

# Etterbetaling og passivitet i tariffretten

Av Oddvar Lindbekk\*

## Innholdsoversikt

<b>Del I – Innledning</b> .....	200
<b>1 Introduksjon</b> .....	200
<b>2 Nærmere om temaet og avgrensninger</b> .....	203
2.1 Etterbetalingskrav .....	203
2.2 Etterbetalingskravenes rettsgrunnlag .....	204
2.3 Problemstillinger, fremstillingen videre.....	205
2.4 Rettskildesituasjonen .....	207
<b>Del II – Passivitetslæren</b> .....	208
<b>3 Den eldre lære</b> .....	208
3.1 ARD 1922 s. 161.....	208
3.2 Temaer til observasjon .....	209
3.2.1 Aktivitetsplikt - vurdering av om kravet var fremsatt innen rimelig tid .....	209
3.2.1 Aktivitetsplikts utløsende faktor .....	210
3.2.3 Totalt bortfall – en enten/eller-modell .....	211
3.2.4 Begrunnelse .....	212
<b>4 Bruddet</b> .....	214
4.1 ARD 1955 s. 126.....	214
4.2 Temaer til observasjon .....	216
4.2.1 Det opprinnelige vurderingstemaet faller bort .....	216
4.2.2 Partielt bortfall – begrensning i kravet.....	216
4.2.3 En ny modell.....	217
4.2.4 Markeringstidspunktet .....	219
<b>5 Videre utvikling – tematikk i den videre analyse</b> .....	220
<b>6 Dagens lære</b> .....	221
6.1 Hovedregel – etterbetaling fra første markering .....	221
6.1.1 Presentasjon .....	221
6.1.2 Begrunnelse .....	223
6.1.3 Handlingssubjekt .....	225
6.1.4 Mottakersubjekt .....	228
6.1.5 Krav til markeringshandlingen.....	230
6.2 Spesielle forhold som skyver virkningstidspunktet tilbake i tid.....	235
6.2.1 Presentasjon .....	235
6.2.2 En konkret og sammensatt vurdering.....	235
6.2.3 Arbeidsgivers gode eller onde tro .....	236
6.2.4 Arbeidsgivers faktiske innrettelse.....	242
6.2.5 Nærmere om tidsaspektet og oppgjørshensynet.....	245
6.2.6 Konkret rimelighet? .....	246
6.2.7 Oppsummering.....	248
6.2.8 Virkningstidspunktet ved spesielle forhold.....	249
6.3 Etterfølgende passivitet som skyver virkningstidspunktet frem i tid .....	252
6.3.1 Presentasjon .....	252
6.3.2 Vurderingstemaet.....	253
6.3.3 Hvem som kan lastes for at tiden trekker ut.....	253
6.3.4 Arbeidstakersidens aktivitet.....	256

[forts. s. 200]

\* Oddvar Lindbekk (f 1983) er Master i rettsvitenskap (UiO 2008). Han var ansatt i Arbeids- og inkluderingsdepartementet i 2009, og fra januar 2010 er han advokatfullmektig i Advokatfirmaet Norman & Co. ANS. Artikkelen er en bearbejdet versjon av hans mastergradsavhandling, skrevet som vitenskapelig assistent ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, UiO, januar 2008 - januar 2009.

6.3.5	Vanlig opptreden mellom partene .....	258
6.3.6	Manglende passivitetsinnsigelser .....	259
6.3.7	Oppsummering .....	260
6.3.8	Virkningstidspunktet ved etterfølgende passivitet .....	260
<b>Del III – Foreldelse</b> .....		262
<b>7</b>	<b>Bortfall av tariffkrav ved foreldelse</b> .....	262
7.1	Innledning .....	262
7.2	Tariffrettslige etterbetalingskrav som gjenstand for foreldelse .....	263
7.3	Foreldelsesfristens lengde og utgangspunkt .....	266
7.3.1	Innledning .....	266
7.3.2	Den alminnelige foreldelsesfrist .....	266
7.3.3	Terminytelser .....	268
7.4	Tilleggsfrist som følge av fordringshavers uvitenhet .....	269
7.4.1	Innledning .....	269
7.4.2	Relevant uvitenhet .....	270
7.4.4	Fristberegning og absolutt grense for tilleggsfristen .....	277
<b>Del IV – Medlemmers krav</b> .....		277
<b>8</b>	<b>Passivitetslærens forhold til medlemmers krav</b> .....	277
8.1	Innledning .....	277
8.2	Endelig avklaring foreligger ikke .....	279
8.2.1	Rt. 1995 s. 1 .....	279
8.2.2	”Signal” fra Høyesterett .....	281
8.3	Relevante momenter for medlemmers etterbetalingskrav .....	282
8.3.1	Hensynet til likebehandling og rettsenhet .....	282
8.3.2	Forutsetninger og konsekvenser .....	283
8.3.3	Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper .....	284
8.4	Oppsummering .....	287
<b>Del V – Avslutning</b> .....		288
<b>9</b>	<b>Sammenfatning og refleksjoner</b> .....	288
<b>Referanser</b> .....		290
	Litteratur .....	290
	Offentlige dokumenter .....	292
	Rettspraksis .....	2922

## Del I – Innledning

### 1 Introduksjon

Passivitet er en rettsutløsende omstendighet på mange ulike rettsområder. Det henger sammen med at ulike rettighetshavers rettsforhold griper over i hverandre, og at en ikke kan betrakte den enkelte rettighetshaver isolert.<sup>1</sup> De interessemotsetningene som foreligger i skjæringsfeltet mellom ulike rettsforhold, har gitt opphav til passivitetsvirkninger av ulik karakter. I enkelte sammenhenger leder passivitet til at forpliktelser eller krav kan oppstå, og i andre sammenhenger til at forpliktelser eller krav kan falle bort. Noen av virkningene er hjemlet i lov, mens andre følger av ulovfestet rett. En

<sup>1</sup> Arnholm (1932) s. 4-5.

slik variasjon finnes også på tariffrettens område. Det kan illustreres med noen eksempler.

En sentral og lovfestet passivitetsvirkning er organisasjonenes erstatningsansvar for passivitet ved brudd på fredsplikten. Aktivitetsplikten er hjemlet i arbeidstvistloven<sup>2</sup> § 4 (1) annet punktum hvor det heter "... skyld i ... fortsettelsen av... den ulovlige arbeidsstans". Denne passivitetsvirkningen har sin bakgrunn i organisasjonenes ansvar for at tariffavtalene etterleves.<sup>3</sup> Organisasjonene er derfor gjort erstatningsansvarlig for medlemmenes tariffstridige forhold dersom organisasjonene har støttet eller medvirket til de tariffstridige forhold. Dette innebærer en aktivitetsplikt for organisasjonene til å hindre eller å få brakt til opphør brudd på fredsplikten fra medlemmene. En tariffpart kan etter dette kreve erstattet det økonomiske tap som parten selv eller dennes medlemmer har lidt, dersom det er iverksatt en ulovlig arbeidsstans og tariffmotparten ikke overholder sin aktivitetsplikt i å få brakt det tariffstridige forhold til opphør.

En annen form for passivitetsvirkning påberopes under tiden i forbindelse med tvister om forståelsen av tariffavtaler. Slike tolkningstvister oppstår ofte en tid etter at tariffavtalen har vært anvendt av partene. Fra den som mener at tariffavtalen har vært etterlevet på en korrekt måte, er det i slike situasjoner hevdet at den praktiseringen som har funnet sted, må få avgjørende betydning ved fastleggelsen av hvordan tariffavtalen skal forstås. En slik argumentasjonen kan følge to linjer. Den ene er at den passive holdningen til en bestemt praktisering av en tariffavtale understøtter et forutsetningssynspunkt om hvordan avtalen var ment å forstå. Den andre linjen går ut på at passiviteten utgjør en aksept av den avtaleforståelsen som stemmer overens med praksis. I ARD 1970 s. 105 ble begge disse resonnementene anført uten å føre frem. Retten la til grunn at forbundet på et tidspunkt hadde protestert overfor den praksis som inntil dette tidspunktet hadde funnet sted, og at de ikke hadde kjennskap til at praksisen ble fulgt i årene etter dette. På denne bakgrunn fant "... retten at den av de saksøkte påberopte praksis

---

<sup>2</sup> Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1 (arbeidstvistloven, eller atvl.)

<sup>3</sup> Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 133.

[savnet] tariffrettslig gjennomslagskraft...” (s. 112). Avgjørelsen holder det åpent om slik passivitet kan få betydning for tolkningen av tariffavtalen dersom saksforholdet er et annet. Tilsvarende anførsler ble fremsatt også i ARD 1955 s. 126 og ARD 1961 s. 14, uten å føre frem.<sup>4</sup> Det må på bakgrunn av disse avgjørelsene antas at det skal endel til før slik passivitet får utslagsgivende betydning ved tolkningen av en tariffavtale. I juridisk teori er det imidlertid hevdet at passivitet kan lede til at en tariffavtale må fortolkes slik den har vært praktisert.<sup>5</sup>

En tredje kategori passivitetens virkninger knytter seg til bortfall av tariffrettslige rettigheter. I rettspraksis fra Arbeidsretten er det ved flere anledninger behandlet spørsmål om ulike tariffrettslige rettigheter er falt bort som følge av passivitet. Spørsmålet om retten til å reise sak er forspilt som følge av passivitet, er behandlet i minst fire avgjørelser.<sup>6</sup> Retten til saksanlegg ble ikke ansett bortfalt i noen av avgjørelsene. Dersom avgjørelsene kan tas til inntekt for at retten til saksanlegg kan falle bort, viser de i hvert fall at det ikke håndheves strenge frister for saksanlegg.<sup>7</sup> I ett tilfelle er en tariffavtale falt bort som følge av at den eventuelt bestående retten til å kreve at avtalen fortsatt skulle stå ved makt, var falt bort som følge av passivitet, jfr. ARD 1923 s. 231.<sup>8</sup>

Ytterligere et passivitetssynspunkt fremkommer av ARD 1983 s. 301. Her la retten til grunn at retten til i det hele tatt å kunne kreve et tariffstridig forhold brakt til opphør, kan falle bort som følge av passivitet (s. 315).

---

<sup>4</sup> Se henholdsvis s. 129 og 130 og s. 20 og 22 i avgjørelsene.

<sup>5</sup> Se Fougner m.fl. (2004) på s. 196. Der vises det til avgjørelsene i ARD 2002 s. 12 og ARD 2003 s. 175. Avgjørelsen fra 2002 holder passivitetsspørsmålet åpent, på samme måte som for eksempel ARD 1970 s. 105. Den påberopte praksis var imidlertid ikke relevant i forhold til den avtaletolkning som ble forfektet, og kunne derfor ikke tillegges vekt. Avgjørelsen fra 2003 gjaldt tolkning på bakgrunn av situasjonen ved avtaleinngåelsen, og gir etter mitt syn lite veiledning her.

<sup>6</sup> Se ARD 1923 s. 242, ARD 1931 s. 93, ARD 1969 s. 116 og ARD 1992 s. 14.

<sup>7</sup> Tilsvarende Evju (1990) s. 300.

<sup>8</sup> I to nyere avgjørelser er det forgjeves anført at en særavtale var bortfalt som følge av passivitet, jfr. ARD 1973 s. 19 og ARD 1986 s. 149.

Disse eksemplene viser at det finnes en rekke forskjellige forhold som reiser spørsmål om passivitetsvirkninger på det tariffrettslige området. Rammene for denne fremstillingen tillater ikke en behandling som dekker hele dette spekteret. Artikkelens tema knytter seg til bortfall av eller begrensning i tariffrettslige etterbetalingskrav som følge av passivitet.

Den forpliktelsen som et krav representerer, opphører normalt ved at forpliktelsen oppfylles etter sitt innhold. Bortfall som følge av passivitet er derfor en irregulær opphørsgrunn. Det rettspolitiske grunnlaget for å tillegge passivitet en slik bortfallsvirkning er, i tilknytning til forpliktelser generelt, beskrevet med følgende metafor av Ragnar Knoph:

”Tidsforløpet virker som en ustanselig, fin askeregn over rettsforholdet, der litt etter litt mister sine konturer og til slutt begravnes helt, sånn som Pompeii blev det i askeregnen fra Vesuv. Og alle forsøk på å grave det frem igjen og restaurere situasjonen sånn som den engang var, vil støte på instinktiv og sterk motstand i et sunt rettsamfund.”<sup>9</sup>

## 2 Nærmere om temaet og avgrensninger

### 2.1 Etterbetalingskrav

Begrepet etterbetalingskrav gir umiddelbart assosiasjoner til i hvert fall to forskjellige temaer innenfor tariffretten. Det ene temaet er tariffrevisjoner. I tilknytning til slike er det vanlig at tariffavtalen gis virkning fra utløpet av den forrige tariffavtalen, dersom partene kommer til enighet uten arbeidskamp. Virkningen av dette er at en eventuell lønnsøkning ”etterbetales” med virkning fra dette utløpstidspunkt. En slik form for etterbetaling er ikke et tema i denne fremstillingen.<sup>10</sup>

Det andre temaet knytter seg til de tilfellene hvor en tariffbundet arbeidsgiver har lønnet sine arbeidstakere med en lavere lønn enn det som følger av tariffavtalen. I denne sammenheng brukes begrepet etterbetalingskrav dersom fagforeningene krever at arbeidsgiver i

<sup>9</sup> Knoph (1939) s. 226.

<sup>10</sup> Mer om denne praksisen og virkninger av arbeidskamp, se Stokke (1998) s. 225 flg.

ettertid skal betale til arbeidstakerne det som er utbetalt for lite. I det følgende er det denne betydningen av begrepet som er den aktuelle.

## *2.2 Etterbetalingskravenes rettsgrunnlag*

Etterbetalingskrav kan gjøres gjeldende på to ulike grunnlag. Et etterbetalingskrav vil normalt forfølges som et oppfyllelseskrav etter tariffavtalen. Alternativt kan det fremsettes et erstatningskrav etter atvl. § 4 jfr. § 5.

Tariffavtalen er en spesiell avtaletype. Den skiller seg fra andre avtaler ved at den ikke bare binder avtalens parter, men i tillegg binder partenes medlemmer. Dette er forutsatt i arbeidstvistloven og lagt til grunn i praksis fra Arbeidsretten. En tariffbundet arbeidsgiver som utbetaler lavere lønn enn den som følger av tariffavtalen, begår derfor et tariffbrudd selv om han ikke skulle være part i den aktuelle avtale. Tariffavtalen gir tariffpartene krav på at tariffavtalen blir etterlevet. På denne bakgrunn kan en fagforening med grunnlag i tariffavtalen kreve at en tariffbundet arbeidsgiver foretar etterbetaling i samsvar med tariffavtalens bestemmelser til fagforeningens medlemmer; jfr. for eksempel ARD 1986 s. 149.

For å forhindre at det inngås arbeidsavtaler i strid med en tariffavtale, er det lovfestet en ufravikelighetsnorm i atvl. § 3 nr. 3.<sup>11</sup> Av denne følger det at en arbeidsavtale mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver som begge er bundet av en tariffavtale, er ugyldig i den utstrekning den strider mot bestemmelser i tariffavtalen. Tariffavtalen er med andre ord tvingende og får direkte anvendelse for de tariffbundne medlemmer.

Den lovfestede ufravikelighetsnormen berører imidlertid ikke forholdet til en uorganisert arbeidstakers arbeidsavtale. Forholdet til disse arbeidsavtalene styres av en ulovfestet ufravikelighetsnorm som er sanksjonert av Arbeidsretten. Den grunnleggende dommen, som er fulgt opp i senere rettspraksis, er ARD 1922 s. 50. Ufravikelighetsnormen bygger på at det "... anses som en grunnleggende forutsetning for en tariffavtale at arbeidsgiveren skal etterleve dens bestemmelser også i arbeidsavtaler med utenforstående som utfører arbeid av den art

---

<sup>11</sup> Tilsvarende bestemmelse finnes i lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr. 2 § 13.

tariffavtalen omfatter”.<sup>12</sup> Denne forutsetningen legges til grunn med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for noe annet. Ufravikelighetsnormen kan derfor ses på som en presumsjonsnorm, som legges til grunn dersom tariffavtalen ikke selv gir anvisning på noe annet.<sup>13</sup>

Alternativet til å gjøre gjeldende et oppfyllelseskraft etter tariffavtalen er å gjøre gjeldende et erstatningskrav etter atvl. § 4 jfr. § 5.<sup>14</sup> Etter disse bestemmelsene kan bare økonomisk tap kreves erstattet.<sup>15</sup> Erstatningsgrunnlaget er ikke begrenset til tariffparters økonomiske tap, men omfatter også medlemmers tap.<sup>16</sup> Erstatningsansvaret etter atvl. § 4 omfatter fredspliktsbrudd og andre tariffbrudd, derunder tariffstridige lønnsutbetalinger. I all hovedsak anvendes arbeidstvistlovens bestemmelser om erstatningsansvar ved fredspliktbrudd.<sup>17</sup> Jeg har ikke funnet eksempler på at dette rettsgrunnlaget er benyttet i forbindelse med tariffstridig avlønning.

### 2.3 Problemstillinger, fremstillingen videre

På det tariffrettslige området foreligger det en ulovfestet lære om bortfall av tariffrettslige etterbetalingskrav som følge av passivitet. Dette er hovedtemaet for artikkelen og behandles i del II. Temaets hovedproblemstilling er i hvilken utstrekning den tariffrettslige passivitetslæren fører til bortfall av tariffparters etterbetalingskrav.<sup>18</sup> Det er ikke hensiktsmessig å løfte frem de ulike underproblemstillingene som dette temaet reiser allerede her. Bakgrunnen for dette er at rettspraksis viser at den ulovfestede læren på et tidspunkt foretok et større brudd med tidligere praksis. Dette reiser spørsmål om omfang

<sup>12</sup> Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 127.

<sup>13</sup> Jfr. Evju (2005).

<sup>14</sup> *ibid.* s. 132-133.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 23 (1913) s. 12 og Indst. O. II (1914) s. 33.

<sup>16</sup> ARD 1993 s. 147 på s. 169.

<sup>17</sup> Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 133.

<sup>18</sup> I de tilfellene hvor arbeidsgiversiden har rett på en begrensning i etterbetalingskravet, kan den gi avkall på denne. Slik enighet vil ikke bli behandlet ytterligere, idet den ikke belyser lærens innhold, jfr. ARD 2006 s. 38, siste setning i avsnitt 43.

av analysen og fremstillingsmetode, som igjen legger føringer på når det er naturlig å løfte frem de tilknyttede problemstillingene.

Fremstillingen av passivitetslæren blir ikke komplett dersom rettspraksis frem til dette veiskillet utelukkes fra behandlingen. Dette skyldes særlig to forhold. Det ene forholdet følger av at passivitetslæren har en sparsom behandling i den enkelte avgjørelse, og at lærens enkeltheter kommer til uttrykk i forskjellige avgjørelser. Uten et helhetlig bilde av praksis vil det derfor ikke fremstå som klart hvorfor et argument hentet fra en tidlig avgjørelse ikke uten videre kan anføres i dag. Bakgrunnen for at behandlingen i praksis er fragmentarisk, er nærmere forklart i neste punkt. Det andre forholdet følger av at de kryssende hensyn som ligger bak rettstilstanden etter så vel den eldre læren som den nåværende lære, i stor grad er sammenfallende, og at forskjellen i større grad relaterer seg til hvordan disse blir ivaretatt. De eldre avgjørelsene vil derfor kunne kaste lys over dagens rettstilstand, dersom de leses i lys av utviklingen. På denne bakgrunn må analysen omfatte hele bildet.

En slik helhetlig fremstilling legger føringer på hvilken fremstillingsmetode som er mest hensiktsmessig. Jeg har kommet til at det er mest naturlig å følge en longitudinal tilnærming. Jeg vil derfor først presentere hovedpunktene i den eldre læren. I den forbindelse er det naturlig å ta utgangspunkt i den første avgjørelsen hvor Arbeidsretten kom til at et etterbetalingskrav var falt bort som følge av passivitet, for deretter å supplere med senere avgjørelser som er avsagt før bruddet i praksis. Den eldre lære presenteres i avsnitt 3. Etter dette finner jeg det naturlig å presentere bruddet i lærens utvikling. Etter samme mønster som for den eldre lære tar jeg også her utgangspunkt i den første avgjørelsen hvor bruddet kom til syne og supplerer med noen av de etterfølgende avgjørelsene. Bruddet presenteres i avsnitt 4.

Først etter at disse forholdene er presentert, er det hensiktsmessig å løfte frem de spørsmålene og temaene som danner grunnlaget for den etterfølgende analysen av passivitetslæren slik den fremstår i dag. Det gjøres i avsnitt 5. Analysen av dagens lære kommer så i avsnitt 6.

Foreldelsesreglene innebærer, i likhet med den ulovfestede passivitetslæren, irregulært opphør av krav på grunn av passivitet. For at en fremstilling av reglene om bortfall av tariffrettslige etterbetalingskrav skal bli fullstendig, må også læren om foreldelse



behandles i en viss utstrekning. Enkelte foreldelsesspørsmål i tilknytning til tariffrettslige etterbetalingskrav vil derfor bli behandlet i del III. Jeg nevner her at det enkelte steder allerede i del II vil være nødvendig å legge til grunn at tariffrettslige etterbetalingskrav er gjenstand for foreldelse.

I tilknytning til den tariffrettslige passivitetslæren er det også naturlig å ta opp forholdet til medlemmers individuelle krav på etterbetaling der kravene har forankring i en tariffavtale. Dette henger sammen med at prosessordningen på arbeidsrettens område er dobbeltsporet. Av denne grunn vil krav med forankring i en tariffavtale kunne bringes inn for så vel de alminnelige domstoler som for Arbeidsretten, avhengig av partsforhold og søksmålsgrunnlag. Når to ulike domstoler kan ta stilling til reelt likeartede krav, er det av interesse å undersøke om den tariffrettslige passivitetslæren også blir lagt til grunn i de tilfellene kravet blir behandlet som et individuelt krav. Dette forholdet blir behandlet i del IV.

#### *2.4 Rettskildesituasjonen*

Den ulovfestede læren om bortfall av tariffrettslige etterbetalingskrav er utviklet gjennom en over 80 år lang praksis fra Arbeidsretten. Den første avgjørelsen hvor et etterbetalingskrav falt bort som følge av passivitet, ble avsagt i 1922. Arbeidsrettens praksis er etter dette rik på avgjørelser hvor etterbetalingskrav er falt bort helt eller delvis som følge av passivitet.

Selv om praksis består av et stort antall avgjørelser hvor passivitet har ledet til bortfall, er de fleste avgjørelsene relativt sparsomme på detaljer og aspekter av læren. Dette skyldes flere forhold. Det er for det første naturlig at domstolen tar små skritt når den fatter avgjørelser på ulovfestet grunnlag. Etter hvert som læren har festnet seg, er imidlertid behandlingen av spørsmålet kommet bedre til syne i den enkelte avgjørelse. For det andre er bortfallsspørsmålet alltid betinget av at det foreligger et tariffbrudd. Behandlingen av etterbetalingsspørsmålet kommer derfor ofte i skyggen av tariffbruddsspørsmålet. Det tredje forholdet er ganske selvfølgelig og skyldes saksforholdet. De ulike aspektene av læren kommer først til syne der faktum ligger til rette for det.

I teoretiske fremstillinger er læren bare i liten grad behandlet, og det foreligger ingen samlet analyse av hele utviklingslinjen.

## **Del II – Passivitetslæren**

### **3 Den eldre lære**

#### *3.1 ARD 1922 s. 161*

Den første avgjørelsen hvor Arbeidsretten kom til at et etterbetalingskrav ble ansett forspilt som følge av passivitet, er ARD 1922 s. 161. Bakgrunnen for saken var at en bedrift på egenhånd innførte en ny arbeidstid for bedriftens spinneriarbeidere. Denne ble gjort gjeldende fra 9. januar 1922. Endringen utgjorde en reduksjon i forhold til den tariffestede arbeidstid pr. uke. Arbeiderne skulle imidlertid jobbe annenhver dag etter den nye ordningen, med den følge at den daglige arbeidstid oversteg det som var fastsatt i tariffen. Norsk Arbeidsmandsforbund hevdet at bedriften var forpliktet til å betale overtidsprosjenter for den tid arbeiderne arbeidet ut over den tariffbestemte daglige arbeidstid, og krevde etterbetaling. Begrunnet i forbundets passivitet kom rettens flertall, inkludert Arbeidsrettens formann Berg, til at det krav forbundet ellers kunne ha gjort gjeldende, var forspilt.

Tillitsmennene i fagforeningen ved fabrikken hadde søkt lederen av bedriftens spinneri, Mørch, for å forhandle om saken medio februar. Han var ikke til stede, men tillitsmennene fikk snakket med en annen leder ved fabrikken, som videreformidlet beskjeden om henvendelsen til Mørch. Foreningen sendte melding om denne henvendelsen til forbundet i slutten av samme måned, og noen ny henvendelse fra tillitsmennene kom ikke. Forbundet på sin side foretok seg ikke noe overfor bedriften eller arbeidsgiverforeningen før 26. mai s.å. På dette tidspunkt var ikke spørsmålet om selve arbeidstiden lenger av interesse, idet bedriften hadde gått tilbake til normal drift 1. mai s.å.

Retten bemerket først at "[d]et er klart at bedriften etter tariffavtalen ikke hadde rett til å avvike fra den i tariffavtalen fastsatte arbeidstid uten først å forelegge saken for arbeiderene og få deres samtykke til forandringen" (s. 164). Videre ble det bemerket at for-

bundet derfor kunne ha krevd at bedriften straks gikk tilbake til den tariffbestemte arbeidstidsordning og at bedriften tok opp forhandlinger med arbeiderne om mulige forandringer.

Bedriftens syn på den nye arbeidstidsordningens forhold til overtidsbetaling ble regelmessig formidlet i forbindelse med lønnsoppgjørene. Bedriften ga der uttrykk for at den nye arbeidstidsordningen ikke ga arbeiderne krav på overtidsbetaling. Retten la vekt på at forbundet ”måtte vite at bedriften vilde ta arbeidsordningen under ny overveielse om et [krav om overtidsbetaling] fremkom” (s. 164). Arbeidsretten uttalte deretter at dersom forbundet ville reise et slikt krav, ”pliktet det derfor å komme med det innen en *rimelig tid*” (s. 164, min kursivering).

Dette gir anvisning på en konkret vurdering. Om den konkrete vurdering uttalte retten at

”... ved å la tiden gå så lenge som her har vært tilfellet, uten at noget blev gjort, og uten at forbundet har gitt nogen tilfredsstillende forklaring av denne sin lange taushet, har forbundet efter Arbeidsrettens mening forspildt det krav det ellers måtte ha kunnet gjøre gjeldende” (s. 164).

Det forhold at arbeidernes tillitsmenn hadde søkt bedriftens leder i februar, kunne etter rettens mening ikke unnskyldes at forbundet etter dette lot tiden gå til slutten av mai uten å foreta seg noe.

To av rettens (da fem) medlemmer dissenterte og kom til ”at arbeiderne ikke hadde forspilt sin tariffmessige rett til overtidsbetaling efter den ordinære arbeidstids slutning av den grunn at forbundet ventet lenge med å fremsette kravet organisasjonsmessig” (s. 165).

### 3.2 Temaer til observasjon

#### 3.2.1 Aktivitetsplikt - vurdering av om kravet var fremsatt innen rimelig tid

Denne avgjørelsen oppstilte en aktivitetsplikt og ga anvisning på en vurdering av om kravet var fremsatt *innen rimelig tid*.

Forbundet hadde i dette tilfellet vært klar over forholdet i over tre måneder før det selv gikk til aksjon. Det var for lang tid. Rettens begrunnelse var ikke tidsforløpet alene. Utslagsgivende var at forbundet hadde latt det gå så lang tid ”... uten at noget blev gjort, og uten at forbundet har gitt nogen tilfredsstillende forklaring av denne sin lange taushet ...” (s. 164).

Dette vurderingstemaet går igjen i ARD 1924 s. 75. Der var saksforholdet at noen tømрrere ble sagt opp høsten 1921 fra A/S Mjelleм & Karlsen på grunn av manglende arbeid. Noen av disse ble senere tatt inn igjen, men da til en lavere lønn enn de tidligere hadde hatt. De aktuelle tømрrernes gjeninntreden i bedriften fant sted i perioder fra og med 24. januar 1922. Arbeidstakersiden krevde at bedriften etterbetalte forskjellen mellom lønn ved oppsigelsen og de lønninger som senere var blitt utbetalt. Bedriften gjorde på sin side gjeldende at et etterbetalingskrav ikke kunne føre frem ”da kravet [var] for sent fremsatt” (s. 79).

I sin vurdering av spørsmålet la retten vekt på tre forhold. Det første var at Skibstræarbeidernes Forening først den 30. januar 1923 ble klar over tariffbruddet. Det andre var at det ble holdt forhandlingsmøter den 6. februar og 14. juni 1923. Det tredje var at stevning ble uttatt den 15. august 1923. På denne bakgrunn kom retten til at ”[f]oreningen ... ikke [kunne] ansees for å ha fremmet saken med sådan langsomhet, at den derved skulde ha forspilt sitt krav” (s. 79).

