



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Disponibeltid – kommentar til artikkel av Sigrid Frafjord Landa i *Nytt i privatretten* nr. 4/2023 – HR-2023-2068-A

Høyesterett avsa dom den 2. november 2023 vedrørende krav om redusert disponibelperiode med hjemmel i aml. § 10-2 (4). Saken gjaldt en arbeidstaker som arbeidet offshore innenfor oljeservice.

Arbeidstakeren arbeidet ikke i en fast rotasjon. Han hadde disponibelperioder og friperioder der han, fortrinnsvis i disponibelperiodene, måtte være kontaktbar for å kunne kalles ut for arbeid på sokkelen når det oppsto et arbeidskraftsbehov. Lagmannsretten la til grunn at de dagene i disponibelperioden der han ikke var kalt ut til arbeid kunne arbeidstakeren:

fritt benytte til private interesser, herunder være tilgjengelig for sin familie mv. Han er i disse dagene heller ikke underlagt noen instruksjoner eller restriksjoner fra arbeidsgivers side.

Arbeidsgiver innvilget redusert arbeidstid gjennom en reduksjon i årsverket på 132 dager i 100 % stilling. Spørsmålet var om arbeidstakeren også hadde krav på en reduksjon i disponibeltiden, slik dette er definert i Oljeserviceavtalen (OSA) mellom LO og NHO pkt 3.2.4. Uenigheten mellom partene gjaldt ikke om vedkommende hadde krav på redusert arbeidstid, men

hva som skulle reduseres. Det avgjørende var om disponibeltid var «arbeidstid» etter aml. § 10-2 (4).

I sin artikkel i nr. 4/2023 av *Nytt i privatretten* tar Sigrid Frafjord Landa til orde for at Høyesterett i dommen både fraviker sin tidligere tilnærningsmåte, EU-domstolens tolkning av arbeidstidsbegrepet og EU-kommisjonens tolkningsuttalelse. Jeg prosederte saken for Høyesterett på vegne av arbeidsgiveren, og på vegne av NHO som partshjelper. Jeg deler ikke Landas syn. Høyesteretts dom kan ikke forstås slik hun hevder. Avgjørelsen er basert på EU-domstolens praksis og i samsvar med EU-kommisjonens tolkningsuttalelse.

Arbeidstid, ikke hviletid, er det korrekte rettslige utgangspunktet

Landa hevder at Høyesterett tar et annet rettslig utgangspunkt enn EU-domstolen, når de starter med ordlyden i arbeidstidsdirektivet artikkel 2 og de tre kriteriene i arbeidstidsbegrepet. Hun mener at vurderingstemaet springer ut av hviletidsbegrepet. Jeg deler ikke Landas syn på dette punkt. En gjennomgang av de relevante EU-dommene om standby-tid viser at EU-domstolen nettopp tar utgangspunkt i ordlyden i artikkel 2, og hva som er «working time» (*Simap*, C-303/98, *Jaeger* C-151/02, *Matzak* C-518/15, *Radiotelevizija Slovenija* C-344/19, *Stadt Offenbach am Main* C-580/19, *Dopravni podnik* C-107/19, og *Dublin City Council* C-214/20). Det er «working time» som er vurderingstemaet, og hviletid defineres kun motsetningsvis som «any period which is not workingtime». Selv om EU-domstolen i disse sakene ikke går like systematisk gjennom de tre kriteriene som i *Tyco* C-266/14, så er det klart at det er arbeidstidsbegrepet, og ikke hviletidsbegrepet, som er det rettslige utgangspunktet. Disse sakene tar ikke utgangspunkt i hva som er effektiv hviletid.

Begrepene arbeidstid og hviletid er gjensidig utelukkende, og det er riktig at EU-domstolen vektlegger i hvilken grad arbeidstakeren kan disponere tiden sin fritt og forfølge egne interesser. Dette vurderes imidlertid som del av arbeidstidsbegrepet (jf. for eksempel avsnitt 32 i *Radiotelevizija Slovenija* C-344/19), der det med henvisninger til praksis fremgår at en periode der det ikke utføres arbeidsoppgaver eller plikter etter

Innhold nr. 4:

Arbeidsrett	1
Arverett	9
Immaterialrett	13
Tingsrett	15

arbeidsavtalen ikke nødvendigvis utgjør hviletid etter direktivet. Jeg leser EU-domstolens praksis slik at det er ordlyden i artikkel 2 som er utgangspunktet, og at i hvilken grad man kan disponere tiden fritt og forfølge egne interesser er momenter som trekker i retning av hviletid, men hviletidsbegrepet er ikke EU-domstolens rettslige utgangspunkt. Høyesterett fraviker derfor ikke EU-domstolens praksis på dette punkt. Det fremgår tvert imot i Høyesteretts dom avsnitt 50 at:

Svaret må utledes av EU-domstolens praksis knyttet til arbeidstidsdirektivet artikkel 2 nr 1.

Høyesterett går deretter inn i EU-domstolens praksis, og anvender den samme rettssetningen som EU-domstolen anvender i sammenlignbare situasjoner.

Høyesterett uttaler ikke at de tre kriteriene i arbeidstidsbegrepet er alternative

Det er videre ikke korrekt, slik Landa skriver, at Høyesterett i Disponibeltid-saken tar stilling til om de tre kriteriene i arbeidstidsbegrepet er alternative eller kumulative kriterier, og at avsnitt 54 skal forstås som at de er alternative.

Først og fremst vil jeg peke på at det ikke er det Høyesterett skriver når det uttrykkes at:

Det er på det rene at en periode kan anses som arbeidstid selv om alle vilkår ikke er oppfylt.

Dette er noe annet enn at det er tilstrekkelig at ett vilkår er oppfylt, og at det skulle gjelde på generell basis. Landas syn ville i så fall innebære en betydelig utvidelse av arbeidstidsbegrepet, som ikke har støtte i verken arbeidsmiljølovens ordlyd, forarbeidene eller høyesterettspraksis, ei heller i de EU-rettslige kildene. At Høyesterett har ment dette som en generell rettssetning ville da vært oppsiktsvekkende. Når heller ingen av partene eller partshjelperne har tatt til orde for et slikt syn, er det ingen rimelig tolkning av dommen Landa tar til orde for.

Fra bedriftens side ble det anført at kriteriene er kumulative som et utgangspunkt, men at EU-domstolens praksis nyanserer dette utgangspunktet. Arbeidstakersiden bestred ikke dette. Poenget i denne sammenheng er at kriteriene ikke kan tolkes strengt etter sin ordlyd, og forstås hver for seg, men at EU-domstolen i sin praksis til en viss grad legger kriteriene på strekk og også til en viss grad innfortolker kriteriene i hverandre. Praksis viser tydelig at det dreier seg om en helhetsvurdering, noe Høyesterett også trekker frem i sitt oppsummerende avsnitt 63.

I Disponibeltid-saken var tilfellet at arbeidstakeren ikke befant seg på arbeidsstedet eller et pålagt sted, og heller ikke utførte arbeidsoppgaver. Strengt fortolket kunne man da si at to av de tre kriteriene ikke var oppfylt. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var i hvilken grad det likevel kan være arbeidstid. Dette fremkommer også tydelig når avsnitt 54 og 55 i dommen leses i sammenheng. At det er en helhetsvurdering,

fremgår også når Høyesterett skriver at man «konsentrerer seg om» disposisjonskriteriet.

I Tyco-saken C-266/14 behandles disposisjonskriteriet i avsnitt 35-37. Arbeidstaker må være i en situasjon der man er rettslig forpliktet til å følge arbeidsgivers instruksjoner, og det avgjørende er om arbeidstaker er pålagt sterke begrensninger – «major constraints» – som hindrer disponering av egen tid, og muligheten til å forfølge private interesser.

Praksis fra EU-domstolen i de nevnte sakene viser hvordan dette disposisjonskriteriet og begrensningene på arbeidstakeren er vurdert. EU-domstolen har oppstilt et krav om at det må være pålagt begrensninger som «objektivt sett og i meget betydelig omfang» påvirker mulighetene for å disponere over fritiden og forfølge egne interesser.

Ved vurderingen av dette kravet har EU-domstolen trukket frem den særlige betydningen av responstiden (se blant annet *Matzak C-518/15* avsnitt 63). Dette må forstås i lys av at en arbeidstaker som ikke er på arbeidsstedet, men har en svært kort responstid, da i realiteten er pålagt å befinne seg i nærheten av arbeidsstedet. Vektleggingen av responstiden viser nettopp hvordan de tre kriteriene tolkes i en helhetsvurdering. Det strenge kravet «objektivt sett og i meget betydelig omfang» må leses i den konteksten det gjelder – nemlig en situasjon der arbeidstakeren befinner seg på valgfritt sted og ikke utfører noen arbeidsoppgaver eller plikter etter arbeidsavtalen.

Videre er det også andre begrensninger enn responstiden som har betydning, jf. Høyesteretts dom avsnitt 62. For Høyesterett ble det belyst at andre momenter som gir arbeidstakeren fleksibilitet – eksempelvis at arbeidstaker ikke må besvare alle tilkallinger eller kan ha annet arbeid ved siden av – taler mot at det er arbeidstid. Som også Landa påpeker i sin artikkel, har Høyesterett ikke kommentert dette.

Høyesteretts konklusjon er ikke overraskende

Umiddelbart kan det høres oppsiktsvekkende ut at en arbeidstaker kan pålegges å være kontaktbar for arbeidsgiver i sin fritid, og i prinsippet kunne utkalles med en gitt responstid, uten at dette medfører at tiden man er kontaktbar anses som arbeidstid. Jeg registrerer at dette er kommentert av blant annet førsteamanuensis Tine Eidsvaag (jf. <https://blogg.forskning.no/tidsklemma-en-blogg-om-liv-arbeid-og-juss/hva-er-egentlig-arbeidstid/2306632>).

Det er imidlertid klart at det å måtte være kontaktbar i fritiden ikke i seg selv er tilstrekkelig for at det skal være arbeidstid (jf. *Radiotelevizija Slovenija C-344/19* avsnitt 36, *Matzak C-518/15* avsnitt 60 og *Jaeger C-151/02* avsnitt 65). Akkurat den problemstillingen ligger også bak pågående lovgiverarbeid i EU for å regulere en rett til ikke å være kontaktbar, men uten å omdefinere arbeidstidsbegrepet (jf. <https://www.etuc.org/en/pressrelease/telework-legislative-action-needed-eu-commission>). Det er også sentralt at dette

ikke gjelder generelt, men at det beror på hvor stramme begrensninger arbeidsgiver har pålagt arbeidstakeren i den perioden man er kontaktbar. Det følger av EU-domstolens praksis, og nå også av høyesterettspraksis, at det er når arbeidstakerens tid «objektivt sett og i meget betydelig omfang» er begrenset at dette utgjør arbeidstid i en slik situasjon, der arbeidstakerne ikke er på arbeidsstedet og ikke utfører arbeidsoppgaver.

I Disponibeltid-saken var responstiden formulert i tariffavtalen som «i så god tid som er praktisk mulig». Lagmannsretten hadde etter umiddelbar bevisførsel konkludert med at dette i praksis innebar en utkallingstid som varierte fra noen timer til flere dager. EU-domstolen har i Radiotelevizija Slovenija-saken kommet til at responstiden må ligge omkring noen få minutter, og at en times responstid er så lang at det ikke er arbeidstid. Der arbeidstakerens tid ikke er begrenset i et slikt omfang som EU-domstolen har oppstilt krav om, så er det ikke arbeidstid.

Arbeidstakersiden anførte også at arbeidstidsbegrepet i § 10-2 (4) var videre enn etter aml. § 10-1 og direktivet, og at denne praksisen fra EU-domstolen derfor ikke var avgjørende. Når arbeidstakersiden ikke nådde frem med et videre arbeidstidsbegrep i § 10-2 (4), var utfallet av saken for Høyesterett verken særlig tvilsomt eller overraskende.

I tillegg kommer at denne saken gjelder tariffbundet bedrift, der tariffavtalens karakter også får betydning. Dette var bakgrunnen for at partene med partshjelperne LO, NHO og Offshore Norge brukte tid på å beskrive det tariffrettslige bildet for Høyesterett, og Høyesterett gjengir dette i sine avsnitt 31-36. I dommens avsnitt 36 oppsummeres dette med at:

en disponibelplan er en ordning for plassering av arbeidstakerens ordinære arbeidstid. Planen gir nødvendig fleksibilitet for arbeidsgiverne. For arbeidstakerne innebærer ordningen uforutsigbarhet ved at de med relativt kort varsel kan bli pålagt å arbeide. Med det er altså en ordning som er fremforhandlet mellom partene i arbeidslivet, og som må forutsettes å være resultat av en avveining mellom de kryssende interessene.

Den uforutsigbarheten for arbeidstakeren som ligger i disponibelordningen er altså et særtrekk som tariffpartene har forhandlet om, og kommet til enighet om en regulering av. Også dette underbygger da at disponibeltid ikke er arbeidstid.

*Anette Eckhoff
Advokat (H), NHOs advokattjenester*

Replik til Eckhoffs kommentar til min artikkel «Krav om redusert disponibelperiode – HR-2023-2068-A Disponibeltid»

I *Nytt i privatretten* (NiP nr. 1/2024) skriver Anette

Eckhoff en kommentar til min artikkel om Høyesteretts dom i disponibeltidsaken (HR-2023- 2068-A), publisert i *Nytt i privatretten* nr. 4/2023.

Eckhoff skriver at jeg tar til orde for at Høyesterett i dommen både fraviker sin tidligere tilnærmingstype, EU-domstolens tolkning av arbeidstidsbegrepet og EU-kommisjonens tolkningsuttalelse. Det synes som om Eckhoff mener at jeg er av den oppfatning at dommen som sådan fraviker disse elementer. Det er ikke korrekt. Min tilnærming var at Høyesterett har foretatt vurderinger i den konkrete saken som jeg mener avviker fra EU-domstolens praksis. I det følgende vil jeg knytte to kommentarer til dette.

Kriteriene i artikkel 2 nr. 1

I *Disponibeltid* gjennomgikk Høyesterett innholdet i de tre kriteriene i arbeidstidsdirektivet artikkel 2 nr. 1 i premiss 53, og førstvoterende uttalte følgende om vilkårene:

(54) Etter ordlyden i artikkel 2 må alle kravene være oppfylt. EU-domstolens praksis viser imidlertid at bestemmelsen ikke skal forstås slik. Det er på det rene at en periode kan anses som arbeidstid selv om alle vilkår ikke er oppfylt.

