



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 17.03.2021

Saksnr.: 18-169770ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer	Hugo Abelseth
Kst. lagdommer	Øistein Aamodt
Konstituert lagdommer	Lola Magnussen

I	Anke		
	Ankende part	T Engene AS	Advokat Gun Marit Stenersen Advokat Cathrine Hambro
	Ankemoøpart	Moss kommune	Advokat Hans Augun Parmann Advokat Therese Mørch
II	Avledet anke		
	Ankemoøpart	Moss kommune	Advokat Hans Augun Parmann Advokat Therese Mørch
	Ankende part	T Engene AS	Advokat Gun Marit Stenersen Advokat Cathrine Hambro

Saken gjelder krav om erstatning fra begge parter i et kontraktsforhold mellom T. Engene AS (heretter «Engene») og Moss Havn KF (heretter «Moss Havn») om deponering av steinmasser i Moss havn.

Moss Havn planla å utvide den eksisterende havnen i Moss. Planen innebar en større utfylling i sjøen ved bruk av sprengsteinmasser fra store statlige infrastrukturprosjekter. Allerede i 2012 var det blant annet samtaler mellom Moss Havn og Jernbaneverket om bruk av masser fra Follobanen.

På vegne av Moss Havn som tiltakshaver sendte konsulentfirmaet Rambøll 22. april 2014 en søknad til fylkesmannen i Østfold (heretter «fylkesmannen») om tillatelse til tildekking av forurenset sjøbunn i østre del av Verlebukta utenfor Moss. Det fremgår av søknaden at tildekkingen var tenkt både som et miljøtiltak ved at forurenset sjøbunn ble dekket til og som et første skritt i en utbygging av nytt havneareal. Om forurensning – effekter og avbøtende tiltak – het det i søknadens punkt 9.1 og 9.2:

Utfyllingsmassene vil bestå av sprengstein med variert kornstørrelse med gradering fra grov sand og oppover mot blokker. Ved utlegging kan større stein føre til oppvirvling av finpartikler fra sjøbunnen ved at stein lager vannstrømmer som virvler opp sjøbunnen. I tillegg forflytter steinmassene sjøbunnen slik at sedimentet kan virvles opp. De finere partiklene i utfyllingsmassene vil blande seg med vannet og være suspendert i vannmassene under utlegging, men sedimentere raskt etter at utfyllingen er utført.

[...]

Spredning av partikler og forurensning under tiltaket vil ytterligere kunne begrenses ved bruk av siltgardin. Det kan imidlertid være vanskelig å etablere og drifte på grunn av strømforholdene og trafikken til og fra kaia.

Fylkesmannen innvilget søknaden 30. oktober 2014. Om den omsøkte tildekkingen fremgikk det:

Søknaden gjelder tildekking av deler av sjøbunnen i østre del av Værlebukta. Tildekkingen er tenkt som et miljøtiltak som samtidig forbereder en eventuell utbygging av havna. Søknaden inneholder informasjon om tiltaket med beskrivelser av miljøtilstanden i området, samt hvilke kontroll/overvåkingstiltak som er tenkt gjennomført.

Størrelsen på området som skal tildekkes er ca 400 000 m² og mengden masser som skal dumpes er ca 800 000 m³.

Utfyllingsmassene vil legges fra nåværende kai i et lag på opptil 2 meters tykkelse ved kote -10 m ned til kote -20 m.

Utfyllingsmassene vil bestå av mineralske masser fra av arbeider ved ulike anlegg i Osloregionen. Massene vil hovedsakelig bestå av masser fra arbeider med Follobanen og Bækkelaget, men vil også kunne suppleres med masser fra arbeider ved Høvik. Massene vil bestå av sprengstein med kornstørrelse fra fin grus og oppover til blokker på 0,5 - 1 m.

Om steinmassene fremgikk det videre:

I forbindelse med arbeider i Osloregionen (Follobanen og Bækkelaget), vil store mengder mineralske masser bli tilgjengelig og bli fraktet gratis til Moss. Massene fra Osloregionen kommer fra miljøprosjekter, og det er positivt at deler av disse kan benyttes til tildekking av forurenset sjøbunn i Moss. Denne type tiltak hvor et miljøprosjekt i et område kan bidra til et miljøprosjekt på et annet sted, anses som en vinn-vinn situasjon for alle parter (St.meld. nr. 14 (2006-2007)).

I søknaden er massene som skal benyttes til tildekking vurdert i henhold til Miljødirektoratets veileder TA 2143. I søknaden presiseres det at tildekkingsmasser som består av brytningsmasser fra berg er et rent mineralsk materiale, og dermed ikke inneholder organisk materiale. Kravet i veilederen om at massene ikke skal ha et TOC innhold høyere enn 0,5 % vil dermed være oppfylt uten kjemisk analyse. Det vil heller ikke være sannsynlig at massene inneholder organiske stoffer av antropogen (menneskeskapt) opprinnelse. Det blir også presisert at massene som skal benyttes til tildekkingen er noe grovere enn hva som ansees som ideelt i henhold til veilederen. Etter en stedsspesifikk vurdering knyttet til både forurensningsgrader og oppvirvlingsrisiko under utlegging, er man kommet til at de tenkte massene likevel vil være egnet i dette tilfellet.

I tillatelsen satte fylkesmannen følgende ti vilkår for tildekkingen av sjøbunnen i Moss havn:

1. Moss Havn er ansvarlig for at vilkårene i tillatelsen blir overholdt, og plikter å orientere de som skal gjennomføre arbeidet i havna om vilkårene som gjelder.
2. Forurensningsmyndigheten kan oppheve eller endre vilkårene i tillatelsen, sette nye vilkår og om nødvendig stoppe arbeidet, dersom vilkår etter forurensningsloven § 18 er til stede.
3. Støy fra arbeidene må ikke overskride anbefalte grenseverdier for anleggsvirksomhet gitt i Retningslinje for behandling av støy i anleggsplanlegging (T-1442/2012). I tillegg skal det ikke forekomme anleggsstøy på søndager eller helligdager, eller nattetid i tidsrommet kl 23.00 – 07.00.
4. Dumping kan ikke foregå i tidsrommet 15. mai - 15. september.
5. Tildekkingen skal gjennomføres slik at det blir minst mulig spredning av partikler under tildekkingen. Det skal også gjennomføres en fortløpende overvåking av partikkelinnholdet i vannmassene, og denne informasjon skal gjøres offentlig kjent iht. miljøinformasjonsloven. Det må legges frem en overvåkningsplan med forslag til akseptkriterier senest når tildekkingsarbeidet settes i gang.
6. Fylkesmannen skal varsles når tildekkingsarbeidet settes i gang.
7. Innen 1.4.2015 skal det oversendes en fremdriftsrapport til Fylkesmannen hvor det redegjøres for status i prosjektet.

8. Tiltakshaver skal så snart som mulig informere fylkesmannen om unormale forhold som har eller kan ha forurensningsmessig betydning. Akutt forurensning skal varsles iht. gjeldende forskrift.
9. Internkontroll for aktiviteten må være utarbeidet, jf. Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheten (internkontrollforskriften) av 06.12.1996 nr. 1127. Alle avvik skal loggføres.
10. Sluttrapport skal sendes Fylkesmannen innen 6 uker etter at tiltaket er avsluttet. I rapporten skal det dokumenteres at vilkårene som er gitt i tillatelsen er overholdt. Eventuelle avvik skal begrunnes.

Verken i søknaden eller tillatelsen sies det noe om at massene som skulle brukes til utfylling, kunne inneholde plast.

Etter klage ble fylkesmannens tillatelse opprettholdt ved Miljødirektoratets vedtak 12. november 2015, med en tilføyelse under vilkår nr. 5 og en endring av vilkår nr. 7:

Vilkår 5: «Overvåkingsplanen skal også inkludere et testprogram for å dokumentere massenes egnethet fortløpende før utfylling/tildekking. Testprogrammet skal utføres i hht. Miljødirektoratets veileder TA2143/2005 (Veiledende testprogram for masser til bruk for tildekking av forurensede sedimenter).»

Vilkår 7: «Innen 10. desember 2015 skal det oversendes en oppdatert framdriftsrapport til Fylkesmannen hvor det redegjøres for status i prosjektet.»

Engene er et entreprenørselskap som driver med massetransport, særlig lasting og utkjøring fra tunneler. Våren 2014 var Engene i dialog med Team Bane Anlegg AS (heretter «Team Bane») om utkjøring av sprengsteinmasser fra utbyggingen av Bekkelaget renseanlegg, hvor Team Bane var hovedentreprenør og Oslo kommune Vann- og avløpsetaten (heretter «Oslo VAV») var byggherre. Engene og Team Bane inngikk avtale 1. september 2014 om å transportere bort overskuddsmasser fra Bekkelaget renseanlegg. Avtalen gjaldt 470 000 faste m³ og hadde en kontraktsum på 103 800 000 kroner eksklusive merverdiavgift.

Engene ble også involvert i Follobanen-prosjektet, hvor Jernbaneverket var byggherre. Den 16. desember 2015 inngikk Engene avtale med hovedentreprenøren Società Italiana per Condotte d' Acqua S.p.A. (heretter «Condotte») om å transportere bort overskuddsmasser fra delprosjekt under Follobanen i Oslo. Avtalen gjaldt 486 200 faste m³ og hadde en estimert kontraktsum på 84 562 571 kroner.

Den 15. desember 2015 inngikk Engene og Moss Havn avtale «om deponering av stenmasser i Moss havn». Avtalen ga Engene rett og plikt uten kostnad for Moss Havn til å legge ut overskuddsmasser fra utbyggingene av renseanlegget i Bekkelaget og Follobanen «innenfor de rammer som fulgte av tillatelsen fra fylkesmannen». Ettersom fylkesmannens tillatelse var begrenset til deponering av 800 000 m³ løse steinmasser – som tilsvarer cirka 400 000 faste m³ – omfattet avtalen bare en del av de sprengsteinmassene som Engene hadde forpliktet seg til å transportere bort for Team Bane og Condotte. Moss Havn skulle

på sin side blant annet besørge og bære alle kostnader til «opprydning av området rundt deponistedet hvis det flyter opp plastdelene fra sprengningsarbeidet».

Deponeringen i Moss havn startet 10. mars 2016. Engene transporterte sprengsteinmassene til kai i Oslo, hvor de ble lagt over på splittlekter. Engene hadde engasjert Kragerø Sjøtjenester AS til å slepe lekteren mellom Oslo og Moss, og til å stå for selve utleggingen i Moss. Etter deponeringene fløt det opp plast i form av armeringsfiber og sprengtråd. Ansatte fra Moss Havn var ute i båter for å samle opp plast ved bruk av håv. Moss Havn ryddet også plast på land. Plastomfanget ble imidlertid så stort at Moss Havn 8. april 2015 informerte fylkesmannen om det.