### 3.2.1 Aktivitetspliktsens utløsende faktor

Det vurderingstemaet som er kommet til uttrykk i de to gjennomgåtte avgjørelsene, gir anvisning på en aktivitetsplikt for arbeidstakersiden. En må da spørre seg om denne oppstod av seg selv fra det tidspunkt det ble foretatt tariffstridige utbetalinger, eller om den ble utløst av en senere begivenhet.

I ARD 1924 s. 75 var det tidspunktet da foreningen *fikk kunnskap* om forholdet som var det avgjørende. Det ble understreket av retten at foreningen ”først den 30. januar 1923 fikk rede på forholdet” (s. 79, min kursivering). Den etterfølgende aktivitet ble målt opp mot dette tidspunktet, jfr. ”forhandlingsmøter blev *derefter* holdt 6. februar og 14. juni, og den 15. august 1923 er stevningen tatt ut” (s. 79, min kursivering). Denne aktiviteten var tilstrekkelig til at kravet ikke kunne anses forspilt: ”Foreningen *kan da ikke* ansees for å ha fremmet saken med sådan langsomhet, at den derved skulde ha forspilt sitt krav” (s. 79, min kursivering). I denne saken fant de tariffstridige lønnsutbetalingene sted fra og med 24. januar 1922, over ett år før foreningen handlet, uten at dette ble vektlagt i vurderingen.

I ARD 1922 s. 161 fant de tariffstridige avlønningene sted fra og med 9. januar 1922. Forbundet grep inn den 26. mai. s.å., ca fire og en halv måned etter de tariffstridige utbetalingene tok til. Avstanden i tid mellom disse begivenhetene var kortere her enn i ARD 1924 s. 75. I ARD 1922 s. 161 hadde imidlertid forbundet hatt *kjennskap* til forholdet i lengre tid før det foretok seg noe enn det som var tilfellet i ARD 1924 s. 75. Dette fremstår som utslagsgivende. Det fremgår ikke av avgjørelsen eksakt når forbundet ble kjent med forholdet, men det går frem at forbundet i hvert fall var kjent med forholdet senest primo februar. Dette utgjorde mellom tre og fire måneder før forbundet grep inn.

De to avgjørelsene gir begge uttrykk for at tidspunktet for kjennskap til det tariffstridige forhold var en utløsende faktor for aktivitetsplikten. Avgjørelsene gir også uttrykk for at det tidspunkt da de tariffstridige utbetalingene tok til, ikke alene var avgjørende. Hvorvidt også andre forhold kunne utløse aktivitetsplikten, som for eksempel det tidspunktet en burde hatt kjennskap til det tariffstridige forhold, gir ikke avgjørelsene foranledning til å vurdere.

### 3.2.3 Totalt bortfall – en enten/eller-modell

Et tredje punkt som er verdt å merke seg i Arbeidsrettens praksis fra den relevante perioden, er virkningen av at kravet ikke var fremsatt innen rimelig tid.

I ARD 1922 s. 161 falt etterbetalingskravet bort i sin helhet. I ARD 1924 s. 75 ble kravet stående i sin helhet. Arbeidsretten kom her til at bedriften pliktet ”å etterbetale disse arbeidere forskjellen mellom de lønninger de hadde ved opsigelsen og de lønninger som er betalt etter gjeninntagelsen” (s. 81). Etterbetaling ble med andre ord idømt med virkning fra det tidspunktet hvor den tariffstridige avlønning tok til.

Av øvrig praksis fra den relevante perioden var det i de fleste avgjørelsene ikke noe tema om etterbetalingskravet var falt bort, verken helt eller delvis. I de tilfellene retten kom til at det var foretatt tariffstridige utbetalinger ble arbeidsgiver gjennomgående dømt til å

etterbetale for hele den perioden det var utbetalt for lite lønn.<sup>19</sup> Med andre ord fullt ut i samsvar med det underliggende rettsforhold.

Avgjørelsene i denne perioden gir anvisning på *en enten/eller-modell*. Enten var kravet for sent fremsatt og bortfalt i sin helhet, eller så var kravet fremsatt innen rimelig tid og arbeidsgiver måtte etterbetale det som var for lite utbetalt for hele den perioden det var foretatt tariffstridige utbetalinger.

### 3.2.4 Begrunnelse

Ovenfor har jeg presentert noen særtrekk ved passivitetslærens opprinnelige karakter. Etter denne læren kunne etterbetalingskravet som regel gjøres gjeldende i sin helhet fra det tidspunkt den tariffstridige utbetalingen tok til. Der passivitetslæren ledet til bortfall, var det hensynet til arbeidsgiver som slo igjennom. Hensynet til arbeidsgiver kan presiseres til arbeidsgivers behov for å kunne innrette seg på at lønnsutbetalingene var endelige. Avgjørelsene fra denne perioden viser imidlertid at det skulle en del til før dette rokket ved hensynet til at arbeidstakerne skulle få utbetalt den lønn de var berettiget til etter tariffavtalen. Dette må ses i sammenheng med den enten/eller-modellen som forelå på rettsvirkningssiden. Alternativene var å la kravet falle bort i sin helhet eller la det bestå i sin helhet. På denne bakgrunn måtte det kreves mye for å komme til at kravet var falt bort som følge av passivitet.

Dersom det ikke hadde foreligget noen skranker for hvilken passivitet som kunne tillates, ville det kunne ha åpnet for en urimelig spekulasjonsadgang fra arbeidstakersiden. Hva en slik spekulasjonsadgang går ut på, blir nærmere illustrert nedenfor. Det ser imidlertid ut til å ha vært et hovedsiktemål i den eldre lære å forebygge en slik spekulasjonsadgang. Den måten en forebygget dette på, var at kravet måtte fremmes innen rimelig tid etter at forholdet var kjent.

At det var en slik spekulasjonsadgang læren i hovedsak tok sikte på å forebygge, ser også ut til å ha vært lagt til grunn i datidens juridiske teori.<sup>20</sup> Berg illustrerer hvilken spekulasjonsadgang som kunne oppstå dersom det ikke forelå noe krav om fremsettelse av

---

<sup>19</sup> Jfr. ARD 1923 s. 231, ARD 1923 s. 242, ARD 1930 s. 155 og ARD 1939 s. 141.

<sup>20</sup> Berg (1930) s. 186-187.

etterbetalingskravet innen rimelig tid. I hans eksempel legges det til grunn at konjunktorene hadde ført til at arbeidsgiveren ikke kunne betale tarifflønn. På denne bakgrunn ble arbeidsgiver enig med sine arbeidstakere om nye og lavere lønnsatser "... i den tro at arbeiderne hadde sin organisasjons samtykke ..." (s. 186). Fagforeningen får kjennskap til at det betales for lave lønninger, men foretar seg ingenting med dette "fordi den skjønner at et inngrep fra dens side vil føre til at driften blir stanset". Først etter at konjunkturkrisen er over, "går den på med sitt krav om etterbetaling etter tariffavtalens satser". En slik form for illojal passivitet skulle etter Bergs syn ikke honoreres:

"Det vilde i et slikt tilfelle ikke være rimelig at fagforeningen skulde kunne gjøre gjeldende at arbeidsgiveren ikke hadde sikret sig dens samtykke, og at den derfor ikke for den forløpne tid var bundet av den ordning som var truffet. Har foreningen fått kjennskap til at tariffavtalen ikke blir overholdt, krever redelighet i avtaleforhold at den gjør sin rett gjeldende innen rimelig tid og ikke lar tiden gå til det kan være mere opportunt å reise kravet. Har arbeidsgiveren holdt driften gående i tillit til at alt var i orden, bør han ikke overraskes med et krav som kunde vært gjort gjeldende, og som – om det var blitt gjort gjeldende tidligere – vilde ha ført til at han måtte ha tatt under overveielse om han kunde fortsette" (s. 187).

Det er ikke vanskelig å være enig i dette, men en må merke seg at det eksempelet Berg skisserer, skiller seg fra avgjørelsen i ARD 1922 s. 161 på to punkter. Dette er særlig interessant, idet det var Berg som var Arbeidsrettens formann ved avsigelsen av denne dommen. For det første var arbeidsgiver og arbeidstaker i eksempelet kommet til enighet om en ny og lavere lønn. For det andre var arbeidsgiver "... i den tro at arbeiderne hadde sin organisasjons samtykke...". Dette må forstås som at arbeidsgiver var i god tro med hensyn til tariffmessigheten av løsningen. I ARD 1922 s. 161 hadde arbeidsgiver på egen hånd og uten noen form for samtykke endret arbeidstidsordningen. Det er da ikke lett å gå ut i fra at arbeidsgiver var i god tro med hensyn til tariffmessigheten av den nye ordningen. I tilknytning til dette kan en merke seg at retten fant det "... klart at bedriften etter tariffavtalen ikke hadde rett til å avvike fra den i tariffavtalen fastsatte arbeidstid uten først å forelegge saken for arbeiderene og få deres samtykke til forandringen"(s. 164).

Disse forskjellene kan forstås på to måter. Den første betraktningmåten bygger på at Berg i eksempelet ønsket å sette problemstillingen på spissen, og ved å vise hvor urimelig situasjon som kunne oppstå, ville han begrunne en generell regel om at kravet måtte reises innen rimelig tid. En slik regel omfatter den situasjon som forelå i ARD 1922 s. 161. Den andre betraktningmåten er at han ønsket å snevre inn bortfallstilfellene til slike kvalifiserte urimelige tilfeller som ble skissert i eksempelet. En slik løsning omfatter ikke den situasjon som forelå i ARD 1922 s. 161.

Hva formålet med eksempelet var, skal jeg ikke ta stilling til, men jeg ønsker å peke på at han gjennom dette trolig plantet et frø til en god tro-rekvisitt, som senere slo rot i rettspraksis.

Øvrig juridisk teori fra den relevante tidsepoken tilfører ikke noe mer enn det som er kommet frem ovenfor med hensyn til å opplyse om innholdet i den passivitetsstandard som gjaldt. En kan imidlertid merke seg at det ikke var fanget opp noe omslag i rettspraksis i Andersens "Arbeidsretten og organisasjonene":<sup>21</sup>

"Noe helt annet er at den rett organisasjonene har til å gripe inn overfor en krenkelse av ufravikelighetsprinsippet kan tenkes å falle bort i kraft av en uloyal eller uforsvarlig passivitet."

Termen "ufravikelighetsprinsippet" stammer fra Andersen. Jeg gjør oppmerksom på at han benyttet den om flere og ulikartede problemstillinger.<sup>22</sup> Blant annet av denne grunn har Evju forlatt denne terminologien til fordel for mindre generelle begreper som "ufravikelighet", "ufravikelighetsvirkninger" og "ufravikelighetsnormer".<sup>23</sup> Andersen viser til Bergs fremstilling i forbindelse med uttalelsen, så en må kunne legge til grunn at han i denne sammenheng i hvert fall hadde den samme problemstillingen i tankene.

## **4 Bruddet**

### *4.1 ARD 1955 s. 126*

Dommen i ARD 1955 s. 126 bryter med det bildet som er presentert ovenfor. Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt arbeidstakerne ved en

---

<sup>21</sup> Andersen (1955) s. 157.

<sup>22</sup> Evju (2005) s. 137.

<sup>23</sup> l.c.



bedrift hadde krav på et støvtillegg etter en ”kvarsavtale” som var inntatt i tariffavtalen. Bestemmelsene om støvtillegg gjorde uttrykkelig unntak for dolomitt og talkum. Bedriften utvant olivingabbro og brukte dette til fremstilling av pukkestein for blant annet veianlegg.

Flertallet fant ikke grunnlag for å legge til grunn at partene var enige om en tolkning som avvek fra avtalens ordlyd. Arbeidsgiversidens anførsel om at avtalen var begrenset til støvplage som var direkte helsefarlig, førte således ikke frem. Anførselen om at arbeidstakersiden dels ved passivitet og dels ved sin opptreden under tarifforhandlingene hadde godtatt denne tolkningen av tariffen, førte heller ikke frem. Flertallet kom etter dette til at arbeiderne var berettiget til støvtillegget.

Etterbetalingsspørsmålet ble deretter behandlet i en setning:

”Likeledes må Valberg Hyperite etterbetale det som er betalt for lite, dog først fra 25. april 1955, da kravet om støvtillegg første gang ble tatt opp til forhandling mellom partene” (s. 130-131).

Det retten gjorde her, representerte noe nytt. Etterbetalingskravet ble begrenset, slik at deler av kravet falt bort og deler av kravet ble stående. Retten sa ikke uttrykkelig noe om begrunnelsen verken for begrensingsvarianten eller for valg av det tidspunktet kravet ble begrenset til.

En kan videre merke seg at arbeidstakersiden hadde påstått at kravet måtte gjøres gjeldende med virkning fra 1. januar 1953. Arbeidstakersidens begrunnelse for valg av tidspunkt er heller ikke presisert. Det fremgår for øvrig av saksfremstillingen at Norsk Arbeidsmandsforbund i januar 1954 ble kjent med at bedriften ikke betalte støvtillegg. Først i et forhandlingsmøte i februar 1955 tok forbundet opp kravet om at arbeiderne skulle ha støvtillegg, og den 25. april 1955 ble det holdt et forhandlingsmøte om dette kravet.

Mindretallet (tre dommere) tolket avtalen, på bakgrunn av partenes felles hensikt og forutsetninger, til at ”den støvplage det [skulle] betales støvtillegg for [måtte] være av helsefarlig karakter” (s. 131). På denne bakgrunn kom mindretallet til at bedriften ikke var forpliktet til å betale støvtillegg dersom støvplagen ikke kunne fastslås å være av helsefarlig karakter. Mindretallet kom derfor ikke inn på etterbetalingsspørsmålet.

## 4.2 *Temaer til observasjon*

### 4.2.1 Det opprinnelige vurderingstemaet faller bort

Det ble ikke foretatt noen vurdering av om kravet var fremsatt innen rimelig tid i denne avgjørelsen. Med kjennskap til vurderingstemaet i ARD 1922 s. 161 er dette en påfallende endring. Der ble det oppstilt en aktivitetsplikt som ble utløst av, om ikke bare, så i hvert fall av kjennskap til det tariffstridige forhold. Arbeidstakersiden var kjent med forholdet i ca tre til fire måneder før de forfulgte kravet, med den følge at kravet falt bort i sin helhet. I ARD 1955 s. 126 var arbeidstakersiden kjent med kravet i over et år før de forfulgte kravet. Tidsforløpet var riktignok ikke den eneste faktoren i den eldre lære, men i forlengelsen av den praksis som forelå, ville det i en slik situasjon være naturlig å reise spørsmål om kravet var for sent fremsatt. Dette vurderingstemaet er også fraværende i den senere praksis.<sup>24</sup>

### 4.2.2 Partielt bortfall – begrensning i kravet

I ARD 1955 s. 126 fikk passivitet i forbindelse med etterbetalingskrav en hittil ukjent virkning.<sup>25</sup> For perioden frem til et nærmere angitt tidspunkt falt kravet bort. For tiden etter det angitte tidspunkt ble kravet stående. Kravet ble begrenset. Denne nye begrensingsmodellen ble fulgt opp i den påfølgende praksis fra Arbeidsretten. Det skjedde også en markant økning i hyppigheten av de tilfellene hvor passivitet fikk innvirkning på etterbetalingskrav. Dette fremstår som en konsekvens av introduksjonen av den nye virkningen av passivitet. I utgangspunktet var bortfall som følge av passivitet en sjelden begivenhet i et landskap hvor det vanlige var at etterbetalingskrav ble idømt for hele den perioden det var utbetalt for lav lønn i forhold til

---

<sup>24</sup> Som eksempler fra avgjørelser som i tid ligger nær denne kan nevnes ARD 1955 s. 139, ARD 1957 s. 242, ARD 1957 s. 264, ARD 1959 s. 222 og ARD 1968 s. 12.

<sup>25</sup> Dommen i ARD 1946 s. 25 trenger her en kommentar. Allerede i den avgjørelsen fant det sted en slags "begrensning" i et etterbetalingskrav. Denne dommen kan imidlertid ikke sies å markere noe brudd med tidligere rettspraksis. Partene var der enige om hvilket tidspunkt etterbetalingskravet kunne gjøres gjeldende fra, dersom den omstridte produksjonspremien ble øket.

tariffavtalen. Etter avgjørelsen i ARD 1955 s. 126 ble den vanlige situasjonen at etterbetalingskrav ble begrenset til et nærmere bestemt tidspunkt.<sup>26</sup> Terskelen for partielt bortfall var åpenbart lavere enn for totalt bortfall, og den umiddelbare oppfølgingen i rettspraksis gir også uttrykk for at løsningen representerte et ønsket instrument.

#### 4.2.3 En ny modell

Det faktum at det opprinnelige vurderingstemaet falt bort, og den kjensgjerning at passivitet regelmessig ledet til en begrensning i etterbetalingskravet, er i lys av tidligere rettspraksis i seg selv sterke indikasjoner på at rettsstilstanden var under endring. Dette underbygges imidlertid av flere forhold. Jeg skal kort gjøre rede for tre slike forhold.

Det første følger av den korte behandlingen spørsmålet fikk i den enkelte avgjørelse. I ARD 1955 s. 126 ble etterbetalingskravet behandlet i en setning. Denne inneholdt ingen vurdering eller begrunnelse verken for begrensningsløsningen eller for valget av det tidspunkt kravet ble begrenset til. Det ble kort og godt bare slått fast at etterbetaling skulle finne sted med virkning fra et nærmere angitt tidspunkt. Hvilke slutninger som kan trekkes med grunnlag i begivenhetene på dette tidspunktet, kommer jeg tilbake til under punkt 4.2.4. Den manglende begrunnelse kunne i utgangspunktet kanskje hevdes å bety at det ikke er klart om det skjedde en endring. I lys av etterfølgende dommer må man allikevel se på dommen som et brudd med tidligere rettspraksis. Det er da mer naturlig å se på fraværet av begrunnelse som et resultat av at retten ønsket å statuere en ny løsning for disse spørsmålene, uten å måtte konfrontere den eldre lære.

Det andre forholdet er også knyttet til rettens begrunnelse. Dersom det foreligger støtte i tidligere rettspraksis for en bestemt løsning, vil domstolene normalt vise til slik praksis når den avgjør spørsmål på ulovfestet grunnlag. Det er da verdt å merke seg at Arbeidsretten først i ARD 1959 s. 222, etter ytterligere tre avgjørelser med tilsvarende begrensning, viser til tidligere rettspraksis som

---

<sup>26</sup> Jfr. ARD 1955 s. 139, ARD 1957 s. 242, ARD 1957 s. 264, ARD 1959 s. 222 og ARD 1968 s. 12. Omslaget i praksis var imidlertid ikke helt konsekvent fra og med ARD 1955 s. 126. Dommene i ARD 1955 s. 144 og ARD 1958 s. 121 skiller seg ut og synes å være begrunnet innenfor rammen av den eldre lære.

begrunnelse for sin begrensning i etterbetalingskravet.<sup>27</sup> Saken gjaldt i utgangspunktet en tvist om entreprenørfirmaet Olaf Sande & Co var forpliktet til å betale reise- og gangstidsgodtgjørelse til to tømrrere. Olaf Sande & Co hadde forretningskontor i Steinkjer. Etter overenskomstens bestemmelser var det avgjørende for tvisten om en kunne se på bedriftens arbeid ved Mathopen som en selvstendig bedrift, eller om arbeidet måtte sees på som en del av den samlede byggevirksomhet drevet fra forretningskontoret i Steinkjer. Retten kom til det siste, med den følge at tømrrerne hadde krav på gangtids- og reise-godtgjørelse. Etter at dette var slått fast, behandlet retten etterbetalingsspørsmålet. Behandlingen bestod også her av en setning, men nå med en henvisning til tidligere rettspraksis:

”Hva spesielt etterbetalingen angår, finnes den, i samsvar med tidligere praksis, å måtte føres tilbake til det tidspunkt da kravet om gangtids- og reise-godtgjørelse første gang ble reist, nemlig 13. november 1957” (s. 226).

Dette indikerer at begrensningsmodellen i de første fire avgjørelsene var for ny til at retten ville vise til rettspraksis som en selvstendig kilde, men at læren nå var festnet på en slik måte at retten fant det legitimt å vise til slik tidligere praksis.

Det siste poenget jeg skal trekke frem til illustrasjon av at begrensningsmodellen fremstod som et nytt fenomen, knytter seg til partenes anførsler og påstander. Ingen av de gjennomgatte dommene fra Arbeidsretten inneholder noen anførsler fra saksøkte med hensyn til fra hvilket tidspunkt etterbetalingskravet kunne gjøres gjeldende, eller om begrensninger i de tidspunkter saksøker hadde påstått. De saksøkte påstod seg regelmessig frifunnet for kravet, og da utelukkende etter sin tolkning av tariffavtalen. Dette ville vært naturlig i den tidligere enten/eller-modellen. Av de avgjørelsene jeg har undersøkt, er ARD 1968 s. 12 den første avgjørelsen hvor saksøkte subsidiært, etter frifinnelse som følge av tariffavtaletolkning, anførte at etterbetalingskravet ”[måtte] begrenses til det tidspunktet da nærværende tvist ble tatt opp til forhandling mellom partene” (s. 16). Det kan være taktiske årsaker til at man utelukkende velger å påstå seg

---

<sup>27</sup> De tre mellomliggende avgjørelsene jeg sikter til er ARD 1955 s. 139, ARD 1957 s. 242 og ARD 1957 s. 264.

frifunnet, men fremgangsmåten kan også tyde på at arbeidsgiversiden først fra dette tidspunkt anså den nye lære som etablert.

#### 4.2.4 Markeringstidspunktet

Hvorfor retten valgte det aktuelle tidspunkt som etterbetalingskravet ble begrenset til, ble som nevnt ikke uttrykkelig begrunnet i ARD 1955 s. 126. Det tidspunkt etterbetalingskravet ble begrenset til, ble angitt konkret: ”... 25. april 1955, da kravet om støvtilllegg første gang ble tatt opp til forhandling mellom partene” (s. 131, min kursivering). Tilsvarende konkrete angivelser ble også angitt i de oppfølgende avgjørelsene. Ved å se nærmere på de begivenhetene som fant sted på de aktuelle tidspunktene, kan man per induksjon angi det sentrale bak rettens valg av tidspunkt.

I ARD 1955 s. 139 var det tvist om anvendelsesområdet for en bestemmelse i tariffavtalen om beregning av lønn. Arbeidsretten ga saksøkeren delvis medhold i tolkningsspørsmålet. Om etterbetalingskravet uttalte retten at ”[s]aksøkte må etterbetale det som er betalt for lite, men først fra 7. september 1954 da spørsmålet ble tatt opp til forhandling mellom tariffpartene” (s. 143, min kursivering).

I avgjørelsen i ARD 1957 s. 242 var det tvist om satsen for overtidskompensasjon og rett til fridager for styrmenn, og rett til et lønnstillegg for skipsførere, på fire fartøyer ved Fosen Dampskibsselskap A/S. For to av fartøyene ga flertallet arbeidstakersiden medhold i sin forståelse av tariffavtalen. Mindretallet (tre dommere) tolket avtalen annerledes og mente at selskapet måtte frifinnes i sin helhet, men uttalte at de ”[f]or øvrig er enig med flertallet”. Jeg forstår dette som at den samlede rett stod bak følgende uttalelse om det tilhørende etterbetalingskravet: ”[r]etten finner at etterbetaling ikke bør finne sted for tiden før kravet ble fremsatt ved skriv av 16. september 1956” (s. 252, min kursivering).

I ARD 1957 s. 264 var hovedspørsmålet om arbeidet ved et anlegg i Bardufoss kunne anses som arbeid i høyfjellsstrekninger eller lignende strekninger i øde strøk. Dersom dette var tilfellet, ville arbeidet ved anlegget gi rett til et høyfjellstillegg. Flertallet kom til at arbeidstakerne ved hele anlegget hadde krav på høyfjellstillegget. Ett mindretall på en sluttet seg til at hele anlegget hadde krav på høyfjells-

tillegg, men bare for vintertiden. Et annet mindretall på to sluttet seg til flertallet med hensyn til den øvre del av anlegget, men mente at den nedre del av anlegget ikke hadde krav på høyfjellstillegget. Mindretallene sluttet seg imidlertid til flertallets uttalelse om virkningstidspunktet for etterbetalingskravet. I rettens premisser heter det også her med en setning: ”Retten finner at tilbakebetaling bør skje *fra det tidspunkt kravet om forhandlinger ble fremsatt*” (s. 269, min kursivering).

Når en ser på disse avgjørelsene under ett, er det to forhold som utmerker seg som avgjørende for begrensingen av etterbetalingskrav og den tilhørende angivelsen av virkningstidspunktet for etterbetalingskrav. Med virkningstidspunktet sikter jeg til det tidspunktet en kan gjøre gjeldende etterbetalingskravet fra. Virkningstidspunktet faller i disse avgjørelsene sammen med det tidspunktet etterbetalingskravet ble fremmet eller når det tvistes spørsmålet som danner grunnlaget for kravet, ble reist. Begge alternativene viser til aktivitets handlinger fra arbeidstakersiden som tilkjenner overfor arbeidsgiversiden at kravet forfølges. Disse handlingene er sentrale i den nye lære og kan med en fellesbetegnelse betegnes som markerings handlinger. I de avgjørelsene det er redegjort for i dette punktet, faller etterbetalingskravet bort for den passive perioden frem til kravet ble markert. Tidspunktet for markeringen vil bli omtalt som markerings tidspunktet.

## **5 Videre utvikling – tematikk i den videre analyse**

Avgjørelsene fra slutten av 50-tallet staket ut en ny kurs som har vært fulgt siden. Senere avgjørelser har imidlertid kastet lys over andre aspekter av læren.

Det at etterbetalingskravet blir begrenset til markerings tidspunktet, er ikke den eneste reaksjonsmåten overfor etterbetalingskrav i dag, men fremstår som den klare hovedregel og utgangspunkt. Denne hovedregelen reiser flere problemstillinger som skal behandles i det følgende. Det vil for det første være nødvendig å avklare hvem som kan være handlingssubjekt og mottakersubjekt til markerings handlingene. Videre må det avklares om det stilles spesielle krav til markerings handlingene.

Fra hovedregelen kan det gjøres unntak. Unntak kan gjøres i begge retninger fra det som ellers ville være virkningstidspunktet. Slike unntak har blitt gjort i rettspraksis fra 1960-tallet av. Disse unntakene henger i sin begrunnelse godt sammen med hovedregelen. Jeg anser det derfor som en smakssak om en vil karakterisere det som om at læren har videreutviklet seg, eller om flere sider av læren har kommet til syne etter hvert som sakenes konkrete omstendigheter har påkalt disse.

I praksis forekommer slike unntak i to hovedtyper. Den ene hovedtypen kommer til anvendelse der det foreligger ”*spesielle forhold*”. I de tilfellene det foreligger slike spesielle forhold, skyves virkningstidspunktet *tilbake* i tid. Med andre ord kan etterbetalingskravet gjøres gjeldende for en lengre periode enn det som følger av hovedregelen. Den andre hovedtypen følger av en rettsutløsende begivenhet som er gitt merkelappen ”*etterfølgende passivitet*”. Da skyves virkningstidspunktet *frem* i tid. Dersom slik etterfølgende passivitet foreligger, vil etterbetalingskrav kunne gjøres gjeldende for en kortere periode enn det som følger av hovedregelen.

I tilknytning til begge unntakene reiser det seg spørsmål om hva som representerer vurderingstemaet for at de skal komme til anvendelse. Begge unntakene har som rettsvirkning at virkningstidspunktet forskyves i forhold til hovedregelen. En må da også spørre seg hvordan en kommer frem til hva som er det nye virkningstidspunktet.

## **6 Dagens lære**

### *6.1 Hovedregel – etterbetaling fra første markering*

#### 6.1.1 Presentasjon

Den ulovfestede passivitetslæren har i dag en klar hovedregel i forhold til bortfall av etterbetalingskrav. Denne hovedregelen er at etterbetalingskrav begrenses til det tidspunkt den første relevante markeringshandlingen finner sted – markeringstidspunktet. Rettspraksis har i varierende grad gitt uttrykk for hva som er de relevante markeringshandlingene. Som vist var angivelsen av markeringstidspunkt og relevante handlinger meget konkret i avgjørelsene fra

andre halvdel av 1950-tallet og ut på 1960-tallet. Konkrete angivelser har vært vanlige også senere.<sup>28</sup>

Det er imidlertid flere forhold som kan medføre at de relevante markeringshandlingene ikke kommer godt frem i den enkelte avgjørelse. Jeg sikter da først og fremst til de tilfellene passivitetslærens unntak kommer til anvendelse. I slike avgjørelser kommer ofte hovedregelens utgangspunkt i skyggen av unntaksregelens behandling.<sup>29</sup> Det kan også foreligge andre omstendigheter som gjør det unødvendig for retten å trekke en skarp grense for hva som er utgangspunktet etter hovedregelen.<sup>30</sup>

Av de konkrete angivelsene fremgår det som vist at de relevante markeringshandlingene refererer seg til de tidspunktene etterbetalingskravet blir fremmet eller når det tvistespørsmålet som danner grunnlaget for kravet, blir reist. I nyere rettspraksis har retten i større grad gått bort fra de konkrete angivelsene og i stedet vist til de relevante markeringshandlingene i en generell angivelse. Disse nyere avgjørelsene bekrefter den induksjonen som er foretatt med grunnlag i tidligere avgjørelser. En slik generell angivelse er gitt i for eksempel ARD 2005 s. 38. Der er hovedregelen kommet til uttrykk på følgende måte:

”Når det gjelder kravet om etterbetaling ..., vil retten bemerke at den i sin tidligere praksis i vid utstrekning har lagt til grunn at plikt til etterbetaling på tariffmessig grunnlag først foreligger fra det tidspunkt arbeidstakerne gjennom sin fagforening har fremmet krav om etterbetaling eller reist et tvistespørsmål som har dannet grunnlag for etterbetalingskravet” (avsnitt 58).