(55) i disponibelperiodene befinner ikke A seg på arbeidsstedet før han faktisk blir kalt ut på sokkelen. Før utkallingen utfører han heller ikke arbeidsoppgaver, og jeg konsentrerer meg derfor i fortsettelsen om vilkåret om at arbeidstakeren må være underlagt arbeidsgivers styringsrett – «at the employer's disposal».

I kommentaren publisert i NiP nr. 4/2023 har jeg tatt utgangspunkt i hva Høyesterett faktisk skriver. Når Høyesterett under henvisning til EU-domstolens praksis skriver at en periode kan anses som arbeidstid «*selv om alle vilkår ikke er oppfylt*» er det vanskelig å forstå dette som at vilkårene er kumulative. På dette punkt oppfatter jeg at Høyesteretts formulering går lenger enn EU-domstolens dommer i f.eks. *Tyco*, *Radiotelevizija Slovenija* og *Official Journal of the European Union*, C 143/8 IV A. Basert på EU-domstolens praksis er utgangspunktet at kriteriene i arbeidstidsdirektivet artikkel 2 er kumulative, men at EU-domstolen har tolket innholdet i vilkårene vidt og at kriteriene til dels overlapper hverandre. I min artikkel «Arbeidstid – en analyse av arbeidstidsbegrepets innhold i arbeidsmiljøloven sett i lys av nyere praksis fra EU- og EFTA-domstolen» i *PrivJus* nr. 222-2023, har jeg tatt til orde for nettopp dette. Jeg mener derfor at Høyesteretts formulering i premissene bidrar til en klarhet ved at Høyesterett i den konkrete saken synes å bygge på at det kan være tilstrekkelig at ett vilkår er oppfylt.

Eckhoff skriver at dersom kriteriene er alternative vil det innebære en utvidelse av arbeidstidsbegrepet. Jeg er enig i dette. Av denne grunn mener jeg at premissene burde vært klarere formulert på dette punkt

ettersom det har stor betydning for arbeidstidsbegrepets rekkevidde. Etter min mening er Høyesteretts formulering ikke klar, og det er etter mitt syn uheldig.

Utgangspunkt: Hviletid eller arbeidstid?

I min artikkel tar jeg til orde for at vurderingen av om stand-by perioder er arbeidstid springer ut av hviletidsbegrepet. Jeg skriver at dersom arbeidstaker er underlagt store begrensninger i hviletiden, tilsier det at tidsperioden er arbeidstid. Eckhoff oppfatter at det rettslige utgangspunktet for vurderingen er arbeidstidsbegrepet og ikke hviletidsbegrepet.

EU-domstolens praksis viser at vurderingen av om en beredskapsperiode uten krav om oppholdssted er arbeidstid eller hviletid, beror på en konkret helhetsvurdering basert på om arbeidstaker er «underlagt begrensninger som objektivt sett og i meget betydelig omfang – «very significantly» – påvirker mulighetene for å disponere over fritiden og forfølge egne interesser», se premiss 59 i *Disponibeltid*. EU-domstolen oppstiller flere momenter som inngår i denne helhetsvurderingen.

I *Simap* la EU-domstolen til grunn at en beredskapsperiode uten krav om oppholdssted var hviletid, og at det måtte noe mer til enn at arbeidstaker var kontaktbar for at tidsperioden skulle være arbeidstid. I *Radio-televizija* avsnitt 32 nyanserer domstolen dette utgangspunktet noe ved at de uttaler «... omkring perioderne med vagttjeneste fremgår det af Domstolens praksis, at en periode, hvorunder arbejdstageren ikke udfører faktisk arbejde for sin arbejdsgiver, ikke nødvendigvis udgør en «hvileperiode» med henblik på anvendelsen af direktiv 2003/88». Jeg mener at kildene må forstås slik at en beredskapsperiode uten krav om oppholdssted som et utgangspunkt er hviletid, men at man etter en konkret helhetsvurdering likevel kan komme til at tidsperioden er arbeidstid dersom begrensningene i arbeidstakers fritid er av en viss karakter og omfang.

Vurderingen av om perioden likevel skal anses som arbeidstid springer etter min mening ut av hviletidsbegrepet. Dette illustreres ved at EU-domstolens praksis krever at det må foreligge begrensninger som objektivt sett og i meget betydelig omfang påvirker arbeidstakers muligheter til å disponere fritt over egen fritid. Dette vurderingstemaet er også gjengitt av Høyesterett. Se for øvrig min artikkel i *PrivJus* nr. 222-2023 kapittel 4.

Sigrid Frafjord Landa
Advokatfirmaet Thommessen

Varslingsbegrepet – HR-2023-2430-A Nortura

Arbeidsmiljøloven (aml.) kapittel 2 A gir regler om varsling. Regler om varsling kom først inn i loven i 2007 og er senere styrket, utvidet og klargjort i flere omganger, sist med virkning fra 2020. Arbeidstakere har idag en *rett* til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten på nærmere bestemte måter (aml. § 2

A-1 og § 2 A-2). Benyttelse av varslingsretten utløser en plikt for arbeidsgiver til å sørge for at varselet blir tilstrekkelig undersøkt innen rimelig tid (aml. § 2 A-3). Varsleren får vern ved et forbud mot gjengjeldelse som følge av varslingen (aml. § 2 A-4) og rett til erstatning og oppreisning ved ulovlig gjengjeldelse uten hensyn til arbeidsgivers skyld (aml. § 2 A-5), samt enkelte særlige bevisbyrderegler. I tillegg har de fleste virksomheter en plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling (aml. § 2 A-6). Dommen gjelder hva som utgjør et varsel og handler derfor om hvilke ytringer som utløser en særskilt oppfølgingsplikt for arbeidsgiver og et særlig vern av arbeidstaker. Dommen er avsagt under dissens (4-1).

Saken gjaldt en tillitsvalgt (A) som hadde bistått en kollega (F) i et møte med ledelsen ved et produksjonsanlegg i Nortura SA, blant annet den HR-ansvarlige (I). I møtet mottok F en muntlig advarsel for uakseptabel adferd. A reagerte på Is opptreden i møtet, og skrev dagen etter en e-post til HR-sjefen (G). E-posten inneholdt påstander om at i møtet «gjentatte ganger trakasserte F», at F fikk advarsel «uten mulighet til å forsvare seg», samt nedsettende karakteristikker av I. Som følge av e-posten og lignende tidligere episoder mottok A en skriftlig advarsel for brudd på kravet til hensynsfull adferd fastsatt i selskapets arbeidsreglement. Han beklaget da at han hadde uttrykt seg «for voldsomt» i e-posten. Etter enkelte andre episoder ble han noe senere omplassert til en annen avdeling.

A gikk til søksmål med krav om at omplasseringen var ugyldig og oppreisningserstatning for ulovlig gjengjeldelse etter varsling. Advarselen mot A ble trukket før dom falt i tingretten. Tingretten tok ikke stilling til om e-posten utgjorde et varsel, men kom til at forbudet mot gjengjeldelse uansett ikke var brutt. As anke ble forkastet i lagmannsretten, der rettens flertall la til grunn at e-posten ikke utgjorde et varsel. Anke til Høyesterett ble tillatt fremmet kun for kravet om oppreisning for ulovlig gjengjeldelse, og ankeforhandlingene ble begrenset til spørsmålet om A hadde varslet etter aml. § 2 A-1 og § 2 A-2.

Saken var særlig egnet til å belyse tre spørsmål om varslingsbegrepets innhold, som henger nært sammen. Ytringen gjaldt én arbeidstakers arbeidsforhold og det var ikke opplagt hvilke normbrudd det kunne dreie seg om. Derfor var et viktig spørsmål om det gjelder et minstekrav om at de påståtte kritikkverdige forholdene må ha en viss *allmenn interesse*. Videre var det spørsmål om hvilken *tolkningsnorm* som skal legges til grunn ved vurderingen av ytringen: Er det avgjørende en alminnelig språklig forståelse, eller skal det foretas en bredere vurdering, der blant annet konteksten og arbeidstakerens posisjon og relasjon til arbeidsgiver kan spille inn? Betydningen av arbeidstakers intensjon var også et tema, idet arbeidstaker først påberopte seg varslervern kort tid før hovedforhandling i tingretten. Det var dessuten hevdet at systemet i arbeidsmiljøloven kapittel 2 A tilsa visse krav til

klarhet, forutsigbarhet og notoritet. I forlengelsen av dette var det i tillegg et spørsmål om betydningen av å være *tillitsvalgt*. Bedriften var omfattet av Hovedavtalen LO-NHO, som har nærmere regler som forutsetter dialog og løpende samarbeid mellom tillitsvalgte og ledelse. Arbeidsgiver hadde anført at når tillitsvalgte henvender seg til arbeidsgiver, må det gjelde en presumsjon for at kommunikasjonen skjer etter reglene i Hovedavtalen, og at det derfor skal noe ekstraordinært til for å oppfatte en henvendelse fra en tillitsvalgt som et varsel.

Førstvoterende – som representerte flertallet – fremhevet innledningsvis at formålet med varslingsreglene ifølge forarbeidene er «å signalisere at varsling er både lovlig og ønsket», og å «fremme åpenhet og bidra til bedre ytringsklima i den enkelte virksomhet». Han viste også til uttalelser fra forarbeidene om viktigheten av å avdekke kritikkverdige forhold, og at en «sunn og åpen kommunikasjonskultur kan bidra til et godt arbeidsmiljø». Etter aml. § 2 A-1 første ledd har arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet, men bestemmelsen gir ingen nærmere definisjon av hva det er «å varsle». Førstvoterende utledet fra ordlyd og forarbeider at det ikke ligger noe mer i «å varsle» enn å *si fra* om kritikkverdige forhold. Det er ikke stilt formkrav, og det følger av forarbeidene at ytringer som inngår i den alminnelige interne kommunikasjonen i virksomheten kan være varsling. I aml. § 2 A-2 om fremgangsmåten ved varsling heter det at arbeidstaker «alltid kan varsle internt», blant annet til representant for arbeidsgiver. Førstvoterende påpekte at et uttrykkelig krav om forsvarelig fremgangsmåte tidligere fremgikk av loven, men så er tatt ut, og at det istedet ble gitt visse presiseringer ved varsling til offentligheten. Kritikkverdige forhold er imidlertid nærmere definert i aml. § 2 A-1 annet ledd som «forhold i strid med rettsregler, skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten eller etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet», med enkelte angitte eksempler. Dette ble ansett å «favne vidt», men det må dreie seg om forhold som «er i strid med» en nærmere angitt norm.

Etter dette tok førstvoterende stilling til om det kreves at forholdet har en viss allmenn interesse. Han nevnte at det som omfattes av definisjonen av kritikkverdige forhold ofte vil ha en slik interesse, men kunne «ikke se» at det var grunnlag for å innfortolke et slikt særskilt vilkår for å ha rett til å varsle internt (avsnitt 40). Ifølge forarbeidene kreves ikke bevis for det som sies. Holdbarheten av en mistanke eller bekymring vil måtte undersøkes som ledd i arbeidsgivers oppfølging etter aml. § 2 A-3. Førstvoterende oppsummerte: «Avgjørende er med andre ord om arbeidstakeren sier fra om et forhold som vil være kritikkverdig dersom det er hold i det som uttrykkes eller mistenkes» (avsnitt 41).

På bakgrunn av dette la førstvoterende til grunn en relativt bred og *subjektiv* tolkningsnorm, med utgangs-

punkt i arbeidsgivers oppfatning. Ved den nærmere tolkningen av om ytringen varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, vil ikke bare ordvalget, «men også den sammenhengende ytringen er fremsatt i, og den kjennskap partene har til hverandre, kunne ha betydning» (avsnitt 42). Det avgjørende er «om det for arbeidsgiveren er *rimelig grunn til å oppfatte* ytringen slik at den varsler – sier fra – om kritikkverdige forhold i virksomheten» (avsnitt 43, kursivert i original). Dette skulle ikke forstås slik at arbeidstaker må uttrykke seg helt klart. Men ved uklarhet ble reglenes formål ansett å tilsi «at arbeidsgiver tar kontakt med arbeidstaker for å avklare hvordan det som er sagt, skal forstås».

Flertallet fant ikke grunnlag for en presumsjon om at en henvendelse fra en *tillitsvalgt* skal forstås som ledd i den løpende kommunikasjonen etter tariffavtalen og ikke som et varsel. Det ble i stedet lagt til grunn at den samme tolkningsnormen som ellers er avgjørende ved henvendelser fra tillitsvalgte (avsnitt 45).

I den konkrete vurderingen konkluderte flertallet med at A hadde varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten. E-posten ble ut fra sin ordlyd ansett å beskrive et brudd på virksomhetens arbeidsreglement. Her var det fastsatt et krav om å «opptre hensynsfullt og korrekt overfor ledere og kollegaer», og dersom påstandene om Is opptreden i e-posten var holdbare, ville disse være brutt. Det ble også nevnt at de beskrevne forholdene etter omstendighetene kunne være i strid med forbudet mot trakassering i aml. § 4-3. Flertallet mente videre at arbeidsgiver hadde rimelig grunn til å oppfatte e-posten som et varsel. Støtten for dette var også å finne i e-postens ordlyd, som ble forstått slik at A mente arbeidsgiveren burde følge opp henvendelsen.

