var «en tydelig mistro mellom partene som gjør endringshåndtering meget vanskelig». Rapporten understreket at det

var «en stadig økende risiko for at manglende beslutninger kan få uheldige konsekvenser for fremdrift og løsningens innhold ved idriftsettelse». A-2s Henning Denstad forklarte seg for lagmannsretten. Han gjentok at det var svakheter ved IBMs grunnlag for noen av endringskravene, men understreket at dette ikke rokket ved at SVV var «unødvendig restriktiv» hva gjelder å godkjenne IBMs endringskrav.

Lagmannsretten går nå over til å behandle de omtvistede endringsanmodningene i gruppe (ii) og EA078 i gruppe (iii) i kronologisk rekkefølge.

4.4.4 EA053 Økt kompleksitet

4.4.4.1 Innledning – Behandlingen av EA053

EA053 er en oppsamling av en rekke endringer fra perioden høsten 2014 til februar 2015. (FU 19987) Den ble utstedt av IBM ved Nicolai Rygh 6. februar 2015 og gjelder «CRM Økt kompleksitet». Den omfatter til dels arbeid som allerede var utført, og til dels endringer som IBM hadde identifisert, men hvor arbeidet ikke var utført. Behovet for endringen er i endringsanmodningen beskrevet slik:

> Leverandøren ser at kompleksiteten knyttet til utviklingen av Use-Case knyttet til CRM er omfattende og basert på at kravene detaljeres ut med nye ikke-kjente krav enn det den opprinnelige løsningen og estimeringen la til grunn. Prosjektet har justert tidsplanen for å ivareta denne økte kompleksiteten, og denne endringen er nødvendig for å justere målpris og milepæler for å ta høyde for denne økte kompleksiteten.
>
> Leverandøren har bemannet opp prosjektet for å øke kapasitet for å ta høyde for de økte estimatene, samt gjort øvelser sammen med Kunden for å redusere omfanget innenfor dette området (ref. EA0xx). EA0xx ble avvist av Kunden og det var på det tidspunktet ikke aktuelt for Leverandøren å øke kapasiteten ytterligere for å levere gjenværende omfang av løsningen.
>
> Leverandøren har analysert de ulike strømmene, og ser at flere strømmer har økt basis estimat. Endringen fokuserer likevel kun på CRM, da det er kompleksitet på dette området som driver den kritiske linjen i prosjektet. Det økte omfanget CRM forklares ned på aktivitetsnivå i vedlagte excel-fil.
>
> Kapasiteten tilgjengelig innenfor CRM for å gjøre DCUT drives av tilgjengelig antall utviklere. Det er mobilisert 16 utviklere innenfor dette området. Basert på en effektivitetsgrad på 80% produserer disse 522 DCUT timer per uke. Med en økningen på DCUT tilsvarende 3742 timer, betyr dette at Leverandøren vil trenge 6,8 uker for å levere det utvidede omfanget på disse Use-Casene.
>
> Endringen flytter den kritiske linjen i prosjektet med 6,8 uker, og kostnaden for denne endringen tilsvarer kostnaden for hele prosjektet. Verdien anslås basert på gjennomsnittet av de fire siste ukene, og utgjør da 19 660 718 Kroner.

Henvisningen til EA0xx er en henvisning til EA035/EA040, utstedt av IBM 28. november 2014 og avvist av SVV 12. desember 2014, jf. punkt 4.4.4.10.4 nedenfor. (FU 17579 og FU 18068 på 18069)

Excel-filen som IBM la ved EA053, inneholdt opprinnelig 95 ulike brukerhistorier (use cases) som ifølge IBM hadde økt i kompleksitet i løpet av konstruksjonsfasen. (ExcelD29 B346) Årsaken til den økte kompleksiteten var kort beskrevet, for eksempel at funksjonalitet var «mangelfullt beskrevet i kravdokumentasjon og løsningsbeskrivelsesfasen» (32 tilfeller), at endringen skyldtes «merarbeid knyttet til ikke-funksjonelle krav pga økt kompleksitet» (13 tilfeller), at endringen skyldtes «merarbeid knyttet til brukergrensesnitt pga økt kompleksitet» (12 tilfeller), at det var et «nytt Usercase» (fire tilfeller) eller at «brukergrensesnittet ble i utgangspunktet ikke estimert» (tre tilfeller). Årsaken til den økte kompleksiteten var ikke oppgitt for åtte av brukerhistoriene, men disse er senere frafalt. For hver brukerhistorie var det oppgitt et timeestimat ved HMP1, et re-estimert antall timer, og avviket. Sammen med listen over brukerhistoriene fulgte en liste over de 16 utviklerne som ifølge IBM var blitt mobilisert til å utføre utviklingsarbeidet IBM krevde dekning for, og en oversikt over hvordan kravet i EA053 var beregnet. De underliggende beregningene ble ikke gjort tilgjengelig for SVV.

SVV avviste EA053 ved brev 23. februar 2015. (FU 20575) SVV mente at de påståtte endringene verken var et resultat av at SVV hadde stilt nye krav som ikke var kjent under løsningsbeskrivelsen eller skyldtes forhold

som var skjult for IBM under løsningsbeskrivelsesfasen. SVV var også uenig i at CRM alene var på kritisk linje.

Kontraktspartene møttes i perioden 13. til 19. mars 2015 og gjennomgikk 46 prosent av brukerhistoriene i detalj, men ble ikke enige om noen av dem. (FU 22853) SVV mente at alt lå innenfor avtalt omfang, mens IBM fastholdt at den økte kompleksiteten utgjorde endringer i forhold til spesifisert funksjonalitet fra løsningsbeskrivelsesfasen.

IBM meldte EA053 som omtvistet 19. mars 2015, og kontraktspartene møttes til drøftelser sammen med A-2 24. mars 2015. SVV sto fast på at EA053 var urettmessig og avviste den på nytt i brev til IBM av samme dag. (FU 21656)

Den 27. mars 2015 ble det holdt ekstraordinært KG-møte for å behandle eskalerte endringsanmodninger, blant annet EA053. (FU 21711) Som saksgrunnlag forelå det et notat fra A-2 med et forslag til løsning. (FU 21696) A-2s forslag gikk ut på at EA053 skulle endres til å omfatte «50 % faktisk timebruk i konstruksjon», og at hovedmilepælsplanen ble justert tilsvarende. A-2 mente at det var å forvente at en slik justering maksimalt ville utgjøre to-tre uker på HMP2. Forslaget gikk videre ut på at SVV skulle dekke kostnadene ved den endrede EA053. Kontraktspartene mente imidlertid at det ikke var grunnlag for å bli enige i KG-møtet, og det ble fattet vedtak om at prosjektlederne Anne-Marie Ytrehus og Terje Harangen skulle «sette seg ned sammen etter påskeferien for å se på et mer konkret forslag enn det som foreligger per nå». A-2 skulle følge dette arbeidet og gjennomføre forhandlinger mellom kontraktspartene før neste KG-møte 17. april 2015. Lagmannsretten bemerker at A-2s forslag er i referatet fra KG-møtet angitt å være at EA053 skulle endres til å omfatte «1/3 av faktisk tidsbruk i konstruksjon», men dette stemmer ikke med A-2s notat.

EA053 var tema på et møte mellom SVVs Arve Kirkevold og IBMs Kjetil Westgaard og Urs Briner 31. mars 2015. (FU 21910 og 21912) De ble enige om at de ønsket å finne en minnelig løsning for å lukke EA053 i god tid før neste planlagte KG-møte i april 2015, og at de som grunnlag for drøftelsene om en minnelig løsning ville «verifisere» A-2s anbefaling. De ble også enige om at fremtidige endringer – i omfang, tidslinje og/eller kostnad – skulle avtales før arbeidet ble påbegynt.

EA053 ble imidlertid ikke lukket, og var sammen med EA054 (se punkt 4.4.5 nedenfor) på dagsordenen til KG-møtet 17 april 2015. (FU 22629) Koordineringsgruppen kom ikke til enighet om endringsanmodningene, men fattet vedtak om at hver av kontraktspartene skulle «skaffe seg mandat og forhandlingsrom for å kunne håndtere» EA053. Forhandlingene skulle starte opp etter at KP2 var godkjent, og ledes av Stein Ødegaard og Kjetil Westgaard. Ødegaard var SVVs hovedprosjektleder i konstruksjonsfasen, og Westgaard var IBMs prosjekteier. Videre skulle IBM trekke EA054 forutsatt at EA053 ble løst. EA054 ble derfor satt på vent inntil videre. Av møtereferatet går det frem at A-2 anbefalte «en kompensasjon i størrelsesorden 6-9 mill. og en flytting av milepæl med 2-3 uker», samt at EA054 ble tatt i betraktning ved behandlingen av EA053.

Etter dette KG-møtet utarbeidet A-2 et forhandlingsgrunnlag i form av et notat 19. april 2015 med sin «forståelse av endringsanmodningen og forslag til løsning». (FU 22853) A-2 anså «den totale konsekvens angitt av IBM (ca. 18 mill og 4,5 uker) som sannsynlig utfra det angitte endringsvolumet på 3.500 DCUT timer og gitt lav mulighet til å forhindre følgekostnader og påvirkning av milepæler». Samlet ga dette «et utfallsrom på forhandlingen mellom 1,5 og 18 mill, og 1 – 5 uker forskyvning av milepæl». A-2s anbefaling for forhandlinger om EA053 var igjen «kompensasjon i størrelsesorden 6-9 mill. og en flytting av milepæl med 2-3 uker», og at «EA054 tas med i betraktning under behandling av EA053».

Stein Ødegaard ba i innkalling til SG-møte 24. april 2015 om mandat til å forhandle frem en løsning for EA053 og EA054 innenfor rammen av A-2s anbefaling. (FU 21918 på 21919 og TU 2424) Styringsgruppen var imidlertid ikke villig til å gi noen forhandlingsfullmakt «før endringsanmodningene er konkrete og sporbare mot avtalens krav». Styringsgruppen fattet vedtak om at styringsgruppens leder, Jane Bordal, kunne gi koordineringsgruppens leder, Arve Kirkevold, fullmakt til å inngå endringsanmodningene «når omforent løsning med IBM er fremlagt og i henhold til kravet om å være konkret og sporbart». (FU 23009 på 23012)

EA053 ble ikke behandlet på KG-møte 12. mai 2015. (FU 23704 på 23707) Det går likevel frem av referatet fra møtet at IBM hadde fått forhandlingsmandat, men at selskapet ville «vurdere både nytteverdien og konsekvensen av å gå inn i detaljene, da dette vil kreve ressurser i prosjektet på begge sider».

SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, skrev i statusrapporten for mai 2015 at IBM «ikke [har] vært i stand til å forklare hvordan de har kommet frem til sine estimater for de 95 påståtte endringene EA053 omfatter, og de har heller ikke klart å påvise at noen av sakene skyldes at SVV har endret

sine krav». Hun rapporterte videre at IBM hadde bedt SVV om å utøve hoppeplikt og instruere IBM til å levere, men at SVV ikke kunne gjøre dette uten å gå utover kontraktens begrensninger på hvor stor andel av målprisen hoppeplikten kunne anvendes på. Hun konkluderte ut fra dette med at det så ut som om «IBM egentlig ikke ønsker å levere SVV en løsning som fyller de behovene som var intensjonen og målet med å inngå denne Kontrakten». (FU 23339 på 23341)

Kontraktspartene møttes flere ganger i begynnelsen av juni 2015 for å gå gjennom de enkelte endringene i excel-arket linje for linje, men ble ikke enige om at noen av disse var endringer. (FU 24358, 24379 og 24468) I SG-møte 2. juni 2015, hvor hovedpunktet på agendaen var «alternative planer for prosjektet», stilte styringsgruppen spørsmål om omfanget av endringer var så stort som IBM hevdet. Svaret fra prosjektet var at «magefølelsen er at dette virker litt oppblåst, men at det er vanskelig å svare konkret på da IBM ikke gir tilstrekkelig innsyn i løsningen». Det var likevel «hevet over enhver tvil at avstanden mellom partene når det gjelder hva som er endringer og ikke er stor, og at EA'er som fremmes fra IBM synes å være overestimert». (FU 24408 på 24410) I samme møte understreket styringsgruppen «viktigheten av å ikke godkjenne noe som gjør at SVV mister rettigheter overfor IBM». (FU 24408 på 24412)

EA053 var tema på det såkalte direktørmøtet 8. juni 2015. IBM fastholdt at arbeidet i endringsanmodningen var utenfor scope, og varslet at IBM ikke ville levere innholdet i EA053 uten at SVV instruerte om det. (FU 24637)

A-2 avga en ny innstilling 10. juni 2015, og opprettholdt konklusjonen fra tidligere notater. (FU 24700)

I KG-møte 16. juni 2015 bekreftet IBM at de hadde tatt arbeidet i EA053 ut av planverket «inntil SVV krever den gjennomført via avtalens «hoppeplikt» eller kravet aksepteres». (FU 24893 på 24896) A-2 mente at SVV burde vurdere å bruke hoppeplikten hvis ikke kontraktspartene kom til «enighet om endringsstyring av omfanget». (FU 24899 på 24907) SVV viste til at de ikke fikk aksept av styringsgruppen for en «sjablong-løsning» av en så vesentlig endring, og at det krevdes «en reell endringsanmodning som [er] konkretisert før beslutning vil tas». Situasjonen var fastlåst. Dette var siste KG-møtet før kontrakten ble hevet.

Før behandlingen for domstolene, frafalt IBM 37 av de påståtte endringene som inngikk i EA053. For lagmannsretten omfatter EA053 endringer på 58 brukerhistorier på til sammen 3 108 DCUT-timer.

4.4.4.2 Partenes anførsler

IBM har i korthet gjort gjeldende at kompleksiteten i alle de 58 brukerhistoriene som kravet i EA053 nå omfatter, økte på grunn av at SVV stilte nye krav til brukerhistoriene sammenlignet med det som ble forutsatt i løsningsbeskrivelsen. Økningen i kompleksiteten gir IBM i utgangspunktet et krav på fristforlengelse med 39 kalenderdager og økning av målprisen med 16 329 640 kroner. Da 78 prosent av arbeidet var utført på hevingstidspunktet, har IBM i forbindelse med vederlagskravet krevd økning av målpris med 12 737 119 kroner, jf. punkt 5.5.

Staten har i korthet gjort gjeldende at SVVs avvisning av EA053 var rettmessig. SVV har ikke krevd arbeidet utført. IBM har heller ikke påvist at noen av de påståtte estimatøkningene skyldtes at SVV fremsatte nye krav i konstruksjonsfasen. EA053 var en oppkonstruert endringsanmodning der IBM forsøkte å gi SVV ansvaret for sine feilestimeringer i løsningsbeskrivelsesfasen. IBM fremsatte EA053 – og EA054 – for å hindre at selskapet kom i vesentlig mislighold. Arbeidet som er beskrevet i EA053 representerte ikke endringer, men arbeid som hele tiden var en del av kontrakten og som var inntatt i IBMs interne DCUT-estimater og gjennomføringsplaner. 21 av linjene i EA053 som IBM hevdet lå utenfor kontrakten, mente IBM lå innenfor kontrakten i EA035/EA040. IBMs DCUT-estimater for SugarCRM økte ikke etter september 2014 slik man ville forventet dersom kompleksiteten hadde økt. Under enhver omstendighet kan IBM ikke kreve endring for arbeid som allerede var utført da EA053 ble fremsatt. Dette gjaldt ca. 40 prosent av de enkelte linjene. Det er uansett ikke påvist at arbeidet i EA053 lå på kritisk linje. Usikkerhetsmatrisen og usikkerhetspåslaget begrenser også de endringsanmodningene IBM kan få medhold i.

4.4.4.3 Utgangspunkter for lagmannsrettens drøftelse

Lagmannsretten legger til grunn at SVV anså funksjonaliteten som er beskrevet i de 58 omtvistede brukerhistoriene eller «linjene» i EA053, som nødvendige for at løsningen skulle oppfylle vegvesenets behov. I notat 19. april 2015 skrev A-2 at deres forståelse etter møter med kontraktspartene, var at «begge parter mener

listen representerer nødvendig funksjonalitet hvor alt må implementeres». (FU 22853) I statusrapporten for mai 2015 skrev delprosjektleder Anne-Marie Ytrehus at «sakene EA053 består av er krav som må oppfylles for at løsningen skal kunne gå i produksjon». (FU 23339 på 23341) Ytrehus bekreftet i sin forklaring for lagmannsretten at SVV ikke kunne ha klart seg uten noe av funksjonaliteten som er beskrevet i de 95 linjene som EA053 opprinnelig besto i.

Gitt at SVV anså funksjonaliteten som nødvendig, legger lagmannsrettens også til grunn at SVV ville ha krevd arbeidet utført hvis vegvesenet først hadde akseptert at det lå utenfor kontrakten. Det blir da etter lagmannsrettens syn kunstig å vurdere om SVV «fremsatte» nye krav i konstruksjonsfasen, slik staten hevder. Hovedspørsmålet for lagmannsretten blir om arbeidet som inngår i EA053 er «arbeid eller leveranser som [...] faller utenfor Leveransen», jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1. (FU 8458 på 8471)

Lagmannsretten legger videre til grunn at SVV har vært enig i at EA053 omfattet rettmessige endringer. A-2 observerte i notat 19. april 2014 at «prosjektlederne er enige om at opprinnelig EA053 beskriver en reell økning i arbeidsomfanget for leverandør» og at «begge parter må bære en del av skylden for det utvidede arbeidsomfanget». (FU 22853 på 22854) I SG-møte 2. juni 2015 svarte «prosjektet», enten hovedprosjektleder Stein Ødegaard eller delprosjektleder Anne-Marie Ytrehus, på spørsmål fra styringsgruppen om omfanget av endringer var så stort som IBM hevdet, derimot at «mageføIelsen» var at IBMs krav «virker litt oppblåst» og at det «synes å være overestimert». (FU 24408 på 24410) Lagmannsretten forstår disse begivenhetsnære bevisene slik at SVV mente at i hvert fall en del av arbeidet i EA053 lå utenfor scope. Dette ble bekreftet av forklaringene fra både Ødegaard og SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad.

De 58 brukerhistoriene som EA053 nå består i, kan inndeles på forskjellige måter, og partene har hatt ulike tilnærminger til inndelingen. Lagmannsretten har valgt å dele brukerhistoriene i fem grupper, som kan fremstilles slik:

Gruppe	**Estimat**		**Utført**	
	Saker	**Timer**	**Saker**	**Timer**
1. Fritaksregler	2	278	2	278
2. ACT- og TST-fil	6	305	6	305
3. Brukergrensesnitt	14	503	11	367
4. Økt kompleksitet	20	1 080	13	857
5. Annet	16	942	11	612
Totalt	**58**	**3 108**	**43**	**2 419**

Tabellen er kopiert fra tingrettens dom side 105, men med rettede tall. Grupperingen av brukerhistoriene bygger på inndelingen i en IBM-presentasjon til kontraktspartenes gjennomgang av EA053 i begynnelsen av juni 2015. (FU 24358) Antallet saker (brukerhistorier) i hver gruppe og antallet DCUT-timer er hentet fra Tonje Offenberg Byes skriftlige forklaring i forbindelse med IBMs tilsvar for tingretten i hjelpedokumentet i FU bilag 1354, som hun brukte som støtte under sin forklaring for lagmannsretten. Antallet saker i gruppe 3 og 4 avviker fra tallene som ble presentert i IBMs prosedyre, da én brukerhistorie (linje 23) var representert i begge gruppene. Lagmannsretten har kategorisert denne brukerhistorien under gruppe 3. For øvrig var det regnefeil i antallet DCUT-timer i gruppe 2.

Lagmannsretten vurderer de enkelte gruppene i punkt 4.4.4.4 til 4.4.4.8 nedenfor.

4.4.4.4 Fritaksregler

Gruppen «fritaksregler» utgjør to av 58 brukerhistorier i EA053, og 278 DCUT-timer. (FU bilag 1354 linjer 4 og 65) Alle disse timene var utført på hevingstidspunktet og inngår i IBMs krav på både fristforlengelse og vederlag.

IBMs endringskrav er begrunnet med at kravene til fritak var mangelfullt beskrevet i kravdokumentasjonen og løsningsbeskrivelsen, og at kravene i konstruksjonsfasen utviklet seg til en annen fritaksløsning enn den som

IBM hadde lagt til grunn for sine estimater og som IBM med rimelighet kunne forutse. Staten har gjort gjeldende at IBM ut av løsningsbeskrivelsesfasen aksepterte å bygge løsningen på en ikke-uttømmende liste over fritak. For øvrig var det kravstilt i Bilag A GK.01.03 at det skulle være «enkelt å parametrisere forretningsregler som støtter regler for bompengeinnkreving i Norge, i dag og i fremtiden». (FU 8561) Dette innebærer at løsningen måtte være meget fleksibel og kunne håndtere nye takst- og rabattregler, inkludert fritak.

Lagmannsretten er enig med IBM i at gruppen «fritak» utgjør endringer.

Det eneste konkrete kravet til fritak i Bilag A, er F.01.33 – «Tidsbestemte fritaksavtaler skal automatisk kunne endres til «vanlig» avtale når fritaksavtalens gyldighet utløper». (FU 8591)

I løsningsbeskrivelsesfasen ble kravet til fritak detaljert i en e-postutveksling mellom IBMs Tonje Offenberg Bye og SVVs Arve Leivestad. (FU 11858 og 11878)

I e-post 21. mars 2014 ba Tonje Offenberg Bye om en avklaring på hvilke fritak løsningen skulle støtte. Dette ble registrert som en aksjon for SVV i aksjonslisten for CRM med frist 25. mars 2014. (FU bilag 1113, linje 42) I e-post 25. mars 2014 sendte Arve Leivestad en liste over hvilke typer kjøretøy som kunne få fritak. (FU 11878) Han opplyste at det først og fremst var bevegelseshemmede som hadde tidsbestemte fritaksavtaler. Han opplyste videre at det i tillegg til fritak for bestemte typer kjøretøy, også fantes «adressebestemte fritak» – også kalt «bomringbestemte fritak» – som ga fritak for enkelte husstander på grunn av husets plassering i forhold til en bomstasjon, men at han måtte høre med de enkelte driftsselskapene om detaljene og om slike fritak fortsatt var aktuelle. Han la til i uthevet skrift at listen over fritak «ikke [er] en uttømmende liste». Leivestad forklarte for lagmannsretten at tanken bak denne formuleringen ikke var å holde tilbake noe, men å unngå at IBM kunne kreve en endring hvis SVV hadde oversett noe.

Aksjonspunktet som Tonje Offenberg Bye opprettet 21. mars 2014, ble lukket 2. april 2014. Den 9. mai 2014 ble det opprettet en ny aksjon for SVV med frist 30. mai 2014 for å avklare og definere adressebestemte/bomringbestemte fritak. (FU bilag 1113, linje 113) I aksjonspunktet skrev IBM: «fritak basert på adresse og bomring er ikke hensyntatt i CRM». Bye forklarte for lagmannsretten at bakgrunnen for dette var at SVV ikke hadde kommet tilbake med den nødvendige avklaringen. Aksjonspunktet var ikke lukket ved utgangen av løsningsbeskrivelsesfasen, og ble flyttet til prosjektstyringsverktøyet «Tasks» i IPWC da denne ble tatt i bruk, se punkt 4.4.5.12 nedenfor. (FU 12782)

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det ut av løsningsbeskrivelsesfasen (ved HMP1) var avtalt og forutsatt at løsningen skulle tilrettelegge for at tidsbestemte fritaksavtaler automatisk skal gjøres om til vanlige avtaler ved utløpsdatoen (F.01.33) og at den i tillegg skulle støtte fritak for de typer kjøretøy som var listet opp i Arve Leivestads e-post 25. mars 2014. Spørsmålet om adressebestemte/bomringbestemte fritak var ikke avklart, og IBM hadde tatt forbehold om at dette ikke var hensyntatt i CRM. Forbeholdet i Leivestads e-post kan etter lagmannsrettens syn ikke tillegges rettsvirkning. Det var SVVs oppgave å skaffe oversikt over de aktuelle fritak; dette var ikke noe IBM hadde rådighet over. Lagmannsretten mener videre at man ikke kan utlede av det generelle kravet i GK.01.03 at løsningen måtte ta høyde for alle fritak. Hvis dette var et krav fra SVVs side, skulle dette ha blitt krevd uttrykkelig i kravtabellen.

På grunnlag av kravene som forelå ved utgangen av løsningsbeskrivelsesfasen, designet IBM en løsning hvor fritak ble gitt på kjøretøynivå (for eksempel el-bil eller utrykningskjøretøy) eller avtalenivå (for eksempel for bevegelseshemmede eller busselskap) og hvor avtalekunden måtte dokumentere grunnlaget for bestemte fritak. (FU 16140 på 16153 flg. og FU 16157 flg.) At fritak ble gitt på avtalenivå, innebar at fritak var knyttet til bompengeanlegg, og ikke til bestemte bomstasjoner. Retten til fritak ble registrert i CRM, mens IRIS sørget for at passeringen og fritaket ble priset riktig.

I CRM-arbeidsmøte 4. september 2014 reiste IBM spørsmål om hvordan fritak for konsesjonert kjøretøy i rute («buss i rute») og anleggsmaskiner skulle håndteres. (FU 15214) For buss i rute var praksisen i CS Norge at det måtte opprettes en avtale med hvert bompengeselskap langs ruten for å få fritak, mens kontraktspartene diskuterte alternativet med å opprette én avtale for hvert busselskap som ga fritak for alle relevante bomstasjoner langs ruten på tvers av bompengeselskap. Til denne diskusjonen ble det knyttet en aksjon for IBM: «Update Contract Design with bus». Slik oppdatering forutsatte imidlertid at SVV besluttet hvilke forretningsregler skulle gjelde. Inntil en beslutning ble tatt, kunne ikke IBM fullføre design. (FU 16140 på 16145 og FU 16157 på 16158) I slutten av oktober hadde SVV fortsatt ikke konkludert med hvilke forretningsregler skulle gjelde, og i CRM-arbeidsmøte 30. oktober 2014 ble det lagt til en fellesaksjon: «Run

this by the other Toll Companies/ Operators to reach an agreement». (FU 16170 på 16707) Den 3. november 2014 ble det holdt et møte for avklaring av fritak. I tillegg til IBM og SVV deltok representanter fra flere bompengeselskaper og driftsselskaper i dette møtet. Av referatet fra møtet går det frem at det for buss i rute, adressebaserte fritak og «autoriserte kjøretøy» skulle være mulig å velge hvilke bomstasjoner det skulle gis fritak i. (FU 16855 på 16860) Dette var et annet design enn det IBM hadde lagt opp til basert på det som var avtalt ut av løsningsbeskrivelsesfasen, og utløste behov for ekstra skreddersøm i CRM.

Staten har ikke gjort gjeldende at dette designet var kravstilt og derfor lå innenfor leveransen, men at SVV aldri krevde at IBM skulle løse buss i rute med fleksibilitet til å gi fritak per bomstasjon. Løsningen ble tilbudt av IBM uten antydning om at det ville utgjøre en endring. SVV kunne levd godt med løsningen som var praktisert i CS Norge.

Lagmannsretten mener at dersom dette var tilfellet, ville det ha blitt avklart allerede 4. september 2014 da spørsmålet om den nærmere utformingen av fritaksreglene ble reist. Omfanget av de etterfølgende diskusjonene og møtevirksomheten viser at SVV var opptatt av størst mulig fleksibilitet. SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, uttalte som nevnt i månedsrapporten for mai 2015 at sakene EA053 består av, er krav som «må oppfylles for at løsningen skal kunne gå i produksjon». Videre viser grunnlaget for diskusjonene som IBM presenterte i møtene at den alternative løsningen som ble drøftet for buss i rute, krevde endringer i designet som var avtalt.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at arbeidet i gruppen «fritaksregler» faller utenfor Leveransen og utgjør en endring.

4.4.4.5 ACT- og TST-fil

Gruppen «ACT- og TST-fil» utgjør seks av 58 brukerhistorier i EA053, og 305 DCUT-timer (FU bilag 1354 linjer 5, 49, 51, 53, 55 og 68). Alle disse timene var utført på hevingstidspunktet og inngår i IBMs krav på både fristforlengelse og vederlag.

IBM har begrunnet dette endringskravet med at det under arbeidet med ACT-fil (Actor Table/file) og TST-fil (Toll Station Table) og integrasjon av det internasjonale EasyGo-samarbeidet i Grindgut-løsningen, ble avdekket at kundemedarbeidere måtte få tilgang til informasjon om utenlandske aktører for å håndtere klager fra avtalekunder om bompasseringer i utlandet. Dette innebar at utenlandske operatører og utstedere måtte vises i CRM brukergrensesnitt (GUI), mens IBMs løsning var designet slik at denne informasjonen ble mottatt og prosessert i IRIS. IBM har anført at det ut av løsningsbeskrivelsesfasen ikke forelå noen krav om at utenlandske operatører og utstedere skulle vises i CRM brukergrensesnitt (GUI), og at dette utgjorde en endring. Kravet omfatter tiden og kostnadene forbundet med å redesigne brukergrensesnittet i CRM, CRM Logisk Datamodell og grensesnittet mellom CRM og IRIS.

Lagmannsretten mener at IBM ikke kan gis medhold i dette.

Riktignok stilte Bilag A ikke krav til hvordan ACT- og TST-filene skulle håndteres og prosesseres. En IBM presentasjon av 28. august 2014 med tittel «CRM Iterasjon 0/0A» viser imidlertid at IBM helt i starten av konstruksjonsfasen hadde jobbet med eller planla å jobbe med «field mapping completion for ACT file», da det var behov for nye felter i SugarCRM for ACT-filen («Added fields required in SugarCRM for ACT file»). (FU 15034) Formålet med dette arbeidet var ifølge presentasjonen å forberede til integrasjon av brukergrensesnitt.

Lagmannsretten mener at presentasjon viser at behovet for å vise ACT- og TST-filene i CRM var kjent for IBM ved utgangen av løsningsbeskrivelsesfasen. Arbeidet omfattes av Leveransen og utgjør ikke noen endring.

4.4.4.6 Brukergrensesnitt

4.4.4.6.1 Innledning

Gruppen «brukergrensesnitt» utgjør 14 av 58 brukerhistorier i EA053, og 503 DCUT-timer. Ti av brukerhistoriene har sammenheng med SVVs krav til kundebildet i SugarCRM. Disse brukerhistoriene behandles i punkt 4.4.4.6.2 nedenfor. To av brukerhistoriene er knyttet til SVVs krav om implementering av økonomifunksjonalitet i SugarCRM («SAP-i-CRM»). Av praktiske grunner behandles disse sammen med åtte

brukerhistorier i gruppen «økt kompleksitet» som også har tilknytning til tematikken «SAP-i-CRM», se punkt 4.4.4.7.2. En av brukerhistoriene er knyttet til brikkelogistikk og en gjelder fjerning av et brukergrensesnitt fra løsningen. Disse er behandlet sammen i punkt 4.4.4.6.3.

4.4.4.6.2 Endringer i kundebildet – «Ett stegs registrering»

For ti brukerhistorier i gruppen «brukergrensesnitt» er IBMs endringskrav begrunnet med at SVV i løpet av konstruksjonsfasen endret kravene til kundebildet i SugarCRM (FU bilag 1354 linjer 15, 16, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 43 og 73). Dette økte kompleksiteten i SugarCRM og førte til merarbeid med en rekke grensesnitt og ikke-funksjonelle krav i CRM. Kravet omfatter tiden og kostnadene forbundet med dette merarbeidet. Til sammen står disse brukerhistoriene for 414 DCUT-timer, hvorav 301 timer var utført på hevingstidspunktet.

Lagmannsretten er enig med IBM i at arbeidet knyttet til disse brukerhistoriene er arbeid som faller utenfor Leveransen.

Det var ikke stilt eksplisitte krav til kundebildet i Bilag A, men i løsningsbeskrivelsesfasen krevde SVV at registrering av en ny kunde og et nytt kundeforhold skulle kunne utføres fra bare ett skjermbilde. Skjermbildet skulle utformes med samme struktur og feltrekkefølge som de papirbaserte brukeravtaleskjemaene som fortsatt var i bruk den gangen, jf. blant annet referat fra arbeidsmøte 21. januar 2014 hvor det under sak 2 om «registrere kunde» går frem at «feltrekkefølgen på registrering av avtale fra papirskjema må samsvare». Kravet ble omtalt som «one-step registration window» eller ett-stegs registreringsvindu. (FU 10702)

Ett-stegs registreringsvindu ble av IBM identifisert som en endring ved utarbeidelse av løsningsbeskrivelsen og inntatt som endringspost CI_AM_06 i E0019 – Utvidelse av omfang CRM. (FU 12603 og bilag 1157, Fane EO019 CRM.Account, linje 6) Endringen er der beskrevet som «One Unified View for Customer Registration Process in Self Service and SugarCRM», og «An optimized view wherein registration is a one-stop process that stitches together customer, contact, address, contract and vehicle addition in one view». Ved gjennomgangen av løsningsbeskrivelsen var kontraktspartene enige om at denne funksjonaliteten måtte implementeres i løsningen. SVV bestred imidlertid at dette var en endring.

Lagmannsretten behøver ikke å ta stilling til om dette var en endring i løsningsbeskrivelsesfasen. Funksjonaliteten som er beskrevet i CI_AM_06 ble, sammen med en rekke andre anførte endringer, nedfelt i EO018-20 som ble signert som del av forliket ved HMP1. Funksjonaliteten var derfor uansett omfattet av Leveransen fra det tidspunktet.

IBM har gjort gjeldende at kravet ut av løsningsbeskrivelsesfasen var at kunder og kundeopplysninger kunne registreres i ett kundebilde i CRM og Selvbetjening. Under konstruksjonsfasen kom det imidlertid krav fra brukerne om at alle kunderelaterte brukerhistorier skulle kunne utføres fra ett skjermbilde (kundebildet), dvs. både registrering, oppdatering og endring av kunderelaterte opplysninger, samt mer kompliserte brukerhistorier som overføring av brikker og sammenslåing av avtaler. Dette krevde betydelig skreddersøm av kundebildet. Staten har gjort gjeldende at SVV aldri har krevd dette, og at IBM uansett forpliktet seg til å levere denne funksjonaliteten gjennom CRM Brukergrensesnittspesifikasjonen som ble levert til godkjenning av HMP1.

Lagmannsretten ser først på hva IBM forpliktet seg til å levere ut av løsningsbeskrivelsesfasen.

Bakgrunnen for funksjonaliteten og navnet som kontraktspartene ga til funksjonaliteten – «one-step registration» – taler for at den er begrenset til registrering av kundeopplysninger. Ordlyden i CI_AM_06, som er sitert over, taler for det samme. I CRM Brukergrensesnittspesifikasjon versjon 0.94, datert 23. mai 2014, punkt 3.2 går det imidlertid frem at «Kundevisninger (Customer View) vil bli tilpasset for å tillate Kundebehandler å opprette og håndtere en Kunde med Avtale, Kontaktinformasjon, Brikker og Kjøretøy i samme visning» (lagmannsrettens kursivering). (FU 12662 på 12694) Ordlyden kan tolkes slik at man fra kundebildet skulle kunne gjøre mer enn bare å registrere kundeopplysninger.

Begrepet «opprette og håndtere» i CRM Brukergrensesnittspesifikasjon versjon 0.94 punkt 3.2 må imidlertid leses i sammenheng med innholdet i dokumentet for øvrig. Punkt 3.2 er et underpunkt i kapittel 3 om «Håndtering av kundeforhold (Customer Relation Management)» og har overskriften «Kunder». Punkt 3.2 har flere underpunkter, og noen av disse har ytterligere underpunkter. Detaljeringsnivået øker for hvert underpunkt.

Underpunkt 3.2.2 har overskriften «Oppføringsvisning (Record View)» og i punkt 3.2.2.1 er det tatt inn en helsides figur (prototype) av skjermbildet for privatkunder (Privatkunde Record View) (kundebildet). I

innledningen til figuren står det at dette er «prototype på hvordan Privat Kjøretøyeier Visning vil se ut ved registrering av en Kunde med Avtale og Kontaktperson. En fullpris kunde vil vises og administreres i samme visning» (lagmannsrettens kursivering). Dette må etter lagmannsrettens syn forstås slik at skjermbildet for kunder skal benyttes til å registrere kunden og kundeopplysninger («Avtale og Kontaktperson»). Alle opplysninger som er registrert vil også vises i skjermbildet ved oppslag på kunden. Videre vil kunden administreres fra kundebildet. Det ligger imidlertid ikke i dette at avtale eller kontaktperson skal kunne administreres fra kundebildet.

Prototypen for Privatkunde Record View som er tatt inn i underpunkt 3.2.2.1, underbygger at det kun er registrerte opplysninger om kunden som kan administreres fra kundebildet. Prototypen viser at kundebildet består av en visning med en menylinje øverst med faner for de forskjellige modulene som inngår i SugarCRM: «accounts», «contacts», «reports», «cases», «kunder», «addresses», «contracts», «vehicles» og «assigned tag». At prototypen viser kundebildet, går frem av at fanen for «kunder» i menylinjen lyser hvitt mens de andre er svarte. Kundebildet består for øvrig av fire felter som ligger etter hverandre, og hvert felt korresponderer med en av modulene i menylinjen. Det øverste feltet viser grunnleggende opplysninger om kunden – (kundemodulen). Disse opplysningene skal det både registreres i og administreres fra kundebildet. Feltet under heter «kontakt» og korresponderer med kontaktmodulen i menylinjen. Feltet under heter «adresser» og korresponderer med adressemodulen. Det nederste feltet heter «Avtaler» og korresponderer med avtalemodulen. Feltet for «Avtaler» inneholder knapper for funksjonene «Legg til Avtale», «Legg til Brikke/Kjøretøy» og «Radera» (fjerne), som med all tydelighet viser at funksjonaliteten for å administrere avtaler ligger i avtalemodulen, og ikke i kundemodulen. Feltet for «adresser» inneholder også en knapp for funksjonen «legg til adresse», som viser at funksjonaliteten for å administrere adresser ligger i adressemodulen og ikke i kundemodulen.

Prototypen for Bedriftskunde Record View som er inntatt i underpunkt 3.2.2.2, inneholder de samme endringsknappene som prototypen for Privatkunde Record View. I innledningen til denne prototypen går det frem at «en fullpriskunde som er en bedrift vil vises og administreres i samme visning». Heller ikke her er det nevnt at avtale eller kontaktperson administreres fra kundebildet.

SVVs presentasjon til et statusmøte med driftsselskapene 12. september 2014, underbygger etter lagmannsrettens syn at SVV var innforstått med at ett-stegs registreringsvindu var begrenset til registrering av kundeopplysninger. Arbeidsprosessen i ett-stegs registreringsvindu var oppgitt å omfatte «- registrere kunde med kontaktopplysninger, verifisere informasjon og unik postadresse; – opprette AutoPASS hovedavtale med avtaleopplysninger og merke avtale med brikkebehov; – registrere kjøretøy: verifisering og oppslag mot AutoSys avhengig av ferdigstilt tjeneste for dette». (FU 15285 på 15297)

Lagmannsretten mener etter dette at IBM i løsningsbeskrivelsen forpliktet seg til å levere ett-stegs registrering av ny kunde og nytt kundeforhold fra samme kundebilde. IBM forpliktet seg derimot ikke til å levere en løsning hvor alle opplysninger om en kunde og kundeforholdet, f.eks. avtale, kontaktinformasjon, brikker og kjøretøy, kunne administreres fra samme kundebilde.

Spørsmålet er så om kravene til kundebildet ble endret i konstruksjonsfasen.

I møte 1. juni 2015 om EA053 identifiserte IBM en rekke kunderelaterte brukerhistorier som SVV i løpet av konstruksjonsfasen hadde krevd implementert i kundebildet. (FU 24358 på 24365)

Lagmannsretten er enig med staten i at det ikke er dokumentert noe uttrykkelig krav fra SVV om at disse brukerhistoriene skulle kunne utføres fra kundebildet. Lagmannsretten finner det imidlertid sannsynliggjort at det gjennom iterasjon 1 og iterasjon 2 var en klar forventning fra SVV og brukerne om at dette skulle kunne gjøres.

Forventningen kom først til uttrykk etter at IBMs design på ett-stegs registreringsvindu ble presentert på demodagene fra 8. til 10. oktober 2014. I oppsummeringen fra demodagene observerte SVV at brukerrepresentantene mente at løsningen var mindre effektiv enn dagjeldende løsning, som i motsetning til løsningen i Grindgut viste mye informasjon i ett skjermbilde. Brukerne var kritiske til at kundebehandler måtte bruke mus/tast for å klikke seg videre fra kundebildet for å få frem mer informasjon på forskjellige nivåer/områder. (FU 16391 og 16400) Brukernes observasjon er reflektert i A-2s rapport til KP1, hvor det går frem at brukerne hadde uttrykt uro for at brukervennligheten i systemet, spesielt i CRM, ikke ble godt nok ivaretatt og at «bruken av systemet var et skritt tilbake for dem». (FU 16708 på 16713)

Forventningen kom også til uttrykk i CRM-arbeidsmøter fra slutten av oktober 2014, hvor også bompengeselskapene deltok. Tonje Offenberg Bye har forklart at det i disse møtene kom tydelig frem at brukerne var misfornøyd med SugarCRMs modulbaserte løsning. De mente at den ikke var tilpasset deres hverdag og ønsket endringer som gjorde den likere dagjeldende løsning, herunder at alle kunderelaterte brukerhistorier skulle kunne utføres fra kundebildet. Bye har forklart at SVVs representant i arbeidsmøtene, Arve Leivestad, ikke gjorde noe forsøk på å nedjustere brukerrepresentantenes forventninger hva gjelder endringer i standardfunksjonaliteten. Dette underbygges av forklaringen fra Leivestad selv. På spørsmål fra IBMs prosessfullmektig om han noen gang satte foten ned for ønsker om tilpasninger fra brukerrepresentantene, svarte Leivestad at han ikke hadde noen konkrete eksempler på dette. Han erindret at fokuset i arbeidsmøtene var å drøfte «løsningen som IBM skulle utvikle», og at de i møtene ikke diskuterte om det var spørsmål om tilpasning eller ikke. Hva gjelder muligheten til å utføre alle kunderelaterte brukerhistorier fra kundebildet, forklarte Leivestad at han oppfattet at denne funksjonaliteten var kravstilt ut av leveringsbeskrivelsesfasen. Som nevnt over mener lagmannsretten at dette ikke er riktig.

Under enhver omstendighet er det på rene at SVV så det som nødvendig å kunne implementere de kunderelaterte brukerhistoriene som IBM hadde identifisert, i kundebildet, jf. over. Staten kan etter lagmannsrettens syn ikke høres med at SVV ikke har krevd denne funksjonaliteten. Lagmannsretten konkluderer etter dette med at SVVs krav til kundebildet i konstruksjonsfasen krevde mer enn forfining av det som var kravstilt i løsningsbeskrivelsen. SVV krevde skreddersøm. Det måtte i hovedsak mer skreddersøm til i brukergrensesnittet UC_AM_05 Ny Avtale og UC_AM_FO_01 Registrere FO Avtaleeier/Avtaleadministrasjon. (FU bilag 1354 linjer 43 og 73) Merarbeidet dette medførte, ga IBM krav om endring.

Med skreddersøm av kundebildet oppsto det behov for tilpasninger og konfigurering for å oppfylle en rekke ikke-funksjonelle krav som i utgangspunktet skulle leveres som standard i SugarCRM («out-of-the-box»). Kravet til hurtigtaster mv. (IF.13.04), kravet til brukertilpassede skjermbilder (IF.13.06), kravet til at nøkkelfelter skulle vises på alle tilhørende skjermbilder (IF.13.02) og kravet til mapping av roller i SugarCRM til funksjoner som knapper, menyvalg i moduler, paneler og subpaneler i visninger (IF.01.04) er eksempler på krav som utløste slike behov. Lagmannsretten mener at det ble stilt krav i konstruksjonsfasen som innebar tilpasninger og konfigurering som gikk langt utover det IBM måtte regne med som følge av at selskapet forpliktet seg til å levere ett-stegs registrering av ny kunde og nytt kundeforhold fra samme kundebilde etter løsningsbeskrivelsen. Kravene utløste merarbeid og økte kompleksiteten i de tilpasningene som måtte gjøres, jf. forklaringen fra Tonje Offenberg Bye og IBMs presentasjon til møte 1. juni 2015 om EA053. (FU 24365) Brukerhistoriene i FU bilag 1354 linjer 15, 16, 19, 23, 24, 25, 26 og 27 gjelder merarbeid av denne art.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at arbeidet med de ti brukerhistoriene i EA053 som er knyttet til SVVs krav til kundebildet, er arbeid som faller utenfor Leveransen og utgjør endringer.

4.4.4.6.3 Brikkelogistikk og fjerning av brukergrensesnittet «bomsnitt»

For en av brukerhistoriene i gruppen «brukergrensnitt» er IBMs endringskrav begrunnet med at kravene til rapporter for brikkelogistikk var mangelfullt beskrevet i kravdokumentasjonen og løsningsbeskrivelsen, og at SVV kom med krav under konstruksjonsfasen som IBM ikke med rimelighet kunne ha forutsett. (FU bilag 1354 linje 40) Brukerhistorien står for 20 DCUT-timer, hvorav 19 timer (95 prosent) var utført på hevingstidspunktet.

IBM har gjennom FU bilag 1354 gjort gjeldende at rapportspesifikasjonen (REP4000 Report Specifications – OBU logistics) ble utviklet i løsningsbeskrivelsesfasen basert på krav F.11.59, som stilte krav om at det skulle være mulig å generere rapport over «antall brikker klar for tildeling». (FU 8643) Rapportspesifikasjonen forutsatte at rapportene skulle leveres basert på standardløsningen med tilpasninger, med en grafisk fremstilling og detaljer per kjøretøy. Under arbeidet med brikkelogistikk og behov i konstruksjonsfasen, kom det frem at enkelte av rapportene mest sannsynlig ikke var dekkende for hensikten med rapporteringen, som var å vise en potensiell backlogg ved tildeling av brikker. Det ble derfor flagget en endring i EA053. Merarbeidet besto i en redesign av rapporten for å vise en aggregert sum av brikker på vent (pending), og ikke individuelle innslag/rader (kjøretøy) som ventet på tildeling. Dette krevde skreddersøm. Endringen ble loggført i februar 2015, og ytterligere en endring i spesifikasjonen ble utført i mars 2015.

Linje 67 i FU bilag 1354 gjelder fjerning av brukergrensnittet UC_AM_ADM_11 Setup / Maintain Toll Slice (bomsnitt). Brukerhistorien står for seks DCUT-timer. Arbeidet var utført på hevingstidspunktet, og alle seks timene inngår i IBMs krav for fristforlengelse og vederlag.

IBM har gjennom FU bilag 1354 gjort gjeldende at denne brukerhistorien ikke var en del av leveransen ved løsningsbekrivelsesfasen, men at den kom inn i datamodellen for CRM i august 2014. Dette underbygges av en sammenlikning av to versjoner av dokumentet Use Case Modell Kundeavtale. I versjon 0.95, som ble levert til løsningsbekrivelsesfasen, var «bomsnitt» ikke listet som en brukerhistorie i CRM-løsningen. (FU 13393) I versjon 2.4, som ble oppdatert 25. august 2014, ble UC_AM_ADM_11 tatt med. (FU 15337 på 15405) IBM mente at brukergrensesnittet, som innebar at kundebehandlere kunne opprette og vedlikeholde ett eller flere bomsnitt for en bomstasjon, var en endring, og fremmet EA063 for merarbeid i form av dokumentasjon og design på det som i utgangspunktet var en standardløsning i SugarCRM. SVV mente at dette ikke var noen endring, og avviste EA063. I november 2014 bestemte SVV seg for at det likevel ikke var behov for funksjonaliteten knyttet til bomsnitt i SugarCRM, og brukergrensesnittet ble fjernet fra løsningen (FU 14764 på 14766). Gjennom EA053 har IBM krevd dekket seks timer for merarbeidet med å fjerne UC_AM_ADM_11 fra løsningen.

Staten har ikke behandlet disse to brukerhistoriene.

Tingretten kom til at alle brukerhistoriene i gruppen «brukergrensesnitt», herunder linjene 40 og 67, utgjorde endringer. Da det ikke er kommet anførsler eller bevis som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering, legger lagmannsretten tingrettens vurdering til grunn, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.4.7 Økt kompleksitet

4.4.4.7.1 Innledning

Gruppen «økt kompleksitet» utgjør 20 av 58 brukerhistorier i EA053 og 1 080 DCUT-timer. Endringskravet er fra IBMs side begrunnet med at kompleksiteten i brukerhistoriene økte under konstruksjonsfasen og gikk utover det som IBM med rimelighet kunne forutse ut av løsningsbeskrivelsesfasen. Bakgrunnen var dels at SVVs krav var mangelfullt beskrevet i kravdokumentasjonen og løsningsbeskrivelsen, og dels at SVV kom med nye krav til eksisterende elementer.

Lagmannsretten mener at økt kompleksitet i prinsippet kan gi grunnlag for en endringsanmodning i en kontrakt basert på PS2000. Det vises til det som er skrevet i punkt 4.4.3.3 om at kontraktstandarden bygger på at de mer detaljerte spesifikasjonene for leveransen skal utarbeides underveis, både i løsningsbeskrivelsesfasen og i konstruksjonsfasen. Kravene blir altså ikke «låst» i løsningsbeskrivelsesfasen, men skal kunne endres og detaljeres ytterligere i samarbeid mellom partene og kundens brukergruppe. Kravene slik de er stilt ut av løsningsbeskrivelsesfasen, danner likevel grunnlaget for leverandørens estimering av tid og kost. Hvor kravene endres, eller nye krav kommer til, er det på det rene at leverandøren kan kreve endring. Det samme må også gjelde der kravene detaljeres og blir mer komplekse enn det leverandøren med rimelighet kunne forvente. Utfordringen er å skille mellom den detaljeringen som ligger innenfor det leverandøren med rimelighet måtte forvente ut fra det kravet som er fastsatt, og det som ligger utenfor.

SVV syntes også å mene at økt kompleksitet i prinsippet kan gi grunnlag for endring. I forbindelse med behandlingen av EA027 og EA030 under løsningsbeskrivelsesfasen, aksepterte SVV å ta noe av kostnaden «siden kompleksiteten i prosessen som skal håndteres er høyere enn IBM kunne forutse». (FU bilag 1157) Det samme må etter lagmannsrettens syn gjelder i konstruksjonsfasen.

Hva gjelder de enkelte brukerhistoriene i gruppen «økt kompleksitet», er 20 brukerhistorier knyttet til SVVs krav om implementering av økonomifunksjonalitet i SugarCRM («SAP-i-CRM»). Det samme gjelder to av brukerhistoriene i gruppen «brukergrensesnitt», jf. punkt 4.4.4.6.1 over. Lagmannsretten behandler disse brukerhistoriene samlet i punkt 4.4.4.7.2. Den største enkelte brukerhistorien i gruppen «økt kompleksitet» gjelder UC_CM_03 (Håndtere sak), og er behandlet i punkt 4.4.4.7.3. De andre «store» brukerhistoriene i denne gruppen – UC_AM_05 (Ny avtale) og UC_AM_ADM_13 (Bompakke) – er behandlet i henholdsvis punkt 4.4.4.7.4 og 4.4.4.7.5. Fire av brukerhistoriene har sammenheng med brikkelogistikk og behandles i punkt 4.4.4.7.6. De øvrige brukerhistoriene behandles samlet i punkt 4.4.4.7.7.

4.4.4.7.2 «SAP i CRM» – Merarbeid på grunn av økt kompleksitet i tilknytning til EA018

Åtte av brukerhistoriene i gruppen «økt kompleksitet» har sammenheng med implementeringen av økonomifunksjonalitet i CRM. Disse brukerhistoriene (FU bilag 1354 linjer 14, 29, 37, 85, 86, 87, 88 og 90) utgjør til sammen 364 DCUT-timer, hvorav 230 timer var utført på hevingstidspunktet. To av brukerhistoriene i gruppen «brukergrensesnitt», jf. punkt 4.4.4.6 over, er også knyttet til implementering av økonomifunksjonalitet i SugarCRM (FU bilag 1354 linjer 12 og 83) og behandles også her. Disse står for 63 DCUT-timer, hvorav 41 timer var utført på hevingstidspunktet.

Før lagmannsretten behandler de aktuelle brukerhistoriene, gjør den rede for sin vurdering av saksforholdet rundt implementeringen av økonomifunksjonalitet i SugarCRM.

IBMs tilbudte løsning – RUC – var en modulbasert løsning sammensatt av ulike komponenter med brukergrensesnitt for de ulike brukergruppene, blant annet SugarCRM for kunde- og saksbehandling og SAP FI-CA for økonomimedarbeidere. I IBMs svar på krav GK.01.07 Standardisering av Arbeidsprosesser, går det frem at løsningen skulle bruke standardprosesser i SAP og SugarCRM, med konfigurering i SugarCRM for å tilpasse saksbehandlingen til bompengesammenheng. (FU 4540) I IBMs svar på krav IF.01.04 går det frem at tilgangen til løsningen var knyttet til roller. (FU 4483) I IBMs svar på krav IF.13.01 (Skjermbildelayout), går det frem at SugarCRM og SAP-FICA hadde hvert sitt eget brukergrensesnitt, og at det var et skille mellom kundebehandlere, økonomimedarbeidere og andre brukerroller. Om økonomiløsningen heter det:

> Standardløsningen SAP FI-CA benyttes for økonomifunksjonene. De rollene som skal administrere økonomi vil benytte SAP brukergrensesnitt. Skjermbildene i SAP er utviklet iht SAP sine standarder, og designet for effektiv bruk til sitt formål. Harmonisering av dette brukergrensesnittet er begrenset til økonomifunksjonene. *Øvrige interne brukerroller vil ikke benytte SAP bildene*. Der kundebehandling har bruk *for å se på økonomidata* ifm med enkeltavtaler, *vises* dette internt i brukergrensesnitt for kundebehandling. (Lagmannsrettens kursivering). (FU 8749)

Den tilbudte løsningen innebar at kundebehandlere og økonomimedarbeidere skulle arbeide i hver sin applikasjon – kundebehandlere i SugarCRM og økonomimedarbeidere i SAP FI-CA. Gjennom en integrasjon med SugarCRM skulle kundebehandlere kunne se økonomiske data i SugarCRM, men ikke forvalte dem. Hvis kundebehandlere skulle endre økonomiske data eller utføre andre økonomifunksjoner, måtte de bruke SAP FI-CA. Gjennom aksept av IBMs tilbud, aksepterte SVV denne modul- og rollebaserte løsningen.

SVV hadde i Bilag A (behovsanalysen) beskrevet at den største delen av saksbehandlingen som kundebehandlere gjorde, knyttet seg til klager på faktura og tilleggsavgifter. Det gikk også frem at kundebehandlere skulle kunne korrigere feilaktig belastede passeringer. Under beskrivelsen av «kundehenvendelser», under overskriften «utføre saksbehandling» står det:

> Formål med prosessen [utføre saksbehandling] er å sikre at saksbehandlingen blir utført på en ensartet og effektiv måte. Den største delen av saksbehandlingen er knyttet til klage på faktura og tilleggsavgifter for kunde uten gyldig avtale. Ved klage på faktura vil saksbehandler gjøre oppslag på relevant data for aktuell klage. Det kan for eksempel være passeringsinformasjon, bilder, avtaleforhold, faktura- og innbetalingsinformasjon mm.
> Eksempel på klage på faktura er ved opplevd feilaktig belastet passering(er) f.eks. i forbindelse ved solgt kjøretøy. Ved medhold i denne type saker/klager vil det være behov for at passering(er) som er belastet/fakturert en avtale skal kunne krediteres, korrigeres og belastes en annen avtale eller faktureres som fullpris til kjøretøyeier.
> (FU 8511)

I kravtabellen over funksjonelle krav i Bilag A var det stilt krav til økonomifunksjonalitet i F.07 Fakturering og F.08 Innbetaling. (FU 8611 og 8616) I tilbudet beskrev IBM at fakturering og innbetaling skulle håndteres i SAP FI-CA. (FU 4433 og 4449) I vedlegget til kravtabellen går det frem at økonomiløsningen (SAP FI-CA) hadde «en standard intern grensesnitt mot løsning for saksbehandling». (FU 8663) Det heter videre:

> Gjennom denne integrasjonen vil endringer som er foretatt i fakturagrunnlaget oppdateres i Økonomiløsningen. Saksbehandleren som foretar rettelser av denne typen i saksbehandlingsløsningen må være satt opp med de nødvendige rettigheter for å kunne gjennomføre disse endringer.

Ved å akseptere IBMs tilbud, aksepterte SVV dette.

F.09 Kundehenvendelser inneholdt enkelte funksjonelle krav som forutsatte at kundebehandlere skulle ha tilgang til økonomifunksjonalitet. F.09.18 krevde at det skulle være mulig for kundebehandlere ved kundehenvendelser «å utsette betalingskrav under saksbehandlingstiden». F.09.21 krevde at kundebehandlere skulle kunne korrigere feilaktig belastede passeringer, og F.09.22 krevde at kundebehandlere skulle kunne «endre registreringsnummer på et valgt bilde» og behandle passeringen på nytt. (FU 8623) Det går frem av dokumentet «Prosessbeskrivelser Kundehenvendelser v.0.9», utarbeidet av IBM under løsningsbeskrivelsesfasen, at IBM var innforstått med og aksepterte at økonomifunksjonaliteten som var kravstilt i F.09, skulle implementeres i SugarCRM. (FU 11578 på 11588)

Behovsanalysen beskrev ikke annen økonomifunksjonalitet som kundebehandlere skulle kunne endre.

Staten har vist til at behovsanalysen to steder stiller krav om et «enhetlig brukergrensesnitt». I punkt 2.2. om «Generelle krav» i innledningen til Bilag A, heter det:

> Selv om det ikke fremgår eksplisitt av Bilag A, er det en forutsetning at Løsningsbeskrivelsen utarbeides og videre at komponentene utvikles og tilpasses slik at Leveransen fremstår for Kunden som en helhet, med et enhetlig og konsistent brukergrensesnitt. (FU 8489)

Og i kravtabellen for ikke-funksjonelle krav er det i krav IF.01 om Brukskvalitet, stilt følgende krav til brukergrensesnittet:

> IF.01.03 Brukergrensesnitt
>
> Løsningens brukergrensesnitt / brukerinteraksjon skal utformes slik at den understøtter arbeidsprosesser på en effektiv måte og sikre god ergonomi. (FU 8683)

Staten har under henvisning til Bilag A kapitel 2.2 og IF.01 gjort gjeldende at SVV stilte krav i kontrakten om at kundebehandlere både kunne lese og endre økonomiske data fra «deres» brukergrensesnitt (SugarCRM).

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Lagmannsretten mener at det er vanskelig å lese noen konkrete rettigheter eller forpliktelser ut av det som står om generelle krav i innledningen til Bilag A. Dette gjelder særlig i betraktning av at det ved innledningen til kravtabellen over ikke-funksjonelle krav går frem at tabellen lister «alle generelle krav til løsningen». (FU 8682) Det er i tabellen ikke stilt noen krav til brukergrensesnittet. Hva gjelder IF.01.03, viste IBM i sitt svar til at «de prosessene som har med kundebehandling, logistikk, rapportering og finans å gjøre benytter standardisert programvare og brukergrensesnitt som er optimalisert for å understøtte de arbeidsprosessene som kreves av løsningen». (FU 8727) Lagmannsretten mener at «de arbeidsprosessene som kreves av løsningen», må begrenses til de arbeidsprosessene som var identifisert i behovsanalysen, jf. ovenfor. Hvis SVV mente at kundebehandlere måtte kunne se og endre annen økonomisk data enn dette, måtte de ha stilt uttrykkelig krav om dette.

I arbeidsmøtene som ble avholdt under løsningsbeskrivelsesfasen kom det frem ønsker om å implementere mer økonomifunksjonalitet i SugarCRM enn det som var kravstilt i F.09, slik at kundebehandlere ikke behøvde å gå inn i SAP FI-CA for å utføre økonomifunksjoner. I dokumentet «Prosessbeskrivelser Kundehenvendelser» versjon 0.9 datert 7. mars 2014, presiserte IBM at implementering av denne funksjonaliteten ville bli lagt frem som et forslag i en endringsanmodning (EA018). (FU 11578 på 11581, 11588 og 11589)

Lagmannsretten forstår dette slik at kontraktspartene ble enige om at dette var endringer. Implementering av mer økonomifunksjonalitet i SugarCRM («SAP-i-CRM») ble i hvert fall under henvisning til EA018, bestilt i EO018-20 som ble signert som del av forliket ved HMP1. I dokumentet «Use Case-modell Kundehenvendelser» versjon 0.95, som ble godkjent av SVV ved HMP1, går det frem at endringen gjaldt implementering av følgende økonomifunksjonalitet i SugarCRM:

- Trigge generering av ny faktura
- Trigge generering av kreditnota, uavhengig av nytt fakturagrunnlag
- Fryse fakturaløp
- Stoppe fakturaløp, gjelder også purringer
- Sende varsel om f.eks. saldo, utstedt faktura, forfalt faktura
- Sende ut fakturakopi

- Se status på en faktura (purret, 2. gangs purring, sendt inkasso)
- Se tekstfeltene (masterdata) som er lagt til i SAP til de enkelte aktivitetene for en faktura
- Se saldo per avtale, eventuelt mot en lavterskel for faktura
- Se alle transaksjoner, all historikk
- Samlefaktura
  (TU2 1147 på 1154)

Lagmannsretten forstår det slik at all denne økonomifunksjonaliteten er standard i SAP-FICA, men at det krevde skreddersøm å implementere den i SugarCRM.

Partene har bare vært inne på noen av brukerhistoriene i EA053 som har sammenheng med implementering av økonomifunksjonalitet i SugarCRM. IBM har i stor grad vist til tingrettens vurdering om at brukerhistoriene utgjorde endringer. Staten har vist til at økonomifunksjonalitet i CRM ble bestilt som en endring ved HMP1, og at IBM ikke kan kreve mer tid og penger for at IBM da ikke analyserte konsekvensen av endringen godt nok.

Lagmannsretten er enig med staten i at IBM som utgangspunkt må bære risikoen for sine egne eventuelle feilestimeringer. Konsekvensene av å bygge økonomifunksjonalitet inn i SugarCRM som IBM ikke med rimelighet kunne ha forutsett ut av løsningsbeskrivelsesfasen, må imidlertid kunne danne grunnlag for endring. Lagmannsretten mener at det i denne sammenhengen må sees hen til at det å bygge økonomifunksjonalitet inn i SugarCRM, representerte et grunnleggende avvik fra IBMs modulbaserte løsning og innebar å redesigne og skreddersy det som i utgangspunktet var standard brukergrensesnitt mellom SAP FI-CA og SugarCRM. Slik lagmannsretten ser det, ville det på grunn av avhengigheter i systemet og mengden gjenstående detaljdesign, vært bortimot umulig i løsningsbeskrivelsesfasen å overskue og estimere alle konsekvensene av dette. Først når redesignet var ferdig, ville man få den fulle oversikten over konsekvensene av all skreddersøm som måtte til.

Brukerhistorien I_CRM_FICA_213-C Innhente sist brukt bankkontonummer, er etter lagmannsrettens syn et eksempel på at det ikke var mulig for IBM å forutse konsekvensen av endringen som ble avtalt ut av løsningsbeskrivelsesfasen. (FU bilag 1354 linje 12)
Visning av sist brukte bankkontonummer var ikke kravstilt i Bilag A, men ble inkludert i «SAP-i-CRM»-funksjonalitet i EO018-20. IBM har ikke krevd endring for å implementere denne funksjonaliteten i SugarCRM. Endringskravet i EA053 er begrunnet med at IBM, basert på erfaringene med skreddersøm av Kundebildet og ett-stegs registrering (se punkt 4.4.4.6.2 over), antok at kompleksiteten i CRM-løsningen ville øke fordi SVV ville ønske at sist brukte bankkontonummer ikke bare skulle kunne *vises* i SugarCRM, men at det også skulle kunne utføres kommandofunksjoner (for eksempel endringer) på sist brukte bankkontonummer fra SugarCRM. Tonje Offenberg Bye har forklart at det kom slike krav da arbeidspakken ble levert, og det er ikke bestridt. Slik lagmannsretten ser det, var dette noe som IBM ikke med rimelighet kunne ha forutsett ved estimeringen ut av løsningsbeskrivelsesfasen.

I tillegg kom det krav fra SVV i arbeidsmøte om at «sist brukt bankkontonummer» ble tatt med som mulig søkekriteria i brukerhistorien UC_AM_18 Search & View Customer, jf. referat fra arbeidsmøte 20. november 2014. (FU 17343 på 17347) SVV mente at dette ikke var en endring, men fulgte av krav F.01.07 i Bilag A om at «det skal være mulig å utføre kundesøk basert på alle opplysninger knyttet til en kunde. F.eks. navn, kundenummer, registreringsnummer på kjøretøy, brikkenummer, fakturanummer og lignende».

IBMs tilbudte løsning bygde på SugarCRMs standard søk-funksjonalitet uten tilpasninger. (FU 8586) Det å legge til sist brukte bankkontonummer som søkekriteria, krevde skreddersøm. Ved utgangen av løsningsbeskrivelsesfasen var «sist brukte bankkontonummer» som søkekriteria, ikke definert som en del av UC_AM_18. Konsekvensen av at økonomifunksjonalitet ble lagt inn i SugarCRM, var imidlertid at «sist brukte bankkontonummer» ble knyttet til en kunde i SugarCRM. Lagmannsretten er enig med staten i at «sist brukt bankkontonummer» da strengt tatt kom inn under F.01.07, men mener at IBM ikke kan lastes for at selskapet i løsningsbeskrivelsesfasen ikke estimerte for skreddersømmen dette medførte. Dette var etter lagmannsrettens syn økt kompleksitet som ble påvist av detaljdesign og som IBM ikke med rimelighet kunne forutse. Dette må gi grunnlag for endring.

For lagmannsretten ser det ut til at også SVV mente at implementeringen av økonomifunksjonaliteten i SugarCRM økte kompleksiteten i løsningen betraktelig, og at ingen av kontraktspartene hadde full oversikt over hva denne implementeringen innebar. I prosjektmøtet 5. mars 2015 uttrykte SVV bekymring for at man «utvikler mye i CRM nå, som SAP ivaretar». (FU 20813 på 20816) SVV ved Anne-Marie Ytrehus

oppsummerte bekymringen på følgende måte i e-post samme dag til IBM ved Terje Harangen, med overskrift «SAP, CRM og økonomifunksjoner i kundebehandling»:

> CRM-utviklingen er etter sigende «på kritisk linje» i prosjektet.
> Vi (og flere i IBM sitt team) ser **noen åpenbare grep som kan gjøres for få ned omfanget av utviklingen innen CRM**, og som også forenkler løsningen og øker sikkerhet, sporbarhet og datakonsistens, og reduserer risikoen for feil.
> Saksbehandlerne som skal bruke løsningen har behov for å bruke mange økonomifunksjoner, som i dag ligger i SAP, som f.eks
> - Faktura: Vise, endre, lage kopi ++
> - Passeringer: søk, endre, verifisere, kreditere, reprosessere
> - Inkasso: Hele prosessen
> - Innbetaling: Oppfølging av innbetaling
> - Endring av betalingsopplysninger
>
> Vårt inntrykk er at en del av denne SAP-funksjonaliteten (med tilhørende data) nå bygges inn i CRM-løsningen, – dvs at man bygger en «SAP light» inn i Sugar CRM.
> SVV stiller spørsmål ved dette, – da løsningen jo nettopp skal bygge på de forskjellige modulenes særtrekk og styrker. Vi tror heller ikke IBM har spesiell kompetanse til å gjøre dette.
> Det er helt sikkert at denne tilnærmingen øker faren for feil og inkonsistenser i løsningen, og skaper uforutsigbarhet for datakvalitet og andre konsekvenser hvis en feil først oppstår «et-eller-annet-sted» i løsningen.
> Vårt forslag (som vi vet at støttes av flere i IBM sitt team) er å konsentrere arbeidet om å lage gode interfacer direkte mot SAP. Det finnes flere alternative måter å gjøre dette på, og dette er mye enklere (og raskere!) enn å fortsette det vi oppfatter at er dagens praksis (skreddersøm i CRM). IBM har personer i sitt team som har kompetanse til å få gjort dette.
> Vi som kunde ønsker selvsagt at IBM skal unngå å bygge en «SAP light» inn i Sugar CRM så langt det er mulig.
> Vi er opptatt av at løsningen skal være enklest mulig å vedlikeholde, – også ved oppgraderinger av SAP eller Sugar CRM til nyere versjoner.
> Vi ber deg gjøre de vurderingene du mener er fornuftig ift dette, og komme med en tilbakemelding til oss, – senest i PL-møte (onsdag 11. mars).
> (FU 20908)

Alt unntatt de tre siste avsnittene i e-posten ble også tatt med i SVVs statusrapport for delprosjektet Leveranse for februar 2015 med overskriften «Faglig dårlig valg av løsning-arkitektur skaper forsinkelser i CRM». (FU 19861 på 19875) Lagmannsretten mener at kritikken som SVV rettet mot IBM, var uberettiget og i beste fall berodde på en misforståelse, i det den overser at det var SVV som i løsningsbeskrivelsesfasen stilte krav om at IBM bygde en «SAP-light» inn i SugarCRM.

I referatet fra prosjektmøtet 11. mars 2015 går det frem at IBM oppfattet at diskusjonene med SVV ble drevet «i retning av behov for å se fåtalls skjermbilder, og lite interesse ift å bytte mellom SAP og CRM», mens SVV mente at det var «IBM sitt ansvar å påpeke dette» i arbeidsmøter. (FU 21103 på 21105) Også i referatet fra KG-møtet 17. mars 2015 går det frem at SVV mente at IBM hadde «valgt en løsningsstrategi som bygger for mye funksjonalitet som allerede ligger i SAP inn i CRM». (FU 21286 på 21289) Igjen synes SVV å overse at det var SVV som hadde stilt krav om mer økonomifunksjonalitet nettopp for at kundebehandlere skulle slippe å benytte SAP FI-CA.

Diskusjonen rundt «SAP-i-CRM» fortsatte utover våren 2015. Av referatet fra prosjektmøtet 6. mai 2015 går det frem at IBM fortsatt var «forvirret ift hva SVV ønsker» hva gjelder «Sugar CRM vs CRM i SAP». (FU 23478) I mai 2015 utstedte SVV EA102. (FU 23722) SVV ba her IBM om å analysere en «alternativ metode for å gjøre SAP-relatert funksjonalitet tilgjengelig for relevante kundeservice-roller». Så vidt lagmannsrettens forstår var dette ikke utredet på hevingstidspunktet.

I sum mener lagmannsretten at implementeringen av økonomifunksjonaliteten i SugarCRM økte kompleksiteten utover det IBM med rimelighet kunne forutse. Arbeidet som er beskrevet i de ti brukerhistoriene i EA053 som er knyttet til implementering av økonomifunksjonalitet i SugarCRM, faller utenfor Leveransen og utgjør endringer.

4.4.4.7.3 Brukerhistorien UC_CM_03 (Håndtere sak)

Den største enkelte brukerhistorien i gruppen «økt kompleksitet» er UC_CM_03 (Håndtere sak). (FU bilag 1354 linje 81) Den utgjør 170 DCUT-timer og litt i underkant av 16 prosent av kravet i denne gruppen. Samtlige timer var utført på hevingstidspunktet.

Tingretten skrev om denne brukerhistorien i dommen på side 67:

> Alle henvendelser til bompengeselskapene ble registrert som en sak. For å lette oversikt og administrasjon av sakene skulle hver sak ha en status (som sa noe om hvor i prosessen saken var) og en sakstype (som sa noe om hva slags sak det var). Dette kravet er relativt generelt formulert i behovsanalysen (FU 8510):
>
> Saksbehandlingen må dekkes på en slik måte at det enkelte bompengeselskap til en hver tid har en god oversikt over innmeldte saker, pågående saker og avsluttede saker.
>
> Senere, under overskriften «Motta henvendelse» (FU 8511):
>
> > Formål med prosessen er å sikre at alle henvendelser blir gruppert til riktig sakstype. Henvendelser kan være alt fra generelle spørsmål om at brikken ikke fungerer, oppsigelse av avtale, bytte av bil, endring av bilnummer etc. til klage på faktura. Henvendelser kan komme fra ulike kanaler
>
> I LBF ble brukerhistoriene for saksbehandling dokumentert i «Use Case Model Case Management» (TU2239). Av brukerhistorien UC_CM_01 (Create case) fremkommer det at løsningen skal fange opp informasjon om blant annet sakstype og status (TU2249). Brukerhistorien UC_AM_03 beskriver hvordan brukerne arbeider med saker, herunder oppdatering av status.
>
> Prosessene er detaljert i dokumentet «Process Definitions Case Management» (TU1809). Her står det at feltene vil bli detaljert nærmere i KF (TU1818). Workshopen i iterasjon 2 resulterte i svært komplekse krav til status og sakstype (Dok84 Bilag 1354, linje 81):
>
> > [Brukerhistorien] endte opp med 2 nivåer av sakstyper, 6 hovedtyper med 0-6 undertyper (tidligere 1 nivå), og 4 statuser hvorav status 'På vent' hadde egne årsakskoder og 'Lukket' egne løsningskoder (tidligere 3). Totalt sett var denne løsningen og tilhørende regler for gyldige overganger mellom disse mer kompleks enn opprinnelig forutsatt. Statusoverganger er ikke OOTB.
>
> Retten er enig med IBM at dette var en endring.

Partene har ikke behandlet denne brukerhistorien særskilt i sine fremstillinger og prosedyrer under ankeforhandlingen. Det er således ikke kommet anførsler eller bevis som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering. Lagmannsretten legger til grunn tingrettens vurdering om at økningen i kompleksiteten i brukerhistorien UC_CM_03 (Håndtere sak), var en endring, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.4.7.4 Brukerhistorien UC_AM_05 (Ny avtale)

Brukerhistorien UC_AM_05 (Ny avtale) (FU bilag 1354 linje 42) står for 160 DCUT-timer og utgjør litt i underkant av 15 prosent av kravet i gruppen «økt kompleksitet». Samtlige timer var utført på hevingstidspunktet.

IBM har gjort gjeldende – og det er heller ikke bestridt – at basisflyten i UC_AM_05 (Ny avtale) besto av 47 enkeltsteg ved utgangen av løsningsbekrivelsesfasen. Det var knyttet ca. 14 forretningsregler til brukerhistorien på dette tidspunktet.

Lagmannsretten forstår det slik at brukerhistorien ikke endret seg mer i iterasjon 1 enn det IBM med rimelighet kunne forutse. I iterasjon 2 kom det imidlertid krav fra SVV som førte til at antall steg i basisflyten økte til 61, og at antallet forretningsregler steg til ca. 42.

For eksempel var det i steg 4 per 17. september 2014 beskrevet at bruker skulle velge bomanlegg for ny avtale fra en bruttoliste over bomanlegg. (FU 15412 på 15434) Dette var standardløsningen i SugarCRM. I CRM-arbeidsmøte 27. november 2014 krevde SVV at brukeren bare skulle få opp de bompakkene som var tilgjengelig til bomselskapet man ønsket å opprette ny avtale hos, og ikke en bruttoliste. (FU 17553 på 17558) At dette ble tatt inn i brukerhistorien, går frem ved å sammenligne versjon 2.11 datert 17. september 2014 og versjon 2.44 datert 16. desember 2014 av dokumentet Use Case Model Account Management. (FU 15412 på 15434 og FU 18251 på 18278)

Et annet eksempel er at det i steg 7 per 17. september 2014, var beskrevet at brukeren ved registrering av ny tilleggsavtale skulle skrive inn et eksisterende brikkenummer (OBU) og få beskjed om dette var gyldig eller ikke. (FU 15434) I CRM-møte 11. november 2014 om tilleggsavtale stilte SVV krav om søk-mens-du-skriver funksjonalitet, og at aktuelle brikkenumre skulle vises når brukeren begynte å skrive inn. (FU 18058 på 18060) At dette ble tatt inn i brukerhistorien, går frem ved å sammenligne versjon 2.11 datert 17. september 2014 med versjon 2.44 datert 16. desember 2014 av dokumentet Use Case Model Account Management. (FU 15412 på 15434 og FU 18251 på 18278)

Et tredje eksempel er at det i steg 11 per 17. september 2014, var forutsatt at systemet skulle avgjøre om et kjøretøy kvalifiserte for et fritak ved å anvende forretningsregelen for fritatte kjøretøy, og fastsette tidsvinduet for fritaket. (FU 15412 på 15434) På dette tidspunktet var det eneste kjente tidsbestemte fritaket, fritak for bevegelseshemmede (HC-kort), som var kravstilt i krav F.01.33. (FU 8591) Som nevnt i punkt 4.4.4.4 over, ble forretningsreglene for fritak endret og utvidet utover høsten 2014. I og med at forretningsreglene for fritak ble mer kompliserte, ble også brukerhistorien mer komplisert da flere fritak skulle implementeres. I dokumentet Use Case Model Account Management versjon 2.44, datert 16. desember 2014, går det frem at det i tillegg var kommet til ytterligere krav til fritak. (FU 18251 på 18279)

Lagmannsretten mener at de nye kravene og nye forretningsreglene innebar en detaljering som gikk utover det IBM med rimelighet kunne forutse ved utgangen av løsningsbeskrivelsesfasen. Arbeidet som beskrevet i FU bilag 1354 linje 42 angående brukerhistorien UC_AM_05 (Ny avtale) faller utenfor Leveransen og utgjør en endring.

4.4.4.7.5 Brukerhistorien UC_AM_ADM_13 (Bompakke)

Brukerhistoriene UC_AM_ADM_13 (Opprette/vedlikeholde Bompakke) og UC_AM_ADM_14 (Opprette/vedlikeholde Avtalekontorabatt) i FU bilag 1354 linjer 69 og 70 henger sammen, og utgjør 154 DCUT-timer, eller ca. 14 prosent av kravet i gruppen «økt kompleksitet». Samtlige timer var utført på hevingstidspunktet.

Med «bompakke» menes en rabattordning på tvers av et bompengeprosjekt.

I november 2014 ble det oppdaget behov for funksjonalitet som tillot at en kunde kunne inngå flere avtaler med samme bompengeselskap for å kunne få rabatt i alle anleggene til vedkommende bompengeselskap. Dette medførte behov for å kunne ha flere bompakker per selskap. Funksjonaliteten var ikke kravstilt i Bilag A. IBM utstedte 13. januar 2015 EA047 og SVV utstedte 21. januar 2015 EO044. (FU 19360 og 19575) Det er økt kompleksitet utover EA047/EO044 som danner grunnlag for IBMs krav.

Lagmannsretten mener at kompleksiteten i brukerhistoriene økte utover det som var kravstilt i EO044. Tonje Offenberg Bye forklarte at mens fem brukerhistorier for området Kundeavtale var berørt av endringen ved iterasjon 2, var ti brukerhistorier berørt på hevingstidspunktet. I tillegg gikk det mer tid og penger enn estimert på grunn av endringer i forretningsregler knyttet til denne brukerhistorien.

At kompleksiteten økte synes ikke å være bestridt. Staten mener imidlertid at IBM må bære ansvaret for dette fordi det skyldes at IBM ikke analyserte konsekvensene av endringen godt nok.

Lagmannsretten er ikke enig i at IBM må bære ansvaret for at kompleksiteten økte utover EA047/EO044.

IBM flagget behovet for en endring så snart behovet for ny funksjonalitet ble oppdaget i begynnelsen av november 2014. Den 5. november 2014 var det et møte hos SVV mellom IBM, SVV og en rekke representanter fra bompengeselskapene. Formålet med møtet var å drøfte «redesign of the Multi-tenancy/Contract model» som følge av den nye funksjonaliteten. Etter møtet sendte IBM ved Tonje Offenberg Bye en e-post med møtereferat til møtedeltakerne med en beskrivelse av den foreløpige beslutningen om å implementere funksjonaliteten, en

liste over forretningsreglene man i møtet hadde kommet frem til skulle gjelde, og en kort beskrivelse av innvirkningen (impact) som endringen ville ha for løsningen for øvrig. Hun ba samtidig om nødvendig aksept og godkjenning for å implementere redesignet. (FU 16900)

Gunilla Stüssi, som var utleid fra Fjellinjen til SVV, ba deltakerne fra SVV og bompengeselskapene om å bekrefte at innholdet i e-posten stemte med det som ble drøftet i møtet. (FU 16921) Stüssi meldte tilbake til Tonje Offenberg Bye at hun hadde behov for noen avklaringer med SVVs informasjonsarkitekt, Mihaly Fekete, som hun forventet neste dag. Det kom imidlertid aldri noen merknader eller innsigelser fra SVV eller fra bompengeselskapene, og IBMs redesign ble derfor basert på innholdet i møtereferatet.

Det hastet å implementere endringen i funksjonalitet knyttet til bompakke da dette var kritisk for å sikre stabilitet i løsningens logisk datamodell og for å unngå forsinkelser i migreringsplanen. I et internt notat fra november/desember 2014 skrev Tonje Offenberg Bye:

> [...] Since no objections or disapproval were received, CRM team lead & Gunilla Stussi decided not to wait any longer, but ask GD to further implement this change immediately, affecting firstly the LDM, UC specs and CRM UI design. This decision was made to ensure critical functionality in CRM/SEL, data quality in SAP, a stable LDM to support MIG and overall Master Data Management throughout the solution and was a verbal agreement between G.Stussi & T.Bye. To wait for a formal Change Request process to come through would have jeopardized the It2 timeline and put several team's progress at risk, or worse, It2 would have been delivered without this critical aspect of the Toll Entities configuration and resulted in an LDM not being stable regarding core configuration elements which is on the critical path for MIG. This would also have made the change more costly to develop at a later stage.
> (FU18017)

IBM ved Nicolai Rygh formidlet dette til SVV ved Arve Ryan 9. desember 2014, samtidig som han ba Ryan om å gjøre «en vurdering om funksjonaliteten skal reverseres, eller om dere ønsker å endringshåndtere dette». (FU 18017) Lagmannsretten legger til grunn at Arve Ryan var kjent med redesignet helt fra starten av siden han deltok i møtet 5. november 2014 og mottok referatet fra møtet.

Den 9. desember 2014 utstedte IBM en intern endringsordre overfor GD India basert på det som kom frem i møtet 5. november 2014. IBM ved Nicolai Rygh sendte en kopi av den interne endringsordren til SVV ved Arve Ryan og ba igjen SVV om å opprette en endringsanmodning hvis vegvesenet ønsket funksjonaliteten (FU 18027). SVV gjorde ikke det, og IBM utstedte selv en endringsanmodning (EA047 Bompakke) 13. januar 2015 (FU 19360). SVV kapitulerte og utstedte EO044 Bompakke åtte dager senere, den 21. januar 2015. (FU 19575)

Lagmannsretten mener at SVV må bære ansvaret for at EA047/EO044 ble basert på det som viste seg å være en ufullstendig beskrivelse av nødvendig redesign og en ufullstendig liste over forretningsregler. SVV var fra deltakelsen i møtet 5. november 2014 klar over at kravene til bompakke var overordnet beskrevet, og hadde selv ansvar for å sørge for at listen over forretningsreglene var fullstendig. Når SVV ikke bidro til å avklare kravene eller forretningsreglene frem til EO044 ble utstedt, må SVV bære ansvaret for at kompleksiteten økte utover EO044.

Lagmannsretten konkluderer med dette at den økte kompleksiteten beskrevet i FU bilag 1354 linjer 69 og 70 angående UC_AM_ADM_13 (Opprette/ vedlikeholde Bompakke) og UC_AM_ADM_14 (Opprette/vedlikeholde Avtalekontorabatt), faller utenfor Leveransen og utgjør endringer.

4.4.4.7.6 Brukerhistorier i tilknytning til brikkelogistikk

Brukerhistoriene UC_AM_24, UC_LOG_05.1, UC_LOG_06 og UC_LOG_20 henger sammen med brikkelogistikken (FU bilag 1354 linjer 45, 93, 94 og 95). De står for 108 DCUT-timer, hvorav 102 timer var utført på hevingstidspunktet.

IBMs endringskrav for disse brukerhistoriene er basert på at de var mangelfullt beskrevet i kravdokumentasjonen og løsningsbeskrivelsen, og at det i konstruksjonsfasen kom en detaljering utover det som med rimelighet kunne forventes ut av løsningsbeskrivelsesfasen. Brukerhistorier som i utgangspunktet var kort beskrevet, endte opp med beskrivelser over flere sider, flere forretningsregler og flere steg, jf. FU bilag 1354 og forklaringen fra Tonje Offenberg Bye for lagmannsretten.

Staten har ikke behandlet disse brukerhistoriene særskilt. Tingretten har lagt til grunn at de utgjør endringer. Lagmannsretten legger til grunn tingrettens vurdering om at økningen i kompleksiteten i brukerhistorien UC_AM_24, UC_LOG_05.1, UC_LOG_06 og UC_LOG_20, utgjør en endring, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.4.7.7 Andre brukerhistorier i gruppen «økt kompleksitet»

De andre brukerhistoriene i gruppen «økt kompleksitet» – linjene 32, 33, 44 og 84 i FU bilag 1354 – ble ikke belyst under ankeforhandlingen. De står for 124 DCUT-timer, hvorav 41 timer var utført ved hevingstidspunktet.

IBM har for disse vist til tingrettens vurdering av at de utgjør endringer. SVV har ikke kommet med anførsler eller bevis knyttet til de enkelte brukerhistoriene som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering om at økningen i kompleksiteten i disse brukerhistoriene, utgjør endringer. Lagmannsretten legger til grunn tingrettens vurdering om at økningen i kompleksiteten i brukerhistorien i linjene 32, 33, 44 og 84 i FU bilag 1354, utgjør endringer, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.4.8 «Annet»

Gruppen «Annet» består av 16 brukerhistorier av ulik art. (FU bilag 1354 linjer 3, 7, 8, 10, 38, 46, 47, 48, 61, 63, 71, 77, 78, 79, 91 og 96) Disse brukerhistoriene står for 942 DCUT-timer. Elleve av disse brukerhistoriene, som står for 612 timer, var utført på hevingstidspunktet.

Disse brukerhistoriene ble ikke behandlet under ankeforhandlingen. Tingretten uttalte om disse i dommen på side 105:

> Av de øvrige elleve sakene fremstår tre som utvidelser av brukerhistorier etter samme mønster som UC_AM_05. Disse utgjør en fjerdedel av arbeidstimene (linje 45, 93 og 94). Resten synes å skyldes sene avklaringer og utvidelser av brukerhistorier etter samme mønster som de øvrige konfliktene.
> En gjennomgang av de 11 enkeltsakene i gruppe 5 viser et lignende mønster, hvor mange av sakene er nært forbundet med saker i gruppe 1-4. For eksempel ser linje 38 ut til å handle om konsekvensen av en utvidet UC_CM_03 (Ny avtale) på rapporter, mens linje 63 er relatert til bompakke og linje 77-79 til One-Step Registration. Resten synes også her å skyldes varianter av sene avklaringer og utvidelser av brukerhistorier.

Tingretten konkluderte med at disse utgjorde endringer. Det er ikke kommet anførsler eller bevis som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering. Lagmannsretten legger til grunn tingrettens vurdering om at økningen i kompleksiteten i brukerhistorien i gruppen «Annet», var endringer, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.4.9 Oppsummering – gruppene av brukerhistoriene i EA053

Lagmannsretten konkluderer med dette at alt arbeid som er beskrevet i EA053, med unntak av arbeidet i forbindelse med ACT- og TST-filen, var utenfor Leveransen. Til sammen utgjør dette 2 803 DCUT-timer.

4.4.4.10 Statens generelle innsigelser til EA053

4.4.4.10.1 Om IBM kan kreve endring for arbeid som allerede er utført

Staten har gjort gjeldende at IBM ikke kan kreve endring for 1 200 av DCUT-timene i EA053 fordi dette var arbeid som allerede var utført da EA053 ble fremmet. Staten har vist til Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1 andre avsnitt siste setning, som slår fast at endringsanmodning skal fremsettes av leverandøren «uten ugrunnet opphold, ellers vil retten til å påberope seg endringen bortfalle».

IBM har gjort gjeldende at IBM har varslet uten ugrunnet opphold. Subsidiært har IBM gjort gjeldende at staten har mistet retten til å påberope preklusjon fordi SVV har inngått realitetsdrøftelser om endringen, sammenholdt med langvarig passivitet.

Lagmannsretten tar ikke standpunkt til om IBM har fremsatt EA053 «uten ugrunnet opphold», da den mener at statens preklusjonsinnsigelse uansett må anses frafalt eller tapt på grunn av passivitet.

Lagmannsretten legger til grunn at den omstendighet at SVV har innlatt seg på realitetsdrøftelser om endringskravet, ikke alene kan føre til at statens preklusjonsinnsigelse går tapt. Realitetsdrøftelsene kan imidlertid inngå som et element i vurderingen av om preklusjonsinnsigelsen må anses frafalt eller tapt ved passivitet, jf. HR-2020-2254-A (Rambøll) avsnitt 58.

Slik lagmannsretten ser det, fikk SVV i februar 2015 den nødvendige kunnskapen om at deler av arbeidet i EA053 var utført før endringsanmodningen ble utstedt. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, forklarte for lagmannsretten at han var helt klar over at EA053 omfattet arbeid som allerede var gjort, og at dette var en av grunnene til at han reagerte på den da den ble utstedt i februar 2015. Han forklarte videre at han formidlet sine observasjoner til prosjektledelsen, da han oppfattet det som «merkelig» at endringsanmodningen omfattet brukerhistorier som man hadde jobbet med i konstruksjonsfasen, gjort ferdig og validert.

De begivenhetsnære bevisene understøtter at SVVs prosjektledelse var kjent med at deler av arbeidet i EA053 allerede var utført. Etter et møte mellom SVVs Arve Kirkevold og IBMs Kjetil Westgaard og Urs Briner 31. mars 2015, skrev Westgaard en e-post med en oppsummering av det de var blitt enige om. Det siste punktet i oppsummeringen var at «future changes (in scope, timeline and/or cost) should be agreed before the work is started». (FU 21910 og 21912)

I referatet fra KG-møte 17. april 2015 går det også frem av omtalen av A-2s forslag til føringer for forhandlinger om EA053, at det var «en forutsetning at det ikke skal utstedes ytterligere endringsanmodninger som omfatter omfangsendringer tilbake i tid» (FU 22629). Det samme går frem av notat 19. april 2015 utarbeidet av A-2 etter det nevnte KG-møtet.

Det er ikke bestridt at statens preklusjonsinnsigelse først ble gjort gjeldende i stevningen 1. september 2016. (FU 26760 på 26870) Dette var over 18 måneder etter at EA053 ble utstedt. I mellomtiden hadde EA053 vært gjenstand for omfattende drøftelser i prosjektets organer, og den var blitt formelt avvist med omfattende begrunnelse, uten at SVV påberopte at den var for sent fremsatt, jf. punkt 4.4.4.1 over.

Lagmannsretten mener at tidsforløpet, sett i sammenheng med at SVV har innlatt seg på realitetsdrøftelser uten å anføre at endringsanmodningen var for sent fremsatt, må føre til at statens preklusjonsinnsigelsen er gått tapt på grunn av langvarig passivitet.

4.4.4.10.2 Om arbeidet i EA053 var på kritisk linje

At arbeid ligger på kritisk linje, innebærer at annet arbeid må stoppe opp. Øvrige arbeidsstrømmer må vente på den aktuelle arbeidsstrømmen før de kan arbeide videre.

Staten har gjort gjeldende at IBM aldri har påvist at arbeidet i EA053 lå på kritisk linje, og at IBM dermed ikke har krav på fristforlengelse. SVV bestred allerede da EA053 ble avvist i brev 23. februar 2015 at «CRM alene» var på kritisk linje, og hevdet at IBM hadde store utfordringer med sine leveranser på alle områder. (FU 20575) For lagmannsretten har staten gjort gjeldende at det hele våren 2015 var klart at SAP-strømmen ville bli ferdig minst et halvt år etter CRM-strømmen, dvs. at det var SAP-strømmen, og ikke CRM-strømmen, som lå på kritisk linje.

Om ikke IBM påviste at arbeidet i EA053 lå på kritisk linje, viser de begivenhetsnære bevisene at IBM i hvert fall fra midten av november 2014 og utover våren 2015 ga klart uttrykk for at CRM-strømmen lå på kritisk linje. I referat fra KG-møte 18. november 2014 går det frem at IBM rapporterte at «det er de to områdene CRM og INT som er på kritisk linje for å nå HMP2 til 28. april». (FU 17223 på 17225) IBM deltok i møte i SVVs styringsgruppe 23. januar 2015, og rapporterte da at «driver for å endre tidslinjen er CRM og tilhørende integrasjoner, som er på kritisk linje». (FU 19614) Det samme går frem av IBMs månedsrapport for februar 2015, hvor det står at «arbeidet innenfor CRM utgjør kritisk sti og driver tidslinjen». (FU 20957 på 20960) Og i referat fra KG-møte 17. mars 2015 går det frem av presentasjonen av «7 keys» under overskriften «CRM» at «omfang og kompleksitet er størst, driver tidslinjen og er på kritisk sti». (FU 21286 på 21288)

Slik lagmannsretten ser det utelukker uansett ikke den omstendigheten at SAP-strømmen var på kritisk sti, at også CRM-strømmen var det. Prosjektet hadde en stram tidsplan. Forsinkelse på et område ville med nødvendighet påvirke den kritiske linjen selv om fremdriften fra før var god. Når IBM som leverandør ble påført merarbeid i CRM-strømmen i størrelsesorden ca. 2 803 DCUT-timer – slik lagmannsretten har kommet til – på toppen av en allerede stram tidsplan, ligger det etter lagmannsrettens syn i dagen at denne strømmen lå på kritisk linje.

Lagmannsretten finner støtte for sitt syn i Føyen m.fl., Kontrakter for utvikling av programvare 2006 side 289, hvor det fremholdes at «endringer i prosjektet som vedtas i utviklingsfasen vil nesten uten unntak medføre konsekvenser for prosjektets tidsplaner».

Marthinussen m.fl., NS8405 Kommentarutgave til Norsk Standard 8405 (2016), gir på side 340, uttrykk for det samme, og oppstiller en presumsjon for at det foreligger en hindring i tilfeller hvor entreprenøren pålegges en endring, i hvert fall en endring av et visst omfang:

> I tilfeller hvor volumet av endringer eller hindringer blir stort, men hvor den enkelte hindring eller endring ikke i seg selv påvirker fremdriften, vil man måtte se på summen av forholdene ved vurderingen av om fremdriften hindres. Det er likevel ikke upraktisk at summen av endringer kan bli så omfattende at dette påvirker fremdriften.
>
> Ofte vil entreprenøren ha problemer med å dokumentere påvirkning på den kritiske linje fordi fremdriftsplanen ikke er tilstrekkelig detaljert til å vurdere om det foreligger en hindring for fremdriften.
>
> Ved vurderingen av om det er dokumentert at det foreligger en hindring som påvirker fremdriften, bør man kunne oppstille en presumsjon for at det foreligger en hindring i tilfeller hvor entreprenøren pålegges en endring i form av tilleggsarbeid i forhold til kontrakt, eller der hvor byggherren ikke følger opp sine plikter for eksempel til å levere tegninger i henhold til fastsatt leveranseplan. I alle fall gjelder dette der endringene har et visst omfang.

Lagmannsretten tar ikke stilling til om det bør oppstilles en presumsjon for at det foreligger en hindring i tilfeller hvor entreprenøren pålegges en endring av noen størrelse. Lagmannsrettens konklusjon om at arbeidet i EA053 lå på kritisk linje, bygger på en konkret vurdering av endringens omfang sammenholdt med den stramme tidsplanen.

4.4.4.10.3 Om usikkerhetsmatrisens betydning for de endringer som kan kreves

Staten har gjort gjeldende at usikkerhetsmatrisen i Bilag A punkt 5 og usikkerhetspåslaget i vederlaget begrenser de endringskravene som IBM kan få medhold i. Ifølge staten fastsetter kontrakten at usikkerhet som er identifisert i usikkerhetsmatrisen og som realiseres i konstruksjonsfasen, ikke gir grunnlag for endring. Lagmannsretten oppfatter at anførselen er særlig knyttet til usikkerheten for at det oppstår «vesentlig avvik fra det som ligger som standardfunksjonalitet i IBMs løsning». Dette ble inntatt som usikkerhet nr. 111 i utkast til usikkerhetsmatrise 5. juni 2014 og i oppdatert og omforent usikkerhetsmatrise fra november 2014. (FU 12988 på 12990 og TU2 1459 på 1463)

Statens anførsel innebærer at SVV gjennom usikkerhetsmatrisen har overført ansvaret for identifiserte usikkerheter til IBM, og at IBM gjennom usikkerhetspåslaget har fått vederlag for å påta seg slikt ansvar. Lagmannsretten mener at det ikke er holdepunkter for dette, og at kontrakten ikke kan forstås slik staten gjør gjeldende.

Anførselen bygger på Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.2.2, som lyder:

> I usikkerhetsmatrisen som inngår i Bilag A, har partene før kontraktsinngåelsen identifisert og vurdert viktige usikkerhetselementer som kan ha betydning for Leverandørens gjennomføring av Leveransen. Usikkerhetsmatrisen danner grunnlaget for usikkerhetspåslaget som inngår i Kontraktsprisen, ref. punkt 4.1. Usikkerhetsmatrisen skal oppdateres etter Løsningsbeskrivelsesfasen, ref. punkt 3.3. Usikkerhetsmatrisen er for øvrig ikke underlagt Kontraktens endringshåndtering i punkt 3.6 og gir etter Løsningsbeskrivelsesfasen ikke grunnlag for endring av Kontrakten.
> (FU 8465)

Slik lagmannsretten forstår ordlyden i bestemmelsen, er det usikkerhetspåslaget som ikke kan endres som følge av justering i usikkerhetsmatrisen etter løsningsbeskrivelsen. Lagmannsretten forstår formuleringen om at usikkerhetsmatrisen ikke er underlagt kontraktens endringshåndtering slik at justeringer i matrisen etter løsningsbeskrivelsen, derimot kan danne grunnlag for endringshåndtering.

Lagmannsretten finner støtte for sin tolking i Veilederen til PS2000. I punkt 5.2.2 heter det:

> Den usikkerhetsmatrisen som blir inkludert i kontrakten danner også grunnlaget for leverandørens usikkerhetspåslag, ref. Del II punkt 4.1. *I fasene etter løsningsbeskrivelsen får endringer i matrisen ikke lenger kontraktsmessige konsekvenser. Det vil si at usikkerhetspåslaget forblir uendret i kontraktens levetid etter løsningsbeskrivelsen, selv om innholdet i usikkerhetsmatrisen endres underveis.* Samtidig innebærer det at *endringer i usikkerhetsmatrisen som blir avdekket under løsningsbeskrivelsesfasen, kan danne grunnlag for endringshåndtering* og inngå i den endringsanmodning som leverandøren kan utstede i forbindelse med godkjenning av løsningsbeskrivelsen, ref. punkt 5.3.2. (Lagmannsrettens kursivering). (FU 2278)

Statens tolking ville etter lagmannsrettens syn føre til urimelige resultater ved at IBM fikk tilført usikkerheter som selskapet ikke hadde noen mulighet til å kontrollere. Dette gjelder for eksempel ansvar for ukjente eller uavklarte myndighetskrav, ansvar for manglende presisjon i konkurransegrunnlaget, ansvar for SVVs idriftsettelse og ansvar for manglende IKT-kompetanse hos SVV. Lagmannsretten finner det klart at dette ikke ha vært hensikten med usikkerhetsmatrisen og usikkerhetspåslaget.

Usikkerhetsmatrisen hadde sammenheng med SVVs egen usikkerhetsstyring. (FU 8232) I større entrepriser benyttes usikkerhetsmatriser som et redskap for å vurdere og dokumentere identifiserte usikkerheter med tanke på å kalibrere usikkerhetene mot hverandre, identifisere tiltak for å håndtere dem, og utpeke en tiltaksansvarlig. Som regel vil en part være ansvarlig for tiltakene knyttet til de usikkerhetene som hører til den eller de entreprisene han selv er ansvarlig for. I Veilederen til PS2000 heter det:

> Hensikten med å inkludere begge parter i en slik usikkerhetsmatrise, er å få avdekket ulike vurderinger av usikkerhet hos partene og gi et grunnlag for fordelingen av risiko og videre definere tiltak for å redusere både sannsynlighet og konsekvens av at risikoen slår til. (FU 2278)

Arbeidet med usikkerhetsmatrisen i Grindgut fulgte denne prosessen. I konkurransegrunnlaget hadde SVV identifisert ti usikkerhetselementer og gitt sin egen vurdering av sannsynligheten og konsekvens. (FU 3392) Tilbyderne ble bedt om å «fylle ut sin vurdering (sannsynlighet og konsekvens) av de usikkerhetselementene som Kunden har i sin initielle usikkerhetsmatrise», og eventuelt å angi andre usikkerhetselementer enn de som SVV hadde identifisert. Usikkerhetsmatrisen som ved kontraktsinngåelsen ble tatt inn i Bilag A, inneholdt SVVs og IBMs respektive vurderinger av sannsynlighet og konsekvens. Den inneholdt tiltak for å håndtere usikkerheten og pekte ut hvem som var ansvarlig for tiltak. (FU 8550)

Slik lagmannsretten ser det, ble tiltak og ansvar allokert til den av kontraktspartene som var nærmest til å håndtere usikkerhetselementet. Således ble ansvar og tiltak knyttet til usikkerhetselementet «idriftsettelse (konvertering/produksjonssetting)» og «Kundens evne til å foreta avklaringer og beslutninger løpende», allokert til SVV. På den andre siden ble ansvar og tiltak knyttet til usikkerhetselementet «høye krav til ytelse i løsningen», allokert til IBM. For noen av usikkerhetselementene var det identifisert flere tiltak med enten felles ansvar eller hver sin ansvarlig. For eksempel ble det for usikkerhetselementet «organisering og samarbeid mellom Kunde og Leverandør», identifisert fire tiltak med felles ansvar. Det er ikke holdepunkter for at kontraktspartene allokerte ansvaret for et usikkerhetselement til en part som ikke hadde mulighet til å håndtere den.