Fylkesmannen fattet samme dag vedtak om midlertidig stans av arbeider med dumping av masser i Moss havn, under henvisning til at «mengden avfall [fremstår] som langt mer omfattende enn hva vi kunne forutse da tillatelsen ble gitt». Det fremgikk av vedtaket:

Med hjemmel i forurensningslovens § 51 pålegges krav om dokumentasjon på omfanget av sprengtråd og eventuelt annet utfyllingsrelatert avfall som er spredd, samt opplysninger om hvilke tiltak som kan iverksettes for å forbygge og om nødvendig avbøte de skader som allerede har oppstått. Undersøkelsen skal inkludere representative registreringer på sjøbunnen på ulike dyp nord og sør for tiltaksområdet, samt i strandkanten. Arbeidet kan ikke igangsettes igjen før ovennevnte dokumentasjon foreligger.

Moss Havn engasjerte Rambøll for å kartlegge plastforurensningen. Rambøll avga rapport 12. april 2016 om forurensning i forbindelse med utfylling i sjø. Innledningsvis het det:

Per dags dato har 38 lekterlass med sprengstein blitt deponert, hvert med et teoretisk volum på 842 m³. I forbindelse med utfyllingen er det observert at en større mengde plastbiter har drever inn på strender i nærområdet. Det er også blitt observert plastbiter flytende på ulike dyp i nærhet av utfyllingsområdet. Plasten består av sprengtråd og plastfiber brukt i sprøytebetong, og er deponert i sjøen sammen med sprengsteinen. En har vært klar over at utfylling med sprengstein kan medføre tilførsel av noe plast, men det har vært forventet at hoveddelen av denne plasten ville bli liggende i utfyllingen. En har også forventet at plasten som ikke blir liggende i fyllingen vil flyte og dermed vil kunne samles opp langs stredene. Det har imidlertid vist seg at plasten ikke nødvendigvis flyter og at mengden plast som slipper ut fra sprengsteinutfyllingen er større enn antatt.

Om plastrester i sprengstein fremgikk det videre:

Ved sprengningsarbeider benyttes sprengtråd/skyteledning. Sprengtråden er vanskelig å sortere ut og rester av denne vil finnes i sprengsteinmassene. Etter utsprengning av en tunnel sikres tunnelen midlertidig med bolter og et lag armert sprøytebetong. Armeringsfibrene i betongen kan være laget av plast (polypropylen) eller stål. I Moss havn benyttes masser fra Jernbaneverkets anlegg med Follobanen og masser fra Oslo kommunes (VAV) anlegg ved Bekkelaget. I arbeidene ved

Bekkelaget benyttes sprøytebetong med armering av plast, mens i Follobanen benyttes armering av stål. Fordelingen av masser som skipes til Moss havn er omtrent 50 % fra hvert sted. Plast fra utfyllingen i Moss har vist seg å være av tre typer: to ulike armeringsfibere tilført massene i forbindelse med bruk av sprøytebetong (en stivere type og en flatere mykere type) og en type sprengtråd/skyteledning.

Under punktet «Tiltak» konkluderte Rambøll:

Sprengstein med plastfiber fra sprøytebetong bør ikke benyttes ved videre utfylling. Moss havn opplyser om at de nå kun vil benytte leverandører av sprengstein som kan tilby stein uten plastarmering.

For å fange opp sprengtråder anbefales det å legge ut lenser med skjørt rundt området som fylles ut. Skjørtet bør ha en dybde som sikrer at det fanger opp sprengtrådene før de blir tatt med strømmen og flyter opp utenfor skjørtet. [...] Plastrester bør samles opp daglig med finmasket håv langs lensene for å hindre spredning av plasten. Det vil sannsynligvis også være nødvendig med videre strandrydding for å fjerne plast som eventuelt har blitt spredd utenfor lensene.

Ved vedtak 15. april 2016 endret fylkesmannen den opprinnelige tillatelsen. Det ble tilføyd følgende nye vilkår:

11. Det tillates ikke dumping av masser som kan inneholde armeringsfiber av plast.
12. Massene som dumpes skal inneholde minst mulig sprengtråd. Dette innebærer at all overflødig sprengtråd må fjernes før sprengning. Etter sprengning må all synlig sprengtråd fjernes før massene flyttes. Synlig sprengtråd må også fjernes i forbindelse med at sprengsteinen legges på lekter.
13. Det må settes ut lenser med skjørt for å samle opp eventuell sprengtråd som følger med massene som dumpes. Lenses skal tømmes for avfall etter hver dumping. Effekten av lensene skal overvåkes og vurderes løpende. Etter 6 dumpinger skal resultatet av vurderingene sammenstilles og oversendes Fylkesmannen innen 1 uke.
14. Det må gjennomføres minst 2 ukentlige kontroller langs land fra Reiertangen i Moss kommune til Søndre Feste og nordre del av Revlingen i Rygge kommune. Behov for opprydding skal vurderes og resultatet av kontrollen skal dokumenteres. Kontrollene skal opprettholdes i minst 2 uker etter at arbeidet er avsluttet.
15. Det gjennomføres nødvendig opprydding langs land for å fjerne den sprengtråd som ikke blir fanget opp av lensene. Det skal i tillegg gjennomføres en ekstra opprydding påfølgende vår etter at dumppearbeidet er avsluttet. Når opprydding utføres forutsettes det at også annet miljøfremmed avfall fjernes.

De seks deponeringene som er nevnt i vilkår nr. 13, ble gjennomført fra 3. til 10. mai 2016 (heretter omtalt som «prøveperioden i mai 2016»). Moss Havn avga 13. mai 2016 rapport om deponeringene til fylkesmannen. Etter 10. mai 2016 ble det ikke foretatt flere deponeringer i Moss havn. Engene begynte da å transportere sprengsteinmasser til Drammen havn for deponering der.

Ved vedtak 1. juli 2016 endret fylkesmannen på nytt tillatelsen. Fylkesmannen fremhevet at de foretatte opprydningstiltakene ikke hadde hatt den nødvendige effekt:

Ovennevnte resultater, mottatte bekymringsmeldinger og Fylkesmannen egne observasjoner tilsier at det ikke er oppnådd tilstrekkelig effektiv oppsamling av sprengtråder ved dumping, og resultatene viser med tydelighet at tiltak for å hindre spredning av plast må prosjekteres grundigere enn det som foreløpig er dokumentert.

Fylkesmannen gjorde følgende endringer i fastsatte vilkår:

- Vilkår 11 og 12 etter vedtaket 15.4.2016 erstattes av nytt vilkår 11 som skal lyde *Massene som dumpes skal være rene og ikke inneholde sprengtråder av plast, armeringsfiber av plast eller annet avfall som kan føre til forurensning, virke skjemmende eller på annen måte føre til miljøskade. Jf også vilkår 5 om testprogram.*
- Vilkår 13 etter vedtaket 15.4.2016 slettes
- Vilkår 14 etter vedtaket 15.4.2016 erstattes av nytt vilkår 12 som skal lyde: *Det skal gjennomføres en opprydding i strandsonen mellom Reiertangen og Feste påfølgende vår etter at dumpearbeidet er avsluttet. Når oppryddingen utføres forutsettes det at også annet miljøfremmed avfall fjernes.*

Samtidig avsto fylkesmannen Moss Havns søknad om dispensasjon fra tillatelsens vilkår nr. 4 om forbud mot deponering i tidsrommet 15. mai til 15. september 2016. Begrunnelsen var sterke brukerinteresser knyttet til vannkvaliteten i området på sommerstid og at denne perioden er en viktig produksjonsperiode for lysavhengig vannvegetasjon.

Fylkesmannen anmeldte 18. august 2016 tiltakshaver Moss Havn til politiet for dumping av steinmasser forurenset med plast i strid med tillatelse. Ved Øst politidistrikts forelegg 6. november 2017 ble Moss Havn ilagt en bot på 400 000 kroner for fire brudd på forurensningsloven. Moss Havn vedtok forelegget.

Engene tok ut stevning 10. juli 2017 mot Moss Havn med krav om erstatning for mislighold av deponeringsavtalen.

I stevning i motsøksmål 28. mars 2018 fremsatte Moss Havn motkrav mot Engene.

Moss tingrett avsa 6. juli 2018 dom med slik domsslutning:

I hovedkravet:

Moss kommune v/ Moss Havn KF frifinnes.

I motkravet:

T. Engene AS frifinnes.

For begge:

T. Engene AS betaler sakens kostnader med 2 000 000 – to millioner – kroner til Moss kommune v/ Moss Havn KF innen 2 – to – uker etter dommens forkynnelse.

Engene har anket dommen til Borgarting lagmannsrett for så vidt gjelder tingrettens avgjørelse av hovedkravet. Moss kommune har inngitt avledet anke for så vidt gjelder avgjørelsen av motkravet. Ankeforhandling ble holdt 16. til 24. februar 2021 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 15 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, **T. Engene AS**, har i hovedtrekk anført:

Fylkesmannens tillatelse innebar at sprengsteinmasser fra både Bekkelaget og Follobanen lovlig kunne deponeres i Moss havn. Sprengsteinmasser inneholder alltid plast, og tillatelsen sa ingenting om at masser med sprengtråder av plast eller armeringsfiber av plast ikke kunne deponeres.

Deponeringsavtalen samsvarer med ordinær funksjonsfordeling i entrepriseavtaler mellom byggherre og entreprenør. Som byggherre var det Moss Havn som hadde risikoen for at vilkårene i fylkesmannens tillatelse senere ble skjerpet. Årsaken til de endrede vilkår var dessuten at Moss Havn ikke oppfylte sine opprydningsforpliktelser.

Moss Havn har misligholdt sine vesentligste plikter etter deponeringsavtalen. I etterkant av de seks deponeringene i mai 2016 sluttet Moss Havn helt å ta imot stein. Dette var et brudd på foretakets plikt til å ta imot stein.

Videre oppfylte ikke Moss Havn sine opprydningsforpliktelser, verken når det gjaldt planlegging eller gjennomføring. Plikten til å rydde opp plast var en sentral og omfattende forpliktelse, og en viktig del av Moss Havns motytelse til Engene. Mengden plast var objektivt sett ikke større enn det som kunne forventes. Ryddeforpliktelsen var en resultatforpliktelse, som Moss Havn ikke oppfylte. Ryddeforpliktelsen ble heller ikke oppfylt om den subsidiært anses som en omsorgsforpliktelse; Moss Havn iverksatte ikke adekvate og nødvendige tiltak. I juni 2016 avsluttet også foretaket helt arbeidet med å prosjektere og anskaffe permanente lenser.

Ved disse kontraktsbruddene er ansvarsgrunnlaget for erstatning objektivt. Under enhver omstendighet har Moss Havn opptrådt uaktsomt.