---

<sup>28</sup> I ARD 1970 s. 105 er det bare angitt en dato i domsslutningen. Av saksfremstillingen følger det at dette var tidspunktet for et stedlig forhandlingsmøte. I ARD 1982 s. 187 kom retten til at etterbetaling burde skje fra det tidspunkt ”... spørsmålet ... ble tatt opp på organisasjonsmessig plan [i brev]”.

<sup>29</sup> Her kan for eksempel nevnes avgjørelsene i ARD 1973 s. 66, ARD 1979 s. 62, ARD 1985 s. 109 og ARD 1986 s. 136.

<sup>30</sup> I ARD 1986 s. 149 ble det vurdert om unntaket for etterfølgende passivitet kom til anvendelse, men spørsmålet ble besvart benektende. På grunn av at kravet ble funnet delvis foreldet, var det ikke nødvendig for retten å ta stilling til hvilket tidspunkt kravet tidligst kunne anses å være markert. Det var tilstrekkelig å konstatere at kravet var markert før den perioden som ikke var foreldet.



Tilnærmet lik angivelse av hovedregelen er kommet til uttrykk i ytterligere tre avgjørelser.<sup>31</sup>

I mange tilfeller gjelder tvisten et varig lønnslement. I noen tilfeller kan imidlertid tvisten gjelde en avgrenset periode. Dersom kravet markeres etter utløpet av den omtvistede perioden, blir resultatet av hovedregelen at kravet er falt bort i sin helhet.<sup>32</sup>

### 6.1.2 Begrunnelse

Hensynet til at arbeidsgiver skal kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige, var som nevnt hensynet bak bortfall av etterbetalingskrav i den eldre læren. Selv om læren har en annen karakter i dag, er det bakenforliggende hensynet fortsatt det samme.

Denne begrunnelsen er i liten utstrekning uttalt i de avgjørelsene som anvender hovedregelen. Et unntak er ARD 1986 s. 149. Her kom innrettelseshensynet direkte til uttrykk:

”... fra dette tidspunkt måtte staten være forberedt på at det også kunne bli reist krav om etterbetaling” (s. 163).

Hovedregelens begrunnelse er oftere synlig i avgjørelser som gjør unntak fra hovedregelen. Dette henger sammen med at retten må begrunne hvorfor hovedregelen ikke kommer til anvendelse. I disse avgjørelsene vil begrunnelsen for unntaket kaste lys over hensynet bak hovedregelen. Foruten slike indirekte avledninger er begrunnelsen også kommet direkte til uttrykk, jfr. ARD 2006 s. 38:

”Begrunnelsen for denne praksis er - ... - i stor grad at det først er når et betalingskrav er fremsatt eller markert, at arbeidsgiver i alminnelighet har tilstrekkelig grunn til å innrette seg på at kravet kan føre frem” (avsnitt 42).

Det motstående hensynet er arbeidstakersidens rett på tariffmessig lønn. Avveiningen av disse hensynene faller annerledes ut når en i dag avveier retten på tariffmessig lønn mot en begrensning i kravet, i motsetning til i den eldre lære hvor man avveide retten mot et totalt bortfall av kravet. Hovedregelen gir uttrykk for resultatet av denne avveiningen er basert på et ”normaltilfelle”. Unntak gjøres for de

<sup>31</sup> ARD 2001 s. 179 på s. 200, ARD 2003 s. 25 på s. 36 og ARD 2006 s. 38 i avsnitt 42.

<sup>32</sup> Jfr. for eksempel ARD 2001 s. 179, ARD 2003 s. 25 og ARD 2005 s. 38.

tilfellene det kan påvises at normaltilfellets forutsetninger ikke er tilstede.

Den eldre lære motvirket til en viss grad spekulasjon fra arbeidstakersiden, men ut over dette ble hensynet til arbeidsgivers innrettelse ikke ivaretatt i noen større grad. Dette henger sammen med flere forhold. Det faktiske utgangspunktet er at en tvist om hva som er tariffmessig avlønning, kan oppstå lang tid etter at en gitt avtaleforståelse har vært lagt til grunn av arbeidsgiver. Det rettslige momentet er at så lenge kravet ble reist innen rimelig tid fra arbeidstakersiden fikk kjennskap til forholdet, kunne det kreves etterbetaling for hele den perioden det var utbetalt tariffstridig lønn. Denne løsningen kunne medføre store økonomiske belastninger for en arbeidsgiver som hadde lagt til grunn en annen avtaleforståelse enn det som fulgte av en endelig avklaring på spørsmålet. Denne læren ga heller ikke noen insentiver til aktive undersøkelser fra arbeidstakersiden.

Dette må også være bakgrunnen for den løsningen som senere har utviklet seg. Begrensningsmodellen gir anvisning på en løsning hvor arbeidsgiver ikke blir påført større belastninger enn det han kan innrette seg på. Dette gir en større ivaretagelse av arbeidsgivers behov for å innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige. På samme tid opprettholdes en mulighet for den aktive arbeidstakerside til å ivareta sine interesser. Begrensningsmodellen gir av denne grunn arbeidstakersiden et insentiv til å være aktiv og til å forebygge fremtidige tvister.

Dagens modell eliminerer også muligheten for illojal passivitet og motiverer til fremsettelse av kravet innen rimelig tid.<sup>33</sup> Arbeidstakersiden vil være forhindret fra å spekulere i når det er mest hensiktsmessig å fremsette kravet. Den som taper på å utsette markeringen av kravet etter dagens system, er arbeidstakersiden alene. Arbeidsgiver har derfor ikke på samme måte som tidligere behov for at kravet må reises innen rimelig tid. Når ulempene ved sen markering alene knytter seg til de som er berettiget etter kravet, er det vanskelig å tenke seg andre gode grunner til at kravet må fremsettes innen rimelig tid.

---

<sup>33</sup> Berg (1930) s. 186-187.

Dagens hovedregel gir ikke en god løsning i alle tilfeller. Dette har læren også tatt hensyn til ved at det for enkelte tilfeller gjøres unntak fra hovedregelen. Innholdet av og begrunnelsen for disse behandles senere.

### 6.1.3 Handlingssubjekt

Hovedregelen gir anvisning på en begrensning av etterbetalingskravet tilbake til det tidspunkt kravet er fremsatt eller det tvistespoersmålet som danner grunnlaget for kravet, er reist. En må da spørre seg om hvem som må forta disse markeringshandlingene for at kravet skal anses markert.

Til besvarelsen av dette spørsmålet er det naturlig å ta utgangspunkt i Arbeidsrettens angivelse av hovedregelen. Her gir retten uttrykk for at kravet begrenses til det tidspunkt "arbeidstakerne gjennom sin fagforening" har markert kravet.<sup>34</sup> Det følger av dette at arbeidstakerne ikke på egenhånd kan markere kravet.

Dette utgjør en av to sider i et helhetsbilde hvor arbeidstakers forhold er uten relevans for tariffpartenes rettigheter eller forpliktelser. I denne sammenheng ses det bort fra den enkelte arbeidstakers "aktivitet". I andre sammenhenger ser en på samme måte bort fra arbeidstakernes passivitet. Dette kommer uttrykkelig til syne i ARD 2003 s. 181, hvor retten uttalte at "[h]vorvidt [de saksøkte må frifinnes ... som følge av passivitet fra saksøkernes side] ... ikke [må bedømmes] i forhold til den enkelte berørte arbeidstaker" (s. 187).<sup>35</sup>

Det er videre klart at partene i den aktuelle tariffavtale kan markere kravet.

Disse to utgangspunktene besvarer imidlertid ikke spørsmålet i forhold til samtlige relevante subjekter. Dette henger sammen med at organisasjonsbildet på tariffrettens område er sammensatt. Det enkelte arbeidsforhold kan være regulert av flere tariffavtaler som står i et hierarkisk forhold til hverandre. Videre vil den enkelte arbeidstakers fagforening kunne være et ledd i en organisasjonsstruktur med tilsvarende nivåinndeling. Dette reiser spørsmål om en organisasjons-

<sup>34</sup> Jfr. for eksempel ARD 2001 s. 179 på s. 200.

<sup>35</sup> En kan merke seg at Arbeidsretten i ARD 1924 s. 75 holdt det åpent hvorvidt arbeidstakernes passivitet kunne tillegges vekt i vurderingen av om et etterbetalingskrav var for sent fremsatt etter den eldre lære. Dette er imidlertid det eneste tilfellet hvor Arbeidsretten har vurdert dette.

enhet som er underordnet den organisasjonsenheten som har inngått den omtvistede tariffavtalen, kan markere kravet på vegne av den overordnede organisasjonsenheten.

Avgjørelsen i ARD 2003 s. 25 illustrerer at i alle fall lokale avdelinger av forbund kan markere kravet. Her var det tvist om en bestemmelse vedrørende overtid i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. Denne var inngått mellom Kommunenes Sentralforbund (KS) på den ene siden, og blant andre Norsk Sykepleierforbund (NSF) på den andre siden. I domsgrunnene la retten til grunn ”at det aktuelle kravet om etterbetaling ble fremmet på organisasjonsmessig måte først ved NSFs brev av 24. mars 2000, ...” (s. 36). Av saksfremstillingen fremkommer det at det var NSFs lokalavdeling, ved den fylkestillitsvalgte, som fremsatte kravet på dette tidspunkt. Den samme representant for NSF forfulgte saken frem til overgangen november – desember s.å., hvoretter NSF sentralt overtok.

I forhold til organisasjonsrepresentantene på *bedriftsnivå* er avgjørelsene i ARD 2001 s 179 og ARD 2005 s. 38 oppklarende.

I ARD 2001 s. 179 kommer markeringskompetansen på bedriftsnivået noe indirekte til syne. I saken var det tvist om forståelsen av verkstedsoverenskomsten (VO) mellom NHO og TBL på den ene siden og YS og PRIFO på den andre siden. Overenskomsten ble gjort gjeldende ved Bjørge Norcoat AS fra 1. april 1997 og fikk deretter anvendelse for de arbeidstakerne som var medlemmer av Oljearbeidernes Fellessammenslutning (OFS).

Den opprinnelige tvisten hadde sitt grunnlag i overenskomstens garanti-bestemmelse, som satte minstestandarder for hva ”den gjennomsnittlige timefortjeneste skulle være”. Arbeidstakersiden hevdet prinsipalt at det var feil av bedriften å inkludere to av tilleggene etter den gjeldende særavtale i den gjennomsnittlige timefortjeneste. På denne bakgrunn ble det hevdet at det grunnlaget som minstestandardene ble målt opp mot var satt for høyt, med den følge at OFS-medlemmene ikke hadde fått den lønn som garantibestemmelsen skulle sikre. På denne bakgrunn ble det fremsatt krav om etterbetaling. Retten kom imidlertid til at bedriften ”hadde adgang til å inkludere fagbrevtillegget og ulempetillegget ved beregningen av den gjennomsnittlige timefortjenesten...” (s. 198). Retten kom derfor ikke inn på det tilhørende etterbetalingskravet.

Subsidiært hevdet arbeidstakersiden at dersom bedriften hadde adgang til å ta de nevnte tillegg med i beregningsgrunnlaget for garantibestemmelsen, måtte disse også inngå i beregningsgrunnlaget for enkelte andre tillegg, med den følge

at det var utbetalt for lite lønn etter disse tillegg. Krav om etterbetaling ble fremsatt også på dette grunnlag.

Retten kom til at et eventuelt etterbetalingskrav etter forholdene "ikke under noen omstendighet" kunne føre frem (s. 200). Dette skyldes at det subsidiære etterbetalingskravet tidligst kunne "anses som fremsatt" ved stevning av 21. desember 1999, etter utløpet av den omtvistede perioden. I domsgrunnene redegjør retten videre for at forutsetningene for å bli stående ved hovedregelen var til stede. Denne vurderingen belyser først og fremst unntaket for spesielle forhold, men også OFS-klubbens rolle som berettiget til å markere krav.

Som begrunnelse for at bedriften ikke hadde noen grunn til å tro at avtaleforståelsen som lå til grunn for beregningen av tilleggene, var omtvistet, påpekte retten at "... OFS-klubben var fullt ut på det rene med at bedriften både i denne perioden og tidligere kun benyttet timefortjenesten etter særavtalens lønnskala som beregningsgrunnlag ..." (s. 200). Som grunn for at kravet ble reist etter utløpet av den omtvistede perioden, påpekte retten videre at det "ikke ble reist noen form for innsigelser mot denne avtaleforståelsen fra arbeidstakersiden i tiden før det lokale forhandlingsmøtet den 15. oktober 1998" (s. 200). Partene i møtet var OFS-klubben og bedriften. Det var med andre ord OFS-klubben som reiste den opprinnelige tvisten. I denne sammenheng brukes OFS-klubbens opptreden som begrunnelse for hvorfor bedriften ikke hadde grunn til å tro at avtaleforståelsen vedrørende det subsidiære krav var omtvistet før utløpet av den omtvistede periode, og således hadde grunn til å innrette seg etter dette. Uttalelsene viser imidlertid også at OFS-klubben kunne markere krav med utslag for hvilket tidspunkt etterbetaling skal gis virkning fra.

Bedriftsnivåets markeringskompetanse kommer mer direkte til uttrykk i ARD 2005 s. 38. I denne saken var det tvist om tariffmessigheten av en pålagt arbeidstidsordning, og om de berørte arbeidstakere hadde krav på overtid for den tiden de arbeidet ut over den ellers ordinære arbeidstiden. Rettens flertall kom til at det forelå tariffbrudd. Etterbetalingskravet falt imidlertid bort fordi kravet ble markert etter utløpet av den omtvistede perioden. Retten la til grunn at kravet tidligst kunne "anses som fremsatt i tilknytning til [tvisteprotokollen av 14. juni 2002]..." (avsnitt 58). Av saksfremstillingen fremgår det at

det aktuelle tvisteforhandlingsmøtet ble holdt mellom bedriften og bedriftsklubben. Kravet ble med andre ord markert av klubben, men det var ”utvist en passivitet som saksøkerne må ta konsekvensen av” (avsnitt 58).

Disse avgjørelsene illustrerer at organisasjonsnivåene helt ned til bedriftsnivået, ved den tillitsvalgte eller klubbstyret, kan markere etterbetalingskrav med virkning for kravets virkningstidspunkt.

#### 6.1.4 Mottakersubjekt

En arbeidsgiver kan inngå en tariffavtale med en fagforening uten selv å være tilsluttet en arbeidsgiverforening.<sup>36</sup> Det er likevel vanlig at arbeidsgiver er tilsuttet en arbeidsgiverforening. Dette innebærer at arbeidsgiver kan stå uten partsstilling i den aktuelle tariffavtalen. Det følger imidlertid av de avgjørelsene som det er redegjort for under punkt 6.1.3, at det likevel er tilstrekkelig med en markering direkte overfor arbeidsgiver. I ARD 2003 s. 25 ble kravet ansett markert ved NFSs lokalavdelings brev av 24. mars 2000. Dette brevet ble sendt til Hammerfest Sykehus, ved sykehusets direktør (s. 27). Tilsvarende følger av de øvrige avgjørelsene.<sup>37</sup>

Det er imidlertid en forskjell mellom de tilfellene der kravet markeres overfor arbeidsgiver direkte, og der markering skjer overfor arbeidsgiverforeningen. Denne forskjellen illustreres av dommen i ARD 1982 s. 187.

Saken gjaldt en tvist om arbeidstidens lengde for skift- og turnusarbeidere ved teatrene. Disse var bundet av overenskomst mellom Norsk Kommuneforbund (NKF) og De norske teatres forening (DNTEF). Bakgrunnen for tvisten var innføringen av arbeidsmiljøloven som trådte i kraft 1. juli 1977. Loven innførte 38-timers uke for skift- og turnusarbeidere i § 46 nr. 3. Partenes overenskomster for periodene 1976-78 og 1978-80 bestemte at den ordinære arbeidstid ikke skulle overstige 40 timer pr. uke. I overenskomsten for 1980-82 ble det tariffestet ordinær arbeidstid på 38 timer på samme måte som i arbeidsmiljøloven. Arbeidstakersiden hevdet at skiftarbeiderne som var regulert av overenskomsten, hadde krav på

---

<sup>36</sup> Jfr. atvl. § 1 nr. 8.

<sup>37</sup> Jfr. ARD s. 2001 s. 179 s. 200 jfr. del V, og ARD 2005 s. 38 avsnitt 58 jfr. 24.

38-timers uke allerede fra arbeidsmiljølovens ikrafttredelse 1. juli 1977. På denne bakgrunn ble det også krevd etterbetaling for manglende overtidbetaling i perioden 1. juli 1977 til 1. mai 1980.

Retten kom til at overenskomsten for perioden 1976-78 ikke for noen del av perioden ga skiftarbeiderne krav på 38-timers uke. Annerledes stilte det seg med overenskomsten for 1978-80. Partene avtalte 40-timers arbeidsuke, og de hadde adgang til å fravike de grensene som fulgte av aml. § 46 nr. 3. Retten fant det imidlertid godt gjort at begge parter hadde ment at man skulle følge arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser slik disse måtte bli fastsatt av Arbeidstilsynet, og at partene ved avtaleinngåelsen hadde gått ut fra at de aktuelle arbeidstakerne ikke var omfattet av aml. § 46 nr. 3 (s. 197). Høsten 1979 ble det oppklart at skift- og turnusarbeiderne ved teatrene hadde krav på 38-timers uke.

I dommen ble det gitt etterbetaling med virkning fra 21. desember 1979, da NKF tok opp saken med DNTF.

Før denne tid hadde imidlertid allerede teknisk gruppe styre i Film- og Teaterteknisk Forening ved Den Norske Opera (DNO) fremsatt krav om 38-timers uke og etterbetaling, i brev av 23. november 1979 til DNO ved personalsjefen. Videre hadde klubbstyret ved Det Norske Teatret (DNT) fremsatt krav overfor DNT ved økonomidirektøren i brev av 4. desember 1979. Under punktet 6.1.3 ovenfor ble det vist at fagforeningene på bedriftsnivå kan markere etterbetalingskravet. Det melder seg da et spørsmål om hvorfor ikke markeringshandlingene på bedriftsnivået ved DNO og DNT fikk noen avgjørende betydning i denne saken.

Rettens valg av tidspunkt må i hovedsak bero på at det først fra tidspunktet for NKFs brev til DNTF ble foretatt en markering overfor samtlige av de medsaksøkte arbeidsgiverne. I saken var det innstevnet syv arbeidsgivere ved siden av deres arbeidsgiverforeninger, hvorav bare to av disse hadde blitt presentert for kravet på et tidligere tidspunkt. Avgjørelsen illustrerer at dersom kravet markeres overfor arbeidsgiverforeningen, får markeringen virkning for de arbeidsgivere som er tilknyttet foreningen, og at dersom kravet markeres på bedriftsnivå får markeringen ikke virkning for andre arbeidsgivere som måtte være regulert av samme tariffavtale. Dette er en naturlig følge av kravet om markering.

På denne bakgrunn kan avgjørelsen ikke være et argument for at de lokale representanter for Kommuneforbundet ikke kunne markere kravet med virkning for etterbetalingskravet overhodet. Her vil jeg uansett måtte legge avgjørende vekt på de nyere avgjørelsene som ble gjennomgått i punkt 6.1.3 ovenfor.

Man må likevel spørre seg hvorfor ikke DNO og DNT som allerede hadde fått markert kravet, måtte foreta etterbetaling fra henholdsvis 23. november og 4. desember 1979, men først fra 21. desember 1979. Det kan tenkes flere forklaringer på dette.

Den første er begrunnet i at avgjørelsen ikke utfyllende gjengir med hvilket innhold de første fremsettelsene av kravet bestod av. Dette kan gi opphav til å spekulere i om retten ikke mente at kravet var markert i tilstrekkelig grad før henvendelsen av 21. desember 1979. Jeg mener imidlertid at det ikke er grunnlag for å legge dette til grunn.

Det er også en mulig forklaring at retten mente at et etterbetalingskrav som grunner seg på en tariffavtale som regulerer flere arbeidsgivere som er i tilsvarende posisjon, må fremsettes overfor samtlige før etterbetalingsplikten inntreffer. En slik løsning finnes det ingen god grunn for, og den vil medføre en utvidet markeringsplikt for lokale klubber der flere arbeidsgivere er regulert av den samme tariffavtalen.

Det som er mest sannsynlig, er at retten ikke har funnet grunn til å differensiere etterbetalingskravet for de ulike arbeidsgivere, og funnet det akseptabelt å foreta en generalisering. En slik generalisering går på bekostning av omfanget av etterbetalingskravet til de som utviste størst aktivitet, og kan etter min mening ikke være akseptabel. Den leder til en ytterligere begrensning enn det som kan forsvares ut fra innrettelseshensynet, og dette kan heller ikke begrunnes med nevneverdige prosessøkonomiske fordeler. Etter mitt syn må de respektive markeringstidspunktene være avgjørende. Ved denne løsningen differensieres det mellom aktørene, men innrettelseshensynet ivaretas på samme måte overfor den enkelte arbeidsgiver.

#### 6.1.5 Krav til markeringshandlingen

Markeringen innebærer en risikoforskyvning fra arbeidstakersiden til arbeidsgiversiden. Fra dette tidspunktet vil arbeidsgiveren "bære risikoen for det standpunkt han inntar til arbeidstakernes krav".<sup>38</sup> I det

---

<sup>38</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 454.



følgende skal det redegjøres nærmere for hvilke krav som stilles til markeringshandlingen for at denne virkningen skal inntre.

De relevante markeringshandlingene er angitt på følgende måte i nyere praksis:

”... har fremmet krav om etterbetaling eller reist et tvistespørsmål som har dannet grunnlag for et slik krav”.<sup>39</sup>

Arbeidsretten har lagt til grunn to former for markering som hver for seg medfører en slik risikoovergang – å fremme krav, og å reise tvist. Ordlyden illustrerer hvilket budskap markeringshandlingen skal formidle, og dekker etter mitt syn markeringshandlingene i samtlige tidligere avgjørelser. Disse to alternative markeringsformene skal undersøkes nærmere med sikte på å avklare hva som ligger bak formuleringene med hensyn til tre forhold. Disse tre er hvilke krav som stilles til markeringshandlingens tydelighet, innhold og presentasjonsform. Disse forholdene henger tett sammen og vil til dels overlape hverandre.

Den tydelighet som kreves i forbindelse med markeringen, følger av hensynet bak begrensingsregelen. Dette hensynet går i korthet ut på at arbeidsgiver skal kunne innrette seg på at et krav kan føre frem. Det innebærer naturlig nok ikke at arbeidsgiver må forstå at han vil tape i en eventuell sak for retten. Det ville i en rekke tilfeller bety at domsavsigelsen måtte være det avgjørende tidspunkt. Hensynet bak regelen gir imidlertid den veiledning at markeringen må foretas med en slik tydelighet at den er egnet til å gi mottakeren en forståelse av at avgiver har fremmet et krav, eventuelt reist et tvistespørsmål som kan danne grunnlag for et slikt krav.

Markeringshandlingen må også fylle en minstestandard med hensyn til sitt innhold. Utgangspunktet er ganske enkelt. Det kan ikke være tilstrekkelig å presentere arbeidsgiver for et etterbetalingskrav pålydende et gitt beløp, uten noen begrunnelse. Det er begrunnelsen/kravgrunnlaget som er det sentrale å formidle. Dette bekreftes av to forhold.

Det første forholdet følger av sammenhengen mellom de to alternative markeringshandlingene ”fremme krav” og ”reise tvist”. Det

---

<sup>39</sup> ARD 2006 s. 3 avsnitt 42.

er altså tilstrekkelig å reise tvist - få frem uenigheten - uten å ”fremme krav”. Det peker på at det er grunnlaget som er det sentrale. Det må likevel være en forutsetning at et krav implisitt vil følge av den tvisten som reises. Det andre forholdet er at et krav uten noen form for begrunnelse ikke vil gi mottakersubjektet noen god grunn til å innrette seg på at kravet kan føre frem. Alternativet ”fremme krav” må etter dette forstås slik at grunnlaget for kravet også kommer frem.

Bildet kan bli litt mer broket der det foreligger flere grunnlag for krav mellom de samme partene. Utgangspunktet er imidlertid også her klart. I tilfeller hvor kravene og de tilhørende grunnlag er klart atskilte og kan gjøres gjeldende hver for seg, fremstår det som helt naturlig at de enkelte krav åpner for etterbetaling etter hvert som de markeres.

Det kan imidlertid tenkes å foreligge flere grunnlag for etterbetaling som er nært knyttet sammen. I ARD 2001 s. 179 ble det anført et prinsipielt og et subsidiært grunnlag for etterbetaling som hadde en nær sammenheng i begrunnelsene. Det subsidiære grunnlaget ble bare aktualisert dersom det prinsipielle ikke førte frem. Dette reiser spørsmålet om en også i slike situasjoner er nødt til å markere begge grunnlagene, eller om markeringen av det første også kan bli bestemmende for virkningstidspunktet basert på det andre, dersom det er dette som til slutt blir funnet å føre frem.

Saksforholdet i denne avgjørelsen er i store trekk presentert ovenfor under punkt 6.1.3. Det ble første gang reist tvist om avtaleforståelsen og fremsatt krav om etterbetaling i brev og forhandlingsmøte 15. oktober 1998. Overenskomsten inneholdt som nevnt en bestemmelse om garantert fortjeneste beregnet ut fra ”den gjennomsnittlige timefortjeneste”. Det første grunnlaget gikk ut på at beregningsgrunnlaget for ”minstelønnsгарантиen” ble satt for høyt av arbeidsgiver, fordi arbeidsgiver hadde inntatt to tillegg i beregningsgrunnlaget som arbeidstakersiden mente at ikke hørte hjemme der. Retten kom imidlertid til at arbeidsgiver hadde adgang til å inkludere de aktuelle tillegg i ”grunnlønnen”.

Det subsidiære etterbetalingskravet bygget på at dersom arbeidsgiver hadde en slik adgang, ville det være en naturlig konsekvens at beregningsgrunnlaget for blant annet overtidstillegg også måtte beregnes på tilsvarende måte, på grunn av sammenhengen i overenskomsten, og tilnærmet lik ordlyd i angivelsen av beregnings-

grunnlagene. Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette tolkningsspørsmålet, idet den fant det ”klart at etterbetalingskravet ikke under noen omstendighet [kunne] føre frem” (s. 200). Bakgrunnen for dette var blant annet at retten la til grunn at det subsidiære etterbetalingskravet ikke kunne anses fremsatt den 15. oktober 1998, men først tidligst ved stevning den 21. desember 1999.

I dette tilfellet må en kunne si at det var en nær sammenheng mellom de to grunnlagene for etterbetalingskrav. Den nære sammenhengen mellom grunnlagene førte likevel ikke til at en kunne anse markeringen av 15. oktober 1998 for å omfatte det subsidiære etterbetalingskravet. På denne bakgrunn er det nærliggende å legge til grunn at samtlige grunnlag må markeres hver for seg, selv om det er en nær sammenheng mellom dem. Dersom en markering er ufullstendig, blir markeringstidspunktet fastsatt til det senere tidspunkt hvor kravet markeres på en tilfredsstillende måte. En må imidlertid være oppmerksom på at saken kan bli avvist for de krav som ikke er markert senest samtidig med de tvisteforhandlingene som er relevante etter atvl. § 18 nr. 2.

I det følgende skal det redegjøres for i hvilken grad det stilles krav til den *formen* kravet skal presenteres på. En kan tenke seg formelle skriftlige markeringer og mer uformelle muntlige henvendelser. Det er derfor av interesse å undersøke om det foreligger noen krav til hvilken form som må benyttes.

I denne forbindelse kan man først merke seg at det ikke er inntatt noen krav til presentasjonsform i forbindelse med den læresetningen som er oppstilt i de nyeste avgjørelsene. Dette gir i seg selv grunn til å tro at det ikke stilles slike formkrav, idet det ville vært naturlig å angi i forbindelse med læresetningen dersom det forelå klare formkrav. Ytterligere veiledning må søkes i de markeringshandlingene som er funnet tilstrekkelig i rettspraksis. De kravene som er gjennomgått med hensyn til markeringens tydelighet og innhold ovenfor, vil også representere retningslinjer i denne sammenheng.