Usikkerhetspåslaget er i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4.1 bokstav c definert som «et prosentvis tillegg til det timebaserte arbeidet, hvor tilleggets størrelse skal være en konsekvens av usikkerhetsmatrisen, ref. punkt 3.2.2». (FU 8472) Slik lagmannsretten ser det, skal påslaget reflektere den identifiserte usikkerheten i prosjektet. Det er ikke holdepunkter for at påslaget skal være vederlag for å påta seg usikkerheter som SVV står nærmest å håndtere, slik staten synes å hevde. Hadde dette vært tilfellet, ville det måttet komme uttrykkelig og tydelig frem.

4.4.4.10.4 Statens øvrige innsigelser

Staten har gjort gjeldende at EA053 er en oppkonstruert endringsanmodning der IBM forsøker å gi SVV ansvaret for en feilestimering som IBM gjorde ut av løsningsbeskrivelsesfasen. Det er vist til at IBMs opprinnelig krav i EA053 er mistenkelig lik økningen i IBMs DCUT-estimater fra juni til september 2014. Det er også vist til at flere av linjene som IBM i EA053 hevder lå utenfor kontrakten, var linjer som IBM mente lå innenfor kontrakten i EA035/EA040 (Task Force Scope).

Lagmannsretten har i punkt 4.4.4.4 til 4.4.4.8 redegjort for at EA053 gir uttrykk for reelle endringer. Det ligger motsetningsvis i dette at lagmannsretten mener at EA053 ikke er oppkonstruert. Det er derfor ikke nødvendig for lagmannsretten å gå inn i statens anførsler om dette.

Lagmannsretten bemerker likevel at den ikke finner holdepunkter i de begivenhetsnære bevisene for en sammenheng mellom IBMs estimatøkning i september 2014 og IBMs krav i EA053. Lagmannsretten går ikke inn i statens regnestykke, men nøyer seg med å påpeke at IBMs DCUT-estimater for CRM-strømmen ikke bare økte fra juni til september 2014, men også i perioden fra desember 2014 til februar 2015 da EA053 ble fremmet. Etter re-estimeringen i september 2014, hvor estimatene for CRM-strømmen ble nesten doblet i forhold til estimatene i juni 2014, ble DRI engasjert til å bistå GD India med å gjennomgå estimatene. Per 30. oktober 2014 var estimatet redusert til 9 052 DCUT-timer, hvorav 7 124 timer for gjenstående arbeid (iterasjon 2 og 3). (FU 16752) Fra midten av desember 2014 da EA053 ble varslet, til februar 2015 da EA053 ble fremmet, økte imidlertid DCUT-estimatene for CRM med over 2 000 timer. (FU bilag1611 fanen EV figures) Lagmannsretten mener at det er mer nærliggende å se denne økningen i sammenheng med EA053 enn økningen i estimatene i september 2014.

Hva gjelder sammenhengen mellom EA053 og EA035/EA040 (Task Force Scope), viser lagmannsretten til at IBM, for de linjene i EA053 dette gjelder, ikke har gjort gjeldende at funksjonaliteten ikke var kravstilt, men at kompleksiteten til kravstilt funksjonalitet økte i konstruksjonsfasen. De to endringsanmodningene er derfor ikke gjensidig utelukkende, slik staten synes å hevde.

4.4.4.11 EA053 – Konklusjon

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at IBM har krav på fristforlengelse for alt arbeid som er beskrevet i EA053, med unntak av arbeidet i forbindelse med ACT- og TST-filen. Timene for ACT- og TST-filen utgjør 305 DCUT-timer, eller litt i underkant av 10 prosent av det totale kravet på 3 108 DCUT-timer (39 dager). Lagmannsretten reduserer derfor fristforlengelseskravet med 4 dager. IBM får medhold i krav om fristforlengelse med 35 kalenderdager for EA053.

De kostnadsmessige konsekvensene av EA053 er som tidligere nevnt behandlet i punkt 5.

4.4.5 EA054 Arbeidsform

4.4.5.1 Innledning – Behandlingen av EA054

EA054 ble utstedt av IBM ved Nicolai Rygh 7. februar 2015. (FU 20014) Den har nær sammenheng med EA053. Mens EA053 gjelder merarbeidet til utvikling (DCUT-timer) på grunn av at SVV stilte krav i konstruksjonsfasen som økte kompleksiteten i løsningen, gjelder EA054 konsekvensene av arbeidsformen og -prosessen med å utarbeide brukerhistoriene i CRM-strømmen. Endringskravet er også begrunnet i at SVV ikke bidro tilstrekkelig til at en standard løsning kunne realiseres. I EA054 er endringskravet begrunnet slik:

> Arbeidet med utarbeidelse av Use-Case i Konstruksjonsfasen har avdekket en arbeidsform som etter Leverandørens mening er annerledes og vesentlig mer arbeidskrevende enn den som ble lagt til grunn for Kontrakten. Ved at detaljerte krav og øket kompleksitet dukker opp sent i prosessen medfører dette en økt arbeidsbelastning på Leverandørens ressurser og mer arbeid i gjennomføring ved økt antall WorkShop's samt etterarbeid etter WorkShop'ene.
> [...]
> Videre opplever Leverandøren at Kunden ikke tar tilstrekkelig ansvar for å bidra til at en standard løsning, i tråd med uttalte ambisjoner, kan realiseres. Kontrakten legger til rette for at et slikt ansvar balanseres mellom partene, mens erfaringen i det daglige er at dette ansvaret i stor grad legges på

Leverandøren. Implisitt i dette ligger at Leverandøren opplever at Kunden i mindre grad bidrar til at avtalt tidslinje kan nås.

EA054 inneholder en rekke eksempler på det IBM mente var en mer krevende arbeidsform og manglende bidrag til realisering av en standard løsning, som lagmannsretten kommer tilbake til. De tidsmessige konsekvensene var estimert til 480 timer merarbeid i GEO og 2 012 uproduktive timer i GD India. IBM krevde en økning av målprisen med 582 timer og 818 241 kroner, og en fristforlengelse på 30 arbeidsdager, tilsvarende 42 kalenderdager.

SVV avviste EA054 ved brev 23. februar 2015. (FU 20621) SVV mente at IBM hadde ansvar for å styre og lede prosjektets arbeidsform. SVV viste blant annet til at arbeidsformen som IBM selv hadde beskrevet i PRO006 Arbeidsprosesser og levert til HMP1, aldri hadde blitt gjennomført, at manglende fremdrift i arbeidsmøter skyldtes forhold på IBMs side, og at grunnen til at detaljerte krav og økt kompleksitet dukket opp sent i prosessen, var et utslag av hvordan IBM hadde lagt opp fremdriften.

EA054 ble eskalert til koordineringsgruppen og behandlet i KG-møtet 17. april 2015 sammen med EA053. (FU 22624 på 22629) I et notat utarbeidet forut for KG-møtet hadde A-2 foreslått at «EA054 godkjennes da det ansees som svært sannsynlig at arbeidsmengden i detaljering har vært større enn opprinnelig antatt». (FU 22334) A-2 foreslo at kostnaden ved EA054 skulle deles med en tredjedel på SVV og to tredjedeler på IBM. A-2 foreslo videre at påvirkningen på tidslinjen skulle justeres fra fem til tre uker og at IBM skulle bære to av de tre ukene, slik at HMP2 ble flyttet med en uke. I KG-møtet ble det fattet vedtak om å sette EA054 på vent inntil videre mens kontraktspartene jobbet med EA053. Forutsatt at det ble en løsning på EA053, skulle IBM trekke EA054, jf. punkt 4.4.4.1 over. EA053 ble som kjent aldri løst, og både EA053 og EA054 var fortsatt bestridt på hevingstidspunktet.

4.4.5.2 Partenes anførsler

IBM har i korthet gjort gjeldende at SVV var til hinder for fremdriften i CRM-strømmen høsten 2014 ved at vegvesenet ikke evnet å gjøre avklaringer og treffe beslutninger innenfor de tidsrammene som var angitt i tilbudet, og at SVVs deltakere i CRM-arbeidsmøter ikke oppfylte kontraktens krav til kompetanse om SVVs virksomhet, behov og krav. Dette førte til at det lokale teamet i Norge (GEO) ble forsinket med å produsere brukerhistorier, som var arbeidsgrunnlaget for GD India, og at GD India ble gående ledig uten arbeidsoppgaver. SVVs gjennomføringsevne sviktet allerede i løsningsbekrivelsesfasen. SVV klarte ikke å snu trenden i konstruksjonsfasen.

Staten har i korthet gjort gjeldende at SVV ikke var til hinder for IBMs fremdrift, og at SVV medvirket i henhold til kontrakten. IBMs prosjektledelse bekreftet flere ganger i løpet av høsten 2014 at SVV ikke var til hinder for IBMs fremdrift. IBMs krav i EA054 er et «plunder og heft»-krav. IBM har ikke oppfylt de kravene som Høyesterett har stilt til identifiseringen av de arbeidsoperasjonene som har blitt påvirket av SVVs forhold.

Lagmannsretten behandler først i punkt 4.4.5.3 statens anførsel om at IBMs krav i EA054 er et «plunder og heft»-krav. IBMs krav bygger delvis på at SVV sviktet i gjennomføringen av sin medvirkningsplikt, og i punkt 4.4.5.4 gis det derfor en oversikt over kontraktens krav til partenes medvirkning under kontraktens løp. I punkt 4.4.5.5 går lagmannsretten inn på bevisene knyttet til statens gjennomføringsevne ved kontraktsinngåelsen og under kontraktens løp. I punkt 4.4.5.6 behandler lagmannsretten rapporter om fremdriftshindringer i konstruksjonsfasen. EA054 er også til dels begrunnet i at SVV ikke tok tilstrekkelig ansvar for å bidra til at en standard løsning kunne realiseres. Dette spørsmålet behandles i punkt 4.4.5.7. De konkrete eksemplene på fremdriftshindringer som er trukket frem i EA054 og under ankeforhandlingen, er behandlet i punkt 4.4.5.8 til 4.4.5.12.

4.4.5.3 Om IBMs krav er et «plunder og heft»-krav

Staten har som nevnt gjort gjeldende at IBMs krav i EA054 er et «plunder og heft»-krav, og at IBM ikke har oppfylt de kravene som Høyesterett har stilt til identifiseringen av de arbeidsoperasjonene som har blitt påvirket av SVVs forhold.

Lagmannsretten er ikke enig i at EA054 er et «plunder og heft»-krav.

Høyesterett har i HR-2019-1225-A (HAB) uttalt følgende om uttrykket «plunder og heft»:

> (54) Betegnelsen plunder og heft er et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser *på annet arbeid* hos entreprenøren.
> (55) Det er altså tale om avledete konsekvenser av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt. I praksis vil plunder og heft ofte skyldes samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren.

Det er sikker rett at entreprenøren som utgangspunkt har rett til kompensasjon for plunder og heft som skyldes forhold som byggherren har risikoen for, med mindre dette er uttrykkelig ekskludert i kontrakten, jf. Brøndmo, Plunder og heft – status og utfordringene fremover, i På rett grunn II, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 2021, Rettsdata.no. At entreprenøren som utgangspunkt har rett til kompensasjon for plunder og heft, følger av de entrepriserettslige standardkontraktene, er stadfestet i rettspraksis og må anses som alminnelig entreprenørrett. I enkelte standardkontrakter følger retten til kompensasjon for plunder og heft eksplisitt av en egen bestemmelse. I andre standardkontrakter er retten forutsatt som del av en varslingsregel, mens den i atter andre er forutsatt som del av en utmålingsregel. Selv uten slike eksplisitte eller forutsatte rettsgrunnlag, har entreprenøren rett til kompensasjon for plunder og heft etter de generelle reglene for kompensasjon for merkostnader som skyldes byggherreforhold. Dette illustreres av HAB-dommen nevnt over. Der var rettsgrunnlaget for entreprenørens krav den generelle regelen i NS 3430 pkt. 21.1 (1) om entreprenørens rett til kompensasjon for byggherreforhold.

Lagmannsretten antar at et «plunder og heft»-krav fra IBM kunne ha vært forankret i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.2 om kundens mislighold, som i punkt 6.2.2 illustrerer sondringen mellom krav på de direkte og de indirekte konsekvensene av kundens manglende medvirkning. Her understrekes det også at et krav om endring er et annet type krav enn et krav om plunder og heft:

> Dersom Kunden misligholder [...] plikten til å medvirke ved oppfyllelsen av Leveransen, har Leverandøren krav på justering av Fremdriftsplanen og/eller Kontraktsprisen ved utstedelse av en Endringsanmodning. Tap som Leverandøren påføres som følge av Kundens mislighold, og som det ikke kompenseres for ved Endringsanmodningen, kan kreves erstattet av Kunden i henhold til punkt 6.4.1.
> (FU 8477)

Første punktum gjelder de direkte konsekvensene av manglende medvirkning, som gir leverandøren rett til å kreve justering av fremdriftsplanen og kontraktsprisen gjennom utstedelse av en endringsanmodning. Andre punktum gjelder de indirekte konsekvensene av manglende medvirkning – forstyrrelser på andre arbeider – som kun gir leverandøren rett til å kreve erstatning.

IBMs krav i EA054 er forankret i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1, som gir leverandøren rett til å utstede en endringsanmodning dersom kunden «ved handling eller unnlatelse påfører leverandøren arbeid eller kostnad [...] som forsinker» leverandøren. IBM krever ikke kompensasjon/erstatning for forstyrrelser for de indirekte konsekvensene, men fristforlengelse og justering av målprisen for de direkte konsekvensene av SVVs manglende medvirkning.

At manglende medvirkning fra kundens side gir krav på endring av kontrakten, er understreket i veilederen til PS2000, punkt 8.2 om kundens mislighold. Her går det frem:

> PS2000-kontraktsstandarden baseres på et nært samarbeid mellom leverandøren og kunden. Dersom kunden ikke oppfyller sine forpliktelser, vil det kunne bli umulig for leverandøren å oppfylle sine. Kundens eventuelle mislighold vil derfor gi leverandøren krav på endring av sine forpliktelser og rettigheter.

Slik lagmannsretten ser det, har IBM med rette fremmet sitt krav for virkningen av SVVs påståtte manglende medvirkning som et endringskrav.

4.4.5.4 Kontraktens bestemmelser om leverandørens plikter og kundens medvirkning

Som nevnt i punkt 3.1.2 over er den overordnede ansvarsfordelingen mellom IBM og SVV regulert i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.2 og 1.3. (FU 8462) IBM sto for Leveransen, mens SVV pliktet å samarbeide med IBM, slik at IBM «ikke blir forsinket eller på annen måte forhindret i å oppfylle sine forpliktelser».

Som også nevnt er PS2000 basert på et nært samarbeid mellom leverandøren og kunden.

Kontraktens krav til kundens medvirkning i prosjektet er utdypet i Bilag B (Administrative Bestemmelser) punkt 2.5.4. Det går frem av punkt 2.5.4 at «Kunden skal medvirke til at Leveransen kan gjennomføres i henhold til Kontrakten, og at dette «skal skje gjennom deltagelse med eget personale som skal ha tilstrekkelig kompetanse om egen virksomhet, behov og krav». (FU 9075) Blant annet skal følgende oppgaver utføres av kunden: «sørge for at forutsetningene for kontraktinngåelsen er oppfylt», «delta i arbeidsgrupper for å gjennomgå og utdype spesifikasjonene», «bidra med prioriteringer og løpende funksjonelle avklaringer» og «sørge for rettidig ferdigstillelse av eventuelle egne leveranser». (FU 9077) I vedlegg til Bilag B går det frem at SVVs løsningsteam (funksjonelt ansvarlig og teknisk ansvarlig) blant annet skal «løse opp i løpende avklaringer, eskaleringer, hindringer i de ulike teamene» og «skaffe godkjenning fra SVV for avklaringer, eskaleringer, osv fra teamene». (FU 9084)

Leverandørens ansvar er også utdypet i Bilag B. Blant annet er det i punkt 2.5.5 presisert at leverandøren har «lederansvaret for arbeidet med løsningsbeskrivelse, konstruksjon, godkjenning og idriftsettelse, selv om arbeidet foregår i samarbeid med Kunden». (FU 9077) I punkt 2.5.3 går det frem at leverandørens prosjektleder «har det daglige ansvar for at Leveransen planlegges, organiseres og ledes slik at arbeidet blir gjennomført i henhold til kontraktsforpliktelsene». Dette ansvaret inkluderer den interne kvalitetssikringen hos leverandøren, herunder å sørge for at arbeidet utføres i henhold til god forretningsskikk og i henhold til relevante, etablerte bransjestandarder. (FU 9075)

IBM har for det første vist til at selskapet i tilbudet stilte som forutsetning at SVVs AutoPass-prosjekt var gitt «myndighet til å ta tekniske og funksjonelle avgjørelser angående prosjektet». For det andre var det IBMs «forutsetning for planlegging og kostnadsberegning [...] at kunden skal gi endelig tilbakemelding i henhold til dokumenterte godkjenningsprosedyre beskrevet i [Bilag C – Gjennomføring] kapittel 7.2.2.1 i løpet av fem arbeidsdager». (FU 4330)

Lagmannsretten mener at henvisningen til Bilag C punkt 7.2.2.1 IBMs andre forutsetning, taler for at den bare gjaldt den formelle akseptanseprosedyren for dokumentasjon som IBM skulle oversende til SVV for godkjenning under prosjektet. (FU 4624) Både denne forutsetningen og den første forutsetningen om at prosjektdeltakerne hadde myndighet til å ta tekniske og funksjonelle avgjørelser angående prosjektet, ble imidlertid frafalt i IBMs siste tilbud 4. september 2013. (FU 7103 på 7845)

Under forhandlingene om tidsplanen formidlet IBM at det var «en forutsetning for planen [...] at beslutninger blir foretatt innenfor akseptable tidsrammer som angitt i tilbudet». (FU 6169) Denne forutsetningen mener lagmannsretten knytter seg til beslutninger generelt. Det er uklart om denne forutsetningen ble akseptert av SVV. Lagmannsretten mener imidlertid at det uansett må gjelde et generelt prinsipp om at beslutninger må foretas innen rimelig tid. En plikt til å treffe beslutninger innen rimelig tid kan under enhver omstendighet utledes av Bilag B punkt 2.5.4, jf. over.

4.4.5.5 Usikkerheten knyttet til SVVs gjennomføringsevne

SVV identifiserte egen «evne til å foreta avklaring og ta beslutninger løpende» som en usikkerhet i usikkerhetsmatrisen som ble inntatt i kontrakten i Bilag A. (FU 8550 på 8552) På en skala fra 1 til 4 vurderte SVV sannsynligheten for at usikkerheten ville inntreffe, til å være 2 (middels, 10-30 prosent) og konsekvensen dersom risikoen inntraff til å være 4 (meget stor, > 25 prosent av kontraktssum). Tiltak for å håndtere usikkerheten var å «etablere beslutningsfora for løsning og innhold utenfor prosjektet, i Statens Vegvesen og mot bompengeselskapene» og «bemyndiggjøre Kundens ressurser i prosjektet». Ansvaret for tiltaket ble allokert til SVV. Etter lagmannsrettens syn må dette forstås slik at partene mente at det lå nærmest SVV å håndtere denne usikkerheten, jf. punkt 4.4.4.10.3 over.

I løsningsbeskrivelsesfasen rapporterte SVV internt om egen gjennomføringsevne gjennom usikkerhetsmatriser/usikkerhetskart inntatt i de månedlige statusrapportene for delprosjektet leveranse. I statusrapport for januar 2014 skrev SVV ved prosjektleder Stein Ødegaard at sannsynligheten for at usikkerheten knyttet til kundens evne til å foreta avklaringer og ta beslutninger løpende gjennom både løsningsbeskrivelsesfasen og konstruksjonsfasen ville inntreffe, var stor (25-50 prosent) og at konsekvensen var alvorlig både hva gjelder tid, kvalitet og omdømme. (FU 10192 på 10195 og 10196) Denne vurderingen sto uendret gjennom løsningsbeskrivelsesfasen. I den første perioden ble det identifisert tiltak fra SVVs side for å håndtere usikkerheten. I rapporten for januar 2014 går det frem at SVV skulle «etablere prosesser i LBF for å

sikre forutsigbarhet og kompletthet i løsningsbeskrivelsene». (FU 10196) I rapporten for februar 2014 ble det lagt til at det skulle stilles «klare krav til forberedelser, og gjennomføring for våre ressurser slik at alle er forberedt til WS og møter». I tillegg måtte «prosessen for å sammenstille Wsene til løsningsbeskrivelser være så tydelig at det kan planlegges med rett og tilstrekkelige ressurser for review». (FU 10954 på 10958) I rapportene for mars 2014 frem til slutten av løsningsbekrivelsesfasen, er både tiltakene og merknadene fjernet. Det ble heller ikke utpekt noen ansvarlig eller frist, i motsetning til det som gjelder for andre identifiserte usikkerheter. (FU 11436 på 11442/11443 (mars), FU 11925 på 11931/11932 (april), FU 12343 på 12349/12350 (mai), FU 12928 på 12933/12934 (juni)).

SVV gjorde en intern vurdering av «risiko for at kundesiden i prosjektet ikke har evne og kapasitet til å gjennomføre kundens forpliktelser i henhold til planer og avtale» mot slutten av løsningsbekrivelsesfasen. I en usikkerhetsmatrise 1. juni 2014 vurderte SVV at sannsynligheten for at usikkerheten ville inntreffe, var høy (4 på en skala fra 1 til 5), og at konsekvensen var middels (3). (FU 12918 på 12919) Konsekvensene for tid og kostnad var «forsinkelser i leverandørens fremdriftsplan» og «økte kostnader, når det er kunden som forårsaker disse vil det måtte påregnes at leverandør krever kompensasjon i form av endringsordre». Tiltak for å håndtere usikkerheten inkluderte å «etablere prosesser for hvordan kundesiden av prosjektet skal jobbe sammen både internt og mot utviklingsleverandør» og «vurdere prosjektorganiseringen på kundesiden i fht om denne er optimal for å gjennomføre prosjektet».

Samtidig som SVV gjorde sin egen vurdering internt, jobbet kontraktspartene sammen med en oppdatert usikkerhetsmatrise til HMP1. I et utkast 5. juni 2014 ble sannsynligheten for usikkerheten knyttet til SVVs «evne til å foreta avklaring og ta beslutninger løpende», stående på samme nivå – 2 (middels) – som i usikkerhetsmatrisen som inngikk i Bilag A, mens konsekvensen dersom usikkerheten inntraff, ble redusert fra 4 til 2 (middels). (FU 12944 på 12947) Det ble også føyd til i beskrivelsen av usikkerhetselementet at usikkerheten «påvirkes av at der er mange interessenter hos kunden». Tiltak for å håndtere usikkerheten var de samme som i den opprinnelige usikkerhetsmatrisen i Bilag A, med SVV som ansvarlig. Etter lagmannsrettens syn er fastsettelsen av nivået på risikoen i dette utkastet, vanskelig å forene med SVVs interne vurdering av egen gjennomføringsevne.

SVVs vurdering av egen gjennomføringsevne under løsningsbeskrivelsesfasen, går også frem av spredte interne møtereferater. Til SG-møte 29. januar 2014 rapporterte Stein Ødegaard at «Kundesiden bør være bedre forberedt og samkjørte før gjennomføring av hvert enkelt arbeidsmøte» og at SVV måtte få «kontroll på deltakelse i arbeidsmøtene». (FU 10850 på 10851) Ifølge Ødegaard opplevde prosjektet «at noen personer ikke møter opp, mens andre stiller i møter de ikke er invitert til». I SG-møte 25. juni 2014 ble «Kundens egen gjennomføringsevne» identifisert som ett av to «hovedområder som antas å være store usikkerhetsfaktorer». (FU 13987 på 13989)

IBMs strømledere rapporterte internt om erfaringer med arbeidsformen mot slutten av løsningsbeskrivelsesfasen. De viste til «slow client decision making» og «a broad range of stakeholders and the need for repeated re-assurances». (TU 1690 på 1691 og TU2 1001 på 1002). Disse erfaringene ble fremlagt for SVV under overleveringen av løsningsbeskrivelsen i mai 2014. Hver IBM-strøm presenterte sine observasjoner på hvordan de hadde jobbet. CRM-strømmen rapporterte blant annet at det hadde vært en «utfordring å få tilgang til SVV-ressurser» og «å få svar i tide på aksjonspunkter». (FU 12595 på 12614)

I notat 14. mai 2014 om kostnadsdriverne i løsningsbeskrivelsesfasen, identifiserte A-2 «en arbeidsform som krever mye samspill og avklaringer mellom partene» og «mangelfull operativ gjennomføringskraft» som to av driverne. (FU 12434 på 112437) A-2 skrev blant annet:

> Arbeidsformen i LBF ble annerledes og mer krevende å lede og gjennomføre enn det IBM opprinnelig hadde planlagt og estimert. Det er en helt annen prosess å «avklare krav i WS og sende ut et oppdatert dokument» enn å «videreutvikle en løsningsbeskrivelse og avstemme innholdet med en kunde som ikke snakker med en tunge». Nødvendig tid for løpende avklaring og godkjenning har gjennomgående vært for optimistisk planlagt. [...] Utfordringene med ulike oppfatninger om styring, en krevende arbeidsform og mangelfull gjennomføringskraft har bidratt til både forsinkelse og økte kostnader. Alle de tre driverne vil etter vårt syn videreføres på samme måte inn i konstruksjonsfasen (KF).

SVV tok på seg en del av ansvaret for dette. Som nevnt under redegjørelsen for sakens bakgrunn, tok løsningsbeskrivelsesfasen dobbelt så lang tid som planlagt, og IBM fremmet krav om dekning av halvparten av merkostnader knyttet til forsinkelsen. I et løsningsskisse utarbeidet av A-2 den 3. juli 2014 går det frem at løsningsforslaget var:

> basert på at begge parter har et ansvar for at HMP1 ble tre måneder forsinket. Resultatene fra de gjennomførte arbeidsmøtene var ikke på et tilstrekkelig faglig nivå og hadde klare mangler. Dette kan knyttes både til SVV sin medvirkning og IBM sin styring og ledelse av møtene og dokumentproduksjonen. Begge parter var enige på KG2 møtet om at det var nødvendig med en replanlegging og gjennomføring av flere arbeidsmøter for å lukke mangler og heve kvaliteten på dokumentene. [...] Løsningsforslaget innebærer en deling av kostnadene hvor [...] SVV tar sin del av kostnaden primært ut i fra manglende styring på deltakernes input på arbeidsmøtene og en krevende avklaringsprosess. (TU2 1212)

Det ble ikke godkjent en omforent usikkerhetsmatrise til HMP1. Fra august 2014, etter at Anne-Marie Ytrehus overtok etter Stein Ødegaard som delprosjektleder for delprosjektet leveranse, forsvant usikkerhet om egen gjennomføringsevne ut av usikkerhetsrapporteringen i de månedlige statusrapportene.

SVVs gjennomføringsevne var likevel et tema i konstruksjonsfasen. Kontraktspartene leverte en fellesrapport om usikkerhetstiltak til KG-møte 24. oktober 2014 hvor både sannsynlighet og konsekvens for risikoen knyttet til SVVs gjennomføringsevne, fikk en score på 3 på en skala fra 1 til 4. (TU2 1443 på 1449) Tiltak fra SVVs side for å håndtere usikkerheten var «Tydelighet ift interessenter» og «Eskaleringer». Denne vurderingen av risiko og tiltak ble inntatt i en oppdatert usikkerhetsmatrise som ble presentert for KG-møte den 18. november 2014. (TU2 1459 på 1461)

I møte hos Samferdselsdepartementet 20. oktober 2014 presenterte SVV en intern usikkerhetsmatrise hvor usikkerheten knyttet til egen gjennomføringsevne var satt på «rødt» og var blant de høyeste usikkerhetsmomentene i prosjektet på det tidspunktet. (FU 16216) Sannsynligheten for at risikoen ville inntreffe ble ansett for å være stor (4) og konsekvensen alvorlig (4) på en skala fra 1 til 5. Det samme går frem av SVVs presentasjon til SG-møte 25. november 2014. (FU 17469 på 17485) Til SG-møte 23. februar 2015 ble sannsynlighet for at risikoen ville inntreffe redusert til moderat (3), mens konsekvensen ble fortsatt ansett for å være alvorlig (4). (FU 20584 på 20591)

Det kan se ut til at SVV i sine interne vurderinger vurderte usikkerheten knyttet til egen gjennomføringsevne til å være høyere enn det som kom til uttrykk i prosjektets usikkerhetsmatrise. Uansett mener lagmannsrettens at de begivenhetsnære bevisene viser at SVV vurderte egen gjennomføringsevne som et betydelig usikkerhetselement gjennom hele prosjektet.

Det er lite som tyder på at SVV arbeidet strukturert med å håndtere usikkerheten i konstruksjonsfasen. Som nevnt ble usikkerheten tatt ut av rapporteringen i de månedlige statusrapportene fra august 2014. Anne-Marie Ytrehus forklarte at hun ikke var kjent med den interne usikkerhetsmatrisen SVV utarbeidet mot slutten av løsningsbeskrivelsesfasen. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, kunne heller ikke huske å ha sett den. Han forklarte videre at det ikke var laget noen beslutningsmatrise i SVV for arbeidet med brukerhistoriene, men at man hadde ulike grader av beslutninger avhengig av brukerhistoriens kompleksitet.

4.4.5.6 Rapporter om fremdriftshindringer i konstruksjonsfasen

Partene er uenige om IBM under konstruksjonsfasen rapporterte til SVV om at fremdriften ble forsinket av SVV. Lagmannsretten konstaterer at det kom ulike rapporter på ulike tidspunkter, og at de til dels var motstridende.

Av referatet fra KG-møtet 18. september 2014 – ca. seks uker inn i konstruksjonsfasen – går det frem at «IBM bekrefter at SVV sin deltagelse og bidrag så langt ikke har vært til hinder for fremdriften». (FU 15488 på 15490)

Syv dager senere, i e-post 24. september 2014, oversendte imidlertid IBMs prosjektleder, Terje Harangen, en «Flight Deck action Plan» fra en IBM-intern gjennomgang 19.-20. august 2014, til blant annet SVVs hovedprosjektleder Stein Ødegaard, delprosjektleder Anne-Marie Ytrehus og prosjekteier Arve Kirkevold. (FU 15700) «Flight decket» ble oversendt i respons til aksjon KG44 fra KG-møtet 18. september 2014, hvor IBM ble oppfordret til å dele deler av den IBM-interne rapporten med SVV. Rapporten pekte på flere forhold hos SVV som IBM mente var en utfordring for fremdriften. Forholdene gjaldt blant annet «Sign-off Use Cases – It1», «Process for Handling Requirements, Use Cases», «Low productivity due to communication w/SVV» og «Sign-off process Use-Cases – process IBM/SVV». (FU 15701 på 15705) Samtlige var markert som rødt (alvorlig) på tidspunktet for den interne gjennomgangen og i perioden frem til 15. september 2014. I den

påfølgende uke frem til 22. september 2014 var punktet «Low productivity due to communication w/SVV» fortsatt rødt, mens de andre var blitt gule. Lagmannsretten konstaterer at det er motstrid mellom den IBM-interne rapporten som ble delt med SVV, og det som står i referatet fra KG-møtet 18. september 2014.

Iterasjon 1 pågikk frem til slutten av september 2014, og 31. oktober 2014 leverte A-2 en rapport til MP1/KP1. (FU 16708) I rapporten observerte A-2 at det gikk

> for sakte å gjøre avklaringer mellom partene. Det har gjennom iterasjon 1 ikke vært gjennomført en detaljert designavklaring med tilstrekkelig involvering av kunden. SVV har gjennom iterasjonen hatt en noe avventende holdning til å bistå i arbeidet med å lukke restanser og avklare detaljering av krav og design, samt andre forhold der de lurer på hvorfor ikke IBM spør.
> (FU 16713)

SVVs delprosjektleder Anne-Marie Ytrehus tok opp beslutningsvegring som et tema i prosjektledermøte 5. november 2014. Det går frem av møtereferatet at «SVV uttalte at det pågår mange WS» og at SVV stilte spørsmålet: «Hva kommer ut av disse, det må besluttes! Beslutningsvegring – må tas tak i fra begge parter». (FU 16871 på 16872)

I KG-møte 18. november 2014 ser det ut til at de umiddelbare problemene hadde løst seg. Det er referert at «IBM venter ikke på SVV på noen områder som hemmer fremdrift p.t.» og at «SVV ønsker ikke å være til hinder for fremdrift fremover heller og ber IBM om at alle avvik må meldes i fra så raskt som mulig, slik at SVV kan aksjonere i forhold til dette». (FU 17223 på 17225)

Den 11. desember 2014 sendte IBMs Nicolai Rygh en e-post til SVVs Anne-Marie Ytrehus om et slikt konkret tilfelle knyttet til «hovedavtale, tilleggsavtale og brikke», jf. punkt 4.4.5.10 nedenfor. (FU 18053)

Videre går det frem av en rekke aksjoner i prosjektstyringsverktøyet Tasks at IBM ventet på avklaringer og svar på aksjonspunkter, jf. punkt 4.4.5.12 nedenfor.

4.4.5.7 Om ansvaret for å bidra til en standardløsning

For lagmannsretten ser det klart nok ut til at det var en uttalt målsetning at AutoPASS Grindgut skulle være basert på mest mulig bruk av standardiserte moduler. Målsettingen var i styringsdokumentet for gjennomføring av prosjektet, fremhevet som ett av syv hovedkrav som måtte oppfylles for å oppnå hovedhensikten med prosjektet:

> Vi skal etablere IKT-løsningen med stor fleksibilitet gjennom modulisering og bruk av mest mulig standardiserte moduler og grensesnitt. Vi skal redusere omfanget av spesialutvikling så mye som mulig. (FU 2785)

Videre heter det i styringsdokumentet kapittel 2.5 om anskaffelsesprosedyrer:

> Anskaffelsen tar utgangspunkt i at bompengebetaling i all hovedsak er standard prosesser som i stor grad ligner på andre virksomheters prosesser. Vi er derfor åpne for at det finnes andre måter å bygge deler av prosessen rundt bompengebetaling på enn i dagens løsning, uten at dette bryter med rammer og krav. Andre måter å bygge prosesser på åpner for effektiviseringspotensiale ut over det vi ser i dag og det åpner for mulighet for bruk av standardløsninger.
> Vi legger derfor opp til å spille på leverandørmarkedet for å definere og utvikle endelig løsning. Dette betyr at prosjektet i kravspesifikasjonen holder seg på tilstrekkelig overordnet nivå for å hindre at løsningsrommet låses.
> (FU 2801)

I konkurransegrunnlaget etterspurte SVV bruk av standardsystemer og standardløsninger der det var mulig. Dette kom til uttrykk i to ikke-funksjonelle krav:

> IF.04.11 Utprøvde løsningskonsept
> Løsningen skal baseres på utbredte, utprøvde og anerkjente konsepter. Eventuelle rammeverkene (sic) kan være kommersielle produkter eller bestå av åpen kildekode. Utvikling av egne generelle rammeverk skal unngås. (FU 8701)
> IF.06.07 Standard systemer
> Løsningen skal bruke standardsystemer og -løsninger hvor det er mulig. Det skal dokumenteres av leverandør at system tilfredsstiller krav om å være et standard system (utbredelse i marked). (FU 8705)

Gjennom utformingen av kravene i kravtabellene ga SVV tilbyderne betydelig spillerom til å tilby standardprodukter og standardprosesser. Mens noen av de funksjonelle kravene var presist og detaljert beskrevet, la mange ingen eller bare generelle føringer på hvordan kravet skulle oppfylles. Dette var et bevisst valg, jf. sitatet fra styringsdokumentet over. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, var leid inn i prosjektet helt fra anskaffelsesfasen. Han forklarte at SVV ønsket å tiltrekke seg tilbydere med ulike løsninger som kunne dekke vegvesenets krav, og at utformingen av kravene hadde til formål at tilbyderne skulle spille inne sine alternative løsninger.

IBM tilbød en løsning som bygde på standardmoduler og standardprosesser, og tilpasninger av disse, jf. punkt 3.3.7 og 4.4.4.7.2 over. I tilbudspresentasjonen 27. februar 2013 presiserte IBM at det var «satset på å ikke bygge en kundespesifikk løsning, men å tilpasse en standardløsning til kunden» og at selskapet tolket den omstendighet at det ikke var kravstilt predefinerte prosesser «dithen at vi kan tilby våre standardprosesser». IBM fremholdt at dette tok selskapet «raskere inn i produksjon og betyr at vi kan kjøre «out of the box» med raskere implementering». (FU 5323 på 5326 og 5332) I revidert tilbud 7. august 2013 (BAFO) understreket IBM igjen at den tilbudte løsningen var «basert på en utstrakt bruk av standard programvare». (FU 6218) Samtidig går det frem av IBMs svar til behovsanalysen (Bilag A) at det ville være behov for tilpasninger i standardmodulene for å oppfylle omtrent halvpartene av kravene.

SVV la under evalueringen av innkomne tilbud til grunn at IBMs tilbudte løsning bygde på tilpasning av standardløsninger og aksepterte dette ved aksept av IBMs tilbud. (FU 7089 på 7101, FU 7975 på 7977 og FU 8023 på 8025 og 8030)

Fordelen med å bruke standardiserte moduler er at de gir lavere grunnpris og enklere vedlikehold. Ulempene er at de gir mindre brukervennlighet ved spesielle behov, og at tilpasninger i dem er kostbare. Ved bruk av standardiserte moduler, er det ofte en målsetting å begrense omfanget av tilpasninger. (FU 2145 på 2169)

SVVs arbeid med usikkerhetsanalysen for Grindgut-prosjektet viser at SVV var klar over dette. (FU 8232 på 8252 og 8253) SVV identifiserte som usikkerhet nr. 4 «usikkerhet i hvorvidt det igjennom prosjektet vil leveres en løsning som tilfredsstiller kvalitetskravene både teknisk og funksjonelt». Usikkerheten bygde blant annet på at «bruk av standardmoduler har både en opp- og nedside», og at ulempen ved «aksept av bruk av standardmoduler», var at «leverandør vil ønske å benytte standardsystemets prosesser» mens «kundens brukere vil ønske å gjenskape dagens løsning». Tiltak for å håndtere usikkerheten var blant annet at «BS og DS deltar i LBF slik at bruken av leverandørens standardmoduler/-prosesser blir avstemt så tidlig som mulig». (FU 8526) SVV tok ikke med usikkerhet nr. 4 i forslag til usikkerhetsmatrisen som ble inkludert i Bilag A.

Holdningen i SVVs prosjektledelse gjennom hele prosjektet, var at man i størst mulig grad skulle benytte IBMs standardmoduler og prosesser. Utfordringen, slik lagmannsretten ser det, var at dette ikke var avstemt med brukerne og SVVs medarbeidere på nivåene under prosjektledelsen.

Målsettingen om mest mulig bruk av standardiserte moduler kom under press fra brukerne tidlig i løsningsbekrivelsesfasen. Den 3. januar 2014 leverte Fjellinjen, Vegamot, Agder Bomdrift og Vegfinans en 25-siders rapport som inneholdt «en rekke tydelige krav og behov til nytt sentralsystem Grindgut». (FU 10198) Rapporten ble presentert for SVV i møte 10. januar 2014 hvor bompengeselskapene hevdet at «original kravspesifikasjon tok utgangspunkt i dagens løsning» mens «bompengeselskapene trenger morgendagens løsning». (FU 10253 på 10255) Rapporten fokuserte på «hvordan vi mener bompengeinnkreving burde gjøres», men var «ikke en fullstendig liste over hva bompengeselskapene og driftsselskapene trenger i Grindgut». Rapporten var heller «ikke avstemt med opprinnelig kravspesifikasjon». (FU10256) Det er ingen tegn i rapporten på at bompengeselskapene forholdt seg til SVVs målsetting om mest mulig bruk av standardiserte moduler. SVVs tilbakemelding på rapporten viser at SVV formidlet til bompengeselskapene at mange av deres ønsker ikke ville bli møtt, og at mange av dem var «utenfor prosjektets mandat». (FU 10472) Rapporten og behandlingen av den etterlater imidlertid et klart inntrykk av at det var et betydelig avvik mellom SVVs og bompengeselskapenes – brukergruppens – forventninger til Grindgut-løsningen ved inngangen til løsningsbeskrivelsesfasen.

To endringer fra løsningsbeskrivelsesfasen medførte store avvik fra IBMs standardiserte modulbaserte løsning og utløste behov for skreddersøm. Det ene var endring av kundebildet og «ett-stegs registrering». Det andre var implementeringen av økonomifunksjonalitet i SugarCRM («SAP-i-CRM»). Lagmannsretten viser til redegjørelsene i punkt 4.4.4.6.2 og 4.4.4.7.2 over. Begge endringer var drevet av bompengeselskapenes brukerbehov.

I et notat 27. mars 2014 observerte A-2 at det var «behov for forventningsavklaring mellom partene og overfor interessentene, spesielt Fjellinjen» og at det var nødvendig å avklare «behovet for tilpassede arbeidsprosesser i forhold til målet om mest mulig standard funksjonalitet i systemet (kost/nytte)». (FU 11906 på 11911 og 11915) I utkast til oppdatert usikkerhetsmatrise mot slutten av løsningsbeskrivelsesfasen ble risikoen for at det oppsto «vesentlig avvik fra det som ligger som standardfunksjonalitet i IBMs løsning» inntatt som en ny usikkerhet, antakeligvis etter forslag fra IBM. (FU 12987 på 12990) På dette tidspunktet ble det ikke foreslått tiltak for å håndtere usikkerheten, men i den oppdaterte og omforente usikkerhetsmatrisen som ble presentert til KG-møtet i november 2014, ble det opprettet et tiltak for IBM om å ha «fokus på standardfunksjonalitet der dette er tilstrekkelig for [å] løse kundens behov». (TU2 1459 på 1463) Samtidig ble det opprettet et nytt tiltak for SVV om å vise «tydelighet ift interessenter». Tiltaket var knyttet til usikkerhetselementet «forsinkelser grunnet kundens evne til å foreta avklaringer og ta beslutninger løpende», som var påvirket av «at det er mange interessenter hos kunden». (TU2 1461)

Målsettingen om mest mulig bruk av standardiserte moduler kom under ytterligere press fra brukerne i konstruksjonsfasen. Nye krav til Kundebildet og krav om at adressebestemte fritak og fritak for buss-i-rute skulle legges inn i SugarCRM, utløste behov for skreddersøm, jf. punkt 4.4.4.6.2 og 4.4.4.4. Det samme gjorde kravene til sakshåndtering, jf. punkt 4.4.4.7.3, krav knyttet til rapportene for brikkelogistikk, jf. punkt 4.4.4.7.6 og økte krav til økonomifunksjonalitet i SugarCRM, jf. punkt 4.4.4.7.2.

Kontraktspartene ble utover høsten 2014 og våren 2015 svært uenige om SVV hadde krevd skreddersøm. For lagmannsretten er det tilstrekkelig å vise til at A-2 i rapport til KP2 5. juni 2015 konstaterte:

> Løsningen inneholder mindre bruk av standard funksjonalitet enn forventet. IBM opplever på den ene siden at SVV ønsker bruk av mest mulig standard funksjonalitet, men på den annen side at de (og brukerne) krever avvik fra eller er lite tilfreds med standard funksjonalitet. Kontraktens krav er også motstridige. (FU 24498 på 24507)

A-2s Henning Denstad forklarte at han oppfattet at kontraktspartene var omforent om at standardfunksjonaliteten dekket mindre enn opprinnelig antatt. Han forklarte også at det var et gap mellom den graden av standardisering som SVV ønsket, og de forventningene som bompengeselskapene hadde til en ny løsning. A-2 var usikker på hvor dypt ønsket om standardisering var forankret. Dette ble tatt opp som en utfordring i A-2s første rapport 14. mai 2014, jf. punkt 4.4.5.5 over og ble, som forespeilet der, en betydelig utfordring utover i prosjektet.

SVVs delprosjektleder, Anne-Marie Ytrehus, forklarte at hun ikke gjorde noe spesifikt for å holde bompengeselskapenes forventninger til den nye løsningen på plass, eller for å sørge for at målsettingen om mest mulig bruk av standardiserte moduler ikke kom under press fra brukerne. Hun forventet at IBM skulle komme til henne hvis brukerne kom med krav som ikke var dekket av IBMs tilbudte løsning. Dette var blitt kommunisert til IBM flere ganger, blant annet i KG-møte 18. november 2014 og KG-møte 18. desember 2014. (FU 17223 på 17224 og FU18383 på 18384) Hun fikk imidlertid aldri henvendelser fra IBM om at brukerne krevde funksjonalitet som utløste behov for mer skreddersøm.

SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, som deltok i alle arbeidsmøtene i CRM-strømmen, forklarte at han heller ikke gjorde noe spesielt for å styre brukerrepresentantenes forventninger til løsningen. Han hadde ikke noen konkrete eksempler på at han hadde sagt nei til ønsker om tilpasninger fra brukerrepresentantene.

Lagmannsretten går nå over til å behandle de konkrete sakene i EA054 som IBM har fremholdt som eksempler på en mer krevende arbeidsform og manglende bidrag til realisering av standardløsning.

4.4.5.8 Fritaksberettigede kjøretøy – buss i rute

Arbeidsprosessen rundt fritaksberettigede kjøretøy/buss i rute er nevnt som et eksempel på at det gikk med uforholdsmessig mye tid på avklaringer og at «detaljerte krav [...] dukker opp sent i prosessen». Dette medførte «en økt arbeidsbelastning på Leverandørens ressurser og mer arbeid i gjennomføring ved økt antall WorkShop's samt etterarbeid». I EA054 står det:

> Et eksempel på dette er prosessen knyttet til fritaksberettigede kjøretøy. IBM utarbeider et grunnlag med detaljer inn til første Workshop. I løpet av møtet avdekkes ytterligere detaljer som Leverandøren da må oppdatere for UseCase'et. Ved neste Workshop kommer endre (sic) flere detaljer som igjen fører

til nye runder. Dette er en prosess som er avhengig av at Leverandøren må stille de rette spørsmålene for å få ut uttømmende liste av krav i første runde.
(FU20014)

Hva gjelder den funksjonelle endringen knyttet til fritaksberettigede kjøretøy, viser lagmannsretten til punkt 4.4.4.4, hvor spørsmålet om endring i fritaksregler som grunnlag for kravet i EA053 er behandlet.

Lagmannsretten mener at avklaringsprosessen rundt fritaksreglene ble uforholdsmessig lang. Slik det går frem av punkt 4.4.4.4, ble spørsmålet om hvordan fritak skulle håndteres, tatt opp i CRM-arbeidsmøte 4. september 2014. (FU 15214) Lagmannsretten mener at SVV ut av dette møtet fikk i oppgave å avklare hvilke forretningsregler skulle gjelde for fritak. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, forklarte at han kunne ha tatt en beslutning i arbeidsmøtet, men at han ikke gjorde det fordi han oppfattet at IBM tilbød en fleksibilitet som han ønsket å diskutere med driftsselskaper og bompengeselskaper. Det er ikke gitt noen forklaring på hvorfor en diskusjon/avklaring med andre interessenter ikke kunne skje raskt, slik kontrakten legger opp til. Spørsmål om fritak/buss i rute var oppe i ikke mindre enn syv CRM-arbeidsmøter gjennom september og oktober 2014, uten at en beslutning ble tatt. Først i forbindelse med «avklaringsmøte» 3. november 2014, hvor både SVV og representanter fra flere bompengeselskaper og driftsselskaper deltok, ble det truffet en beslutning som IBM kunne basere sitt design på. (FU 16855) Lagmannsretten bemerker at det var på dette tidspunktet at prosjektleder Anne-Marie Ytrehus uttrykte seg om beslutningsvegring, jf. over.

4.4.5.9 Audit fields (revisjonsspor)

Det andre eksemplet på at arbeidsprosessen ble uforholdsmessig lang og ressurskrevende, er prosessen rundt audit fields (revisjonsspor). IBM gjør gjeldende at den langvarige beslutningsprosessen førte også til merarbeid på ni brukertilfeller som allerede var avsluttet til iterasjon 1 (UC_AM_ADM_01 til 03 og 05 til 10).

Detaljering av kravene til revisjonsspor av felter for kunder, avtaler, konto og adresser ble tatt opp i det første CRM-arbeidsmøte i konstruksjonsfasen 15. august 2014. (FU 14655 på 14656) Av møtereferatet går det frem at SVV fikk i oppgave å foreslå en «list of tracked changes». Lagmannsretten legger til grunn at dette var forretningsregler som SVV hadde ansvar for å skaffe. I neste arbeidsmøte 27. august 2014 fikk SVV i oppgave å foreslå en «list of audit fields». (FU 14693 på 14964) Lagmannsretten oppfatter at dette er det samme aksjonspunktet som i det forrige arbeidsmøtet. IBM fikk i oppgave å oversende «LDM doc & suggestions from GD». Dette ble fulgt opp av IBM 29. august 2014. IBM oversendte da en presentasjon til SVV med en liste over de feltene som det kunne være aktuelt å opprette et revisjonsspor på. (FU 15129 og 15133) På den første siden av presentasjonen går det frem at IBM hadde identifisert alle aktuelle felter for alle modulene, men at antall felter som det skulle opprettes revisjonsspor på, kunne påvirke ytelsen på løsningen.

Spørsmålet om revisjonsspor var oppe i arbeidsmøte 1. september 2014. (FU 15185) Aksjonen for SVV ut av dette møtet var å fortsette gjennomgangen («continue reviewing»). Aksjonen for SVV ut av arbeidsmøtet 9. september 2014 var: «Prepare to finish audit walkthrough next meeting Thursday Sep 11th». (FU 15268 på 15269) Det går frem av møtereferatet at SVV ble bedt om å gi sine kommentarer senest innen 16. september 2014 hvis de skulle tas i betraktning for iterasjon 1. Det er ikke fremlagt noe referat fra et arbeidsmøte 11. september 2014, og det er for lagmannsretten uvisst om det ble holdt et arbeidsmøte den dagen. Avklaringen kom imidlertid for sent for iterasjon 1. SVV traff en beslutning om hvilke felter det skulle opprettes revisjonsspor på den 2. oktober 2014. (FU 15842)

Det er for lagmannsretten vanskelig å forstå hvorfor det tok så lang tid for SVV å beslutte hvilke felter det skulle opprettes revisjonsspor på. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, forklarte at han oppfattet det som merkelig at IBM stilte spørsmål rundt revisjonsspor da SVV var vant med å ha revisjonsspor i CS Norge. Slik lagmannsretten ser det, underbygger Leivestads forklaring at det burde ha vært enkelt for SVV å avklare spørsmålet raskt dersom vegvesenet ønsket samme løsning i Grindgut. SVV fikk raskt et godt beslutningsunderlag fra IBM med oversendelse av presentasjonen 29. august 2014. Presentasjonen inneholdt en «smørbrødliste» over aktuelle felter, og det burde vært enkelt for SVV å markere sine ønsker på presentasjonen, noe som også Leivestad bekreftet i sin forklaring. Tonje Offenberg Bye forklarte imidlertid at SVV ikke kom med noe svar på egen hånd, og at IBM måtte sitte sammen med SVV i møter og gå gjennom presentasjonen for å få en avklaring, noe som stjal tid.

4.4.5.10 Avtalestruktur

I likhet med de foregående eksemplene, gjelder eksempelet «avtalestruktur» sendrektig avklaring av forretningsregler som det var SVVs ansvar å avklare og avgjøre.

IBM har også fremmet en funksjonell endringsanmodning EA076 CRM Avtalestruktur. Lagmannsretten behandler ikke EA076 særskilt, jf. punkt 4.4.7.1 nedenfor, og ser heller ikke behov for å behandle den for å ta standpunkt til EA054. Spørsmålet her er ikke om «CRM Avtalestruktur» var en endring, men om arbeidsprosessen rundt avtalestruktur ble uforholdsmessig lang og ressurskrevende.

Ved e-post 11. desember 2014 til SVVs Anne-Marie Ytrehus varslet IBMs Nicolai Rygh at det i arbeidsmøter «stadig dukker opp nye kombinasjoner» for «hovedavtale, tilleggsavtale og brikke [...] som har betydning for valg som må / ikke må være tilgjengelig for sluttbrukeren». (FU 18053) IBM mente at disse kombinasjonene verken var beskrevet i Bilag A (behovsanalysen) eller i løsningsbeskrivelsen. Rygh skrev at han forventet at SVV hadde «oversikt over gyldige kombinasjoner» som SVV kunne sende til IBM «slik at vi kan ta en gjennomgang for å se hva som er dekket i løsningsbeskrivelsen, og hva som må håndteres».

Den 16. desember 2014 sendte SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, e-post til Tonje Offenberg Bye m.fl. med en 13 sider lang presentasjon som, ifølge e-posten, «illustrerer ulike varianter av avtalestruktur og koblinger mellom kjøretøy/brikke/ avtaleeier». (FU 18338 flg) Videre skrev Leivestad:

> Denne listen er ikke ment å være en fullstendig systematisk beskrivelse. Det kan være ytterligere nyanser til hver case som ikke kommer frem i bildet.

Det er ikke gitt noen forklaring på hvorfor SVV ikke kunne sende over en uttømmende liste over gyldige (gjeldende) kombinasjoner så sent i prosjektet. Staten har vist til at IBM tidlig i løsningsbeskrivelsesfasen fikk i oppgave å foreslå en forenklet avtalestruktur da gjeldende avtalestruktur var «mangfoldig og ulik benyttet fra ulike BS». (FU 10703)

Lagmannsretten kan ikke se at dette er relevant her. Poenget er at det i arbeidsmøter i konstruksjonsfasen oppsto behov for avklaringer som det var SVVs ansvar å bidra til å løse opp i. Tonje Offenberg Bye forklarte at IBM, istedenfor å kunne ta utgangspunkt i en systematisk beskrivelse av gjeldende kombinasjoner, måtte holde flere møter med SVV for å få den nødvendige informasjon, noe som stjal tid. At det ble holdt flere arbeidsmøter for å gå gjennom aktuelle scenarier og kombinasjoner med SVV og finne omforente formuleringer på forretningsreglene, synes heller ikke å være bestridt.

4.4.5.11 Bompakke

Arbeidsprosessen rundt «bompakke» (Toll entities) er også nevnt i EA054 som et eksempel på en arbeidsprosess som ble uforholdsmessig lang og ressurskrevende. Prosessen rundt utarbeidelse av brukerhistoriene for bompakke er beskrevet i punkt 4.4.4.7.5 over, og lagmannsretten viser til redegjørelsen der.

4.4.5.12 Aksjoner i «Tasks»

Til støtte for sitt krav i EA054 har IBM vist til oppgaver/aksjoner i prosjektstyringsverktøyet «Tasks» som ble allokert til SVV, men som enten ikke ble besvart eller ble sent besvart.

Staten har gjort gjeldende at eksemplene fra Tasks ikke er av et slikt omfang at de kan påvise at IBMs fremdrift ble hindret av manglende og forsinkede avklaringer fra SVV. Staten har også gjort gjeldende at flere av oppgavene var besvart selv om dette ikke er synlig i Tasks, og at IBM uansett har unnlatt å undersøke om kontraktspartene bare har glemt å føre avklaringene inn i Tasks.

Fra konstruksjonsfasen har IBM vist til aksjon 9.36, «Avklaring rundt distribusjonskanal (fakturaer osv)», som ble tatt opp av Tonje Offenberg Bye i CRM-møte 2. september 2014 og lagt inn i Tasks 5. september 2014 med en dags frist for SVV å besvare. (FU 15216) Aksjonen ble først lukket 4. februar 2015.

Aksjon 9.36 er beslektet med aksjon 9.39 «Avklar fakturamåte (brev, e-post..)». (FU 15709) Denne aksjonen ble først opprettet som en aksjon for SVV i CRM-arbeidsmøte 23. september 2014, men opprettet i Tasks 15. november 2014 med frist for svar fra SVV 17. november 2014. (FU 15671) Aksjonen var ikke lukket i Tasks på hevingstidspunktet.

Staten har gjort gjeldende at aksjonene 9.36 og 9.39 ble besvart senest 23. oktober 2014. Det er vist til at beskrivelsen av basisflyten for UC_AM_05 (Ny avtale) i dokumentet «Use Case Model Account Management» versjon 2.15 datert 23. oktober 2014, inneholdt den løsningen som kontraktspartene var blitt enige om.

Lagmannsretten mener at det har formodningen mot seg at i hvert fall aksjon 9.39 var kvittert ut 23. oktober 2014 ettersom oppgaven ble opprettet i Tasks etter denne datoen. SVVs funksjonelt løsningsansvarlige, Arve Leivestad, forklarte at han brukte Tasks aktivt. Lagmannsretten mener at det er mest sannsynlig at han ville ha sørget for at aksjonen ble lukket dersom oppgaven allerede var løst. Det at dokumentet «Use Case Model Account Management» inneholder den løsningen som kontraktspartene landet på, utelukker heller ikke at det var diskusjon rundt temaet og behov for avklaring, slik lagmannsretten ser det. Utover høsten 2014 ble det utarbeidet ikke mindre enn 44 versjoner av dokumentet, og mange av stegene i basisflyten var gjenstand for endringer, jf. punkt 4.4.4.7.4 over.

Aksjon 9.47 «Definer forretningsregel for validering av utenlandske organisasjonsnumre», ble opprinnelig opprettet som en aksjon for SVV i CRM-arbeidsmøte 15. august 2014 og opprettet som en aksjon for SVV i Tasks 15. november 2014. (FU 14655 på 14656 og FU 15708) Fristen var 17. november 2014, men aksjonen var ikke lukket i Tasks på hevingstidspunktet.

Staten har gjort gjeldende at IBM allerede 14. oktober 2014, var kjent med at det ikke fantes forretningsregler rundt format for utenlandske organisasjonsnumre. Staten har vist til aksjon 9.67, «Format på organisasjonsnummer», opprettet i Tasks 14. oktober 2015 hvor det går frem at «for utenlandske organisasjoner er det ikke identifisert forretningsregler rundt format, disse vil dermed ikke bli verifisert, kun sjekket at er unike». (TU2 1440) Det er også anført at IBM burde ha funnet ut av dette selv.

Lagmannsretten mener at det har formodningen mot seg at det ble opprettet oppgaver i Tasks på spørsmål som allerede var avklart eller løst, uten at SVV reagerte og sørget for at oppgaven ble lukket, jf. over. Slik lagmannsretten ser det, er det mer nærliggende å tolke aksjon 9.67 slik at aksjonen med å definere forretningsregel for validering av utenlandske organisasjonsnumre, ennå ikke var besvart/lukket. Aksjon 9.67 var heller ikke lukket på hevingstidspunktet. Det å definere forretningsreglene var SVVs ansvar. Det er uten betydning at IBM eventuelt kunne ha funnet ut av dette selv.

Aksjonen 9.66 «Kjøretøysopplysninger», med spørsmål om hvilke opplysninger som skulle være påkrevd for kjøretøy som ble lagt inn manuelt, ble opprettet som en aksjon for SVV i Tasks 14. oktober 2014 med frist 21. oktober 2014. (TU2 1439)

Staten har gjort gjeldende at aksjonen ble besvart i møte 16. oktober 2014, mens IBM har gjort gjeldende at den kun delvis ble besvart. (FU 16168) Aksjonen står som påbegynt i Tasks 14. oktober 2014, men var ikke lukket på hevingstidspunktet.

Slik lagmannsretten ser det, var aksjonspunktet stort sett besvart i CRM-møtet 16. oktober 2014, men det var fortsatt spørsmål som trengte avklaring. Av møtereferatet går det frem at SVV var «usikker om næringskode skal være med» og «usikker om det er flere koder for utrykningskjøretøy».

Aksjon 9.65 knyttet til avklaring av forretningsregel for «Maxi taxi» ble opprettet som en aksjon for SVV i Tasks 13. oktober 2014 med frist 22. oktober 2014. (FU 16018) Aksjonen står som påbegynt i Tasks 21. oktober 2014, men var ikke lukket på hevingstidspunktet.

Staten har gjort gjeldende at aksjonen ble besvart i møte 16. oktober 2014. (FU 16168)

Slik lagmannsretten ser det, var aksjonen delvis besvart i CRM-møtet 16. oktober 2014, men det var fortsatt spørsmål som måtte «sjekkes opp» og som SVV ikke klarte å svare på.

Lagmannsretten er enig med staten i at eksemplene fra Tasks som IBM har vist til, alene ikke er av et slikt omfang at de påviser at IBMs fremdrift ble hindret av manglende og forsinkede avklaringer fra SVV. Lagmannsretten mener imidlertid at de støtter opp under de konkrete eksemplene som det er vist til i EA054, og at de underbygger at avklaringer tok uforholdsmessig mye tid.

4.4.5.13 EA054 – konklusjon

I sum mener lagmannsretten at det er sannsynliggjort at arbeidsformen og -prosessen med å utarbeide brukerhistoriene i CRM-strømmen ble annerledes og vesentlig mer arbeidskrevende enn den som ble lagt til

grunn for kontrakten, og at SVV ikke bidro tilstrekkelig til å begrense omfanget av skreddersøm slik at en standard løsning kunne realiseres. Lagmannsretten mener videre at dette hadde konsekvenser for fremdriften.

IBM har krevd fristforlengelse og flytting av milepæler med 42 kalenderdager. Lagmannsretten mener at kravet er høyt, og at 28 kalenderdager er et mer rimelig estimat av forsinkelsen.

Lagmannsretten mener videre at IBM må bære en del av ansvaret for at prosessen med å utarbeide brukerhistoriene ble mer arbeidskrevende. Lagmannsretten viser til at IBM i medhold av Bilag B punkt 2.5.3 og 2.5.5 hadde det overordnede lederansvaret for arbeidet i alle kontraktfasene. (FU 9075 og 9077) Dette tilsier at IBM hadde ansvar for å treffe tiltak for å bringe arbeidsformen inn i et mer konstruktivt spor slik at den ikke hindret fremdriften. SVV hadde en medvirkningsplikt, men begge parter hadde et ansvar for en effektiv prosess. Lagmannsretten viser også til at A-2 i notat 13. april 2015 påpekte at en del av årsaken til problemene som oppsto, var at prosessbeskrivelsen for detaljering av design med involvering fra SVV som ble definert og gjennomgått ved oppstart av konstruksjonsfasen, ikke ble fulgt. (FU 22334) Dette var IBMs ansvar. Manglende involvering av SVV i detaljering av design var også påpekt i A-2s rapport 5. juni 2015. (FU 24506/7) Slik lagmannsretten ser det, bidro også IBMs komplekse organisering og lange kommunikasjonslinjer til at arbeidet med å utarbeide brukerhistoriene ble mer arbeidskrevende enn forventet, jf. punkt 3.2 og 3.3.3.5. Lagmannsretten utelukker heller ikke at IBMs vansker med å skaffe relevant og tilstrekkelig kompetanse på CRM- og SAP-strømmene, hadde betydning for den arbeidsformen som utartet seg.

Lagmannsretten mener etter dette at begge kontraktspartene må bære ansvaret for de tidsmessige konsekvensene av EA054. Sett hen til at kontraktspartene hadde inngått en samspillskontrakt, og i mangel av andre klare holdepunkter, mener lagmannsretten at ansvaret må deles likt.

Lagmannsretten konkluderer med dette at IBM gis medhold i at EA054 gir krav på fristforlengelse med 14 kalenderdager.

4.4.6 EA067 Greenbird

EA067 gjelder merarbeid som følge av IBMs deltakelse i arkitekturvurderingen av Grindgut som SVV bestilte fra Greenbird Consulting AS og som ble gjennomført i perioden januar/februar 2015, jf. punkt 3.3.8 over.

IBM har krevd fristforlengelse med to kalenderdager og kostnadsdekning med 277 465 kroner. Staten er enig i at EA067 utgjør en endring, men er uenig i at IBMs deltakelse i Greenbirds gjennomgang hadde tidskonsekvenser for Grindgut som gir krav på fristforlengelse. SVV er også uenig i IBMs kostnadskrav.

EA067 ble opprettet av SVV ved Nina Jørgensen 5. mars 2015. (FU 20868) SVV foreslo å utstede en endringsordre på 171 339 kroner for 120 timer medgått til IBMs deltakelse i Greenbirds gjennomgang.

IBM svarte på EA067 15. april 2015 og gjorde gjeldende at timene medgått til deltakelse i Greenbirds gjennomgang måtte faktureres som «øvrig arbeid». (FU 22515) IBM krevde samtidig fristforlengelse med to kalenderdager for forsinkelse som følge av prosjektledernes deltakelse i gjennomgangen. I IBMs svar heter det:

> SVV har benyttet IBMs ressurser for å gjøre et review som ikke er regulert av krav kontrakten. SVV anmodet IBM om [...] å være med på review men det ble presisert fra SVV at omfanget var begrenset og ikke skulle gå ut over produksjon av leveranser. IBM har loggført alle timer medgått til review og mener at antall timer medgått langt overgår de timer som ble antydet før oppstart av review. Videre har review medført at sentrale ressurser har benyttet sine timer på dette review i stedet for å produsere leveranser på kritisk linje i prosjketet. Timene medgått anses derfor som «øvrige arbeid», og SVV bes ustede en EO for å dekke kostnaden.
>
> ...
>
> GD leveransene knyttet til CRM, INT og ARC har blitt forsinket pga Kundens bruk av henholdsvis Svein Rimestad, Tonje Bye og Wenche Brateng. Kostnad for ventetid i GD utgjør derfor 2 dager av henholdsvis AR, CRM og INT.
>
> ...
>
> Forsinkelse fastsettes derfor til 277 465 kroner.

Tingretten kom til at EA067 var berettiget og ga IBM medhold i både kostnadskravet og fristforlengelseskravet. I dommen på side 108 heter det:

> Bistanden fant sted i en fase hvor IBM hadde høyt fokus på å ferdigstille iterasjon 2, og der GD hadde behov for jevnlige tilbakemeldinger fra det norske prosjektteamet. Innvirkningen på prosjektorganisasjonen til IBM var derfor mest sannsynlig slik de har anført, herunder kostnadene for ventetid i GD.
>
> Endringsanmodningen fremstår således som riktig og rimelig. IBM har rett til økning av målpris med vederlaget beskrevet i EA067. Kravet om 2 dager fristforlengelse anses også som berettiget.

Staten har som nevnt bestridt både IBMs kostnadskrav og krav om på fristforlengelse. Standpunktet er imidlertid ikke nærmere begrunnet under ankeforhandlingen. Det er således ikke kommet anførsler eller bevis som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering. Lagmannsretten legger derfor tingrettens vurdering til grunn, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.7 EA078 Kina-saken

4.4.7.1 Innledning og partenes anførsler

EA078 – «hindre eksponering av produksjonsdata i Kina» – ble opprettet av SVV ved Arve Ryan 16. mars 2015. (FU 21233) Under overskriften «Beskrivelse av ønsket endring» står det følgende:

> Statens vegvesen har i brev varslet IBM om at de har oppdatert sin sikkerhetsvurdering og landrisiko. Som følge av dette skal produksjonsdata generelt og persondata spesielt ikke være eksponert i Kina. Med eksponert menes her at data ikke skal kunne finnes i Kina (dette omfatter alle typer tilgang fra Kina). Med Kina menes innenfor de geografiske grensene til Folkerepublikken Kina.
> [...]
> Statens vegvesen ber IBM om en beskrivelse av hvordan dette skal løses teknisk og administrativt og hvilke konsekvenser det har. Beskrivelsen skal omfatte konsekvenser både for utviklingsfasen og for forvaltningsperioden.

IBM har gjort gjeldende at EA078 er en endring til kontrakten som SVV ville ha bestilt, og som ville gitt selskapet krav på fristforlengelse med 90 kalenderdager.

Staten har på sin side gjort gjeldende at EA078 ikke gir grunnlag for fristutsettelse, og at IBM må bære de eventuelle tidsmessige konsekvensene av endringen. IBM hadde uavhengig av SVVs oppdaterte sikkerhetspolicy, ikke rett til å behandle, og dermed ikke rett til å eksponere, personopplysninger i Kina i konstruksjonsfasen. IBM er ansvarlig for eventuelle forsinkelser forbundet med å innføre tiltak for å hindre eksponering av personopplysninger der. EU-kommisjonen har ikke godkjent Kina som et land som har regler som ivaretar personvernet på tilsvarende måte som land i EØS-området. Overføring og annen behandling av personopplysninger i medhold av daværende personopplysningsloven § 29 var dermed utelukket. Kontraktspartene hadde ikke inngått noen EU standardkontrakt (EU Model Clause) som ville tillatt behandling av personopplysninger i Kina, og SVV var ikke forpliktet til å inngå en slik kontrakt. Det var IBMs valg av Kina som utviklingslokasjon sammen med IBMs manglende etablering av sikkerhetsrutiner for å hindre eksponering av produksjonsdata i Kina som foranlediget tiltak fra SVVs side, herunder bestilling av datasikkerhetsprogrammet «Guardium» for å skjerme personopplysninger utenfor EU (EO048), og utstedelse av EA078. (FU 21225) IBM opplyste at Guardium ville løse alle problemene knyttet til å sikre persondata mot tilgang fra Kina, både under utvikling, test og produksjon. Kina-saken ble under prosjektgjennomføringen ansett for å være et potensielt stor utfordring for avtalene om vedlikehold og drift. Det er ingen holdepunkter i begivenhetsnær dokumentasjon for at Kina-saken ville ha nevneverdig konsekvenser for Leveranseavtalen. SVV ga uttrykkelig beskjed om at man skulle kjøre videre til nødvendig kompetanse og roller var på plass utenfor Kina. Behovet for ressursene fra Kina ville først ha oppstått i april/mai 2016. Det var derfor god tid for å få ressursene fra Kina på plass. IBM påberopte seg tiltak som umulig kunne være en konsekvens av Kina-saken for Leveranseavtalen.

4.4.7.2 Lagmannsrettens syn

Staten kan ikke få medhold i at IBM må bære konsekvensene av forsinkelsen som oppstod som følge av Kina-saken.

Det er ikke omtvistet at IBMs offshoremodell går frem av Bilag B, og SVV visste helt fra tilbudsfasen at deler av utviklingen ville foregå i Kina. Etter kontrakten skulle imidlertid alt utviklingsarbeid i Kina, inkludert migreringstesting, foregå uten bruk av produksjonsdata/personopplysninger. Det var derfor ikke nødvendig å regulere overføring og behandling av personopplysninger med en EU standardkontrakt eller andre tiltak for å hindre eksponering av produksjonsdata i Kina. Etter Bilag C punkt 4.3.12 hadde SVV plikt til å skaffe anonymiserte testdata for bruk i migreringstest. (FU 9132) SVV fikk imidlertid problemer med å oppfylle denne plikten, og kontraktspartene måtte underveis i prosjektet endre migreringsstrategi til å ta i bruk produksjonsdata som inneholdt personopplysninger i migreringstesting. En EU standardkontrakt ville løst denne utfordringen hadde det ikke vært for at SVVs endrede sikkerhetspolicy ikke under noen omstendighet tillot overføring av personopplysninger til land utenfor EU. Lagmannsretten finner det klart at både EO048 (Guardium) og EA078 (hindre eksponering av produksjonsdata i Kina) var foranlediget av forhold på SVVs side, nemlig endringene i migreringsstrategien kombinert med endringen i SVVs sikkerhetspolicy. Begge strategiene ble endret etter at kontrakten ble inngått. SVV må derfor bære risikoen og ansvaret for de tidskonsekvensene dette hadde for prosjektet.

Både EO048 (Guardium) og EA078 synes å være direkte foranlediget av rapporten «Grindgut sikkerhetsgjennomgang», som ble utarbeidet av KPMG på oppdrag fra SVV. (FU 20466) I innledningen til rapporten, som ble overlevert 19. februar 2015, går det frem at SVV i oppdragsbeskrivelsen hadde oppgitt følgende som bakgrunn for oppdraget:

> Vegvesenet har besluttet skjerpede interne regler for håndtering av personopplysninger. Med skjerpet menes at de er strengere enn de generelle lovene for personvernopplysninger, og innebærer blant annet at persondata ikke skal kunne aksesseres fra land utenfor Europa. Disse endringene er innført etter kontraktsdato med leverandør av Grindgut prosjektet. Leverandøren utfører store deler av systemutviklingen og forvaltningen i lavkostland. Hovedtyngden av leverandørens personale befinner seg derfor i India og i Kina. (FU 20469)

KPMG påpekte i rapporten at det ikke var inngått noen avtale om overføring av personopplysninger til utlandet, og heller ikke noen EU standardkontrakt som ville ha muliggjort overføring av personopplysninger til land utenfor EU. Da *vedlikehold* av deler av løsningen etter kontrakten skulle gjøres fra Kina, ville personopplysninger bli eksponert til ressurser der, og tiltak for å sikre informasjonssikkerhet i henhold til personopplysningsloven måtte iverksettes før vedlikeholdsperioden ble igangsatt.

KPMG påpekte, slik lagmannsretten har vist til, at slike tiltak i utgangspunktet ikke var nødvendige i *konstruksjonsfasen*, da utvikling og test var planlagt gjennomført uten bruk av produksjonsdata og dermed personopplysninger. Underveis i prosjektet var det imidlertid avdekket at det kunne oppstå behov for produksjonsdata i test av migrering, som var planlagt gjennomført før HMP2. Om dette skrev KPMG:

> Prosjektet har gjennom workshops jobbet seg frem til alternative migreringsstrategier og konkludert med å endre migreringsstrategi fra den som er avtalt i kontrakten. Endelig migreringsstrategi er per rapportdato ikke fastlagt.
> I henhold til leveransekontrakten skal kunden fremskaffe anonymiserte testdata. Dersom leveranseprosjektet kun benytter anonymiserte testdata vil ikke personopplysninger være eksponert i denne fasen og personopplysningsloven [er] irrelevant med tanke på systemtilgang fra tredjeland.
> I intervjuer har det fremkommet at prosjektet så langt ikke har lykkes med å produsere anonymiserte testdata som vil sikre en fullverdig test av migreringen. Partene har derfor diskutert mulig behov for bruk av produksjonsdata i stedet.
> Dersom arbeidet med ny migreringsstrategi resulterer i at produksjonsdata som inneholder personopplysninger vil bli brukt til testmigrering vil personopplysningsloven være relevant i testfasen. Det betyr at tiltak som beskrevet i observasjon 1 må være implementert innen migreringstestingen kan starte.
> (FU 20475)

KPMG identifiserte i «observasjon 1» tre mulige, alternative tiltak for å løse sikkerhetsutfordringene ved overføring av personopplysninger til land utenfor EU. Det første alternativet var å inngå en EU standardkontrakt med selskapene som håndterte personopplysninger i utlandet. SVVs endrede sikkerhetspolicy tillot imidlertid ikke under noen omstendigheter overføring av personopplysninger til land utenfor EU. Denne løsningen var derfor ikke aktuell, verken i konstruksjonsfasen eller i vedlikeholdsfasen. Det andre alternativet

var å hindre at medarbeidere i tredjeland fikk tilgang til personopplysningene i Grindgut-løsningen, og det tredje alternativet var å flytte eller erstatte ressurser i tredjeland.

Det er flere forhold som etter lagmannsrettens syn underbygger at SVV så på konsekvensene av endringene i egen migreringsstrategi og sikkerhetspoilcy som sitt ansvar.

Det første forholdet er det enkle faktum at det var SVV som tok initiativet til å opprette EO064 og EA078. Dette tyder i seg selv på at SVV oppfattet bestillingen av Guardium og det å hindre eksponering av produksjonsdata i Kina, som endringer til kontrakten som SVV hadde ansvar for.

Det andre forholdet er SVVs egen omtale av «Kina-saken» i de begivenhetsnære bevisene. Da funnene fra KPMGs sikkerhetsgjennomgang ble presentert for SVVs styringsgruppe i møte 20. mars 2015, ble EA078 omtalt som et

> nytt krav fra SVV ang. håndtering av bruk av selskap i Kina til utvikling og forvaltning. Dette kan bli en potensiell større endring. Vi venter på endringsanalyse fra IBM.
> (FU 21449)

Videre går det frem av referatet fra KG-møte 17. april 2015 at SVV var innforstått med at deres krav om endring ville få betydning for tidsplanen:

> Kunden har varslet begrensninger knyttet til Kina som vil påvirke tidsplanen. Dette må avklares snarest slik at planverket kan reflektere dette. SVV venter på konsekvensanalyse fra IBM (EA078) på dette. Når analysen foreligger kan partene sammen jobbe for at konsekvensen for tidsplanen blir så liten som mulig. (FU 22624 på 22626)

Det tredje forholdet er bestilling av datasikkerhetsprogrammet Guardium gjennom utstedelse av EO048 14. mars 2015, kort tid etter at KPMGs rapport ble overlevert SVV. Bakgrunnen for endringsordren er beskrevet slik:

> Statens vegvesen har etter kontraktsinngåelse stilt krav om skjerming av personopplysninger utenfor EU og vil benytte produktet IBM InfoSphere Guardium for dette. Dette produktet skal settes opp slik at det skjermer dataene som er lagret sentralt, slik at kun autoriserte brukere vil se umaskerte data. Det vil både gjelde personopplysninger i produksjon og test.
> (FU21225)

Bestillingen av Guardium hadde ikke tidsmessige konsekvenser for prosjektet, men SVV påtok seg uten videre kostnadene ved bestillingen. Det var aldri et tema at IBM måtte bære noen del av kostnadene, eller at IBM hadde noe ansvar for skjerming av personopplysninger utenfor EU, verken i konstruksjonsfasen eller i vedlikeholdsfasen.

Et fjerde forhold er prosessen rundt EA078. EA078 ble opprettet av SVV 16. mars 2015, bare to dager etter at EO048 (Guardium) ble undertegnet. Begrunnelsen for EA078 er identisk med begrunnelsen for EO048. Bakgrunnen for at SVV utstedte EA078 synes å være at SVV var usikker på om Guardium alene var tilstrekkelig til å sikre informasjonssikkerhet i henhold til SVVs endrede sikkerhetspolicy.

Slik det fremgår over ba SVV i EA078 IBM om å beskrive hvordan sikkerhetsutfordringene som fulgte av endringene i SVVs sikkerhetspolicy skulle løses teknisk og administrativt, og hvilke konsekvenser dette ville ha for utviklingsfasen og forvaltningsperioden. IBM ved Nicolai Rygh sendte utkast til konsekvensanalyse til SVV ved Arve Ryan 20. april 2015. (FU 22906) Under «Beskrivelse av foreslått endring» skrev IBM blant annet følgende:

> Leverandøren har vurdert brevet mottatt av SVV, og avgitt en foreløpig rapport. Denne er gjennomgått med SVV. Og basert på en vurdering av behovet for å skjerme løsningen foreslås det å utstede endringsordre for å reflektere følgende Endringsbehov
> Merkantile endringer PS2000:
> 1. Flytte Rational og kode repository fra IBMs kinesiske datasenter til BF [Basefarm] eller IBM i EU-sonen
> 2. Utvide SAP kapasiteten lokalt med 2 ABAP, og 1 SAP FI konsulent frem til HMP2.2
> 3. Flytte 2 ressurser fra GSBC fra Kina til Norge frem til HMP2.2
> 4. Flytte all integrasjonsarbeid til India som pt foregår i Kina
> Administrative endringer PS2000:

5. Blokkere tilgang til BF-miljø med produksjonsdata med IDer i Kina
6. Utstede lokale norske identer for ressurser plassert i Norge eid av norsk personalansvarlig

Det vurderes som trolig at aksjon 3 vil forsinke prosjektet pga den tiden norske myndigheter vil bruke på å godkjenne midlertidig arbeidstillatelser for de Kinesiske medarbeiderne. Samtidig vurderes det at en økning av SAP kompetanse lokalt vil være med på å redusere risiko for feil i løsningen, og samtidig også øke kapasiteten som kan bidra inn i avklaringer som vil redusere risiko også for migrering av finansielle data.

Til spørsmålet om endringen ville påvirke prosjektets fremdriftsplan, besvarte IBM «Ja, hvor mye må vurderes».

Den 30. april 2015 ga SVV ved Arve Ryan «konkret tilbakemelding» på punktene i IBMs konsekvensanalyse. (FU 23455) Til punkt 1 skrev SVV at det ville «avhenge av Guardium diskusjonen om dette er nødvendig før HMP3», mens punkt 2 og 3 var «avhengig av Guardium-diskusjonen om dette må være på plass før HMP2.2». Til punkt 4 til 6 skrev SVV kort at tiltaket var «OK». Det er ikke spor av at SVV mente at IBM måtte bære ansvar for noe av dette.

Den 5. mai 2015 skrev SVV ved Arve Ryan igjen til IBM ved Nicolai Rygh i anledning EA078, med beskjed om at tiltaket med å flytte ressurser fra Kina måtte opprettholdes, men at man i en overgangsfase skulle arbeide ut fra at implementering av Guardium var tilstrekkelig for å trygge sikring av produksjonsdata. (FU 23455) Slik lagmannsretten ser det, erkjente SVV her at flytting av ressurser fra Kina var et nødvendig tiltak for å løse problemet på sikt:

> Dataeier og systemeier kan på nåværende tidspunkt ikke si om (riktig oppsatt) Guardium i seg selv er tilstrekkelig på lang sikt for å ivareta krav om at produksjonsdata ikke skal være eksponert i Kina. Vi må derfor opprettholde tiltaket med å flytte personer ut av Kina. Dette skal derfor omfattes av konsekvensutredningen. [...]
> I en overgangsfase, inntil nødvendig kompetanse og roller er på plass utenfor Kina, arbeider vi fortsatt ut fra at bruk av Guardium og andre administrative og tekniske tiltak vil være tilstrekkelig. Dvs at arbeidet kan fortsette som planlagt, f.eks. med testdata i migreringsstrømmen.»

Igjen er det ikke spor av at SVV mente at IBM måtte bære ansvar for dette tiltaket.

Det femte forholdet som underbygger at SVV var ansvarlig for konsekvensene for prosjektet av den potensielle eksponeringen av produksjonsdata i Kina, er SVVs opprettelse av EO064 (Preventive aksjoner grunnet EA078). (FU 24760) Ved denne endringsordren erkjente SVV forpliktelsen til å bære kostnadene for mobilisering av lokale tilleggsressurser og IBMs kostnader knyttet til søknader om arbeidstillatelser for to ressurser fra GBSC Kina. EO064 ble opprettet av SVV ved Arve Ryan 10. juni 2015 og ble lagt til signering 11. juni 2015. (FU 24762) IBM eskalerte den til Koordineringsgruppen 25. juni 2015 etter at SVV varslet at signeringen var tilbakeholdt i medhold av Leveranseavtalen Del II punkt 6.3.1 fordi SVV mente at IBM var i vesentlig mislighold og hadde varslet heving av kontrakten. (FU 25160, 25292 og 25964) EO064 var fortsatt ikke signert på hevingstidspunktet. Lagmannsretten mener at SVVs tilbakehold av signeringen av EO064, var urettmessig.

EO064 omfatter kostnader knyttet til økning i bemanningen i Norge med tre lokale ressurser i perioden 1. til 29. mai 2015, jf. punkt 2 i IBMs konsekvensanalyse sitert over, og kostnader knyttet til «prosess for å skaffe arbeidstillatelser i Norge for de medarbeiderne hvor det er vurdert at det er best å flytte de til Norge», «2 medarbeidere fra GBSC (Kina)», jf. punkt 3 i IBMs konsekvensanalyse. Det går frem av endringsordren at endringen var «nødvendig for å dekke IBMs merkostnad knyttet til instruksjonen fra SVV». EO064 omfatter ikke de tidsmessige konsekvenser for prosjektet. Det var altså de kostnadsmessige konsekvensene som ble skilt ut fra EA078 og lagt inn i EO064. Samtidig ble det presisert at det skulle «opprettes en ny [endringsordre] for konsekvensen for planverket knyttet til tidspunktet for når SVV tar beslutningen om å blokkere tilgangen». Lagmannsretten mener at denne tilføyelsen underbygger at SVV erkjente ansvar også for de eventuelle tidsmessige konsekvensene av nødvendige tiltak for å hindre eksponering av personopplysninger i Kina.

Spørsmålet om implementering av Guardium var tilstrekkelig for å trygge sikring av produksjonsdata i henhold til SVVs endrede sikkerhetspolicy, fortsatte ut over våren 2015, og saken var ikke lukket da SVV hevet kontrakten. Det er ikke ført bevis som gjør lagmannsretten i stand til å vurdere om Guardium ville vært tilstrekkelig for å trygge sikring av produksjonsdata slik at migreringstest ville kunnet finne sted som planlagt. Lagmannsretten finner imidlertid holdepunkter i de tidsnære bevisene for at usikkerheten som SVV ved Arve

Ryan ga uttrykk for i skriv 5. mai 2015, var stor, og at SVV var innforstått med at tidskonsekvensene av Kina-saken kunne være betydelig. Det vises til referat fra møtet i SVVs styringsgruppe 20. mars 2015 sitert over, hvor SVVs prosjektledelse ga uttrykk for at EA078 kunne bli «en potensiell større endring». (FU 21449) Den 2. juni 2015 stilte styringsgruppen spørsmål om Kina-saken (EA078) «vil være en endring som innbefattes av begrensingene gitt av Lov om Offentlige anskaffelser». (FU 24410) Dette må forstås som et spørsmål om endringen kunne anses som «vesentlig». Svar fra prosjektet var at spørsmålet måtte avklares med jurist, og at prosjektleder ville følge opp og gi tilbakemelding.

Lagmannsretten mener på bakgrunn av de begivenhetsnære bevisene at Guardium mest sannsynlig ikke ville vært tilstrekkelig for å trygge sikring av produksjonsdata i henhold til SVVs endrede sikkerhetspolicy, og at det ville vært nødvendig å flytte to ressurser fra GSBC Kina til Norge for å gjennomføre migreringstest, dvs. før HMP 2.2. Uansett om SVV kan anses for å ha erkjent ansvar eller ikke, må SVV da bære både de tidsmessige og kostnadsmessige konsekvensene av dette.

IBM har krevd fristforlengelse med 90 kalenderdager basert på saksbehandlingstiden i Utlendingsdirektoratet for visumsøknader våren 2015, og har gjort gjeldende at migreringstest måtte ha blitt utsatt til de kinesiske medarbeiderne var på plass i Norge. Saksbehandlingstiden i Utlendingsdirektoratet er ikke bestridt, men SVV har gjort gjeldende at fristforlengelsen som er krevd er for stor, og at IBM uansett bare har krav på fristforlengelse i den grad endringen påvirker kritisk linje.

Det er ikke ført bevis for at saksbehandlingstiden for visumsøknadene for de to kinesiske medarbeiderne, kunne vært kortet ned, og lagmannsretten legger 90 kalenderdager for denne behandlingen til grunn. Arbeidet med migreringstest lå på kritisk linje da dette var blant de siste aktivitetene før HMP2.2 og kunne ikke gjøres parallelt med annet utviklingsarbeid. SVV hadde 5. mai 2015 varslet IBM om at selskapet ville bli bedt om å starte arbeidet med å forberede visumsøknader og hadde i EO064 påtatt seg ansvaret for kostnadene forbundet med dette. EO064 var imidlertid ikke undertegnet på hevingstidspunktet. Konsekvensene av at dette ikke ble gjort, må gå utover SVV.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at «Kina-saken» gir IBM krav på fristforlengelse med 90 kalenderdager.

4.4.8 Underkjenningen av kontrollpunkt 2 (KP2)

4.4.8.1 Innledning – Betydningen av KP2 for IBMs krav på fristforlengelse/flytting av milepæler

IBM har fremsatt tre endringsanmodninger, EA108, EA113 og EA117, som forutsetter at SVVs underkjenning av KP2 ikke var rettmessig.

Lagmannsretten vurderer denne forutsetningen i punkt 4.4.8.4 til 4.4.8.6 nedenfor, men ser først på hva som etter kontrakten skal skje i et kontrollpunkt i punkt 4.4.8.2 og behandlingen av KP2 i punkt 4.4.8.3. Spørsmålet om EA108, EA113 og EA117 gir krav på fristforlengelse og flytting av milepæler, blir behandlet i punkt 4.4.9.

4.4.8.2 Hva som etter kontrakten skal skje i et kontrollpunkt

Et kontrollpunkt avslutter en iterasjon, i kontrakten omtalt som et trinn, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.2 første avsnitt. Her heter det blant annet:

> [...] Et Kontrollpunkt representerer i motsetning til en Milepæl ikke nødvendigvis en avslutning eller et oppnådd resultat, men er et beslutningspunkt som danner grunnlag for det videre arbeidet.
> (FU 8458 på 8467)

Hva som skal skje i et kontrollpunkt, er regulert i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5. Etter første avsnitt skal kunden «evaluere gjennomføringen av et trinn», det vil kort sagt si evaluere gjennomføringen av designet, utviklingen og testingen i en iterasjon. Det skjer normalt ikke en prøving av om det foreligger en løsning som oppfyller kontraktens krav i kontrollpunktet, jf. punkt 3.4.2. En slik prøving skjer etter at alle kontrollpunktene er gjennomført, og prosjektet er over i godkjennings- og avslutningsfasen, jf. punkt 3.5.

Etter punkt 3.4.5 andre avsnitt skal endringsanmodninger som har vært utstedt og utredet i trinnet, «eventuelt besluttes gjennomført ved utstedelse av Endringsordre for iverksettelse i et etterfølgende trinn». Videre skal usikkerhetsmatrisen gjennomgås og oppdateres. I tredje avsnitt står det:

> Leverandøren skal utarbeide en plan for etterfølgende trinn basert på overordnet Fremdriftsplan og erfaringer fra gjennomført trinn. Arbeidet med etterfølgende trinn skal først igangsettes når Kunden innen en frist som er definert i Bilag C, har godkjent planen og den oppdaterte usikkerhetsmatrisen. [...] (FU 8468)

Fristen «for å godkjenne/underkjenne Kontrollpunktet er 5 arbeidsdager», jf. Bilag C punkt 4.3.7. (FU 9105 på 9129)

Godkjennelse av et kontrollpunkt gir leverandøren krav på betaling, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4.3 fjerde avsnitt og Bilag D punkt 3. (FU 8458 på 8474 og FU 9271 på 9280)

Kontrollpunktet *starter* med en evaluering av inngangskriteriene. Begrepet «inngangskriterier» er brukt i PRO006 Arbeidsprosesser, versjon 2.8, punkt 3.4.2. Inngangskriteriene som er listet opp her er leverandørens testrapport, tilgang til leveransen for verifikasjon, eventuell omforent liste og plan for håndtering av restanser/avvik, eventuelle endringsanmodninger som er utstedt og utredet, plan for etterfølgende iterasjon inkludert leveranseliste, usikkerhetsmatrisen og dokumenter i henhold til leveranselisten. (FU 62 på 86)

Kontrollpunktet *avsluttes* med et kontrollpunktmøte, jf. Bilag C punkt 4.3.7. Møtet skal behandle leverandørens protokoll over testresultater, leverandørens liste over restanser/avvik, eventuelle endringsanmodninger som er utstedt og utredet, leverandørens plan for etterfølgende trinn, usikkerhetsmatrisen og godkjenning/underkjenning av kontrollpunktet. Endringsordre skal innarbeides i planverket. (FU 9105 på 9129)

4.4.8.3 Behandlingen av KP2

KP2 skulle vært gjennomført i månedsskiftet januar/februar 2015, men var blitt utsatt flere ganger. Testingen av iterasjon 2 hadde hatt svak fremdrift. (FU 18855 på 18858, FU 19410 på 19411 og FU 20430 på 20432) IBM iverksatte tiltak fra februar 2015 og fremdriften tok seg opp. (FU 20957 på 20959 og FU 22124 på 22126) KP2 startet 13. april 2015, men ble avbrutt samme dag fordi SVV mente at inngangskriteriene ikke var oppfylt. IBM leverte nytt materiale, og KP2 startet på nytt 20. april 2015. Inngangskriteriene ble ansett som oppfylt 22. april 2015. (FU 23179 på 23180)

SVV underkjente IBMs leveranse til KP2 28. april 2015. Begrunnelsen ser ut til å ha utviklet seg noe i dagene frem mot underkjenningen. I referatet fra SVVs SG-møte 24. april 2015 står det:

> Ved underkjennelse av KP2, må IBM levere på nytt før milepælen eventuelt kan oppnås. Det antas at det er for lite volum levert inn til KP2 som vil være hovedargumentet for en avgjørelse om å underkjenne KP2.
> (FU 23009 på 23010)

SVV meddelte underkjenningen i kontrollpunktmøte 28. april 2015. (FU 23178) Det går frem av referatet fra møtet at SVV underkjente KP2 ikke bare fordi volumet til og med iterasjon 2 skal ha vært «langt mindre enn avtalt», men også fordi gjennomføringsplanen ikke skal ha vært «troverdig». SVV ved hovedprosjektleder Stein Ødegaard varslet IBM i e-post rett etter møtet om at det ville komme et brev med en bekreftelse på underkjenningen senere samme dag. (FU 23228) I det varslede brevet tilføyde SVV en tredje begrunnelse. SVV underkjente her IBMs testrapport. (FU 23210 på 23211)

I KG-møte 12. mai 2015 opplyste SVV at det var «manglende troverdighet i planen» som var hovedårsaken til underkjenningen. (FU 23704 på 23705)

IBM hadde påbegynt arbeidet med iterasjon 3 i parallell med iterasjon 2. Som følge av underkjenningen av KP2, stanset IBM arbeidet med iterasjon 3 fra midten av juni 2015. IBM nedbemannet iterasjon 3 for å fokusere på ny leveranse til iterasjon 2. (FU 25014 på 25015, jf. FU 24684 på 24687)

Lagmannsretten legger til grunn av rettmessighetsvurderingen skal skje ut fra situasjonen på tidspunktet da SVV underkjente KP2, og mener at verken volumet, gjennomføringsplanen eller testrapporten ga SVV grunnlag for å underkjenne IBMs leveranse til KP2. Lagmannsretten begrunner hvorfor volumet ikke ga grunnlag for underkjenningen i punkt 4.4.8.4, hvorfor testrapporten ikke ga grunnlag for dette i punkt 4.4.8.5 og hvorfor gjennomføringsplanen ikke gjorde det i punkt 4.4.8.6.

4.4.8.4 Volumet som grunnlag for å underkjenne KP2

Det følger av Bilag C punkt 2.2.1.1 at det endelige omfanget for hver iterasjon avtales under løsningsbeskrivelsesfasen. (FU 9105 på 9110) Etter løsningsbeskrivelsen var IBM forpliktet til å levere rundt 80 prosent av hele løsningen per KP2. Dette innebar at rundt 20 prosent skulle gjenstå til iterasjon 3.

Avtalen om volum kunne imidlertid endres ved enighet om noe annet. For eksempel skrev SVV i underkjenningsbrevet 28. april 2015 at vegvesenet «indirekte» hadde «gått med på en scope-fordeling» som var presentert i et allmøte 24. september 2014 (feilskrevet 23. september 2014). SVV skrev videre at det ikke var «avtalt noen annen scope-fordeling» enn det som fulgte av «power point»-presentasjonen i dette møtet. (FU 23210 på 23212) «Power point»-presentasjonen ga en oversikt over hva som skulle gjøres i hver iterasjon, men ga ingen prosentfordeling mellom iterasjonene. (FU 15684 flg.)

Slik lagmannsretten ser det, ble SVV bundet ved passivitet til en annen scope-fordeling enn den som ble avtalt under løsningsbeskrivelsesfasen.

SVV fikk informasjon under konstruksjonsfasen om at iterasjon 3 ville omfatte langt mer enn 20 prosent av løsningen, og følgelig at iterasjon 0 til 2 ville omfatte langt mindre enn 80 prosent av løsningen. I månedsrapporten for november 2014 opplyste IBM at «en betydelig andel av leveransen» var «blitt flyttet til iterasjon 3». (FU 16798 på 16801) I KG-møte 18. november 2014 formidlet IBM at det var ca. 50 prosent av det totale scopet som ville gjenstå til iterasjon 3, og at fordelingen mellom scope-elementene for iterasjon 2 og 3, var flytende. (FU 17223 på 17224) I referatet fra KG-møte 18. desember 2014 står det også at 50 prosent av den totale utviklingen skulle gjennomføres i iterasjon 3. (FU 18383 på 18385) I referatet fra KG-møte 15. januar 2015 står det at 57 prosent av utviklingen gjensto til iterasjon 3. (FU 19410 på 19412)

IBMs deltestplan for iterasjon 2 fra 15. januar 2015 og PRO001 Gjennomføringsplan 2.0 fra 20. januar 2015, viste hva som etter dette skulle gjøres i hver av iterasjonene. (FU 19422 på 19430 og FU bilag 204)

SVV fremsatte ingen umiddelbare innsigelser mot denne informasjonen, og la den til grunn internt i tiden før underkjenningen. I SVVs statusrapport 19. januar 2015 står det at «mer enn 50 prosent av omfanget» var lagt til iterasjon 3 i IBMs planer. (FU 19520 på 19521) Det samme står i SVVs statusrapport 17. februar 2015. (FU 20370 på 20372) I referatet fra SG-møte 23. februar 2015 står det at «over 50 prosent av utviklingsoppgavene» var planlagt inn i iterasjon 3. (FU 20581 på 20582) SVVs statusrapport 12. mars 2015 viser det samme. (FU 19861 på 19862)

SVV fikk informasjon om innholdet av iterasjon 3 også på annen måte. Gjennom «Release Notes» 22. desember 2014, 21. januar 2015 og 13. februar 2015, fikk SVV en detaljert beskrivelse av innholdet i iterasjon 2 på «use case»-nivå per 13. februar 2015. (FU 18575 flg. (26907), FU 26926 flg., FU 20279 flg.) SVV fremsatte ingen umiddelbare innsigelser mot volumet som fremkom av disse dokumentene. SVV fikk også se innholdet av iterasjon 2 under generalprøven fra 23. til 27. mars 2015 og kundetesten fra 7. til 10. april 2015. SVV fremsatte heller ingen umiddelbare innsigelser mot volumet i forbindelse med disse testene.

Det går frem av referatet fra behandlingen av inngangskriteriene i kontrollpunktmøte 13. april 2015 at IBM redegjorde for at ca. 55 prosent av løsningen gjensto til iterasjon 3 slik at iterasjonene til og med iterasjon 2 tilsvarte ca. 45 prosent. (FU 22322 på 22323) Det går også frem at IBM skulle levere «en oppdatert release note for å redegjøre for innholdet i leveransen til KP2». (FU 22328) I e-post 15. april 2015 ble IBM i tillegg bedt om en «komplett og kvalitetssikret scopeliste» for iterasjonene til og med iterasjon 2. (FU 22499) Under KG-møte 17. april 2015 poengterte SVV «at selv om det ikke er direkte beskrevet som eget inngangskriterium, er en entydig oversikt over hva som er levert så langt i prosjektet (iterasjon 0, 1 og 2) nødvendig for å kunne evaluere både leveranse og testrapport, samt plan for gjenstående arbeid i konstruksjonsfasen». (FU 22624 på 22625)

IBM leverte scope-oversikter både 15. og 17. april 2015. (FU 22502, 22681 og 22687)
SVVs delprosjektleder for delprosjektet Leveranse, Anne-Marie Ytrehus, bekreftet i e-post 22. april 2015 at inngangskriteriene til oppstart av kontrollpunktet i perioden 22. til 28. april 2015, kunne «anses som oppnådd». (FU 22985)

Inngangskriteriene ble med andre ord godkjent fem dager etter at SVV hadde mottatt siste scope-oversikt. Flytting av innhold til iterasjon 3 hadde vært et gjennomgangstema våren 2015. Slik saken er opplyst, finner

lagmannsretten ikke holdepunkter for at oversiktene fra 15. og 17. april 2015 hadde et vesentlig annet innhold enn oversiktene tidligere denne våren.

Oppsummert fikk SVV helt fra november 2014 informasjon om at iterasjon 3 ville omfatte opp til 57 prosent av løsningen uten at vegvesenet fremsatte umiddelbare innsigelser mot dette. SVV fikk også informasjon om innholdet av iterasjon 3 gjennom release notes og scope-oversikter uten at vegvesenet fremsatte umiddelbare innsigelser. Lagmannsretten mener da at SVV ble bundet ved passivitet til å akseptere et volum på helt ned til 43 prosent av hele løsningen per KP2.

Slik lagmannsretten ser det, leverte IBM et volum til KP2 som var innenfor det som SVV hadde bundet seg til å akseptere.

Når det gjelder andelen av løsningen som ble levert til KP2, har IBM anslått dette etter to tilnærminger.

IBMs første tilnærming er å sammenlikne fullførte og planlagte widgets per april 2015. For iterasjon 0 og 1, var 342 av 342 planlagte widgets fullført. Det går frem av IBMs ukentlige statusrapport 29. april 2015 at 1109 av 1109 planlagte widgets for iterasjon 2 og 528 av 1 217 planlagte widgets for iterasjon 3, var fullført. (FU 23249 på 23251) Totalt var det 2 668 planlagte widgets. Forutsettes det at alle widgets var omtrent like store og kompliserte, var nesten 55 prosent av løsningen levert per KP2 ((342 + 1 109)/2 668). Det sto følgelig vel 45 prosent igjen til iterasjon 3. Det sto med andre ord mindre igjen til iterasjon 3 enn det som SVV hadde bundet seg til å akseptere ved passivitet.