Kravet til årsakssammenheng er oppfylt. Årsaken til at avtalen ikke ble fullbyrdet og til Engenes økonomiske tap, er ikke at de deponerte sprengsteinmassene inneholdt plast, men at Moss Havn ikke tok imot massene og ikke oppfylte sine opprydningsforpliktelser.

Hadde Moss Havn tatt innover seg det som ble formidlet om plast høsten 2015 og sørget for nødvendig utstyr, er det overveiende sannsynlig at fylkesmannen ville gitt fortsatt tillatelse til deponering og at deponeringsavtalen hadde blitt oppfylt. Heller ikke i prøveperioden i mai 2016 gjorde Moss Havn det som måtte forventes, og ignorerte blant annet råd fra egen rådgiver om å bruke lenser med skjørt. Vurderingen må skje basert på de daværende forholdene, og senere års endrede fokus på sprengsteinmasser og plast i sjø ville den gang ikke hatt betydning for en tillatelse til deponering i Moss havn. Det er uten betydning om sprengsteinmassene fra Bekkelaget anses å falle utenfor avtalen fordi de inneholdt armeringsfiber, ettersom Engene uansett hadde nok sprengstein uten slik fiber fra Follobanen. Dersom Moss Havn hadde fått kontroll på oppsamlingen av plasten, er det også sannsynlig at fylkesmannen ville gitt tillatelse til deponering i sommermånedene.

Subsidiært, for det tilfellet at sprengsteinen ikke lovlig kunne deponeres, er Moss Havn erstatningsansvar som følge av mangler ved søknaden til fylkesmannen. Moss Havn må identifiseres med Rambøll som sin kontraktsmedhjelper.

Engene krever erstatning for den positive kontraktsinteressen. Tapet knytter seg til kostnader og forpliktelser som Engene pådro seg for å oppfylle deponeringsavtalen. Etter fradrag for den nytteverdi som Engene hadde av kostnadene i forbindelse med blant annet deponeringen som faktisk ble foretatt i Moss havn våren 2016, utgjør selskapets økonomiske tap 14 613 963 kroner.

Det bestrides at det er reklamert for sent.

Moss Havns motkrav bestrides. Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag. Engenes deponering av stein var lovlig og i samsvar med avtalen. Så langt det var mulig, plukket Engene ut plast før og etter at sprengsteinmassene ble lagt på lekter i Oslo. Det foreligger uansett ikke årsakssammenheng. Opprydningskostnadene var omfattet av Moss Havns forpliktelser etter deponeringsavtalen. Bunnundersøkelsen og advokatkostnadene har ingen sammenheng med Engenes deponering. Forelegget har ikke erstatningsrettslig vern.

T. Engene AS har lagt ned følgende påstand:

1. Moss kommune ved ordføreren dømmes til å betale erstatning til T. Engene AS fastsatt etter rettens skjønn og begrenset oppad til kr. 14 613 963, med tillegg av renter i medhold av forsinkelsesrentelovens § 2 første ledd andre punktum fra 13. mars 2017 til betaling skjer.

I den avledete anken:

2. Anken forkastes.

I begge tilfeller:

3. T. Engene AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **Moss kommune**, har i hovedtrekk anført:

Engenes erstatningskrav bestrides.

Etter deponeringsavtalens risikofordeling var det Engene som hadde ansvaret og risikoen for at sprengsteinmassene lovlig kunne deponeres. Etter avtalen skulle Engene bare deponere rene, lovlige og egnede masser innenfor rammene av fylkesmannens tillatelse.

Fylkesmannens endringsvedtak 1. juli 2016 skyldtes at Engene hadde deponert plast ulovlig og i strid med avtalen. Tillatelsen åpnet ikke for å deponere plast utover det påregnelige. Mengden av plast som fløt opp, var vesentlig mer enn det så vel Moss Havn som fylkesmannen hadde hatt grunn til å forvente.

Moss Havn har ikke misligholdt plikten til å ta imot stein, verken rent faktisk stanset Engenes deponering eller foretatt avbestilling. Det var Engene selv som på eget initiativ innstilte deponeringen etter endringsvedtaket 1. juli 2016.

Moss Havn har ikke brutt plikten til å rydde opp rundt deponistedet. Opprydningsplikten gikk ikke lenger enn for det som lovlig kunne deponeres, og omfattet derfor ikke plasten som Engene deponerte i strid med fylkesmannens tillatelse. Det er tale om en innsatsforpliktelse. Moss Havn planla rimelige opprydningstiltak i samsvar med forventet plasmengde og gjorde en omfattende innsats både i sjø og på land. Engene har heller ikke sannsynliggjort at all synlig og overflødig sprengtråd ble fjernet før deponering. Engene varslet dessuten aldri Moss Havn om manglende opprydding i deponeringsperioden.

Det er ingen mangler ved søknaden om tillatelse. Søknaden var adekvat basert på datidens kunnskapsgrunnlag. Ved avtaleinngåelsen aksepterte også Engene den foreliggende tillatelsen og dens vilkår. Engene har heller aldri anmodet Moss Havn om å søke dispensasjon eller lignende, jf. avtalens punkt 3.

Det foreligger uansett ikke årsakssammenheng. Det er ikke sannsynliggjort at andre opprydningstiltak ville hatt betydning for fylkesmannens endringsvedtak 1. juli 2016. Erttertiden har også vist at selv omfattende lensetiltak ikke fungerer mot plastforurensning ved deponering av sprengsteinmasser i sjø.

Det bestrides også at Engene har dokumentert noe økonomisk tap.

Under enhver omstendighet har Engene reklamert for sent.

Moss Havn har krav på erstatning som følge av at Engene i strid med avtalen og tillatelsen brøt plikten til bare å deponere lovlige masser. Engene var kjent med både fylkesmannens

tillatelse og at massene inneholdt plast. Engenes kontraktsbrudd har påført Moss Havn et påregnelig økonomisk tap på til sammen 1 547 191 kroner i form av kostnader til bunnundersøkelse, opprydning, herunder anskaffelse av lenser, samt forsvarerbistand og ilagt forelegg.

Endelig anføres at det ikke er rettslig grunnlag for tingrettens reduksjon av sakskostnadskravet.

Moss kommune har lagt ned følgende påstand:

I anken:

1. Anken forkastes.

I den avledede anken:

2. T. Engene AS dømmes til å betale til Moss kommune kr 1 547 191 med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall og til betaling skjer.

I begge tilfeller:

3. Moss kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsrettens syn på saken:

Saken gjelder krav på erstatning som følge av kontraktsbrudd. Erstatning for kontraktsbrudd forutsetter at det foreligger et ansvarsgrunnlag, en skade i form av et økonomisk tap og at det er en adekvat årsakssammenheng mellom det ansvarsbetingende forholdet og skaden. Det er den som gjør gjeldende å ha krav på erstatning, som har bevisbyrden («tvilsrisikoen») for at vilkårene er oppfylt.

Lagmannsretten går først inn på partenes rettigheter og plikter etter deponeringsavtalen 15. desember 2015, herunder forholdet til fylkesmannens tillatelse 30. oktober 2014, samt spørsmålet om lovligheten av deponeringene våren 2016. Deretter behandler retten konkret Engenes og Moss Havns erstatningskrav.

Deponeringsavtalen – rettigheter og plikter

Som utgangspunkt må avtaler mellom næringsdrivende fortolkes objektivt, jf. HR-2019-830-A avsnitt 37 under henvisning til blant annet Rt-2010-961 avsnitt 44, hvor det heter:

Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. 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 bestemmelsene tilsier.

Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn

Deponeringsavtalen 15. desember 2015 ga Engene en rett og plikt til å «legge ut» steinmasser i Moss havn, jf. avtalens punkt 1 fjerde ledd. Moss Havn fikk på sin side både en rett til å få lagt ut steinmasser i havnen og en plikt til å motta steinmasser. Det fremgår at dette skulle skje «uten kostnad for MH». I realiteten var det tale om en byttehandel, det vil si en gjensidig bebyrdende avtale om ytelse mot motytelse, uten at noen av partenes ytelse skulle være et pengevederlag.

Engenes ytelse – å levere og legge ut steinmasser – skulle oppfylle Moss Havns interesse i å få fylt ut havnen. Moss Havns motytelse – å stille et deponi til rådighet for Engenes steinmasser – skulle oppfylle Engenes interesse i å bli kvitt store mengder steinmasser som Engene gjennom avtalene med Team Bane og Condotte var forpliktet til å frakte bort.

For Engene var deponeringen en nødvendig forutsetning for å kunne realisere egne avtaler med Team Bane og Condotte. Moss Havn hadde ingen rettigheter eller plikter etter disse to avtalene. Som en avtaleforutsetning fremgikk det for eksempel av avtalen med Team Bane at Engene «har det totale ansvar for håndtering av masser, uavhengig om det inngås avtale om deponering i Moss havn». Det fremgår også av deponeringsavtalens punkt 1 annet ledd at en viktig del av bakgrunnen for denne avtalen var at Engene ønsket å finne et egnet sted for deponering av massene.

Etter lagmannsrettens oppfatning viser dette hvordan deponeringsavtalen som en byttehandel var noe annet enn en ordinær entreprisedavtale mellom en byggherre og en entreprenør, og at den ivaretok andre viktige forretningsmessige behov og økonomiske interesser for begge avtalepartene. Da avtalen ikke ble oppfylt, ble interessene på begge sider skadelidende.

Etter avtalen stod ikke Engene fritt til å velge hvilke steinmasser som skulle legges ut i Moss havn. For det første måtte det være tale om steinmasser fra utbyggingen av Bekkelaget renseanlegg eller Follobanen, jf. avtalens punkt 1. For det andre måtte utleggingen være «innenfor de rammer som følger av tillatelsen fra Fylkesmannen», jf. avtalens punkt 1 fjerde ledd. Kvantitativt innebar dette at det ikke kunne legges ut mer enn cirka 400 000 *faste* m³ stein. Kvalitativt kunne steinmassene ikke inneholde forurensning utover det som var tillatt i henhold til fylkesmannens tillatelse. Tillatelsen 30. oktober 2014 la med andre ord direkte begrensninger på hvilke steinmasser Engene hadde rett (og plikt) til å deponere i Moss havn, og tilsvarende hvilke steinmasser Moss Havn hadde plikt (og rett) til å ta imot. Dette fremgikk også av avtalens punkt 2, som dessuten ytterligere presiserte kravene til steinmassene (med rettens kursiveringer):

Avtalen omfatter alle steinmasser som utvinnes under ovennevnte avtale mellom Engene og utbyggere i henhold til vedleggene 1 og 2 ("massene") og *som lovlig kan benyttes i deponiet*. MH står fritt til å gi samtykke til å benytte mindre deler av massene til annet formål dersom det søkes om det.