Når det gjelder enkeltavgjørelser, finner en ikke interessante retningslinjer i samtlige av disse. Dette skyldes at dersom det bare har foregått skriftlig korrespondanse i en sak, vil den relevante markeringshandlingen naturlig nok referere seg til et brev, uten at en av denne grunn kan slutte at det foreligger noe krav til skriftlighet. Det

er altså de mer formløse markeringshandlinger som vil være av interesse, når en leter etter veiledning i enkeltavgjørelser. Slike avgjørelser viser at det er tilstrekkelig at kravet er fremsatt eller at tvist er reist i et forhandlingsmøte, og at muntlige henvendelser er tilstrekkelige.<sup>40</sup> Det er imidlertid ikke enhver muntlig henvendelse som er tilstrekkelig. Dette synes imidlertid å skyldes forhold med forankring i de kravene som stilles til markeringshandlingen med hensyn til tydelighet og innhold.

I ARD 1955 s. 126 ble kravet ”tatt opp” i et forutgående møte, før det senere ble holdt et møte om det aktuelle krav. Det var dette siste møtet som ble utslagsgivende.<sup>41</sup> Tvisten synes her å ha hatt en perifer rolle i det første møtet.

Dommen i ARD 2005 s. 38 gir også et eksempel på at det hadde vært muntlig kontakt mellom partene før det tidspunkt markeringen ble knyttet til. Retten la til grunn at det på et tidlig tidspunkt, og trolig allerede ved prosjektstart, var uenighet om arbeidstidsordningen og en eventuell rett til overtidsbetaling (avsnitt 58). I denne avgjørelsen er det i større grad presisert hvorfor denne kontakten ikke ble utslagsgivende:

”På dette tidspunkt synes det imidlertid bare å ha vært gitt et muntlig *varsel om at et krav ville bli fremsatt*” (avsnitt 58, min kursivering).

Retten må forstås slik at det ikke var distinksjonen mellom muntlighet og skriftlighet som var det avgjørende, men forskjellen på ”varsel om at et krav ville bli fremsatt” og selve fremsettelsen som var det avgjørende. Et varsel om at krav vil bli gjort gjeldende på et senere tidspunkt er ikke tilstrekkelig. Det kan derfor ikke utledes et formkrav om skriftlig markering av denne avgjørelsen, selv om det var tidspunktet for formaliseringen av tariff tvisten, og den samtidig skriftlige fremsettelsen av kravet, som ble ansett som det avgjørende tidspunkt for markeringen av kravet.

På denne bakgrunn må det legges til grunn at det ikke oppstilles ytterligere formkrav til markeringshandlingen så lenge kravene til tydelighet og innhold er tilfredstilt.

---

<sup>40</sup> Jfr. for eksempel ARD 1955 s. 126 på s. 131, ARD 1968 s. 12 på s. 16, og ARD 1970 s. 105 på s. 112 jfr. s. 108.

<sup>41</sup> ARD 1955 s. 126 på s. 128.

Skriftlighet er likevel viktig for å kunne dokumentere at markering har skjedd, og hvilket innhold markeringen hadde. Skriftlig formalisering, i form av protokoller eller korrespondanse, er trolig det eneste forsvarlige for den som ønsker å markere sin aktivitet og fravær av passivitet. Dette er også den vanlige fremgangsmåten.

## 6.2 *Spesielle forhold som skyver virkningstidspunktet tilbake i tid*

### 6.2.1 Presentasjon

Fra hovedregelen gjøres det som nevnt unntak i to retninger. Det ene av disse unntakene går ut på at det kan kreves etterbetaling for en lengre periode enn det som følger av hovedregelen. Etterbetalingskravets virkningstidspunkt blir satt til et *tidligere* tidspunkt enn markeringstidspunktet.

Når hovedregelen er blitt fraveket i denne retningen, er begrunnelsen i endel avgjørelser blitt gitt merkelappen ”spesielle forhold”. Begrepet gir ikke i seg selv noen nærmere forklaring på vurderingstemaet, ut over at det er snakk om en unntaksregel. Det finnes også avgjørelser som gjør et slikt unntak fra hovedregelen uten at det er betegnet som et resultat av ”spesielle forhold”. Jeg mener imidlertid at begrepet er en praktisk merkelapp og benytter meg av det som en betegnelse på det rettsutløsende forhold til unntaksregelen.

### 6.2.2 En konkret og sammensatt vurdering

Hvorvidt det foreligger spesielle forhold, beror på en konkret vurdering av om det i det enkelte tilfellet er tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra det utgangspunkt som følger av hovedregelen. Som eksempel kan nevnes dommen i ARD 2006 s. 38 hvor retten etter ”en samlet vurdering” kom til at arbeidstakersiden måtte få medhold i sin påstand om etterbetaling med virkning fra overenskomsten tok til å gjelde, med den begrunnelse at ”det i denne saken [forelå] spesielle forhold som gjør at etterbetaling må tilkjennes fra et tidligere tidspunkt enn da arbeidstakerne gjennom sin fagorganisasjon først reiste krav” (avsnitt 44). Vurderingstemaet er sammensatt og omfatter forhold ”på både arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden”.<sup>42</sup> I det følgende skal det redegjøres for de momentene som er vektlagt i Arbeidsrettens praksis.

<sup>42</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 467.

### 6.2.3 Arbeidsgivers gode eller onde tro

I hvilken grad arbeidsgiver kan sies å være i *god eller ond tro* med hensyn til tariffmessigheten av sine utbetalinger, fremstår som det viktigste momentet i vurderingen av om det foreligger grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen. Dersom en kan si at arbeidsgiver er i ond tro, fremstår dette som et meget sterkt moment for at det foreligger spesielle forhold.

At det er mindre grunn til å beskytte arbeidsgiver i disse tilfellene, er naturlig da arbeidsgivers beskyttelsesbehov er fundert i behovet for å kunne innrette seg etter at foretatte lønnsutbetalinger er endelige. En arbeidsgiver som er i ond tro med hensyn til tariffmessigheten av sine utbetalinger, kan ikke sies å ha noe legitimt behov for å innrette seg på at utbetalingene er endelige. Uten unntak fra hovedregelen ville det åpnet seg en vid spekulasjonsadgang for arbeidsgiver. En arbeidsgiver kunne da med vitende og vilje eliminere et lønnsэлеment og slippe unna denne kostnaden frem til det tidspunkt arbeidstakersiden oppdaget dette og markerte kravet. En slik spekulasjonsmulighet ville undergrave formålet med begrensingsmodellen. Man kan ikke godt si at arbeidstakersiden i en slik situasjon har utvist passivitet som arbeidsgiversiden må beskyttes mot.

At man skal legge vekt på arbeidsgivers onde tro, er også lagt til grunn i arbeidsrettslige fremstillinger etter at dagens passivitetslære ble etablert i rettspraksis. Ulike fremstillinger kan se ut til å tillegge forholdet ulik vekt. I litt eldre litteratur uttaler Andersen at "[h]va ... angår den situasjon at arbeidstakerne krever etterutredning av for lite betalt lønn, kan der heller ikke for dens vedkommende oppstilles noen generell regel om at arbeidstakernes krav blir å imøtekomme, med mindre arbeidsgiveren har vært i ond tro".<sup>43</sup> Andersens uttalelse fremstår som reservasjonløs vedrørende virkningen av ond tro. I nyere teori uttaler Fougner m.fl. at "[d]ersom arbeidsgiver har vært i ond tro ... er det ... mindre grunn til å beskytte ham mot et krav om etterbetaling".<sup>44</sup> Denne uttalelsen er ikke like reservasjonløs. I fremstillingen til Fougner m.fl. er ond tro definert til de situasjonene hvor arbeidsgiver "visste eller burde ha visst at forholdet var i strid

---

<sup>43</sup> Andersen (1967) s. 258.

<sup>44</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 461.

med tariffavtalen”.<sup>45</sup> Dette er også den definisjonen som legges til grunn i min behandling av spørsmålet. Andersen har ikke definert nærmere hvilke situasjoner han sikter til med ond tro, så det kan tenkes at det reelt sett ikke er noen meningsforskjell bak uttalelsene. De beste grunner taler uansett for at arbeidsgiver ikke beskyttes i de tilfeller han *visste* at utbetalingene var tariffstridige. For de tilfellene arbeidsgiver *burde vite* at utbetalingene er tariffstridige, er også dette et sterkt argument for at det foreligger spesielle forhold. Dersom arbeidsgiver er i god tro, vil dette på samme måte være et argument mot at hovedregelen fravikes.

Før dette belegges med rettspraksis, er det hensiktsmessig å presentere noen andre momenter, som etter mitt syn er tilknyttet momentet arbeidsgivers gode eller onde tro. Mer presist utgjør disse, slik jeg oppfatter det, objektive holdepunkter for å avgjøre om arbeidsgiver er i god eller ond tro. Det er likevel viktig å presentere disse særskilt, idet de er praktisk viktige, og fordi retten sjelden bruker karakteristikken god eller ond tro.

#### *Tolkningsspørsmålets klarhet*

Det første av slike momenter er *tolkningsspørsmålets klarhet*. Et tolkningsspørsmål som har et åpenbart resultat, vil være et argument for at det foreligger spesielle forhold. Er tolkningsspørsmålet derimot helt åpent, vil dette være et argument mot at det foreligger spesielle forhold. Også mellom ytterpunktene har argumentet verdi. Det er her en nær kobling til arbeidsgivers gode eller onde tro. Er tolkningsspørsmålet klart, er det mer nærliggende at arbeidsgiver burde ha visst at forholdet var tariffstridig, og dermed var i ond tro. Er derimot tolkningsspørsmålet uklart, er det mer nærliggende at arbeidsgiver ikke burde ha visst at forholdet var tariffstridig, og dermed var i god tro.

#### *Innvendinger og kjennskap*

Av Arbeidsrettens praksis viser det seg også å være et relevant moment om arbeidstakersiden har gjort gjeldende *innvendinger* mot arbeidsgivers forståelse eller praktisering av tariffbestemmelsene.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> I.c.

<sup>46</sup> Se også Fougner m.fl. (2004) s. 466.

Dette momentet vil også kunne belyse hvorvidt arbeidsgiver har vært i god eller ond tro. Dersom arbeidstakersiden ikke har gjort innvendinger gjeldende, vil dette kunne understøtte en påstand om at arbeidsgiver var i god tro. Desto lengre praksisen er, jo sterkere er argumentet.

Hvis arbeidstakersiden, i tillegg til ikke å ha reist noen innvendinger, har vært *kjent med det forhold de senere hevder at er tariffstridig*, vil dette i enda sterkere grad være et argument for at arbeidsgiver var i god tro. Dette fordi arbeidstakersiden får en større oppfordring til å reagere hvis den mener at et forhold er tariffstridig.<sup>47</sup>

I det følgende skal det redegjøres for avgjørelser fra Arbeidsretten hvor betydningen av god eller ond tro, og de tilknyttede momentene, kommer til uttrykk.

I ARD 1973 s. 66 illustreres betydningen av tvistes spørsmålets klarhet og arbeidsgivers onde tro. Tvisten gjaldt en overenskomst inngått 30. juni 1970 mellom A/S Trælandsfos og Norsk Papirindustriarbeiderforbund. Overenskomsten inneholdt en fortjenesteutviklingsgaranti som skulle gis virkning fra 14. april 1971, dersom den kom til anvendelse. Spørsmålet i saken var hvordan denne garantien forholdt seg til bedriftens beslutning om å heve lønns satsene med kr. 2,- pr. time. Arbeidsgiversiden mente at fortjenesteutviklingsgarantien var dekket gjennom to-kroners-tillegget, og arbeidstakersiden mente at tillegget kom utenom fortjenesteutviklingsgarantien. Subsidiært anførte arbeidsgiversiden at kravet måtte anses bortfalt gjennom passivitet, og under enhver omstendighet ”begrenses slik at tilbakebetaling bare skal finne sted fra det tidspunkt da kravet ble tatt opp på forhandlingsplanet” (s. 73). Retten viste til bedriftens brev av 11. april 1970 hvor bedriften uttalte at ”[I]likeledes var vi på det rene med at lønns glidningen, som var begrenset til kr. 0,35 pr. time i kommende år skulle komme i tillegg til de kr. 2.-” (s. 74-75). Med referanse til denne setningen uttalte retten:

”Slik denne setningen er formulert og fremtrer, finnes det *intet holdbart grunnlag for å hevde* at «2-kroners tillegget» har karakteren av en lønns-

---

<sup>47</sup> *ibid.* s. 467.



glidning av den omtalte art. Setningen gir tvert imot uttrykk for at dette ikke er tilfellet ...” (s. 75, min kursivering).

Ut fra dette kom retten til at det ”ikke [var] rettslig grunnlag for å foreta en begrensning” av fortjenesteutviklingsgarantien, og idømte etterbetaling med virkning fra det virkningstidspunkt overenskomsten anga for fortjenesteutviklingsgarantien (s. 75). Begrunnelsen var at tolkningsspørsmålet ikke reiste noen tvil. Selv om retten ikke sier det uttrykkelig, må en kunne si at arbeidsgiver av denne grunn var i ond tro med hensyn til tariffmessigheten av sitt standpunkt.

En annen avgjørelse hvor tvistes spørsmålets klarhet var sentralt er ARD 1985 s. 109. I denne saken stod tvisten mellom Norsk Sjømannsforbund og Fiskebåtrederens Forbund med rederiet Brødr. Davik A/S som medsaksøkt. Tolkningstvisten dreiet seg i hovedsak om hvilken tabell som skulle anvendes for beregning av lott i Sjøfiskeråler tariffen for M/S ”Koralhav” for perioden juni 1979 til høsten 1984. Det ble også krevd etterbetaling av differansen mellom det som var utbetalt og det som skulle vært utbetalt etter den tabellen arbeidstakersiden hevdet at kom til anvendelse. Norsk Sjømannsforbund reiste spørsmålet i brev av 19. februar 1985. Organisasjonsmessig forhandlingsmøte ble holdt 18. mars 1985 uten at enighet ble oppnådd. Stevning ble tatt ut 10. april 1985. Retten ga arbeidstakersiden medhold i forståelsen av tariffavtalen.

Etter den alminnelige hovedregel ville etterbetalingskravet ha falt bort, idet kravet tidligst kunne anses markert ved et brev av 19. februar 1985, som var etter at den perioden det ble krevet betaling for, var utløpt. Etterbetalingskravet ble likevel bare begrenset av foreldelsesreglene.

Mannskapet på M/S ”Korallhav” hadde blitt avlønnnet etter tabell II. Ordlyden i overskriften til denne tabellen var spesiell og avgrenset til to navngitte båter, M/S Norørn og John Longva. Ordlyden i tabell I var ikke avgrenset til bestemte båter og ble også anvendt ved kombinert saltfisk- og filetproduksjon, noe M/S ”Korallhav” bedrev i den omtvistede perioden. Arbeidsretten uttalte at den ikke kunne se ”at forhistorie og forhandlingsforløp gir grunnlag for å fortolke bestemmelsen på en annen måte enn ordlyden tilsier” (s. 118). På bakgrunn av den klare ordlyd uttalte Arbeidsretten videre at dersom ”... Fiskebåtrederens Forbund mente at tabell II skulle gis anvendelse

også for andre båter av lignende karakter som de to nevnte, måtte de da ha sørget for at dette ble gjort klart” (s. 118). Arbeidsretten gjør heller ikke her bruk av begrepet ond tro. Det er imidlertid nærliggende å slutte av den klare ordlyden og mangel på tvil i tolkningstvisten at arbeidsgiversiden burde ha visst at tabellplasseringen var tariffstridig, og at de av den grunn ikke hadde grunn til å innrette seg på at lønnsutbetalingene var endelige. Avgjørelsen støtter derfor opp om at ond tro hos arbeidsgiver er et sterkt argument for at det foreligger spesielle forhold.

Dommen i ARD 2001 s. 179 belyser betydningen av arbeidsgivers gode tro og arbeidstakersidens manglende innvendinger og kjennskap. Saksforholdet er presentert under punkt 6.1.3 og 6.1.6. Jeg minner likevel om at retten ikke fant grunn til å fravike hovedregelen. Den nærmere begrunnelse for dette er kommet til uttrykk i domsgrunnene på s. 200. Arbeidstakersiden hadde ikke reist noen ”form for innsigelser mot ... avtaleforståelsen ... før det lokale forhandlingsmøtet”. Den omstridte beregningen av tilleggene ”bygde på en langvarig praksis ved bedriften”. Arbeidstakersiden hadde videre en klar oppfordring til å reagere. Retten uttalte nemlig at ”[d]et er ingen uenighet om at de berørte ... var fullt ut på det rene med at bedriften både i denne perioden og tidligere kun benyttet timefortjenesten etter særavtalens lønsskala som beregningsgrunnlag for de ulike typer tillegg”. På denne bakgrunn la retten til grunn at bedriften ”i hele den perioden tvisten gjelder, har bygget sine beregninger av tillegg på en avtaleforståelse som den ikke hadde noen grunn til å tro at var omtvistet, ...”. Når retten kom til at bedriften ikke hadde noen grunn til å tro at avtaleforståelsen var omtvistet, forstår jeg dette slik at bedriften måtte anses å være i god tro med hensyn til tariffmessigheten av sin praksis. Arbeidstakersidens manglende innvendinger, den langvarige praksisen og de berørtes kjennskap til denne fremstår som objektive holdepunkter for dette. På grunn av arbeidsgivers gode tro var det ikke grunnlag for å fravike hovedregelen.

Retten ble stående ved hovedregelen også i ARD 2003 s. 25, som likeledes kaster lys over betydningen av arbeidsgivers gode tro og arbeidstakersidens manglende innvendinger. Avgjørelsen illustrerer også betydningen av tvistes spørsmålets klarhet, som i denne saken er

av en annen karakter enn i ARD 1973 s. 66 og ARD 1985 s. 109. Saken gjaldt en tvist om overtidsgodtgjørelse mellom Kommunenes Sentralforbund og Norsk Sykepleierforbund. Den omtvistede periode strakk seg fra januar 1997 til juli 1998. Kravet om etterbetaling ble reist 24. mars 2000. Arbeidstakersiden hevdet at det på grunn av enighet om forståelsen av den aktuelle bestemmelsen i realiteten forelå feilutbetalinger fra arbeidsgiver, og at det derfor forelå spesielle forhold som måtte gi grunnlag for etterbetaling fra et tidligere tidspunkt enn markeringstidspunktet. Retten la imidlertid til grunn at spørsmålet ikke hadde funnet sin avklaring mellom partene før den 24. april 2001, og ”at det så sent som i februar 2001 var reell meningsforskjell mellom tariffpartene om forståelsen av tariffavtalen” (s. 36). Arbeidsretten kunne ikke se at ”det forhold at tolkningstvisten i det foreliggende tilfellet ble løst i favør av NSF ved enighet mellom tariffpartene, i seg selv kan gi grunnlag for en annen løsning enn den som følger av rettspraksis” (s. 36).<sup>48</sup>

Med utgangspunkt i tvistespørsmålets uklarhet, og supplert av arbeidstakersidens manglende innvendinger, underbygger retten at uenigheten mellom partene var reell, og at arbeidsgiver ikke hadde noen grunn til å tro at praksisen vedrørende overtidsbetaling var omtvistet:

”Fellesbestemmelsenes § 6 gir hverken etter egen ordlyd eller gjennom henvisningen til arbeidsmiljølovens § 49 klar anvisning på grunnlaget for overtidsbetaling i situasjoner hvor en arbeidstaker utenom sin ordinære arbeidstid utfører arbeid i en annen funksjon enn den vedkommende er tilsatt i.

...

Bevisførselen gir ikke holdepunkter for annet enn at Hammerfest sykehus i perioden frem til 1999 bygget praksis på *sin* forståelse av tariffavtalen. Dette var en avtaleforståelse som det ikke var reist innvendinger mot fra arbeidstakernes organisasjoner, og som sykehuset derfor ikke hadde grunn til å tro at var omtvistet” (s. 36).

Dette må forstås som at arbeidsgiver var i god tro med hensyn til tariffmessigheten av sin praksis. Avgjørelsen illustrerer med dette

---

<sup>48</sup> Avslutningen på den sist siterte setningen er noe upresis og kan gi inntrykk av at det bare finnes en løsning i praksis, men må forstås som en henvisning til det utgangspunkt som følger av praksis. Dette bekreftes av rettens øvrige uttalelser på s. 36.

betydningen av arbeidsgivers gode tro som argument mot å fravike hovedregelen, samt betydningen av momentene tvistes spørsmålets klarhet og arbeidstakersidens manglende innvendinger.

Disse avgjørelsene illustrerer at sontringen mellom arbeidsgivers gode eller onde tro er et tungtveiende moment i vurderingen av om det er grunnlag for å fravike hovedregelen om begrensning til markerings-tidspunktet.

#### 6.2.4 Arbeidsgivers faktiske innrettelse

Det andre momentet som må trekkes frem, er arbeidsgivers faktiske innrettelse. Hovedregelen er som nevnt hovedsakelig begrunnet i arbeidsgivers behov for å kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige. Det kan tenkes tilfeller hvor en kan påvise at arbeidsgiver, før markeringstidspunktet, har innrettet seg på at en utgift kan oppstå, eller at arbeidsgiver ennå ikke har begynt å innrette seg på at et oppgjør er endelig. I slike tilfeller slår ikke innrettelseshensynet til. Arbeidsrettens praksis viser at også dette er et forhold som kan få utslagsgivende betydning i forhold til fravikelse av hovedregelen.

I ARD 1963 s. 141 ble hovedregelen fraveket, og det ble lagt uttrykkelig vekt på arbeidsgivers faktiske innrettelse. Tvisten gjaldt avlønning av skipsoffiser Bjørøy. Bakgrunnen for tvisten var at Bjørøy den 8. mai 1955 ble ansatt som fører av M/S Kvikk. Rederiet var organisert, men Bjørøy var ikke organisert, og lønnsfastsettelsen ble foretatt på fritt grunnlag. Bjørøy krevde tarifflønn flere ganger, uten at dette ble etterkommet. I august 1961 fikk han et tilbud om lønnsforhøyelse, som fortsatt lå under tariff, med tilbakevirkning fra 1. april s.å. Bjørøy ba om betenkningstid på dette tilbudet. Den 1. desember 1961 meldte han seg inn i Norsk Styrermannsforening med det formål for øye å få utbetalt tarifflønn.

Den 8. mars 1962 skrev foreningen til Redernes Arbeidsgiverforening og krevde at Bjørøy skulle avlønnes etter den gjeldende overenskomst, og at det ble foretatt etterbetaling for den tiden han hadde vært underbetalt i forhold til tariffens bestemmelser. Arbeidsgiverforeningens endelige tilbud var etterbetaling fra markeringstidspunktet 8. mars 1962. Styrermannsforeningen krevde etterbetaling fra 1. april 1961, og brakte tvisten inn for retten.

Saksøkte hevdet for det første at Bjorøy ikke var ”fører” i overenskomstens forstand den tid han tjenestegjorde på M/S Kvikk. Retten fant det imidlertid ”utvilsomt” at Bjorøy var omfattet av overenskomsten (s. 146). Når tolkningsspørsmålet er så klart som dette, taler tolkningsspørsmålets klarhet for at saksøkte var i ond tro med hensyn til tariffmessigheten av sin praksis overfor Bjorøy. Dette ser imidlertid ikke ut til å ha vært det utslagsgivende i denne avgjørelsen.

Når det gjaldt etterbetalingsspørsmålet, bekreftet retten først hovedregelen om etterbetaling og uttalte at ”[n]år det gjelder etterbetalingen er retten enig med de saksøkte i at man vanligvis ikke bør gå lenger tilbake enn til det tidspunkt da kravet første gang ble gjort gjeldende av vedkommende organisasjon” (s. 146). I den umiddelbare fortsettelse går retten over i begrunnelsen for å gjøre unntak fra hovedregelen:

”I dette tilfelle har imidlertid bedriften i august 1961 kommet med et konkret tilbud om lønnsforhøyelse gjeldende med tilbakevirkende kraft fra 1. april 1961. Skipsføreren godtok ikke dette tilbud, som lå lavere enn hva han hadde krav på etter tariffen. Han meldte seg 1. desember 1961 inn i foreningen med henblikk på å få utbetalt hva han etter tariffen hadde krav på. Foreningen fremmet kravet i skriv av 8. mars 1962 samtidig som det ble gjort gjeldende krav på etterbetaling for den tid han hadde vært underbetalt i forhold til tariffen” (s. 146-147, min kursivering).

På denne bakgrunn fant retten at det da forelå ”så spesielle forhold at det – alle forhold tatt i betraktning – vil være rimelig å gjøre etterbetalingen gjeldende fra det tidspunkt Bjorøy meldte seg inn i Norsk Styrmandsforening, ...” (s. 147, min kursivering).

Retten la uttrykkelig vekt på at Bjorøy, frem til han meldte seg inn i Norsk Styrmandsforening, hadde et stående tilbud om en lønnsforhøyelse. Dette tilbudet hadde virkningspunkt fra 1. april 1961 og representerte frem til markeringstidspunktet en større verdi enn det den utvidede etterbetalingsplikt representerte.<sup>49</sup> Dette betyr at

<sup>49</sup> Jeg har her lagt til grunn saksøktes opplysninger, selv om det av saksfremstillingen fremgår at det var noe uklarhet rundt når Bjorøys lønn ble satt opp til kr. 1.123,20 pr. mnd. Av tallmaterialet viser det seg at dersom Bjorøy hadde takket ja til tilbudet i august, og ellers handlet som han gjorde, ville han i perioden fra 1. april 1961 frem til markeringstidspunktet den 8. mars 1962 fått utbetalt ca kr. 1.200 mer enn det han i denne perioden fikk utbetalt ved å takke nei ( 12,25 måneder x (kr. 1.220,00 – kr. 1.123,20) = kr.

saksøkte rent faktisk var forberedt på en ”merutgift” av denne størrelse, dersom en ser bort fra den økning i lønn som arbeidsgiver var forpliktet til etter overenskomsten. Hvorfor retten valgte å sette virkningstidspunktet til innmeldingstidspunktet, kommer jeg tilbake til under punkt 6.2.8.

Arbeidsgiversidens faktiske innrettelse ble også vektlagt i ARD 2006 s. 38. Der kom retten etter en samlet vurdering til at det forelå spesielle forhold som gjorde at etterbetaling måtte tilkjennes fra et tidligere tidspunkt enn da kravet ble markert. Avgjørelsen har sin bakgrunn i vedtakelsen av helseforetaksloven hvorefter staten overtok ansvaret for spesialisthelsetjenesten.<sup>50</sup> Helseforetakene ble tilsluttet arbeidsgiverforeningen NAVO, som etablerte en overenskomst for helseforetak med Norsk Sykepleierforbund med virkning fra 1. mai 2002.

Ved de lokale forhandlingene høsten 2002 oppstod det tvist om hvilke lønnselementer som skulle regnes med i forhold til minstelønnsatsene i overenskomsten. Denne tvisten ble avgjort i ARD 2004 s. 16. Iverksettelsen av dommen førte imidlertid til en ny tvist, om hvilke ordninger som kunne anses som særavtaler og dermed gi grunnlag for tillegg ut over minstelønnsatsene, samt om virkningstidspunktet for etterbetaling av tillegg etter de relevante særavtaler. Det er Arbeidsrettens avgjørelse av denne tvisten som er inntatt i ARD 2006 s. 38. Vedrørende virkningstidspunktet gjorde arbeidsgiversiden gjeldende at etterbetaling tidligst kunne skje fra henholdsvis 19. september og 15. oktober 2002, da kravene ble fremsatt – altså i samsvar med hovedregelen for etterbetalingskrav. Arbeidstakersiden hevdet at arbeidsgiver måtte foreta etterbetaling fra 1. mai 2002, som var da den nye overenskomsten tok til å gjelde.

En av grunnene til at retten anså det for å foreligge spesielle forhold i denne saken, var at tvistetemaet ”ikke [gjaldt] nye tillegg, men hvorvidt tillegg arbeidstakerne tidligere hadde hatt krav på, skulle konsumeres av minstelønnsatsene eller ikke” (avsnitt 44). På denne

---

1.185,80). Den utvidede etterbetalingsperiode mellom markeringstidspunktet og innmeldingstidspunktet representerer ca kr. 800 (3,25 måneder x (kr. 1.369,00 – kr. 1.123,20) = kr. 798,85).

<sup>50</sup> Lov om helseforetak m.m. av 15. juni 2001 nr. 93.

bakgrunn uttalte retten at det ”ville da være dårlig sammenheng i en løsning hvor arbeidstakerne skulle miste disse tilleggene i en kortere mellomperiode mellom de gamle overenskomstsistemene og tidspunktet for fremsettelse av etterbetalingskravet under det nye systemet” (avsnitt 44).

I den videre argumentasjonen vektla retten betydningen av den faktiske innrettelse. Uenigheten hadde kommet ”til syne under B-delsforhandlingene ..., mens tariffoppgjøret fortsatt pågikk” (avsnitt 45). Retten la til grunn at arbeidstakersiden reagerte ”... så raskt som det var praktisk mulig [etter at uenigheten var konstatert]”. Retten vektla deretter det forhold at ”[p]å dette tidspunkt hadde arbeidsgiverne ennå ikke begynt etterbetaling<sup>[51]</sup> etter lønnsoppgjøret i 2002” (avsnitt 45). Ut fra dette uttalte retten at ”[h]ensynet til at det først er når et betalingskrav er fremsatt eller markert, at arbeidsgiver i alminnelighet har tilstrekkelig grunn til å innrette seg på at kravet kan føre frem, slår derfor ikke til i denne saken” (avsnitt 45). Etterbetalingskravet ble av denne grunn idømt med virkning fra det tidspunkt overenskomstens tok til å gjelde, 1. mai 2002.

