



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Plassering av arbeidsgiveransvar i konsern – HR-2018-2371-A Norwegian

Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgiveransvar for andre selskaper i et konsern enn dem arbeidstakerne formelt var ansatt i. Tvisten gjaldt piloter og kabinpersonell tilknyttet konsernet som gjerne kalles «flyselskapet Norwegian». Opprinnelig ble flyvirksomheten drevet av det som i dag er konsernets morselskap, Norwegian Air Shuttle ASA (NAS), og arbeidstakerne var ansatt der. Etter internasjonal satsning og utvidelser av flyflåten ble det besluttet å omdanne til en konsernstruktur, inndelt i ulike virksomhetsområder. Flyvirksomheten drives nå av selskaper med driftstilatelser knyttet til ulike land (air operator certificates, AOC). Rettigheter til flyflåten ligger i Arctic Aviation Assets Ltd. (AAA) med underliggende selskaper. Personell og tjenester er organisert i et eget «ressurskonsern». Pilotene og kabinpersonellet er i dag formelt ansatt i henholdsvis Norwegian Pilot Services Norway AS (PSN) og Norwegian Cabin Services Norway AS (CSN), og betjener fly på både norske og utenlandske AOCer. En gruppe av disse arbeidstakerne krevde at morselskapet NAS og til dels det norske driftsselska-

pet Norwegian Air Norway AS (NAN) er arbeidsgiver for dem. Kravet var begrunnet i ulovlig innleie, jf. arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-12 (1), og i læren om arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag.

Den langvarige og konfliktfylte omstruktureringen danner bakgrunnen for tvisten. De tillitsvalgte ble først involvert fra høsten 2013, da det hadde vært arbeidet en tid med omstruktureringen. Pilotene ble først virksomhetsoverdratt til NAN i november 2013, mens det pågikk megling om revisjon av pilotenes tariffavtale og en rettstvist om deres pensjonsordning. Kabinpersonellet ble virksomhetsoverdratt til CSN i mars 2014, parallelt med deres tariffoppgjør, der uenigheten blant annet gjaldt om NAS skulle være part i avtalen. Pilotene ble virksomhetsoverdratt på nytt i mars 2015, fra NAN til PSN, mens de var i streik og etter at fagforeningen hadde varslet søksmål om at NAS var reell arbeidsgiver. Under alle tariffoppgjørene avga NAS ulike former for «stillingsgarantier» om å opprettholde en bestemt bemanning i de overtakende selskapene.

Tingretten la i juni 2016 til grunn at NAS var «reell arbeidsgiver» og at arbeidstakerne hadde krav på ansettelse i NAS fordi de var ulovlig leid inn. Også NAN ble ansett å drive ulovlig innleie. Omstruktureringen fortsatte imidlertid før saken kom opp for lagmannsretten. Norwegian Air Resources Limited (NAR) var opprettet for å forvalte arbeidskraften i konsernet. Den 1. september 2016 ble det mellom NAR og AOC-selskapene inngått en «frame service agreement» som regulerte levering av bemanningstjenester, og en «agreement for contracted activities» som la operasjonell kontroll og ansvar for flyvirksomheten på AOC-selskapene. Våren og sommeren 2017 ble administrative oppgaver og ansatte overført til et datterselskap av NAR (NAR SSC). Høsten 2017 ble så PSN og CSN solgt til NAR, som ble morselskap for alt pilot- og kabinpersonell i Norden. Saken stod dermed i en noe annen stilling for lagmannsretten, som i januar 2018 frifant NAS og forkastet anken over frifinnelsen av NAN. Omstruktureringen er ennå ikke helt fullført. NAS skal etter planen bli et rent holdingsselskap uten operativ drift, men har fremdeles en AOC knyttet til seg.

Ved behandlingen av saken i Høyesterett var rekkefølgen på spørsmålene et tema. Norwegian ble hørt

Innhold nr. 1

Arbeidsrett.....	1
Erstatningsrett	11
Familierett	14
Immaterialrett.....	15
Kontraktsrett.....	19
Obligasjonsrett	25

med at vurderingen måtte gjøres ut fra konsernstrukturen slik den nå var. Høyesterett valgte først å vurdere om levering av flybesetning fra NAR til NAS og NAN fra 1. september 2016 utgjorde *entreprise eller innleie av arbeidskraft*.

Retten tok utgangspunkt i det kjente vurderingste-maet. Grensen beror på en «helhetsvurdering der de sentrale kriteriene er ansvaret for ledelsen og resulta-tet av det arbeidet som utføres», og der visse andre kriterier «tjener mest som sperre mot forsøk på omgå-else» (avsnitt 80). Den nærmere vurderingen fokuserte i tråd med det særlig på ledelsen av arbeidet.

Høyesterett avviste en sentral anførsel om at den kontrollen over besetningen som følger av AOC-sel-skapenes myndighetspålagte ansvar, innebærer at forholdet må karakteriseres som innleie. Førstvoterende la i stedet til grunn at man måtte ta selvstendig stilling til grensen ut fra bevisene (avsnitt 89).

Etter kontraktene skulle NAR levere trent og kva-lifisert besetning på rett tid og sted i henhold til rute-programmet, sette opp arbeidsplan («roster») og bestemme besetningen på den enkelte flygning, noe som «klart» trakk i retning av *entreprise* (avsnitt 82). NAS og NAN skulle på den annen side stå for opplæ-ring i AOC-spesifikke krav og kunne etter omsten-dighetene kreve arbeidstakere erstattet. NAS og NAN skulle også ha aktiv kontroll og ansvar for alle «con-tracted activities». Førstvoterende fant det «mest natu-rig» å se dette som utslag av en oppdragsgivers rett til å føre kontroll med arbeidsresultatet (avsnitt 84). Kon-trollen var ikke mer aktiv og detaljert enn at det «gene-relle inntrykket» var en «overordnet kontroll», ikke arbeidsledelse (avsnitt 85).

Under selve flygningene er kapteinen øverste myn-dighet, og denne er underlagt ledere i AOC-selskapene. Høyesterett la imidlertid til grunn at det normalt ikke utøves noen arbeidsledelse under flygningene, innen-for gitte retningslinjer er besetningen «i praksis over-latt til seg selv» (avsnitt 87). Veiledning fra personer utpekt av NAS og NAN ble ikke vurdert som reell arbeidsledelse. NAR ble altså ansett å ha den daglige ledelsen av det arbeidet piloter og kabinpersonell utfør-er, noe som taler «sterkt for» *entreprise* (avsnitt 92).

Ut fra kontraktens bestemmelser om NARs ansvar ved forsinkelser mv. som skyldes besetningen, ble NAR også ansett ansvarlig for at resultatet av ytt arbeidsinn-sats er kontraktsmessig. Øvrige kriterier ga ikke grunn-lag for en annen vurdering, og konklusjonen ble at det «klart foreligger en *entreprise*» (avsnitt 99).

Vurderingen viser at grensen i all hovedsak ble truk-ke ut fra den formelle kontraktsreguleringen mellom konsernselskapene, med de mulighetene det gir for å unngå de nokså omfattende arbeidsgiverpliktene som påhviler en innleier etter arbeidsmiljøloven. At betje-ning av fly er sikkerhetskritisk virksomhet som AOC-selskapene har et myndighetspålagt ansvar for, fikk ikke nevneverdig vekt. Høyesterett synes heller å betrakte forholdet som en alminnelig bemanningsle-

veranse. Blant annet ble den administrative infrastruk-turen – ikke selve flyene – betraktet som det sentrale utstyret (avsnitt 96).

Det neste spørsmålet var om NAS skulle anses som *arbeidsgiver på «særskilt grunnlag»*. Etter aml. § 1-8 (2) er «arbeidsgiver» definert som «enhver som har ansatt arbeidstaker i sin tjeneste». Høyesterett betegnet begrepet som «funksjonelt» siden det etter forarbeidene «blant annet» skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver, og fordi det er åpning for ansvar for flere der det foreligger et såkalt «særskilt grunnlag» (avsnitt 103). Læren om ansvar på særskilt grunnlag er utviklet i rettspraksis og er forutsatt vide-reført i dagens arbeidsmiljølov. Førstvoterende siterte fra forarbeidenes sammenfatning av læren. Der heter det at «særlige grunnlag i hovedsak har vært at det er *avtalt* flere arbeidsgivere, at flere selskaper *reelt har opptrådt som arbeidsgiver* og utøvd arbeidsgiverfunk-sjoner, eller at arbeidsforholdet har *kontraktsmessige uklarheter*» (avsnitt 103, kursivert her).

Førstvoterende slo raskt fast at flere arbeidsgivere ikke var *avtalt*. Kontraktene ga ikke grunnlag for det, og virksomhetsoverdragelsene hadde medført parts-skifter. Spørsmålet var så om NAS fremdeles *reelt sett opptre som arbeidsgiver* for pilotene og kabinperso-nellet. Høyesterett la til grunn at terskelen generelt sett er høy: Ansvar for flere ble ansett som en «snever unntaksregel», der det «skal mye til» før et annet fore-tak enn den formelle arbeidsgiver får del i arbeidsgi-veransvaret (avsnitt 110). Uttalelsen bekrefter utgangs-punktet om at arbeidsgiveransvar påhviler den formelle arbeidsgiverpart.

Den konkrete vurderingen lå nær grensedragningen mellom *entreprise* og *innleie*. Når NAR utøvet arbeids-ledelsen, og NAS' innflytelse ikke gikk ut over en oppdragsgivers kontroll, måtte «de samme trekk» innebære at NAR bare i «helt marginal grad» utøvet arbeidsgiverfunksjoner (avsnitt 111). Førstvoterende føyde til at kriteriene for grensedragningen gjorde det «vanskelig å tenke seg at det i praksis skulle foreligge både et *entrepriseforhold* og et felles arbeidsgiveran-svar» (*ibid.*). De garantiene NAS hadde gitt i forbin-delse med tariffoppgjørene, ble ikke tillagt særlig vekt.

Hvem som utøvet arbeidsledelsen, ble altså avgjor-ende, ikke bare for grensen mot *innleie*, men også her. Den i hovedsak *formelle* vurderingen av hvor kontraktene la ansvaret for *denne* arbeidsgiverfunk-sjonen, «smittet» med andre ord over på vurderingen av hvem som *i realiteten* opptre som arbeidsgiver.

I de fleste dommene som ligger til grunn for læren om ansvar på særskilt grunnlag, står utøvelse av arbeidsledelse helt sentralt. Men det er også eksempler på en bredere tilnærming til det å opptre som arbeids-giver, der ansvar for flere begrunnes i andre maktfor-hold enn direkte arbeidsledelse.

Den neste spørsmålet gjaldt om det skulle gjøres en slik bredere vurdering. Det å flytte arbeidstakerne «nedover» i en konsernstruktur uten at arbeidsoppga-

vene endres, samtidig som morselskapet beholder avgjørende innflytelse, var hevdet å være et særskilt grunnlag. Høyesterett viste her til at et flertall i NOU 1996: 6 (Konsernutvalget) hadde foreslått å utvide arbeidsmiljølovens definisjon av «arbeidsgiver» til også å omfatte foretak med bestemmende innflytelse over arbeidsgiver, men at noen slik utvidelse ikke ble gjennomført. Heller ikke ved forberedelsen av dagens lov ble definisjonen utvidet, og i begrunnelsen viste forarbeidene blant annet til behovet for klar og forutberegnelig ansvars plassering. Høyesterett mente at den regelen det var argumentert for, «vil fanges opp» av forarbeidenes begrunnelse for ikke å utvide definisjonen (avsnitt 117). Høyesterett fremholdt på den annen side at nye måter å organisere næringsvirksomhet på kan «utfordre arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold» og få konsekvenser for arbeidstakeres rettigheter. Men gitt «de klare lov-giveruttalelsene» måtte det «være opp til lovgiver å avgjøre om det bør gis en slik regel» (avsnitt 119). Konklusjonen ble etter dette at NAS ikke var arbeidsgiver etter læren om ansvar på særskilt grunnlag.

Ytterligere to anførte grunnlag for ansvar for NAS ble vurdert og avvist. Ulovfestede regler om ansvars-gjennombrudd i selskapsforhold ble ikke ansett å gi noe i tillegg til læren om ansvar på særskilt grunnlag. Det var i stedet «nærliggende» å se denne læren som en regel om «ansvarsgjennombrudd basert på arbeidsrettslige hensyn» (avsnitt 121). Heller ikke brudd på kontraktsrettslig lojalitetsplikt kunne føre frem.

Det tredje og siste spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var om arbeidstakerne hadde krav mot NAS (for pilotene også mot NAN) om *fast ansettelse på grunnlag av ulovlig innleie* frem til 1. september 2016. NAS og NAN hadde erkjent at det ble benyttet innleie frem til dette tidspunktet.

Adgangen til innleie er begrenset på tilsvarende måte som adgangen til midlertidig ansettelse, jf. aml. § 14-12 (1), som viser til aml. § 14-9. Innleie i strid med dette gir krav på «et fast arbeidsforhold» hos innleier med mindre dette er «åpenbart urimelig» ut fra en avveining av partenes interesser, jf. aml. § 14-14 (1).

Det første spørsmålet var om innleien var lovlig fordi arbeidet hadde «midlertidig karakter», jf. i dag aml. § 14-9 (2) a. Høyesterett la til grunn at omorganisering eller usikkerhet om fremtidig oppdragsmengde ikke i seg selv er grunnlag for midlertidig ansettelse eller innleie. Kompliserte omorganiseringer kunne imidlertid gi et praktisk behov for «mellomstadier» med midlertidig ansettelse eller innleie (avsnitt 132). Det måtte foretas en konkret helhetsvurdering av en rekke «forhold eller hensyn», og det måtte få «vesentlig betydning» at hensikten hele tiden hadde vært å etablere en entreprisemodell (avsnitt 135). Det relevante spørsmålet var da om man med rimelighet kunne kreve at en entreprisemodell var etablert allerede i utgangspunktet. Høyesterett fant at man her kunne kreve det, ut fra selskapets ressurser og mulighet til planlegging.

Konklusjonen ble derfor at innleien var ulovlig frem til entreprisemodellen ble etablert 1. september 2016 (avsnitt 136).

Kravet om fast ansettelse i NAS (og NAN) førte likevel ikke frem. Høyesterett fant at det nå ville være «åpenbart urimelig». Retten la særlig vekt på at direkte ansettelse i NAS eller NAN i dag ville skape store problemer for konsernets drift. Ressursene for å følge opp besetningen ligger nå i NAR-strukturen, mens NAS er i ferd med å tømmes for operativ drift. Det ville være kostnadskrevende og komplisert å bygge opp en struktur der dette ivaretas av AOC-selskapene, og det ble satt spørsmålsteget ved hva arbeidstakerne ville vinne på en slik tilknytning.

Tross perioder med ulovlig innleie tapte altså arbeidstakerne på alle punkter, og Norwegians modell er lovlig per i dag. Nå i ettertid kan man se det slik at når og hvordan omstruktureringen skjedde, særlig bruken av virksomhetsoverdragelser under tariffkonflikter, var mer problematisk enn hva resultatet til slutt ble.

Vurderingen av læren om ansvar på særskilt grunnlag er det mest prinsipielle og interessante ved dommen. Resultatet her er ikke overraskende. Å anse NAS som arbeidsgiver på dette grunnlaget ville etter min vurdering innebære en ikke ubetydelig utvikling av læren, særlig på rettsvirkningssiden. I rettspraksis har det vært tale om ansvar for nærmere bestemte arbeidsgiverplikter. Høyesterett pekte selv på det, og bemerket at en dom for at NAS «er» arbeidsgiver «synes å reise flere spørsmål om hva som ville være rettsvirkningene» (avsnitt 123).

Samtidig kan det synes som om Høyesterett har snevret lærens vilkårsside noe inn. Etter forarbeidene skal plasseringen av ansvar ikke bare bidra til klare og forutberegnelige ansvarsforhold, den anses også normalt å være «god og treffende» med hensyn til hvor den reelle innflytelsen ligger, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 76. Som nevnt ovenfor gir rettspraksis eksempler på en bredere vurdering av maktforholdene. Læren om ansvar på særskilt grunnlag kan derfor sees som en balanserende mekanisme som skal sikre en rimelig grad av samsvar mellom makt og ansvar. Høyesterett benyttet ikke åpningen for en slik bredere vurdering og sa heller ikke noe om dette vurderingstemaet. Sett i sammenheng med de innledende uttalelsene om en «snever unntaksregel» som det «skal mye til» for å anvende, kan det forsterke det formelle utgangspunktet for ansvars plasseringen. Inntrykket etter dommen er at ansvars plasseringen i all hovedsak beror på formell regulering i kontrakt, av partsforhold og ansvar for arbeidsledelse. Det bidrar nok til økt forutberegnelighet, men kan svekke den ønskede sammenhengen mellom reell makt og ansvar. Det gir også grunn til å sette spørsmålsteget ved betegnelsen av arbeidsgiverbegrepet som «funksjonelt».

Men ballen som Høyesterett spilte til lovgiver, kan rulle videre. Den er allerede snappet opp av fagbevegelsen og brakt videre til politiske miljøer på rød-grønn side.

Marianne Jenum Hotvedt

**Grunnleggende og kompleks arbeidsrett:
bundethet og ufravikelighet ved overgang til ny
tariffavtale med ny arbeidsgiverorganisasjon
– AR-2019-4 og AR-2019-5**

Kan en tariffavtale, eventuelt en som avløser en annen, føre til at arbeidstagere som omfattes, får dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn før? Dette var det underliggende temaet i disse to dommene. Det enkle svaret er ja. En tariffavtale binder ikke bare partene – tariffpartene – men også deres «berørte» medlemmer. Hvilke medlemmer som bindes, beror på tariffpartenes avtaleregulering. Hva medlemmene bindes av, avhenger likeledes av tariffavtalens bestemmelser. Så langt de rekker er tariffavtalens bestemmelser ufravelige og innebærer både tariffrettslige og individualrettslige rettigheter og plikter for medlemmer som er bundet. Dette er grunnleggende arbeidsrett.

Arbeidsretten bygget – selvsagt – på dette. Men veien til konklusjonene ble komplisert av at partene under hovedforhandlingen trakk deler av problemstillingene ut av sakene, med noen selsomt utformede protokoller. Arbeidsretten føyet selv til noen bemerkninger som også kompliserer bildet. Begge deler gir god grunn til kommentarer.

Tvisten i sakene knyttet seg dels til de parallelle hovedavtalene mellom LO og NHO og mellom Norsk Sykepleierforbund (NSF) og NHO. Dels gjaldt de Pleie- og omsorgsoverenskomsten, som er parallell i avtaleforholdene LO/Fagforbundet – NHO/NHO Service og Handel (NHO-SH) og NSF – NHO/NHO-SH. Den felles, overordnede problemstillingen var om tariffavtalereguleringen begrenset adgangen til å ta bort enkelte lønns- og arbeidsvilkår som var mer fordelaktige etter tidligere tariffavtaler, når disse ble avløst av Pleie- og omsorgsoverenskomsten. Dette er et tema med flere fasetter.

De to hovedavtalene, likesom en rekke andre i privat sektor, har bestemmelser om at avtalepartene «i tariffperioden» kan kreve at en tariffavtale «skal gjelde i medlemsbedrift som ikke har vært bundet av tariffavtale mellom organisasjonene». Enkelt sagt må en organisasjonsmessig overenskomst for en bransje e.l. «gjøres gjeldende» for bedriften. Det kan være tale om en eksisterende medlemsbedrift eller en bedrift som kommer inn som nytt medlem i arbeidsgiverorganisasjonen. Eller det kan være en allerede tariffbundet bedrift som «igangsetter virksomhet som ikke er omfattet av gjeldende tariffavtale for bedriften». Begrepet «bedrift» i slike bestemmelser må ikke forveksles med arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep. En «bedrift» kan være et foretak – et aksjeselskap e.l. i sin helhet – men kan også være en avgrenset del av et foretak.

Slike hovedavtalebestemmelser stiller prosedyrekrav og materielle vilkår for at en «bestående» organisasjonsmessig overenskomst skal bli gjort gjeldende, og har særlige regler om valg mellom

overenskomster der det er flere som kan være «anvendbare»; § 3-7 – § 3-10 i begge de hovedavtalene det er snakk om her. Det er ikke nødvendig å gå i detalj om disse reglene. Den bestemmelsen det er grunn til å peke spesielt på, er § 3-7 nr. 6 om forhandling om overgangsordninger: «Medfører overgang til ny tariffavtale endringer i lønns- og arbeidsvilkårene, herunder pensjon, eller forskjeller i vilkårene blant dem som utfører samme arbeid, skal det forhandles om en overgangsordning.»

De to dommene omfatter tre saker – én mellom LO/Fagforbundet og NHO/NHO-SH (AR-2019-4), og to mellom NSF og NHO/NHO-SH (AR-2019-5). For enkelhets skyld kaller jeg dem Dom 1 og Dom 2. Faktum i Dom 1 og den ene av sakene i Dom 2 var sammenfallende. Faktum i den andre saken i Dom 2 var annerledes på flere punkter. De tariffrettslige problemstillingene var likevel de samme i alle sakene. Derfor ble det gjennomført én felles hovedforhandling for alle tre. At det ble to dommer, ikke én, har sin grunn i prosessregler i arbeidstvistloven. Dette er det heller ikke grunn til å gå inn på.