IBMs andre tilnærming er å sammenlikne utførte DCUT-timer i iterasjon 0 til 2 og iterasjon 3 med alle utførte DCUT-timer i strømmene IRIS, SAP og CRM (GD India). IBM har på grunnlag av ulike kilder, blant annet sin egen EV-rapportering, laget et hjelpedokument som viser at det per 26. juni 2015 var utført 32 354 DCUT-timer i iterasjon 0 til 2 og 27 766 DCUT-timer i iterasjon 3. (FU bilag 1182, 1589, 1590, 1609, 1610 og 1611) Iterasjon 0 til 2 utgjorde da 54 prosent, mens iterasjon 3 utgjorde 46 prosent av alt utført DCUT-arbeid (60 120 timer) i disse strømmene per 26. juni 2015.

Slik lagmannsretten ser det, gir ikke denne beregningen svar på hvor stor andel av løsningen som sto igjen til iterasjon 3 etter leveransen til KP2.

For å finne ut hvor mye som sto igjen, må gjenstående timer trekkes inn. Ifølge IBM gjensto det 8 456 DCUT-timer i disse tre strømmene. Med IBMs tall utgjorde iterasjon 0 til 2 da 47 prosent av utført og planlagt arbeid per 26. juni 2015 (32 354/(/(60 120 + 8 456)). Det sto følgelig igjen 53 prosent igjen til iterasjon 3. Dette var også mindre enn det som SVV hadde bundet seg til å akseptere ved passivitet.

Samtidig viser IBMs EV-rapportering at det per 26. juni 2015 sto igjen 31 254 timer (ETC) på iterasjon 2 og 3 til sammen. (FU bilag 1611) Estimatet for konstruksjonsfasen som helhet, det vil si alle iterasjonene fra og med 0 til og med 3, var 251 324 timer. I så tilfellet sto det igjen 12 prosent av løsningen (31 254/251 324). Denne beregningen kan imidlertid ikke gi svar på hvor stor andel av løsningen som sto igjen til iterasjon 3 etter leveransen til KP2. Beregningen viser situasjonen to måneder etter KP2 og den inkluderer iterasjon 2 som på dette tidspunktet må bety iterasjon 2.5.

Ifølge IBMs EV-rapportering per 24. april 2015, sto det igjen 54 534 timer på iterasjon 2 og 3 til sammen på dette tidspunktet. (FU bilag 159) Estimatet for konstruksjonsfasen var da 229 797 timer. I så tilfellet sto det igjen (54 534/229 797) 24 prosent etter KP2. Denne beregningen kan si noe om hvor stor andel som sto igjen etter KP2, men ikke hvor mye av dette som var del av iterasjon 3. På den andre siden kan det ikke ha stått igjen mer til iterasjon 3 ved KP2 enn 24 prosent.

Selv om det var store svakheter ved IBMs EV-rapportering, mener lagmannsretten at disse totaltallene gir en sterk indikasjon på at det gjensto langt mindre til iterasjon 3 enn det som SVV hadde bundet seg til å akseptere ved passivitet.

Staten har holdt frem at opplysningene som IBM ga i KG-møte 12. mai 2015 om at selskapet på det tidspunktet var «65 % ferdig med konstruksjonsfasen, og 50 % ferdig med iterasjon 3», viser at iterasjon 3 utgjorde 70 prosent av løsningen. (FU 23704 på 23707)

Lagmannsretten legger mindre vekt på disse uttalelsene. Det går ikke frem hvilken scope-forståelse og hvilke underlag som er lagt til grunn for uttalelsene.

Staten har videre gjort gjeldende at IBM i prosjektledermøte 10. juni 2015 uansett erkjente at selskapet bare hadde levert rundt 80 prosent av innholdet av iterasjon 2 slik det var beskrevet i Gjennomføringsplanen versjon

1.2 til KP1, og at avviket på 20 prosent var tilstrekkelig for å underkjenne KP2 på grunn av volum. (FU 24684 på 24687)

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Det IBM opplyste i møtet 10. juni 2015, var at leveransen til KP2 omfattet 80 prosent av innholdet som var planlagt for iterasjon 2 ved KP1, og at selskapet ville sette alt inn på å levere de resterende 20 prosentene. (FU 24687) IBM ga med andre ord opplysninger om hvor stor del av iterasjon 2 som var flyttet til iterasjon 3 i tiden mellom KP1 og KP2.

IBM opplyste det samme i EA117 10. juli 2015. IBM redegjorde her for at innholdet som var planlagt for iterasjon 2 ved KP1, var definert gjennom Gjennomføringsplanen versjon 1.2. Innholdet var så blitt «videre endret etter KP1». «Som følge av dette» ble det levert ca. 80 prosent av innholdet som fulgte av Gjennomføringsplanen versjon 1.2. I EA117 skrev IBM også at selskapet hadde levert det innholdet til KP2 «som partene sammen» hadde «jobbet etter». (FU 25559)

Som nevnt mener lagmannsretten at SVV hadde bundet seg til å akseptere at en stor del av innholdet, ble flyttet til iterasjon 3. De 20 prosentene som det er tale om her, ligger innenfor det volumet som SVV hadde bundet seg til å akseptere ville bli flyttet.

Lagmannsretten går over til å begrunne hvorfor testrapporten ikke ga grunnlag for å underkjenne KP2.

4.4.8.5 Testrapporten som grunnlag for å underkjenne KP2

Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.3 at leverandøren skal teste «den del av Leveransen som er utviklet, integrert og tilpasset» for hver iterasjon, og at Bilag C regulerer hvordan testingen skal gjennomføres. (FU 8458 på 8467)

Etter Bilag C punkt 4.3.4 skal testing «planlegges, gjennomføres og dokumenteres i henhold til Teststrategi for Statens vegvesen». (FU 9105 på 9128) At testing skal skje i henhold til teststrategien for SVV, følger også av Bilag A IF.09.01. (FU 8485 på 8714) Etter Bilag C punkt 4.3.4 følger det av teststrategien til SVV at leverandøren har ansvaret for «enhets-, integrasjons-, iterasjons- og systemtest» i konstruksjonsfasen, og at kunden har ansvaret for «akseptanse- og produksjonstest» i godkjennings- og avslutningsfasen. Det er forklart at det med systemtest menes «samlet system- og integrasjonstest» (SIT). Videre skal det utarbeides «en omforent overordnet testplan» i tråd med teststrategien.

Etter Bilag C punkt 2.2.1.1 og punkt 4.3.3 resulterer hver iterasjon i en integrert løsning. (FU 9111 og 9128) Det var prioritert å realisere hovedtransaksjonsflyten fra vegdata til bokføring, det vil si fra vegkant via IRIS til SAP FI-CA, tidlig. (FU 9111)

Teststrategien for SVV er vedlagt Bilag C. (FU 9128 og FU 9250 flg.) Etter teststrategien punkt 2.1, skal testplanene utarbeides med utgangspunkt i den europeiske standarden IEEE 829 2008. Det samme skal testrapportene. (FU 9255)

Det ble utarbeidet en omforent overordnet testplan (OTP) med en mal for testrapporter i henhold til standarden IEEE 829. (FU 9207 flg., FU 13502 flg. på 13570, FU 16618 flg. på 16685) Det går frem at det skjer enhets-, integrasjons- og iterasjonstesting for hver iterasjon. (FU 9221 flg.) Etter OTP punkt 5.3.4.3 starter verifikasjonen av iterasjonen når planen for verifikasjonen er godkjent, iterasjonstesten er sluttført, spesifikasjonene for iterasjonstesten er utarbeidet og ressursene til verifikasjonen er allokert. (FU 9224) Formålet er å gjøre kunden «i stand til å vurdere om det avtalte innholdet i en iterasjon» er implementert og fungerer i henhold til testspesifikasjonen. (FU 9223)

Ved enhetstesting, testes hver enkelt enhet og modul. Ved integrasjonstesting, testes de interne og eksterne grensesnittene, det vil si den funksjonelle samhandlingen mellom komponentene i løsningen, jf. SVVs teststrategi punkt 4.1.2. (FU 9262) Enhetstesting skjer under utviklingen av enhetene. Ifølge IBMs testleder fra 28. februar 2015, Sally Drew, skjer integrasjonstesting kontinuerlig helt fra enhetstesting.

Ved iterasjonstesting, testes koden som er ferdigstilt innenfor iterasjonen. Iterasjonstesting utføres på tvers av leveransene fra utviklingsteamene, jf. SVVs teststrategi punkt 4.1.3. (FU 9263) I tillegg skulle det skje en kundetest til slutt i hver iterasjon, jf. punkt 4.1.5. (FU 9264)

Bilag C punkt 4.3.7 første avsnitt definerer grensen for feil ved leveransen til et kontrollpunkt. Grensen er satt til null A-feil, 16 B-feil og 30 C-feil. (FU 9105 på 9129) I
Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.4 er disse tre feilkategoriene definert slik:

- A-Feil er Feil som er så alvorlige at driften stanser eller må stanses for en kritisk gruppe av brukere av Leveransen og feilen ikke kan omgås,
- B-Feil er Feil som kan omgås, men som forsinker driften,
- C-Feil er Feil som det ikke er nødvendig å utbedre for å igangsette eller opprettholde driften. (FU 8458 på 8468)

I underkjenningsbrevet 28. april 2015 skrev SVV at IBMs testrapport manglet «viktige elementer for å kunne gi et godt bilde av testaktivitetene, samt funn og testresultater». SVV begrunnet underkjenningen med at testrapporten bare beskrev «Kundetest og enhetstest, og ikke den øvrige testingen» som hadde «foregått over flere måneder». (FU 23210 på 23211)

Slik lagmannsretten ser det, ble IBMs testrapport godkjent som del av inngangskriteriene.

Under behandlingen av temaet testrapport i KP-møte 13. april 2015, presiserte SVV stort sett bare at vegvesenet forventet en rapport som gjenspeilte testplanen. (FU 22322 på 22324) Under evalueringen av iterasjon 2 i dette møtet, opplyste IBMs prosjektleder, Terje Harangen, at mange av test casene i iterasjon 2 hadde vært «mer på enhetstestnivå». (FU 22328) I brev til IBM samme dag konkluderte SVV med at det ikke forelå noen testrapport som oppfylte inngangskriteriet. SVV viste bare til at listen over feil ikke var oppdatert. (FU 22331) Verken referatet fra KP-møtet eller brevet 13. april 2015 angir at rapporten skulle beskrive «den øvrige testingen» som hadde «foregått over flere måneder».

IBM oversendte testrapport for iterasjon 2 både 13. og 17. april 2015. (FU 22261 flg. og FU 22703 flg.)

IBM vedla detaljerte lister over test casene som var gjennomført. Av Appendix A til begge rapportene går det for eksempel frem at 140 av 240 test caser knyttet til grensesnitt (UI) i IRIS ikke var kjørt. (FU 22273 og 22717) IBM vedla resultatene fra kundetesten i Appendix B til rapporten fra 13. april 2015. Her går det for eksempel frem at 15 av 18 kundetest caser knyttet til bombrikke (OBU) ikke var kjørt. (FU 22306)

Testrapporten fra 17. april 2015 ble gjennomgått i KP-møte 20. april 2015. Det går frem av referatet fra møtet at SVV blant annet mente at det forelå en A-feil som ikke var kommet med. Det var enighet om at IBM skulle levere en oppdatert testrapport for iterasjon 2 til 21. april 2015. (FU 22871 på 22873) Det går også frem at SVV etterlyste «flere elementer i testrapporten». Blant annet ønsket SVV å vite hva slags testing som var utført, herunder om det var utført integrasjonstesting, samt se på malen sammen med IBM. (FU 22874) I en e-post på formiddagen 20. april 2015 skrev SVVs innleide prosjektstøtte, Nina Jørgensen, at vegvesenet ønsket et møte om disse elementene i uke 19, det vil si etter KP2. (FU 22855) Det går således heller ikke frem av referatet fra og korrespondansen i etterkant av KP-møtet 20. april 2015 at testrapporten til KP2 skulle beskrive «den øvrige testingen».

SVV ville for øvrig hatt oversikt over all testing om SVV hadde tatt i bruk testverktøyet RQM, jf. punkt 3.3.4 foran.

IBMs testleder, Sally Drew, oversendte den oppdaterte testrapporten til SVV på kvelden 20. april 2015. (FU 22856 og FU 22857 flg.)

Drew har forklart at hun gjennomførte testen og skrev rapporten med utgangspunkt i den omforente malen. Malen viste hva testplanen og rapporten skulle inneholde.

Lagmannsretten mener at en sammenlikning av innholdsfortegnelsen til rapporten og malen, underbygger Drews forklaring om dette. (FU 22858 og 22859 samt FU 16684 og 16685)

Videre beskrev testrapporten at det ikke bare var gjennomført kundetest og enhetstesting, men også noe integrasjonstesting. (FU 22861 og 22862) Det går frem av rapporten punkt 2.1.2.3 at iterasjonstestingen hadde fokusert på «System Level verification, e.g. inspect the output of an output file as opposed to inspecting the transferred data in the target system», og at testingen av iterasjon 3 skulle gjøres «more integrated». I punkt 2.1.2.2.5 står det at testingen hadde «brought forward a number of integration issues which highlighted some significant (but largely resolved in the end) challenges».

En ordlydstolkning av disse punktene i testrapporten tilsier at IBM hadde testet om integrasjonen var åpen og identifisert hva som sto igjen av integrasjonstesting. Den reelle dataflyten mellom komponentene var derimot

ikke testet. Drew har forklart at det skjedde integrasjonstesting helt fra enhetstestingen, men at det er en rimelig tolkning av testrapporten punkt 2.1.2.2.5 at den reelle dataflyten mellom komponentene, ikke var testet.

Også den detaljerte listen over de gjennomførte test casene som fulgte rapporten 20. april 2015, viser at det hadde skjedd integrasjonstesting. (FU 26676 flg.) I likhet med Appendix A til rapportene 13. og 17. april 2015, viser Appendix A til rapporten 20. april 2015 at det ble testet 38 grensesnitt. (FU 26676 flg., jf. FU 22272 og 22715)

I likhet med Appendix A til rapporten fra 13. april 2015, viser også Appendix A til rapporten fra 20. april 2015 at 140 av 240 test caser knyttet til grensesnitt i IRIS ikke var kjørt. (FU 26681) Drew har forklart at hun ikke husket hva som var årsaken til at disse test casene ikke ble kjørt, og at dette burde vært kommentert i rapporten. Hun husket derimot at OBU-test casene (brikke-test casene) som ikke ble kjørt under kundetesten, jf. Appendix B til rapporten 13. april 2015, ikke fungerte.

Som nevnt bekreftet SVV 22. april 2015 at inngangskriteriene til KP2 kunne «anses som oppnådd». (FU 22985) Inngangskriteriene ble således godkjent to dager etter den siste testrapporten. SVV hadde dessuten vist særskilt interesse for hva slags testing som var utført, herunder om det var utført integrasjonstesting, i forkant.

Lagmannsretten mener da at SVV må anses for å ha godtatt testrapporten med vedlegg. Testrapporten var ett av inngangskriteriene til KP2. (PRO006, jf. FU 22322 og 22871) Rapporten med vedleggene redegjorde utførlig for testspesifikasjonene.

I bekreftelsen på at inngangskriteriene kunne anses som oppnådd 22. april 2015, ble det tilføyd at det ikke var gitt noen «bekreftelse på aksept av kvaliteten på mottatt leveranse», og at SVV ville starte «evalueringen av leveransen» (lagmannsrettens kursivering). (FU 22985) I brevet 28. april 2015 ble underkjenningen av testrapporten da også begrunnet med at SVV var uenig i rapportens konklusjon om at «løsningen» som var testet under kundetesten, var «i henhold til krav og spesifikasjoner». (FU 23210 på 23211)

Slik lagmannsretten ser det, vurderes kvaliteten på leveransen i et kontrollpunkt ut fra antallet A-, B- og C-feil. Vurderingen av kvaliteten ut fra kontraktens krav for øvrig, skjer i godkjennings- og avslutningsfasen etter at alle trinn er gjennomført, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 siste avsnitt og punkt 3.5.1 første avsnitt. (FU 8458 på 8468 og 8469)

Testrapporten konkluderte med et antall feil som lå godt innenfor feilgrensene etter Bilag C punkt 4.3.7 første avsnitt: Det ble funnet null A-feil, åtte B-feil og 20 C-feil etter kjøring av 100 prosent av i alt 2 691 planlagte test caser. Syv av B-feilene og 17 av C-feilene var i strømmen CRM/REP, det vil si GD India. Antallet test caser i denne strømmen var oppgitt til 1 314. (FU 22857 på 22861 og 22864)

IBM hadde planlagt flere enn 1 314 test caser tidligere. Det går frem av statusrapporter 13. og 19. januar 2015 at det var planlagt for henholdsvis 1 505 og 1 506 test caser. (FU 18915 på 18920 og FU 18922 på 18927)

Lagmannsretten ser ingen holdepunkter for at IBM fjernet test caser med sikte på å komme under grensene for A-, B- og C-feil.

Drew har forklart at hun satte seg inn i den siste statusrapporten som ledd i overtakelsen som testleder fra 28. februar 2015. I statusrapporten 23. februar 2015 var antallet test caser for GD India 1 320. (FU 18956 på 18963)

Drew har videre forklart at hun ikke husket om hun var klar over reduksjonen på nesten 200 planlagte test caser for GD India fra januar til februar 2015, eller om hun var klar over reduksjonen, men ikke så det som nødvendig å kommentere den. Selv om hun skulle ønske at hun hadde kommentert reduksjonen, var hun likevel ikke overrasket over den. Hun pekte på dubletter som en vanlig årsak; to tester som dekket samme funksjonalitet, ble sett som én ekvivalent. Hun pekte også på at kontrakten ikke stilte noe krav til ferdigstillelsesgrad for testingen.

Som Drew har vært inne på, burde reduksjonen i antallet test caser ha vært kommentert i testrapporten. Samtidig vurderer lagmannsretten hennes dublettforklaring som plausibel. Dessuten mener lagmannsretten at flyttingen av innhold fra iterasjon 2 til iterasjon 3 og endringer i løsningens funksjonalitet, også gir en nærliggende forklaring på reduksjonen i antallet test caser fra januar til februar 2015. IBM skulle bare teste det som var «utviklet, integrert og tilpasset» av «det avtalte innholdet» for iterasjon 2, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.3 og OTP punkt 5.3.4.3. Det avtalte volumet får betydning for antallet test caser. Videre gir ikke de begivenhetsnære bevisene holdepunkter for at IBM gikk inn for å fjerne test caser med sikte på å komme under feilgrensene.

Staten har holdt frem at minst seks interne grensesnitt ikke var testet i tråd med SVVs teststrategi. Lagmannsretten ser det ikke som nødvendig å ta stilling til dette. Statusen for disse grensesnittene var uansett kjent for SVV og inkludert i inngangsvilkårene, som er godkjent.

Lagmannsretten ser heller ikke at IBMs testrapport skjulte en åpen A-feil etter kundetesten.

Ifølge testrapport 27. mars 2015 hadde grensesnittet for replikering av kontrakter mellom SAP og SugarCRM (I-CRM-FICA-051/ #48969), en feil med status «show stopper» og en alvorlighetsgrad («severity») «critical». (FU 21 725 på 21752) IBMs leder for SAP-strømmen, Trond Bådstangen, meldte i e-post internt i IBM 10. april 2015 at feilen hadde «severity 1». (FU 22119 og 22120) Drew delte e-posten med SVVs testleder, Lars-Olav Engseth, 11. april 2015, og nedgraderte feilen til «major». (FU 22118) I testrapport 13. april 2015 var feilen lukket, men fortsatt gradert som «critical». (FU 22262 på 22290) I testrapport 20. april 2015 var feilen nedgradert til «major». (FU 26676 på 26699)

Drew har forklart at feilen ved grensesnittet ville blitt kategorisert som en A-feil hvis det ikke hadde blitt funnet en «work around», men at kategoriseringen kunne reduseres til en B-feil med en «work around», jf. den nevnte kategoriseringen av feil i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.4. Drew har videre forklart at en feil ikke kan lukkes med en «work around».

IBM nektet i KP-møte 20. april 2015 for at grensesnittet hadde en A-feil og viste til at det virket etter «implementering av en short term fix/work around». SVV gjorde det klart at en «short term fix/work around» ikke var akseptabel. IBM og SVV var uenige om kontrakten ga vegvesenet rett til å reteste feilen. (FU 22871 på 22873) I konsolidert release note 21. juli 2015 er #48969 ført som en tidligere feil som ble fikset i iterasjon 2.5. (FU 25 969 på 25979)

Lagmannsretten mener at disse begivenhetsnære bevisene viser at SVV var informert om feilen ved grensesnittet slik at den ikke var skjult.

Lagmannsretten mener videre at det relevante spørsmålet i denne sammenhengen, er om feilen var en A-feil, og ikke om den ble lukket før SVV fikk anledning til retesting. Slik lagmannsretten ser det, kunne ikke feilen ved brukergrensesnittet være en A-feil så lenge den kunne omgås med en work around, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.4. Testrapporten konkluderte da med rette at dette ikke var en A-feil. Enten denne feilen ble stående som åpen eller lukket, ville antallet B- eller C-feil fortsatt ligge innenfor feilgrensene.

Det avtalte innholdet for iterasjon 2 må etter dette sies å ha fungert etter de godkjente testspesifikasjonene.

Lagmannsretten går så over til å begrunne hvorfor gjennomføringsplanen ikke ga grunnlag for å underkjenne KP2.

4.4.8.6 Gjennomføringsplanen som grunnlag for å underkjenne KP2

Som nevnt mener lagmannsretten at IBM var forpliktet til å utarbeide en gjennomføringsplan til KP2 som var realistisk i den forstand at planen kunne nås.

I underkjenningsbrevet 28. april 2015 skrev SVV at prognosedatoene var «urealistiske» og at planen ikke tok hensyn til «erfaringer og prosjektets reelle produktivitet». (FU 23210 på 23213) SVV bygde på en intern Program Evaluation and Review Technique (PERT)-analyse fra 17. april 2015. (FU 22759 og FU 23179 på 23202) Etter PERT-analysen ville IBM i «best case» nådd HMP2 9. november 2015 og «most likely» nådd HMP2 17. august 2016. Analysen la til grunn at iterasjon 2 var 50 prosent av totalløsningen og at IBM ville bruke like lang tid på iterasjon 3 som iterasjon 2. Den tok ikke hensyn til at iterasjon 3 var påbegynt.

I underkjenningsbrevet skrev SVV også at planen til KP2 inneholdt flere datoer som var overskredet. (FU 23213) Presentasjonen som SVV holdt i KP-møte samme dag, listet opp prognosedatoer som IBM hadde satt og som selskapet ikke hadde overholdt. (FU 23179 på 23193 flg.) Holte Consulting AS telte i rapport 25. november 2021 opp at om lag 350 av 1 100 aktiviteter som skulle vært påbegynt, ikke var det. (TU2 2780 på 2795)

Slik lagmannsretten forstår staten, gjøres det ikke gjeldende at SVV kunne underkjenne planen på grunn av dårlig teknisk kvalitet. At planen inneholdt flere datoer som var overskredet, skal etter det lagmannsretten forstår bare underbygge at den ikke var realistisk.

A-2 skrev for øvrig i rapporten «Foreløpige observasjoner knyttet til KP2» 27. april 2015:

- Fremdriftsplanen frem mot HMP2 er etter vår vurdering kvalitetsmessig klart forbedret gjennom det arbeidet som er utført i forbindelse med KP2.
- Det er fortsatt rom for forbedringer, men planen er nå etter vår vurdering i ferd med å kunne bli et reelt styringsredskap for prosjektet, ut fra en «godt nok» betraktning.
  (FU 23130 på 23132)

Etter IBMs gjennomføringsplan til KP2 (PRO001 versjon 4.0 fra 22. april 2015), skulle DCUT-arbeidet for alle strømmene være ferdig 10. juni 2015 med unntak for SAP-strømmen, som skulle være ferdig 15. juni 2015. Planen innebar således at iterasjon 3 skulle gjøres ferdig i løpet av mindre enn to måneder. Iterasjonstestingen for iterasjon 3 skulle skje over noe mer enn to måneder fra 13. mai til 24. juli 2015, det vil si i delvis parallell med iterasjon 3. SIT skulle ta 49 dager. Ifølge denne planen, skulle IBM nådd HMP2 23. september 2015. (FU bilag 208)

IBM hadde begrensede muligheter for å vinne tid etter HMP2. Det var SVV som sto for de etterfølgende milepælene HMP2.1, fullført godkjenningsprøve (akseptansetest), og HMP2.2, pilotmigrering med mer (prøvedrift). Partene har derfor redegjort for sine respektive syn på realismen av IBMs plan til KP2, frem til HMP2, det vil si frem til fullført design, utvikling og enhetstesting (DCUT), iterasjonstesting og systemintegrasjonstest (SIT).

Ved vurderingen av om denne gjennomføringsplanen kunne vært nådd, skal imidlertid endringsanmodninger «som har vært utstedt og utredet i gjennomførte trinn», tas i betrakting, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 andre avsnitt og veilederen til PS2000, versjon 3.1, punkt 5.3.3.4, side 24. (FU 8458 på 8468)

Lagmannsretten ser det derfor som mest korrekt å vurdere realismen i IBMs gjennomføringsplan i forhold HMP2.2. I motsetning til HMP2, reflekterer HMP2.2 at IBM har krav på fristforlengelse for SVVs ferier og EA078 (Kina). SVV har ikke fremsatt krav om mer tid til akseptansetest og prøvedrift.

IBMs gjennomføringsplan inkluderte tre uker sommerferie (uke 28-30), EA053, EA075 og EA091, men ikke juleferie, EA054 (Arbeidsform), EA067 (Greenbird) og EA078 (Kina-saken). (FU 22330 og 22992) Som nevnt mener lagmannsretten at SVVs ferier ga IBM rett til fristforlengelse, herunder 21 dager for SVVs juleferie. Som også nevnt var både EA054, EA067 og EA078 endringsanmodninger som var utstedt før KP2 og som lagmannsretten mener var tilstrekkelig utredet til at de ga IBM rett til fristforlengelse med til sammen 106 dager (14+2+90). Når juleferie, EA054, EA067 og EA078 inkluderes i IBMs plan til KP2, skulle HMP2 nås 28. januar 2016 og HMP2.2 nås 5. juni 2016.

Ved vurderingen av om IBMs plan til KP2 kunne vært nådd, må videre «erfaringer fra gjennomført trinn», tas i betrakting, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 tredje avsnitt. (FU 8468)

Slik lagmannsretten ser det, taler ikke erfaringene fra iterasjon 2 mot at IBM kunne nådd HMP2 28. januar 2016 og HMP2.2 til 5. juni 2016.

Fremdriften i DCUT-arbeidet hadde rett nok vært svært svak frem til KP2.

Den aggregerte «DCUT Burndown»-oversikten som IBM delte med SVV i forbindelse med KP2, viser at IBM bare hadde ferdigstilt arbeidspakker med Planned Value (PV) på vel 4 000 DCUT-timer i firemånedersperioden fra 19. desember 2014 til 22. april 2015 (gjennomsnittlig 1 000 DCUT-timer per måned). Per 22. april 2015 gjensto det å ferdigstille arbeidspakker med PV på i underkant av 12 000 DCUT-timer til den siste en og en halv måneden. (FU 23197) Hvis IBM skulle greid å gjøre disse ca. 12 000 DCUT-timene ferdig til 15. juni 2015, måtte selskapet med andre ord blitt åtte ganger mer produktiv.

IBMs interne DCUT Burndown-oversikter og rapporter per strøm fra denne tiden, viser at fremdriften hadde vært særlig svak i strømmene SAP, INT og CRM. (FU 21990 på 21991, FU 23078 på 23083 og 23099 samt FU bilag 1603 og 1608)

Professor Magne Jørgensen har forklart at en produktivitet som har satt seg, ikke endres uten grunnleggende endringer. A-2 har pekt på det samme. (FU 16708 på 16712)

Den svake fremdriften i SAP-strømmen ga dessuten grunnlag for bekymring for at denne strømmen hadde problemer som ikke var avdekket. IBMs interne kvalitetssikrer, Anders Thörnqvist, rapporterte internt 8. april 2015:

> Finding #37
> Only very few SAP enhancements identified. This may be an indication that scope will grow.
> (TU bilag 1772)

Grensesnitt mellom SAP FI-CA og SugarCRM knyttet til sletting av fakturaer, sletting av tilleggsavgifter og utstedelse av kreditnotaer, var ikke løst. Lorenz Lorenzen, som IBM hadde satt til å styrke planarbeidet fra mars 2015, flagget i intern e-post 15. april 2015 at spesifikasjonene for de interne grensesnittene ville bli ferdig «months later than» 29. mai 2015 med «the current» ressurssituasjon lokalt i Norge og forårsake overskridelse av HMP2. (FU 22566)

GD Kina meldte 30. april 2015, det vil si to dager etter KP2-underkjenningen, at det ville bli krevende å holde planen. (FU 21990 på 21991) GD India meldte 1., 8. og 15. mai 2015 at «overall timelines are not realistic». (FU 23354 på 23358, FU 23652 på 23656 og FU 23779 på 23780) Planen som GD Kina og GD India ga tilbakemeldinger på her, var planen fra 22. april 2015 om å ferdigstille DCUT-arbeidet til midten av juni 2015 uten tillegg av endringer.

På den andre siden har SVVs funksjonelt løsningsansvarlige for CRM-strømmen, Arve Leivestad, forklart at funksjonaliteten var på plass ved KP2 og at misnøyen etter kundetesten gikk på brukeropplevelsen og brukervennligheten.

Videre hadde IBM brukt fire måneder på iterasjonstestingen av iterasjon 2. IBM opplyste i EA108 at selskapet hadde hatt fokus på feilretting i seks av ukene. (FU 24458 på 24459)

Iterasjon 3 var noe større enn iterasjon 2. Iterasjon 3 omfattet minst like kompleks funksjonalitet og like mange interne grensesnitt. IBM la dessuten opp til en mer kompleks testing av iterasjon 3. Blant annet skulle IBM begynne å teste ikke-funksjonelle krav og bruke mer realistiske testdata. (FU 22857 på 22862) IBM skulle også gjøre all «ende til ende»-testing av interne grensesnitt i iterasjon 3. Thörnqvist pekte i rapport 8. april 2015 på at utfordringene under iterasjon 1 og 2 med «late staffing, wrong skillset, lack of delivery control» hadde begynt å dukke opp som «quality issues». (TU 2401 på 2402)

På den andre siden utviklet feilraten seg slik at det var grunn til å forvente mindre omfattende feilretting i iterasjon 3. Statusrapportene 6. og 13. januar 2015 viste feilrater på henholdsvis 48 og 36 prosent (eksklusive blokkerte tester). (FU 18906 på 18913 og FU 18915 på 18920) Statusrapporten fra 23. februar 2015 viste at feilraten var kommet ned i ca. 15 prosent. (FU 18956 på 18963) Det var da liten grunn til å mistenke noe grunnleggende feil med kildekoden. Som nevnt i punkt 4.4.8.5 viste testrapporten 20. april 2015 at løsningen hadde få feil.

Sett på bakgrunn av denne utviklingen i feilraten, mener lagmannsretten at testplanen for iterasjon 3 kunne basere seg på en feilrate på 10 prosent. (FU 19007) Det var således ikke grunn til å legge inn like mye tid til feilretting i planen som for iterasjon 2.

Videre taler utviklingen i antallet blokkerte tester caser for at det var fremdrift iterasjonstestingen og i leveransen. Det går frem av statusrapportene 13. og 19. januar 2015 at henholdsvis 415 og 250 av om lag 1 500 test caser var blokkert. (FU 18915 på 18920 og FU 18922 på 18927) Det går frem av statusrapporten 23. februar 2015 at antallet blokkerte test caser var nede i 106 av 1 320. (FU 18956 på 18963)

IBMs testleder, Sally Drew, har redegjort for at produktiviteten økte fra 0,9 test caser per ressurs per dag i perioden 18. februar til 16. mars 2015, til 2,2 test caser per ressurs per dag i perioden fra 17. til 31. mars 2015. Det ble arbeidet for ytterligere produktivitetsøkning. Det gjaldt å endre tenkningen til testerne. Den 25. mars 2015 greide de i alt 16 testerne den gangen å teste 100 test caser med helge- og overtidsarbeid. Ifølge Drew ville dessuten majoriteten av testene for iterasjon 3 ha vært repetisjoner av testene for iterasjon 2 og derfor ha gått raskere. Den første runden med testing tar oftest dobbelt så lang tid som senere tester.

Det var ikke gjort noen erfaringer med SIT som planen om 49 dager kunne vurderes ut fra. SIT skulle gjennomføres for første gang etter iterasjonstestingen av iterasjon 3. Her skulle blant annet alle eksterne grensesnitt testes for første gang.

IBMs ledelse mente at HMP2 kunne ha vært nådd til 23. september 2015 slik planen til KP2 la opp til. Interne e-poster 22. april 2015 viser at IBM hadde som ambisjon å følge gjennomføringsplanen til KP2. IBMs lokale utviklingsleder for GD India, Jan Hård af Segerstad, skrev at det var «imperative for IBM that we deliver according to the dates set out in this plan and I hereby advice each stream to adjust internal planning

accordingly». (FU 23000) European Public Sector Delivery Leader and Executive Partner, Stewart Knox, skrev at «we now have to deliver against this plan». (FU 23001)

A-2 trodde derimot ikke at det ville ha latt seg gjøre å holde IBMs plan til KP2. I en presentasjon med «Foreløpige observasjoner knyttet til KP2» 27. april 2015, står det:

> Selv om planen og den indre konsistensen er forbedret, er det fortsatt problematisk at datoen for HMP2 er såpass aggressivt satt. Vi ser ikke tilstrekkelige tiltak for å kunne si at vi tror det vil la seg gjøre å være ferdig innen 23.9. Samtidig er det leverandørens ansvar å sette datoen basert på egen vurdering av situasjonen.
> (FU 23130 på 23135)

Som nevnt er spørsmålet imidlertid ikke om HMP2 kunne ha vært nådd til 23. september 2015, men om HMP2 kunne vært nådd til 28. januar 2016 – og om HMP2.2 kunne vært nådd 5. juni 2016.

Som lagmannsretten kommer tilbake til under vurderingen av når IBM kunne ha nådd HMP2 basert på situasjonen da SVV hevet kontrakten 27. juli 2015 i punkt 4.5 nedenfor, mener lagmannsretten at HMP2 realistisk sett kunne ha vært nådd til 26. desember 2015, og at HMP2.2 da kunne vært nådd 3. mai 2016.

Lagmannsretten mener at vurderingen av når HMP2 kunne vært nådd, blir den samme basert på situasjonen da IBM leverte planen til KP2 22. april 2015. Ut fra erfaringene med iterasjon 2, la IBM inn tiltak for å bedre produktiviteten. Det går frem av referatet fra KP-møte 13. april 2015 at IBM så på planen som «aggressiv, med behov for spesifikke tiltak for å øke produktiviteten», og at IBM ønsket «å ta grep i forhold til testplanleggingen for iterasjon 3». (FU 22322 på 22330 og 22328) Det ble tatt grep som ville satt IBM i stand til å løse gjenstående oppgaver slik som det nevnte grensesnittet mellom SAP FI-CA og SugarCRM.

Som lagmannsretten kommer tilbake til under vurderingen av når IBM kunne nådd HMP2 basert på situasjonen da SVV hevet kontrakten 27. juli 2015, besluttet IBM før KP2 å utarbeide generiske grensesnitt mellom SAP FI-CA og SugarCRM. (FU 2082 og 20719) Utfordringene med grensesnitt mellom SAP FI-CA og SugarCRM, var således ikke bare tenkt løst ved å utfordre «CRM as a front-end for SAP functionality» slik IBMs lokale utviklingsleder for GD India, Jan Hård af Segerstad, skrev i ukesrapport 17. april 2015. (FU 22256 på 22257)

Videre foreslo eksempelvis Lorenz Lorenzen i den nevnte e-posten 15. april 2015, å sette inn ekstra ressurser for å ferdigstille grensesnittspesifikasjonene for de interne grensesnittene. Han ga samtidig uttrykk for at spesifikasjonene i så tilfellet kunne bli ferdig etter planen. (FU 22566) Slik lagmannsretten forstår denne e-posten, kunne de ekstra ressursene langt på vei skaffes bare ved å øke stillingsprosenten til ressursene som allerede var tilgjengelig.

Etter dette er det ikke nødvendig for lagmannsretten å gå inn på om plikten til å utarbeide en realistisk plan opphørte hvis den ville ha vist at hevingsfristen «klart» ville ha blitt overskredet.

4.4.9 EA108, 113 og 117

IBM har som nevnt fremmet tre endringsanmodninger med bakgrunn i underkjenningen av KP2: EA108 som ble utstedt 3. juni 2015, EA 113 som ble utstedt 10. juni 2015, og EA117 som ble utstedt 10. juli 2015. (FU 24458, 24704 og 25559)

EA108 om «manglende tilbakemelding fra SVV om innholdet i iterasjon 2», og EA113 om «forberedelse og gjennomføring av Kontrollpunkt 2», knytter seg til SVVs underkjenning av scope/innholdet i KP2. De er begge begrunnet i at SVV brøt medvirkningsplikten ved å ikke varsle IBM om sine innsigelser på innholdet i iterasjon 2 på et tidligere tidspunkt, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 1.3 og 6.2.2. Kravet om fristforlengelse bygger på at SVVs syn på volumet i iterasjon 2, innebar at det hele tiden hadde vært umulig å få godkjent KP2. KP2 var et «spill for galleriet» og arbeidet til å forberede KP2 – gjennomføre tester (inkludert kundetester), feilrette for å få leveransen innenfor inngangskriteriene, forberede dokumentleveranser, planer, møter m.m. – var bortkastet.

Kravet i EA108 er på 56 kalenderdager og gjelder perioden 2. februar til 27. mars 2015. Kravet omfatter seks uker for å teste leveransen til KP2 med fokus på feilretting i stedet for å utføre utviklingsaktiviteter, en uke for å gjennomføre kundetest og en uke for å forberede til KP2. Kravet i EA113 knytter seg til selve gjennomføringen av KP2 med underkjenning av inngangskriteriene m.m. i perioden 13. til 28. april 2015, og er

på 16 kalenderdager, hvorav syv dager i uke 16 for «gjennomføring og stopp av Kontrollpunkt + forberedelser til Kontrollpunkt» og ni dager i uke 17 og 18 for «gjennomføring, stopp og restart av Kontrollpunkt».

EA117 knytter seg til perioden etter underkjenningen av KP2 og gjelder «gjennomføring av iterasjon 2 og nytt kontrollpunkt 2». Endringsanmodningen er begrunnet slik:

> Som en konsekvens av at SVV så langt ikke har godkjent KP2 og gjennom dette heller ikke planen for Iterasjon 3 ... vil IBM i samarbeide med SVV levere de resterende 20% av Iterasjon 2, definert i Gjennomføringsplanen v.1.2.
> Ved slik leveranse til et nytt Kontrollpunkt 2 vil IBM oppdatere planen for Iterasjon 3 slik at denne kan bli gjennomgått og godkjent som en del av Kontrollpunktgjennomføringen i Kontrakten, og at denne planen kan danne basis for en omforent plan for resten av gjennomføringen av prosjektet.
> Denne endringsanmodning inneholder den økte tid og kost IBM har og har planlagt med for å levere de resterende 20% av Iterasjon 2, ved et nytt forsøk på å få et godkjent Kontrollpunkt 2 og dermed sikre en godkjent Iterasjon 3 plan for leveranse av resten av prosjektet.
> SVV har som følge av sine beslutninger som beskrevet ovenfor, gjort det nødvendig for IBM å gjennomføre leveransen i henhold til kontrakt på en langt mindre effektiv måte. Det er kostnadene ved en slik lavere effektivitet og følgende konsekvenser i form av forsinkelser i prosjektet som er dekket av denne endringsanmodning. Det er klart at kodeutvikling og testing utført i denne perioden er omfattet av kontrakten, og som følge av dette er kostnadene relatert til design, koding og «Unit Testing» (DCUT) samt testutførelse i perioden for denne endringsanmodning ikke tatt med i beregning av kostnadene for endringen.

IBMs plan for å levere den resterende 20 prosent av iterasjon 2 ved KP1 som beskrevet over, ble presentert for SVV i det såkalte direktørmøtet 8. juni 2015. (FU 24640 på 24644) I EA117 har IBM krevd fristforlengelse med 113 kalenderdager for perioden fra 8. juni 2015 og frem til 29. september 2015, som var planlagt dato for ferdigstillelse av den oppdaterte planen for iterasjon 3.

Lagmannsretten tar ikke stilling til om SVV har brutt sin medvirkningsplikt ved å ikke varsle IBM om at de mente at volumet i iterasjon 2 ikke var tilstrekkelig for å oppnå KP2-godkjenning. For lagmannsretten er det tilstrekkelig å vise til at underkjenningen av KP2 var urettmessig, jf. punkt 4.4.8 over. Det følger av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.6.1 at IBM har krav på fristforlengelse i den grad selskapet er påført merarbeid eller forsinket som følge av den urettmessige underkjenningen. (FU 8471)

Lagmannsretten mener at det er merarbeidet knyttet til å gjennomføre et nytt KP2 som bør danne grunnlaget for et endringskrav. Når lagmannsretten har kommet til at underkjenningen av den gjennomførte KP2 var urettmessig, følger det motsetningsvis at KP2 skulle ha blitt godkjent i april 2015, og at IBM skulle ha vært spart for arbeid og forberedelser til enda et KP2. Det er derfor merarbeid og forberedelser til å gjennomføre et nytt KP2 med større scope, som er konsekvensen av underkjenningen. Lagmannsretten behandler derfor EA117 først, da denne omfatter «gjennomføringen av iterasjon 2 og nytt kontrollpunkt 2».

Etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 kunne arbeid med iterasjon 3 først igangsettes når SVV hadde godkjent planen for denne iterasjonen. (FU 8468) Konsekvensen av den urettmessige underkjenningen av KP2, var som nevnt at IBM ikke fikk godkjent planen for iterasjon 3, som IBM allerede var i gang med. Lagmannsretten mener at IBM, i mangel av en godkjent plan, ikke hadde annet valg enn å stanse aktivitetene for iterasjon 3 og fokusere på å levere det som gjensto på iterasjon 2 for å få godkjent KP2, herunder levere en oppdatert plan for iterasjon 3. Lagmannsretten mener at IBM må kunne kreve fristforlengelse for de tidsmessige konsekvensene av denne replanleggingen av leveransen, og den lavere effektivitetsgraden som gjennomføringen av et nytt KP2 medførte, slik det er beskrevet i EA117. Slik lagmannsretten ser det, er det dette som er den reelle konsekvensen av underkjenningen av KP2.

Fristforlengelseskravet i EA117 er som nevnt på 113 kalenderdager og omfatter perioden fra 8. juni 2015 til 29. september 2015, herunder gjennomføringen av et nytt KP2. Det er i EA117 presisert at kravet ikke omfatter utvikling, feilretting og testing, og lagmannsretten legger dette til grunn. I følge IBM var 44 prosent av arbeidet i EA117 utført på hevingstidspunktet. Dette har imidlertid ikke betydning for fristforlengelseskravet, bare for vederlagskravet, jf. punkt 5.5 nedenfor.

Lagmannsretten mener at kravet er høyt, særlig sett hen til at det bare var 20 prosent av iterasjon 2 ved KP1 som det gjensto å ferdigstille. Likevel ser lagmannsretten det som sannsynlig at behovet for replanleggingen av iterasjon 2 forsinket IBM vesentlig. At resten av iterasjon 2 måtte utvikles separat i stedet for som del av

iterasjon 3, medførte mest sannsynlig også et effektivitetstap. Planleggingen og gjennomføringen av at nytt KP2 ville også krevd tid. Ved den konkrete vurderingen har lagmannsretten sett hen til at A-2 mente at forsinkelsen på prosjektet ved å innføre et nytt KP2, ville vært på to måneder. (FU 24915 på 24919) Lagmannsretten mener at to måneder er et rimelig estimat av forsinkelsen, og gir IBM medhold i en fristforlengelse på 60 kalenderdager for EA117.

Når IBM gis medhold i kravet om fristforlengelse for tiden til å planlegge og forberede et nytt KP2 i EA117, kan de ikke samtidig få medhold i kravet om fristforlengelse for tiden til å planlegge og forberede seg til det opprinnelige KP2 i EA108 og EA113. Etter kontrakten måtte IBM gjennomføre ett KP2. IBMs leveranse til KP2 i april 2015 skulle ikke vært underkjent, men godkjent. IBMs arbeid og forberedelser til dette gjennomførte kontrollpunktet var i dette perspektivet ikke noe som selskapet kan kreve endring for. Arbeidet var slik sett ikke en konsekvens av den urettmessige underkjenningen av KP2.

Lagmannsretten mener videre at IBM ikke kan få medhold i kravet i EA108 om fristforlengelse for tiden brukt på å teste og feilrette leveransen til KP2 i stedet for å utføre utviklingsaktiviteter. IBM ville uansett også måttet gjøre dette arbeidet på ett eller annet tidspunkt for å sikre kvaliteten på arbeidet. Arbeidet var ikke en konsekvens av den urettmessige underkjenningen av KP2.

4.4.10 EA112 (R8 miljø)

EA112 ble opprettet av IBM ved Nicolai Rygh 4. juni 2015. Den gjelder merarbeid som IBM skal ha blitt påført som følge av SVVs manglende lukking av restanse R8, som ble opprettet ved godkjenning av HMP1. (TU2 1665) Endringskravet er begrunnet som følger:

> Leverandøren har besvart R8, samt oppfølgingsspørsmålene fra Kunden. Kunden holder denne åpen grunnet ønske om å få tilgang til miljøet før saken lukkes. Dette var ikke en aktuell problemstilling ved HMP1, og lukking av R8 kan ikke hindres av dette. Det er avtalt tidspunkt for når Kunden vil få tilgang til miljøet.
> [...]
> Leverandør vurderer merarbeidet påført av Kunden for arbeid knyttet til R8 som ligger utenfor restansens opprinnelige karakter til å tilsvare to dagers forsinkelse. To dager verdsettes basert på sist ukes forbruk til 1 039 015 Kroner.

Tingretten uttalte om EA112 i dommen på side 110:

> I SVVs statusrapport for mai 2015 fremgår det at R8 ble lukket i uke 23-24 (FU 23348). Det vil si omtrent samtidig som IBM fremsatte endringsanmodningen (4. juni var torsdag i uke 23). Lukkingen var sannsynligvis foranlediget av EA112.
> Det må antas at SVV utsatte lukkingen av andre grunner enn de som opprinnelig ble oppgitt i R8. Det kommer imidlertid ikke tydelig frem av underlaget hvorfor en slik utsettelse skal ha ført til at IBM fikk merarbeid tilsvarende to dagers forsinkelse. Retten finner derfor ikke at det er ført tilstrekkelig bevis for at EA112 var berettiget.

Partene har knapt behandlet EA112 under ankeforhandlingen. Det er etter lagmannsrettens syn ikke kommet anførsler eller bevis som gir lagmannsretten grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering. Lagmannsretten legger derfor tingrettens vurdering om at EA112 ikke var berettiget, til grunn, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, jf. § 11-2 første ledd.

4.4.11 Oppsummering

Oppsummert mener lagmannsretten at IBM har krav på fristforlengelse og flytting av kontraktens milepæler med i alt 250 kalenderdager (49 dager for SVVs ferie, 35 dager for EA053 (økt kompleksitet), 14 dager for EA054 (arbeidsform), to dager for EA067 (Greenbird), 90 dager for EA078 (Kina) og 60 dager for EA117 (nytt KP2)).

Etter dette blir hevingsfristen 5.^{2} april 2016 med utgangspunkt i HMP2 og 12.^{3} august 2016 med utgangspunkt i HMP2.2.

Lagmannsretten vil i punkt 4.5 nedenfor begrunne at det på hevingstidspunktet ikke kunne anses som klart at IBM ville overskredet disse endrede hovedmilepælene.

Lagmannsretten ser det derfor ikke som nødvendig å gå inn på om IBM hadde krav på fristforlengelse og flytting av milepæler som følge av andre forhold i gruppe (iii) (forhold som rettmessig var påberopt som endringer til kontrakten, men hvor konsekvensen ennå ikke var inntrådt ved heving) enn EA078.

4.5 Kunne IBM nådd HMP2 til 5.[1] april 2016/HMP2.2 til 12.[2] august 2016?

4.5.1 De sakkyndiges vurderinger av når HMP2 kunne vært nådd

Staten har innhentet to analyser av fremdriften til HMP2. Begge analysene inneholder vurderinger av hvor lang tid det ville tatt å gjennomføre følgende fire trinn: tilbakeføre ressursene som var tatt ut av iterasjon 3 fra midten av juni 2015, gjøre ferdig DCUT-arbeidet for iterasjon 3 samt gjennomføre iterasjonstesten for iterasjon 3 og SIT.

Den første analysen er rapport fra Holte Consulting AS 25. november 2021. (TU2 2780 flg.)

Holte har utarbeidet prognoser for det gjenstående DCUT-arbeidet basert på IBMs DCUT-rapporter frem til begynnelsen av juni 2015 (4. juni 2015). Holte forutsatte at det ikke ville skje endringer i ressurser og omfang, og lagde prognoser for ferdigstillelsesdato ved lineære ekstrapoleringer av tidligere nedbrenningsfart i de ulike strømmene. Den optimistiske prognosen, kalt «best case», la nedbrenningsfarten i de fem siste ukene før begynnelsen av juni 2015 til grunn, mens den pessimistiske, kalt «worst case», la farten i de fem siste månedene før begynnelsen av juni 2015 til grunn. Holte lagde også et gjennomsnitt av de to prognosene, kalt «sannsynlig». (TU2 2797 og FU bilag 1610) Etter den positive prognosen ville DCUT-arbeidet i strømmene INT, CRM, SEL, REP og SEC, vært ferdig i løpet av september 2015. (TU2 2795 flg.)

Holte presiserte imidlertid uten nærmere begrunnelse at INT-strømmen ville vært «ferdig tidligst samtidig med den siste av SAP og CRM, men ikke under noen omstendighet før 1.12.2015». (TU2 2798) Holte vurderte at det ikke var godt nok grunnlag for prognoser for SAP-strømmen. Denne strømmen var ifølge Holte «i oppbrudd» i juni 2015 «med overføring av videre arbeid til lokal organisasjon». (TU2 2797) Med utgangspunkt i 2 400 gjenstående DCUT-timer i SAP-strømmen og en etableringsforsinkelse på to måneder, vurderte Holte at denne strømmen måtte ha vært tilført en produksjonskapasitet på minst fire nye kompetente ressurser på full tid («FTE» (Full Time Equivalent)), det vil si 600 timer per måned, for at den kunne vært ferdig til desember 2015. (TU2 2804)

Holte vurderte at tilbakeføringen av ressursene som ble tatt ut av iterasjon 3 fra midten av juni 2015, optimistisk sett ville tatt to måneder. (TU2 2803 og 2807) Iterasjonstesten og SIT ville optimistisk sett tatt henholdsvis tre måneder og 49 dager. (TU2 2806 og 2807) At SIT optimistisk sett ville tatt 49 dager, var tatt fra IBMs gjennomføringsplan til KP2. Holte konkluderte med at IBM ville endt med en forsinkelse på over 400 dager i forhold til den kontraktsfestede HMP2-datoen 28. april 2015, uansett scenario. Optimistisk sett, ville HMP2 vært nådd 418 dager forsinket den 19. juni 2016. (FU 2783 og 2807)

Seniorrådgiver Trond Botheim, som har skrevet rapporten fra Holte sammen med analytiker Borgar Lund, har forklart at prognosene ikke var en «best case»-/«worst case»-fremstilling. Han gjorde ingen vurdering av sannsynligheten for «best case», men ville heller ikke talt om «best case» hvis han ikke hadde trodd at dette var et mulig scenario. Han utelukket ikke at strømmene CRM, SEL, REP og SEC kunne blitt ferdig i løpet av september 2015, men utelukket at INT-strømmen kunne blitt det. Han vurderte den økte fremdriften i INT-strømmen de siste fem ukene før begynnelsen av juni 2015 som midlertidig fordi den avvek fra alle andre perioder. Han så det derfor som helt usannsynlig at denne fremdriften ville vedvare.

Trond Botheim har videre forklart at det optimistiske anslaget over hvor lang tid det ville tatt å oppbemanne iterasjon 3, bygde på hans subjektive vurdering av hva som skulle til for å remobilisere. Det var en «finger i været»-betraktning. Det optimistiske anslaget over hvor lang tid iterasjonstesten av iterasjon 3 ville tatt, bygde på at den ville tatt like lang tid som iterasjonstesten av iterasjon 2. Det optimistiske anslaget over hvor lang tid det ville tatt å gjennomføre SIT, forutsatte at de eksterne grensesnittene var testet i forkant.

Den andre analysen er rapport fra IT-rådgiver Leif-Arne Rones 2. desember 2021. (TU2 2825 flg.)

Leif-Arne Rones la til grunn at omfanget og varigheten av design (D), utvikling/enhetstesting (CUT) og testing, som en tommelfingerregel sto i et 1:2:2-forhold; hvis CUT hadde tatt 100 dager, ville testingen ta like lang tid. (TU2 2857) I likhet med Holte Consulting AS, brukte Rones INT-strømmen for å anslå når DCUT-arbeidet ville vært ferdig. Han viste til at denne strømmen var svært viktig for «ende til ende»-testing, og at den historisk sett hadde hatt den laveste fremdriften. Han tok utgangspunkt i at det gjensto 2 134 DCUT-timer i INT-strømmen per 2. juni 2015 og ekstrapolerte basert på at det i perioden på fem måneder fra slutten av desember 2014 til begynnelsen av juni 2015 (2. juni 2015), var nedbrent 1 310 DCUT-timer. (TU2 2859 og bilag 1610) Han kom til at INT-strømmen ville vært «nedbrent etter ytterligere 273 kalenderdager». Han la til 60 kalenderdager for tilbakeføring av ressursene som var blitt tatt ut av iterasjon 3, og kom til at INT-strømmen ville blitt ferdig i slutten av april 2016. (TU2 2859)

Leif-Arne Rones la så til 38 dager for iterasjonstesting og 12 uker/tre måneder for SIT ved bruk av 1:2:2-regelen. (TU2 2858, 2861 og 2862) At iterasjonstesten ville tatt 38 dager, var tatt fra IBMs gjennomføringsplan til KP2 uten nærmere vurdering. Rones kom til at HMP2 ville vært nådd 26. oktober 2016. Dette ville vært 547 dager forsinket i forhold til den kontraktsfestede HMP2-datoen 28. april 2015. (TU2 2860)

Leif-Arne Rones har forklart at han tok utgangspunkt i INT-strømmen også fordi denne strømmen blir ferdig til sist. Han vurderte at det ikke var grunnlag for å ta utgangspunkt i nedbrenningsfarten i mai 2015 ved ekstrapoleringen. Det som skjedde i mai, var bare en «kalving» av arbeid som var påbegynt i månedene februar til april 2015. Av de 747 DCUT-timene som ble inntjent i mai 2015, var det bare 100 som var påbegynt denne måneden. Videre flatet nedbrenningen ut fra slutten av mai 2015. Forutsatt at det ble satt inn tiltak som virket, ville han likevel ikke utelukke at nedbrenningsfarten i mai 2015 fortsatte.

Leif-Arne Rones har videre forklart at han ikke overprøvde IBMs vurdering av at iterasjonstesten ville tatt 38 dager, men at han forlenget SIT til 12 uker/tre måneder («80 arbeidsdager») fordi eksterne grensesnitt ikke var testet tidligere. Han la til grunn at det dreide seg om ca. 40 grensesnitt og at IBM greide å teste fem til ti grensesnitt per måned. Han hadde ingen konkrete kilder for 1:2:2-regelen. Han brukte den som en tommelfingerregel «av og til».

4.5.2 Lagmannsrettens vurdering av når HMP2 og HMP2.2 kunne vært nådd

4.5.2.1 Innledning – Metoden

Lagmannsretten ser det ikke som «klart» at IBM ville ha overskredet hevingsfristen 5.[1] april 2016 med utgangspunkt i HMP2 og 12.[2] august 2016 med utgangspunkt i HMP2.2.

Lagmannsretten tar ved vurderingen av om IBM kunne ha nådd hevingsfristen, utgangspunkt i de sakkyndiges metode med å ekstrapolere nedbrenningsfarten i «DCUT burndown». Denne metoden eliminerer IBMs mislighold knyttet til EV-rapporteringen. Lagmannsretten tar også utgangspunkt i de samme fire trinnene som de sakkyndige, det vil si tilbakeføring av ressursene som var tatt ut av iterasjon 3 fra midten av juni 2015, DCUT-arbeidet, iterasjonstesten for iterasjon 3 og SIT. Siden det som må være klart for at kontrakten kunne heves, er at hevingsfristen ville blitt overskredet, blir vurderingstemaet imidlertid om IBM alt i alt kunne nådd levering innenfor hevingsfristen. Den trinnvise tilnærmingen brukes bare som struktur ved totalvurderingen av om IBM ville greid å levere i tide.

Sett på bakgrunn av at det kreves noe nær visshet for antesipert mislighold eller at det er noe nær sikkert at et slikt mislighold ville ha inntrådt, mener lagmannsretten at dette strenge beviskravet ikke vil være oppfylt hvis IBM realistisk sett kunne ha nådd hevingsfristen. Det måtte kunne latt seg gjøre å nå hevingsfristen i praksis.

Som varslet under behandlingen av underkjenningen av gjennomføringsplanen til KP2 i punkt 4.4.8.6, mener lagmannsretten at HMP2 realistisk sett kunne ha vært nådd 26. desember 2015, og at HMP2.2 da kunne ha vært nådd 3. mai 2016. Dette er innenfor hevingsfristen.

4.5.2.2 Ressursene som var trukket ut av iterasjon 3

Etter lagmannsrettens syn skal det ikke legges inn tid for tilbakeføring av ressursene som ble trukket ut av iterasjon 3 fra midten av juni 2015.

IBM trakk ut ressursene av iterasjon 3 som svar på underkjenningen av leveransen til KP2. I prosjektledermøtet 10. juni 2015 redegjorde IBM for at selskapet i stedet ville sette inn alt på å levere den gjenstående 20-prosenten av iterasjon 2 slik denne iterasjonen var definert ved KP1 (iterasjon 2.5), og at IBM «i nytt KP2» ville be om «godkjenning av plan for iterasjon 3». (FU 24684 på 24687) Det samme går frem av brev fra IBM til SVV 17. juni 2015. (FU 25014 på 25015 og 25016)

Slik lagmannsretten ser det, falt IBM her bare tilbake på kontraktens system om at «arbeidet med etterfølgende trinn», det vil her si iterasjon 3, «først igangsettes når Kunden [...] har godkjent planen» for dette trinnet, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 3.4.5 tredje avsnitt. (FU 8458 på 8468) I og med at SVV ikke hadde godkjent noen plan for iterasjon 3, skulle det heller skje noe arbeid med denne iterasjonen.

Som nevnt mener lagmannsretten at underkjenningen av KP2 var urettmessig. Ved den videre vurderingen av når DCUT-arbeidet med iterasjon 3 ville vært ferdig, må det da ses bort fra den urettmessige underkjenningen. Hvis det ikke hadde vært for denne underkjenningen, ville arbeidet med iterasjon 3 ha fortsatt uavbrutt.

4.5.2.3 DCUT-arbeidet i iterasjon 3

Etter lagmannsrettens syn kunne IBM realistisk sett ha blitt ferdig med DCUT-arbeidet i iterasjon 3 innen september 2015.

For lagmannsretten ser det ut til at det var utviklingen i strømmene SAP og INT som ville avgjort hvor tidlig iterasjon 3 kunne ha blitt ferdig.

Det er ingen holdepunkter for at det var store problemer i andre strømmer enn SAP og INT på hevingstidspunktet. Problemene i CRM-strømmen var langt på vei løst. Som nevnt har SVVs funksjonelt løsningsansvarlige for CRM-strømmen, Arve Leivestad, forklart at funksjonaliteten var på plass allerede ved KP2. Det er lagt frem tre videoer som støtter Leivestads forklaring. (TU2 bilag 43 til 45) IBMs arkitekt for CRM-strømmen, Tonje Offenberg Bye, har forklart at hun lagde videoene i november/desember 2015, det vil si fire/fem måneder etter at kontrakten ble hevet, og at de viser løsningen «utpå våren en eller annen gang», det vil si våren 2015. Dessuten var iterasjon 2.5 levert 21. juli 2015. (FU 25969 flg.)

Strømmene SAP og INT hadde hatt lavest produktivitet i prosjektet.

SAP-strømmen i GD Kina hadde hatt meget svak fremdrift hele våren 2015. I perioden på fem måneder fra slutten av desember 2014 til og med mai 2015, hadde GD Kina i gjennomsnitt gjort ferdig arbeidspakker med Planned Value (PV) på 200 DCUT-timer per måned. I den mest produktive måneden, mai 2015, ble det gjort ferdig arbeidspakker på bare 270 DCUT-timer. Andre strømmer meldte fra internt i IBM om at de ikke fikk gjort planlagt arbeid på grunn av avhengighet til SAP.

Det går frem av statusrapport fra GD Kina 5. juni 2015 at mesteparten av arbeidet med utviklingen av grensesnitt, var flyttet fra GD Kina til GEO. (FU 24573 på 24574) I mai 2015 ble SAP-strømmen styrket med fem FTE lokalt i Norge (GEO). I begynnelsen av juni 2015 ble GEO styrket med ytterligere én FTE. Dette går frem av IBMs månedsrapport for mai 2015. (FU 24580 på 24593) Med disse ressursene på plass i GEO allerede i begynnelsen av juni 2015, er det ikke grunnlag for Holte Consultings etableringspåslag på to måneder. Med Holtes overslag over gjenstående DCUT-timer på 2 400 og produksjon per FTE på 150 DCUT-timer per måned, ville utviklingsarbeidet i SAP-strømmen ha vært fullført på mindre enn tre måneder regnet fra begynnelsen av juni 2015 (2 400 timer/(6 x 150) timer per måned = 2,67 måneder).

Det ser imidlertid ut til at gjenstående DCUT-timer i SAP-strømmen var høyere enn 2 400 i begynnelsen av juni 2015. En sammenlikning av månedsrapportene fra GD Kina for mai og juni 2015, viser at det bare var arbeidspakker på rundt 1 000 DCUT-timer som ble flyttet fra Kina til GEO. (FU 24309 på 24310 og FU 24573 på 24574) Månedsrapporten for juni viser at det gjensto 1 900 DCUT-timer i GD Kina i begynnelsen av juni 2015, og at GD Kina skulle fokusere på funksjons- og ytelsestesting («function testing og performance test»). (FU 24574) Gjenstående DCUT-timer i SAP ser således ut til å ha vært 2 900 timer i begynnelsen av juni 2015 (1 000 + 1 900). Med Holtes tall for produksjon per FTE, ville utviklingen i SAP-strømmen da ha vært fullført på noe over tre måneder regnet fra begynnelsen av juni 2015 (2 900 timer/900 timer per måned = 3,22 måneder). Utviklingen i SAP-strømmen ville således ha vært fullført innen september 2015, også med 2 900 gjenstående DCUT-timer.

Ut fra IBMs månedsrapportering ser det ut til at to av de seks FTEene som ble satt inn i GEO, ikke arbeidet i SAP-strømmen i juni 2015. (FU bilag 1611) Slik lagmannsretten ser det, kunne SAP-strømmen ha blitt ferdig innen september 2015 også om to av de seks FTEene først kom i gang med DCUT i denne strømmen fra juli 2015. Med bare 600 fullførte timer i juni, ville det tatt om lag to og en halv måned fra begynnelsen av juli å fullføre SAP (2 300 timer/900 timer per måned = 2,56 måneder). Det ville dessuten vært gode muligheter for å oppbemanne SAP-strømmen ytterligere om nødvendig. Som påpekt av Holte, er SAP et globalt markedsledende produkt som det burde vært mulig å finne ressurser til. (TU2 2780 på 2804)

At INT-strømmen i GD India 1. mai, 8. mai, 22. mai, 12. juni og 17. juli 2015 rapporterte om svak fremdrift på grunn av avhengighet til SAP, kan rett nok tale for at SAP-strømmen hadde kvalitative utfordringer som ikke lot seg løse bare ved ressursøkningen og flyttingen av SAP-grensesnitt til GEO i mai/juni 2015. (FU 23354 på 23355, FU 23354 på 23373, FU 23652 på 23672, FU 24075 på 24077, FU 24075 på 24099, FU 24770 på 24772 og 24799 samt FU 25887 på 25917) Ifølge de to siste rapportene 12. juni og 17. juli 2015, var fire av 15 arbeidspakker forsinket fordi INT-strømmen ventet på grensesnittspesifikasjoner fra SAP («delayed due to dependency on SAP HLD» (High Level Design)). (FU 23672, 24099, 24799, 24803 og 25917) Det skjedde med andre ord liten forbedring i HLD rent faktisk.

Lagmannsretten ser imidlertid mangelen på forbedring fra juni til juli i sammenheng med at ressursene var blitt trukket ut av iterasjon 3 fra midten av juni 2015 som følge av den urettmessige underkjenningen av KP2. Lagmannsretten ser ellers ingen grunn til at ikke styrkingen av GEO fra mai/juni 2015 ville ha forbedret koordineringen mellom SAP- og INT-strømmen og løst andre utfordringer i SAP-strømmen slik som gjenstående oppgaver som grensesnittet mellom SAP FI-CA og SugarCRM knyttet til sletting av faktura, sletting av tilleggsavgifter og utstedelse av kreditnota. SAP er et standardisert produkt som inneholder all funksjonalitet for økonomistyring og krever normalt lite tilpasning.

INT-strømmen i GD India hadde også hatt meget svak fremdrift hele våren 2015. Fra slutten av desember 2014 til og med mai 2015, hadde INT-strømmen gjort ferdig arbeidspakker med Planned Value (PV) på 1 003 DCUT-timer. Som for SAP-strømmen, vil det i gjennomsnitt si 200 DCUT-timer per måned. Ved inngangen til mai 2015 gjensto det om lag 3 200 DCUT-timer. I mai 2015 ble det derimot gjort ferdig arbeidspakker med PV på 747 DCUT-timer slik at det ved inngangen til juni 2015 gjensto om lag 2 450 DCUT-timer. (FU bilag 1610 linje 764, jf. FU bilag 208 linje 779)

Videre var det bare utarbeidet kravspesifikasjoner for 30 prosent av de interne grensesnittene 22. april 2015 og 50 prosent av de interne grensesnittene 5. juni 2015. (FU bilag 208 linje 779 og bilag 210 linje 764) Lagmannsretten legger til grunn at det her ikke var tale om 30 og 50 prosent av alle grensesnitt, men av grensesnittene som det måtte utarbeides kravspesifikasjoner for. Kravspesifikasjoner for grensesnitt som ivaretas av standardfunksjonalitet i modulene SugarCRM eller SAP FI-CA, er allerede dekket av IBMs løsning. For slike grensesnitt er det derfor ikke nødvendig å utarbeide egne kravspesifikasjoner.

Hvis Leif-Arne Rones hadde lagt til grunn at INT-strømmen bare hadde gjort ferdig arbeidspakker med PV på 1 003 DCUT-timer i perioden på fem måneder før begynnelsen av juni 2015 og at det gjensto 2 450 DCUT-timer i begynnelsen av juni 2015, ville han med sine ekstrapoleringer ha kommet til at det hadde tatt enda lengre tid enn 273 kalenderdager fra begynnelsen av juni 2015 å ferdigstille INT-strømmen.

Slik lagmannsretten ser det, blir det imidlertid ikke riktig å se på nedbrenningsfarten over de siste fem månedene, slik Leif-Arne Rones har gjort.

Den svake fremdriften i INT-strømmen våren 2015 hadde sammenheng med forhold som IBM ikke kan lastes for. Kravene til økonomifunksjonalitet (SAP) i SugarCRM, innebar en stor mengde enkle grensesnitt. Som effektiviseringstiltak, besluttet IBM 27. februar 2015 å utvikle generiske grensesnitt mellom SAP og SugarCRM for noen enkle grensesnitt. (FU 2082 og 20719) Utviklingen av de enkle grensesnittene som ble berørt ble satt på hold 23. mars 2015. (FU 21936 på 21955) Videre tok KP2 mye av tiden frem til slutten av april 2015. Siden INT er den siste strømmen som gjøres ferdig, er det dessuten logisk og vanlig at store deler av integrasjonsarbeidet gjøres ferdig mot slutten. Fremdriften bør måles i perioder hvor det skal skje utvikling. Dette er forhold som taler mot å bruke nedbrenningsfarten over en så lang periode som de siste fem månedene.

Samtidig ble det satt i verk tiltak i INT-strømmen fra 1. mai 2015 som ser ut til å ha økt fremdriften. Det skjedde en oppbemanning. Seks FTEer i GD India ble økt til ti. (FU 22567) Rapport fra GD India 3. juli 2015 viser at planlagte DCUT-timer økte tilsvarende fire FTEer fra 290 i april til 450 fra mai 2015, og at den faktiske DCUT-aktiviteten økte fra mai 2015. (FU 25370 på 25409) Som nevnt ble det gjort ferdig arbeidspakker på i

alt 747 DCUT-timer i mai 2015. «Work tracking»-filen viser at 402 av disse DCUT-timene ble påbegynt i slutten av april 2015, og at nesten alle av de 402 DCUT-timene ble inntjent før 15. mai 2015, det vil si på mindre enn en måned. De resterende 345 DCUT-timene som ble inntjent i mai 2015, gjaldt grensesnitt som var påbegynt i februar 2015 og satt på hold fra 23. mars til 17. april 2015. Bare 27 prosent av arbeidet med disse grensesnittene ble utført i februar 2015. (FU bilag 1596) Inntjeningen i mai var med andre ord bare i begrenset grad «kalving» av arbeid som var påbegynt i månedene fra februar til april 2015. Dette er forhold som taler for å bruke nedbrenningsfarten i mai eller de fem siste ukene før begynnelsen av juni 2015.

Med nedbrenningsfarten i mai 2015, ville INT-strømmen ha vært ferdig på vel tre måneder regnet fra begynnelsen av juni 2015. (2 450 timer/747 timer per måned = 3,23 måneder) Med farten de siste fem ukene, kom Holte til at INT ville ha vært ferdig ca. 20. september 2015.

Slik lagmannsretten ser det, blir det ikke riktig å korrigere nedbrenningsfarten i mai eller de fem siste ukene før begynnelsen av juni med den svakere fremdriften i juni og juli siden den hadde sammenheng med den urettmessige underkjenningen av KP2. Det går frem av rapporter fra GD India 19. juni og 17. juli 2015 at iterasjon 3 stanset opp fra midten av juni 2015 fordi fokuset var blitt flyttet over på iterasjon 2.5. (FU 25043 på 25075 og FU 25887 på 25917) GD India rapporterte likevel 12. og 19. juni 2015 om eksterne grensesnitt som var påbegynt, men som ikke kunne gjøres ferdig før CRM API (Application Programming Interface) var på plass. (FU 24770 på 24801 og FU 25043 på 25075) Det går frem av rapporten 17. juli 2015 at API var på plass på dette tidspunktet. (FU 25903) API ville økt nedbrenningsfarten ytterligere.

For øvrig var fremdriften i iterasjon 2.5 fra midten av juni til midten av juli 2015, god. Det ble brukt 233 DCUT-timer på å gjøre ferdig arbeidspakker med PV på 246 DCUT-timer. (FU 25917 og 25918) Scope for iterasjon 2.5 var ca. 300 DCUT-timer. (FU 25917)

IBM har gjort gjeldende at gjenstående DCUT-timer ved inngangen til juni 2015 må reduseres fra 2 450 til 1 850 på grunn av Kina-saken.

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Arve Ryan, som var endringsansvarlig for SVV, bekreftet i e-post med overskriften «EA078 Kina-analyse» 30. april 2015 at alt integrasjonsarbeid som da foregikk i GBSC Kina, måtte flyttes til India. (FU 23455) En sammenlikning av rapportene fra GD India 15. og 22. mai 2015 taler for at det ble flyttet integrasjonsarbeid i siste halvdelen av mai 2015 tilsvarende 600 DCUT-timer. (FU 23779 på 23802 og 23807 samt FU 24075 på 24099 og 24109) Denne flyttingen ser imidlertid ikke ut til å ha medført noe merarbeid for IBM. Som nevnt i punkt 4.4.7 over har IBM bare angitt flytting av to ressurser fra GBSC Kina til Norge som tidskonsekvens i EA078. (FU 22 906)

Samtidig går det frem av rapport fra GD India 17. juli 2015 at det var identifisert «certain new interfaces» som ikke var tatt inn i planene for iterasjon 3. (FU 25887 på 25926) De nye grensesnittene ville bidratt til å forlenge nedbrenningstiden.

Slik lagmannsretten ser det, representerte på den andre siden beslutningen om å utvikle generiske grensesnitt en betydelig forseringsmulighet.

Generiske grensesnitt er gjenbrukbare; ett generisk grensesnitt fungerer for flere enkle grensesnitt. I arkitekturbeslutningen 27. februar 2015 er det beskrevet at «a demand of numerous simple interfaces» mellom SugarCRM og SAP FI-CA, hadde vist seg å være «a time consuming effort». (FU 2082 og 20719) Bruk av generiske grensesnitt ble begrunnet slik:

> Reusing one standard interface for this type of interfaces is expected to reduse effort, design, implementation and test significantly. The result will be redused time and cost meaning improved ability to reach deadlines and at the same time improve quality.
> (FU 2082)

I beslutningen ble det identifisert noen grensesnitt som kunne være kandidater for generiske grensesnitt.

Det var i alt 11 enkle *interne* grensesnitt mellom CRM og SAP FI-CA som skulle realiseres gjennom de to generiske grensesnittene I-CRM-FICA-303 (#303) og I-FICA-CRM-304 (#304). Seks av de enkle interne grensesnittene skulle realiseres gjennom #303.

#303 (Proof of Concept (PoC) I-OBUL-FICA-208) ble påbegynt i februar 2015. (FU 20719 og FU bilag 1610) Mens det ble arbeidet med dette generiske grensesnittet, ble arbeidet med de berørte enkle grensesnittene satt på

hold. Det går frem av ukesrapporter 8. og 15. mai 2015 at DCUT-arbeidet med #303 ble ferdig 8. mai 2015. (FU 23652 på 23673 og FU 23779 på 23803)

For lagmannsretten ser det ut til at det sto igjen noe arbeid på #303 etter DCUT. De seks enkle grensesnittene som skulle realiseres gjennom dette generiske grensesnittet, hørte til iterasjon 3. I ukerapport 17. juli 2015 er fem av disse enkle grensesnittene (052, 217, 218, 219 og 221) merket som «handover delayed». (FU 25887 på 25923 og 25924) Det går frem at det var «idle capacity due to insufficient work for iteration and focus shifting to Drop 2.5 with dependencies/waiting mode». (FU 25927)

#304 ble byttet ut med #173 for iterasjon 2.5. (FU 24075 på 24101) Det går frem av ukesrapporter 19. juni og 10. juli 2015 at DCUT-arbeidet med #173 kom forsinket i gang 19. juni 2015, og at dette generiske grensesnittet ble ferdig 10. juli 2015. (FU 25043 på 25075 og FU 25790 på 25820 og 25821) Det går frem av Release Note 21. juli 2015 at #173 ble implementert i leveransen av iterasjon 2.5 med unntak for noe scope i CRM-strømmen som ble utsatt til iterasjon 3. (FU 25969 på 25977, 25978, 25984 og 25990).

Det var i alt åtte enkle *eksterne* grensesnitt som skulle realiseres gjennom de to generiske grensesnittene I-ESB-FTP-301 (#301) og I-ESB-FTP-302 (#302).

High Level Design (HLD) for #301 og #302 ble påbegynt 6. april 2015. DCUT for disse generiske grensesnittene ble påbegynt 17. april 2015. (FU 22786 på 22807) DCUT-arbeidet var ikke avsluttet på tidspunktet for hevingen. IBM har utarbeidet et hjelpedokument som viser at DCUT-arbeidet var 57 prosent ferdig per 4. juni 2015. (FU bilag 1610) Det går frem av statusrapporten fra GD India 17. juli 2015 at arbeidet var satt på hold på grunn av skiftet til iterasjon 2.5. (FU 25887 på 25917 og 25922)

Oppsummert ser det ut til at det sto igjen noe arbeid på alle de fire generiske grensesnittene på hevingstidspunktet før de kunne anses som helt ferdige. Lagmannsretten ser dette i sammenheng med at ressursene var trukket ut av iterasjon 3 som følge av den urettmessige underkjenningen av KP2, og ser bort fra at de generiske grensesnittene var uferdige ved vurderingen av når HMP2 realistisk sett kunne vært nådd.

Lagmannsretten legger til grunn forklaringen fra IBMs Tonje Offenberg Bye om at de interne og eksterne generiske grensesnittene innebar at DCUT-arbeidet for de berørte enkle grensesnittene ikke lenger var nødvendig.

«Work tracking»-filen per 5. mars 2015 viser at det var fire av seks grensesnitt under #303 («#208») som var estimert (052, 217, 218 og 219), og at disse fire hadde PV på 283 DCUT-timer. (FU bilag 1596) Tracking-filen per 4. juni 2015 viser at disse 283 timene var tatt ut av totalt gjenstående arbeid 19. mai 2015. (FU bilag 1610) De fire grensesnittene under #173 hadde PV på 336 DCUT-timer. (FU 25790 på 25821 og FU bilag 1596) Tracking-filen per 4. juni 2015 viser at grensesnittene under #301 og #302 hadde PV på 887 DCUT-timer. De generiske grensesnittene hadde således potensiale til å gjøre arbeid med PV på så mye som rundt 1 500 DCUT-timer i INT-strømmen, overflødig.

Det er uenighet om hvor mange enkle grensesnitt som alt i alt skulle utvikles og hvor mange av disse som var ferdigstilt på tidspunktet for hevingen. Ifølge staten var det 100 grensesnitt som skulle utvikles, hvorav 18 til 33 var 100 prosent ferdigstilt. Ifølge IBM var det 87 grensesnitt som skulle utvikles, hvorav 50 var 100 prosent ferdigstilt. Partene har illustrert sine synspunkter ved hjelp av hjelpedokumenter. Partene ser ut til å være uenige om antallet grensesnitt som er «out of scope» («OOS») og ferdigstillelsesgrad.

Saken er svakt opplyst på dette punktet. Lagmannsretten ser ingen grunn til å fravike statens oppfatning om at det var 100 grensesnitt. Basert på at det ble testet 38 grensesnitt til KP2, jf. Appendix A til rapporten 20. april 2015, ser lagmannsretten det imidlertid som mest sannsynlig at antallet ferdige grensesnitt var høyere enn 38.

Lagmannsretten mener imidlertid at det ikke er andelen gjenstående grensesnitt, men kompleksiteten av det gjenstående arbeidet med dem, som er av betydning for når de kunne blitt ferdig. Kompleksiteten av det gjenstående arbeidet er ikke kjent. Lagmannsretten ser samtidig ingen holdepunkter for at noen av dem var av en slik karakter at IBM ikke ville klart dem innen september 2015. For lagmannsretten ser det ut til at alle grensesnittene var påstartet og at det var tilfredsstillende fremdrift i INT-strømmen.

Sett på bakgrunn av at mye av integrasjonsarbeidet ofte gjøres ferdig til slutt, og at det var satt i verk tiltak som ville ha økt fremdriften i INT-strømmen, mener lagmannsretten at andelen ferdigstilte grensesnitt ikke taler mot at denne strømmen kunne ha blitt ferdig innen september 2015.

Slik lagmannsretten ser det, kan det etter dette ikke utelukkes at INT-strømmen kunne ha blitt ferdig før 1. desember 2015 slik Holte har gjort. Holte har ikke tatt hensyn til at SAP-strømmen ble oppbemannet slik at den

kunne ha blitt ferdig innen september 2015. Holte har heller ikke tatt hensyn til at INT-strømmen ble oppbemannet, og at det var satt i gang arbeid med generiske grensesnitt.

At alt DCUT-arbeidet i iterasjon 3 da kunne ha vært gjort ferdig innen september 2015, har slik lagmannsretten ser det, også støtte i en enkel «widget unit»-beregning. Per 29. april 2015 var det fullført 528 widgets, mens det per 10. juni 2015 var fullført 787. (FU 23249 på 23251 og FU 24689 på 24691) Det var med andre ord fullført 259 widgets på rundt en og en halv måned. Videre gjensto det 498 widgets per 10. juni 2015. Med fremdriften i perioden 29. april til 10. juni 2015, ville det vært fullt mulig å bli ferdig på tre måneder.

4.5.2.4 Iterasjonstesten av iterasjon 3 og SIT

Slik lagmannsretten ser det, kunne iterasjonstesten av iterasjon 3 og SIT realistisk sett ha vært gjennomført på til sammen 87 (38 + 49) dager.

Ved vurderingen av hvor lang tid *iterasjonstesten* av iterasjon 3 realistisk sett kunne ha tatt, legger lagmannsretten liten vekt på vurderingene til Holte Consulting og Leif-Arne Rones på henholdsvis tre måneder og 38 dager. Verken Holte eller Rones har sett på testrapportene og hva som kunne utledes av dem.

Lagmannsretten legger større vekt på at testingen av iterasjon 2 hadde tatt fire måneder, det vil si over tre ganger så lang tid som 38 dager, og at det skulle testes et større volum for iterasjon 3. Som nevnt la IBM også opp til en mer kompleks testing av iterasjon 3. IBM skulle begynne å teste ikke-funksjonelle krav og bruke mer realistiske testdata. All «ende til ende»-testing av interne grensesnitt testing skulle skje i iterasjonstesten av iterasjon 3. Disse forholdene taler mot at iterasjonstesten av iterasjon 3 kunne blitt gjennomført på 38 dager.

På den andre siden hadde feilretting tatt mye tid ved testingen av iterasjon 2. Fra 23. februar til 11. juni 2015 ble feilraten redusert fra ca. 15 til ca. 10 prosent. (FU 18956 på 18963 og FU 19007 på 19010) Den reduserte feilraten taler for at mulige feil ved kildekoden for en stor del var blitt løst, og at det ville gått med langt mindre tid til feilretting ved testingen av iterasjon 3.

Som nevnt under behandlingen av KP2-underkjenningen, økte dessuten testproduktiviteten etter at Sally Drew kom inn som ny testleder fra slutten av februar 2015. I siste halvdel av mars 2015 var produktiviteten likevel bare på noe over to test caser per ressurs per dag.

Sally Drew har forklart at det blant annet var et problem at GD India vegret seg mot å gi dårlige nyheter og at de derfor testet fem ganger heller enn én. Ifølge Drew måtte produktiviteten ha kommet opp i bransjestandarden Capers Jones på åtte test caser per ressurs per dag for å kunne gjort ferdig testingen av iterasjon 3 på 38 dager. Hun mente at dette ville ha latt seg gjøre siden flesteparten av testene for iterasjon 3, ville ha vært repetisjoner av tester for iterasjon 2. Hun pekte i tillegg på at antall testere kunne ha vært økt fra de 17 som var tilgjengelig i juni 2015. Selv om det aldri ble planlagt med helge- og overtidsarbeid, kunne også dette ha vært gjort.

Lagmannsretten deler Sally Drews syn på at repetisjonene fra testingen av iterasjon 2, ville økt testproduktiviteten. Videre kunne ressurser fra fullførte strømmer vært omdisponert til testing. Lagmannsretten deler også synet på at det lå forseringsmuligheter i overtids- og helgejobbing. Testing kunne også delvis skjedd i overlapp med utviklingen av iterasjon 3. Lagmannsretten ser etter dette 38 dager til iterasjonstestingen som realistisk.

Ved vurderingen av hvor lang tid SIT realistisk sett kunne tatt, legger lagmannsretten til grunn at SIT skulle omfatte all «ende til ende»-testing av eksterne grensesnitt.

Holte Consultings vurdering var at SIT optimistisk sett kunne tatt 49 dager, forutsatte at denne «ende til ende»-testingen var gjort i forkant. Leif-Arne Rones vurderte 12 uker/tre måneder til «SIT/Perform SIT Test» som «svært optimistisk» basert på den udokumenterte 1:2:2-regelen og «erfaring fra andre systemintegrasjonsprosjekter». Siden det ikke var gjort «ende til ende»-testing av eksterne grensesnitt i forkant, vurderte Rones at «SIT/Migration Testing» optimistisk sett ville tatt 16 uker. (TU2 2825 på 2857, 2858 og 2861) Rones ser ikke ut til å ha tatt høyde for en økning i testressurser.

Sally Drew har på spørsmål knyttet til den såkalte 1:2:2-regelen, forklart at antall DCUT-timer ikke er et gyldig utgangspunkt for vurderingen av antall dager til SIT. Hennes metode var å gjøre et overslag over størrelsen på SIT i form av test scenarier. Et test scenario er en kjede av test caser. Det tar lengre tid å kjøre ett test scenario enn en test case, men antallet test scenarier er lavere enn antall test caser. For eksempel vil 200 test scenarier kunne bestå av 4 000 test caser. Selv om IBM aldri kom i gang med planleggingen av SIT, så Drew det som

overkommelig for 17 ressurser, som kunne økes til 30 etter hvert som utviklingen ble ferdig, å gjøre ferdig SIT på 49 dager. Hun mente at testingen av eksterne grensesnitt generelt var uproblematisk, og at SIT kunne ha vært gjennomført på mindre enn 49 dager.

Lagmannsretten deler Drews syn på at DCUT-timer ikke er noe godt utgangspunkt for vurderingen av antall dager til SIT og at «ende til ende»-testing av eksterne grensesnitt som oftest er uproblematisk.

Lengden på SIT avhenger først og fremst av forretningsprosessene. Hvis for eksempel fakturering skjer månedlig, vil ikke SIT kunne gjennomføres på kortere tid enn en måned. Det er ikke trukket frem forretningsprosesser i løsningen som ikke lot seg teste innenfor en periode på en måned.

«Ende til ende»-testing av eksterne grensesnitt er uproblematisk så lenge grensesnittene er laget for integrasjoner. Integrasjoner vil ligge ferdig i SAP FI-CA eller følge av en fast kravspesifikasjon med et standardisert testløp i forhold til eksempelvis tredjepartgrensesnitt opp mot banker. Det kan oppstå behov for flere runder med test for integrasjoner som ikke har vært gjort tidligere. På den andre siden inneholder API (Application Programming Interface) standard datautvekslingsformater som letter «ende til ende»-testingen av de eksterne grensesnittene. For øvrig tok verken Holte Consulting eller Leif-Arne Rones høyde for at INT-strømmen kunne vært ferdig innen september 2015. Som nevnt vurderte Rones denne strømmen for svært viktig for «ende til ende»-testing.

Lagmannsretten deler også Drews syn på at SIT lett kunne ha blitt tilført ressurser. SIT gjøres ferdig etter utviklingen. På tidspunktet for SIT, kunne ressurser ha blitt omdisponert fra utviklingen til testing. Med den planlagte økningen i ressurser på opptil 30, ser lagmannsretten 49 dager på SIT som realistisk.

Siden funksjonaliteten var på plass og integrasjonen var i gang, mener lagmannsretten endelig at SIT kunne ha vært kjørt i delvis overlapp med iterasjonstesten av iterasjon 3. Som A-2 var inne på i rapporten om kravsporing 24. februar 2015, kunne verktøypakken CLM også bidratt positivt under SIT. (FU 20627 på 20636) At SIT kunne ha vært kjørt i delvis overlapp med iterasjonstesten, tilsier at det kunne latt seg gjøre å gjennomføre testingen på 87 dager.

4.6 Konklusjon – antesipert vesentlig forsinkelse

Etter lagmannsrettens vurdering kunne det realistisk sett latt seg gjøre for IBM å ferdigstille alt DCUT-arbeidet innen september 2015 og gjennomføre integrasjonstesten og SIT på til sammen 87 dager. HMP2 og HMP2.2 kunne da alt i alt ha vært nådd henholdsvis 26. desember 2015 og 3. mai 2016. Dette er før hevingsfristen, jf. punkt 4.4.11 foran. SVV hadde ikke grunnlag for å heve på grunn av antesipert vesentlig forsinkelse.

Siden lagmannsretten er kommet til at det verken forelå inntrådt vesentlig mislighold eller antesipert vesentlig forsinkelse på hevingstidspunktet, var SVVs heving av Leveranseavtalen urettmessig.

SVV hevet ikke bare Leveranseavtalen 27. juli 2015, men også «alle de øvrige inngåtte avtaler om drift, vedlikehold og videreutvikling av AutoPASS Grindgut». (FU 26028 på 260343). Leveranseavtalen var tett tilknyttet avtalene om drift, vedlikehold og videreutvikling. Hevingen av de øvrige avtalen var således også urettmessig.

Det er etter dette ikke nødvendig å vurdere IBMs anførsel om at hevingen var urettmessig på grunn av vikarierende motiver.

Det er heller ikke nødvendig å gå inn på erstatningskravet som staten har fremsatt.
Statens anke skal etter dette forkastes.

5 Vederlag

5.1 Innledning

Lagmannsretten har konkludert med at SVVs heving av Leveranseavtalen var urettmessig. IBM hadde derfor rett til å heve Leveransekontrakten og tilhørende avtaler, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.2.2, jf. 6.4.2.

Heving av Leveranseavtalen gir IBM krav på betaling for «den delen av Leveransen som er utført», jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.2 første avsnitt tredje setning. I tillegg har IBM rett til å kreve erstatning, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2, jf. 6.4.1. IBM har også krevd avbestillingskompensasjon i medhold av avtalene om vedlikehold og drift.

Staten har prinsipalt gjort gjeldende at IBM ikke hadde utarbeidet noe av verdi for SVV på hevingstidspunktet, at «IBMs mislighold var forsettlig eller grovt uaktsomt» og at SVV da kunne heve med tilbakevirkende kraft. Staten har subsidiært, for det tilfellet at SVVs heving var rettmessig, gjort gjeldende at IBM bare kan kreve vederlag for den den delen av løsningen som var godkjent i et kontrollpunkt.

Lagmannsretten oppfatter staten slik at både den prinsipale og subsidiære anførselen gjelder for det tilfellet at SVVs heving var rettmessig.

Staten har atter subsidiært, for det tilfellet at SVVs heving var urettmessig, gjort gjeldende at IBM bare kan kreve vederlag for den delen av løsningen som var utviklet på hevingstidspunktet. Videre har staten bestridt at IBM har krav på betaling for programvaren som er beskrevet i kontrakten. Kontraktens målprismekanisme må dessuten forstås slik at den ga IBM krav på maksimalt 115 prosent av målpristaket dersom kontrakten hadde blitt gjennomført. IBM har heller ikke krav på avbestillingsvederlag. Kontrakten ble avsluttet ved IBMs etterfølgende heving. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.1 gir leverandøren i slike tilfeller rett til å kreve erstatning, men IBM har ikke lidt noe tap.

Lagmannsretten har kommet til at IBM har krav på vederlag under Leveranseavtalen og Finansieringsavtalen på til sammen 172 115 094 kroner, og erstatning/ avbestillingskompensasjon under Leveranseavtalen på til sammen 2 565 045 kroner. Lagmannsretten mener at avtalene om vedlikehold og drift ikke gir IBM krav på avbestillingskompensasjon ved SVVs urettmessige heving. Dette begrunnes nærmere nedenfor.

5.2 Kort om vederlagsmekanismen i Leveranseavtalen

Leveransens vederlagsmekanisme er regulert i Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4, jf. Bilag D. (FU 8458 på 8472) Vederlaget består av tre elementer: et fastpriselement, et målpriselement og et tillegg for henholdsvis godkjenningsprøven og garantiperioden. Det er bare fastpriselementet og målprisen som er relevant for lagmannsrettens beregning av vederlaget.

Fastpriselementet omfatter elementer som er uavhengig av omfanget av leverandørens arbeid, for eksempel maskin- og programvare som inngår i leveransen, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4.1 bokstav a. (FU 8472) Fastpriselementet i Leveranseavtalen besto utelukkende av programvare og lisenser, jf. Bilag D punkt 2.1. (FU 9271 på 9274) På tidspunktet for kontraktsinngåelsen var dette elementet priset til 30 869 893 kroner. (FU 9275) Ved EO048 ble fastpriselementet økt med 2 770 750 kroner. (FU 10089 og 10090)

Målpriselementet er lik summen av IBMs kostnadsestimat for timebasert arbeid i løsningsbeskrivelsesfasen og konstruksjonsfasen, og et usikkerhetspåslag på åtte prosent, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4.1 bokstav b og Bilag D punkt 2.1 (FU 8472). Ved kontraktsinngåelsen var målprisen fastsatt til 49 355 341 kroner. (FU 9275) Som følge av endringsordrer økte målprisen til 58 451 095 kroner ved slutten av løsningsbeskrivelsesfasen, og til 58 815 591 kroner i løpet av konstruksjonsfasen.

Partene er enige om at målprisen var 58 815 591 kroner på hevingstidspunktet.

Lagmannsretten behandler først IBMs krav på betaling for programvare i fastpriselementet i punkt 5.3. IBMs krav på betaling for utført arbeid (målpriselementet), behandles i punkt 5.4 flg. IBMs vederlagskrav er oppsummert i punkt 5.10. IBMs krav på avbestillingskompensasjon behandles i punkt 5.11. IBMs krav på renter behandles i punkt 5.12.

5.3 Betaling for programvare

Staten har bestridt at IBM har krav på betaling for programvaren som er beskrevet i Bilag D.

Slik lagmannsretten ser det følger IBMs krav på betaling for programvare direkte av Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.2 første avsnitt. Leverandøren har krav på betaling for den delen av

Leveransen som er utført. Det ligger i dette at leverandøren som utgangspunkt skal få betalt for alt som er levert.

IBMs krav på betaling for programvare, gjelder også standard programvare i Bilag F.
Punkt 6.4.2.2 andre avsnitt lyder:

> Dersom Leveransen omfatter utstyr og/eller Komponenter som i Bilag F er definert som standard programvare, kan Leverandøren alternativt kreve at Kunden leverer dette tilbake mot å betale tilbake det vederlag som er betalt for slikt utstyr og Komponenter.

Ordet «alternativt» viser tilbake til utgangspunktet i første avsnitt. Det vil si at leverandøren, i stedet for å kreve full betaling for alt som er levert, kan kreve tilbake standard programvare i Bilag F, mot å betale tilbake det vederlaget som kunden har betalt for dette. Løsningen er et unntak fra punkt 6.4.2.2 første avsnitt første setning om at kontrakten i utgangspunktet bare kan heves for den gjenstående del av Leveransen (ex nunc). I Veilederen til PS2000 er bakgrunnen for at kontrakten i utgangspunktet bare kan heves med virkning ex nunc, beskrevet slik i punkt 8.5, side 35:

> Virkningen av heving gjelder i utgangspunktet bare fra hevingstidspunktet, ref. Del II punkt 6.4.2.1 og 6.4.2.2. Det innebærer at den som hever ikke kan kreve tilbake det han har ytet mot å gi tilbake det han har fått (restitusjon). Grunnen til det er at en restitusjon av tjenester ikke er mulig og at en restitusjonsplikt i realiteten bare ville bli en belastning for leverandøren og i verste fall en meget tung byrde. Derimot vil en restitusjon både være naturlig og mulig når kontrakten også omfatter utstyr og standard programvare. PS2000-kontraktsstandarden åpner derfor for at den hevende part som et alternativ kan kreve restitusjon av disse ytelsene.

Retten til å kreve restitusjon av programvare er i punkt 6.4.2.2 forbeholdt leverandøren. Kunden kan ikke ved leverandørens rettmessige heving kreve at leverandøren tar tilbake programvare og erstatte det vederlaget som er betalt for programvaren. En slik rett for kunden gjelder bare ved kundens rettmessige heving, jf. punkt 6.4.2.1 andre avsnitt.

IBM har ikke bedt om tilbakelevering av programvare. SVV er derfor forpliktet til å betale.

Den avtalte programvaren fremgår som nevnt av Bilag D punkt 2.1 og var på tidspunktet for kontraktsinngåelsen prissatt til 30 869 893 kroner. (FU 9274)

Ved EO048 opprettet av SVV ved Arve Ryan 12. mars 2015 ble overvåkings- og skjermingsverktøyene Guardium og Qradar tatt inn i Leveransen. (FU 10089) Det fremgår av EO048 at endringen økte fastpriselementet i Leveranseavtalen Bilag D med 2 770 750 kroner, hvorav 2 454 750 kroner for Guardium og 316 000 kroner for Qradar.

Guardium ble installert hos Basefarm 3. juni 2015, og vederlaget for Guardium skal derfor betales. (FU 24436) Det er imidlertid ikke ført bevis for at Qradar var anskaffet før hevingstidspunktet, og levering av Qradar anses derfor ikke som «utført». Vederlaget for Qradar skal derfor ikke betales. (FU 10090)

Lagmannsretten mener etter dette at SVV er pliktig å betale 33 324 643 kroner for programvare.

5.4 IBMs krav på betaling for utført arbeid

Generelle kontraktsbestemmelser 6.4.2.2 gir som nevnt leverandøren som rettmessig hever kontrakten, krav på betaling for «den delen av Leveransen som er utført». Staten har gjort gjeldende at IBMs krav på vederlag må begrenses til den andelen av løsningen som var utviklet på hevingstidspunktet. IBM har gjort gjeldende at det ikke kan innfortolkes en slik begrensning i punkt 6.4.2.2, og at selskapet har krav på vederlag for den utførte delen av leveransen målt etter timeforbruket opp til målpristaket.

Lagmannsretten mener at det ikke er holdepunkter for det synet staten har gjort gjeldende. Kontraktens ordlyd er klar. Verken punkt 6.4.2.2 eller Generelle kontraktsbestemmelser for øvrig tilsier at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende eller at det skal innfortolkes en slik begrensning som staten hevder. Det er heller ikke holdepunkter for statens syn i Veilederen til PS2000 eller juridisk litteratur.

En harmonisert tolking av kontraktens ulike bestemmelser om leverandørens krav på vederlag ved avbrudd, taler også imot statens syn. Kontraktens bestemmelser om leverandørens krav på vederlag ved avbrudd, er grunnleggende like. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.2.1 gir leverandøren ved kundens rettmessige

heving, krav på vederlag for «de deler av Leveransen som er dokumentert utført, men ikke betalt». Punkt 6.4.2.2 gir leverandøren ved egen rettmessige heving som nevnt krav på betaling for «den delen av Leveransen som er utført». Punkt 7.3 gir leverandøren ved kundens avbestilling, krav på «ikke betalt, men opptjent vederlag for de deler av Leveransen som er dokumentert utført». (FU 8480)

Om bestemmelsen i punkt 7.3 heter det i Veilederen til PS2000, punkt 5.3.2 side 21:

> Dersom kunden avbestiller leveransen etter løsningsbeskrivelsesfasen, har leverandøren krav på å få dekket kostnader i henhold til timeforbruk, begrenset til en nærmere angitt øvre ramme, samt eventuelle tilleggskostnader som leverandøren har pådratt seg. [...]

Slik lagmannsretten ser det, tilsier den grunnleggende likheten mellom kontraktens avbruddsregler og hensynet til en harmonisert tolking, at punkt 6.4.2.2 og 6.4.2.1 – i hvert fall i mangel av klare holdepunkter for noe annet – må tolkes på samme måte.

Både hensynet til forutberegnelighet og oppgjørstekniske hensyn taler også imot statens syn. Standpunktet ville få den uheldige konsekvensen at den gjenværende delen av utviklingsarbeidet ville måtte estimeres. Dette ville være tidkrevende og konfliktdrivende, og ville nødvendigvis måtte bero på et skjønn. Vederlag basert på timeforbruk opp til målpristaket, gir både forutberegnelighet og er oppgjørsteknisk enkelt.

Lagmannsretten mener etter dette at IBM har krav på vederlag for alt utført arbeid opp til målpristaket, og at kravet ikke er begrenset til den andelen av løsningen som var utviklet på hevingstidspunktet.

5.5 Beregning av målprisen

Partene er som nevnt innledningsvis enige om at målprisen på hevingstidspunktet, når godkjente endringsordrer fra løsningsbeskrivelsesfasen og konstruksjonsfasen er hensyntatt, utgjorde 58 815 591 kroner. Ved beregningen av IBMs vederlagskrav, må dette beløpet justeres for kompensasjonen for endringer som IBM har fått medhold i.

For arbeidet i EA053 CRM-økt kompleksitet, har IBM i utgangspunktet krevd 16 329 640 kroner. Da bare 78 prosent av arbeidet var utført på hevingstidspunktet, har IBM krevd økning av målpris med 12 737 119 kroner. Lagmannsretten har i punkt 4.4.4 gitt IBM medhold i at 90 prosent av kravet var berettiget. Målprisen skal derfor økes med 90 prosent av 12 737 119 kroner, dvs. med 11 463 407 kroner, for EA053.

I EA054 CRM Arbeidsform og prosess for utarbeidelse av Use-Case, krevde IBM en økning av målprisen med 582 timer og 818 241 kroner, og en fristforlengelse på 42 kalenderdager. Lagmannsretten har i punkt 4.4.5 gitt IBM medhold i krav om fristforlengelse med 14 kalenderdager, tilsvarende 33,3 prosent av kravet. Målprisen skal derfor økes med 33,3 prosent av 818 241 kroner, dvs. med 272 474 kroner, for EA054.

I EA067 Greenbird krevde IBM en fristforlengelse på to kalenderdager og en økning av målprisen med 277 465 kroner. Lagmannsretten har i punkt 4.4.6 gitt IBM medhold i at kravet i EA067 var rettmessig. Målprisen skal derfor økes med 277 465 kroner for EA067.