Massene som deponeres *skal oppfylle vilkårene i tillatelsen fra Fylkesmannen av 30.10.2014*. Dette innebærer blant annet at de skal være *rent mineralsk materiale* og bestå av brytningsmateriale med kornstørrelse fra fin grus og opp til blokker på 1 meter. *Massene skal være uten forurensning og slik at de er egnet til deponering i havet*.

Fylkesmannens tillatelse

Spørsmålet er hvilke steinmasser som lovlig kunne deponeres i Moss havn innenfor rammene av fylkesmannens tillatelse 30. oktober 2014.

Det er forbudt å dumpe plast i sjøen, med mindre det foreligger tillatelse, jf. forurensningsloven § 7, jf. §§ 6 og 11, jf. forurensningsforskriften § 22-4, jf. §§ 22-2 bokstave og 22-6.

I tråd med søknaden fra Moss Havn gjaldt fylkesmannens tillatelse tildekking av sjøbunnen i Moss havn med utfyllingsmasser som skulle bestå av «mineralske masser» – nærmere bestemt av «sprengstein med kornstørrelse fra fin grus og oppover til blokker på 0,5 - 1 m». Det var videre forutsatt at det var tale om «et rent mineralsk materiale» som «ikke inneholder organisk materiale». Tillatelsen var taus om plast.

Plast var heller ikke omtalt i søknaden som Rambøll utferdiget på vegne av Moss Havn. Både plan- og utredningsleder Roar Johansen i Moss Havn og seksjonssjef Karsten Butenschøn ved fylkesmannen i Østfold, som var saksbehandler for søknaden fra Moss Havn, har for lagmannsretten forklart at det var ukjent for dem at sprengsteinmassene inneholdt plast da den opprinnelige tillatelsen ble gitt 30. oktober 2014.

Lagmannsretten finner imidlertid at tillatelsen må forstås i lys av at det i virkeligheten ikke alltid vil være mulig å unngå at ulike former for fysisk materiale kan inneholde en eller annen form for forurensning. For sprengsteinmasser kan dette for eksempel være oljesøl, kjemikalier, plast eller annet søppel fra sprengplassen. Denne modifikasjonen kan imidlertid ikke gjelde for mer enn beskjedne mengder forurensning som er nødvendige og påregnelige følger av det tillatte tiltaket.

Lagmannsretten legger til grunn at sprengsteinmasser, da tillatelsen fra fylkesmannen ble gitt, inneholdt større mengder plastrester fra sprengning. Fra både Bekkelaget og Follobanen inneholdt sprengsteinmassene plast i form av sprengtråder (NONEL-slanger). Fra Bekkelaget inneholdt massene også armeringsfiber av plast; i Follobanen-prosjektet ble det brukt armering av stål.

Det sakkyndige vitnet, anleggsingeniør og konsulent Tormod Stigen, forklarte for lagmannsretten at sprengtråder av plast – det såkalte NONEL-systemet – ble tatt i bruk ved sprengning av tunneler for fullt fra rundt år 2000. Han forklarte at dette er et ikke-elektrisk tennsystem som består av tynne plastslanger med en kruttstreng i. Normalt er slangene syv meter lange, hvorav to meter stikker ut av borehullene ved sprengning. Den delen av slangene som er inne i borehullet, vil i stor grad «brenne opp» og bli destruert av sprengvirkningen. Etter sprengning vil de gjenværende delene av slangene bestå av biter fra noen millimeter og opp til over én meter. Stigen beregnet at et lass med 350 faste m³ sprengsteinmasse til sammen vil inneholde mellom 250 og 300 meter plastslanger. En fordel med sprengtråder av plast er prisen; elektroniske tennere er mellom tre og fire ganger dyrere. Som følge av oppmerksomheten som kom rundt sprengsteinmasser og plast i sjø fra rundt 2015, har likevel elektroniske tennere i den senere tid tatt over deler av markedet. Disse er utformet med lite plast, slik at de synker i sjøen.

Stigen forklarte videre at sprøytebetong som armering kom inn i tunnelbyggingen på slutten av 1970-tallet. Plastfiber ble tatt i bruk i armeringen på 1990-tallet. Om lag fem prosent av plastfibrene fester seg ikke på fjellveggen under påføring, men preller av og blir liggende på sålen i tunnelen. Derfra blir fibrene tatt ut sammen med sprengsteinen. Stigen beregnet at et lass med 350 faste m³ sprengsteinmasse til sammen vil inneholde cirka 2,5 kilo plastfiber. Av dette vil imidlertid en stor andel være festet til betong, som gjør at den synker.

Stigen forklarte også at det innenfor bransjene som drev med tunnelarbeid, var godt kjent at sprengsteinmasser alltid inneholdt plast. Dette ble også bekreftet for lagmannsretten av tidligere administrerende direktør Ole Tor Oleivsgard i Engene, som forklarte at det var helt åpenbart at sprengsteinmasser den gangen inneholdt plast, og at det var noe alle visste.

Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at forekomsten av plast i sprengsteinmasser var lite kjent utenfor disse bransjene da tillatelsen ble gitt i 2014. Som nevnt var fylkesmannen i Østfold ikke kjent med dette. Lagmannsretten viser videre til at plast ikke er nevnt i Miljødirektoratets veileder M-411/2015 om «Testprogram for tildekkingsmasser – Forurenset sjøbunn».

Det vises også til forklaringen fra det sakkyndige vitnet, miljørådgiver Bente Breyholtz i Norconsult. Hun forklarte at tiltakshavere tidligere så for seg at sprengsteinmasser utelukkende inneholdt ren stein, og at det først var fra rundt 2016 at det i miljøer utenfor entreprenørbransjen ble allment kjent at sprengsteinmasser også inneholdt plastrester fra sprengningen.

Det er videre illustrerende at Oslo VAVs konkurransegrunnlag 10. februar 2014 for massedeponi i forbindelse med utvidelse av Bekkelaget renseanlegg omtaler deponering av

sprengsteinmasser i sjø som ett av to alternativ, uten at det sies noe om at massene inneholdt plast.

Illustrerende er også at Drammen havn, som hadde fått deponert masser fra Bekkelaget i 2015-2016, var ukjent med at massene kunne inneholde plast, jf. Drammen havns brev 30. mai 2016 til fylkesmannen i Buskerud, hvor det blant fremgår:

Planen har hele tiden vært å benytte rene sprengsteinmasser fra forskjellige prosjekter på Østlandet til utfyllingen. I den senere tid har man blitt klar over at sprengsteinmasser kan inneholde rester av tenningskabler og armeringsfiber av plast.

Selv om sprengsteinmasser den gangen rent faktisk alltid inneholdt plast, var dette altså ikke allment kjent og heller ikke fanget opp av miljømyndighetene.

Massene fra Bekkelaget og Follobanen inneholdt betydelige mengder plast. Med Tormod Stigens beregning på mellom 250 og 300 meter plastslange per lekterlass på 350 faste m³, ville det for cirka 400 000 faste m³ – det vil si om lag 1 140 lekterlass – til sammen vært tale om minst 285 000 meter plastslange. Lagmannsretten understreker at plast er et materiale av en helt annen karakter og med et betydelig mer miljøskadelig potensiale enn stein. Når fylkesmannens tillatelse uttrykkelig bare gjaldt stein i form av «mineralske masser», og var helt taus om plast, er det etter lagmannsrettens oppfatning klart at tillatelsen til deponering i Moss havn ikke kan forstås slik at den tillot sprengsteinmasser med et plastinnhold i den størrelsesorden som det her var tale om.

Lagmannsretten ser det tvert imot slik at tillatelsen bare åpnet for at sprengsteinmassene kunne inneholde beskjedne mengder forurensning som var nødvendige og påregnelige følger av tiltaket. Utover dette åpnet ikke tillatelsen for annet enn deponering av ren stein.

Moss Havns opprydningsplikt

Dernest må det tas stilling til Moss Havns opprydningsplikt. Etter avtalens punkt 8 bokstav b siste kulepunkt påtok Moss Havn seg blant annet å:

besørge og bære alle kostnader til [...] opprydding av området rundt deponistedet hvis det flyter opp plastdeler fra sprengningsarbeidet

Ettersom plast ikke er et «rent mineralsk materiale» og må anses som forurensning, jf. forurensningsloven § 6, synes det umiddelbart å være en motstrid mellom avtalens punkt 2 annet ledd og Moss Havns opprydningsplikt etter punkt 8 bokstav b siste kulepunkt. En objektiv forståelse av ordlydene i disse to punktene – når de leses i sammenheng – tilsier imidlertid etter lagmannsrettens vurdering at opprydningsplikten bygde på at det i virkeligheten ikke var til å unngå at sprengsteinen kunne inneholde noe plast fra sprengningsarbeidet, men at det i høyden bare ville være tale om mindre mengder.

Avtalens ordlyd og systematikk tilsier videre at opprydningsforpliktelsen bare omfattet plast som fløt opp fra sprengsteinmasser som var lovlig deponert i samsvar med fylkesmannens tillatelse, og at Moss Havn gjennom avtalen ikke hadde påtatt seg et ansvar for å samle opp plast som det ikke var tillatt å deponere. Det vises her også til at Engene i henhold til avtalens punkt 6 annet ledd hadde ansvaret for at utleggingen av steinmasser blant annet skjedde i samsvar med «de øvrige vilkårene fra Fylkesmannen». I punkt 8 bokstav a står det at Engene skulle besørge og bære alle kostnader til blant annet «uttak av stein, frakt og utlegging», og «påse og dokumentere at arbeidene foregår i samsvar med alle tillatelser og relevant regelverk».

Hadde partene en annen felles forståelse på avtaletidspunktet?

Oppsummert så langt er det lagmannsrettens syn at en objektiv forståelse av avtalen mellom partene innebærer at de leverte steinmassene kunne inneholde beskjedne mengder plast som var nødvendige og påregnelige følger av tiltaket, og at Moss Havns oppryddingsplikt bare gjaldt slike mindre mengder. Med mindre partene på avtaletidspunktet 15. desember 2015 hadde en annen felles forståelse av plastinnholdet i sprengsteinmassene, og opprydningspliktens omfang, må den objektive fortolkningen legges til grunn, jf. Rt-2010-961 avsnitt 44.

Med mange års erfaring i å kjøre ut sprengsteinmasser fra tunneler var Engene godt kjent med at sprengsteinmasser inneholdt plast. Dette ble som nevnt også bekreftet for lagmannsretten av tidligere administrerende direktør Ole Tor Oleivsgard i Engene.

Derimot var dette opprinnelig ukjent for Moss Havn. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at Moss Havn først ble kjent med dette en gang i 2015. Prosjektleder Jan Kopperstad i Oslo VAV forklarte for lagmannsretten at dette ble tatt opp i et møte med Moss Havn og Engene i juni 2015. Første gang det er skriftlig dokumentert at plast ble tatt opp med Moss Havn, er i et møte hos Norconsult 7. september 2015, hvor også Engene deltok. Om plast står det i møtoreferatet:

TE sa at det vil forekomme plastrør i massene (rester fra ladingen). Disse vil flyte opp og kan fanges opp.