Problemstillingene knyttet seg dels til hovedavtalebestemmelsene, dels til en særskilt merknad til Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO). En tredje fasett gjaldt spørsmål om hva som kunne anses som individuelle lønns- og arbeidsvilkår og relasjonen til PLO som minstelønnsoverenskomst. Dette siste ble imidlertid trukket ut av sakene ved de protokollene som ble inngått under hovedforhandlingen. Det kommer jeg tilbake til avslutningsvis.

Sterkt komprimert var faktum i sakene som følger:

De to sakene med sammenfallende faktum gjaldt avtaleforhold for Aleris Omsorg AS (Aleris), som er medlem av NHO siden 1999 og blant annet driver flere sykehjem i Oslo. Pr. 1. juni 2014 overtok Aleris driften av Kantarellen bo- og rehabiliteringssenter (Kantarellen) ved en virksomhetsoverdragelse (etter arbeidsmiljølovens § 16-2) fra Oslo kommune. Kantarellen var bundet av overenskomst med Oslo kommune for tariffperioden 2014–2016. Etter noe frem og tilbake ble det lagt til grunn at Aleris etter virksomhetsoverdragelsen var bundet til denne avtalen som en selvstendig, identisk «direkteavtale». NHO-SH fremmet krav 10. november 2014 om at Pleie- og omsorgsoverenskomsten skulle gjøres gjeldende for Kantarellen. Det var ikke omtvistet at det var PLO som var den aktuelle «bestående» avtalen. Men dersom direkteavtalen ble avløst fullt ut av PLO, ville det ha konsekvenser for enkelte tillegg til alminnelig lønn som fulgte av direkteavtalen. De ville bli lavere eller – for et såkalt stabiliseringstillegg – ikke være omfattet av PLO.

Det stilte seg på lignende måte med den andre saken i Dom 2. Grefsenhjemmet er et privat sykehjem i Oslo, eid av en stiftelse knyttet til Grefsen menighet. Grefsenhjemmet (GH) var medlem i arbeidsgiverforeningen Virke og bundet av overenskomst

mellom Virke og NSF. GH meldte seg ut av Virke og inn i NHO 28. januar 2014. Virke-overenskomsten hadde ordinært utløp 30. april. NSF fremmet krav 10. april 2014 til NHO-SH om at PLO skulle gjøres gjeldende fra 1. mai samme år. NHO aksepterte kravet i brev av 18. september 2014. I avtaleforholdet med Virke hadde NSF en særavtale om stabiliseringstillegg, et særskilt lønnstillegg for ansatte med mer enn fire og mer enn tolv års ansiennitet. NSF hadde også, 24. april 2014, fremmet krav om at dette tillegget skulle opprettholdes når PLO ble gjort gjeldende.

Det ble ført felles forhandlinger om overgangsordning for avtaleforholdene for Aleris fra 1. september 2015. Det ble ikke oppnådd enighet. Etter flere møter og skriftveksling mellom partene meddelte NHO-SH, i e-post til Fagforbundet, at man ikke anså det som «hensiktsmessig» å fortsette overgangsforhandlingene med NSF, men at man kunne ta et nytt møte med Fagforbundet om de hadde et annet syn. Det ble ingen flere møter. Det ble heller ikke utarbeidet noen protokoll som gav uttrykk for en formell avslutning av forhandlingene. Aleris sendte 25. april 2016 et informasjonsskriv til de ansatte ved Kantarellen der det, blant annet, ble meddelt at det var PLO som ville gjelde fra 1. mai, men at tidligere vilkår ville bli forlenget til 30. juni 2016. I et nytt informasjonsskriv 20. juni meddelte Aleris så at det 10. juni var blitt klart at overgangsforhandlingene «ikke ville føre frem», og at «betingelsene i» PLO ville gjelde fra 1. juli 2016. Som en konsekvens ble de høyere tilleggssatsene og stabiliseringstillegget som var fastsatt i direkteavtalen, ikke betalt etter dette.

For Grefsenhjemmet ble overgangsforhandlingene gjennomført mellom de lokale partene. Heller ikke der ble det oppnådd enighet. Det var særlig spørsmål om en overgangsordning eller videreføring av stabiliseringstillegget som voldt problemer. Styret ved Grefsenhjemmet vedtok 8. desember 2015 å avvise NSF's krav om videreføring av tillegget. Man holdt seg da til Pleie- og omsorgsoverenskomsten som ikke inkluderte et slikt tillegg.

Det som stod igjen for Arbeidsretten, var spørsmålene om hovedavtalene og den særskilte merknaden til Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO) begrenset adgangen til å endre lønns- og arbeidsvilkår når PLO ble gjort gjeldende for bedriftene.

Et første spørsmål var fra hvilket tidspunkt PLO, med dens lønns- og arbeidsvilkår, kunne gjøres gjeldende for Kantarellen. PLO var under revisjon i perioden fra 1. mai 2016 til ny overenskomst ble vedtatt etter uravstemning 14. november 2016. I denne perioden gjaldt overenskomsten for 2014–2016 fortsatt, i henhold til bestemmelsen i arbeidstvistslovens § 8 (3) om tariffavtalens ettervirkning. LO/Fagforbundet og NSF anførte at overenskomsten bare kunne gjøres gjeldende i den ordinære tariffperioden, ikke i perioden med ettervirkning. Det førte ikke frem. Arbeidsretten pekte på at utgangspunktet etter hovedavtalenes § 3-7 nr. 5

første ledd er at «[t]ariffavtalen skal gjelde fra det tidspunkt kravet er mottatt». Etter bestemmelsens tredje ledd gjelder et unntak der bedriften ved innmeldelse i NHO er bundet av en annen tariffavtale. Den avtalen gjelder da «til den er brakt til utløp». Arbeidsretten fremholdt at NHOs krav om å gjøre PLO gjeldende ble fremmet i tariffperioden, ikke i ettervirkningsperioden. Da var det «uten betydning at iverksettelsen først skjer når overenskomsten består i kraft av reglene om ettervirkning, ... Det tariffrettslige systemskiftet skal skje etter at direkteavtalen har falt bort», forstått som utløpet av den ordinære tariffperioden, her 30. april 2016 (Dom 1 avsnitt 41, Dom 2 avsnitt 51).

Dernest var det uenighet om rekkevidden av hovedavtalenes § 3-7 nr. 6 om overgangsforhandlinger. Etter en gjennomgåelse av avtalehistorien bemerket Arbeidsretten at forhandlingsplikten innebærer at partene «må gjøre reelle forsøk på å finne frem til hensiktsmessige ordninger». Men bestemmelsen krever ikke at det oppnås enighet. Den er ikke en «generell materiell skranke» for gjennomføring av ny tariffavtale. Retten ville ikke utelukke at «brudd på forhandlingsplikten etter omstendighetene kan være til hinder for at den nye overenskomsten gjøres gjeldende før forhandlingene er fullført». Men etter en nærmere drøftelse av det faktiske forløpet i overgangsforhandlingene med Aleris konkluderte Arbeidsretten med at det var gjort «reelle forsøk på å komme til enighet». Når det så viste seg at det «ikke var mulig å få på plass en overgangsordning», var det ikke tariffstridig å gjøre bestemmelsene i PLO gjeldende fra 1. juli 2016 «i samsvar med utgangspunktet» i hovedavtalenes § 3-7 nr. 5». (Dom 1 avsnitt 49, 50 og 60, Dom 2 avsnitt 59, 60 og 72.)

Konklusjonen ble den samme i tvisten om Grefsenhjemmet, selv om det var «mangler ved forhandlingsprosessen» der. Arbeidsretten kom til at manglene ikke var «tilstrekkelige» til at PLO ikke kunne «få virkning i samsvar med reglene i» hovedavtalenes § 3-7 (Dom 2 avsnitt 78 jfr. 74–77).

Det siste tvistepunktet i alle sakene gjaldt forståelsen av en merknad til Pleie- og omsorgsoverenskomsten fra 1998: «Dersom denne overenskomst gjøres gjeldende for nye uorganiserte arbeidssteder/bedrifter, skal ingen av de ansatte av den grunn få sine lønns- og arbeidsvilkår forringet.» Med uttrykket «uorganiserte» skilte merknaden seg fra den fra 1997, da PLO ble opprettet første gang. Ved tolkningen så Arbeidsretten hen til det og til lignende merknader i andre overenskomster. Retten la ut fra dette til grunn at merknaden til PLO «først og fremst tar sikte på situasjonen hvor tariffavtale gjøres gjeldende i en virksomhet [*sic*] som fra før ikke er bundet av tariffavtale». Både Kantarellen og Grefsenhjemmet var tariffbundet fra før. Dermed kunne merknaden ikke være anvendelig når PLO ble gjort gjeldende for disse (Dom 1 avsnitt 65, Dom 2 avsnitt 83). Gjennomføringen av PLOs bestemmelser var med andre ord heller ikke tariffstridig etter PLOs egne bestemmelser.

I drøftelsen av hovedavtalenes § 3-7 nr. 6 la Arbeidsretten til grunn at «[d]ersom partene ikke blir enige om annet, må den nye tariffavtalen gjennomføres etter sitt innhold, uansett om det fører til endringer til gunst eller ugunst for medlemmene, jf. blant annet ufravikelighetsregelen i arbeidstvistlovens § 6. Hvilke konsekvenser den nye tariffavtalen vil få, beror på hva tariffavtalen bestemmer» (Dom 1 avsnitt 50, Dom 2 avsnitt 60; min kursivering). Det er alminnelig, grunnleggende tariffrett, slik jeg også har pekt på innledningsvis. Denne grunnregelen ville ha anvendelse i disse sakene ettersom PLO og merknaden til den ikke selv gav grunnlag for noen annen løsning. Men avslutningsvis føyet Arbeidsretten til et eget avsnitt, nærmest som et *dictum*. Avsnittet er sammensatt og kan virke selsomt. Det reiser flere spørsmål som gir grunnlag for kommentarer. Avsnittet lyder slik:

«Selv om merknaden ikke er anvendelig, kan det på annet grunnlag gjelde begrensninger i adgangen til å endre lønns- og arbeidsvilkårene. Gjennomføringen av Pleie- og omsorgsoverenskomsten gir ikke uten videre grunnlag for endringer til ugunst for arbeidstakerne. Det følger av tariffavtalens bindende virkning at det som avtalen bestemmer om lønns- og arbeidsvilkår, automatisk blir en del av de individuelle arbeidsavtalene, jf. blant annet arbeidstvistloven § 6. Lønns- og arbeidsvilkårene som fulgte av en tariffavtale som har opphørt, vil derfor ikke uten videre falle bort eller kunne endres av arbeidsgiver som følge av overgang til en minstelønnsoverenskomst, sml. ARD-1926-110. Hvorvidt [Kantarellen eller Grefsenhjemmet] på annet grunnlag er avskåret fra å gjennomføre endringer, er ikke tema i saken for Arbeidsretten» (Dom 1 avsnitt 66, Dom 2 avsnitt 84).

En første kommentar knytter seg til tredje setning i dette avsnittet, om hva som følger «automatisk» av en tariffavtales bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår. Dette er konvensjonelt og like grunnleggende som rettens generelle bemerkninger i avsnittene 50 hhv. 60 som jeg har sitert ovenfor. Men det må da også sees i sammenheng med det som er uttalt der. Hva som er bindende, beror på hva vedkommende tariffavtale bestemmer. Medmindre tariffavtalen selv gir grunnlag for noe annet, er dens «normative» bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår bindende og ufravikelige for arbeidsavtaler mellom gjensidig tariffbundne, og de skaper rettigheter og plikter mellom partene i de berørte individuelle arbeidsforholdene. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor, også i kommentarene til partenes protokoller.

Slike normativt bestemte rettigheter og plikter i de individuelle arbeidsforholdene blir ikke til intet, de forsvinner ikke i den løse luft, selv om den tariffavtalen som de er et resultat av, faller bort. Det har Arbeidsretten likeledes pekt på i første del av den påfølgende setningen, til og med formuleringen «vil derfor ikke

uten videre falle bort». Dette er også grunnleggende alminnelig arbeidsrett. Her er det snakk om en eftervirkning av tariffavtalen. Som jeg har fremholdt tidligere (TfR 1984 s. 254 ff) er dette *kjernen* i det videre arbeidsrettslige begrepet om 'eftervirkning'. Dommen i ARD 1926 s. 110 er et talende eksempel. Men et viktig poeng er da at den tariffavtalen som «har opphørt», ikke lenger har noen ufravikelighetsvirkning for partene i arbeidsavtalen; den er ikke lenger en skranke for avtalefriheten på individuelt nivå. Arbeidsavtalens parter står fritt til å avtale andre, nye betingelser seg imellom. Men som alminnelig regel kan arbeidsgiveren, selvsagt, ikke ensidig endre avtalevilkårene i større grad enn arbeidsavtalen selv måtte gi grunnlag for. Veien må ellers gå om mekanismer som kan gi mulighet for endring på annen måte enn ved avtale.

Fortsettelsen av denne fjerde setningen – «ikke uten videre ... kunne endres av arbeidsgiver som følge av overgang til en minstelønnsoverenskomst» – er derimot problematisk. Det er ikke helt treffende å si at *arbeidsgiveren* ikke kan endre vilkår. Spørsmålet er her som ellers hva *tariffavtalen* fastsetter. Det gjelder også der det er tale om overgang til en minstelønns-overenskomst (hvilket PLO er). Dommen i ARD 1926 s. 110 kan ikke leses dithen at det i slike tilfeller gjelder et annet utgangspunkt, i form av en slags alminnelig norm om at tidligere lønns- og arbeidsvilkår «ikke uten videre» kan endres. Dommen bygger tvert imot på at den *nye* tariffavtalen, en minstelønns-overenskomst, skulle forstås slik at *den* hjemlet rett for arbeidstagerne til å regne et prosenttillegg som var en del av deres individuelle lønn gjennom eftervirkning av den eldre tariffavtalen, inn i lønnsgrunnlaget for en bestemmelse i den nye tariffavtalen om lønns-reduksjon. Eller som Arbeidsretten uttrykte det, det var en «tvist om hvordan den nye tariffavtales reduksjonsbestemmelse er å forstå» (s. 113). Det er også slik problemstillingen har vært sett i rettspraksis forøvrig om slike spørsmål. Arbeidsrettens reservasjon i dette tilfellet, med uttrykket «ikke uten videre», er kanhende dels tenkt å skulle stå i sammenheng med standpunktet ovenfor i samme avsnitt om at «[g]jennomføringen av Pleie- og omsorgsoverenskomsten gir ikke uten videre grunnlag for endringer til ugunst for arbeidstakerne». Det er spesielt at Arbeidsretten på den måten gir uttrykk for et standpunkt til avtaleforståelsen. Det var ikke et tema for retten – slik det sies i siste setning i avsnittet. Tvert imot var det trukket ut av saken; jfr. nedenfor om partenes protokoller. Dels kan det tenkes at «ikke uten videre» er ment som en reservasjon for tilfeller der den nye tariffavtalen *er* til hinder for at individuell vilkår kan opprettholdes. Det er mer av et åpent spørsmål; og uansett er det uheldig at det ikke er klarere hva retten har ment med denne uttalelsen. Men den må, som sagt, kanskje forstås i sammenheng med det som følger rett nedenfor her.

Arbeidsrettens bemerkninger i avsnitt 66/84 har nok en bakgrunn i spørsmål som fra først av var en

del av sakene, men som ble «løftet ut» av dem ved de protokollene som partene inngikk under hovedforhandlingen. Den siste setningen i disse avsnittene, om hva som «ikke [er] tema i saken for Arbeidsretten», gir et klart inntrykk av det. Protokollene, som er like-lydende, er ikke tatt inn i dommene. Jeg siterer dem her fra kopier av originalene:

«Gjennomføring av ny tariffavtale gir ikke i seg selv grunnlag for å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår, dersom disse ikke er i strid med den nye overenskomsten. Parten har gjennom denne protokollen ikke regulert hva som eventuelt har blitt individuelle lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et spørsmål som eventuelt må avgjøres for de ordinære domstoler.»

Den første setningen har to komponenter. Dels gir den uttrykk for at tidligere lønns- og arbeidsvilkår som er i strid med ny tariffavtale, ikke kan opprettholdes. Det sier ikke noe annet eller mer enn det som følger av grunnleggende alminnelig tariffrett. Dels sier den at dersom det ikke er motstrid, vil ny tariffavtale «ikke i seg selv» gi grunnlag for å endre individuelle vilkår fra tidligere. Med andre ord holdes det åpent for at slike vilkår *kan* bestå ved siden av, som tillegg til, den tariffavtalen som gjøres gjeldende. Dette kan vanskelig forstås som annet enn uttrykk for en løsning som partene ser som mulig i de konkrete tvistene om virkningen av at PLO er gjort gjeldende. Ut fra bakgrunnen for protokollene har det formodningen mot seg at partene har ment å gi uttrykk for en generell norm for alle tariffavtaleforhold dem imellom (dem er det ikke så rent få av).

De to siste setningene i protokollen er utvilsomt knyttet til de konkrete tvistene. De favner ikke de generelle problemstillingene fullt ut. Dersom det er spørsmål om hva som er «normative bestemmelser» i individuelle arbeidsforhold *mens* en tariffavtale består, hører tvister om dette under Arbeidsretten som tvister om tolkning av tariffavtalen. Det følger av arbeidstvistlovens § 34 (2) at når Arbeidsretten i domsslutning fastslår en bestemt forståelse av en tariffavtale, «gjelder denne forståelsen også for enhver arbeidsavtale som bygger på tariffavtalen». Det gjelder da også for de alminnelige domstoler, på alle nivåer. De kan ikke legge en annen forståelse av tariffavtalen til grunn enn den som er fastslått av Arbeidsretten.

Slike spørsmål kan selvsagt komme opp for de alminnelige domstoler uten at det foreligger noen dom fra Arbeidsretten om tariffavtaleforståelsen. Som sagt foran skaper tariffavtale rettigheter og plikter i de enkelte arbeidsforholdene. Disse kan partene i arbeidsavtalen håndheve på individualrettslig grunnlag for de alminnelige domstoler. Arbeidstvistlovens § 34 (1) er et indirekte uttrykk for dette. De alminnelige domstoler må da ta prejudisiell stilling til tariffavtaleforståelsen. Rettspraksis byr på en rekke eksempler. Dommen i Rt. 1995 s. 1 er én illustrasjon. En forståelse av en tariffavtale som legges til grunn av en alminne-

lig domstol, er imidlertid ikke bindende for Arbeidsretten. Saker for de alminnelige domstoler kan på sin side stanses, etter tvistelovens regler, for å få en bindende avgjørelse av Arbeidsretten.

Hvis det oppstår spørsmål om hva som er «normative bestemmelser» som omfattes av eftervirkningen av en tariffavtale som er falt bort, kan man ikke gå denne veien. I slike tilfeller faller spørsmålet utenfor Arbeidsrettens domsmyndighet. De alminnelige domstoler må da ta stilling – «postjudisielt», om man vil – med avgjørende virkning. Også her byr rettspraksis på eksempler; dommen i Rt. 1996 s. 1218 gir en god illustrasjon.

De to dommene som er tema for denne kommentaren, berører sentrale tariffrettslige og alminnelig arbeidsrettslige spørsmål. Derfor er det viktig å feste oppmerksomhet ved dem. Avslutningsvis hører det med å nevne at dommene er del av en større saga. Den skriver seg tilbake til 2006–2009, da det ble forhandlet mellom NSF og NHO-SH om opprettelse av en tariffavtale for helse og omsorg. Den interessetvisten endte til slutt i Rikslønnsnemnda, som ved kjennelse 11. mai 2010 fastsatte Pleie- og omsorgsoverenskomsten som tariffavtale for partene. Det ledet videre til tvister om overenskomstens omfang og tilhørende problemstillinger, som var tema for dommer av Arbeidsretten i ARD 2011 s. 36 og ARD 2016 s. 254. Siste skudd på stammen forut for dommene fra januar i år er Arbeidsrettens dom 19. desember 2018 (AR-2018-29) i tvist mellom NSF og NHO/NHO-SH om PLOs virkeområde i forbindelse med krav om å få overenskomsten gjort gjeldende i åtte ulike bedrifter. Og historien slutter ikke der. I henhold til protokollene som knytter seg til årets dommer, skal det avgjøres ved de alminnelige domstoler hva som «eventuelt har blitt individuelle lønns- og arbeidsvilkår». Når det kan bli endelig avgjort, gjenstår å se. Det gjenstår da også å se hvorvidt det så blir uenighet om det som blir kategorisert som individuelle lønns- og arbeidsvilkår, er forenlige med Pleie- og omsorgsoverenskomsten eller ei.

Stein Evju

Håndhilsesakene for Diskrimineringsnemnda – LDN-2018-48 og LDN-2018-108

En mannlig muslimsk vikarlærer ved en Oslo-skole fikk ikke forlenget sitt engasjement fordi han av religiøse årsaker nektet å håndhilse på kvinner. NAV reduserte deretter hans sosialstønad da han ble ansett for å ha takket nei til tilbud om arbeid. Vikarlæreren klaget både arbeidsgiver (Oslo kommune ved den aktuelle skolen), og NAV sosialtjenesten (Oslo kommune ved det aktuelle NAV-kontoret) inn for Diskrimineringsnemnda. Saken vekket omfattende medieinteresse, og Diskrimineringsnemnda ble satt som forsterket nemnd med alle tre nemndsledere og to andre nemndsmedlemmer.