Avgjørelsene viser at arbeidsgivers faktiske innrettelse også er et moment som kan få utslagsgivende betydning i vurderingen av om det kan gjøres unntak fra hovedregelen om etterbetaling fra markeringstidspunktet. En kan likevel merke seg at den faktiske innrettelse ikke er et like hyppig vektlagt moment som hvorvidt arbeidsgiver er i god eller ond tro.

#### 6.2.5 Nærmere om tidsaspektet og oppgjørshensynet

Det følger av det ovenstående at tidsaspektet kan komme inn på forskjellige måter i vurderingen av om det foreligger spesielle forhold. For det første kan tidsaspektet komme inn som et holdepunkt i vurderingen av om arbeidsgiver er i god tro eller ikke, jfr. ARD 2001 s. 179. Der hadde arbeidstakersiden ikke reist noen innsigelser før det lokale forhandlingsmøtet. Den omstridte beregningen bygde på en *langvarig praksis* ved bedriften, som arbeidstakersiden kjente til. På denne bakgrunn la retten til grunn at bedriften ikke hadde noen grunn

---

<sup>51</sup> Med etterbetaling siktes det her til den form for etterbetaling som det er avgrenset mot i punkt 2.1 foran.

til å tro at den avtaleforståelsen den la til grunn for sine beregninger, var omtvistet. For det andre kan tidsaspektet komme inn i vurderingen av arbeidsgivers faktiske innrettelse, jfr. ARD 2006 s. 38. Her la retten vekt på at *lønnsoppgjøret ikke var avsluttet*.

Det er imidlertid enda et aspekt av tidsforløpet som må kommenteres. I utgangspunktet kan en si at jo lengre tid som går før arbeidstakersiden fremsetter krav om etterbetaling, jo større grunn har arbeidsgiver til å kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige.<sup>52</sup> Dette følger av den alminnelige oppfatningen om at oppgjørshensynet styrkes av tidsforløpet. I forhold til unntaket for spesielle forhold kan oppgjørshensynet imidlertid neppe betraktes som et frittstående argument.

For det første kan en ikke godt si at oppgjørshensynets *vekt* øker i takt med tiden for en arbeidsgiver som har vært i ond tro. I en slik situasjon har ikke arbeidsgiver noe legitimt grunnlag for å kunne innrette seg på at lønnsutbetalingene er endelige. For det andre er oppgjørshensynet basis for passivitetslærens hovedregel og ivaretatt av denne. Tidsaspektet kan imidlertid tenkes å bli trukket frem som det utslagsgivende i de tilfellene hvor det er tvil om det er grunnlag for å fravike hovedregelen.

#### 6.2.6 Konkret rimelighet?

Arbeidsretten har i hvert fall i en avgjørelse gjort unntak fra hovedregelen begrunnet i "rimelighet". Denne avgjørelsen er inntatt i ARD 1979 s. 62.<sup>53</sup> I det følgende er problemstillingen om rimelighet er et selvstendig argument, eller om det utgjør en henvisning til argumenter som allerede er gjennomgått under andre merkelapper.

Ved lov av 20. desember 1974 ble det innført bestemmelser om alminnelig arbeidstid for sjåførere og medhjelpere på rutebiler. Av denne grunn opptok Rutebileiernes Arbeidsgiverforening (RAF) forhandlinger med Norsk Rutebilarbeiderforbund (NRAF) og Norsk Transportarbeiderforbund (NTF). Forhandlingene resulterte i

---

<sup>52</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 461.

<sup>53</sup> Domsgrunnene i ARD 1963 s. 141 viser også til rimelighet. Det fremstår imidlertid som uklart om det er begrunnelsen for å fravike hovedregelen eller omfanget av etterbetalingsplikten rimeligheten relaterer seg til der.



protokoller som i det alt vesentlige var likelydende for de to arbeidstakerforeningene.

Protokollene skapte i første omgang tvist mellom NTF og RAF. Denne tvisten fikk sin avgjørelse ved dommen i ARD 1978 s. 49. Partene var uenige om betydningen av de organisasjonsmessige forhandlingsprotokollene vedrørende trekk for spisepauser. NTF fikk medhold i at protokollen bare gjaldt ”trekk av tid i relasjon til begrensningen av den daglige arbeidstid i arbeidervern- og arbeidsmiljøloven”, og at de ikke refererte seg til ”spørsmålet om betaling for spisepausene” (s. 55 og 51). Av rettens domsgrunner fremgår det at tolkningsspørsmålet ikke var forbundet med nevneverdig tvil (jfr. s. 54). NTF fikk etter dette medhold i krav om etterbetaling for urettmessig trekk i lønn fra 1. april 1976.

Domsslutningens første punkt i 1978-dommen, som gjaldt forståelsen av protokollene, skapte ikke noen uenighet mellom RAF og NRAF. Denne protokollforståelsen ble fulgt opp av RAF også overfor NRAF etter 1978-dommen. Det ble imidlertid tvist om hvorvidt medlemmene til NRAF ”i likhet med Norsk Transportarbeiderforbunds medlemmer ... etter Arbeidsrettens dom av 7. april 1978 ... [hadde] krav på etterbetaling for økonomisk trekk for spisepauser i tidsrommet 1. april 1976 til 7. april 1978” (ARD 1979 s. 62 på s. 62).

NRAF hadde ikke foretatt seg noe i sakens anledning før dommen av 7. april 1978 var blitt avsagt. Retten fant at denne passivitet var ”meget å beklage”, og at det naturlige ville vært at forbundet ovenfor RAF hadde gitt ”klart uttrykk for sine standpunkter til de spørsmål den nevnte tvist gjaldt” (s. 64). Arbeidsretten kom likevel til at denne passivitet ikke fikk utslagsgivende betydning:

”Under tvil er imidlertid retten blitt stående ved at den foreliggende passivitet ikke kan tillegges utslagsgivende rettslig betydning” (s. 64-65).

Rettens begrunnelse bestod av to elementer. Det ene var at ”Norsk Rutebilarbeiderforbund og Norsk Transportarbeiderforbund i relasjon til Rutebileiernes Arbeidsgiverforening overenskomstmessig [hadde] befunnet seg i samme posisjon” (s. 65). I tillegg kom det forhold at ”... de protokoller Arbeidsretten tok standpunkt til i dommen av 7. april 1978 ... i alt vesentlig var identiske med de protokoller som

forelå mellom Arbeidsgiverforeningen og Norsk Rutebilarbeiderforbund” (s. 65). Dette oppfatter jeg som argumenter for en ”organisasjonsmessig likebehandling” fra RAF overfor NTF og NRAF. På denne bakgrunn kom retten til at også 1978-dommens andre punkt vedrørende etterbetalingsplikten måtte følges opp overfor NRAF:

”I og med at situasjonen er denne, finner retten at det vil være *åpenbart urimelig* dersom ikke såvel punkt 1 som punkt 2 i den omtalte dom tariffrettslig blir fulgt opp overfor Norsk Rutebilarbeiderforbund” (s. 65, min kursivering).

Retten beskriver det som ”åpenbart urimelig” dersom en slik likebehandling ikke ble foretatt. Rettens resonnement kan følges på to måter. Det fremstår som mest sannsynlige at rimelighet i seg selv, i dette tilfellet ”likebehandling av to like situasjoner”, var utslagsgivende for retten. I så fall utgjør rimelighet et eget moment som kan tillegges vekt i enkelte sammenhenger. Unntak fra hovedregelen som er begrunnet i andre momenter, kan også sies å bygge på rimelighet, selv om dette begrepet ikke tas i bruk. Det må derfor kunne sies å være uklart hvor langt rimelighetsmomentet rekker som et selvstendig argument.

Det kan kanskje også forsvares å anføre et ond-tro resonnement bak rettens likebehandling. I 1978-dommen fant retten tolkningsspørsmålet relativt klart, og uttalte blant annet at N.A.F. og RAF overfor NTF ”... uttrykkelig måtte ha sikret seg at trekket for spisepausene også omfattet trekk av betalingen”, dersom denne forståelsen skulle kunne legges til grunn (s. 54). En kan da hevde at arbeidsgiversiden ikke kan ha vært i god tro i forhold til NTF med hensyn til tariffmessigheten av sin praksis, og at dette må gjelde tilsvarende for NRAF fordi disse overenskomstmessig var i samme posisjon og protokollene som dannet grunnlaget for tvisten i det alt vesentlige var identiske for NRAF og NTF. Dersom en slik forståelse legges til grunn, vil avgjørelsen også kunne tjene som en bekreftelse på at oppgjørshensynet ikke tillegges vekt der arbeidsgiver er i ond tro, jfr. punkt. 6.2.5 ovenfor.

### 6.2.7 Oppsummering

Hovedregelens begrensning av etterbetalingskrav til markeringstidspunktet er i hovedsak begrunnet i arbeidsgivers behov for å kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige. Denne hovedregelen kan sies å bygge på en slags normalforutsetning om at arbeidsgiver

handler i god tro, eller ikke har andre grunner til å være forberedt på at utbetalingene ikke skulle være endelige. De gjennomgåtte avgjørelsene viser at det gjøres unntak i de tilfellene man kan påvise at denne normalforutsetningen ikke er tilstede. Det kan anføres to grunner for dette. Den første er naturligvis at grunnlaget for begrensningen ikke er tilstede. Den andre er at et slikt unntak vil motvirke at arbeidsgivere skulle finne det for godt å spekulere i hovedregelens begrensende virkning. Dette er igjen med på å underbygge hovedregelens legitimitet.

#### 6.2.8 Virkningstidspunktet ved spesielle forhold

Virkingen av at det foreligger spesielle forhold, er at det gjøres unntak fra hovedregelen om begrensning til markeringstidspunktet. Det har til følge at etterbetaling kan idømmes for en periode som strekker seg lengre tilbake i tid. Spørsmålet er da hvor langt tilbake i tid en kan kreve etterbetaling i slike tilfeller.

Dersom det ikke hadde foreligget noen mulighet for begrensning av kravet, måtte det kunne gjøres gjeldende for hele den perioden det var utbetalt for lav lønn, altså helt ut i samsvar med det underliggende rettsforhold. Etterbetaling i samsvar med det underliggende rettsforhold fremstår også som den store hovedregelen der en legger til grunn at det foreligger spesielle forhold, jfr. ARD 1973 s. 66, ARD 1979 s. 62, ARD 1989 s. 109 og ARD 2006 s. 38.<sup>54</sup>

Fra dette bildet er det en avgjørelse som skiller seg ut. I ARD 1963 s. 141 ble det foretatt etterbetaling fra det tidspunktet den aktuelle arbeidstaker meldte seg inn i fagforeningen. Spørsmålet i det følgende er hvorfor retten fant innmeldingstidspunktet avgjørende. Rettens uttrykkelige begrunnelse for at det forelå spesielle forhold, er knyttet til arbeidsgivers tilbud om lønnsforhøyelse og relatert til arbeidsgivers faktiske innrettelse. En kan da spørre seg om det var en teoretisk verdifastsettelse på den faktiske innrettelse som var styrende for hvor langt tilbake det ble gitt etterbetaling. Det følger av note 48 under punkt 6.2.4 ovenfor at disse størrelsene ikke var ekvivalente. Dette forholdet fremstår derfor ikke som bestemmende for hvorfor innmeldingstidspunktet ble avgjørende for etterbetalingskravet.

---

<sup>54</sup> I ARD 1985 s. 109 ble imidlertid deler av kravet ansett foreldet.

En mulig forståelse knytter seg til at dette er den første avgjørelsen der Arbeidsretten gjør unntak ut fra ”spesielle forhold”. En kan da anføre at virkningen av dette unntaket først har festnet seg i ettertid, og at denne første avgjørelsen fremstår som en fraløpt startstrekk.

Det er imidlertid et forhold som skiller denne avgjørelsen fra de øvrige, og som gir grunn til å tro at rettens løsning har en annen begrunnelse. Det er at den aktuelle arbeidstaker var uorganisert. En må da spørre seg om dette kan være grunnlag for å ikke foreta etterbetaling i samsvar med det underliggende rettsforhold.

Som kjent knytter det seg en ufravikelighetsnorm til uorganiserte arbeidstakere på tariffrettens område.<sup>55</sup> Brudd på ufravikelighetsnormen kan håndheves av tariffpartene.<sup>56</sup> På denne bakgrunn skulle en tro at arbeidstakersiden kunne kreve etterbetaling for uorganiserte på samme måte som for de organiserte.

I denne sammenheng er det interessant å rette blikket tilbake til ARD 1930 s. 155. I den saken var arbeidstakernes innmeldingstidspunkt ikke bestemmende for omfanget av etterbetalingsplikten. Der ble arbeidsgiver idømt en etterbetalingsplikt fra og med 4. juni 1929, selv om arbeidstakerne først ble organisert primo oktober s.å.

Twisten stod mellom Norsk Bokbinder- og Kartonnasjearbeiderforbund (NBK) og Bergens Bokbinderforening (BBF) på den ene siden og bokbinder Moss på den andre siden. Bokbinder Moss var i utgangspunktet uorganisert og hadde ligget i konflikt med NBK, som ved blokade forgjeves hadde forsøkt å få opprettet en overenskomst med Moss. I forbindelse med at Moss fikk arbeid for et større firma, ble han av dette anmodet om å melde seg inn i Arbeidsgiverforeningen (N.A.F.). Den 4. juni 1929 meddelte N.A.F. til NBK at Moss var blitt opptatt i foreningen, med den følge at blokaden ble opphevet. Primo oktober s.å. ble Moss' arbeidere medlemmer av BBF som var en avdeling i NBK. BBF meddelte dette til Moss og N.A.F. den 14. oktober, og krevde at arbeiderne fikk utbetalt tariffmessige

---

<sup>55</sup> Se punkt 2.2 og eksempler fra rettspraksis i ARD 1922 s. 50 på s. 51-52, ARD 1936 s. 127 og ARD 1986 s. 149 på s. 163.

<sup>56</sup> Dersom tariffavtalen er inkorporert i arbeidsavtalen kan imidlertid den uorganiserte arbeidstaker påberope seg tariffavtalens vilkår på individuelt plan.

lønninger. Den 16. oktober skrev NBK til Moss og krevde at det som var for lite utbetalt siden 4. juni, ble etterbetalt, og at Moss utbetalte tarifflønn for fremtiden. Moss reagerte på dette ved å si opp sine arbeidere med fratredelse den 31. oktober og ansette nye arbeidere på satser under tariff fra det samme tidspunkt.

For Arbeidsretten anførte Moss at han ikke forstod at han kom inn under tariffens satser som en følge av medlemskapet i N.A.F. Moss anførte videre at han uansett ikke kunne være forpliktet til å lønne etter tariffens satser før han fikk melding om at arbeidstakerne var organisert den 14. oktober, og at han ikke var forpliktet til å lønne lenger enn til arbeidernes fratreden den 31. oktober. Retten bemerket for det første at det ikke kunne antas at Moss "ikke skulde hatt forståelse av disse forhold" (s. 158). Videre bemerket retten at det var klart at Moss ikke ble fri fra sine forpliktelser etter tariffavtalen før denne utløp den 31. mars 1931. Oppsigelsen av arbeiderne ble funnet tariffstridig og ugyldig. Hva gjaldt etterbetalingsspørsmålet ble Moss idømt etterbetalingsplikt for samtlige sine arbeidere fra og med 4. juni 1930. I forhold til de uorganiserte arbeidstakerne begrunnet retten dette med den aktuelle ufravikelighetsnormen:

"Når Moss har hevdet, at han ikke pliktet å lønne etter tariffen før han i oktober 1930 hadde fått melding om at hans arbeidere var blitt organisert, kan han heller ikke gis medhold heri, idet hans innmeldelse i Arbeidsgiverforeningen og dermed *vedtagelse av tariffen skjedde uten noget forbehold om, at dens lønnsatser ikke skulde gjelde de uorganiserte. Tariffen angir sig ikke selv å gjelde bare de organiserte arbeidere* og den må som det uttales i den enstemmige arbeidsrettsdom av 15. mars 1922 ... hvile på den naturlige forutsetning at bedriften ikke ved å anta uorganiserte folk skulde kunne skaffe sig billigere arbeidshjelp enn i tariffavtalen bestemt. Tariffavtalens lønnsatser vilde isåfall bli av ringe verdi for de organiserte arbeidere ..." (s. 159, min kursivering).

Med utgangspunkt i denne avgjørelsen er det ikke lett å se hvorfor innmeldingstidspunktet ble avgjørende i ARD 1963 s. 141. Dommen fra 1930 ble riktignok avsagt på en tid da det normalt ble idømt etterbetaling i samsvar med det underliggende rettsforhold hvis kravet ble fremsatt innen rimelig tid. Dersom det skulle foreligge en spesiell forskjell mellom krav på etterbetaling til organiserte og uorganiserte, burde imidlertid dette ha kommet til uttrykk også i denne avgjørelsen.

På leting etter en fellesnevner, med en viss fare for å legge mer i avgjørelsene enn det måtte være grunnlag for, kan det se ut til å være et likhetstrekk mellom avgjørelsene. Det er som kjent bare fagforeningen (tariffparten) som kan gjøre et slikt krav gjeldende, og den uorganiserte har bare et avledet krav på at det foretaes etterbetaling til seg. Dette henger sammen med at ufravikelighetsnormen skal ivareta fagforeningens interesser i at tariffavtalene ikke blir omgått, og ikke er ment som en beskyttelse av den uorganiserte. Fagforeningen kan med andre ord velge å ikke forfølge sitt krav på at de uorganiserte også skal nyte godt av tariffavtalens vilkår. På bakgrunn av denne valgfriheten kan det være en forståelsesmåte at retten har lagt til grunn at fagforeningen må "aktualisere" kravet for de uorganiserte før etterbetalingskrav kan gjøres gjeldende for disse. I 1930-dommen vil den forutgående blokaden representere en slik aktualisering, og i 1963-dommen vil innmeldingen i fagforeningen representere en tilsvarende aktualisering.

Noen spesielt god grunn for å oppstille et slikt krav til aktualisering kan jeg imidlertid ikke se at foreligger. Fagforeningenes valgfrihet vil som kjent kunne tjene som et pressmiddel for at de uorganiserte skal melde seg inn i fagforeningen før de får bistand av denne. En begrunnelse for et krav om aktualisering måtte i så fall være at fagforeningene ikke både skal besitte dette pressmiddelet og deretter kunne kreve full etterbetaling for de uorganiserte. Dette har ikke Arbeidsretten tatt direkte til orde for, og jeg kan ikke se noen god grunn for hvorfor det skulle være slik.

Rettstilstanden på dette punkt må sies å være uklar. Dommen i ARD 1963 s. 141 må imidlertid kunne sees som et avvik fra andre avgjørelser her.

### *6.3 Etterfølgende passivitet som skyver virkningstidspunktet frem i tid*

#### 6.3.1 Presentasjon

Når et krav markeres, vil det gi arbeidsgiver en mulighet til å kunne innrette seg på at et krav foreligger. Den videre oppfølgingen av kravet kan imidlertid finne sted på en slik måte at arbeidsgivers innrettelsesbehov ikke blir ivaretatt i tilstrekkelig grad av hovedregelen alene. En kan tenke seg at arbeidstakersiden er raskt ute og

markerer et krav, men så ikke forfølger dette på flere år. Det vil da lett fremstå som urimelig overfor arbeidsgiver om arbeidstakersiden skal kunne gjøre kravet gjeldende fra markeringstidspunktet. Arbeidsgiver har behov for en prosess som drives mot en avklaring av tvisten, dersom hovedregelen skal gi den tilsiktede beskyttelse. Det følger også av rettspraksis at det oppstår en aktivitetsplikt for arbeidstakersiden etter at et krav er markert. Dersom denne aktivitetsplikten ikke etterleveres, kan virkningstidspunktet utskytes til et senere tidspunkt enn det som følger av hovedregelen. Det rettsutløsende forhold i slike tilfeller har jeg valgt å gi merkelappen ”etterfølgende passivitet”, for å markere at det er snakk om passivitet i perioden *etter* markeringstidspunktet, og ikke frem til dette.

Spørsmålet om et etterbetalingskrav helt eller delvis er falt bort som følge av etterfølgende passivitet, er bare behandlet i to dommer fra Arbeidsretten. I den ene ble kravet begrenset som følge av slik etterfølgende passivitet, i den andre var ikke vilkårene for dette tilstede.

### 6.3.2 Vurderingstemaet

Tidsforløpet fra markeringen fremstår kanskje som et naturlig utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger etterfølgende passivitet. Dette tidsforløpet gir imidlertid ikke noen god veiledning alene. Hvilket tidsforløp som aksepteres, er i stor grad avhengig av hva partene har foretatt seg i denne perioden. Vurderingstemaet består derfor først og fremst av en konkret vurdering av partenes opptreden etter at kravet er markert.<sup>57</sup> Sentrale momenter i denne vurderingen er hvem som kan lastes for at tiden trekker ut, hvilken aktivitet som er utvist, og hva som er vanlig opptreden mellom partene.

### 6.3.3 Hvem som kan lastes for at tiden trekker ut

Et første moment er hvem det er som kan bebreides for at tiden trekker ut. Dette henger nært sammen med momentet om hvor aktiv arbeidstakersiden har vært.

I ARD 1986 s. 136 kom Arbeidsretten til at deler av kravet var falt bort som følge av etterfølgende passivitet. Tvisten gjaldt i utgangspunktet forståelsen av de tariffestede lønnsbestemmelser ved

---

<sup>57</sup> Jfr. også Fougner m.fl. (2004) s. 469.

Peppe's Pizza Pub A/S Stavanger (Peppe's) etter inngåelse av en ny tariffavtale.

Peppe's ble etablert høsten 1982, og i desember 1982 ble det inngått stedlig tariffavtale mellom Peppe's og de ansatte. I 1983 inngikk Peppe's og Hotell- og Restaurantarbeiderforbundet (HRAF) en tiltredelsesoverenskomst. Etter denne ble den til en hver tid gjeldende riksavtale mellom Norsk Arbeidsgiverforening (N.A.F.) og Norsk Hotell- og Restaurantforbund (NHRF) på den ene siden og Landsorganisasjon i Norge (LO) og HRAF på den andre siden gjeldende.

Etter den opprinnelige avtalen hadde samtlige arbeidere fått en fast lønn med tillegg av en bonus beregnet etter en prosentvis andel av netto omsetning. Etter den nye avtalen skulle servitørene få prosentlønn etter riksavtalens bestemmelser, og de øvrige en fastlønn. I riksavtalens § 4 IX het det at "[d]isse lønninger tilsikter ingen reguleringer nedad for dem som har høyere lønn enn ovenfor anført" (s. 137). Arbeidsgiversiden mente at bonusdelen etter det gamle lønssystemet ikke ble regulert av denne bestemmelsen, og falt ut ved innføringen av riksavtalen. Videre at dette hadde til følge at utbetalingene til de fastlønnede gikk ned. Arbeidstakersiden mente at bestemmelsen måtte forstås slik at den omfattet bonusdelen, og at det derfor ikke var adgang til noen nedregulering av lønnen til de som skulle ha fastlønn etter den nye avtalen.

Denne uenigheten var på det rene da riksavtalen ble gjort gjeldende i forhandlingsmøte den 27. juni 1983. Arbeidstakersiden tok i samme møte forbehold om å forfølge saken rettslig. Fra og med den 1. august 1983 ble det ikke utbetalt bonusandel til de som var fastlønnede i riksavtalens forstand. Arbeidsrettens flertall la til grunn den samme forståelse av riksavtalen som saksøkerne, og kom til at Peppe's ikke var berettiget til å foreta den nedreguleringen som var foretatt. Saksøkerne hadde derfor i utgangpunktet et tariffrettslig krav på etterbetaling til de som hadde fått en lavere lønn enn det de hadde krav på etter riksavtalen, men dette kravet ble begrenset.

Kravet ble markert 27. juni 1983, før nedreguleringen fant sted. Etter hovedregelen ville saksøkerne hatt krav på at det ble foretatt etterbetaling fra og med nedreguleringen den 1. august 1983. Retten kom imidlertid til at etterbetalingskravet måtte begrenses til det tidspunktet hvor stevning kom inn til retten, den 16. september 1985. Dette var ca to år og tre måneder etter at kravet var markert, og ca to år og halvannen måned etter at den tariffstridige utlønningen tok til. Retten uttalte at det ved dette var utvist en "passivitet som saksøkerne her [måtte] bære risikoen for" (s. 142). I domsgrunnene ble det



uttrykkelig lagt vekt på at ”den meget lange tid som er gått siden tvisten oppstod, *ikke skyldes de saksøktes forhold*” (s. 142, min kursivering).

I ARD 1986 s. 149 ble det også vurdert om etterbetalingskravet var falt bort som følge av etterfølgende passivitet. Tvisten gjaldt omfanget av leseplikt for undervisnings- og administrativt personale i den videregående skole. Tvisten knyttet seg til en særavtale av 22. juni 1977 som regulerte fire utdannelseslinjer innenfor studieretningen for sjøfartsfag, og som i punkt I fastsatte en leseplikt på 20 timer pr. uke i samtlige teoretiske fag. Leseplikten for de samme fagene var tidligere berørt i en særavtale av 6. juni 1977. Der var leseplikten fastsatt til 24 og 22 timer. Leseplikten for fagene ble også regulert i et rundskriv av 8. mars 1982, supplert av et tillegg kort tid etter. Her fastsatte Kirke- og undervisningsdepartementet (KUD) en leseplikt på 24 og 22 timer for de aktuelle fag ved grunnkurs og VKI.

Maritim Lærerforening (ML) og Skolenes Landsforbund (SL) brakte saken inn for Arbeidsretten for å få fastsettelsesdom for forståelsen av 22. juni-avtalens bestemmelse om leseplikt, og om tariffmessig betalings- og etterbetalingsplikt for staten overfor lærere som underviste eller hadde undervist i mer enn 20 timer pr. uke. Retten kom enstemmig til at avtalen av 22. juni var en selvstendig avtale som ikke kunne forstås som bare en overgangsavtale med begrenset rekkevidde. Eventuelle problemer som hadde oppstått med endringer i blant annet fagplaner, måtte søkes løst ved revisjon av særavtalen.

Når det så gjaldt etterbetalingskravet, la retten til grunn at dette i alle fall måtte være markert ved en henvendelse fra ML til KUD 10. november 1982. Retten bemerket at ”[i]hvertfall fra dette tidspunkt måtte staten være forberedt på at det også kunne bli reist krav om etterbetaling”.<sup>58</sup> Retten kom videre til at etterbetalingsplikten ikke kunne begrenses av etterfølgende passivitet for den perioden som ikke

---

<sup>58</sup> ML hadde markert sitt syn på lesepliktene allerede i januar 1982. Det var imidlertid ikke nødvendig for retten å vurdere om etterbetalingskravet var tilstrekkelig markert så tidlig som dette, fordi etterbetalingskravet uansett ville være foreldet for den første perioden etter markeringstidspunktet.

var foreldet. I vurderingen ble det også i denne avgjørelsen lagt vekt på hvem som kunne bebreides for at tiden trakk ut:

”... det [kunne] utvilsomt ikke lastes foreningen at et forhandlingsmøte først kom i stand 30. august 1985” (s. 163, min kursivering).

Sett under ett følger det av disse avgjørelsene at dersom arbeidstakersiden kan lastes for at tiden trekker ut, er det et argument som taler for at etterbetalingskravet kan begrenses som følge av etterfølgende passivitet. Videre følger det av avgjørelsene at dersom arbeidsgiversiden kan lastes for at tiden trekker ut, er det et argument mot at kravet skal begrenses på denne måten.

#### 6.3.4 Arbeidstakersidens aktivitet

I vurderingen av om det foreligger etterfølgende passivitet, er det også et sentralt moment hvor aktiv arbeidstakersiden har vært i sin oppfølging av etterbetalingskravet.

I ARD 1986 s. 136 anførte saksøkerne som grunnlag for at etterbetalingskravet ikke kunne begrenses, at de hadde ”markert sitt syn skriftlig, både i møtet 27. juni 1983 og senere ...” (s. 149). Hva det siktes til med ”senere” markering er ikke klart. Av dommen fremstår stevningen av 13. september 1985 som den første relevante oppfølgingshandling fra arbeidstakersiden etter markeringen. Arbeidstakersiden begrunnet videre den sene stevningen med at det var ført ”adskillig korrespondanse om [saken] mellom LO og HRAF ... og arbeidspres”. Disse forhold trekkes ikke frem i domsgrunnene. Det følger av dette at ivaretagelsen av aktivitetsplikten måles i handlinger overfor motparten, og at handlinger internt på den ene siden ikke uten videre er relevante.