Det står ikke noe mer om omfang eller aktuelle tiltak.

Spørsmålet ble også tatt opp i et møte mellom partene 6. november 2015. Til stede var også representanter fra Jernbaneverket og Aud Helland fra Rambøll. Av et møtoreferat fremgår det blant annet:

- Det skal ikke være veldig sterke miljøinteresser knyttet til området. Ålegresset er viktigste forhold.
- Det vil ventelig skape en del støy om badeplass på Jeløya får grumset vann/tilflytende plastslanger.

[...]

- Strømningsforhold:
 - Et tidligere prosjekt for å dokumentere tidevannsstrømmer i Verlebukta tyder på at denne går ut og inn gjennom kanalen opp til Mossesundet og i en virvel vestover mot Jeløya. Utfyllingen ligger på andre siden av bukten og utenfor denne tidevannsstrømmen. Det er på Jeløysiden en har både Ålegressformasjon og byens viktigste badeplass.
 - Dominerende vindretning er mot nord, og følgelig forventes flytende plastmateriale drive inn mot havneområdet (på østsiden av bukta).
- Følgende beredskapstiltak ble drøftet:
 - Siltgardin enten lokalt rundt lekter eller lokalt rundt ålegresset.
 - Diskusjon rundt effektiviteten av disse, men det visuelle inntrykket av å isolere overflatevann med forhøyet partikkelinnhold ble fremhevet som viktig i forhold til omgivelsenes inntrykk av fyllingen.
 - Lenser til å fange opp non-el lunter og evt. Oljefilm.

Det siterte står under overskriften «Dumping i sommerhalvåret (15.5 – 15.9)». Referenten Olav Hval fra Jernbaneverket forklarte for lagmannsretten at det er misvisende at merknadene vedrørende plast er inntatt under denne overskriften. Han viste til at plast er et problem hele året, og at plastproblematikken ble drøftet mer generelt i møtet, men uten at man gikk mer i detalj enn at det måtte lenses for å samle opp plast. Tidligere administrerende direktør Ole Tor Oleivsgard i Engene forklarte at det i møtet var et stort fokus på plast og håndteringen av dette, særlig fra Vidar Tveiten i Jernbaneverket. Derimot forklarte plan- og utredningsleder Roar Johansen fra Moss Havn og Aud Helland fra Rambøll at plast ikke var noe sterkt kommunisert tema i møtet, men at miljøfokuset først og fremst gjaldt ålegresset og faren for grums i vannet. Helland forklarte at hennes erindring var at det var dette også Tveiten var mest opptatt av. Hun kunne ikke huske at det ble spørsmål om oppsamling av plast i noe større omfang.

Det er også dokumentert at prosjektsjef Jan Kopperstad i Oslo VAV sendte et e-brev 2. desember 2015 til Ole Tor Oleivsgard i Engene og Roar Johansen i Moss Havn med emnet «Plast i sjøen» og teksten:

Morn,
 Pass på...!
<http://www.bygg.no/article/12570720>

Lenken var til en artikkel 1. desember 2015, hvor det fremkom at Statens vegvesen var ilagt et forelegg på 450 000 kroner for plastforsøpling. Bakgrunnen var at armeringsfiber

og skyteledninger av plast hadde havnet i sjøen i forbindelse med byggingen av fastlandssambandet Ryfast i Rogaland. Ole Tor Oleivsgard i Engene forklarte for lagmannsretten at han oppfattet e-brevet som alvorlig og tok det opp i egen organisasjon. Han hadde forventet at Moss Havn gjorde det samme. Roar Johansen i Moss Havn forklarte at han ikke kunne huske å ha sett e-brevet, og at han uansett ikke kan ha oppfattet det som en advarsel.

På bakgrunn av bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at Moss Havn forut for avtaleinngåelsen ikke forstod at plast kunne bli noe stort problem. Det er forskjellige erindringer fra møtet 6. november 2015, men i likhet med fra referatet fra møtet 7. september 2015 omtaler heller ikke referatet fra møtet 6. november 2015 plast som noe større problem. Lagmannsretten ser dette også i sammenheng med at sprengsteinmasser med plast fra flere samferdselsprosjekter i flere år hadde blitt dumpet i sjøen, uten at oppflytning av plast hadde vært noe problem. For eksempel hadde Engene selv tidligere hatt flere oppdrag med transport av sprengsteinmasser til sjødeponi; riktignok først og fremst ved tipping fra land, men det hadde også skjedd ved bruk av splittlekter. Første gang oppflytning av plast ble et kjent problem, var i Ryfast-prosjektet. Jan Kopperstads e-brev 2. desember 2015 var en advarsel om dette, men lagmannsretten finner det mest sannsynlig at Roar Johansen i Moss Havn rent faktisk ikke oppfattet og merket seg denne advarselen.

Også etterfølgende omstendigheter frem mot den første deponeringen 10. mars 2016 understøtter at Moss Havn *på avtaletidspunktet* ikke hadde fanget opp at plast kunne bli noe stort problem. I e-brev 18. februar 2016 til Ole Tor Oleivsgard i Engene skriver havnesjef Øystein Høsteland Sundby i Moss Havn:

En ting vi skal få på plass er en beredskap dersom det kommer sprengplast-rester i noe av steinen som kommer utover. I den forbindelse skulle vi gjerne hatt noen prøver på dette slik at gutta her kan skaffe seg en oversikt og hvordan det ser ut og hvordan det oppfører seg.

Er det mulig å få «en bærepose» med slikt slik at vi kan gjøre noen tester?

E-brevet – især spørsmålsformuleringen om det er «mulig å få ‘en bærepose’ med slikt» – vitner ikke om at Moss Havn hadde forstått at plast kunne bli et problem. Dersom Engene – med sin erfaring fra deponering av sprengsteinmasser – mente at det var grunn til å forvente store mengder plast og at det var behov for å sette i gang større tiltak, hadde selskapet her en klar foranledning til å gi Moss Havn en uttrykkelig beskjed om dette. Ole Tor Oleivsgards svar samme dag gir imidlertid ingen signaler i denne retningen:

Ja nå er vi i gang og første lass planlegges torsdag 3. mars.

Du kan kontakte min driftsleder på stedet Knut Einar Skrindo [på telefon eller e-post]

Lagmannsretten viser også til referat fra befarings og møte i Kongshavn 2. mars 2016 mellom Norconsult, Engene og Kragerø Sjøtjenester AS (Moss Havn var ikke med på møtet), hvor plast ikke er viet noen større oppmerksomhet. Under overskriften «Steinstørrelse» fremgår det bare av siste setning:

På forespørsel sa TE at synlige plastrester fra sprengning sorteres ut ved lasting, men at det likevel kan forekomme plastbiter som vil flyte opp etter tømning.

I likhet med Ole Tor Oleivsgards svar 18. februar 2016 underbygger Engenes merknad i dette møtet at heller ikke Engene anså at plast ville bli noe stort problem.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten at Moss Havn ved avtaleinngåelsen 15. desember 2015 var kjent med at sprengsteinmassene kunne inneholde plastrester fra sprengningen, men at foretaket anså at det i høyden ville være tale om et beskjedent omfang. Engene gjorde heller ikke noe for å korrigere denne oppfatningen. Det forelå således ingen *felles* forståelse mellom partene om at de leverte massene kunne inneholde store mengder plast og at det derfor kunne bli aktuelt med mer omfattende opprydningsarbeid.

Deponeringsavtalen – rettigheter og plikter – konklusjon

Etter dette konkluderer lagmannsretten med at Engene etter deponeringsavtalen ikke hadde rett til å deponere sprengsteinmasser som inneholdt mer enn beskjedne mengder plast og at det samme gjaldt Moss Havns plikt til å motta masser. Moss Havns opprydningsplikt gjaldt bare slike beskjedne mengder.

Ulovlig deponering i strid med tillatelsen og deponeringsavtalen

Etter deponeringene i perioden 10. mars til 8. april 2016 fløt det opp store mengder plast i form av både sprengtråder og armeringsfiber. En større mengde drev også inn på strender rundt havnen. Det ble også observert plastbiter flytende på ulike dyp rundt deponistedet.

Lagmannsretten finner det klart at det var tale om plastmengder langt utover det som var tillatt etter fylkesmannens tillatelse 30. oktober 2014. Lagmannsretten har derfor kommet til at Engene i mars og april 2016 deponerte plast ulovlig i strid med både fylkesmannens tillatelse og deponeringsavtalen.

Engenes erstatningskrav – kontraktsbrudd ved manglende mottak av stein?

Engene har for det første gjort gjeldende at Moss Havn misligholdt deponeringsavtalen ved at foretaket brøt sin forpliktelse til å ta imot sprengsteinmasser.

Ettersom Moss Havn ikke var forpliktet til å ta imot sprengsmasser som inneholdt mer enn beskjedne mengder plast, kan anførselen ikke føre frem.

Lagmannsretten bemerker for ordens skyld at ansvar for stans og avvik er nærmere regulert i avtalens punkt 10 tredje og fjerde ledd:

Pålegg om midlertidig stans eller tilbakekall av tillatelse fra offentlig myndighet på grunn av forhold som ingen av partene har herredømme over, så som grunnbrudd, pålagt stans i uttak av masser eller lignende, regnes ikke som mislighold.

Dersom det ikke er mulig å finne en løsning på hvordan forsinkelser eller avvik kan håndteres, og forholdet for det alt vesentligste kan lastes én av partene, vil denne parten være ansvarlig i samsvar med vanlig kontraktsrettslige prinsipper. Det samme gjelder dersom forsinkelsen eller avviket skyldes den av partene som måtte ha risikoen for de inntrufne forhold.

Lagmannsretten anser at dette gjelder stans og avvik som følge av senere inntrufne forhold, og ikke regulerer den foreliggende situasjonen som bestod i at sprengsteinmassene fra Bekkelaget og Follobanen aldri oppfylte kravene i tillatelsen og avtalen. At massene inneholdt større mengder plast, var uansett ikke noe Moss Havn hadde herredømmet over.