Kort fortalt kom nemnda til at arbeidsgiver ikke hadde diskriminert klager ved at engasjementet ikke ble forlenget (LDN-2018-48), men at NAVs vedtak om reduksjon av støtte til livsopphold innebar diskriminering (LDN-2018-108). Begge spørsmål ble avgjort under dissens, og forskjellen i resultat mellom de to sakene knytter seg i det vesentligste til forholdsmessighetsvurderingen: Reduksjon av sosialhjelp til livsopphold ble ansett mer inngripende overfor klager enn at arbeidsforholdet ikke ble forlenget. Klagene omfattet også noen andre forhold: I klagen mot arbeidsgiver fant en samlet nemnd at denne ikke hadde brutt sin plikt til å verne klager mot trakassering fra elevenes side. I klagen mot NAV fant nemndas flertall at en uttalelse fra en saksbehandler utgjorde direkte diskriminering på grunn av religion.

Kommentaren her fokuserer på klagen mot arbeidsgiver over at engasjementet ikke ble forlenget.

Denne saken reiste spørsmål om hvilke handlinger som kan anses som utslag av religion (og dermed faller innenfor diskrimineringsvernet), om det forelå direkte eller indirekte forskjellsbehandling, samt om forskjellsbehandlingen var saklig, nødvendig og forholdsmessig.

En samlet nemnd finner at det var tilstrekkelig nær og direkte sammenheng mellom handlingen – vegring mot å håndhilse på personer av motsatt kjønn – og religionen. Dette gjelder selv om det ikke er enighet innen islam om denne tolkningen. Her viser nemnda blant annet til EMDs avgjørelse i *Eweida*-dommene (ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010) og Høyesteretts *obiter dictum* i fastlegesaken (HR-2018-1958-A).

Nemnda er delt i spørsmålet om det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling, samt om forskjellsbehandlingen kan legitimeres.

Et flertall på tre viser til at kravet om å håndhilse på alle uansett kjønn ble praktisert overfor alle ansatte. At dette ble formulert som et uttrykkelig krav bare overfor klager, hadde sammenheng med at man var kjent med hvordan han stilte seg til problemstillingen. Etter flertallets syn er forskjellsbehandlingen altså indirekte.

Flertallet finner videre at arbeidsgivers krav hadde saklig grunn i en plikt for skolen til å fremme likestilling mellom kjønnene. Kravet var nødvendig ettersom arbeidsgiver ikke hadde andre realistiske handlingsalternativer. Å gi arbeidstaker mulighet for å hilse på begge kjønn på samme måte som han hilste på kvinner – ved å legge hånden på hjertet – ville virke «konstruert og fremmed» og dessuten åpenbart begrunnet i hans ønske om ikke å håndhilse på kvinner. I forholdsmessighetsvurderingen finner flertallet at klagers religionsfrihet må vike for skolens plikt til å fremme likebehandling av kjønnene. Det blir blant annet tillagt vekt at bakgrunnen for klagers vegring mot å håndhilse på kvinner var å verne seg mot «fristelser», en tankegang som står fjernt fra skolens idealer om kjønnslikestilling. Likestilling mellom kjønnene er en minst like tungtveiende verdi som religionsfrihet. Selv om

arbeidstakers handling var begrunnet i religion, dreide det seg ikke om religionens fundament, men et avgrenset og lite sentralt utslag av klagers religiøse oppfatning. Det vil være uheldig for en ønsket samfunnsutvikling dersom en skulle legge avgjørende vekt på konservativ religiøs praksis. Flertallet tar forbehold om at forholdsmessighetsvurderingen ikke nødvendigvis vil være den samme i en oppsigelsessituasjon.

Mindretallet starter med å gå gjennom vernet for religionsfrihet etter norsk rett og internasjonale menneskerettigheter, med fokus særlig på praksis fra FNs menneskerettskomité. Mindretallet trekker frem at diskrimineringsvernet står særlig sterkt i arbeidsforhold og viser til FN-ØSK og EUs rammedirektiv om diskriminering (2000/78/EF). Grunnleggende menneskerettigheter kan sette grenser for arbeidsgivers styringsrett, herunder for adgangen til å diktere innholdet i arbeidsavtalen.

Mindretallet legger til grunn at arbeidsgivers handling innebar direkte diskriminering. Krav om håndhilsing på begge kjønn ble stilt bare overfor klager. Det forelå ingen generelle retningslinjer om hilseformer, og et slikt krav kunne heller ikke utledes direkte av kommunens etiske retningslinjer.

Unntaksadgangen ved direkte forskjellsbehandling i arbeidsforhold er svært snever. Her forelå etter mindretallets mening ikke noe saklig formål som kunne begrunne arbeidsgivers krav. Selv om det å fremme likebehandling av kjønn ville vært et saklig formål, kan dette ikke transformeres til et ubetinget krav om å håndhilse. Det ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett å bestemme konkrete hilsemåter på et arbeidssted. Arbeidstakers reservasjon innebar ikke at arbeidsgiver måtte foreta tilpasninger, og negative reaksjoner på klagers oppførsel var ikke dokumentert. Klagers reservasjon verken begrenset arbeidsgivers styringsrett eller krenket andres interesser på en uakseptabel måte. Den førte heller ikke til skade på arbeidsgivers omdømme.

Mindretallet trenger etter dette ikke å ta stilling til om forskjellsbehandlingen var nødvendig og forholdsmessig, men velger likevel å gjøre det. Nødvendighetskravet er etter mindretallets mening ikke oppfylt: Arbeidsgiver kunne alternativt ha krevd at arbeidstaker hilste på begge kjønn på samme måte som han hilser på kvinner. I forholdsmessighetsvurderingen legger mindretallet til grunn at arbeidstakers hilsepraksis ikke innebar at arbeidskolleger eller utenforstående ble utsatt for kjønnsdiskriminering. Han hilste uansett på en respektfull måte. De religiøse grunner som lå bak arbeidstakers handlemåte, var dyptgripende for ham. Hans overbevisning bør da respekteres, uansett om denne type reservasjonsønsker, som typisk er minoritetsoppfatninger, av majoriteten kan oppfattes som søkte eller til og med støtende. Å innføre håndhilsepåbud i forbindelse med en enkeltsak er etter mindretallets mening uforholdsmessig inngripende.

Hovedforskjellen mellom flertallets og mindretallets rettslige innfallsvinkel ligger i om forskjellsbehand-

lingen er direkte eller indirekte. Kort og upresist vil direkte forskjellsbehandling bestå i ulik behandling av like tilfeller, mens indirekte forskjellsbehandling foreligger hvor en formelt nøytral norm i praksis stiller noen grupper dårligere. Vilåårene for legitimering er strengere ved direkte forskjellsbehandling: På det arbeidsrettslige området kreves at forskjellsbehandlingen – foruten å være saklig, nødvendig og forholdsmessig – må begrunnes i en egenskap som er *avgjørende* for utøvelsen av arbeidet.

Grensen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling kan være vanskelig å trekke, særlig ved religionsdiskriminering. Her vil det gjerne foreligge en generell praksis eller norm for sosial omgang som tar utgangspunkt i majoritetskulturen. Håndhilsing uavhengig av kjønn er den vanlige og forventede hilsemåten i norsk og vestlig sammenheng, mens hilseformene i enkelte andre land kan avhenge av om man hilser på personer av eget eller motsatt kjønn.

En situasjon hvor en arbeidstaker av religiøse grunner fraviker omgivelsenes generelle forventninger til oppførsel på en arbeidsplass, har paralleller både til bruk av religiøse symboler på arbeidsplassen og til religiøst begrunnet reservasjon mot å utføre bestemte arbeidsoppgaver.

I *Eweida*-sakene har EMD lagt til grunn at en person som reserverer seg mot arbeidsoppgaver på samvittighetsgrunnlag, kan være i en sammenlignbar situasjon med en person uten tilsvarende samvittighetskvaler som ikke reserverer seg. Dårligere behandling på grunn av samvittighetsreservasjoner kan utgjøre (indirekte) diskriminering på grunn av religion i relasjon til EMK art. 14 (avsnitt 104). Arbeidsgivers interesse i å fremme likestilling uavhengig av seksuell orientering er imidlertid relevante mothensyn som kunne begrunne at arbeidstakerne var kommet dårligere ut.

EU-domstolen har ikke tatt direkte stilling til samvittighetsreservasjoner, men har i to saker trukket opp grensen mellom indirekte og direkte forskjellsbehandling ved bruk av religiøse plagg (muslimsk hijab). I *Achbita* (EU:C:2017:203) legger EU-domstolen til grunn at generelle forbud mot religiøse, politiske og filosofiske symboler på arbeidsplassen ikke innebærer direkte forskjellsbehandling, men eventuelt kan være indirekte forskjellsbehandling på grunn av religion (avsnitt 32 og 34). Dersom arbeidsgiver behandler en arbeidstaker med hijab dårligere på grunnlag av kundens fordommer eller motvilje, kan dette derimot utgjøre direkte forskjellsbehandling (*Bouagnaoui*, EU:C:2017:204, avsnitt 34). Dette er i samsvar med det som domstolen tidligere har lagt til grunn hvor arbeidsgivers beslutninger bygger på kundens eller publikums fordommer mot personer av annen etnisk opprinnelse, jf. *Firma Feryn* (EU:C:2008:397). *Bouagnaoui*-dommen slår deretter fast at en kundes ønske om ikke å motta tjenesteytelser fra en medarbeider med hijab ikke kan utgjøre et «regulært og avgjørende

erhvervsmessig krav» som kan legitimere direkte forskjellsbehandling (avsnitt 41).

Et illustrerende grensetilfelle finner man i LDN-2017-2. Saken gjaldt et sykehjem som hadde innført generelt forbud mot religiøse og politiske plagg. Dette var blitt begrunnet i hensynet til de demente beboernes «helse og velvære». Sykehjemmet gav direkte uttrykk for at det særlig var bruk av hijab som opplevdes problematisk. En hevdet at «hos eldre mennesker generelt, og hos demenspasienter spesielt, er fremmede religioner egnet til å skape forvirring, og dermed skape utrygghet og frykt». Nemnda vurderte likevel forbudet som indirekte – ikke direkte – forskjellsbehandling. Konkret fant et flertall i nemnda at sykehjemmet ikke hadde ført bevis for den angivelige frykten hos beboerne.

Et generelt krav om å håndhilse på begge kjønn vil i utgangspunktet måtte vurderes etter normen for indirekte forskjellsbehandling. Dette gjelder uansett om arbeidsgiver ikke på forhånd har sett nødvendigheten av å slå dette fast i generelle normer for oppførsel på en arbeidsplass. Det kan reises spørsmål om arbeidsgivers reaksjon i håndhilsesaken bygger på egne eller publikums (antatte) fordommer mot en religiøs minoritet, jf. *Bouagnaoui*. Imidlertid vil hilseformer inngå i en konkret samhandling med andre mennesker i større grad enn bruk av klesplagg. Her er det ikke bare avgjørende hva som er ment med handlingen, den handlende må også ta hensyn til hvordan handlingen sannsynligvis vil bli oppfattet. Til tross for at arbeidstaker selv var av den oppfatning at hans hilsemåte var respektfull overfor kvinner, er det på det rene at slik oppførsel i en norsk virkelighet blir opplevd som krenkende. Kollegers og publikums eventuelle reaksjoner på dette kan ikke avfeies som basert på rene fordommer. Et ønske om å fremme likebehandling mellom kjønn i forbindelse med sosial omgang på arbeidsplassen må også være et legitimt arbeidsgiverhensyn.

Dersom en skal legge flertallsuttalelsene til grunn, kan det ligge innenfor arbeidsrettslig styringsrett å kreve at en lærer håndhilser på personer av begge kjønn. Konkrete arbeidsrettslige sanksjoner overfor denne type pliktbrudd kan likevel bli å anse som diskriminering fordi de er uforholdsmessige. Det er ikke gitt at vegring mot å håndhilse kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Forholdsmessighetsvurderingen kan også stille seg annerledes i en eventuell etterfølgende sak om økonomiske sanksjoner i sosiale utøvelser, jf. LDN-2018-108.

Tine Eidsvaag

Streik og grenser for inngrepsadgang, EMK artikkel 11 – Den europeiske menneskerettighetsdomstols dom 20. november 2018 (sak nr. 44873/09), Ognevenko v. Russia

Rett til streik har vern etter EMK artikkel 11. Det er vel etablert i EMDs rettspraksis. Dommen i *Ogne-*

venko bekrefter det. Den har dessuten særlig interesse ved EMDs drøftelse av rekkevidden av «reservasjonsklausulen» i artikkel 11 nr. 2 og domstolens metodiske tilnærming i det hele.

Ognevenko var lokomotivfører i Russian Railways og medlem av fagforeningen Rosprofzhel. Fagforeningen førte lønnsforhandlinger med arbeidsgiveren fra 7. april 2008, men forhandlingene førte ikke frem. Rosprofzhel vedtok å gå til streik og besluttet å ta ut personell i Russian Railways i to forstadsområder til Moskva 28. april. Ognevenko deltok i streiken; han møtte frem på arbeidsstedet, men nektet å utføre arbeid. Den 9. juli 2008 ble han sagt opp, begrunnet i ett forhold tilbake i 2007 som ikke hadde noe med fagforeningsforhold å gjøre, og i deltagelse i streiken 28. april 2008. Den russiske lov om jernbaner (Railway Act) hadde ikke et generelt forbud mot streik, og det ble ikke hevdet at streiken i seg selv var ulovlig. Men loven nedla forbud mot at visse kategorier ansatte kunne streike; dette inkluderte lokomotivførere. Det var grunnlaget for reaksjon overfor Ognevenko.

EMD redegjorde oversiktsmessig for streikerettens stilling etter artikkel 11 og slo igjen fast at retten som sådan omfattes av vernet av organisasjonsfriheten. Det er ingen spesielle grupper eller kategorier som faller utenfor (med den uttrykkelige reservasjon i artikkel 11 nr. for væpnede styrker, politiet og noen kategorier ansatte i statsforvaltningen). Retten poengterte også det selvsagte, og ofte sagte, at retten til streik ikke er absolutt eller ubegrenset (avsnitt 54–59). Det var nettopp dette som var temaet i saken. Det var uomtvistet at sanksjonen som ble Ognevenko til del – oppsigelsen – var et inngrep i vernet etter artikkel 11 nr. 1 (avsnitt 60). Spørsmålet var om inngrepet kunne forsvares – rettfærdiggjøres – etter artikkel 11 nr. 2 (avsnitt 61 flg.).

EMD konstaterte at inngrepet var fastsatt i lov (og derved falt inn under vilkåret «prescribed by law»). Domstolen forutsatte kort at dette inngrepet forfulgte et legitimt formål. Den anså det unødvendig å gå nærmere inn på dette, idet inngrepet uansett ikke kunne anses som «nødvendig i et demokratisk samfunn». Begrunnelsen fulgte det konvensjonelle argumentasjonsmønsteret om «pressing social need» og proporsjonalitet, og domstolen poengterte at statene har en begrenset skjønnsmargin. EMD har tidligere uttalt at artikkel 11 nr. må tolkes strengt. Begrensninger i organisasjonsfriheten krever overbevisende og tungtveiende grunner: «... only convincing and compelling reasons can justify restrictions ...», se f.eks. storkammerdommen i *Demir og Baykara* fra 2008 (sak nr. 34503/97; ECLI:CE:ECHR:2008:1112JUD003450397), avsnitt 119.

Det som så har særlig krav på oppmerksomhet, er EMDs videre drøftelse. Domstolen viste til ILOs kontrollorganers grunnleggende standpunkt om at retten til streik er en uunnværlig del («indispensable corollary») av organisasjonsfriheten, og til vernet av strei-

keretten etter Den europeiske sosialpakt. Videre poengterte domstolen at hverken ILO eller Sosialpaktkomitéen anser transportvirksomhet generelt eller jernbanetransport spesielt som «essential services» («samfunnsmessig vesentlige tjenester»). EMD så ingen grunn til å stille seg annerledes til dette. Et spesielt innslag som man kan merke seg fra norsk side, er at domstolen kommenterte, og understreket forskjellen til, avgjørelsen *OFS mot Norge*, 2002 (sak nr. 38190/97; ECLI:CE:ECHR:2002:0627DEC003819097), og den vekten som der ble lagt på økonomiske konsekvenser (avsnitt 73). Det var ingen opplysninger i saken som gav grunn til lignende vurderinger, og dertil heller ikke om at russiske myndigheter hadde vurdert alternativer til streikeforbudet for visse kategorier jernbaneansatte. Igjen viste EMD til praksis fra ILO, dessuten til at såvel ILOs organer som Sosialpaktkomitéen regelmessig hadde rettet kritikk mot dette forbudet mot streik. I sum konkluderte EMD med at reaksjonen overfor Ognevenko, oppsigelse – som domstolen karakteriserte som «the most severe penalty» – var et uproporsjonalt inngrep i Ognevenkos organisasjonsfrihet, i strid med EMK artikkel 11.

Det er særlig grunn til å merke seg domstolens metodiske tilnærming med sterk vekt spesielt på vernet etter ILOs konvensjon nr. 87 og Den europeiske sosialpakt, og på kontrollorganenes praksis. Dette er helt i overensstemmelse med den brede, inngående tilnærmingen til og vektlegging av annen internasjonal regulering av vern av organisasjonsfriheten som domstolen har utviklet. Dommen i *Demir og Baykara* er det sentrale startpunktet i en prinsipiell metode som EMD har holdt konsekvent fast på i senere rettspraksis om artikkel 11.

EMK artikkel 11 er som kjent en del av norsk rett, gjennom menneskerettsloven av 1999. Skal norske domstoler ta dette på alvor, kreves det en mer inngående og nyansert tilnærming til tolkningen av artikkel 11 enn den Høyesterett (flertallet) anla i *Holshipdommen* (HR-2016-2554-P; se kommentar i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 1, s. 1–3). Dommen er forøvrig bragt inn for EMD. Det gjenstår å se hvordan EMD vil stille seg konkret til den. Men det kan ta tid. Ognevenko-saken ble klaget inn for EMD i juli 2009. Det tok altså mer enn ni år før den ble endelig avgjort. Rask saksbehandling er ikke EMDs fremste varemerke.

Stein Evju

Utstasjonering og innleie, tjenstedirektiv og tjenestefrihet – EU-domstolens dom 13. november 2018 (storkammer), Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896

Forholdet mellom arbeidsrettslige direktiver, tjenstedirektivet (2006/123/EF) og tjenestefriheten (TFEU artikkel 56) er ikke bare enkelt. I denne saken falt en forvaltningsrettslig regel utenfor tjenstedirektivets vir-

keområde, etter arbeidsrettsunntaket i artikkel 1 nr. 6, men støtte an mot den traktatfestede tjenestefriheten.

Østerrike har egen regulering som gjør det mulig, etter nærmere regler, for forvaltningsmyndighet («finanspolitiet») å pålegge en oppdragsgiver eller innleier å ikke betale utestående vederlag, men innbetale tilsvarende beløp til forvaltningsmyndigheten som sikkerhet der det er grunn til å anta at inndrivelse av mulige bøter som kan bli pålagt oppdragstageren/utleieren, vil bli umulig eller betydelig vanskeliggjort (AVRAG – akronymet for lovens tittel – § 7m).

En privatperson, hr. Vavti, benyttet et slovensk firma, Čepelnik, til byggarbeider på huset sitt. Det avtalte vederlaget var € 12.200; € 7.000 ble betalt på forskudd. Ved en inspeksjon avdekket finanspolitiet at Čepelnik ikke hadde innrapportert to utstasjonerte arbeidstagere, og at det for fire ansatte ikke forelå lønns slipper på tysk slik det kreves etter østerriksk lov. Vavti ble da pålagt å ikke betale restbeløpet, € 5.200, til Čepelnik, men derimot å innbetale beløpet som sikkerhet for mulige bøter som Čepelnik kunne bli pålagt. Vavti rettet seg etter dette. Čepelnik ble ilagt bøter på € 1.000 og € 8.000 for de to overtredelsene som var avdekket. Da oppdraget var fullført, fremmet Čepelnik krav overfor Vavti om betaling av € 5.000. Vavti avsto å betale under henvisning til sin innbetaling til finanspolitiet. Čepelnik gikk da til søksmål mot Vavti ved den lokale Bezirksgericht (distriktsdomstol; førstinstans), som forela spørsmål for EU-domstolen.

EU-domstolen fremholdt at definisjonen av 'arbeidsrett' i tjenstedirektivets artikkel 1 nr. 6 er vid. Den skiller ikke mellom materiellrettslige regler og regler som tar sikte på sikre etterlevelse og håndhevelse av materielle regler. Den østerrikske reguleringen hadde et slikt siktemål og bidro til effektiv håndhevelse. Den ble dermed ansett å falle inn under unntaksbestemmelsen i tjenstedirektivets artikkel 1 nr. 6 (avsnitt 29–35).