I EA117 Gjennomføring av iterasjon 2 og nytt kontrollpunkt, krevde IBM en fristforlengelse på 113 dager og en økning av målprisen med 27 823 timer og 16 527 085 kroner. IBM har gjort gjeldende at 44 prosent av merarbeidet i EA117 var utført på hevingstidspunktet og har krevd 7 271 917 kroner for dette merarbeidet. Lagmannsretten har i punkt 4.4.9 gitt IBM medhold i en fristforlengelse på 60 kalenderdager for EA117, tilsvarende 53 prosent av kravet. Målprisen skal derfor økes med 53 prosent av 7 271 917 kroner, dvs. med 3 854 116 kroner, for EA117.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at målprisen skal økes med til sammen 15 867 462 kroner for endringer som IBM har fått medhold i. Til dette må det legges til et usikkerhetspåslag på 8 prosent, tilsvarende 1 269 397 kroner.

Den oppdaterte målprisen etter at endringer som IBM har fått medhold i er hensyntatt, utgjør etter dette 75 952 450 kroner.

5.6 Målpristaket

Målprisen var utgangspunktet for en incentiv- og sanksjonsordning i Bilag D punkt 2.3, hvor overskridelser og underskridelser ble fordelt mellom kontraktspartene etter en avtalt fordelingsnøkkel innenfor et tak i forhold til målprisen – målpristaket.

Partene er enige om at IBM hadde nådd målpristaket ved KP2 i april 2015. Selskapet rapporterte i månedsrapport for juni 2015 et virkelig (faktisk) forbruk på 157 562 609 kroner. (FU 25442) Målpristaket danner derfor det maksimale vederlaget for timebasert arbeid som IBM har krav på. Partene er imidlertid uenige om hvordan Bilag D punkt 2.3 skal forstås og således om hvordan målpristaket skal beregnes.

Bilag D punkt 2.3 lyder:

> Følgende incentiv- og sanksjonsordning, slik det er definert i Generelle kontraktsbestemmelser, skal gjelde som fordelingsnøkkel for differansen mellom virkelig kostnad og fastsatt Målpris:

Fordelingsnøkkel ved underskridelse av Målpris (incentiv)	**Nedre tak for avvik mellom virkelig kostnad og Målpris**	**Prosent av avvik**
Tilleggsvederlag gjeldende for avvik i forhold til Målpris, inntil nedre tak		50%
Tilleggsvederlag for avvik utover det nedre tak	70%	100 %

Fordelingsnøkkel ved overskridelse av Målpris (sanksjon)	**Øvre tak for avvik mellom virkelig kostnad og Målpris**	**Prosent av avvik**
Reduksjon i vederlag, gjeldende for avvik i forhold til Målpris, inntil øvre tak		50%
Reduksjon i vederlag for avvik utover det øvre tak	130%	100 %

> I modellen ligger at Leverandør for arbeid ut over 130 % av målpris vil motta et vederlag tilsvarende 130 % av målpris. Tilsvarende for arbeid under 70 % av målpris vil leverandøren motta et vederlag tilsvarende 70 % av målpris.
>
> Virkelig kostnad skal baseres på godkjent timeforbruk og reell gjennomsnittlig timerate. Fastsatt Målpris er basert på estimat og forhåndsberegnet gjennomsnittlig timerate, ref. punkt 2.1.

Teksten i første avsnitt under tabellen var inntatt i konkurransegrunnlaget da konkurransen ble utlyst i januar 2013. (FU 3879) IBM ønsket å fjerne tak og bunn i målprismodellen, og slettet teksten og tallene i tabellene i sitt tilbud 18. februar 2014. (FU 4752 og 6153) SVV tok teksten og tallene inn i konkurransegrunnlaget igjen etter gjennomført første forhandlingsrunde, jf. brev 7. mai 2013 fra SVV til IBM vedlagt utkast til Bilag D versjon 2.1. (FU 5469 og FU 5471 på 5475)

Partene er uenige om bestemmelsen skal forstås slik at det maksimale vederlaget for timebasert arbeid (målpristaket) er 115 prosent eller 130 prosent av målprisen.

Staten har gjort gjeldende at det går klart frem av de to tabellene i Bilag D punkt 2.3 at IBM ved overskridelse av målprisen kun har krav på 50 prosent av vederlaget mellom 100 og 130 prosent av målprisen og at timeforbruk utover 130 prosent av målprisen ikke godtgjøres. Det maksimale vederlaget er således 115 prosent av målprisen. Det er motstrid mellom tabellene og teksten under tabellene, men teksten under tabellene gir ikke mening. Incentivene og sanksjonene blir borte hvis leverandøren får fullt betalt mellom målpris og 130 prosent av målprisen og kunden får 100 prosent av besparelsen mellom målpris og 70 prosent av målpris, slik det står i teksten. IBM-interne dokumenter viser at IBM forsto SVVs intensjon med målprismekanismen. IBM kan ikke påberope seg en motstrid i kontraktsteksten når det hele tiden har vært klart for IBM hva SVVs intensjon var.

IBM har gjort gjeldende at ordlyden i teksten under tabellene er klar. Den må forstås slik at arbeid til og med 130 prosent av målprisen godtgjøres som vanlig, og at sanksjonen er full avkortning av vederlag for arbeid utover 130 prosent. Det maksimale vederlaget er således 130 prosent av målprisen. Det bestrides at kontraktspartene hadde en felles forståelse av målprismekanismen. Uansett må uklarheten mellom tabellen og

den etterfølgende tekst gå utover SVV som forfattet både endringer i modellen og den forklarende teksten, så lenge det ut fra en objektiv betraktning ikke fremstår som klart hva SVV mente.

Staten har vist til IBM-interne dokumenter til støtte for sitt syn om at kontraktspartene hadde en felles forståelse av SVVs intensjon med målprismekanismen. Et av disse dokumentene er fra før kontraktsinngåelsen og er en grafisk fremstilling av målprisen som synes å vise at overskridelser av målprisen skal deles 50:50 opp til 130 prosent av målprisen, jf. presentasjon til IBMs Deal Board 5. august 2013. (TU2 899 på 903) Lagmannsretten mener imidlertid at det er vanskelig å trekke klare konklusjoner fra presentasjonen, særlig sett i lys av at IBM-interne dokumenter fra etter kontraktsinngåelse viser at det var ulike oppfatninger av hvordan målpristaket skulle forstås. I en Project Management Review 22. august 2014 står det at «loss will be shared 50% upto 30%, beyond 30%, IBM will be at complete loss». (FU14931) I en IBM-intern presentasjon 8. mai 2015 står det derimot at «Work>130% of the TP IBM will receive payment=130% of the TP». (FU23598 på 23615)

I mangel av klare holdepunkter for en felles forståelse, må Bilag D punkt 2.3 tolkes objektivt. Dette er det klare utgangspunktet i kontrakter inngått mellom næringsdrivende, jf. blant annet Rt-2002-1155, Rt-2010-961 avsnitt 44 og Rt-2010-1345 (Oslo Vei) avsnitt 59. Prinsippet om objektiv tolking står særlig sentralt i entreprisekontrakter inngått etter anbud. Høyesterett har i Rt-2012-1729 (Mika) avsnitt 58 uttalt:

> Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold.

Tolking av entreprisekontrakt som er inngått etter anbud har vært tema i flere saker i Høyesterett. En sentral dom er inntatt i Rt-2007-1489 (Byggholt). Her understreket Høyesterett anbudsinnbyderens ansvar for at konkurransegrunnlaget er klart. I avsnitt 62 heter det:

> Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. [...] Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.

Videre i avsnitt 75:

> Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment.

Det sentrale synspunktet i Byggholt-dommen, slik lagmannsrettens ser det, er at dersom konkurransegrunnlaget er uklart, så må det tolkes objektivt. Dersom det etter en slik objektiv tolking er «klart» kva byggherren har meint, må dette tolkingsalternativet legges til grunn. Dersom det derimot er uklart hva byggherren har ment, må det tolkingsalternativet som er i favør av tilbyderen legges til grunn.

Synspunktet i Byggholt-dommen er fulgt opp av Høyesterett i Rt-2012-1729 (Mika). Etter å ha uttalt at prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får en særlig styrke i entrepriseforhold, jf. over, fortsetter Høyesterett i avsnitt 58:

> For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget – som danner basis for den senere kontrakten – være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunktet gå ut over anbudsinnbyderen, som ensidig utformet det grunnlaget tilbyderen må forholde seg til. Er det – til tross for enkelte uklare punkter – etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbyderen holde seg til dette.

Siste setning er utdypet i avsnitt 102:

> Selv om det gjelder et krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlaget, kan ikke dette strekkes så langt at tilbyder ved enhver mulig uklarhet uten videre kan legge til grunn den forståelsen som er vedkommendes interesse, når det framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. En slik adgang ville kunne åpne for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner i tekstutformingen.

I avsnitt 67 fremhever Høyesterett at det «vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng» når innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, og i avsnitt 69 at det avgjørende er hvordan en «normalt forstandig tilbyder» oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene.

Høyesterett har i Rt-2010-961 også uttalt:

> Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.

Høyesterett har sist i HR-2019-830-A sluttet seg til den rettspraksisen som her er gjennomgått.

Slik lagmannsretten ser det, er det etter en objektiv tolking ikke klart og entydig hvordan målpristaket i Bilag D punkt 2.3 skal forstås. Tabellene trekker i retning av at målpristaket er 115 prosent av målprisen, slik staten har gjort gjeldende, mens teksten under tabellene er utvetydig på at målpristaket er 130 prosent av målprisen. Det er motstrid mellom alternativene, og de kan ikke harmoniseres. Lagmannsretten mener videre at begge tolkinger er resonnable for en normalt forstandig tilbyder. Selv om leverandørens incentiv til å jobbe for at endelig vederlag blir under målprisen, er svakere i løsningen som er beskrevet i teksten enn i løsningen som går frem av tabellen, er den likefult en mulig alternativ incentiv- og sanksjonsmodell i en entreprisekontrakt. Lagmannsretten er ikke enig med staten i at teksten under tabellen ikke gir mening, isolert sett. Under disse omstendighetene, mener lagmannsretten at uklarheten i punkt 2.3 må gå utover SVV.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at målpristaket er 130 prosent av målprisen.

Lagmannsretten har i punkt 5.5 kommet til at den oppdaterte målprisen etter at endringer som IBM har fått medhold i er hensyntatt, utgjør 75 952 450 kroner. Målpristaket utgjør 130 prosent av dette beløpet, dvs. 98 738 185 kroner. Partene er som nevnt enige om at målpristaket er passert. IBM har derfor krav på 98 738 185 kroner i vederlag for utført arbeid.

5.7 Endringer som ikke inngår i målprisen

5.7.1 Innledning

I tillegg til endringsanmodninger som har konsekvenser både på tid og målprisen og som er behandlet i punkt 5.5, omfatter saken en endringsordre og en endringsanmodning som bare har konsekvenser for vederlagskravet. Disse er beregnet som «tid og materiell», og har ikke betydning for målprisen.

5.7.2 EO064 – Preventive aksjoner grunnet EA078

EO064 gjaldt preventive aksjoner grunnet EA078. (FU 24760) Lagmannsretten har drøftet EO064 i punkt 4.4.7.2 i forbindelse med behandlingen av Kina-saken, og konkluderte der med at SVVs tilbakehold av signeringen av EO064, var urettmessig. Det går frem av endringsordren at de kostnadsmessige konsekvensene av EO064 var 491 428 kroner. Staten har erkjent kravet under ankeforhandlingen. IBM har derfor krav på 491 428 kroner eks. mva. i vederlag for EO064.

5.7.3 EA069 – PRO Planarbeid

EA069 gjaldt PRO Planarbeid, og ble opprettet av IBM ved Nicolai Rygh 9. mars 2015. (FU 21068) Bakgrunnen for endringsanmodningen var at SVV hadde «krevd deltagelse fra Leverandøren utover det Leverandøren får dekket under kontrakten. Leverandører ble bedt om [å] utføre arbeid for å få på plass planverk som ligger på Kunden». IBM brukte Lorentz Lorentzen til å utføre arbeidet, og krevde 149 573 kroner for påløpt arbeid, og at videre bistand måte endringshåndteres. Det er ukjent for lagmannsretten når SVV avviste EA069, men den ble eskalert til koordineringsgruppen og var til behandling i KG-møte 17. april 2015. (FU 22624 på 22629)

Av IBMs brev til SVV 24. mars 2015 går det frem at planarbeidet det strides om, var «totalplan for prosjektet». (FU 21651) I referatet fra KG-møte 17. april 2015 og i A-2s presentasjon til KG-møte 12. mai 2015, går det frem at kontraktspartene var enige om at «den reelle utfordringen» var «ansvarsforholdet mellom SVV og IBM for perioden HMP2 til HMP3». A-2 foreslo at kontraktspartene skulle innhente en juridisk vurdering av

ansvaret for planlegging og gjennomføring av HMP2 og HMP3, og at dette skulle legges til grunn for beslutningen av EA069. Dette arbeidet skulle starte opp etter gjennomføring av KP2, med mål om å presentere resultatet til neste KG-møte i mai 2015. (FU 22624 på 22629 og 22633 og FU 23750 på 23759) Avklaringen var fortsatt under arbeid på tidspunktet for KG-møte 12. mai 2015. (FU 23704 på 23709) I KG-møte 16. juni 2015 ble det besluttet at EA069 skulle nedskaleres og håndteres videre på prosjektledernivå. (FU 24893 på 24898) Saken var ikke lukket på hevingstidspunktet.

Staten har gjort gjeldende at planarbeidet for perioden mellom HMP2 og HMP3 (godkjennings- og avslutningsfasen) var IBMs ansvar. Staten viser til leveranselisten ut av løsningsbeskrivelsesfasen, hvor det går frem at IBM hadde ansvar for å levere «PRO0011 Masterplan» til HMP2. (FU 13961)

IBM har gjort gjeldende at det går frem av Bilag C punkt 4.5 at SVV hadde ansvar for å planlegge akseptansetest og prøvedriften, dvs. aktiviteter i perioden mellom HMP2 og HMP3.

Lagmannsretten mener at IBM må gis medhold i sitt syn basert på en objektiv tolking av Bilag C punkt 4.5. Punkt 4.5 sjette avsnitt lyder:

> Hensikten med Kundens test (akseptansetest) er å verifisere at løsningen inkludert migreringsmotoren oppfyller inngangskriteriene til HMP2 – «Leveransen klar til Godkjennings- og avslutningsfasen». Akseptansetesten og prøvedriften, vil bli planlagt og utført av Kunden.

Ordlyden er etter lagmannsrettens syn klar, og må forstås slik at SVV hadde ansvar for planarbeidet for godkjennings- og avslutningsfasen.

Dette underbygges av de etterfølgende avsnittene i punkt 4.5. Avsnitt syv beskriver aktivitetene som IBM ville hatt ansvar for, mens avsnitt åtte beskriver aktiviteter som IBM ville ha deltatt på. Det er ikke noe i disse avsnittene som tyder på at IBM hadde ansvar for planarbeidet for godkjennings- og avslutningsfasen.

Det er ikke holdepunkter for at kontraktspartene i leveranselisten til HMP1, har ment å endre reguleringen av ansvaret for planlegging av akseptansetesten og prøvedriften. Dessuten er leveransen beskrevet som «Overview Master Project Plan». IBM har gjort gjeldende at første del av Masterplanen ville baseres på IBMs gjennomføringsplan, og at det er derfor naturlig at IBM skulle stå for å levere enn oversikt. Forpliktelsen var imidlertid begrenset til dette. Etter lagmannsrettens syn, er det forenlig med ordlyden at IBMs forpliktelse var begrenset til å levere en oversikt.

Lagmannsretten mener etter dette at EA069 utgjør en endring, og at IBM har krav på 149 573 kroner uten merverdiavgift i vederlag for EO069.

5.8 Vederlag under Finansieringsavtalen – IBMs påstand post 2

Til sammen 44 142 824 kroner av vederlaget under Leveranseavtalen ble tatt inn under Finansieringsavtalen ved tre leveringsattester datert henholdsvis 7. juli 2014, 5. september 2014 og 11. desember 2014. (FU 26283, 26291 og 26298) IBM har i påstand post 2 krevd dette beløpet med tillegg av finansieringsgodtgjørelse og merverdiavgift, samt renter.

Det er ikke bestridt at IBM skal gis medhold i kravet om vederlag under Finansieringsavtalen i det tilfelle at SVVs heving av Leveranseavtalen var urettmessig, forutsatt at vederlaget som er utmålt etter Leveranseavtalen er større enn 44 142 824 kroner. Det er tilfellet her.

Beløpet som ble overført til Finansieringsavtalen skal tillegges finansieringsgodtgjørelse og merverdiavgift. Beregningen av finansieringsgodtgjørelsen er ikke bestridt. Finansieringsgodtgjørelsen utgjør 4 658 789 kroner. Med tillegg av merverdiavgift blir vederlaget under Finansieringsavtalen 61 002 016 kroner.

Det er ulike datoer for beregning av forsinkelsesrenter. Lagmannsretten har derfor, som tingretten, delt beløpet under Leveranseavtalen og Finansieringsavtalen, i tråd med IBMs påstand.

5.9 Ubetalte fakturaer

IBM har krevd kompensasjon med 411 821 kroner inkludert merverdiavgift for to ubetalte fakturaer for tilleggstjenester. (FU 25284 og FU 24225) Kravet er ikke bestridt.

5.10 Oppsummering – IBMs vederlagskrav

Oppsummert er IBMs krav på vederlag som følger:

Vederlag under Leveransekontrakten	
Fastpris (programvare)	33 324 643
+ Utført arbeid opp til 130% av målpris	98 738 185
+ Arbeid utenfor målpris (EO064 og EA069)	641 001
+ Inntatt under Finansieringsavtalen	(44 142 824)
= Delsum	88 561 005
+Merverdiavgift 25 prosent	22 140 251
+Ubetalte fakturaer inkludert mva	411 821
= Sum	**111 113 078**

Vederlag under Finansieringsavtalen	
Inntatt under Finansierings avtalen	44 142 824
+ Finansieringsgodtgjørelse	4 658 789
= **Delsum**	48 801 613
+ Merverdiavgift 25 prosent	12 200 403
= Sum	**61 002 016**

5.11 IBMs krav om erstatning/avbestillingskompensasjon

5.11.1 Erstatning/avbestillingskompensasjon etter Leveranseavtalen

I tillegg til betaling for utført arbeid, har IBM krevd erstatning/avbestillingskompensasjon etter Leveranseavtalen punkt 6.4.2, jf. 6.4.1. (FU 8478)

Staten har gjort gjeldende at IBM ikke har krav på avbestillingsvederlag etter Leveranseavtalen. Kontrakten ble avsluttet gjennom en heving fra IBMs side. IBM har da rett til å kreve erstatning etter Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.1, men IBM har ikke lidt noe tap da hevingen medførte av IBM unngikk kostnader for langt over 100 millioner kroner.

Lagmannsretten mener at IBM har krav på erstatning/avbestillingskompensasjon etter Leveranseavtalen punkt 6.4.2, jf. 6.4.1

Bestemmelsene gir den skadelidende part ved heving, krav på «vederlag for [...] sannsynliggjort kostnader og tap som eventuelt ville blitt dekket ved avbestilling, ref. punkt 7.3». Etter punkt 7.3 første avsnitt har leverandøren ved avbestilling krav på:

- ikke betalt, men opptjent vederlag for de deler av Leveransen som er dokumentert utført,
- vederlag for dokumenterte, direkte kostnader knyttet til avvikling av Kontrakten og et avbestillingsvederlag for dokumentert tapt fortjeneste, begrenset til den prosentsats som fremgår av Bilag D.

IBMs avbestillingsvederlag var i Bilag D begrenset til «5 prosent av gjenstående Målpris». (FU 9280) Målprisen er imidlertid overskredet, og IBM har ikke krevd avbestillingsvederlag. Derimot har IBM krevd 7 972 024 kroner for «dokumenterte, direkte kostnader knyttet til avvikling av Kontrakten».

Lagmannsretten mener at 1 796 076 kroner av kravet er «dokumentert» gjennom ti betalte fakturaer til Basefarm AS. (FU 26065, FU 26068, FU 26137, FU 26141, FU 26142, FU 26197, FU 26198, FU 26414, FU 26415 og FU 26416) Ytterligere 768 969 kroner av kravet er dokumentert gjennom en betalt fakturaer til SugarCRM INC. (FU 26468) Disse kravene tas derfor til følge.

Resten av kravet er estimerte utgifter til nedbemanning i IBM etter hevingserklæringen (2 490 000 kroner) og estimerte utgifter som følger av at lokale ressurser i Norge ikke hadde arbeid i august måned 2015 (2 916 979 kroner). I likhet med tingretten kan lagmannsretten ikke utelukke at disse kostnadene har oppstått. Lagmannsretten viser til sammenligning at staten har anført at SVVs avviklingskostnader høsten 2015 var på ca. 8,7 millioner kroner. IBMs krav er imidlertid ikke på noen måte underbygget med bemanningslister, timelister eller annen form for beregning. Kravet anses ikke for å være dokumentert, og tas ikke til følge.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at IBM har krav på erstatning/ avbestillingskompensasjon etter Leveranseavtalen tilsvarende 2 565 045 kroner.

5.11.2 Avbestillingskompensasjon i medhold av avtalene om vedlikehold og drift

IBM har gjort gjeldende at SVVs urettmessige heving av avtalene om vedlikehold og drift (SSA-V og SSA-D), må likestilles med en avbestilling, som gir krav på betaling av avbestillingsvederlag. (FU 9498 og FU 9732) IBM har vist til lagmannsrettspraksis vedrørende bustadsoppføringsloven § 52 jf. § 58, hvor entreprenøren ved urettmessig heving fra forbrukerens side har krav på oppgjør som om forbrukeren hadde avbestilt på hevingstidspunktet. Staten har bestridt at IBM kan kreve avbestillingsvederlag i medhold av avtalene om vedlikehold og drift. Staten har gjort gjeldende at avtalene ble avsluttet gjennom en heving fra IBMs side. IBM har da etter Leveranseavtalens Generelle kontraktsbestemmelser punkt 6.4.1 rett til å kreve erstatning, men IBM har ikke lidt noe tap.

Lagmannsretten mener at verken staten eller IBM gir uttrykk for en riktig forståelse. Som nevnt hevet SVV ikke bare Leveranseavtalen, men også «alle de øvrige inngåtte avtaler om drift, vedlikehold og videreutvikling av AutoPASS Grindgut». (FU 26028 på 260343). SVVs urettmessige heving av disse avtalene, er å betrakte som et vesentlig mislighold. Virkningen av kundens vesentlige mislighold er regulert i SSA-V punkt 12.4 jf. 12.5 og SSA-D punkt 12.4 jf. 12.5 (FU 9511 og FU 9748). Etter disse bestemmelsene har leverandøren ved kundens vesentlige mislighold rett til å heve avtalene og kreve erstatning for «direkte tap som med rimelighet kan tilbakeføres til misligholdet». IBM har ikke krevd erstatning.

Slik lagmannsretten ser det, må leverandørens beføyelser ved kundens mislighold anses for å være uttømmende regulert i avtalenes punkt 12.4 og 12.5. Også på dette punktet må avtalene tolkes objektivt. Det er ikke holdepunkter for at leverandøren ved kundens heving kan kreve oppgjør som om kunden hadde avbestilt på hevingstidspunktet, slik som er tilfellet etter bustadoppføringslova § 58. Rettspraksis fra bustadoppføringslova § 58 som IBM har vist til, er derfor, etter lagmannsrettens syn, ikke relevant og kan ikke forstås slik at uberettiget heving i alminnelighet må likestilles med avbestilling. Det kan heller ikke være avgjørende at løsningen innebærer at kunden kan komme bedre ut av en urettmessig heving enn av en rettmessig avbestilling. Hvis kontraktspartene hadde ment at leverandøren ved kundens urettmessige heving kunne kreve oppgjør som om kunden hadde hevet avtalene ved hevingstidspunktet, måtte dette ha kommet tydelig til uttrykk.

Lagmannsretten konkluderer med at IBM ikke har krav på avbestillingskompensasjon etter avtalene om vedlikehold og drift.

5.12 Renter

IBM har krevd forsinkelsesrenter på vederlag og erstatning/avbestillingsvederlag under Leveranseavtalen, fra 14. september 2015 til betaling skjer.

For vederlaget under Finansieringsavtalen har IBM krevd forsinkelsesrenter på 7 964 072,21 kroner av beløpet fra 7. august 2015 til betaling skjer, og på 53 037 944 kroner av beløpet fra 4. september 2015 til betaling skjer.

Rentekravene er ikke bestridt, og forsinkelsesrenter tilkjennes som krevd. Med forsinkelsesrenter i domsslutningen, mener lagmannsretten lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente.

6 Sakskostnader

IBM har vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Tyngdepunktet i saken har vært om SVVs heving var rettmessig. IBM har vunnet frem med at hevingen var urettmessig og at statens anke skal forkastes. Videre har IBM i det vesentlige nådd frem med sin avledede anke i og med at staten dømmes til å betale vederlag og erstatning med til sammen 174 680 138 kroner. IBM har også nådd frem med at statens krav på forsinkelsesrenter skulle avvises, jf. lagmannsrettens kjennelse 3. januar 2022 [LB-2020-82571-1][1]

IBM har krav på full erstatning for sine sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Lagmannsretten har vurdert, men ser ikke at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å frita staten, helt eller delvis, for sakskostnadsansvaret etter unntaksregelen i § 20-2 tredje ledd.

IBM har krevd sine sakskostnader for lagmannsretten erstattet med i alt 36 797 258 kroner med tillegg av rettens gebyrer og utgifter til fagkyndige meddommere. Siden IBM har refusjonsrett for merverdiavgift, skal det ikke regnes merverdiavgift. Salærkravet utgjør 35 750 715 kroner og bygger på at IBMs advokatteam har brukt i alt 7 652 timer til forberedelse og gjennomføring av ankesaken. Resten av sakskostnadskravet, 1 046 543 kroner, består i korthet av vitnekostnader.

Staten har protestert på salærkravet og gjort gjeldende at det er for høyt. Staten har holdt frem at det er for stor forskjell på timeprisene i IBMs og statens salærkrav når det tas i betraktning at IBM krever dekket om lag 1 500 flere timer for lagmannsretten enn det staten gjør. Timeprisen skal gjenspeiles i effektivitet. Staten har brukt 6 162,25 timer og krevd 14 343 520 millioner kroner eksklusive merverdiavgift for lagmannsretten.

IBM har holdt frem at forskjellen i timetallet har sammenheng med forskjell i størrelsen på advokatteamene. IBM organiserte advokatteamet med reservekapasitet for at teamet ikke skulle slite seg ut. Ved sammenlikning av partenes timeforbruk må dessuten instansene ses under ett. Staten har også avtalt en lav timesats med sitt advokatteam. Salærkravet er ikke uproporsjonalt.

Lagmannsretten mener at kravet er rimelig og nødvendig, jf. tvisteloven § 20-5.

Det følger av forarbeidene til tvisteloven at domstolene skal ha en mer sentral rolle med å styre kostnadsnivået, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 21 med videre henvisninger til Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 447 til 448 og redegjørelsen til Clement Endresen og Gjermund Aasbrenn i LoR side 353 til 378. Det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 20 med videre henvisning til HR-2020-611-A avsnitt 67. Det er de totale kostnadene som må vurderes opp mot proporsjonalitetsbegrensningen; i tvister om økonomiske verdier må kostnadene vurderes opp mot tvistegjenstandens verdi, «men det må også ses hen til betydningen av saken ut over dette», jf. HR-2020-1515-U avsnitt 22. Vurderingen av salærkrav må omfatte både timepris og antall medgåtte timer, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 23. En høy timepris forutsetter at arbeidet er utført av advokater med solid erfaring på det aktuelle rettsområdet og som derfor kan utføre arbeidet mer effektivt enn andre, jf. HR-2021-1320-U.

IBMs salærkrav for tingretten og lagmannsretten til sammen utgjør 77 171 727 kroner, 41 421 012 kroner for tingretten og 35 750 715 kroner for lagmannsretten.

Tvistesummen er høy. Basert på at tingretten dømte staten til å betale vederlag og erstatning til IBM på til sammen 139 millioner kroner og at staten i ankeerklæringen oppga at SVV har lidt et økonomisk tap på minst 300 millioner kroner, er tvistesummen 439 millioner kroner, jf. tvisteloven § 17-2 første ledd og HR-2021-206-U avsnitt 14. Salærkravet for tingretten og lagmannsretten utgjør således 17,5 prosent av tvistesummen. Saken har vært svært viktig for begge parter. I prosedyren har staten gjort gjeldende at SVV har lidt et tap på 446 millioner kroner. Hvis IBM hadde tapt, ville de direkte økonomiske konsekvensene for selskapet ha vært store.

IBM ville også lidt et indirekte økonomisk tap i form av tapt renommé. Både de økonomiske og kommersielle realitetene tilsier at det var nødvendig for IBM å legge ned omfattende arbeid for å få fremstilt sin sak. Saken krevde utvilsomt også spesialkompetanse, både rettslig og faktisk. Timeprisen for slik kompetanse er høy. Det var med andre ord nødvendig for IBM å gi prosessoppdraget til en advokat som måtte bruke mange timer og som tok en høy timepris.

På den andre siden går det en grense for hva som kan anses som nødvendige og rimelige kostnader som kan belastes motparten også i slike saker, jf. HR-2020-611-A avsnitt 69. Det er i denne sammenhengen av betydning om det er brukt samme prosessfullmektig i begge instanser og om saken i stor grad sto i samme stilling for instansene.

IBM har brukt samme prosessfullmektig i tingretten og lagmannsretten. Advokatteamet har bestått av fem advokater i begge instansene, men to er nye for lagmannsretten. Saken har i stor grad stått i samme stilling i de to instansene slik at arbeidet som ble lagt ned i tingretten må kunne forventes gjenbrukt i betydelig grad. Samtidig er saken så omfattende og kompleks at det bare av den grunn må forventes en del dobbeltarbeid.

I IBMs sakskostnadsoppgave for tingretten er det spesifisert til sammen 12 412 advokattimer til en gjennomsnittlig timepris på om lag 3 337 kroner. I oppgaven for lagmannsretten er det spesifisert til sammen 7 652 advokattimer til en gjennomsnittlig timepris på om lag 4 672 kroner. Antallet advokattimer i lagmannsretten inkluderer rettsmekling over fem dager. IBM krever med andre ord 20 064 timer for begge instanser.

At antallet advokattimer gikk ned med 4 760 timer fra tingretten til lagmannsretten, taler for at det i betydelig grad skjedde gjenbruk av arbeid mellom instansene. Økningen i den gjennomsnittlige timeprisen mellom instansene er ikke forklart, men antas et stykke på vei å ha sammenheng med lønns- og prisstigning, jf. HR-2020-611-A avsnitt 72, jf. 71. En gjennomsnittlig timepris på 4 672 kroner må sies å være høy, men ikke høyere enn det som må regnes som markedspris for forretningsadvokater. I HR-2020-611-A hadde Høyesterett «isolert sett [...] ikke noe å si på» en timepris på 4 100 kroner uten merverdiavgift i en sak med tvistesum på nesten en halv milliard kroner, jf. avsnitt 72, jf. avsnitt 68. Denne timeprisen er ikke formulert som noen øvre grense.

Til sammenlikning er det i statens oppgave for tingretten spesifisert til sammen 17 431 advokattimer til en gjennomsnittlig timepris på 1 760 kroner, mens det i statens oppgave for lagmannsretten er spesifisert 6 162 advokattimer til en gjennomsnittlig timepris på 2 327 kroner. Staten krever med andre ord 23 593 timer for begge instanser. Timeprisen til statens prosessfullmektig reflekterer ikke markedsprisen, og det er inngått en særskilt avtale om salærsats i saken.

Størrelsen på motpartens sakskostnadskrav har imidlertid ikke betydning i seg selv; det kan derimot motpartens prosessopplegg ha, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 24.

Slik lagmannsretten ser det, var saken lagt svært bredt og detaljert opp fra statens side. At staten brukte hele 17 431 timer for tingretten, 5 019 timer mer enn det IBM brukte der, signaliserte med tydelighet hvilket nivå staten la arbeidet på.

At IBM har brukt 1 490 flere timer enn staten i ankeomgangen, ser lagmannsretten likevel først og fremst i sammenheng med at IBMs prosessfullmektig organiserte seg med et større advokatteam enn statens prosessfullmektig. IBMs team besto av fem advokater, mens statens besto av tre. Alle advokatene var til stede under ankeforhandlingen.

Dersom det kreves sakskostnader «for arbeid utført av flere, må det vurderes om dette fremstår som nødvendig eller hensiktsmessig for å få utført oppdraget på en effektiv måte, eller om de nødvendige kostnadene kunne vært lavere dersom det bare hadde vært benyttet én advokat», jf. HR-2020-1515-U avsnitt 26.

For lagmannsretten fremstår organiseringen med fem advokater som både nødvendig og hensiktsmessig for å få utført oppdraget med saken på en effektiv måte. Saken er svært omfattende og komplisert. Det er lagt frem faktiske utdrag på tilsammen 36 000 sider. Saken reiser mange ulike spørsmål av både faktisk og rettslig art. Arbeidet med de fleste spørsmålene ser ut til å ha krevd inngående detaljkunnskap om både faktum og juss. Det ville vært for krevende for en advokat å ta prosessoppdraget alene. Det lot seg dessuten gjøre å dele arbeidet med saken opp i naturlige bolker som kunne tildeles de forskjellige advokatene i teamet. Organiseringen bidro til å forbygge mot at advokatene slet seg ut under både forberedelsen og gjennomføringen av den lange ankeforhandlingen. Om advokatteamet hadde blitt redusert til fire eller tre, måtte arbeidet fortsatt ha blitt gjort.

Lagmannsretten ser det som mest sannsynlig at effektiviteten til advokatene som sto igjen, ville blitt redusert. Organiseringen bidro også til reservekapasitet. For eksempel kunne teamet håndtere de nye sakkyndigrapportene som staten la frem kort tid før avsluttet saksforberedelse, uten forsinkelser i behandlingen.

Som nevnt må timetallet ses i sammenheng med timeprisen; en høy timepris forutsetter høy effektivitet.

Sett på bakgrunn av at IBMs timeforbruk gikk betydelig ned fra tingretten til lagmannsretten og at IBMs timeforbruk for begge instanser ligger 3 500 timer under statens, ser ikke lagmannsretten holdepunkter for at det har vært noe å utsette på effektiviteten til IBMs advokatteam.

Lagmannsretten legger etter dette IBMs salærkrav til grunn.

Rettsgebyret for IBMs avledede anke utgjør 28 128 kroner.

Etter dette må staten erstatte IBMs sakskostnader med 36 825 386 kroner.

Staten må etter det resultatet som lagmannsretten er kommet til, også dekke utgiftene til de fagkyndige meddommerne etter regning fra lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd og rettsgebyrloven § 2. Utgiftene fastsettes i en egen avgjørelse etter regning fra meddommerne, jf. domstolloven § 105 a.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Dette skyldes i hovedsak sakens betydelige omfang og kompleksitet.

DOMSSLUTNING

I anken:

Anken forkastes.

I den avledede anken:

1. *Staten ved Samferdselsdepartementet betaler til International Business Machines AS, 111 113 078 – etthundreogellevemillioneretthundreogtrettentusenogsyttiåtte – kroner i vederlag under Leveranseavtalen med tillegg av forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.*
2. *Staten ved Samferdselsdepartementet betaler til International Business Machines AS, 61 002 016 – sekstienmillionertotusenogseksten – kroner i vederlag under Finansieringsavtalen med tillegg av forsinkelsesrente fra 7. august 2015 til betaling skjer av 7 964 072 – syvmillionernihundreogsekstifiretusenogsyttito – kroner, og fra 4. september 2015 til betaling skjer av 53 037 944 – femtitremillionertrettisyvtusennihundreogførtifire – kroner.*
3. *Staten ved Samferdselsdepartementet betaler til International Business Machines AS, 2 565 045 – tomillionerfemhundreogsekstifemtusenogførtifem – kroner i erstatning med tillegg av forsinkelsesrente fra 14. september 2015 til betaling skjer.*
4. *Oppfyllingsfristen i domsslutningen post 1 til 3 er to uker fra forkynnelse av dommen.*

I både anken og den avledede anken:

5. *I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten ved Samferdselsdepartementet til International Business Machines AS, 36 825 386 – trettiseksmillioneråttehundreogtjuefemtusentrehundreogåttiseks – kroner innen to uker fra forkynnelse av dommen.*
6. *Staten ved Samferdselsdepartementet er ansvarlig for utgiftene til de fagkyndige meddommerne etter regning fra lagmannsretten.*

1 Tilføyd av Lovdata

2 Rettes til 12
Rettet i medhold av tvisteloven § 19-8
Jannicke Johannesen

3 Rettes til 19
Rettet i medhold av tvisteloven § 19-8
Jannicke Johannesen

LOVDATA

Hålogaland lagmannsrett - Kjennelse - LH-2022-141545

Instans	Hålogaland lagmannsrett – Kjennelse
Dato	2023-06-29
Publisert	LH-2022-141545
Stikkord	Skjønnsprosess. Ekspropriasjon. Reinbeitedistrikt. Utredningsplikt. Ugyldig forvaltningsvedtak. Forvaltningsloven § 17 og § 41.
Sammendrag	Saken gjaldt ekspropriasjonsskjønn etter bygging av en trafostasjon i en flyttlei for rein. Lagmannsretten nektet å fremme skjønnet med den begrunnelse at vedtakene som lå til grunn for ekspropriasjonen var ugyldige. Det forelå brudd på utredningsplikten, jf. forvaltningsloven § 17, og feil i faktagrunnlaget. Sentralt i saken var at endring i de opprinnelige planene for plasseringen av trafostasjonen medførte en betydelig innsnevring av flyttleien, som ikke ble tatt i betraktning da endringskonsesjon og ekspropriasjonstillatelse ble gitt. Uttalelser om forvaltningens utredningsplikt og betydningen av at feil ved vedtaket kan ha påvirket resultatet. (Sammendrag redigert ved Lovdata.)
Saksgang	Salten og Lofoten tingrett TSOL-2020-133701 – Hålogaland lagmannsrett LH-2022-141545 (22-141545SKJ-HALO).
Parter	Statnett SF (advokat Øyvind Erga Skjeseth) mot Duokta Reinbeitedistrikt (advokat Anja Marie Jonassen).
Forfatter	Lagdommer Anders Haugestad.Skjønnsmedlemmer: Reineier/høyprodusent Nils Arvid Guttorm, takstmann Rolf Arent Greve, prosjektingeniør Monica Skjellstad og pensjonist (tidligere reindriftsdirektør) Helge Hansen.
Sist oppdatert	2023-08-21

Sakens spørsmål og bakgrunn

Saken gjelder ekspropriasjonsskjønn etter bygging av transformatorstasjon i en flyttlei for rein.

Den 12.02.2012 søkte Statnett SF om bygging av ny transformatorstasjon ved Straumvatnet i Sørfold kommune. Bakgrunnen for søknaden var behov for ny transformatorstasjon for å bedre forsyningssikkerheten mellom Nord-Norge og Midt-Norge. Etableringen ville medføre enkelte omlegginger av eksisterende kraftledninger og endring av vegtraséen fram til nytt stasjonsområde.

Duokta reinbeitedistrikt har flyttlei til vinterbeitene der hvor det var søkt om bygging av ny trafostasjon. Det aktuelle området brukes også til beiting i forbindelse med flyttingen. Lagmannsretten kommer tilbake til hvordan trafostasjonen vil påvirke flyttleien.

Reinbeitedistriktet strekker seg fra kystområdene omkring Bodø og Kjerringøy og østover mellom fjordene Sørfolda/Leirfjorden og Saltfjorden/Skjerstadefjorden, over Fauskeeidet, og videre østover til fjellområdene mot svenskegrensen. Det er tre siidaandeler i distriktet og tre reindriftsutøvere som driver med reindrift på heltid. Vårflokken er på ca. 700-800 rein.

Den 08.01.2013 ga Norges Vassdrags- og Energidirektorat (NVE) konsesjon til bygging og drift av den nye trafostasjonen. Vedtaket ble ikke påklaget.

I 2016 innga Statnett tilleggssøknad vedrørende anleggsvei og overskuddsmasser. Tillatelse ble gitt av NVE i 2017, og den ble ikke påklaget. I november 2017 ble imidlertid prosjektet stanset på grunn av samfunnsøkonomiske vurderinger. Prosjektet startet opp igjen sommeren 2018, og det ble da arbeidet videre med prosjektet, og ved endrings-/tilleggssøknad ble det i mai 2019 søkt om endret utforming og plassering av stasjonen. Som lagmannsretten kommer tilbake til, medførte endringen en betydelig innsnevring av flyttleien sammenlignet med den opprinnelige plasseringen.

Lagmannsretten vil under sin vurdering av saken gjennomgå den videre saksbehandlingen som endte med at NVE 20.04.2020 ga anleggskonsesjon og ekspropriasjonstillatelse. Adgang til forhåndstiltredelse ble gitt 09.10.2020. Vedtakene ble ikke påklaget.

Anleggsarbeidet ble påbegynt i slutten av oktober 2020 og er forventet avsluttet omkring juni 2023. For å få fastsatt erstatning til rettighetshavere som ble berørt av utbyggingen, sendte Statnett skjønnsbegjæring til Salten tingrett 21.09.2020 med påstand om at skjønnet fremmes. Duokta reinbeitedistrikt innga uttalelse til begjæringen 18.12.2020 med påstand om at skjønnet nektes fremmet. Påstanden ble begrunnet med at ekspropriasjonsvedtaket var ugyldig.

Salten og Lofoten tingrett avhjemlet 15.07.2022 skjønn med slik slutning:

1. *Skjønnet fremmes.*
2. *I erstatning til Duokta reibeitedistrikt betaler Statnett SF kr 1 770 000 – enmillionsyvhundreogsyttitusen – kroner innen 14 – fjorten – dager etter at avgjørelsen er forkynt.*
3. *I sakskostnader til Duokta reinbeitedistrikt betaler Statnett SF kr 515 064 – femhundreogfemtentusenogsekstifire – innen 14 – fjorten – dager etter at avgjørelsen er forkynt.*
4. *Statnett betaler i tillegg de lovbestemte utgiftene ved skjønnet.*

Duokta reinbeitedistrikt begjærte overskjønn 15.09.2022 og Statnett SF uttalte seg til begjæringen 03.10.2022.

Overskjønnsforhandlingen ble gjennomført i Bodø, 06., 07., 08. og 09.06.2023. Leder for reinbeitedistriktet Mats Pavall og grunnerverver Alf Roar Eidesmo i Statnett avga partsforklaringer. Det ble avhørt fire vitner, hvorav to var sakkyndige vitner. I stedet for befaring ble det vist dronefilmer fra det aktuelle området. Øvrig bevisførsel framgår av rettsboka.

Partenes syn på saken

Statnett SF sitt påstandsgrunnlag er i korthet:

Det er ikke riktig at konsesjonsvedtaket er ugyldig.

Det er ikke grunnlag for anførselen om at flyttleien forbi stasjonsområdet i praksis er stengt. Fortsatt er det en åpning på ca. 35 meter som reinen kan benytte. Riggområder og deponier vil ryddes og tilbakeføres. Flyttleien på østsiden av stasjonsveien vil bli vel så bra som før. Også før byggingen av den nye trafostasjonen var det kraftlinje, trafostasjoner, kraftgater og vei i området.

Rapporten fra Norconsult og Sweco fra januar 2022 om sammenstilling av erfaringer med over- og underganger for rein og reindrift, dokumenterer at rein kan flyttes i trange passasjer. Nyere forskning viser at det er menneskelig aktivitet og ikke permanente installasjoner i seg selv, som påvirker reinen. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis. Anlegget denne saken gjelder vil i hovedsak stå ubemannet når det er ferdigstilt.

Reinen i dette distriktet er vant med menneskeskapt infrastruktur og vant til å bli håndtert. Det hender for eksempel at reinflokken flyttes med bil. Videre er reinen vant med bratt og krevende terreng. Fra reinbeitedistriktets side er for øvrig forklart at de er vant til å drive reinen aktivt gjennom vanskelige passasjer.

Reinbeitedistriktet har en tilpasningsplikt som innebærer gjennomføring av avbøtende tiltak i form av oppsett av ledegjerder, tilpasninger i terrenget, rydding av skog, foring av reinen og å gjete mer aktivt. Plikten til tilpasning omfatter også bruken av flyttleiene. Bruken av den aktuelle flyttleien er for øvrig relativt sporadisk (hvert 4.-5. år), og det finnes en alternativ flyttlei gjennom Kjølvikdalen som reinbeitedistriktet kan benytte.

Selv om flyttleien skulle anses stengt, får ikke reindriftsloven § 22 betydning for saken. Det har ikke vært lovgivers mening å fastsette et absolutt forbud mot stengning av flyttlei, jf. lovforarbeidene i Ot.prp.nr.9 (1976–1977) side 57, hvor det framgår at stengning ikke er utelukket når forutsetningene for ekspropriasjon er oppfylt. Brudd på reindriftsloven må uansett forfølges ved sivilt søksmål.

Selv om flyttleien skulle anses stengt, innebærer ikke ekspropriasjonstiltaket brudd på SP artikkel 27. En slik situasjon medfører ikke vesentlige negative konsekvenser for reinbeitedistriktets mulighet til kulturutøvelse. Den berørte flyttleien benyttes relativt lite, det finnes en alternativ flyttlei gjennom Kjølvikdalen og vinterbeitene er fortsatt tilgjengelig. I tillegg kommer at bruken av de aktuelle vinterbeitene uansett begrenses av rovdyrutfordringer.

Mangel på konsultasjon med reindrifta er ikke i denne saken et argument for brudd på SP artikkel 27. Det var møter og befaringer med reinbeitedistriktet både i 2009 og 2019. Etter innspill fra reinbeitedistriktet ble det opprinnelige forslaget til plassering av stasjonen endret. For øvrig har reinbeitedistriktet unnlatt å gi høringsuttalelser og klage på vedtak. Sametinget har blitt varslet om ekspropriasjonstiltaket, men har ikke bedt om konsultasjoner. Videre er reindriftsforvaltningen konsultert. På denne bakgrunn er konsultasjonsplikten oppfylt. Samelovens regler om konsultasjonsplikt ble for øvrig først innført med virkning fra 01.07.2021.

Det er heller ikke grunnlag for øvrige anførsler om ugyldighet.

Tiltaket har hjemmel i oreigningsloven §§ 1 og 2. Vilkårene om at ekspropriasjonen må være nødvendig og «tvillaust til mer gavn enn skade» er oppfylt. Lagmannsrettens kompetanse til overprøving av dette er uansett begrenset.

Det var ikke i dette tilfellet krav om konsekvensutredning, og det er uansett foretatt grundige undersøkelser forut for vedtakene, som tilfredsstiller kravene i forvaltningsloven. Reinbeitedistriktet har også et selvstendig ansvar for å bidra til sakens opplysning.

Videre er det i vedtakene lagt til grunn riktig faktum. At Statnett og NVE la til grunn at flyttveien ikke ble stengt, var en prognose, som skal legges til grunn hvis den ikke er uforsvarlig.

Uansett ville eventuelle saksbehandlingsfeil ikke virket inn på vedtaket, og får dermed ikke betydning for saken, jf. forvaltningsloven § 41.

Når det gjelder utmålingen av erstatningen for ekspropriasjonstiltaket, er regelen at den økonomiske stillingen skal være den samme etter inngrepet som før inngrepet. Videre må den som krever erstatning, sannsynliggjøre

sitt tap. Videre plikter den som er utsatt for ekspropriasjonsinngrep å tilpasse seg, og det gjelder også for reindriften.

I bevisvurderingen må størst vekt legges på tidsnære bevis som søknader, tilskuddsvedtak og GPS-data om hvor reinen befinner seg.

Når det gjelder anleggsperioden fra november 2020 til juni 2023, vil ikke reinbeitedistriktet ha lidt noe tap dersom flyttleien uansett ikke ville blitt benyttet i denne perioden. Erstatningspostene i rapporten til Protect Sapmi framstår hypotetisk og udokumentert, og kan ikke legges til grunn. Det offentliges dekning av fôrutgifter til reinbeitedistriktet som følge av beitekrisen i 2023, må komme til fradrag i erstatningen.

Når det gjelder driftsfasen er det grunnlag for erstatning for avbøtende tiltak i en tilvenningsfase. Det er imidlertid ikke grunnlag for erstatning utover 10 år i og med at reinen innen den tid vil ha tilpasset seg. Videre må erstatningen hensynta den faktiske bruken av flyttleien.

Det er ikke grunnlag for annen kapitaliseringsrente en 3,5 prosent, jf. LH-2019-10873 [kan være LH-2019-10873-2, Lovdatas anm.]. Avsavnsrenten settes også til 3,5 prosent, jf. LH-2021-59719.

Sakskostnadene avgjøres etter reglene i skjønnsprosessloven § 54 a.

Statnett SF har nedlagt slik påstand:

> Skjønnet fremmes.

Duokta reinbeitedistrikt sitt påstandsgrunnlag er i korthet:

Konsesjonsvedtaket er ugyldig.

Lokaliseringen av trafostasjonen er på et platå som i alders tid har fungert som et veikryss i forhold til flere flyttleier mot nord, og i retur mot sør. Slik flyttleien framstår nå kan den ikke benyttes. Dette samsvarer med tingrettens konklusjon om at flyttleien er ubrukeliggjort. Også det sakkyndige vitnet som Statnett har påberopt, konkluderte i sin rapport med at flyttleien har mistet sin funksjonalitet.

Flyttingen i området var krevende også med den gamle trafostasjonen, og det hendte at flokken delte seg, og at reingjeterne måtte ta flokken tilbake for å prøve på nytt. Det ville vært krevende også med den nye stasjonens opprinnelige plassering, hvor det ville vært en ca. 60 meter bred passasje langs gjerdet til stasjonen. Slik en nye stasjonen ble plassert er det nå en flat passasje på ca. 10 meter, og en samlet passasje på ca. 35 meter hvis skråningen og veien nedenfor inkluderes. Av betydning for trafostasjonens barrierevirkning er blant annet dimensjonene på den og lyder, lys og lukter fra den.

De avbøtende tiltakene som er foreslått av Statnett er ikke tilstrekkelige til at flyttleien vil fungere. Det som trengs er landskapstilpasning slik at reinen kan flyttes langs vannet, og ikke tvinges opp til trafostasjonen.

Reinbeitedistriktet har ikke gode alternativer til flyttleien mellom trafostasjonen og vannet. Flyttleien på oversiden (østsiden) av stasjonen forutsetter at reinen tar seg ned fra den svingen i anleggsveien som heter Nikolaisvingen, og der er det for bratt for reinen å gå nedover. Flyttleien gjennom Kjølvikdalen er ikke et pålitelig alternativ. Den veien er lengre, og befinner seg i 800 – 1000 meters høyde, hvor det til tider er vanskelige snø- og isforhold og dessuten en betydelig snøskredfare.

Stengingen av flyttleien forbi trafostasjonen innebærer brudd på SP artikkel 27. Tilgangen til vinterbeitene blir så begrenset at det kan forventes å gå ut over dyrevelferden og levebrødet til reindriftsutøverne. Resultatet kan bli avviklingen av den siste pitesamiske gruppen som driver med reindrift i Norge. Pitesamisk er et utrydningstruet språk. Selv om språket ikke lenger snakkes i Norge, benytter Duokta reinbeitedistrikt fortsatt pitesamiske betegnelser på fenomener i naturen og i reindriften.

Stengningen av flyttleien er også i strid med reindriftsloven § 22 andre ledd, hvor det framgår at en flyttlei bare kan stenges dersom berettigede interesser gir grunn til det, og at det i så fall skal sørges for omlegging av flyttleien. Det er i tilfelle Landbruksdepartementet som skal samtykke i slik omlegging, og departementet har ikke vært involvert i saken. Ekspropriasjonstiltaket mangler derfor lovhjemmel. Heller ikke vilkåret i oreigningsloven § 2 andre ledd om at ekspropriasjonstiltaket «tvillaust er til meir gagn enn skade», er oppfylt.

Plikten til å konsultere Sametinget i saker som dette er ikke oppfylt. Videre skulle det i denne saken vært gjennomført en konsekvensutredning. Det ville avdekket at flyttveien burde legges langs vannet, og medført at dette ville blitt fastsatt som vilkår for konsesjonen eller som skjønnsforutsetning.

Dersom det legges til grunn at det ikke var krav om konsekvensutredning, er uansett ikke utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 oppfylt. Dessuten er det lagt til grunn feil faktum ved at det i konsesjonssøknaden fra mai 2019 heter at det er fullt mulig for reinen å passere langs gjerdet til trafostasjonen. Det etterfølgende konsesjonsvedtaket og ekspropriasjonsvedtaket bygger også på dette uriktige faktumet. Det er også feil ved begrunnelsen i disse vedtakene siden problemene for reindriften som følge av etableringen av trafostasjonen, ikke omhandles.

Feilene ved saksbehandlingen må i dette tilfelle føre til at de aktuelle vedtakene er ugyldige. Problemene for reindriften som følge av den endrede plasseringen av trafostasjonen, burde vært et sentralt moment i de vurderingene som lå til grunn for vedtakene, og det er derfor nærliggende at saksbehandlingsfeilene har virket inn på vedtakene, jf. forvaltningsloven § 41.

For det tilfellet at lagmannsretten likevel fremmer skjønnet, kreves slik erstatning som framgår av erstatningsberegningen i rapporten til Protect Sapmi.

Duokta reinbeitedistrikt har nedlagt slik påstand:

> Skjønnet nektes fremmet. Statnett betaler sakskostnadene.

Lagmannsrettens vurdering

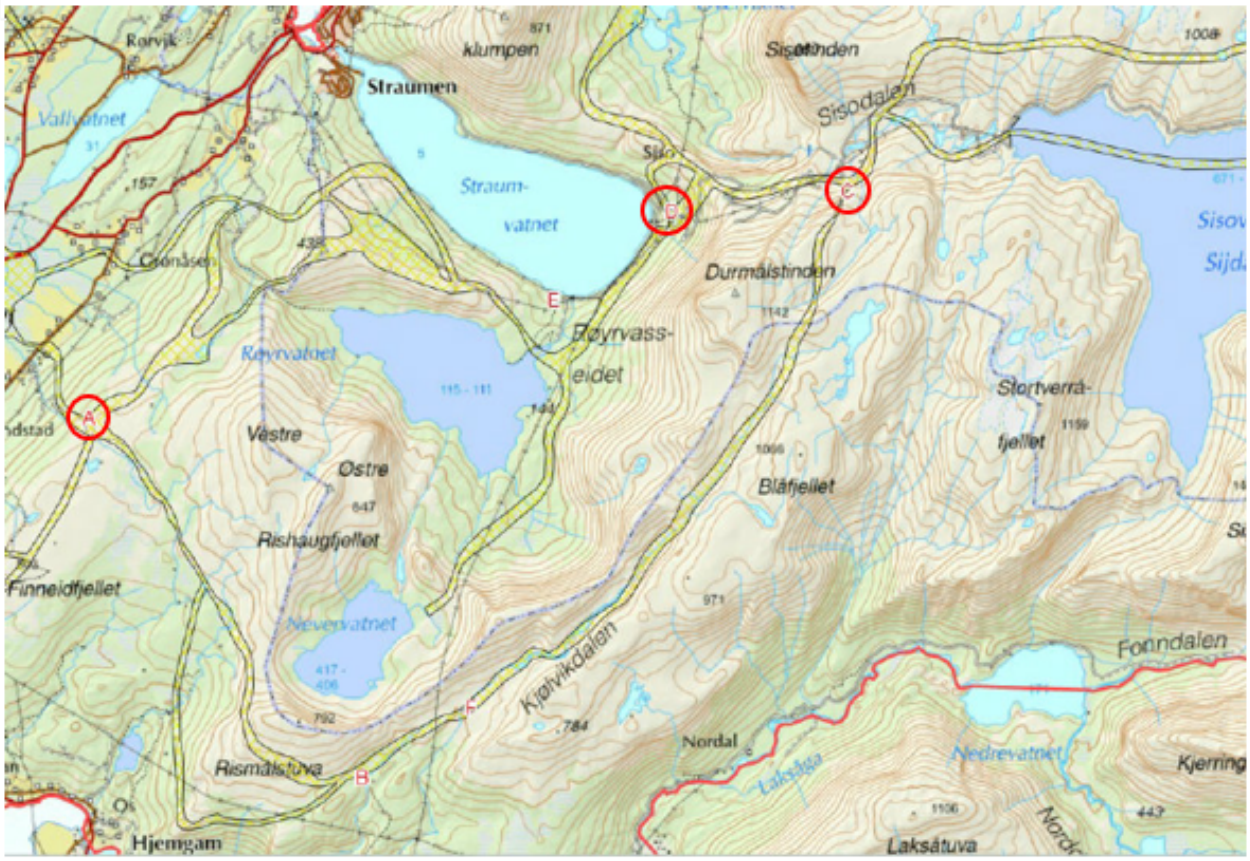
Innledning

Som innledning til lagmannsrettens vurdering gis en oversikt over reinbeitedistriktets bruk av vinterbeiter og hvordan reinen flyttes til vinterbeitene i fjellområdene i øst. Deretter vurderes trafostasjonens betydning for reinflyttingen. Så gjennomgås saksbehandlingen vedrørende etablering av trafostasjonen med vekt på hvordan hensynet til reindriften ble ivaretatt. Etter dette redegjøres det for rettslige utgangspunkter for lagmannsrettens vurdering, og til slutt vurderes gyldigheten av de vedtakene saken gjelder.

Reinbeitedistriktets vinterbeiter og flyttleier dit

Duokta Reinbeitedistrikt har sentralområde i Holtan ved Fauskeeidet, hvor distriktet har hovedgjerde og slakteri. Lederen i distriktet Mats Pavall har forklart at de viktigste vinterbeitene ligger ved kysten omkring Kjerringøy og i fjellområdet i øst omkring Rago. Vurderingen av hvilke vinterbeiter som skal brukes, tas om høsten blant annet ut fra tilstanden til beitene og rovdyrbelastningen. Ifølge Pavall var de i 2012 og i 2013 i området Rago, mens de i 2014 dro til Rago i slutten av vinterbeitesesongen. I 2015 var de i området Kjerringøy. I 2016 var de i hovedsak ved Kjerringøy, men ca. 80 rein var en periode i Rago. Deretter har de i hovedsak vært ved kysten blant annet på grunn av rovdyrbelastningen i fjellet og at flyttleien ved trafostasjonen ble stengt fra oktober 2020 på grunn av anleggsarbeidene.

Reinbeitedistriktet har to flyttleier til og fra vinterbeitene i fjellområdene i øst og disse vises i figur 1 nedenfor. Den ene flyttleien går fra Holtan (bokstav A i figur 1) til Straumvatnet, hvor den etter å ha passert trafostasjonen (bokstav D) deler seg i en østlig rute mot Sisodalen og en vestlig rute som etter hvert svinger mot nord mot Rago. Den andre flyttleien går sør for Nevervatnet og opp Kjølvikdalen til den (ved punkt C) deler seg i en østlig rute opp Sisodalen og en vestlig som passerer i høydedraget over trafostasjonen og ender i Rago.



Figur 1. Flyttleiene til vinterbeitene i fjellområdene i øst.

Trafostasjonens påvirkning av flyttingen av rein til og fra vinterbeitene

Trafostasjonen er plassert midt i flyttleien ved Straumvatnet, og det er spørsmål om muligheten for reinflytting ved siden av den. Når reinflokken flyttes til vinterbeitene kommer den langs vannet fra sør. Partene er enige om at når det gjelder flyttleien på oversiden (østsiden) av stasjonen, er eneste mulighet at reinen går opp anleggsveien som sees i bakkant i figur 2 nedenfor. I en sving et stykke ovenfor trafostasjonen er det en åpning i autovernet for reinen. Fra denne åpningen er det svært bratt nedover i terrenget, og Mats Pavall har forklart at det ikke er mulig å flytte reinen til vinterbeitene den veien. Sindre Eftestøl, som er sakkyndig vitne påberopt av Statnett, har uttalt at han ikke har grunnlag for å trekke dette i tvil. Mats Pavall har videre forklart at det er mulig at man kan flytte reinen gjennom åpningen i autovernet om våren, siden det er lettere å flytte reinen oppover i terrenget enn nedover. Ved den videre flyttingen nedover anleggsveien vil imidlertid reinen ha utsikt til den store trafostasjonen, og det vil være vanskelig å få flokken samlet forbi den.

Egnetheten for flytting av rein på nedsiden (vestsiden) av stasjonen illustreres av figur 2 og 3 nedenfor.

Figur 2. Dronefoto tatt mot sør 02.12.2022

Figur 3. Dronefoto tatt mot nord 03.02.2023

På dronefotoet tatt mot sør (figur 2) ses den gamle trafostasjonen nede ved vannet. Den vil bli fjernet – sannsynligvis i løpet av 2023. Videre vil deponiområdene vest for stasjonen bli revegetert. Når reinflokken under flyttingen til vinterbeitene kommer sørfra langs vannet, drives den opp skråningen rett før den gamle trafostasjonen. Den videre flyttleien ses best på figur 3, som er et dronefoto tatt motsatt vei, altså mot nord. Reinflokken vil komme opp omtrent nederst i bildet, og for å benytte det som er igjen av flyttleien må den passere langs gjerdet på trafostasjonen. Brakkeriggen nokså midt i bildet vil bli fjernet i 2023, og det vil også bli foretatt en avrunding øverst i skråningen.

Som man ser i figur 3, vil den trangeste passasjen bli rett vest for porten inn til anlegget. Partene er ikke helt enige om hvor trang denne passasjen skal regnes for å være. Reinbeitedistriktet har målt flyttleiens bredde på det platået trafostasjonen står på til ca. 10 meter. Statnett har inkludert skråningen og veien nedenfor fram til autovernet, og kommer da fram til en bredde på 34-35 meter.

Mats Pavall har forklart at selv med det gamle trafoanlegget, hvor passasjen var på ca. 250 meter, var det krevende å få reinflokken gjennom dette området. Reinen ble tydelig stresset når den nærmet seg den gamle

trafostasjonen, og det har hendt at flokken begynte å spinne rundt, og at noen dro motsatt vei. Den flyttleien langs gjerdet på trafostasjonen som er beskrevet ovenfor, mener Pavall ikke vil fungere i praksis, og at flyttleien i praksis er stengt. Stiftelsen Protect Sapmi har i sin rapport fra august 2021 og i forklaring for lagmannsretten kommet til samme konklusjon som Pavall.

Sindre Eftestøl, som er sakkyndig vitne påberopt av Statnett, uttalte i sin rapport av 23.08.2021 om flyttleien vest for trafostasjonen:

> «(Den) *vil ikke være fysisk stengt. Men det vil være trangt og det vil være utfordrende for reindriften å drive her. Det er mulig at drivleden mister sin funksjonalitet. Det bør diskuteres med reindriften om avbøtende tiltak i form av mobile ledegjerder etc. kan avbøte problemene.»*

Da Eftestøl forklarte seg under overskjønnet utdypet han hva slags avbøtende tiltak som kunne være aktuelle. I tillegg til mobile ledegjerder, nevnte han skogrydding og utjevning av grøftekanter, og at det brukes mer ressurser på gjeting. Han uttalte imidlertid at det er vanskelig å si om det vil fungere før man har prøvd.

I tingrettens dom uttales om denne flyttleien blant annet:

> *«Det framstår for retten som sannsynlig at kombinasjonen av økte forstyrrelser, ny infrastruktur og økte støynivåer i området, som følge av etableringen av ny trafostasjon, vil forsterke (...) unnvikelsesadferden. Dette samlet sett i en grad som gjør at reinsdyr selv neppe vil benytte denne traseen til å trekke forbi, og at det også vil bli svært vanskelig å lede dyrene forbi anlegget. Dette vil igjen kunne lede til spredning av flokken, idet etternølere og dyr som ikke er ledet igjennom, neppe vil finne tilbake til flokken.*
>
> *Ovennevnte forhold innebærer at retten i praksis anser flyttleien som ubrukeliggjort, selv om den ikke er fysisk stengt.»*

Uten avbøtende tiltak er det lagmannsrettens oppfatning at flyttleien vest for trafostasjonen i praksis er stengt. Fra Statnetts side er argumentert med at forskning har vist at det er menneskelig aktivitet og ikke permanente installasjoner i seg selv som påvirker reinen, og at dette også er lagt til grunn i rettspraksis. Lagmannsretten bemerker at den forskningen det er vist til gjelder slikt som kraftledninger, kraftmaster og hytter, og ikke et anlegg av den typen som denne saken gjelder. Trafostasjonen dekker et område på ca. 45 dekar og avgir lyder og lys og det kan også henge igjen lukt. Å tvinge reinflokken tett inntil et slikt anlegg, medfører i utgangspunktet høy risiko for at man ikke klarer å holde flokken samlet. Statnett har ellers blant annet vist til det som framkommer i rapporten fra Norconsult og Sweco fra januar 2022 om sammenstilling av erfaring med over- og underganger for rein og reindrift. Å passere slike over- og underganger er imidlertid etter lagmannsrettens vurdering noe annet enn over en lengre strekning å passere et slikt anlegg som denne saken gjelder.

Som avbøtende tiltak har Statnett under overskjønnet fastsatt følgende spesielle skjønnsforutsetning:

> *«Statnett anskaffer gjerdemateriell til inntil 1 500 meter gjerde. Utstyret leveres Duokta reinbeitedistrikt, og benyttes etter distriktets eget skjønn for å avhjelpe ulemper knyttet til flytting av rein forbi Salten transformatorstasjon i en overgangsfase.»*

Etter lagmannsrettens oppfatning er det også med avbøtende tiltak i form av slikt som ledegjerder og større grad av reingjeting, usikkerhet om funksjonaliteten til denne flyttleien, jf. blant annet uttalelsen fra Sindre Eftestøl gjengitt ovenfor.

Statnett har påpekt at reinbeitedistriktet har en alternativ flyttlei gjennom Kjølvikdalen. Lagmannsretten er ikke enig i at dette i tilstrekkelig grad kan avhjelpe en stengning av flyttleien ved trafostasjonen. Ved valg av flyttlei kan slikt som klimatiske forhold og mulighetene for beite under flyttingen være av betydning, og dersom en flyttlei stenges, reduseres fleksibiliteten. I tillegg kommer at flyttleien gjennom Kjølvikdalen er lengre enn flyttleien langs Straumvatnet, og innebærer passering av områder som ligger 800-1000 meter over havet. Det er ofte utfordrende snø- og isforhold der, og dessuten perioder med rasfare. Ifølge Mats Pavall er det eksempel på at bratt terreng og isforhold har gjort det umulig å flytte reinen via Kjølvikdalen. Når det gjelder flyttleien langs Straumvatnet, så befinner denne seg bare få meter over havet og det er som regel lite snø der. Av betydning i denne sammenheng er at man i dette reinbeitedistriktet fortsatt flytter reinflokken til fots ved at en av reindriftsutøverne går foran med en temmet lederein i bånd.

At reinbeitedistriktet under sakens gang har gitt noe ulike anslag over hvor ofte flyttleien ved trafostasjonen benyttes, er etter lagmannsrettens oppfatning ikke egnet til å svekke argumentasjonen for flyttleiens betydning.

Etter at reinbeitedistriktet forsto hvor trangt det ville bli å passere den nye trafostasjonen på vestsiden, har reinbeitedistriktet foreslått en alternativ flyttlei som er presentert i rapporten til Protect Sapmi fra august 2021. Siden den gamle trafostasjonen nede ved Straumvatnet skal fjernes i 2023, foreslås at flyttleien istedenfor å gå opp til den nye trafostasjonen, fortsetter videre langs vannet, og opp i fjellet litt vest for krysset hvor veien til den nye trafostasjonen tar av fra veien til den gamle. (Dette krysset skimtes øverst til venstre i figur 3.) I forslaget ligger også at det foretas blant annet skogrydding og planering.

Saksbehandlingen

I redegjørelsen for saksbehandlingen starter lagmannsretten med det som ble gjort forut for den opprinnelige anleggskonsesjonen gitt i 2013.

Forut for konsesjonssøknaden ble det gjennomført to befaringer med Duokta reinbeitedistrikt. I referatet fra befaringen 17.09.2009 er blant annet følgende uttalelser fra reinbeitedistriktet gjengitt:

> *«Det var (...) viktig at anlegget vart trekt inn på området slik at dei hadde ein god parsell å drive reinen i. Minst 100 meters belte frå kanten og innover. Dei kan drive flokkar på 500 dyr over dette området. Det er begrense med områder der reinen kan komme seg oppover i terrenget.»*

Den videre behandlingen av saken resulterte i en passasje for reintrekket på ca. 60 meter. Om dette heter det i konsesjonssøknaden av 01.01.2012 punkt 5.6:

> *«Etter gjennomgang med lokal reindriftsnæring (...) og Reindriftsforvaltningen Nordland (Fauske) har en trukket transformatorstasjonen så langt inn mot fjellet som mulig for å gi størst mulig rom foran stasjonen til reinstrekket. Gjerde rundt stasjonene blir også trukket så langt inn som mulig. (...) I mail av 17.12.2009 så bekrefter Reindriftsforvaltningen Nordland at det ikke er motforestillinger med foreslått plassering av stasjonen. Dette forutsetter at reinstrekket har en passasje på ca. 60 meter mellom drivsone og gjerde nytt anlegg.»*

NVE ga konsesjon til trafostasjonen 08.01.2013 og etter en klagerunde ga Olje- og Energidepartementet (OED) 18.12.2013 tillatelse til å starte byggingen av stasjonen. Videre ga NVE konsesjon til stasjonsveg, massedeponier og rasvoll 30.01.2017. I november 2017 ble imidlertid prosjektet stoppet av Statnett på grunn av samfunnsøkonomiske vurderinger. Prosjektet startet opp igjen sommeren 2018. Etter ny oppstart ble det arbeidet videre med prosjektet, noe som resulterte i at det i endrings-/tilleggssøknad fra mai 2019 ble søkt om endret utforming og plassering av stasjonen. Stasjonsarealet ble økt til ca. 45 dekar. Videre ble stasjonen trukket noe lengre nord og vridd med klokka, det vil si at sørenden kom nærmere vannet. Bakgrunnen for endringene i plasseringen av stasjonen var primært optimalisering av massebalansen ved at det kunne sprenges ut stein lokalt og at det også ble mindre behov for stein totalt sett (se endringssøknaden punkt 4.3.1).

Endringene som ble gjort medførte at passasjen for reindriften ble betydelig trangere enn i konsesjonen fra 2013. Mens det i den opprinnelige konsesjonen var lagt opp til en passasje på ca. 60 meter, ble passasjen isteden snevret inn til ca. 10 meter flatt terreng og ca. 35 meter hvis skråningen og veien nedenfor inkluderes. For nærmere beskrivelse av den flyttleien endringskonsesjonen forutsetter, vises til redegjørelsen ovenfor.

At den nye plasseringen av stasjonen medførte en innsnevring av flyttleien forbi trafostasjonen, har ikke kommet til uttrykk i Statnetts endringssøknad. Etter at det i søknadens punkt 5.9 om reindrift er beskrevet problemer for reindriften i anleggsfasen, står bare følgende om situasjonen for reindriften i driftsfasen:

> *«I driftsfasen vil det bli fullt mulig å passere vest for stasjonen. Massedeponi og overganger til veger og anleggsområder vil utformes slik at reinen lett skal kunne passere.»*

Endringssøknadens mangelfulle beskrivelse av reindriftens problemer som følge av den endrede plasseringen av trafostasjonen, forplantet seg til NVEs vedtak om anleggskonsesjon og NVEs notat om bakgrunnen for vedtaket, som begge er datert 20.04.2020.

I anleggskonsesjonen står bare følgende om hensynet til reindriften:

> *«Statnett skal ha kontakt med reindriftsnæringen slik at hensynet til reindriften blir ivaretatt i så stor grad som mulig. Anleggsarbeidene skal koordineres med reinbeitedistriktet for å minimere eventuelle ulemper for flytting av rein gjennom området.»*

Under punkt 3.1 i notatet om bakgrunnen for vedtaket, som inneholder begrunnelsen for konsesjonen, heter det:

> *«NVE konstaterer at endringen bestå i at stasjonen dreies marginalt med klokken og flyttes om lag 50 meter mot nord. NVE mener endringen er marginal, og at denne ikke vil ha virkninger for omgivelsene. NVE er enig med Statnett i at dersom denne endringen medfører at man kan benytte lokal stein tatt ut på stedet fremfor tilkjørt steinmasser, vil dette være en økonomisk og miljømessig fordel.»*

Så vidt lagmannsretten kan se står i notatet om bakgrunnen for vedtaket ingenting om hensynet til reindriften.

Heller ikke i NVEs ekspropriasjonstillatelsen av 20.04.2020 står det noe eksplisitt om reindriften. For nærmere begrunnelse for ekspropriasjonen er vist til notatet om bakgrunnen for vedtaket, som er omhandlet ovenfor, og som altså ikke inneholdt noe om hensynet til reindriften.

Den delen av saksbehandlingen som gjelder Statnetts kontakt med reinbeitedistriktet er også av betydning for saken, og lagmannsretten vil i det følgende redegjøre for hva som kan legges til grunn om denne kontakten.

Det ble avholdt et møte på Fauske hotell 18.03.2019 med Mats Pavell fra reinbeitedistriktet og tre personer fra Statnett blant annet grunnerverver i selskapet (Alf Roar Eidesmo). I reinbeitedistriktet hadde det vært generasjonsskifte, så det var ikke Mats Pavall som hadde deltatt på befaringene forut for konsesjonen i 2013. Grunnerververen hadde heller ikke deltatt i dette prosjektet tidligere.

Av møtereferatet framgår at endringer etter konsesjonen gitt i 2013, blant annet var at:

> *«Stasjon flyttet litt lengre mot nord og dreid mer i nord/sør retning, både kart for ny plassering og plassering jfr tidligere konsesjon er vedlagt.»*

Etter det som er opplyst var det tegningen nedenfor (figur 4) som ble framlagt.

Figur 4. Figuren viser ny stasjonsplassering (grått) sammenlignet med gammel løsning (lilla).

Grunnerververen forklarte under overskjønnet at det ikke fra Statnetts side i møtet ble påpekt at endringene medførte at flyttleien ble innsnevret, og lagmannsretten legger til grunn at dette heller ikke ble oppfattet av Pavall. At bredden på flyttleien ikke var tema på møtet, bekreftes av at det ikke står noe om dette i møtereferatet.

I møtet ble avtalt at det skulle gjennomføres befaring på stedet, og befaring ble avholdt 25.05.2019. Til stede var Mats Pavall og tre representanter for Statnett, blant dem grunnerververen. Anleggsarbeidet startet først i slutten av oktober 2020, så på tidspunktet for befaringen var ikke prosjektet synlig i terrenget.

Av referatet fra befaringen framgår at Pavall var opptatt av at autovernet på ombygd vei ikke skulle være noen hindring for reinen i trekk, og at det kunne være ønskelig med et ledegjerde som styrte reinen opp på Lemmen (platået stasjonen står på) når den trakk nordover om høsten. Det står imidlertid ikke noe i referatet om at flyttleien ble trangere som følge av endret plassering av stasjonen. Grunnerververen har forklart at han på det tidspunktet var usikker på hvor bred passasjen ville bli, og at bredden på den ikke ble gjort til tema på befaringen. Mats Pavall forklarte på sin side under overskjønnet at han mener at han på befaringen uttalte at flyttleien i praksis var stengt. At han sa dette allerede da, er etter lagmannsrettens oppfatning mest sannsynlig ikke riktig, og må skyldes en erindringsforskyvning. Hvis han hadde sagt det da, er det ikke grunn til å tvile på at det vil det ha kommet med i referatet. At reinbeitedistriktet ikke engasjerte seg i forbindelse med høringen av konsesjonssøknaden og da vedtakene om konsesjon og ekspropriasjonstillatelse ble sendt ut, tyder også på at reinbeitedistriktet på dette tidspunktet ikke hadde oppfattet hvor trang flyttleien ville bli som følge av den endrede plasseringen av trafostasjonen.

Duokta reinbeitedistrikt fikk endringssøknaden til høring 24.06.2019, men innga altså ikke høringsuttalelse. Videre fikk reinbeitedistriktet 22.04.2020 tilsendt NVEs konsesjon og ekspropriasjonstillatelse og notatet om bakgrunnen for vedtakene. Det ble i den forbindelse gitt informasjon om klageadgangen, men reinbeitedistriktet påklaget ikke vedtakene. Som bakgrunn for reinbeitedistriktets passivitet, forklarte Mats Pavall blant annet at det er mange inngrepsprosesser å følge med på i dette reinbeitedistriktet, samtidig som de bare er tre heltidsarbeidende reindriftsutøvere til å ta seg av reinflokken.

Rettslige utgangspunkter for lagmannsrettens vurdering

Etter skjønnsprosessloven § 48 skal lagmannsretten under skjønnsforhandlingen avgjøre tvist om retten til og betingelsene for ekspropriasjon. I foreliggende sak er det en slik tvist, og den gjelder gyldigheten av de forvaltningsvedtakene som ligger til grunn for ekspropriasjonen, det vil si anleggskonsesjonen og ekspropriasjonstillatelsen.

I lagmannsrettens prøving av disse forvaltningsvedtakene gjelder samme begrensninger som ellers ved domstolens prøving av forvaltningsvedtak. Om hva dette betyr i ekspropriasjonssaker, siteres følgende fra Nils Erik Lie, Skjønnsprosessen, Kommentarutgave, 2017, side 276:

> «(Domstolen kan alltid) *prøve om den hjemmel som er benyttet, gir adgang til å ekspropriere til det aktuelle tiltaket. Den kan prøve om vedtaket er truffet av korrekt instans og om den aktuelle hjemmelen gir adgang til å ekspropriere til fordel for denne eksproprianten. Retten kan også prøve forvaltningens saksbehandling og kjenne tillatelsen eller vedtaket ugyldig hvis saksbehandlingsreglene ikke har vært fulgt og feilen har hatt betydning for vedtaket, eller hvis det kan konstateres myndighetsmisbruk.*»

Lagmannsretten har kommet til at det som er mest aktuelt å prøve i foreliggende sak er om det er lagt til grunn korrekte fakta og om utredningsplikten er oppfylt.

I vurderingen av faktagrunnlaget skal det tas utgangspunkt i at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at de fakta som forvaltningen har lagt til grunn, er korrekte, jf. Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 12. utgave, side 429. Skjønnsmessige avgjørelser må noen ganger bygge på forutsigelser (prognoser) om faktiske forhold, for eksempel om hvilke konsekvenser en avgjørelse vil kunne få. Det er bare hvis slike prognoser var uforsvarlige, at man kan si at det dreier seg om feil i fakta, jf. Eckhoff/Smith side 431.

Om forvaltningens utredningsplikt heter det i forvaltningsloven § 17 første punktum:

> *«Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.»*

Om betydningen av at saken skal være så godt opplyst som mulig, uttales i Eckhoff/Smith side 278 blant annet:

> *«Grundigheten må (...) bero på en avveining der hensynet til å oppnå forsvarlige resultater veies mot hensynet til tid og annen ressursbruk. Jo viktigere saken er, og jo mindre det haster å få den avgjort, desto større ressurser er det grunn til å bruke på å opplyse den fullt ut. Hva som er viktig og hva som haster, kan imidlertid ikke bare vurderes i myndighetenes perspektiv. Man må også ta hensyn til hva saken betyr for partene, og hvor viktig det er for dem å få en rask avgjørelse.»*

Om hvilket ansvar som kan legges på partene for opplysning av saken, heter det samme sted:

> *«Selv om de ikke har plikt til det, må forvaltningen kunne regne med at partene i noen grad selv bidrar til sakens opplysning når saken angår noe de selv har søkt om, eller de oppfordres til det. I det minste må man kunne vente at partene opplyser om slike forhold som de må forstå vil styrke deres sak. Som utgangspunkt kan forvaltningen derfor ikke bebreides om opplysninger til gunst for en part, ikke er kommet frem fordi parten har unnlatt å oppfylle sin opplysningsplikt, eller ikke har fulgt oppfordringer om å opplyse om forholdet. Men vurderingen må også ta hensyn til partens forutsetninger for å forstå hva som er relevant.»*

For at faktiske feil og brudd på utredningsplikten skal kunne medføre ugyldighet, må det være grunn til å regne med at feilene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. Hvilken grad av sannsynlighet som kreves for påvirkning av avgjørelsens innhold, kan variere. Om dette heter det i Eckhoff/Smith side 486:

> *«Jo grovere eller mer tallrike feilene er, og jo mer inngripende vedtak det dreier seg om, desto større grunn er det til å statuere ugyldighet (...)»*

Dersom man kommer til at feil ved vedtaket kan ha påvirket resultatet, betyr ikke det nødvendigvis at vedtaket er ugyldig. Det må i så fall foretas en interesseavveining. I denne sammenheng er det blant annet av betydning om den som har fått innvilget en søknad, kan bebreides for at forvaltningen har fått et uriktig bilde av fakta, jf. Eckhoff/Smith side 496.

Spørsmålet om anleggskonsesjonen og ekspropriasjonstillatelsen er ugyldige

Lagmannsretten har kommet til at det er feil ved vedtakene om anleggskonsesjon og ekspropriasjonstillatelse som medfører at vedtakene er ugyldige.

Som tidligere nevnt, står det i begrunnelsen for anleggskonsesjonen og ekspropriasjonstillatelsen gitt i 2020 at endringene i stasjonens plassering og utforming er marginal og ikke vil ha virkninger for omgivelsene. At konsekvensene for reindriften av den nye plasseringen av stasjonen ikke er omtalt, har nok bakgrunn i formuleringen i konsesjonssøknaden fra 2019 om at det i driftsfasen vil være fullt mulig for reinen å passere vest for stasjonen, og at området vil utformes slik at *«reinen lett skal kunne passere»*.

På denne bakgrunn er det klart at konsesjonen og ekspropriasjonstillatelsen gitt i 2020 legger til grunn et misvisende faktum med hensyn til betydningen for reindriften av den endrede plasseringen av trafostasjonen. Det vises her til hva lagmannsretten ovenfor har lagt til grunn om konsekvensene av innsnevringen av flyttleien vest for stasjonen og vanskelighetene ved reinflytting øst for stasjonen. Det er riktig som anført av Statnett at faktumbeskrivelsen i endringskonsesjonen må sees i sammenheng med det som framgår i den opprinnelige konsesjonen fra 2013. Dette avhjelper imidlertid ikke manglene ved faktumbeskrivelsen knyttet til de endringene som ble gjort ved konsesjonen fra 2020.

Fra Statnetts side er anført at uttalelsen om reinens mulighet for å passere vest for trafostasjonen var en prognose og ikke en faktumbeskrivelse. Etter lagmannsrettens oppfatning er det lite treffende å karakterisere uttalelsen som en prognose, og uansett var det ikke forsvarlig grunnlag for uttalelsen.

Feilene i faktumbeskrivelsen tyder på at det ved behandlingen av endringssøknaden ikke ble foretatt tilstrekkelige utredninger. Fra Statnetts side er vist til den kontakten selskapet hadde med Duokta reinbeitedistrikt, og at reinbeitedistriktet selv hadde et ansvar for å få fram konsekvensene for flyttleien av den endrede plasseringen av trafostasjonen.

Lagmannsretten er enig i at reinbeitedistriktet kunne opptrådt mer aktivt for å få belyst hvilken betydning den nye plasseringen av stasjonen hadde for flyttleien. Imidlertid er det lagmannsrettens oppfatning at Statnett og NVE er nærmere enn reinbeitedistriktet til å bære ansvaret for at saken ikke har blitt tilstrekkelig opplyst.

Reinbeitedistriktet hadde allerede forut for konsesjonen gitt i 2013 understreket viktigheten av bredden på flyttleien. Som tidligere nevnt, mente reinbeitedistriktet i utgangpunktet at det var nødvendig med 100 meters bredde på flyttleien, mens resultatet i 2013 ble at det i konsesjonen ble forutsatt en bredde på ca. 60 meter. Statnett og NVE burde på denne bakgrunn forstått at den ytterligere innsnevringen av flyttleien som den nye plasseringen av trafostasjonen medførte, var av vesentlig betydning for reindriften. Likevel ble ikke innsnevringen av flyttleien påpekt i møtet og befaringen med reindriften i 2019. Riktignok ble

reinbeitedistriktet vist en tegning som illustrerte forskjellen mellom opprinnelig og ny plassering av trafostasjonen, men tegningen var uklar med hensyn til den endrede situasjonen for flyttleien, se figur 4 ovenfor.

Når det gjelder hva som kan kreves av reinbeitedistriktet for opplysning av saken, må for øvrig tas i betraktning at det i dette distriktet bare er tre reindriftsutøvere som arbeider heltid med å ivareta reinflokken. Videre dekker reinbeitedistriktet et stort areal i til dels bynære områder, hvor det er mange beslutningsprosesser knyttet til inngrep som kan være av betydning for reindriften. Den tiden reinbeitedistriktet kan bruke på å følge opp hver enkelt beslutningsprosess er derfor begrenset. På denne bakgrunn bør reinbeitedistriktet som grunnlag for å avgi uttalelse, gis presis og forståelig informasjon om inngrepenes art og omfang. Lagmannsretten viser i denne sammenheng til bestemmelsen i forvaltningsloven § 16 andre ledd om at forhåndsvarsel til parter skal *«inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv»*.

Dersom reinbeitedistriktet forut for de aktuelle vedtakene hadde fått tilfredsstillende informasjon om den endrede plasseringen av trafostasjonen, slik at det var tydelig hvordan endringen påvirket flyttleien, ville reinbeitedistriktet mest sannsynlig uttalt seg om konsekvensene av dette for reindriften, og saken ville blitt bedre opplyst.

Av betydning for om utredningsplikten er oppfylt, er også viktigheten av det som skal belyses. Lagmannsretten vil derfor i det følgende si noe om betydningen for reindriften av den aktuelle flyttleien.

Som redegjort for tidligere, er flyttleien over platået hvor trafostasjonen er plassert, den korteste og enkleste ruta til vinterbeitene i øst. I høydedraget over stasjonen deler flyttleien seg i to retninger. At flere flyttleier møtes i dette området, understreker områdets betydning for flytting av rein.

Vinterbeitene er en minimumsfaktor i dette reinbeitedistriktet. At det for tiden er relativt stor rovdyrbelastning ved vinterbeitene i øst, som i noen grad har begrenset bruken av disse beitene, har liten betydning for vurderingen av foreliggende sak. I et framtidsperspektiv må det legges til grunn at reindriften fortsatt kan benytte fjellområdene i øst.

Lagmannsretten tilføyer at det er mange utfordringer med reindrift i dette reinbeitedistriktet. Det er i distriktet tre befolkningssentra (Bodø, Fauske og Straumen), og naturinngrep i form av slikt som hyttebygging, veier, jernbane, vannkraftutbygginger og kraftledninger. Dette har både redusert ressursgrunnlaget til reinbeitedistriktet og vanskeliggjort driften, noe som gjenspeiler seg i svake økonomiske resultater og en krevende arbeidshverdag for de som har reindrift som livsgrunnlag i dette området. Det er derfor viktig å unngå at nye naturinngrep ytterligere svekker ressursgrunnlaget og øker arbeidsbelastningen i reindriften.

Lagmannsretten tilføyer også at Duokta reinbeitedistrikt er den siste pitesamiske gruppen som driver med reindrift i Norge, og at det pitesamiske språket er utrydningstruet. Reindriftsutøverne i Duokta snakker ikke lenger dette språket, men de bruker fortsatt pitesamiske betegnelser på fenomener i naturen og i reindriften.

Når den mangelfulle utredningen av hvordan den endrede plasseringen av trafostasjonen påvirker reindriftens flytting av rein, ses i sammenheng med hvor viktig den aktuelle flyttleien er for reinbeitedistriktet, har lagmannsretten samlet sett kommet til at det foreligger brudd på utredningsplikten i forvaltningsloven § 17. At det er søkeren Statnett som i samsvar med energiloven § 2-1 i stor grad har stått for utredningene, hindrer ikke at mangler ved utredningen rammer NVEs vedtak, jf. Nikolai K. Winge, Kampen om arealene, 2013, side 87-88.

Det neste spørsmålet er i hvilken grad brudd på utredningsplikten og feil i faktagrunnlaget har påvirket vedtakene i saken. Også i denne sammenheng er viktigheten av den aktuelle flyttleien av betydning. Videre bemerker lagmannsretten at dersom de negative konsekvensene for reindriften ved den endrede plasseringen av trafostasjonen hadde blitt belyst, kunne den økonomiske fordelen ved den endrede plasseringen blitt avveid mot hensynet til reindriften. Bruddet på utredningsplikten og feilene i faktagrunnlaget medførte at det ikke ble foretatt noen slik avveining.

Trafostasjonen er nå ferdig bygget, og flytting av den vil neppe være en god samfunnsøkonomisk løsning. Viktig er derfor at dersom hensynet til reindriften hadde blitt tatt i betraktning, ville man forut for anleggskonsesjonen og ekspropriasjonstillatelsen kunne fått en forsvarlig vurdering av aktuelle avbøtende tiltak. Dermed kunne blant annet forslaget fra reindriften om omlegging av flyttleien blitt vurdert. Forslaget går, som tidligere redegjort for, ut på at man utnytter at den gamle trafostasjonen ved vannet fjernes, og flytter reinen langs vannet. Den åpenbare fordelen ved denne løsningen er at reinen ikke trenger tvinges opp langs den

nye trafostasjonen. Dermed vil flyttleien også kunne fungere bedre som trekkvei for reinen om våren, det vil si at reinen benytter flyttleien uten å bli drevet. Forutsetninger for gjennomføring av forslaget er blant annet at det foretas planering og skogrydding. Siden forslaget ikke har blitt nærmere utredet, kan ikke lagmannsretten ha noe sikker formening om forslaget bør gjennomføres. Lagmannsretten bemerker imidlertid at det i utgangspunktet ikke virker som en god permanent løsning at reinen istedenfor å fortsette langs vannet utenom trafostasjonen, tvinges opp skråningen for å passere tett inntil langsiden av trafostasjonen.

Også dersom løsningen skulle bli bruk av ledegjerder, burde en slik løsning vært nærmere utredet. At Statnett under overskjønnet framsatte en spesiell skjønnsforutsetning om at selskapet skal levere gjerdemateriell til inntil 1 500 meter gjerde, er i så måte ikke tilstrekkelig. Statnett har for øvrig i sine anførsler vært inne på at reinbeitedistriktet kan gjennomføre tilpasninger i terrenget og rydding av skog. Slike tiltak har imidlertid ikke vært utredet, og er heller ikke konkretisert.

Oppsummeringsvis bemerker lagmannsretten at bruddet på utbedringsplikten og feilene i faktagrunnlaget gjelder en viktig flyttlei for reindriften. Dersom saken hadde blitt tilstrekkelig utredet og riktig faktum var lagt til grunn, ville det mest sannsynlig ledet til en nærmere vurdering av blant annet avbøtende tiltak, herunder omlegging av flyttleien. Slike vurderinger ville med sannsynlighet munnet ut i at hensynet til reindriften ble ivaretatt ved vilkår for konsesjonen og konkretiserte spesielle skjønnsforutsetninger.

Samlet sett har lagmannsretten kommet til at bruddet på utbedringsplikten og feilene i faktagrunnlaget har påvirket anleggskonsesjonens og ekspropriasjonstillatelsens innhold på en slikt måte at vilkåret for ugyldighet i forvaltningsloven § 41 er oppfylt. Lagmannsretten har også kommet til at interesseavveiningen mellom partene i saken taler for at vedtakene er ugyldige. I denne sammenheng kan blant annet vises til at vedtakene var til fordel for Statnett, samtidig som det er dette selskapets mangelfulle opplysning av saken som er bakgrunnen for feilene ved vedtakene. Lagmannsretten vektlegger også at ugyldighet ikke med nødvendighet medfører at konsesjon og ekspropriasjonstillatelse vil bli avslått, men at det vil bli foretatt en ny vurdering som kan gi grunnlag for avbøtende tiltak av hensyn til reinbeitedistriktet.

Siden vedtakene som ligger til grunn for ekspropriasjonen er ugyldige, blir resultatet at skjønnet nektes fremmet.

Sakskostnader

Med det resultatet lagmannsretten har kommet til har Duokta reinbeitedistrikt krav på å få dekket sine nødvendige sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, jf. skjønnsprosessloven § 54 og § 54 a første ledd bokstav a.

For tingretten krevde reinbeitedistriktet dekket sakskostnader med til sammen 1 503 064 kroner, hvorav salæret til prosessfullmektigen utgjorde 1 181 750 kroner (inkludert merverdiavgift). Tingretten fastsatte nødvendige sakskostnader til 515 064 kroner. Under overskjønnet har reinbeitedistriktets prosessfullmektig anført at tingretten skulle ha godtatt reinbeitedistriktets sakskostnadskrav. Statnett er ikke enig i dette.

Lagmannsretten fastsetter sakskostnadene for tingretten i samsvar med det som tingretten kom til, og kan tiltre hovedtrekkene i tingrettens begrunnelse. Når det spesielt gjelder tingrettens bemerkning om at det var brukt vesentlig mer tid på spørsmålet om sakens fremme enn det som hadde vært nødvendig, bemerker lagmannsretten at det ikke er de rettslige anførslene reinbeitedistriktet gjorde gjeldende for tingretten, som har dannet rettslig grunnlag for at lagmannsretten nekter skjønnet fremmet.

For lagmannsretten har reinbeitedistriktet krevd dekket sakkostander med til sammen 1 324 862 kroner inkludert merverdiavgift. Av dette utgjør prosessfullmektigens salær 1 091 781 kroner inkludert merverdiavgift. Statnett har anført at dette er vesentlig for høyt.

Lagmannsretten bemerker at dekningen av sakskostnader er begrenset til nødvendige utgifter, jf. skjønnsprosessloven § 54. Prosessfullmektigen har i sakskostnadsoppgaven opplyst at hun mellom tingrettens skjønn og overskjønnet har hatt et tidsforbruk på 237,75 timer. Dette er etter lagmannsretten vurdering vesentlig høyere tidsbruk enn nødvendig, blant annet tatt i betraktning at prosessfullmektigen også var prosessfullmektig for tingretten. Skjønnsmessig godtar lagmannsretten at det forut for overskjønnet var nødvendig med et tidsforbruk på 130 timer. På denne bakgrunn og etter en samlet vurdering fastsetter lagmannsretten nødvendige kostnader til prosessfullmektig til 674 250 kroner inkludert merverdiavgift. I tillegg kommer utgiftsdekning med 31 428 kroner inkludert merverdiavgift.

I sakskostnadsoppgaven er også inntatt utgifter til sakkyndig vitne fra Protect Sapmi med 201 653 kroner. Beløpet inkluderer merverdiavgift og så vidt lagmannsretten forstår også reiseutgifter. Statnett har gjort gjeldende at denne kostnaden er høyere enn nødvendig.

Lagmannsretten har under en viss tvil kommet til at det kan godtas at utgiftene til Protect Sapmi ligger innenfor det nødvendige. Det er for lagmannsretten utarbeidet en tilleggsrapport om erstatningsberegning og det sakkyndige vitnet har vært på befaring i det aktuelle området.

Resultatet blir at Statnett SF skal erstatte Duokta reinbeitedistrikts sakskostnader for lagmannsretten med 907 331 kroner. I tillegg skal Statnett dekke de lovbestemte utgiftene ved skjønnet, det vil si utgiftene til skjønnsmedlemmene og rettsgebyret.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. *Skjønnet nektes fremmet.*
2. *Tingrettens fastsettelse av sakskostnader (slutningen punkt 3) stadfestes.*
3. *Statnett SF skal erstatte Duokta reinbeitedistrikts sakskostnader for lagmannsretten med 907 331 – nihundreogsyvtusentrehundreogtrettien – kroner. Betalingsfristen er to uker fra forkynnelsen av lagmannsrettens avgjørelse.*
4. *Statnett SF betaler de lovbestemte utgiftene ved skjønnet.*

Reports of Cases

JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber)

4 May 2016*

(Failure of a Member State to fulfil obligations — Article 4(3) TEU — Article 288 TFEU — Directive 2000/60/EC — EU water policy — Article 4(1) — Prevention of deterioration of the status of bodies of surface water — Article 4(7) — Derogation from the prohibition of deterioration — Overriding public interest — Authorisation to construct a hydropower plant on the Schwarze Sulm River (Austria) — Deterioration of the water status)

In Case C-346/14,

ACTION under Article 258 TFEU for failure to fulfil obligations, brought on 18 July 2014,

European Commission, represented by E. Manhaeve, C. Hermes and G. Wilms, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg,

applicant,

v

Republic of Austria, represented by C. Pesendorfer, acting as Agent,

defendant,

supported by:

Czech Republic, represented by M. Smolek, Z. Petzl and J. Vláčil, acting as Agents,

intervener,

THE COURT (First Chamber),

composed of A. Tizzano, Vice-President of the Court, acting as President of the First Chamber, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger and S. Rodin (Rapporteur), Judges,

Advocate General: J. Kokott,

Registrar: A. Calot Escobar,

having regard to the written procedure,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 3 September 2015,

gives the following

* Language of the case: German.

Judgment

1 By its application, the European Commission asks the Court to declare that, by failing to apply correctly Article 4(1) of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (OJ 2000 L 327, p. 1), read in conjunction with Article 4(7) thereof, the Republic of Austria has failed to fulfil its obligations under Article 4(3) TEU in conjunction with Article 288 TFEU.

Legal context

EU law

2 Recitals 11, 19, 25, 26 and 32 of Directive 2000/60 are worded as follows:

'(11) As set out in Article 174 of the Treaty, the Community policy on the environment is to contribute to pursuit of the objectives of preserving, protecting and improving the quality of the environment, in prudent and rational utilisation of natural resources, and to be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, environmental damage should, as a priority, be rectified at source and that the polluter should pay.

...

(19) This Directive aims at maintaining and improving the aquatic environment in the Community. This purpose is primarily concerned with the quality of the waters concerned. Control of quantity is an ancillary element in securing good water quality and therefore measures on quantity, serving the objective of ensuring good quality, should also be established.

...

(25) Common definitions of the status of water in terms of quality and, where relevant for the purpose of the environmental protection, quantity should be established. Environmental objectives should be set to ensure that good status of surface water and groundwater is achieved throughout the Community and that deterioration of the status of waters is prevented at Community level.

(26) Member States should aim to achieve the objective of at least good water status by defining and implementing the necessary measures within integrated programmes of measures, taking into account existing Community requirements. Where good water status already exists, it should be maintained. For groundwater, in addition to the requirements of good status, any significant and sustained upward trend in the concentration of any pollutant should be identified and reversed.

...

(32) There may be grounds for exemptions from the requirement to prevent further deterioration or to achieve good status under specific conditions, if the failure is the result of unforeseen or exceptional circumstances, in particular floods and droughts, or, for reasons of overriding public interest, of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, provided that all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water.'

3 Article 4 of that directive, entitled 'Environmental objectives', provides in paragraph 1(a):

'1. In making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans:

(a) for surface waters
   (i) Member States shall implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8;
   (ii) Member States shall protect, enhance and restore all bodies of surface water, subject to the application of subparagraph (iii) for artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good surface water status at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;
   (iii) Member States shall protect and enhance all artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good ecological potential and good surface water chemical status at the latest 15 years from the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;
   (iv) Member States shall implement the necessary measures in accordance with Article 16(1) and (8), with the aim of progressively reducing pollution from priority substances and ceasing or phasing out emissions, discharges and losses of priority hazardous substances

without prejudice to the relevant international agreements referred to in Article 1 for the parties concerned.'

4 Article 4(7) of Directive 2000/60 is worded as follows:

'Member States will not be in breach of this Directive when:

— failure to achieve good groundwater status, good ecological status or, where relevant, good ecological potential or to prevent deterioration in the status of a body of surface water or groundwater is the result of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, or

— failure to prevent deterioration from high status to good status of a body of surface water is the result of new sustainable human development activities

and all the following conditions are met:

(a) all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water;

(b) the reasons for those modifications or alterations are specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 and the objectives are reviewed every six years;

(c) the reasons for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development, and

(d) the beneficial objectives served by those modifications or alterations of the water body cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate cost be achieved by other means, which are a significantly better environmental option.'

5 Under Article 13 of the Directive, entitled ‘River basin management plans’:

‘1. Member States shall ensure that a river basin management plan is produced for each river basin district lying entirely within their territory.

...

6. River basin management plans shall be published at the latest nine years after the date of entry into force of this Directive.

7. River basin management plans shall be reviewed and updated at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive and every 6 years thereafter.’

Austrian law

6 Paragraph 21a of the Wasserrechtsgesetz (Water Law), in the version thereof applicable to the present case (‘the WRG’), reads as follows:

‘(1) If, after authorisation is granted, it appears inter alia in the light of the results of the inventory (Paragraph 55d) that, despite compliance with the conditions and rules laid down in the authorisation decision or other provisions, that the public interests (Paragraph 105) are not sufficiently protected, the authority must, subject to the second sentence of Paragraph 52(2), impose the other conditions or the necessary conditions, in accordance with the current state of technology (Paragraph 12a) in order to achieve sufficient protection; fix adaptation objectives and order the submission of relevant project documents on adaptation; restrict the type and extent of water use, either temporarily or enduringly, or prohibit water use, either temporarily or enduringly.

(2) The authority must allow reasonable time limits in order to allow for the execution of orders referred to in subparagraph 1 and for the planning of the necessary adaptation measures and the submission of the relevant documents; as regards the required content of the project documents, Paragraph 103 shall apply. Those time limits must be extended where the party subject to the obligation proves that it was impossible for him or her to comply with the time limit, without any fault on his or her part. A duly submitted request for extension shall have suspensive effect for the purposes of the time limit. If the time limit expires without result, Paragraph 27(4) shall apply *mutatis mutandis*.

(3) The authority may opt not to impose measures under subparagraph 1 if they are disproportionate, in which case the following principles shall also apply:

(a) the costs of implementing those measures must not be disproportionate in relation to the effect sought, taking into account the type, quantity and hazard level of the effects and of the harm due to water use, and also the duration of use, profitability and technical specificity of water use;

(b) in the event of harm to existing rights, only the least stringent means in relation to the objective pursued will be chosen;

(c) different intervention measures may be imposed successively.