Lagmannsretten kan heller ikke se at Engene har sannsynliggjort at Moss Havn sluttet å ta imot sprengsteinmasser, verken ved en endelig stans i mottaket rent faktisk eller gjennom en avbestilling eller lignende. I henhold til den opprinnelige tillatelsen var deponering rett i etterkant av prøveperioden forbudt fra 15. mai og frem til 15. september. I tråd med avtalens punkt 7 søkte Moss Havn forgjeves om dispensasjon fra denne sommerstansen. Videre tok Moss Havn ved e-brev 9. juni 2016 til Engene initiativ til et møte for å planlegge lenser og andre praktiske forhold ved videre opplasting, transport og deponering i Moss havn. Det ble vist til at Moss Havn hadde gjort seg erfaringer i prøveperioden i mai 2016, men at Engene måtte bistå i prosessen med krav som transportør hadde til aktuelle lenser. Det er ikke sannsynliggjort at Engene responderte på dette initiativet til å komme frem til en tilfredsstillende løsning, utover at selskapets advokat i brev 16. juni 2016 ga uttrykk for at Moss Havn ikke hadde gjort tilstrekkelige forberedelser og i realiteten bare stilte spørsmål om Moss Havn kunne oppfylle avtalen eller ei. I brev 27. juni 2016 fra Moss Havns advokat ble det videre tatt til orde for at begge parter kunne finne frem til praktiske og økonomiske håndterbare løsninger, men heller ikke dette ledet til noe.

Engenes erstatningskrav – kontraktsbrudd som følge av brudd på opprydningsplikten?
For det andre anfører Engene at Moss Havn har brutt sin opprydningsplikt etter avtalen.

Partene er uenige om opprydningsplikten er en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse. Om disse to kategoriene av kontraktsplikter skriver Hagstrøm, Obligasjonsrett (2. utgave) side 126:

Det går et grunnleggende skille mellom resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser (eller omsorgsforpliktelser). Begrepene anvendes særlig i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, og de angir hvorvidt realdebitor plikter å frembringe et bestemt resultat, eller hvorvidt det er tilstrekkelig at han gjør en faglig god innsats. Definisjonen er således knyttet til pliktens innhold. Dersom kontraktsplikten kan klassifiseres som en innsatsforpliktelse, innebærer dette også oftest at realdebitor har krav på sitt vederlag selv om resultatet uteblir, bare han har gjort den kontraktsmessige innsats for at resultatet skulle nås, slik at det ikke foreligger kontraktsbrudd.

Lagmannsretten kan ikke se at ordlyden i avtalens punkt 8 bokstav b siste kulepunkt gir anvisning på en resultatforpliktelse. Forpliktelsens art tilsier også at det var tale om en innsatsforpliktelse, hvor det var tilstrekkelig at Moss Havn gjorde en faglig god innsats. Dette har imidlertid ikke avgjørende betydning for lagmannsrettens vurdering nedenfor.

Forut for den første deponeringen i mars 2016 planla Moss Havn å samle inn plast ved bruk av håver fra båt, og fikk blant annet laget en spesialhåv som var montert i fronten på en båt. I tillegg ble det samlet opp plast på land. Etter lagmannsrettens syn hadde ikke Moss Havn noen foranledning for å gå til anskaffelse av lenser før den første deponeringen skulle starte opp. På bakgrunn av den plasmengden som Moss Havn forutsatte, og at Moss Havns avtalemessige opprydningsplikt bare gjaldt beskjedne mengder plast, finner lagmannsretten at Moss Havn gjorde det som var rimelig og naturlig å forvente, både når det gjaldt planlegging og gjennomføring. Lagmannsretten anser derfor at Moss Havn oppfylte sin opprydningsplikt før og under deponeringene i mars og april 2016.

Ved de seks deponeringene i prøveperioden i mai 2016 hadde fylkesmannen i endringsvedtaket 15. april 2016 satt som vilkår at det ble brukt lense med skjørt. Dette var i tråd med anbefalingen fra Rambøll. Moss Havn brukte lense med siltgardin. Partene er uenige om den benyttede lensen kan karakteriseres som en lense med skjørt.

Det viste seg at lensen ikke hadde tilstrekkelig effekt. Det måtte samles inn plast manuelt fra båter også utenfor lensen. En del plast fløt også i land. I fylkesmannens anmeldelse 18. august 2016 blir det fremholdt at lensingen ikke var som forutsatt; lensen var kortere, ble satt på en annen måte og hadde annerledes konstruksjon enn det som var forutsatt. Ved å bruke lense med siltgardin i denne perioden ser lagmannsretten det uansett slik at Moss Havn gjorde forsøk på opprydning av plasmengder som gikk utover det de var forpliktet til etter avtalen med Engene. At lensingen i prøveperioden ikke skjedde helt som forutsatt i endringsvedtaket, kan da ikke være et kontraktsbrudd overfor Engene.

Når det gjaldt prøveperioden i mai 2016, finner lagmannsretten dessuten at kravene til opprydning i endringsvedtaket 15. april 2016 må ses i sammenheng med at vedtaket også satte vilkår om at all overflødig sprengtråd ble fjernet før sprengning og at synlig sprengtråd måtte fjernes i forbindelse med at massene ble flyttet og lagt på lekter. Dette vilkåret var i samsvar med avtalens punkt 2 om at massene skulle være «uten forurensning». Lagmannsretten viser her også til avtalens punkt 8 bokstav a, hvoretter Engene var ansvarlig for at arbeidene frem til og med utleggingen foregikk i samsvar med alle tillatelser og alt relevant regelverk.

For lagmannsretten har det ikke vært noen avklarende bevisførsel omkring arbeidet med å fjerne sprengtråd før og under lasting på lekter i Oslo. Det ble dokumentert at driftsleder Knut Einar Skrindo i Engene for tingretten forklarte at det etter stansen i begynnelsen av april 2016 ble satt mer fokus på å samle inn sprengtråd. Ole Tor Oleivsgard i Engene forklarte for lagmannsretten at han ikke var kjent med hvor mye plast som ble fjernet i Oslo. Daglig leder Morten Sivertsen i Kragerø Sjøtjenester AS forklarte at synlig plast skulle fjernes, men at det var så mye plast at noe måtte bli igjen. Vedlikeholdsansvarlig Freddy Rinden i Moss Havn, som var med på å samle inn plast i Moss havn, forklarte at han i prøveperioden i mai 2016 ikke merket noen forskjell på mengden plast sammenlignet med deponeringene i mars og april.

For lagmannsretten er det imidlertid tilstrekkelig å vise til at oppsamlingen av plast i Moss havn i etterkant av deponeringene viste at det fortsatt var mye sprengtråd igjen i massene. Riktignok fremstår det for lagmannsretten som om innsamling av plast før og under lasting på lekter var et svært krevende og lite effektivt tiltak, og at dette nye vilkåret derfor i beste fall var svært vanskelig å oppfylle i praksis. Men med sin kjennskap til dette hadde i så fall Engene en sterk oppfordring til å påpeke dette i etterkant av endringsvedtaket 15. april 2016, og be Moss Havn om å søke fylkesmannen om en endring av vilkåret. Lagmannsretten viser til avtalens punkt 3 første ledd annet punktum, hvoretter Moss Havn var forpliktet til å søke om dispensasjon fra vilkår «som vesentlig vanskeliggjør arbeidene», dersom Engene ba om det.

Etter dette har lagmannsretten kommet til at Moss Havn under og etter prøveperioden i mai 2016 mer enn oppfylte sin opprydningsplikt etter deponeringsavtalen.

Engenes erstatningskrav – kontraktsbrudd som følge av mangler ved søknaden?

For det tredje gjør Engene gjeldende at Moss Havn er erstatningsansvarlig som følge av mangler ved søknaden til fylkesmannen.

Søknaden var utferdiget av Rambøll på vegne av Moss Havn. Engene har anført at Moss Havn her må identifiseres med Rambøll. Lagmannsretten bemerker at identifikasjon etter kontraktsmedhjelperansvaret innebærer at Moss Havn ikke kan fri seg fra *sitt*

kontraktsansvar ved å vise til medhjelperes handlinger eller unnlater. Dette innebærer derimot ikke at Moss Havn skal vurderes etter de krav som må stilles til et konsultentselskap som Rambøll. Lagmannsretten viser til Hagstrøm, Obligasjonsrett (2. utgave) side 491 (med rettens kursivering):

I stedet for et krav om culpøst forhold fra hjelperen foretas det under kontraktshjelperansvaret en identifikasjon, slik at medkontrahtenten svarer for sine hjelperes handlinger som om disse hadde vært hans egne. *Problemstillingen er altså ikke hvorvidt hjelperen har utvist culpa, men hvorvidt medkontrahtenten hadde gjort seg skyldig i uaktsomt mislighold dersom det var han som hadde foretatt det tilsvarende.* Prinsippet er kommet til uttrykk i vegfraktavtaleloven § 6 hvoretter fraktfører svarer «som om handlingen eller unnlateren var hans egen».

Søknaden var som nevnt taus om at sprengsteinmassene inneholdt plast i form av armeringsfiber og sprengtråd. Moss Havn var på dette tidspunktet heller ikke kjent med dette. Som det har fremgått ovenfor, var dette også lite kjent utenfor bransjene som drev med tunnelarbeid. Det var først i forbindelse med Ryfast-prosjektet i 2015 og deretter deponeringen i Moss havn i 2016 at det ble et mer allment fokus på dette. Basert på det allmenne kunnskapsgrunnlaget da søknaden ble sendt i 2014, kan ikke lagmannsretten se at Moss Havn burde sørget for at søknaden omtalte plastproblematikken.

Engene var derimot godt kjent med at massene inneholdt plast og at deponeringsavtalen bygde på en tillatelse ikke sa noe om plast. Til tross for dette inngikk Engene avtalen. Av avtalen fremgår det som nevnt også uttrykkelig at massene skal være «rent mineralisk materiale» og «uten forurensning». Ved å inngå avtalen aksepterte Engene disse vilkårene og tillatelsens rammer. For så vidt gjaldt egne rettigheter og forpliktelser, tok således Engene den risikoen som lå i at deponeringen kunne være ulovlig som følge av at plast ikke var omtalt i tillatelsen. Engene satte heller aldri frem krav om nye tillatelser eller dispensasjoner, slik selskapet hadde adgang til etter avtalens punkt 3 første ledd.

Lagmannsretten tilføyer for ordens skyld at det ikke er anført – og heller ikke holdepunkter for – at Moss Havn ga Engene mangelfulle eller uriktige opplysninger.

På denne bakgrunn mener lagmannsretten at det ikke var mangler ved søknaden som utgjør et kontraktsbrudd.

Engenes erstatningskrav – årsakssammenheng?

Lagmannsretten vil for øvrig bemerke at retten under enhver omstendighet ser det slik at det ikke ville foreligget årsakssammenheng mellom et ansvarsgrunnlag og et eventuelt tap.

Bevisbyrden ligger på Engene. For å oppfylle vilkåret om årsakssammenheng måtte Engene sannsynliggjort at fylkesmannen hadde tillatt deponeringen av sprengsteinmassene

til tross for at de inneholdt større mengder med plast. Lagmannsretten legger til grunn at en forutsetning for en slik tillatelse hadde vært at det ville vært mulig å oppnå «tilstrekkelig effektiv oppsamling av sprengtråder ved dumpingen», jf. ordlyden i endringsvedtaket 1. juli 2016.