Den nasjonale reguleringen ble like fullt ansett som en restriksjon på tjenestefriheten etter TFEU artikkel 56. EU-domstolen bemerket at hensynet til vern («social protection») av arbeidstagere, til å bekjempe svindel og å forebygge misbruk er «tvingende almene hensyn» (i norsk terminologi) som kan berettigede restriksjoner. Men domstolen fant at de østerrikske reglene var for vidtgående. De åpnet for å gi pålegg om å holde vederlag tilbake og innbetale sikkerhet også før noen overtredelser avdekket, og en tjensteyder som mistenkes, var ikke sikret å kunne uttale seg før tiltak gjennomføres overfor oppdragsgiveren. Krav overfor oppdragsgiver om innbetaling kunne dessuten overskride restvederlag fordi det ikke uten videre måtte tas hensyn til mulige prisavslag for feil og mangler. Reguleringen gikk med det lengre enn nødvendig for å ivareta de i og for seg legitime hensynene; den var ikke proporsjonal (avsnitt 44–49).

På den ene siden gir dommen et positivt bidrag, arbeidsrettslig sett, ved å gi unntaksbestemmelsen i tjenstedirektivets artikkel 1 nr. 6 en vid tolkning.

Forsåvidt gir dommen en viss avklaring. På den annen side illustrerer den dilemmaet i forholdet mellom sosiale verneregler og fri bevegelighetsreglene i traktaten og, for vår del EØS-avtalen. Det er et stadig kontroversielt tema, og dommen har da også blitt møtt med kraftig kritikk fra flere hold på det vi med en generalisering kan kalle arbeidsrettslig side.

Stein Evju

ERSTATNINGSRETT

Om erstatningsvern for psykiske skader – HR-2018-2080-A. Enstemmig

Den 30. oktober 2018 avsa Høyesterett en viktig dom om erstatningsvern for psykiske skader. Dommen bringer rettsutviklingen for psykiske skader – de såkalte «sjokkskadene» – bedre i overensstemmelse med både samfunnsutvikling og den alminnelige rettsoppfatningen – om enn i form av et nokså konkret utformet prejudikat.

En kvinne pådro seg en psykisk skade da hun fant sin femten år gamle sønn død på sykehuset. Sønnen var død som følge av svikt i helsehjelp. Partene var enige om at det forelå ansvarsgrunnlag med hjemmel i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a, og at det var årsakssammenheng mellom svikten i helsehjelp og mors psykiske skade. Spørsmålet i saken formuleres som en adekvansavgrensning: Om mors psykiske skade «er så upåregnelig og fjern at den faller utenfor statens erstatningsansvar» (a. 1), eller hva som er «de rettslige grensene for ansvaret» (a. 27).

Forarbeidene til pasientskadeloven fastsetter at erstatningsansvaret for tap som «andre enn pasienten selv lider», skal fastlegges utfra alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, slik disse er utviklet i høyesterettspraksis. Førstvoterende velger derfor å forankre drøftelsen av om det er grunnlag for å foreta «en viss justering» av gjeldende rett, i de sentrale dommene om såkalte «sjokkskader», nærmere bestemt Rt. 1938 s. 626, Rt. 1960 s. 357 (Bergsagel), Rt. 1966 s. 163 (Sola) og Rt. 1985 s. 1011 (Hauketo). Dommene gjennomgås grundig (a. 30–41). Etter å ha fremhevet visse rettsutviklingstrekk i Hauketo-dommen (betydning av ansvarsgrunnlag og hvem som er direkte skadelidt – ikke et barn, men ektefelle), fremhever førstvoterende særlig to forhold:

For det første, har psykiske skader i dag «samme erstatningsrettslige vern» som fysiske skader. Det er nesten femti år siden sist Høyesterett fikk forelagt seg spørsmålet om erstatningsvern for foreldrenes psykiske skade. Økt kunnskap om psykiske lidelser innebærer at psykiske skader ved å miste et barn i større grad enn tidligere anses som påregnelige (a. 42). Førstvoterende fremhever at dette også er tilfellet der «selve skadesituasjonen er mindre ekstraordinær». Også betydningen av diagnoser, diagnoseverktøy og tilgjengelig behandlingsapparat fremheves.

For det andre, står høyesterettspraksis i «et vanskelig forhold til det ellers grunnleggende erstatningsretts-

lige prinsippet om at den ansvarlige må ta skadelidte som han eller hun er» (a. 43). Førstvoterende viser hvordan premissene i Sola-dommen innebærer et svakere erstatningsrettslig vern for psykisk mindre robuste personer. Noe som er i strid med sårbarhetsprinsippet.

Førstvoterende løfter dernest frem tradisjonen for dialog mellom Høyesterett og rettsvitenskapen på erstatningsrettens område (a. 44). I mer enn 40 år har «et nærmest unisont erstatningsrettslig fagmiljø ... stilt spørsmål ved Høyesteretts meget strenge praksis i de såkalte «sjokkskadesakene»». I rettslitteraturen er det både påpekt at i europeisk kontekst synes erstatningsvernet for denne skadetyper å være mer omfattende, og at erstatningsvernsvurderingen uansett bør bringes bedre i takt med øvrig samfunns- og rettsutvikling.

Verdt å merke seg er også uttalelsene om at skadetilfellene som hittil gjerne er omtalt som «sjokkskader» i rettslitteraturen, ikke skal anses som et «særegent erstatningsrettslig fenomen, mer eller mindre løsrevet fra den øvrige erstatningsretten» (a. 45). En slik misoppfatning, samt at betegnelsen «sjokkskade» ikke har noen «meningsfull medisinsk referanse», tilsier etter førstvoterendes oppfatning at betegnelsen «sjokkskade» bør forlates. I dommen benyttes konsekvent betegnelsen «psykisk skade».

Som førstvoterende påpeker, er det «uansett på det rene at adekvansvurderingen i disse sakene har vært praktisert mindre fleksibelt og snevrere enn ellers i erstatningsretten». Det fremheves i dommen at en slik tilnærming hadde gode grunner for seg. Og selv om disse innvendingene ikke kan tillegges samme vekt i dag, fremhever førstvoterende at vi «nok likevel ikke [er] kommet dit at det nå vil være riktig helt å forlate tanken om at det på dette feltet gjør seg gjeldende spesielle avgrensningshensyn» (a. 47). En «langvarig og temmelig festnet rettsoppfatning, taler mot å gjøre et større sprang». Av betydning er da ikke bare Høyesteretts egen praksis, men også at lovgiver har etablert ulike offentlige erstatningsordninger knyttet til denne restriktive linjen, som også er lagt grunn i forvaltningspraksis i pasientskadesaker og voldsoffererstatnings-skader. En større omlegging vil kunne rokke ved forutsetningene for disse ordningene. Og det er som kjent Stortinget som er bevilgende myndighet, så her er det god grunn for Høyesterett å være noe tilbakeholden.

Sentralt i dommen er uttalelsene som så følger, om at «selv om grunnlaget for Høyesteretts opprinnelige meget strenge praksis er svekket, så er det ikke falt bort». Som eksempel nevnes at det fremdeles er behov for «nokså snevre rammer for hvilken personkrets som omfattes, og ta utgangspunkt i at vedkommende må tilhøre den indre kjerne av pårørende» (a. 47).

Førstvoterende peker dernest ut det typetilfellet som «i sterkeste grad peker seg ut med tanke på at det nå ligger til rette for en viss justering»: tilfellene der «noen mister barnet sitt som følge av en erstatningsbetingende handling eller begivenhet, eller der barnet på denne måten blir alvorlig skadet». Det skal, etter førstvote-

rendes syn, ikke lenger stilles krav om at «skadesituasjonen var helt ekstraordinær eller særlig gruopplekkende». Grensene skal være «en del romsligere», og trekkes ut fra følgende retningslinjer:

Den «spesielt nære personlige og følelsesmessige bindingen» mellom foreldre og barn, medfører at det «generelt ikke [er] upåregnelig med en reaksjon som også innebærer en psykisk skade hos forelderen» når et barn dør eller blir hardt skadet. Dette gjelder uansett om noen kan lastes for skaden, og uansett om forelderen er til stede eller ikke. Men, ansvar for denne typen psykisk skade er like fullt kun aktuelt dersom det er «forhold knyttet til skadesituasjonen eller omstendighetene som representerer en *særlig belastning* for forelderen, utover selve tapet av, eller skaden på, barnet» (a. 49). Et vurderingsmoment vil være «nærheten mellom den psykiske skaden hos forelderen og den skade-gjørende handlingen eller begivenheten». Vurderingen skal «innen rimelighetens grenser» knyttes til «foreldrenes forutsetninger, enten vedkommende er alminnelig robust eller mer enn vanlig sårbar» (a. 49).

Dernest følger nærmest et obiter dictum om betydningen av ansvarsgrunnlag og skadevolders skyld, hvor førstvoterende «minner om at Høyesterett tidligere har lagt til dels stor vekt på dette (a. 50).

Avslutningsvis følger en presisering om at førstvoterende har hatt «for øye hva som skal til for at denne skadetyper overhode skal være erstatningsmessig». Og videre at «[a]dekvansbetraktninger kommer også inn ved avgjørelsen av hvilke konkrete tapsposter som kan kreves erstattet, og når det gjelder omfanget» (a. 51). Det vil si at det kan være grunn til å begrense dekningen til en overgangsperiode, beroende på det konkrete tilfellet.

Kommentar:

Rettsavklaringen som følger med denne dommen er helt nødvendig, og kommer ikke for tidlig. Dommen illustrerer etter min mening at enkelte erstatningsrettslige spørsmål ikke bør overlates til rettspraksis – av den enkle grunn at rettsutviklingen blir for sendrektig. Det er mer enn femti år siden sist Høyesterett behandlet spørsmålet om erstatningsvern for foreldres psykiske skader som følge av at barn omkommer eller blir hardt skadet. I løpet av disse femti årene har den medisinske kunnskapen om og samfunnets syn på psykiske lidelser endret seg drastisk. Samtidig har det erstatningsteoretiske miljøet kritisert tilnærmingen i rettspraksis for å være for rigid i mer enn førti år. Selv sagt er det også på rettsområder hvor reglenes innhold i det store og hele overlates til rettsutviklingen, behov for at reglene holdes i hevd. Problemet er bare at rettsutviklingen her blir avhengig av at enkeltpersoner – her foreldre som har pådratt seg en psykisk lidelse etter å ha mistet barnet sitt eller at barnet er hardt skadet – velger å ta saken sin hele veien til Høyesterett, vel vitende om at rettstilstanden er rigid. Det vil nok de færreste foreldre formå. Og saken som skal slippes inn for

Høyesterett, må være egnet til at de erstatningsrettslige linjene som er etablert kan tilpasses. I ankeomgangen kommer det derfor inn hensyn som gjør at det kan gå lang tid mellom hver gang en slik sak slipper inn. Lovgiver kunne med fordel ha vært tydeligere og tidligere til stede. Også i skadeserstatningsloven finner vi betegnelser om psykiske lidelser som ikke er utpreget moderne, skl. § 1-3 om «sinnsykes ansvar» kunne med fordel vært bragt up to date.

Dommen er et tydelig prejudikat, men en kan spørre seg om begrunnelsen er for konkret utformet med hensyn til hvilken personkrets som nyter erstatningsrettlig vern. Førstvoterende tar som utgangspunkt at personkretsen omfatter «den indre kjerne av pårørende» (a. 47). Samtidig fremhever førstvoterende at «[d]en situasjon som ... i sterkest grad peker seg ut med tanke på at det nå ligger til rette for en viss justering» er tilfellene hvor foreldre mister sitt barn eller barnet blir hardt skadet. Denne tilskjæringen gjør at rettstilstanden ikke er like avklart for andre familiemedlemmer som pådrar seg psykisk skade, som følge av at andre nærstående enn egne barn dør eller blir hardt skadet. Hva med søsken eller tilfellene der barn mister en forelder?

I dommen illustreres at det ikke er vanntette skott mellom fastsettelsen av erstatningsvern – som omfatter både spørsmålet om en skadelidt interesse nyter erstatningsvern og hvilken personkrets som er vernet, og adekvans – som er et spørsmål om vernets utstrekning. Etter min mening kunne dommen likevel med fordel vært noe tydeligere på hvorfor hovedvekten av begrunnelsen knytter seg til adekvansvurderingen, og ikke til spørsmålet om erstatningsrettlig vern og hvilken personkrets som er vernet – som vel ville vært en tilnærming mer i tråd med moderne erstatningsrettsteori og europeisk rett. Satt på spissen, så *kan* det virke som gammelt tankegods fremdeles henger igjen når en forelder som pådrar seg en psykisk skade etter å ha funnet eget barn død i sykesengen som følge av svikt i helsehjelp, anses som en tredjepart, og ikke en direkte skadelidt. Dersom en i denne konkrete saken ser hen til dimensjoner som tid og rom, så kan det være grunn til å stille spørsmål om hva som er den gode begrunnelsen for at nærstående som pådrar seg en psykisk skade i slike saker, ikke skal anses som direkte skadelidt?

Som en kuriosita kan nevnes at dette visstnok var siste dom hvor Bårdsen er førstvoterende. Dommen er både viktig og riktig – og en god opptakt til nye oppgaver som venter en dommer ved Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg.

Birgitte Hagland

Om nødvergehandlinger og erstatningsansvar - HR-2018-2427-A. Enstemmig

Den 20. desember 2018 avsa Høyesterett en dom om erstatningsansvar for nødvergehandlinger, hvor skadevolder er frifunnet for straffekravet på grunn av

nødverge. Sakens faktum fremstilles helt kortfattet i dommen: utenfor et utested i Oslo sentrum kom A og B i klammeri, og A forstod det slik at B løftet armen for å slå ham. A reagerte med et hardt slag mot B, som gikk i bakken uten å ta seg for. B ble påført en alvorlig personskade.

Uten at dommen bringer helt store avklaringer til torgs, inneholder den enkelte betraktninger om forholdet mellom straff- og erstatningsansvar som det kan være verdt å ta med seg. For det første, tar førstvoterende stilling til om skadeserstatningsloven § 1-4 annet punkt, om at skadevolder ikke er erstatningsansvarlig for skade voldt på person eller gjenstand som faren truer fra, generelt stenger for erstatningsansvar for nødvergehandlinger. Ikke overraskende besvares dette spørsmålet benektende for de tilfeller hvor skadevolder har gått utenfor forsvarlige rammer. Bestemmelsen i annet ledd må leses i lys av første punktum, som fastsetter et objektivt ansvar for skade voldt både i nødretts- og nødvergesituasjoner. Poenget med annet punktum er at det ville være urimelig om første punktum også skulle gjelde dersom skaden er påført den personen eller gjenstanden som faren truet fra (a. 27). Annerledes blir dette dersom skadetilføyelsen overskrider det forsvarlige. Førstvoterende uttaler at det «er vanskelig å se noen grunn til at slik uaktsomhet skal stå i en annen erstatningsrettlig stilling enn uaktsom skadetilføyelse ellers» (a. 28). Heller ikke i strafferetten vil nødvergehandlinger som overskrider det nødvendige, være straffrie. Skoleeksempelet på slik overskridelse er villaeieren som skyter epletyven.

Ettersom skl. § 1-4 annet punktum ikke stenger for erstatningsansvar for nødvergehandlinger overfor den som faren truer fra, tar førstvoterende opp sakens hovedspørsmål: om frifinnelsen for et straffekrav begrunnet i nødverge stenger for et erstatningsansvar for handlingen. Utgangspunktet for denne anførselen er straffeloven § 18, som bestemmer at en handling som ellers ville være straffbar, «er lovlig» når den blir foretatt i nødverge. I saken ble det anført at når handlingen er «lovlig» så medfører det ikke kun straffritak, men også at handlingen ikke er erstatningsbetingende. Førstvoterende peker her på at normalt vil en forsvarlig nødvergehandling som oppfyller vilkårene i strl. § 18 heller ikke medføre erstatningsansvar. Men, som førstvoterende påpeker, er det helt grunnleggende forskjeller mellom straff og erstatning som gjør at vurderingen kan falle ulikt ut. Det fremheves at mens strafferetten primært skal virke preventivt, skal erstatningsansvaret først og fremst ivareta fordelingen av risiko mellom skadevolder og skadelidte. I en erstatningsrettlig kontekst kan det være grunn til å minne om hvordan Fredrik Stang beskriver forskjellen: Det i erstatningsretten, i motsetning til i strafferetten, ikke er et spørsmål om «*handlingen* er rettsstridig, men om *skaden* er r e t s s t r i d i g v o l d t» (Stang, *Erstatningsansvar* s. 101, min kursivering). Og til forskjell

fra strafferetten, hvor mange straffebud retter seg mot handlinger som medfører fare for tap, er det et vilkår for erstatning at et økonomisk tap faktisk har oppstått.

I dommen fremheves det dessuten at beviskravene er ulike. Det *kan* innebære at en strafferettslig må legge et annet faktum til grunn som bevist, enn i den erstatningsrettslige delen av saken. Førstvoterende viser også til uttalelser hentet fra Rt. 2013 side 312 (a. 15), om at det også er visse forskjeller i skyldvurderingen: det skal «noe mer til av bebreidelse før en handling anses som uaktsom i strafferettslig sammenheng enn sivilrettslig».

Det er sikker rett at frifinnelse for straffansvar ellers ikke sperrer for erstatningsansvar. Rettssystematisk vil et unntak for nødvergehandlinger ikke gi god sammenheng. Førstvoterende henter frem et illustrerende eksempel: i så fall kunne en bli idømt erstatning etter frifinnelse for voldtekt, mens frifinnelse for alminnelig kroppskrenkelse på grunn av nødverge, ville beskytte mot erstatningsansvar. Som førstvoterende fremhever gir det heller ikke god mening om det erstatningsmessig skal være en forskjell på hvem som foretar bevisbedømmelsen: om det er påtalemyndigheten som beslutter at bevisene ikke holder til å ta ut tiltale, eller om domstolene kommer til at bevisene ikke holder til en strafferettslig domfellelse. Kun i sistnevnte tilfelle ville en ha en frifinnende dom som i så fall kunne beskytte mot et erstatningsansvar. Ei heller finnes det rettspraksis som tilsier at en strafferettslig frifinnelse skal ha virkning for erstatningskravet. I denne sammenheng presiserer førstvoterende forholdet til dommene inntatt i Rt. 2007 s. 1172 og Rt. 2012 s. 5.

Etter å ha tatt stilling til et subsumsjonsspørsmål knyttet til om A opptrådte grovt uaktsomt, tar førstvoterende stilling til anførselen om at konstatering av grov uaktsomhet krenker uskyldspresumsjonen i Grl. § 96 og EMK art. 6 nr. 2 fordi det skaper tvil om grunnlaget for nødverge og dermed frifinnelsen for straffekravet. Førstvoterende peker her på at det sentrale kravet etter Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis er at «begrunnelsen ikke er utformet slik at den i realiteten tilskriver skadevolder en straffbar handling» (a. 47). A hadde anført at det sentrale vurderingstemaet i erstatningssaken var om hans handlemåte var grovt uaktsom, og at denne vurderingen falt sammen med fastsettelsen av om vilkårene i strl. § 18 var oppfylt. Dette er førstvoterende ikke enig i, og fremhever at lagmannsrettens begrunnelse ikke etterlater tvil om at det er en sivilrettslig vurdering som er foretatt.

Dommen gir som sagt ingen store bidrag til rettsutviklingen, men gjennomgangen av forholdet mellom erstatningsretten og strafferetten når det gjelder overskridelse av nødvergehandlinger, er presiserende. To bestemmelser i skadeserstatningsloven som dommen ikke berører, men som likevel er interessante i en erstatningsrettslig kontekst, er den generelle medvirkningsregelen i skl. § 5-1 og lempingsbestemmelsen i skl.

§ 5-2. Dersom det er tale om en nødvergehandling, hvor faren truer fra skadelidte, *kan* en tenke seg at erstatningen bør settes ned som følge av skadelidtes egen medvirkning, også i tilfellene hvor det foreligger nødvergehandlingen er uforholdsmessig, jf. § 5-1. Alternativt kan en se for seg at ansvaret lempes, jf. § 5-2. I denne sammenheng kan Rt. 1997 s. 883 (skalle) og diskusjonen av dommen i rettslitteraturen gi en viss veiledning.

Birgitte Hagland

FAMILIERETT

Litteratur

Elisabeth Wille: *Til krigen skiller oss ad. Den norske bigamiloven under annen verdenskrig.* Pax Forlag, 2018. 176 sider

Ved provisorisk anordning i 1942 vedtok regjeringen Nygaardsvold en endring i ekteskapsloven som gjorde det langt enklere for en ektefelle som oppholdt seg i utlandet å få skilsmisse fra ektefellen som satt igjen i Norge. Reglene innebar at ektefellen i Norge først etter freden i 1945 fikk vite at de var skilt. Ektefellen i Norge som alle var kvinner – opplevde en slik skilsmisse som meget skambelagt. Denne provisoriske anordningen er i ettertid blitt kalt bigamiloven. Bigamiloven er sporadisk blitt behandlet i avisartikler og også i skjønnlitteraturen, men Elisabeth Wille er den første som ser på bigamiloven med en jurists øyne. Det er en interessant familierettshistorie hun innvier oss i.