Annenvoterende dissenterte både på lovtolkningen og den konkrete vurderingen. I den konkrete vurderingen benyttet hun tilsvarende, brede tolkningsnorm som flertallet, der det avgjørende er om arbeidsgiver har rimelig grunn til å oppfatte ytringen som et varsel, og både innhold, rolleforventning og kontekst har betydning (avsnitt 69). Hun la imidlertid til grunn en noe høyere *terskel* for hva som utgjør et varsel. Det var utslag av at hun ikke tok utgangspunkt i formålet med varslingsreglene sett isolert, men resonnerte ut fra formålet med arbeidsmiljøloven som helhet. Her står hensynet til et forsvarelig arbeidsmiljø sentralt, noe hun mente forutsetter et velfungerende samarbeid på arbeidsplassen med en viktig rolle for tillitsvalgte, og der det er rom for å påpeke feil og mangler. Hun fant ikke støtte i ordlyd og forarbeider for flertallets forståelse, som ville bety at «skillet mellom alminnelig kritikk og varslingsreglene viskes ut». Hun var også bekymret for en nedkjølende effekt på ytringsfriheten dersom reglene ble oppfattet slik at man ikke kan komme med kritikk uten at det utgjør et varsel. Hun oppsummerte at «ytringsfriheten og det sterke vernet som ligger i arbeidsmiljølovens generelle bestemmelser [er] grunnleggende regler som bør være basis for klage-mål og kritikk i arbeidsforhold», og at dette tilsier

«et tilstrekkelig klart skille mellom slike ytringer og varsling» (avsnitt 66). Hun tok imidlertid ikke uttrykkelig stilling til om denne terskelen innebærer et minstekrav om en viss allmenn interesse.

Annenvoterende hadde videre et noe annet syn på betydning av å være *tillitsvalgt*. Hun pekte på faren for at det løpende samarbeidet mellom tillitsvalgte og arbeidsgiver etter lov og tariffavtaler ville svekkes ved stadig tvil om henvendelser utgjør varsel. Hun mente derfor «det som utgangspunkt må kreves en annen tydelighet» ved varsler fra en tillitsvalgt sammenlignet med en annen arbeidstaker. Hun avviste den anførte presumsjonen, men fremhevet at for å kunne skille et varsel fra tillitsvalgtes dialog med arbeidsgiver, var det «nærliggende å forvente» at en tillitsvalgt betegner henvendelsen som et varsel eller benytter bedriftens varslingkanaler.

Med en høyere terskel og en sterkere betoning av tillitsvalgtes rolle overfor ledelsen var det ikke overraskende at mindretallets konkrete vurdering slo annerledes ut. Selv om også annenvoterende mente ordlyden isolert sett kunne tyde på at e-posten var et varsel, fant hun at rolleforventning og kontekst trakk i motsatt retning. A hadde deltatt i møtet som tillitsvalgt, var kjent med bedriftens varslingsrutiner, hadde en historikk med kraftuttrykk og hevdet først langt senere at han hadde varslet. I tillegg pekte hun på at deler av e-posten heller fremstod som «ren utskjelling» av enn som påpekning av kritikkverdige forhold i bedriften.

Avgjørelsen gir viktige avklaringer om varslingsreglenes virkeområde. Størst praktisk betydning har nok avvisningen av et minstekrav om allmenn interesse. Frem til nå har flere lagt til grunn at et slikt krav må innfortolkes. Det er imidlertid grunn til å bemerke at flertallets standpunkt her er nokså knapt begrunnet. Det fremstår som en antitetisk slutning basert på bestemmelsens ordlyd, der det kun er et uttrykkelig krav om allmenn interesse ved varsling til offentligheten. Sett i lys av den komplekse lovhistorikken og betoningen av allmenn interesse i tidlige forarbeider, kunne en bredere analyse vært naturlig og gitt standpunktet større tyngde. Avklaringen fra flertallet synes også å gi en åpning for videre diskusjon. I forlengelsen av sitt standpunkt nevner førstvoterende «likevel» særskilt at aml. § 2 A-1 tredje ledd avgrenser mot visse ytringer som kun gjelder eget arbeidsforhold, men uten å gå nærmere inn på dette. Bestemmelsen kan fremstå som en avgrensning av varslingsbegrepet idet den fastsetter at ytring «om forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold» ikke skal regnes som varsling. Det er imidlertid føyd til en reservasjon for tilfeller der forholdet omfattes av definisjonen av kritikkverdig forhold i annet ledd. Dersom reservasjonen tas på ordet – og det heller ikke i denne sammenheng gjelder noe krav om allmenn interesse – er det vanskelig å se at tredje ledd har selvstendig betydning. Det kan være en nærliggende tolkning, men fremstår samtidig noe usikkert i lys av førstvoterendes «likevel».

Videre er det avklarende med en spesifikk tolknings-

norm, og jeg oppfatter denne som en nyskapning. Samtidig er det interessant å se hvordan flertallet forholder seg til tolkningsnormen i sin konkrete vurdering. Som nevnt ble det lagt til grunn at ikke bare ordvalg, men også konteksten og partenes kjennskap til hverandre kan ha betydning for om arbeidsgiver har rimelig grunn til å oppfatte en ytring som et varsel. Da er det litt overraskende at flertallet ikke berører slike momenter, men synes å basere den konkrete vurderingen kun på e-postens ordlyd. Tolkningsnormen slik den er formulert – og med tilslutning fra mindretallet – må like fullt kunne legges til grunn. Selv om det ikke er grunnlag for en særskilt presumsjon for ytringer fra tillitsvalgte, kan man dermed neppe helt utelukke at tillitsvalgtes rolle – gjennom kontekst og relasjonen mellom partene – kan få en viss betydning i den konkrete vurderingen fremover.

Samlet sett innebærer avgjørelsen en lav terskel for at en ytring utgjør et varsel, og et vidt virkeområde for varslingsreglene. Det er allerede kjent gjennom offentlig debatt at det er ulike syn på om dette er av det gode. Et nytt varslingsdirektiv (EU) 2019/1937 skal nå gjennomføres i norsk rett, og det kan aktualisere nye diskusjoner om virkeområdet for varslingsregler i arbeidsforhold. Slike diskusjoner bør etter mitt syn knyttes nært til rettsvirkningene av at det er varslet, nærmere bestemt arbeidstakers behov for vern mot gjengjeldelser ved ytringer om kritikkverdige forhold og arbeidsgiverens plikt til å følge opp et varsel med tilstrekkelige undersøkelser. Etter dagens regler er det på ingen måte gitt at et varsel må følges opp med en omfattende granskning, eller at arbeidsgivers oppfølging står i et motsetningsforhold til dialog og samarbeid etter andre regler. Tvert imot legger kravet til «tilstrekkelig» undersøkelse opp til at arbeidsgiver skal tilpasse fremgangsmåte og omfang av undersøkelser til det konkrete varselet.

For øvrig illustrerer avgjørelsen en mer generell utfordring. Ved tolkning av regler i arbeidsmiljøloven – en vernelov som tolkes i lys av sitt formål – kan det være nokså avgjørende *hvordan* formålet med de aktuelle reglene forstås. Arbeidsmiljøloven er bredt anlagt og inneholder svært ulike typer av regler som skal ivareta til en rekke, og til dels litt ulike, vernehensyn. Det kan gjøre det krevende å fastlegge formålet, og denne vurderingen kan både romme viktige avveininger og betraktninger om hvordan en regel påvirker arbeidstakerne og arbeidsmiljøet. Slik jeg leser avgjørelsen, bunner dissensen nettopp i et noe ulikt syn på varslingsreglenes formål og funksjon i den større helheten som arbeidsmiljøloven utgjør. Hvordan en lav terskel for varsling påvirker ytringsklimaet og arbeidsmiljøet fremstår i første rekke som et empirisk spørsmål. Med denne dommen ligger det kanskje til rette for å få mer kunnskap om det fremover.

Marianne Jenum Hotvedt

Videreføring av arbeids- og lønnsvilkår ved tariffskifte. Prinsipielle avklaringer om ettervirkning av tariffavtale. Arbeidsrettens dom 11. desember 2023 – AR-2023-26 (Grefsenhjemmet III)

Sakens bakgrunn og problemstilling

Avgjørelsen er den siste i sakskomplekset om sykehjemmet Grefsenhjemmet og dreier seg om hvorvidt noen ansatte ved sykehjemmet har rett til å beholde arbeids- og lønnsvilkår etter at nye tariffavtaler ble bindende i virksomheten. I 2014 meldte Grefsenhjemmet seg ut av arbeidsgiverforeningen Virke og inn i Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og NHO Service og Handel. Frem til 30. april 2014 var Grefsenhjemmet bundet av tariffavtaler mellom Virke og Norsk Sykepleierforbund (NSF). I en egen avtale mellom disse, en «sentral særavtale», var det fastsatt et særskilt lønnstillegg, kalt stabiliseringstillegg. Dette er et lønnstillegg basert på ansiennitet og stilling, og tillegget ble i sin tid innført for å rekruttere og beholde sykepleiere i Oslo kommune. Med virkning fra 1. mai 2014 ble Grefsenhjemmet bundet av Hovedavtalen mellom NHO og NSF samt Pleie- og omsorgsoverenskomsten inngått mellom NHO og nå NHO Geneo på den ene siden og NSF på den andre siden (PLO). Grefsenhjemmet besluttet å fjerne stabiliseringstillegget (fra januar 2016), og det oppstod tvist om hvorvidt de ansatte kunne kreve tillegget opprettholdt etter tariffskiftet.

Med Arbeidsrettens dom i AR-2019-5 *Grefsenhjemmet* (NiP 2019/1 s. 4–5) fikk NSF ikke medhold i at Hovedavtalen § 3-7 nr. 6 og en særskilt merknad til PLO var til hinder for at stabiliseringstillegget kunne fjernes. Arbeidsretten uttalte imidlertid at «[s]elv om merknaden ikke er anvendelig, kan det på annet grunnlag gjelde begrensninger i adgangen til å endre lønns- og arbeidsvilkårene» og fremholdt blant annet at «[l]ønns- og arbeidsvilkårene som fulgte av en tariffavtale som har opphørt, vil ... ikke uten videre falle bort eller kunne endres av arbeidsgiver som følge av en minstelønnsoverenskomst» (avsnitt 84). Arbeidsretten begrunnet dette i at «[d]et følger av tariffavtalens bindende virkning at det som avtalen bestemmer om arbeids- og lønnsvilkår, automatisk blir en del av de individuelle arbeidsavtalene».

Parallelt med saken for Arbeidsretten pågikk det søksmål for de alminnelige domstoler, hvor sykepleierne gjorde gjeldende at de hadde krav på stabiliseringstillegget med grunnlag i sine arbeidsavtaler. Denne saken ble stanset i påvente av Arbeidsrettens ovennevnte avgjørelse. Både tingretten og lagmannsretten kom senere til at sykepleierne ikke hadde krav på stabiliseringstillegget med grunnlag i arbeidsavtalene. Med Høyesteretts dom 2. juni 2021, HR-2021-1193-A *Grefsenhjemmet II* (NiP 2021/3 s. 1–3) ble det imidlertid slått fast at stabiliseringstillegget ble en del av sykepleiernes arbeidsavtaler og at det ikke falt bort som en direkte følge av at den bindende virk-

ningen av den tidligere tariffavtalen opphørte, en rettsvirkning som betegnes *individuell ettervirkning*. Høyesterett la samtidig til grunn at lønnstillegget kunne «falle bort på ulike andre rettsgrunnlag» (avsnitt 112).

For Høyesterett gjorde Grefsenhjemmet gjeldende at stabiliseringstillegget uansett var i strid med den nye tariffavtalen. Forhandlingene for Høyesterett ble imidlertid foreløpig avgrenset mot dette (HR-2021-435-U). Spørsmålet hører under Arbeidsrettens eksklusive kompetanse, og er det som nå har fått sin løsning med dommen 11. desember 2023. Arbeidsretten kom enstemmig til at de nye tariffavtalene ikke var til hinder for at de aktuelle sykepleierne fortsatt hadde krav på stabiliseringstillegget på arbeidsavtalegrunnlag.

Arbeidsrettens vurdering og mine kommentarer til den.

Det er flere forhold ved Arbeidsrettens dom som kan diskuteres nærmere. Her må jeg nøye meg med å trekke frem noe. Det er lite å bemerke til rettens innledende drøftelser. Etter enkelte bemerkninger om de tidligere avgjørelsene i saken samt et prosessuelt spørsmål uttaler Arbeidsretten innledningsvis at det «ikke er holdepunkter for at utgangspunktet om arbeidsavtalens innhold varierer ettersom tariffavtalen sies opp uten at ny avtale gjøres gjeldende (opphørssituasjonen) eller avtalen avløses av ny tariffavtale (tariffskifte)» (avsnitt 64). Utgangspunktet for den tariffrettslige vurderingen er, slik retten ser det, at de aktuelle sykepleierne har krav på stabiliseringstillegget etter sine arbeidsavtaler.

Deretter formulerer retten det relevante spørsmålet for å være om den nye tariffavtalen, Pleie- og omsorgsoverenskomsten, «gir tariffmessig grunnlag for å fjerne stabiliseringstillegget som sykepleierne har opparbeidet i henhold til tidligere tariffavtale» (avsnitt 65). Senere uttrykkes dette som et spørsmål om «i hvilken utstrekning den nye tariffavtalen gir arbeidsgiver tariffrettslig hjemmel til å avvike eller endre lønns- og arbeidsvilkår» (avsnitt 75). Jeg er usikker på om en slik formulering av problemstillingen er heldig. Slik jeg ser det, ville det naturlige spørsmålet ha vært om arbeidsavtalevilkåret fortsatt er i behold etter at de nye tariffavtalene ble bindende. Dette er et spørsmål om hvilke virkninger det nye tariffavtaleregimet har for arbeidsavtalene. Hvis virkningen er at arbeidsavtalevilkåret faller bort, er det ikke nødvendig å påvise noen tariffrettslig hjemmel for å endre; arbeidsavtalevilkåret eksisterer ikke. Hvis svaret er at arbeidsavtalevilkåret fortsatt består, ville det være en vurdering på *individualrettslig* grunnlag om arbeidsavtalevilkåret, som da ville være resultat av individuell ettervirkning, kunne endres i kraft av styringsretten. I en slik sammenheng kan selvsagt også tariffavtale være en skranke for endring. Men det er vanskelig å se for seg at den nye tariffavtalen skal være en skranke for endring hvis man først kommer til at arbeidsavtalevilkåret er i behold etter tariffavtaleovergangen. Da måtte det i så fall kunne utledes som en forutsetning ved den

nye tariffavtalen at tillegget skulle bestå uendret. Noe annet er at arbeidsavtalene i vår sak uansett er til hinder for endring av stabiliseringstillegget. Det har Høyesterett allerede lagt til grunn i HR-2021-1193-A *Grefsenhjemmet II* avsnitt 113. Grunnen til at retten formulerer problemstillingen på denne måte, har nok sammenheng med den nye normen som i realiteten oppstilles i dommen. Det kommer jeg tilbake til under.