Lagmannsretten legger uten videre til grunn at det ikke ville ha blitt gitt tillatelse til å deponere sprengsteinmasser fra Bekkelaget, ettersom de inneholdt armeringsfiber av plast. Plastfibrene er små og tynne, og det er ikke mulig å samle opp all slik plastfiber fra vannet. I tillegg har plastfiberen et stort skadepotensial ved at for eksempel fisk og fugl kan innta små plastbiter.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det er sannsynliggjort at det ville ha blitt gitt tillatelse til å deponere sprengsteinmasser med så store innslag av sprengtråd av plast som det var i massene fra Follobanen. Dette fordi det ikke er sannsynliggjort at det – verken i form av lenseløsninger eller på annen måte – fantes tilstrekkelig effektive metoder til å samle opp sprengtråder i det omfanget som det her var snakk om. Tormod Stigens beregninger tilsier som nevnt at det til sammen ville det vært tale om minst 285 000 meter sprengtråd.

Det vises til erfaringer fra Drammen havn høsten 2016, hvor deponeringsstedet etter dumping ble snurpet inn ved bruk av en linse med skjørt. Likevel ble det funnet plast langs land. Og da Miljødirektoratet 15. januar 2018 ga tillatelse til utfylling i Gilhusbukta i Lier kommune, ble det stilt vilkår som gjorde at sprengsteinmasser som inneholdt sprengtråder av plast, ikke kunne deponeres i sjøen.

Det vises også til Rogfast-prosjektet, hvor fylkesmannen i Rogaland ved tillatelse 23. november 2016 til deponering av sprengsteinmasser i sjø i Mekjarvik, satte som vilkår at massene ikke måtte inneholde noe plastavfall. Det fremgår av tillatelsen at man hadde svært dårlig erfaring med plastforsøpling fra Ryfast-prosjektet, og at fylkesmannen ikke ønsket ikke en gjentakelse av dette. Vedtaket ble stadfestet av Miljødirektoratet 21. september 2017. Det er illustrerende at Statens vegvesen i sin klage 23. desember 2016 uttalte:

Lenser både med og uten skjørt er prøvd ut, og har hatt noe effekt, men langt fra tilfredsstillende effekt. Ut fra den kunnskapen og de metodene vi har i dag, finnes det ikke fullgode løsninger for å samle opp skyteledninger etter at massene har havnet i sjø.

Når man skal sammenligne slike erfaringer med tanke på hvor vellykket lensing vil være for å samle opp plast, må det naturligvis tas hensyn til at ulike lokale forhold, slik som dybde, vind- og strømforhold, samt at skips- og båttrafikk varierer. Det er imidlertid ikke ført bevis for at de lokale forholdene i Moss havn ville gjort oppsamling lettere enn for eksempel utenfor Drammen eller i Mekjarvik.

Engenes erstatningskrav – konklusjon

Lagmannsretten har ovenfor kommet til at Engenes anførsler om at Moss Havn har brutt deponeringsavtalen, ikke kan føre frem, og at det uansett ikke ville foreligget årsakssammenheng. Engene har følgelig ikke krav på erstatning, og selskapets anke skal forkastes.

Moss Havns motkrav

Som det fremgår ovenfor, har lagmannsretten kommet til at Engenes deponering av sprengsteinmasser i Moss havn i mars og april 2016 var i strid med deponeringsavtalen – og dermed var et kontraktsbrudd fra Engenes side. Engene var klar over at sprengsteinmassen inneholdt større mengder plast og handlet forsettlig.

For det første gjelder erstatningskravet kostnader til opprydding, både egeninnsats og bistand fra eksterne. Egeninnsatskostnaden er beregnet til 382 890 kroner. Utgifter til eksternt bistand utgjør til sammen 105 641. Halvparten av disse beløpene kreves erstattet, idet Moss Havn anser at den andre halvparten var omfattet av foretakets avtalemessige opprydningsplikt. Ut fra dokumentasjonen legger lagmannsretten til grunn at kostnadene dels gjelder opprydding i etterkant av deponeringene i mars og april 2016 og dels opprydding i etterkant av deponeringene i prøveperioden i mai 2016.

En stor del av kostnadene må anses å være omfattet av Moss Havns opprydningsplikt. For den del av kostnadene som har oversteget denne forpliktelsen, er det etter lagmannsrettens syn spørsmål om Moss Havn selv må bære kostnadene som følge av egen medvirkning eller aksept.

Når det gjelder deponeringene i mars og april 2016, ble Moss Havn fort klar over at sprengsteinmassene inneholdt betydelig mer plast enn de hadde forutsatt. Vedlikeholdsansvarlig Freddy Rinden i Moss Havn har for lagmannsretten forklart at det allerede etter den første deponeringen 10. mars 2016 fløt opp mye plast. Havnesjef Øystein Høstelund Sundby i Moss Havn forklarte at han etter fem deponeringer ble varslet om at plastmengden var vanskelig å håndtere, og at mengden deretter ble tiltakende og etter hvert uhåndterlig.

Moss Havn tok opp problemet med Engene, jf. e-brev 30. mars 2016 fra plan- og utredningsleder Roar Johansen i Moss Havn til administrerende direktør Ole Tor Oleivsgard i Engene i etterkant av en befaring i Oslo. Johansen nevner problemene med både med sprengtråder og armeringsfiber. Han ber om at det ikke lenger deponeres masser med plastfiber, men er positiv til at det fortsatt deponeres sprengsteinmasser med sprengtråd fra Follobanen (med rettens kursivering):

Vi ber dere ta opp med Oslo kommune VAV og sterkt anmode om å umiddelbart pålegge entreprenør å ta i bruk armering i metall, samt bedre rutinene sine for rydding av søppel før massene fraktes til oss. Alternativt må dere deponere disse massene et annet sted og *konsentrere lekertransport hit med masser fra Folloanen.*

Om sprengtrådene skrev Johansen blant annet:

Moss Havn har vært klar over at det er noe inneholder av sprengledninger fra tunnelarbeider i steinmasser, og at deler av dette vil kunne flyte opp etter dumping i havnebassenget. Vi har fra start lagt opp rutiner med å få fange opp mest mulig plast, for å unngå tilgrising av kystområdet. At det er mer enn vi hadde ventet er en utfordring for oss, men håper vi i samarbeidet framover fortsatt kan se på avbøtende tiltak for å begrense slikt og se på effektive tiltak for opprydding på både utskipingssted og mottakssted.

Til tross for at Moss Havn raskt fikk kunnskap både om plastens omfang og problemene med å samle den opp, lot foretaket likevel deponering av sprengsteinmasser med sprengtråd fortsette helt frem til de tok kontakt med fylkesmannen 8. april 2016, med det resultat at fylkesmannen samme dag vedtok å stanse deponeringen. Lagmannsretten har derfor kommet til at Moss Havn har medvirket i en slik grad at foretaket selv må bære alle de opprydningskostnadene som påløp i forbindelse med deponeringene i mars og april 2016, jf. prinsippet i skadeserstatningsloven § 5-1, jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett (2. utgave) side 584.

Når det gjelder de seks deponeringene i prøveperioden i mai 2016, stilte fylkesmannen krav om lensing og opprydding. Som nevnt ovenfor gikk dette etter lagmannsrettens syn utover hva Moss Havn var forpliktet til. Moss Havn hadde imidlertid ingen motforestillinger mot deponeringene og de nye vilkårene fra fylkesmannen, men tilrettela tvert imot for deponeringene ved å anskaffe og legge ut lense med siltgardin. Etter lagmannsrettens vurdering må Moss Havns aktive og positive medvirkning til de seks deponeringene i prøveperioden anses som en aksept av de tilhørende oppryddingstiltakene.

Etter dette har lagmannsretten kommet til at Moss Havn ikke har krav på erstatning fra Engene for noen del av de krevde opprydningskostnadene.

For det andre krever Moss Havn erstattet en utgift på 400 000 kroner til anskaffelse av lense til bruk i prøveperioden i mai 2016. Denne kostnaden kommer etter lagmannsrettens vurdering i samme stilling som opprydningskostnadene i forbindelse med prøveperioden.

For det tredje krever Moss Havn erstatning for en utgift på 106 250 kroner til en bunnundersøkelse utført av Norsk institutt for vannforskning. Undersøkelsen ble foretatt i oktober og november 2016. Undersøkelsens formål var å kartlegge hvor mye sprengplast som lå igjen i utfyllingen på sjøbunnen, og å vurdere om det var fare for at dette ville frigjøres av vannmasser og derfor kunne bli skylt i land.

Lagmannsretten finner at undersøkelsen må anses som en oppfølging av Moss Havns opprydningsforpliktelse, samt ovennevnte medvirkning og aksept i forbindelse med de foretatte deponeringene våren 2016, og at Moss Havn derfor ikke har krav på å få erstattet disse kostnadene.

For det fjerde gjelder Moss Havns krav utgifter på 396 675 kroner til forsvarerbistand i forbindelse med straffesaken mot foretaket og forelegget 6. november 2017 med en bot på 400 000 kroner for fire brudd på forurensningsloven i forbindelse med deponeringene i mars og april 2016.

Grunnlaget for det første og fjerde bruddet var at Moss Havn som tiltakshaver ulovlig iverksatte utfylling av sjøbunnen av sprengsteinmasser som inneholdt plast i form av armeringsfiber og sprengtråd, samt at dette var av skjemmende karakter for miljøet i sjøen og fjære. Det andre bruddet var at Moss Havn ikke varslet fylkesmannen før 8. april 2016. Det tredje bruddet gjaldt manglende risikovurdering.

Det er tale om lovbrudd som Moss Havn begikk i egenskap av å være tiltakshaver for utfyllingen. Som nevnt visste Moss Havn forut for deponeringene at det kunne være plast i sprengsteinmassene, og foretaket ble allerede etter den første deponeringen raskt klar over at massene inneholdt betydelig mer plast enn de hadde forutsatt. Likevel lot Moss Havn deponeringene fortsette helt frem til fylkesmannen fattet stansingsvedtak 8. april 2016. Moss Havn brøt også egen plikt til å utarbeide og implementere en skriftlig risikovurdering.

Erstatningsrettslig anser lagmannsretten derfor at kostnadene til forsvarerbistand og forelegg er en følge av at Moss Havn som tiltakshaver ikke ivaretok sitt eget selvstendige ansvar for å overholde forurensningslovgivningen.

Lagmannsretten viser også til straffens pønale funksjon. Straff er et onde som tilføyes *lovbryteren* i den hensikt at det skal føles som et onde; en straffesanksjon skal *for lovbryteren* virke som en reaksjon mot en uønsket handling eller unnlattelse. I dette tilfellet vil det etter lagmannsrettens syn ikke være i samsvar med disse sentrale sidene av straffeansvaret å lempe det økonomiske ansvaret for boten over på Engene.