Anordningen ga departementet adgang til å gi bevilling til skilsmisse etter tre års faktisk separasjon uten at den annen ektefelle i Norge kjente til at det var søkt om skilsmisse. Anordningen var et unntak fra ekteskapslovens krav om at ektefellene måtte være enige om administrativ behandling av skilsmissekravet. Bakgrunnen for anordningen var krigssituasjonen og at det kunne være umulig å få kontakt med ektefellen i Norge. Elisabeth Wille viser at skilsmisse etter denne anordningen ble gitt selv om det var mulig å få kontakt med ektefellen i Norge.

Den direkte foranledningen til regjeringen i London tok spørsmålet om forenklet skilsmissebehandling opp var en sak der en mann som oppholdt seg i Sverige krevde skilsmisse fordi konen i Norge hadde samkvem med tyskere. Det dannet seg derfor en oppfatning om at kvinnene som ble rammet av slike skilsmisser, var kvinner som «løp med tyskere». Elisabeth Wille viser at dette gjaldt bare et meget lite antall kvinner.

Boken kaster lys over et lite ærerikt kapittel i Londonregjeringens behandling av kvinner som satt igjen i Norge med ansvaret for hjem og barn. Elisabeth Wille trekker til slutt i boken en linje til Tone Linn Wærstads arbeider om muslimske kvinners rettigheter ved skilsmisse. Wærstad har satt et kritisk søkelys på fylkesmannens praksis med unnlatt underretning til kvinnen

som ikke oppholder seg i Norge når mannen får anerkjent en utenlandsk skilsmisse.

Kirsti Strøm Bull

IMMATERIALRETT

Opphavsrett

RiksTVs overføring i bakkenettet er «tilgjengeliggjøring for allmennheten» - HR-2018-2268-A

Med dommen i HR-2018-2268 har Høyesterett avklart viktige spørsmål knyttet til det opphavsrettslige vern for *audiovisuelle produksjoner* (film, TV-serier, dokumentarer osv.), spørsmål som «distributører» som RiksTV AS og Get AS på den ene siden og ulike rettighetshaverorganisasjoner på den annen side lenge har strides om. Selv om inntektene fra tradisjonell TV-sending faller, har disse spørsmål stor økonomisk betydning for kultursektoren.

Saken er en oppfølger av tvisten som Høyesterett avgjorde i sin dom HR-2016-562-A (omtalt i i *Nytt i Privatretten* 2016 nr. 2 (s. 16-18) og undertegnede s artikkel «Klarering av rettigheter til audiovisuelle produksjoner», *NIR* 2017 s. 417 flg.). En kort rekapitulering av saksforholdet kan være på sin plass:

Norwaco er en paraplyorganisasjon for ulike rettighetshaverorganisasjoner, herunder TONO (som organiserer opphavere på musikkområdet), Norsk Filmforbund, Norsk Skuespillerforbund, Norsk artistforbund, Norske Filmregissører, Norske Dramatikere Forbund, Norske Dansekunstnere, Norske Scenografer, GramArt (interesseorganisasjon for artister) og plateorganisasjonene IFPI Norge og FONO. Også Virke Produsentforeningen, som organiserer uavhengige produksjonsselskaper som produserer spillefilm, dokumentarfilm, kortfilm, reklamefilm og tv-programmer mv., er med.

Norwacos mest inntektsbringende funksjon har vært klarering av rettigheter for såkalt «videresending» av TV- og radiokanaler, med hjemmel i § 34 av åndsverkloven fra 1961 (videreført med endringer i åndsverkloven 2018 § 57). Dette innbrakte i 2017 277 millioner kroner til fordeling mellom Norwacos medlemsorganisasjoner.

Reglene om «videresending» var opprinnelig en løsning på problemet som oppstod på 1980-tallet om hvordan «nabolandsfjernsyn» skulle klareres: Hvordan skulle kabeldistribusjonsselskaper, som fra stasjoner i grensetraktene til Sverige tok ned signalene fra svensk kringkasting og sendte dem videre til abonnenter i Norge gjennom sine kabelanlegg, klarere sin tilgjengeliggjøring? Kringkastingsselskapene i Sverige hadde jo bare klarert for sending i Sverige. Ovennevnte lovbestemmelse – opprinnelig inntatt som § 20 a i åndsverkloven – løste problemet ved å slå fast at videre-

sendingen i Norge måtte klareres gjennom en rettighetshaverorganisasjon, og Norwaco ble opprettet med dette som formål. Da Norge senere skulle implementere *satellitt- og kabeldirektivet* (direktiv 93/83/EF), la Kulturdepartementet til grunn at bestemmelsene om videresending av satellittsendinger i dette direktivet kunne dekkes av denne ordningen, og den ble videreført i § 34 med noen endringer (Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 75–76).

Frem til rundt 2010 hentet distributørene gjerne programmene ned fra de samme satellitter som sendte kanalene ut til abonnenter med satellittabonnement, og deretter videresendte distributørene programmene i kabel til sine abonnenter. For dette betalte de vederlag til Norwaco. Så ble denne praksisen lagt om. Det ble vanlig at distributørene fikk programmene tilsendt fra TV-selskapet i *kryptert, lukket fiberforbindelse* før de sendte dem ut til abonnentene gjennom sitt kabelnett. Distributørene hevdet at denne nye «distribusjonsformen» – blant europeiske opphavsrettsjurister omtalt som «direct injection» – ikke var videresending. Flere sluttet å klare med Norwaco.

RiksTV eies av Telenor, NRK og TV2 og ble skapt da det «digitale bakkenettet» ble opprettet i 2007. Dette bakkenettet eies av Norkring AS og drives av selskapet Norges Televisjon AS. Fra sistnevnte selskap leier RiksTV kapasitet i bakkenettet ved siden av allmennkringkasteren NRK. RiksTV tilbyr ulike kanalpakker til sine kunder. De formidles i dag på den måten at kringkastingsselskapene sender programmene i fiber til Norges Televisjon AS, hvor signalstrømmen kodes til det formatet abonnentene skal motta. Deretter sendes de i fiber til nettverkseieren Norkring AS som igjen sørger for distribusjon i bakkenettet. RiksTVs forretningsmodell består i hovedsak av å sette sammen programmene i kanalpakker som tilbys abonnentene, inngå avtaler om abonnement med kundene og sende dem dekodere, samt å motta betaling for abonnementene.

RiksTV nektet å betale Norwaco for videresending og gikk til søksmål mot Norwaco for å få slått fast at deres virksomhet ikke var «videresending» i åndsverklovens forstand. Oslo tingrett gav RiksTV medhold og uttalte at RiksTVs distribusjon var del av primærsendingen – kringkastingen – som kringkastingsselskapene hadde ansvar for å klare. Det gjaldt både norske og utenlandske kanaler. De utenlandske kanalene – i saken kanaler sendt ut fra England – måtte anses for å bli kringkastet i England, og kringkasterne måtte klare med dem som representerte rettighetshaverne der. Dommen ble anket, men Norwaco trakk senere anken. Fem måneder før tingrettsdommen falt, hadde imidlertid stevning blitt tatt ut i en tilsvarende tvist som Norwaco hadde mot selskapet Get AS. Denne saken gikk til Høyesterett, som i HR-2016-562-A konkluderte som tingretten i RiksTV-saken; det forelå ingen videresending og ingen plikt til å betale vederlag til Norwaco. Begrunnelsen var imidlertid litt annerledes: Selv om distribusjonen fremsto «som en del av primærkring-

kastingen», understreket førstvoterende at distributørene har et selvstendig ansvar for klareringen:

«I motsetning til det som var den sentrale problemstillingen i NOUen, nemlig at seere i naboland ser på tv-kanaler som ikke var beregnet, og dermed ikke klarert, for seere i dette nabolandet, er kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX opprinnelig beregnet for Norge. Det er seere i Norge som er målgruppen for kanalene. At kanalene produseres for det norske markedet *gjør det nærliggende at kringkastingsforetaket - SBS - forestår klareringen av opphavsrettigheter på vegne av dem som står for distribusjonen som kringkasteren initierer*. Imidlertid er det ingen tvil om at i den grad Get AS distribuerer tv-kanaler som inneholder beskyttede verk, fordrer det at Get AS sikrer at bruken er klarert. I avtalene mellom SBS og Get AS er det forutsatt at SBS skal klarere alle opphavsrettigheter for utsendelsen i kabel. *Get AS har et selvstendig ansvar og vil bli ansvarlig overfor opphavsmennene hvis SBS ikke oppfyller denne forpliktelsen*» (avsnitt 54, mine uthevinger).

Allerede 8. juni 2012 hadde TONO, som altså er en av Norwacos medlemsorganisasjoner og forvalter rettighetene til musikkverk, saksøkt RiksTV med krav om erstatning for manglende klarering for det tilfelle at retten i saken mot Norwaco skulle komme til at RiksTV ikke drev «videresending». Søksmålet bygget på at dersom kabelselskapenes distribusjon ikke var «videresending», som skulle klareres av Norwaco, måtte det være en *annen form for tilgjengeliggjøring for allmennheten*, som, i forhold til de rettighetshavere TONO representerte, måtte klareres med TONO. Saken ble stanset i påvente av at sakene mellom Norwaco og distribusjonsselskapene ble avgjort, men den ble brakt i gang igjen i 2015. TONO fikk medhold i Oslo tingrett i dom av 14. juni 2016, og av Borgarting lagmannsrett i dom 4. desember 2017. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat.

TV-kanalene som saken gjaldt, var hovedsakelig produsert av kringkastere i Storbritannia. Partene var enige om at sendingene inneholdt åndsverk som ikke kunne gjøres tilgjengelig for allmennheten uten klarering med opphaverne, jf. § 3 i åndsverkloven 2018. Spørsmålet var imidlertid om RiksTV hadde en selvstendig klareringsplikt, eller om dette bare var kringkasternes ansvar. Dette berodde på hvordan åndsverklovens enerett «tilgjengeliggjøring for allmennheten» skulle forstås. Førstvoterende – dommer Webster – slo fast at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten var videreført fra § 2 i åndsverkloven fra 1961, og også gjennomførte artikkel 3 nr. 1 i direktiv 2001/29 («opphavsrettsdirektivet»), som gir opphaveren enerett til «overføring til almenheten», i norsk rett. Etter en gjennomgang av tidligere forarbeider slo førstvoterende fast at «tilgjengeliggjøringsbegrepet har vært forstått – og skal forstås – vidt og fleksibelt, og det gir rom for å omfatte nye former for fremføring

av åndsverk til allmennheten. Den tekniske løsningen er ikke avgjørende, men om handlingen medfører at allmennheten får tilgang til beskyttet materiale» (avsnitt 41). Dette fant hun også å være i tråd med den EU-rettslige forståelse av «overføring til almenheten». Disse forhold mente hun «trekker klart i retning av at RiksTVs distribusjon av kanalpakker til abonnentene, er omfattet av åndsverkloven 2018 § 3» (avsnitt 46). Videre viste hun til at «[e]t av formålene med åndsverkloven er å sikre opphaverne vederlag for bruk av verkene...for å oppnå dette formålet forutsettes det både i de norske forarbeidene og i fortalen til opphavsrettsdirektivet at opphaverens rettigheter skal forstås vidt» (50).

RiksTV hadde anført at deres distribusjon var av «rent teknisk art». Selskapet viste til at tv-signalene ikke på noe tidspunkt var innom RiksTV. Signalene blir som nevnt sendt til RiksTVs samarbeidspartner Norges Televisjon AS, som sender dem til nettverkseieren Norkring AS, som sørger for distribusjon i bakkenettet. RiksTVs eneste bidrag ble hevdet å være «å gi kundene tilgang til dekryptering». Førstvoterende erkjente at «teknisk bistand til andres tilgjengeliggjøring medfører ikke plikt til å klarere med opphavsmannen» (avsnitt 54). Hun viste til uttalelser fra EU-domstolen i sakene C-431/09 og C-432-09 *Airfield* og C-325/14 *SBS* og i norske forarbeider om at ren «tilrådighetsstillelse av utstyr» for tilegnelse av åndsverk, som når en PC med internettilgang er tilgjengelig på et bibliotek, ikke vil regnes som en tilgjengeliggjøring av åndsverk for allmennheten. Det avgjørende for disse tilfellene, mente hun, var imidlertid at tilbyderer *ikke tilbyr brukeren et bestemt innhold* (avsnitt 57). Det gjorde derimot RiksTV i den foreliggende saken: «For at allmennheten skal få tilgang til tv-kanalene fra kringkasterne RiksTV har avtale med, må de abonnere på RiksTVs kanalpakker. RiksTV utstyrer abonnentene med en tv-dekoder, som medfører at de kan se programinnholdet i signalene. Krypteringen er den tekniske måten tilgangssperren er organisert på. Det er ingen tvil om at RiksTV selger sine kunder kanalpakker og ikke bare en teknisk dekrypteringstjeneste» (avsnitt 59).

RiksTV hadde også anført at det fulgte av EU-domstolens praksis at det først forelå klareringsplikt på RiksTVs hånd dersom deres overføring nådde et annet publikum enn det kringkasteren hadde tatt sikte på å nå (avsnitt 60). Anførselen foranlediget en grundig gjennomgang av EU-domstolens praksis fra førstvoterendes side. Hun la avgjørende vekt på den allerede nevnte saken C-325/14 *SBS*. Her var det spørsmål om det belgiske kringkastingselskapet SBS Belgium NV overførte åndsverk til allmennheten og dermed trengte rettighetshavernes samtykke etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1. EU-domstolen påpekte at ettersom SBS sendte de programbærende signalene i lukket forsendelse til distributørene, innebar ikke kringkasternes oversendelse en overføring til allmennheten. Det var *distributørene* som stod for denne. Førstvote-

rende viste til avsnittene 30 og 31 i EU-domstolens avgjørelse, der det pekes «på at distributørene hadde en selvstendig kommersiell rolle, og at abonnentene betalte til distributørene for å få tilgang til innholdet i tv-sendingene.» Det forhold at RiksTV i motsetning til distributørene i SBS-saken ikke mottok signalene selv (som nevnt ovenfor gikk de til samarbeidspartnerne Norges Televisjon AS og Norkring AS), kunne ikke gjøre at resultatet måtte bli annerledes: «På samme måte som distributørene både i SBS-saken og i Airfield-sakene, har RiksTV en selvstendig kommersiell rolle; de setter sammen et nytt audiovisuelt produkt i sine kanalpakker. Abonnentene betaler til RiksTV for å få tilgang til innholdet i de programbærende signalene. På denne måten gjør RiksTVs abonnementsordning programinnholdet tilgjengelig for allmennheten. RiksTV har dermed et selvstendig ansvar for å klarere bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale med opphaverne etter åndsverkloven 2018 § 3» (avsnitt 69). At det måtte være slik, mente hun også hadde støtte i Høyesteretts tidligere Get-dom, jf. uttalelsen herfra som vi allerede har sitert.

Dommen er ikke overraskende etter de uttalelser Høyesterett kom med i Get-saken. Men den gir, inntil vi eventuelt skulle få ny lovgivning, endelig avklaring på et spørsmål som har stor økonomisk betydning for kultursektoren. Den grensedragning som trekkes mellom tilgjengeliggjøring for allmennheten og «ren tilrådighetsstillelse», hvor det tydelig signaliseres at «ren (ikke-klareringspliktig) tilrådighetsstillelse» ikke foreligger der det gis tilgang til et *bestemt innhold*, er en viktig grenseoppgang som kan få betydning for andre saker. Det er også verdt å merke seg, og godt i tråd med vår tradisjonelle oppfatning av åndsverkloven som «teknologinøytral», hvor liten vekt førstvoterende legger på hvilke tekniske forskjeller det var mellom RiksTVs formidlerrolle i denne saken og distributørenes rolle i SBS-saken for EU-domstolen. Det avgjørende var at RiksTV, som distributørene i SBS-saken, hadde en «selvstendig kommersiell rolle». Dommen tar klart stilling i favør av rettighetshaverne på bekostning av formidlerne. Det kan være verdt å merke seg i en tid da nye formidlingsformer, som Spotify og YouTube, hevdes å rive åndsarbeidernes inntektsgrunnlag bort. I dét lys kan en kanskje også se den generelle uttalelse i avsnitt 50 om at opphaverens rettigheter skal forstås vidt «for å sikre opphaverne vederlag for bruk av verkene», en uttalelse som går noe lenger i opphavervennlig lovtolkning enn vi tradisjonelt har gjort i norsk opphavsrett.

De fleste med interesse for opphavsrett kjenner til at det pågår et stort og kontroversielt arbeid i EU for å reformere det opphavsrettslige regelverk for å fremme et «digitalt indre marked». Vil dette arbeidet gi endringer i rettstilstanden som den nye høyesterettsdom har etablert? Representanter for EU-kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet skal 13. desember ha oppnådd politisk enighet om utkastet til et direktiv som

slår fast at når TV-distributører formidler TV-sendinger som sendes fra kringkastingsforetak til kabelnettet i en lukket forbindelse («direct injection»), vil denne prosessen bare innebære én «overføring til allmennheten». Men kringkastingsforetak og distribusjonsforetak vil begge være ansvarlige for at rettighetene blir klarert. Den omforente teksten er ennå (1.2.2019) ikke publisert. Men kommisjonær for den digitale økonomi og det digitale samfunn, Mariya Gabriel, uttalte: «Dagens aftale er en dobbelt sejr for europæernes kulturelle mangfoldighed, idet borgerne for det første vil få bedre adgang til Europas righoldige programmer, og kunstnere og forfattere for det andet vil få en passende betaling for det indhold, de skaber» (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6541_da.htm). Det gjenstår kanskje å se.

Harald Irgens-Jensen

Opphavsrett til smaker? – EU-domstolens dom i sak C-310/17 (Levola Hengelo)

I sin dom av 13. november 2018 i sak C-310/17 (Levola Hengelo) har EU-domstolen tatt stilling til et spørsmål av stor prinsipiell betydning, som likevel ikke har vært mye diskutert i Norge, nemlig om opphavsrett kan oppnås for annet enn auditive og visuelle (eventuelt også taktile) frembringelser. Saken oppsto, ikke overraskende i Nederland, i en konflikt mellom to osteproducenter, der det ble påstått at en smøreost (Witte Wievenkaas) var en opphavsrettskrenkelse av en annen (Heksenkaas). Den nederlandske høyesterett (Hoge Raad) har tidligere, i en dom av 16. juni 2007, fastslått at lukten av en parfyme er et opphavsrettslig beskyttet verk. Spørsmålet som ble stilt fra den samme domstolen til EU-domstolen i Levola Hengelo-saken er om smaker kan ha opphavsrettsbeskyttelse etter direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (direktiv 2001/29/EF; herunder opphavsrettsdirektivet).

EU-domstolen besvarte spørsmålet benektende. Et av underspørsmålene som ble stilt fra Hoge Raad var om beskyttelse var utelukket på grunnlag av at listen over åndsverk i Bernkonvensjonen for beskyttelse av litterære og kunstneriske verk artikkel 2 bare inneholder verk som kan oppfattes auditivt eller visuelt. Domstolen gikk imidlertid ikke inn på dette spørsmålet, men tok i stedet utgangspunkt i det skillet som kan utledes av den samme bestemmelsen, jf. WIPO Copyright Treaty artikkel 2 og TRIPS artikkel 9 (2), mellom beskyttede uttrykk og ubeskyttede ideer. Fra dette skillet utledet EU-domstolen et krav om at et verk må være «tilstrekkelig presist og objektivt identifiserbart». Dette kravet anses som nødvendig for å fjerne «ethvert element av subjektivitet, som skader retssikkerheden». I motsetning til f.eks. litterære verk, billedkunst, filmverk og musikkverk, som domstolen oppfatter som presise og objektive uttrykk, er identifiseringen av smaken av matvarer ifølge domstolen basert på subjektive og forskjellige opplevelser, som bl.a. avhenger

av faktorer som er forbundet med den personen som smaker det aktuelle produktet. Som eksempler på slike faktorer nevnes personens alder, kostpreferanser og forbrukervaner, samt omgivelsene eller konteksten produktet smakes i. Videre ble det fremhevet at det på nåværende stadium av den vitenskapelige utvikling ikke finnes tekniske midler som gjør det mulig å foreta en presis og objektiv identifikasjon av smaken av matvarer. Matvarers smak kunne derfor ikke anses som verk etter opphavsrettsdirektivet.

Resultatet om manglende opphavsrettslig vern for smaker må anses å være i samsvar med det som har vært oppfatningen også i norsk rett. Selve begrunnelsen har imidlertid et visst varemerkerettslig preg, idet den bygger på Generaladvokatens paralleller til rettspraksis i varemerkesaker. Slik begrunnelsen er utformet kan det heller ikke utelukkes at smaker kan oppnå opphavsrettslig vern som åndsverk på lengre sikt, hvis den tekniske utviklingen gjør det mulig å foreta presis og objektiv identifikasjon av smaken av matvarer. En annen sak er om observasjonen om at det som i dag utvilsomt anses som åndsverk, utelukkende er basert på objektive vurderinger, er særlig treffende. Like fullt gir dommen en avklaring til spørsmålet om smaker kan være åndsverk i dagens situasjon. Det må også antas at resonnementene, og løsningen, er overførbare til lukter, selv om det ikke sies uttrykkelig, ettersom spørsmålet som var stilt i saken bare gjaldt smaker.