...

(4) Where there is an authorised restoration plan (Paragraph 92) or a restoration programme (Paragraph 33d), the measures referred to in subparagraph 1 may not go beyond what is provided for under that plan or programme.

(5) Subparagraphs 1 to 4 shall apply *mutatis mutandis* to other facilities and authorisations covered under the present federal law.'

Pre-litigation procedure

7 By decision du 24 May 2007, the Landeshauptmann der Steiermark (Governor of the Province of Styria, Austria) granted authorisation for the construction of a hydropower plant on the Schwarze Sulm, a river that runs through Austria ('the 2007 decision').

8 In October 2007, the Commission sent a letter of formal notice to the Republic of Austria by which it drew the latter's attention to the incompatibility of the project authorised by the 2007 decision ('the contested project') with Article 4(7) of Directive 2000/60. According to the Commission, the Governor of the Province of Styria had adopted that decision without determining beforehand whether the deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm from 'high' to 'good', which the implementation of that decision was going to entail, was of overriding public interest within the meaning of Article 4(7)(c) of that directive.

9 In January 2008, the Republic of Austria, in response to that letter of formal notice, explained that a derogation from the prohibition of deterioration laid down in Article 4(7) of Directive 2000/60 was justified by an overriding public interest in making greater use of renewable energy sources, such as hydroelectricity.

10 In 2009, the Republic of Austria, in accordance with Article 13(1) of Directive 2000/60, published the river basin management plan concerning the river basin affected by the contested project (the '2009 plan'). According to that plan, the adoption of which had been preceded by public consultation duly conducted in accordance with Article 14 of that directive, the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm was classified as 'high'.

11 In January 2010, the Commission closed the infringement proceedings after having been informed by the Republic of Austria that the 2007 decision had been withdrawn by Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Federal Ministry of Agriculture, Forestry, the Environment and Water Management, Austria) following an administrative action brought by the wasserwirtschaftliches Planungsorgan (Water Planning and Management Body, Austria).

12 In March 2012, the Verfassungsgerichtshof (Constitutional Court, Austria) held that the Water Planning and Management Body had no right of action under the Constitution. As a result, the Republic of Austria considered that the ministerial decision to withdraw the 2007 decision had become immaterial, that that decision once again was valid and could no longer be challenged before an Austrian court.

13 In November 2012, the Republic of Austria declared its intention to undertake the review procedure of the 2007 decision under Paragraph 21a of the WRG, part of which would include an assessment of the status of the body of surface water affected by the contested project, in order to adapt the initial authorisation to the current state of technology, whilst adding that the initial results of that review could be expected only at the start of 2014.

14 At the Commission's request, in December 2012 the Republic of Austria explained that, notwithstanding that review procedure, construction of the hydropower plant could commence immediately on the basis of the authorisation given by the 2007 decision.

15 On 26 April 2013, the Commission sent a letter of formal notice to the Republic of Austria, in which it criticised the latter for disregarding Article 4(1) of Directive 2000/60 and misapplying the derogation from the prohibition of deterioration laid down in Article 4(7) thereof with regards to the project 'Schwarze Sulm hydropower plant — phase A of construction works'.

16 On 15 July 2013, the Republic of Austria replied to the Commission, stating that the review procedure was still under way and that the results were expected at the beginning of September 2013. It further explained that in that review it would take account of 'national guidelines for the assessment of sustainable use of hydroelectricity'.

17 On 19 November 2013, the Republic of Austria sent the Commission additional observations in which it informed the latter that on 4 September 2013 the Governor of the Province of Styria had adopted a decision confirming the 2007 decision ('the 2013 decision').

18 It is nevertheless clear from the file submitted to the Court that, in adopting the 2013 decision, the Governor of the Province of Styria based himself on the fact that, even before the commencement of the contested project, the status of the surface water of the Schwarze Sulm had to be classified as 'good' and no longer as 'high' and that, because of that lowered classification, the project could commence without the need for a derogation from the prohibition of deterioration as provided for in Article 4(7) of Directive 2000/60.

19 On 9 October 2013, the Federal Ministry of Agriculture, Forestry, the Environment and Water Management brought an action before the Verwaltungsgerichtshof (Administrative Court) seeking annulment of the 2013 decision. As that action is still pending on the date of the present judgment and does not have suspensive effect, the promoter of the contested project was able to continue construction of the hydropower plant.

20 On 21 November 2013, the Commission sent the Republic of Austria a reasoned opinion in which it reiterated its complaints. On 21 January 2014, that Member State replied that, in its view, the 2007 decision complied with Article 4(1) of Directive 2000/60.

21 Not being satisfied with the Republic of Austria's reply, the Commission decided to bring the present action.

The request for reopening of the oral procedure and the submission of new evidence

22 Following the delivery of the Advocate General's Opinion, on 3 September 2015 the Commission submitted a request to have the oral phase of the procedure reopened and to be allowed to submit new evidence, under Article 83 and Article 128(2) of the Rules of Procedure of the Court of Justice respectively, and submitted to the Court the draft 'National water management plan 2015', published on 21 January 2015 by the Federal Ministry of Agriculture, Forestry, the Environment and Water Management.

23 First, it must be pointed out that neither the Statute of the Court of Justice of the European Union nor its Rules of Procedure make provision for the parties to submit observations in response to the Advocate General's Opinion (order of 4 February 2000 in *Emesa Sugar*, C-17/98, EU:C:2000:69, paragraph 2, and judgment of 6 September 2012 in *Döhler Neuenkirchen*, C-262/10, EU:C:2012:559, paragraph 29).

24 Next, as regards the reopening of the oral procedure, it must be pointed out that the Court may, of its own motion, on a proposal from the Advocate General or at the request of the parties, order the reopening of the oral procedure under Article 83 of its Rules of Procedure if it considers that it lacks sufficient information or that the case must be dealt with on the basis of an argument which has not

been debated between the parties (see judgments of 3 March 2009 in *Commission* v *Austria*, C-205/06, EU:C:2009:118, paragraph 13, and of 6 September 2012, *Döhler Neuenkirchen*, C-262/10, EU:C:2012:559, paragraph 30).

25 Lastly, as regards the submission of evidence after the close of the written procedure under Article 128(2) of the Rules of Procedure, that provision stipulates that the party wishing to produce further evidence must give reasons for the delay in submitting such evidence and that the President may, on a proposal from the Judge-Rapporteur and after hearing the Advocate General, prescribe a time limit within which the other party may comment on that evidence.

26 In the present case, since the Court considers that it has sufficient information to make a ruling and since the case does not have to be resolved on the basis of arguments or new evidence which were not the subject of debate between the parties, there is no need to grant the Commission's requests.

The action

Arguments of the parties

27 The Commission in essence criticises the Republic of Austria for having failed to fulfil its obligations under Article 4(1) and (7) of Directive 2000/60 by authorising the construction of a hydropower plant on the Schwarze Sulm.

28 The Commission considers that the 2007 decision disregards the obligation Member States have under Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60 to implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water.

29 The Commission claims in that regard that that obligation was binding on the Governor of the Province of Styria on the date when he adopted that decision, whereas publication of the river basin management plans became mandatory under Article 13(6) of Directive 2000/60 only as from 22 December 2009.

30 The Commission justifies its position by stating, in the light of Article 4(3) TEU in conjunction with Article 288 TFEU, that between 22 December 2000, the date of entry into force of Directive 2000/60, and 22 December 2009, the date on which the time limit referred to in Article 13(6) of that directive for the publication of management plans expired, Member States were to refrain from taking measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by Article 4 of that directive. Thus, compliance with Article 4 was already mandatory during that period.

31 In the Commission's submission, however, the contested project is liable to lead to deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm, contrary to the prohibition on deterioration laid down in Article 4(1) of Directive 2000/60. Whilst the 2007 decision had assessed that status at 'high', the project brings that level down to 'good', thereby causing deterioration of status. The Commission considers that, in the determination of whether there is such deterioration, account cannot be taken of the fact that, by the 2013 decision, the Governor of the Province of Styria assessed that same status as being 'good', since that decision was not adopted in accordance with the procedural requirements laid down in Articles 13 and 14 of that directive. Thus, it cannot be said, notwithstanding the lowering of the status of those waters caused by the latter decision, that that project will not lead to a deterioration of that status.

32 In those circumstances, the Commission considers that the 2007 decision authorising the contested project can be well founded in law only if the conditions required by Article 4(7) of Directive 2000/60 for authorising a derogation from the prohibition of deterioration are met. The Commission observes,

however, that the Republic of Austria has not duly examined whether that derogation may validly be relied on nor, in any event, provided a sufficient statement of reasons for having recourse to such a derogation.

33 The Commission states in that regard that the Republic of Austria ought to have taken account of the fact that the capacity of the hydropower plant referred to in the 2007 decision need only be 'negligible' in relation to the regional and national hydroelectricity production. Yet the Republic of Austria did not conduct any investigations into potential substitute sites or even consider other renewable energy sources, contrary to the requirements of Article 4(7) of Directive 2000/60. Consequently, the deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm that will be caused by the contested project cannot be justified on the basis of that provision.

34 The Republic of Austria considers that the present action is inadmissible on the grounds, firstly, that it is not sufficiently clear and precise, in particular in terms of the complaint alleging disregard of the obligations provided for in Article 4(3) TEU, read in conjunction with Article 288 TFEU and, secondly, the Commission is empowered only to verify that the national authorities have correctly implemented the procedural obligations provided for by Directive 2000/60; it cannot review the assessment by those authorities of the merits of a specific project nor the weighing-up of interests by those authorities on the basis of Article 4(7) of that directive.

35 In the alternative, in respect of the merits, the Republic of Austria acknowledges that, since 2007, it was not authorised to adopt general or specific measures which were liable seriously to compromise the attainment of the objectives prescribed by Directive 2000/60.

36 In the Republic of Austria's submission, however, the 2007 decision could validly authorise, without disregarding those objectives, a hydropower plant project possibly entailing deterioration of the status of the body of surface water, as the conditions laid down in Article 4(7) of that directive were met.

37 The Republic of Austria observes in that regard that the 2007 decision was adopted at the end of a procedure in which a collective position as to the presence of an overriding public interest linked to the contested project was analysed and assessed from a legal standpoint, taking specific account of the objectives of Directive 2000/60 and the effects of that project on specific regional and local factors. The Republic of Austria states in that regard that it took account of a study drawn up by the Institut für Elektrizitätswirtschaft und Energieinnovation (Institute for Electricity Management and Energy Innovation, Austria) of the Technische Universität Graz (Technical University of Graz, Austria) setting out the objectives and advantages of the project and its impact on the environment.

38 The Republic of Austria states that, contrary to the Commission's assertions, the competent authority did not base itself on the principle that the production of hydroelectricity always corresponds to an overriding public interest and is a general exception to the objectives of Directive 2000/60, but examined the actual regional significance and local impact of the construction of a hydropower plant project on the Schwarze Sulm.

39 Lastly, the Republic of Austria submits that, at the time of adoption of the 2007 decision, the Governor of the Province of Styria had an appropriate margin of discretion for the weighing-up of interests he conducted in accordance with the provisions of Directive 2000/60, since the authorisation of a hydropower plant project is a complex decision comprising prognostic factors.

Findings of the Court

Admissibility of the action

40 The Republic of Austria considers, in essence, that the present action is inadmissible on the grounds, firstly, that it is not sufficiently clear and precise within the meaning of Article 120(c) of the Rules of Procedure, in particular in terms of the complaint alleging disregard of the obligations provided for in Article 4(3) TEU, read in conjunction with Article 288 TFEU. Secondly, it considers that this action should be declared inadmissible in so far as the Commission is not empowered to review the competent national authorities' assessment of the merits of a specific project or the weighing-up of the interests present.

41 Both objections of inadmissibility must be rejected.

42 Regarding the first objection of inadmissibility, it is clear from the application that the Commission criticises the Republic of Austria for not having refrained, in the period between 22 December 2000, the date of entry into force of Directive 2000/60, and 22 December 2009, the date on which the time limit referred to in Article 13(6) of that directive for the publication of management plans expired, from taking measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by Article 4 of that directive. Thus, as observed by the Advocate General in point 30 of her Opinion, in paragraphs 25 and 26 of its application, the Commission refers expressly to the judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others* (C-43/10, EU:C:2012:560), concerning the River Acheloos, in which the Court held that, even before that provision was applicable, under Article 4(3) TEU, read in conjunction with Article 288 TFEU, the Member States were to refrain from seriously compromising the attainment of the objectives of that directive.

43 Regarding the second objection of inadmissibility, as pointed out by the Advocate General in point 32 of her Opinion, the question whether and to what extent the provisions of Directive 2000/60 allow the competent national authorities a margin of discretion in weighing up the interests present and whether the parameters of that discretion were exceeded relates not to the admissibility of the action but rather its merits.

44 The action is therefore admissible.

Substance

45 The Commission, in essence, criticises the Republic of Austria for having authorised the contested project by the 2007 decision whereas, according to that same decision, it will result in a deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm from 'high' to 'good', which is prohibited by Article 4(1) of Directive 2000/60 and is not covered by the derogation from the prohibition of deterioration provided for in Article 4(7)(c) thereof.

46 As a preliminary point and as observed in paragraph 18 of this judgment, it should be noted that the classification of the status of the waters of the Schwarze Sulm prior to the commencement of the contested project, as established by the 2007 decision, was revised by the 2013 decision. Thus, by the latter decision, the Governor of the Province of Styria had lowered that status from 'high' to 'good', with the result that the contested project would no longer cause a deterioration of the status from 'high' to 'good'.

47 It must be remembered, however, that the 2013 decision is not the subject matter of the present action. Although the Commission has argued that no account must be taken of that decision in the present case or of the resulting lowered status of the body of surface water of the Schwarze Sulm in

order to determine whether the contested project will cause a deterioration of that status, it has not challenged the assessment of the merits of that decision or included the 2013 decision in the forms of order sought in its application. Nor has the Republic of Austria relied on the 2013 decision before this Court to challenge the presence of such deterioration and thereby argue that, by the adoption of that decision before the expiry of the time limit laid down in the reasoned opinion, it put an end to the alleged infringement. It is thus not disputing the fact that, for the purposes of the present action, account must be taken of the status of the waters of the Schwarze Sulm as assessed by the 2007 decision, but submits that the contested project does not infringe Article 4 of Directive 2000/60, as the resulting deterioration of the status of the waters is justified under Article 4(7).

48 In those circumstances, for the purposes of the present action, account need only be taken of the classification of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm as established by the 2007 decision; the 2013 decision need not be taken into consideration.

49 In assessing the compatibility of the 2007 decision with the provisions of Directive 2000/60, it must be remembered that the obligations provided for in Article 4 thereof have been applicable per se only since 22 December 2009, when the time limit granted to the Member States under Article 13(6) thereof to publish river basin management plans expired (see, to that effect, judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraphs 51 to 56).

50 However, according to the Court's settled case-law, during the period prescribed for transposition of a directive, the Member States to which it is addressed must refrain from taking any measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by that directive. That obligation to refrain, which is binding on all national authorities, must be understood as referring to the adoption of any measure, general or specific, liable to produce such a compromising effect (judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraph 57 and the case-law cited).

51 Consequently, although the contested project did not, at the time the 2007 decision was adopted, come within the scope of Article 4 of Directive 2000/60, the Republic of Austria was nevertheless required, even before the expiry of the time limit granted under Article 13(6) of that directive to the Member States for the publication of river basin management plans, to refrain from taking measures liable seriously to compromise the attainment of the objective provided for by Article 4 (see, to that effect, judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraph 60).

52 Thus, for the purposes of ruling on the present action, it must be determined whether the contested project is liable to cause a deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm and, if so, whether that deterioration may come within the derogation from the prohibition of deterioration provided for in Article 4(7) of Directive 2000/60.

– The deterioration of the Schwarze Sulm

53 Recital 25 of Directive 2000/60 states that environmental objectives should be set to ensure that good status of surface water and groundwater is achieved throughout the European Union and that deterioration of the status of waters is prevented at EU level. It is also clear from the wording of Article 4(1)(a)(i) of that directive, which provides that 'Member States shall implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water', that the Member States are in fact required to adopt such measures. In that regard, authorisation for a specific project such as the one covered by the 2007 decision must be understood to be an implementation coming within the scope of that provision (see, to that effect, judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraphs 31, 32 and 35).

54 The Court has thus held that Article 4(1)(a) of Directive 2000/60 does not simply set out, in programmatic terms, mere management-planning objectives, but has binding effects, once the ecological status of the body of water concerned has been determined, at each stage of the procedure prescribed by that directive (judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 43).

55 In that regard, the derogation regime provided for in Article 4(7) of that directive constitutes a matter which confirms the interpretation that prevention of deterioration of the status of the bodies of water is binding in nature (see, to that effect, judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 44).

56 Moreover, it should be emphasised that the structure of the categories of derogation which are laid down in that provision permits the inference that Article 4 thereof does not contain solely basic obligations, but that it also concerns specific projects. The grounds for derogation apply in particular where failure to comply with the objectives of Article 4 follows new modifications to the physical properties of the body of surface water, resulting in adverse effects, or new sustainable human development activities. That may occur following new authorisations for projects. Indeed, it is impossible to consider a project and the implementation of management plans separately (see, to that effect, judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 47).

57 Consequently, these specific projects are subject to the obligation to prevent deterioration of the status of the bodies of water laid down in Article 4 of Directive 2000/60.

58 That status is determined on the basis of ecological quality ratios broken down, for each surface water category, into five classes by means of a limit value for the biological quality elements which shows the boundary between those different classes, namely 'high', 'good', 'moderate', 'poor' and 'bad' (judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 57).

59 The Court has held in that regard that there is 'deterioration of the status' of a body of surface water within the meaning of Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60 as soon as the status of at least one of the quality elements within the meaning of Annex V to the directive falls by one class, even if that fall does not result in a fall in classification of the body of surface water as a whole. However, if the quality element concerned within the meaning of that annex is already in the lowest class, any deterioration of that element constitutes a 'deterioration of the status' of a body of surface water (judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 69).

60 In the present case, it is apparent from the file submitted to the Court that the works necessary for the construction of the hydropower plant covered by the contested project will affect the course of the Schwarze Sulm over a stretch of 8 km. In order to determine the ecological status of that river for the purposes of Directive 2000/60, an expert report drawn up by the Institut für Bodenkultur Wien (Vienna Institute of Agronomy, Austria) in 2006 concluded that the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm was 'high' and that the project should be refused due to the deterioration of status it would cause. The classification of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm as 'high' was based on the final result of the planning over a given period which led to the drawing-up of the 2009 plan, as required by Article 13 of Directive 2000/60.

61 Moreover, in its reply to the first formal notice, the Republic of Austria did not dispute the fact that the implementation of the contested project would cause a deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm, although it did rely on the derogation from the prohibition of deterioration provided for in Article 4(7)(c) of Directive 2000/60, arguing that an overriding public interest required greater recourse to use of renewable energy sources such as hydroelectricity.

62 Lastly, as observed by the Republic of Austria in paragraph 20 of its statement in defence, at page 192 et seq. of the 2007 decision, the Governor of the Province of Styria himself recognised that the project would lead to 'at least partial fall of the surface water status', 'maintenance of a "high level" in the partial sector concerned OK 8026600', which was of public interest, and that '[in] the "upper" body of water OK 8026600, over a stretch of approximately 8 km, one of the statuses referred to in Paragraph 30a of the Water Law Act is concerned by a fall of one class, from "high" to "good"'.

63 In those circumstances, the contested project is liable to cause a deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm, as established by the 2007 decision.

– The derogation from the prohibition of deterioration provided for in Article 4(7) of Directive 2000/60

64 It must be remembered that unless a derogation is granted, any deterioration of the status of a body of surface water must be prevented. The obligation to prevent such deterioration thus remains binding at each stage of implementation of Directive 2000/60 and is applicable to every surface water body type and status for which a management plan has been adopted. The Member State concerned is consequently required to refuse authorisation for a project where it is such as to result in deterioration of the status of the body of water concerned or to jeopardise the attainment of good surface water status, unless the view is taken that the project is covered by a derogation under Article 4(7) of the directive (see, to that effect, judgment of 1 July 2015 in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 50).

65 Thus, the Court has held that, when a project is liable to have adverse effects on water of the kind stated in Article 4(7) of that directive, consent may be given to it, at the very least if the conditions set out in Article 4(7)(a) to (d) of that directive are satisfied (judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraphs 67 and 69).

66 In the present case, in order to determine whether the 2007 decision was adopted in compliance with the requirements of Article 4(7) of Directive 2000/60, it must be ascertained, first, whether all practicable steps were taken to mitigate the adverse impact of the contested project on the status of the body of water concerned; second, whether the reasons behind the project were specifically set out and explained; third, whether the project serves an overriding general interest and/or the benefits to the environment and society linked to the achievement of the objectives set out in Article 4(1) are outweighed by the benefits to human health, the maintenance of human safety or the sustainable development resulting from that project; and, fourth, whether the beneficial objectives pursued by that project cannot, for reasons of technical feasibility or disproportionate cost, be achieved by other means which are a significantly better environmental option (see, to that effect, judgment of 11 September 2012 in *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias and Others*, C-43/10, EU:C:2012:560, paragraph 67).

67 In arguing that the contested project complies with the requirements laid down in Article 4(7) of Directive 2000/60, the Republic of Austria submits that the objective of the construction of a hydropower plant on the Schwarze Sulm is the development of renewable energy. However, the Commission considers in essence that, in putting forward such an argument, the Republic of Austria merely states that the production of renewable energy is generally of overriding public interest, without specifying whether the contested project should come within the scope of the derogation from the prohibition of deterioration.

68 It should be noted at the outset that, contrary to the Commission's assertions, the second of the conditions referred to in paragraph 66 above is clearly satisfied in the present case, as the 2007 decision sets out in a detailed manner the reasons for the contested project, its impact on the environment and the alleged advantages of the project.

69 Next, it should be noted that the construction of a hydropower plant, such as the one envisaged through the contested project, may in fact be an overriding public interest.

70 In that regard, the Member States must be allowed a certain margin of discretion for determining whether a specific project is of such interest. Directive 2000/60, which was adopted on the basis of Article 175(1) EC (now Article 192(1) TFEU), establishes common principles and an overall framework for action in relation to water protection and coordinates, integrates and, in a longer perspective, develops the overall principles and the structures for protection and sustainable use of water in the European Union. Those principles and that framework are to be developed subsequently by the Member States by means of the adoption of individual measures. Thus, the directive does not seek to achieve complete harmonisation of the rules of the Member States concerning water (judgments of 30 November 2006 in *Commission* v *Luxembourg*, C-32/05, EU:C:2006:749, paragraph 41; 11 September 2014 *Commission* v *Germany*, C-525/12, EU:C:2014:2202, paragraph 50; and of 1 July 2015 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 34).

71 As part of that margin of discretion, the Republic of Austria was entitled to consider that the contested project, the aim of which is to promote the production of renewable energy through hydroelectricity, is an overriding public interest.

72 Article 194 TFEU provides in paragraph 1, that, in the context of the establishment and functioning of the internal market and with regard for the need to preserve and improve the environment, European Union policy on energy is to aim, in a spirit of solidarity between Member States, to ensure the functioning of the energy market, ensure security of energy supply in the European Union, promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy and promote the interconnection of energy networks (judgment of 6 September 2012 in *Parliament* v *Council*, C-490/10, EU:C:2012:525, paragraph 65).

73 Moreover, the promotion of renewable energy sources, which is a high priority for the European Union, is justified in particular because the exploitation of those energy sources contributes to environmental protection and sustainable development, and can also contribute to security and diversification of energy supply and make it possible to meet more quickly the targets of the Kyoto Protocol, annexed to the United Nations Framework Convention on Climate Change (judgment of 26 September 2013 in *IBV & Cie*, C-195/12, EU:C:2013:598, paragraph 56).

74 Lastly, it should be noted that, in the present case, the national authorities weighed up the expected benefits of the contested project with the resulting deterioration of the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm. On the basis of that weighing-up, they were entitled to find that the project would give rise to benefits for sustainable development, that all practicable steps had been taken to mitigate the adverse impact of the contested project on the status of that body of surface water and that the objectives pursued by the project could not, for reasons of technical feasibility or disproportionate cost, be achieved by other means which would have been a significantly better environmental option.

75 In that regard, as stated in paragraph 37 of this judgment, it is apparent from the file submitted to the Court that, in adopting the 2007 decision, the Governor of the Province of Styria based himself in particular on a study drawn up by the Institute for Electricity Management and Energy Innovation provided to him by the applicants for authorisation for the construction of the hydropower plant.

76 It is true that the authors of that study did point out that it was for the competent authority to weigh up the interests at issue, in particular between the expected benefits of the contested project and its impact on the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm.

77 However, after observing that that study 'established in a comprehensible and convincing manner that hydroelectricity in general and [the contested project] in particular [was] an overriding public interest and [was] of major importance for the region's sustainable development', the Governor of the Province of Styria himself stated that the authors of that study 'set out in detail the positive energy result of the project given the high water fall over a relatively short distance, as well as the economic aspects of the project for the local economy', 'that the project's positive contribution towards the reduction in global warming through the substitution for the production of fossil fuel, CO_2-emitting sources of electricity [was] also presented in a convincing manner', and that the 'report also highlight[ed] that the useful objectives [of the contested project] [could] not be achieved by other means being a significantly better environmental option'. It is also apparent from the file submitted to the Court that practical measures were planned to mitigate the contested project's negative impact on the status of the body of water concerned, in particular to limit the contested project's hampering of fish migration patterns through the establishment of assistance measures for those migration patterns.

78 Thus, the 2007 decision concluded, in the light of that report:

'The regional and transregional advantages of [the contested project] for the environment, climate and the economy, which were highlighted convincingly in a report, run counter to the negative impact of the contested project (which is rather minor compared to other possible negative effects) on the statuses referred to in Paragraph 30a of the [WRG]. Given that, by [that] project, a non-polluting form of energy may be made available in large quantities, the decision-making authority must view an important public interest on that measure in terms of sustainable energy development.

After weighing up the present circumstances of the case on which a decision must be taken, the authority concludes that the public interest in having the construction of the hydropower plant "Schwarze Sulm" are clearly higher than the established harm to environmental objectives listed in Paragraph 30 et seq. and Paragraph 104 and 104a of the [WRG].'

79 Subsequently, the 2009 plan, in accordance with Article 4(7)(b) of Directive 2000/60, incorporated an analysis of the expected benefits of the contested project, namely production of hydroelectricity representing 2/1 000 of regional production and 0.4/1 000 of national production.

80 Thus, contrary to the Commission's assertions, the Governor of the Province of Styria did analyse the contested project as a whole, including its direct and indirect impact on the objectives of Directive 2000/60, and weighed up the advantages of the project with its negative impact on the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm. In particular, in that analysis, he took account of the fact that the Schwarze Sulm showed very high ecological quality, but found that, given the various expected advantages of the project, the appurtenant public interests clearly outweighed the negative impact on the objective of non-deterioration pursued by Directive 2000/60. Thus, contrary to the Commission's assertion, he did not merely refer in the abstract to the overriding public interest in the production of renewable energy, but rather based himself on a detailed and specific scientific analysis of the contested project, before going on to conclude that the conditions for a derogation from the prohibition of deterioration were met.

81 It follows from the foregoing that the Governor of the Province of Styria, who reached a decision on the basis of a study from the Institute which was such as to provide him with relevant information on the impact of the contested project, did take account of all of the conditions laid down in Article 4(7) of Directive 2000/60 and could rightly consider them to be met.

82 In disputing the merits of the assessment conducted by the Governor of the Province of Styria, the Commission argues in particular that hydroelectricity is only one source of renewable energy among others and that the energy produced by the hydropower plant envisaged in the contested project will have only a minor impact on the regional and national energy supply. However, as the Commission has not put forward any specific complaints showing, for example, how the study referred to in paragraph 75 above, the conclusions of which were incorporated into the 2007 decision, is incomplete or incorrect due to inadequate analysis of the ecological impact of the project on the status of the body of surface water of the Schwarze Sulm, or due to a reliability issue vitiating the hydroelectricity production forecasts, or even comparative factors permitting a classification of the forecasted electricity production as low in comparison to the scale of the project, the conclusion must be that the Commission has failed to establish the infringement as alleged.

83 It follows from all the foregoing that the Commission's action must be dismissed as unfounded.

Costs

84 Under Article 138(1) of the Rules of Procedure of the Court, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since the Commission has been unsuccessful, it must be ordered to pay all the costs, in accordance with the forms of order sought by the Republic of Austria.

On those grounds, the Court (First Chamber) hereby:

1. Dismisses the action;

2. Orders the European Commission to pay the costs.

[Signatures]

JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber)

28 May 2020 (*)

(Reference for a preliminary ruling – Environment – Aarhus Convention – Directive 2011/92/EU – Assessment of the effects of certain projects on the environment – Public participation in the decision-making process – Irregularities vitiating the procedure for approval of a project – Access to justice – Limitations laid down by national law – Directive 2000/60/EC – EU action in the field of water policy – Deterioration of a body of groundwater – Arrangements for assessment – Right of individuals to take measures in order to prevent pollution – Standing to bring proceedings before the national courts)

In Case C-535/18,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court, Germany), made by decision of 25 April 2018, received at the Court on 16 August 2018, in the proceedings

IL,

JK,

KJ,

LI,

NG,

MH,

OF,

PE,

RC and SB, as heirs of QD,

TA,

UZ,

VY,

WX

v

Land Nordrhein-Westfalen,

THE COURT (First Chamber),

composed of J.-C. Bonichot (Rapporteur), President of the Chamber, R. Silva de Lapuerta, Vice-President of the Court, M. Safjan, L. Bay Larsen and C. Toader, Judges,

Advocate General: G. Hogan,

Registrar: M. Krausenböck, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 19 September 2019,

after considering the observations submitted on behalf of:

– IL, JK, KJ, LI, NG, MH, OF, PE, RC and SB, TA, UZ, VY and WX, by R. Nebelsieck, J. Mittelstein and K. Fock, Rechtsanwälte,

– the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,

– the European Commission, by E. Manhaeve and M. Noll-Ehlers, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 12 November 2019,

gives the following

Judgment

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 6 and Article 11(1)(b) of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ 2012 L 26, p. 1) and of Article 4(1)(a)(i) to (iii) and 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (OJ 2000 L 327, p. 1).

2 The request has been made in the course of proceedings between various individuals and Land Nordrhein-Westfalen (*Land* of North Rhine-Westphalia, Germany) relating to a decision by the authorities of the Bezirksregierung Detmold (District Government of Detmold, Germany) of 27 September 2016 approving the plan for the construction of an approximately 3.7 km-long section of motorway.

Legal framework

International law

3 The Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, signed at Aarhus on 25 June 1998 and approved on behalf of the European Community by Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 (OJ 2005 L 124, p. 1; 'the Aarhus Convention'), provides in Article 9(3):

'… each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment.'

EU law

Directive 2011/92

4 Recitals 7 and 19 to 21 of Directive 2011/92 are worded as follows:

'(7) Development consent for public and private projects which are likely to have significant effects on the environment should be granted only after an assessment of the likely significant environmental effects of those projects has been carried out. That assessment should be conducted on the basis of the appropriate information supplied by the developer, which may be supplemented by the authorities and by the public likely to be concerned by the project in question.

…

(19) Among the objectives of the Aarhus Convention is the desire to guarantee rights of public participation in decision-making in environmental matters in order to contribute to the protection of the right to live in an environment which is adequate for personal health and well-being.

(20) Article 6 of the Aarhus Convention provides for public participation in decisions on the specific activities listed in Annex I thereto and on activities not so listed which may have a significant effect on the environment.

(21) Article 9(2) and (4) of the Aarhus Convention provides for access to judicial or other procedures for challenging the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions subject to the public participation provisions of Article 6 of that Convention.'

5 Article 1(1) and (2) of that directive provides as follows:

'1. This Directive shall apply to the assessment of the environmental effects of those public and private projects which are likely to have significant effects on the environment.

2. For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

(a) "project" means:

– the execution of construction works or of other installations or schemes,

– other interventions in the natural surroundings and landscape including those involving the extraction of mineral resources;

(b) "developer" means the applicant for authorisation for a private project or the public authority which initiates a project;

(c) "development consent" means the decision of the competent authority or authorities which entitles the developer to proceed with the project;

(d) "public" means one or more natural or legal persons and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organisations or groups;

(e) "public concerned" means the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making procedures referred to in Article 2(2). For the purposes of this definition, non-governmental organisations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest;

(f) "competent authority or authorities" means that authority or those authorities which the Member States designate as responsible for performing the duties arising from this Directive.'

6 Article 3 of that directive provides:

'The environmental impact assessment shall identify, describe and assess in an appropriate manner, in the light of each individual case and in accordance with Articles 4 to 12, the direct and indirect effects of a project on the following factors:

(a) human beings, fauna and flora;

(b) soil, water, air, climate and the landscape;

(c) material assets and the cultural heritage;

(d) the interaction between the factors referred to in points (a), (b) and (c).'

7 Article 5 of Directive 2011/92 provides:

216

‘1. In the case of projects which, pursuant to Article 4, are to be made subject to an environmental impact assessment in accordance with this Article and Articles 6 to 10, Member States shall adopt the necessary measures to ensure that the developer supplies in an appropriate form the information specified in Annex IV inasmuch as:

(a) the Member States consider that the information is relevant to a given stage of the consent procedure and to the specific characteristics of a particular project or type of project and of the environmental features likely to be affected;

(b) the Member States consider that a developer may reasonably be required to compile this information having regard, inter alia, to current knowledge and methods of assessment.

2. Member States shall take the necessary measures to ensure that, if the developer so requests before submitting an application for development consent, the competent authority shall give an opinion on the information to be supplied by the developer in accordance with paragraph 1. The competent authority shall consult the developer and authorities referred to in Article 6(1) before it gives its opinion. The fact that the authority has given an opinion under this paragraph shall not preclude it from subsequently requiring the developer to submit further information.

Member States may require the competent authorities to give such an opinion, irrespective of whether the developer so requests.

3. The information to be provided by the developer in accordance with paragraph 1 shall include at least:

(a) a description of the project comprising information on the site, design and size of the project;

(b) a description of the measures envisaged in order to avoid, reduce and, if possible, remedy significant adverse effects;

(c) the data required to identify and assess the main effects which the project is likely to have on the environment;

(d) an outline of the main alternatives studied by the developer and an indication of the main reasons for his choice, taking into account the environmental effects;

(e) a non-technical summary of the information referred to in points (a) to (d).

4. Member States shall, if necessary, ensure that any authorities holding relevant information, with particular reference to Article 3, make this information available to the developer.’

8 Article 6 of Directive 2011/92 is worded as follows:

‘…

2. The public shall be informed, whether by public notices or by other appropriate means such as electronic media where available, of the following matters early in the environmental decision-making procedures referred to in Article 2(2) and, at the latest, as soon as information can reasonably be provided:

(a) the request for development consent;

(b) the fact that the project is subject to an environmental impact assessment procedure and, where relevant, the fact that Article 7 applies;

(c) details of the competent authorities responsible for taking the decision, those from which relevant information can be obtained, those to which comments or questions can be submitted, and details of the time schedule for transmitting comments or questions;

(d) the nature of possible decisions or, where there is one, the draft decision;

(e) an indication of the availability of the information gathered pursuant to Article 5;

(f) an indication of the times and places at which, and the means by which, the relevant information will be made available;

(g) details of the arrangements for public participation made pursuant to paragraph 5 of this Article.

3. Member States shall ensure that, within reasonable time-frames, the following is made available to the public concerned:

(a) any information gathered pursuant to Article 5;

(b) in accordance with national legislation, the main reports and advice issued to the competent authority or authorities at the time when the public concerned is informed in accordance with paragraph 2 of this Article;

(c) in accordance with the provisions of Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information [and repealing Council Directive 90/313/EEC (OJ 2003 L 41, p. 26)], information other than that referred to in paragraph 2 of this Article which is relevant for the decision in accordance with Article 8 of this Directive and which only becomes available after the time the public concerned was informed in accordance with paragraph 2 of this Article.

4. The public concerned shall be given early and effective opportunities to participate in the environmental decision-making procedures referred to in Article 2(2) and shall, for that purpose, be entitled to express comments and opinions when all options are open to the competent authority or authorities before the decision on the request for development consent is taken.

5. The detailed arrangements for informing the public (for example by bill posting within a certain radius or publication in local newspapers) and for consulting the public concerned (for example by written submissions or by way of a public inquiry) shall be determined by the Member States.

6. Reasonable time-frames for the different phases shall be provided, allowing sufficient time for informing the public and for the public concerned to prepare and participate effectively in environmental decision-making subject to the provisions of this Article.'

9 Article 11(1) to (3) of that directive provides:

'1. Member States shall ensure that, in accordance with the relevant national legal system, members of the public concerned:

(a) having a sufficient interest, or alternatively;

(b) maintaining the impairment of a right, where administrative procedural law of a Member State requires this as a precondition;

have access to a review procedure before a court of law or another independent and impartial body established by law to challenge the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions subject to the public participation provisions of this Directive.

2. Member States shall determine at what stage the decisions, acts or omissions may be challenged.

3. What constitutes a sufficient interest and impairment of a right shall be determined by the Member States, consistently with the objective of giving the public concerned wide access to justice. To that end, the interest of any non-governmental organisation meeting the requirements referred to in Article 1(2) shall be deemed sufficient for the purpose of point (a) of paragraph 1 of this Article. Such organisations shall also be deemed to have rights capable of being impaired for the purpose of point (b) of paragraph 1 of this Article.'

10 Annex IV to that directive, entitled ‘Information referred to in Article 5(1)’, provides, in paragraph 4, for:

‘A description of the likely significant effects of the proposed project on the environment resulting from:

(a) the existence of the project;

(b) the use of natural resources;

(c) the emission of pollutants, the creation of nuisances and the elimination of waste.’

11 A footnote to that paragraph 4 states that ‘this description should cover the direct effects and any indirect, secondary, cumulative, short, medium and long-term, permanent and temporary, positive and negative effects of the project’.

Directive 2006/118/EC

12 Article 3(1) of Directive 2006/118/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the protection of groundwater against pollution and deterioration (OJ 2006 L 372, p. 19), provides:

‘For the purposes of the assessment of the chemical status of a body or a group of bodies of groundwater pursuant to Section 2.3 of Annex V to Directive [2000/60], Member States shall use the following criteria:

(a) groundwater quality standards as referred to in Annex I;

(b) threshold values to be established by Member States in accordance with the procedure set out in Part A of Annex II for the pollutants, groups of pollutants and indicators of pollution which, within the territory of a Member State, have been identified as contributing to the characterisation of bodies or groups of bodies of groundwater as being at risk, taking into account at least the list contained in Part B of Annex II.

The threshold values applicable to good chemical status shall be based on the protection of the body of groundwater in accordance with Part A, points 1, 2 and 3, of Annex II, having particular regard to its impact on, and interrelationship with, associated surface waters and directly dependent terrestrial ecosystems and wetlands and shall *inter alia* take into account human toxicology and ecotoxicology knowledge.’

13 Article 4 of that directive provides:

‘1. Member States shall use the procedure described in paragraph 2 to assess the chemical status of a body of groundwater. Where appropriate, Member States may group bodies of groundwater in accordance with Annex V to Directive [2000/60] when carrying out this procedure.

2. A body or a group of bodies of groundwater shall be considered to be of good chemical status when:

(a) the relevant monitoring demonstrates that the conditions set out in Table 2.3.2 of Annex V to Directive [2000/60] are being met; or

(b) the values for the groundwater quality standards listed in Annex I and the relevant threshold values established in accordance with Article 3 and Annex II are not exceeded at any monitoring point in that body or group of bodies of groundwater; or

(c) the value for a groundwater quality standard or threshold value is exceeded at one or more monitoring points but an appropriate investigation in accordance with Annex III confirms that:

(i) on the basis of the assessment referred to in paragraph 3 of Annex III, the concentrations of pollutants exceeding the groundwater quality standards or threshold values are not considered to present a significant environmental risk, taking into account, where appropriate, the extent of the body of groundwater which is affected;

(ii) the other conditions for good groundwater chemical status set out in Table 2.3.2 in Annex V to Directive [2000/60] are being met, in accordance with paragraph 4 of Annex III to this Directive;

(iii) for bodies of groundwater identified in accordance with Article 7(1) of Directive [2000/60], the requirements of Article 7(3) of that Directive are being met, in accordance with paragraph 4 of Annex III to this Directive;

(iv) the ability of the body of groundwater or of any of the bodies in the group of bodies of groundwater to support human uses has not been significantly impaired by pollution.

3. Choice of the groundwater monitoring sites has to satisfy the requirements of Section 2.4 of Annex V to Directive [2000/60] on being designed so as to provide a coherent and comprehensive overview of groundwater chemical status and to provide representative monitoring data.

4. Member States shall publish a summary of the assessment of groundwater chemical status in the river basin management plans in accordance with Article 13 of Directive [2000/60].

This summary, established at the level of the river basin district or the part of the international river basin district falling within the territory of a Member State, shall also include an explanation as to the manner in which exceedances of groundwater quality standards or threshold values at individual monitoring points have been taken into account in the final assessment.

5. If a body of groundwater is classified as being of good chemical status in accordance with paragraph 2(c), Member States, in accordance with Article 11 of Directive [2000/60], shall take such measures as may be necessary to protect aquatic ecosystems, terrestrial ecosystems and human uses of groundwater dependent on the part of the body of groundwater represented by the monitoring point or points at which the value for a groundwater quality standard or the threshold value has been exceeded.'

Directive 2000/60

14 Recitals 23 to 26 and 37 of Directive 2000/60 are worded as follows:

'(23) Common principles are needed in order to coordinate Member States' efforts to improve the protection of Community waters in terms of quantity and quality, to promote sustainable water use, …, to protect aquatic ecosystems, and terrestrial ecosystems and wetlands directly depending on them, and to safeguard and develop the potential uses of Community waters.

(24) Good water quality will contribute to securing the drinking water supply for the population.

(25) Common definitions of the status of water in terms of quality and, where relevant for the purpose of the environmental protection, quantity should be established. Environmental objectives should be set to ensure that good status of surface water and groundwater is achieved throughout the Community and that deterioration of the status of waters is prevented at Community level.

(26) Member States should aim to achieve the objective of at least good water status by defining and implementing the necessary measures within integrated programmes of measures, taking into account existing Community requirements. Where good water status already exists, it should be maintained. For groundwater, in addition to the requirements of good status, any significant and sustained upward trend in the concentration of any pollutant should be identified and reversed.

…

(37) Member States should identify waters used for the abstraction of drinking water and ensure compliance with Council Directive 80/778/EEC of 15 July 1980 relating to the quality of water intended for human consumption [(OJ 1980 L 229, p. 11)].'

15 Article 1 of Directive 2000/60 defines its purpose as follows:

'The purpose of this Directive is to establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater which:

(a) prevents further deterioration and protects and enhances the status of aquatic ecosystems and, with regard to their water needs, terrestrial ecosystems and wetlands directly depending on the aquatic ecosystems;

(b) promotes sustainable water use based on a long-term protection of available water resources;

…

(d) ensures the progressive reduction of pollution of groundwater and prevents its further pollution, and

…

and thereby contributes to:

– the provision of the sufficient supply of good quality surface water and groundwater as needed for sustainable, balanced and equitable water use,

– a significant reduction in pollution of groundwater,

– …'

16 Article 2 of that directive contains the following definitions in paragraphs 2, 12, 19, 20, 25, 28, 31 and 33:

'2. "Groundwater" means all water which is below the surface of the ground in the saturation zone and in direct contact with the ground or subsoil.

…

12. "Body of groundwater" means a distinct volume of groundwater within an aquifer or aquifers.

…

19. "Groundwater status" is the general expression of the status of a body of groundwater, determined by the poorer of its quantitative status and its chemical status.

20. "Good groundwater status" means the status achieved by a groundwater body when both its quantitative status and its chemical status are at least "good".

…

25. "Good groundwater chemical status" is the chemical status of a body of groundwater which meets all the conditions set out in table 2.3.2 of Annex V.

…

28. "Good quantitative status" is the status defined in table 2.1.2 of Annex V.

…

31. “Pollutant” means any substance liable to cause pollution, in particular those listed in Annex VIII.

…

33. “Pollution” means the direct or indirect introduction, as a result of human activity, of substances or heat into the air, water or land which may be harmful to human health or the quality of aquatic ecosystems or terrestrial ecosystems directly depending on aquatic ecosystems, which result in damage to material property, or which impair or interfere with amenities and other legitimate uses of the environment.’

17 Article 4(1)(a) and (b) of Directive 2000/60 is worded as follows:

‘1. In making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans:

(a) for surface waters

(i) Member States shall implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8;

(ii) Member States shall protect, enhance and restore all bodies of surface water, subject to the application of subparagraph (iii) for artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good surface water status at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;

(iii) Member States shall protect and enhance all artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good ecological potential and good surface water chemical status at the latest 15 years from the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;

(iv) Member States shall implement the necessary measures in accordance with Article 16(1) and (8), with the aim of progressively reducing pollution from priority substances and ceasing or phasing out emissions, discharges and losses of priority hazardous substances

without prejudice to the relevant international agreements referred to in Article 1 for the parties concerned;

(b) for groundwater

(i) Member States shall implement the measures necessary to prevent or limit the input of pollutants into groundwater and to prevent the deterioration of the status of all bodies of groundwater, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8 of this Article and subject to the application of Article 11(3)(j);

(ii) Member States shall protect, enhance and restore all bodies of groundwater, ensure a balance between abstraction and recharge of groundwater, with the aim of achieving good groundwater status at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8 of this Article and subject to the application of Article 11(3)(j);

(iii) Member States shall implement the measures necessary to reverse any significant and sustained upward trend in the concentration of any pollutant resulting from the impact of human activity in order progressively to reduce pollution of groundwater.

Measures to achieve trend reversal shall be implemented in accordance with paragraphs 2, 4 and 5 of Article 17, taking into account the applicable standards set out in relevant Community legislation, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8'.

18 Article 4(4)(c) of Directive 2000/60 provides:

'4. The deadlines established under paragraph 1 may be extended for the purposes of phased achievement of the objectives for bodies of water, provided that no further deterioration occurs in the status of the affected body of water when all of the following conditions are met:

…

(c) Extensions shall be limited to a maximum of two further updates of the river basin management plan except in cases where the natural conditions are such that the objectives cannot be achieved within this period.'

19 Article 4(7)(a) to (d) of that directive is worded as follows:

'7. Member States will not be in breach of this Directive when:

– failure to achieve good groundwater status, good ecological status or, where relevant, good ecological potential or to prevent deterioration in the status of a body of surface water or groundwater is the result of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, or

– failure to prevent deterioration from high status to good status of a body of surface water is the result of new sustainable human development activities

and all the following conditions are met:

(a) all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water;

(b) the reasons for those modifications or alterations are specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 and the objectives are reviewed every six years;

(c) the reasons for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development, and

(d) the beneficial objectives served by those modifications or alterations of the water body cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate cost be achieved by other means which are a significantly better environmental option.'

20 Article 13(7) of that directive provides:

'River basin management plans shall be reviewed and updated at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive and every six years thereafter.'

21 Paragraphs 1 and 2 of Article 17 of Directive 2000/60, entitled 'Strategies to prevent and control pollution of groundwater', provide:

'1. The European Parliament and the Council [of the European Union] shall adopt specific measures to prevent and control groundwater pollution. Such measures shall be aimed at achieving the objective

of good groundwater chemical status in accordance with Article 4(1)(b) and shall be adopted, acting on the proposal presented within two years after the entry into force of this Directive, by the [European] Commission in accordance with the procedures laid down in the Treaty.

2. In proposing measures the Commission shall have regard to the analysis carried out according to Article 5 and Annex II. Such measures shall be proposed earlier if data are available and shall include:

(a) criteria for assessing good groundwater chemical status, in accordance with Annex II.2.2 and Annex V 2.3.2 and 2.4.5;

…’

22 Point 2.3 of Annex V to Directive 2000/60 concerns the assessment of groundwater chemical status. Point 2.3.1 of that annex mentions ‘conductivity’ and ‘concentrations of pollutants’ as the ‘parameters for the determination of groundwater chemical status’.

23 Point 2.3.2 of Annex V to that directive defines ‘good groundwater chemical status’ as follows:

‘Definition of good groundwater chemical status

Elements	Good status
General	The chemical composition of the groundwater body is such that the concentrations of pollutants: — as specified below, do not exhibit the effects of saline or other intrusions — do not exceed the quality standards applicable under other relevant Community legislation in accordance with Article 17 — are not such as would result in failure to achieve the environmental objectives specified under Article 4 for associated surface waters nor any significant diminution of the ecological or chemical quality of such bodies nor in any significant damage to terrestrial ecosystems which depend directly on the groundwater body
…	…’

24 Point 2.4 of Annex V to that directive concerns the monitoring of groundwater chemical status and provides, inter alia, in point 2.4.1, that ‘the monitoring network shall be designed so as to provide a coherent and comprehensive overview of groundwater chemical status within each river basin and to detect the presence of long-term anthropogenically induced upward trends in pollutants’.

25 Point 2.4.5 of Annex V to that directive concerns the interpretation and presentation of groundwater chemical status. It is worded as follows:

‘In assessing status, the results of individual monitoring points within a groundwater body shall be aggregated for the body as a whole. Without prejudice to the Directives concerned, for good status to be achieved for a groundwater body, for those chemical parameters for which environmental quality standards have been set in Community legislation:

– the mean value of the results of monitoring at each point in the groundwater body or group of bodies shall be calculated, and

– in accordance with Article 17 these mean values shall be used to demonstrate compliance with good groundwater chemical status.

Subject to point 2.5, Member States shall provide a map of groundwater chemical status, colour-coded as indicated below:

Good: green

Poor: red

…

These maps shall be included in the river basin management plan.’

German law

26 Paragraph 46 of the Verwaltungsverfahrensgesetz (Law on administrative procedure) of 23 January 2003 (BGBl. 2003 I, p. 102), which concerns the effects of procedural and formal defects, provides:

‘An application for the annulment of an administrative act which is not invalid under Paragraph 44 cannot be made solely on the ground that it was adopted in infringement of provisions governing procedure, form or territorial competence, where it is clear that that infringement has not affected the substance of the decision.’

27 Paragraph 4 of the Umweltrechtsbehelfsgesetz (Law on environmental appeals) of 7 December 2006 (BGBl. 2006 I, p. 2816), in the version published on 23 August 2017 (BGBl. 2017 I, p. 3290), is worded as follows:

‘(1) The annulment of a decision approving a project referred to in points 1 to 2b of the first sentence of Paragraph 1(1) may be requested where:

1.

(a) an environmental assessment as required by the provisions of the Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung [(Law on environmental impact assessments) of 24 February 2010 (BGBl. 2010 I, p. 94)], … or

(b) a case-by-case preliminary evaluation of the need to carry out an environmental assessment, as required by the provisions of the Law on environmental impact assessments

…

has neither been carried out at the time when it was due nor thereafter,

2. a required public participation within the meaning of Paragraph 18 of the Law on environmental impact assessments or within the meaning of Paragraph 10 of the Bundes-Immissionsschutzgesetz [(Federal Law on protection from emissions)] has neither been carried at the time it was due nor thereafter, or

3. another procedural defect has occurred that

(a) has not been remedied;

(b) is comparable in nature and gravity to the cases referred to in points 1 and 2; and

(c) has deprived the public concerned of the opportunity, as provided by law, to participate in the decision-making process; such participation in the decision-making process shall include access to documents, which must be displayed for consultation by the public.

…

(1a) Paragraph 46 of the Law on administrative procedure … shall apply to procedural errors not covered by subparagraph (1) above. If the court cannot establish whether a procedural error as per the first sentence has influenced the decision on the matter, it shall be presumed that this was the case.

…

(3) Subparagraphs (1) to (2) shall be applicable to actions seeking legal remedies brought by

1. persons within the meaning of point 1 of Paragraph 61 of the Verwaltungsgerichtsordnung [(Administrative Court Rules) of 21 January 1960 (BGBl. 1960 I, p. 17)] and associations within the meaning of point 2 of Paragraph 61 of those rules, and

2. associations which meet the requirements of Paragraph 3(1) or Paragraph 2(2).

Point 3 of the first sentence of the first subparagraph shall apply to actions seeking legal remedies filed by persons and associations under point 1 of the first sentence, subject to the condition that the annulment of a decision may be requested only if the procedural error has deprived the party concerned of the opportunity to participate in the decision-making process as provided for by law.

…’

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

28 By decision of 27 September 2016 (‘the contested decision’), the district of Detmold (‘the authorising authority’) approved, at the request of the road-building agency for the *Land* of North Rhine-Westphalia, the plan for the construction of the section of the A 33 motorway/federal road B 61 comprising three to four lanes over a distance of approximately 3.7 kilometres.

29 That decision authorised the developer to discharge rainwater running off the road surfaces into three bodies of surface water or into the groundwater. In that regard, the decision contained a number of provisions in annexes intended to ensure that waters are protected, in respect of both the discharge of rainwater into surface waters and its infiltration into the groundwater.

30 The documents relating to the project at issue were made available to the public from 30 August to 29 September 2010. While the documents relating to traffic, species protection and wildlife were mentioned on the notice for that public display, this was not the case in respect of the documents relating to noise protection and water drainage, which gave rise to a number of objections from the public.

31 Taking the consultation procedure into account, the developer made various amendments to the plan, in particular with regard to rainwater drainage. In addition, it created a ‘cover page’ listing the documents made available to the public. Further objections were raised by the public during the further consultation which was organised from 19 May to 18 June 2014.

32 Following the approval of the project at issue, the claimants in the main proceedings, who are subject to expropriation or have a domestic well within the area covered by the project for their private water supply, have brought an action before the referring court, the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court, Germany), against the contested decision. In that context, that court is required to carry out a full examination of the lawfulness of that decision.

33 In that regard, the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court) notes that, before the construction plan was approved, the bodies of water were not subject to any documented monitoring relating to the protection of the bodies of water concerned.

34 It is true that the authorising authority stated that, during the consent procedure, the bodies of water concerned had been monitored. However, it was not until the judicial proceedings were underway that that authority provided a technical study on water drainage, totalling 48 pages, describing the bodies of water concerned and the impacts of the project at issue on their qualitative elements (‘the technical study on water drainage’). For that reason, the referring court takes the view that the public was not sufficiently informed of the environmental effects of the project at issue during the course of the consent procedure, which, therefore, is vitiated by a procedural defect.

35 In the present case, however, according to the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court), that procedural defect is not such as to lead to annulment of the contested decision since it had no effect on the meaning of that decision. In those circumstances, under the applicable German law, a procedural defect of that kind cannot be invoked by an individual claimant and may result in the annulment of the decision granting authorisation for the plan only if that claimant has actually been deprived of the opportunity to participate in the decision-making process.

36 Next, the referring court expresses uncertainty as to whether it is precluded that the monitoring relating to the prohibition of deterioration of the bodies of water concerned by a project may take place only after the approval decision has been adopted. It considers that Directive 2000/60 could require such monitoring to be carried out before that point as part of a transparent administrative procedure. This would mean that it is not for the courts, in judicial proceedings, but rather for the competent administrative authorities to take the necessary steps and to prepare the requisite documentation.

37 If that interpretation of Directive 2000/60 were to be accepted, the referring court considers that it must decide whether, in the case in the main proceedings, the administrative procedure should be reopened in order for a fresh public consultation to be carried out.

38 In that context, it would be necessary to answer the question whether the documents made available to the public under Article 6 of Directive 2011/92 must systematically include a report on compliance with the legislation on water quality. The Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court) takes the view that, in the case where a developer carries out a check of the conditions laid down in Directive 2000/60, the report that it submits to the authorising authority should be regarded as one of the ‘main reports’ within the meaning of Article 6(3)(b) of Directive 2011/92 and should, therefore, be accessible during the public consultation phase.

39 However, according to the case-law of the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court), further public participation is not always necessary. In the present case, the technical study on water drainage was not drafted until after the delivery of the judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433), and, therefore, after the public consultation phase. In that very specific situation, fresh public participation may be dispensed with ina smuch as the various documents that were accessible to the public before the project was approved satisfy two conditions. First, those documents must, in essence, contain the same information as a report that, in the light of the criteria laid down in Directive 2000/60, examines the effects of the project on the water. Secondly, the available documents and that report must arrive at the same conclusions.

40 Furthermore, the referring court takes the view that the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water relates to both surface water and groundwater and that considerations resulting from the judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433), in respect of surface water can be broadly transposed to groundwater. However, in order to determine whether or not there is a deterioration of the chemical status of a body of groundwater, Directive 2000/60 distinguishes only between ‘good status’ and ‘poor status’. Furthermore, in accordance with point 2.4.5 of Annex V to that directive, a deterioration found locally may be taken into account only if it affects the body of water concerned as a whole.

41 Having regard to the judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433), the referring court is of the opinion that a deterioration of the chemical

status of a body of groundwater occurs in two situations: first, where at least one of the quality elements referred to in Annex V to Directive 2000/60 fails to meet one of the applicable parameters because of the project and, secondly, where the concentration of pollutants already exceeding a limit value in force increases further.

42 With regard to the limit values in force, the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court) takes the view that reference should be had to Directive 2006/118, but that, in the present case, no deterioration of bodies of groundwater could be found.

43 Finally, the referring court considers that the obligations to prevent the deterioration and to enhance the status of bodies of water, referred to in Article 4(1) of Directive 2000/60, do not mean that all members of the public concerned by a project and who allege that their rights have been infringed are entitled to challenge a decision which fails to meet those obligations. Under the applicable German law, an action brought by an individual applicant is admissible only if that applicant invokes the infringement of provisions intended at least in part to protect his or her own rights.

44 Both the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water and the obligation to enhance those bodies of water must be complied with by the public authorities. However, those obligations do not, in German law, confer any subjective right on individuals who may be concerned by the impact that a project may have on the water. Those obligations establish water-management objectives and serve exclusively the public interest.

45 In that regard, it follows from the judgments of 15 October 2015, *Commission* v *Germany* (C-137/14, EU:C:2015:683), of 8 November 2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK* (C-243/15, EU:C:2016:838), and of 20 December 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation* (C-664/15, EU:C:2017:987), that it is sufficient that environmental protection associations have the opportunity to verify compliance with EU environmental legislation which serves the public interest. That view of the right to bring proceedings corresponds to that laid down in Article 11(1) of Directive 2011/92 and in Article 9(3) of the Aarhus Convention.

46 That being so, it is apparent from recitals 24 and 37 and from first indent of Article 1 of Directive 2000/60 that that directive protects water not only as a component of the ecosystem, but also as a drinking water supply for the population. Therefore, according to the referring court, the view must be taken that the obligations laid down in that directive contribute to protecting human health. In accordance with the case-law of the Court (judgments of 25 July 2008, *Janecek*, C-237/07, EU:C:2008:447; of 8 November 2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-243/15, EU:C:2016:838; and of 20 December 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, C-664/15, EU:C:2017:987), persons whose health is endangered by the infringement of mandatory provisions of a directive should be able to rely on those provisions before the competent national court.

47 In the light of those considerations, the referring court finds that it is conceivable that the claimants in the main proceedings who have a domestic well within the area covered by the project at issue may be able to plead an infringement of the prohibition of deterioration and of the obligation to enhance the status of bodies of water laid down in Directive 2000/60 in the case where their health may be endangered as a result of the failure to comply with those obligations.

48 In those circumstances, the Bundesverwaltungsgericht (Federal Administrative Court) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

‘(1) Must Article 11(1)(b) of Directive [2011/92] be interpreted as meaning that a provision of national law is consistent with it, according to which a claimant who is not recognised as an environmental association is entitled to apply for the annulment of a decision due to a procedural defect only if the procedural defect has denied the claimant himself the opportunity – as provided for by statute – of participating in the decision-making process?

(2) (a) Must Article 4(1)(a)(i) to (iii) of Directive [2000/60] be interpreted as meaning that it does not only include substantive criteria for examination but, in addition, specifications regarding the regulatory approval procedure?

(b) If Question (a) is answered in the affirmative: must the involvement of the public pursuant to Article 6 [of Directive 2011/92] always relate to the documents regarding the assessment under water law in the aforementioned sense, or is it permissible to differentiate with regard to the time of the creation of the document and its complexity?

(3) Must the term “deterioration of the status of a body of groundwater” in Article 4(1)(b)(i) [of Directive 2000/60] be interpreted as meaning that a deterioration of the chemical status of a body of groundwater exists as soon as at least one environmental quality standard for one parameter is exceeded for project-related reasons and that irrespective of that, if the relevant threshold for one pollutant has already been exceeded, any additional (measurable) increase of the concentration constitutes a deterioration?

(4) (a) Taking into account its binding nature (Article 288 TFEU) and the guarantee of effective legal protection (Article 19 TEU), must Article 4 [of Directive 2000/60] be interpreted as meaning that all members of the public concerned by a project who assert that the approval of a project breaches their rights are also entitled to bring judicial proceedings asserting breaches of the ban on the deterioration of water and the requirement for improvement?

(b) If Question (a) is answered in the negative – taking into account its objective – must Article 4 [of Directive 2000/60] be interpreted as meaning that at least such claimants who maintain domestic wells for their private water supply in geographical proximity to the planned road are entitled to bring judicial proceedings asserting breaches of the ban on the deterioration of water and the requirement for improvement?’

The questions referred for a preliminary ruling

The first question

49 By its first question, the referring court seeks to establish whether Article 11(1)(b) of Directive 2011/92 must be interpreted as meaning that it permits Member States to provide that an application for annulment of the decision authorising a project on the ground of a procedural defect is admissible only if the irregularity at issue has denied the claimant his or her right to participate in the environmental decision-making process guaranteed by Article 6 of that directive.

50 It follows from the order for reference that the project at issue, namely the construction of a section of motorway, was subject to an environmental impact assessment prior to its approval. In particular, it was likely to have an impact on the status of bodies of surface water and groundwater located within the boundaries of the project, inter alia because of rainwater drainage. However, before the contested decision was adopted, no documentation relating to the effects of the project on the water and compliance with the obligations arising, in particular, from Article 4 of Directive 2000/60 was made available to the public. According to the referring court, the approval of the project at issue is, therefore, vitiated by a procedural defect.

51 It is also clear from the order for reference that, during the consent procedure relating to the project at issue, the bodies of water concerned were monitored, but that this was not documented. The technical study on water drainage, which includes information concerning the examination of compliance with the obligations arising under Article 4(1) of Directive 2000/60, was not drawn up until after the project had been approved.

52 Moreover, the referring court notes that the project at issue complies with the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water, laid down in Article 4(1) of Directive 2000/60. In view of the minimal increase in chloride levels, which will remain below the applicable limit values, that project will probably not lead to a deterioration in water quality. Consequently, according to the referring court, it is clear that the procedural defect invoked by the claimants in the main proceedings had no impact on the tenor of the contested decision.

53 The first question referred to the Court must be answered on the basis of the latter premiss.

54 It should be recalled that, under Article 11(1) of Directive 2011/92, Member States are required to ensure that, in accordance with the relevant national legal system, members of the 'public concerned' either having a sufficient interest, or maintaining the impairment of a right, where administrative procedural law of a Member State requires this as a precondition, have access to a review procedure in respect of decisions, acts or omissions subject to the public participation provisions of that directive in order to challenge their substantive or procedural legality.

55 Thus, the admissibility of an action may be conditional either on the existence of 'a sufficient interest in bringing the action', or on an applicant alleging 'the impairment of a right', depending on which of those conditions is adopted in the national legislation (see, to that effect, judgment of 16 April 2015, *Gruber*, C-570/13, EU:C:2015:231, paragraph 33).

56 Article 11(3) of Directive 2011/92 provides that Member States are to determine what constitutes a sufficient interest or impairment of a right, consistently with the objective of giving the public concerned wide access to justice.

57 In that regard, the Court has held that the national legislature is entitled to confine the rights the infringement of which may be relied on by an individual in legal proceedings contesting one of the decisions, acts or omissions referred to in Article 10a of Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ 1985 L 175, p. 40), now Article 11 of Directive 2011/92, to individual public-law rights, that is to say, individual rights which, under national law, can be categorised as individual public-law rights (see, to that effect, judgments of 12 May 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, C-115/09, EU:C:2011:289, paragraph 45; of 16 April 2015, *Gruber*, C-570/13, EU:C:2015:231, paragraph 40; and of 15 October 2015, *Commission* v *Germany*, C-137/14, EU:C:2015:683, paragraph 33).

58 The Court has also held that, in the case where a procedural defect has no consequences that could possibly affect the purport of the contested decision, it cannot be regarded as impairing the rights of the party relying on it (see, to that effect, judgment of 7 November 2013, *Gemeinde Altrip and Others*, C-72/12, EU:C:2013:712, paragraph 49).

59 Thus, in view of the fact that Article 11 of Directive 2011/92 leaves the Member States significant discretion to determine what constitutes impairment of a right within the meaning of Article 11(1)(b) thereof, it is permissible for national law not to recognise such an impairment if it is established that it is conceivable, in view of the circumstances of the case, that the contested decision would not have been different without the procedural defect invoked (see, to that effect, judgment of 7 November 2013, *Gemeinde Altrip and Others*, C-72/12, EU:C:2013:712, paragraphs 50 and 51).

60 Therefore, national legislation which makes the admissibility of actions brought by individuals subject to the condition that they allege an impairment of a right and which, at the same time, allows individuals to invoke a procedural defect affecting the public's participation in the decision-making process, even though that defect has had no impact on the tenor of the decision at issue, enables an action to be brought also in cases where this is not required under Article 11(1)(b) of Directive 2011/92.

61 The national legislature is therefore entitled to make the admissibility of an action for annulment of the decision approving a project on the ground of a procedural defect, where that defect is not such as to alter the meaning of that decision, subject to the condition that it actually deprived the claimants of their right to participate in the decision-making process.

62 So far as is relevant, it should also be stated that, as is noted in the second indent of paragraph 90 of the present judgment, in the absence, in the file made available to the public, of the data that are necessary in order to assess the effects of a project on the water, the public is unable to participate effectively in the decision-making process.

63 In light of all of the foregoing considerations, the answer to the first question referred is that Article 11(1)(b) of Directive 2011/92 must be interpreted as permitting Member States to provide that, when a procedural defect vitiating the decision approving a project does not alter the meaning of that

decision, an application for annulment of that decision is admissible only if the irregularity at issue has denied the claimant his or her right, guaranteed by Article 6 of that directive, to participate in the environmental decision-making process.

The second question

64 By its second question, the referring court seeks to ascertain whether Article 4(1)(a) of Directive 2000/60 must be interpreted as precluding a situation in which it is only after a project has been approved that the checks to establish whether the requirements laid down therein have been met are carried out.

65 As appropriate, the referring court also seeks to ascertain whether Article 6 of Directive 2011/92 must be interpreted as meaning that the information to be made available to the public during the procedure for approving a project must always include documents which contain an examination of that project in the light of the requirements laid down in Directive 2000/60.

66 With regard to the first part of the second question, it should be noted, as a preliminary point, that the referring court's questions concern not only the requirements laid down in Article 4(1)(a) of Directive 2000/60, in respect of surface waters, but also those laid down in Article 4(1)(b) of that directive, in respect of groundwater.

67 According to point (a) of the first paragraph of Article 1 of Directive 2000/60, the purpose of that directive is to establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater which prevents further deterioration and protects and enhances the status of aquatic ecosystems and terrestrial ecosystems directly depending on the aquatic ecosystems.

68 In that regard, it should be recalled that Article 4(1)(a) of Directive 2000/60 imposes two distinct, albeit intrinsically linked, objectives. First, in accordance with Article 4(1)(a)(i), Member States are required to implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water (obligation to prevent deterioration). Secondly, pursuant to Article 4(1)(a)(ii) and (iii), Member States are required to protect, enhance and restore all bodies of surface water with the aim of achieving 'good status' by the end of 2015 at the latest (obligation to enhance) (judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 39).

69 Article 4(1)(b) of Directive 2000/60 imposes, in respect of groundwater, obligations which are largely identical to those laid down in respect of surface waters. First, in accordance with Article 4(1)(b)(i), Member States are required to implement the measures necessary to prevent deterioration of the status of all bodies of groundwater (obligation to prevent deterioration). Secondly, pursuant to Article 4(1)(b)(ii), Member States are required to protect, enhance and restore all bodies of groundwater with the aim of achieving 'good status' by the end of 2015 at the latest (obligation to enhance).

70 Therefore, as the Advocate General noted in point 56 of his Opinion, the objectives of Directive 2000/60 for surface waters and for groundwater are similar.

71 In that regard, it should be recalled that the objective of Directive 2000/60 is to achieve, by coordinated action, 'good status' for all EU surface waters and groundwater by 2015. Both the obligation to enhance and the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water are designed to attain that qualitative objective (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraphs 37, 38 and 41).

72 Moreover, it follows from the wording, scheme and purpose of Article 4 of Directive 2000/60 that, like the requirements laid down in Article 4(1)(a) in respect of surface waters, which, as the Court noted in the judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 43), are binding in nature, those laid down in Article 4(1)(b) in respect of groundwater are also binding.

73 It follows that Article 4(1) of Directive 2000/60 does not simply set out, in programmatic terms, mere management-planning objectives, but has binding effects, once the ecological status of the body of water concerned has been determined, at each stage of the procedure prescribed by that directive.

74 Article 4 of Directive 2000/60 not only contains more long-term planning requirements provided for by management plans and programmes of measures, but also concerns specific projects to which the prohibition of deterioration of the status of bodies of water also applies. A Member State is consequently required to refuse authorisation for a project where it is such as to result in deterioration of the status of the body of water concerned or to jeopardise the attainment of 'good status' for bodies of surface water or groundwater, subject to the derogations also provided for in Article 4 (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraphs 47, 48 and 50).

75 More specifically, as the Court has held, when a project is liable to have adverse effects on water, consent may be given to it only if the conditions set out in Article 4(7)(a) to (d) of that directive are satisfied. Without prejudice to the possibility of judicial review, the national authorities which are competent to authorise a project are required to review whether those conditions are satisfied before the grant of such an authorisation (see, to that effect, judgment of 1 June 2017, *Folk*, C-529/15, EU:C:2017:419, paragraphs 36 and 39).

76 It follows from the foregoing that, during the procedure for approval of a project, and therefore before the decision is taken, the competent authorities are required, under Article 4 of Directive 2000/60, to check whether that project may have adverse effects on water which would be contrary to the requirements to prevent deterioration and to improve the status of bodies of surface water and groundwater. That provision therefore precludes such a check from taking place only after that time.

77 With regard to the second part of the second question, concerning the information to be made available to the public before a project is approved, it should be recalled that Article 2(1) of Directive 2011/92 requires that projects likely to have significant effects on the environment, referred to in Article 4 of that directive, read in conjunction with Annexes I or II thereto, must be subject to an environmental impact assessment before consent is granted (judgment of 28 February 2018, *Comune di Castelbellino*, C-117/17, EU:C:2018:129, paragraph 24).

78 The requirement for such an assessment to be carried out as a preliminary step is justified by the fact that it is necessary for the competent authority to take into account effects on the environment at the earliest possible stage in all the technical planning and decision-making processes, the objective being to prevent the creation of pollution or nuisances at source rather than subsequently trying to counteract their effects (judgment of 28 February 2018, *Comune di Castelbellino*, C-117/17, EU:C:2018:129, paragraph 25).

79 Article 3 of Directive 2011/92 lists the factors that must be taken into account during the assessment of the effects of a project on the environment. In accordance with Article 3(b) of that directive, it is necessary to identify, describe and assess, in an appropriate manner, the direct and indirect effects of a project on soil, water, air, climate and the landscape.

80 The information that the developer must, in any event, provide to the decision-making authority includes, in accordance with Article 5(3)(b) and (c) of Directive 2011/92, a description of the measures envisaged in order to avoid, reduce and, if possible, remedy significant adverse effects and the data required to identify and assess the main effects which the project is likely to have on the environment.

81 Therefore, in the light of Article 3(b) of Directive 2011/92 and in view of the mandatory nature of the check to be carried out pursuant to Directive 2000/60, recalled in paragraphs 74 to 76 of the present judgment, and in view of the importance which that directive attaches to the protection of waters, it must be held that the information referred to in Article 5(3)(b) and (c) of Directive 2011/92 must contain the data that are necessary in order to assess the effects of a project on the status of the bodies of water concerned in the light of the criteria and requirements laid down in, inter alia, Article 4(1) of Directive 2000/60.

82 Moreover, it follows from Article 5(1) of Directive 2011/92 that Member States must adopt the necessary measures to ensure that the developer supplies in an appropriate form the information specified in Annex IV to that directive, inasmuch as that information is relevant in order to assess the effects of a given project, and within the limits of what may reasonably be required of a private operator. In accordance with paragraph 4 of that annex, that information includes a description of the

direct, indirect, secondary, cumulative, short-, medium- and long-term, permanent and temporary, positive and negative effects of the project resulting from, inter alia, the use of natural resources and the emission of pollutants.

83 All information gathered in that regard must, in accordance with Article 6(3) of Directive 2011/92, be made available to the public concerned within reasonable time frames.

84 In the light of the foregoing considerations, it must be concluded that, under Directive 2011/92 and, in particular, Articles 3, 5 and 6 thereof, the information made available to the public for consultation purposes before a project is approved must include the data that are necessary in order to assess the effects of that project on water, in the light of the criteria and requirements laid down in, inter alia, Article 4(1) of Directive 2000/60.

85 Furthermore, although it cannot be inferred from Articles 5 and 6 of Directive 2011/92 that the data making it possible to assess the effects of a project on water must necessarily be contained in a single document, such as a report or a technical study, Article 6(4) and (6) of that directive stipulates that the public concerned must be given an effective opportunity to participate in the decision-making process and to prepare accordingly.

86 Therefore, the documents in the file that are made available to the relevant public must make it possible for that public to obtain an accurate impression of the impact that the project at issue will have on the status of the bodies of water concerned in order for it to be able to verify compliance with the obligations arising from, inter alia, Article 4 of Directive 2000/60. In particular, the data provided must be such as to show whether, having regard to the criteria established by that directive, the project at issue is liable to result in a deterioration of a body of water.

87 In any event, an incomplete file or data that are scattered, incoherently, across a multitude of documents are not such as to make it possible for the public concerned to participate effectively in the decision-making process and, therefore, do not satisfy the requirements stemming from Article 6 of Directive 2011/92.

88 Furthermore, in accordance with Article 5(3)(e) of that directive, it is for the developer to draw up a ‘non-technical summary’ of the information referred to in points (a) to (d) of paragraph 3 of that article, which includes the data required to identify and assess the main effects which the project is likely to have on the environment. Under Article 6(3)(a) of that directive, that summary must also be made available to the public.

89 In the present case, it is for the referring court to verify whether the file to which the public had access before the project at issue was approved satisfies all of the requirements stemming from Article 6(3) of Directive 2011/92, read in conjunction with Article 5(1) and (3) of that directive, as specified in the present judgment.

90 In the light of all of the foregoing considerations, the answer to the second question referred must be that:

– Article 4 of Directive 2000/60 must be interpreted as precluding a situation in which it is only after a project has been approved that the competent authority carries out the checks to establish whether the requirements laid down in that framework have been met, including the requirement to prevent deterioration of the status of bodies of water, both surface water and groundwater, which are affected by the project, and

– Article 6 of Directive 2011/92 must be interpreted as meaning that the information to be made available to the public during the procedure for approving a project must include the data that are necessary in order to assess the effects of that project on water, in the light of the criteria and requirements laid down in, inter alia, Article 4(1) of Directive 2000/60.

The third question

91 By its third question, the referring court seeks to ascertain whether Article 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60 must be interpreted as meaning that the exceedance of a parameter of at least one of the environmental quality standards must be regarded as a deterioration of the chemical status of a body of groundwater as a result of a project. It also wishes to ascertain whether a foreseeable increase in the concentration of a pollutant when the threshold set for that pollutant has already been exceeded must be regarded as constituting such a deterioration.

92 It should be recalled that, in its judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 70), the Court held that the concept of 'deterioration of the status' of a body of surface water, referred to in Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60, must be interpreted as meaning that there is deterioration as soon as the status of at least one of the quality elements, referred to in Annex V to that directive, falls by one class, even if that fall does not result in a fall in classification of the body of water in question as a whole. However, if the quality element concerned is already in the lowest class, any deterioration of that element constitutes a 'deterioration of the status' of a body of surface water, within the meaning of that provision.

93 As the Advocate General noted in point 55 of his Opinion, it is true that, unlike bodies of surface water – for which Directive 2000/60 provides a scale of five ecological status classes – that directive distinguishes only between 'good status' and 'poor status' with regard to the quantitative and chemical status of bodies of groundwater. It follows from Article 2(25) and (28) of that directive that that classification is made using the tables in points 2.1.2 and 2.3.2 of Annex V thereto.

94 However, it should be noted that, despite those differences in the method for determining the status of bodies of water, depending on whether they are surface water or groundwater, the same principles determine the scope of the concept of 'deterioration of the status' of water, irrespective of the type of water concerned.

95 It has been stated in paragraphs 68 to 72 of the present judgment that the objectives of Directive 2000/60, in respect of both surface water and groundwater, and the obligations deriving from Article 4(1) of that directive for those types of water are largely identical.

96 In particular, this is the case in respect of the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water, provided for in Article 4(1)(a)(i) of that directive in the case of surface water and in Article 4(1)(b)(i) in the case of groundwater. Those two provisions contain no reference to the classification laid down for those types of water in Annex V to that directive, and therefore the concept of 'deterioration of the status' of waters is a concept of general scope (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 61).

97 Moreover, the Court has held that, although the classes provided for in Annex V to Directive 2000/60 were decisive for determining whether there is a deterioration, after a body of surface water has been classified in the lowest class, further deterioration of the status of that body of water would legally no longer be possible. However, given the very purpose of Directive 2000/60, bodies of water which have a poor status merit particular attention in the context of water management (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 63).

98 The same reasoning applies *mutatis mutandis* to groundwater.

99 In that context, account should also be taken of Article 4(5)(c) of Directive 2000/60, which expressly lays down a prohibition of all further deterioration as regards heavily modified bodies of surface water and groundwater for which Member States may aim to achieve less stringent environmental objectives (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 64).

100 In the light of those factors, the concept of 'deterioration of the status' of bodies of water must be interpreted by reference to both a quality element and a substance. Thus, the obligation to prevent deterioration of the status of a body of water retains all its practical effect, on condition that it encompasses all changes liable to undermine achievement of the principal objective of Directive

2000/60 (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 66).

101 Furthermore, as regards the criteria for concluding that there is a deterioration of the status of a body of water, it should be noted that it is clear from the scheme of Article 4 of Directive 2000/60, in particular Article 4(6) and (7), that a deterioration of the status of a body of water, even if transitory, is authorised only subject to strict conditions. It follows that the threshold beyond which breach of the obligation to prevent deterioration of the status of a body of water is found must be as low as possible (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 67).

102 As regards, specifically, the examination of the chemical status of bodies of groundwater, it is clear from point 2.3.1 of Annex V to Directive 2000/60 that water conductivity and the concentration of pollutants are the relevant parameters. The table in point 2.3.2 of that annex sets out for each of those parameters the quality elements that must be taken into account in order to determine whether the chemical status of a body of water is ‘good’ or ‘poor’.

103 First, in respect of the concentration of pollutants, that examination is based on three quality elements. In the first place, the concentrations of pollutants do not exhibit the effects of saline or other intrusions. In the second place, those concentrations do not exceed the quality standards applicable under other relevant legislation in accordance with Article 17 of Directive 2000/60. In the third place, and lastly, the concentrations of pollutants in the groundwater do not prevent attainment of the environmental objectives specified under Article 4 of that directive for associated surface waters, nor do they result in any significant diminution of the ecological or chemical quality of such bodies or cause any significant damage to terrestrial ecosystems which depend directly on the groundwater body.

104 Secondly, in respect of conductivity, the only requirement is that changes in conductivity are not indicative of saline or other intrusion into the groundwater body.

105 In so far as point 2.3.2 of Annex V to Directive 2000/60 refers to quality standards applicable under other relevant legislation in accordance with Article 17 of that directive, it should be noted that Article 17 provides for the adoption, by the EU legislature, of specific measures to prevent and control groundwater pollution which include, inter alia, criteria for assessing good groundwater chemical status, in accordance with point 2.2 of Annex II and points 2.3.2 and 2.4.5 of Annex V to that directive. On that basis, the EU legislature adopted Directive 2006/118.

106 Article 3(1) of Directive 2006/118 provides that, for the purposes of the assessment of the chemical status of a body of groundwater, Member States are required to use, first, the groundwater quality standards in the list in Annex I to that directive and, secondly, the threshold values to be established by Member States in accordance with Annex II to that directive, in particular for the pollutants which, within the territory of a Member State, have been identified as contributing to the characterisation of bodies of groundwater as being at risk.

107 Consequently, those quality standards and threshold values constitute a quality element for the purposes of point 2.3.2 of Annex V to Directive 2000/60 which makes it possible to assess one of the parameters for determining the classification of the status of a body of groundwater, namely the concentration of pollutants.

108 Given that, as noted in paragraph 100 of the present judgment, the concept of ‘deterioration of the status’ of bodies of water must be interpreted by reference to a quality element or substance and, as is clear from paragraph 101 of the present judgment, the threshold beyond which breach of the obligation to prevent deterioration of the status of a body of water is found must be as low as possible, it must be held that the failure to observe one of the quality elements referred to in point 2.3.2 of Annex V to Directive 2000/60 constitutes a deterioration of the chemical status of the body of groundwater concerned.

109 In particular, the exceedance, in a body of groundwater, of a single one of the quality standards or threshold values, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2006/118, must be classified as

amounting to an infringement of the obligation to prevent the deterioration of the status of a body of groundwater.

110 Moreover, for the same reasons as those set out in paragraph 108 of the present judgment and in the light of, inter alia, the considerations noted in paragraph 97 thereof, any subsequent increase in the concentration of a pollutant that, with reference to Article 3(1) of Directive 2006/118, already exceeds an environmental quality standard or a threshold value set by the Member State also constitutes a deterioration.

111 Furthermore, in order to answer the referring court's questions in respect of the consideration of changes in the concentration of pollutants found locally in order to determine whether there is a deterioration of the chemical status of a body of water, it should be noted that point 2.4 of Annex V to Directive 2000/60 establishes the main criteria for the monitoring of groundwater chemical status. Point 2.4.5 of that annex, which is expressly mentioned by the referring court, sets out requirements relating to interpretation and presentation.

112 Admittedly, although the latter provision stipulates that the classification of the chemical status of a body of groundwater as 'good' or 'poor' must be made by aggregating the results of the individual monitoring points within a body of water, this does not mean that, in order to find that there has been a deterioration of that status, the whole of the body of groundwater must be affected.

113 In particular, it is clear from the role and the importance of each monitoring site in the system for monitoring groundwater quality established by Directive 2000/60, in particular in point 2.4 of Annex V, that the failure to comply with one quality element at a single monitoring point is sufficient for a finding that there is a deterioration of the status of a body of groundwater for the purposes of Article 4(1) of that directive.

114 In accordance with point 2.4 of Annex V to that directive, the location of monitoring points must provide a coherent and comprehensive overview of groundwater chemical status within each river basin. To that end, that provision lays down various criteria in respect of the selection of monitoring sites which, as confirmed by Article 4(3) of Directive 2006/118, must provide representative monitoring data.

115 Thus, the failure to comply with one quality element at a single monitoring point indicates the existence, for the purposes of Article 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60, of a deterioration of the chemical status of at least a significant part of a body of groundwater.

116 Moreover, it is admittedly possible that, despite the exceedance of a groundwater quality standard or of a threshold value at one or more monitoring points, a body of groundwater may be regarded as being of good chemical status in accordance with Article 4(2)(c) of Directive 2006/118. However, in that event, under Article 4(5) of that directive, Member States are, in accordance with Article 11 of Directive 2000/60, required to take such measures as may be necessary to protect aquatic ecosystems, terrestrial ecosystems and human uses of groundwater dependent on the part of the body of groundwater affected by that exceedance.

117 The measures referred to in Article 11 of Directive 2000/60 include the establishment of programmes in order to achieve the objectives established under Article 4 of that directive.

118 Therefore, where a quality element is not observed at a single monitoring point in a body of groundwater, it must be found that there is a deterioration of the chemical status of that body of water, for the purposes of Article 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60.

119 In the light of all of the foregoing considerations, the answer to the third question referred is that Article 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60 must be interpreted as meaning that, first, the exceedance of at least one of the quality standards or threshold values referred to in Article 3(1) of Directive 2006/118 and, secondly, a foreseeable increase in the concentration of a pollutant when the threshold set for that pollutant has already been exceeded must be regarded as a deterioration of the chemical status of a body of groundwater as a result of a project. The values measured at each monitoring point must be taken into account individually.

The fourth question

120 By its fourth question, the referring court seeks to establish, in essence, whether Article 4(1) of Directive 2000/60, read in the light of Article 19 TEU and Article 288 TFEU, must be interpreted as meaning that the members of the public concerned by a project must be able to assert, before the competent national courts, that there has been a breach of the requirements to prevent the deterioration of bodies of water and to improve the status of those bodies of water.

121 In that regard, it should be noted that, according to settled case-law of the Court, it would be incompatible with the binding effect conferred by Article 288 TFEU on a directive to exclude, in principle, the possibility that the obligations which it imposes may be relied on by the persons concerned (judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraph 30 and the case-law cited).

122 In particular, where the EU legislature has, by directive, imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of action, the effectiveness of such action would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts, and if the latter were prevented from taking it into consideration as an element of EU law in deciding whether the national legislature, in exercising the choice open to it as to the form and methods for implementation, has kept within the limits of its discretion set out therein (judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraph 31 and the case-law cited).

123 The Court inferred from this that at least the natural or legal persons directly concerned by an infringement of provisions of an environmental directive must be in a position to require the competent authorities to observe such obligations, if necessary by pursuing their claims by judicial process (see, to that effect, judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraph 32).

124 In that regard, the referring court states that, in the context of their action, some of the claimants in the main proceedings take the view that the project at issue is likely to result in the deterioration of the status of the body of groundwater which feeds their domestic wells from which they obtain drinking water. However, neither the information contained in the order for reference nor the observations submitted to the Court are capable of establishing the relevance, for the claimants in the main proceedings, of the bodies of surface water that may also be affected by the project at issue. In those circumstances, it does not appear that the claimants in the main proceedings can be concerned by a possible infringement of obligations deriving from Article 4(1)(a) of Directive 2000/60, with the result that the Court's examination will concern only Article 4(1)(b), regarding groundwater.

125 In order to determine whether persons, such as the claimants in the main proceedings, are directly concerned by an infringement of the obligations provided for in Article 4(1)(b) of Directive 2000/60, account must be taken of the purpose of that directive and of the content of that provision, the proper application of which is sought before the referring court (see, to that effect, judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraph 35).

126 In that regard, it is clear from paragraph 71 of the present judgment that the objective of Directive 2000/60 is to achieve, by coordinated action, 'good status' for all EU surface waters and groundwater by 2015. Both the obligation to enhance and the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water are designed to attain that qualitative objective.

127 As is clear from the first indent of the second paragraph of Article 1 of Directive 2000/60, that objective contributes, as regards groundwater specifically, to the provision of a sufficient supply of good quality surface water and groundwater as needed for sustainable, balanced and equitable water use.

128 Accordingly, it must be held that, by its objective and the obligations laid down in Article 4(1)(b) in order to attain that objective, Directive 2000/60 also pursues the specific objective of protecting groundwater as a resource for human use.

129 That interpretation of the objectives of Directive 2000/60 is confirmed by point (d) of the first paragraph of Article 1 and by the second indent of the second paragraph of Article 1, read in conjunction with Article 2(33) of that directive.

130 It is clear from point (d) of the first paragraph and the second indent of the second paragraph of Article 1 that the regulatory framework established by that directive is intended to achieve a progressive and significant reduction of groundwater pollution and to prevent further pollution. In accordance with Article 2(33), water pollution arises from any introduction of substances into the water which may be harmful to human health or to the quality of aquatic ecosystems, in such a way that there is interference with the amenities of the environment and, more specifically, water or its legitimate use.

131 It therefore follows from point (d) of the first paragraph and the second indent of the second paragraph of Article 1 of Directive 2000/60, read in conjunction with Article 2(33) thereof, that the purpose of reducing and preventing pollution is, inter alia, to allow the legitimate use of groundwater.

132 A person who has the right to draw and use groundwater is using that groundwater legitimately. That person is, therefore, directly concerned by the infringement of the obligations to enhance and to prevent the deterioration of the status of bodies of groundwater that supply his or her source since that infringement is capable of interfering with its use (see, by analogy, judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraphs 40 and 42).

133 In view of the variety of uses of groundwater referred to in the first indent of the second paragraph of Article 1 and in Article 2(33) of Directive 2000/60, the fact that the exceedance of just one of the quality standards or threshold values, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2006/118, does not, as such, involve a danger to the health of the persons wishing to bring an action is not capable of calling that conclusion into question (see, by analogy, judgment of 3 October 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland and Others*, C-197/18, EU:C:2019:824, paragraph 41).

134 Therefore, since the claimants in the main proceedings lawfully use the groundwater in question, they are directly concerned by the infringement of those obligations.

135 In the light of all of the foregoing considerations, the answer to the fourth question referred is that point (b) of the first paragraph of Article 1 of Directive 2000/60 and the first indent of the second paragraph of Article 1 of that directive, together with Article 4(1)(b) thereof, read in the light of Article 19 TEU and Article 288 TFEU, must be interpreted as meaning that the members of the public concerned by a project must be able to assert, before the competent national courts, that there has been a breach of the requirements to prevent the deterioration of bodies of water and to improve the status of those bodies of water, if that breach concerns them directly.

Costs

136 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (First Chamber) hereby rules:

1. **Article 11(1)(b) of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment must be interpreted as permitting Member States to provide that, when a procedural defect vitiating the decision approving a project does not alter the meaning of that decision, an application for annulment of that decision is admissible only if the irregularity at issue has denied the claimant his or her right, guaranteed by Article 6 of that directive, to participate in the environmental decision-making process.**

2. **Article 4 of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water**

policy must be interpreted as precluding a situation in which it is only after a project has been approved that the competent authority carries out the checks to establish whether the requirements laid down in that framework have been met, including the requirement to prevent deterioration of the status of bodies of water, both surface water and groundwater, which are affected by the project.

Article 6 of Directive 2011/92 must be interpreted as meaning that the information to be made available to the public during the procedure for approving a project must include the data that are necessary in order to assess the effects of that project on water, in the light of the criteria and requirements laid down in, inter alia, Article 4(1) of Directive 2000/60.

3. **Article 4(1)(b)(i) of Directive 2000/60 must be interpreted as meaning that, first, the exceedance of at least one of the quality standards or threshold values referred to in Article 3(1) of Directive 2006/118/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the protection of groundwater against pollution and deterioration and, secondly, a foreseeable increase in the concentration of a pollutant when the threshold set for that pollutant has already been exceeded must be regarded as a deterioration of the chemical status of a body of groundwater as a result of a project. The values measured at each monitoring point must be taken into account individually.**

4. **Point (b) of the first paragraph of Article 1 of Directive 2000/60 and the first indent of the second paragraph of Article 1 of that directive, together with Article 4(1)(b) thereof, read in the light of Article 19 TEU and Article 288 TFEU, must be interpreted as meaning that the members of the public concerned by a project must be able to assert, before the competent national courts, that there has been a breach of the requirements to prevent the deterioration of bodies of water and to improve the status of those bodies of water, if that breach concerns them directly.**

[Signatures]

---

* Language of the case: German.

JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)

5 May 2022 (*)

(Reference for a preliminary ruling – Environment – Directive 2000/60/EC – Framework for European Union action in the field of water policy – Article 4(1)(a) – Environmental objectives relating to surface water – Obligation of the Member States not to authorise a programme or project that may cause a deterioration of the status of a body of surface water – Concept of 'deterioration' of the status of a body of surface water – Article 4(6) and (7) – Derogations from the prohibition of deterioration – Conditions – Programme or project having temporary, short-term impacts on the status of a body of surface water which are without lasting consequences)

In Case C-525/20,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Conseil d'État (Council of State, France), made by decision of 14 October 2020, received at the Court on 19 October 2020, in the proceedings

Association France Nature Environnement

v

Premier ministre,

Ministre de la Transition écologique et solidaire,

THE COURT (Second Chamber),

composed of A. Prechal, President of the Chamber, J. Passer (Rapporteur), F. Biltgen, N. Wahl and M.L. Arastey Sahún, Judges,

Advocate General: A. Rantos,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 28 October 2021,

after considering the observations submitted on behalf of:

– Association France Nature Environnement, by B. Hogommat,

– the French Government, by T. Stéhelin, W. Zemamta and E. Toutain, acting as Agents,

– the Czech Government, by M. Smolek and J. Vláčil and by L. Dvořáková, acting as Agents,

– the Netherlands Government, by M.K. Bulterman and A.M. de Ree, acting as Agents,

– the European Commission, by C. Valero and O. Beynet, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 13 January 2022,

gives the following

Judgment

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 4 of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (OJ 2000 L 327, p. 1).

2 The request has been made in the context of a dispute between Association France Nature Environnement and the Premier ministre (Prime Minister, France) and Ministre de la Transition écologique et solidaire (Minister for Ecological and Joint Transition, France) concerning the legality of a decree on water management master plans and water management plans.

Legal context

European Union law

3 According to recitals 11, 25, 26 and 32 of Directive 2000/60:

‘(11) As set out in Article 174 of the Treaty, the Community policy on the environment is to contribute to pursuit of the objectives of preserving, protecting and improving the quality of the environment, in prudent and rational utilisation of natural resources, and to be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, environmental damage should, as a priority, be rectified at source and that the polluter should pay.

…

(25) Common definitions of the status of water in terms of quality and, where relevant for the purpose of the environmental protection, quantity should be established. Environmental objectives should be set to ensure that good status of surface water and groundwater is achieved throughout the Community and that deterioration in the status of waters is prevented at Community level.

(26) Member States should aim to achieve the objective of at least good water status by defining and implementing the necessary measures within integrated programmes of measures, taking into account existing Community requirements. Where good water status already exists, it should be maintained. For groundwater, in addition to the requirements of good status, any significant and sustained upward trend in the concentration of any pollutant should be identified and reversed.

…

(32) There may be grounds for exemptions from the requirement to prevent further deterioration or to achieve good status under specific conditions, if the failure is the result of unforeseen or exceptional circumstances, in particular floods and droughts, or, for reasons of overriding public interest, of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, provided that all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water.’

4 Article 1 of that directive, entitled ‘Purpose’, provides:

‘The purpose of this Directive is to establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater which:

(a) prevents further deterioration and protects and enhances the status of aquatic ecosystems and, with regard to their water needs, terrestrial ecosystems and wetlands directly depending on the aquatic ecosystems;

…’

5 Under Article 2 of that directive, entitled ‘Definitions’:

‘For the purposes of this Directive the following definitions shall apply:

(1) “Surface water” means inland waters, except groundwater; transitional waters and coastal waters, except in respect of chemical status for which it shall also include territorial waters.

…

(10) “Body of surface water” means a discrete and significant element of surface water such as a lake, a reservoir, a stream, river or canal, part of a stream, river or canal, a transitional water or a stretch of coastal water.

…

(17) “Surface water status” is the general expression of the status of a body of surface water, determined by the poorer of its ecological status and its chemical status.

(18) “Good surface water status” means the status achieved by a surface water body when both its ecological status and its chemical status are at least “good”.

…’

6 Article 4 of the same directive, entitled ‘Environmental objectives’, provides, in paragraph 1 and paragraphs 6 to 8 thereof:

‘1. In making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans:

(a) for surface waters

(i) Member States shall implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8;

(ii) Member States shall protect, enhance and restore all bodies of surface water, subject to the application of subparagraph (iii) for artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good surface water status at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;

(iii) Member States shall protect and enhance all artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good ecological potential and good surface water chemical status at the latest 15 years from the date of entry into force of this Directive, in accordance with the provisions laid down in Annex V, subject to the application of extensions determined in accordance with paragraph 4 and to the application of paragraphs 5, 6 and 7 without prejudice to paragraph 8;

…

6. Temporary deterioration in the status of bodies of water shall not be in breach of the requirements of this Directive if this is the result of circumstances of natural cause or *force majeure* which are exceptional or could not reasonably have been foreseen, in particular extreme floods and prolonged droughts, or the result of circumstances due to accidents which could not reasonably have been foreseen, when all of the following conditions have been met:

(a) all practicable steps are taken to prevent further deterioration in status and in order not to compromise the achievement of the objectives of this Directive in other bodies of water not affected by those circumstances;

(b) the conditions under which circumstances that are exceptional or that could not reasonably have been foreseen may be declared, including the adoption of the appropriate indicators, are stated in

the river basin management plan;

(c) the measures to be taken under such exceptional circumstances are included in the programme of measures and will not compromise the recovery of the quality of the body of water once the circumstances are over;

(d) the effects of the circumstances that are exceptional or that could not reasonably have been foreseen are reviewed annually and, subject to the reasons set out in paragraph 4(a), all practicable measures are taken with the aim of restoring the body of water to its status prior to the effects of those circumstances as soon as reasonably practicable, and

(e) a summary of the effects of the circumstances and of such measures taken or to be taken in accordance with paragraphs (a) and (d) are included in the next update of the river basin management plan.

7. Member States will not be in breach of this Directive when:

– failure to achieve good groundwater status, good ecological status or, where relevant, good ecological potential or to prevent deterioration in the status of a body of surface water or groundwater is the result of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, or

– failure to prevent deterioration from high status to good status of a body of surface water is the result of new sustainable human development activities

and all the following conditions are met:

(a) all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water;

(b) the reasons for those modifications or alterations are specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 and the objectives are reviewed every six years;

(c) the reasons for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development, and

(d) the beneficial objectives served by those modifications or alterations of the water body cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate cost be achieved by other means, which are a significantly better environmental option.

8. When applying paragraphs 3, 4, 5, 6 and 7, a Member State shall ensure that the application does not permanently exclude or compromise the achievement of the objectives of this Directive in other bodies of water within the same river basin district and is consistent with the implementation of other Community environmental legislation.'

7 Article 5 of the Directive 2000/60, entitled 'Characteristics of the river basin district, review of the environmental impact of human activity and economic analysis of water use', provides:

'1. Each Member State shall ensure that for each river basin district or for the portion of an international river basin district falling within its territory:

– an analysis of its characteristics,

– a review of the impact of human activity on the status of surface waters and on groundwater, and

– an economic analysis of water use

is undertaken according to the technical specifications set out in Annexes II and III and that it is completed at the latest four years after the date of entry into force of this Directive.

2. The analyses and reviews mentioned under paragraph 1 shall be reviewed, and if necessary updated at the latest 13 years after the date of entry into force of this Directive and every six years thereafter.'

8 Article 8 of that directive, entitled 'Monitoring of surface water status, groundwater status and protected areas', states:

'1. Member States shall ensure the establishment of programmes for the monitoring of water status in order to establish a coherent and comprehensive overview of water status within each river basin district:

– for surface waters such programmes shall cover:

(i) the volume and level or rate of flow to the extent relevant for ecological and chemical status and ecological potential, and

(ii) the ecological and chemical status and ecological potential;

…

2. These programmes shall be operational at the latest six years after the date of entry into force of this Directive unless otherwise specified in the legislation concerned. Such monitoring shall be in accordance with the requirements of Annex V.

…'

9 Under Article 11 of that directive, entitled 'Programme of measures':

'1. Each Member State shall ensure the establishment for each river basin district, or for the part of an international river basin district within its territory, of a programme of measures, taking account of the results of the analyses required under Article 5, in order to achieve the objectives established under Article 4. Such programmes of measures may make reference to measures following from legislation adopted at national level and covering the whole of the territory of a Member State. Where appropriate, a Member State may adopt measures applicable to all river basin districts and/or the portions of international river basin districts falling within its territory.

…

8. The programmes of measures shall be reviewed, and if necessary updated at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive and every six years thereafter. Any new or revised measures established under an updated programme shall be made operational within three years of their establishment.'

10 Article 13 of that directive, entitled 'River basin management plans', provides:

'1. Member States shall ensure that a river basin management plan is produced for each river basin district lying entirely within their territory.

…

4. The river basin management plan shall include the information detailed in Annex VII.

…

6. River basin management plans shall be published at the latest nine years after the date of entry into force of this Directive.

7. River basin management plans shall be reviewed and updated at the latest 15 years after the date of entry into force of this Directive and every six years thereafter.'

11 Annex V to Directive 2000/60 states, in sections 1.3 and 1.3.4 thereof:

'1.3. Monitoring of ecological status and chemical status for surface waters

The surface water monitoring network shall be established in accordance with the requirements of Article 8. The monitoring network shall be designed so as to provide a coherent and comprehensive overview of ecological and chemical status within each river basin and shall permit classification of water bodies into five classes consistent with the normative definitions in section 1.2. Member States shall provide a map or maps showing the surface water monitoring network in the river basin management plan.

…

1.3.4. Frequency of monitoring

For the surveillance monitoring period, the frequencies for monitoring parameters indicative of physico-chemical quality elements given below should be applied unless greater intervals would be justified on the basis of technical knowledge and expert judgement. For biological or hydromorphological quality elements monitoring shall be carried out at least once during the surveillance monitoring period.

For operational monitoring, the frequency of monitoring required for any parameter shall be determined by Member States so as to provide sufficient data for a reliable assessment of the status of the relevant quality element. As a guideline, monitoring should take place at intervals not exceeding those shown in the table below unless greater intervals would be justified on the basis of technical knowledge and expert judgement.

Frequencies shall be chosen so as to achieve an acceptable level of confidence and precision. Estimates of the confidence and precision attained by the monitoring system used shall be stated in the river basin management plan.