Etter dette har lagmannsretten kommet til at det ikke er grunnlag for Moss Havns erstatningskrav, og at Moss kommunes avledede anke skal forkastes.

Sakskostnader for lagmannsretten

Etter tvisteloven § 20-2 første og annet ledd har en part krav på sakskostnader dersom saken er vunnet, nærmere bestemt dersom parten «har fått medhold fullt ut eller i det

vesentligste». Gjelder saken flere krav mellom samme parter, er det samlede utfallet avgjørende, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd annet punktum.

Etter tvisteloven § 20-3 er det adgang til helt eller delvis å tilkjenne sakskostnader til en part som ikke har vunnet saken, dersom parten har «fått medhold av betydning» og «tungtveiende grunner tilsier det».

Om vesentlighetskriteriet i § 20-2 og forholdet til § 20-3 uttaler Schei mfl., Tvisteloven, Lovkommentar, punkt 2.1 til § 20-2, à jour per 1. desember 2019:

Vesentlighetskriteriet markerer den nedre grense mot unntaket i § 20-3 om sakskostnader for den som «har fått medhold av betydning uten å vinne saken». Hvis resultatet innebærer at motparten har «fått medhold av betydning», er det uforenlig med å vinne saken. Disse alternativene utelukker hverandre mellom samme parter i samme sak, jf. Rt-2011-1075 avsnitt 21.

Utvidelsen tar sikte på saker hvor det er naturlig å si at motparten «praktisk talt» har tapt fullstendig og bare har vunnet frem på et mindre punkt, se NOU B side 928 og prp. side 444. Som eksempel nevnes i proposisjonen at et erstatningskrav er sammensatt av en rekke poster hvor motparten bare får medhold på et punkt av bagatellmessig betydning. Rt-2010-875 gir et eksempel fra et annet rettsområde. Saken er derimot ikke vunnet hvis motparten har oppnådd et resultat som tilsier at det ikke er rimelig å forlange at han skulle ha akseptert den annen parts påstand. Avgjørelsen om sakskostnader må i så fall baseres på § 20-3, jf. HR-2019-1611-U avsnitt 22, Rt-2011-1294 avsnitt 19, Rt-2011-1075 avsnitt 20–21 og Rt-2010-508 avsnitt 16 med henvisning til prp. side 446.

Vesentlighetsvurderingen skal først og fremst baseres på hvor stor del av det eller de krav saken gjelder, parten har fått medhold i, jf. Rt-2014-731 avsnitt 16. Dette vil ikke bare bero på differansen mellom påstandsbeløpet og domsresultatet; det må også ses hen til den relative betydningen av differansen, jf. Rt-2010-727 avsnitt 19. Differansene skal beregnes med utgangspunkt i påstandene i ankeerklæring og anketilsvar, jf. Rt-2011-1164 avsnitt 16. Videre må det tas hensyn til hvor tyngdepunktet i saken har ligget, jf. Rt-2014-731 avsnitt 16.

Ettersom den avledede anken forkastes, har Moss kommune ikke fått medhold fullt ut, og spørsmålet er om kommunen har fått medhold i det vesentligste.

I anken la Engene prinsipalt ned påstand med krav om erstatning på kr 18 897 738. I påstanden i den avledede anken krevde Moss kommune erstatning med 1 547 191. Moss kommune har således fått medhold i 92,4 prosent av de samlede påstandsbeløpene. Engene har imidlertid fått medhold med hensyn til Moss Havns avledede anke, som gjaldt et stort beløp på mer enn en halvannen million kroner, noe som ved den samlede vurderingen ikke kan anses som ubetydelig. Etter lagmannsrettens vurdering har Engene med andre ord

oppnådd et resultat som tilsier at det ikke er rimelig å forlange at selskapet skulle ha akseptert Moss kommunes påstand.

Sakens klare tyngdepunkt både under saksforberedelsen og forhandlingene for lagmannsretten har vært spørsmålet om det forelå ansvarsgrunnlag for Engenes erstatningskrav. I noen grad må imidlertid dette ses i lys av at behandlingen av Engenes erstatningskrav til dels har vært en premiss også for vurderingen av Moss kommunes motkrav.

Etter en samlet vurdering anser lagmannsretten at Moss kommune ikke har fått medhold i det vesentligste.

Moss kommune har imidlertid fått medhold av betydning, både sett hen til det økonomiske resultatet og tyngdepunktet i saken. Avgjørelsen av om sakskostnader skal tilkjennes, skal da vurderes etter tvisteloven § 20-3. Hovedregelen er at sakskostnader ikke tilkjennes, men unntak kan som nevnt gjøres dersom det foreligger «tungtveiende grunner». Terskelen for å få tilkjent sakskostnader etter tvisteloven § 20-3 ligger imidlertid relativt høyt, jf. HR-2020-1531-U avsnitt 12.

Ved vurderingen av om det foreligger «tungtveiende grunner», viser lagmannsretten særlig til hvor mye Moss kommune har fått medhold i, både beløpsmessig og relativt, og at sakskostnadene som nevnt i det hovedsakelige har vært knyttet til Engenes erstatningskrav, jf. tvisteloven § 20-3 annet punktum. Lagmannsretten legger også vekt på at det er dokumentert at Moss kommune 28. mai 2018 – to uker forut for hovedforhandlingen i tingretten – ga Engene et rimelig forlikstilbud som innebar at begge parter frafalt sine krav og dekket sine egne sakskostnader, jf. henvisningen i § 20-3 annet punktum til § 20-2 tredje ledd bokstav b annet alternativ, jf. HR-2020-1531-U avsnitt 13-14 og Skoghøy, *Tvisteløsning* (3. utgave) side 1348.

Etter en konkret helhetsvurdering har lagmannsretten kommet til at det foreligger tungtveiende grunner som gjør at Moss kommune *delvis* bør tilkjennes sakskostnader etter tvisteloven § 20-3.

Etter tvisteloven § 20-5 første ledd skal full erstatning for sakskostnader dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken. Det fremgår at det må legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra kostnadene, noe som peker mot en proporsjonalitetsvurdering, jf. HR-2020-611-A avsnitt 67.

For lagmannsretten har Moss kommune krevd sakskostnader med 3 751 781 kroner, hvorav 26 187 kroner utgjør ulike kostnader. Sakskostnadskravet er eksklusiv merverdiavgift, ettersom det foreligger fradragsrett for avgiften. I tillegg kommer rettsgebyr for avledet anke. Salærkravet er basert på 916 timer arbeid til en gjennomsnittlig

timepris på 4 067 kroner. Engene har anført at kravet er for høyt. Til sammenligning er salærkravet i Engenes sakskostnadskrav på 1 850 826 kroner eksklusive merverdiavgift; antall timer er i underkant av 900, mens gjennomsnittlig timepris er på cirka 2 000 kroner.

Både størrelsen på og begrunnelsen for Engenes erstatningskrav gjorde at det etter lagmannsrettens vurdering var rimelig og nødvendig for Moss kommune å engasjere en prosessfullmektig som forutsettes å bruke mange timer til en forholdsvis høy timepris. Det var i tillegg rimelig og nødvendig med rettslig medhjelper. Det må også tas høyde for økte kostnader som følge av at ankesaken opprinnelig var berammet våren 2020, men ble utsatt på grunn av koronapandemien. Saken for lagmannsretten fremstår som noe mer omfattende lagt opp fra partene enn det som var tilfellet for tingretten. Også dette tilsier noe høyere kostnader for lagmannsretten. Samtidig finner retten grunn til å understreke at saken i det vesentligste gjelder de samme faktiske og rettslige spørsmål som for tingretten. Dette tilsier at en stor del av arbeidet for tingretten må kunne forventes gjenbrukt i lagmannsretten, slik at det samlede sakskostnadskravet fremstår som høyt sammenlignet med kravet for tingretten.

Lagmannsretten finner at det fremsatte kravet overstiger det som var rimelig og nødvendig for å ivareta Moss kommunes interesser på en fullgod måte, og at full erstatning – når det også tas hensyn til andre påløpte kostnader enn salær – skjønnsmessig fastsettes til 2 800 000 kroner.

Som nevnt har lagmannsretten kommet til at Moss kommune delvis bør tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-3. For lagmannsretten tilkjennes Moss Kommune sakskostnader med 2 500 000 kroner.

Sakskostnader for tingretten

Ved vurderingen av sakskostnadene for tingretten skal påstandene som ble lagt ned i stevningen og tilsvarende sammenholdes med lagmannsrettens domsresultat, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd og HR-2019-1947-U avsnitt 17.

I stevningen la Engene ned påstand med krav om erstatning på 20 602 347 kroner. I stevning i motsøksmål la Moss kommune ned påstand med krav om erstatning på 2 000 645 kroner. Moss kommune har da relativt sett fått medhold i 91,1 prosent av de samlede påstandsbeløpene.

Domsresultatet i lagmannsretten er det samme som i tingretten. Tingretten kom under henvisning til tvisteloven § 20-2 til at Moss kommune hadde fått medhold i det vesentligste, men reduserte likevel Moss kommunes sakskostnadskrav fra 2 264 654 kroner til 2 000 000 kroner som følge av at Engene ble frifunnet for motkravet.

Under henvisning til vurderingen av sakskostnadene for lagmannsretten ovenfor, har imidlertid lagmannsretten kommet til at Moss kommune heller ikke i tingretten fikk medhold i vesentligste. Tvisteloven § 20-2 kommer da ikke til anvendelse. Videre har lagmannsretten tilsvarende som ovenfor kommet til at Moss kommune også for tingretten fikk medhold av betydning og at det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at Moss kommune *delvis* tilkjennes sakskostnader etter tvisteloven § 20-3.

For tingretten krevde Moss kommune sakskostnader med 2 264 654 kroner eksklusive merverdiavgift, hvorav 31 703 kroner var reise- og oppholdskostnader. Det påløp også rettsgebyr for motsøksmålet. Engene protesterte ikke på kravet, og fremmet selv et sakskostnadskrav for tingretten på 1 869 429 kroner.

Lagmannsretten finner at sakskostnadskravet for tingretten var rimelig og nødvendig, jf. tvisteloven § 20-5.

Lagmannsretten har kommet til at Moss kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten med 2 000 000 kroner, jf. tvisteloven § 20-3. Lagmannsretten gjør derfor ingen endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Oppsummering

Ankene må etter dette forkastes, noe som også omfatter innvendingene mot tingrettens sakskostnadsavgjørelse. Moss kommune tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten med 2 500 000 kroner.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. T. Engene AS' anke forkastes.
2. Moss kommunes avledede anke forkastes.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler T. Engene AS 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen – kroner til Moss kommune innen 2 – to – uker etter at dommen er forkynt.

Hugo Abelseth

Øistein Aamodt

Lola Magnussen

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 annet ledd.

Øistein Aamodt

Dokument i samsvar med original:
Margit Rysst Heilmann (signert elektronisk)