Ole-Andreas Rognstad

Patentrett

Rett vernetting ved tvist om retten til patent og patentsøknad - Høyesteretts kjennelse 16. november 2018 (HR-2018-2191-A)

Saken gjaldt spørsmålet om en tvist om hvorvidt en oppfinnelse er overdratt etter at den er patentsøkt, skal behandles for Oslo tingrett som tvungent vernetting etter patentloven § 63 første ledd nr. 1 eller nr. 4.

Aker BioMarine Antartic AS («Aker Biomarine») hadde tatt ut stevning mot Rimfrost Technologies AS og Rimfrost AS («Rimfrost») med krav om overføring av alle patenter og patentsøknader med utspring i patentsøknad NO 20083906. Aker BioMarine hevdet at retten til patentene var overført til Aker BioMarine fra konkursboet til Emerald Fisheries AS. Subsidiært ble det hevdet at Aker BioMarine hadde fått en bruksrett til patentene.

Oslo tingrett vedtok 24. november 2017 (TOSLO-2017-144102) at saken skulle overføres til Søre Sunnmøre tingrett som er saksøktes hjemting, jf. tvisteloven § 4-7, fordi søksmålet ikke var omfattet av reglene om tvungent vernetting i Oslo i patentloven § 63 første ledd nr. 1 og nr. 4. Anke over avgjørelsen ble forkastet av Borgarting lagmannsrett.

Høyesterett i avdeling kom altså enstemmig til samme resultat. Kort oppsummert, går avgjørelsen ut på at patentloven § 63 første ledd nr. 1 må tolkes slik at den kun gjelder søksmål om retten til oppfinnelser under behandlingen av patentsøknaden, og ikke etter at patent er meddelt. Patentloven § 63 første ledd nr. 4 tolkes slik at Oslo tingrett er tvungent vernetting for krav om overføring eller ugyldigkjennelse av patent etter reglene i patentloven §§ 52 og 53, og ikke for krav om overføring av patent på andre grunnlag.

Høyesterett viser først til at patentlovens forarbeider (NU 1963:6 s. 378) fremhever at formålet med reglene om tvungent vernetting er å bygge kompetanse og erfaring hos en begrenset krets av dommere og å sikre mer ensartet praksis (avsnitt 15). I avsnitt 16 påpeker Høyesterett at vernetingsregler bør være klare og entydige og at ordlyden derfor får stor vekt ved tolkningen av reglene.

Høyesterett tar først stilling til spørsmålet om patentlovens § 63 første ledd nr. 1, som sier at Oslo tingrett er rett vernetting for søksmål om «retten til en oppfinnelse som det er søkt om patent på», også skal gjelde oppfinnelser det allerede er meddelt patent på. Høyesterett (avsnitt 18) mener ordlyden i § 63 første ledd nr. 1 trekker i retning av at regelen kun gjelder søksmål i søknadsperioden, altså før patent blir meddelt. Høyesterett viser til at ordlyden kun sier «søkt om patent» og ikke har noe tillegg for at patent er meddelt, og at en annen tolkning ville føre til et overlapp med § 63 første ledd nr. 4 som gjelder søksmål om meddelte patenter. I den danske loven er den tilsvarende regelen formulert slik at meddelte patenter uttrykkelig faller utenfor vernetingsregelen (avsnitt 20).

Høyesterett viser videre til lovens struktur, altså sammenhengen mellom de ulike bestemmelsene i patentloven § 63. Bestemmelsene ses også i sammenheng med patentlovens regler om administrativ overprøving i patentloven § 24 og § 25, og reglene om overføring ved dom i patentlovens § 52 og § 53 (avsnitt 22 til 25). Høyesterett konkluderer med at patentloven § 63 første ledd nr. 1 kun regulerer vernetting for søksmål om oppfinnelser som det er søkt patent på, men ikke for søksmål etter at patent er meddelt.

Patentloven § 63 første ledd nr. 4 slår fast at Oslo tingrett er tvungent vernetting for «søksmål angående ugyldigkjennelse eller overføring av patent, jf. §§ 52 og 53». Spørsmålet er om regelen er begrenset til søksmål etter patentloven §§ 52 og 53 eller om den, som anført at Aker BioMarine, gjelder alle søksmål med krav om overføring av patenter. Høyesterett kommer til at det kun er søksmål med krav om overføring eller ugyldigkjennelse etter patentloven §§ 52 og 53 som har tvungent vernetting i Oslo. Høyesterett viser til at overføring og ugyldigkjennelse er alternative rettsvirkninger i de tilfellene som §§ 52 og 53 regulerer, og at bestemmelsene knytter seg til feil ved meddelelsen av patentet (avsnitt 29 og 30). Krav om overføring av patent på andre grunnlag, og særlig der grunnlaget ikke kan ha konsekvenser for patentets gyldighet

– typisk der overføringen skjer etter at patentsøknad er innlevert, finner Høyesterett altså at faller utenfor patentloven § 63 første ledd nr. 4. For slike krav, reguleres vernetingsreglene av de alminnelige vernetingsreglene.

Resultatet av kjennelsen er klart: patentlovens § 63 første ledd nr. 1 gjelder ikke søksmål etter at patent er meddelt, og nr. 4 gjelder kun krav om overføring eller ugyldigkjennelse etter patentloven §§ 52 og 53. Konsekvensen av dette, er at det kun er søksmål som gjelder retten til oppfinnelsen eller patentet som kan ha betydning for patentets gyldighet, eller meddelelsen av patent, som har tvungent vernetingsregulering ved Oslo tingrett. Høyesterett peker på begrunnelsen for vernetingsregelen, nemlig behovet for at en mindre krets dommere opparbeider en viss erfaring og kompetanse innenfor faget. Denne begrunnelsen treffer for de tvister som reiser patentfaglige spørsmål, men treffer dårligere for krav som bygger på rent kontraktsrettslig grunnlag. Tolkningen fører ikke til et rent skille mellom det som kan kalles patentrettslige krav – altså krav som har konsekvenser for meddelelsen eller gyldigheten av patentet, og kontraktsrettslige krav. Det er nok heller ikke mulig å formulere et helt entydig slikt skille i norsk rett. Men, tolkningen innebærer at en sikrer at søksmål som kan ha konsekvenser for gyldigheten av patentet eller at patent ikke blir meddelt i det hele tatt, får tvungent vernetingsregulering i Oslo.

Med denne tolkningen av patentloven § 63 første ledd nr. 1, vil alle krav om overføring av en patentsøkt oppfinnelse, uansett grunnlag, få tvungent vernetingsregulering i Oslo. Dermed sikres at krav som bygger på at en annen helt eller delvis er oppfinner, herunder krav med utgangspunkt i arbeidsforhold, omfattes av vernetingsregelen. Den vil også omfatte krav på rent kontraktsrettslig grunnlag, som at retten til oppfinnelsen er overført til en annen før det søkes patent på oppfinnelsen. Siden patent ennå ikke er meddelt, må retten ta stilling til om vilkårene for patent er oppfylt, herunder hvem som er rettighetshaver til oppfinnelsen, og det omfatter spørsmålet om hvem som er oppfinner, et typisk patentfaglig spørsmål.

Etter at patent er meddelt derimot, vil en bedre kunne skille mellom tvister som reiser patentrettslige spørsmål og rene kontraktsrettslige tvister. Patentloven §§ 52 og 53 gjelder den situasjonen at en annen enn patentsøker mener å være berettiget til oppfinnelsen, og konsekvensen av det er at patent ikke skulle vært meddelt til den personen som søkte om det. Dersom patent skulle vært meddelt en annen, ligger det også til denne å velge om oppfinnelsen skal patentsøkes eller ikke, derav muligheten for å velge overføring eller ugyldigkjennelse etter patentloven §§ 52 og 53. Når Høyesterett tolker patentloven § 63 første ledd nr. 4 slik at den kun gjelder krav om overføring eller ugyldigkjennelse av patentet etter patentlovens §§ 52 og 53, faller krav om overføring av retten til patentet som bygger på rettsstiftende fakta fra tiden etter at det er søkt patent på oppfinnelsen, utenfor vernetingsregelen. Slike retts-

stiftelser vil ikke ha betydning for patentets gyldighet, men har typisk kontraktsrettslig (eventuelt konkursrettslig eller selskapsrettslig) grunnlag. For slike tvister treffer ikke vernetingsregelens begrunnelse, nemlig behovet for å opparbeide patentfaglig kompetanse og erfaring, like godt.

Inger Berg Ørstavik

KONTRAKTSRETT

Prop. 44 L (2018 –2019) Endringer i avhendingslova (tryggere bolighandel)

Regjeringen foreslår i Prop. 44 L (2018 – 2019) flere viktige endringer i avhendingsloven av 1992. Proposisjonens tittel viser at «tryggere bolighandel» er hovedformålet med endringsforslagene. Det er tale om trygghet for både kjøperen og selgeren. En hovedtanke er at lovendringene skal stimulere selgeren til å legge frem mest mulig og kvalitetssikret informasjon om boligen før salget, herunder en tilstandsvurdering av boligen utført av fagfolk. Flere opplysninger om boligen gir tryggere bolighandel og innebærer mindre fare for konflikter mellom kjøperen og selgeren i ettertid. Dersom endringsforslagene lykkes med å virke konfliktforebyggende, vil antall tvister i og utenfor domstolene reduseres. Dette er i seg selv fremhevet som et viktig formål med endringsforslagene.

Under arbeidet med proposisjonen arrangerte departementet et høringsmøte der flere sentrale høringsinstanser deltok. Møtet viste stor enighet om behovet for å tenke nytt om avhendingsloven, men stor uenighet om veien videre. Det vil være delte meninger om flere av de forslagene departementet fremmer i lovproposisjonen. Det er å håpe at lovendringene bringer rettsområdet videre i riktig retning. Behovet for fortsatt rettsutvikling innenfor dette viktige området er likevel neppe over med de lovendringene som nå foreslås.

Markedet for boligselgerforsikringer utgjør på flere måter usikkerhetsmomenter ved forslagene. Departementet fremhever flere steder i proposisjonen at selgeren kan tegne forsikring til dekning av sitt mangelsansvar etter loven. Det forutsettes i proposisjonen nærmest at det finnes et effektivt tilbud av slike forsikringer til en akseptabel pris (premie). Etter at proposisjonen ble lagt frem, har Protector Forsikring ASA, som oppgir å ha en markedsandel for boligselgerforsikring (eierskifteforsikring) på mer enn 50 %, kunngjort at selskapet på grunn av manglende lønnsomhet trekker seg ut av denne bransjen. Det gjenstår å se hva Protectors beslutning vil bety for markedet for eierskifteforsikring. Det gjenstår også å se hva lovforslagene i seg selv forventes å bety for lønnsomheten i denne forsikringsbransjen.

Endringsforslagene er disse:

«Som den er»-forbehold blir uten virkning ved omsetning av bolig og fritidsbolig til forbruker. Kort og

meget unøyaktig uttrykt er terskelen for mangel ved salg «som den er» i dag ifølge rettspraksis utbedringskostnader på 5 – 6 % av kjøpesummen. Når selgeren ikke lenger går fri for ansvar for avvik som ligger under denne terskelen, er lovgiverens forventning at selgeren for å unngå mangelsansvar vil se seg tjent med å opplyse mest mulig til kjøperen, gjerne i form av en grundig tilstandsvurdering av boligen.

Videre foreslås det en regel i loven om at boligen skal være i samsvar med det kjøperen kunne forvente ut fra blant annet alder, type og synlige tilstand. Mangler som til sammen beløper seg til 10 000 kroner eller mindre, skal ikke gi grunnlag for krav mot selgeren. Den nye mangelsformuleringen og den nye bagatellgrensen for krav forutsettes å virke klargjørende og konfliktforebyggende.

Innendørs arealsvikt skal som hovedregel være mangel uten noen nedre terskel for avvik fra oppgitt areal. Utmåling av prisavslag for innendørs arealsvikt skal skje etter skjematiske regler med utgangspunkt i kvadratmeterprisen for tilsvarende bolig i det aktuelle området. Også her er formålet først og fremst å være klargjørende og konfliktforebyggende.

Kjøperen skal ha «plikt» til å sette seg inn i tilstandsrapporter og annen salgsdokumentasjon i den forstand at opplysninger som fremgår tydelig, ikke skal kunne gjøres gjeldende som mangler. Det gis lovhjemmel for forskrift om krav til tilstandsrapporter og til personer som utarbeider slike. Den nevnte virkningen for kjøperens mangelskrav forutsettes tilsynelatende å være betinget av at tilstandsrapporten er utarbeidet i samsvar med forskriften. Dette forslaget er en viktig del av målsettingen om mest og best mulig informasjon om boligen før salget. Forslagets oppbygning skaper usikkerhet om hvilken virkning opplysninger som er gitt på annen måte enn etter reglene i forskriften, vil ha for kjøperens rett til å påberope mangler.

Det foreslås en presisering i loven om at kjøperens krenkelse av selgerens utbedringsrett etter § 4-10 ikke er til hinder for at kjøperen kan kreve erstatning for mangelen. Dette er en klargjøring av rettstilstanden, neppe en endring av denne.

Trygve Bergsåker

Midtbygningen -HR-2018-2256-A)

(1) Tvisten

Høyesterett tok i denne saken standpunkt til om en totalentreprenør kunne fremme direktekrav mot to underrådgivere.

Våren 2011 sluttet Statsbygg kontrakt med totalentreprenør om rehabilitering av Midtbygningen i Karl Johansgate. Kontraktssummen var på noe over 100 millioner kroner.

I forbindelse med denne kontraktsinngåelsen fikk totalentreprenøren inn tilbud om prosjekteringen av oppdraget. Tilbudet ble gitt på vegne av en rådgivergruppe som blant annet bestod av arkitekt og rådgiver

vende ingeniører i VVS og elektro. I den senere avtalen med totalentreprenøren påtok imidlertid arkitekten seg hele rådgiveroppdraget, og engasjerte i stedet rådgiverne for VVS og elektro som underrådgivere.

Avtalen mellom totalentreprenøren og arkitektfirmaet var basert på NS 8402: 2010 «Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid». Standarden inneholder, i motsetning til NS 8401, ingen regler om direktekrav. Partene hadde heller ikke tatt inn noen supplerende regler om dette.

Det ble åpnet konkurs hos arkitektfirmaet våren 2014. Det fantes ikke midler i boet, og det er opplyst at bobehandlingen er avsluttet.

Totalentreprenøren fremmet krav mot underrådgiverne som følge av påståtte prosjekteringsfeil. Fordi avtaleparten var konkurs, ble kravet rettet direkte mot underrådgiverne. Kravene var på henholdsvis 4,8 millioner kroner og 6,8 millioner kroner. Rådgiverfirmaene bestred både at de hadde begått feil og at kravet kunne rettes mot dem.

Søksmål ble tatt ut for Sarpsborg tingrett, som besluttet at saken skulle deles. I første omgang skulle det bare tas standpunkt til om totalentreprenøren hadde anledning til å fremme kravene direkte mot underrådgiverne. Under tvil kom tingretten til at det ikke forelå noen direktekravsadgang i foreliggende sak etter ulovfestet rett.

Borgarting lagmannsrett kom fram til samme resultat; også denne under tvil.

Saken ble deretter anket inn til Høyesterett. Anken gjaldt rettsanvendelsen og bevisvurderingen, og var begrenset til spørsmålet om totalentreprenøren hadde en ulovfestet direktekravsadgang.

(2) Flertallets synspunkter

(2.1) Alminnelig ulovfestet direktekravsrett – avsnittene 48 til 80

Til tross for at partene var enige om at det i norsk kontraktsrett ikke er etablert en alminnelig ulovfestet direktekravsadgang, foretok førstvoterende en temmelig lang gjennomgang av problemstillingen.

Han redegjorde først og fremst for foreliggende høyesterettspraksis og ga en kort presentasjon av de relevante dommene, se Rt-1976-1117 Siestaddommen, Rt-1981-445 Davangerdommen, Rt-1995-486 Nordlandsdommen, Rt-1998-656 Veidekkedommen og HR-2018-648-A Bruktbilddommen. For helhetens skyld kunne han også nevnt Rt-2007-1768, som gjaldt tolkning av direktekravsbestemmelsen i NS 3431.

Av disse dommene står Rt-1998-656 Veidekkedommen helt sentralt. I denne dommen tok riktig nok ikke Høyesterett standpunkt til om det gjaldt en mer alminnelig direktekravsadgang, men det fastslås at underentreprenøren stod i en slik «særlig stilling», at dette måtte være tilstrekkelig til å begrunne et direktekrav. Spørsmålet førstvoterende reiste, var om det i dag kan sies å være etablert en alminnelig direktekravsadgang.

Utenom høyesterettspraksis er førstvoterende helt kort innom lovgivningen, og påpekte at en direktekravsrett «er innført i en del lover de siste tiårene», men at dette ikke sjeldent er gjort for å «styrke stillingen for forbruker».

Førstvoterende avla også NS-standardene er visitt. Hans observasjon her er at «[n]oen av dem har bestemmelser om direktekrav, andre ikke.»

Oppsummeringen av rettskildene finner vi i avsnitt 80, hvor det uttales følgende:

«Generelt står nok adgangen til å fremme direktekrav noe sterkere i dag enn da Veidekke-dommen ble avsagt i 1998. Men det er fortsatt ikke grunnlag for konstatere at det eksisterer noen alminnelig rett til å fremme direktekrav i entrepriseforhold. Tilfeller som faller utenfor det lov- eller avtaleregulerte må fremdeles vurderes konkret ut fra de momenter som er fremhevet i rettspraksis.»

(2.2) Konkret vurdering av om det foreligger «særlig stilling» – avsnittene 80 til 93

Deretter foretok førstvoterende en vurdering av det konkrete avtaleforholdet. I første omgang ble foreliggende sak holdt opp mot den kontraktskonstellasjonen som forelå i Veidekkedommen, og kravet om «særlig stilling».

Hans konklusjon var at «forholdene i saken her atskiller seg nokså klart fra situasjonen i Veidekkedommen», jf avsnitt 92. Det ble blant annet påpekt at nærmest all fakturering skjedde via arkitektfirmaet, og at alle krav i saken ble rettet mot kontraktsparten: «I motsetning til situasjonen i Veidekke-dommen, spilte ikke den egentlige kontraktsparten noen underordnet og passiv rolle når det gjaldt kontraktsforholdene», se avsnitt 91.

Deretter ga imidlertid førstvoterende uttrykk for at det tross alt har vært en viss utvikling i holdningen til direktekrav, se avsnitt 92, hvor han uttalte følgende:

«Som jeg allerede har vært inne på, er dette i seg selv ikke avgjørende. Det er godt mulig at det i fravær av andre momenter kunne vært grunn til å utvide den ulovfestede direktekravsadgangen til også å omfatte et tilfelle som i saken her. Når jeg likevel har kommet til at direktekrav ikke kan tillates, skyldes det at det i vår sak – etter mitt syn – foreligger tungtveiende momenter som taler mot dette.»

Tilsvarende synspunkter ga han også til kjenne i avsnitt 64 («åpen for at det etter en konkret vurdering i den enkelte sak kan ligge til rette for å godta rett til direktekrav i et videre omfang enn det som ble gjort i de tidligere dommene»), og senere i avsnitt 101 («Som jeg allerede har gitt uttrykk for, er jeg ikke fremmed for at det kan være grunnlag for å utvide direktekravsadgangen noe gjennom domstolspraksis.»)

Det er nærliggende å tolke disse uttrykksmåtene («grunn til», «åpen for» og «ikke fremmed for») slik at vilkåret om «særlig stilling» ikke trenger å være fullt så strenge som i Veidekkedommen.

(2.3) De tungtveiende hensyn mot direktekravsadgang – avsnittene 94 til 109

Avgjørende for førstvoterendes konklusjon var imidlertid, som antydnet i avsnitt 92 ovenfor, at det forelå tungtveiende grunner for ikke å tillate et direktekrav i foreliggende sak. Førstvoterende var innom flere momenter, men det er særlig to forhold som framsto som utslagsgivende.

For det første «benyttet partene en standardkontrakt som ikke åpnet for direktekrav, til tross for at det finnes andre standardkontrakter som har en slik uttrykkelig adgang». Det sentrale poenget for førstvoterende var at «det er tale om profesjonelle parter som må ta konsekvensene av sitt valg av kontraktsformular», jf avsnitt 103.

For det andre forelå det ikke noen avgjørende reelle hensyn som tilsa bruk av direktekrav siden kravet skulle ha vært sikret gjennom arkitektfirmaets ansvarsforsikring, se avsnitt 107 og 108. Riktig nok var det uklart om det faktisk ble tegnet noen forsikring, men ifølge førstvoterende var dette uten betydning for bedømmelsen.

(2.4) Konklusjon – avsnittene 110 til 113

På bakgrunn av de tungtveiende momentene i saken som talte mot en direktekravsadgang, fikk ikke totalentreprenøren medhold.