Retten behandler en rekke ulike forhold «av betydning» for problemstillingen. Det er ikke lett å følge rettens resonnement hele veien, og inndelingen mellom de ulike forholdene «av betydning» for spørsmålet er ikke alltid like lett å få tak på. Retten avviser først at overgangsforhandlingene som ble gjennomført i medhold av Hovedavtalen § 3-7 nr. 6 og en særskilt protokoll som ble inngått mellom NHO og NSF i 2018 i forbindelse med den første saken, løser spørsmålet. Dette er konkrete tariffolkningsspørsmål som det er vanskelig å si så mye om. Retten går så over til å vurdere, mer generelt, betydningen av ufravikelighetsbestemmelsen i arbeidstvistloven § 6. Her presenteres noen alminneligheter om forståelsen av bestemmelsen, blant annet at ufravikelighetsvirkningen innebærer at den nye tariffavtalen, så langt den rekker, og med umiddelbar virkning, endrer arbeidsavtalenes innhold. Pleie- og omsorgsoverenskomsten, fortsetter retten, «har ikke en direkte, uttrykkelig og entydig regulering som setter til side enhver bestemmelse i arbeidsavtalene. Men tariffavtalen vil også kunne ha virkning utover motstridstilfeller som løses på grunnlag av arbeidstvistloven § 6» (avsnitt 75).

Etter dette følger en diskusjon av noen rettslige utgangspunkter av prinsipiell karakter (avsnitt 76–92), mens retten til slutt foretar en mer konkret vurdering av sakens spørsmål basert på de rettslige utgangspunktene (avsnitt 93–107). Slik jeg leser disse premissene, legger retten for det første til grunn at tidligere arbeids- og lønnsvilkår *kan* gjelde videre etter tariffskifte og avviser dermed at det, slik NHO påstod, gjelder en generell norm som innebærer at arbeids- og lønnsvilkår som skriver seg fra en tidligere tariffavtale, opphører når en ny tariffavtale blir gjeldende. Retten avviser dette som en generell tariffrettslig norm og som en generell forutsetning ved Hovedavtalen mellom LO og NHO (se avsnitt 76–86). For det andre legges det til grunn at arbeids- og lønnsvilkår kan falle bort på grunn av ny tariffavtale, og retten uttaler at lønn, selv om det står i en særstilling i arbeidsforhold, ikke er vernet mot endringer i en slik sammenheng. Det er i og for seg ikke oppsiktsvekkende. Men så formulerer retten noe som særlig er interessant, og som det er grunn til å gjengi i sin helhet: «Men det må være tilstrekkelige holdepunkter i tariffavtalens utforming og forutsetninger for at arbeidsgiver har rett til å endre lønnsbestemmelser i arbeidsavtalene. Hvor tariffavtalen ikke har en klar forutsetning, vil det blant annet være rom for å beholde arbeidsavtalevilkår som særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for

arbeidsforholdet, sml. Rt-2009-1465 Seinvakt avsnitt 41» (avsnitt 87). Ved denne vurderingen vil relevante momenter være, fremholder retten, hva som er lønnsbestemmelsenes bakgrunn og formål, og i hvilken grad dette har en generell eller konkret parallell i de nye lønnsbestemmelsene.

Slik jeg leser dette, overfører Arbeidsretten i realiteten det som har vært kjent som en individualrettslig tilnærming til endringsspørsmål, over til en kollektivrettslig sammenheng der spørsmålet er hvilke virkninger en tariffavtale har for arbeidsavtaler. Resultatet blir en helt ny tariffrettslig norm om ettervirkning ved tariffskifte. Etter denne normen må utgangspunktet være at vesentlige arbeidsavtalevilkår gjelder videre ved tariffskifte med mindre det er tilstrekkelig klare forutsetninger i den nye tariffavtalen for det motsatte. Det naturlige spørsmålet er da om vi kan legge til grunn at «uvesentlige» arbeidsvilkår, som har blitt en del av arbeidsavtalene, i utgangspunktet faller bort. Rettens uttalelse om at det «blant annet» vil være rom for å beholde vesentlige arbeidsvilkår, kan tyde på at dette holdes åpent. Samtidig følger det av avsnittet like etter at en regel om at alle vilkår videreføres med mindre det er motstrid, vil kunne skape ubalanse i forhandlingene (avsnitt 88). Det siste taler for at uvesentlige arbeidsvilkår faller bort *uavhengig* av om det er motstrid eller ikke.

Umiddelbart er det ikke lett å se grunnlaget for en slik sontring på *tariffrettslig grunnlag*, hvor spørsmålet er hvilke virkninger en ny tariffavtale har. Det må i så fall være snakk om en alminnelig forutsetning, en tariffnorm. Arbeidsretten er med det utvilsomt rettskapende. Jeg har tidligere tatt til orde for en lignende tilnærming på *individualrettslig grunnlag* (Skjønberg, «Ettervirkning – grunnlag, rekkevidde og betydning», *Arbeidsrett* 2020, s. 97–98). Men da er ikke spørsmålet hvilken virkning en ny tariffavtale har, men om et vilkår som har blitt del av arbeidsavtalen, kan endres av arbeidsgiver ensidig i kraft av styringsretten etter de normene som Høyesterett har oppstilt for endring av arbeidsavtalevilkår. I tid er dette et spørsmål som kommer etter at man har tatt stilling til om noe har ettervirkning og dermed også virkningen av en eventuelt ny tariffavtale.

Et annet spørsmål er hvordan den normen som Arbeidsretten tilsynelatende oppstiller, forholder seg til at Pleie- og omsorgsoverenskomsten, slik retten legger til grunn, er en helhetlig regulering (avsnitt 89–92). Fra NHOs side var det anført at dette var til hinder for å videreføre tidligere arbeids- og lønnsvilkår (avsnitt 46). Arbeidsretten legger til grunn at «normen om at tariffavtaler er en helhetlig regulering av lønns- og arbeidsvilkår er en retningslinje for tolkningen av den enkelte tariffavtale» og viser blant annet til den grunnleggende avgjørelsen i ARD 1921 s. 155 (avsnitt 91). Samtidig slår retten fast at normen «løser ikke i seg

selv spørsmålet om individuelle vilkår opphører når ny tariffavtale gjøres gjeldende, så langt disse overstiger minstenivået i overenskomsten» (avsnitt 91). Rettsvirkningen må, presiserer retten, «vurderes i lys av den reguleringen som er relevant for tvisten». Det er noe uklart hva retten mener med dette. Etter rettspraksis har normen om helhetlig regulering i første rekke betydning i fredspliktsammenheng. Normen innebærer at fredsplikten ikke bare omfatter det som er avtalt, men også forhold som *ikke* er avtalt. Partene er avskåret fra å bruke arbeidskamp for å fremtvinge krav som ble fremmet i forhandlingene, men ikke tariffregulert, og krav som *kunne* ha blitt fremmet (se Skjønberg, *Fredsplikten i tariffforhold* 2019, s. 193–207). Med Arbeidsrettens mer generelle uttalelse om denne normen som retningslinje for tolkning av tariffavtaler løsrives den fra en fredspliktkontekst, og det blir usikkert hvilken betydning normen i så fall skal ha i andre tilfeller, slik som i den aktuelle saken. Den får tilsynelatende liten betydning for tolkningen av Pleie- og omsorgsoverenskomsten.

Etter disse mer prinsipielle drøftelsene følger en mer konkret vurdering av om Pleie- og omsorgsoverenskomsten er til hinder for at stabiliseringstillegget videreføres. Første del av vurderingen (avsnitt 93–100) er særlig konsentrert om forutsetninger ved overenskomsten og i samsvar med en mer tradisjonell motstridsvurdering. Den andre delen (avsnitt 101–107) er mer knyttet til selve stabiliseringstillegget, og da lønnstilleggets formål og karakter. Her blir konsekvensene av rettens tidligere oppstilte individualrettslige tilnærming tydelig. Retten legger nemlig vekt på at det «[f]or de ansatte» var knyttet «særlige forventninger til dette lønnselementet», og at stabiliseringstillegget var «normative bestemmelser av en slik karakter at det gir en særlig forventning for de ansatte om videreføring med mindre tariffpartene avviker det» (avsnitt 107). For meg er dette fremmedelement når spørsmålet er hvilke rettsvirkninger tariffavtale har for arbeidsavtaler; de individuelle partenes vilje, forventninger mv. har i utgangspunktet ingen betydning i en slik sammenheng. Men gitt de rettslige utgangspunktene som retten oppstilte for vurderingen, blir dette nå relevant ved den konkrete vurderingen.

Avsluttende bemerkninger

Spørsmålet om ettervirkning av tariffavtaler har vært et av de mest diskuterte spørsmålene i norsk arbeidsrett de siste årene. Med Arbeidsrettens dom er nå de prinsipielle utgangspunktene langt på vei avklart. Dommen fremstår som et forsøk på å finne en middelvei mellom en løsning om at alle vilkår i utgangspunktet faller bort når ny tariffavtale blir gjort gjeldende og en løsning om at alle vilkår fortsatt består med mindre det er motstrid med den nye tariffavtalen. Hvorvidt Arbeidsrettens «tredje vei» er heldig, får tiden vise. De normene om ettervirkning som nå er lagt til grunn

av Arbeidsretten og Høyesterett, avklarer uansett grunnleggende arbeidsrettslige spørsmål. Samtidig innebærer dette at andre spørsmål om ettervirkning oppstår, for eksempel ved virksomhetsoverdragelse, og ved bortfall av lokale særavtaler, hvor det finnes uttrykkelig regulering av ettervirkning i mange hovedavtaler, se for eksempel Hovedavtalen mellom LO og NHO 2022–2025 § 4-3.

*Alexander Sønnerland Skjønberg**
Handelshøyskolen BI

**Forf. var en av dommerne i AR-2019-5 Grefsenhjemmet I, og er varadommer i Arbeidsretten, men har ikke deltatt som dommer i AR-2023-26 Grefsenhjemmet III.*

ARVERETT

Fradømmelse av arverett når gjerningspersonen er utilregnelig – HR-2023-2098-A

Innledende bemerkninger

Dommen er den første fra Høyesterett etter at arveloven av 2019 åpnet for at arverett kan fradømmes også i tilfeller hvor gjerningspersonen ikke er idømt fengselsstraff, men andre reaksjoner fordi vedkommende mangler skyldbevne, jf. straffeloven § 20. Saken fikk mye medieoppmerksomhet, blant annet fordi drapsofferet var en kjent forsvarsadvokat. Høyesterett kom til at arveretten ikke skulle fradømmes. Dommen ble avsagt under dissens 3–2.

Gjerningspersonen, D, som led av paranoid schizofreni, drepte sin far med pistol den 12. april 2021. Han forsøkte ved samme anledning også å drepe farens samboer og avfyrte minst syv skudd etter henne mens hun flyktet fra gjerningsstedet.

Ved Romerike og Glåmdal tingretts dom 14. september 2022 (TROG-2022-45224) ble D dømt til overføring til tvungent psykisk helsevern, jf. straffeloven § 62 for forsettlig drap på sin far og drapsforsøk på farens samboer. Han ble samtidig dømt for et tilfelle av kroppsskade i forbindelse med et knivangrep på en medfange i Oslo fengsel. Påtalemyndigheten la for tingretten ned påstand om fradømmelse av arverett. Tingretten tok ikke begjæringen om fradømmelse av arverett til følge. D ble ilagt et krav på oppreisningserstatning til farens samboer på 150 000. Tingretten la til grunn at nivået for oppreisning samlet sett for tapet av samboer og drapsforsøket burde ligge på 500 000, men at kravet på grunn av Ds sinnstilstand skulle reduseres med 70 % til 150 000, jf. skadeserstatningsloven § 1-3. i Tingretten ble D dessuten dømt til å betale erstatning for økonomisk tap som farens samboer hadde hatt på grunn av hendelsen. Dette erstatningsbeløpet ble ikke redusert på grunn

av Ds sinnstilstand. Drapsvåpenet og en rekke andre våpen ble inndratt.

Verken påtalemyndigheten eller D anket tingrettens dom på noe punkt. Drapsofferets to brødre, som var de nærmeste slektsarvingene dersom D ble fradømt arveretten, anket imidlertid over spørsmålet om fradømmelse av arverett. Avdødes samboer anket over størrelsen på oppreisningserstatningen. D tok til motmæle mot begge ankene. Når det gjaldt spørsmålet om oppreisningserstatning, motanket D og gjorde gjeldende at erstatningsansvaret burde lempes ytterligere. Ankesakene ble forent til felles behandling.

Eidsivating lagmannsrett avsa dom 9. mai 2023 (LE-20222-149236-2). Lagmannsretten la til grunn at arvingene kunne anke til lagmannsretten selv om påtalemyndigheten avsto fra å anke. Lagmannsretten fradømte D arveretten etter sin far. Når det gjaldt oppreisningserstatningen, fant lagmannsretten at nivået for oppreisningserstatningen – 500 000 kroner – var riktig, men at Ds ansvar for å betale oppreisningserstatning skulle lempes med 90 % slik at hans ansvar overfor farens samboer kun ble 50 000 kroner. De resterende deler av oppreisningserstatningen ble dekket av voldsoffererstatningsordningen.

D anket over fradømmelsen av arverett. Ved beslutning 30. august 2023 ble anken fremmet til behandling i Høyesterett (HR-2023-1562-U).

Høyesteretts utlegning av rettsregelen

Etter å ha redegjort for sakens spørsmål og bakgrunn og partenes anførsler og påstander, går førstvoterende, dommer Stenvik, inn på de rettslige utgangspunktene.

Innledningsvis i behandlingen av de rettslige utgangspunktene (avsnitt 30) nevnes det prosessuelle poenget at ankemotpartene ikke var parter i saken for tingretten. Ankeretten ble ikke bestridt av D. Førstvoterende fant ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om ankerett ut fra hvordan saken sto for Høyesterett og det resultat han kom til.