Twisten ble i dette tilfellet markert allerede før nedreguleringen av lønnen til de ansatte fant sted. Markeringen fant sted i forhandlingsmøtet den 27. juni 1983. Fra dette tidspunkt var arbeidstakersiden klar over hva arbeidsgiversidens syn på saken var, og arbeidstakersiden tok forbehold om å forfølge saken rettslig. På denne bakgrunn var det opp til arbeidstakersiden å forfølge sitt standpunkt med rimelig hurtighet. Passivitet i ca to år og tre måneder førte i denne situasjonen til at etterbetalingskravet ble begrenset til etter at stevningen kom inn til retten.

I ARD 1986 s. 149 forholdt dette seg annerledes. Her strakk tidsforløpet seg fra første markering til stevning over en periode på ca fire år og to måneder, fra januar 1982 til mars 1986. Dette er nesten to år lengre enn i ARD 1986 s. 136. Retten kom likevel til at det ikke forelå grunnlag for å begrense kravet. Dette skyldes i stor grad at arbeidstakersiden var langt mer aktiv overfor arbeidsgiversiden i denne saken.

ML markerte sitt syn allerede under utferdigelsen av rundskrivet i januar 1982. Denne henvendelsen ble ikke besvart. I november samme år, ca åtte måneder etter at rundskrivet var utarbeidet, fulgte ML opp sin henvendelse og bad om at det snarest ble innkalt til et møte. Den 16. november besvarte KUD henvendelsen og bad om at ML oversendte sine krav før møte ble berammet. Dette ble gjort i brev fra ML den 18. november, uten at det deretter ble innkalt til noe møte. I 1983 foregikk henvendelsene i saken muntlig. I 1984 ble det på ny rettet skriftlige henvendelser fra ML. I januar og april til KUD, og i september til statsråden i KUD. I to av disse henvendelsene ble det også bedt om at det ble innkalt til forhandlingsmøte. Den 30. august 1985 ble det innkalt til forhandlingsmøte. Ytterligere tre møter ble avholdt høsten 1985. I det siste møtet den 10. desember ble det brudd i forhandlingene, og stevning ble uttatt den 6. mars 1986.

I motsetning til i ARD 1986 s. 136 fulgte arbeidstakersiden her aktivt opp sitt krav. Hvor aktiv en må være og hvor lenge en kan sitte med initiativet før man har forsømt sin aktivitetsplikt, vil være situasjonsavhengig og må avgjøres etter en helhetsvurdering. Avgjørelsene illustrerer imidlertid betydningen av arbeidstakersidens aktivitet i vurderingen av om det foreligger etterfølgende passivitet.

*Innholdet* i henvendelsene fra arbeidstakersiden vil også kunne spille inn på hvorvidt arbeidstakersidens aktivitetsplikt er ivaretatt. Forhandlingskravet i atvl. § 18 nr. 2 fordrer at "... det reelt sett er gjort tilbørlig energiske forsøk på i kraft av gjensidig kontakt å oppnå en ordning av tvisten" før sak anlegges for Arbeidsretten.<sup>59</sup> I ARD 1986 s. 149 ble det lagt press på å få til forhandlingsmøter for å få en avklaring på tvisten. Dersom henvendelsene fra arbeidstakersiden hadde hatt mer preg av å trenere saken enn å få spørsmålet avklart, ville det ikke vært tilsvarende grunn til å legge vekt på henvendelsene.

---

<sup>59</sup> Andersen (1955) s. 81.

Arbeidsgivers respons på henvendelsene må også kunne ha betydning for hvilken aktivitet en kan kreve av arbeidstakersiden. I ARD 1986 s. 149 ba arbeidsgiver i et tilfelle om informasjon, og i to tilfeller opplyste de om at saken var sendt til departementets lønnsseksjon for behandling. Dette er henvendelser som legitimerer tidsbruk og gir grunn til å avvente situasjonen. Arbeidsgiversidens passivitet overfor forhandlingsmøte- innkallinger bidro også til en tidsbruk som ikke uten videre bør gå ut over arbeidstakersiden. Arbeidsretten kan behandle saken dersom forhandlinger er ”forgjeves søkt av saksøkeren”.<sup>60</sup> Etter mitt syn skal det likevel svært mye til før en kan hevde at arbeidstakersiden burde ha gitt opp forsøkene på forhandlinger og la det gå utover arbeidstakersiden at saken ikke ble brakt inn for retten på et tidligere tidspunkt.

#### 6.3.5 Vanlig opptreden mellom partene

I vurderingen av om det foreligger etterfølgende passivitet må en også ta i betraktning hva som er *vanlig opptreden mellom partene*. Dommen i ARD 1986 s. 149 gir to eksempler på dette. Det første knytter seg til det forhold at arbeidstakersidens oppfølgingshandlinger i en periode på ett år kun bestod av muntlige henvendelser. Blant annet på bakgrunn av at det var en vanlig kommunikasjonsform mellom foreningen og departementet, fant ikke retten grunnlag for å slå ned på dette:

”ML fulgte derimot opp sitt initiativ gjennom en rekke nye henvendelser. I 1983 skjedde det riktignok bare muntlig, og forsåvidt kan det nok sies at foreningen kunne gått mer formelt frem. Retten finner imidlertid ikke at dette kan ha noen avgjørende betydning, idet den må legge til grunn at *ML har gått frem på den måte som gjennom lang tid har vært vanlig i forholdet mellom foreningen og departementet*” (s. 163, min kursivering).

Kravet ble i utgangspunktet fulgt opp med skriftlige henvendelser. Den skriftlige formen ble videre gjenopptatt etter at de muntlige henvendelsene ikke bar noen resultater. Det kan ikke utelukkes at vurderingen hadde falt annerledes ut dersom kravet bare hadde blitt forfulgt med muntlige henvendelser i hele perioden på over fire år.

Det andre eksempelet knytter seg til det forhold at SL ikke hadde fulgt opp kravet med tilsvarende aktivitet som det ML hadde gjort.

---

<sup>60</sup> Jfr. atvl. § 18 nr. 2.

Arbeidsgiversiden hevdet at passivitetsbedømmelsen av denne grunn måtte føre til frifinnelse i forhold til SL, selv om dette ikke skulle bli resultatet i forhold til ML. Arbeidsretten fant ikke grunn til å skille mellom organisasjonene i passivitetsvurderingen. En av grunnene til det var at dette var en vanlig måte for organisasjonene å forholde seg til departementet på:

”Som den mindre organisasjonen på det felt saken her gjelder, og med den praksis som har vært rådende med hensyn til organisasjonenes kontakt med departementet, var det naturlig at SL avventet departementets reaksjon på MLs henvendelser. Forbundet måtte, som part i samme særavtale, kunne forvente å bli innkalt til forhandlingsmøte og bli behandlet på samme måte som ML” (s. 163, min kursivering).

### 6.3.6 Manglende passivitetsinnsigelser

I forlengelsen av argumentasjonen om hvorfor retten ikke fant grunn til å skille mellom organisasjonene, la retten også vekt på at det ikke var fremsatt noen passivitetsinnsigelser fra arbeidsgiversiden i forhandlingsmøtene høsten 1985.

”Retten vil i denne forbindelse også peke på at det i forhandlingsmøtene høsten 1985 ikke ble reist noen passivitetsinnsigelser fra statens side, hverken overfor ML eller overfor SL” (s. 163).

SL deltok i disse møtene, selv om det var ML som hadde stått for oppfølgingen av saken frem til dette tidspunkt. Rettens vektlegging av manglende passivitetsinnsigelser fremstår som et støtteargument for at SL kunne forvente å bli behandlet på samme måte som ML. Hensynet til lojalitet mellom partene tilsier også at arbeidsgiversiden ikke lar foreningen bruke tid og ressurser i realitetsdrøftelser, for deretter å bli møtt med passivitetsinnsigelser på et senere tidspunkt, dersom disse med letthet kunne ha vært fremsatt tidligere. Hensynet til lojalitet er et sentralt hensyn på det tariffrettslige området, jfr. blant annet ARD 1992 s. 14:

”På det tariffrettslige felt vil innrettelseshensyn ofte ha betydning. Men partenes forhold, og lojalitetshensyn, står også sentralt” (s. 23).

Manglende passivitetsinnsigelser kan også tenkes å gi grunnlag for betraktninger om aksept av den tidsbruk som har passert.

### 6.3.7 Oppsummering

Avgjørelsene viser at tidsfaktoren er *relativ*. I ARD 1986 s. 149 kom retten til at etterbetalingskravet ikke kunne begrenses som følge av passivitet etter første markering, selv om det tok ca tre og et halvt år fra første markering til det kom til forhandlingsmøter mellom partene. Det tok ytterligere nesten et halvt år før stevning i saken ble uttatt. I ARD 1986 s. 136 kom retten til at etterbetalingskravet skulle begrenses, selv om det der "bare" tok ca to år og tre måneder fra markeringstidspunkt til stevning ble uttatt. Avgjørelsene viser også at det er partenes handlinger i perioden etter markeringstidspunktet som er bestemmende for om det foreligger etterfølgende passivitet.

Sett under ett peker momentene mot et felles vurderingstema. Det består av to elementer. *I utgangspunktet må det foretas en helhetsvurdering hvor det avgjørende vil være om arbeidstakersiden, etter objektive holdepunkter, på forsvarlig vis har fulgt opp sitt krav med hensyn til å få en avklaring på tvisten.* I denne vurderingen er de tyngste faktorene hvilken aktivitet som arbeidstakersiden har utvist, og hvem som kan bebreides for at tidsforløpet eventuelt trekker ut. Dette utgangspunktet kan videre korrigeres med hva som er vanlig opptreden mellom partene.

### 6.3.8 Virkningstidspunktet ved etterfølgende passivitet

Virkingen av at det foreligger etterfølgende passivitet er at etterbetalingskravet begrenses til et senere tidspunkt enn det som følger av hovedregelen. En slik begrensning vil på samme måte som den begrensningen som følger av hovedregelen, kunne lede til et totalt bortfall av kravet, dersom kravet kun referer seg til en avgrenset periode og virkningstidspunktet fastsettes til et tidspunkt etter utløpet av denne perioden.

I det følgende skal det søkes klarlagt hva virkningstidspunktet for etterbetalingskravet blir i de tilfellene unntaket for etterfølgende passivitet kommer til anvendelse. Som nevnt er den eneste avgjørelsen hvor et etterbetalingskrav er blitt begrenset til et senere tidspunkt enn markeringstidspunktet, ARD 1986 s. 136. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i denne avgjørelsen ved behandlingen av dette spørsmålet.

I dommen ga retten medhold i kravet om etterbetaling med virkning "fra 16. september 1985, da stevning i saken kom inn til retten" (s. 142). Det følger av dette at en stevning vil være en oppfølgingshandling som på ny vekker til live etterbetalingsplikten, der denne er blitt begrenset av etterfølgende passivitet. I denne saken var imidlertid stevningen den første relevante oppfølgingshandling fra arbeidstakersiden etter at kravet for første gang ble markert. Derfor kan en ikke slutte fra dommen at stevning er den eneste form for oppfølgingshandling som kan revitalisere etterbetalingsplikten.

En kan tenke seg at det i stedet for stevning blir sendt en skriftlig henvendelse, hvor det også ble bedt om et snarlig forhandlingsmøte. Etter dette følges saken opp med en aktivitet som ikke ville utløst virkningene av etterfølgende passivitet, dersom denne aktiviteten var utvist fra det opprinnelige markeringstidspunkt. Grunnlaget for å velge stevningstidspunktet som det nye virkningstidspunkt er ikke da like innlysende.

I dommen ble kravet markert i forhandlingsmøte 27. juni 1983. Retten fant imidlertid ikke at protokollen fra dette møtet tilfredstilte kravet til forhandlinger etter atvl. § 18 nr. 2. Partene ble derfor henvist til å holde nytt forhandlingsmøte om tvisten etter at stevningen var kommet inn til retten. Etterbetalingskravet ble likevel gitt virkning fra den dagen da stevningen kom inn til retten. Dersom arbeidstagersiden selv tar initiativ til slike forhandlinger som er nødvendige for tvistens avklaring, før stevning uttas, er det ikke noen god grunn til å forskjellsbehandle de to situasjonene med hensyn til hvilket tidspunkt etterbetalingskravet skal gis virkning fra. Det avgjørende ser ut til å være at *aktiviteten gjenopptas*.

Rettspraksis gir ikke direkte veiledning i forhold til ulike oppfølgingshandlinger, og en hypotetisk vurdering av mange ulike handlingsscenarioer er etter mitt syn en lite fruktbar tilnærming for å oppstille en generell norm. For å oppstille en slik norm må en søke støtte i de hensyn som begrunner aktivitetsplikten. Det legislative grunnlaget for denne er arbeidsgiversidens behov for en prosess som leder mot en avklaring av tvisten. *En generell norm* som ivaretar dette behovet, må etter mitt syn lede til at en anvender den normen som ligger til grunn for hovedregelen på ny. Den faktiske situasjon som foreligger der unntaket kommer til anvendelse, er at kravet i

utgangspunktet er markert, men at kravet er etterfulgt av en uakseptabel passivitet. Ved å anvende hovedregelens norm på ny vil etterbetalingskravet kunne gjøres gjeldende fra det tidspunkt etterbetalingskravet ”markeres på ny”. På denne måten vil en unngå de uheldige virkningene av den utviste passivitet.

Dette forutsetter selvfølgelig, på samme måte som for hovedregelen, at kravet følges opp med en forsvarlig aktivitet etter det nye markeringstidspunktet. I motsatt fall leder hensynet bak unntaket for etterfølgende passivitet til at kravet på ny skal begrenses.

Den generelle normen må etter dette bestå av to elementer og kan uttrykkes slik at *virkningstidspunktet settes til det tidspunkt hvor kravet markeres på ny og deretter har blitt fulgt opp på forsvarlig vis.*

## **Del III – Foreldelse**

### **7 Bortfall av tariffkrav ved foreldelse**

#### *7.1 Innledning*

Foreldelsesinstituttet innebærer, på samme måte som passivitetslæren, irregulært opphør av forpliktelser på grunn av passivitet. Foreldelse leder til at krav faller bort fordi det ikke har skjedd en regulær oppfyllelse av forpliktelsen innen den lovbestemte tid. Ovenfor er det lagt til grunn at etterbetalingskrav er gjenstand for foreldelse. Det første spørsmålet som må reises, er derfor om det er grunnlag for dette. Ut over dette er det en rekke problemstillinger som kan drøftes i tilknytning til foreldelse. Formålet med behandlingen av foreldelsesreglenes anvendelse på etterbetalingskrav begrenser seg imidlertid her til å utfylle det bildet som følger av den tariffrettslige passivitetslæren. Jeg har derfor foretatt et utvalg av de materielle problemstillingene som er mest sentrale i fastleggelsen av om et etterbetalingskrav er foreldet eller ikke. Dette omfatter for det første en kort presentasjon av de hovedreglene som kommer til anvendelse, i forhold til de relevante foreldelsesfristenes lengde og utgangspunkt. For det andre omfatter det en mer omfattende redegjørelse for den mest sentrale



tilleggsfristen som kan komme til anvendelse i forbindelse med etterbetalingskrav.

### 7.2 Tariffrettslige etterbetalingskrav som gjenstand for foreldelse

Den første problemstillingen er hvorvidt tariffrettslige etterbetalingskrav er gjenstand for foreldelse. Av foreldelsesloven § 1 nr. 1 følger det at loven gjelder for "[f]ordring på penger eller andre ytelser ...".<sup>61</sup> Problemstillingen reiser derfor to spørsmål. Det første er om et etterbetalingskrav er en fordring i foreldelseslovens forstand, og det andre er om etterbetalingskrav er en fordring på penger eller andre ytelser.

I foreldelsesloven av 1896 var anvendelsesområdet angitt til å være "Gjeldskrav eller annen Fordring".<sup>62</sup> Det følger av forarbeidene til den nye foreldelsesloven at en ikke med dette har ment å foreta noen realitetsendring.<sup>63</sup> Av denne grunn vil rettspraksis og drøftelser i teorien vedrørende området for den gamle loven fortsatt være av interesse.

Fordringer karakteriseres ved at de ikke i seg selv er synlige for omverdenen.<sup>64</sup> Disse kan likevel synliggjøres ved for eksempel et gjeldsbrev.<sup>65</sup> Krüger har uttrykt at fordringer, i sin alminnelighet, kjennetegnes med "debitors forpliktelse overfor kreditor til å gjøre noe, unnlate å gjøre noe – eller tåle en interessekrenkelse som uten fordringen ville vært et rettsbrudd".<sup>66</sup> Foreldelseslovens fordringsbegrep er snevrere enn dette. Dette henger sammen med at foreldelseslovens fordringsbegrep knytter seg til ytelser.<sup>67</sup> En unnlattelsesforpliktelse er ikke en forpliktelse på en ytelse, og omfattes således ikke av foreldelsesloven.<sup>68</sup> Foreldelsesloven omfatter trolig heller ikke forpliktelser til å tåle noe.<sup>69</sup> Slike ytelser går heller ikke ut

<sup>61</sup> Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18.

<sup>62</sup> Lov om foreldelse av fordringer av 27. juli 1896 nr. 7 § 1.

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 50.

<sup>64</sup> Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 36.

<sup>65</sup> l.c.

<sup>66</sup> Røed (2004) s. 98.

<sup>67</sup> ibid. s. 99.

<sup>68</sup> Ot.prp. nr.38 (1977-78) s. 51.

<sup>69</sup> Røed (2004) s. 99.

på at man skal yte noe. Dette leder frem til et utgangspunkt, som i Røeds kommentarer til foreldelsesloven er uttrykt slik:

”Avgjørelsen av om man står overfor en fordring i foreldelseslovens forstand, må i utgangspunktet bero på en vurdering av om det foreligger en forpliktelse til å yte noe eller ikke” (s. 99).

Oppfyllelse av tariffrettslige forpliktelser må helt klart oppfattes som en forpliktelse til å yte noe. Tariffkrav omfattes derfor av dette utgangspunktet.

Foreldelsesreglene i så vel 1896-loven som 1979-loven sonderer mellom obligatoriske og tinglige rettigheter.<sup>70</sup> Denne sondringen er ikke skarp og skaper på enkelte områder en uklar grensegang.<sup>71</sup> Sondringen skaper imidlertid ikke noen tvil i tilknytning til tariffrettslige etterbetalingskrav. Slike krav hører ikke til noen av de forskjellige sidene av rettsforholdene vedrørende ting, og hører naturlig hjemme i læren om skyldforhold. På denne bakgrunn kan en konstatere at tariffkrav omfattes av foreldelseslovens fordringsbegrep.

Fordringen må som nevnt også gjelde ”penger eller andre ytelser” for at foreldelsesloven skal komme til anvendelse. I forhold til hvilke ytelser som kan foreldes, følger det av forarbeidene at ”[d]et er uten betydning hva slags ytelse fordringen går ut på”.<sup>72</sup> Angivelsen av ”penger” er derfor en eksemplifisering i loven som strengt tatt er unødvendig, idet penger også er en ytelse, som fanges opp av begrepet ”andre ytelser”. Jeg finner allikevel grunn til å påpeke at et etterbetalingskrav ikke er en fordring på penger. Den tariffpart som krever et etterbetalingskrav oppfylt, krever ikke oppfyllelse av et pengekrav til seg selv, men til sine medlemmer. Det krav organisa-

---

<sup>70</sup> I 1896-loven fulgte dette direkte av begrepet ”anden Fordring” som den gang ble oppfattet som et synonym til begrepet ”obligatorisk rettighet” jfr. Brækhus og Hærem (1964) s. 614. Sondringen og dens betydning er også kommet til uttrykk i forarbeidene til de to lovene, se Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 29 og Ot.prp. nr.38 (1977-78) s. 51.

<sup>71</sup> Se Brækhus og Hærem (1964) s. 614 ”... skaper mer forvirring enn klarhet”, Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 29 ”... man løser neppe de mer tvilsomme spørsmål som her kan oppstå, ved en deduksjon fra disse begreper” og Hagstrøm (2003) s. 27-28.

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 50.

sjonen gjør gjeldende, er at de tariffbundne arbeidsgivere oppfyller sine forpliktelser overfor fagforeningen etter tariffavtalen, ved å etterbetale et pengebeløp til foreningens medlemmer. Et slikt oppfyllelseskrav faller derfor inn under kriteriet ”fordring på ... andre ytelser” i fl. § 1 nr. 1.

I forhold til spørsmålet om hva som kan være gjenstand for foreldelse, er det også uten betydning hvilket juridisk grunnlag fordringen springer ut av.<sup>73</sup> Det må imidlertid skilles mellom den aktuelle ”fordringen ... og det rettsforhold som fordringen utspringer av”.<sup>74</sup> Er det underliggende rettsforhold også en fordring på en ytelse som etter det ovenstående er gjenstand for foreldelse, vil også dette underliggende rettsforhold være gjenstand for foreldelse. Som eksempel kan nevnes krav på hovedstol som grunnlag for krav på renter.<sup>75</sup> Rettsgrunnlaget for etterbetalingskrav er ikke en fordring på en ytelse, og derfor ikke gjenstand for foreldelse jfr. punkt 2.2.

Ut fra dette fremstår det som klart at tariffkrav generelt er omfattet av foreldelseslovens regler. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis og fremstillinger i teorien.<sup>76</sup> For etterbetalingskrav spesielt er dette lagt til grunn i ARD 1985 s. 109 og ARD 1986 s. 149.<sup>77</sup>

I ARD 1986 s. 149 kom retten enstemmig til at deler av et etterbetalingskrav var foreldet. Arbeidsgiversiden anførte at organisasjonenes saksanlegg ikke kunne anses som et fristavbrytende skritt tatt av fordringshaveren i foreldelseslovens forstand. Dette ble begrunnet med at organisasjonene ikke var fordringshavere for et pengekrav, ”... men bare et tariffrettslig krav” (s. 160). Retten fant det ikke avgjørende i forhold til fristavbrytelse at organisasjonene ikke gjorde gjeldende et krav om betaling til seg. I den forbindelse kom det også direkte til uttrykk at krav på oppfyllelse av forpliktelser etter tariffavtaler er omfattet av foreldelseslovens anvendelsesområde:

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 51.

<sup>74</sup> l.c.

<sup>75</sup> Hagstrøm (2003) s. 742.

<sup>76</sup> Jakhelln (2006) s. 348, Fougner m.fl. (2004) s. 468-469 og Jakhelln (1994) punkt 11.

<sup>77</sup> For andre tariffkrav se ARD 1956 s. 77, ARD 1989 s. 41 og ARD 2003 s. 181.

”Foreldelseslovens regler gjelder ikke bare for pengekrav; retten viser for så vidt til lovens § 1. Det organisasjonene gjør gjeldende, er sitt krav på at staten oppfyller sin forpliktelse overfor dem i henhold til tariffavtale. Organisasjonene må utvilsomt anses som fordringshavere for dette krav” (s. 163).

Det samme ble lagt til grunn i ARD 1985 s. 109. Retten kom der til at organisasjonene hadde rett til å kreve at den aktuelle arbeidsgiver foretok etterbetaling til arbeidstakerne, men ”... de saksøkte [måtte] gis medhold i at kravet [var] delvis foreldet ...” (s. 118). Den oppfatningen som disse avgjørelsene gir uttrykk for i forhold til etterbetalingskrav, omfattes også av en uttalelse om tariffkrav generelt i en enstemmig kjennelse i ARD 1989 s. 41, riktignok i et obiter dictum:

”Også en organisasjons tariffkrav mot tariffmotparten på oppfyllelse av en tariffmessig forpliktelse er gjenstand for foreldelse ...” (s. 44).

### *7.3 Foreldelsesfristens lengde og utgangspunkt*

#### *7.3.1 Innledning*

Foreldelsesfristens lengde og utgangspunkt kan variere med hvilken form for ytelse det aktuelle kravet gjelder. Hovedreglene for fristens lengde og utgangspunkt følger av lovens bestemmelser om den alminnelige foreldelsesfristen. Fra dette er det gjort enkelte unntak. Et av disse unntakene knytter seg til terminvise ytelser. På bakgrunn av at etterbetalingskravene normalt relaterer seg til slike terminvise ytelser, må en reise spørsmålet om hvilken betydning dette unntaket har for etterbetalingskrav.

#### *7.3.2 Den alminnelige foreldelsesfrist*

Den alminnelige foreldelsesfristen er regulert i fl. §§ 2 og 3. I fl. § 2 er den alminnelige foreldelsesfristens lengde fastsatt til tre år.<sup>78</sup>

Utgangspunktet for den alminnelige foreldelsesfristen er regulert i fl. § 3 og fastsettes etter objektive kriterier.<sup>79</sup> Hovedregelen er at foreldelsesfristen løper ”... fra den dag da fordringshaveren tidligst

<sup>78</sup> Dette var også den praktiske hovedregel etter foreldelsesloven av 1986, selv om det formelle utgangspunktet var på 10 år jfr. Røed (2004) s. 119.

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 53.

har rett til å kreve å få oppfyllelse”, jfr. fl. § 3 nr. 1. Et krav på etterbetaling er et misligholdskrav, idet det er begrunnet i at den tariffbundne arbeidsgiver ikke har etterlevet sine forpliktelser etter tariffavtalen. Krav som er begrunnet i mislighold, er særskilt regulert i fl. § 3 nr. 2. Ved slike krav regnes foreldelsesfristen ”fra den dag da misligholdet inntreer”.

Av forarbeidene følger det at § 3 nr. 2 i utgangspunktet var ment som en presisering av § 3 nr. 1.<sup>80</sup> I noen tilfeller vil likevel § 3 nr. 2 oppfattes mer som et unntak enn en presisering, og uttalelsen i forarbeidene har for noen tilfeller skapt en diskusjon om hvordan bestemmelsen er ment å forstås.<sup>81</sup> For etterbetalingskrav innebærer imidlertid fristene i utgangspunktet ingen forskjell. Dette skyldes at de aktuelle terminytelsene som er gjenstand for foreldelse, forutsettes oppfylt på bestemte forfallsdager.<sup>82</sup> Før dette tidspunktet vil organisasjonen ikke kunne kreve den aktuelle ytelsen oppfylt etter § 3 nr. 1. Dersom ytelsen ikke oppfylles denne dagen, er mislighold inntrådt på den samme dagen. Særbestemmelsen i § 3 nr. 2 angir derfor det samme utgangspunkt for foreldelsesfristen.

Etterbetalingskravenes karakter av misligholdskrav vil imidlertid kunne lede til et annet utgangspunkt for foreldelsesfristen enn det som følger av fl. §§ 3 nr. 1 og nr. 2. Dersom det foreligger enkelte ekstraordinære forfallsgrunner, *kan* fristens utgangspunkt bli satt til et tidligere tidspunkt etter fl. § 3 nr. 3. Denne bestemmelsen tar særlig sikte på de tilfellene hvor det foreligger antesipert mislighold. Et slikt mislighold vil foreligge, dersom arbeidstakersiden før det alminnelige forfallstidspunktet, blir klar over at arbeidsgiver ikke anser seg forpliktet til å utbetale den lønn han er forpliktet til. Av fl. § 3 nr. 3 følger det da at foreldelsesfristen i slike tilfeller tar til å løpe fra det tidspunktet den ekstraordinære forfallsgrunnen blir gjort gjeldende. Dersom det antesiperte misligholdet ikke blir gjort gjeldende, løper

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 53 og Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 42.

<sup>81</sup> Røed (2004) s. 139 og Borch-rettsdata note 6 til § 3.

<sup>82</sup> I forarbeidene er det forutsatt at den nærmere presiseringen av forfallsdagen ”... beregnes etter vanlige obligasjonsrettslige regler...”, jfr. Ot.prp.nr. 38 (1977-78) s. 52. Med dette siktes det for eksempel til de tilfellene hvor forfall må forskyves til den nærmeste etterfølgende hverdag dersom forfall er fastsatt på en helligdag, jfr. Røed (2004) s. 127.

imidlertid fristen ”fra den forfallsdag som ellers er bestemt”, jfr. § 3 nr 3 siste punktum. Dette skyldes at reglene om ekstraordinært forfall er ment å beskytte fordringshavers interesse. Dersom fordringshaver velger å ikke påberope seg denne retten, vil det kunne fremstå som urimelig at foreldelse begynner å løpe fra tidspunktet for det antasiperte mislighold. Det ville blitt resultatet etter § 3 nr. 1 og nr. 2 uten særbestemmelsen i nr. 3. Det ville representere ”feller for den rimelige fordringshaver”,<sup>83</sup> og en har ønsket å unngå bestemmelser som vil virke ”som en oppfordring til fordringshaveren om å påberope seg de ekstraordinære omstendigheter”.<sup>84</sup>

### 7.3.3 Terminytelser

Etter foreldelseslovens § 6 er det oppstilt en særlig foreldelsesfrist i tilknytning til ytelser som forfaller med bestemte mellomrom. Foreldelsesfristen etter denne bestemmelsen er 10 år.

Dette medfører imidlertid ikke at foreldelsesfristens lengde for etterbetalingskrav er 10 år. Dette skyldes at unntaket bare gjelder foreldelse av retten til grunnfordringen; ”... retten til i det hele tatt, nå eller i fremtiden, å kunne kreve den periodiske ytelsen med jevne mellomrom”.<sup>85</sup> Den grunnfordringen som fl. § 6 får anvendelse på i vårt tilfelle, er organisasjonenes mulighet til å kreve at arbeidsgiverne følger sine forpliktelser etter tariffavtalen overfor organisasjonens medlemmer.