Til tross for resultatet ble det ikke tilkjent saksomkostninger for noen av instansene: «Saken har reist tvilsomme spørsmål og den ankende part hadde grunn til å se rettens avgjørelse», jf tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

(3) Mindretallets synspunkter

Mindretallet på to dommere har et annet syn enn flertallet på tre sentrale punkter.

Det første er betydningen av den *avtalen* som ble inngått. Etter mindretallets oppfatning kan man ikke trekke noen slutninger av at avtalen eller standarden er taus med hensyn til direktekravsadgangen. Etter mindretallets oppfatning skyldtes valg av standard vederlagsformatet som partene benyttet, og ikke spørsmålet om direktekrav.

Den andre uenigheten gjaldt *bakgrunnsretten*. Mindretallets oppsummering av rettstilstanden på entrepriserettens område presenteres i avsnitt 127, hvor det uttales følgende:

«Dersom skyldneren har hatt en ‘særlig stilling’ under utførelsen av kravshaverens oppdrag, slik Høyesterett fant var tilfellet i Veidekke-dommen, kan direktekrav fremsettes etter den såkalte dobbeltbegrensningsmodellen. Men direktekrav er ikke utelukket selv om dette kriteriet ikke er oppfylt. I så fall må det gjøres en nærmere avveining av behovet og betenkelighetene. Slik mener jeg rettsstillingen også var da avtalene ble inngått i 2011.»

Til slutt foretok mindretallet en annen vurdering av det konkrete saksforholdet enn flertallet. Det pekes på at avtaleforholdet har mange likhetstrekk med kon-

stellasjonen i Veidekkedommen, selv om det erkjennes at midtledet ikke var skjøvet helt ut slik som i nevnte dom, se avsnitt 131.

Deretter foretas en bredere avveining av behov og betenkeligheter ved en direktekravsadgang i den foreliggende saken. Det pekes særlig på at underrådgiveren måtte være forberedt på et krav, og at både oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn talte for å tillate direktekrav.

Etter dette konkluderte mindretallet med at totalentreprenøren hadde rett til å framsette sine erstatningskrav direkte mot underrådgiveren.

(4) Kommentarer til dommen

(4.1) Rettskildebruken

Partene i tvisten var enige om at det i norsk rett ikke er etablert en alminnelig ulovfestet direktekravsrett, se avsnitt 46. Førstvoterende sa seg enig i dette, men valgte likevel å gå igjennom problemstillingen. Når han tar dette valget, til tross for sterk dissens hos dommerne og uten at det var nødvendig for resultatet, kunne man vente en grundig gjennomgang av samtlige rettskilder og med et selvstendig bidrag fra høyesterett selv.

Førstvoterende nøyer seg imidlertid med – langt på vei – å foreta en oppsummering av høyesterettspraksis. Når det gjelder de øvrige rettskildene, er disse enten helt utelatt eller temmelig slurvete behandlet. Verken teori eller reelle hensyn behandles under den generelle gjennomgangen. Førstvoterendes karakteristik av den moderne kontraktslovgivningen er for øvrig påfallende. Han framholdt at direktekrav er innført «i en del lover de siste tiårene», hvilket ikke framstår som spesielt treffende. Og helt tilsvarende for så vidt angår norske standarder innen entreprisretten: «Noen av dem [norske standarder] har bestemmelser om direktekrav, andre ikke.» Samtlige av de store entreprisestandardene inneholder slike regler, se eksempelvis NS 8405: 2008, NS 8415: 2008, NS 8407: 2011 og NS 8417: 2011. Det er bare NS 8406: 2009 hvor reglene er utelatt, og da som følge av en forenkling av regelverket. Noe av det samme finner vi innenfor rådgiverkontraktene. Hovedstandarden på området, NS 8401: 2010, har bestemmelser om direktekrav, mens dette ikke er tatt med i NS 8402: 2010, se mer om dette senere. Det er skuffende at flertallet i foreliggende sak syntes å nøye seg med en observasjonsrolle. Som påpekt av mindretallet, blir bakgrunnsretten til gjennom «et samspill mellom lovgivningen, rettspraksis, kontraktspraksis og rettsvitenskapen», se avsnitt 121.

(4.2) «Alminnelig direktekravsrett»

Førstvoterende drøftet spørsmålet om det er etablert en «alminnelig ulovfestet direktekravsrett» uten å presisere hva han mener med en slik rett. Dette burde han ha gjort, og her kunne rettslitteraturen ha hjulpet flertallet til en mer nyansert spørsmålsstilling.

Få vil anføre at det gjelder en fast regel om direktekrav i alle livets ulike avtaleforhold. De fleste har vært langt mer forsiktige. To hovedproblemstillinger har vært reist. Den ene er om hvilket utgangspunkt man skal ta ved krav mot bakre ledd. Er hovedsynspunktet at et slikt krav skal godtas, men at det kan foreligge forhold i den enkelte avtaletype (for eksempel i leieforhold) eller den konkrete kontrakt som kan tale imot, eller er utgangspunktet at det må foreligge særlige forhold i den enkelte sak. Teorien synes å ha beveget seg i gråsonen mellom disse ytterpunktene, se for eksempel avhandlingen til Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav*, Oslo 2007, som mindretallet blant annet viser til. Den andre problemstillingen er om en eventuell direktekravsadgang forutsetter et konkret behov hos kreditor, det vil si at kravet mot kontraktsparten er tapt som følge av konkurs, insolvens, og så videre.

Hvorvidt problemstillingen kan løses likt for avtaler i forbrukerforhold og i profesjonelle relasjoner, er dessuten et åpent spørsmål. Beskyttelseshensyn kan her være et selvstendig argument for å gå lenger i direktekravsadgangen enn i rent forretningsmessige relasjoner.

(4.3) Bakgrunnsretten

Flertallet avviste en alminnelig direktekravsadgang ganske kategorisk. Hva som ifølge flertallet er bakgrunnsretten, er derimot mer uklart. Førstvoterende tok utgangspunkt i «særlig stilling»-kriteriet som ble benyttet i Rt-1998-656 Veidekkedommen. Men som gjengitt ovenfor, så åpnes det for at direktekrav kan anerkjennes i et videre omfang enn det som ble gjort i de tidligere dommene, se avsnittene 64, 93 og 101. Uttalelsene må forstås slik at det ikke kreves fullt så spesielle relasjoner mellom hovedmannen og det bakre ledd som i Veidekkedommen.

Den konkrete vurderingen til flertallet av kontraktsforholdet i tvisten, kaster likevel lys over terskelnivået for direktekrav. Som gjengitt ovenfor konkluderer førstvoterende med at «forholdene i saken her atskiller seg nokså klart fra situasjonen i Veidekkedommen», se avsnitt 92. Poenget til førstvoterende var at den grunnleggende kontraktsstrukturen var beholdt både rettslig og reelt. Fakturaer ble sendt via mellomledet (arkitektfirmaet) og alle krav fra totalentreprenøren gikk gjennom dette leddet. I Veidekkedommen lå forholdene annerledes an.

Det er etter at førstvoterende har trukket denne konklusjonen at hans oppfatning om bakgrunnsretten kommer klarest til uttrykk. Avsnitt 93 er tidligere gjengitt i sin helhet. Her mer enn antydes det at direktekravsadgangen på ulovfestet grunnlag kan utstrekkes til også å omfatte «et tilfelle som i saken her [mine uthevinger]». Dette framstår som den helt sentrale uttalelsen om bakgrunnsretten og er kanskje mer konsekvensrik enn det flertallet så for seg. Dersom et kontraktsforhold som det foreliggende i utgangspunktet gir grunnlag for direktekrav, kan det spørres om hva som da skal til for at vilkårene ikke er til stede.

Selve grunnideen bak Veidekkedommen synes å være at når den formelle kontraktstrukturen ikke gjenspeiler de faktiske forholdene, så må det være adgang til å rette krav direkte mot den reelle motpart. I foreliggende sak forlates dette konseptet, og det er da berettiget å spørre om ikke hele grunnvilkåret om «særlig stilling» er forkastet. Å la direktekravsadgangen bero på i hvor stor grad partene har hatt kontakt i løpet av kontraksperioden i et ellers normalt kontraktsforhold, vil framstå som en helt upraktisk regel som ikke gir partene noen forutberegnelighet overhodet.

Gode grunner taler for å gi slipp på «særlig stilling»-kriteriet i Veidekkedommen, og i stedet vurdere om det er omstendigheter enten knyttet til avtaletypen eller i det enkelte kontraktsforhold som (klart) taler mot en direktekravsadgang. Hvis ikke, bør en slik rett aksepteres. I realiteten er det denne framgangsmåten flertallet i Høyesterett har benyttet i foreliggende sak. (Mindretallet lot derimot en utvannet «særlig stilling»-vurdering være avgjørende til fordel for totalentreprenøren.)

(4.4) Kreditors behov for direktekrav med videre

Antas det at en normal kontraktstruktur i utgangspunktet kan gi grunnlag for et direktekrav, gjenstår å ta stilling til et par grunnleggende spørsmål.

Det første er om direktekravsadgangen er vilkårsløs, eller om kreditor må påvise et særlig behov, typisk at medkontrahtenten er gått konkurs eller er insolvent. Kontraksstandardene innenfor entrepriseretten inneholder alle en slik begrensning, mens den moderne kontraktslovgivningen er uten spor av beskrankninger i så henseende. Bakgrunnen for standardenes løsning skal kommenteres i forbindelse med førstvoterendes særlige vektlegging av forsikringsplikten.

Det andre spørsmålet er hvilken direktekravsmodell som i tilfelle skal gjelde etter bakgrunnsretten. I Rt-1998-656 Veidekkedommen antydes det en dobbelbegrensningsmodell, se side 662 («Det bør være lettere å godta» osv), ofte kalt for springende regress i motsetning til subrogasjonsmodellen som vi finner i kjøpsloven og avhendingsloven. Heller ikke denne problemstillingen er det anledning til å gå nærmere inn på her. Det skal likevel bemerkes at mange synes å ta det for gitt at direktekravskreditor ikke skal kunne tilføres en større rett enn etter sitt eget kontraktsforhold. En grundigere studie av bakgrunnen for de ulike lovmodellene viser imidlertid at det gjør seg forskjellige hensyn gjeldende, og at svaret ikke er gitt.

Det kan også nevnes at selv om arkitektfirmaet formelt sett ikke hadde et tilsvarende erstatningskrav mot underrådgiverne siden totalentreprenøren rettet sitt krav direkte mot disse, stenger ikke dette for en direktekravsadgang. I Rt-2007-1768 NS 3431-dommen slo Høyesterett fast følgende i avsnitt 34:

«Jeg finner det klart at denne anførselen ikke kan føre frem. Som ankemotparten påpeker, står et krav midt i kontraktskjeden normalt ikke på egne ben, men er avhengig av at krav blir gjort gjeldende fra

et senere ledd i kjeden. Når det - som her - gjøres gjeldende direktekrav, har et slikt krav forutsetningsvis ikke blitt fremsatt. Jeg finner det klart at punkt 43 må forstås slik at det avgjørende er om totalentreprenøren hadde hatt et krav mot undrentreprenøren, dersom byggherren hadde gjort mangelskravet gjeldende mot totalleverandøren. Det er dette hypotetiske kravet som byggherren på bestemte vilkår kan tre inn i.»

(4.5) De tungtveiende momentene

Avgjørende for flertallets konklusjon var som tidligere nevnt, at det forelå «tungtveiende momenter» som talte mot en direktekravsadgang. De to sentrale omstendighetene som trekkes fram i domspremissene, skal kommenteres nedenfor.

a) Det første momentet var *valg av kontraktsstandard*. Etter undertegneds oppfatning er dette forholdet lite overbevisende som argument mot en direktekravsadgang.

Det foreligger to generelle standarder når det gjelder rådgivnings- og prosjekteringsoppdrag – NS 8401: 2010 og NS 8402: 2010. (Dessuten er det utviklet en særskilt standard for byggelederoppdrag, se NS 8403: 2005.) Førstnevnte standard inneholder regler om direktekrav, mens den valgte standarden ikke har slike bestemmelser. Så vel flertallet i Høyesterett som underrettene, tilla dette valget av standard stor betydning. Hovedsynspunktene til flertallet var at profesjonelle parter må ta konsekvensene av sitt valg, og at det er betenkelig å «gripe inn i et slikt finmasket standardisert kontraktssystem», jf avsnittene 103 og 104.

Valg av standard har temmelig sikkert ikke vært influert av direktekravsreglene, men vært bestemt av vederlagsformatet, se mindretallets votum, avsnitt 118. NS 8402: 2010 er en standard utviklet for rådgiveroppdrag «honorert etter medgått tid», og man finner viktige regler om utarbeidelse av honorarbudsjetten og konsekvensene av et slikt prosjekt for vederlaget, se punkt 12. På dette punktet har NS 8401: 2010 helt utilfredsstillende regler når oppdraget honoreres etter medgått tid.

At man ikke tok med direktekravsregler i NS 8402: 2010, var heller ikke uttrykk for en oppfatning om at slike regler ikke var anvendelige for denne kontraktsypen. Hans Jakob Urbye, *Kommentarer til NS 8401 og NS 8402*, 2 utg, Oslo 2011, side 247, forklarer utelatsen på følgende måte:

«I punkt 10 har vi heller ikke noen bestemmelse om direktekrav mot underrådgiver, slik vi har i NS 8401 punkt 13.6. Grunnen til dette er at man har antatt at bestemmelsen vil ha liten praktisk betydning i en NS 8402-kontrakt.»

For øvrig framkommer det av avsnitt 72 at flertallet har misforstått revisjonen som skjedde av standardene i 2010. I denne revisjonen ble det bare foretatt en justering av ansvars- og forsikringsgrensene i stan-

dardene. Den «gjennomgående revisjonen» som omtales i forordet, gjaldt den foregående standarden (NS 3403), og ble gjennomført i forbindelse med innføringen av de nye standardene i 2000. Det er med andre ord rettstilstanden – og rettsoppfatningen – to år etter Veidekkedommen som reflekteres i standardene.

I sitt votum ga førstvoterende dessuten uttrykk for en tilbakeholdenhet med bruk av bakgrunnsretten som nærmest må karakteriseres som en nyorientering. At det foreligger en detaljert regulering av partsforholdet, har ikke avholdt Høyesterett i tidligere dommer fra å ty til bakgrunnsretten som kildemateriale. Mindretallet viste i så henseende til Rt-1998-656 Veidekkedommen. Et annet eksempel, utenfor direktekravsproblematikken, er Rt-2012-1779 Hydro Aluminium-dommen, hvor Høyesterett ikke tolket en detaljert kjøpsbetingelse som uttømmende når det gjaldt reklamasjonsspørsmålet, se avsnitt 52 til 54. Her framholdes det blant annet at «[j]eg kan vanskelig se at dette punktet er ment å regulere forholdet til bakgrunnsretten slik at den ikke *på vanlig måte* kan utfylle og supplere den inngåtte avtalen [mine uthevninger].»

Den samme frilynte holdningen finner vi der hvor det har vært aktuelt å supplere kontraktslovgivningen. Et illustrerende eksempel er HR-2018-648 Bruktbil-dommen, som også gjaldt direktekrav. I denne saken ble det påvist en «luke» i reguleringen av direktekravsadgangen. Når det gjaldt spørsmålet om man kunne tette denne «luken» ved hjelp av bakgrunnsretten, uttalte Høyesterett først i avsnitt 44 at «[j]eg kan ikke se at lovgiverne har forlatt utgangspunktet om at det ved siden av lovgivningen kan skje en videre utvikling av den ulovfestede direktekravsadgangen.» Deretter omtales anvendelsen av bakgrunnsretten på områder med detaljerte lovregler, se avsnitt 45:

«Også i høyesterettspraksis har det vært lagt til grunn at det er adgang til å innfortolke direktekravsadgang på områder med omfattende lovregler. I Rt-1995-486 (Nordland) ble en maskin skadet under transport. Transporten var bestilt hos et selskap som i sin tur ga transportoppdraget videre til et annet selskap. Kjøperen av maskinen hadde ikke noen avtale med dette selskapet. Vegfraktloven har i kapittel VII regler for «Befordring som utføres av flere fraktførere i rekkefølge», og transportøren anførte at ettersom disse reglene ikke ga grunnlag for direktekrav, var direktekrav avskåret. Høyesterett kom til at kaskoforsikrer kunne rette krav direkte mot undertransportøren. Vilkårene i kapittel VII var ikke oppfylt, men Høyesterett mente den generelle regelen om fraktførers ansvar i § 27 kom til anvendelse, til tross for at denne bestemmelsen i første rekke nok har tatt sikte på å regulere ansvaret mellom kontraktpartene. Man kan her sammenligne med definisjonene i sjøloven § 251 og § 321. Høyesterett gikk altså langt i å etablere en direktekravsadgang på et område med omfattende lovgivning.»

Når det gjelder metodespørsmål, vil uttalelser i enkeltstående dommer, som i foreliggende sak, ha liten prejudikatsverdi. Det er trenden over tid som vil være avgjørende.

b) Det andre tungtveiende momentet som flertallet trakk fram, var *forsikringsplikten*. Etter NS 8402: 2010 punkt 6.2 var arkitektfirmaet forpliktet til å tegne en forsikring, som ville ha dekket den påståtte feilen (minus egenandelen). Etter flertallets oppfatning forelå da ikke noen avgjørende reelle hensyn («påtrengende behov») som tilsa at entreprenøren kunne rette et direktekrav mot underrådgiveren.

Dersom partene hadde inngått en kontrakt med grunnlag i NS 8410: 2010, ville forsikringsplikten skapt et interessant tolkningsspørsmål. Det følger av punkt 13.6 i nevnte standard at oppdragsgiver kan rette sine krav direkte mot underrådgiver, men bare for så vidt et krav mot hovedmannen ikke kan gjennomføres («eller i høy grad er vanskeliggjort») som følge av konkurs eller annen klar insolvens. Etter ordlyden er det tilstrekkelig at det foreligger konkurs. Spørsmålet er om regelen skal tolkes innskrenkende når oppdragsgiver ikke har et reelt behov for en direktekravsadgang fordi han kan kreve full dekning hos forsikringselskapet.

Bestemmelsen i NS 8401: 2010 er hentet fra entreprisestandardene. Bakgrunnen for vilkåret om konkurs med videre var entreprenørenes motvilje mot at en byggherre skulle bryte inn i samarbeidsforholdet mellom hoved- og underentreprenør. I denne relasjonen ville byggherrens inntreden representere et fremmedelement. Et regresskrav fra hovedentreprenøren ville partene kunne ordne på mange måter, særlig hvis det dreide seg om et mer varig samarbeid, noe som ofte eksisterer mellom hoved- og underentreprenører. Et direktekrav fra en utenforstående ville ikke kunne løses med samme grad av fleksibilitet. Ved en konkurs hos hovedentreprenøren endres bildet. På den ene siden faller hensynet til interaksjonen mellom hoved- og underentreprenør bort, og på den andre siden vil byggherren ha et akutt behov for en direktekravsadgang.

I forholdet mellom hoved- og underrådgiver vil de samme hensyn kunne gjøre seg gjeldende. Forskjellen består i at oppdragsgivers behov kan være dekket gjennom forsikringsordningen. En innskrenkende tolkning av NS 8401: 2010 punkt 13.6 kommer likevel ikke på tale siden forsikringsplikten helt ville ha eliminert direktekravsadgangen. Det kan ikke ha vært meningen da bestemmelsen ble tatt inn i standarden.

Hvorledes bør så situasjonen håndteres utenfor de regulerte tilfellene? Flertallet la avgjørende vekt på at forsikringsplikten fjernet behovet for en direktekravsadgang, mens mindretallet framhevet at underrådgiveren måtte være forberedt på et krav som følge av prosjekteringsfeil. Hva som er den beste løsningen, kan diskuteres. Analogien til NS 8401: 2010 trekker i retning av at forsikringsplikt ikke bør være avgjørende. Det samme gjør oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn, se mindretallet avsnitt 136. På den andre siden står forsikringsplikten svært sentralt – både retts-

lig og faktisk – i rådgiverforhold. Dette har blant annet kommet til uttrykk i NS 8402: 2010 punkt 14.3 andre ledd. Etter denne bestemmelsen oppheves oppdragsgivers tilbakeholdsrett dersom rådgiveren har en forsikring som i tilfelle vil dekke et omstridt krav. Denne måten å kanalisere krav inn mot forsikringsselskapet, taler for flertallets standpunkt. Å la forsikringsdekningen stå uutnyttet framstår som ekstraordinært.

Hvorvidt det skal ha betydning at arkitektfirmaet faktisk ikke tegnet noen ansvarsforsikring, kan diskuteres. Førstvoterende avfeide problemstillingen med at totalentreprenøren skulle ha kontrollert forsikringsbeviset, jf NS 8402: 2010 punkt 6.1 andre ledd. Hvis arkitektfirmaet faktisk ikke overholdt sin forsikringsplikt, og dette ikke var avtalt eller underforstått, er standpunktet ikke opplagt. Det er i tilfelle underrådgiverens ugrunnede berikelse som beskyttes på bekostning av totalentreprenøren.