Før førstvoterende går inn på betydningen av manglende skylddevne, redegjør han for den generelle terskelen for fradømmelse av arverett (avsnittene 31 til 36). Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden i arveloven § 72 første ledd om at en arving som er dømt for en straffbar handling mot arvelater, slik at arvelateren dør eller mister testasjonsevnen på grunn av handlingen, kan fradømmes arveretten helt eller delvis (avsnitt 31). Deretter viser han til at lovbestemmelsens ordlyd ikke gir nærmere anvisning på hva domstolen skal vektlegge i en avgjørelse av om arverett skal fradømmes, men at forarbeidene (Prop. 107 L (2017–2018) s. 173) viser til at bestemmelsen i stor grad bygger på forløperen i 1972-loven § 73 og at forarbeider og rettspraksis til 1972-loven fortsatt gir veiledning (avsnitt 32).

I avsnitt 33 trekker førstvoterende frem sentrale uttalelser fra Arvelovkomiteens innstilling fra 1962 s. 245. Det vises til at tap av arverett ikke skal tjene

som straff, at den «bærende betraktning bør være at arveretten skal være forbrutt dersom man finner det umoralsk eller urimelig om gjerningsmannen kan gjøre gjeldende arverett», at avgjørelsen må treffes «i lys av samtlige opplysninger i det enkelte tilfelle, og at det skal legges særlig vekt på hvor graverende handlingen er». Det trekkes også frem at det skal tas hensyn til hvordan forholdet har vært mellom avdøde og gjerningspersonen, mellom avdøde og mulige medarvinger eller subsidiært arveberettigede og hvilket behov for arven henholdsvis gjerningspersonen og medarvingene eller subsidiært berettigede har.

Førstvoterende viser i avsnitt 34 til at uttalelsene i forarbeidene er fulgt opp i praksis og at det er lagt til grunn i Rt. 1988 s. 599 og Rt. 2005 s. 1634 at utgangspunktet ved forsettlig drap er at gjerningspersonen fradømmes arveretten.

I og med at forarbeidene til dagens arvelov ikke sier så mye om den konkrete vurderingen av fradømmelse av arverett, er det lite å hente der. Førstvoterende trekker i avsnitt 35 likevel frem at det i Prop. 107 L (2017–2018) på s. 174 fremheves at «formålet med å fradømme gjerningspersonen arverett først og fremst [er] knyttet opp mot det man må anse at ville ha vært arvelaterens vilje, og at det av hensyn til arvelateren ville være støtende om gjerningspersonen skulle arve ham eller henne». Det påpekes at denne uttalelsen viser at bestemmelsen «særlig er ment å vareta hensynet til arvelateren» (fremfor hensynet til andre (mulig) arveberettigede og samfunnet).

Oppsummeringsvis legger førstvoterende i avsnitt 36 til grunn at «regelen i arveloven § 72 gir grunnlag for fradømmelse av arverett når det etter en konkret helhetsvurdering ville oppleves som støtende, særlig av hensyn til arvelateren, om domfelte skulle ta arv».

Betydningen av gjerningsmannens manglende skylddevne behandles i avsnittene 37 til 43.

Førstvoterende tar i avsnitt 37 utgangspunkt i ordlyden i arveloven § 72 tredje ledd om at arveretten også kan fradømmes «hvis dommen går ut på at vedkommende ikke kan straffes på grunn av vilkårene i straffeloven § 20». Grunnlaget for at D var utilregnelig var straffeloven § 20 andre ledd bokstav a («sterkt avvikende sinnstilstand»).

Ordlyden sier ikke noe om hvilke vurderinger som skal foretas når gjerningspersonen mangler skylddevne. Førstvoterende legger til grunn at det i utgangspunktet er de samme momentene som vektlegges som ved en tradisjonell vurdering etter § 72 første ledd, men at manglende skylddevne er av betydning for vurderingen da det i Prop. 107 L (2017–2018) s. 174 vises til at bestemmelsen «bør brukes med varsomhet» og at det «skal mye til» for å fradømme arveretten når gjerningspersonen er utilregnelig (avsnitt 38).

I avsnitt 39 legger førstvoterende til at den «klare hovedregelen» er at «arveretten ikke fradømmes ved manglende skylddevne». I avsnitt 40 underbygges dette ved bestemmelsens forhistorie. Det vises til at

forløperen i 1972-loven § 73 satte vilkår om idømt fengselsstraff for fradømmelse av arverett, og at fengselsstraff forutsatte at man var strafferettslig tilregnelig. Videre påpekes det at verken Skiftelovutvalget eller Arvelovutvalget foreslo noen endring i at fradømmelse av arverett forutsatte strafferettslig skylddevne. Det var først i proposisjonen at man foreslo en endring. Denne endringen var begrunnet med at det var lite betenkelig å åpne for fradømmelse av arverett også for personer uten skylddevne i og med at spørsmålet om fradømmelse alltid skulle avgjøres konkret.

Førstvoterende legger i avsnitt 41 til grunn at terskelen for fradømmelse er «markert høyere for personer som mangler skylddevne, enn for andre». Det legges likevel til grunn at det er de samme momenter som får betydning for vurderingen, men at momentenes relevans og vekt må «vurderes i lys av gjerningspersonens manglende skylddevne» (avsnitt 42). Det vises til at dette særlig kan få betydning for vurderingen av «handlingens karakter og grovhet» som «kan komme i et annet lys» når gjerningspersonen mangler skylddevne. Hvis grunnlaget for utilregnelighet også er den dominerende årsaken til handlingen, kan det være mindre støtende at gjerningspersonen beholder arveretten enn det ville ha vært i andre tilfeller. Presumsjonen om tap av arverett ved forsettlig drap kan derfor etter førstvoterendes syn ikke legges til grunn hvor gjerningspersonen er utilregnelig.

I avsnitt 43 drøfter førstvoterende om endringen i straffeloven § 20, som trådte i kraft 1. oktober 2020 og som innebar en utvidelse av straffansvaret og en innsnevring av hvem som ble bedømt som utilregnelige, ville ha betydning også for vurderingen etter arveloven § 73. Om dette spørsmålet skriver førstvoterende: «Det er grunn til å tro at der utilregnelighet foreligger på grunn av sterkt avvikende sinnstilstand i gjerningsøyeblikket, vil fradømmelse av arverett kunne være lite aktuelt, nettopp fordi drapshandlingen har vært motivert av sinnslidelsen. Regelen i arveloven § 72 bygger imidlertid på andre overveielser enn bestemmelsen om strafferettslig skylddevne, og andre momenter kan komme i betraktning ved vurderingen. Det kan derfor ikke utelukkes at det i sjeldne tilfeller vil være grunnlag for å fradømme arverett selv om domfelte mangler skylddevne etter den gjeldende bestemmelsen i straffeloven § 20 annet ledd bokstav a.»

Flertallets konkrete begrunnelse (subsumsjon)

Flertallet, *Stenvik, Thyness og Matheson*, kom til at arveretten ikke skulle fradømmes. i den konkrete helhetsvurderingen i avsnitt 45 til 57 tas det utgangspunkt i at Ds handling i det ytre var svært alvorlig og gruppevekkende. Det legges imidlertid vekt på at de sterke vrangforestillingene og den manglende virkelighetsforståelsen som D led av på grunn av sin paranoide schizofreni, sto «helt sentralt i årsaksbildet bak handlingene». Det vises til at det ikke er opplysninger om «andre årsaksfaktorer enn sykdommen som

har hatt betydning for motivet eller handlingen». Flertallet finner derfor «ikke å kunne tillegge handlingenes alvorlighet og graverende karakter stor vekt» (avsnitt 45).

Derimot legger flertallet stor vekt på nærheten mellom avdøde og gjerningspersonen. Det vises til det legislative hensynet om å ta hensyn til avdødes vilje, og at «alminnelig erfaring tilsier at tilbøyeligheten til å bære over med misgjerninger som skyldes sykdom, øker jo nærmere gjerningspersonen står den som handlingen blir rettet mot» (avsnitt 46). Videre vises det til det nære og sterke forholdet som man normalt ser mellom foreldre og barn, og at forholdet i den konkrete saken var så nært som Ds sykdom tillot – faren var den eneste som opprettholdt personlig kontakt med D (avsnitt 47). Det vises også til at D i farens testament var tilgodesett med 2/3 selv om arveretten kunne ha vært begrenset ytterligere til den beløpsbegrensede pliktdelen, og at dette testamentet ble opprettholdt til tross for D ble stadig sykere og mer isolert.

Når det gjelder de subsidiært arveberettigede brødrene til avdøde, legger flertallet til grunn at forholdet var «alminnelig nært», men at det ikke kunne anses like nært som forholdet mellom avdøde og sønnen (avsnitt 49).

Flertallet legger ingen vekt på at avdøde hadde et nært forhold til sin nevø som ville være arving etter den ene av brødrene i neste ledd (avsnitt 50). Det legges heller ikke vekt på at det ble utarbeidet utkast til en avtale mellom avdødes brødre og avdødes samboer om hvordan samboeren skulle tilgodeses dersom D ble fradømt arveretten (avsnitt 51).

Gjerningspersonens og de subsidiært arveberettigedes behov for arven vektlegges ikke da det ikke er opplyst noe om brødrenes behov og sønnens behov langt frem i tid er usikkert (avsnittene 52 og 53).

Forholdet mellom D og avdødes samboer blir vektlagt av flertallet, selv om det ikke får avgjørende vekt. i avsnitt 54 vises det til at selv om samboerens arverett vil være upåvirket av om D fradømmes arveretten (hun var testamentert 1/3 og konsekvensen av fradømmelse av arveretten vil etter loven være at de subsidiært berettigede legalarvingene trer inn, jf. al. § 72 femte ledd), vil virkningene for henne inngå i helhetsvurderingen. Belastningen ved å være sameier med den som drepte samboeren vil være belastende, selv om hun kan kreve oppløsning av sameiet. Hensynet til samboeren trekker etter flertallets mening klart i retning av å fradømme arveretten (avsnitt 55).

Konklusjonen på avveiningen av de ulike hensynene blir etter flertallets syn likevel at arveretten er i behold. Flertallet vekter nærheten mellom avdøde og gjerningspersonen tyngre enn hensynet til samboeren. Det legges også særlig vekt på at sykdommen var den dominerende årsaken til drapet (avsnitt 56). i avsnitt 57 tilføyes det at man til tross for at arveretten ikke ble fradømt i den konkrete saken, er det ikke vanskelig å tenke seg tilfeller hvor arveretten kan fradømmes.

Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet under de avsluttende refleksjonene.

Mindretallets konkrete begrunnelse (subsumsjon)

Mindretallet, *Elsheim* og *Bergsjø*, kom til at arveretten burde fradømmes. Med noen mindre nyanser er mindretallet enig i de rettslige utgangspunktene. Mindretallet er enig med flertallet i at det er en høy terskel for å fradømme arveretten for utilregnelige gjerningspersoner, men mindretallet deler ikke flertallets syn på at det kun er aktuelt i «sjeldne tilfelle». Mindretallet mener at det alltid vil bero på en konkret vurdering av «dei særskilde tilhøva i den einskilde saka» (avsnitt 64). Mindretallet legger også mindre vekt på forhistorien i tolkningen av dagens lovbestemmelse. Det vises til at det ikke ble tatt noen forbehold i den videre lovbehandlingen etter at bestemmelsen ble foreslått av departementet (avsnitt 65).

Mindretallet legger større vekt på at bakgrunnen for at lovgiver åpnet for fradømmelse også hvor det ikke var idømt ubetinget fengsel eller hvor gjerningspersonen var uten skyldene, var å gi retten større handlingsrom (avsnitt 66).

I den konkrete vurderingen legger mindretallet større vekt på brutaliteten i handlingene enn det flertallet gjør. Selv om gjerningspersonen var uten skyldene, legger mindretallet vekt på at graden av forsett var stor – nært opp mot overlegg (avsnitt 70). Mindretallet mener at grovheten i handlingene overskygger gjerningspersonens manglende skyldene og at det må anses støtende overfor farens samboer om D skal ta arv. Selv om samboerens arv ikke vil påvirkes, mener mindretallet at det bør slippe den merbelastning det er å ha drapsmannen som medarving i skifteoppgjøret (avsnitt 71). Mindretallet legger ikke så stor vekt på nærheten mellom offer og gjerningsmann og legger til grunn at det ikke er holdepunkter for at far og sønn hadde en spesielt nær relasjon (avsnitt 72).

Avsluttende refleksjoner

Saken var godt egnet for prøving i Høyesterett i og med at det var første gang spørsmålet om fradømmelse av arverett for en person som var utilregnelig i gjerningsøyeblikket kom opp etter at arveloven § 73 åpnet for fradømmelse i slike tilfeller. Den var også godt egnet i og med at den helt klart var et tvilstilfelle hvor underrettene hadde kommet til ulike resultater med hensyn til fradømmelse av arverett. At det var dissens 3–2 i Høyesterett viser også at vi sto overfor et tilfelle som var godt egnet til å trekke grensen for når arveretten kan fradømmes i utilregnelighetstilfellene. Jeg har stor sympati for begge fraksjonenes argumentasjon, men jeg hadde nok falt ned på flertallets side dersom jeg hadde vært dommer i saken.

Avslutningsvis vil jeg reflektere litt over når det kan være aktuelt å fradømme arveretten til en gjerningsmann som manglet skyldene på gjerningstidspunktet.

I avsnitt 57 skriver førstvoterende følgende:

Jeg tilføyer at jeg ikke kan følge ankemotpartens synspunkt om at hvis arveretten ikke fradømmes i denne saken, blir regelen i arveloven § 72 tredje ledd uten betydning. Det er ikke vanskelig å tenke seg tilfeller som kan få et annet utfall, for eksempel der gjerningspersonen sto avdøde mindre nær, eller hvis grunnen til manglende skyldene ikke var like dominerende i årsaksbildet.

Førstvoterende gir selv to eksempler på hvor fradømmelse av arverett kan bli resultatet selv om gjerningspersonen var utilregnelig. Han viser for det første til tilfeller hvor «gjerningspersonen sto avdøde mindre nær». Man kan for eksempel tenke seg at gjerningspersonen ikke var en livsarving, men en arveberettiget bror, nevø eller fetter. For det andre viser førstvoterende til at det kan være tilfeller hvor «grunnen til manglende skyldene ikke var like dominerende i årsaksbildet». Man kan tenke seg at det har vært en langvarig konflikt mellom offer og gjerningsmann forut for drapshandlingen, og at det kan ha vært en viss usikkerhet ved om drapshandlingen var motivert av den avvikende sinnstilstanden.