Retten til de enkelte terminytelsene, som danner grunnlaget for etterbetalingskravets omfang, er unntatt fra bestemmelsens virkeområde, jfr. fl. § 6 tredje punktum. Den enkelte termin foreldes etter de alminnelige foreldelsesreglene, og fristen løper suksessivt for den enkelte termin.<sup>86</sup> Dersom grunnfordringen skulle foreldes, bortfaller også de terminytelsene som ikke allerede er foreldet.<sup>87</sup> For alle praktiske formål er det foreldelsesfristens lengde på de enkelte terminytelsene som er det interessante for etterbetalingskrav.

---

<sup>83</sup> Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 44.

<sup>84</sup> Røed (2004) s. 167.

<sup>85</sup> *ibid.* s. 200.

<sup>86</sup> *ibid.* s. 202.

<sup>87</sup> Borch-rettsdata note 25 til § 6 og Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 57.

Dersom det mot formodning skulle oppstå spørsmål om hvorvidt retten til grunnfordringen er foreldet, regnes fristen i disse tilfellene fra ”den dag da siste ytelse ble betalt”, eller dersom ingen ytelse er betalt, fra ”den dag da fordringshaveren tidligst kunne kreve å få oppfyllelse”.

#### 7.4 Tilleggsfrist som følge av fordringshavers uvitenhet

##### 7.4.1 Innledning

I foreldelsesloven finnes det en rekke bestemmelser om tilleggsfrister.<sup>88</sup> Noen av disse vil etter sitt anvendelsesområde ikke kunne komme til anvendelse i forbindelse med etterbetalingskrav, og noen av de som kan komme til anvendelse, er lite praktiske. Det er imidlertid grunn til å behandle den tileggsfristen som kan komme til anvendelse som følge av fordringshavers uvitenhet, jfr. fl. § 10 nr. 1:

”Dersom fordringshaveren ikke har gjort fordringen gjeldende fordi han manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren, inntreer foreldelse tidligst 1 år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap.”

Bakgrunnen for tilleggsfristen er at den alminnelige foreldelsesfristen begynner å løpe på et objektivt bestemt tidspunkt, uavhengig av om fordringshaveren er klar over fordringen eller ikke.<sup>89</sup> Tilleggsfristen skal kompensere for de ulempene slike objektive regler kan medføre for fordringshaver.<sup>90</sup> Det objektive utgangspunktet gir ikke rom for rimelighetsvurderinger, og er treffende beskrevet i Borgarting lagmannsretts dom av 21. august 1995 (LB-1993-2738 – LB-1993-2739):

”Reglene i foreldelsesloven angir fristens utgangspunkt og lengde og de øvrige vilkår for at en fordring skal falle bort, og gir ikke rom for konkrete rimelighetsvurderinger. Foreldelse inntreer selv om skyldneren hele tiden har vært klar over sin forpliktelse, og i utgangspunktet også selv om oversittelsen av fristen ikke skyldes kritikkverdig forhold fra fordringshaveren.”

<sup>88</sup> jfr. fl. §§ 10-13 og 22.

<sup>89</sup> Røed (2004) s. 293.

<sup>90</sup> *ibid.* s. 287.

#### 7.4.2 Relevant uvitenhet

Etter lovens ordlyd er det ”nødvendig kunnskap” om ”fordringen” eller ”skyldneren” som er relevant i forhold til tilleggsfristen. Som eksempel på nødvendig kunnskap om fordringen angir forarbeidene ”fordringens eksistens og dens forfallsdag”.<sup>91</sup> For fordringens forfallsdag må det imidlertid taes en reservasjon for de tilfeller hvor fordringen forfaller ved påkrav eller oppsigelse. Dette fordi kunnskap om forfallsdagen da ikke er ”nødvendig kunnskap”.<sup>92</sup> Vedrørende nødvendig kunnskap om skyldneren sikter forarbeidene først og fremst til ”kunnskap om hvem som er skyldner”, men også til ”uvitenhet om skyldnerens oppholdssted som hindrer kreditor i å gjøre fordringen gjeldende på en formålstjenelig måte”.<sup>93</sup> Bestemmelsen kommer således ikke bare til anvendelse på den rene uvitenhet, men kommer til anvendelse der fordringshaver mangler ”slike opplysninger at han har en mulighet til å avbryte foreldelsesfristen på en formålstjenelig måte”.<sup>94</sup>

For at uvitenhet om skyldneren skal ha selvstendig betydning i forhold til uvitenhet om fordringens eksistens, må det forutsettes at fordringshaver er kjent med eksistensen av fordringen. Hvis en fagforening kjenner til et tariffrettslig krav, vil den samtidig være kjent med hvem skyldneren er. Den aktuelle arbeidsgiverforening eller arbeidsgiver kan vanskelig tenkes å ha et oppholdssted som hindrer fagforeningen å gjøre fordringen gjeldende på en formålstjenelig måte. På denne bakgrunn fremstår ikke uvitenhet om skyldneren som et praktisk problem i forhold til etterbetalingskrav. Relevant uvitenhet i forhold til etterbetalingskrav må av denne grunn relatere seg til fordringens eksistens.

I forarbeidene heter det at uvitenheten må være av en viss varighet for å utgjøre en relevant hindring etter tilleggsfristen.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 62.

<sup>92</sup> *ibid.* og Røed (2004) s. 296.

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 62.

<sup>94</sup> Røed (2004) s. 296.

<sup>95</sup> I Ot.prp. nr. 38 (1977-78) står det på s. 63 at ”[d]et må kreves at skyldnerens uvitenhet er av en viss varighet ...”. Dette er åpenbart en skrivefeil; det riktige ville vært ”... fordringshavers uvitenhet ...”.



Uttalelsen fremstår som generell. Det er imidlertid grunn til å spørre seg om varighetskravet får selvstendig betydning for uvitenhet i tilknytning til eksistensen av fordringer, herunder etterbetalingskrav. Forarbeidene illustrerer varighetskravet med et eksempel som knytter seg til uvitenhet i forhold til hvor skyldneren oppholder seg. Av eksempelet fremgår det at det ikke er tilstrekkelig at fordringshaveren "... når det gjenstår 9 måneder av fristen, i et tidsrom på 1 måned var i uvitenhet om hvor skyldneren bor ...".<sup>96</sup> Forarbeidene gir på samme sted uttrykk for at grensedragningen må bli skjønnsmessig, og overlater til rettspraksis å trekke opp denne. Kravet om varighet er i eksempelet relatert til et forhold som det er mulig å ha kunnskap om på et tidspunkt, for så å kunne miste denne kunnskapen senere. At varighetskravet relaterer seg til forhold av en slik art, ser også ut til å ha vært lagt til grunn i teorien, hvor det er uttalt at "[g]rensen må selvsagt trekkes skjønnsmessig og vil særlig bero på hvor sent uvitenheten inntreer".<sup>97</sup> Uvitenhet om en fordrings eksistens er en uvitenhet som i alle tilfeller har foreligget fra det tidspunkt fordringen ble til, idet en ikke kan miste kunnskap om eksistensen av en fordring man allerede kjenner til. Dette innebærer at dersom tilleggsfristen skal få selvstendig betydning i forhold til den alminnelige foreldelsesfristen, vedrørende kunnskap om en fordrings eksistens, må uvitenheten ha vart i over to år fra utgangspunktet for den alminnelige foreldelsesfrist.<sup>98</sup> En slik varighet må antas å oppfylle kravet til varighet. Dette mener jeg at også må være bakgrunnen for utformingen av eksempelet i forarbeidene og uttalelsen i teorien. På denne bakgrunn er det ikke mulig å se at varighetskravet får selvstendig betydning i forhold til uvitenhet om eksistensen av etterbetalingskrav.

#### 7.4.3 Tilleggsfristens utgangspunkt – kunnskapskrav og aktsomhet

Utgangspunktet for tilleggsfristen i foreldelseslovens § 10 nr. 1 er "... den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap". Dette reiser to spørsmål. Det første knytter seg til

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 63.

<sup>97</sup> Kjønstad og Tjomsland (1983) s. 69.

<sup>98</sup> En nærmere redegjørelse for fristberegning følger av punkt 7.4.4.

omfanget av den kunnskap en må kjenne til eller burde kjenne til før tilleggsfristen utløses. Det andre spørsmålet knytter seg til den konkrete vurderingen som "burde skaffet seg" gir anvisning på.

Ved avgjørelsen av hvilket omfang av kunnskap fordringshaver må ha eller burde ha før tilleggsfristen utløses, gir bestemmelsens ordlyd avklaring på grensen nedad. Fordringshaver må mangle "nødvendig kunnskap" om fordringen. I det ligger at fordringshaver må ha slik kunnskap at det er mulig å avbryte foreldelsesfristen. Spørsmålet er imidlertid om dette er tilstrekkelig til at fristen utløses eller om fordringshaver kan høres med at han trenger en større oversikt enn som så.

Forarbeidene til fl. § 10 nr. 1 gir ikke noen god veiledning til dette spørsmålet direkte knyttet til uvitenhet om fordringens eksistens. I forhold til uvitenhet om skyldneres oppholdssted gir imidlertid forarbeidene mer veiledning, som kan tenkes å ha overføringsverdi til uvitenhet om fordringens eksistens. Det uttales der at "[b]estemmelsen må imidlertid forstås slik at den også omfatter uvitenhet om skyldnerens oppholdsted som hindrer kreditor i å *gjøre fordringen gjeldende på en formålstjenlig måte*" (min kursivering).<sup>99</sup> Som eksempel vises det til at det i mange tilfeller ikke vil være formålstjenlig å reise søksmål ved et subsidiært vernetting. Forarbeidene gir her uttrykk for at friststart ikke nødvendigvis utløses på samme tid som det blir mulig å avbryte foreldelsesfristen.

På grunn av rettskraftsvirkningene av en dom vil en på samme måte kunne si at det ikke er formålstjenlig å gå til søksmål på et for tidlig tidspunkt. Betydningen av rettskraftsvirkningene ble vektlagt i tilknytning til et lignende spørsmål i Rt. 1998 s. 1042:

"Neste spørsmål blir om også tilleggsfristen i dekningsloven § 5-15 var utløpt ... Fristen ... løper fra det tidspunkt bostyret "fikk eller burde ha fått kjennskap til" søksmålsgrunnlaget. Bestemmelsen er formulert i tråd med foreldelsesloven § 9, som for erstatningskrav lar en treårsfrist løpe fra skadelidte har fått eller burde fått "nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige". Hva som nærmere skal kreves av kunnskap, må ses i sammenheng med at det kreves rettslige skritt for avbrytelse. *Kreditor må ha slik kunnskap om de faktiske omstendigheter at det, hensett til rettskraftvirkningen av en dom i saken, er forsvarlig å gå til søksmål*" (s. 1056, min kursivering).

---

<sup>99</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 62.

Dette argumentet ble også brukt i Borgarting langmannsretts dom av 22. juli 2003 (LB-2002-1506) som direkte gjaldt fl. § 10 nr. 1. Her legges det videre til grunn at foreldelsesreglene ”ikke [skal] tvinge noen til å gå til søksmål før bevismaterialet er tilstrekkelig”.<sup>100</sup>

At kravet skal kunne gjøres gjeldende på formålstjenlig måte, og at man skal ta hensyn til rettskraftsvirkningene av en dom, kan imidlertid ikke strekkes så langt at fordringshaver må ha detaljkunnskap om størrelsen av fordringen. Dette er kommet direkte til uttrykk i forarbeidene i tilknytning til fl. § 9 nr. 1, hvor det uttales at ”[s]kaden behøver ikke å være klarlagt i detalj”.<sup>101</sup> Foreldelseslovens § 9 nr. 1 inneholder en tilsvarende angivelse av utgangspunktet for en tilleggsfrist som den en finner i § 10 nr. 1. På denne bakgrunn må uttalelsen kunne gi veiledning også i forhold til § 10 nr. 1. Det samme synspunkt ble også lagt til grunn i den nevnte avgjørelsen fra lagmannsretten:

”Det er ikke et krav at fordringshaveren må ha eksakt kunnskap om størrelsen av sin fordring”.

I forarbeidene til fl. § 9 nr. 1 er det også uttalt at det ”... bør være tilstrekkelig at skadelidte har fått kunnskap om slike omstendigheter at det vil være naturlig for ham å undersøke om skade er lidt og hvem som er ansvarlig for den, forutsatt at slik undersøkelse kan føre fram uten urimelig besvær”.<sup>102</sup> I rettspraksis og litteratur er denne uttalelsen anvendt som veiledning også i forhold til fl. § 10 nr. 1.<sup>103</sup> Uttalelsen viser at kunnskapskravet og den aktsomhetsplikten som følger av alternativet ”burde vite” er nært knyttet sammen. Hvilken aktsomhetsplikt som kreves av fagforeninger i forhold til etterbetalingskrav, drøfter jeg nærmere nedenfor.

I forhold til kunnskapskravet isolert må en imidlertid kunne legge til grunn at dette ikke nødvendigvis er oppfylt på samme tidspunkt som det er mulig å avbryte foreldelsesfristen. I den konkrete vurder-

<sup>100</sup> Tilsvarende Hagstrøm (2003) på s. 752.

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 46 (1987-88) s. 7.

<sup>102</sup> Innst. 1957 s. 20, 2. spalte.

<sup>103</sup> Røed (2004) s. 296 og Borgarting lagmannsretts dom 22. juli 2003 (LB-2002-1506).

ingen må en ta hensyn til at tilleggsfristen er ment å gi grunnlag for å gjøre gjeldende fordringen på en formålstjenlig måte.

Det andre spørsmålet som bestemmelsen om tilleggsfristens utgangspunkt reiser, knytter seg til når fagforeningen burde ha slik kunnskap som utløser denne. Problemstillingen i det følgende blir å avdekke hvilke retningslinjer som foreligger i vurderingen av om en fagforening burde hatt kunnskap om et eksistensen av et etterbetalingskrav.

Av lovens ordlyd kan det utledes at det påligger fordringshaveren en aktsomhetsplikt eller undersøkelsesplikt. Forarbeidene er også på dette spørsmålet relativt knappe i forhold til uvitenhet om fordringens eksistens. I forhold til uvitenhet om skyldneren blir aktsomhetsplikten presisert, og det er uttalt at "... fordringshaveren i rimelig omfang må foreta undersøkelser for å bringe på det rene hvor skyldneren oppholder seg". Fraværet av presiseringer i forhold til uvitenhet om fordringens eksistens henger trolig sammen med at foranledningen til å gå aktivt til verks er større i de tilfellene man er klar over en fordring eksistens. En mer generell uttalelse om begrunnelsen for tilleggsfristen bekrefter imidlertid at det foreligger et aktsomhetskrav også i forhold til uvitenhet om fordringen:

"Begrunnelsen for tilleggfristen er selvsagt hensynet til fordringshaveren. Dersom fordringshaveren på tross av rimelig aktsomhet mangler kunnskap om fordringen og skyldneren, vil han ikke ha noen mulighet til å ta skritt til å avbryte fristen."<sup>104</sup>

Den eneste avgjørelsen som direkte kommer inn på en vurdering av en fagforenings undersøkelsesplikt i forhold til avlønning etter en tariffavtale, er ARD 1985 s. 109.

Saken gjaldt i utgangspunktet tvist om det var foretatt tariffstridig avlønning for mannskapene på M/S Koralhav etter tariffavtalen mellom Fiskebåtrederens Forbund og Norsk Sjømannsforbund. Tariffavtalen ble inngått i april 1979. Den omtvistede perioden strakk seg fra juni 1979, da Koralhav ble satt i drift med saltfisktråling, til oktober 1984 hvor båten ble satt i drift som ren filettåler. Forbundet fikk medhold i at det var anvendt feil tabell ved avlønning av

---

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 62.

mannskapene, og at det hadde rett til å kreve at rederiet Brødr. Davik A/S foretok etterbetaling etter de satsene som skulle vært anvendt. Fristavbrytelse skjedde den 11. april 1985 ved stevning. Tidspunktet for fristavbrytelsen innebar at dersom tilleggsfristen skulle komme Norsk Sjømannsforbund til hjelp, måtte forbundet verken vite om eller burde ha visst om misligholdelsen før etter 11. april 1984. Forbundet hevdet at de først i januar 1985 ble kjent med misligholdelsen av tariffavtalen.

Koralhav kom inn under tariffavtalen etter at denne var inngått. Av tariffavtalens § 10 c fulgte det at dersom det ”i overenskomstperioden [ble] tilmeldt nye rederier og/eller skip til Fiskebåtredernes Forbund, [skulle] der forhandles mellom overenskomstens parter om gruppeplassering m.m.”. Slike forhandlinger ble ikke ført. Etter avtalens § 7 b skulle det også sendes spesifisert oppgjør til Norsk Sjømannsforbunds avdeling i Ålesund. Heller ikke denne plikten ble overholdt.

Det var imidlertid ikke bare rederiet som var å bebreide i saken. Gjennom purringer på innbetaling av kontingenttrekk ble det dokumentert at forbundet i hvert fall siden juni 1982 var kjent med at det hadde medlemmer på Koralhav, selv om rederiet ikke sendte inn oppgjørsspesifikasjon til forbundet. Det ble imidlertid ikke valgt tillitsmann på fartøyet før i februar 1983 i forbindelse med et møte om bord. Dette burde forbundet ha sørget for på et langt tidligere tidspunkt, etter rettens mening.

Retten kom til at forbundet ”ihvertfall” i forbindelse med møtet i februar 1983 burde ha skaffet seg kunnskap om den faktiske avlønningsordningen. Forbundet hevdet forgjeves at det ikke var noen foranledning til å diskutere avlønningsspørsmål i møtet, og at det bare var de foreslåtte endringer i tariffavtalen som ble tatt opp. Retten la i sin vurdering vekt på at forbundet på dette tidspunktet måtte være kjent med at rederiet ikke hadde sendt inn oppgjørsspesifikasjon, og at forbundet ikke selv hadde fortatt seg noe for at dette ble gjort. På denne bakgrunn mente retten at forbundet ”hadde da all grunn til ihvertfall å ta opp avlønningsspørsmålene med sine medlemmer ved en anledning som denne” (s. 119).

Tilleggsfristen kom derfor ikke forbundet til unnsetning, idet den tok til å løpe i februar 1983 og utløp i februar 1984, før fristavbrytelse

skjedde 11. april 1985. Etter dette var det bare den alminnelige foreldelsesfrist som kom til anvendelse, slik at rederiet ble dømt til å etterbetale for lite utbetalt lønn for avregninger foretatt etter 11. april 1982.

Undersøkelsesplikten etter fl. § 10 nr. 1 kom her til syne. Partene hadde avtalt en ordning hvor forbundet skulle motta informasjon om tilmelding av nye rederier og fartøy, samt oppgjørsspesifikasjon fra rederiene. Slike avtaler vil kunne ha betydning for vurderingen av fra hvilket tidspunkt forbundet burde være kjent med misligholdet. Det fritok imidlertid ikke forbundet for enhver forpliktelse til selv å holde seg oppdatert.

I dette tilfellet var oppfordringen til å undersøke de faktiske forhold som begrunnet kravet, ikke ubetydelig. Forbundet hadde i minst åtte måneder før det aktuelle møtet vært kjent med at det hadde medlemmer om bord på fartøyet, og forbundet var uvitende om hvordan disse ble avlønnet. Avgjørelsen illustrerer at en slik oppfordring må følges opp før eller siden. Avgjørelsen illustrerer i denne sammenheng også at dersom det foreligger en passende anledning til å undersøke avlønningen, i dette tilfellet et møte, er det ikke frigjørende for forbundet at møtet i utgangspunktet har en snevrere agenda.

På bakgrunn av de faktiske omstendighetene i saken trengte retten ikke å ta stilling til et grensetilfelle. Med dette sikter jeg til at fristavbrytelse skjedde 11. april 1985, og at det avgjørende var om forbundet burde vite om forholdet før 11. april 1984. Retten kom til at forbundet "ihvertfall" burde skaffet seg kunnskap om den faktiske avlønningssystemet i forbindelse med møtet i februar 1983, idet de da "hadde ... all grunn til ... å ta opp avlønningsspørsmålet" (s. 119).

Selv om retten ikke tok stilling til et grensetilfelle, gir dommen anvisning på noen retningslinjer. Det fremstår som en generell retningslinje at man må vurdere i hvilken grad arbeidstakersiden hadde oppfordring til å undersøke om de faktiske forhold som begrunner kravet forelå.<sup>105</sup> For tariffrettslige etterbetalingskrav

---

<sup>105</sup> Dette er også et moment i avgjørelser fra andre livsområder i forbindelse med fl. § 10 nr. 1, jfr. for eksempel Rt. 1993 s. 911 og Eidsivating lagmannsretts dom 1. juli 1994 (LE-1993-1164).

spesielt kan det også utledes to andre retningslinjer. Det første er at en må ta utgangspunkt i tariffavtalen, dersom denne sier noe om informasjonsflyten vedrørende avlønningsspørsmål. Det andre er at fra det tidspunkt en fagforening er kjent med at de har medlemmer hos en arbeidsgiver, oppstår det en plikt til innen rimelig tid å bringe til overflaten om disse blir avlønnnet i samsvar med tariffen.

#### 7.4.4 Fristberegning og absolutt grense for tilleggsfristen

Begrepet tilleggsfrist kan gi assosiasjoner om en nærmere kobling med den alminnelige foreldelsesfristen enn det som er tilfellet. Fristene løper parallelt og uavhengig av hverandre.<sup>106</sup> Først der tilleggsfristen løper ut etter utløpet av den alminnelige foreldelsesfrist, får denne selvstendig betydning.<sup>107</sup>

Av hensyn til skyldneren er det i fl. § 10 nr. 4 fastsatt en absolutt lengde for tilleggsfristen. I bestemmelsen heter det at "[f]oreldelsesfristen kan ikke forlenges etter denne paragraf med mer enn til sammen 10 år". For de enkelte terminytelsene som foreldes etter den alminnelige foreldelsesfristen, betyr dette at disse senest vil være foreldet etter 13 år selv om det fortsatt foreligger relevant uvitenhet.<sup>108</sup>

## Del IV – Medlemmers krav

### 8 Passivitetslærens forhold til medlemmers krav

#### 8.1 Innledning

I det følgende er problemstillingen om den ulovfestede læren om passivitetsvirkninger som er utviklet i praksis fra Arbeidsretten for en tariffparts krav mot en tariffpart og/eller et tariffbundet medlem, også har anvendelse for medlemmers individuelle krav med forankring i tariffavtale. Denne problemstillingen oppstår som en følge av at

<sup>106</sup> Røed (2004) s. 289 og 327.

<sup>107</sup> Borch-rettsdata note 49 til § 10.

<sup>108</sup> *ibid.* note 56 til § 10.

prosessordningen på arbeidsrettens område er dobbeltsporet.<sup>109</sup> Arbeidsretten er en særdomstol på det tariffrettslige området. De spørsmål som ikke spesielt er lagt til Arbeidsrettens saklige domsmyndighet, hører til de alminnelige domstolenes virkeområde. Dette omfatter hele det individuelle feltet av arbeidsretten. Arbeidsrettens kompetanse omfatter blant annet tvister om hvordan tariffavtaler skal forstås, og tvister om krav som ”grunner seg på en tariffavtale”, jfr. atvl. § 7 nr. 2 jfr. § 6 nr. 1. Medlemmers individuelle krav ”grunner seg på” arbeidsavtalen og må derfor behandles av de alminnelige domstoler, selv om kravene gjennom arbeidsavtalen skulle være forankret i tariffavtalen.<sup>110</sup> Det er derfor fullt mulig for en arbeidstaker å bringe krav med forankring i en tariffavtale inn for de alminnelige domstoler ved å forfølge kravet gjennom arbeidsavtalen. Dette kan også skje med støtte fra fagforeningen. Partsforholdet er i slike tilfeller annerledes, men ut over dette må domstolene ta stilling til de samme spørsmålene.

Når de alminnelige domstolene behandler slike individuelle krav som er forankret i en tariffavtale, må de ta prejudisiell stilling til hvordan tariffavtalen skal forstås. Men dersom Arbeidsretten allerede har tatt stilling til hvordan avtalen skal forstås, må de alminnelige domstolene legge denne forståelsen til grunn når de tar stilling til arbeidstakerens krav.<sup>111</sup> Rettskildemessig kan en derfor si at Arbeidsrettens dommer går foran Høyesteretts dommer på de områdene hvor Arbeidsretten er tillagt eksklusiv kompetanse til å avgjøre spørsmål med bindende virkning.<sup>112</sup> Etterbetalingskrav har en nær tilknytning til tolkning av tariffavtaler, men passivitetslæren om

---

<sup>109</sup> Begrepet stammer fra kjennelsen i Rt. 1987 s. 98, jfr. Evju (2001) s. 96.

<sup>110</sup> Skillet er imidlertid ikke helt vanntett. Det er for eksempel åpnet for aksessorisk pådømmelse av individuelle krav i en sak for Arbeidsretten, ”dersom kravet vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken”, jfr. atvl. § 9 (1).

<sup>111</sup> Evju (2001) s. 96.

<sup>112</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 37. Begrensningene i rettsmiddeladgangen overfor Arbeidsrettens avgjørelser har enkelte ganger reist spørsmål om forholdet til Grunnlovens § 88. Dette forholdet fremstår imidlertid i det store og det hele som uproblematisk i dag, jfr. Rt. 2002 s. 1638 på s. 1645 og Jakhelln (2006) s. 128.



bortfall av etterbetalingskrav representerer tariffrettslige prinsipper som har gyldighet ut over den enkelte tariffavtale. Av denne grunn kan det ikke, gjennom Arbeidsrettens fortolkningsmonopol på tariffavtaler, utledes at de alminnelige domstolene vil være bundet til å legge til grunn de tariffrettslige prinsippene om passivitet i behandlingen av medlemmers individuelle krav.<sup>113</sup>

## 8.2 Endelig avklaring foreligger ikke

### 8.2.1 Rt. 1995 s. 1

Den passivitetslæren som Arbeidsretten i dag legger til grunn, har utviklet seg over tid. Som vist var det i andre halvdel av 1950-tallet at opphavet til dagens hovedregel ble etablert. Unntakene fra hovedregelen kan kanskje sies å ha vært forutsatt fra samme tid, men ble i hvert fall ikke synliggjort før senere. Unntaket for spesielle forhold kom til syne på 60-tallet og unntaket for etterfølgende passivitet på 80-tallet. Høyesterett får ikke så ofte kontakt med disse problemstillingene. Dette henger naturlig sammen med at slike tvister normalt blir forfulgt av fagforeningen og brakt inn for Arbeidsretten. Muligheten for en avklaring av Høyesteretts forhold til passivitetslæren var til stede i forbindelse med avgjørelsen i Rt. 1995 s. 1. Saken gjaldt krav om etterbetaling av overtidsgodtgjørelse for arbeidstid ut over 37,5 timer pr. uke. Saken ble anlagt av en gruppe ansatte ved Luftforsvarets Forsyningskommando (LFK) Kjeller mot staten v/ Forsvarsdepartementet.

Overtidskravet var forankret i at spiserommene ikke var tilfredsstillende, og at tiden medgått til spisepauser måtte regnes som arbeidstid. Arbeidstilsynet inspiserte spiserom ved LFK (Kjeller) i august 1987 og uttalte den 11. desember 1987 at spiserommet ved Verkstedsseksjonen ikke var tilfredsstillende. Saksøkerne krevde etterbetaling for perioden 1. januar 1987 til 11. desember 1987. Kravet ble forankret i Hovedtariffavtalen og Verkstedsoverenskomsten, subsidiært Rammeavtalen.

Rettens medlemmer på fem delte seg i et flertall på tre og et mindretall på to i sin forståelse av tariffavtalen. Flertallet (representert

---

<sup>113</sup> Dette er også lagt til grunn i Fougner m.fl. (2004) s. 38.

ved tredjevoterende, dommer Skåre) kom til at Hovedtariffavtalen ikke ga noen holdepunkter for løsningen av de spørsmålene saken reiste. Videre kom de til at Rammeavtalen var slik å forstå at spisepausene bare kunne regnes som arbeidstid fra det tidspunkt ”da det i medhold av arbeidsmiljøloven var endelig fastslått at spiserommene ikke var tilfredsstillende” (s. 15). Flertallet kom således til at det ikke forelå noe grunnlag for etterbetaling, og trengte heller ikke å gå inn på Arbeidsrettens lære vedrørende begrensning av etterbetalingskrav.

Mindretallet på to kom på sin side til at tariffavtalene ga grunnlag for etterbetaling, og at tariffavtalene ikke begrenset dette til tiden før arbeidstilsynet hadde avgjort at spiserommene var utilfredsstillende. De to som representerte mindretallet hadde riktignok noe ulik begrunnelse for at det var grunnlag for etterbetaling. Uavhengig av begrunnelsen for at det var grunnlag for krav, kom begge også inn på de tariffrettslige prinsippene vedrørende etterbetalingskrav.