Monitoring frequencies shall be selected which take account of the variability in parameters resulting from both natural and anthropogenic conditions. The times at which monitoring is undertaken shall be selected so as to minimise the impact of seasonal variation on the results, and thus ensure that the results reflect changes in the water body as a result of changes due to anthropogenic pressure. Additional monitoring during different seasons of the same year shall be carried out, where necessary, to achieve this objective.

Quality element	Rivers	Lakes	Transitional	Coastal
Biological				
Phytoplankton	6 months	6 months	6 months	6 months
Other aquatic flora	3 years	3 years	3 years	3 years
Macro invertebrates	3 years	3 years	3 years	3 years

Fish	3 years	3 years	3 years	
Hydromorphological				
Continuity	6 years			
Hydrology	continuous	1 month		
Morphology	6 years	6 years	6 years	6 years
Physico-chemical				
Thermal conditions	3 months	3 months	3 months	3 months
Oxygenation	3 months	3 months	3 months	3 months
Salinity	3 months	3 months	3 months	
Nutrient status	3 months	3 months	3 months	3 months
Acidification status	3 months	3 months		
Other pollutants	3 months	3 months	3 months	3 months
Priority substances	1 month	1 months	1 months	1 month

…’

12 According to Annex VII of Directive 2000/60, entitled ‘River basin management plans’:

‘A. River basin management plans shall cover the following elements:

…

5. a list of the environmental objectives established under Article 4 for surface waters, groundwaters and protected areas, including in particular identification of instances where use has been made of Article 4(4), (5), (6) and (7), and the associated information required under that Article;

…’

French law

13 Article L. 212-1 of the Code de l'environnement (Environmental Code) provides:

'…

III. – Each basin or group of basins has one or more water management master plans setting the objectives referred to in paragraph IV of this Article …

IV. – The quality and quantity objectives set by the water management master plans correspond:

1. For surface water except for artificial bodies of water or those greatly modified by human activity, to a good ecological and chemical state;

2. For artificial bodies of surface water or those greatly modified by human activity, to a good ecological potential and a good chemical state;

…

4. To the prevention of the deterioration of the quality of water;

…

VII. – Modifications to the physical characteristics of the waters or the exercise of new human activities may justify, under the conditions defined by the decree stipulated in XIII, reasoned derogations from the objectives mentioned in indents 1 to 4 of paragraph IV …

…

XI. – The programmes and administrative decisions in the field of water policy must be compatible or made compatible with the provisions of the water management master plans.

…

XIII. – A Conseil d'État [(Council of State)] decree shall set out the methods of application of the present article.'

14 Article R. 212-13 of the Environmental Code, as amended by Decree No 2018-847 of 4 October 2018 on water management master plans and water management plans (JORF of 6 October 2018, text No 11), states:

'For the application of Article L. 212-1(IV)(4), the prevention of deterioration of water quality entails ensuring that:

– for the ecological status and ecological potential of surface waters, the status of the quality elements classifying that ecological status and potential is not in a lower class than it was in previously;

– for the chemical status of surface water, the concentrations of pollutants do not exceed the environmental quality standards where they did not previously exceed them;

…

To assess the compatibility of the programmes and administrative decisions mentioned in Article L. 212-1(XI) which have the objective of preventing deterioration of water quality mentioned in Article L. 212-1(IV)(4), account shall be taken of impact avoidance and minimisation measures, and no account shall be taken of temporary, short-term impacts which are without long-term consequences.'

15 Under Article R. 212-16 of the Environmental Code:

'…

I(a) – The derogations provided for Article L. 212-1(VII) may be granted only for projects involving modifications to the physical characteristics of the waters or the exercise of new human activities when all the following conditions are met:

1 All practicable steps are taken to mitigate the adverse impact of the project on the status of the bodies of water concerned;

2 The modifications or alterations to the bodies of water serve an overriding public interest or the expected benefits of the project to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development outweigh the benefits to the environment and society linked to the achievement of the objectives set out in Article L. 212-1(IV);

3° The beneficial objectives served by the project cannot, for reasons of technical feasibility or disproportionate cost, be achieved by other means, which are a significantly better environmental option.

The Basin Coordinating Prefect shall approve the list of projects which meet or are likely to meet those conditions, as provided for in Article L. 212-1(VII).

The reasons for the modifications or alterations of water bodies under these conditions shall be expressly set out and explained in the water management master plan and water management plans when it is updated.

…’

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

16 By an application and a further statement of case, registered on 1 April 2019 and 22 September 2020 respectively, Association France Nature Environnement brought an action before the Conseil d’État (Council of State) seeking the annulment of Decree No 2018-847 in so far as it provides for the addition to Article R. 212-13 of the Environmental Code of a final paragraph according to which, in order to assess the compatibility of programmes and administrative decisions adopted in the field of water with the objective of preventing the deterioration of water quality, ‘no account shall be taken of the temporary, short-term impacts which are without lasting consequences’, and annulment of the implicit decision resulting from the refusal of the Prime Minister to grant its request for the withdrawal of that provision.

17 In support of its action, that association argued that that provision infringes Directive 2000/60, in particular Article 4(1) thereof, which prohibits any deterioration, whether temporary or long-term, of the status of bodies of water.

18 The referring court notes that, in its judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (C-461/13, EU:C:2015:433), the Court ruled, in particular, that Article 4(1)(a)(i) to (iii) of Directive 2000/60 must be interpreted as meaning that the Member States are required – subject to the derogations provided for in paragraphs 6 and 7 of that article – to refuse authorisation for an individual project where it may cause a deterioration of the status of a body of surface water or where it jeopardises the attainment of good surface water status or of good ecological potential and good surface water chemical status by the date laid down by that directive.

19 Before that court, the Minister for Ecological and Joint Transition contends that the provision at issue in the main proceedings is not covered by the derogation provided for in Article 4(6) of Directive 2000/60, which must result from circumstances due to natural causes or force majeure, but by that referred to in paragraph 7 thereof, which excludes, from the scope of infringements of that directive, deteriorations in the status of a body of water resulting from new sustainable human development activities where the four conditions mentioned in that paragraph are cumulatively met. In that regard, the minister produced Guidance Document No 36 on ‘Derogations from the Environmental Objectives according to Article 4(7)’ prepared, as part of the process known as the ‘Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and the Floods Directive’, by the relevant administrations

of the Member States and the European Commission, in the course of December 2017, according to which when such activities have only a temporary, short-term impact on the status of a body of water and are without lasting consequences, they may be authorised without that authorisation being made subject to compliance with the conditions referred to in Article 4(7) of that directive.

20 According to the referring court, the answer to the plea raised by the applicant association therefore depends on whether, having regard to the objective of preventing the deterioration of surface water quality, the administrative authority may disregard any impacts of the programmes and projects subject to its authorisation which are temporary, short-term and without lasting consequences and, if so, under what conditions and to what extent.

21 In those circumstances, the Conseil d'État (Council of State) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'(1) Must Article 4 of Directive [2000/60] be interpreted as permitting Member States, when authorising a programme or project, not to take into account their temporary, short-term impacts on surface water status which are without lasting consequences?

(2) If so, what conditions should those programmes and projects meet for the purposes of Article 4 of that directive and in particular paragraphs 6 and 7 thereof?'

The questions referred for a preliminary ruling

22 By its two questions, which should be examined together, the referring court asks, in essence, whether Article 4 of Directive 2000/60 must be interpreted as permitting Member States, when they assess the compatibility of a particular programme or project with the objective of preventing the deterioration of water quality, not to take into account temporary, short-term impacts on that water quality which are without lasting consequences and, if so, under what conditions.

23 Under Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60, in making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans, Member States are to implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water, subject to the application of paragraphs 6 and 7 and without prejudice to paragraph 8 thereof.

24 In that regard, the Court has held that Article 4(1)(a) of Directive 2000/60 does not simply set out, in programmatic terms, mere management-planning objectives, but has binding effects, once the ecological status of the body of water concerned has been determined, at each stage of the procedure prescribed by that directive. That provision does not therefore contain solely basic obligations, but also concerns individual projects (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraphs 43 and 47).

25 Accordingly, unless a derogation is granted, any deterioration of the status of a body of water must be prevented, irrespective of the longer-term planning provided for by management plans and programmes of measures. The obligation to prevent deterioration of the status of bodies of surface water remains binding at each stage of implementation of Directive 2000/60 and is applicable to every surface water body type and status for which a management plan has or should have been adopted. The Member State concerned is consequently required to refuse authorisation for a project where it is such as to result in deterioration of the status of the body of water concerned or to jeopardise the attainment of good surface water status, unless the view is taken that the project is covered by a derogation under Article 4(7) of the directive (judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 50).

26 That implies that, during the procedure for approval of a project, and therefore before the decision is taken, the competent authorities are required, under Article 4 of Directive 2000/60, to check whether that project may have adverse effects on water which would be contrary to the requirements to prevent deterioration and to improve the status of bodies of surface water and groundwater (judgment of 28 May 2020, *Land Nordrhein-Westfalen*, C-535/18, EU:C:2020:391, paragraph 76).

27 As regards the concept of ‘deterioration of the status’ of a body of surface water, which is not defined in Directive 2000/60, the Court has held that there is deterioration of the status of a body of surface water, within the meaning of Article 4(1)(a)(i) thereof, as soon as the status of at least one of the quality elements within the meaning of Annex V to the directive falls by one class, even if that fall does not result in a fall in classification of the body of surface water as a whole. However, if the quality element concerned within the meaning of that annex is already in the lowest class, any deterioration of that element constitutes a ‘deterioration of the status’ of a body of surface water (judgment of 4 May 2016, *Commission* v *Austria*, C-346/14, EU:C:2016:322, paragraph 59 and the case-law cited).

28 In the present case, the national provision at issue in the main proceedings provides that, for the purpose of the check relating to the prevention of deterioration of the status of bodies of surface water, referred to in paragraph 26 of the present judgment, ‘account shall not be taken of temporary, short-term impacts which are without lasting consequences’.

29 Thus, it follows from the wording of that provision and from the request for a preliminary ruling, that that provision is intended, inter alia, to permit the authorisation of a programme or project which will have only such a temporary impact on the status of a body of surface water, without it being necessary, in that case, to verify that the cumulative conditions laid down in Article 4(7) of Directive 2000/60 and reproduced, in essence, in Article R. 212-16 of the Environmental Code are satisfied.

30 In that regard, the intervening Governments and the Commission submit, in essence, that, even where they cause deterioration within the meaning of paragraph 27 of the present judgment, temporary, short-term impacts which are without lasting consequences on the status of a body of surface water do not necessarily constitute deterioration prohibited by Article 4(1)(a)(i) of Directive 2000/60, as is apparent, in particular, from the passages of the guidance document referred to in paragraph 19 of the present judgment. In that connection, they refer, in particular, to the frequency of the reviews of the environmental impact of human activity on the status of surface waters, established in Article 5 of that directive, and to the frequency with which programmes of measures are to be updated, established in Article 11 thereof, as well as to the frequency of monitoring which is indicated, for the purpose of the programmes for the monitoring of surface water status referred to in Article 8 of that directive, in the table in section 1.3.4. of Annex V thereto. In the absence of a prohibited deterioration, there is nothing to give rise to a derogation for the purpose of Article 4(7) of that directive.

31 However, such an interpretation, as conveyed in particular by the abovementioned guidance document which, as stated by the Advocate General in point 75 of his Opinion, is not legally binding, does not derive from the provisions of Directive 2000/60 and is, moreover, contradicted by the general scheme of that directive and the objectives it pursues. While the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of surface water does not imply that Member States are required, when they assess the compatibility of a particular programme or project with the objective of preventing the deterioration of water quality, to take into account temporary, short-term impacts which are without lasting consequences where it is established that such impacts have, by their nature, little effect on the status of bodies of water and that they are therefore incapable of leading to a deterioration of those bodies, that is not the case where it is established that such impacts may cause deterioration within the meaning of paragraph 27 of the present judgment, even if that deterioration is temporary in nature.

32 First of all, it follows from the combined reading of Article 4(1) and (6) of Directive 2000/60 that the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of surface water includes the obligation to prevent a temporary deterioration of the status of those bodies of water. The fact that Article 4(6) of that directive provides for a derogation for such deterioration confirms that Article 4(1)(a)(i) thereof requires the Member States also to prevent that deterioration.

33 Furthermore, under Article 1(a) of Directive 2000/60, the purpose of that directive is to establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater, which prevents further deterioration and protects and enhances the status of aquatic ecosystems and, with regard to their water needs, terrestrial ecosystems and wetlands directly depending on the aquatic ecosystems. Similarly, recital 32 of that directive refers to the ‘requirement’ to prevent further deterioration of the status of waters.

34 Furthermore, the Court has held that Article 4(1) of Directive 2000/60 imposes two distinct, albeit intrinsically linked, objectives. First, in accordance with Article 4(1)(a)(i) of that directive, Member States are to implement the necessary measures to prevent deterioration of the status of all bodies of surface water (obligation to prevent deterioration). Secondly, pursuant to Article 4(1)(a)(ii) and (iii), Member States are to protect, enhance and restore all bodies of surface water with the aim of achieving 'good status' by the end of 2015 at the latest (obligation to enhance) (judgment of 28 May 2020, *Land Nordrhein-Westfalen*, C-535/18, EU:C:2020:391, paragraph 68 and the case-law cited).

35 Accordingly, the obligation to prevent deterioration of the status of bodies of water was granted autonomous ranking by the EU legislature and is not merely an instrument placed at the service of the obligation to enhance the status of bodies of water (judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 49).

36 As regards the obligation to prevent deterioration, the Court has pointed out, moreover, that, unless a derogation is granted, any deterioration of the status of a body of surface water must be prevented (judgment of 4 May 2016, *Commission* v *Austria*, C-346/14, EU:C:2016:322, paragraph 64 and the case-law cited).

37 More particularly, the Court has repeatedly held that, as regards the criteria for concluding that there is a deterioration of the status of a body of water, it is clear from the scheme of Article 4 of Directive 2000/60, in particular Article 4(6) and (7), that a deterioration of the status of a body of water, even if transitory, is authorised only subject to strict conditions and that, consequently, the threshold beyond which breach of the obligation to prevent deterioration of the status of a body of water is found must be as low as possible (see, to that effect, judgments of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 67, and of 24 June 2021, *Commission* v *Spain (Deterioration of the Doñana natural area)*, C-559/19, EU:C:2021:512, paragraph 48).

38 Lastly, it should be recalled in this context that Directive 2000/60 was adopted on the basis of Article 175(1) EC (now Article 192(1) TFEU). In that regard, recital 11 of that directive states that, as set out in Article 174 EC (now Article 191 TFEU), EU policy on the environment is to contribute to pursuit of the objectives of preserving, protecting and improving the quality of the environment, in prudent and rational utilisation of natural resources, and to be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken and that environmental damage should, as a priority, be rectified at source.

39 Both the objectives and the principles, on the one hand, and the ultimate objective of Directive 2000/60, on the other, which is to achieve at least 'good status' of all EU surface waters and maintain that status, as stated in recital 26 of that directive (see, to that effect, judgment of 1 July 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, paragraph 37), in turn confirm the interpretation that, subject to the application of Article 4(6) and (7) of that directive and without prejudice to paragraph 8 thereof, any deterioration of the status of a body of water, even if temporary, transitory or short-term, must be avoided in the light of the adverse environmental effects or harm to human health which may result therefrom.

40 It is true that, in practice, in view of the frequency of monitoring laid down in section 1.3.4 of Annex V to Directive 2000/60, there is a possibility that, in the context of the monitoring of surface water status required by Article 8 thereof, a temporary deterioration of a quality element within the meaning of paragraph 27 of the present judgment will not be detected.

41 However, as observed by the Advocate General in point 51 of his Opinion, the frequency of the checks carried out for the purposes of analysis, monitoring and possible detection, which may, depending on the case, range from one month to six years, cannot be regarded as a relevant criterion for assessing a potential deterioration of the status of a body of surface water in the context of the ex ante check referred to in paragraph 26 of the present judgment. To accept an interpretation, according to which a deterioration of the status of a body of surface water of a foreseeable duration of months or years is not contrary to the obligation to prevent deterioration, referred to in Article 4(1) of that directive, and that, therefore a project capable of causing such deterioration may be authorised without the conditions laid

down in Article 4(7) thereof being met, that is to say, without any monitoring, would be manifestly incompatible with the findings, in particular, in paragraphs 38 and 39 of the present judgment.

42 Conversely, contrary to the French Government's submissions, an interpretation according to which the obligation to prevent a deterioration of the status of a body of surface water also covers a temporary, short-term deterioration which is without lasting consequences does not render incoherent the provisions of Article 4 of Directive 2000/60. Like any other project capable of causing a deterioration of the status of a body of surface water, a project capable of causing a temporary, short-term deterioration which is without lasting consequences can, in principle, be granted an authorisation on the basis of Article 4(7) thereof.

43 In that connection, and with regard, inter alia, to projects aimed at protecting or even enhancing the status of bodies of surface water, such as the so-called 'renaturalisation' projects mentioned by the French Government, it appears, in particular, that, a priori, such projects will serve an overriding public interest or that the benefits to the environment and society linked to the achievement of the objectives set out in Article 4(1) of Directive 2000/60 will, in the case of such projects, be outweighed by the benefits to human health, the maintenance of human safety, or the sustainable development resulting from those projects, as required by Article 4(7)(c) thereof.

44 As regards the condition, laid down in Article 4(7)(b) of Directive 2000/60, according to which 'the reasons for those modifications or alterations [must be] specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 [of that directive] and the objectives are reviewed every six years', it is clear from the case-law of the Court (judgment of 4 May 2016, *Commission* v *Austria*, C-346/14, EU:C:2016:322, paragraphs 66 and 68 and the case-law cited) and section 5 of part A of Annex VII thereto, that that condition may be regarded as satisfied where the reasons behind the project concerned are set out, at the date of authorisation of that project, only in the decision authorising it.

45 In the light of all the foregoing considerations, the answer to the two questions posed is that Article 4 of Directive 2000/60 must be interpreted as requiring Member States, when they assess the compatibility of a particular programme or project with the objective of preventing the deterioration of water quality, to take into account temporary, short-term impacts which are without lasting consequences, unless it is clear that such impacts have, by their nature, little effect on the status of the bodies of water concerned and cannot lead to a 'deterioration' of that status, within the meaning of that provision. Where, as part of the authorisation procedure for a programme or project, the competent national authorities determine that that programme or project could lead to such a deterioration, that programme or project may be authorised only if the conditions set out in Article 4(7) of that directive are met, even if the deterioration is temporary in nature.

Costs

46 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby rules:

Article 4 of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy

must be interpreted as requiring Member States, when they assess the compatibility of a particular programme or project with the objective of preventing the deterioration of water quality, to take into account temporary, short-term impacts which are without lasting consequences, unless it is clear that such impacts have, by their nature, little effect on the status of the bodies of water concerned and cannot lead to a 'deterioration' of that status, within the meaning of that provision. Where, as part of the authorisation procedure for a programme or project, the competent national authorities determine that that programme or project could lead

to such a deterioration, that programme or project may be authorised only if the conditions set out in Article 4(7) of that directive are met, even if the deterioration is temporary in nature.

[Signatures]

---

* Language of the case: French.

DIRECTIVE 2001/42/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
of 27 June 2001
on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 175(1) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission [1],

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee [2],

Having regard to the opinion of the Committee of the Regions [3],

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty [4], in the light of the joint text approved by the Conciliation Committee on 21 March 2001,

Whereas:

(1) Article 174 of the Treaty provides that Community policy on the environment is to contribute to, *inter alia*, the preservation, protection and improvement of the quality of the environment, the protection of human health and the prudent and rational utilisation of natural resources and that it is to be based on the precautionary principle. Article 6 of the Treaty provides that environmental protection requirements are to be integrated into the definition of Community policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development.

(2) The Fifth Environment Action Programme: Towards sustainability — A European Community programme of policy and action in relation to the environment and sustainable development [5], supplemented by Council Decision No 2179/98/EC [6] on its review, affirms the importance of assessing the likely environmental effects of plans and programmes.

(3) The Convention on Biological Diversity requires Parties to integrate as far as possible and as appropriate the conservation and sustainable use of biological diversity into relevant sectoral or cross-sectoral plans and programmes.

(4) Environmental assessment is an important tool for integrating environmental considerations into the preparation and adoption of certain plans and programmes which are likely to have significant effects on the environment in the Member States, because it ensures that such effects of implementing plans and programmes are taken into account during their preparation and before their adoption.

(5) The adoption of environmental assessment procedures at the planning and programming level should benefit undertakings by providing a more consistent framework in which to operate by the inclusion of the relevant environmental information into decision making. The inclusion of a wider set of factors in decision making should contribute to more sustainable and effective solutions.

(6) The different environmental assessment systems operating within Member States should contain a set of common procedural requirements necessary to contribute to a high level of protection of the environment.

(7) The United Nations/Economic Commission for Europe Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context of 25 February 1991, which applies to both Member States and other States, encourages the parties to the Convention to apply its principles to plans and programmes as well; at the second meeting of the Parties to the Convention in Sofia on 26 and 27 February 2001, it was decided to prepare a legally binding protocol on strategic environmental assessment which would supplement the existing provisions on environmental impact assessment in a transboundary context, with a view to its possible adoption on the occasion of the 5th Ministerial Conference 'Environment for Europe' at an extraordinary meeting of the Parties to the Convention, scheduled for May 2003 in Kiev, Ukraine. The systems operating within the Community for environmental assessment of plans and programmes should ensure that there are adequate transboundary consultations where the implementation of a plan or programme being prepared in one Member State is likely to have significant effects on the environment of another Member State. The information on plans and programmes having significant effects on the environment of other States should be forwarded on a reciprocal and equivalent basis within an appropriate legal framework between Member States and these other States.

[1] OJ C 129, 25.4.1997, p. 14 and OJ C 83, 25.3.1999, p. 13.
[2] OJ C 287, 22.9.1997, p. 101.
[3] OJ C 64, 27.2.1998, p. 63 and OJ C 374, 23.12.1999, p. 9.
[4] Opinion of the European Parliament of 20 October 1998 (OJ C 341, 9.11.1998, p. 18), confirmed on 16 September 1999 (OJ C 54, 25.2.2000, p. 76), Council Common Position of 30 March 2000 (OJ C 137, 16.5.2000, p. 11) and Decision of the European Parliament of 6 September 2000 (OJ C 135, 7.5.2001, p. 155). Decision of the European Parliament of 31 May 2001 and Decision of the Council of 5 June 2001.
[5] OJ C 138, 17.5.1993, p. 5.
[6] OJ L 275, 10.10.1998, p. 1.

(8) Action is therefore required at Community level to lay down a minimum environmental assessment framework, which would set out the broad principles of the environmental assessment system and leave the details to the Member States, having regard to the principle of subsidiarity. Action by the Community should not go beyond what is necessary to achieve the objectives set out in the Treaty.

(9) This Directive is of a procedural nature, and its requirements should either be integrated into existing procedures in Member States or incorporated in specifically established procedures. With a view to avoiding duplication of the assessment, Member States should take account, where appropriate, of the fact that assessments will be carried out at different levels of a hierarchy of plans and programmes.

(10) All plans and programmes which are prepared for a number of sectors and which set a framework for future development consent of projects listed in Annexes I and II to Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment [1], and all plans and programmes which have been determined to require assessment pursuant to Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild flora and fauna [2], are likely to have significant effects on the environment, and should as a rule be made subject to systematic environmental assessment. When they determine the use of small areas at local level or are minor modifications to the above plans or programmes, they should be assessed only where Member States determine that they are likely to have significant effects on the environment.

(11) Other plans and programmes which set the framework for future development consent of projects may not have significant effects on the environment in all cases and should be assessed only where Member States determine that they are likely to have such effects.

(12) When Member States make such determinations, they should take into account the relevant criteria set out in this Directive.

(13) Some plans or programmes are not subject to this Directive because of their particular characteristics.

(14) Where an assessment is required by this Directive, an environmental report should be prepared containing relevant information as set out in this Directive, identifying, describing and evaluating the likely significant environmental effects of implementing the plan or programme, and reasonable alternatives taking into account the objectives and the geographical scope of the plan or programme; Member States should communicate to the Commission any measures they take concerning the quality of environmental reports.

(15) In order to contribute to more transparent decision making and with the aim of ensuring that the information supplied for the assessment is comprehensive and reliable, it is necessary to provide that authorities with relevant environmental responsibilities and the public are to be consulted during the assessment of plans and programmes, and that appropriate time frames are set, allowing sufficient time for consultations, including the expression of opinion.

(16) Where the implementation of a plan or programme prepared in one Member State is likely to have a significant effect on the environment of other Member States, provision should be made for the Member States concerned to enter into consultations and for the relevant authorities and the public to be informed and enabled to express their opinion.

(17) The environmental report and the opinions expressed by the relevant authorities and the public, as well as the results of any transboundary consultation, should be taken into account during the preparation of the plan or programme and before its adoption or submission to the legislative procedure.

(18) Member States should ensure that, when a plan or programme is adopted, the relevant authorities and the public are informed and relevant information is made available to them.

(19) Where the obligation to carry out assessments of the effects on the environment arises simultaneously from this Directive and other Community legislation, such as Council Directive 79/409/EEC of 2 April 1979 on the conservation of wild birds [3], Directive 92/43/EEC, or Directive 2000/60/EC of the European Parliament and the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy [4], in order to avoid duplication of the assessment, Member States may provide for coordinated or joint procedures fulfilling the requirements of the relevant Community legislation.

(20) A first report on the application and effectiveness of this Directive should be carried out by the Commission five years after its entry into force, and at seven-year intervals thereafter. With a view to further integrating environmental protection requirements, and taking into account the experience acquired, the first report should, if appropriate, be accompanied by proposals for amendment of this Directive, in particular as regards the possibility of extending its scope to other areas/sectors and other types of plans and programmes,

[1] OJ L 175, 5.7.1985, p. 40. Directive as amended by Directive 97/11/EC (OJ L 73, 14.3.1997, p. 5).
[2] OJ L 206, 22.7.1992, p. 7. Directive as last amended by Directive 97/62/EC (OJ L 305, 8.11.1997, p. 42).
[3] OJ L 103, 25.4.1979, p. 1. Directive as last amended by Directive 97/49/EC (OJ L 223, 13.8.1997, p. 9).
[4] OJ L 327, 22.12.2000, p. 1.

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

Article 1

Objectives

The objective of this Directive is to provide for a high level of protection of the environment and to contribute to the integration of environmental considerations into the preparation and adoption of plans and programmes with a view to promoting sustainable development, by ensuring that, in accordance with this Directive, an environmental assessment is carried out of certain plans and programmes which are likely to have significant effects on the environment.

Article 2

Definitions

For the purposes of this Directive:

(a) 'plans and programmes' shall mean plans and programmes, including those co-financed by the European Community, as well as any modifications to them:

— which are subject to preparation and/or adoption by an authority at national, regional or local level or which are prepared by an authority for adoption, through a legislative procedure by Parliament or Government, and

— which are required by legislative, regulatory or administrative provisions;

(b) 'environmental assessment' shall mean the preparation of an environmental report, the carrying out of consultations, the taking into account of the environmental report and the results of the consultations in decision-making and the provision of information on the decision in accordance with Articles 4 to 9;

(c) 'environmental report' shall mean the part of the plan or programme documentation containing the information required in Article 5 and Annex I;

(d) 'The public' shall mean one or more natural or legal persons and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organisations or groups.

Article 3

Scope

1. An environmental assessment, in accordance with Articles 4 to 9, shall be carried out for plans and programmes referred to in paragraphs 2 to 4 which are likely to have significant environmental effects.

2. Subject to paragraph 3, an environmental assessment shall be carried out for all plans and programmes,

(a) which are prepared for agriculture, forestry, fisheries, energy, industry, transport, waste management, water management, telecommunications, tourism, town and country planning or land use and which set the framework for future development consent of projects listed in Annexes I and II to Directive 85/337/EEC, or

(b) which, in view of the likely effect on sites, have been determined to require an assessment pursuant to Article 6 or 7 of Directive 92/43/EEC.

3. Plans and programmes referred to in paragraph 2 which determine the use of small areas at local level and minor modifications to plans and programmes referred to in paragraph 2 shall require an environmental assessment only where the Member States determine that they are likely to have significant environmental effects.

4. Member States shall determine whether plans and programmes, other than those referred to in paragraph 2, which set the framework for future development consent of projects, are likely to have significant environmental effects.

5. Member States shall determine whether plans or programmes referred to in paragraphs 3 and 4 are likely to have significant environmental effects either through case-by-case examination or by specifying types of plans and programmes or by combining both approaches. For this purpose Member States shall in all cases take into account relevant criteria set out in Annex II, in order to ensure that plans and programmes with likely significant effects on the environment are covered by this Directive.

6. In the case-by-case examination and in specifying types of plans and programmes in accordance with paragraph 5, the authorities referred to in Article 6(3) shall be consulted.

7. Member States shall ensure that their conclusions pursuant to paragraph 5, including the reasons for not requiring an environmental assessment pursuant to Articles 4 to 9, are made available to the public.

8. The following plans and programmes are not subject to this Directive:

— plans and programmes the sole purpose of which is to serve national defence or civil emergency,

— financial or budget plans and programmes.

9. This Directive does not apply to plans and programmes co-financed under the current respective programming periods [1] for Council Regulations (EC) No 1260/1999 [2] and (EC) No 1257/1999 [3].

[1] The 2000-2006 programming period for Council Regulation (EC) No 1260/1999 and the 2000-2006 and 2000-2007 programming periods for Council Regulation (EC) No 1257/1999.

[2] Council Regulation (EC) No 1260/1999 of 21 June 1999 laying down general provisions on the Structural Funds (OJ L 161, 26.6.1999, p. 1).

[3] Council Regulation (EC) No 1257/1999 of 17 May 1999 on support for rural development from the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) and amending and repealing certain regulations (OJ L 160, 26.6.1999, p. 80).

Article 4

General obligations

1. The environmental assessment referred to in Article 3 shall be carried out during the preparation of a plan or programme and before its adoption or submission to the legislative procedure.

2. The requirements of this Directive shall either be integrated into existing procedures in Member States for the adoption of plans and programmes or incorporated in procedures established to comply with this Directive.

3. Where plans and programmes form part of a hierarchy, Member States shall, with a view to avoiding duplication of the assessment, take into account the fact that the assessment will be carried out, in accordance with this Directive, at different levels of the hierarchy. For the purpose of, *inter alia*, avoiding duplication of assessment, Member States shall apply Article 5(2) and (3).

Article 5

Environmental report

1. Where an environmental assessment is required under Article 3(1), an environmental report shall be prepared in which the likely significant effects on the environment of implementing the plan or programme, and reasonable alternatives taking into account the objectives and the geographical scope of the plan or programme, are identified, described and evaluated. The information to be given for this purpose is referred to in Annex I.

2. The environmental report prepared pursuant to paragraph 1 shall include the information that may reasonably be required taking into account current knowledge and methods of assessment, the contents and level of detail in the plan or programme, its stage in the decision-making process and the extent to which certain matters are more appropriately assessed at different levels in that process in order to avoid duplication of the assessment.

3. Relevant information available on environmental effects of the plans and programmes and obtained at other levels of decision-making or through other Community legislation may be used for providing the information referred to in Annex I.

4. The authorities referred to in Article 6(3) shall be consulted when deciding on the scope and level of detail of the information which must be included in the environmental report.

Article 6

Consultations

1. The draft plan or programme and the environmental report prepared in accordance with Article 5 shall be made available to the authorities referred to in paragraph 3 of this Article and the public.

2. The authorities referred to in paragraph 3 and the public referred to in paragraph 4 shall be given an early and effective opportunity within appropriate time frames to express their opinion on the draft plan or programme and the accompanying environmental report before the adoption of the plan or programme or its submission to the legislative procedure.

3. Member States shall designate the authorities to be consulted which, by reason of their specific environmental responsibilities, are likely to be concerned by the environmental effects of implementing plans and programmes.

4. Member States shall identify the public for the purposes of paragraph 2, including the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the decision-making subject to this Directive, including relevant non-governmental organisations, such as those promoting environmental protection and other organisations concerned.

5. The detailed arrangements for the information and consultation of the authorities and the public shall be determined by the Member States.

Article 7

Transboundary consultations

1. Where a Member State considers that the implementation of a plan or programme being prepared in relation to its territory is likely to have significant effects on the environment in another Member State, or where a Member State likely to be significantly affected so requests, the Member State in whose territory the plan or programme is being prepared shall, before its adoption or submission to the legislative procedure, forward a copy of the draft plan or programme and the relevant environmental report to the other Member State.

2. Where a Member State is sent a copy of a draft plan or programme and an environmental report under paragraph 1, it shall indicate to the other Member State whether it wishes to enter into consultations before the adoption of the plan or programme or its submission to the legislative procedure and, if it so indicates, the Member States concerned shall enter into consultations concerning the likely transboundary environmental effects of implementing the plan or programme and the measures envisaged to reduce or eliminate such effects.

Where such consultations take place, the Member States concerned shall agree on detailed arrangements to ensure that the authorities referred to in Article 6(3) and the public referred to in Article 6(4) in the Member State likely to be significantly affected are informed and given an opportunity to forward their opinion within a reasonable time-frame.

3. Where Member States are required under this Article to enter into consultations, they shall agree, at the beginning of such consultations, on a reasonable timeframe for the duration of the consultations.

Article 8

Decision making

The environmental report prepared pursuant to Article 5, the opinions expressed pursuant to Article 6 and the results of any transboundary consultations entered into pursuant to Article 7 shall be taken into account during the preparation of the plan or programme and before its adoption or submission to the legislative procedure.

Article 9

Information on the decision

1. Member States shall ensure that, when a plan or programme is adopted, the authorities referred to in Article 6(3), the public and any Member State consulted under Article 7 are informed and the following items are made available to those so informed:

(a) the plan or programme as adopted;

(b) a statement summarising how environmental considerations have been integrated into the plan or programme and how the environmental report prepared pursuant to Article 5, the opinions expressed pursuant to Article 6 and the results of consultations entered into pursuant to Article 7 have been taken into account in accordance with Article 8 and the reasons for choosing the plan or programme as adopted, in the light of the other reasonable alternatives dealt with, and

(c) the measures decided concerning monitoring in accordance with Article 10.

2. The detailed arrangements concerning the information referred to in paragraph 1 shall be determined by the Member States.

Article 10

Monitoring

1. Member States shall monitor the significant environmental effects of the implementation of plans and programmes in order, *inter alia*, to identify at an early stage unforeseen adverse effects, and to be able to undertake appropriate remedial action.

2. In order to comply with paragraph 1, existing monitoring arrangements may be used if appropriate, with a view to avoiding duplication of monitoring.

Article 11

Relationship with other Community legislation

1. An environmental assessment carried out under this Directive shall be without prejudice to any requirements under Directive 85/337/EEC and to any other Community law requirements.

2. For plans and programmes for which the obligation to carry out assessments of the effects on the environment arises simultaneously from this Directive and other Community legislation, Member States may provide for coordinated or joint procedures fulfilling the requirements of the relevant Community legislation in order, *inter alia*, to avoid duplication of assessment.

3. For plans and programmes co-financed by the European Community, the environmental assessment in accordance with this Directive shall be carried out in conformity with the specific provisions in relevant Community legislation.

Article 12

Information, reporting and review

1. Member States and the Commission shall exchange information on the experience gained in applying this Directive.

2. Member States shall ensure that environmental reports are of a sufficient quality to meet the requirements of this Directive and shall communicate to the Commission any measures they take concerning the quality of these reports.

3. Before 21 July 2006 the Commission shall send a first report on the application and effectiveness of this Directive to the European Parliament and to the Council.

With a view further to integrating environmental protection requirements, in accordance with Article 6 of the Treaty, and taking into account the experience acquired in the application of this Directive in the Member States, such a report will be accompanied by proposals for amendment of this Directive, if appropriate. In particular, the Commission will consider the possibility of extending the scope of this Directive to other areas/sectors and other types of plans and programmes.

A new evaluation report shall follow at seven-year intervals.

4. The Commission shall report on the relationship between this Directive and Regulations (EC) No 1260/1999 and (EC) No 1257/1999 well ahead of the expiry of the programming periods provided for in those Regulations, with a view to ensuring a coherent approach with regard to this Directive and subsequent Community Regulations.

Article 13

Implementation of the Directive

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive before 21 July 2004. They shall forthwith inform the Commission thereof.

2. When Member States adopt the measures, they shall contain a reference to this Directive or shall be accompanied by such reference on the occasion of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

3. The obligation referred to in Article 4(1) shall apply to the plans and programmes of which the first formal preparatory act is subsequent to the date referred to in paragraph 1. Plans and programmes of which the first formal preparatory act is before that date and which are adopted or submitted to the legislative procedure more than 24 months thereafter, shall be made subject to the obligation referred to in Article 4(1) unless Member States decide on a case by case basis that this is not feasible and inform the public of their decision.

4. Before 21 July 2004, Member States shall communicate to the Commission, in addition to the measures referred to in paragraph 1, separate information on the types of plans and programmes which, in accordance with Article 3, would be subject to an environmental assessment pursuant to this Directive. The Commission shall make this information available to the Member States. The information will be updated on a regular basis.

Article 14

Entry into force

This Directive shall enter into force on the day of its publication in the *Official Journal of the European Communities*.

Article 15

Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Luxembourg, 27 June 2001.

For the European Parliament	*For the Council*
The President	*The President*
N. FONTAINE	B. ROSENGREN

ANNEX I

Information referred to in Article 5(1)

The information to be provided under Article 5(1), subject to Article 5(2) and (3), is the following:

(a) an outline of the contents, main objectives of the plan or programme and relationship with other relevant plans and programmes;

(b) the relevant aspects of the current state of the environment and the likely evolution thereof without implementation of the plan or programme;

(c) the environmental characteristics of areas likely to be significantly affected;

(d) any existing environmental problems which are relevant to the plan or programme including, in particular, those relating to any areas of a particular environmental importance, such as areas designated pursuant to Directives 79/409/EEC and 92/43/EEC;

(e) the environmental protection objectives, established at international, Community or Member State level, which are relevant to the plan or programme and the way those objectives and any environmental considerations have been taken into account during its preparation;

(f) the likely significant effects [1] on the environment, including on issues such as biodiversity, population, human health, fauna, flora, soil, water, air, climatic factors, material assets, cultural heritage including architectural and archaeological heritage, landscape and the interrelationship between the above factors;

(g) the measures envisaged to prevent, reduce and as fully as possible offset any significant adverse effects on the environment of implementing the plan or programme;

(h) an outline of the reasons for selecting the alternatives dealt with, and a description of how the assessment was undertaken including any difficulties (such as technical deficiencies or lack of know-how) encountered in compiling the required information;

(i) a description of the measures envisaged concerning monitoring in accordance with Article 10;

(j) a non-technical summary of the information provided under the above headings.

[1] These effects should include secondary, cumulative, synergistic, short, medium and long-term permanent and temporary, positive and negative effects.

ANNEX II

Criteria for determining the likely significance of effects referred to in Article 3(5)

1. The characteristics of plans and programmes, having regard, in particular, to
   - the degree to which the plan or programme sets a framework for projects and other activities, either with regard to the location, nature, size and operating conditions or by allocating resources,
   - the degree to which the plan or programme influences other plans and programmes including those in a hierarchy,
   - the relevance of the plan or programme for the integration of environmental considerations in particular with a view to promoting sustainable development,
   - environmental problems relevant to the plan or programme,
   - the relevance of the plan or programme for the implementation of Community legislation on the environment (e.g. plans and programmes linked to waste-management or water protection).
2. Characteristics of the effects and of the area likely to be affected, having regard, in particular, to
   - the probability, duration, frequency and reversibility of the effects,
   - the cumulative nature of the effects,
   - the transboundary nature of the effects,
   - the risks to human health or the environment (e.g. due to accidents),
   - the magnitude and spatial extent of the effects (geographical area and size of the population likely to be affected),
   - the value and vulnerability of the area likely to be affected due to:
     - special natural characteristics or cultural heritage,
     - exceeded environmental quality standards or limit values,
     - intensive land-use,
   - the effects on areas or landscapes which have a recognised national, Community or international protection status.

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE

European Treaty Series - No. 104

Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats *

Bern, 19.IX.1979

Preamble

The member States of the Council of Europe and the other signatories hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Considering the wish of the Council of Europe to co-operate with other States in the field of nature conservation;

Recognising that wild flora and fauna constitute a natural heritage of aesthetic, scientific, cultural, recreational, economic and intrinsic value that needs to be preserved and handed on to future generations;

Recognising the essential role played by wild flora and fauna in maintaining biological balances;

Noting that numerous species of wild flora and fauna are being seriously depleted and that some of them are threatened with extinction;

Aware that the conservation of natural habitats is a vital component of the protection and conservation of wild flora and fauna;

Recognising that the conservation of wild flora and fauna should be taken into consideration by the governments in their national goals and programmes, and that international co-operation should be established to protect migratory species in particular;

Bearing in mind the widespread requests for common action made by governments or by international bodies, in particular the requests expressed by the United Nations Conference on the Human Environment 1972 and the Consultative Assembly of the Council of Europe;

Desiring particularly to follow, in the field of wildlife conservation, the recommendations of Resolution No. 2 of the Second European Ministerial Conference on the Environment,

Have agreed as follows:

(*) The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community entered into force on 1 December 2009. As a consequence, as from that date, any reference to the European Economic Community shall be read as the European Union.

Chapter I – General provisions

Article 1

1 The aims of this Convention are to conserve wild flora and fauna and their natural habitats, especially those species and habitats whose conservation requires the co-operation of several States, and to promote such co-operation.

2 Particular emphasis is given to endangered and vulnerable species, including endangered and vulnerable migratory species.

Article 2

The Contracting Parties shall take requisite measures to maintain the population of wild flora and fauna at, or adapt it to, a level which corresponds in particular to ecological, scientific and cultural requirements, while taking account of economic and recreational requirements and the needs of sub-species, varieties or forms at risk locally.

Article 3

1 Each Contracting Party shall take steps to promote national policies for the conservation of wild flora, wild fauna and natural habitats, with particular attention to endangered and vulnerable species, especially endemic ones, and endangered habitats, in accordance with the provisions of this Convention.

2 Each Contracting Party undertakes, in its planning and development policies and in its measures against pollution, to have regard to the conservation of wild flora and fauna.

3 Each Contracting Party shall promote education and disseminate general information on the need to conserve species of wild flora and fauna and their habitats.

Chapter II – Protection of habitats

Article 4

1 Each Contracting Party shall take appropriate and necessary legislative and administrative measures to ensure the conservation of the habitats of the wild flora and fauna species, especially those specified in Appendices I and II, and the conservation of endangered natural habitats.

2 The Contracting Parties in their planning and development policies shall have regard to the conservation requirements of the areas protected under the preceding paragraph, so as to avoid or minimise as far as possible any deterioration of such areas.

3 The Contracting Parties undertake to give special attention to the protection of areas that are of importance for the migratory species specified in Appendices II and III and which are appropriately situated in relation to migration routes, as wintering, staging, feeding, breeding or moulting areas.

4 The Contracting Parties undertake to co-ordinate as appropriate their efforts for the protection of the natural habitats referred to in this article when these are situated in frontier areas.

Chapter III – Protection of species

Article 5

Each Contracting Party shall take appropriate and necessary legislative and administrative measures to ensure the special protection of the wild flora species specified in Appendix I. Deliberate picking, collecting, cutting or uprooting of such plants shall be prohibited. Each Contracting Party shall, as appropriate, prohibit the possession or sale of these species.

Article 6

Each Contracting Party shall take appropriate and necessary legislative and administrative measures to ensure the special protection of the wild fauna species specified in Appendix II. The following will in particular be prohibited for these species:

a all forms of deliberate capture and keeping and deliberate killing;

b the deliberate damage to or destruction of breeding or resting sites;

c the deliberate disturbance of wild fauna, particularly during the period of breeding, rearing and hibernation, insofar as disturbance would be significant in relation to the objectives of this Convention;

d the deliberate destruction or taking of eggs from the wild or keeping these eggs even if empty;

e the possession of and internal trade in these animals, alive or dead, including stuffed animals and any readily recognisable part or derivative thereof, where this would contribute to the effectiveness of the provisions of this article.

Article 7

1 Each Contracting Party shall take appropriate and necessary legislative and administrative measures to ensure the protection of the wild fauna species specified in Appendix III.

2 Any exploitation of wild fauna specified in Appendix III shall be regulated in order to keep the populations out of danger, taking into account the requirements of Article 2.

3 Measures to be taken shall include:

a closed seasons and/or other procedures regulating the exploitation;

b the temporary or local prohibition of exploitation, as appropriate, in order to restore satisfactory population levels;

c the regulation as appropriate of sale, keeping for sale, transport for sale or offering for sale of live and dead wild animals.

Article 8

In respect of the capture or killing of wild fauna species specified in Appendix III and in cases where, in accordance with Article 9, exceptions are applied to species specified in Appendix II, Contracting Parties shall prohibit the use of all indiscriminate means of capture and killing and the use of all means capable of causing local disappearance of, or serious disturbance to, populations of a species, and in particular, the means specified in Appendix IV.

Article 9

1 Each Contracting Party may make exceptions from the provisions of Articles 4, 5, 6, 7 and from the prohibition of the use of the means mentioned in Article 8 provided that there is no other satisfactory solution and that the exception will not be detrimental to the survival of the population concerned:

– for the protection of flora and fauna;

– to prevent serious damage to crops, livestock, forests, fisheries, water and other forms of property;

– in the interests of public health and safety, air safety or other overriding public interests;

– for the purposes of research and education, of repopulation, of reintroduction and for the necessary breeding;

– to permit, under strictly supervised conditions, on a selective basis and to a limited extent, the taking, keeping or other judicious exploitation of certain wild animals and plants in small numbers.

2 The Contracting Parties shall report every two years to the Standing Committee on the exceptions made under the preceding paragraph. These reports must specify:

– the populations which are or have been subject to the exceptions and, when practical, the number of specimens involved;

– the means authorised for the killing or capture;

– the conditions of risk and the circumstances of time and place under which such exceptions were granted;

– the authority empowered to declare that these conditions have been fulfilled, and to take decisions in respect of the means that may be used, their limits and the persons instructed to carry them out;

– the controls involved.

Chapter IV – Special provisions for migratory species

Article 10

1 The Contracting Parties undertake, in addition to the measures specified in Articles 4, 6, 7 and 8, to co-ordinate their efforts for the protection of the migratory species specified in Appendices II and III whose range extends into their territories.

2 The Contracting Parties shall take measures to seek to ensure that the closed seasons and/or other procedures regulating the exploitation established under paragraph 3.a of Article 7 are adequate and appropriately disposed to meet the requirements of the migratory species specified in Appendix III.

Chapter V – Supplementary provisions

Article 11

1 In carrying out the provisions of this Convention, the Contracting Parties undertake:

a to co-operate whenever appropriate and in particular where this would enhance the effectiveness of measures taken under other articles of this Convention;

b to encourage and co-ordinate research related to the purposes of this Convention.

2 Each Contracting Party undertakes:

a to encourage the reintroduction of native species of wild flora and fauna when this would contribute to the conservation of an endangered species, provided that a study is first made in the light of the experiences of other Contracting Parties to establish that such reintroduction would be effective and acceptable;

b to strictly control the introduction of non-native species.

3 Each Contracting Party shall inform the Standing Committee of the species receiving complete protection on its territory and not included in Appendices I and II.

Article 12

The Contracting Parties may adopt stricter measures for the conservation of wild flora and fauna and their natural habitats than those provided under this Convention.

Chapter VI – Standing Committee

Article 13

1 For the purposes of this Convention, a Standing Committee shall be set up.

2 Any Contracting Party may be represented on the Standing Committee by one or more delegates. Each delegation shall have one vote. Within the areas of its competence, the European Economic Community shall exercise its right to vote with a number of votes equal to the number of its member States which are Contracting Parties to this Convention; the European Economic Community shall not exercise its right to vote in cases where the member States concerned exercise theirs, and conversely.

3 Any member State of the Council of Europe which is not a Contracting Party to the Convention may be represented on the committee as an observer.

The Standing Committee may, by unanimous decision, invite any non-member State of the Council of Europe which is not a Contracting Party to the Convention to be represented by an observer at one of its meetings.

Any body or agency technically qualified in the protection, conservation or management of wild fauna and flora and their habitats, and belonging to one of the following categories:

a international agencies or bodies, either governmental or non-governmental, and national governmental agencies or bodies;

b national non-governmental agencies or bodies which have been approved for this purpose by the State in which they are located,

may inform the Secretary General of the Council of Europe, at least three months before the meeting of the Committee, of its wish to be represented at that meeting by observers. They shall be admitted unless, at least one month before the meeting, one-third of the Contracting Parties have informed the Secretary General of their objection.

4 The Standing Committee shall be convened by the Secretary General of the Council of Europe. Its first meeting shall be held within one year of the date of the entry into force of the Convention. It shall subsequently meet at least every two years and whenever a majority of the Contracting Parties so request.

5 A majority of the Contracting Parties shall constitute a quorum for holding a meeting of the Standing Committee.

6 Subject to the provisions of this Convention, the Standing Committee shall draw up its own Rules of Procedure.

Article 14

1 The Standing Committee shall be responsible for following the application of this Convention. It may in particular:

– keep under review the provisions of this Convention, including its appendices, and examine any modifications necessary;

– make recommendations to the Contracting Parties concerning measures to be taken for the purposes of this Convention;

– recommend the appropriate measures to keep the public informed about the activities undertaken within the framework of this Convention;

– make recommendations to the Committee of Ministers concerning non-member States of the Council of Europe to be invited to accede to this Convention;

– make any proposal for improving the effectiveness of this Convention, including proposals for the conclusion, with the States which are not Contracting Parties to the Convention, of agreements that would enhance the effective conservation of species or groups of species.

2 In order to discharge its functions, the Standing Committee may, on its own initiative, arrange for meetings of groups of experts.

Article 15

After each meeting, the Standing Committee shall forward to the Committee of Ministers of the Council of Europe a report on its work and on the functioning of the Convention.

Chapter VII – Amendments

Article 16

1 Any amendment to the articles of this Convention proposed by a Contracting Party or the Committee of Ministers shall be communicated to the Secretary General of the Council of Europe and forwarded by him at least two months before the meeting of the Standing Committee to the member States of the Council of Europe, to any signatory, to any Contracting Party, to any State invited to sign this Convention in accordance with the provisions of Article 19 and to any State invited to accede to it in accordance with the provisions of Article 20.

2 Any amendment proposed in accordance with the provisions of the preceding paragraph shall be examined by the Standing Committee which:

a for amendments to Articles 1 to 12, shall submit the text adopted by a three-quarters majority of the votes cast to the Contracting Parties for acceptance;

b for amendments to Articles 13 to 24, shall submit the text adopted by a three-quarters majority of the votes cast to the Committee of Ministers for approval. After its approval, this text shall be forwarded to the Contracting Parties for acceptance.

3 Any amendment shall enter into force on the thirtieth day after all the Contracting Parties have informed the Secretary General that they have accepted it.

4 The provisions of paragraphs 1, 2.a and 3 of this article shall apply to the adoption of new appendices to this Convention.

Article 17

1 Any amendment to the appendices of this Convention proposed by a Contracting Party or the Committee of Ministers shall be communicated to the Secretary General of the Council of Europe and forwarded by him at least two months before the meeting of the Standing Committee to the member States of the Council of Europe, to any signatory, to any Contracting Party, to any State invited to sign this Convention in accordance with the provisions of Article 19 and to any State invited to accede to it in accordance with the provisions of Article 20.

2 Any amendment proposed in accordance with the provisions of the preceding paragraph shall be examined by the Standing Committee, which may adopt it by a two-thirds majority of the Contracting Parties. The text adopted shall be forwarded to the Contracting Parties.

3 Three months after its adoption by the Standing Committee and unless one-third of the Contracting Parties have notified objections, any amendment shall enter into force for those Contracting Parties which have not notified objections.

Chapter VIII – Settlement of disputes

Article 18

1 The Standing Committee shall use its best endeavours to facilitate a friendly settlement of any difficulty to which the execution of this Convention may give rise.

2 Any dispute between Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Convention which has not been settled on the basis of the provisions of the preceding paragraph or by negotiation between the parties concerned shall, unless the said parties agree otherwise, be submitted, at the request of one of them, to arbitration. Each party shall designate an arbitrator and the two arbitrators shall designate a third arbitrator. Subject to the provisions of paragraph 3 of this article, if one of the parties has not designated its arbitrator within the three months following the request for arbitration, he shall be designated at the request of the other party by the President of the European Court of Human Rights within a further three months' period. The same procedure shall be observed if the arbitrators cannot agree on the choice of the third arbitrator within the three months following the designation of the two first arbitrators.

3 In the event of a dispute between two Contracting Parties one of which is a member State of the European Economic Community, the latter itself being a Contracting Party, the other Contracting Party shall address the request for arbitration both to the member State and to the Community, which jointly shall notify it, within two months of receipt of the request, whether the member State or the Community, or the member and the Community jointly, shall be party to the dispute. In the absence of such notification within the said time limit, the member State and the Community shall be considered as being one and the same party to the dispute for the purposes of the application of the provisions governing the constitution and procedure of the arbitration tribunal. The same shall apply when the member State and the Community jointly present themselves as party to the dispute.

4 The arbitration tribunal shall draw up its own Rules of Procedure. Its decisions shall be taken by majority vote. Its award shall be final and binding.

5 Each party to the dispute shall bear the expenses of the arbitrator designated by it and the parties shall share equally the expenses of the third arbitrator, as well as other costs entailed by the arbitration.

Chapter IX – Final provisions

Article 19

1 This Convention shall be open for signature by the member States of the Council of Europe and non-member States which have participated in its elaboration and by the European Economic Community.

Up until the date when the Convention enters into force, it shall also be open for signature by any other State so invited by the Committee of Ministers.

The Convention is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

2 The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date on which five States, including at least four member States of the Council of Europe, have expressed their consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

3 In respect of any signatory State or the European Economic Community which subsequently express their consent to be bound by it, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval.

Article 20

1 After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting the Contracting Parties, may invite to accede to the Convention any non-member State of the Council which, invited to sign in accordance with the provisions of Article 19, has not yet done so, and any other non-member State.

2 In respect of any acceding State, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiry of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

Article 21

1 Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Convention shall apply.

2 Any Contracting Party may, when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession or at any later date, by declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Convention to any other territory specified in the declaration and for whose international relations it is responsible or on whose behalf it is authorised to give undertakings.

3 Any declaration made under the preceding paragraph may, in respect of any territory mentioned in such declaration, be withdrawn by notification addressed to the Secretary General. Such withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiry of a period of six months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 22

1 Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, make one or more reservations regarding certain species specified in Appendices I to III and/or, for certain species mentioned in the reservation or reservations, regarding certain means or methods of killing, capture and other exploitation listed in Appendix IV. No reservations of a general nature may be made.

2 Any Contracting Party which extends the application of this Convention to a territory mentioned in the declaration referred to in paragraph 2 of Article 21 may, in respect of the territory concerned, make one or more reservations in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

3 No other reservation may be made.

4 Any Contracting Party which has made a reservation under paragraphs 1 and 2 of this article may wholly or partly withdraw it by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. Such withdrawal shall take effect as from the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 23

1 Any Contracting Party may, at any time, denounce this Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2 Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiry of a period of six months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 24

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe, any signatory State, the European Economic Community if a signatory of this Convention and any Contracting Party of:

a any signature;

b the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

c any date of entry into force of this Convention in accordance with Articles 19 and 20;

d any information forwarded under the provisions of paragraph 3 of Article 13;

e any report established in pursuance of the provisions of Article 15;

f any amendment or any new appendix adopted in accordance with Articles 16 and 17 and the date on which the amendment or new appendix comes into force;

g any declaration made under the provisions of paragraphs 2 and 3 of Article 21;

h any reservation made under the provisions of paragraphs 1 and 2 of Article 22;

i the withdrawal of any reservation carried out under the provisions of paragraph 4 of Article 22;

j any notification made under the provisions of Article 23 and the date on which the denunciation takes effect.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at Bern, this 19th day of September 1979, in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe, to any signatory State, to the European Economic Community if a signatory and to any State invited to sign this Convention or to accede thereto.

DOMSTOL
ADMINISTRASJONEN

Veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen

For dommere i norske domstoler

Utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Domstoladministrasjonen

INNHOLD

1. OM VEILEDEREN 3

2. OM FORELEGGELSESADGANGEN 3

3. HVEM KAN FORELEGGE? 4

4. INITIATIVET TIL FORELEGGELSE 4

5. VURDERINGEN AV OM ET SPØRSMÅL SKAL FORELEGGES 4

5.1. OVERSIKT 4
5.2. SPØRSMÅLET MÅ GJELDE TOLKNING AV EØS-RETT 5
5.3. SPØRSMÅLET MÅ IKKE GJELDE BEVISBEDØMMELSEN 6
5.4. DET MÅ VÆRE EN VISS TVIL OM FORSTÅELSEN AV EØS-RETTEN 7
5.5. SPØRSMÅLET MÅ VÆRE RELEVANT FOR LØSNINGEN AV SAKEN 8
5.6. ET HENSIKTSMESSIGHETSSKJØNN 8

6. NÅR PARTENE ER UENIGE OM FAKTUM OG NORSK RETT 9

7. PÅ HVILKET TIDSPUNKT I SAKEN BØR FORELEGGELSE SKJE? 9

8. DEN NORSKE DOMSTOLENS ANSVAR FOR PROSESSEN 10

9. BESLUTNINGEN OM FORELEGGELSE 11

10. FORELEGGELSESSKRIVET 11

10.1. INNLEDNING 11
10.2. GENERELT OM BETYDNINGEN AV FORELEGGELSESSKRIVET 12
10.3. HVEM LAGER UTKAST TIL FORELEGGELSESSKRIV? 13
10.4. DE KONKRETE TOLKNINGSSPØRSMÅLENE 13
10.5. BESKRIVELSE AV BEHOVET FOR FORELEGGELSE 14
10.6. BESKRIVELSE AV RELEVANT FAKTUM 14
10.7. BESKRIVELSE AV NASJONAL RETT 15
10.8. BESKRIVELSE AV EØS-RETTEN 15
10.9. PARTENES EØS-RETTSLIGE HOVEDANFØRSLER 15

11. NÆRMERE OM UTFORMINGEN AV TOLKNINGSSPØRSMÅLENE 16

11.1. SPØRSMÅLENE MÅ GJELDE TOLKNING AV EØS-RETTEN 16
11.2. SPØRSMÅLENE MÅ KNYTTES TIL DEN AKTUELLE SAKEN 16
11.3. SPØRSMÅLENE BØR STÅ PÅ EGNE BEN 17
11.4. UENIGHET MELLOM PARTENE 17
11.5. EFTA-DOMSTOLEN ER IKKE BUNDET AV SPØRSMÅLSUTFORMINGEN 17
11.6. EKSEMPLER PÅ TOLKNINGSSPØRSMÅL 17

12. OM PROSESSEN FOR EFTA-DOMSTOLEN 19

12.1. OVERSIKT 19
12.2. EFTA-DOMSTOLENS SAKSBEHANDLINGSTID 20

13. PRAKTISKE OPPLYSNINGER 21

13.1. OVERSENDELSEN TIL EFTA-DOMSTOLEN 21
13.2. ALLMENNHETENS INNSYNSRETT I FORELEGGELSESSKRIVET 21
13.3. YTTERLIGERE VEILEDNING 21

14. EKSEMPLER PÅ FORELEGGELSESSKRIV 22

1. Om veilederen

Det følger av domstolloven § 51 a at dersom en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av en EØS-rettslig bestemmelse, kan den forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Bestemmelsens første ledd lyder:

> Når en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde med protokoller, vedlegg og de rettsakter vedleggene omhandler, kan den i samsvar med Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol artikkel 34 forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Rettens beslutning om at et tolkningsspørsmål skal eller ikke skal forelegges for EFTA-domstolen, kan ikke angripes ved anke.

Det er forberedende dommer som treffer beslutning om foreleggelse og bestemmer utformingen av tolkningsspørsmålene og foreleggelsesskrivet for øvrig.

Denne veilederen skal være til hjelp for forberedende dommer i saker der foreleggelse er aktuelt. Det gis råd om saksbehandlingen og veiledning for vurderingen av:

- om tolkningsspørsmål bør forelegges for EFTA-domstolen,
- hvordan tolkningsspørsmål eventuelt bør utformes, og
- hvordan øvrige deler av foreleggelsesskrivet bør utformes.

Et overordnet mål med veilederen er å bidra til en effektiv og god saksstyring.[1]

Veilederen er utarbeidet av en arbeidsgruppe bestående av lagdommer Eyvin Sivertsen (leder), tingrettsdommer Katinka Mahieu, advokat Ketil Bøe Moen, advokat Thomas Nordby og rådgiver Kari Hinrichsen Gjervold (sekretær). Høyesterettsdommer Henrik Bull har bistått som ressursperson. Veilederen er ferdigstilt i mars 2018

2. Om foreleggelsesadgangen

Det sentrale formålet med EØS-avtalen er å etablere et økonomisk samarbeidsområde basert på de samme reglene og like konkurransevilkår.

En grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalen skal fungere etter sitt formål, er at like regler tolkes og anvendes likt av alle EØS-statene (per i dag 28 EU-stater og tre EFTA-stater).

Adgangen til foreleggelse for EFTA-domstolen skal bidra til dette. Ordningen bygger på et prinsipp om samarbeid der EFTA-domstolen bistår den nasjonale domstolen med å tolke EØS-retten, mens det er overlatt til den nasjonale domstolen alene å ta stilling til faktum (bevisbedømmelsen) og innholdet i nasjonal rett. Som utgangspunkt vil det dermed også være overlatt til den nasjonale domstolen å anvende EØS-retten på det konkrete saksforholdet (subsumsjonen).

[1] Jf. tvisteloven § 9-4.

I sak E-6/96 (Wilhelmsen) avsnitt 40 uttalte EFTA-domstolen om dette:

> [D]en rådgivende uttalelsen er et spesielt etablert middel for samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem.

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse er kun rådgivende. Men Høyesterett har understreket at domstolens tolkninger av EØS-retten skal tillegges "stor vekt" og bare kan fravikes hvis det foreligger "tungtveiende grunner".[2]

3. Hvem kan forelegge?

Alle "domstoler" kan forelegge spørsmål for EFTA-domstolen. Det betyr at både tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett har adgang til foreleggelse. Det samme gjelder særdomstoler som Arbeidsretten. EFTA-domstolen har også godtatt foreleggelse fra enkelte domstollignende organer og klagenemnder.[3]

Forliksrådene har ikke rett til foreleggelse.

4. Initiativet til foreleggelse

EFTA-domstolen uttaler seg bare etter forespørsel fra den nasjonale domstolen som har saken til behandling. Partene kan ikke selv bringe spørsmål inn for EFTA-domstolen og har heller ikke krav på at den nasjonale domstolen bruker adgangen til foreleggelse. Den nasjonale domstolen bestemmer både om det skal forelegges, hvilke spørsmål som skal forelegges, og hvordan foreleggelsesskrivet skal utformes.

Foreleggelse skjer normalt etter initiativ fra en av partene i saken, eventuelt fra partene i fellesskap.

Domstolen som har saken til behandling, kan også beslutte foreleggelse av eget tiltak. Det gjelder i prinsippet selv om begge parter er imot foreleggelse. Domstolen bør imidlertid vise varsomhet med å forelegge mot begge parters vilje, blant annet fordi en foreleggelse både er kostnads- og ressurskrevende.

5. Vurderingen av om et spørsmål skal forelegges

5.1. Oversikt

Domstolloven § 51 a gir som nevnt en rett, men ikke plikt til foreleggelse. Det er derfor i utgangspunktet opp til den enkelte domstol selv å avgjøre om det skal innhentes en tolkningsuttalelse.

[2] Se HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 77.
[3] Se oppsummeringen i EFTA-domstolens sak E-5/16 (Oslo kommune) avsnitt 35-43.

Bestemmelsen bygger på overvåkings- og domstolsavtalen (ODA) artikkel 34, som sier at EFTA-domstolen kan anmodes om en uttalelse hvis det er "nødvendig" for å ta stilling til den konkrete tvisten. Uttrykket tolkes ikke strengt. EFTA-domstolen er i praksis tilbakeholden med å overprøve den nasjonale domstolens skjønnsmessige vurdering av behovet for foreleggelse, se punkt 10.5 nedenfor.

ODA artikkel 34, slik bestemmelsen er tolket i rettspraksis, innebærer likevel begrensninger for hvilke spørsmål som kan forelegges EFTA-domstolen:

- For det første må spørsmålet gjelde tolkning av EØS-rett. Spørsmålet kan ikke gjelde forståelsen av nasjonal rett eller bevisbedømmelsen.
- For det andre må det knytte seg en viss tvil til det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet.
- For det tredje må det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet være relevant for løsningen av den konkrete tvisten.

Kjernen er altså at det må foreligge et uavklart EØS-rettslig tolkningsspørsmål av betydning for avgjørelsen av saken. Utover dette beror spørsmålet om foreleggelse på et hensiktsmessighetsskjønn.

Det er en flytende grense mellom begrensninger i foreleggelsesadgangen og skjønnsmomenter. For eksempel vil graden av tvil om tolkningsspørsmålet også utgjøre et sentralt moment i den skjønnsmessige vurderingen av om foreleggelse bør skje.

Det er likevel hensiktsmessig med en egen fremstilling om de grunnleggende forutsetningene for foreleggelse. Disse utdypes i punkt 5.2 til 5.5 nedenfor. Det samlede hensiktsmessighetsskjønnet kommenteres i punkt 5.6.

5.2. Spørsmålet må gjelde tolkning av EØS-rett

EFTA-domstolens oppgave er å tolke EØS-retten. Den kan ikke tolke nasjonal rett eller – i forlengelsen av dette – ta direkte stilling til om en nasjonal bestemmelse er i strid med EØS-retten. I kunngjøring 1/99 fra EFTA-domstolen heter det om dette:[4]

> Anmodningen om en rådgivende uttalelse må være begrenset til å gjelde fortolkning av en bestemmelse i EØS-retten, ettersom EFTA-domstolen ikke har myndighet til å fortolke nasjonal lovgivning. Domstolen som framsetter anmodningen, må selv anvende den aktuelle EØS-regel i den konkrete saken som den har til behandling.

Før foreleggelse besluttes må det derfor være avklart at saken gjelder et EØS-rettslig tolkningsspørsmål.

En grunnleggende forutsetning er at tvisten omfattes av EØS-avtalens virkeområde.[5] Det beror på en tolkning av de aktuelle EØS-bestemmelsene. For at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal få anvendelse, er det for eksempel et vilkår at saken berører handel mellom EØS-

[4] www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf
[5] En generell redegjørelse for EØS-avtalens virkeområde er gitt i Arnesen m.fl. (red.): "Agreement on the European Economic Area: a Commentary" (Beck C. H., 2018), se kommentarene til EØS-avtalen artikkel 1.

statene, jf. EØS-avtalen artikkel 1.[6] Det må med andre ord foreligge et såkalt "grenseoverskridende element" i saken.[7] Dette er annerledes for deler av sekundærlovgivningen (direktiver og forordninger), som også kan få anvendelse på rent interne saksforhold i Norge.

Foreleggelsen kan gjelde alle typer EØS-rettslige bestemmelser. Det kan dreie seg om en bestemmelse i EØS-avtalens hoveddel, en bestemmelse i et direktiv eller forordning som er innlemmet i EØS-avtalen, eller om innholdet i en ulovfestet EØS-rettslig regel.

Foreleggelse kan skje i alle typer saker for domstolene, både i sivile saker og straffesaker. Det kan også forelegges i saker om midlertidig forføyning, men det vil i praksis sjelden være aktuelt på grunn av tidsfaktoren.

Det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet som forelegges, vil som oftest gjelde den materielle tvisten mellom partene. Men også spørsmål av prosessuell karakter kan forelegges.

5.3. Spørsmålet må ikke gjelde bevisbedømmelsen

Det er kun selve tolkningen av EØS-retten som kan forelegges. EFTA-domstolen kan ikke uttale seg om bevisbedømmelsen. I EFTA-domstolens forente saker E-3/13 og E-20/13 (Fred. Olsen m.fl.) avsnitt 202 heter det:

> I saker i medhold av ODA artikkel 34 hører enhver vurdering av de faktiske forhold i saken og av hvordan nasjonal lovgivning anvendes, under den nasjonale domstol.

I forlengelsen av dette er det heller ikke EFTA-domstolens oppgave å anvende EØS-regelen på det konkrete saksforholdet (subsumsjonen). I EU-domstolens retningslinjer om foreleggelse for EU-domstolen er det uttalt:[8]

> 11. [I]n order to deliver its decision, the Court necessarily takes into account the legal and factual context of the dispute in the main proceedings, as defined by the referring court or tribunal in its request for a preliminary ruling, it does not itself apply EU law to that dispute. When ruling on the interpretation […] of EU law, the Court makes every effort to give a reply which will be of assistance in resolving the dispute in the main proceedings, but it is for the referring court or tribunal to draw case-specific conclusions, […].

Det samme gjelder ved foreleggelse for EFTA-domstolen.

Grensen mellom tolkning og subsumsjon er nokså flytende, men det prinsipielle skillet er klart: Hvis innholdet i den EØS-rettslige bestemmelsen er på det rene, slik at tvisten bare gjelder selve subsumsjonen, er det ikke grunn til foreleggelse.[9]

[6] EØS-avtalens hoveddel er inkorporert i norsk rett ved EØS-loven 27. november 1992 nr. 109 § 1.
[7] Saken i Rt-2005-607 er et eksempel på at grenseoverskridende element ikke forelå.
[8] "Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings", http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL
[9] Se for eksempel HR-2005-1630-U.

EFTA-domstolen godtar spørsmål som er knyttet nært til sakens faktum, og domstolen går av og til langt i å utbrodere tolkningen av EØS-retten, slik at det i praksis blir lite igjen til den konkrete subsumsjonen. I HR-2016-2554-P uttalte Høyesterett om dette (avsnitt 78):

> Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkingsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpensle EØS-retten i detalj i en tolkingsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.

Det er vanskelig å si noe generelt om hvor nært tolkningsspørsmålene bør knyttes til sakens faktum. Det beror på de konkrete saksforholdene og omtales nærmere i punkt 11 nedenfor, se særlig punkt 11.2 og 11.6.

Mange EØS-rettslige regler er etter sin art skjønnsmessige eller har karakter av generelle prinsipper. Det gjelder for eksempel det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet. Andre eksempler er det prosessuelle effektivitetsprinsippet (om at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det "umulig eller uforholdsmessig vanskelig" å håndheve rettigheter etter EØS-avtalen) og grunnvilkåret for EØS-rettslig erstatningsansvar om "kvalifisert forsømmelse" fra statens side. Den nasjonale domstolen vil da kunne be EFTA-domstolen om å gi presiserende retningslinjer for anvendelsen av den skjønnsmessige regelen, for eksempel ved å angi momenter som skal vektlegges i vurderingen, se punkt 11.2 og 11.6.

Siden EFTA-domstolen ikke selv tar stilling til faktum i saken, vil den normalt ikke ta stilling til anvendelsen av den skjønnsmessige bestemmelsen på det konkrete saksforholdet. I saker om EØS-rettslig erstatning har EFTA-domstolen flere ganger uttalt:[10]

> Det tilligger i prinsippet den nasjonale domstolen å bedømme faktum i saken og avgjøre om vilkårene for statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten er oppfylt. EFTA-domstolen kan dog gi anvisning på visse omstendigheter og hensyn som den nasjonale domstolen må ta i betraktning i sin vurdering.

5.4. Det må være en viss tvil om forståelsen av EØS-retten

For å forelegge for EFTA-domstolen må det knytte seg en viss tvil til tolkningen av EØS-retten. Det må med andre ord være et behov for rettslig avklaring.

Det er ikke grunn til foreleggelse hvis løsningen av tolkningsspørsmålet følger av eksisterende rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen – enten av enkeltavgjørelser eller av flere avgjørelser sett i sammenheng. Det samme gjelder hvis Høyesterett har tatt standpunkt til spørsmålet, med mindre nye kilder skaper tvil om standpunkt kan opprettholdes.[11]

Det betyr at gjeldende EØS-rett på området må undersøkes før det besluttes foreleggelse. Er det aktuelle tolkningsspørsmålet allerede løst i eksisterende praksis? Erfaringsmessig er partene ofte uenige om dette.

[10] Se for eksempel sak E-8/07 (Nguyen) avsnitt 31 med videre henvisninger.
[11] Se for eksempel Rt-2005-1365 (Finanger II) avsnitt 68 og Rt-2012-1793 (Personskadeforbundet LTN) avsnitt 46-48.

Forberedende dommer må derfor skaffe seg en viss oversikt over det EØS-rettslige kildematerialet for å kunne gjøre seg opp en oppfatning om behovet for foreleggelse. Domstolen har – på EØS-området som ellers – et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, jf. tvisteloven § 11-3.

5.5. Spørsmålet må være relevant for løsningen av saken

Det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet må være relevant for løsningen av den konkrete tvisten for den norske domstolen. Det kan ikke stilles hypotetiske eller generelle tolkningsspørsmål uten betydning for avgjørelsen av den konkrete saken. I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 er dette omtalt slik:

> Spørsmålene som reises, bør også være av faktisk betydning for saken som er til behandling. Hypotetiske spørsmål bør ikke forelegges.

Den faktiske og rettslige konteksten for spørsmålet bør beskrives i foreleggelsesskrivet, slik at det fremgår at spørsmålet er relevant for saken, se punkt 10.5 nedenfor.

Relevansen kan også være indirekte. Et eksempel er at saken gjelder en bestemmelse i aksjeloven som er inntatt også i allmennaksjeloven, men der bare sistnevnte lov bygger på et EØS-direktiv. Det må da kunne stilles spørsmål om forståelsen av en uklar direktivbestemmelse, selv om den konkrete saken gjelder aksjeloven.

5.6. Et hensiktsmessighetsskjønn

Om et tolkningsspørsmål som *kan* forelegges for EFTA-domstolen, *bør* forelegges, beror på et samlet hensiktsmessighetsskjønn, jf. formuleringen "kan […] forelegge" i domstolloven § 51 a.

Det sentrale momentet i dette hensiktsmessighetsskjønnet er graden av tolkningsstvil om det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet som saken reiser. Det er som nevnt ikke grunn til å forelegge tolkningsspørsmål som i all hovedsak er avklart i tidligere rettspraksis. Også andre momenter kan trekkes inn i vurderingen:

- Om ressursbruken vil være uforholdsmessig ut fra sakens betydning for partene.[12]
- Om den EØS-rettslige problemstillingen er omfattende og komplisert, noe som i tilfelle kan tale for foreleggelse.
- Om den EØS-rettslige problemstillingen er sentral for saken, eller om den er lite sentral fordi den gjelder et spørsmål av underordnet betydning eller er knyttet til en anførsel av rent subsidiær karakter.
- I forlengelsen av forrige punkt: Hvor sannsynlig det er at det blir nødvendig å ta stilling til den EØS-rettslige problemstillingen.
- Om problemstillingen også har betydning utover den aktuelle saken.

[12] Se tvisteloven § 1-1.

Det er videre relevant om partene er enige om behovet for foreleggelse, men erfaring viser at det ofte ikke er tilfellet.

6. Når partene er uenige om faktum og norsk rett

Det viser seg ofte at partene ikke bare er uenige om innholdet i EØS-retten, men også om faktum i saken og tolkningen av norsk rett.

Ofte vil uenigheten ikke ha betydning for foreleggelsen, for eksempel fordi den gjelder et subsumsjonsspørsmål som EFTA-domstolen uansett ikke vil bli bedt om å ta stilling til, se punkt 5.3 ovenfor.

I enkelte tilfeller er uenigheten om faktum eller norsk rett avgjørende for om det oppstår EØS-rettslige tolkningsspørsmål, eller for hvilke tolkningsspørsmål saken reiser. Ettersom foreleggelsesskrivet skal beskrive den faktiske og rettslige konteksten for tolkningsspørsmålene som EFTA-domstolen skal uttale seg om, kan uenigheten i slike tilfeller skape utfordringer ved foreleggelsen.

Forberedende dommer bør så langt det er mulig forsøke å avklare den rettslige og faktiske uenigheten før foreleggelsen, eller å utforme tolkningsspørsmålene til EFTA-domstolen slik at uenigheten ikke kommer på spissen. Erfaring viser at det som oftest er mulig.

Det vil likevel kunne gjenstå rettslig og faktisk uenighet av betydning for de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene som bare kan avklares ved dom etter avholdt hovedforhandling.

I en slik situasjon er det mulig å be EFTA-domstolen om å uttale seg under *ulike rettslige eller faktiske forutsetninger*. Dette kan gjøres ved å stille alternative spørsmål, for eksempel basert på to ulike utfall av bevisbedømmelsen. En annen løsning – som ofte er bedre – er å stille tilleggsspørsmål, for eksempel slik: "Hvilken betydning har det for løsningen av spørsmål X om det legges til grunn at det i nasjonal rett er et vilkår om Y?"

Det hender at det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet bare oppstår hvis *den ene partens anførsler* om faktum og norsk rett legges til grunn. EFTA-domstolen vil da kunne stilles spørsmål med utgangspunkt i en beskrivelse av denne partens anførsler. Det bør i så fall fremgå tydelig av foreleggelsesskrivet at spørsmålene bygger på omtvistede rettslige eller faktiske forutsetninger som den norske domstolen ikke har tatt stilling til.

I saker der partene er uenige om faktiske eller internrettslige forhold av sentral betydning for de EØS-rettslige problemstillingene, kan det være hensiktsmessig å vente med foreleggelse til en eventuell ankebehandling. Dette utdypes i neste punkt.

7. På hvilket tidspunkt i saken bør foreleggelse skje?

Av hensyn til fremdriften i saken vil det være gunstig om avgjørelsen om foreleggelse treffes i en tidlig fase av saksforberedelsen, og ofte allerede i tingretten. Kanskje fører uttalelsen fra EFTA-domstolen til at saken løses, og søksmålet faller bort.

Det bør imidlertid unngås at foreleggelse besluttes før de EØS-rettslige problemstillingene er tilstrekkelig klarlagt, og før behovet for foreleggelse er avklart. I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 heter det om dette:

> Det […] må understrekes at EFTA-domstolen ikke kan avgjøre spørsmål om faktiske forhold eller løse tvister om fortolkningen av nasjonale rettsregler. Det er derfor ønskelig at beslutningen om å anmode om en rådgivende uttalelse ikke treffes før den nasjonale rettergangen er på et stadium der den nasjonale domstolen klart kan avgrense den faktiske og juridiske bakgrunnen for spørsmålet.

Av og til er det hensiktsmessig å vente med foreleggelse til en eventuell ankebehandling for lagmannsretten eller Høyesterett. Det kan for eksempel være tilfellet:

- hvis faktum er komplisert og uoversiktlig, slik at det er vanskelig å identifisere de EØS-rettslige spørsmålene,
- hvis det er uenighet om sentrale faktiske forhold eller om innholdet i norsk rett, eller
- hvis det kun er en subsidiær anførsel som reiser EØS-rettslige tolkningsspørsmål, slik at det uklart om det blir nødvendig å ta stilling til spørsmålet.

Det kan med andre ord være nødvendig å "rydde" saken ved behandling i en rettsinstans før foreleggelse. Ellers kan prosessen med foreleggelse bli uforholdsmessig ressurskrevende og komplisert, og det oppstår risiko for at EFTA-domstolens uttalelse ikke blir til nytte i saken fordi det viser seg at den bygger på feil rettslige eller faktiske forutsetninger. På den annen side kan det at saken ikke ble forelagt i tingretten, i seg selv motivere til anke – og ved dette påføre partene unødvendige kostnader.

8. Den norske domstolens ansvar for prosessen

Forberedende dommer må ta et selvstendig ansvar for å avklare behovet for foreleggelse, og ikke forelegge alene fordi en av partene ber om det, eller unnlate å forelegge fordi den andre parten motsetter seg det. Det må bringes på det rene hva uenigheten mellom partene reelt består i, om uenigheten gjelder EØS-rettslige spørsmål, og om tolkningen av EØS-retten byr på tvil i lys av eksisterende rettskildemateriale.

Avklaring av behovet for foreleggelse kan i enkelte tilfeller være krevende og føre til flere runder med prosesskriv. Det er viktig at forberedende dommer holder regi på prosessen, for eksempel ved å angi konkret hva det ønskes synspunkter fra partene på, og ikke overlater til partene å styre prosessen. Det vil ofte føre til en unødig omfattende og tidkrevende prosess.

Det kan være hensiktsmessig å innkalle til et eget planmøte eller saksforberedende rettsmøte for å drøfte om det skal forelegges og hvilke spørsmål som eventuelt skal forelegges.

9. Beslutningen om foreleggelse

Når forberedende dommer har kommet til at saken reiser EØS-rettslige spørsmål, og at det er slik tvil om tolkningen av EØS-retten at foreleggelse er hensiktsmessig, må det treffes avgjørelse om foreleggelse.

Før denne avgjørelsen treffes, bør de konkrete EØS-rettslige tolkningsspørsmålene som domstolen finner det nødvendig å forelegge, eller i hvert fall hovedtrekkene i disse spørsmålene, være avklart. Det vil da være enklere å ta stilling til om det er grunnlag for foreleggelse. Videre vil arbeidet med utformingen av foreleggelsesskrivet – beskrivelsen av relevant faktum, nasjonal rett, partenes anførsler osv. – måtte tilpasses de konkrete spørsmålene som blir stilt, se punkt 10 nedenfor. Det er ikke "saken" som sådan som forelegges, men de EØS-rettslige tvilsspørsmålene som saken reiser.

Avgjørelse om foreleggelse treffes ved ordinær beslutning, jf. tvisteloven § 19-1 tredje ledd bokstav a. Beslutningen treffes av den domstolen som har saken til behandling. Under saksforberedelsen hører beslutningen under forberedende dommer, jf. tvisteloven § 19-2 andre ledd.

Foreleggelse kan i prinsippet besluttes under hoved- eller ankeforhandlingen, men det kan av åpenbare grunner være uheldig å utsette beslutningen til dette tidspunktet.

Beslutningen trenger ikke å begrunnes. Det gjelder også når foreleggelse nektes.[13] Av hensyn til partene vil det likevel som oftest være naturlig å gi en begrunnelse.[14]

En beslutning om foreleggelse kan omgjøres, jf. tvisteloven § 19-10 første ledd. Det kan være aktuelt for eksempel hvis den delen av tvisten som reiser EØS-rettslige problemstillinger, blir forlikt. Omgjøring kan også være aktuelt hvis det under arbeidet med foreleggelsesskrivet viser seg at den EØS-rettslige problemstillingen allerede er avklart i rettspraksis, eller ikke lar seg formulere på en hensiktsmessig måte på dette stadium av saken.

Beslutningen om å forelegge, eller å unnlate dette, kan ikke ankes.[15]

10. Foreleggelsesskrivet

10.1. Innledning

Når beslutning om foreleggelse er truffet, må det utformes et foreleggelsesskriv. Dette skrives på norsk og oversettes til engelsk av EFTA-domstolen, se punkt 12 nedenfor.

[13] Se for eksempel HR-2007-1855-U.
[14] Slik også Bøhn, Domstolloven, elektronisk versjon, kommentarutgaver.no, note 6 til § 51 a. Begrunnelsen kan eventuelt gjøres kort, se for eksempel HR-2005-1630-U.
[15] Se domstolloven § 51 a første ledd andre punktum og Ot.prp. nr. 77 (1992-93) side 38, se også Bøhn, Domstolloven, elektronisk versjon, kommentarutgaver.no, note 8 til § 51 a.

EFTA-domstolen har i kunngjøring 1/99 gitt retningslinjer for utformingen av foreleggelsesskriv[16]. EU-domstolen har gitt mer detaljerte retningslinjer som i stor grad også er relevante for saker for EFTA-domstolen.[17] I tillegg har det utviklet seg en viss praksis for hvordan foreleggelsesskriv for EFTA-domstolen ofte utformes. Følgende elementer bør normalt være med:

- En beskrivelse av behovet for foreleggelse og EØS-rettens relevans for saken, se punkt 10.5 nedenfor.
- En beskrivelse av relevant faktum i saken, se punkt 10.6.
- En beskrivelse av nasjonal rett, se punkt 10.7.
- En beskrivelse av relevant EØS-rett, se punkt 10.8.
- Partenes EØS-rettslige hovedanførsler, se punkt 10.9.
- Selve spørsmålsstillingen, se punkt 10.4 og 11.

EFTA-domstolen kommuniserer direkte med partene i saken, uten å gå veien om den nasjonale domstolen. Foreleggelsesskrivet bør derfor angi partene og kontaktinformasjon for prosessfullmektigene.

Foreleggelsesskrivet bør være utformet slik at det står på egne ben og ikke må suppleres med informasjon fra andre kilder. Det innebærer blant annet at foreleggelsesskriv normalt ikke skal ha vedlegg.[18] Det kan ikke påregnes at EFTA-domstolen vil oversette og videresende eventuelle vedlegg.

Foreleggelsesskriv er ofte på rundt 8-10 sider. I kompliserte saker kan et mer omfattende skriv være nødvendig.

10.2. Generelt om betydningen av foreleggelsesskrivet

Foreleggelsesskrivet er et sentralt dokument i saken for EFTA-domstolen. Det er ikke bare grunnlaget for EFTA-domstolens arbeid, men skal også gi andre aktører (EFTAs overvåkingsorgan (ESA), EU-kommisjonen og EØS-statene) grunnlag for å vurdere *om* de skal gi innlegg i saken, og *hva* et eventuelt innlegg skal gå ut på. Det vises til omtalen av prosessen for EFTA-domstolen i punkt 12 nedenfor.

Foreleggelsesskrivet bør derfor så langt det er mulig gi en klar og dekkende beskrivelse av relevante forhold, ikke minst den faktiske og rettslige konteksten for spørsmålene som EFTA-domstolen skal uttale seg om. Et godt og gjennomarbeidet foreleggelsesskriv med presise tolkningsspørsmål øker sannsynligheten for at EFTA-domstolens svar blir til god nytte i saken.

Det må samtidig understrekes at foreleggelsesskrivet ikke bør være mer omfattende enn det som er nødvendig for at EFTA-domstolen og øvrige aktører skal kunne identifisere og besvare de

16 www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf
17 "Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings", http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL
18 Se EFTA-domstolens kunngjøring 1/99.

EØS-rettslige spørsmålene som saken reiser. Det heter om dette i EFTA-domstolens kunngjøring 1/99:

> Anmodningen om en rådgivende uttalelse bør omfatte en kortfattet begrunnelse som samtidig er fullstendig nok til å gi Domstolen og de parter som skal underrettes […] en klar forståelse av hovedsakens faktiske og juridiske bakgrunn.

10.3. Hvem lager utkast til foreleggelsesskriv?

Det kan ofte være hensiktsmessig å be partene samarbeide om et utkast til foreleggelsesskriv, eller om deler av skrivet. Partene har ofte bedre oversikt over saksforholdet enn forberedende dommer, i hvert fall når saken står for tingretten. Det kan særlig være aktuelt at hver av partene selv skriver utkast til egne EØS-rettslige hovedanførsler.

I saker med omfattende uenighet om faktiske og rettslige forhold kan det være lite realistisk at partene vil komme til enighet om et utkast. En bedre løsning kan da være at forberedende dommer selv lager et utkast til foreleggelsesskriv – eller til deler av skrivet – som sendes til partene for merknader.

Det samme gjelder i oversiktlige saker, der faktiske og rettslige forhold er klarlagt for eksempel i en dom fra lavere instans. Det kan også da være hensiktsmessig at forberedende dommer selv lager utkast til foreleggelsesskriv.

Hvis det overlates til partene å lage et utkast, bør forberedende dommer lage en klar "bestilling" der det gis føringer for innholdet i de enkelte punktene og for omfanget av utkastet.

Forberedende dommer må uansett holde styring på prosessen og ikke overlate ansvaret for nødvendige avklaringer av rettslige og faktiske forhold til partene. Uten aktiv styring viser erfaring at saksforberedelsen kan bli unødig tid- og ressurskrevende.

I avsnittene nedenfor omtales de enkelte elementene som bør med i foreleggelsesskrivet.

10.4. De konkrete tolkningsspørsmålene

Det er viktig å legge arbeid i utformingen av de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene fordi disse legger rammen for hele prosessen for EFTA-domstolen.

Spørsmålsutformingen – eller i hvert fall hovedtrekkene ved spørsmålene – bør avklares før beslutningen om foreleggelse treffes, se punkt 9 ovenfor.

Det er ofte naturlig å be partene komme med forslag til spørsmål, men forberedende dommer må uansett ta en aktiv rolle i utformingen og bestemme ved uenighet.

Spørsmålene bør plasseres i et eget punkt i foreleggelsesskrivet, normalt som siste punkt.

Nærmere veiledning om spørsmålsutformingen gis i punkt 11 nedenfor.

10.5. Beskrivelse av behovet for foreleggelse

Det er nødvendig å beskrive kort hvorfor domstolen har besluttet foreleggelse. Dette kan ofte gjøres som ledd i et innledende punkt, eventuelt i et senere punkt med oversikt over EØS-retten. Et innledende punkt kan eksempelvis inneholde en kort omtale av:

- hva tvisten for den nasjonale domstolen gjelder,
- hvorfor EØS-retten får anvendelse på tvisten, og
- hvorfor domstolen ser behov for foreleggelse, for eksempel ved å peke på at tvisten reiser et EØS-rettslig tolkningsspørsmål som ikke løses av de aktuelle EØS-bestemmelsene med tilhørende praksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen.

EFTA-domstolen opererer med en presumsjon om at spørsmål som stilles fra en nasjonal domstol, er relevante for løsningen av tvisten.[19] Det følger likevel av rettspraksis fra både EFTA-domstolen og EU-domstolen at spørsmål kan avvises dersom de fremstår som hypotetiske eller for generelle og ikke har betydning for løsningen av den konkrete saken. EU-domstolen har i den forbindelse understreket: [20]

> [I]t is essential for national courts to explain, when the reasons are not clear beyond doubt from the file, why they consider that a reply to their questions is necessary to enable them to give judgment […].

Hvis det stilles flere EØS-spørsmål, må alle være relevante for løsningen av den nasjonale tvisten. Det bør derfor kort beskrives hvorfor det er behov for foreleggelse av det enkelte spørsmål.

10.6. Beskrivelse av relevant faktum

Foreleggelsesskrivet bør inneholde en kort, men samtidig dekkende beskrivelse av relevant faktum i saken. En omtale av den faktiske konteksten er viktig fordi EFTA-domstolen ikke selv tar stilling til faktiske forhold i en foreleggelsessak.

Det heter i EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 at det skal "redegjøres for alle faktiske forhold som er viktige for en fullgod forståelse" av bakgrunnen for de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene. I EU-domstolens retningslinjer punkt 15 er dette formulert slik at den foreleggende domstolen skal beskrive "[…] the relevant findings of facts as determined by the referring court […] or, at the very least, an account of the facts on which the questions referred are based".[21]

Om faktumbeskrivelsen:

- Faktumbeskrivelsen innledes ofte med en kort beskrivelse av den nasjonale tvisten.
- Deretter omtales faktiske forhold som danner bakgrunnen for de EØS-rettslige spørsmålene.

[19] Sak E-17/11 (Aresbank S.A.) avsnitt 43-44.
[20] Sak C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 78.
[21] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL

- Ved uenighet mellom partene må forberedende dommer ta stilling til hvilket faktum som skal legges til grunn, eller – hvis dette ikke har latt seg gjøre – stille spørsmål under ulike faktiske forutsetninger, se punkt 6 ovenfor.

10.7. Beskrivelse av nasjonal rett

Foreleggelsesskrivet bør gi en kort oversikt over nasjonal rett. På samme måte som faktumbeskrivelsen er denne omtalen viktig fordi den danner rammene for de EØS-rettslige problemstillingene, samtidig som EFTA-domstolen ikke selv kan ta stilling til innholdet i nasjonal rett.

Omtalen av nasjonal rett kan omfatte relevante lov- og forskriftsbestemmelser, rettspraksis og uttalelser i forarbeider mv. Det bør legges vekt på å gjøre fremstillingen enkel. Det vil ofte være tilstrekkelig å få frem hvordan nasjonal rett tolkes og anvendes i den aktuelle sammenhengen (tolkningsresultatet), med en kort angivelse av de mest sentrale kildene. Det bør normalt ikke redegjøres detaljert for hvilke rettskilder tolkningen bygger på. Det har sammenheng med at EFTA-domstolen ikke overprøver tolkningen av nasjonal rett.

I saker der formålet med den nasjonale regelen står sentralt, må også dette beskrives.[22]

- Et førsteutkast til beskrivelse av nasjonal rett kan enten utarbeides av partene eller av domstolen.
- Ved uenighet mellom partene må domstolen bestemme hvilken forståelse av nasjonal rett som skal legges til grunn.
- Det er adgang til å stille alternative spørsmål basert på partenes ulike forståelser av nasjonal rett hvis en avklaring ikke har vært mulig, se punkt 6 ovenfor.

10.8. Beskrivelse av EØS-retten

Det vil normalt være naturlig at den norske domstolen gir en kort beskrivelse av relevant EØS-rett, som inkluderer de sentrale bestemmelsene og eventuelt hovedtrekkene i rettspraksis. Dette kan få frem hvorfor den norske domstolen mener at det er behov for foreleggelse.

10.9. Partenes EØS-rettslige hovedanførsler

I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 heter det at foreleggelsesskrivet "eventuelt" kan inneholde et sammendrag av partenes anførsler om EØS-retten. Et slikt punkt tas normalt med i skrivet. Det kan bidra til at EFTA-domstolen, og ikke minst EFTAs overvåkingsorgan (ESA) og andre som vil uttale seg for EFTA-domstolen, bedre forstår hvilke EØS-rettslige problemstillinger saken reiser.

- Det er vanlig at hver av partene utformer sine hovedanførsler, og at domstolen ikke går nærmere inn i vurderingen av disse. Forberedende dommer bør da fastsette en sidebegrensning, ettersom mange parter erfaringsmessig ønsker å formulere unødig

[22] Et eksempel på en sak der formålet med den nasjonale ordningen sto sentralt, er EFTA-domstolens sak E-3/06 (Ladbrokes) om den norske monopolordningen for pengespill.

omfattende anførsler. Partene kan utdype anførslene i sine egne innlegg til EFTA-domstolen.

- I de fleste saker vil et sammendrag av anførslene på inntil én side for hver part være tilstrekkelig, men det kan være aktuelt med noe mer hvis saken reiser mange eller komplekse spørsmål.
- Forberedende dommer bør sørge for at anførslene i hvert fall til en viss grad "passer til hverandre" i oppbygging og innhold, slik at de viser hva partene reelt er uenige om.

11. Nærmere om utformingen av tolkningsspørsmålene

Utformingen av de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene må vurderes konkret ut fra saksforholdene. Nedenfor gis enkelte generelle råd før det i punkt 11.6 gis konkrete eksempler på tolkningsspørsmål.

11.1. Spørsmålene må gjelde tolkning av EØS-retten

Spørsmålene må formuleres slik at de gjelder tolkning av EØS-rett. Spørsmålene kan ikke gjelde bevisbedømmelsen eller innholdet i nasjonal rett, se punkt 5.2 og 5.3 ovenfor.

11.2. Spørsmålene må knyttes til den aktuelle saken

Spørsmålene bør normalt være konkrete og relatert til den aktuelle saken. Dette øker muligheten for at svaret blir til god nytte.

Det kan likevel være uheldig å knytte spørsmålene for nært til sakens mer detaljerte faktum, særlig dersom faktum på tidspunktet for foreleggelsen fortsatt er omstridt eller uklart på annen måte. EFTA-domstolen kan som nevnt verken foreta bevisbedømmelse eller tolke nasjonal rett. Hvis spørsmålene knyttes for direkte til et detaljert saksforhold som senere viser seg ikke å være riktig beskrevet, kan det være at EFTA-domstolens svar ikke gir den nødvendige veiledning i saken.

I tilfeller der saksforholdet er komplisert og omtvistet, kan det være nødvendig å gi spørsmålene en relativt bred og generell utforming. Det er ikke noe i veien for dette så lenge beskrivelsen av den rettslige og faktiske konteksten gjør det mulig for EFTA-domstolen å identifisere de EØS-rettslige problemstillingene. EFTA-domstolen vil da selv kunne velge hvordan spørsmålene best kan besvares.

Det kan av og til være utfordrende å finne en balanse mellom "for konkret" og "for generell" spørsmålsstilling. Forberedende dommer bør ikke bekymre seg unødig for dette. EFTA-domstolen er ikke bundet av spørsmålsutformingen og vil selv forsøke å gi svaret en mest mulig hensiktsmessig utforming innenfor rammen av den rettslige og faktiske konteksten som er presentert i foreleggelsesskrivet, se punkt 11.5.

11.3. Spørsmålene bør stå på egne ben

Spørsmålene bør helst formuleres så klart og presist at de kan forstås uten å lese hele foreleggelsesskrivet.[23]

Noen ganger fører dette til at spørsmålene blir så kompliserte at det er bedre å bruke formuleringen "under de forutsetninger som er beskrevet over" eller liknende.

11.4. Uenighet mellom partene

Hvis partene er uenige om spørsmålsutformingen, må forberedende dommer ta stilling til hvordan spørsmålet skal formuleres. Det kan ikke forelegges flere alternative utforminger av det samme spørsmålet.

Når partene er uenige om faktum eller nasjonal rett, må det avklares under hvilke forutsetninger spørsmålene stilles. Dette bør fremgå av beskrivelsen av den rettslige og faktiske bakgrunnen for spørsmålene, se punkt 6 ovenfor.

11.5. EFTA-domstolen er ikke bundet av spørsmålsutformingen

Selv om spørsmålene fra den nasjonale domstolen setter rammen for hva EFTA-domstolen kan uttale seg om, er EFTA-domstolen ikke bundet av den tekniske utformingen av spørsmålene.

Hvis spørsmålene er uhensiktsmessig utformet, for eksempel ved at de bygger på en upresis forståelse av EØS-retten, vil EFTA-domstolen kunne reformulere spørsmålene ut fra sin forståelse av hvilke EØS-rettslige problemstillinger foreleggelsen reiser.

EFTA-domstolens utforming av svaret vil bero på flere faktorer – ikke bare selve spørsmålet, men også hvor mye informasjon som gis i foreleggelsesskrivet ellers, i aktørenes innlegg osv. I saker der svaret beror på en kompleks avveining av faktiske forhold, vil EFTA-domstolen typisk nøye seg med å gi retningslinjer for den EØS-rettslige vurderingen, for deretter å overlate den nærmere vurderingen til den nasjonale domstolen.

11.6. Eksempler på tolkningsspørsmål

Den konkrete utformingen av spørsmålene varierer i praksis mye. Nedenfor gis eksempler som kan være veiledende ved spørsmålsutformingen.

Siden EFTA-domstolen ikke kan ta stilling til faktum i saken, og det i praksis ikke foregår bevisførsel for EFTA-domstolen, er det ikke hensiktsmessig å stille spørsmål som direkte gjelder selve subsumsjonen, for eksempel "om part A's handlemåte er i strid med EØS-bestemmelse X". Det vises til sitatet fra EU-domstolens retningslinjer i punkt 5.3 ovenfor.

Det kan være mulig å knytte spørsmålsstillingen nokså nært til saken ved å angi hovedtrekkene ved saksforholdet i spørsmålet. Et eksempel er EFTA-domstolens sak E-28/15 (Jabbi) om forståelsen av en bestemmelse i direktiv 2004/38/EF. Spørsmålet fra Oslo tingrett lød:

[23] Se EU-domstolens retningslinjer punkt 18.

> Gir Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 (1) (b) jf. (2) avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger?

Utgangspunktet er det samme hvis saken gjelder spørsmål om en norsk lov- eller forskriftsbestemmelse er forenlig med EØS-retten. EFTA-domstolen kan ikke tolke nasjonal rett. Det bør derfor ikke stilles direkte spørsmål til EFTA-domstolen "om nasjonal bestemmelse X er forenlig med EØS-bestemmelse Y". Det er derimot mulig å stille spørsmål som fremhever de overordnede kjennetegnene ved den nasjonale bestemmelsen, for eksempel slik: "Er en nasjonal regel, kjennetegnet ved X og Y, forenlig med EØS-avtalen artikkel Z?"

Det må uansett vurderes nærmere om det er hensiktsmessig å stille så konkrete spørsmål. Det er ikke EFTA-domstolens rolle å bedømme faktum eller foreta komplekse avveininger av faktiske forhold. Spørsmål som ligger nær opp til subsumsjon, bør derfor bare brukes der det relevante faktum er oversiktlig og i liten grad omtvistet.

Et eksempel på en konkret spørsmålsutforming er Oslo tingretts spørsmål til EFTA-domstolen i sak E-16/10 (Philip Morris) om det norske forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer. Spørsmålet om det forelå en restriksjon som rammes av EØS-avtalen artikkel 11, ble formulert slik:

> 1. Skal EØS-avtalen artikkel 11 forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon på den frie bevegelighet av varer?

I saker med sammensatte og skjønnsmessige rettslige vurderingstemaer, eller der saksforholdene er komplekse og omstridte, bør det fremgå klarere av spørsmålsutformingen at den nasjonale domstolen ber om råd om den generelle tolkningen, og ikke om avgjørelsen av den konkrete tvisten. Det kan da være aktuelt å be EFTA-domstolen uttale seg om hva som er det EØS-rettslige vurderingstemaet som den nasjonale domstolen skal bruke ved avgjørelsen av saken. Det første spørsmålet fra Høyesterett i EFTA-domstolens sak E-3/16 (Ski Taxi) er et eksempel på dette:

> 1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?

Det kan også være aktuelt å be EFTA-domstolen angi momenter som skal vektlegges i den EØS-rettslige vurderingen, for eksempel "hvilke momenter som vil være særlig viktige for om en nasjonal ordning av type X er forenlig med EØS-bestemmelse Y". Denne utformingen knytter spørsmålet konkret til den aktuelle saken, samtidig som det fremgår at EFTA-domstolen ikke forventes å ta direkte stilling til selve subsumsjonen.