I den konkrete saken tenker jeg at man kunne falt ned på et annet resultat dersom gjerningspersonen hadde hatt søsken eller halv søsken på sin fars side, slik at søsknens arverett hadde blitt påvirket av om gjerningspersonen mottok arv eller ikke. Det ville også ha stilt seg annerledes dersom farens samboer hadde vært tilgodesett med mer enn 1/3 i testamentet slik at et krav om plikt del ikke kunne blitt fremmet dersom arveretten var blitt fradømt (de subsidiært berettigede var ikke livsarvinger, men arvinger i andre arvegangsklasse). Det hadde også stilt seg annerledes dersom faren hadde vært gift og ektefellen hadde ønsket å sitte i uskifte. Det kreves samtykke fra særkullsbarn for å kunne sitte i uskifte, jf. al. § 15. Hvis arveretten blir fradømt, er også samtykkeproblematikken ute av verden.

Loven åpner for at arveretten kan fradømmes delvis. En delvis fradømmelse av arveretten kan være en mulighet i tvilstilfeller. Det er en parallell i skadeserstatningslovens bestemmelse om sinnssykes erstatningsansvar i § 1-3. Ved delvis fradømmelse kan man ta hensyn til i hvor stor grad sinnslidelsen var en del av årsaksbildet. Man kan også tenke seg at delvis fradømmelse brukes på en slik måte at det demper ulempe eller ubehaget for medarvingene. Et praktisk hensyn kan være å sikre gjerningspersonen såpass mye arv at erstatningskrav som de andre etterlatte måtte ha mot ham eller henne, blir dekket.

I og med at både gjerningspersonen og samboeren var arvinger etter avdødes testament, kan man reise spørsmålet om samboeren ville kunne vært tilgodesett mer gjennom en tolkning av testamentet? Forutsetningssvikt kan etter omstendighetene innebære at testamentet eller testamentariske disposisjoner får et annet innhold enn ordlyden skulle tilsi, jf. al. § 59. Det

er nok mye som kan tale for at det er bristende forutsetninger her, men uklart hvilken virkning det skulle få for testamentet. For å endre testamentet, må det kunne klarlegges hva testator ville ha ment. Når Høyesteretts flertall har kommet til at vilkårene for fradømmelse ikke foreligger, og et viktig argument for flertallets konklusjon var en presumert vilje fra avdøde, så ville man nok møte en viss motstand dersom man skulle forsøke å frakjenne D arverett gjennom en tolking av testamentet.

John Asland

IMMATERIALRETT

Begrepet «produsent» i åndsverkloven § 20 – HR-2023-2282-A

Med denne dommen, avsagt 5. desember 2023, har Høyesterett for første gang avgjort spørsmålet om hvem som må anses som «produsent» (under tidligere lov: «tilvirker») etter åndsverkloven (åvl.) § 20. Bestemmelsen gir produsent av lydopptak (og film) enerett til å råde over opptaket. I realiteten er det tre originære rettighetshavere i et musikkopptak – komponisten som opphaver til musikkverket (åvl. § 3), artisten eller utøveren (åvl. § 16) og produsenten (§ 20) (hvis vi holder diskusjonen om utøvere også har vern som opphavere utenfor denne sammenhengen, jf. Irina Eidsvold Tøien, *Skapende utøvende kunstnere*, 2016). I motsetning til de andre rettighetene er produsentvernet historisk sett et rent investeringsvern begrunnet i de relativt store investeringer som tradisjonelt har vært forbundet med musikkutgivelser. Dette har endret seg som følge av utviklingen av den digitale teknologien, og enkelte har tatt til orde for at det særskilte produsentvernet bør avskaffes (se f.eks. Bernt Hugenholtz, *Neighbouring Rights are Obsolete*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2019 s. 1006–1011). Noe tilsvarende lar seg hevde også for andre rettigheter, som det særskilte fotografivernet i åvl. § 23, men historien viser at det er langt enklere å gi nye rettigheter enn å fjerne eksisterende. Produsentretten lever nok slik sett i beste velgående, men den tekniske utviklingen gjør at nye problemstillinger oppstår.

Før utviklingen av den digitale teknologien var det lite tvil om at «produsent» var ensbetydende med plateselskap. Musikkproduksjoner var vanskelige å gjennomføre uten en platekontrakt, og plateselskapet foresto gjerne alt fra investering i og tilrådgivningsstilling av alt opptaksutstyr til markedsføring av utgivelsen. Med digitaliseringen har «hjemmestudioer», egenproduserte opptak og markedsføring via sosiale medier endret bildet, og musikere er ikke lenger prisgitt en platekontrakt for å kunne få utgitt musikken sin. Det betyr nødvendigvis at musikerne i økende grad også er å anse som produsenter. Selv om det ikke ble utfal-

let av Høyesteretts dom i Ofir-saken, er saksforholdet på sett og vis illustrerende for utviklingen og også for hvorfor den første saken for Høyesterett om dette kom først over 60 år etter at produsentretten ble innført både nasjonalt og internasjonalt (1961).

Slik saksforholdet beskrives av Høyesterett hadde musikeren Noam Ofir, som opptrer under navnet Supreme, og musikeren og produsenten Fredrik Øverlie, fulgt hverandre på Instagram i flere år. I desember 2017 la Øverlie ut en melodiskisse på Instagram, som senere ble til låten Show Me How. Ofir tok kontakt med Øverlie i den forbindelse, og sistnevnte spurte om Ofir ville legge på en basslinje på låten. Ofir bekreftet interessen, fikk lydfilen med skissen, og sendte tilbake fem enkeltspor med basslinje og melodilinje spilt inn ved bruk av egne instrumenter og tatt opp på eget opptaksutstyr. Øverlie forklarte at han planla å gi ut et «house album» og at Ofirs bidrag ville bli brukt i den forbindelse, og ga uttrykk for at Ofir ville motta en rekke gratisseksemplarer av albumet. Ofir mottok deretter flere låtskisser og sendte tilbake ulike lydspor også til disse. Foruten låten Show Me How dreide det seg om to andre låter, Bright Tomorrow og Mutual Love. Låtene med Ofirs lydspor ble så mikset av Øverlie og John Riis Anfinssen, og gitt ut på albumet Jacuzzi Boys av plateselskapet Mutual Intentions AS. Ofir ble kreditert for å ha bidratt med tangentinstrumenter, men ikke som produsent eller på annen måte. Det oppsto etter hvert tvist mellom Ofir og plateselskapet om rettigheter, der komponist- og artistroyalty etter hvert ble innrømmet ham, men ikke produsentrettigheter og krav på royalty for dette. Etter å ha tapt saken for tingretten, vant Ofir frem med flere krav i lagmannsretten, og Mutual Intentions' anke gjaldt spørsmålet om produsentrettigheter etter åvl. § 20 og royalty for dette. Høyesterett ga plateselskapet medhold i anken, og frifant Mutual Intentions for Ofirs krav.

For å gjengi Høyesteretts tolkningsresultat og begrunnelse for det i relativt korte trekk, omfatter uttrykket «produsent» i åvl. § 20 den eller de som forestår produksjonen av opptaket, i betydningen bærer omkostningene med og tilrettelegger for det. Høyesterett finner støtte for en slik forståelse både i ordlyden, forarbeidene til 2018-loven (Prop L (2016-2017) s. 82), lovens forhistorie, lovens formål og juridisk litteratur der den nevnte formuleringen er hentet fra (Ole-Andreas Rognstad med bidrag fra Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 416-417). I tillegg viser Høyesterett til at også internasjonale konvensjoner, som Romakonvensjonen fra 1961, som Norge har tiltrådt, og WIPO Performances and Phonograms Treaty fra 1996, som Norge ennå ikke har tiltrådt, støtter denne forståelsen. Angående sistnevnte påpekes det at denne har betydning fordi «den danner grunnlaget for opphavsrettsdirektivet» (dir. 2001/29/EF) som Norge er bundet av. Det vises også til internasjonal litteratur om tolkning av konvensjonene (Jörg Reinbothe og Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright*, 2015).

Med dette som utgangspunkt tar Høyesterett konkret stilling til «om det er Ofir eller Mutual som er «produsent» av disse lydopptakene». Sporene Ofir spilte inn betraktes som et «lydopptak», men det er ikke ensbetydende med at han var produsent for dem. Det sentrale ifølge Høyesterett er at initiativet til innspillingen kom fra Mutual som plateselskap, og at lydskissen som dannet rammene for prosjektet, kom fra Øverlie, som var tilknyttet Mutual. Det legges vekt på at selskapet har stått for de oppgavene og investeringene som er typisk for en produsent, som organisering av avtaler med andre artister, miksing av sanger, utforming av cover og distribusjon og markedsføring. Det bemerkes at Ofirs innsats i første rekke har vært av kreativ art og at han har fått kompensasjon for dette. Opptaket han tok på eget utstyr betegnes som en «enkelt lydteknikeroppgave» som ikke har medført «nevneverdige kostnader». Lydopptakene han tok beskrives som en «integrert del av Ofirs rolle som komponist og artist i et Mutual-prosjekt, og opptakene var en helt underordnet og ganske selvsagt konsekvens av dette kunstneriske arbeidet». Og Høyesterett bemerker at det er ingenting som tilsier at noen av partene hadde i tankene at opptakene han tok kunne benyttes til noe annet formål.

Høyesterett avviser også relevansen av to dommer som var anført til støtte for Ofirs sak – Garrix-dommen fra nederlandsk høyesterett og *Pelham*-dommen fra EU-domstolen, sak C-476/17 (omtalt i *Nytt i privatretten* 3/2019 s. 13–14). Den førstnevnte gjaldt en DJ som på eget initiativ hadde gjort et opptak som han mastret selv, eller i hvert fall for egen regning, og som han deretter sendte til et plateselskap som utga det. Ifølge Høyesterett var DJ Garrix' posisjon «vesentlig annerledes» fra Ofirs «med hensyn til både initiativ, selvstendighet, oppgaver og pådratte kostnader, noe som medfører at saken ikke er sammenlignbar med Ofirs sak». *Pelham*-dommen gjaldt «sampling» av musikk, ved at et lite fragment av et lydopptak var brukt i en annen innspilling uten samtykke fra produsenten av opptaket som var brukt. Ifølge Høyesterett bekrefter dommen at selv et lite utsnitt av et opptak kan være inngrep i produsentretten, men den gir ikke veiledning til spørsmålet om hvem som er «produsent».

Etter dette ble lydopptakene som Ofir hadde utført ansett som «en integrert del av hans rolle som komponist og artist i et prosjekt som var initiert, tilrettelagt og bekostet av Mutual», med den følge at Mutual måtte anses for å ha produsentrettighetene etter åndsverkloven § 20.

Overordnet sett er dommen en bekreftelse på at uttrykket «produsent» betyr den som forestår opptaket i en videre forstand enn ren utførelse av det. Dommen bekrefter også implisitt at det ikke kan anlegges noe «fellesverkssynspunkt» til det ferdige opptaket basert på enkeltstående bidrag som inkorporeres i det, slik lagmannsretten gikk langt i retning av å bygge på (merk her at åvl. § 20 ikke viser til fellesverkbestemmelsen i åvl. § 8). Saken reiser imidlertid spørsmål om hvor grensen for hvem som er produsent skal trekkes for

opptak som utføres av personer som i utgangspunktet står utenfor hovedprosjektet, men som benyttes med samtykke fra disse. Høyesterett problematiserer i liten grad dette skjæringspunktet, men avgjør det i realiteten ut fra synspunktet om at det var plateselskapet (Mutual) som tok initiativet til innspillingen. Reelt sett er det et tolkningsspørsmål her som kunne vært forelagt EFTA-domstolen ettersom åndsverkloven § 20 gjennomfører EØS-regler som gir enerett til lydopptaksprodusenter (opphavsrettsdirektivet art. 3 og 4 og utleie- og utlånsdirektivet, dir. 2006/115/EF, art. 9). Helt heldig er i alle fall ikke omtalen av EU-domstolens dom i *Pelham*-saken som en «utenlandsk sak», på linje med dommen fra nederlandsk høyesterett (avsnitt 76). At dommen ikke gir veiledning til spørsmålet om hvem som er produsent av det opptaket som ble utført av Ofir, er det imidlertid vanskelig å være uenig i. Det får også bemerkes at EU-domstolen har trukket på definisjoner fra de internasjonale konvensjonene bl.a. ved tolkning av uttrykket «lydopptak» («phonogram») i EU-direktivene, på samme måte som Høyesterett gjør i denne saken (jf. f.eks. sak 147/19 *Atresmedia*, avsnitt 37–41).

Høyesteretts resultat – at plateselskapet har originære rettigheter til Ofirs innspillingsbidrag, kan synes å være i samsvar med oppfatning i tysk rett om at det er den ferdige innspillingen, og ikke mellomskritt som fremstilling av enkeltspor, som begrunner produsentretten (se Martin Vogel i Schrickel/Löwenheim, *Urheberrecht*, 5. utg. 2017, § 85, avsnitt 37). Oppfatningen lar seg godt forsvare der innspillingen skjer på ett og samme sted i én produsents regi, men utfordres mer der det innhentes bidrag «utenfra». Høyesterett trekker i sitt resonnement på synspunktet om at Ofir utførte «en enkelt lydteknikeroppgave» uten nevneverdige investeringer. Som det har vært fremhevet annet sted, kan dette anses som et noe snevert syn på investeringskostnader ved opptak gjort ved bruk av eget innspillingsutstyr (se Torger Kielland, *Karnov* 2024-4). Ut fra høyesterettsdommen synes det i hvert fall å gå en grense mot tilfeller der en «egenprodusent» har ferdigstilt et opptak som sendes til plateselskapet. Spørsmålet er om grensen bør gå tettere opp til saksforholdet i Ofir-dommen. Hvis situasjonen hadde vært den omvendte av den som blir beskrevet i dommen – at «egenprodusenten» på sitt initiativ lager en lydskisse som han sender til produsenten som er tilknyttet plateselskapet, bør det kunne hevdes at førstnevnte er produsent for det opprinnelige lydopptaket som må klareres av plateselskapet før inkorporering. Det er også mulig å stille spørsmål ved hvor «løs» kontakten mellom personer som medvirker med egne produksjonsbidrag og plateselskapet kan være for at sistnevnte skal slippe å klarere produsentrettigheter. Her ligger det grensedragnings spørsmål som Høyesterett kunne gått nærmere inn i uten at resultatet i Ofir-saken verken skal anses som overraskende eller i strid med intensjonene bak åvl. § 20.