Førstvoterende, dommer Aarbakke, kom til at arbeidstakerne hadde krav på etterbetaling fra det tidspunkt ”krav om betaling for spisepausen ble fremsatt” (s. 9). Dette er i tråd med hovedregelen etter de tariffrettslige passivitetsreglene. Førstvoterende poengterte også at dette ville blitt resultatet dersom kravene hadde blitt fremmet for Arbeidsretten av de ansattes fagorganisasjoner (s. 9). I begrunnelsen la førstvoterende stor vekt på hensynet til likebehandling, og understreket hvor uheldig det ville være om krav som er likeartede blir løst forskjellig avhengig av hvilken domstol som behandler kravet. For det andre understreket førstvoterende at læren har gode reelle grunner for seg.

”At våre saker gjelder individuelle krav, kan etter min oppfatning ikke begrunne en annen rettslig vurdering på dette punkt. Det er like fullt krav som bygger på Hovedtariffavtalen, og det ville være uheldig om krav som reelt sett er likeartet, ble løst forskjellig enten de blir pådømt av Arbeidsretten eller av de alminnelige domstoler. Den løsning som er lagt til grunn i Arbeidsrettens praksis, har for øvrig gode reelle grunner for seg, ikke minst innenfor statstjenesten med kompliserte og tidkrevende budsjettrutiner. Først etter at betalingskrav er fremsatt eller markert, vil arbeidsgiveren i alminnelighet ha tilstrekkelig grunn til å innrette seg på at kravet kan føre frem” (s. 9-10).

En kan merke seg at førstvoterende også vurderte om unntaket for spesielle forhold kom til anvendelse. Førstvoterende kom imidlertid til at det ikke var grunnlag for å fravike hovedregelen:

”Det foreligger etter min oppfatning ikke spesielle forhold i våre saker som kan gi grunn til å fravike det som er den alminnelige regel på tariffrettens område” (s. 10).

Førstvoterende kom til at kravet ble markert i forhandlingsmøtet 25. juni 1987, og stemte for at kravet ble tatt til følge med virkning fra denne dato (s. 11).

Annenvoterende, dommer Aasland, fulgte et noe annerledes resonnement enn førstvoterende, også når det gjaldt omfanget av etterbetalingskravet. Annenvoterende hadde imidlertid i likhet med førstvoterende sympati for innrettelseshensynet og kom til det samme resultatet som Aarbakke (s. 14). Selv om resonnementet var noe annerledes, begrunnet også annenvoterende sitt syn med støtte i Arbeidsrettens praksis:

”Jeg finner støtte for dette i de betraktninger som ligger til grunn for Arbeidsrettens praksis i lignende spørsmål, jf førstvoterendes redegjørelse om denne praksis.”

### 8.2.2 ”Signal” fra Høyesterett

I teorien er det fremholdt at ”[e]n avklaring av hvordan Høyesterett vil forholde seg til denne problemstillingen i fremtiden ... ikke [kan] utledes av denne dommen”.<sup>114</sup> Jeg er enig i at Høyesterett ikke med egne avgjørelser har lagt bånd på sine fremtidige avgjørelser, og at en ikke med sikkerhet kan si hvordan Høyesterett vil forholde seg til spørsmålet i fremtiden.

Det er imidlertid grunn til å understreke at den uttalte dissens bare referer seg til forståelsen av tariffavtalene. Flertallet nevnte ikke Arbeidsrettens lære med et ord. Dette var heller ikke nødvendig, idet de tolket tariffavtalen på en slik måte at det ikke forelå grunnlag for etterbetaling. Mindretallet på sin side gikk veldig grundig til verks i sin behandling av etterbetalingsspørsmålet, og gikk langt ut over det som var nødvendig tatt i betraktning av at flertallet la til grunn en

---

<sup>114</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 472.

forståelse av tariffavtalen som gjorde at de ikke kom inn på etterbetalingsspørsmålet.

Til tross for den svake rettskildeværdien mindretallsuttalelser normalt har, er jeg på bakgrunn av sakens karakter av den oppfatning at en må kunne se på mindretallsuttalelsene i denne saken som et ”signal” om at Høyesterett kommer til å legge seg på den samme linjen som Arbeidsretten i fremtiden. Dette særlig på bakgrunn av at mindretallets utførlige uttalelser er de eneste uttalelsene som foreligger fra Høyesterett om læren, og at det ikke foreligger noen uttalt dissens om dette.

### *8.3 Relevante momenter for medlemmers etterbetalingskrav*

#### *8.3.1 Hensynet til likebehandling og rettsenhet*

I det følgende skal det redegjøres for momenter som gjør seg gjeldende i forbindelse med spørsmålet om den tariffrettslige passivitetens læren vil bli lagt til grunn for medlemmers krav.

Hensynet til likebehandling og rettsenhet er et sterkt moment i denne sammenheng og ble også fremhevet av førstvoterende i Rt. 1995 s. 1. Det fremstår som helt klart at det ville være svært uheldig om det legges til grunn og praktiseres ulike prinsipper og rettssetninger i Arbeidsretten og i Høyesterett. En vil da kunne komme i en situasjon hvor valg av prosessform blir avgjørende for det materielle resultat.<sup>115</sup> Dette vil trolig føre til at saksøker bringer saken inn for den domstolen som vi gi det gunstigste resultatet. Harmoniseringshensyn taler av denne grunn med styrke for at de materielle rettsspørsmålene blir avgjort på samme måte uavhengig av hvilken domstol man bringer saken inn for.<sup>116</sup>

At hensynet til likebehandling tillegges stor vekt, kan også illustreres med endringene i arbeidstvist- og tjenestetvistloven hvor etter søksmålsadgangen og Arbeidsrettens kompetanse ble utvidet slik at de uorganiserte kunne omfattes av erstatningssøksmål i forbindelse med ulovlig arbeidsstans for Arbeidsretten.<sup>117</sup> Bakgrunnen for

---

<sup>115</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 427.

<sup>116</sup> Jakhelln (2006) s. 122.

<sup>117</sup> Jfr. lov om endring i lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister og lov av 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister av 27. februar 1976 nr. 9.

lovendringen var at det bare var de organiserte arbeidstakerne som kunne holdes økonomisk ansvarlig for ulovlig arbeidsstans ved søksmål for Arbeidsretten. Arbeidsgiversidens mulighet til å saksøke de uorganiserte arbeidstakerne med påstand om urettmessig skadeforvoldelse for de alminnelige domstolene ble regelmessig ikke benyttet.<sup>118</sup> Formålet med lovendringen var å legge til rette for en likebehandling av arbeidstakere som deltar i samme arbeidskamp, til tross for at lovgivningen allerede ga rettslig grunnlag for en slik likebehandling, og motvirke ulik bedømmelse i forskjellige domstoler.<sup>119</sup> I forarbeidene ble Arbeidsrettens særlige sakkunnskap og ulempene med at to uavhengige domstoler skulle behandle tilsvarende spørsmål fremhevet:

”... Arbeidsretten utvilsomt må antas å være den domstol som har de beste forutsetninger for å ta stilling til de erstatningsrettslige konsekvenser av den nevnte deltakelse ... Endelig er det oppfordring til å presisere de prinsipielle betenkeligheter som er forbundet med at erstatningsansvaret for en og samme ulovlige arbeidsstans overlates til behandling av innbyrdes atskilte og forskjellige domstoler alt etter som det er tariffbundne eller ikke tariffbundne arbeidstakeres ansvar det er tale om.”<sup>120</sup>

Hensynet til rettsenhet gir grunn til å tro at Arbeidsretten og Høyesterett i utgangspunktet ikke vil legge seg på ulike linjer i forhold til passivitetsvirkninger overfor tariffparters og medlemmers etterbetalingskrav.

### 8.3.2 Forutsetninger og konsekvenser

Tariffparters krav og medlemmers krav er som nevnt reelt likeartede krav som må behandles av forskjellige domstoler på grunn av partsforholdet. Arbeidsretten behandler det alt vesentligste av disse likeartede kravene, idet disse normalt forfølges av fagforeningen for Arbeidsretten. Av denne grunn er det Arbeidsretten som har den største faktiske muligheten til å utvikle læren, og en må også legge til grunn at de først legger merke til hvor skoen trykker dersom endringer i arbeidslivet skulle forrykke de forutsetningene som ligger til grunn for dagens lære. I forlengelsen av dette hensynet er det naturlig å

<sup>118</sup> Ot.prp. nr. 22 (1975-76) s. 2, 1. spalte, 1. avsnitt.

<sup>119</sup> Evju (2001) s. 100.

<sup>120</sup> Ot.prp. nr. 22 (1975-76) s. 2, 1. spalte, 4. avsnitt.

nevne at et av de sentrale formålene bak opprettelsen av særdomstolen var at en på bakgrunn av tariffavtaletvistenes egenart ønsket å ha en særdomstol med spesiell sakkunnskap om disse.<sup>121</sup> Dette hensynet ble som nevnt også vektlagt i forarbeidene til den endringsloven som ble behandlet i punktet ovenfor.

Domstolenes forutsetninger med hensyn til sakstilfang, dynamisk rettsutvikling og spesiell sakkunnskap taler etter dette for at Arbeidsrettens lære blir anvendt også for medlemmers krav. Disse hensynene gir i hvert fall grunn til å tro at Høyesterett ikke kommer til å legge til grunn en annen løsning for medlemmers krav, med mindre de skulle være sterkt uenig i Arbeidsrettens løsning og finne det nødvendig med større endringer.

Dersom Høyesterett skulle legge til grunn en klart gunstigere løsning for medlemmers krav enn det Arbeidsretten gjør for tariffparters krav, må en anta at store deler av de sakene som vanligvis blir anlagt for Arbeidsretten vil bli kanalisert inn for de alminnelige domstolene. En konsekvens av dette vil være at nok et sentralt formål bak opprettelsen av særdomstolen vil kunne bli skadelidende. Dette er ønsket om å få en hurtigere avklaring på tariffavtaletvister enn det som kan oppnås ved de alminnelige domstolene.<sup>122</sup>

Disse forutsetnings- og konsekvensbetraktningene er etter mitt syn sterke argumenter for at den samme løsningen blir lagt til grunn for medlemmers og tariffparters krav.

### 8.3.3 Alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper

I vurderingen av hvilken løsning som vil bli lagt til grunn for medlemmers krav, er det interessant å se hen til hvilke hensyn som gjør seg gjeldende etter de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene for hva som er endelig oppgjør ved oppfyllelse av kontraktsrettslige forpliktelser.

I den tariffrettslige læren er innrettelseshensynet og god tro sentrale momenter. Dette er også sentrale hensyn i de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene:

---

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 29 (1912) s. 6, 2. spalte, 1. avsnitt.

<sup>122</sup> *ibid.* s. 6, 1. spalte, siste avsnitt.

”... debitor [må] kunne motsette seg etterkrav, når han har innrettet seg i tillit til regningsbeløpet på en slik måte at han, om han måtte finne seg i etterkravet, ville bli betraktelig verre stillet enn om han hadde mottatt riktig regning fra først av. Forutsetningen er imidlertid at debitor ikke har skjønt eller burde ha skjønt at regningen var uriktig ...”<sup>123</sup>

Det er ikke enhver innrettelse som er relevant etter de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene. For det første må debitor bli ”betraktelig verre stillet” som en konsekvens av etterbetalingskravet. Dette vil være en nokså vanlig situasjon i arbeidsforhold. Dersom arbeidsgiver har lagt til grunn en feil forståelse av lønnsbestemmelsene, vil dette ofte gjelde en rekke arbeidstakere, og etterbetalingskravene vil kunne bli meget store.

I likehet med den tariffrettslige passivitetslæren må debitor ha vært i god tro for at innrettelseshensynet skal medføre rettsvirkninger. I Hagstrøms fremstilling tas det utgangspunkt i en situasjon der kreditor er en leverandør av en tjeneste eller ytelse og utferdiger en regning, mens det i arbeidsforhold er debitor som foretar utlønning. Dette er imidlertid en forskjell som fanges opp ved vurderingen av debtors gode tro.

Det er lagt til grunn at de alminnelige obligasjonsrettslige reglene ikke oppstiller en generell regel som anser alle ”etterkrav avskåret i alle tilfelle hvor regningen i god tro er betalt”.<sup>124</sup> Det legges imidlertid til grunn at ”... krav om etterbetaling regulært [må] anses forspilt, dersom det ikke blir fremsatt uten opphold etter at feilen er oppdaget”.<sup>125</sup> Dette har likhetstrekk til den eldre lære om passivitetsvirkninger for tariffrettslige etterbetalingskrav. Fra denne hovedregelen oppstilles det likevel unntak ”... hvor debitor forstod eller burde ha forstått at regningsbeløpet var for lite”.<sup>126</sup> I dagens tariffrettslige passivitetslære har dette sin parallell i unntaket for spesielle forhold.

<sup>123</sup> Hagstrøm (2003) s. 201-202. Jeg presiserer at ”debitor” her refererer til realdebitor, og at ”kreditor” på samme måte viser til realkreditor. Ved sammenligningen med et arbeidsforhold vil derfor debitor representere arbeidsgiver, og kreditor representere arbeidstaker.

<sup>124</sup> Hagstrøm (2003) s. 202.

<sup>125</sup> I.c.

<sup>126</sup> Hagstrøm (2003) s. 202.

Den alminnelige obligasjonsretten gir anvisning på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, hvor relevante momenter er partsforholdet, kompleksiteten og omfanget av kontraktsforholdet, tidsforløpet og kravets art.

Partsforholdet er et moment som tilsynelatende vil kunne utgjøre en forskjell ved behandlingen av det enkelte medlems krav og tariffpartens krav. Når det gjelder styrkeforholdet partene imellom, er den alminnelige kontraktsrettens forutsetninger om jevnbyrdige og likeverdige parter også forutsetninger i den kollektive arbeidsretten.<sup>127</sup> Dette står i motsetning til den individuelle arbeidsrett, hvor det legges til grunn at arbeidsgiver er en sterkere part enn arbeidstaker.<sup>128</sup> Medlemmer vil imidlertid normalt få bistand fra sin fagforening, idet fagforeningen ikke er interessert i at disse lønnes i strid med tariffen. Rt. 1995 s. 1 er et eksempel på at medlemmers rettigheter forfølges som individuelle krav og bringes inn for de alminnelige domstolene. Medlemmene ble bistått av fagforeningen også i denne situasjonen. I en slik situasjon innebærer partsforholdet reelt sett ingen forskjell mellom tariffparters og medlemmers krav. Det er da heller ingen grunn til at partsforholdet skal kunne begrunne en forskjell mellom disse partskonstellasjonene.

Dersom en likevel må legge til grunn at et medlem har måttet forfølge et slikt krav uten bistand fra fagforeningen, er dette et moment som vil utgjøre en forskjell i vurderingen av medlemmers krav og tariffparters krav.

I Hagstrøms fremstilling oppsummeres det at de obligasjonsrettslige prinsippene som gjelder for tilleggskrav, ”nødvendigvis må etterlate usikkerhet”, og det vises til at denne usikkerheten i enkelte kontraktstyper er eliminert med faste regelsett for å skape forutberegnelighet.<sup>129</sup> Den tariffrettslige passivitetslæren kan ses på som nettopp en slik klarlegging av reglene for krav med tariffrettslig

---

<sup>127</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 25 og 35.

<sup>128</sup> I eldre litteratur er forholdet beskrevet på følgende måte: ”Saalenge Arbejdsgiveren og Arbejderen staar som isolerede Individuer overfor hinanden, lader det sig i det store og hele kun ved en Abstraktion fra de reale, social-økonomiske Forhold hævde, at Parterne selv er Herrer over, om og med hvilket Indhold de vil indgaa en Arbejdskontrakt”, jfr. Elmquist (1918) s. 5-6.

<sup>129</sup> Hagstrøm (2003) s. 202.



forankring. Det er påpekt et par forhold som skiller de prinsippene som kan oppstilles innenfor generell kontraktsrett, fra den læren som er utviklet av Arbeidsretten. Hovedlinjene og de hensyn som skal ivaretas, er imidlertid de samme. Forskjellene fremstår som en tilpasning til det konkrete saksforhold og de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende for arbeidsforhold. Mindretallets kvalitative vurdering av læren i Rt. 1995 s. 1 var også at "[d]en løsning som er lagt til grunn i Arbeidsrettens praksis, har ... gode reelle grunner for seg..." (s. 10). Etter mitt syn er det ikke større forskjell mellom de prinsippene som følger av de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene, og den læren som er utviklet av Arbeidsretten, enn at en bør legge utslagsgivende vekt på hensynet til likebehandling. Dette er også lagt til grunn i arbeidsrettslig teori:

"De prinsipper som Arbeidsretten har lagt til grunn avviker heller ikke på vesentlige punkter fra det som ville blitt løsningen etter alminnelige obligasjonsrettslige regler slik at anvendelse av de tariffrettslige prinsippene ikke burde være avskåret."<sup>130</sup>

#### 8.4 Oppsummering

Innledningsvis ble det reist spørsmål om den tariffrettslige passivitetslæren som er utviklet av Arbeidsretten vil bli lagt til grunn for medlemmers individuelle krav med forankring i en tariffavtale som reises for de alminnelige domstolene.

Høyesterett har som vist ikke tatt stilling til dette i form av noe prejudikat eller gitt noen forventninger om en spesiell løsning i form av obiter dicta. Mindretallet i Rt. 1995 s. 1 behandlet imidlertid spørsmålet grundig, og dommen gir etter mitt syn et "signal" om at Høyesteretts syn på problemstillingen er at den må besvares bekræftende.

Av de hensyn jeg har trukket frem som gjør seg gjeldende i forbindelse med problemstillingen, ble hensynet til likebehandling av reelt likeartede krav også løftet frem i mindretallets begrunnelse. Dette utgjør etter mitt syn det sterkeste argumentet for at den samme løsningen legges til grunn for medlemmers krav som for tariffparters krav.

---

<sup>130</sup> Fougner m.fl. (2004) s. 473.

Dersom Høyesterett senere skulle legge seg på en linje som klart avviker fra Arbeidsrettens praksis, vil man risikere at partene velger det forum som passer best for eget standpunkt. To sentrale hensyn knyttet til opprettelsen av særdomstolen kan da bli skadelidende. Det første er at tvister av tariffrettslig art blir behandlet av en domstol med spesiell sakkunnskap. Det andre er at slike tvister ved Arbeidsretten får en hurtigere avklaring enn det som kan oppnås ved de alminnelige domstolene.

Arbeidsrettens lære skiller seg etter mitt syn heller ikke på vesentlige punkter fra det som følger av de alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om hva som utgjør et endelig oppgjør. Dette er som vist også lagt til grunn i arbeidsrettslig litteratur, og mindretallet i Rt. 1995 s. 1 fant ikke grunn til å reise spørsmål om dette forhold i sin behandling av spørsmålet.

På denne bakgrunn er mener jeg at det har de beste grunner for seg at den tariffrettslige passivitetslæren blir lagt til grunn for medlemmers individuelle krav som har forankring i en tariffavtale.

## **Del V – Avslutning**

### **9 Sammenfatning og refleksjoner**

Hovedsiktemålet med fremstillingen har vært å redegjøre for den innvirkning passivitet har på tariffrettslige etterbetalingskrav. Fremstillingen viser at det for tariffparters krav foreligger en ulovfestet passivitetslære som er utviklet av Arbeidsretten, og at denne har gjennomgått en utvikling siden den først kom til syne. Denne utviklingen har bestått av et kursskifte, men også av presiseringer av den linjen som er fulgt siden.

Med en hovedregel og to unntak ser læren ut til å ha funnet sin endelige fasong. Lærens formål er å gi en rimelig løsning på interesseavveiningen av arbeidstakersidens krav på tariffmessig lønn og arbeidsgiversidens behov for å kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige. Passivitetslæren ivaretar etter mitt syn dette formålet på en god måte.

Passivitetslæren motiverer arbeidstakersiden til årvåkenhet og gir denne mulighet til å ivareta sine interesser ved å markere etterbetalingskrav. På denne måten sikres tariffmessig lønn fra det tidspunkt arbeidstakersiden etterlyser dette, dersom det viser seg å være tariffmessig dekning for den lønn som kreves. På den annen side sikres arbeidsgiversiden en økonomisk forutberegnelighet ved at de skånes fra store økonomiske belastninger som de ikke med rimelighet kunne være forberedt på. Dette utgangspunkt gir etter mitt syn en avbalansert avveining av arbeidstaker- og arbeidsgiversidens interessemotsetninger.

Læren har også flere mekanismer for å motvirke ulike typer spekulasjon og urimelige resultater. For det første fratar hovedregelen arbeidstakersiden en eventuell mulighet til å spekulere i når det er mest hensiktsmessig å fremsette etterbetalingskrav, idet arbeidstakersiden taper på å utsette en markering. For det andre medfører unntaket for spesielle forhold at arbeidsgiversiden ikke beskyttes i større utstrekning enn det innrettelseshensynet gir grunnlag for, og motvirker samtidig arbeidsgivers mulighet til å spekulere i hovedregelens begrensende virkning. Dette unntaket oppfordrer til presisjon og redelighet fra arbeidsgiversiden. Unntaket for etterfølgende passivitet motvirker for det tredje at arbeidstakersiden får mulighet til å markere krav bare for å være på den sikre siden, uten en forsvarlig fremdrift med hensyn til å få en avklaring på tvisten. Uten dette unntaket ville den forutberegnelighet som hovedregelen tar sikte på å gi, kunne bli svært begrenset. Disse forholdene medfører at interesseavveiningen ivaretaes på en fleksibel og rimelig måte i den enkelte tvist. En slik interesseavveining er etter mitt syn også egnet til å motvirke at tolkningen av selve tariffavtalen legges på strekk for å oppnå et rimelig resultat.

Artikkelens tema er i utgangspunktet av tariffrettslig art. Forholdet mellom tariffparters krav og medlemmers individuelle krav med forankring i tariffavtaler er av en slik karakter at det likevel har vært naturlig å behandle rettsstillingen til medlemmers krav. Rettsstillingen for medlemmers krav er ikke endelig avklart, men den relasjonen som foreligger mellom kravene, bør etter min mening virke inn på hvilken løsning som legges til grunn for medlemmers krav. Kravene er reelt likeartede, men må behandles for ulike domstoler på

grunn av partsforhold og søksmålsgrunnlag. Hensynet til rettsenhet taler som vist med styrke for at disse kravene behandles på samme måte uavhengig av hvilken domstol som behandler spørsmålet. I motsatt fall kan en ende opp med to rettssystemer som står i konflikt med hverandre, og at tvister bringes inn for den domstol som gir det beste resultat.

For å unngå denne konflikten og muligheten for ”forum shopping” er den beste løsningen etter mitt syn at den tariffrettslige passivitetslæren også legges til grunn for medlemmers krav. Arbeidsrettens lære er en veltestet lære som gir en avbalansert løsning og som er motstandsdyktig mot omgåelse. Arbeidsretten har videre størst faktisk mulighet til å utvikle læren og har spesiell sakkunnskap med hensyn til tariffavtaletvister. Høyesterett har på sin side ikke den samme kontakt med spørsmålene, og selv om kravet grunner seg på en arbeidsavtale, må domstolen foreta prejudisielle tolkninger av tariffavtaler. Høyesterett har heller ikke presentert noen alternativ løsning pr. i dag. Etter min mening har imidlertid Høyesterett i Rt. 1995 s. 1 gitt et ”signal” om at den tariffrettslige passivitetslæren vil bli lagt til grunn for medlemmers krav. Endelig kommer det forhold at jeg ikke kan se noen avgjørende grunn til at læren ikke burde anvendes også for medlemmers krav.

Artikkelen viser også at foreldelsesreglene kommer til anvendelse for tariffkrav. Den illustrerer dessuten hvordan disse reglene danner en ytre ramme for hvor langt tilbake i tid en kan kreve etterbetaling i de tilfellene det trekkes ut før et etterbetalingskrav forfølges og passivitetslæren ikke gir grunnlag for å begrense kravet.

## **Referanser**

### *Litteratur*

- Andersen (1955) Andersen, Kristen. *Arbeidsretten og organisasjonene*. Oslo, 1955.
- Andersen (1967) Andersen, Kristen. *Fra arbeidslivets rett*. Oslo, 1967.
- Arnholm (1932) Arnholm, Carl Jacob. *Passivitetsvirkninger*. Oslo, 1932.

- Berg (1930) Berg, Paal. *Arbeidsrett*. Oslo, 1930.
- Borch-rettsdata Borch, Alex, *Kommentarer til foreldelsesloven*, Norsk lovkommentar nettversjon (Rettsdata.no) [sist besøkt 16.10.08].
- Brækhus og Hærem (1964) Sjur Brækhus og Axel Hærem. *Norsk tingsrett*. Oslo, 1964.
- Elmquist (1918) Elmquist, Hj. V. *Den Kollektive Arbejdsoverenskomst*. Kjøbenhavn, 1918.
- Evju (1990) Evju, Stein. "Norge". I: Sigeman, Tore, m.fl. *Arbetsrätten i Norden*. Stockholm, 1990.
- Evju (2001) Evju, Stein. "Prosessmonopolet. Grunnlag og grenser". I: *Festskrift til Hans Stark*. Stockholm, 2001, s. 79-108.
- Evju (2005) Evju, Stein. "Ufravikelighet – en kommentar", *Arbeidsrett* 2005, s. 137-139.
- Fougner m.fl. (2004) Fougner, Jan, m.fl. *Kollektiv arbeidsrett*. Oslo, 2004.
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.
- Jakhelln (1994) Jakhelln, Henning, m.fl.. *Statens særavtaler*. [Oslo] 1994.
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.
- Kjønstad og Tjomsland (1983) Kjønstad, Asbjørn, og Steinar Tjomsland. *Foreldelsesloven*. Oslo, 1983.
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*. Oslo, 1939.
- Krokeide (2005) Krokeide, Kjetil. "Foreldelse ved overføring av eiendomsrett til fast eiendom", *Lov og Rett*, 2005, s. 3-35.
- Røed (2004) Røed, Anne Cathrine. *Foreldelse av fordringer – Kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen*. 2. utg. Oslo, 2004.
- Stokke (1998) Stokke, Torgeir Aarvaag. *Lønnsforhandlinger og konfliktløsning, Norge i et skandinavisk perspektiv*. Oslo, 1998.

Stokke, Evju og Frøland (2003) Stokke, Torgeir Aarvaag, Stein Evju og Hans Otto Frøland. *Det kollektive arbeidslivet. Organisasjoner, tariffavtaler, lønnsoppgjør og inntektspolitikk*. Oslo, 2003.

### *Offentlige dokumenter*

- Ot.prp. nr. 29 (1912) Om utfærdigelse av en lov om arbeidstvister. Justis- og Politidepartementets innstilling av 10de mai 1912, som er bifaldt ved kongelig resolution av samme dag (trykt utgave).
- Ot.prp. nr. 23 (1913) Om utfærdigelse av en lov om arbeidstvister. Justis- og Politidepartementets innstilling av 11te april 1913, som er bifaldt ved kongelig resolution av samme dag (trykt utgave).
- Indst. O. II (1914) Innstilling fra den forsterkede socialkomite angaaende utfærdigelse av en lov om arbeidstvister (trykt utgave).
- Innst. 1957 Innstilling fra den norske delegerte til å revidere foreldelsesloven i nordisk samarbeid. Avgitt i april 1957 (trykt utgave).
- Ot.prp. nr. 22 (1975-76) Om lov om endringer i lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 og lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958.
- Ot.prp. nr. 38 (1977-78) Om lov om forelding av fordringer.
- Ot.prp. nr. 46 (1987-88) Om lov om endringer i lov 18 mai 1979 nr 18 om foreldelse av fordringer.

### *Rettspraksis*

#### *Dommer og kjennelser av Arbeidsretten*

ARD 1922 s. 50	ARD 1930 s. 155
ARD 1922 s. 161	ARD 1931 s. 93
ARD 1923 s. 231	ARD 1936 s. 127
ARD 1923 s. 242	ARD 1939 s. 141
ARD 1924 s. 75	ARD 1946 s. 25

ARD 1955 s. 126	ARD 1979 s. 62
ARD 1955 s. 139	ARD 1982 s. 187
ARD 1955 s. 144	ARD 1983 s. 301
ARD 1956 s. 77	ARD 1985 s. 109
ARD 1957 s. 242	ARD 1986 s. 136
ARD 1957 s. 264	ARD 1986 s. 149
ARD 1958 s. 121	ARD 1989 s. 41
ARD 1959 s. 222	ARD 1992 s. 14
ARD 1961 s. 14	ARD 1993 s. 147
ARD 1963 s. 141	ARD 2001 s. 179
ARD 1968 s. 12	ARD 2002 s. 12
ARD 1969 s. 116	ARD 2003 s. 25
ARD 1970 s. 105	ARD 2003 s. 175
ARD 1973 s. 19	ARD 2003 s. 181
ARD 1973 s. 66	ARD 2005 s. 38
ARD 1978 s. 49	ARD 2006 s. 38

*Norsk Retstidende*

Rt. 1987 s. 98
Rt. 1993 s. 911
Rt. 1995 s. 1
Rt. 1998 s. 1042
Rt. 2002 s. 1638

*Utrykte avgjørelser*

Eidsivating lagmannsretts dom av 1. juli 1994 (LE-1993-1164)
Borgarting lagmannsrett av 21. august 1995 (LB-1993-2738 – LB-1993-2739)
Borgarting lagmannsretts dom av 22. juli 2003 (LB-2002-1506)