Et eksempel på en slik utforming er det andre spørsmålet til EFTA-domstolen i Philip Morris-saken, som gjaldt den EØS-rettslige forholdsmessighetsvurderingen av oppstillingsforbudet. Denne vurderingen var avhengig av en rekke faktiske forhold som partene var uenige om, blant annet effekten av ulike tobakksreduserende tiltak. Spørsmålet fra Oslo tingrett ble da formulert slik:

2. Forutsatt at det foreligger en restriksjon, hvilke kriterier vil være avgjørende for å fastslå om et oppstillingsforbud begrunnet i målet om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt og blant unge spesielt, vil være egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen?

Av og til reiser saken spørsmål om hvilke hensyn som det innenfor rammen av EØS-retten er adgang til å vektlegge ved anvendelsen av den norske bestemmelsen. Sak E-3/06 (Ladbrokes) om lovligheten av det norske pengespillmonopolet kan her være et eksempel:

4. Er det etter EØS-retten legitimt for nasjonal lovgiver å legge vekt på at overskuddet fra pengespill bør gå til humanitære og samfunnsnyttige formål (inkludert idrett og kultur), og ikke være en kilde til privat profitt?

Det er mulig å formulere et generelt hovedspørsmål som presiseres i ett eller flere underspørsmål. Også her kan Høyesteretts spørsmål til EFTA-domstolens i sak E-3/16 (Ski Taxi) tjene som eksempel:

1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?

a) Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?

2. Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?

3. Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?

12. Om prosessen for EFTA-domstolen

12.1. Oversikt

Prosessen for EFTA-domstolen kan kort oppsummeres slik:

- Prosessen innledes med at den nasjonale domstolen sender foreleggelsesskrivet til EFTA-domstolen. Dette skrives etter fast praksis på norsk.[24]
- Foreleggelsesskrivet oversettes til engelsk av EFTA-domstolen.
- EFTA-domstolen sender foreleggelsesskrivet, i norsk og engelsk versjon, til partene i den nasjonale prosessen, til EFTAs overvåkningsorgan (ESA), til EU-kommisjonen og til alle EØS-statene.
- Alle mottakerne får samme absolutte frist – to måneder fra utsendelsen av foreleggelsesskrivet – for å gi skriftlig innlegg i saken.
- Innlegg gis i praksis nesten alltid av partene, EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EU-kommisjonen og i varierende grad av de enkelte EØS-statene.

[24] Se EFTA-domstolens rettergangsordning (Rules of Procedure) artikkel 27 nr. 1.

- Det er ikke mulig å gi ytterligere skriftlige innlegg til EFTA-domstolen.
- Noen måneder etter at fristen for skriftlige innlegg er utløpt, holdes en kort muntlig høring for EFTA-domstolen der partene i saken normalt får 30 minutter hver til sine innlegg, mens andre aktører normalt får 15 minutter.
- Før den muntlige høringen utarbeider EFTA-domstolen en rettsmøterapport. Rapporten gir et sammendrag av sakens rettslige og faktiske sider og av de skriftlige innleggene for EFTA-domstolen.
- Partene i saken for den norske domstolen velger som oftest å gi sine skriftlige og muntlige innlegg til EFTA-domstolen på engelsk, men det er også adgang til å bruke norsk. EFTA-domstolen vil i så fall sørge for oversettelse og bære kostnadene ved dette, så langt oversettelse anses nødvendig. Dersom det muntlige innlegget skal holdes på norsk, må EFTA-domstolen varsles i god tid slik at det kan bestilles tolk.[25]
- EFTA-domstolens rådgivende uttalelse sendes til den foreleggende domstolen, partene og de øvrige aktørene som har involvert seg.
- EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avgis på engelsk og på språket til den foreleggende domstolen. Begge språkversjonene er offisielle.[26]
- EFTA-domstolen tilkjenner ikke sakskostnader i foreleggelsessaker. Kostnadene tas med i sakskostnadskravet for den nasjonale domstolen.[27]

Prosessen for EFTA-domstolen er altså i det vesentlige skriftlig, med det særtrekket at det ikke er anledning til skriftlige merknader til andre aktørers innlegg (skriftlig replikk og duplikk).

Den nasjonale domstolen har ikke noen rolle i prosessen for EFTA-domstolen etter oversendelse av foreleggelsesskrivet. EFTA-domstolen har riktignok adgang til å be om tilleggsinformasjon eller presiseringer fra den nasjonale domstolen, men dette skjer i praksis svært sjelden.

EFTA-domstolen skal holde den nasjonale domstolen orientert om utviklingen ved oversendelse av mottatte innlegg mv.

12.2. EFTA-domstolens saksbehandlingstid

Det varierer noe hvor lang tid prosessen for EFTA-domstolen tar. Erfaringsmessig tar det normalt 8-12 måneder fra den nasjonale domstolen sender foreleggelsesskrivet til en rådgivende uttalelse foreligger. I tillegg kommer tiden det tar å utarbeide foreleggelsesskrivet.

Den nasjonale domstolen kan be om at saken behandles etter en "hasteprosedyre" hvis det er påkrevd med rask avgjørelse.[28] Denne prosedyren er først og fremst aktuell i forføyningssaker og i straffesaker, men kan i prinsippet også brukes i ordinære sivile saker.

[25] Se rettergangsordningen artikkel 27 nr. 2 og 4.
[26] Se rettergangsordningen artikkel 27 nr. 5.
[27] Se rettergangsordningen artikkel 96 nr. 5.
[28] Hasteprosedyren har kun vært benyttet én gang. Det var i sak E-18/14, som gjaldt fordeling av tider for flyavganger og -landinger ved en lufthavn i Island.

13. Praktiske opplysninger

13.1. Oversendelsen til EFTA-domstolen

Foreleggelsesskrivet sendes til EFTA-domstolen ved brev fra den nasjonale domstolen til:

EFTA Court
1 Rue du Fort Thüengen
1499 Luxembourg

Brevet skal være undertegnet av ansvarlig dommer og sendes i ett eksemplar med kopi til prosessfullmektigene. EFTA-domstolen begynner ikke behandlingen av saken før brev med original underskrift er mottatt.

EFTA-domstolen ønsker i tillegg å få tilsendt brevet elektronisk, helst i Word-format. Ved oversendelse i PDF-format bør filen være OCR-behandlet.

Annen praktisk informasjon finnes på EFTA-domstolens hjemmeside, www.eftacourt.int/.

13.2. Allmennhetens innsynsrett i foreleggelsesskrivet

Den norske domstolens foreleggelsesskriv regnes som en rettsavgjørelse som allmennheten (journalister og andre) har rett til innsyn i, jf. tvisteloven § 14-2 og HR-2017-110-U.

13.3. Ytterligere veiledning

En grundig fremstilling om foreleggelse for EU-domstolen er gitt i Broberg/Fenger: "Preliminary References to The European Court of Justice" (Oxford University Press, 2010). Boken har interesse også for foreleggelse for EFTA-domstolen.

Foreleggelse for EFTA-domstolen er behandlet i Henrik Bulls artikkel om Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett, inntatt i "Lov Sannhet Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år", side 358-392 (se særlig side 380 flg.).[29]

EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 om foreleggelse for EFTA-domstolen er tilgjengelig her:

www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf

EFTA-domstolens rettergangsordning (Rules of Procedure) er tilgjengelig her:

http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/RulesofProcedure/RoP_amendments_2010_draft_EN.pdf

EU-domstolens retningslinjer for foreleggelse for EU-domstolen er tilgjengelig her:

[29] En elektronisk versjon av artikkelen er tilgjengelig i Lovdata.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL

14. Eksempler på foreleggelsesskriv

Vedlagt følger eksempler på foreleggelsesskriv fra norske domstoler.

Registered at the EFTA Court under N° E-3/16-2
7 day of Mar 2016

ORIGINAL

NORGES HØYESTERETT

Sak 2015/1026, sivil sak, anke over dom:
Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot staten v/Konkurransetilsynet

Anmodning om rådgivende tolkningsuttalelse i Norges Høyesteretts sak nr. 2015/1026 mellom Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot staten v/Konkurransetilsynet:

1. INNLEDNING

(1) Norges Høyesterett anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak nr. 2015/1026 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS (de ankende parter for Høyesterett) mot staten v/Konkurransetilsynet (ankemotpart for Høyesterett). Anmodningen fremsettes i medhold av den norske domstolloven § 51 a, jf. ODA artikkel 34.

(2) Saken gjelder gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak av 4. juli 2011 om overtredelsesgebyr for Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS for overtredelse av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (heretter: konkurranseloven) § 10. Konkurranseloven § 10 er basert på EØS-avtalen artikkel 53. Vedtaket er opprettholdt i Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015. Konkurransetilsynet og lagmannsretten bygget på at et felles tilbud fra Ski Taxi SA og Follo Taxi SA, gjennom fellesforetaket Ski Follo Taxidrift AS i to anbudskonkurranser høsten 2010 utgjorde en formålsrestriksjon.

(3) Anmodningen om tolkningsuttalelse retter seg mot hva som utgjør det korrekte rettslige vurderingstemaet og hvilke kriterier som er rettslig relevante, ved vurderingen av om et felles tilbud inngitt av to konkurrenter utgjør en formålsovertredelse. Et særlig spørsmål er hvilken rettslig betydning det har at samarbeidet er åpent og kjent for anbudsinnbyder.

Postadresse: Postboks 8016 Dep 0030 Oslo | **Kontoradresse:** Høyesteretts plass 1 0180 Oslo | **Telefon:** 22 03 59 00 | **Telefaks:** 22 33 23 55 | **E-post:** post@hoyesterett.no | **Hjemmeside:** www.hoyesterett.no

2. SAKENS FAKTISKE HOVEDTREKK

2.1 Kort om sakens parter

(4) Follo Taxi SA (Follo Taxi) og Ski Taxi SA (Ski Taxi) er begge relativt små taxiselskaper som hovedsakelig driver ordinær drosjevirksomhet, det vil si passasjertransport med liten bil i Follo. Taxiselskapene er konkurrenter i dette området. Follo-regionen består av kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Follo Taxi og Ski Taxi har gjennom det felleseide driftsselskapet Ski Follo Taxidrift AS (SFD) blant annet inngitt felles anbud i anbudskonkurranser.

(5) Follo Taxi har 34 andelseiere og ble dannet av flere små taxisentraler i Follo for om lag 25 år siden. Foretaket leverer primært tjenester i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk. Follo Taxi har også noe virksomhet i Ski og Oppegård. Høsten 2010 var 46 drosjeløyver tilknyttet Follo Taxi. Selskapet hadde i 2009 en omsetning på ca. 5,1 millioner norske kroner. Løyvehaverne tilknyttet sentralen hadde en samlet omsetning på ca. 49 millioner norske kroner.

(6) Ski Taxi har 20 andelseiere. Ski Taxi leverer samme type tjenester som Follo Taxi, primært i kommunene Ski, Ås og Oppegård, men har også en viss aktivitet i de øvrige Follo-kommunene. Høsten 2010 var ca. 24 drosjeløyver knyttet til sentralen. Selskapet hadde i 2009 en omsetning på ca. 3,1 millioner norske kroner. Løyvehaverne tilknyttet sentralen hadde en samlet omsetning på ca. 26 millioner norske kroner.

(7) Follo Taxi og Ski Taxi stiftet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap, der foretakene eier 50 % av aksjene hver. Driftsselskapet er opprettet for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to taxisentralenes ordinære drosjevirksomhet, som drift av bestillingssystem og sentralbord, kommunikasjon og IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåfører. Drosjeløyvene ligger i hver av de to drosjesentralene, men driftsselskapet ivaretar administrasjonen av løyvene, fordi sentralene ikke har ansatte.

(8) SFD har også inngitt tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi i flere anbudskonkurranser. Driftsselskapet står som avtalepart i disse anbudskontraktene og mottar oppgjør, mens løyvehaverne tilknyttet Follo Taxi og Ski Taxi står som underleverandører til SFD.

(9) Lagmannsretten har vist til et strategidokument for 2009–2010 og en aksjonæravtale datert 3. mai 2007 punkt 4 for å belyse formålet med partenes samarbeid:

> **"3. Fundamentet for SFD**
>
> **...**
>
> **- å sikre og vinne tilbake større anbud ...**
>
> **...**
>
> **- å møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak.**
>
> **...**
>
> **4. Markedssituasjonen**
>
> **Vårt markedsområde består av de 7 Follo-kommunene og utgjør geografisk sett et stort område. I dette markedet opererer Ski Taxi og Follo Taxi som to konkurrerende sentraler, men samarbeider om flere administrative oppgaver, fordi dette er kostnadseffektivt. I tillegg til dette har de to sentralene etablert SFD for å styrke markedsposisjonen gjennom å tilby transporttjenester til større anbudskunder."**

(10) Av aksjonæravtalen:

> **"Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente."**

2.2 Beskrivelse av de to anbudskonkurransene som vedtaket retter seg mot

(11) Vedtaket om overtredelsesgebyr gjelder to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF, utlyst av Oslo Universitetssykehus HF i 2010; anbudskonkurranse nr. 2010/16213 ("anbudskonkurranse 1") med tilbudsfrist 30. august 2010, og anbudskonkurranse nr. 2010/22755 ("anbudskonkurranse 2") med tilbudsfrist 5. november 2010.

(12) Lagmannsretten fant bevist at Follo Taxi og Ski Taxi hver for seg kunne ha inngitt tilbud i begge anbudskonkurransene, og at partene dermed var konkurrenter. Denne delen av lagmannsrettens dom er ikke påanket, og kan legges til grunn for tolkningsuttalelsen.

(13) I anbudskonkurranse 1 ble tilbydere invitert til å konkurrere om inngåelse av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser med utgangpunkt i ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus. Formålet var å inngå en eller flere rammeavtaler med varighet på to år med opsjon på forlengelse i inntil 1 + 1 år. To av de ni anbudsområdene gjaldt pasienttransport fra henholdsvis Søndre Follo (Nesodden, Ås, Frogn og Vestby) og Nordre Follo (Ski, Enebakk og Oppegård) til Oslo Universitetssykehus HF. Konkurransegrunnlaget opplyste at transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo omfattet ca. 40 100 turer i 2009. Turene fordelte seg over hele døgnet. Flere parallelle rammeavtaler, men maksimalt tre, kunne inngås for hvert enkelt anbudsområde. I henhold til tildelingskriteriene ble pris vektet med 50 % og kvalitet 50 %. Kvalitet knyttet seg til fire likeverdige parametere; opplæring og kompetanse (12,5 %), kapasitet (antall dedikerte biler) (12,5 %), vognmaterialets tilstand og utstyr (12,5 %), og mottaksapparat (12,5 %).

(14) I anbudskonkurranse 1 innga SFD på vegne av Follo Taxi og Ski Taxi ett felles tilbud for begge anbudsområder – Søndre og Nordre Follo. Det fremkom av tilbudet at det var gitt av SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. Det var derfor klart for den anskaffende myndighet at tilbudet var inngitt av SFD på vegne av begge foretakene i fellesskap.

(15) Siden SFD var eneste tilbyder for Søndre og Nordre Follo, avlyste sykehuset anbudskonkurransen for disse områdene. For de øvrige områdene ble anbudskonkurranse 1 gjennomført.

(16) Anbudskonkurranse 2 ble utlyst av Oslo Universitetssykehus HF den 21. september 2010. Anbudskonkurranse 2 var sammenfallende med den avlyste delen av anbudskonkurranse 1, med unntak av at de geografiske områdene det kunne inngis tilbud på, var endret og delt opp i fem mindre områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at transportoppdragene i de fem områdene omfattet ca. 33 900 turer i 2009, som var fordelt over hele døgnet.

(17) SFD innga tilbud på vegne av Follo Taxi og Ski Taxi for samtlige anbudsområder, og det innkom også tilbud fra to andre aktører for alle de fem områdene (Oslo Taxi og Konsentra).

Også i dette tilfellet var det klart for den anskaffende myndighet at tilbudet var inngitt av SFD på vegne av begge foretakene i fellesskap.

(18) Den laveste prisen var tilbudt av Konsentra i samtlige anbudsområder, mens kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo Universitetssykehus HF valgte å inngå rammeavtaler med alle de tre aktørene for alle de fem anbudsområdene. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra vekselvis fikk 1. og 3. prioritet i ulike områder.

3. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK OG SAKENS BEHANDLING FOR DOMSTOLENE

(19) Konkurransetilsynet fattet den 4. juli 2011 vedtak om overtredelsesgebyr og opphør av tilsvarende samarbeid.

(20) Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i de to ovennevnte anbudskonkurransene, og at inngivelse av felles tilbud gjennom SFD utgjorde et samarbeid med konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynets vurdering oppsummeres slik i avsnitt 106 i vedtaket:

> **"SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var således et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning."**

(21) Foretakene angrep vedtaket for domstolene i henhold til konkurranseloven § 29 tredje ledd. Foretakene hevdet at samarbeidet var et lovlig prosjektsamarbeid fordi foretakene ikke kunne ha gjennomført prosjektet hver for seg, og at samarbeidet uansett ikke kunne anses som en formålsrestriksjon.

(22) Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten vurderte sakens faktum annerledes enn Konkurransetilsynet, og kom til at partene ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at det aktuelle samarbeidet ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.

(23) Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at vedtaket var gyldig, og foretakene ble ilagt overtredelsesgebyr. Lagmannsretten bygget som nevnt på at taxisentralene var konkurrenter i anbudskonkurransene, og at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

(24) SFD, Ski Taxi og Follo Taxi anket lagmannsrettens dom til Høyesterett hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse.

(25) Høyesterett tillot anken fremmet i beslutning 24. juli 2015. Forhandlingene i Høyesterett er

blitt begrenset, det skal foreløpig bare forhandles om spørsmålet om samarbeidet skal anses som en formålsovertredelse.

4. RELEVANT NORSK LOVGIVNING

(26) Vedtaket om overtredelsesgebyr for Ski Taxi, Follo Taxi og SFD er truffet i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 10, og det tilhørende pålegget om opphør av tilsvarende samarbeid er ilagt med bakgrunn i konkurranseloven § 12, jf. § 10.

(27) Konkurranseloven § 10 forbyr enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Foretak som overtrer forbudet i § 10 kan bli pålagt å bringe overtredelsen til opphør i henhold til konkurranseloven § 12, og foretakene kan også bli ilagt overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

(28) Spørsmålet i saken for Høyesterett er, som nevnt, avgrenset til å gjelde om avtalen/samarbeidet mellom Ski Taxi og Follo Taxi i de to nevnte anbudskonkurransene var en formålsovertredelse av konkurranseloven § 10 første ledd. Spørsmålet om de andre vilkårene i konkurranseloven § 10 første og tredje ledd er oppfylt, er foreløpig ikke en del av saken.

(29) Konkurranseloven § 10 svarer, med nasjonale tilpasninger, til EØS-avtalen artikkel 53. EFTA-domstolens syn på tolkningen av EØS-avtalens artikkel 53 vil derfor kunne ha betydning for saken og tolkningen av den norske lovbestemmelsen. Dette gjelder uavhengig av om vilkåret som følger av EØS-retten om påvirkning på samhandelen, er oppfylt i saken.

5. KORT OM BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN OM RÅDGIVENDE UTTALELSE

(30) Saken reiser spørsmål om tolkningen og anvendelsen av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 ved samarbeid mellom konkurrenter i anbudskonkurranser. Saken reiser videre spørsmål om og hvordan en del konkrete faktorer kan påvirke vurderingen av om samarbeidet skal kategoriseres som en formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10.

(31) Det fremkommer av tidligere instansers avgjørelser at det er begrenset praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen som gir direkte veiledning for anvendelsen av formålsalternativet i et tilfelle som det foreliggende. Særlig synes dette å gjelde spørsmålet om hvilken betydning det har for om formålsalternativet kommer til anvendelse at det felles tilbudet var åpent, og kjent for oppdragsgiver ved vurderingen av tilbudet.

(32) Hensynet til lik praktisering av konkurransereglene innenfor EØS-området tilsier da at det er nødvendig å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

6. PARTENES ANFØRSLER OM EØS-RETTEN

6.1 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS

(33) ***Første anførsel***: Lagmannsretten anvender feil rettslig standard under formålsbegrepet, når

den legger til grunn som tilstrekkelig at et samarbeid er "*egnet til å være konkurranse-begrensende*", jf. dommen side 20 tredje hele avsnitt, jf. også side 22 andre og fjerde avsnitt, samt lagmannsrettens konklusjon på side 24 ("*samarbeidet var egnet til å skade konkurransen*"). Lagmannsretten har særlig vist til Høyesteretts dom i Rt. 2012 side 1556 avsnitt 64-65, som igjen viser til sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 31 (side 20 tredje hele avsnitt og side 22 fjerde avsnitt).

(34) At dette er feil standard, fremgår blant annet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires* ("*CB*") av 11. september 2014, ref. særlig premiss 58 (jf. også premiss 49 og 50):

> **"[...] The concept of restriction of competition 'by object' can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects, otherwise the Commission would be exempted from the obligation to prove the actual effects on the market of agreements which are in no way established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition. [...]"** (uthevet her)

(35) Om de typer koordinering som anses som formålsrestriksjoner, er det påpekt at "*[e]xperience shows that such behaviour leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers*" (*CB* premiss 51).

(36) Se lignende formuleringer i Kommisjonens "*Guidance on restrictions of competition 'by object'...*" av juni 2014, på side 3 annet avsnitt. Det forutsettes således at det må være tale om en kvalifisert konkurransebegrensning ("*sufficient degree of harm*", "*high potential for negative effects*"), og at det formodede skadepotensialet må være erfaringsbasert.

(37) At det ikke holder at et samarbeid er "*egnet til å være konkurransebegrensende*", fremgår også av tidligere praksis, jf. f.eks. sak 56-65, *LTM*, som EU-domstolen viser til i *CB* premiss 49.

(38) Imidlertid bidro avgjørelsen i sak C-8/08 (*T-Mobile*) fra 2009 til en viss usikkerhet om den rettslige standarden. I premiss 31 uttalte EU-domstolen blant annet. at "*for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it [...] must simply be capable in an individual case... of resulting in the... restriction... of competition*". CB-dommen avviser den lavere standarden i *T-Mobile* (se tilsvarende tolkning i Killick & Jourdan, "*Cartes Bancaires A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten*?" (2014), side 3 andre avsnitt og side 6). Det er ikke nok at en adferd er "*egnet til å skade konkurransen*".

(39) ***Andre anførsel***: Foreliggende typetilfelle faller utenfor de samordningsformer som i praksis er ansett som formålsrestriksjoner. Ved horisontale samarbeid er dette i hovedsak såkalte "*hardcore*"-restriksjoner, som "*price fixing*", "*output restrictions*", "*market sharing*" og "*bid-rigging*", samt informasjonsutveksling om fremtidige priser og kvantum.

(40) Et felles tilbud som det foreliggende utgjør ingen av nevnte "*hardcore*"-restriksjoner. Selv om et felles tilbud innebærer at det er fastsatt en gitt pris (og eventuelt kapasitet) i relasjon til det aktuelle anbudsprosjektet, inngår dette i et bredere legitimt samarbeid mellom partene, slik at den felles prisen i tilbudet ikke kan sees isolert. Et felles tilbud er med andre ord ikke primært en koordinering av partenes markedsadferd, men et samarbeid om å levere en felles tjeneste (her pasientkjøring) og den "*pooling*" av ressurser som inngår i dette (drosjebiler og drosjeløyver).

(41) ***Tredje anførsel***: For å vurdere om et felles tilbud som det foreliggende er tilstrekkelig skadelig under formålsbegrepet, "*regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part*" (*CB* premiss 53). Vedrørende samarbeidets innhold og formål, kan man ikke nøye seg med å vise til at tilbudet omfatter en felles pris (og eventuelt kapasitet) overfor oppdragsgiver i prosjektet; man må vurdere betydningen av at tilbudet omfatter et samarbeid om å levere en felles tjeneste og den "*pooling*" av ressurser som inngår i dette. Under den kontekstuelle analysen, må det videre ses hen til "*the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question*" (*CB* premiss 53).

(42) ***Fjerde anførsel***: Det er ikke grunnlag for å anta at et felles tilbud etter sin art er tilstrekkelig skadelig til å fastslå at en virkningsanalyse er overflødig, selv om begge parter er i stand til å inngi tilbud alene. Basert på erfaring kan det ikke oppstilles en presumsjon eller sannsynlighet for konkurranseskadelig virkning av slike samarbeid.

(43) For det første kan man ikke anta at et felles tilbud eliminerer konkurransen *mellom partene* i anbudskonkurransen. Dette er bare tilfellet hvis partene er forhindret fra å inngi individuelle bud, noe som ikke er lagt til grunn i saken. Videre kan det ikke antas at et felles tilbud sannsynligvis vil begrense konkurransen *vis-a-vis øvrige markedsaktører*. Dette vil blant annet bero på partenes markedsandeler og -styrke og konkurransepresset fra øvrige aktører, noe lagmannsretten ikke adresserer. Begge deler underbygger at et felles tilbud som det foreliggende, ikke utgjør en formålsrestriksjon.

(44) Lagmannsrettens utdrag fra aksjonæravtale og strategidokument er ikke egnet til å underbygge en formålsrestriksjon. Lagmannsrettens dom bygger på at partene med det felles tilbudet ikke hadde som hensikt eller forsett å begrense konkurransen.

(45) At felles tilbud som det foreliggende *ikke* utgjør en formålsrestriksjon, underbygges av fraværet av EU/EØS-praksis der dette er fastslått. Juridisk teori trekker i samme retning. Vi viser til *Bellamy & Child*: European Community Law of Competition (2013), side 330 flg. om "*Submission of joint bids*"; Hjelmeng/Gabrielsen, "*Prosjektsamarbeid*" (betenkning laget på oppdrag fra Konkurransetilsynet i november 2011) på side 15; samt Simen Klevstrand, "*Joint bid labelled 'by object' infringement*" (artikkel publisert på Nordic Competition Blog 30. mars 2015). Også reelle hensyn taler mot formålsklassifisering, da dette eventuelt vil ekskludere mange samfunnsmessig gunstige – og dermed ønskelige – kontrakter.

6.2 Staten v/Konkurransetilsynet

(46) Ved spørsmål 1 og 3, som kan besvares samlet, spør retten om kriteriene som skal anvendes ved vurderingen av om et samarbeid mellom konkurrenter i anbudskonkurranser, slik som i foreliggende sak, har et konkurransebegrensende "*formål*" i henhold til artikkel 53(1) EØS. Bakgrunnen for spørsmålet er at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg og dermed var konkurrenter, men istedenfor innga felles tilbud gjennom et felleseid foretak (SFD), jf. avsnitt 12 ovenfor. Det reduserte antall tilbydere, eliminerte konkurransen mellom Follo Taxi og Ski Taxi, og medførte felles fastsettelse av pris og kvalitet (herunder kapasitet), jf. konkurranseparameterne som er angitt i avsnitt 13 og 16 ovenfor. Aksjonæravtalen og strategidokumentet viser at formålet med taxisentralenes anbudssamarbeid gjennom SFD var "*å styrke markedsposisjonen*", noe som "*tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere*" og "*[d]ette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet*", jf. avsnitt 9 og 10 ovenfor (sammenlign forenede saker 40/73 Suiker

Unie avsnitt 579). Det fremgår av brev fra SFD til Konkurransetilsynet at "*fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene*".

(47) Staten tilbakeviser innledningsvis taxisentralenes anførsler om at dommen i sak C-67/13 P *CB* har endret og marginalisert formålsalternativets innhold. Tvert imot, kriteriene følger av langvarig og konsistent rettspraksis som er oppsummert i EU-domstolens seneste dom i sak C-373/14 P *Toshiba* avsnitt 24-27, se også Generaladvokatens uttalelse i *Toshiba* avsnitt 40-91. Essensen er: "*[i]n order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a 'restriction of competition by object'... regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part*" (*Toshiba* avsnitt 27). Med hensyn til spørsmål 1a tilføyes at EU-domstolen har presisert at formålsalternativet ikke krever at virkning påvises: "*it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition…*" (sak C-32/11 *Allianz* avsnitt 38, se også Generaladvokatens uttalelse i *Toshiba* avsnitt 48 og 68).

(48) Med hensyn til om et samarbeid mellom foretak kan anses, "*by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition*" (*Toshiba* avsnitt 26 og *CB* avsnitt 50), er det grunn til å minne om konkurranserettens grunnleggende krav om at "*each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market*" (sak C-74/14 *Eturas* m.fl. avsnitt 27). For eksempel er informasjonsutveksling som "*reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question*" forbudt (sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35 og sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 121). Artikkel 53(1) EØS er således "*intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition*" (sak C-209/07 *BIDS* avsnitt 34). Disse prinsippene gjelder tilsvarende for anbudskonkurranser (sak T-29/92 *VSPOB* avsnitt 119, 121, 123 og 183). Det er således etter sin art konkurransebegrensende samarbeid i et tilfelle som i foreliggende sak, hvor to foretak som kunne ha inngitt tilbud hver for seg i en anbudskonkurranse "*substitutes practical cooperation between [these] undertakings for the risk of competition*" (*BIDS* avsnitt 34 og *VSPOB* avsnitt 123) ved å inngi et felles tilbud gjennom et felleseid foretak og dermed sikre full koordinasjon av alle konkurranseparametere i anbudskonkurransen (pris og kvalitet).

(49) Prisfastsettelse mellom konkurrenter er også uttrykkelig forbudt i artikkel 53(1)(a) EØS. EU-domstolen har således fastslått at "*agreements on prices, clearly form part of the category of the most serious restrictions of competition*" (sak C-172/14 *ING Pensii* avsnitt 32), og at slike "*restrictions may be weighed against their claimed pro-competitive effects only in the context of Article 81(3) EC*" (T-461/07 *Visa* avsnitt 67, se også *VSPOB* avsnitt 140). Det skyldes at fri prisfastsettelse erfaringsmessig holder priser nede og fremmer effektivitet (sak 48/69 *ICI* avsnitt 115). Derfor er for eksempel horisontalt salgssamarbeid normalt en formålsovertredelse (Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101 TFEU på horisontale samarbeidsavtaler avsnitt 234 jf. 253). Det følger videre av rettspraksis at formålsalternativet også omfatter informasjonsutveksling mellom konkurrenter om ett konkurranseparameter som *indirekte* kan påvirke prisen og endog *uavhengig* av om prisen påvirkes (*T-Mobile* avsnitt 36-38 og *Dole* avsnitt 123-125, se også *VSPOB* avsnitt 145-146). Det er derfor klart at formålsalternativet omfatter avtaler som "*directly... fix...selling prices*", jf. artikkel 53(1)(a) EØS, ved at konkurrenter inngir felles tilbud i en anbudskonkurranse.

(50) I relasjon til slike avtaler er det derfor en tilstrekkelig analyse av avtalens økonomiske og

rettslige kontekst at den nasjonale domstolen, som i foreliggende sak, har funnet det bevist at foretakene (Follo Taxi og Ski Taxi) hver for seg kunne ha inngitt tilbud i anbudskonkurransene og at de dermed var konkurrenter, jf. avsnitt 12 ovenfor (tilsvarende *Toshiba* avsnitt 29-34 jf. Generaladvokatens uttalelse avsnitt 72-74).

(51) Til spørsmål 2 bemerkes at det ikke er avgjørende om et anbudssamarbeid mellom konkurrenter, som i foreliggende sak, holdes skjult eller ikke. De konkurranseskadelige konsekvensene, det vil si reduksjon av antall tilbydere, eliminasjon av innbyrdes konkurranse og felles fastsettelse av pris og øvrige konkurranseparametere, gjelder uavhengig av om samarbeidet er åpent eller skjult. EU-domstolen har således klassifisert åpne samarbeid (som endog ble fremskyndet av nasjonale myndigheter) for å ha konkurransebegrensende formål og uten at retten har vektlagt at samarbeidet ikke ble forsøkt skjult (for eksempel *BIDS* og *VSPOB*, se også forutsetningsvis Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 22). Det tilføyes at eventuelle legitime målsetninger er irrelevant under formålsalternativet og må eventuelt vurderes under artikkel 53(3) EØS (*BIDS* avsnitt 21 og *VSPOB* avsnitt 140).

SPØRSMÅL:

1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?

    a. Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?

2. Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?

3. Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?

Oslo, 29. februar 2016

Arne Ringnes
høyesterettsdommer

ORIGINAL

Registered at the EFTA Court under N° E-19/16-2
19 day of January 2017

NORGES HØYESTERETT

ANMODNING

OM

RÅDGIVENDE UTTALELSE

Norges Høyesteretts sak nr. 2016/928, sivil sak, anke over dom:
Torbjørn Selstad Thue og Politiets Fellesforbund mot staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

1 INNLEDNING

(1) I medhold av Lov om domstolene § 51a, jf. artikkel 34 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i Høyesteretts sak nr. 2016/928.

(2) Saken som Høyesterett skal behandle, gjelder søksmål fra en arbeidstaker mot en arbeidsgiver om hvordan arbeidstiden skal beregnes, hvordan arbeidstakeren skal godtgjøres for tid medgått til reise utenfor alminnelig arbeidstid og hvor reisen skjer til et annet arbeidssted enn der arbeidstaker vanligvis har oppmøte.

(3) Saken reiser spørsmål om når arbeidstiden begynte og når den sluttet og således tolkningen av grensen mellom "arbeidstid" og "arbeidsfri" i Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17. juni 20015 nr. 62 (arbeidsmiljøloven) § 10-1.

(4) Direktiv 2003/88/EF om visse aspekter ved organisering av arbeidstid er innlemmet i EØS-avtalen. Arbeidsmiljøloven gjennomfører direktivet i norsk rett. Saken aktualiserer derfor tolkningen av begrepet "arbeidstid" i direktivets artikkel 2.

(5) EFTA-domstolen anmodes på denne bakgrunn om å uttale seg om tolkningen av den aktuelle bestemmelsen i direktivet.

Postadresse:	Kontoradresse:	Telefon:	Telefaks:	E-post:	Hjemmeside:
Postboks 8016 Dep 0030 Oslo	Høyesteretts plass 1 0180 Oslo	22 03 59 00	22 33 23 55	post@hoyesterett.no	www.hoyesterett.no

2 SAKENS PARTER OG ANDRE INVOLVERTE

(6) De involverte parter i saken for Høyesterett er:

Ankende part:	*Torbjørn Selstad Thue*
Prosessfullmektig:	advokat Merete Furesund, Kvale Advokatfirma DA Postboks 1752 Vika 0122 Oslo
Ankemotpart:	*staten v/Justis- og beredskapsdepartementet*
Prosessfullmektig:	Regjeringsadvokaten v/ advokat Siri K. Kristiansen Postboks 8012 Dep 0030 Oslo

(7) I tillegg har *Politiets Fellesforbund*, som er fagforening for 12 500 ansatte i politi- og lensmannsetaten, i medhold av lov om rettergangsmåten i sivile tvister (tvisteloven) § 15-7, erklært partshjelp til støtte for Torbjørn Selstad Thue. Partshjelperen er også representert av advokat Furesund.

(8) Det gjøres også oppmerksom på at *Unio*, som er en hovedsammenslutning for fagforeninger med 340 000 medlemmer, i medhold av tvisteloven § 15-8 har inngitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser (*amicus curiae*-skriv). Politiets Fellesforbund er tilsluttet Unio.

3 SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

(9) Thorbjørn Selstad Thues anke til Høyesterett gjelder anke over Borgarting lagmannsretts dom 18. februar 2016. Lagmannsretten avgjorde ved denne dommen Thues anke over Oslo tingretts dom 11. desember 2014. Både tingretten og lagmannsretten har frifunnet arbeidsgiver for arbeidstakers krav. Ved beslutning 20. juni 2016 tillot Høyesteretts ankeutvalg anken over lagmannsrettens dom fremmet til behandling i Høyesterett.

(10) Partene er i det vesentlige enige i lagmannsrettens fremstilling av sakens faktum. For å gi en oversikt over bakgrunnen for saken, gjengis derfor følgende fra lagmannsrettens dom:

> **"Torbjørn Selstad Thue, som er født i 1964, har fra 1995 vært ansatt som lensmannsbetjent - senere politibetjent - ved Gaular lensmannskontor i Sogn og Fjordane. Han er i dag politiførstebetjent samme sted.**
>
> **Fra 2005 og ut 2014 var Thue tilknyttet Sogn og Fjordane politidistrikts såkalte utrykningsenhet (UEH). Hvert politidistrikt skal ha et slikt UEH-lag, av spesielt kvalifiserte tjenestemenn. UEH-lagene forestår blant annet væpnete aksjoner, samt eskorteoppdrag for statsråder m.v. som besøker distriktet. UEH-laget i Sogn og Fjordane besto etter det opplyste av ca. 10 personer.**
>
> **Saken knytter seg til tre UEH-oppdrag, to eskorteoppdrag og en væpnet aksjon, høsten 2013. Oppdrag nr. 1 var et eskorteoppdrag i forbindelse med daværende helseminister**

Jonas Gahr Støres besøk i Nordfjord mandag 7. oktober 2013. Oppdrag nr. 2 var en væpnet narkotikaaksjon i Sogndal og omegn dagen etter, tirsdag 8. oktober 2013. Oppdrag nr. 3 var et nytt eskorteoppdrag, nå for statsminister Erna Solberg, som lørdag 16. november 2013 skulle besøke Årdal.

Ved *oppdrag nr. 1* skulle Støre hentes mandag morgen 7. oktober 2013 på flyplassen i Volda, flere timers kjøring unna. Thue dro søndag 6. oktober 2013 ca. kl. 17.00 hjemmefra og bort til Gaular lensmannskontor, som ligger rett ved hans bopel. Her pakket han tjenestebilen med nødvendig utstyr, herunder skuddsikker vest, ammunisjon og sambandsutstyr. Han meldte så fra til politidistriktets operasjonssentral - heretter kalt Operasjonssentralen - at han startet på turen til Volda. På veien kjørte Thue innom Førde lensmannskontor, ca. 25 minutter unna, og hentet et tjenestevåpen (hans eget var på service). Han kjørte deretter til Gloppen lensmannskontor, der han møtte politibetjent Dvergsdal - som skulle være med på oppdraget. Thue og Dvergsdal skulle under Støres besøk være sjåfører i hver sin bil. Fra Gloppen til Volda, der de overnattet, trente de - i hver sin bil - på eskortekjøring, i tillegg til at de rekognoserte. I denne forbindelse har arbeidsgiver godtatt tiden fra kl. 18.30 som arbeidstid, og med overtidstillegg. Den omtvistete perioden her gjelder intervallet fra kl. 17 til kl. 18.30, dvs. forut for eskortetreningen m.v. Thue har bare fått dette godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid.

Dagen etter, mandag 7. oktober 2013, ble Støre hentet som planlagt, og kjørt fra Volda til Nordfjord - og senere tilbake til flyplassen i Volda. Deretter, fra kl. 16.20, kjørte Thue og Dvergsdal hjemover igjen, Thue helt til Gaular. Han var tilbake ca. kl. 19.30. Denne returreisen har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid.

***Oppdrag nr. 2* var en væpnet narkotikaaksjon i Sogndal og omegn allerede neste dag, tirsdag 8. oktober 2013. Thue var ca. kl. 06.30 på Gaular lensmannskontor, der han pakket tjenestebilen med utstyr, herunder våpen - samt meldte fra til Operasjonssentralen. Han kjørte deretter til Førde lensmannskontor og møtte de øvrige i UEH-laget, før de kjørte videre til Sogndal, der de ankom rundt kl. 08.00. Aksjonen - som etter det opplyste innebar flere pågripelser - varte frem til kl. 21.53, da Thue og de øvrige kjørte fra Sogndal igjen. Thue var tilbake i Gaular kl. 23.35.**

Returreisen fra Sogndal har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid. Reisen *til* Sogndal er godkjent som arbeidstid (og med overtidstillegg), men staten har opplyst at dette har skjedd ved en feil. Uansett er reisen *til* Sogndal ikke tema for retten.

***Oppdrag nr. 3* var et eskorteoppdrag for statsminister Erna Solberg en måneds tid senere, lørdag 16. november 2013, da Thue i utgangspunktet hadde fri. Denne dagen kjørte han fra Gaular ca. kl. 08.00 - etter å ha pakket tjenestebilen med utstyr, herunder våpen. Han meldte også fra til Operasjonssentralen. Deretter kjørte han til Førde lensmannskontor, hvor han hentet politibetjent Malterud - som han skulle utføre oppdaget sammen med. De kjørte deretter i samme bil til Årdal, der Malterud skulle over i en annen bil. Underveis var det uomstridt en del telefoner for å planlegge oppdraget, idet det blant annet skjedde endringer i dette på grunn av vanskelige værforhold. De var fremme i Årdal ca. kl. 11.00. Etter at oppdaget var utført her kjørte Thue, kl. 16.40, tilbake til Gaular. Han var tilbake kl. 19.40.**

Returreisen fra Årdal har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid. Det samme gjaldt opprinnelig reisen *til* Årdal. Under ankeforberedelsen for lagmannsretten har imidlertid staten godtatt denne reisen som arbeidstid (og med overtidstillegg) […]

Under ankeforberedelsen har staten godtatt at Thue på reisen *til* Årdal lørdag 16. november 2013 (oppdrag nr. 3, eskorte for Erna Solberg) hadde så mange planleggingsoppgaver at

dette må anses som arbeidstid, jf. foran. Thue har således - nå - fått dette godkjent som arbeidstid, med overtidstillegg. Etter dette gjelder den gjenværende tvisten fire tidsperioder, intervallet fra kl. 17 til kl. 18.30 på reisen *til* Volda (oppdrag nr. 1), samt returreisene på alle de tre oppdragene."

(11) Partene er i saken for Høyesterett uenige om Thue i sin arbeidsavtale har fått avtalefestet, eller har rettskrav på, Gaular lensmannskontor som fast oppmøtested, eller om arbeidsgiver i kraft av arbeidsgivers styringsrett kan fastsette oppmøtestedet. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet anser at oppmøtestedet var der oppdragene skulle utføres, det vil si i henholdsvis Volda, Sogndal og Årdal.

(12) Partene er også uenige om i hvilken grad Thue hadde plikt til å utføre oppgaver på reisene, og om han var arbeidsberedt og til disposisjon for arbeidsgiver for andre politioppgaver. Uenigheten består i om oppgavene som ble utført hadde grunnlag i pålegg eller avtale, om oppgavene ble utført på eget initiativ og/eller kun var utslag av arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Det er også uenighet om Thue utførte noe utover rent kortvarige og reiserelaterte oppgaver.

(13) Staten v/Justis og beredskapsdepartementet anser for eksempel kontroll og klargjøring av bilen, pakking av utstyr mv. som oppgaver som etter sin art og sitt omfang ikke går utover det Thue pliktet å utføre i kraft av sin alminnelige lojalitetsplikt på reise. Thue hadde etter statens syn heller ikke plikt til å være arbeidsberedt for faglige oppgaver på reisene utover det enhver polititjenestemann har på sin fritid. Staten har også vist til at det tale om et begrenset antall oppdrag i politidistriktet per år, og at det derfor sjelden er nødvendig å fastsette et annet oppmøtested enn det faste eller sedvanlige oppmøtestedet.

(14) Partene er også uenige om Thue hadde plikt til å melde seg til operasjonssentralen og betydningen at han faktisk meldte seg. Videre om hans mulighet til å velge en alternativ reiserute, muligheten for valg av transportmiddel, betydningen av at det ble brukt sivil polititjenestebil og om hvilken begrensning i Thues fritid det innebar at han hadde med tjenestevåpen på reisen. Det er også uenighet om Thues mulighet til å velge avreisetidspunkt og muligheten til å disponere tiden på reisen til private gjøremål. For eksempel muligheten for å ta pauser og til å besøke familie og venner etc.

4 SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

(15) I arbeidsmiljøloven § 10-1 er det lovfestet følgende definisjoner:

> **"(1) Med arbeidstid menes den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver.**
>
> **(2) Med arbeidsfri menes den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver."**

(16) Arbeidsmiljøloven tilsvarer således de fellesskapsrettslige definisjoner i arbeidstidsdirektivet artikkel 2. Definisjonen av arbeidstid har betydning for en rekke bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Etter lovens § 1-9 kan loven ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt.

(17) Thue er medlem av Politiets Fellesforbund og gjennom dette medlem av Unio. Unio har sammen med andre hovedsammenslutninger av fagforeninger inngått tariffavtale med staten som arbeidsgiver. Tariffavtalene i Norge bygger gjennomgående på lovens definisjoner av arbeidstid og arbeidsfri. Den tariffavtalen som har betydning i saken som Høyesterett skal behandle, er Hovedtariffavtalen for staten gjeldende for perioden 1. mai 2012–30. april 2014 ("Hovedtariffavtalen").

(18) I tillegg til denne tariffavtalen, reguleres lønns- og kompensasjonsspørsmålet i saken av Avtale om arbeidstidsbestemmelser for politi- og lensmannsetaten gjeldende for perioden 1. april 2014 til 31. desember 2015 ("Arbeidstidsbestemmelsene").

(19) I lagmannsrettens dom – som er sitert ovenfor – benyttes også begrepet *reisetid*. Bakgrunnen for dette er reguleringen i Hovedtariffavtalen § 8. Bestemmelsen er en godtgjørings-bestemmelse. Reisetid er den tid som medgår på reise mellom arbeidssted/bosted og forretningsstedet. Reisetid i den alminnelige arbeidstid regnes fullt ut som arbeidstid. Avtalen regulerer hvordan reisetid utenom den alminnelige arbeidstid skal kompenseres.

(20) Thue tok, ved stevning 31. mars 2014 for Oslo tingrett, ut søksmål mot staten som arbeidsgiver. Søksmålet er basert på at alle de aktuelle tidsperiodene skal anses som arbeidstid, og at han har krav på lønn som vanlig arbeidstid og skal godtgjøres med overtidstillegg. Han begrunner dette med at han stod til disposisjon for arbeidsgiver fra han *ankom* lensmannskontoret til han *forlot* lensmannskontoret etter endt oppdrag. Hvis ikke tiden på reise anses som arbeidstid, har Thue subsidiært anført at han har krav på overtidsbetaling hjemlet på tariffrettslig grunnlag, nærmere bestemt etter regler i Arbeidstidsbestemmelsene.

(21) Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet anfører på sin side at disse periodene ikke er å anse som arbeidstid. Standpunktet bygger på at Thue ikke stod til disposisjon for arbeidsgiver i de aktuelle periodene, og at tiden han brukte på reise derfor ikke er å anse som arbeidstid etter arbeidsmiljøloven og direktivet. Thue har heller ikke krav på overtidsgodtgjøring på tariffrettslig grunnlag. Thue skal slik staten ser det, godtgjøres etter Hovedtariffavtalens bestemmelser om reisetid. Han har mottatt godtgjørelse i form av pengeutbetaling etter disse bestemmelsene og har ikke krav på ytterligere godtgjørelse.

(22) Partene er enige om at tid brukt på reise utenom alminnelig arbeidstid, til og fra fast eller sedvanlig oppmøtested, normalt ikke er å anse som arbeidstid. Tid brukt på reise i alminnelige arbeidstid er normalt å anse som arbeidstid. Tvisten gjelder bare tid brukt på reise til og fra et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested og når reiser skjer utenom alminnelig arbeidstid.

(23) Det foreligger relevant rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen om tolkningen av arbeidstidsbegrepet, men hvor problemstillingen er noe annerledes enn den typesituasjon som vi står overfor i denne saken. Partene er uenige om den foreliggende rettspraksis gir veiledning for tid brukt på en pålagt reise utenfor regulær arbeidstid. Ankende part og partshjelperen har bedt Høyesterett innhente en rådgivende uttalelse. For Høyesterett har ankende part og partshjelper blant annet anført at lagmannsrettens avgjørelse bygger på et resonnement som er uforenlig med direktivet. Ankemotparten er uenig i dette, men har ikke motsatt seg at saken forelegges EFTA-domstolen. Det synes å være enighet mellom partene

om at spørsmålet om forståelsen av direktivet har prinsipiell interesse utover saken her.

(24) For Høyesterett har det, ved vurderingen av om saken bør forelegges EFTA-domstolen, vært sentralt at fastleggingen av arbeidstidsbegrepets innhold potensielt kan ha betydning for svært mange arbeidsforhold. Tid brukt på reise, for en arbeidstaker med en kombinasjon av fast og varierende oppmøtested, fremstår også som en praktisk problemstilling for arbeidslivet. Hensynet til lik praktisering i EØS-området tilsier da at det er nødvendig å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen før Høyesterett behandler ankesaken.

5 PARTENES ANFØRSLER OM EØS-RETTEN

5.1 Thorbjørn Selstad Thue og Politiets Fellesforbund

(25) Nedenfor gjengis de bemerkninger som de ankende parter har inngitt:

(26) "Arbeidstaker har i alle de omtvistede tilfellene stilt sin arbeidskraft til disposisjon på det kontraktsfestede oppmøtested fastlagt i hans arbeidsavtale, jf. Europarådets direktiv 91/533/EØF. Her utførte han ordinære oppgaver etter arbeidsavtalen før han reiste videre til det bestemmelsessted arbeidsgiveren hadde fastsatt. Lagmannsretten har funnet det bevist at arbeidstaker også under reisene utførte ordinære arbeidsoppgaver. For ordens skyld opplyses at arbeidstaker gjennomfører tilsvarende reiser som ledd i sin ordinære arbeidsutførelse. Ankende part anfører at de omtvistede tidsrommene er arbeidstid slik begrepet er definert i artikkel 2 i Europarådets direktiv 2003/88/EF (Arbeidstidsdirektivet), fortolket i tråd med praksis fra EU-domstolen.

(27) Det er etter EU-retten uten betydning for beregning av arbeidstiden at arbeidsgiver i kraft av arbeidsgivers styringsrett kan pålegge arbeidstaker å møte på et annet bestemmelsessted enn hans faste oppmøtested. I motsatt fall vil arbeidsgiver sette vernet arbeidstidsreglene er ment å gi ut av spill, jf. Tyco C-266/14. I vår sak er det uansett slik at arbeidsreisen var en nødvendig og integrert del av oppdragsutførelsen og at arbeidstaker i alle de tre tilfellene startet og sluttet arbeidsdagen på det kontraktsfestede oppmøtestedet.

(28) Etter Arbeidstidsdirektivet er det heller ikke rom for noen nærmere vurdering av intensiteten i det arbeid som faktisk blir utført. Det vises til premiss 69 i Jäger-saken, C-151/02. Tilsvarende syn er gjentatt i en rekke senere avgjørelser fra EU-domstolen, ref. Dellas C-14/04, Vorel-saken, C-437 /05, Grigore C-258/10 og Tyco C-266/14. Felles for disse avgjørelsene er en formålsorientert tolkning. Reglene skal sikre både muligheten til nødvendig hvile og nødvendig tid til åndelig og sosial livsutfoldelse, jf. avsnitt 92-94 i Jäger-saken. I avsnitt 94 uttales det:

> **"...for at opfylde direktivets formål som angivet i nærværende doms præmis 92 skal være kendetegnet ved, at arbejdstageren i løbet af disse perioder ikke har nogen forpligtelse over for arbejdsgiveren, der kan forhindre ham i frit og uafbrudt at hellige sig sine egne interesser med henblik på at neutralisere de virkninger, som arbejdet har for hans sikkerhed og sundhed."**

(29) Ved disse avgjørelsene er terskelen for når arbeidstaker er i arbeid blitt klargjort, og det er ikke noe krav om at arbeidstaker faktisk utfører arbeid for at han kan sies å stå til arbeidsgivers disposisjon. EU-domstolen har slått fast at definisjonene av arbeidstid og

arbeidsfri i direktivets artikkel 2 er fellesskapsrettslige regler som må defineres av objektive kriterier i tråd med direktivets formål og system, se f.eks. Jäger-saken, C-151/02 premiss 58. Det er følgelig ikke rom for at det i nasjonal rett innfortolkes vilkår som innskrenker rekkevidden av begrepene.

(30) Oppsummeringsvis anføres at lagmannsrettens forståelse av arbeidsmiljøloven § 10-1 er feil og i strid med Arbeidsdirektivet når arbeidstaker pålegges å utføre ordinære arbeidsoppgaver før arbeidsdagen starter og videre når arbeidsintensiteten hensyntas ved tolkningen av bestemmelsen. Arbeidstidsdirektivets formål ivaretas kun ved å anerkjenne at arbeidstiden startet da Arbeidstaker stilte seg til disposisjon på lensmannskontoret – og tilsvarende stoppet da han forlot lensmannskontoret etter endt arbeidsdag."

5.2 Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(31) Nedenfor gjengis de bemerkninger som ankemotparten har inngitt:

(32) "Til spørsmål I: Direktivet oppstiller 3 kumulative vilkår for at det skal foreligge arbeidstid. Arbeidstakeren må være 1) på arbeidet, 2) stå til arbeidsgiverens disposisjon og 3) utføre sine arbeidsoppgaver. Direktivets generelle kriterier for hva som skal til, er godt utpenslet gjennom EU-domstolens praksis. Disse kriteriene er ikke oppfylt alene ved at arbeidstakeren bruker tid på reise til/fra et oppmøtested som ikke er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested, utenom alminnelig arbeidstid. Transporttid til og fra arbeid er slik i utgangspunktet arbeidsgiver uvedkommende. I den grad det utføres aktivt arbeid på reise som går utover det arbeidstaker plikter å utføre i kraft av sin alminnelige lojalitetsplikt, vil imidlertid tid brukt på dette, måtte anses om arbeidstid i direktivets forstand. All tid brukt på reisen blir likevel ikke derved arbeidstid etter direktivet - bare tiden som faktisk er brukt på det aktive arbeidet, jf sak C-303/98 Simap avsn 50.

(33) Sak C-266/14 Tyco kan ikke tas til inntekt for at tid brukt på denne type reise som sådan utgjør arbeidstid i direktivets forstand. Dommen gjaldt en spesiell type arbeidstakere som overhodet ikke hadde fast oppmøtested, men hver dag fikk pålegg om et nytt oppmøtested. Dette er understreket gjentatte ganger i rettens begrunnelse. Dette sammen med en rekke andre forhold, skiller saken vesentlig fra vår sak. Hensynet til arbeidstakerens innrettelser og privatliv slår i liten grad til når arbeidstakeren har et fast arbeidssted, se også spørsmål III.

(34) Til spørsmål II: Som det framgår ovenfor, mener staten at tid brukt på aktivt arbeid på denne type reise i utgangspunktet må anses om arbeidstid i direktivets forstand. Det kan ikke utelukkes helt at også perioder hvor det ikke utføres aktivt arbeid etter omstendighetene må anses som arbeidstid, jf C-161/02 Jaeger, hvor retten fant at tid hvor en lege hvilte på vakt på sykehuset, måtte ansees som arbeidstid. Det avgjørende må være om arbeidstakeren er rettslig forpliktet til straks å utføre arbeidsoppgaver etter arbeidsgivers instruksjoner samt forpliktet til fysisk å oppholde seg på sted anvist av arbeidsgiver, jf Simap avsn 48-50, Jaeger avsn 63, Tyco avsn 35-36. For at fritid/reisetid skal bli å betrakte som arbeidstid må arbeidstaker etter staten syn ha en slik plikt til å være arbeidsberedt til å utføre alminnelige oppgaver etter arbeidsavtalen i større grad enn på fritiden ellers (i denne saken utføre alminnelige politioppgaver som etterforskning, trafikkontroll etc.). I tillegg må det ses hen til om forpliktelser og begrensninger i arbeidstakers frihet til livsutfoldelse og mulighet for å bruke tiden i egen interesse er av et slikt omfang at det er naturlig å betrakte ham for å stå til disposisjon for arbeidsgiver, jf. eksempelvis sak C-303/98 Simap, avsn. 50, og sak C-151/02 Jäger, avsn. 65 og og Tyco avsn 37.

(35) Normalt vil reisetid uten aktivt arbeid ikke anses som arbeidstid etter disse vilkårene. Mer konkrete momenter som underbygger at det ikke foreligger arbeidstid, er eksempelvis om arbeidsgiver som i vår sak, lar det være opp til arbeidstaker når han vil reise bare han er på oppmøtestedet til fastsatt tid, og om arbeidstaker selv kan velge transportmiddel, reisevei og eventuelle pauser og aktiviteter underveis, herunder legge inn besøk til venner og familie. At arbeidstaker har med seg utstyr på reisen, kan ikke være avgjørende, heller ikke at dette inkluderer våpen - i alle fall ikke når våpenet som her lett og raskt kan demonteres, f eks ved at tjenestemannen har sluttstykket i lommen og resten av våpenet i bilen/på hotellrommet, slik at han ikke på noe tidspunkt vil være bevæpnet eller ha et funksjonelt våpen liggende i bilen/på hotellrommet. Hans frihet vil da i liten til ingen grad være begrenset.

(36) Til spørsmål III: Det kan ikke være aktuelt å anse tid brukt på denne type reise som arbeidstid etter direktivet dersom arbeidsgiver bare unntaksvis fastsetter et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige. At arbeidstaker unntaksvis må reise til annet oppmøtested enn sitt sedvanlige, vil ikke – eller i alle fall bare i begrenset grad – gå ut over mulighet til å tilpasse sitt privatliv og sin bolig til avstanden til arbeidsplassen. Dette var helt annerledes i Tycodommen der arbeidstakerne ikke hadde noe fast oppmøtested overhodet, men hver dag fikk pålegg om nytt oppmøtested."

6 SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

På bakgrunn av de ovennevnte faktiske og rettslige forutsetninger i denne saken, og under hensyntaken til at EFTA-domstolen ikke avgjør spørsmål om faktiske forhold eller løser tvister om fortolkning eller anvendelse av nasjonale rettsregler, og sett hen til at selve lønns- og kompensasjonsspørsmålet ligger innenfor partens avtalefrihet som følge av at direktivet ikke regulerer dette, ber Høyesterett om EFTA-domstolens svar på følgende spørsmål:

I Er den tiden som medgår til en reise pålagt av arbeidsgiver, til og/eller fra et annet oppmøtested enn arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested, når reisen skjer utenfor alminnelig arbeidstid, å anse som arbeidstid etter artikkel 2 i direktiv 2003/88/EF?

II I den grad en reise som beskrevet i spørsmål I ikke i seg selv er tilstrekkelig til klassifisering som arbeidstid, hva er det rettslige vurderingstemaet og de relevante momentene for vurderingen av om reisetiden likevel blir arbeidstid? Det bes herunder omtalt om det skal foretas en intensivitetsvurdering av innslaget av arbeid på reise.

III Har det betydning for vurderingene under spørsmål I og II hvor ofte arbeidsgiver fastsetter et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested?

* * *

Oslo, 14. desember 2016

Kristin Normann
dommer

Registered at the EFTA Court under N° E-15/16-1
4 day of Oct 2016

BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 25

ORIGINAL

EFTA Court
1 rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg

Deres referanse	Vår referanse	Dato
	16-038684ASD-BORG/01	27.09.2016

Anmodning om rådgivende uttalelse i sak nr. 16-038684ASD-BORG/01 mellom Yara International ASA - Staten ved Finansdepartementet

1. Innledning

I medhold av domstolloven § 51a og avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34, anmoder Borgarting lagmannsrett med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak nr. 16-038684ASD-BORG/01 mellom Yara International ASA (ankende part for Borgarting lagmannsrett) og staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (ankemotparten for Borgarting lagmannsrett).

Partsforholdet i ankesaken for lagmannsretten er følgende:

Ankende part:	Yara International ASA Drammensveien 131 0277 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Øyvind Hovland Ernst & Young TAX Advokatfirma AS Postboks 20, 0051 Oslo
Ankemotpart:	Staten v/Sentralskattekontoret for Storbedrifter Postboks 1073 Valaskjold 1705 Sarpsborg
Prosessfullmektig:	Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Wennerås Postboks 8012 Dep 0030 Oslo

Saken gjelder gyldigheten av skatteklagenemndas vedtak 29. november 2013. Ved vedtaket ble Yara International ASA nektet skattemessig fradrag for konsernbidrag selskapet hadde ytt til sitt litauiske datterselskap UAB Yara Lietuva. I henhold til reglene i den norske

skatteloven om konsernbidrag er det ikke anledning til skattefradrag for konsernbidrag som ytes fra et selskap som er skattepliktig i Norge til et selskap som ikke er skattepliktig i riket. Sakens sentrale spørsmål er om de norske konsernbidragsreglenes krav om skatteplikt i riket er forenlige med EØS avtalen artikkel 31 jf. artikkel 34.

2. Nærmere om sakens faktiske bakgrunn

Yara International ASA er et selskap inkorporert og registrert i Norge, med organisasjonsnummer 986 228 608. Selskapet er skattemessig hjemmehørende i Norge.

Yara International ASA er morselskap i et konsern med en rekke datterselskaper både i Norge og utlandet.

I 2007 ervervet Yara-konsernet selskapet UAB Lietuva. Ervervet skjedde gjennom at Yara International ASAs finske datterselskap Yara Suomi Oy kjøpte selskapet Kemira GrowHow Oy (som var eier av UAB Lietuva). UAB Lietuva var skattemessig hjemmehørende i Litauen. Etter at selskapet ble en del av Yara-konsernet endret det navn til UAB Yara Lietuva.

Den 28. april 2009 inngikk UAB Yara Lietuva og AB Lifosa, avtale om salg/kjøp av hele virksomheten i UAB Yara Lietuva for et nominelt beløp på 1 litauisk litas. UAB Yara Lietuva hadde pr. 31. desember 2009 et fremførbart skattemessig underskudd på om lag NOK 177 000 000.

Den 14. desember 2009 kjøpte Yara International ASA alle aksjene i UAB Yara Lietuva fra det heleide datterselskapet Yara Suomi Oy. UAB Yara Lietuva ble med dette et direkte eid datterselskap av Yara International ASA.

Den 16. desember 2009 ble det inngått avtale mellom Yara International ASA og UAB Yara Lietuva om at Yara International ASA skulle yte et konsernbidrag til UAB Yara Lietuva på EUR 16 000 000 (tilsvarende NOK 132 758 144) med virkning for inntektsåret 2009. Konsernbidraget ble betalt kontant 10. januar 2010. Det er opplyst fra ankende part at deler av konsernbidraget ble benyttet til å innfri gjeld, mens den resterende del av det mottatte konsernbidraget på ca. MEUR 6,4 ble plassert på konsernkonto i Yara-konsernet.

UAB Yara Lietuva ble besluttet likvidert 29. januar 2010. Det ble oppnevnt en person med rollen som likvidator av selskapet. I tillegg beholdt UAB Yara Lietuva to ansatte som i en periode bistod likvidatoren i likvidasjonsprosessen. Ankende part har opplyst at beslutningen om likvidasjon ble registrert i det lokale selskapsregisteret 17. februar 2010. Selskapet ble slettet 12. april 2012.

I selvangivelsen for inntektsåret 2009 krevde Yara International ASA skattemessig fradrag for konsernbidraget til UAB Yara Lietuva med NOK 132 758 144, tilsvarende EUR 16 000 000.

Ved likningen for 2009 ble Yara International ASA under henvisning til skatteloven § 10-2 til § 10-4 nektet fradrag for konsernbidraget ytt til UAB Yara Lietuva. Etter reglene i skatteloven om konsernbidrag er det ikke anledning til å yte konsernbidrag med skattemessig effekt fra et selskap som er skattepliktig i Norge til et datterselskap som ikke er skattepliktig i riket, jf. skatteloven § 10-4.

Ved brev av 9. november 2010 påklagde Yara International ASA likningen til Sentralskattekontoret for storbedrifter. Selskapet gjorde gjeldende at de norske konsernbidragsreglene er i strid med etableringsfriheten i EØS-avtalen, og at Norge etter

EØS-avtalen således er forpliktet til å innrømme selskapet fradragsrett for konsernbidraget gitt til UAB Yara Lietuva som datterselskap hjemmehørende innenfor EØS.

Ved vedtak av 20. juni 2011 fastholdt Sentralskattekontoret for storbedrifter likningen for 2009.

Yara International ASA påklaget 5. juli 2011 vedtaket fra Sentralskattekontoret for storbedrifter til skatteklagenemnda.

Ved vedtak av 29. november 2013 fastholdt skatteklagenemnda vedtaket av 20. juni 2011 fra Sentralskattekontoret for storbedrifter.

Den 27. mai 2014 tok Yara International ASA ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at selskapet ble tilkjent fradrag for avgitt konsernbidrag til UAB Yara Lietuva med NOK 132 758 144. Det ble også krevd tilbakebetaling korresponderende redusert skatt på inntekt for inntektsåret 2009, total NOK 37 172 280 med tillegg av forsinkelsesrente. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter tok til motmæle i tilsvar av 27. juni 2014, med påstand om frifinnelse.

Oslo tingrett avsa dom i saken 17. desember 2015 med slik domsslutning:

1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.

2. Yara International ASA dømmes til å betale sakskostnader til Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter med kr. 119 200 – etthundreognittentusentohundrekroner – innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.

Oslo tingrett kom til at reglene i skatteloven §§ 10-2, jf. 10-4 er forenlige med EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34, og at Yara International ASA følgelig ikke hadde rett til fradrag for konsernbidraget avgitt til UAB Yara Lietuva. Tingretten anså at lovligheten av konsernbidragsreglene fulgte av premissene i EU-domstolens avgjørelse i sak C-231/05 Oy AA. Skatteklagenemndas vedtak av 29. november 2013 ble derfor ansett som gyldig og staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter ble frifunnet.

Yara International ASA anket 28. januar 2016 tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter tok til motmæle i anketilsvar 25. februar 2016.

Under saksforberedelsen i ankesaken har lagmannsretten besluttet å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om det EØS-rettslige spørsmål som saken reiser.

3. Relevant norsk lovgivning

Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (skatteloven) §§ 10-2 til 10-4 gir på nærmere vilkår et foretak rett til å kreve fradrag ved inntektsligningen for bidrag som overføres til et annet foretak i konsernet (konsernbidrag). Bestemmelsene lyder som følger:

§ 10-2. Fradrag for konsernbidrag

(1) Aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan kreve fradrag ved inntektsligningen for konsernbidrag så langt dette ligger innenfor den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, og for

så vidt konsernbidraget ellers er lovlig i forhold til aksjelovens og allmennaksjelovens regler. Likestilt selskap og sammenslutning kan kreve fradrag for konsernbidrag i den utstrekning aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan gjøre det. Bestemmelsen i § 10-4 første ledd annet punktum gjelder likevel ikke når et samvirkeforetak yter konsernbidrag til et foretak som inngår i samme føderative samvirke, jf. samvirkeloven § 32.

(2) Det kan ikke kreves fradrag i inntekt som skattlegges etter reglene i petroleumsskatteloven. Det kan ikke kreves fradrag for konsernbidrag til dekning av underskudd i virksomhet som nevnt i petroleumsskatteloven §§ 3 og 5. Det kan ikke kreves fradrag for konsernbidrag til dekning av underskudd som etter § 14-6 femte ledd ikke kan fremføres til fradrag i senere år.

§ 10-3. Skatteplikt for mottatt konsernbidrag

(1) Konsernbidrag regnes som skattepliktig inntekt for mottakeren i samme inntektsår som det er fradragsberettiget for giveren. Den del av konsernbidraget som giveren ikke får fradrag for på grunn av reglene i §10-2 annet ledd eller fordi det overstiger den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, er ikke skattepliktig for mottakeren.

(2) Konsernbidrag regnes ikke som utbytte i forhold til reglene i §§ 10-10 til 10-13.

§ 10-4. Vilkår for rett til å yte og motta konsernbidrag

(1) Giver og mottaker må være norske selskaper eller sammenslutninger. Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper må tilhøre samme konsern, jf. aksjeloven § 1-3 og allmennaksjeloven § 1-3, og morselskapet må eie mer enn ni tideler av aksjene i datterselskapet samt ha en tilsvarende del av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 4-26 og allmennaksjeloven § 4-25. Kravene må være oppfylt ved utgangen av inntektsåret. Det kan ytes konsernbidrag mellom selskaper hjemmehørende i Norge selv om morselskapet er hjemmehørende i en annen stat, dersom selskapene ellers tilfredsstiller kravene.

(2) Utenlandsk selskap hjemmehørende i land innenfor EØS anses likestilt med norsk selskap hvis:

a. det utenlandske selskapet tilsvarer et norsk selskap eller sammenslutning som nevnt i § 10-2 første ledd,

b. selskapet er skattepliktig etter § 2-3 første ledd b eller petroleumsloven § 2, jf. § 1, og

c. det mottatte konsernbidrag er skattepliktig inntekt i Norge for mottakeren.

(3) Giver og mottaker må levere oppgaver etter ligningsloven § 4-4 nr. 5.

Bestemmelsene om konsernbidrag i skatteloven § 10-2 til § 10-4 etablerer en ordning som sikrer skattemessig nøytralitet innenfor et skattekonsern. Giver kan kreve fradrag ved inntektsligningen for konsernbidrag så lenge bidraget ligger innenfor foretakets skattepliktige alminnelige inntekt, jf. skatteloven § 10-2. På den annen side blir konsernbidraget skattepliktig inntekt på mottakers hånd, jf. skatteloven § 10-3. Systemet bygger altså på skattemessig symmetri. Et grunnleggende vilkår er at både giver og mottaker er skattepliktig i riket, jf. skatteloven § 10-4.

Konsernbidragsreglene ivaretar to formål, jf. Ot.prp.nr. 16 (1979-80) side 6 flg. og Ot.prp.nr. 1 (1999-2000) side 25 flg. For det første skal reglene tilrettelegge for nettobeskatning innad i konsern ved at overskudd kan overføres til selskap med skattemessig underskudd. Ved slike overføringer vil således i realiteten skattemessig underskudd i et konsernselskap redusere skattemessig overskudd i et annet konsernselskap, såkalt skatteutjevning innenfor konsern. For det andre er konsernbidragsreglene begrunnet i at det også utover behovet for skatteutjevning kan foreligge behov for å overføre midler mellom konsernselskaper, det vil si rene verdioverføringer innenfor konsern. På denne måten gis det mulighet for å bygge opp reserver i det eller de selskaper i et konsern hvor det til enhver tid er hensiktsmessig utfra utbyggingsplaner og finansieringsbehov. Når det gis konsernbidrag mellom to konsernselskaper som begge har overskudd, vil giver få fradrag for konsernbidraget, mens mottaker vil bli beskattet for konsernbidraget.

Som følge av at konsernbidragsreglenes formål omfatter å legge til rette for verdioverføringer innad i konsern, gjelder altså fradragsretten for konsernbidrag uavhengig av om mottaker har skattemessig underskudd eller ikke, jf. skatteloven § 10-2.

Den selskapsrettslige utdelingen av konsernbidrag er regulert i lov om allmenaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven) og lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven) §§ 8-5:

> **§ 8-5**. Konsernbidrag
>
> (1) Selskapet kan utdele konsernbidrag til annet konsernselskap, jf. skatteloven §§ 10-2 til 10-4. Som konsernselskap regnes også foretak som inngår i et konsern etter samvirkeloven § 5.
>
> (2) Bestemmelsene i §§ 8-1 til 8-4 gjelder tilsvarende for utdeling av konsernbidrag. Summen av utbytte og konsernbidrag kan i et enkelt år ikke overstige grensen etter § 8-1.

Første ledd gir selskapsrettslig hjemmel for at et selskap kan utdele konsernbidrag, mens annet ledd oppstiller nærmere vilkår for slik utdeling. Konsernbidrag kan gis mellom alle selskaper som inngår i konsernet, forutsatt at kravet til eierinteresse er oppfylt, jf. skatteloven § 10-4 første ledd.

Fradrag kan kreves ved ligningen for det år beslutningen gjelder, selv om beslutningen først er truffet året etter i forbindelse med årsoppgjøret. Konsernbidrag besluttes normalt med effekt for forutgående år. Forholdet til selskapets årsregnskap er regulert særskilt ved aksjelovene § 8-5 annet ledd. Fradragsrett ved inntektsskatteligningen er etter skatteloven § 10-2 første ledd betinget også av at bidraget er lovlig etter aksjelovene § 8-5 annet ledd. Bestemmelsen i annet ledd første punktum innebærer at både de materielle og de formelle regler om utbytte generelt gjelder tilsvarende for konsernbidrag, jf. § 8-1 og § 8-4.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) er gjort til norsk lov ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) § 1. Gjennom EØS-loven § 2, er EØS-avtalen gitt trinnhøyde over alminnelig norsk lov. Ved motstrid mellom reglene i skatteloven og EØS-avtalen, har således EØS-avtalen forrang.

4. Begrunnelse for anmodning om rådgivende uttalelse

Sakens sentrale spørsmål er om vilkåret i skatteloven § 10-4, om at både giver og mottaker av et konsernbidrag må være skattepliktige i Norge for at giver skal ha skattemessig fradragsrett, er forenlig med reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34.

Partene er enige om at vilkåret i skatteloven § 10-4 utgjør en restriksjon etter etableringsreglene i EØS-avtalen 31, jf. artikkel 34. Videre er partene enige om at vilkåret om skatteplikt i riket kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn til å sikre en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom EØS-statene og å forhindre skatteomgåelse, og at kravet er egnet til å ivareta disse hensynene. Partene er imidlertid uenige om i hvilken utstrekning vilkåret er nødvendig for å ivareta hensynene. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter er av den oppfatning at kravet i skatteloven § 10-4 er forenlig med EØS-avtalen fordi det er nødvendig for å ivareta de tvingende allmenne hensynene. Yara International ASA gjør på sin side gjeldende at de norske konsernbidragsreglene går lenger enn nødvendig, og at det må gjøres unntak for de situasjoner hvor mottaker av konsernbidraget er skattepliktig i en annen EØS-stat og har lidd "endelig tap".

Etter det lagmannsretten er kjent med er det særlig to avgjørelser fra EU-domstolen som er sentrale ved den aktuelle fortolkning av EØS-retten. Dette er sak C-446/03 ("Marks & Spencer-dommen") og sak C-231/05 ("Oy AA-dommen"). Partene er uenige om hva som kan utledes av disse avgjørelsene med hensyn det sentrale tolkningsspørsmål i saken.

Marks & Spencer-dommen gjaldt spørsmål om "group relief" (underskuddsdekning) fra et britisk morselskap til datterselskaper med skattemessig tilhørighet i Belgia, Tyskland og Frankrike. De britiske regler for "group relief" oppstilte som vilkår for underskuddsoverføring innen konsern at begge foretak var skattepliktige i Storbritannia. EU-domstolen konstaterte at dette var en restriksjon på etableringsfriheten som var begrunnet i tre tvingende allmenne hensyn: a) hensynet til å sikre balansert fordeling av beskatningskompetanse, (b) hensynet til å unngå dobbelt bruk (fradrag) av underskudd og c) hensynet til å unngå skatteomgåelse. Restriksjonen ble funnet egnet og nødvendig til å fremme disse hensynene, men gikk lenger enn nødvendig i de tilfeller underskuddet hos mottaker var "endelig" og den eneste muligheten for skattemessig utnyttelse var å overføre det til et annet konsernforetak. Dette er senere omtalt som Marks & Spencer unntaket eller "final loss" (endelig tap) unntaket.

Oy AA-dommen gjaldt konsernbidrag fra et finsk datterselskap til et britisk morselskap, og omhandlet konsernbidragsreglene i Finland. De finske konsernbidragsreglene oppstilte, som de norske, krav om at både giver og mottaker av konsernbidraget skulle være skattepliktige i riket. EU-domstolen konstaterte at tilhørighetskravet innebar en restriksjon på etableringsfriheten, men at det var rettferdiggjort i tvingende allmenne hensyn. Det var særlig hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å unngå skatteomgåelse som ble vektlagt. Restriksjonen ble funnet egnet og nødvendig for å fremme disse hensynene.

Partene er enige om at de finske og norske konsernbidragsreglene generelt sett er identiske.

Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter er av den oppfatning at det følger av Oy AA-dommen avsnitt 63-65 at det er nødvendig for å ivareta en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til skatteomgåelse at fradrag for konsernbidrag er betinget av at selskapene er skattepliktige i riket, og at EU-domstolen avviste at medlemsstatene måtte åpne for unntak fra et slikt vilkår. Bestemmelsen i den norske

skatteloven § 10-4 er derfor forenlig med EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34. Det påpekes at Marks & Spencer-dommen gjaldt et skattesystem basert på underskuddsoverføring ("group relief"), og ikke et system basert på konsernbidrag som gir giver fradragsrett uavhengig av underskudd hos mottaker. Det anføres at den etterfølgende Oy AA-dommen viser at Marks & Spencer unntaket ikke er relevant og ikke får anvendelse for et slikt konsernbidragssystem.

Yara International ASA gjør gjeldende at det i Oy AA-dommen verken forelå noen faktisk eller rettslig foranledning til å vurdere Marks & Spencer unntaket, da det i denne saken var på det rene at det ikke forelå noen "endelig tap" situasjon. Det anføres derfor at EU-domstolen i OY AA-dommen ikke tok stilling til om det for konsernbidragsregler som de finske og norske, må gjøres unntak for situasjoner hvor mottaker av konsernbidraget er skattepliktig i en annen EØS-stat og har lidd "endelig tap". Med støtte i Marks & Spencer-dommen anføres at unntak for "endelig tap" situasjoner også må gjelde i forhold til konsernbidragsregler som de norske.

Lagmannsretten har ikke funnet tolkningsspørsmålet opplagt, og har derfor besluttet å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

5. Partenes anførsler om EØS-retten

5.1 Yara International ASA har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Det anføres at de restriktive konsernbidragsreglene er uforholdsmessige fordi Yara International ASA ikke gis inntektsfradrag for avgitt konsernbidrag til sitt heleide datterselskap, UAB Yara Lietuva, med endelig skattemessig underskudd. Forutsetningen for at spørsmålet som forelegges EFTA-domstolen aktualiseres, er at UAB Yara Lietuvas skattemessige underskudd kvalifiseres som «endelig underskudd» iht. premissene 55 og 56 i Marks & Spencer dommen (Marks & Spencer-unntaket).

Det er sikker EØS-rett at reglene om etableringsfriheten ikke gir en generell rett til grenseoverskridende skatteutjevning innenfor konsern. Men det er også sikker EØS-rett at etableringsfriheten i unntakstilfeller gir rett til slik skatteutjevning hvor vilkårene i Marks & Spencer-unntaket er oppfylt. Marks & Spencer-unntaket gir rett til grenseoverskridende skatteutjevning i situasjoner hvor det mottakende datterselskap med underskudd har opphørt med sin virksomhet og iverksetter likvidasjon, og dermed ikke lenger har noen faktisk mulighet til å kunne utnytte underskuddet, med den konsekvens at underskuddet endrer karakter til endelig underskudd.

Marks & Spencer omhandlet de britiske group relief- reglene og spørsmålet om skatteutjevning mellom et britisk morselskap med overskudd og datterdatterselskaper med underskudd i Frankrike, Tyskland og Belgia. Saksøker mener at EU-domstolens resonnementsmønster under forholdsmessighetsvurderingen i Marks & Spencer, som ledet frem til Marks & Spencer-unntaket, må gis tilsvarende anvendelse hvor skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd teknisk gjennomføres gjennom bruk av konsernbidrag. EU-domstolens resonnementsmønster i Marks & Spencer er av prinsipiell karakter og dermed anvendelig uavhengig av hvilken teknisk metode som anvendes for å oppnå skatteutjevning innenfor konsern.

De norske konsernbidragsreglene bygger på prinsippet om overføring av konsernbidrag mellom konsernselskap tilsvarende verdien av underskuddet hos mottakerselskapet. De britiske reglene er på dette punkt mer fleksible, og britiske konsern har en valgrett mht om

konsernselskapet med overskudd skal betale vederlag, herunder hvor stort vederlag, for retten til å anvende andre konsernselskapers underskudd. For en fremstilling av de britiske group-relief reglene vises det til generaladvokatens betenkning i sak C-80/12 (Felix Stowe).

Formålet bak de norske konsernbidragsreglene og de britiske group relief-reglene er å åpne for skatteutjevning innenfor konsern. Det er forskjell i beregningsmetodikk og gjennomføringsvilkår, men begge ordninger medfører forskjellsbehandling ved å skille mellom innlendinger og utlendinger. Likheten mellom ordningene kan bl.a. illustreres ved EU Kommisjonens Communication av 19. desember 2006 "Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations" (COM(2006) 824), hvor det fremheves at det reelt sett ikke er noen forskjell mellom de britiske group relief reglene og konsernbidragsregler;

> *"The term "intra-group loss transfer" covers both "group relief" and the "intra-group contribution". Both these types of system allow a definitive transfer of income between companies in order to relieve losses against profits within a group. Under a "group relief" system a loss from one group member can be transferred (or "surrendered") to a profitable group member. Under an "intra-group contribution" system the profits from one group member can be transferred to a loss-making group member. To the extent that the "intra-group contribution" system is used to eliminate losses, it therefore has the same economic effect as a system of "intra-group loss transfer."*

EU-domstolens praksis tilsier også at tekniske forskjeller i utforming av statenes nasjonale regler ikke tillegges avgjørende betydning når lovligheten av slike regler skal testes opp mot etableringsfriheten, se premissene 50-51 i sak C-303-/07 (Aberdeen).

Yara International ASA er uenig i at Oy AA-dommen må tolkes slik at etableringsfriheten ikke gir grunnlag for anvendelse av Marks & Spencer-unntaket i situasjoner hvor skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd teknisk gjennomføres ved bruk av konsernbidrag. Ved tolkningen av Oy AA er det viktig å holde fast ved at EU-domstolen omtaler det spørsmål som er relevant for saken. Forespørselen fra den finske nasjonale domstolen var generell uten hensyn til retningen og formålet med konsernbidraget (se premiss 16 i Oy AA), men EU-domstolen omformulerte og begrenset den prinsipielle virkning av dommen ved å begrense problemstillingen til en konkret situasjon som kun omhandler oppstrøms konsernbidrag fra datterselskap til morselskap, se premissene 16 og 17 i Oy AA. Videre fremgår det av premissene 12-13 i Oy AA, jfr premiss 65, at formålet med å avgi konsernbidraget var å sikre det britiske morselskapets økonomiske stilling («secure its financial position»), siden virksomheten til det britiske morselskapet også var viktig for det finske datterselskapet. Det fremgår at det britiske morselskapet hadde underskudd det året det forventet å motta konsernbidrag og forventet å gå med underskudd også de to påfølgende årene. Formålet med å avgi konsernbidraget var således ikke å samordne overskudd i det finske datterselskapet mot underskudd i det britiske morselskapet.

Utgangspunktet er at EU-domstolen bare kan ta stilling til spørsmål som er relevante for løsningen av saken som står for den nasjonale domstolen, se sak C-18/93 premiss 14. På denne bakgrunn kan det anføres at domstolen i Oy AA heller ikke hadde kompetanse til å besvare om nektelse av fradrag for nedstrøms konsernbidrag fra morselskap med overskudd til datterselskap med underskudd for skatteutjevningsformål var forenlig med EU-retten (utover et obiter dictum, hvilket ikke ble gjort).

Ved å sammenholde premiss 16 i Oy AA, og premiss 26 i Marks & Spencer I, fremstår det klart at Oy AA var en sak om grenseoverskridende verdioverføring i form av konsernbidrag mens Marks & Spencer var en sak om grenseoverskridende skatteutjevning. Dette fremgår også av premiss 57 i Oy AA og premissene 70-71 i generaladvokatens betenkning i Oy AA.

Det er en avgjørende prinsipiell forskjell mellom nedstrøms konsernbidrag som gis for skatteutjevningsformål og oppstrøms konsernbidrag som gis for verdioverføringsformål. Videre vil morselskap med underskudd med nødvendighet videreføres i et konsern som består, mens datterselskap med underskudd kan avvikles med endelig virkning slik at den faktiske muligheten til å utnytte underskudd ikke vil finnes for fremtiden. Rent konkret var det i Oy AA saken ikke aktuelt å avvikle virksomheten til morselskapet eller morselskapet som sådan. Videreføringen av morselskapet medførte at vilkårene for fradrag basert på Marks & Spencer-unntaket under enhver omstendighet var utelukket. Situasjonen er diametralt motsatt i foreliggende sak, hvor formålet med konsernbidraget er skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd som likvideres.

Högsta förvaltningsdomstolen i Sverige avsa også dom den 11. mars 2009(RÅ, 2009 ref 13) hvor den konkluderte med at etableringsfriheten åpner for grenseoverskridende konsernbidrag i situasjoner hvor svenske morselskap med overskudd gir konsernbidrag til EU datterselskap med endelig underskudd. Regjeringsrätten konkluderte med at Marks & Spencer var overførbar til slike situasjoner hvor skatteutjevning gjennomføres ved bruk av nedstrøms konsernbidrag og at Oy AA omhandlet en annen situasjon og således ikke kunne tolkes slik at EU-domstolen i Oy AA hadde fraveket Marks & Spencer.

De norske konsernbidragsreglene kan også benyttes til å overføre verdier mellom konsernselskaper. Dette er regulert i aksjelovene § 8-5. Slike konsernbidrag kan gis med eller uten skattemessig effekt. Disse aspektene ved de norske konsernbidragsreglene er ikke relevante i vår sak fordi formålet med konsernbidraget er skatteutjevning mellom Yara International ASA og UAB Yara Lietuva.

Saksøker vil anmode EFTA-domstolen om å reformulere spørsmålet fra den nasjonale domstolen til kun å omfatte situasjonen i vår sak hvor norsk morselskap med overskudd for skatteutjevningsformål gir konsernbirdrag til EØS datterselskap med endelig underskudd.

5.2 Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Med sitt spørsmål ønsker den foreleggende rett opplyst om EØS-avtalen artikkel 31 og 34 (artikkel 49 og 54 TFEU) er til hinder for et konsernbidragssystem, hvor skattefradrag for konsernbidrag er betinget av at giver og mottaker er skattepliktige i riket. Dette spørsmålet er omtrent likelydende med spørsmålet som ble forelagt i sak C-231/05 Oy AA. EU-domstolen avgjorde i stor avdeling at tilsvarende finske konsernbidragsregler var proporsjonale, vurdert som helhet, jf. avsnitt 62-63:

> "(62) It should be noted at the outset that the objectives of safeguarding the balanced allocation of the power to impose taxes between Member States and the prevention of tax avoidance are linked. Conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in

relation to those activities and jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes

(63) Even if the legislation at issue in the main proceedings is not specifically designed to exclude from the tax advantage it confers purely artificial arrangements, devoid of economic reality, created with the aim of escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory, ***such legislation*** *may nevertheless be regarded as* ***proportionate to the objectives pursued, taken as a whole.***" (statens uthevelse)

EU-domstolen avviste også uttrykkelig at slike konsernbidragsregler måtte åpne for unntak i visse grenseoverskridende situasjoner, herunder ved tap hos mottaker, jf. avsnitt 64-65:

"*(64)* ***In a situation in which the advantage in question consists in the possibility of making a transfer of income****, thereby excluding such income from the taxable income of the transferor and including it in the taxable income of the transferee,* ***any extension of that advantage to cross-border situations*** *would, as indicated in paragraph 56 of this judgment, have the effect of allowing groups of companies to choose freely the Member State in which their profits will be taxed, to the detriment of the right of the Member State of the subsidiary to tax profits generated by activities carried out on its territory.*

(65) ***That detriment cannot be prevented by imposing conditions*** *concerning the treatment of the income arising from the intra-group financial transfer in the Member State of the transferee, or* ***concerning the existence of losses made by the transferee.*** *To allow deduction of the intra-group financial transfer where it constitutes taxable income of the transferee company,* ***or where the opportunities for the transferee company to transfer its losses to another company are limited,*** *or to allow deduction of an intra-group financial transfer in favour of a company whose establishment is in a Member State applying a lower rate of tax than that applied by the Member State of the transferor only where that intra-group financial transfer is specifically justified by the economic situation of the transferee, as Oy AA has proposed, would nevertheless mean that, in the final analysis, the choice of the Member State of taxation would be a matter for the group of companies, which would have a wide discretion in that regard.*" (statens uthevelse)

Nødvendighetsvurdering av de finske konsernbidragsreglene i Oy AA skilte seg fra vurderingen av britiske regler om underskuddsoverføring ("group relief") i sak C-446/03 Marks & Spencer. EU-domstolen vektla i denne forbindelse at konsernbidragsregler gjelder «*the possibility of making a transfer of income, thereby excluding such income from the taxable income of the transferor and including it in the taxable income of the transferee*» (Oy AA avsnitt 64). Konsernbidragsregler gjelder altså inntektsoverføring og EU-domstolen understreket derfor tidligere i avgjørelsen at et slikt system «*does not concern deductiblity of losses*» (Oy AA avsnitt 57). EU-domstolen fremhevet videre at faren for skatteomgåelse «*is reinforced by the fact that the Finnish system on intra-group financial transfers does not require the transferee to have suffered losses*» (avsnitt 58). EU-domstolen baserte således nødvendighetsvurderingen på de karakteristiske trekkene ved konsernbidragsregler, som verken gjelder fradrag for tap eller som er betinget av tap, og som derfor er vesensforskjellig fra mer begrensede skattesystem som gjelder "*deductibility of losess.*" Det er bakgrunnen for at EU-domstolen vurderte nødvendigheten av de finske konsernbidragsreglene annerledes i Oy AA enn «group relief»-reglene i Marks & Spencer.

Yara International ASA forsøker likevel å tolke Oy AA innskrenkende og anfører at domstolens uttalelser er begrenset til sakens faktiske kontekst og gjelder ikke generelt. Selskapet hevder, under henvisning til generaladvokatens uttalelse, at EU-domstolen ikke hadde noen foranledning til å drøfte unntak, herunder unntaksvilkårene i Marks & Spencer.

Staten bemerker at ved tolkningen av rettspraksis, og særlig ved en avgjørelse fra EU-domstolen i stor avdeling, står ordlyden helt sentralt. Ankende parts anførsler må derfor avvises siden, som EU-domstolen har påpekt ved tilsvarende forsøk på å tolke en avgjørelse innskrenkende, "*there is nothing, however, in the wording of the judgment...which gives grounds for concluding that the statements made by the Court... are applicable only in a factual context such as that and cannot have general application*" (se f. eks. sak C-324/08 Makro Zelfbedieningsgroothandel, avsnitt 27)

Det fremgår av premissene i Oy AA at EU-domstolen tok stilling til nødvendigheten av konsernbidragsreglenes vilkår på generelt grunnlag og uttrykkelig konkluderte (i) at «*such legislation… [is] proportionate… taken as a whole*» (avsnitt 63). Rekkevidden av denne konklusjonen blir enda klarere av at EU-domstolen, i motsetning til generaladvokaten, i påfølgende avsnitt også avviste (ii) «*any extension of that advantage to cross-border situations…*» (avsnitt 64). Videre fastslo EU-domstolen (iii) at faren for å undergrave en balansert fordeling av beskatningskompetanse «*cannot be prevented by imposing conditions...»,* herunder «*the existence of losses made by the transferee*» (avsnitt 65). Oy AA gir altså et klart svar på spørsmålet som er forelagt og det fremgår endog tre steder i avsnitt 63-65. Avgjørelsen i Oy AA fastslår både positivt (i) at betingelsen om skatteplikt i riket for skattefradrag for konsernbidrag er nødvendig, og avviser uttrykkelig (ii) at et konsernbidragssystem må åpne for fradrag i grenseoverskridende situasjoner, heller (iii) ikke på visse unntaksvilkår. Finlands Høyesterett har derfor i Oy AA og etterfølgende avgjørelser opprettholdt de finske konsernbidragsreglene. Staten fastholder etter dette at det forelagte spørsmålet må besvares i samsvar med Oy AA avsnitt 63-65 og foreslår følgende svar:

> *EØS-avtalen artikkel 31 er ikke til hinder for en lovgivning i en EØS-stat, slik som den hovedsaken gjelder, hvor et konsernselskap som er hjemmehørende i denne EØS-staten kun har rett til å fradra et konsernbidrag fra sin skattepliktige inntekt dersom det mottakende konsernselskap er skattepliktig i samme EØS-stat.*

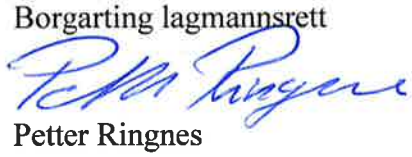
6. Spørsmål

Er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 34 at nasjonale konsernbidragsregler, slik som reglene i den norske skatteloven, hvor bidraget reduserer giverens skattemessige inntekt og inkluderes i mottakerens skattemessige inntekt uavhengig av om mottakeren har skattemessig underskudd eller overskudd, stiller som vilkår at både giveren og mottakeren er skattepliktige i den aktuelle EØS-staten eller skal EØS-reglene fortolkes slik at det på visse vilkår må innrømmes unntak fra kravet om skatteplikt i riket?

* * *

Dersom det er ønskelig med ytterligere opplysninger, vennligst ta kontakt med lagmannsretten.

Borgarting lagmannsrett



Petter Ringnes
Lagdommer

Kopi: Gjenpart er sendt sakens prosessfullmektiger.

Registered at the EFTA Court under N° E-28/15-1
18 day of Nov 20 15

OSLO TINGRETT

ORIGINAL

EFTA Court
-Domstolens kontor-
1 rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxemburg
Luxembourg

Deres referanse	Vår referanse	Dato
	15-052864TVI-OTIR/08	09.11.2015

Anmodning om rådgivende uttalelse

I henhold til domstollovens § 51 a og artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 15-052864TVI-OTIR/08. Partene i saken er:

Saksøker:	Yankuba Jabbi Collettsgate 53, 0456 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Vera Kristine Vikki Humlen & Rieber-Mohn Advokater Lille Grensen 7, 0159 Oslo
Saksøkt:	Staten v/Utlendingsnemnda Postboks 8165 Dep, 0034 Oslo
Prosessfullmektig:	Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Erik Wennerås Postboks 8012 Dep, 0030 Oslo

Postadresse Postboks 8023 Dep., 0030 Oslo
Kontoradresse Oslo Tinghus, C. J. Hambrospl. 4
Sentralbord 22 03 52 00
Telefaks 22 03 53 53
Saksbehandler Ingrid Sørsveen
Telefon
Bankgiro
Ekspedisjonstid 0845-1545 (1500)
Organisasjonsnummer 974714647
Internett/E-post http://domstol.no/oslo tingrett
oslo.tingrett.eksp@domstol.no

1 Innledning

1. Saken gjelder om en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger har avledet rett til opphold i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, dvs. Norge i foreliggende sak.

2. Saksøker har anført at han har en slik rett i medhold av Europaparlaments og rådsdirektiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (direktivet) og utlendingsloven kapittel 13. Staten bestrider dette.

3. Oslo tingrett har på denne bakgrunn funnet grunn til å forelegge spørsmål til EFTA-domstolen vedrørende tolkningen av direktiv 2004/38/EF artikkel 7(1)(b) jf. (2). Retten kommer nærmere tilbake til dette under punkt 3 og 5.

2 Kort om sakens faktiske sider

4. Saken for tingretten gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014 om avslag på søknad om opphold i riket og bortvisning, og etterfølgende beslutninger av 8. juli 2014 og 15. januar 2015 om ikke å omgjøre vedtaket.

5. Saksøker, Yankuba Jabbi (heretter «saksøker» eller «J.»), er gambisk statsborger. Den 1. februar 2012 giftet han seg med Inger Johanne Martinsen Amoh (heretter «referansepersonen J.») i Spania. Det er opplyst at referanseperson J. oppholdt seg sammen med ham i Spania fra september 2011 til oktober 2012, dvs. ca. 1 år. Referanseperson J. drev ikke med økonomisk aktivitet under oppholdet i Spania, men J. har vist til at hun hadde egne midler til opphold. Hun mottok statlige ytelser i form av arbeidsavklaringspenger frem til 30. mars 2012 og deretter uførepensjon. Det er omtvistet om referanseperson J. oppfylte vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger under oppholdet i Spania, men enighet om at hun hadde rett til å motta uførepensjonen der.

6. Partene har ellers noe ulike syn på den fremlagte dokumentasjonen vedrørende oppholdet i Spania og hennes tilknytning til Norge under oppholdet. Det er en del av bevisbedømmelsen under hovedforhandlingen og retten går derfor ikke nærmere inn på disse faktiske forholdene her.

7. Den 20. november 2012 søkte J. om opphold i Norge som ektefelle til EØS-borger, dvs. referanseperson J.

8. J. ble ikke ansett for å oppfylle vilkårene for opphold i Norge, jf. utlendingsloven kapitel 13, og ble bortvist ved Utlendingsdirektoratets vedtak av 19. februar 2014. Vedtaket ble påklaget og opprettholdt ved Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014. J. anmodet deretter om omgjøring av vedtaket, noe som ble avslått ved Utlendingsnemndas beslutninger av 8. juli 2014 og 15. januar 2015.

3 Nærmere om tvisten og bakgrunnen for anmodningen om rådgivende uttalelse

9. Utlendingsloven kapittel 13 gir særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen. Det fremgår av forarbeidene at kapitlet skal implementere EØS-rettslige forpliktelser, herunder direktiv 2004/38/EF. Direktivet artikkel 7(1)(b) regulerer reise til og opphold i annen EØS-stat for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, mens artikkel 7(2) gir på samme vilkår avledete rettigheter til EØS-borgerens familiemedlemmer.

10. Saksøker anfører at han har en avledet rett til opphold i Norge som følge av referanseperson Js opphold i Spania og senere retur til Norge. Han anser at denne rettigheten følger av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) og utlendingsloven kapitel 13.

11. Staten anfører at direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) gjelder vilkår for EØS-borgeres og deres familiemedlemmers rett til å reise og oppholde seg i en annen EØS-stat. Bestemmelsene gir ikke familiemedlemmer avledete rettigheter ved opphold i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44. Innenfor EU kan avledete rettigheter i et slikt tilfelle baseres på konseptet om unionsborgerskap, jf. artikkel 21 TFEU (Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte), men tilsvarende bestemmelser finnes ikke i EØS-avtalen.

12. Saksøker bestrider statens anførsel, herunder tolkningen og betydningen av dommen i sak C-456/12 O & B. Saksøker viser også til en grunngitt uttalelse fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) av 8. juli 2015, som gir uttrykk for at tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger kan påberope seg avledet rett til opphold ved EØS-borgerens retur fra en EØS-stat til EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger. Det vises til at ikke-økonomisk aktive EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan påberope seg rettigheter under direktivet artikkel 7(1)(b) og (2).

13. Staten fastholder anførselen gjengitt ovenfor og anser at ESAs foreløpige tolkning av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) er uforenlig med EU-domstolens dom i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44 sammenholdt med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-26/13 Gunnarsson avsnitt 80.

14. Oslo tingrett viser til partenes nærmere anførsler under punkt 4. Det fremgår at saksøker og staten er uenige om tolkningen av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2). På denne bakgrunn anser retten at det er grunn til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen, jf. punkt 5. Tingretten tilføyer at ingen av partene har hatt innvendinger til dette.

4 Nærmere om partenes EØS-rettslige anførsler

15. *Yankuba Jabbi* har i korte trekk anført:

16. En tredjelandsborger som er familiemedlem til en unionsborger som returnerer fra en annen EU-stat (vertsland) til EU-staten hvor unionsborgeren er statsborger, har avledet rett til oppholdstillatelse også i hjemlandet til unionsborgeren, dvs. samme avledede

rettigheter som familiemedlemmet hadde i vertslandet. Dette følger av EU-domstolens sak C-456/12 O & B, som gjaldt direktiv 2004/38 art. 7(1)(b). Det anføres at slike avledede rettigheter også må gjelde for familiemedlemmer til EØS-borgere.

17. Det er ikke avgjørende at EU-domstolens avgjørelse formelt kun gjelder "unionsborgere". At domstolen benytter denne terminologien vil være tilfelle i alle EU-domstolens avgjørelser, uten at dette nødvendigvis påvirker betydningen for dommens relevans for EØS-borgere.

18. Selv om betegnelsen "unionsborgerskap" ikke har en ekvivalent i EØS-retten, påvirker ikke dette EØS-relevansen av EU-domstolens rettspraksis for direktiv 2004/38/EF, jf. herunder felleserklæring fra avtalepartene ved implementeringen av direktivet (vedlegg til EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007). Direktivet introduserer ikke rettigheter på bakgrunn av "konseptet" unionsborgerskap, men regulerer derimot retten til fri bevegelighet – felles kjerneverdi i både EU-retten og EØS-retten. I sak C-456/12 O & B mener domstolen at en effektiv tolkning av retten til fri bevegelighet forutsetter at et familiemedlem beholder sine avledede rettigheter til opphold ved referansepersonens retur fra vertslandet til hjemlandet (avsnitt 54). I lys av det ovenstående, må dette også gjelde for EØS-borgere.

19. *Staten v/Utlendingsnemnda* har i korte trekk anført:

20. EU-traktatens konsept om Unionsborgerskap, jf. artikkel 20 og 21 TFEU, finnes ikke i EØS-avtalen. Konsekvensene av dette ble fastslått av EFTA-domstolen i sak E-26/13 Gunnarsson avsnitt 80: «Therefore, the incorporation of Directive 2004/38 cannot introduce rights into the EEA Agreement based on the concept of Union Citizenship». EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan bare påberope rettigheter som følger av direktivet selv, jf. Gunnarsson avsnitt 80.

21. EU-domstolens storkammer har i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44 fastslått at direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) ikke gir avledede rettigheter i en situasjon som denne saken gjelder: «It follows from a literal, systematic and teleological interpretation of Directive 2004/38 that it does not establish a derived right of residence for third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national.» (avsnitt 37). Avledete rettigheter for tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til EU-borgere som ikke er økonomisk aktive må baseres direkte på artikkel 21(1) TFEU, jf. dommen avsnitt 44-49. Direktivet kan bare brukes analogisk for å fastlegge vilkårene for rettighetene som er basert på artikkel 21(1) TFEU, jf. dommen avsnitt 50-56.