Ole-Andreas Rognstad

Innløsning av festetomt – HR-2023-2169A

I dom avsagt 16.11.2023 – HR-2023-2169A – tok Høyesterett stilling til flere spørsmål om innløsning av festet areal. Arealet utgjorde 120 dekar i et boligområde i Oslo. Det var tre partskonstellasjoner i saken; grunneier, et boliglag og 4 eierseksjonssameier.

Arealet ble skylddelt i 1947 og fikk matrikkelenheten 185/45. Samtidig ble arealet regulert til boligområde, og reguleringsvedtektene hadde bestemmelser om hvordan blokker, villaer og garasjer skulle utformes og plasseres. Det var også bestemmelser om plassering av butikker, sentralvaskeri, barnehage mv. Vedtektene ble senere noe endret.

I 1947 ble det også inngått festekontrakt mellom grunneier og boliglaget. Kontrakten hadde bl.a. bestemmelse om at boliglaget hadde rett til å overdra festerett og bebyggelse og i så fall «trer den nye fester inn i den eldres rettigheter og forpliktelser i henhold til grunneier».

Arealet ble delt i 7 parseller hvorav opprinnelig 184/45 utgjorde et restareal. Boliglaget etablerte 6 boligaksjeselskaper – senere omgjort til eierseksjonssameier, som alle fikk egen festekontrakt til hvert sitt bruksnummer; fremfeste med samme betingelser som fastsatt i 1947-kontrakten med grunneier. Grunneier samtykket til overføring av festerett. Bebyggelse, hovedsakelig i form av blokkbebyggelse, ble oppført trinnvis av det enkelte boligaksjeselskap på respektive festetomt. Samlet er det i dag 167 eierseksjoner i de 6 sameiene. Senere ble et areal, som ble fradelt bnr 45 og fikk bnr 84, bebygd med garasjer, men boliglaget fester fortsatt både bnr 45 og bnr 84.

Boliglaget ble i 2011 omdannet, og i vedtektene for omdanningen framgår at boliglagets hovedformål «er å fungere som fester av arealer som er angitt i festekontrakt 2. juni 1947 som samlet utgjør ca. 120.012 m² og fremfeste de vesentligste deler av festetomten til seks boligsameier», samt «å forvalte den del av festegrunnen som ikke er fremfestet».

Innløsningsspørsmålet kom for retten på en litt uvant måte fordi det var grunneier som tok ut stevning med krav om fastsettelsesdom for at boliglaget og sameiene ikke hadde innløsningsrett. Foranledningen var at grunneier ikke hadde fått aksept for en løsning hvor sameiene – i tillegg til at hver enkelt seksjonssameier skulle motta et kontantbeløp – fikk innløst tilpassede tomter for sin bebyggelse mot at resterende arealer ble fristilt for grunneier. Stevningen var rettet mot boliglaget og mot 4 av sameiene. For de to siste sameiene var innløsningsspørsmålet avklart på annen måte. Tingretten besluttet at saken skulle gå som skjønn, hvilket bl.a. medførte at Høyesteretts kompetanse var begrenset.

Det første spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om boliglaget og sameiene skulle identifiseres. Boliglaget og sameiene underbygget sin anførsel om dette

med at utbyggingen var initiert, godkjent og organisert av boliglaget, samt at det ikke var noen konkurrerende innløsningskrav mellom dem; de var enige om innløsningskravet. Høyesterett var enig i at det var nær tilknytning mellom boliglaget og sameiene, og viste bl.a. til at det bare var seksjonseierne som kunne være medlemmer i boliglaget. Høyesterett mente likevel at den organiseringen som var valgt måtte få rettslige konsekvenser. Det er sikker rett at etablering av selvstendige rettssubjekter medfører realiteter. Identifikasjon begrunnet med sammenfallende interesser er det som utgangspunkt ikke rom for. Det skal i tilfelle mye til, og misbrukstilfeller ble nevnt som eksempel.

Eierseksjonssameier er ikke egne rettssubjekter. Høyesterett hadde en dobbelt begrunnelse for at dette likevel ikke fikk betydning. Opprinnelig var sameiene organisert som boligaksjeselskaper og disse selskapene var utvilsomt egne rettssubjekter, og det at de var omdannet til seksjonssameier kunne ikke få betydning i innløsningssammenheng. Derne er det slik at de enkelte seksjonseierne, som styret handler på vegne av, jf. eierseksjonslovens § 60, er egne rettssubjekter. Og det følger videre av lovbestemmelsen at styret kan saksøke og saksøkes med bindende virkning for seksjonseierne i saker vedrørende «rettigheter og plikter som ellers angår fellesareal og fast eiendom».

Det neste spørsmålet som ble behandlet gikk på eierseksjonssameienes innløsningsrett. Høyesterett antyder at et mulig grunnlag for sameienes innløsningsrett kan være tomtfestelovens § 17 om overføring av festerett. Det forutsetter at boliglaget hadde festerett og at retten ble overdratt til den gang boligaksjeselskapene. Høyesterett forfulgte imidlertid ikke dette sporet fordi argumentasjonen for Høyesterett hadde vært konsentrert om lovens § 42, framfestebestemmelsen, som gir boligfester i et framfesteforhold rett til å påberope lovbestemmelsene om innløsning og forlengelse overfor grunneier selv om det ikke foreligger noe avtaleforhold mellom grunneier og boligfester.

Før jeg går videre i min gjengivelse av dommen har jeg noen merknader om partsangivelse i framfesteforhold. Framfeste er definert slik i § 42, 1. ledd:

Med framfeste er i lova her meint festehøve der bortfesteren berre har leigerett til tomta.

Det er altså parten i midten som betegnes bortfester. Dermed blir huseieren fester, og siden vi er i et framfesteforhold vil betegnelsen naturlig være framfester. Dette samsvarer også med lovens § 1 som angir lovens anvendelsesområde til å være feste (leie) av grunn til hus som festeren (leieren) har eller får på tomta. Avtaleforholdet mellom en grunneier og en leier som ikke selv får hus på tomta faller altså utenfor lovens anvendelsesområde, og dermed vil det med loven som utgangspunkt ikke være grunnlag for å betegne grunneier som bortfester og parten i midten for fester i framfesteforhold. Med tomtfesteloven som utgangspunkt

vil riktig partsangivelse i framfesteforhold dermed være; grunneier – leietaker/bortfester – framfester, eventuelt fester, og det er slik Høyesterett angir partene. Parten i midten betegnes altså som leietaker i relasjon til grunneier og som bortfester i relasjon til framfester. Det kan fort bli litt uklart når samme part har ulik betegnelse avhengig av hvilken avtalerelasjon man diskuterer. Selv har jeg god erfaring med betegnelsene; grunneier – mellomfester – huseier, selv om slik ordbruk ikke har samme rettslige forankring.

Det spørsmål Høyesterett måtte ta stilling til er hva som ligger i at bortfester «berre har leigerett til tomte». Det kan leses slik at leierett står i motsetning til eiendomsrett. Med henvisning til forarbeidene kom Høyesterett imidlertid til at § 42 må forstås slik at bestemmelsen bare får anvendelse på kontrakter som ikke gir leietaker (mellomfester) rett til å bygge hus på tomte. Bortfester (mellomfester) forhold til grunneier må altså falle utenfor lovens område, jf § 1, for at framfestebestemmelsen skal få anvendelse.

Som nevnt hadde 1947-kontrakten bestemmelse om at boliglaget hadde rett til å overdra sine rettigheter og plikter etter kontrakten, men dette var bare en rettighet. Boliglaget kunne velge selv å oppføre bebyggelsen. Spørsmålet ble derfor hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for vurderingen av om bortfester (mellomfester) hadde rett til å bebygge eiendommen. I dette spørsmålet fant Høyesterett liten veiledning i lovens ordlyd (§ 42). Løsningen måtte søkes i lovens system. Paragraf 42 gjelder der en ren leietaker (mellomfester) gir en tredjeperson rett som leietakeren i utgangspunktet ikke selv har – rett til å føre opp hus, jf «berre har leigerett til». I slike framfesteforhold er det ikke uten videre klart hva som gjelder mellom grunneier og framfester siden det ikke foreligger noen avtale mellom dem. Framfesteren har heller ikke fått overført noen rett som bortfesteren hadde siden bortfesteren i lovens system ikke selv har rett til å føre opp hus. Formålet med § 42, 4. ledd er å gi nærmere regler om nettopp forholdet mellom grunneier og framfester, herunder regler om innløsningsrett.

Basert på dette kom Høyesterett til at avgjørende for om vilkåret «berre har leigerett» er oppfylt, må være om mellomfesteren hadde rett til å oppføre hus på det tidspunkt kontrakten med tredjeperson ble inngått. Fram til dette tidspunkt vil forholdet mellom grunneier og mellomfester være avhengig av hva de avtaler. Etter at kontrakten med tredjeperson er inngått vil imidlertid forholdet mellom grunneier og mellomfester ikke kunne endre tredjepersons stilling.

Når det så gjelder hvilken betydning dette får i den aktuelle sak ser Høyesterett først bort fra at partene flere steder har benyttet terminologien «bortfester». Det avgjørende er hva som er realitetene i saken.

Boliglaget hadde ifølge 1947-kontrakten selv mulighet til å bebygge det festede areal. Kontraktene som senere ble inngått med boligaksjeselskapene innebar imidlertid at boliglaget fraskrev seg denne muligheten.

Disse kontraktene forutsatte at boliglaget skulle stå tilbake med en ren leierett, retten til å bebygge ble overført til boligaksjeselskapene. Høyesterett viser også til at grunneierne hadde samtykket til denne overføringen da overføringen fant sted, uten at dette samtykket synes å ha vært nødvendig for konklusjonen om at sameiene hadde innløsningsrett.

Det var også tvist om hvilke arealer innløsningsretten skulle gjelde for. At sameiene ikke hadde innløsningsrett til bnr 45 og bnr 84 fulgte av at sameiene ikke hadde festerett til disse arealene, her var boliglaget fortsatt fester. Det interessante spørsmålet var om loven kunne tolkes slik at innløsningsretten bare skal gjelde et rimelig bruksareal rundt bolighuset selv om festeretten gjelder hele tomten/bruksnummeret. Høyesterett viste først til at ordlyden «festetomt» ga en viss støtte for at innløsningsretten skal begrenses til de arealer som ligger i relativt nær tilknytning til det aktuelle huset, og at det i alle fall tydet på at det går en grense for hvor store arealer som kan kreves innløst. Formålsbetraktninger – boligsosiale hensyn – trakk i samme retning. Høyesterett fant også en viss støtte i forarbeidene for at innløsning ikke kan finne sted uavhengig av festearealets størrelse. På den annen side var det åpenbart retts tekniske problemer med å fravike det som var avtalt, typisk der festeavtalen gjelder et angitt bruksnummer da det har formodningen for seg at partene har ansett dette arealet som rimelig for å ivareta bruken av bebyggelsen. Grensen måtte trekkes der boligsosiale hensyn ikke kan begrunne innløsning, og det må være vide rammer for denne vurderingen.

De aktuelle tomtene var til dels store. De varierte fra 2 500 m² til 30 000 m². Det sentrale var likevel bomiljøet. Da tomtene ble fradelt ble det ansett som riktig og viktig med plass og lys rundt boligblokkene. De boligsosiale hensynene strekker seg langt, og den politiske begrunnelsen for innløsningsrett slo derfor til for det enkelte bruksnummeret i sin helhet.

Boliglaget på sin side fikk ikke innløsningsrett. For bruksnumrene som seksjonssameiene framfester fulgte det allerede av at festeretten var overført til sameiene. Boliglaget fikk heller ikke innløsningsrett til bnr 45 og 84. Høyesterett tok ikke stilling til om boliglaget «har eller får» rett til å bebygge disse tomtene, jf. lovens § 1. Med henvisning til reguleringsplanen som lå til grunn for 1947-kontrakten skulle disse arealene ikke bebygges med boliger. Boligformålet var dermed ikke tilfredsstillt.

Det ble delte saksomkostninger da ingen av partene fikk medhold fullt ut eller i det vesentlige.

*Eivind Bjøralt
Advokat*

Erstatning etter gl. § 9, jf. § 2 for skader forårsaket ved boring av energibrønn – HR-2023-2420-A

Saken gjaldt erstatning for katastrofale setningsskader på et nabohus etter boring av en energibrønn. Høyesterett kom til at både entreprenøren som utførte arbeidene, og bestilleren av arbeidene – en leietaker som disponerte naboeiendommen – var erstatningsansvarlige for skaden etter naboloven § 9, jf. § 2. Høyesterett kom dessuten til at de «rettslige kravene til årsakssammenheng» var oppfylt; som jeg kommer tilbake til nedenfor, kan det spørres hvilken plass slike vurderinger kan og bør ha, ved siden av vurderingen av ansvarsgrunnlaget.

Sakens bakgrunn

En ung familie mistet store deler av sin eiendomsinvestering etter brønnboringen hos naboen. Huset ble påført så store skader at det er kondemnabelt. De kjøpte huset i 2015, boringen fant sted i 2016, og de første skadene ble oppdaget i 2017. Etter en flere år lang rettsprosess kom Høyesterett enstemmig – og som første instans – til at de har krav på erstatning for lidt tap. Tingretten hadde kommet til at det ikke var sannsynliggjort årsakssammenheng. Lagmannsretten hadde på sin side kommet til at det forelå årsakssammenheng, men vurdert at denne ikke var «adekvat» og frifunnet på det grunnlaget, dette uten å være innom noen av ansvarsgrunnlagene. Nytt for Høyesterett var at partene var enige om at boringen av energibrønnen «utløste det hendelsesforløpet som har ført til de store skadene» på nabohuset, jf. avsnitt 43. Partene hadde ulikt syn på ansvarsgrunnlaget og om de «rettslige kravene» til årsakssammenheng var oppfylt.