Når det gjelder forsikringsdekning, må det skilles mellom hvem som har tegnet polisen. I flere av de sakene om direktekrav som har stått for Høyesterett, har kreditor vært sikret gjennom egen tingsforsikring, se for eksempel Rt-1976-1117 Siestaddommen og Rt-2007-1768 NS 3431-dommen. I disse tilfellene vil naturlig nok ikke forsikringsdekningen i seg selv kunne avskjære et direktekrav. Dekker tingsforsikringen skaden, trer forsikringsselskapet inn i et mulig direktekrav mot det bakre ledd.

I rådgiverforhold dreier det seg om en ansvarsforsikring stilt av hovedrådgiver. Når direktekravsadgangen avskjæres for oppdragsgiveren, tvinges han til å rette kravet mot forsikringsselskapet. Dette trer imidlertid inn i hovedrådgiverens kontraktsposisjon overfor underrådgiveren, og vil kreve regress for sine utbetalinger, jf mindretallet avsnitt 135 og Rt-1997-1029 Mofrakt.

Lasse Simonsen

OBLIGASJONSRETT

Utleigar kunne ikkje leggje saks kostnadene inn i leiga - HR-2018-2190-A

Eit kommunalt føretak hadde oppført eit bygg for utleige til eit industriføretak. Etter leigekontrakten skulle den årlege leiga vera lik «utleiars dokumenterte årlige bruttokostnader tilknyttet Leieobjektet», og leigaren hadde ein løpande opsjon på å kjøpe bygget til lånesaldo.

Partane vart usamde om fastsetjinga av leiga, og saka vart endeleg avgjort av tingretten. Retten meinte at ingen part hadde fått medhald fullt ut eller i det vesentlege, og kvar av partane måtte bera sine saks kostnader. Deretter reiste utleigaren sak med krav om leige som omfatta saks kostnadene i den første saka. Leigaren motsette seg kravet og viste prinsipielt til at kravet om dekning av saks kostnader var rettskraftig avgjort i den første saka. Subsidiært gjorde leigaren gjeldande at kostnadene ikkje kunne dekkjast etter kontrakten, og at ei anna tolking eventuelt ville vera i strid med avtalelova § 36.

Fleirtalet i Høyesterett, tre dommarar, kom til at kravet ikkje var rettskraftig avgjort i den første saka (tvistelova § 19-15 tredje ledd). Rett nok var det tale om «dei same pengane»; utleigaren kunne ikkje krevje dobbelt opp. Likevel var det vesensskilnad mellom dei faktiske vilkåra som måtte vera oppfylte for dekning, og interessene som skal varetakast med saks kostnadsreglane, er andre enn dei kontrakten skulle vareta. Ei samla vurdering vart avgjerande for resultatet.

Mindretalet på to dommarar meinte at kravet på dekning av saks kostnader var rettskraftig avgjort i den første saka. Det var tale om ulike påstandsgrunnlag for same skadebotkrav. Reelle omsyn tala for ikkje å tillata nye saker om dei same saks kostnadene.

Alle dommarane tolka leigekontrakten slik at kostnadene ikkje kunne takast med i leiga. Juridiske utgifter kunne nok vera relevante, men behovet for rettsavklaring måtte knyte seg til «leieobjektet», meinte retten. Sjølv med ei vid tolking «fremstår det som ekstraordinært om kommunen skulle kunne komme rundt rettens saks kostnadsavgjørelse ved å kreve kostnaden dekket gjennom leien» (avsnitt 46). Noko slikt måtte krevje ein «mer eksplisitt avtale» (same stad). Med denne tolkinga vart det ikkje aktuelt å drøfte avtalelova § 36.

Høyesterett seier det ikkje rett ut, men utleigarens tolking (som hadde ført fram i tingrett og lagmannsrett) ville ha gjeve utleigaren rett til å føre sak mot leigaren på leigarens rekning, uavhengig av utfall og kostnadsavgjerder i rettssakene. Det er ikkje vanskeleg å slutte seg til at den som vil oppnå noko slikt, får finne seg i å tala tydeleg.

Kåre Lilleholt

Byggjegrensa etter veglova utgjorde mangel ved tomt. HR-2018-2346-A A

Seljarane hadde avertert ei tomt til «boligformål». Tomta låg ved ein riksveg, og det viste seg at Statens vegvesen ikkje ville gje dispensasjon frå byggjegrensa etter veglova § 29 tredje ledd. Kjøparane kravde heving og skadebot fordi fråvera av dispensasjon var ein mangel, og dei fekk medhald i Høyesterett.

Grunnlaget for avgjerda er ikkje heilt klårt. Førstevoterande drøftar først avhendingslova § 3-8 og seier (avsnitt 34):

«Så langt tolker jeg den aktuelle informasjonen som et uttrykk for at eiendommen kunne bebygges til boligformål. En slik opplysning er i utgangspunktet tilstrekkelig konkret og spesifikk til at det foreligger en mangel når det senere viser seg at eiendommen er ubebyggelig.»

Deretter viser førstevoterande til ei innvending frå seljaren om at det ikkje var «tilstrekkelig grunnlag for å tolke opplysningene som ble gitt, på den måten» (avsnitt 35). Den vidare drøftinga gjeld likevel ikkje *tolking*, men eit spørsmål om «risiko» for lovfastsette rådvaldsband. Resultatet vart at seljarane «må ha ri-

sikoen for» at det ikkje kunne byggjast på tomta (avsnitt 41). Eigedommen hadde etter dette mangel, visstnok på grunnlag av § 3-8 (avsnitt 44).

Ordet «risiko» har dei seinare åra spreitt seg i juridiske tekstar om lag som lupinar i vegkantane. Ordet er grunnleggjande upresist; det slarkar kring tanken, som det gjerne heiter. Skal ordet nyttast utanfor si enkle og allmenne tyding, nemleg fare, må det presiserast. Ei utsegn om at «selgerne er nærmest til å bære risikoen» (avsnitt 38), seier ingenting om grunnlag eller verknad. Eit sitat frå førearbeida til avhendingslova om offentlegrettslege rådvaldsband gjeld *mangelsvurderinga*, ikkje «risikofordelingen», slik førstevoterande vil ha det til (avsnitt 36). Ei omdøyping av mangelsvurdering til risikofordeling er ikkje opplysende.

Resultatet i dommen er tankevekkjande, og om ein ser bort frå den nemnde ordlegginga i premissane. At det å avertere ei tomt som bustadtomt skal reknast å seie noko om nødvendige løyve til å byggje på tomta, kan verke hardt for ein seljar. Heller ikkje er det opplagt at det skal reknast som ei opplysning frå seljaren når kjøparen får kopi av kommunens delingsløyve, der ordet bustadføremaal blir nemnt (sjå avsnitt 32).

På den andre sida synest det ha vore på det reine at begge partar hadde rekna med at tomta kunne nyttast til bygging, og prisen vart fastsett ut frå det. Noko av problemet var at kommunen hadde gjeve delingsløyve utan å avklære byggjegransa med Statens vegvesen, slik kommunen skulle ha gjort. Hadde kommunen følgd reglane, hadde delingsløyve ikkje vorte gjeve, iallfall ikkje utan atterhald om dispensasjon frå byggjegransa (avsnitt 40), og tvisten hadde vore avverja.

Slik situasjonen vart, kunne karakteristikken mangel følgje av ei vurdering etter avhendingslova § 3-2 første ledd, samanholden med § 4-18, utan å gå vegen om § 3-8. Skadebotansvar ville i tilfelle ikkje ha vore nærliggjande (partane var samde om ansvar dersom det først var mangel, og ansvaret var avgrensa til utgiftene med handelen). Ei vel så sympatisk løysing ville vera at kontrakten vart rekna som ugyldig på grunn av sams mistak, men slik var ikkje kravet frå kjøparen.

Før eller seinare kan det kanskje byggjast på tomta, når berre Statens vegvesen får avklåra planane sine. Men slik avklåring kan som kjent ta lang tid, svært lang tid.

Kåre Lilleholt

Regress mellom samkausjonister - Høyesteretts dom 17. desember 2018 (HR-2018-2396-A)

Saken gjelder innfriende kausjonists regresskrav mot samkausjonist. Banklånet var sikret med to selvskyldnerkausjoner og med pant i hoveddebitors kundefordringer. Hoveddebitor gikk konkurs. Boet abandonerte kundefordringene til fordel for pantekreditor (banken). Gjenstående lån ble innfridd av den ene av de to kausjonistene. Samtidig med innfrielsen kjøpte innfriende kausjonist kundefordringene av banken. En av kunde-

fordringene ga mer enn full dekning for det utlegget kausjonisten hadde hatt til å innfri kausjonsansvaret (617 112 kroner) og til å betale kjøpesummen for kundefordringene (100 000 kroner). Innfriende kausjonist krevde regress av samkausjonisten (medkausjonisten) for halvparten av det kausjonskravet som var innfridd (308 556 kroner). Medkausjonisten nektet å være regressansvarlig med den begrunnelse at innfriende kausjonist hadde trådt inn i kreditors pantesikkerhet etter finansavtalel. § 70, og hadde fått full dekning gjennom pantet. Høyesterett så det (avsnitt 52) enstemmig slik at innfriende kausjonists erverv av kundefordringene var en selvstendig og reell avtale om kjøp av usikre fordringer mot et markedsmessig vederlag, ikke en inntreden i kreditors pantesikkerhet etter finansavtalel. § 70 første ledd. Medkausjonisten ble dømt til å betale regresskravet på 308 556 kroner.

Saksforholdet er spesielt. Dommen har likevel alminnelig interesse fordi den illustrerer og klargjør noen rettssetninger om kausjon, regress, subrogasjon, lojalitet og frigivelse av sikkerhet.

Enkelthetene i saksforholdet og de rettslige problemstillingene i saken var slik: De to aksjeselskapene A og B eide sammen et tredje aksjeselskap C, som hadde lån i banken. A og B hadde som samkausjonister avgitt selvskyldnerkausjoner for lånet, som også var sikret med pant i Cs kundefordringer. Betegnelsen samkausjonister brukes når to eller flere kausjonister tegner seg under forutsetning av kausjon fra den eller de andre (Carsten Smith: *Garantikrav og garantistvern. Garantirett III*, 2. utgave 1981 s. 404; Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utgave 2011 s. 716). To eller flere kausjonister kan også være uavhengige, noe de vil være dersom ikke alle kausjonserklæringene er avgitt med den nevnte forutsetningen. Både samkausjonister og uavhengige kausjonister hefter seg imellom i utgangspunktet prinsipalt solidarisk overfor kausjonskreditor (det forutsettes at begge eller alle er selvskyldnerkausjonister). Dette følger av hovedregelen om at to eller flere som er ansvarlige for samme fordring, hefter solidarisk. For samkausjonister fremgår solidarisk ansvar også uttrykkelig av gjeldsbrevl. § 39. Regressen etter innfrielse kan derimot stille seg forskjellig for samkausjonister og uavhengige kausjonister. Mellom samkausjonister gjelder samme prinsipper for regress som mellom andre likestilte solidarskyldnere. Dette følger et stykke på vei av gbl. § 39 tredje punktum, som henviser til oppgjørsreglene for regresskrav mellom solidarskyldnere i § 2 andre og tredje ledd. Mellom uavhengige kausjonister vil regressoppgjøret kunne variere med omstendighetene (Carsten Smith: *Garantikrav og garantistvern. Garantirett III*, 2. utgave 1981 s. 403 - 405; Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utgave 2011 s. 716).

Etter konkursen i selskap C abandonerte boet kundefordringene til banken. Banken drev inn noen av disse, men ga etter hvert opp å få mer ut av fordringene.

Banken gjorde gjeldende krav mot kausjonistene A og B som solidarisk ansvarlige for restgjelden.

Kausjonist B tilbød banken oppgjør av sin halvdel av kausjonsansvaret. Banken avsto dette under henvisning til at A og B var solidarisk ansvarlige for hele kravet. Som nevnt overfor, er utgangspunktet at samkausjonister er solidarisk ansvarlige overfor kreditor. Etter hvert aksepterte B å være ansvarlig for hele fordringen, solidarisk med A. Som del av en større avtale mellom banken og B om innfrielse av gjenstående del av banklånet, kjøpte B de resterende kundefordringene av banken for 100 000 kroner. Dette beløpet gikk til nedkvikting av restlånet, og reduserte således kausjonsansvaret. Gjenstående lån var etter dette på 617 112 kroner, som B betalte til banken, med tillegg av 100 000 kroner for fordringene. Deretter gjorde B gjeldende regresskrav på 308 556 kroner mot A. Dette tilsvarte halvparten av det lånebeløpet B hadde innfridd til banken.

B lyktes over all forventning med å inn drive en av de kundefordringene han hadde ervervet fra banken. En rettssak mellom B og fordringens debitor resulterte i forlik hvor B fikk inn 2 millioner kroner for fordringen. Etter fradrag for sakskostnader i rettssaken satt B igjen med 1,5 millioner kroner for denne fordringen.

A mente at situasjonen rettslig sett måtte forstås slik at B hadde trådt inn i pantesikkerheten for lånet etter finansavtalel. § 70 første ledd, og fått full dekning av sitt kausjonsansvar gjennom pantet. B kunne da ikke gjøre regresskrav gjeldende mot medkausjonisten A. Beløpet på 100 000 kroner var ifølge A vederlag for at B skulle kunne beholde et eventuelt overskudd som kundefordringene ga ut over dekning av kausjonskravet.

For Høyesterett var A og B enige om at de som samkausjonister heftet solidarisk overfor banken, og at Bs innfrielse i utgangspunktet ga grunnlag for regresskrav mot A (avsnitt 28). De var også enige om at de etter det underliggende forholdet skulle bære halvparten av ansvaret hver (fortsettelse avsnitt 28). Uenigheten gjaldt forståelsen av avtalen mellom B og banken om kjøp av kundefordringene, og betydning av denne avtalen for regressretten.

Som utgangspunkt for vurderingen av saken trakk førstvoterende i avsnitt 30 – 38 frem noen alminnelige regler og prinsipper samt noen bestemmelser i finansavtaleloven av betydning for saken:

I avsnitt 30 – 31 viser hun til finansavtalel. § 70 første ledd som bestemmer at kausjonisten ved innfrielse trer inn i de sikkerhetene som er stilt for hovedfordringen. Kausjonistens rett til å benytte sikkerhetene har vanligvis prioritet etter kreditor dersom fordringen ikke dekkes fullt ut av kausjonisten (uten at dette var noe tema i saken).

I avsnitt 32 omtales regress mellom kausjonister. Dette er ikke regulert i loven. Det må vurderes etter ulovfestede regler. Utgangspunktet er at det mellom samkausjonister, som denne saken gjelder, oppstår regresskrav dersom den ene betaler mer enn sin del etter det underliggende forholdet (se foran om dette).

Førstvoterende tilføyer at regress mellom uavhengige kausjonister må løses ut fra de avtalene som foreligger. Det kan her tilføyes at også andre individuelle omstendigheter enn foreliggende avtaler kan ha betydning for regressen mellom uavhengige kausjonister.

Reglene i § 70 har ikke direkte betydning for forholdet mellom kausjonistene innbyrdes. Førstvoterende mener likevel i avsnitt 33 at bestemmelsen forutsetter at

«en kausjonist som har trådt inn i de sikkerhetene som er stilt for kausjonene, ikke kan disponere over disse til skade for en annen kausjonist. Sikkerhetene skal tjene til dekning for dem begge. En kausjonist som innfrir kausjonskravet, er ikke forpliktet til å inn drive sikkerhetene før han retter et regresskrav mot samkausjonisten, men samkausjonisten må i så fall gis mulighet til å benytte sikkerhetene til dekning av sitt kausjonsansvar.»

Det er uklart hva som menes med at sikkerhetene er «stilt for kausjonene». Sannsynligvis er det en skrivefeil. I saken var kundefordringene stilt som sikkerhet for bankens fordring mot hoveddebitor (hovedfordringen), ikke for kausjonistenes regresskrav. Kausjonistens rett til å benytte sikkerheten følger av subrogasjonsregelen i finansavtalel. § 70 første ledd. Ordene «trådt inn i» som finnes i det siterte avsnittet, viser at førstvoterende må ha ment det riktig. Førstvoterendes resonnement i avsnitt 33 ville nok stått sterkest dersom sikkerheten virkelig var stilt for kausjonistenes regresskrav mot hoveddebitor. Resonnementet holder likevel også når sikkerheten er stilt for hovedfordringen. Retten til å tre inn i pantet etter § 70 gir sikkerhet for regresskravet mot hoveddebitor. Denne fordelingen bør tilkomme begge eller alle kausjonistene som har kausjonert for fordringen, ikke bare den som innfrir i første omgang overfor kreditor og som derfor umiddelbart kan tre inn i hovedfordringens sikkerheter. Det er for øvrig ingen grunn til å stille spørsmål ved førstvoterendes forutsetning om at innfriende kausjonist kan fremme regresskrav mot samkausjonist uten å søke dekning i sikkerheten først. Dette innebærer likevel ikke at han kan opptre på en måte som kan redusere eller ødelegge samkausjonistens sikkerhet for et eventuelt regresskrav mot hoveddebitor.

Førstvoterende utdyper dette i avsnitt 34. Den innfriende kausjonisten vil «ikke ... være berettiget til å oppgi en tiltrådt sikkerhet til skade for samkausjonisten, med mindre denne samtykker til dette». Førstvoterende fant det ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om innfriende kausjonist ville være legitimert til å frafalle sikkerheter til skade for samkausjonisten (dette følges opp i avsnitt 36 under omtalen av finansavtalel. § 66, se nedenfor).

I avsnitt 35 heter det at det etter § 70 er en forutsetning at den innfriende kausjonisten «faktisk» trer inn i sikkerhetene. Meningen må være å gi uttrykk for at det vern for medkausjonisten (regressdebitor) som kan utledes av § 70, forutsetter at innfriende kausjonist

har trådt inn i pantet ved subrogasjon etter § 70. Der-
som han har ervervet panteobjektet ved kjøp fra kau-
sjonskreditor som ledd i at sistnevnte realiserer sitt
pant, foreligger det ikke inntreden, men realisasjon,
og det finnes ikke lenger noe pant som medkausjonis-
ten kan benytte som sikkerhet for sitt regresskrav mot
hoveddebitor. Det må skilles mellom (kausjonistens)
inntreden i pantet og (kreditors) realisasjon av pantet.

Finansavtalel. § 66 gjelder frigivelse av sikkerhet
og betydningen av dette for kausjonisten. Bestem-
melsen omtales i avsnitt 36. Ifølge § 66 første ledd kan
banken ikke uten uttrykkelig samtykke fra kausjonis-
ten frigi pant eller annen sikkerhet som var stilt eller
forutsatt stilt da kausjonsavtalen ble inngått. I saken
var pantet i kundefordringene etablert før selvskyld-
nerkausjonene ble stiftet (avsnitt 2). Frigivelse av pant
i strid med § 66 første ledd fritar etter andre ledd
kausjonisten for ansvar. Heller ikke denne bestem-
melsen gjelder direkte i det innbyrdes forholdet mel-
lom kausjonistene (avsnitt 37). De hensyn som bestem-
melsen hviler på, vil likevel kunne innebære at en
innfriende skyldner som unntaksvis har kompetanse
til å frigi pant som han har trådt inn i, og som gjør
dette til skade for medkausjonisten, vil kunne tape sitt
regresskrav mot denne.

Førstvoterende avslutter i avsnitt 38 sin gjennom-
gang av regler og prinsipper med å fremheve at det
gjelder en lojalitetsplikt både for kausjonskreditor
overfor kausjonisten og mellom samkausjonistene
innbyrdes.

Høyesterett så det slik at avtalen om kjøp av kun-
defordringene var en selvstendig avtale, adskilt fra
kausjonsavtalen. Bs erverv av de pantsatte fordringene
var ikke et utslag av at han ved innfrielsen trådte inn
i pantet etter finansavtalel. § 70. Høyesterett bygde på
«avtalens ordlyd, partenes forutsetninger og omsten-
dighetene rundt avtaleinngåelsen» (avsnitt 44). Ord-
lyden var klar (avsnitt 45). Forhandlinger og korre-
spondanse forut for og etter avtaleinngåelsen ga ikke
grunnlag for en annen forståelse enn den som fulgte
av ordlyden (avsnitt 46–48). Kjøpesummen på 100 000
kroner gjenspeilte risikoen knyttet til inndrivelse av
fordringene (avsnitt 50). Bs erverv av fordringene var
ikke illojalt overfor A (avsnitt 51). Konklusjonen var
(avsnitt 52) at avtalen mellom banken og B var «et
reelt og selvstendig salg av de utestående kundeford-
ringene til markedspris». Det var «uten betydning at
salget skjedde til en kausjonist». Høyesterett fant ikke
grunnlag for den forståelse at «salget var begrenset til
det overskytende beløpet etter dekning av kausjons-
forpliktelsen».

Finansavtalel. § 70 kom etter dette ikke til anven-
delse (avsnitt 53). Avtalen mellom banken og B inne-
bar heller ikke en slik frigivelse av sikkerhet som
eventuelt kunne rammes av prinsippet i finansavtalel.
§ 66 eller ulovfestede regler om lojalitet (avsnitt 55).

Trygve Bergsåker

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Endre Stavang
Redaksjonssekretær: Eva Dobos
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 (2019) på *Nytt i privatretten*
koster kr 680,-. Studentabonnement koster kr 350,-.
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 2019

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2019.