22. EØS-avtalen gir derfor ikke tredjelandsborgere avledet rett til opphold i Norge i situasjoner som foreliggende sak. Direktiv artikkel 7(1)(b) jf. (2) gir ikke slike rettigheter, og EØS-avtalen gir ikke grunnlag for rettigheter basert på EU-traktatens konsept om Unionsborgerskap, kf. artikkel 21 TFEU. EU-domstolens storkammeravgjørelse i sak C-456/12 O & B har således avklart rettstilstanden vedrørende spørsmålet som er forelagt.

5 Spørsmål

23. Oslo tingrett har som beskrevet ovenfor vurdert partenes EØS-rettslige anførsler og besluttet å forelegge følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

Gir Direktiv 2004/38/EF artikkel 7(1)(b) jf. (2) avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger?

****

Med vennlig hilsen

Oslo tingrett

Åsfrid Vågslid Haga
dommerfullmektig

Registered at the EFTA Court under N° E-11/16-1
7 day of September 2016

OSLO TINGRETT

ORIGINAL

Dok 32

EFTA Court
- Domstolens kontor -
1, rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg
Luxembourg

- REKOMMANDERT -

Deres referanse	Vår referanse	Dato
	14-089009TVI-OTIR/05	31.08.2016

Anmodning om rådgivende uttalelse

I medhold av Domstollovens § 51 a, jf. avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 34, anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak. 14-089009TVI-OTIR/05.

Saksøker:
Mobil Betriebskrankenkasse
Hünerposten 2
20097 Hamburg, Tyskland

Prosessfullmektig:
Avocado Advokater AS
Adv. Patrick Lundevall-Unger
Kristian Augusts gate 3
0164 Oslo
Epost: patrick.lundevall-unger@avocado.no
Mobil: +47 930 46 769

Saksøkt:
Tryg Forsikring
Postboks 7070
5020 Bergen, Norge

Partshjelper:
Trafikkforsikringsforeningen
Postboks 2551 Solli
0202 Oslo, Norge

Prosessfullmektig:
Advokat Terje Marthinsen
Advokatfirma MNA Kogstad Lunde & Co DA
Postboks 1360 Vika
0113 Oslo, Norge
Epost: terje.marthinsen@klco.no
Mobil: +47 909 73 474

* * *

Innledning

Saken for Oslo tingrett gjelder et regressoppgjør mellom et tysk forsikringsselskap og et norsk forsikringsselskap etter at en tysk privatperson ble skadet i en bilulykke i Norge. Partene er uenige om tolkningen av en EØS-rettsakt, nemlig Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger ("**Koordinerings-forordningen**") artikkel 85 nr 1. Partene er enige om at tolkningsspørsmålet bør forelegges EFTA-domstolen. Forberedende dommer i Oslo tingrett antar at en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen er nødvendig for å avsi dom, jf ODA-avtalen artikkel 34.

Nærmere om sakens bakgrunn og tvistepunkter

Jens Wille, født 17. februar 1964, bosatt i Wunstorf, Tyskland, ble den 6. mai 2011 skadet i en trafikkulykke mens han var på ferie i Søgne, Norge. Wille kjørte sin tyskregistrerte bil. Den ansvarlige bilen var norskregistrert og var ansvarsforsikret i det norske forsikrings-selskapet Tryg Forsikring ("**Tryg**").

Wille ble umiddelbart etter ulykken fraktet til Sørlandet sykehus HF i Kristiansand, der han var innlagt i perioden 6. mai til 11. mai 2011 og fikk akuttbehandling for en rekke ortopediske og indremedisinske skader. Han ble tilbudt operasjon av en armskade og en kneskade ved Sørlandet Sykehus, men ønsket heller å bli overflyttet til sitt hjemmesykehus i Tyskland for å få utført operasjonene der.

Det oppsto komplikasjoner i tilknytning til operasjonen i Tyskland, og sykehusoppholdet der ble derfor noe lengre enn planlagt.

Partene er enige om at de ortopediske og indremedisinske skadene tilhelet i løpet av de første 6 månedene etter ulykken. Wille utviklet imidlertid betydelige psykiske lidelser som medførte at han ble 100 % ervervsmessig ufør. Han hadde også hatt slike plager forut for ulykken, og partene er enige om at de psykiske lidelsene med tilhørende arbeidsuførhet ikke er en følge av trafikkulykken i Norge.

Tryg erkjente ansvar etter den norske bilansvarslovens[1] § 8 for de plager og tap som Wille ble påført som følge av trafikkulykken. Erstatningsutmålingen skjedde etter skadeserstatnings-lovens[2] regler, kombinert med ulovfestet norsk erstatningsrett. Partene er enige om at Tryg har utbetalt full erstatning for Willes erstatningsmessige tap, herunder de utgifter og det inntektstapet han selv har hatt som følge av trafikkulykken.

Jens Wille var dekket under en tysk, lovpålagt forsikring hos Mobil Betriebskrankenkasse ("**Mobil**").

---

[1] LOV-1961-02-03 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova).
[2] LOV-1969-06-13-26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

Mobil foretok en rekke utbetalinger under denne forsikringen og krevde deretter regress mot Tryg.

Tryg aksepterte flere av regresskravene fra Mobil og dekket disse med til sammen EUR 21 400, men avviste samtidig ansvar for flere av kravspostene. Begrunnelsen for avslagene var at de resterende utgiftene ikke var erstatningsmessige på den direkte skadelidtes hånd etter norsk rett. Det var dels tap som ikke sto i faktisk årsakssammenheng med den aktuelle trafikkulykken, dels var det tap som ikke rammet den direkte skadelidte og dels var det tap som gjaldt erstatningsposter som ikke har erstatningsrettslig vern etter norsk rett.

Følgende krav utgjør tvistens gjenstand:

1. Utgifter til behandling på sykehus i Norge. Ordningen med europeisk helsekort medfører at Wille ikke selv var ansvarlig for utgiftene. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 11 310. Mobil er forpliktet til å betale dette som følge av tysk rett.

2. Utgifter til sykehusoppholdet i Tyskland, samt syketransportutgifter i denne forbindelse. Begrunnelsen var at Willes tapsbegrensningsplikt medførte at han skulle tatt i mot tilbudet om å få operasjonene utført ved Sørlandet Sykehus. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 55 210,45.

3. Utgifter til behandling som ikke anses erstatningsmessig etter norsk rett, herunder lymfedrenasje og generell massasje. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 5 873,16.

Tvisten gjelder begrensede beløp, isolert sett. Det er imidlertid partenes syn at den reiser prinsipielle spørsmål som det er viktig å få avklart av hensyn til senere saker. Dette er også bakgrunnen for at Trafikkforsikringsforeningen har erklært partshjelp.

Den aktuelle EØS-rettsakten

Koordineringsforordningen ble inkorporert i EØS-avtalen ved beslutning nr 76/2011 i EØS-komiteen den 1. juli 2011. I samme beslutning ble også Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 ("**Gjennomføringsforordningen**") inkorportert i EØS-avtalen. Partene er uenige om forståelsen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Bestemmelsen lyder:

> 1. Dersom en person mottar ytelser etter en medlemsstats lovgivning for en skade som skyldes forhold inntruffet i en annen medlemsstat, skal følgende regler gjelde for eventuelle krav fra institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, overfor en erstatningsansvarlig tredjepart:
>
> a) når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, inntrer, i samsvar med lovgivningen den anvender, i ytelsesmottakerens krav overfor tredjepart, skal hver medlemsstat anerkjenne denne inntreden,

b) når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, har et selvstendig krav overfor tredjepart, skal hver medlemsstat anerkjenne dette krav.»

Uenigheten går ut på om plikten til å respektere regress-/subrogasjonsadgang medfører at kravet eller kravenes omfang etter kravstillers nasjonale rett også må aksepteres, selv om skadestedets rett gir en mer snever dekning. I denne saken blir spørsmålet om Tryg er forpliktet til å betale erstatning til Mobil utmålt etter tysk rett, fordi tysk rett påla Mobil å dekke de aktuelle kostnadene uavhengig av om de var erstatningsmessige etter norsk rett.

Sammendrag av partenes argumenter

Saksøker – Mobil:

Den rettslige pålagte ytelsesplikten er hjemlet i §§ 2,5, 20 ff SGB V (femte bok, tysk sosialrettsbok). Etter § 116 SGB X (tiende bok, tysk sosialrettsbok) går erstatningskravet resulterende fra Willes ulykke i Norge over til Mobil så lenge Mobil på grunn av ulykken, årsaksvurdert ut fra tysk rett, er forpliktet til å yte sosiale tjenester etter den omtalte tyske sosialrettbok.

Mobil anfører at regelen i artikkel 85 nr 1 i Koordineringsforordningen medfører at Tryg må betale erstatning for alle kostnader Mobil har hatt til Wille som følge av forsikringsavtalen.

Artikkel 85 nr 1 i Koordineringsforordningen, sammenholdt med tysk rett, innebærer at kravets overgang må aksepteres i Norge, selv om Wille selv ikke kunne krevet disse dekket fordi erstatningsutmålingen er regulert av norsk rett.

Koordineringsforordningens artikkel 85 Nr 1 regulerer anerkjennelsen av subrogasjonen fra medlemslandene, i dette tilfelle anerkjennelse av § 116 SGB X, §§ 20 ff SGB V (tysk sosialrettbok) i Norge. Dette medfører etter Mobils mening at tyske sosiale institusjoner (som Mobil) har et eget skadeerstatningskrav resulterende fra ulykken i Norge.

De ytelsene som Mobil er forpliktet til å betale resulterende fra ulykken i Norge blir behandlet som om ulykken hadde skjedd i Tyskland. Mobil er av den oppfatningen at selve ulykkesstedet ikke har noe som helst innflytelse for skadelidte når det gjelder omfanget av ytelsene skadelidte kan kreve – i dette tilfelle fra Mobil.

Mobil mener at Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1 beskytter forsikringstakeren som reiser til utlandet ved at vedkommende ikke må risikere et ytelsestap i tilfelle en ulykke inntrer. Bakgrunnen for omtalte artikkel er at man etablerer ideen om et enhetlig Europa, inkludert reisefriheten. Etter tysk rett gjennomføres selve subrogasjonen etter § 116 SGB X i det juridiske sekundet ulykken inntrer, som fører til at forsikringstakeren kan etablere erstatningskrav.

Mobil mener at subrogasjonen etter § 116 SGB X må anerkjennes i Norge, og at dette følger av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Dette medfører samtidig at det ikke er av

betydning hvilke medisinske behandlinger skadelidte ville ha fått i Norge. Det er dermed fra Mobils side irrelevant hvor høy kostnaden ville ha vært for skadelidte ved et sykeopphold i Norge. Avgjørende er at sykehusoppholdet er kausal til ulykken og er nødvendig grunnet skadelidtes skader.

Mobil mener videre at dette også gjelder for samtlige andre ytelser. Erstatter Norge for eksempel ikke en nødvendig behandling, har dette ikke noe relasjon til selve kravet, dette fordi det kun er tysk rett – her omtalte tysk sosialrettbok SGB – som er relevant. Mobil mener at det er norsk rett (lex delicti) som regulerer ansvarsspørsmålet og hvilke skader og tapstyper skadelidte har krav på erstatning for. Spørsmålet om hvilke konkrete behandlingstiltak og -metoder skadelidte kan ta i bruk, det vil si hvilke medikamenter, rehabiliteringstiltak med videre, beror imidlertid på skadelidtes sosialrett, i dette tilfelle tysk rett.

Når det gjelder skadelidtes tapsbegrensningsplikt mener Mobil at dette kun gjelder skadelidtes plikt til å sørge for at de lidte kausale skadene ikke forverres, men ikke at skadelidte må ta i betraktning hvilken behandling er den mest gunstige. Etter tysk rett har skadelidte krav på samtlige ytelser som bidrar til en helsemessig forbedring, dersom behandlingen er regulert i tyske loven. Mobil mener etter at sykehuset i Norge samtykket i at skadelidte kunne transporteres til sitt hjemland Tyskland foreligger det ikke lenger en tapsbegrensningplikt. Økonomiske problemstillinger er ikke skadelidtes forpliktelse men oppgaven til det tyske sosiale regelverket, noe samtlige medlemsland må anerkjenne etter Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1.

Oppsummering: Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1 regulerer EØS-landenes anerkjennelse av subrogasjonen, i dette tilfelle anerkjennelse av § 116 SGB X, §§ 20 ff SGB V i Norge. Dette medfører at tyske sosiale institusjoner (som Mobil) har et eget skadeserstatningskrav resulterende fra ulykken i Norge.

Saksøkte – Tryg:

Tryg bestrider saksøkers forståelse av Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1. Det anføres at artikkel 85 ikke påvirker lovvalget og utmålingen. Det kan etter a) bare kreves regress i den utstrekning de aktuelle tapspostene har et erstatningsmessig vern på den direkte skadelidtes hånd etter skadestedets rett. Regelen medfører ikke rett til regress i større omfang enn det skadevolder kan holdes ansvarlig for etter lovgivningen i landet som regulerer ansvarsspørsmålet og utmålingen. Subrogasjon medfører dermed ikke at Mobile i relasjon til Tryg får en bedre rettslig posisjon enn det Wille hadde. Når Wille ikke kunne kreve de aktuelle utgiftene erstattet, kan heller ikke Mobile kreve dem erstattet.

Når det gjelder utgiftene til sykehusoppholdet i Norge, og kostnadene til sykehusoppholdet i Tyskland som skyldtes manglende oppfyllelse av Willes tapsbegrensningsplikt, anfører Tryg følgende:

Der tapet ikke har oppstått hos den direkte skadelidte, men hos en tredjepart, anføres det at denne tredjeparten må akseptere de skranker som skadestedets erstatningsrett oppstiller. Artikkel 85 nr 1 b) må forstås med denne forutsetningen. Vurderingen av faktisk og rettslig årsakssammenheng må skje etter skadestedets rett. De rammene som skadestedets rett setter for skadevolders ansvar blir ikke utvidet som følge av at forsikringsretten eller sosialretten i et annet land gir skadelidte rettigheter ut over det som er erstatningsmessig på skadestedet. Oppgjøret mellom medlemsstater for ytte helsetjenester er regulert i Koordineringsforordningen artikkel 35 og Gjennomføringsforordningen artikkel 62 til 69.

Når helsevesenet i ett medlemsland har ytt behandling til en person som er bosatt i et annet, kan helsevesenet kreve at personens hjemlands helsevesen betaler kostnadene ved behandlingen. Faktiske kostnader skal dekkes.

I denne saken oppsto tapet først på det norske helsevesenets hånd. Wille hadde rett til gratis behandling som det norske helsevesenet pliktet å gi ham. Det norske helsevesenet fikk da ikke noe erstatningskrav mot Tryg. Årsaken er at dette tapet etter norsk rett er et tredjemannstap som ikke har erstatningsrettslig vern. Når det tyske helsevesenet ved Mobil refunderte utgiftene som det norske helsevesenet hadde hatt, skjedde det en subrogasjon. Mobil kom imidlertid, heller ikke her, i en bedre posisjon overfor Tryg enn hva det norske helsevesenet hadde, og det er dermed ikke rettslig grunnlag for å holde Tryg ansvarlig for utgiftene.

Tolkningsspørsmålene

Partene er i hovedsak enige om innholdet i de tyske rettsregler som fører til at Mobil måtte dekke de omtvistede behandlingsutgiftene som Wille har pådratt seg i Tyskland. Herunder er partene enige om at Mobil etter tysk rett var forpliktet til å dekke de tre omtvistede behandlingsutgiftene som i regressomgangen er omtvistet mellom partene i søksmålet her. Partene er enige om at Mobil er en "institusjon" som "har ansvar for å gi ytelser" slik disse begrepene er brukt i Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Videre er partene enige om at Mobil etter tysk rett – § 116 SGB X – på nærmere vilkår inntrer i Jens Willes krav mot en erstatningsansvarlig tredjepart.

Partene er også enige om at Mobils regressadgang overfor Tryg ikke omfatter de omtvistede postene hvis kravet vurderes etter norsk intern rett. Skadestedets rett gir en snevrere dekning enn skadelidtes hjemlands rett.

Partene mener at løsningen av tvisten i stor grad avhenger av fortolkningen av Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1. Bestemmelsen handler om situasjonen der en skadelidt mottar ytelser etter hjemlandets lovgivning for en skade som skyldes forhold inntruffet i en annen medlemsstat (et annet EØS-land), i vårt tilfelle Norge. Bestemmelsens bokstav a og b "gjelde[r] for eventuelle krav fra institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, overfor en erstatningsansvarlig tredjepart". Tolkningsspørsmålene som retten ønsker besvart, er:

Spørsmål 1, om tolkningen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1 *bokstav a*:

Når en institusjon i skadelidtes hjemland som har ansvar for å gi ytelser, etter hjemlandets rett "inntrer" i denne skadelidtes krav mot "tredjemann", skal andre EØS-land anerkjenne institusjonens inntreden i kravet. Betyr dette

- **at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen og at kravets eksistens og omfang beror på hjemlandets rett;**
- **at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen og at kravets eksistens og omfang beror på retten i det landet skaden skjedde; *eller***
- **at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen, men uten at Koordineringsforordningen har betydning for lovvalg når det gjelder kravets eksistens og omfang?**

Spørsmål 2, om tolkningen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1 *bokstav b*:

Når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser har et selvstendig krav overfor en tredjepart, skal andre EØS-land anerkjenne dette kravet. Betyr dette

- **at andre EØS-land må anerkjenne dette kravet fullt ut, herunder at dets eksistens og omfang beror på hjemlandets rett; *eller***
- **at andre EØS-land må anerkjenne kravet, med de begrensninger som måtte følge av rettsreglene i det landet skaden skjedde?**

Oslo tingrett

Frode Støle
tingrettsdommer

Kopi: Partenes prosessfullmektiger

Postadresse:
Domstoladministrasjonen
Postboks 5678 Torgarden
7485 Trondheim
Telefon: +47 73 56 70 00
Faks: +47 73 56 70 01

E-post: postmottak@domstoladministrasjonen.no
www.domstol.no

Oversikt over EØS-retten

1. utgave

Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad

Juridika

Lastet ned 1. oktober 2023 20:38
juridika.no

Innhold

Kolofon 4

Del I EØS-avtalen: bakgrunn og hovedtrekk 19

Kapittel 3 Om forholdet mellom EU-retten og EØS-retten 30

3.3 EU-rettslig og EØS-rettslig tolkningsmetode 49

3.3.1 Utgangspunkter for den EØS-rettslige tolkningsmetoden 49

3.3.2 Grunntrekk ved EU-rettslig tolkningsmetode 50

3.3.3 Grunnlaget for og særtrekk ved den EØS-rettslige tolkningsmetoden 58

© Universitetsforlaget 2022

ISBN 978-82-15-02519-3

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Nina Lykke
Sats: ottaBOK
Trykk: 07 Media – 07.no
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS
Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14
Papir: 90 g Arctic matt 1,0

sasjon for offentlig spilling av musikkopptak.[62] En viktig premiss for dommen er at EU har eksklusiv beslutnings- og traktatkompetanse overfor tredjeland.[63] Ettersom EUs eksklusive traktatkompetanse ikke omfatter EFTA-statene, og EØS-avtalens fortale punkt 16 fastslår at avtalen ikke berører avtalepartenes selvstendige beslutningsmyndighet eller kompetanse til å inngå traktater, kan det stilles spørsmål om den aktuelle direktivbestemmelsen kan tolkes på samme måte i en EØS-kontekst som i EU.[64] Spørsmålet har den største betydning for Norge ettersom et lovforslag fremmet i 2019[65] neppe kan opprettholdes hvis det skal være full rettshomogenitet i denne situasjonen.[66]

Hva som kan være tvingende grunner for fravik fra homogenitetsprinsippet, får i alle fall ses i sammenheng med EØS-avtalens særtrekk.[67] Et betydelig problem for å kunne tilfredsstille homogenitetsmålet, i tillegg til det som allerede er nevnt, er det forhold at beslutningsprosessen ved innlemmelse av nye rettsakter i EØS tar tid og fører til at lovgivningen i EØS «henger etter» EU.[68] Problemene må likevel ikke overskygges av homogenitetsprinsippets betydning, og at homogenitet vil være normalsituasjonen ved tolkningen av EØS-avtalen. Det siste er en viktig premiss for den følgende fremstillingen av EU-rettslig og EØS-rettslig metode.

3.3 EU-rettslig og EØS-rettslig tolkningsmetode

3.3.1 Utgangspunkter for den EØS-rettslige tolkningsmetoden

Når vi i denne boken nærmere skal fremstille sentrale deler av EØS-regelverket, er det nødvendig å si noe om den EU-rettslige og den EØS-rettslige metoden. Vi kan allerede her slå fast at norsk juridisk metode ikke er gangbar for å tolke EØS-regler. Dette understreker kompleksiteten i rettssystemet når EØS-regler utgjør en sentral del av det norske regelverket. Norske jurister må derfor være godt kjent med EØS-rettslig metode for å kunne anvende norsk rett riktig. På grunn av sammenhengen mellom EU-retten og EØS-retten, og ikke minst homogenitetsprinsippets betydning, betyr det i praksis også kjennskap til EU-rettslig metode. Her vil vi presentere noen hovedtrekk.[69]

62 Jf. det såkalte utleie- og utlånsdirektivet (dir. 2006/115/EF) art. 8 (2).
63 Sak C-265/19 *RAAP* avsnitt 88 og 89.
64 Se nærmere *Rognstad* (2021a) s. 540–546 og *Rognstad* (2021b) s. 1540–1543.
65 Se Kulturdepartementets høringsnotat av 6. desember 2019 om gjennomføring av EUs direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning og om åndsverklovens rekkevidde for nærstående s. 86–97 og 119–120.
66 Se Rognstad (2021a) s. 540 flg.
67 Se også nedenfor mot slutten av neste avsnitt.
68 Jf. sak E-3/97 *Jæger*, der EFTA-domstolen uttalte at domstolene ikke kan bøte på manglende vedtak i EØS-komiteen (i saken på konkurranserettsområdet). Se nærmere Fredriksen og Mathisen (2022) s. 242.
69 For en nærmere og mer inngående fremstilling, se *Fredriksen og Mathisen* (2022), kapittel VII.

Selv om EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, er heller ikke alminnelig folkerettslig metode helt gangbar ved tolkningen av EØS-reglene. I prinsippet kan nok tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen om traktattolkning art. 31–33 ha relevans, men verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen viser til disse prinsippene ved tolkningen av «internrettslige» EU- og EØS-regler. EU-domstolen markerte tidlig sitt syn på fellesskapsretten som en «egen rettsorden» med egne tolkningsprinsipper,[70] og EFTA-domstolen har fulgt opp med et tilsvarende syn på EØS-retten.[71] Det vi allerede har nevnt om EØS-avtalens homogenitetsmålsetting, tilsier i alle fall at den EU-rettslige metoden er et naturlig startpunkt også for den EØS-rettslige metoden. Homogenitet i praksis tilsier ikke bare at vi følger EU-domstolens avgjørelser i konkrete saker, men også at man grunnleggende sett anlegger samme metode. En slik tilnærming øker sannsynligheten for å oppnå rettshomogenitet også i spørsmål som ennå ikke har vært oppe til avgjørelse i EU-domstolen.

3.3.2 Grunntrekk ved EU-rettslig tolkningsmetode

Skillet mellom primærrett og sekundærrett og kontekstens betydning

Et viktig skille i EU-retten går mellom såkalt primærrett og sekundærrett. Vi kommer tilbake til hvilken betydning dette skillet må antas å ha i EØS-retten, men for å forstå EU-rettslig metode er det helt sentralt. Skillet er viktig ikke bare fordi det angir et rettskildehierarki i EU-retten, men også fordi tolkningsprinsippene og -metodene i EU-retten, slik de kan utledes av EU-domstolens praksis, ikke er uavhengige av om det er primærrett eller sekundærrett som tolkes.

Primærkilder i EU-retten er for det første de konstituerende traktatene TEU og TEUV, i tillegg også til traktaten om det europeiske atomenergifellesskap (Euratom). For det andre anses også den såkalte pakten (eller charteret) om grunnleggende rettigheter, som er EUs menneskerettskatalog, også som primærrett etter ikrafttredelsen ved Lisboatraktaten som del av primærretten. For det tredje er det til traktatene knyttet en rekke protokoller og erklæringer som også må anses som en del av primærretten. Og for det fjerde anses grunnprinsipper utviklet av EU-domstolen også som primærrett. Eksempler er prinsippene om EU-rettens forrang for og direkte virkning i nasjonal rett, proporsjonalitetsprinsippet, ikke-diskrimineringsprinsippet (ut over det som er nedfelt i traktatene), beskyttelse av berettigede forventninger, forutberegnelighetsprinsippet og prinsippet om tilbakevirkningsforbud.

70 Sak 26/62 *Van Gend en Loos*.

71 Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 59, sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 37, sak E-14/15 *Holship* avsnitt 123. For en problematisering av uttrykket i EØS-sammenheng, se *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 54.

Sekundærretten omfatter for det første den alminnelige lovgivningen, det vil si forordninger og direktiver. For det andre innbefatter den såkalte ikke lovgivningsmessige rettsakter, i form av delegasjonslovgivning som Kommisjonen har kompetanse til å vedta etter TEUV art. 290 og gjennomføringsrettsakter, jf. TEUV art. 291. For det tredje anses EUs traktater og avtaler med tredjeland som en integrert del av EU-retten. Disse har status som sekundærrett, selv om den i hierarkiet anses for å ligge over forordningene og direktivene. For det fjerde anses beslutninger, mot stater eller individer, som for eksempel etter konkurransereglene, også som en del av sekundærretten. For det femte finnes det også avtaler mellom EUs institusjoner (jf. TEUV art. 295). Endelig kan nevnes ikke-bindende rettsakter – også kalt «soft law», i form av anbefalinger (rekommendasjoner) og uttalelser. Som eksempler kan nevnes retningslinjene på statsstøtte- og konkurranseområdene som vi kommer inn på i kapittel 16 flg. nedenfor. Dette kan også anses som en del av sekundærretten, men den ikke-bindende statusen får betydning for hvilken vekt slike rettsakter tillegges.

Et viktig særtrekk ved tolkningen av EU-rettsakter er den kontekstuelle og formålsbaserte tolkningen som preger EU-domstolens praksis. Helt generelt har EU-domstolen gjentatte ganger uttrykt at «the interpretation of a provision of EU law requires that account be taken not only of its wording, but also of its context, the objectives pursued by the rules of which it is part and, where appropriate, its origins».[72] Kontekstuell tolkning innebærer at reglene tolkes i den sammenhengen den befinner seg i. Skillet mellom primærrett og sekundærrett er viktig i så henseende. Som antydet er EU-retten hierarkisk oppbygd, og hierarkiet mellom primærretten og sekundærretten innebærer at lovgivningen i form av forordninger og direktiver ikke kan fravike primærretten. Sekundærlovgivning som strider mot EU-traktatene, vil av den grunn ikke være gyldig. Et eksempel på at EU-domstolen har kjent et direktiv ugyldig på det grunnlaget, er dommen i sak C-376/98, *Tyskland mot Parlamentet og Rådet*. I den saken kom EU-domstolen til at direktiv 98/43/EF om harmonisering av bestemmelser om tobakksreklame ikke var egnet til å ivareta harmoniseringsformålet og dermed manglet grunnlag i hjemmelsbestemmelsene i TEUV.[73] Direktivet ble derfor senere erstattet av et nytt direktiv (dir. 2003/33/EF) som tilsiktet å reparere manglene i det første. Det hender imidlertid ikke ofte at sekundærlovgivningen blir kjent ugyldig.[74] Spenningsforhold mellom primærrett og sekundærrett blir vanligvis løst ved at sekundærretten tolkes i overensstemmelse med primærretten. Samtidig er det også en klar tendens til at

72 Se f.eks. sak C-263/18 *Tom Kabinet* avsnitt 38 med videre henvisninger.
73 Se nærmere om saken i *Hillion* (2001).
74 Dette har nok sammenheng med at EU-lovgiveren i en del tilfeller er tillagt et vidt skjønn, se f.eks. sak C-203/12 *Billerud* avsnitt 35 med videre henvisninger.

detaljerte regler i sekundærlovgivningen påvirker tolkningen av mer skjønnsmessige normer i primærretten, slik at motstrid også unngås på den måten.[75]

Når vi i denne sammenhengen taler om «primærretten», er det viktig å huske at også de generelle prinsippene som EU-domstolen har utviklet, er en del av primærretten, og at samspillet mellom primærrett og sekundærrett også skjer gjennom dem. Et eksempel er sak C-441/14 *Ajos* som skapte store kontroverser i Danmark vedørende forholdet mellom EU-rett og nasjonal rett.[76] Saken gjaldt tolkning av bestemmelser om aldersdiskriminering i direktiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidsforhold. Her understreket EU-domstolen at direktivet var et konkret uttrykk for det alminnelige prinsipp om aldersbestemt forskjellsbehandling som hadde sin opprinnelse i internasjonale konvensjoner og medlemsstatenes nasjonale rett, og som var utviklet i domstolens praksis (og senere fastsatt i EU-pakten art. 21). Ettersom det alminnelige prinsippet ikke var fastsatt ved direktivet, men bare kom til konkret uttrykk i dette innenfor direktivets virkeområde, kunne rekkevidden av direktivets beskyttelse ikke gå ut over det som fulgte av det alminnelige prinsippet.[77] Med andre ord satte det alminnelige prinsippet rammer for tolkningen av direktivet.

Tilnærmingen er ikke nødvendigvis så forskjellig fra det som følger av forholdet mellom konstitusjonell rett og alminnelig lovgivning i norsk rettstradisjon i lys av lex superior-prinsippet, men sammenhengen mellom primærrett og sekundærrett i EU-retten er mer kompleks, ikke minst som følge av de ulike traktatene og samspillet med alminnelige prinsipper.

Også mellom de forskjellige delene av sekundærretten er det et hierarkisk forhold som påvirker den kontekstuelle tolkningen. EU-domstolen har gjentatte ganger fremhevet at EUs traktater med tredjeland har forrang fremfor øvrig sekundærrett.[78] I praksis betyr det at direktiver og forordninger, så langt som mulig, tolkes i samsvar med EUs traktatforpliktelser.[79] Videre har de lovgivende rettsaktene forrang fremfor de ikke-lovgivende rettsaktene, samtidig som det går et skille mellom bindende og ikke-bindende rettsakter. De ikke-lovgivende rettsaktene anses slik sett som utfyllende regelverk som alltid må tolkes i samsvar med hjemmelslovgivningen, i tillegg til grunnlagsbestemmelsene i TEUV art. 290 og 291.

Ordlydens betydning

Den kontekstuelle og formålsbaserte tolkningen innebærer ikke at *ordlyden* i bestemmelsene som skal tolkes, har liten betydning – det bare understrekes

75 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 334–336.
76 Se nærmere nedenfor i avsnitt 27.2.
77 Sak C-441/14 *Ajos* avsnitt 23.
78 Se for eksempel sak C-265/19 *RAAP* avsnitt 62, med henvisning til tidligere praksis.
79 *Ibid*. med oppfølging i de videre avsnittene.

at ordlyden ikke kan tolkes isolert, men må ses i sammenheng med kontekst, formål og bestemmelsenes forhistorie.[80] Som for norsk rett kan man si at ordlyden er utgangspunktet for tolkningen, men EU-retten har også på dette punktet særtrekk som må tas i betraktning. For det første vil betydningen av ordlyden variere avhengig av hvilke bestemmelser det er tale om, og historiske forhold i den forbindelse. Det er for eksempel naturlig å hevde at ordlyden i de grunnleggende bestemmelsene om de fire friheter og konkurransereglene i dag har relativt liten selvstendig betydning ettersom de har vært gjenstand for omfattende og intens formålsbasert tolkning i lys av deres viktige rolle for den overordnede målsettingen om markedsintegrasjon innad i EU. Ved spørsmålet for eksempel om hva som er et «tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner» i TEUV art. 34, er en ordlydstolkning lite gangbar – her finnes det 50 år med rettspraksis som kaster lys over tolkningen med primær basis i formålsbetraktninger. For det andre kompliserer de mange offisielle språkversjonene en vanlig ordlydstolkning. Selv om også EU-domstolen henviser til den sedvanlige betydningen av ord og uttrykk i alminnelig språkbruk,[81] kompliseres en språklig fortolkning etter slike retningslinjer av at EU har 24 forskjellige offisielle språk. Problemet avhjelpes i noen grad av utstrakt bruk av legaldefinisjoner i sekundærlovgivningen, men man må alltid sammenholde forskjellige språkversjoner når man er i tvil om hvordan en bestemmelse skal tolkes. Dette henger sammen med den EU-autonome tolkningen som følger av EU som autonomt rettssystem. Man skal som det klare utgangspunktet finne frem til en ensartet tolkning av EU-reglene som er uavhengig av hvordan ord og uttrykk tolkes i de forskjellige medlemsstatene. Det betyr ikke at EU-retten er upåvirket av medlemsstatenes rett, men det er tolkningen av EU-reglene som er målpunktet og ikke nasjonalrettslig forståelse av tilsvarende regler.

Fortale, forarbeider og etterarbeider

Den utpregede formålsorienteringen i EU-retten henger sammen med EU-samarbeidet som «prosjekt». Det betyr at både overordnede formål og bestemte formål med de enkelte rettsområdene og bestemmelsene er en viktig del av konteksten som EU-reglene skal tolkes i. Den såkalte fortalen, eller «preambelen» som den også kalles, kan gi viktige tolkningsbidrag i alle henseender,[82] selv om fortalen selv ikke er en del av regelverket og dermed heller ikke rettslig bindende.[83] Fortalen har på mange måter mange av de samme funksjonene som

80 Se for eksempel forente saker C-511/18 mfl. *La Quadrature du Net* avsnitt 105.
81 Jf. for eksempel sak C-201/13 *Deckmyn* avsnitt 19.
82 Se for eksempel sak C-555/18 *K.H.K* avsnitt 47.
83 Uttrykt i en rekke saker, for eksempel sak C-136/04 *Deutsches Milk-Kontor* avsnitt 32 og sak C-134/08 *Tyson Parketthandel* avsnitt 16.

lovforarbeider har i norsk rett, uten at analogien skal dras for langt,[84] mens rettskildeverdien av *forarbeider* er en annen i EU-retten. Riktignok hender det at EU-domstolen henviser til forarbeider som del av forhistorien, særlig ved tolkningen av sekundærlovgivningen, og nok også i økende grad.[85] På grunn av kompleksiteten i lovgivningsprosessen i EU er det likevel vanskelig å utlede en entydig lovgivervilje fra dokumenter som klassifiseres som forarbeider. De har derfor ikke normerende kraft på samme måte som vi er vant til at forarbeider har i norsk rett, men mer karakter av støtteargumenter. Ulikheten i vektlegging av lovforarbeider er en viktig forskjell på norsk og EU-rettslig juridisk metode.

På samme måte som i norsk rett bør man imidlertid være forsiktig med å gi *etterarbeider* – i EU-retten gjerne i form av veiledende dokumenter utarbeidet av Kommisjonen – rettskildemessig betydning.[86] Her er det imidlertid metodevariasjoner idet Kommisjonen selv legger vekt på sine egne retningslinjer i sin praksis. Det kan derfor være rom for ulike tilnærminger om man for eksempel argumenterer en sak for Kommisjonen (eller ESA) eller prosederer en sak for EU-domstolen (eller EFTA-domstolen). Et annet spørsmål er hvilken betydning et etterfølgende direktiv (eller forordning) har ved tolkningen av et forutgående. Her må det nok skilles mellom tilfeller der den nye lovgivningen kodifiserer rettstilstanden, eller der meningen er å gjøre vesentlige endringer. I sistnevnte tilfeller vil det tidligere direktivet (eller forordningen) som et utgangspunkt ikke ha betydning ved tolkningen av det nye.[87]

Grunnleggende rettigheter – og prinsipper

En økende trend i EU-retten er at lovgivningen tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, herunder menneskerettighetene. Tendensen har vært der lenge, men kan sies å ha blitt aksentuert ved ikrafttredelsen av EU-pakten (charteret) om grunnleggende rettigheter ved Lisboatraktaten i 2009. Etter vedtakelsen av grunnrettighetspakten har det vært reist en rekke søksmål med påstander om at EU-rettsakter er i strid med bestemmelser i pakten. I det store og det hele har EU-domstolen funnet at bestemmelsene har vært forholdsmessige og slik sett i samsvar med de grunnleggende rettighetene.[88] Men det finnes også eksempler på det motsatte, særlig innenfor antiterrorområdet der både Underretten og EU-domstolen har funnet enkelte tiltak strengere enn grunnrettighetene tilla-

84 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 339.
85 Ett av mange eksempler fra EU-domstolens praksis er sak C-551/16 *Klein Schiphorst*, om trygderettsforordningen (EU) 883/2004, se dommens avsnitt 38 flg. For et eksempel på at også EFTA-domstolen benytter forarbeider ved tolkningen av tilsvarende EØS-regler, se sak E-10/20 *ADCADA* avsnitt 35. Se også *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 339–340.
86 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 341.
87 Se for eksempel sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 87–94.
88 Se for eksempel sak C-283/11 *Sky Österreich*, sak C-356/12 *Glatzel* og sak C-113/19 *Luxiviation*.

ter.[89] Når det gjelder medlemsstatenes gjennomføring og tolkning av EU-regler, finnes det en lang rekke eksempler, også før vedtakelsen av EU-pakten, på at EU-domstolen har tolket EU-reglene i lys av grunnrettighetene og i strid med statenes praksis. Praksis etter vedtakelsen av pakten viser blant annet at grunnrettighetene trekkes inn ved tolkningen av så vel primærrett som sekundærrett på nokså vidt forskjellige områder som arrestordre, personvern, immaterialrettigheter, barnevern, oppholdsrettigheter for personer med tredjelandsopprinnelse, fri bevegelighet av varer, tjenester og personer osv.[90]

Tilsvarende har også de uskrevne EU-rettslige prinsippene som er nevnt ovenfor, stor betydning ved tolkningen av EU-retten. Et sentralt tolkningsprinsipp som bør nevnes i tillegg, er det såkalte «effet utile» som innebærer at EU-rettslige bestemmelser skal sikres mest mulig effektiv virkning. Prinsippet rommer prosessuelle garantier som effektivitetsprinsippet – som forutsetter at nasjonale prosessregler må gjøre det mulig å håndheve EU-regler i nasjonale domstoler – og ekvivalensprinsippet – som krever at prosessregler som gjelder for EU-rettslige tvister, er minst like fordelaktige som de som gjelder nasjonale tvister. Men prinsippet innebærer også at EU-rettslige regler må tolkes i samsvar med sine formål, og at man ved tolkningstvil velger det tolkningsalternativet som på best mulig måte sikrer bestemmelsens effektive virkning. Dette gjelder enten det er tale om en hovedregel eller et unntak.[91] Et utslag av prinsippet finner man i EU-domstolens generelle formulering av at hovedregler skal tolkes vidt og unntak snevert,[92] men prinsippet fastsetter også grenser for hvor snevert unntaksregler kan tolkes, idet også de må sikres sin effektive virkning.

Praksis fra EU-organer

Det følger av det som her er sagt, at EU-domstolens, og på enkelte områder også Underrettens, praksis har stor betydning ved tolkningen av EU-regler, selv om det ikke er utviklet noen formell prejudikatslære i EU-retten. EU-domstolens egen praksis viser at den legger stor vekt på tidligere avgjørelser. EU-retten har imidlertid særtrekk man må være oppmerksom på ved bruk av rettspraksis som rettskilde. For det første må det skilles mellom dommer som avgjør realiteten i sakene, som for eksempel dommer i traktatbruddssøksmål og klager over Kommisjonens beslutninger i konkurransesaker, og prejudisielle avgjørelser etter TEUV art. 267. De sistnevnte avgjør bare tolkningsspørsmål i tvister som avgjøres av nasjonale domstoler. Det innebærer blant annet at domstolene i førstnevnte typer saker også må ta stilling til faktum og bevisspørsmål, mens

89 Se for eksempel forente saker C-402/15 og C-415/05 P *Kadi I* og forente saker C-584/10 mfl. *Kadi II*.
90 Se *Craig og de Burca* (2020) s. 460, med henvisninger til rettspraksis.
91 For sistnevnte, se for eksempel C-201/13 *Deckmyn*.
92 Se for eksempel sak C-5/08 *Infopaq* avsnitt 56.

de sistnevnte bygger på faktiske forutsetninger som er gitt i foreleggelsen fra den nasjonale domstolen. Dette hindrer likevel ikke at EU-domstolen i enkelte saker går langt også i å si noe om den aktuelle regelens anvendelse på det gitte faktum (subsumsjonen), men det varierer – nokså ofte overlater domstolen uttrykkelig subsumsjonen til de nasjonale domstolene. Av disse grunnene er det forskjeller på hva man kan slutte ut fra dommer som avgjør realiteten i sakene, og prejudisielle avgjørelser.

For det andre har skillet mellom uttalelser som er nødvendige for å avgjøre saken (ratio decidiendi), og uttalelser som ikke er det (obiter dicta), neppe særlig betydning i EU-retten. Dels henger dette sammen med EU-domstolens rolle for å sikre rettsenhet – den oppnås uavhengig av et slikt skille. Dels ligger det i sakens natur for prejudisielle avgjørelser, ettersom poenget med dem er å avgjøre tolkningsspørsmål og ikke den konkrete saken. Men også for dommer som avgjør realiteten i saken, er det en klar tendens til at det formuleres generelle og abstrakte rettssetninger som går ut over det konkrete saksforholdet, og som domstolene bygger på senere. Disse forhold utelukker på den annen side ikke at faktum i sakene kan ha betydning for rekkevidden av uttalelsene, men faktums betydning som prejudikatsbegrensende faktor er mindre enn i norsk rett.

For det tredje har det forhold at dommene i EU-retten avsies med ett votum uten publiserte dissenser,[93] betydning for uttalelsenes karakter og dermed også hvilke slutninger man kan trekke fra dommene. Kravet om enstemmighet i avsigelsen innebærer uvegerlig at mange kompromisser må inngås, og det preger også formuleringene som ofte kan være runde og til dels vanskelig å trekke noe ut av. Premissene er også ofte forholdsvis knappe, selv om det varierer, og det er en tendens til at de stadig blir mer utfyllende. Mer utfyllende drøftelser finnes gjerne i generaladvokatens uttalelser som vi straks vil si litt om betydningen av.

Et fjerde særtrekk er at domspremissene, på samme måte som lovtekstene,[94] finnes i 24 språkversjoner, og også her må man ofte sammenholde språkversjonene for å kunne trekke riktige slutninger. Det må likevel tas i betraktning at fransk er EU-domstolens arbeidsspråk, og at det er den franske versjonen dommerne blir enige om. Her må det skilles mellom arbeidsspråk og prosesspråk, som i foreleggelsessaker vil være språket til den foreleggende domstol.[95] Det er

93 Det forhold at dommene avsies uten publiserte dissenser, innebærer imidlertid ikke at dommerne må diskutere seg frem til et minste felles multiplum som er akseptabelt for dem alle. Om nødvendig stemmer dommerne bak lukkede dører. Det kan her godt være at det foreligger intern dissens, men det får man ikke vite ettersom forhandlingene er hemmelige, jf. statuttene for EU-domstolen art. 35.

94 Se for eksempel sak C-324/08 *Makro* avsnitt 27–28 for en bekreftelse på at ordlyden har stor betydning også ved tolkningen av dommer.

95 Jf. «Rules of Procedure of the Court of Justice», OJ [2012] L 265/1 (prosedyrereglene) art. 37 nr. 3. I direkte søksmål er hovedregelen at saksøkeren bestemmer prosesspråket, jf. prosedyrereglene art. 37 nr. 1.

den sistnevnte som omtales som «autentisk» i EU-domstolens prosedyreregler,[96] og som også er den som signeres og forkynnes for partene. Likevel er det den franske dommen dommerne blir enige om, og den som danner grunnlag for den autentiske versjonen. Derfor må man ved tvil om hvordan premissene skal forstås, alltid konsultere den franske versjonen for å se hvordan dommerne opprinnelig har formulert seg.[97]

For det femte har domstolens sammensetning betydning for dommens prejudikatsverdi. Her er det likhetspunkter med norsk Høyesterett, men selve sammensetningen er annerledes. EU-domstolen kan settes i avdelinger på tre eller fem dommere eller i storkammer (Grand Chamber) bestående av 15 dommere.[98] Bare helt unntaksvis, der det er bestemt i TEUV, avgjøres saker i plenum. Storkammeravgjørelser har særlig tyngde, men EU-domstolen bygger også på tidligere avgjørelser avsagt i avdeling, til og med også med tre dommere.

Det hender at det forekommer prejudikatsfravik i EU-retten, men som oftest skjer det ved at kursen endres uten at det sies uttrykkelig. Åpne avvik fra tidligere dommer er sjeldne, men et eksempel er sak C-10/89 *Hag II* der EU-domstolen kom til at det ikke var i konflikt med reglene om frie varebevegelser at en varemerkeinnehaver fikk rett til å hindre import av varer under samme varemerke (Kafé Hag), men som var havnet på forskjellige hender som et resultat av en konfiskasjon etter annen verdenskrig. Her hadde domstolen 16 år tidligere i sak 192/73 *Hag I* kommet til eksakt motsatt resultat i samme sakskompleks. Det var det vanskelig for domstolen å gå rundt, og domstolen ga eksplisitt uttrykk for at det var nødvendig å revurdere tolkningen i den tidligere dommen i lys av den rettspraksis som i mellomtiden hadde utviklet seg i forholdet mellom immaterialrettigheter og de generelle reglene i Romatraktaten, særlig på området for frie varebevegelser.[99] Også i den velkjente *Keck*-dommen, forente saker C-267/91 og C-268/91, skjedde kursendringen uttrykkelig. Der understreket EU-domstolen at *i motsetning til* hva som tidligere var bestemt, skulle begrensninger i bestemte former for salg i utgangspunktet ikke anses som en importrestriksjon.[100] I en litt annen kategori kommer avgjørelser som korrigerer tidligere avgjørelser uten å rokke ved en langvarig praksis. Et eksempel på dette er sak C-568/08 *Combinatie*, der det inntrykk avgjørelsen i sak C-314/09 *Strabag*, som falt først, etterlot, ble korrigert. I *Strabag* kunne

96 Prosedyrereglene art. 41.

97 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 352, med eksempel på at EU-domstolen har rettet feil i den autentiske språkversjonen med utgangspunkt i den franske (i sak C-370/05 *Festersen*). Se også for eksempel sak C-464/15 *Casino Admiral* avsnitt 25–29, der et tysk ord (*tatsächlich*) i en tidligere avgjørelse ble tolket i lys av den franske og andre språkversjoner som alle benyttet ord som språklig sett avvek fra det tyske ordet (jf. særlig avsnitt 27).

98 Se statuttene for EU-domstolen art. 16, jf. TEUV art. 251.

99 Sak C-10/89 *Hag II* avsnitt 10.

100 Se nærmere nedenfor i avsnitt 8.5.2.

EU-domstolen forstås slik at den mente direktiv 89/665 art. 2 etablerte et objektivt erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene. Dette ble korrigert i sak C-568/08 *Combinatie*. Her så EU-domstolen den aktuelle bestemmelsen som en konkretisering av medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten. Og et vilkår for slikt ansvar er at det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd.[101]

Et særlig spørsmål som oppstår ved behandlingen av saker for EU-domstolen, er hvilken betydning uttalelsene fra *generaladvokaten* har ved tolkningen av EU-regler. EU-domstolen henviser relativt ofte til Generaladvokatens innstilling i den enkelte sak, men ikke til generaladvokatuttalelser i tidligere saker. Her er det en forskjell til andre domstoler som Underretten, EFTA-domstolen og norsk Høyesterett, som viser tendenser til å trekke inn generaladvokatuttalelser som vanlige rettskilder. Den største betydningen av generaladvokatuttalelsene er at de kaster lys over EU-domstolens praksis i de enkelte sakene. Det gjelder både der domstolen følger uttalelsene, og der de ikke gjør det. Generaladvokatuttalelsene er gjerne mer utfyllende enn de knappere domstolspremissene og kan bidra til å sette uttalelsene i perspektiv om de sistnevnte kan være vanskelig å forstå isolert sett. Der domstolen fraviker uttalelsene, kan de tjene som en pekepinn om hva domstolen *ikke* har ment, og gi grunnlag for negative slutninger i så henseende.[102]

3.3.3 Grunnlaget for og særtrekk ved den EØS-rettslige tolkningsmetoden

Om vi etter denne redegjørelsen for hovedtrekk i den EU-rettslige metoden retter blikket mot EØS-avtalen, impliserer homogenitetsprinsippet at det som er sagt ovenfor, også er overførbart til EØS-konteksten og danner utgangspunktet også for den *EØS-rettslige metoden*. Dette illustreres ikke minst av EU-domstolens tilnærming til EØS-avtalen. Et eksempel gir den før nevnte dommen i sak C-897/19 PPU *I.N.* Saken gjaldt en eksrussisk, men nå islandsk statsborger som ble begjært utlevert til Russland fra Kroatia der han oppholdt seg på ferie. Ett av flere argumenter mot slik utlevering var at den innebar en forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet ettersom nasjonale statsborgere ikke kunne utleveres i en tilsvarende situasjon. EU-domstolen henviste

101 Se nærmere nedenfor i avsnitt 15.7.4.

102 Et eksempel gir sak C-463/12 *Copydan*, hvis man sammenligner dommens avsnitt 63–67 med Generaladvokatens uttalelse avsnitt 58–68. Generaladvokaten tok her til orde for en tolkning av en tidligere dom, forente saker C-457/11 mfl. *VG Wort*, som kunne ha gode grunner for seg, men som ikke lå i dagen på bakgrunn av uttalelsene i den dommen. EU-domstolen gjentok imidlertid det den hadde sagt i den tidligere dommen, med en tilleggsbemerkning som etterlot ingen tvil om at Generaladvokatens tolkning var uholdbar, selv om den ikke nevnte generaladvokatuttalelsen med et ord. For et tilsvarende eksempel, se sak C-203/12 *Billerud* om tolkning av direktivet om miljøkvoter (2003/87/EF), der en uttalelse fra Generaladvokaten i en *senere* sak, C-148/14 *Nordzucker*, gir gode bidrag til å forstå hva EU-domstolen mente i *Billerud*.

her til det generelle forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS art. 4. Siden dette forbudet gjelder innenfor rammen av EØS-avtalen selv, koblet EU-domstolen inn reglene om frie tjenesteytelser i EØS art. 36 og fant at en forskjellsbehandling i denne situasjonen utgjorde en restriksjon på den frie tjenestebevegeligheten. Interessant nok var den islandske statsborgeren ikke i Kroatia som tjenesteyter, men EU-domstolen henviste til sin praksis under den tilsvarende bestemmelsen i TEUV art. 56 som viser at bestemmelsen også omfatter tjenestemottakere, og at turister faller i den kategorien. Uten å problematisere forholdet nærmere konstaterte domstolen at den samme tolkningen også gjelder for friheten til å yte tjenester etter EØS art. 36.[103] Tilnærmingen – som har sitt motstykke i EFTA-domstolens praksis – viser med tydelighet overførbarheten av EU-rettslig metode til EØS-konteksten.

Homogenitetshensynet innebærer også at det EU-rettslige skillet mellom primærrett og sekundærrett har relevans i EØS-retten, selv om avtalen formelt sett ikke trekker opp et slikt skille. Tvert imot sier EØS-avtalen art. 119 at vedleggene og rettsaktene i dem skal – sammen med protokollene til avtalen – utgjøre en integrert del av avtalen. Gitt den store betydningen skillet mellom primærrett og sekundærrett har i EU-retten, er det imidlertid ikke mulig å oppnå rettshomogenitet uten å vektlegge skillet i en EØS-kontekst også.[104] EFTA-domstolen har da også benyttet uttrykket «primær EØS-rett», antagelig som betegnelse på EØS-avtalens hoveddel og EØS-rettslige grunnprinsipper som omtales nedenfor.[105]

Når det er sagt, må det likevel tas høyde for at EØS-avtalen utgjør et annet rettssystem enn EU og innebærer bruk av andre rettskilder. Allerede ved spørsmålet om ordlydstolkning av avtalens bestemmelser må det tas i betraktning at også islandsk og norsk er offisielle språkversjoner, i tillegg til EU-språkene med unntak av irsk, jf. EØS art. 129 nr. 1. Homogenitetshensynet tilsier imidlertid at dette ikke tillegges avgjørende betydning ved tolkningen, idet avtalens bestemmelser like fullt skal tolkes i samsvar med EU-retten. Slik må den norske versjonen i første rekke anses for å ha opplysningsverdi, som grunnlag for sitater og gjengivelse av avtalens innhold, samtidig som man må passe på at versjonen ikke benyttes som grunnlag for avvikende tolkninger fra EU-retten. For øvrig må man også i en EØS-kontekst sammenligne forskjellige språkversjoner for å kunne trekke slutninger fra ordlyden.[106] Slik sett er det EU-domstolens metode som anvendes, også ved håndteringen av språkversjoner i EØS.

103 C-897/19 PPU *I.N.* avsnitt 57–59 med henvisning til sak C-182/15 *Petruhlin*. Dette er videre fulgt opp av EFTA-domstolen i sak E-8/20 *straffesak mot N* avsnitt 75 flg.

104 Jf. nærmere *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 56. Se også *Arnesen* i Arnesen mfl. (2018) s. 916–917.

105 Jf. sak E-7/11 *Grund* avsnitt 82 og den nærmere omtalen av Fredriksen i *Baudenbacher mfl.* (2016) s. 103.

106 Jf. EFTA-domstolens uttalelse i sak E-18/11 *Irish Bank* avsnitt 84–99.

Også det forhold at det i EFTA-pilaren i EØS finnes andre organer som håndhever EØS-avtalen enn de som håndhever EØS-avtalen, gjør at rettskildebildet blir annerledes. EFTA-domstolens praksis er sentral ved tolkningen av EØS-avtalen, selv om vi – som allerede antydet – ikke skal glemme at også EU-domstolen tolker avtalen, om enn mindre hyppig. Opprettelsen av EFTA-domstolen er blant annet ment å skulle bidra til homogenitet, og som nevnt foran finnes det instrumenter i ODA for å sikre det. Like fullt kan det i unntakstilfeller reises spørsmål om hvilken vekt EFTA-domstolens uttalelser og dommer skal tillegges. Særlig gjelder det der det kan tenkes motstrid mellom EFTA-domstolens tolkning av EØS-regler og EU-domstolens tolkning av EU-regler. På det punktet kan det være grunn til å skille mellom situasjoner der det ikke er holdepunkter for annet enn at det skal være rettshomogenitet, og spørsmål som gjelder homogenitetsprinsippets rekkevidde.[107] I de førstnevnte situasjonene taler homogenitetsprinsippet for at vi følger EU-domstolens praksis. Et eksempel fra Høyesteretts praksis på en slik tilnærming er Rt. 2013 s. 258 *STX*, der Høyesterett fant det «vanskelig å forene» EFTA-domstolens tolkning av en direktivbestemmelse med EU-domstolens praksis og direktivets formål. Tilnærmingen kan hevdes å bygge på EU-rettslig metode og slik sett være i samsvar med homogenitetsprinsippet i en situasjon der det ikke var holdepunkter for at EFTA-domstolen mente å fravike dette. På den annen side er det ikke gitt at Høyesteretts slutninger fra EU-domstolens praksis var riktig, og et fravik fra EFTA-domstolens forsøk på å tolke EØS-avtalen homogent kan i seg selv ha betenkelige sider. *Prinsipielt sett* må det likevel være riktig å følge det man oppfatter er en korrekt forståelse av EU-retten der det ikke er holdepunkter for annet enn at homogenitetsprinsippet skal gjelde, og man mener EFTA-domstolen har misforstått EU-domstolens praksis. Det er i samsvar med EFTA-domstolens egen tilnærming, jf. for eksempel sak E-5/98 *Fágtun* der EFTA-domstolen synes å justere sin oppfatning av et spørsmål der den i sak E-5/96 *Nille* opplagt hadde misforstått EU-domstolens praksis.[108]

Det har vært hevdet at tilnærmingen som innebærer at nasjonale domstoler «fristiller seg» fra EFTA-domstolens praksis, med henvisning til EU-domstolens praksis, bygger på et feilaktig konsept om «mekanisk homogenitet» som en motsetning til «prosessorientert homogenitet».[109] Med konseptet «mekanisk

107 Jf. *Rognstad* (2011) s. 659. Se også *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 369.

108 Se nærmere nedenfor i avsnitt 8.5.4.

109 Se *Baudenbacher* (2020) s. 18. Kritikken er rettet mot det Baudenbacher mener preger både norsk rettspraksis og store deler av norsk EØS-rettslig litteratur, og er ledd i hans angrep på det han omtaler som RFM-bevegelsen i Norge. Forkortelsen «RFM» står for «room for maneuvre» («handlingsrom») og betegner det som oppfattes som systematiske og vedvarende forsøk fra norske myndigheter, med støtte fra deler av akademia, på å unndra seg EØS-rettslige forpliktelser i handlingsrommets navn, og å handle i strid med lojalitetsplikten i EØS art. 3. Vi vil her avstå fra å gå inn i en generell diskusjon om dette synspunktet.

homogenitet» menes at «homogeneity … must exist at all times … [i]n other words that homoegeneity is perceived in a snapshot of time». Motsetningen til den mekaniske homogenitet basert på øyeblikksbildet, prosessorientert homogenitet, bygger på erkjennelsen av at homogenitet til enhver tid ikke er mulig på grunn av eksistensen av to uavhengige domstoler, og som anerkjenner EFTA-domstolens bidrag til utviklingen av en homogen rettspraksis i EØS.[110]

I denne boken vil vi understreke at EFTA-domstolens selvstendige rolle som tolker av EØS-avtalen må anerkjennes, og at denne domstolen ikke må oppfattes som «a slave to the ECJ without a voice of its own».[111] Samtidig bør det erkjennes at tolkningen av EØS-avtalen er en vanskelig øvelse i lys av homogenitetsmålet, og at EFTA-domstolen – som alle andre – kan trå feil i sine intensjoner om å tolke EØS-avtalen homogent med EU-retten. Dette utelukker ikke det motsatte – at EFTA-domstolens tolkninger kan komme til å påvirke EU-domstolens fremtidige tolkninger av EU-retten, noe det er flere eksempler på.[112] I situasjoner der EFTA-domstolen avgjør et spørsmål EU-domstolen ennå ikke har tatt stilling til, vil det ofte være klokest å følge EFTA-domstolens avgjørelse inntil EU-domstolen har fått anledning til å ta stilling til tilsvarende spørsmål. Like fullt må det være legitimt i enkeltsaker å hevde at EFTA-domstolens tolkninger ikke vil føre til homogene resultater, og at det tilsier at domstolens avgjørelse tillegges begrenset vekt. Det har lite med «mekanisk», som en motsetning til «prosessorientert», tolkning å gjøre.

En annen sak er at nasjonale domstoler som unnlater å følge EFTA-domstolens rådgivende uttalelser, kan risikere å bli dømt for traktatbrudd av samme domstol i fall ESA bestemmer seg for å gå til traktatbruddssøksmål som følge av manglende etterlevelse av EØS-retten. Det i seg selv tilsier at de nasjonale domstolene bør være tilbakeholdne med på egen hånd å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser med henvisning til at de ikke fører til homogene resultater, med mindre det fremstår som opplagt at EFTA-domstolen selv vil være av samme oppfatning. Det kan typisk tenkes der det etter avsigelsen av EFTA-domstolens uttalelse kommer en dom fra EU-domstolen som klart går i motsatt retning (se straks nedenfor). I andre tilfeller bør de nasjonale domstolene gå i dialog med EFTA-domstolen og forelegge på nytt i fall de mener homogenitetshensynet tilsier en annen løsning enn domstolen har tatt til orde for, og heller «bøye av» dersom EFTA-domstolen fastholder sitt standpunkt.

På tilsvarende måte taler homogenitetshensynet for at EFTA-domstolens praksis fravikes i tilfeller der domstolen har tatt stilling et spørsmål før EU-domstolen

110 Baudenbacker, *ibid*.

111 Jf. *Baudenbacher*, *ibid*., om det han mener er en utbredt holdning både på norsk myndighetsnivå og i norsk akademia.

112 Jf. for eksempel de gjentatte henvisninger til sak E-3/00 *ESA mot Norge (Kellogg's)* i sak C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark* avsnittene 47 og 50–54 om proporsjonalitetsvurderingen under de frie varebevegelser og henvisningen til sak E-3/02 *Paranova* i sak C-348/04 *Boehringer Ingelheim* avsnitt 38, vedrørende ompakking av varemerkebeskyttede varer.

har hatt anledning til det, og EU-domstolen senere kommer til en annen forståelse. EFTA-domstolens uttalelse i før nevnte *L'Oreal*-saken (forente saker E-9/07 og E-10/07) er et eksempel på at domstolen fraviker egen praksis med henvisning til homogenitetsprinsippet. Som nevnt foran gikk EFTA-domstolen tilsynelatende langt i denne retningen, ettersom den i *Maglite*-saken[113] signaliserte at det var relevante forskjeller mellom EU-retten og EØS-retten for det spørsmålet som var oppe i de to sakene. Samtidig kan det ikke utelukkes at avvikende standpunkt opprettholdes hvis det foreligger «tvingende grunner» for å fravike homogenitetsmålsettingen. *Maglite*-saken indikerer at forskjeller i virkeområde og formål mellom EU-retten og EØS-retten *kan* begrunne avvikende tolkninger av tilsynelatende ulike regler, og *L'Oreal*-avgjørelsen kan ikke ses på som et egentlig avvik fra dette.[114] EU-domstolens dom i sak C-540/07 *Kommisjonen mot Italia*, vedrørende forskjeller i skattereglene mellom EU og EØS, viser det samme.[115] Samtidig viser så vel EFTA-domstolens dynamiske tolkning av reglene om fri bevegelighet av personer, særlig i *Jabbi*- og *Campbell*-sakene, som enkelte dommer fra EU-domstolen at homogenitetsprinsippet kan strekkes for å kompensere for tilsynelatende relevante forskjeller.[116] Det lar seg vanskelig gjøre å si noe helt generelt om løsningen av det metodiske problemet som oppstår i skjæringsfeltet mellom homogenitetshensynet og forskjeller i formål og anvendelsesområde, annet enn at det må foretas en avveining og en konkret vurdering av hva som veier tyngst.

Et særlig problem oppstår på grunnlag av forskjeller i dynamikk i henholdsvis EU- og EØS-samarbeidet. Mens EØS-avtalens hoveddel ikke har vært endret siden undertegningen i 1992, har traktatene som danner grunnlaget for EU-samarbeidet som nevnt vært gjenstand for omfattende endringer. Uttrykket «the widening gap» har vært brukt som betegnelse på dette forholdet.[117] Også dette forholdet kan illustreres av utviklingen av reglene om fri bevegelighet av personer, der EU har utviklet et unionsborgerskap med grunnlag i TEUV art. 21 som ikke omfattes av EØS-avtalen, selv om unionsborgerdirektivet er omfattet av EØS-avtalen. Som EFTA-domstolens avgjørelser i *Gunnarsson*, *Jabbi* og *Campbell* viser, benyttes det resultatorienterte homogenitetsprinsippet også som instrument til å tette «the widening gap».

Tilsvarende tendens ses ved EU-domstolens tolkning av EØS-avtalen, godt illustrert ved tolkningen av reglene om fri bevegelighet av kapital i sak C-452/01

113 Sak E-2/97 *Maglite*.
114 Jf. ovenfor i avsnitt 3.2.
115 Avsnitt 47–50. Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 364.
116 Henholdsvis sak E-28/15 *Jabbi* og sak E-4/19 *Campbell*, se ovenfor i avsnitt 3.2.
117 Jf. *Baudenbacher* (2010) s. 62 og EFTA-domstolens uttrykksform i sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 62.

Ospelt.[118] Senere har EFTA-domstolen fulgt samme linje.[119] Den før nevnte uttalelsen i sak E-1/01 *Einarsson*, samt sak E-1/02 *ESA mot Norge (Postdoc)*, er eksempler på at EFTA-domstolen ikke støtter seg på EU-spesifikke kilder som faller utenfor EØS-avtalen. Om den senere linjen i *Jabbi*-saken mv. skal ses på som uttrykk for en større villighet til å tette «the widening gap», skal være usagt. Spenningsforholdet mellom homogenitet og nasjonal suverenitet vil i alle fall være retningsgivende ved tolkningen av EØS-regler på områder der EU-retten har utviklet seg videre, og det må antas å gå en grense for hvor langt det er mulig å tette «the widening gap» av tolkningsvei alene.[120] Rettssikkerhetshensyn, herunder forutberegnelighet, spiller også en rolle her. EU-rettslig metode må anses som retningsgivende også i så henseende.[121]

Et særlig EØS-rettslig metodeproblem gjelder forholdet mellom EU-domstolens og EFTA-domstolens tolkning av *EØS-avtalen*. Mens homogenitetshensynet som nevnt kan tale for at EU-domstolens tolkning av EU-retten følges, også der EFTA-domstolens tolkning av EØS-retten avviker fra denne, er det tilsvarende ikke gitt når det gjelder EU-domstolens tolkning av EØS-avtalen. Det vil si – hvis EU-domstolen tolker EØS-avtalen på et område eller i en situasjon der det er uomstridt at homogenitetsprinsippet skal gjelde, vil prinsippet tale for at EU-domstolens tolkning følges også der. I spørsmål som angår homogenitetsprinsippets *rekkevidde*, er løsningen mer usikker. Retningslinjen i ODA art. 3 (2) om at EFTA-domstolen skal ta «tilbørlig hensyn» til EU-domstolens praksis, gjelder også denne situasjonen og hjelper nok et stykke på vei, men løser ikke uenighet mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen om homogenitetsprinsippets rekkevidde. Slik uenighet vil ikke oppstå ofte, men spørsmålet om forordningers umiddelbare virkning i EØS-retten *kan* være et eksempel på det.[122] I utgangspunktet må det bli opp til rettsanvenderen å ta stilling til hva man skal følge i en slik situasjon basert på argumentenes holdbarhet.[123] For EFTA-statene kan det likevel være mest nærliggende å støtte seg til EFTA-domstolen som domstolen som avgjør tolkningsspørsmål i EFTA-pilaren.[124]

118 Jf. ovenfor i avsnitt 3.2.2.

119 Sak E-1/04 *Fokus bank* og sak E-10/04 *Piazza*.

120 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 367–369.

121 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 365 som gir uttrykk for den oppfatning at «EØS-regelverket skal tolkes i overensstemmelse med det endrede EU-regelverket *i den utstrekning også det uendrede EU-regelverket, etter EU-rettslig metode, kunne ha vært gitt samme fortolkning*», men altså ikke lenger.

122 Sak C-431/11 *UK mot Rådet* avsnitt 54 og sak C-83/13 *Fonnship* avsnitt 54, se ovenfor i avsnitt 3.2.

123 Jf. *Rognstad* (2011) s. 666–668 med henvisning til *Rognstad* (2001). Se også *Arnesen og Stenvik* (2015) s. 96–98.

124 I samme retning *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 370 som uttaler at det «i et større perspektiv kan […] være uheldig for så vel rettsenheten innad i EFTA-pilaren som for EUs tillit til EØS-avtalens domstolsordning dersom nasjonale domstoler i én EFTA-stat skulle forkaste rettspraksis fra EFTA-domstolen».

Et annet spørsmål er betydningen av nasjonal rettspraksis for tolkningen av EØS-avtalen. Spørsmålet må ikke forveksles med betydningen av nasjonal praksis for tolkningen av nasjonale regler som gjennomfører EØS-regler. Det sistnevnte beror blant annet på gjennomslaget av EØS-regler i nasjonal rett, som er et annet spørsmål enn hva som følger av EØS-regelen selv,[125] og som skal behandles nedenfor i kapitlene 26–27. Utgangspunktet ved tolkningen av EØS-reglene er at nasjonal rettspraksis ikke har betydning. Det skyldes at EU-domstolen ikke vektlegger nasjonal praksis ved tolkningen av EU-regler, men gjennomgående understreker at EU-reglene er autonome og uavhengige av nasjonal rett. Homogenitetsprinsippet tilsier på den bakgrunn at nasjonal praksis heller ikke kan ha betydning ved tolkningen av EØS-regler. Like fullt kan det ses en større tendens til at EFTA-domstolen kan henvise til nasjonal rettspraksis.[126] Det får likevel ikke ses som uttrykk for at slik praksis kan vektlegges som rettskilde, i hvert fall ikke der det legges til grunn at det skal være rettshomogenitet. Ved spørsmålet om hvor langt homogenitetsprinsippet rekker, har det vært hevdet at EFTA-statenes suverenitet tilsier at praksis fra deres øverste domstoler må ha betydning.[127] Det kan nok diskuteres og kan i praksis medføre at avstanden til EU-domstolens tolkning øker. Selv om spørsmålet om homogenitetsprinsippets rekkevidde må avgjøres i spenningsforholdet mellom homogenitet og nasjonal suverenitet, bør det nok utvises forsiktighet med å legge vekt på konkrete avgjørelser fra nasjonale domstoler ved fastleggingen av EØS-avtalens rekkevidde.

Som angitt ovenfor spiller lovfestede og ulovfestede grunnprinsipper en viktig rolle i EU-retten med status som primærrett.[128] Mange av de samme grunnprinsippene er «overtatt» i EØS-retten og har på den måten en viktig funksjon i den EØS-rettslige metoden. Ett slikt prinsipp er *lojalitetsprinsippet* som er nedfelt i EØS art. 3, og som nå har sitt EU-rettslige motstykke(r) i TEU art. 4 (3) (og art. 13 (2)). EØS art. 3 fastslår mer konkret avtalepartenes plikt til å treffe alle generelle og særlige tiltak som er egnet til å oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen, til å avstå fra tiltak som setter virkeliggjørelsen av avtalens mål i fare, og å lette samarbeidet innenfor rammen av avtalen. Rekkevidden av lojalitetsplikten i en EØS-kontekst har vært noe omstridt, men i utgangspunktet tilsier homogenitetsprinsippet at også bestemmelsen i EØS art. 3 tolkes i samsvar med tilsvarende EU-regler, med mindre en slik tolkning vil være

125 Se tydelig Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1820 flg. og 1826 flg.
126 Se sak E-11/12 *Koch* avsnitt 77 (dom fra tyske Bundesgerichtshof i sak IV ZR 271/10) og sak E-7/13 *Creditinfo Lándstraust* (Høyesteretts dom i Rt. 2008 s. 738 *KLM*).
127 *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 374.
128 Om bruken av uttrykket «prinsipper» i denne sammenhengen, se *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 42.

uforenlig med EØS-avtalens formål og karakteristika.[129] EFTA-domstolens uttalelse, blant annet i sak E-1/04 *Fokus bank* (avsnitt 41), om at EØS art. 3 «tilsvarer» («mirrors») den tidligere EF-traktaten art. 10 (nå TEU art. 4 (3)), må ses i det lyset.[130] Det forhold at ordlyden i nåværende TEU art. 4 (3) avviker fra sine EU-rettslige forgjengere, og slik sett også EØS art. 3, endrer ikke på det.[131] EFTA-domstolen har ved sin tolkning og forståelse av EØS-avtalen gjort aktiv bruk av EØS art. 3, blant annet ved utviklingen av medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen,[132] som grunnlag for anvendelsen av «effet utile» under EØS-avtalen,[133] herunder også effektivitetsprinsippet og andre prosessuelle garantier. Videre har EFTA-domstolen vist til lojalitetsprinsippet for å fastslå domstolenes plikt til å sørge for at gjennomførte direktiver og forordninger som oppfyller rettsvisshetskravet, får gjennomslag i nasjonal rett i samsvar med forrangsprinsippet nedfelt i EØS-protokoll 35.[134] Tilsvarende har EFTA-domstolen understreket EFTA-statenes plikt til å treffe nødvendige tiltak for å overholde EFTA-domstolens avgjørelser og myndighetenes plikt til å tolke nasjonal rett i samsvar med EØS-forpliktelsene.[135] Som antydet ovenfor er det ikke nødvendigvis fullt samsvar mellom disse to elementene, men lojalitetsplikten kan hevdes å tilsi at nasjonale domstoler (i vid forstand) har en dialog med EFTA-domstolen i fall man mener dens praksis ikke oppfyller homogenitetsmålet.[136]

EFTA-domstolen har også utledet ulovfestede EØS-rettslige prinsipper som har sine motstykker i EU-retten. *Likhetsprinsippet* har støtte i fortalens punkt 4 og 11 og kommer konkret til uttrykk blant annet i forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS art. 4 (se nedenfor i avsnitt 6.4) og forpliktelsene i EØS art. 69 til å gjennomføre likelønn for kvinner og menn. EFTA-domstolen har like fullt anerkjent likhetsprinsippet – eller ikke-diskrimineringsprinsippet – som et generelt prinsipp med anvendelse også utenfor tilfeller der det er eksplisitt uttrykk for det i avtalen. I forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *Principality of Liechtenstein* uttalte domstolen helt generelt at «it is clear from settled case-law of the Union Courts that compliance with the principle of equal treatment requires that comparable situations must

129 Jf. Hreinsson i *Baudenbacher* (2016) s. 358.
130 *Ibid*.
131 Jf. Franklin i *Arnesen mfl.* (2018) s. 182–183.
132 Først i sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 61.
133 Jf. sak E-2/10 *Kolbeinsson* avsnitt 46, der EFTA-domstolen uttalte at «Article 3 EEA requires the Member States to take all measures necessary to guarantee the application and effectiveness of European law».
134 Se nærmere nedenfor i kapittel 26.
135 Se for eksempel sak E-10/18 *ESA mot Norge (pensjon)* avsnitt 26.
136 Se Franklin i *Arnesen mfl.* (2018) s. 180–196 og Hreinsson i *Baudenbacher* (2016) s. 357–359 for nærmere diskusjon av lojalitetsprinsippets rekkevidde i EØS-retten.

not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified».[137] Henvisningen til EU-praksis viser at homogenitetsprinsippet begrunner utviklingen av EØS-prinsippene. Litt foran i den samme dommen vises det til *forutberegnelighetsprinsippet* som et EØS-rettslig prinsipp, igjen med omfattende henvisninger til EU-domstolens praksis.[138] Et sentralt EU-rettslig prinsipp, som også EFTA-domstolen har formulert som et generelt EØS-rettslig prinsipp, er *proporsjonalitetsprinsippet* som er et balanseprinsipp som tilsier at det må være forholdsmessighet mellom mål og midler.[139] Prinsippet har den største betydning for de materielle EØS-reglene som skal behandles i del II og III nedenfor, og vil bli nærmere omtalt der. Mer omdiskutert er implikasjonene av det såkalte *gjensidighetsprinsippet* som EFTA-domstolen har utledet fra EØS-avtalens fortale punkt 4, der gjensidighet nevnes sammen med likhet blant de mål som avtalen skal oppfylle. For EFTA-pilaren i EØS innebærer prinsippet trolig at EFTA-statene må sikre at EØS-avtalen får samme virkninger som avtalen har i EU-retten. EFTA-domstolen har tilsynelatende sidestilt gjensidighetsprinsippet med homogenitetsprinsippet som likeverdige prinsipper,[140] men hvilken betydning den førstnevnte har ved siden av en resultatorientert forståelse av det sistnevnte, fremstår som uklart.[141]

I tillegg til de nevnte (og også andre) prinsipper[142] har EFTA-domstolen lagt stor vekt på menneskerettighetene (grunnrettighetene) som også må anses som EØS-rettslige prinsipper.[143] Det formelle rettsgrunnlaget er et annet i EØS-avtalen enn i EU-retten etter vedtakelsen og gjennomføringen av EU-pakten om grunnleggende rettigheter, men det er henvist til menneskerettighetene også i EØS-avtalens fortale (pkt. 1). Allerede i 1997, i sak E-8/97 *TV 1000*, viste EFTA-domstolen til praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i lys av at samtlige EØS/EFTA-stater har sluttet seg til den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). I sak E-2/03 *Ásgeirsson* understreket EFTA-domstolen uttrykkelig at både EØS-avtalen og ODA skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, og at bestemmelsene i EMK og praksis fra den

137 Avsnitt 160 med henvisning til EU-domstolens dom i sak C-248/04 *Koninklijke Coöperatie Cosun* (avsnitt 72 med videre henvisninger til EU-praksis).
138 Avsnitt 156 med henvisninger til sak C-226/08 *Stadt Papenburg* (avsnitt 45), sak C-63/93 *Duff* (avsnitt 20) og sak C-76/06 P *Britannia Alloys & Chemicals* (avsnitt 79).
139 For en oversikt, se Hreinsson i *Baudenbacher* (2016) s. 363–371.
140 Se blant andre sak E-12/13 *ESA mot Island* avsnitt 68, der EFTA-domstolen taler om «the two fundamental EEA law principles of homogeneity and reciprocity».
141 Jf. *Fredriksen og Mathisen* (2022) s. 79. Forholdet mellom de to prinsippene fremstår ikke klarere når gjensidighetsprinsippet blir kommentert i litteraturen, for eksempel Baudenbacher i *Baudenbacher* (2016) s. 145–149, Baudenbacher i *Baudenbacher* (2017) s. 35–71 og Hreinsson i *Baudenbacher* (2016) s. 350–355.
142 Se nærmere Hreinsson i *Baudenbacher* (2016) s. 371–374 og s. 376 flg.
143 Se nærmere nedenfor i kapittel 5.

europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er viktige kilder ved tolkningen av slike rettigheter. I senere praksis har dette standpunktet blitt opprettholdt og menneskerettighetenes betydning ved tolkningen av EØS-reglene blitt aksentuert. Noen eksempler kan nevnes allerede her. I sak E-15/10 *Posten Norge* fremhevet EFTA-domstolen betydningen av retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6 ved fastsettelsen av ESAs kompetanse i konkurransesaker. Videre trakk domstolen også frem bestemmelsen i EMK art. 13 om retten til effektivt rettsmiddel som grunnlag for å gi Posten Norge medhold i krav om nedsettelse av bot som følge av forsinket saksbehandling.[144] I forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen* understreket EFTA-domstolen at nasjonalstatenes påberopelse av offentlige interesser for å rettferdiggjøre at man begrenser den frie etableringsretten og fri bevegelighet av kapital, bare kunne aksepteres i den utstrekning de var forenelige med grunnleggende rettigheter. Tilsvarende ble det i sak E-14/15 *Holship* fremhevet at rettferdiggjøring av en boikott av utenlandske havnearbeidere for å begrense den frie etableringsretten bare kunne aksepteres innenfor rammen av grunnleggende rettigheter.[145] Den konkrete vurderingen måtte foretas av den nasjonale domstol, og Høyesteretts flertall kom i HR-2016-2554-P *Holship* til at boikotten ikke kunne forsvares med henvisning til grunnleggende rettigheter.[146] Grunnleggende rettigheter blir stadig mer påberopt og anvendt ved tolkning av EU-regler, og EFTA-domstolens praksis viser tilsvarende tendens for EØS-retten. Foruten at EFTA-domstolen heller viser til EMK og EMD enn EU-domstolen direkte, er det vanskelig å komme forbi at homogenitetsmålet ville stå i fare dersom tendensen i EU-retten til å trekke inn grunnleggende rettigheter i regeltolkningen ikke ble fulgt opp på tilsvarende måte i EØS. Inndragning av de grunnleggende rettighetene må derfor også anses som en viktig del av den EØS-rettslige metoden.

144 Se avsnittene 85–90 og 285.
145 Avsnitt 123–131.
146 Se Høyesteretts dom avsnitt 110 flg.

Forvaltningsrett

12. utgave

Torstein Eckhoff og Eivind Smith

Juridika

Lastet ned 1. oktober 2023 20:39

juridika.no

Innhold

Kolofon 4

DEL 6 Ugyldighet, håndheving og kontroll 477
KAPITTEL 30 Følger av ugyldighet 498
I. HEL ELLER DELVIS UGYLDIGHET 498
II. NULLITETER OG ANGRIPELIGE ENKELTVEDTAK 499
1. Innledning 499

© Universitetsforlaget 2022
1. utgave 1978
2. utgave 1982
3. utgave 1989
4. utgave 1992
5. utgave 1994 ved Eivind Smith
6. utgave 1997 ved Eivind Smith
7. utgave 2003 ved Eivind Smith
8. utgave 2006 ved Eivind Smith
9. utgave 2010 ved Eivind Smith
10. utgave 2014 ved Eivind Smith
11. utgave 2018 ved Eivind Smith

ISBN 978-82-15-05690-6

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:
Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Liselotte Dick
Sats: ottaBOK
Trykk: 07 Media – 07.no
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS
Boken er satt med: Times LT Std 11/13
Papir: 80 g Arctic Matt

KAPITTEL 30

Følger av ugyldighet

I. HEL ELLER DELVIS UGYLDIGHET

Hva ugyldighet betyr

I kap. 29 har vi sett på når feil kan føre til at en avgjørelse blir *ugyldig*. Utgangspunktet er at et vedtak som er ugyldig, ikke får rettsvirkninger i samsvar med innholdet. I dette kapitlet skal vi se nærmere på hva det *betyr* at et vedtak er ugyldig.

Hel eller delvis ugyldighet

Et vedtak som rammes av en ugyldighetsgrunn, blir ikke nødvendigvis ugyldig *i sin helhet*. Hovedregelen er tvert imot at ugyldigheten *ikke rekker lenger* enn ugyldighetsgrunnen tilsier. Om et vedtak f.eks. inneholder flere forbud eller påbud, er det bare *de delene* av det som savner hjemmel, som kan underkjennes på grunn av materiell kompetansemangel. Hvis det dreier seg om ett enkeltstående påbud om f.eks. å betale et bestemt beløp i skatt eller avgift, kan resultatet bli at beløpet *reduseres* til det nivået som loven gir grunnlag for. At et vedtak kan være helt eller delvis ugyldig, følger uttrykkelig av enkeltbestemmelser som den i patentl. 15/12 1967 nr. 9 § 52.

Separat for hver del

Det kan være tvilsomt *hvor langt* ugyldighetsgrunnen rekker. Dette gjelder særlig når det dreier seg om feil som bare har betydning hvis de kan ha påvirket resultatet (jf. kap. 29 IV–VI). Hvis det er mindre sannsynlig at feilen kan ha innvirket på *visse deler* av vedtaket enn på andre, må spørsmålet om ugyldighet vurderes særskilt for hver enkelt del.

Intern sammenheng

Ulike deler av en avgjørelse kan henge sammen på en slik måte at forutsetningene for å opprettholde de *andre* delene, svikter hvis én del faller bort. Hvis f.eks. en konsesjon kjennes ugyldig, innebærer det at også de pliktene som er pålagt som vilkår for konsesjonen, faller bort. Hvis søkeren ikke hadde fått konsesjon, hadde forvaltningen heller ikke hatt kompetanse til å sette vilkår.

Vilkåret er ugyldig

Dette stiller seg annerledes når det ikke er det begunstigende vedtaket, men *vilkåret* for det, som rammes av en ugyldighetsgrunn. Her må tillatelsen e.l. som regel opprettholdes, selv om vilkåret faller bort (i Rt. 1931 s. 1127 ble det tatt for gitt at dette måtte bli resultatet).

Bristende forutsetning

Hvis forvaltningen *kunne* ha avslått søknaden i sin helhet, og etter alt å dømme *ville* ha gjort det hvis den hadde visst at den ikke kunne sette det aktuelle vilkåret, kan vi imidlertid betrakte det som en bristende forutsetning. *Castberg*, Innledning til forvaltningsretten, 3. utg. (1955) s. 159 hevder at det da er grunnlag for å kalle tillatelsen tilbake. Men dette kan neppe være holdbart som *alminnelig* regel. Parten kan jo ha innrettet seg etter tillatelsen

og bør ikke uten videre kunne rammes av at forvaltningen har gjort en feil som vedkommende har våget å protestere mot.

Avveining

Adgangen til å tilbakekalle må altså bero på en *avveining* som ikke bare legger vekt på hva forvaltningen kunne og ville ha gjort hvis den fra først av hadde vært klar over at vilkåret var ulovlig. Vurderingen må også ta hensyn til hva som vil virke rimelig på bakgrunn av den senere utviklingen. Noen ganger kan den *mellomløsning* ha noe for seg at tillatelsen blir stående, mot at forvaltningen gis adgang til å sette et nytt, lovlig vilkår i stedet for det som faller bort.

Forskrifter

Også for forskrifter kan det bli spørsmål om det er slik sammenheng mellom flere av de bestemmelsene den gir at flere av dem (ev. alle) må settes til side når én av dem lider av en ugyldighetsgrunn. Rt. 1929 s. 975 om en forskrift om forbud mot øvelseskjøring i Bergen kan belyse problemstillingen. Forbudet var gjort dispensabelt, og det ble gitt dispensasjon til de sjåførlærere som søkte om det og ble funnet kvalifiserte. Høyesterett (5–2) kom imidlertid til at forskriften ikke kunne gi adgang til dispensasjon, siden det i realiteten innebar en form for autorisasjon av sjåførlærere som var avskaffet ved at lovhjemmelen for en slik ordning var opphevet med hensikt. Fire av de fem dommerne som ikke ville godta ordningen, kom til at *hele* forskriften måtte anses ugyldig, ikke bare dispensasjonsadgangen. Bl.a. hensynet til de som allerede hadde fått dispensasjon, kunne tale for et slikt resultat. Det rimeligste var vel å la dem fortsette som før, inntil politiet fikk utferdiget lovlige forskrifter (om f.eks. forbud mot øvelseskjøring i visse deler av byen).

II. NULLITETER OG ANGRIPELIGE ENKELTVEDTAK

1. Innledning

Nullitet og angripelighet

Det er vanlig å skille mellom ugyldige *enkeltvedtak* som man uten videre kan se bort fra og som altså kan betraktes som ikke-eksisterende, og vedtak som gjelder inntil ugyldigheten fører til at vedtaket f.eks. blir omgjort. Vedtak av den førstnevnte typen omtales gjerne som *nulliteter*, mens ugyldige vedtak som står ved lag inntil de eventuelt blir satt til side ved forvaltningsvedtak eller dom, er *angripelige*.

NOU 2019: 5

Forvaltningslovutvalget anser skillet mellom «såkalte nulliteter og avgjørelser som utelukkende er angripelige», som en «unødig komplikasjon» (NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov s. 541), og foreslår en ny bestemmelse i samsvar med dette (utkastet § 74). Forslaget vil bl.a. kunne innebære at en part som har fått en tillatelse som senere viser seg å være ugyldig, kan straffes for å ha opptrådt uten tillatelse selv når feilen skyldes forvaltningen selv. Forslaget virker ikke overbevisende, se bl.a. *Haver* i LoR 2021 s. 7 f.

Tyngende vedtak

Hvis det ugyldige vedtaket er *tyngende* (det dreier seg f.eks. om et påbud), er det som hovedregel en *nullitet*. Dette har sikker støtte i rettspraksis: «Etter

Norges europeiske forvaltningsrett

EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling

Christoffer Conrad Eriksen, Halvard Haukeland Fredriksen

Juridika

Lastet ned 1. oktober 2023 20:31

juridika.no

© Universitetsforlaget 2019

ISBN 978-82-15-03009-8

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS

Postboks 508 Sentrum

0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Universitetsforlaget / Sissel Tjernstad

Sats: ottaBOK

Trykk: 07 Media – 07.no

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen

Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14

Papir: 90 g Amber Graphic

Innhold

Kapittel 6 Alminnelige EU/EØS-rettslige krav til forvaltningens saksbehandling..... 4

6.7 Begrunnelsesplikt..... 4

Utdrag side 126-131

Kapittel 6 Alminnelige EU/EØS-rettslige krav til forvaltningens saksbehandling

6.7 Begrunnelsesplikt

EU-domstolen har i flere avgjørelser slått fast at medlemsstatenes forvaltningsorganer har plikt til å begrunne avgjørelser som griper inn i de rettighetene EU-retten gir private parter.[1]

I en tidlig fase, fra siste halvdel av 1980-tallet og begynnelsen av 1990-tallet gjaldt flere av avgjørelsene saker om avslag på søknad om godkjenning av utenlandsk eksamensbevis eller andre kvalifikasjonskrav for arbeid eller næringsvirksomhet.[2] Når søknadene ble gitt avslag mente EU-domstolen at medlemsstatenes forvaltningsorganer hadde plikt til å begrunne avslagene. I nyere rettspraksis på 2000-tallet har EU-domstolen også oppstilt krav om begrunnelse ved avslag på forhåndsgodkjennelse av retten til fri bevegelse av tjenester.[3]

EU-domstolen har utledet plikten til å begrunne avslag på søknader fra hensynet til et effektivt vern av fri bevegelse av arbeidskraft og etableringsfrihet, og effektiv domstolskontroll med tiltak som kan hindre fri bevegelse på tvers av det indre markedet. Hensynet til effektiv dom

stolskontroll har også ledet EU-domstolen til å kreve at medlemsstatene begrunner inngrep i rettigheter som følger av direktiver,[4] og at forvaltningsorganer også begrunner hvorfor miljøvurderinger ikke blir foretatt, når direktiver pålegger medlemsstatene å foreta slike vurderinger.[5]

I de siste årene har begrunnelsesplikt for forvaltningsmyndigheter i medlemsstatene ikke bare blitt begrunnet med effektivitet og domstolskontroll, men også i seg selv blitt ansett for å være en alminnelig rettsgrunnsetning i EU-retten. Et nylig forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott i en sak som blant annet gjaldt begrunnelse for fastsettelse av tollverdi etter EUs tollforordning viser at begrunnelsesplikten nå hviler på flere rettsgrunnlag:

[1] For en oversikt og analyse av praksis frem til 2004, se Fenger 2004, s. 388 flg.

[2] Se sak 222/86 *Heylens*, EU:C:1987:442; C-340/89 *Vlassopoulou*, EU:C:1991:193; C#104/91 *Borrell*, EU:C:1992:202 og C-19/92 *Kraus*, EU:C:1993:125.

[3] Se sak C-56/01 [A5] *Inizan*, EU:C:2003:578, C-372/04 [SK] *Watts*, EU:C:2006:325, og C-470/11 [A5] *SIA*, EU:C:2012:505.

[4] Se sak C-239/05 [A5] *BVBA*, EU:C:2007:99.

[5] Sak C-75/08 [A5] *Mellor*, EU:C:2009:279.

Norges europeiske forvaltningsrett
Lastet ned fra juridika.no 1. oktober 2023 20:31

> *«Desuden påhviler der de nationale myndigheder en begrundelsespligt, når de gennemfører EU-retten. Ganske vist gælder artikel 41 i chartret om grundlæggende rettigheder ikke direkte ved medlemsstaternes gennemførelse af EU-retten [fotnote 36]. Den heri sikrede ret til god forvaltningsskik afspejler imidlertid en almindelig retsgrundsætning i EU-retten, som også medlemsstaternes myndigheder skal tage hensyn til ved anvendelsen af EU-retten.*
>
> *Desuden er en rimelig begrundelse også nødvendig for at overholde princippet om en effektiv retsbeskyttelse, som udgør en konkret udformning af effektivitetsprincippet. Derudover sætter en begrundelsespligt den enkelte borger – der er informeret om alle omstændigheder – i stand til at vurdere, om det kan betale sig for ham at gå for retten. Ligeledes er en tilstrækkelig begrundelse nødvendig for, at domstolene kan prøve en myndigheds beslutning om at nægte en ret, som er sikret ved EU-retten.»*[6]

EU-domstolen har uttrykkelig avgrenset begrunnelsesplikten til endelige avgjørelser.[7] Slik EU-domstolens praksis har utviklet seg de siste tiårene kan det likevel ikke utelukkes at også prosessledende avgjørelser som har vesentlig negativ innvirkning på berørte parter etter omstendighetene kan være underlagt en begrunnelsesplikt.

Det er uklart hvor omfattende krav EU-domstolen vil stille til begrunnelsens innhold. Noen generelle uttalelser kan tyde på at det er tale om temmelig omfattende krav.

Et eksempel er EU-domstolens avgjørelse i sak C-372/04 *Watts*, som blant annet gjaldt spørsmålet om det var forenlig med EU-retten å ha en ordning med forhåndsgodkjenning av kjøp av utenlandske helsetjenester. Her uttalte EU-domstolen seg om EU-rettens krav til begrunnelse av avslag på slik forhåndsgodkjenning. Domstolen slo fast at en ordning med tillatelse blant annet skal være basert på et prosessuelt system som er lett tilgjengelig og egnet til å sikre berørte at deres søknader blir behandlet objektivt og upartisk innenfor en rimelig frist, i det eventuelle avslag på tillatelser dessuten skal kunne angripes ved søksmål. På den bakgrunn tilføyde EU-domstolen videre at avslagene på tillatelse eller uttalelse som eventuelt ligger til grunn for avslagene skal:

> *«henvise til de specifikke bestemmelser, der er hjemmel for afslaget, og de skal være behørigt begrundede i forhold til disse bestemmelser …»* [8]

Det er altså ikke tilstrekkelig å bare vise til hvilke bestemmelser vedtaket bygger på, men det skal også gis en begrunnelse for vedtaket. Hva det innebærer at begrunnelsen skal være «behørig» er ikke opplagt. I og med at det kreves noe mer enn bare at de relevante bestemmelsene skal nevnes, kan det tyde på at forvaltningens har en plikt til å i hvert fall nevne innholdet i bestemmelsene. Det er også mulig at kravet til «behørigt begrunnelse i forhold til disse bestemmelser» betyr at forvaltningen må begrunne hvordan de relevante bestemmelsene er tolket, det vil si hvordan bestemte normer er utledet fra de relevante bestemmelsene, subsumsjonen av det konkrete saksforhold under de relevante normene, og eventuelt hvilke momenter som har vært avgjørende for skjønnsutøvelsen.[9]

---

[6] Innstilling i sak C-46/16 *LS Customs Services*, EU:C:2017:839, avsnitt 77–78 (fotnoter utelatt).

[7] Sak 222/86 *Heylens*, EU:C:1987:442, avsnitt 16.

[8] Sak C-372/04 [SK] *Watts*, EU:C:2006:325, avsnitt 117.

[9] Se Segelstad 2015.

Norges europeiske forvaltningsrett
Lastet ned fra juridika.no 1. oktober 2023 20:31

Formålet med den begrunnelsesplikten EU-domstolen har oppstilt for medlemsstatens forvaltningsorganer – å legge til rette for søksmål mot avslag på tillatelse – kan tilsi at det ikke er tilstrekkelig å nevne innholdet i de bestemmelsene og eventuelle retningslinjer som vedtaket bygger på.

Side 128

På den annen side vil omfattende krav til begrunnelsens innhold kunne være arbeidskrevende for forvaltningen, og innebære et langt skritt mot harmonisering av medlemsstatenes forvaltningsrett på alle områder hvor EU-retten gir private parter rettigheter.

Fenger fastholder at EU-domstolens krav ikke går lenger enn allerede gjeldende krav etter dansk rett. Han skriver i kommentarutgaven til den danske forvaltningsloven at:

> ***«de uskrevene EU-rettslige grundsetninger om nasjonale forvaltningsmyndigheters begrunnelsesplikt hverken med hensyn til kravene til begrunnelsen detaljeringsgrad eller i forhold til hvilke parter og eventuelle tredjemend der har krav på begrunnelse at gå videre enn dansk rett».***[10]

Vi mener for vår del at det er nokså usikkert hvor omfattende krav EU-domstolen stiller til forvaltningens begrunnelsesplikt i ulike typetilfeller, og vi vil derfor ikke utelukke at det kan tenkes tilfeller hvor kravene kan være mer omfattende enn de krav som i dag følger av den norske forvaltningsloven § 25, eller den foreslåtte videreføringen av denne bestemmelsen i § 48 i utkastet til ny forvaltningslov. Ett eksempel på at EU-domstolen i visse situasjoner kan kreve en forholdsvis omfattende begrunnelsesplikt er sak C-46/16 *LS Customs Services*. I en sak som gjaldt tolkningen av EUs tollkodeks var det blant annet spørsmål om hvor langt forvaltningen var pliktig til å begrunne hvorfor nærmere angitte metoder for å fastsette en vares tollverdi ikke ble anvendt. I svaret til den nasjonale domstolen uttalte EU-domstolen at den begrunnelsesplikten som gjelder for de nasjonale tollmyndighetene skal gjøre det mulig «på en klar og utvetydig måde at få kendskab til grundene til, at myndighederne har fundet, at en eller flere af metoderne til fastsættelse af toldværdien ikke kan finde anvendelse.»[11] Det er ikke opplagt at norske avgiftsmyndigheter ville tolke forvaltningslovens begrunnelsesplikt like omfattende. Her som ellers er det altså i første rekke sekundærretten som etablerer mer omfattende begrunnelsesplikter. Et annet illustrerende eksempel er unionsborgerdirektivet (2004/38/EF) artikkel 30, som slår fast at alle vedtak som begrenser den frie bevegelighet og opphold for en unionsborger eller et familiemedlem (innreiseforbud, utreisepåbud mv.)

Side 129

skal begrunnes skriftlig på et vis som gjør det mulig for parten å forstå vedtakets innhold og virkning (nr. 1) og som inneholder «præcise og fuldstændige oplysninger» om hvorfor utlendingsmyndighetene mener vedtaket er rettferdiggjort av hensyn til offentlig orden, sikkerhet

[10] Fenger 2013B, s. 593.

[11] Se C-46/16 *LS Customs Services*, EU:C:2017:839, avsnitt 44.

eller folkehelse (nr. 2).[12] Ved gjennomføringen av direktivet i norsk rett ble det imidlertid ikke fastsatt noen særskilte regler om saksbehandlingen i utlendingsloven eller utlendingsforskriften. Departementet kan her ha bygget på vurderinger om at direktivets saksbehandlingsregler hørte til de delene av direktivet som allerede er «en del av norsk regelverk og praksis».[13]

Et annet eksempel på begrunnelseskrav er direktiv 2009/138/EF om adgang til og utøvelse av forsikringsvirksomhet (Solvens II). Det fremgår av direktivets artikkel 25 at enhver beslutning om avslag på søknad om tillatelse til å utøve forsikringsvirksomhet «skal indeholde den fulde begrundelse og meddeles det pågældende selskab.» Verken bestemmelsen selv eller fortalen til direktivet sier noe om hva uttrykket «fulde begrundelse» skal bety. I danske versjoner av EU-domstolens avgjørelser er derimot uttrykket anvendt som beskrivelse på det ovennevnte begrunnelseskravet i unionsborgerdirektivet.[14] I tråd med EU-domstolens språkbruk må derfor et krav om å gi den «fulde begrundelse» bety at begrunnelsen må inneholde presise og fullstendige opplysninger om de vurderinger som ligger til grunn for forvaltningens avgjørelse i saken.

Et tredje eksempel fra vareområdet er forordning (EF) nr. 764/2008 om varer som er lovlig markedsført i en annen EØS-stat, artikkel 6 nr. 1. Dersom nasjonale forvaltningsmyndigheter har til hensikt å gripe inn ovenfor en vare lovlig markedsført i en annen EØS-stat, så må myndighetene *i forkant* varsle den næringsdrivende og fremlegge «teknisk eller videnskabelig dokumentation» for, at den avgjørelse som forvaltningen har til hensikt å treffe «er berettiget ud fra de almene hensyn, der er fastlagt i traktatens artikel 30, eller andre tvingende almene hensyn», og at den «er egnet til at sikre opfyldelsen af det tilstræbte formål og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt hertil.»

Begrunnelsespliktens omfang er nærmere forklart i fortalens avsnitt

Side 130

22: «Den skriftlige meldingen bør gi markedsdeltakeren mulighet til å kommentere alle relevante sider av det planlagte vedtaket om å begrense adgangen til markedet.»

Begrunnelsesplikten for det endelige vedtaket utvides i direktivet artikkel 6 nr. 2:

> ***«der skal angives en begrundelse, herunder en begrundelse for afvisning af den erhvervsdrivendes eventuelle argumenter, samt den tekniske eller videnskabelige dokumentation som omhandlet i nærværende artikels stk. 1.»***

Forordningen er gjennomført i norsk rett ved EØS-vareloven. I forarbeidene til loven forutsettes det at begrunnelseskravet samsvarer med forvaltningslovens regler.[15] Forutsetningen holder neppe stikk, i den forstand at en like streng begrunnelsesplikt som følger av forordningen, ikke kan utledes

[12] Artikkelens tredje ledd krever videre at begrunnelsen skal informere om klage- og søksmålsadgangen, men dette går ut over plikten til å begrunne vedtakets innhold og omtales derfor ikke nærmere her.

[13] Se Administrasjonsdepartementets gjennomføringsnotat 4.5.2006.

[14] Se sak C-300/11 *ZZ*, EU:C:2013:363, avsnitt 59 flg.

[15] Prop. 17 L (2012–2013), pkt. 8.1.3.3.

Lastet ned fra juridika.no 1. oktober 2023 20:31

som en plikt fra forvaltningsloven § 25. Men forvaltningsloven § 25 er selvsagt ikke til hinder for at det gis begrunnelse som oppfyller forordningens krav.

For varer produsert i henhold til fullharmonisert EU/EØS-regelverk (harmoniserte standarder mv.) er kravene til begrunnelse formulert noe annerledes, og det kan gi grunnlag for et enda strengere krav jf. forordning (EF) nr. 765/2008 om akkreditering og markedstilsyn for markedsføring av varer, artikkel 21. Et hvert tiltak som begrenser markedsadgangen for en slik vare skal inneholde «en nøjagtig redegørelse» for grunnlaget vedtaker er truffet på, jf. artikkel 21 nr. 1. Også denne forordningen er gjennomført i norsk rett ved EØS-vareloven. Og også om dette begrunnelseskravet er det det i forarbeidene forutsatt at det samsvarer med forvaltningslovens regler.[16] Holdbarheten til denne forutsetningen er etter vårt syn usikker.

[16] Prop. 17 L (2012–2013), pkt. 9.3.8.1.

Norges europeiske forvaltningsrett
Lastet ned fra juridika.no 1. oktober 2023 20:31