Selve energibrønnen ble boret med det formål å anlegge en såkalt varmepumpe, som henter ut varme som er lagret i grunnvannet under bakken. Energibrønnen består i et smalt dypt hull ned i bakken, i dette tilfellet ca. 200 meter ned. I brønnen er det ført en ledning, en kollektorslange, som benyttes til varmeutveksling mellom grunnvannet under bakken og væsken i kollektorslangen. Boring etter energibrønner er svært vanlige, visstnok skal det være rundt 70 000 av disse i Norge, jf. Høyesteretts premisser avsnitt 87. Det er visstnok svært sjelden det oppstår skade av et slikt omfang. I denne saken skyldes skaden at nabohuset delvis sto på noe som kunne beskrives som et «basseng av løsmasse og leire mettet av grunnvann», jf. avsnitt 43. Brønnen førte til at vann fra dette bassenget seg ned i grunnvannsspeilet lenger ned. Ettersom bare halve boligen sto på dette hengende bassenget, fikk huset omfattende setningsskader. Først i mai 2023 ble brønnen tettet med termisk støp på en måte som stoppet sigingen av vannet ned i grunnvannsspeilet. Men det kunne ikke bøte på skadene huset allerede var påført.

Høyesteretts vurdering av ansvarsgrunnlaget
Høyesterett kom enstemmig til at det var grunnlag for å idømme erstatning etter naboloven § 9, jf. § 2. Førstvoterende tok utgangspunkt i at naboloven § 9 etablerer et rent objektivt ansvar for økonomisk tap som følge av skade eller ulempe i strid med dens bestemmelser i §§ 2–5. Det ble her vist til naboloven § 2 hvor det er et forbud mot det å «gjera eller setja i verk noko som er urimeleg eller uturvande til skade eller ulempe» for naboeiendommen.

Etter gjennomgang av forarbeidene til naboloven konkluderte førstvoterende med at det var resultatet – altså *skaden* – som måtte vurderes opp mot kriteriet for hva som er «urimeleg eller uturvande». Det var ikke tilstrekkelig for å fritta for ansvar at den påstått ansvarlige objektivt sett hadde *opptrådt* på en måte som måtte karakteriseres som «urimeleg eller uturvande». Betydningen av dette i denne og andre tilsvarende saker, er at den påstått ansvarlige ikke går fri ved for eksempel å vise til at alle forholdsregler for å hindre skade er tatt. Dette gjelder så vel entreprenør, som den som bestiller arbeidet, jf. avsnitt 60. Grunnen til dette er at det objektive ansvaret i naboloven § 9, jf. § 2 er utslag av et risikosynspunkt, og at «nokon serleg urett kan det ikkje vera, om den som har vinninga av tiltaket» må bære «den skaden som det fører med seg», jf. NUT 1957:3 s. 22, gjengitt av førstvoterende i avsnitt 55. Som videre påpekt av førstvoterende har synspunktet forankring også i etterfølgende juridisk teori og underrettspraksis, jf. avsnitt 57–58.

Videre kom førstvoterende til at både leietakeren som hadde bestilt arbeidene og entreprenørselskapet var ansvarlige etter naboloven § 2. Begge hadde tilstrekkelig tilknytning til eiendommen. Ordlyden i bestemmelsen – «ingen» – setter ikke noen begrensning på hvilke rettssubjekter som er omfattet av ansvaret. Det var klart, og heller ikke bestridt, at leietakeren hadde slik tilknytning, og det var også vedkommende som hadde satt «i verk» boringen. Entreprenøren som «gjorde» boringen var ansvarlig selv om vedkommende var underentreprenør og ikke sto i noe direkte kontraktsforhold til bestiller. Et relevant moment var at vedkommende hadde valgfrihet med hensyn til hvor på eiendommen og hvordan det skulle bores, jf. avsnitt 65. I hvilken utstrekning disse valgmulighetene ville hatt noen nevneverdig innvirkning på skadepotensialet er ikke konkret omtalt av førstvoterende. Det kan spørres om det ville ha hatt noen avgjørende betydning her.

Selv om skaden her skyldes at huset sto på en nokså spesiell grunn, var det ikke grunnlag for å nedsette ansvaret fordi dette skulle være spesielt sårbart, jf. naboloven § 9 annet ledd og § 13 om sikringstiltak. Det er ikke uvanlig i Norge å fundamentere hus på «lokalt sterkt varierende geologi». Huset var «godt bygget og fundamentert etter datidens standard, og det var også godt vedlikeholdt», jf. avsnitt 72.

Både § 2 og § 5 om «turvande sikringstiltak» kunne i og for seg «passe på forholdet» ifølge førstvoterende.

Bestemmelsen i § 5 krever «'turvande føregjerder' mot siging 'og anna slikt' ved graving, bygning, sprengning 'eller liknande'», jf. avsnitt 52. i denne konkrete saken viste det seg at den etterfølgende tettingen av brønnen i 2023 hadde stoppet prosessen som forårsaket skade, og reetablert grunnvannsspeilet som nabohuset sto på. Førstvoterende åpnet for at § 5 kunne ha betydning ved vurderingen av hvem som kunne holdes ansvarlig. Fordi ansvar i denne saken likevel kunne etableres direkte etter naboloven § 2, var det ikke nødvendig å gå inn på betydningen av § 5.

Høyesteretts vurdering av de «rettslige kravene til årsakssammenheng»

Førstvoterende kom deretter til at «de rettslige kravene til årsakssammenheng» var oppfylt, i avsnittene 74 til 91. Innledningsvis forkastet førstvoterende raskt en anførsel om at brønnboringen var «en for lite vesentlig faktor i årsaksbildet» i lys av hvordan skaden konkret oppsto, jf. avsnittene 75 til 77. Hovedvekten av drøftelsen lå på spørsmålet om årsakssammenhengen var «adekvat».

Med henvisning til tidligere rettspraksis tok førstvoterende utgangspunkt i spørsmålet om skaden var «upåregnelig, fjern og avledet». Førstvoterende hadde først enkelte generelle uttalelser om at det er *følgene* – og i mindre grad *måten de er oppstått på* – som skal vurderes, og dessuten at det er «den konkrete skadevoldende hendelsen, og ikke den aktuelle typen hendelse mer generelt» som skal vurderes, jf. avsnitt 87. Det har heller ingen avgjørende betydning om skaden er større enn «normalskaden», jf. avsnitt 83. Konkret lå skaden her ikke utenfor det som var påregnelig, selv om dette visstnok var «det første kjente tilfellet med så dramatisk skadeutvikling som her», jf. avsnitt 87. Sakkyndige hadde påpekt at skadeforløp og -omfang var «atypisk, uvanlig og ekstraordinært», men samtidig var de faktiske geologiske forholdene og fundamenteringsmåten ikke atypiske eller uvanlige, slik at sannsynligheten for slike saker «i en rekke tilfeller i fremtiden er betydelig», jf. avsnitt 84.

Utover å vise til sannsynligheten for skade, trakk førstvoterende også inn at entreprenør kunne ha gjort seg bedre kjent med grunnforholdene. Ved å følge fremgangsmåte for måling av grunnvann i gjeldende standard, NS 3056:2021, kunne entreprenør ifølge sakkyndige kommet til «konklusjonen at energibrønnen hadde potensiale til å drenere grunnvann» fra det bassenget nabohuset sto på. Dessuten trakk førstvoterende inn «alminnelige risikofordelings- og rimelighetsvurderinger», herunder partenes forsikringsmuligheter, og at «i den grad valget står mellom de to naboene, er det uansett mindre urimelig at tapet rammer den som faktisk har fått boret brønnen i egen interesse, enn naboene som har fått huset skadet», jf. avsnitt 91.

Kommentar

Gitt partenes enighet om at det forelå årsakssammen-

heng mellom brønnboringen og skadene, fremstår resultatet i denne saken helt riktig. Det var klart nok også det rimeligste resultatet. Det er nesten et understatement når førstvoterende påpekte: «For de fleste ville det nok ... fremstå som urimelig at en naboeiendom blir påført katastrofale setningsskader som følge av at det er boret en energibrønn», jf. avsnitt 71. Det er for øvrig lett å se hvordan denne saken har vært en stor personlig kostnad for den familien som krevde erstatning. Med dagens kostnadsnivå for å føre saker, er det et selvstendig poeng at ikke de rettslige vilkårene gjøres mer kompliserte eller uklare enn de behøver å være.

I den forbindelse gir saken grunn til å spørre hvilken plass vurderinger av «de rettslige kravene til årsakssammenhengen» kan og bør ha. I realiteten er dette en vurdering av hvor ansvaret for bestemte følgeskader skal plasseres. Kjernespørsmålet var her hvem som skal bære risikoen for nokså ekstraordinære følgeskader av et tiltak som er utført i den ene partens interesse. Det kan spørres om ikke dette spørsmålet helt ut kunne ha blitt besvart allerede under naboloven § 9, jf. § 2. Det vil si å vurdere betydningen av skadens påregnelighet, hvilke tiltak den påstått ansvarlige kunne ha gjort, og «alminnelige risikofordelings- og rimelighetsvurderinger» under denne bestemmelsen, uten å trekke inn adekvans.

Et eksempel er Rt. 1983 s. 1052 (Gol Bygg), som riktignok ikke gjaldt naboloven § 9, jf. § 2, men ulovfestet objektivt ansvar for et sprengstofflager som eksploderte etter at en sinnsforvirret ansatt hadde tatt seg inn i lagerbygningen og satt på brannen. Høyesterett kom i den saken til at skaden ikke var «mer atypisk enn at det bør regnes som en del av den generelle driftsrisiko» og la vekt på at det var mulig å tegne ansvarsforsikring. Begge momenter ble drøftet under ansvarsgrunnlaget, det ulovfestede objektive ansvaret, ikke også under «adekvans», jf. s. 1056.

Det er verd å merke seg at lagmannsretten hadde frifunnet for ansvar, *alene* fordi årsakssammenhengen ikke var «adekvat». Resonnementet i den påankende avgjørelsen fra Agder lagmannsrett bygget på en klar misforståelse. Utgangspunktet for en vurdering av et erstatningsansvar vil alltid måtte være *ansvarsgrunnlaget*. I den utstrekning det er plass til betraktninger om årsakssammenhengens «kvalitet», må dette i så fall være som en fortsettelse av vurderingen under ansvarsgrunnlaget. Se nærmere J. H. Meyer *Erstatningsrettens* årsakskrav (Universitetsforlaget 2021), særlig kap. 14.

Johannes Hygen Meyer*

**Forf. hadde uformell kontakt med ankende part om enkelte begrensede spørsmål i saken før forhandlingene i Høyesterett.*

Konferanse i Oslo

Forskergruppen Jus og teknologi og forskningsprosjektet VIROS ved Institutt for privatrett inviterer alle KI-interesserte jurister og fagpersoner til konferansen «AI Regulation and Governance: A Cross-Jurisdictional Approach» den 5. juni 2024 kl. 08:30-17:30 i Domus Bibliotheca i Karl Johans gate 47, Oslo.

Under konferansen samles både norske og utenlandske forskere for å sette søkelys på regulering og styring av kunstig intelligens (KI). Konferansen blir en unik plattform for jurister og forskere til å drøfte juridiske og rettspolitiske problemstillinger knyttet til utviklingen av kunstig intelligens i en internasjonal sammenheng. KI-regulering har stått høyt på agendaen de siste årene, spesielt i lys av EUs forordning om kunstig intelligens, som ble foreslått lenge før ChatGPT endret mange menneskers oppfatninger om hva KI kan få til. KI-forordningen er risikobasert, og regulerer både høyrisiko KI innenfor nærmere bestemte anvendelsesområder, samt KI-modeller som kan brukes til mange ulike formål, som for eksempel store språkmodeller.

Programmet for konferansen ble utviklet i et samarbeid mellom professorene **Tobias Mahler** (UiO) og **Henrique Sousa Antunes** (Catholic University of Portugal). Konferansen er delt inn i fem deler, og begynner med en innledning om KI-teknologi ved **Samia Touileb** (UiB). Deretter vil konferansen dekke en rekke temaer, slik som opphavsrett, digital konstitusjonalisme, diskursen om KI-regulering og erstatningsrett. EUs nye KI-forordning og alternative tilnærminger til KI-regulering vil også bli belyst.

Blant innleiderne er, **Guro Bøe Linnet** (UiO), **Heather Broomfield** (UiO), **Anne Marie Frøseth** (UiB) og **Samuel Becher** (Victoria University of Wellington, New Zealand). I tillegg vil **Tito Rendas**, **Giovanni De Gregorio** og **Vera Lúcia Raposo** ta turen fra Catholic University of Portugal og Nova School of Law i Portugal for å holde innlegg til konferansen.

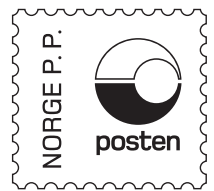
Konferansen er gratis, men det er begrenset med plass. Interesserte kan melde seg på via nettskjema: (<https://nettskjema.no/a/407496#/page/1>) innen fristen 27. mai. Konferansen foregår på engelsk.

Vel møtt!



Illustrasjon: <https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/nrccl/viros/events/conferences/ai-regulation-and-governance-2024.html>

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Lars Olav Skårberg: Yrkesskade – forsikring og trygd

Cappelen Damm Akademisk, 2024

732 sider | kr 999,-

Yrkesskade – forsikring og trygd gir en grundig, systematisk og helhetlig framstilling av reglene om yrkesskade. Boken er egnet som oppslagsverk for alle som har befattning med yrkesskadebestemmelsene, som dommere, advokater, saksbehandlere i forsikringsselskaper og trygdeforvaltning, verneombud, tillitsvalgte i fagforeninger, bedriftsleger og personalansvarlige. Det er lagt vekt på å drøfte problemstillinger som praktikere møter i sitt arbeid.

Lars Olav Skårberg (født 1961) er praktiserende advokat ved juridisk avdeling i LO. Til sammen har han mer enn tretti års erfaring med yrkesskadesaker, hovedsakelig på skadelidtsiden. Han har deltatt i offentlig utvalgsarbeid med personskadeerstatning, og holder jevnlig foredrag innenfor områdene yrkesskade og menneskerettigheter.



Nytt i privatretten

Nytt i privatretten utgis av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Damm Akademisk.

Redaktør: Geir Stenseth
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cda.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Damm Akademisk, telefon 21 61 66 13

Et årsabonnement (2024) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 400, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo
E-post: jus@cappelendamm.no
<http://www.cda.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2024
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2024.